جامعـــة باتنـــــة 01

كليـــة الحقـــوق والعلـــوم السياسيـــة

قســـم الحقـــوق

الشكلية في عقود التجارة الالكترونية

أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه العلوم في العلوم القانونية

تخصص: قانون عقـاري وزراعـي

إعـداد الطالبة: **إشراف الأستـاذة الدكتـورة:**

***كوسـام أمينـة** ***أ.د. زرارة صـالـحي الواسعـة**

لجنـة المناقشـة:

اللقب والاسم	الرتبة العلمية	الجامعة الأصلية	الصفة
أ.د. نواصر العايش	أستاذ التعليم العالي	جامعة باتنة01	رئيســـا
أ.د. زرارة صالحي الواسعة	أستاذة التعليم العالي	جامعة باتنة01	مشرفا ومقررا
د. هـوام عـلاوة	أستاذ محاضر(أ)	جامعة باتنة01	عضوا مناقشا
أ.د. بوضياف عبد الرزاق	أستاذ التعليم العالي	جامعة سطيف	عضوا مناقشا
د. مجاجي منصور	أستاذ محاضر(أ)	جامعة المدية	عضوا مناقشا
د. خليفة محمـد	أستاذ محاضر(أ)	جامعة عنابة	عضوا مناقشا

السنـة الجامعيـة

2016/2015

الإهـــداء:

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء والمرسلين.

أهدي هذا العمل المتواضع إلى:

من ربتني وأنارت دربي وأعانتني بالصلوات والدعوات، إلى أغلى إنسان في هذا الوجود أمي الحبيبة.

إلى من عمل بكد في سبيلي وعلمني معنى الكفاح وأوصلني إلى ما أنا عليه أبي الكريم أدامه الله لي.

إلى من عمل معي بكد بغية إتمام هذا العمل، إلى زوجي العزيز ورفيق دربي

إلى فلذات كبدي نور وخديجة

إلى إخوتي و أخواتي وكل عائلتي

شكـــر وتقديـــر

الشكر لله عز وجل الذي أنار لي الدرب، وفتح لي أبواب العلم وأمدني بالصبر والإرادة.

ثم أتقدم بخالص الشكر والتقدير إلى الأستاذة المشرفة الدكتورة زرارة صالحي الواسعة على صبرها وحلمها وسندها المتين لي، وعلى كل ما قدمته من توجيهات ونصائح قيمة لانجاز هذه الأطروحة المتواضعة. أسأل الله العلي القدير أن يحفظها ويوفقها لرفع راية البحث العلمي في بلدنا الحبيب الجزائر.

كما أتقدم بخالص شكري وتقديري إلى الأساتذة الأفاضل أعضاء اللجنة على تكرمهم المشاركة في مناقشة هذه الرسالة ، ودعمهم لموضوع البحث بجملة النصائح والتوجيهات التي ستزيد البحث تقويما، وأسأل الله أن يديمهم ذخرا لنا ولجامعاتنا.

كما أتقدم بالشكر الجزيل لكل من قدم لي يد العون والمساعدة طيلة سنوات انجاز هذه الأطروحة ولو بالكلمة الطيبة.

فجزاكم الله عني كل خير

قائمـــة المختصـــرات:

Liste des abréviations

ص ص ص د. د. ن	صفحة من الصفحة إلى الصفحة دون دار نشر
Art	Article
Bull	Bulletin des arrêts de la cour de cassation
C.A	Cour d appel
Cass. Civ	Cour de cassation (Chambre civil)
Cass.Com	Cour de cassation (Chambre commercial)
COFRAC	Le Comité Français d'Accréditation
Crids	Centre de recherche information droit et société
Ed	Edition
Gaz. Pal	Gazette du palais
ITIDA	Information Technology Industry Development
J.C.P.E	La semaine juridique, éd. Entreprise.
J.C.P.G	La semaine juridique, éd. Générale.
J.O	Journal officiel des lois et décrets
J.T	Journal des tribunaux
P	Page
P.U.F	Presse universitaire de France

مقـــدمـــة

شهد العالم في السنوات الأخيرة تطورا كبيرا في مختلف مجالات الحياة، أثر بشكل واضح على وسائل الاتصال، التي مكنت من الربط بين الأشخاص من مختلف الدول، خاصة شبكة الانترنت التي غيرت وجه العالم وجعلته قرية الكترونية واحدة Electronic Global-Village. فالتطور التكنولوجي الذي شهده العالم أثر على وسائل الاتصال، وأصبح بإمكان أي شخص إجراء معاملات أو محادثات الكترونية من بيته إلى مختلف أنحاء العالم، وهو ما انعكس إيجابا على النشاط الاقتصادي بين الأفراد أو بين الدول.

لذا عملت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري على وضع الأسس التي يقوم عليها هذا النوع من المعاملات، الذي لا يعترف بالحدود الجغرافية بين الدول، من خلال إصدار القوانين النموذجية لتنظيم التجارة الالكترونية، من حيث كيفية إبرامها ووسائل إثباتها، ومنحت بذلك للمحررات والمستندات الالكترونية التي تثبت المعاملات الالكترونية حجية في الإثبات مساوية للمحررات الورقية، واعترفت بالتوقيع الالكتروني كبديل عن التوقيع الخطي الذي لا يناسب البيئة الرقمية.

بعدها توالت تشريعات الدول للاعتراف بهذا النوع من المعاملات الالكترونية، من اجل سد الفراغ القانوني، إما بتطويع وتحديث قوانينها الداخلية لتستوعب هذه المستجدات، وإما بإصدار نصوص قانونية جديدة تتكفل بتنظيم مسائل التجارة الالكترونية. ذلك أن النصوص التقليدية في إبرام العقود وضعت على أساس التصور التقليدي للمستند الورقي المتضمن كتابة وتوقيعا خطيا، في حين أن المعاملات الالكترونية تتم في مستندات الكترونية غير ملموسة، وتتضمن كتابة الكترونية وتوقيعا الكترونيا.

والأصل في إبرام العقود هو الرضائية، أي حرية أطراف التعاقد في اختيار شكل التعبير عن إرادتهم، فوجود إرادتين متطابقتين، أي إيجاب معين وقبول مطابق له يكفي لانعقاد العقود بصفة عامة، وينطبق ذلك أيضا على العقد الإلكتروني.

غير أن القانون قد يتطلب في بعض الحالات إفراغ التراضي في شكل محدد، كأن يشترط أن يكون العقد مكتوبا، بحيث تكون الكتابة مطلوبة ليس لإثبات العقد وإنما لإبرامه وانعقاده صحيحاً، بحيث لا يكون للعقد وجود قانوني إلا إذا تم في الشكل الكتابي الذي اشترطه القانون، وعندئذ يكون العقد شكلياً

وتكون الكتابة عنصراً جوهرياً في العقد لا يقوم بدونها، وهو ما بعرف بالعقود الشكلية Les contrats solennels

وعليه تنقسم الشكلية إلى شكلية مباشرة ، ويقصد بها الشكلية المتطلبة للانعقاد، وهي تلك الأوضاع التي يتطلبها القانون لإبرام التصرف، استثناء من قاعدة كفاية التراضي لإنشاء العقد، وشكلية غير مباشرة، وهي تلك التي لم يتطلبها القانون لانعقاد العقد وإنما تطلبها لغير ذلك كإثباته أو نفاذه وسريانه.

ويتم إثبات هذه المعاملات الالكترونية بواسطة محررات الكترونية يتم تبادلها بين الأفراد، وهو ما يحتم التفكير جديا في البحث عن مدى نجاعة وكفاية هذه الوسائل في إبرام العقود وإثباتها، ومحاولة خلق جو من الثقة والأمان عند التعامل بواسطة هذه المحررات، وبالتالي يستطيع القاضي الاعتماد عليها لحل النزاعات بين الأطراف.

فأطراف المعاملة التجارية الالكترونية يبرمون تصرفاتهم في وسط افتراضي وغير متيقنين بحقيقة وجودهم فعلا، فمن أجل ضمان تنفيذ معاملاتهم، فهم يبحثون عن أفضل الوسائل والطرق الكفيلة بالحفاظ على حقوقهم، وكذا إمكانية الاعتراف بها قانونيا وقضائيا.

وهو ما يدعونا إلى البحث عن مدى إمكانية استيفاء الشكلية بنفس الطريقة في عالم التجارة الالكترونية، ومدى تمكنها من تحقيق ذات الوظائف.

أولاـ أهمية الموضوع:

يعتبر البحث في موضوع الشكلية في عقود التجارة الالكترونية، ذو أهمية بالغة من الناحية العملية والعلمية.

فمن الناحية العملية شهدت التجارة الالكترونية تطورا ملحوظا انعكس على اقتصاديات الدول، حيث تغيرت وسائل إنشاء عقودها، التي أصبحت تتم بوسائل الكترونية في عالم افتراضي غير ملموس، فأصبحت تتم على دعامات الكترونية، تتضمن كتابة وتوقيعا الكترونيا موثقا، على خلاف التجارة التقليدية التي كانت تتم بوسائل تقليدية، وتنشأ على دعامات مادية ورقية، تتضمن كتابة رسمية أو عرفية وتوقيعا خطيا.

فقد عملت المنظمات الدولية وكذا الدول، على إيجاد إطار قانوني لتنظيم هذا النوع من المعاملات، وما يترتب عليه من آثار قانونية على مختلف الأصعدة، فكانت جهود منظمة الأمم المتحدة ممثلة في لجنة القانون التجاري الدولي، وكذا الاتحاد الأوروبي، من اجل إرساء نظام قانوني للمعاملات الالكترونية وكيفية إبرامها.

وهو ما يتطلب البحث في مدى إمكانية إبرام عقود التجارة التي يشترط القانون شكلا معينا لإبرامها، في شكل الكتروني، بمعنى البحث عن مدى قدرة التقنيات الجديدة على إنشاء العقد الالكتروني الشكلي، ومدى انسجام هذه الشكليات مع متطلبات التجارة بوجه عام.

أما من الناحية العلمية والقانونية، يستدعي البحث في هذا الموضوع تحديد النظام القانوني للعقود التجارية الالكترونية الشكلية، بتحديد كيفية إبرام العقد الشكلي الالكتروني، وتحديد عناصره الكتابة الالكترونية عرفية كانت أم رسمية، والتوقيع والتوثيق الالكترونيين، وأثارها القانونية على التجارة الالكترونية، وذلك من أجل مساعدة المتعاملين في هذا المجال، خاصة الدول النامية التي لم تنظم بعد مسائل التجارة الالكترونية، أو خطت خطوات محتشمة في هذا المجال، على وضع نظام قانوني متكامل لإبرام العقود الالكترونية الشكلية، والبحث عن أفضل السبل لحماية حقوق أطراف العقد، وتحقيق الثقة والأمان في المعاملات الالكترونية.

ثانيا- أسباب اختيار الموضوع:

تتضح أسباب اختيار موضوع الشكلية في عقود التجارة الالكترونية، بالتحليل والدراسة، إلى ازدياد الاهتمام التشريعي الوطني والدولي بموضوع التجارة الالكترونية ووسائل إبرامها وإثباتها، والاعتراف بالكتابة الالكترونية والتوقيع والتوثيق الالكترونيين، كمقومات المحررات الالكترونية ومساواتها بالمحررات الورقية. فقد اعترف المشرع الجزائري بالكتابة الالكترونية في نصوص القانون المدني، ونظم التوقيع والتوثيق الالكترونيين بموجب القانون رقم 04/15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الالكترونيين.

وحتى وان اعترفت أغلب الدول بالكتابة الالكترونية والتوقيع الالكتروني كوسائل لإبرام العقد الالكتروني، إلا أنها لم تضع كلها تنظيما قانونيا لكيفية إبرام هذه العقود، خاصة العقود التي يشترط القانون شكلا خاصا لإبرامها، خاصة من جانب الدول النامية، لذا كانت الحاجة ملحة لدراسة هذا الموضوع، وتحديد كيفية إبرام العقود التجارية التي تتطلب شكلا معينا لإبرامها، وكذا تحديد أهم الآثار

المترتبة عن هذه الشكليات الالكترونية، وذلك من أجل الاستعانة به عند سن تشريعات تتعلق بإبرام العقود الالكترونية، أو محاولة تطويع وتحديث القوانين الداخلية للدول لاستيعاب الطرق الحديثة للشكلية، بما يتناسب مع نظامها القانوني الداخلي.

ثالثاـ أهداف دراسة الموضوع:

تهدف دراسة موضوع الشكلية في عقود التجارة الالكترونية، إلى البحث في مدى إمكانية إبرام العقود التجارية التي تتطلب شكلا معينا في شكل الكتروني، من حيث مدى إمكانية إبرام عقود تجارية عرفية أو رسمية في بيئة الكترونية، باستخدام التقنيات الحديثة في الاتصال.

وكذا تحديد ما إذا كانت هذه التقنيات تفي بمتطلبات الشكلية في التجارة التقليدية، ومدى قدرتها على تحقيق وظائف هذه الشكلية.

رابعا ـ إشكالية الموضوع:

يطرح هذا الموضوع إشكالية أساسية وهي **مدى إمكانية إبرام العقود التجارية التي تتطلب شكلا معينا في قالب الكتروني، وهل مناط الشكلية الكتابة على الورق أم أنها تستوعب الكتابة الالكترونية؟**

خامسا ـ الدراسات السابقة:

يعد موضوع الشكلية في عقود التجارة الالكترونية كبحث متخصص في إطار بحوث الدكتوراه، من المواضيع التي لم يسبق التطرق إليها من قبل في الدراسات الأكاديمية الجزائرية، باستثناء بعض بحوث الماجستير، والتي لم تتطرق إلى أهم الإشكاليات التي يطرحها الموضوع، وكذا أهم القوانين المستحدثة في مجال التجارة الالكترونية الداخلية منها أو الأجنبية.

غير أن هناك بعض الدراسات التي تناولت موضوع التجارة الالكترونية، سواء من حيث القواعد العامة لإبرام العقود الالكترونية، أو من حيث كيفية إثباتها، نذكر منها:

ـ بحث الدكتور مخلوفي عبد الوهاب، بعنوان" التجارة الالكترونية عبر الانترنت": تهدف هذه الدراسة إلى المقاربة القانونية ما بين التعاقد الالكتروني عبر شبكة الاتصال والمعلومات وأهمها الانترنت مع النظرية العامة للعقد، وذلك بتحديد ماهية عقد التجارة الالكترونية وأركانه والآثار المترتبة عنه، ثم إثبات العقد

التجاري المبرم عبر الانترنت، والذي يتقاطع مع دراستنا في جزئية دور الشكلية في إثبات عقود التجارة الالكترونية، ضمن عنصر حجية عقود التجارة الالكترونية.

بحث الدكتور زروقي يوسف بعنوان: حجية وسائل الإثبات الحديثة": تناولت هذه الدراسة المستجدات التي مست أدلة الإثبات الكتابية الخاصة بالمعاملات المدنية والتجارية، ومدى حجيتها في الإثبات الالكتروني، وتنصب الدراسة على القواعد الموضوعية للإثبات دون القواعد الإجرائية. غير أن مسار الدراسة في البحثين مختلف، فالأول يتناول أدلة الإثبات الحديثة بما فيها الدليل الكتابي الالكتروني، بمعنى تناول الحالة التي تكون فيها الكتابة لإثبات التصرف، وليس الكتابة التي تكون ركنا في التصرف موضوع دراستنا، كما أن دراستنا اتجهت في جزء منها إلى تحليل القانون الجزائري رقم 04/15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الالكترونيين، والمقارنة بتشريعات الدولية والوطنية الأخرى.

سادسا- المناهج المتبعة في الدراسة:

تقتضي دراسة موضوع الشكلية في عقود التجارة الالكترونية إتباع المنهج التحليلي، وذلك من خلال تحليل النصوص القانونية المنظمة لمسائل إبرام العقود العرفية أو الرسمية في شكل الكتروني، سواء على مستوى التشريعات الدولية أو التشريعات الوطنية، لمعرفة مدى استجابتها لمتطلبات التجارة الالكترونية في مجال الشكليات الالكترونية، كما يتم تحليل أهم القرارات القضائية للدول الأخرى الصادرة في هذا الشأن، والتي من شأنها تدعيم وتكريس قواعد موضوعية لإبرام العقود الالكترونية الشكلية، نظرا لحداثة هذا النوع من العقود. كما يتم تحديد موقف التشريعات العربية من موضوع الشكلية الالكترونية، والاستناد إلى قوانين أهم الدول التي نظمت معاملات التجارة الالكترونية ومدى كفايتها في ذلك.

وقد اقتضت الدراسة الاستعانة بالمنهج المقارن للمقارنة والمقاربة بين أحكام القانون الجزائري، وأحكام الاتفاقيات الدولية أو القوانين الداخلية للدول الأخرى.

سابعا- الصعوبات المتوقعة:

إن قلة الدراسات المتخصصة في القانون الجزائري من جهة، وغياب الاجتهاد القضائي الجزائري في مجال المعاملات الالكترونية بوجه عام من جهة أخرى، هو من أهم الصعوبات التي اعترضت دراسة الموضوع.

ثامناـ تقسيم موضوع الدراسة:

مقدمة

الباب الأول: إبرام عقود التجارة الالكترونية الشكلية

الفصل الأول: إبرام عقود التجارة الالكترونية العرفية

الفصل الثاني: إبرام عقود التجارة الالكترونية الرسمية

الباب الثاني: دور الشكلية في إثبات عقود التجارة الالكترونية

الفصل الأول: حجية المحررات الالكترونية في الإثبات

الفصل الثاني: المنازعة في صحة المحررات الالكترونية

خاتمة لأهم النتائج المتوصل إليها، وعرض أهم الاقتراحات المقدمة.

الباب الأول:

إبرام عقود التجارة الالكترونية الشكلية

الباب الأول

إبرام عقود التجارة الالكترونية الشكلية

تعتبر قاعدة الرضائية هي الأساس في إبرام التصرفات القانونية، دون حاجة إلى إجراء آخر، حيث في غير ما اشترط القانون نصا خاصا يتطلب شكلا معينا لإبرام التصرف القانوني، فإن العقد ينعقد صحيحا بمجرد تبادل الرضا بين الطرفين المتعاقدين، أي اقتران الإيجاب بالقبول.

وإذا اشترط القانون إفراغ التراضي في شكل معين فان التراضي وحده غير كاف لإبرام العقد، بل لا بد من إفراغه في الشكل الذي تطلبه القانون، وهو ما يعرف بالعقود الشكلية.

ومع ثورة التكنولوجيا وما صاحبها من تطور في مجال وسائل الاتصال والمعلومات، وظهور الحاسب الإلكتروني، الذي انتشر في جميع مجالات الحياة، أصبح بالإمكان إبرام عقود تجارية بين أشخاص من دول مختلفة، دون تواجدهم المادي، وذلك عبر أجهزة الاتصال الحديثة، والتي تطورت أكثر بفعل استخدام الانترنت، وربطت أفراد العالم بعضهم ببعض فجعلت العالم قرية صغيرة بحق.

وبفعل هذه التطورات والمستجدات، أصبح من غير الممكن إبرام هذه المعاملات عبر هذه الوسائل بطريقة مادية أي بواسطة دعائم ورقية، ذلك أن هذه المعاملات يتم إبرامها بوسائل إلكترونية دون التواجد المادي لأطراف العلاقة العقدية، وهو ما يستوجب إثباتها أيضا بدعائم إلكترونية.

وتتنوع العقود التجارية إلى عقود رضائية، وهي القاعدة العامة في إبرام العقود التجارية، وعقود شكلية تشكل الاستثناء من القواعد العامة في إبرام العقود. وسنبحث في هذا الفصل مدى إمكانية إبرام هذه العقود في شكل الكتروني.

فالعقد الشكلي قد يكون في صورة عقد عرفي أو عقد رسمي، يترتب على تخلف الكتابة فيه بطلان التصرف وعدم الاحتجاج به، كما قد يشترط القانون إضافة إلى ذلك، ضرورة ذكر بيانات بخط المتعاقدين في العقد.

فإذا تطلب القانون أن يكون العقد مكتوبا في محرر عرفي أو رسمي، فإنه طبقا لنص المادة 1/1104 من القانون المدني الفرنسي:" إذا كانت الكتابة مطلوبة لانعقاد العقد فيمكن أن يتم إنشاؤها وحفظها بطريقة الكترونية وذلك بالشروط التي نصت عليها المادة 1/1316 و 4/1316"[1].

وقد تمت إضافة هذه الفقرة بموجب قانون تعزيز الثقة في الاقتصاد الرقمي، من اجل التمكن من إبرام العقود الشكلية التي يجب إفراغها في محرر عرفي في شكل الكتروني، شريطة أن يتوافر في المحرر الالكتروني الشروط المنصوص عليها في المادة 1/1316 و4/1316 من القانون المدني، وهي خاصة بالشروط التي يجب توافرها في المحرر الالكتروني حتى يتمتع بالحجية في الإثبات.

وعليه سنتناول في هذا الباب في الفصل الأول إبرام عقود التجارة الالكترونية العرفية، من خلال التطرق إلى الكتابة الالكترونية وشروطها، ثم نتطرق إلى التوقيع والتصديق الالكترونيين. ثم في فصل ثان نتطرق إلى إبرام عقود التجارة الالكترونية الرسمية.

الفصل الأول

إبرام عقود التجارة الالكترونية العرفية

أتاح التطور التقني الحاصل في وسائل الاتصال الحديثة، ظهور نوع جديد من الكتابة والتوقيع اللذان يتسمان بالطابع الإلكتروني، وهو ما فرض إعادة النظر في المبادئ التقليدية لإبرام العقود العرفية وإثباتها، التي تعتمد على الدعامة الورقية والتوقيع الخطي، في حين أن التطور الحالي لوسائل الاتصال فرض نوعا جديدا من الدعامات، هي الدعامة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني.

وقد طرح هذا التطور مشكلة حماية هذه الدعامات الإلكترونية، المجسدة لتعاملات الأفراد التجارية عبر شبكات الاتصال الحديثة، وذلك لزرع الثقة والأمان بين الأفراد، وضمان استقرار المعاملات التجارية بينهم، ويتجلى أساسا في منح الحجية الكاملة للمستند الالكتروني في الإثبات مثله مثل المستند الورقي.

([1]) Art 1108/1 : "Lorsqu'un écrit est exigé pour la validité d'un acte juridique, il peut être établi et conservé sous forme électronique dans les conditions prévues aux articles 1316/1 et 1316/4".

كما تثور مشكلة مساواة التوقيع الإلكتروني بالتوقيع التقليدي، وكذا مسألة مدى حجية ما دون في الورقة الإلكترونية الموقعة إلكترونيا، وضمان عدم تغيير وتحريف محتواها، وهو ما يستدعي وجود هيئات وجهات مختصة تعمل على التحقق والتأكد من مدى صحة المعاملات الإلكترونية من حيث مضمونها وكذا التأكد من هوية مصدرها، وتصدر بذلك شهادة تصديق إلكترونية تؤكد سلامة التصرف الإلكتروني، يتم الاعتماد عليها في تنفيذ المعاملات الإلكترونية.

فحتى يتم الاعتداد بالعقد العرفي الالكتروني كعقد يرتب آثاره كاملة في بيئة التجارة الالكترونية، وجب أن تتوافر به شروط المحرر الكتابي، ويجب أيضا أن يكون موقعا. كما يجب إنشاء جهات مختصة ومحايدة للتحري والتأكد من صحة هذه المعاملات الالكترونية.

وعلى ذلك سنتناول في هذا الفصل كيفية إبرام العقد الالكتروني العرفي، من خلال التطرق إلى الكتابة الالكترونية، بتعريفها وكذا شروطها، ثم نتطرق في مبحث ثان إلى التوقيع والتصديق الالكترونيين.

المبحث الأول

مفهوم الكتابة الالكترونية

استقر العمل لفترة طويلة من الزمن على تدوين المحررات الرسمية والعرفية على الأوراق، وبلغة المتعاقدين أو اللغة التي يتفقان على تحرير العقد بها. ومع التطور التكنولوجي الذي حصل لوسائل الاتصال، أدى إلى ظهور نوع جديد من الكتابة والتي تتم على دعامات غير ورقية، بحيث يتم تدوين المحررات والعقود على وسائط الكترونية من خلال ومضات كهربائية، وتحويلها إلى اللغة التي يفهمها الحاسب الآلي، وهي ما يطلق عليها بالكتابة الإلكترونية.

وقد تأثرت التجارة بهذه المفاهيم الجديدة، وعرفت ازدهارا كبيرا نتيجة استخدام هذه التقنيات الحديثة، وهو ما أثار البحث والنقاش بين الفقهاء في مدى اعتبار الكتابة الالكترونية من قبيل الكتابة، ويمكن أن يتم إبرام العقد بها، بحيث تعوض الكتابة الخطية. وترتب نفس الآثار القانونية فيما بتعلق بحجيتها في الإثبات. وعلى ذلك سنتطرق في هذا المبحث إلى التعريف بالكتابة الإلكترونية في مطلب أول، وفي مطلب ثان شروط الكتابة الالكترونية.

المطلب الأول

تعريف الكتابة الالكترونية

تعتبر الكتابة بصفة عامة هي أقوى أدلة الإثبات، وذلك لإثبات حقوق الأطراف في العلاقة العقدية، لسهولة حفظها والرجوع إليها كلما حدث نزاع بين أطراف العقد. ولهذا اشترطت قوانين الدول ضرورة كتابة بعض العقود حتى تنعقد صحيحة، وتكون حجة على أطرافها وعلى الغير.

والكتابة تكون إما كتابة رسمية تحرر بمعرفة موظف رسمي مختص يمنحها طابع الرسمية، وإما أن تكون كتابة عرفية يكفي لقيامها توقيع الطرفين عليها دون حضور موظف مختص.

وسنتطرق إلى تحديد الكتابة بوجه عام، ثم نتطرق إلى تعريف الكتابة الالكترونية وفقا للتشريعات الوطنية والدولية.

الفرع الأول

الكتابة بوجه عام

تعددت المفاهيم التي أعطيت للكتابة، نتيجة للتطور الذي تعرفه مع مرور الزمن، سواء من حيث الرموز التي تتم الكتابة بها أو من حيث الوسائل المستعملة، مع احتفاظها بخاصية الثبات، وميزة الدليل الأقوى في الإثبات.

وسنتطرق بداية إلى تعريف الكتابة، ثم مدى ارتباط الكتابة بالوسيط الورقي (الدعامة).

أولا- تعريف الكتابة: الكتابة بالمعنى الواسع مجموعة الرموز المرئية التي تعبر عن القول أو الفكر، فهي أسلوب للتعبير تتشكل من حروف وبيانات في شكل مادي ظاهر، أو حتى بالرموز المختصرة ما دامت مفهومة من طرفي العلاقة، أو يحتفظان بمفاتيح لهذه الرموز معتمدة منهما.

فالكتابة أسلوب للتعبير، يتضمن تسطير وجمع الحروف والكلمات في شكل مادي ظاهر، ويعبر عن معنى مكتمل أو فكرة مترابطة صادرة من الشخص الذي نسبت إليه[1].

وتعرف الكتابة لغة، بأنها تصوير الكلام وخواطر الفكر برسم خطوط وإشارات اصطلاحية أو علامات مقروءة[2].

وعرف المشرع الجزائري الكتابة في نص المادة 323 مكرر من القانون المدني: "ينتج الإثبات بالكتابة من سلسلة حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها، وكذا طرق إرسالها".

ونظرا لخاصية الثبات التي تتمتع بها الكتابة، وقدرتها على حفظ البيانات الواردة فيها، فقد اعتبرتها معظم التشريعات أقوى أدلة الإثبات، واشترطت ضرورة إبرام العقد بها في بعض الحالات، كما اشترطتها لإثبات بعض التصرفات إذا تجاوزت قيمتها على مبلغ معين.

والكتابة المشترطة لإبرام العقود، إما تكون أن كتابة رسمية صادرة من موظف عام مختص أو شخص مكلف بخدمة عامة في حدود اختصاصه، طبقا للأوضاع القانونية، والتي تشترط لإبرام بعض العقود التي اشترط فيه المشرع طابع الشكلية، كما هو الحال في نص المادة 324 مكرر قانون مدني، والتي يترتب البطلان المطلق على تخلفها. وهي موضوع دراستنا في الفصل الثاني من هذا الباب.

وإما تكون كتابة عرفية، وهي السندات الصادرة عن أطراف العقد والموقعة منهم، دون أن يتدخل موظف عام في تحريرها، وهي نوعان:

ـ سندات معدة للإثبات، وتكون موقعة من أصحاب الشأن وتعد دليلا كاملا.

([1]) د. عباس العبودي، **تحديات الإثبات بالسندات الالكترونية ومتطلبات النظام القانوني لتجاوزها**، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، 2010، ص57.

([2]) المنجد في اللغة العربية، دار المشرق، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 2000، ص 269.

ـ سندات غير معدة للإثبات، كالدفاتر التجارية والرسائل والأوراق المنزلية[1]، وهذه السندات عادة لا تكون موقعة من قبل أصحابها، ولا تشترط الكتابة كشرط لقيامها، ومع ذلك يعطيها القانون حجية في الإثبات تتفاوت قوة وضعفا وفق ما تتضمنه من عناصر الإثبات[2].

ثانيا- مدى ارتباط الكتابة بالوسيط الورقي (الدعامة): ليس في اللغة ما يلزم الاعتقاد أن الكتابة لا تكون إلا على الورق، فقد أوضح الفقه أن الكتابة المعتبرة سواء لانعقاد العقد أو لإثباته، إنما يقصد بها الأوراق أو المحررات المكتوبة التي تستخدم كأداة انعقاد أو أداة في الإثبات[3].

فالكتابة هنا لم تعرف بنوع معين من الدعامات supports التي يتم تدوين المحرر عليها، معنى ذلك يمكن أن تدون على دعامة ورقية أو أي دعامة أخرى.

ولفظ المحرر لا يوجد في الأصل اللغوي ما يقصر معناه على ما هو مكتوب على نوع معين من الدعامات، وبذلك فكلمة محرر تشمل المحرر الكتابي الورقي وكذلك المحرر الالكتروني[4].

ولقد استقر الوضع فترة طويلة من الزمن، على أن المحرر هو كتابة يتم تدوينها على أوراق، ويمكن ملاحظة هذا الخلط في كتابات كبار فقهاء القانون المدني[5]، وهم يتناولون المحرر على أنه الورقة

([1]) المواد 329 . 330 . 331 من القانون المدني الجزائري، الصادر بموجب الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

([2]) د. عباس العبودي، **تحديات الإثبات بالسندات الالكترونية ومتطلبات النظام القانوني لتجاوزها**، المرجع السابق، ص 58.

_ JEAN MARC MOUSSERON, **Technique contractuelle**, Edition FRANCIS LEFEBVRE, 4e éditions, Paris, France, 2010, P.21.

([3]) د. إيمان مأمون احمد سليمان، **إبرام العقد الالكتروني وإثباته**، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2008، ص 184.

ـ د. نور الدين الناصري، "**المعاملات والإثبات في مجال الاتصالات الحديثة**"، سلسلة الدراسات القانونية المعاصرة، العدد 12، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى، الدار البيضاء، المغرب، 2007، ص 20.

([4]) د. محمد حسام محمود لطفي، **استخدام وسائل الاتصال الحديثة في التفاوض على العقود وإبرامها**، د. د. ن، القاهرة، 1993، ص 8.

– وقد تباينت التشريعات في تعريفها للمحرر الالكتروني، فبعضها استخدم لفظ محرر والبعض استخدم لفظ سند، ومنها من استخدم لفظ رسالة البيانات، وكلها تؤدي نفس الهدف، وهو الكتابة المنشأة بوسيلة الكترونية.

([5]) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد**، الجزء الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات ـ آثار الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثالثة الجديدة، بيروت، لبنان، 2000، ص105 وما بعدها.

– د. سليمان مرقس، **أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري مقارنا بتقنينات سائر البلاد العربية**، الجزء الأول، الأدلة المطلقة عالم الكتب، القاهرة، 1981 ، ص 152.

– د. عبد الودود يحي، **الموجز في النظرية العاملة للالتزامات**، دار النهضة العربية، مصر، 1994، ص 842، وما بعدها.

ويقسمونه إلى أوراق رسمية وأوراق عرفية، غير أن جانبا من الفقه[1] لم يقع في هذا الخلط، وأطلق لفظ المحرر مهما كانت دعامته ورقية أم الكترونية، ويقسم إلى محرر عرفي ومحرر رسمي.

ونجد محكمة النقض الفرنسية تشير دائما إلى المحرر المعد للإثبات بلفظ (écrit أي المحرر) في الأحكام الصادرة منها[2]، ولا تشير في أحكامها إلى لفظ الورقة، وهذا ما يؤكد اتجاهها إلى أن الكتابة يمكن أن تكون على أية دعامة.

وقد أكدت ذلك في حكم حديث لها على فكرة عدم الخلط بين المحرر الكتابي والدعامة التي يتم الكتابة عليها، وأن المحرر الكتابي يمكن إنشاؤه على أي دعامة، فنص الحكم على:"المحرر الكتابي يمكن إنشاؤه وحفظه على أي دعامة بما فيها الفاكس، طالما تم التأكد من سلامة المحرر ونسبته إلى مؤلفه" [3].

وعلى ذلك لم يعد لفظ "الورقة" صالحا للتعبير بدقة عن أداة الكتابة هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن لفظ الورقة لا يعبر عن جوهر الإثبات بالكتابة، لأنه تعبير يطلق على أي نوع من الكتابة ولو لم تكن معدة للإثبات، لذلك فإن من الأدق استعمال تعبير المحرر لأنه يعبر عن الدليل الكتابي سواء أكان معدا للإثبات أو غير معد لذلك[4].

كما تعرف قواميس المصطلحات القانونية، الكتابة المعدة للإثبات بوصفها كل ما يتم تدوين مضمون التصرف القانوني فيه، سواء اتخذ شكل محرر يدوي مخطوط على الأوراق أو اتخذ شكلا

([1]) د.محمود جمال الدين زكي، **نظرية الالتزام في القانون المدني**، الجزء الثاني في أحكام الالتزام، مطبعة جامعة القاهرة، 1974، ص 302 وما بعدها. – د. جميل الشرقاوي، **الإثبات في المواد المدنية**، دار النهضة العربية، مصر، 1975، ص 49 وما بعدها.

– د. محمد حسين منصور، **قانون الإثبات، مبادئ الإثبات وطرقه**، منشأة المعارف، مصر، 1998، ص 56.

([2]) Cass. Civ, 1ere. Ch , 30 avril, 1969, Bull.civ,N158. Cass.com, 2Fév. 1993, bull, lv, n44, p30.
Cass. Civ, 1ere.ch, 18 juin, 1993, bull I n219, p152. Cass. .civ, 1ere.ch,10 jan 1995 , bull I n27, p19.
Cass. civ, 1ere.ch,19 déc. 1995 , bull I n467, p325. Cass. civ, 1ere.ch,24 mar 1998 , bull I n125, p82.
Cass. civ, 1ere.ch,2 mar1999 , bull I n27, p52. Cass. civ, 1ere.ch,15 juin 1999 , bull I n203, p133.
Cass .civ, 1ere.ch,19 nov 2002 , bull I n278, p217. Cass .civ, 1ere.ch, 18.sep.2002, bull I N207, p159.
Disponible sur www.legifrane.gov.fr

([3])الصياغة باللغة الفرنسية:

(l'écrit peut être établi et conservé sur tout support, y compris par télécopie des lors que son intégrité et l'imputabilité de son contenu à l'auteur désigné ont été vérifiées ou ne sont pas contestées),cass. Com, 2 déc. 1997, bull Iv, N 315, p271 et disponible sur www.legifrance.gouv.fr

([4]) د. محمد حسين منصور، **قانون الإثبات، مبادئ الإثبات وطرقه**، المرجع السابق، ص 56.

آخر[1]، سواء كانت الدعامة المدونة عليها التصرف ورقا أو أي شكل آخر، وهو ما يستوعب الكتابة الالكترونية.

كما حددت المنظمة الدولية للمواصفات والمقاييس (أيزو– International Standard ISO Organization) المقصود بالمحرر الكتابي، بأنه مجموعة من المعلومات والبيانات المدونة على دعامة مادية بشكل دائم، بحيث يسهل قراءتها مباشرة عن طريق الإنسان أو باستخدام آلة مخصصة لذلك[2].

فالعبرة في المحرر الكتابي، سواء كانت الكتابة فيه شرط للانعقاد أم شرط للإثبات، بأن يكون على دعامة مادية بشكل دائم ومستمر بحيث تسهل قراءته، كما أن مفهوم المحرر الكتابي ينطبق أيضا على المحرر الذي يقرأ مباشرة عن طريق الإنسان، وكذا على المحرر الذي يقرأ باستخدام آلة مخصصة لذلك وبذلك يدخل ضمن المحررات الإلكترونية.

وعلى ذلك يتبين لنا أن فكرة الكتابة "écrit" لا تستوجب حتما دعامة من نوع معين، وبالأحرى لا تستوجب خاصة دعامة ورقية، حيث كان التدوين في عصور سابقة يتم على الحجر أو الخشب أو الجلد، وإنما العبرة في الكتابة أن يتم إثبات التصرف القانوني بشكل دائم ويمكن قراءته، يتساوى في ذلك أن تتم القراءة من الإنسان مباشرة أو من خلال آلة[3].

وقد أشارت بعض الاتفاقيات الدولية عند حديثها عن الكتابة إلى بعض وسائل الاتصال عن بعد، ومنها ما يلي:

1ـ اتفاقية روما عام 1958 بشأن الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبي وتنفيذها، حيث ورد في نص المادة 02/11 من هذه الاتفاقية، أن شرط التحكيم يمكن أن يرد في عقد أو اتفاق موقع عليه أو في تبادل خطابات أو برقيات.

([1]) قاموس المصطلحات القانونية.

([2]) د– حسن عبد الباسط جميعي، **إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت**، دار النهضة العربية، مصر، 2000، هامش رقم 16، ص18.

([3]) د. إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص 185.186.

2ـ اتفاقية نيويورك بشأن التقادم في البيوع الدولية للبضائع عام 1972 فقد ورد في المادة 09 من هذه الاتفاقية، أن مصطلح الكتابة ينصرف أيضا إلى المراسلات الموجهة في شكل برقية أو تلكس.

3ـ اتفاقية الأمم المتحدة الموقعة في فيينا بشأن النقل الدولي للبضائع عام 1980، حيث تنص المادة 13 من هذه الاتفاقية على أنه فيما يخص أغراض هذه الاتفاقية، ينصرف مصطلح الكتابة أيضا إلى المراسلات الموجهة في شكل برقية أو تلكس.

وقد وسع المشرع الجزائري من مفهوم الكتابة، ليشمل الكتابة الالكترونية في نص المادة 323 مكرر1 قانون مدني، وأشار أيضا في المادة 414 من القانون التجاري على إمكانية تقديم السفتجة للدفع بأية وسيلة تبادل الكترونية محددة في التشريع والتنظيم المعمول بهما، وفي المادة 202 من نفس القانون، نص على إمكانية تقديم الشيك للوفاء بأية وسيلة تبادل الكترونية محددة في التشريع والتنظيم المعمول بهما.

كما أجاز قانون المحاسبة[1]، أن تستند كل كتابة محاسبية على وثيقة ثبوتية مؤرخة ومثبتة على ورقة أو أي دعامة تضمن المصداقية والحفظ وإمكانية استعادة محتواها على الأوراق. كما نصت المادة 24 فقرة 1 و2 من نفس القانون على أنه:" تمسك المحاسبة يدويا أو عن طريق أنظمة الإعلام الآلي. يجب أن تلبي كل محاسبة ممسوكة بموجب نظام الإعلام الآلي مقتضيات الحفظ والعرف والأمن والمصداقية واسترجاع المعطيات". فقد سمح هذا القانون أن تتم الكتابة على دعامة ورقية أو الكترونية، مع مراعاة شروط الحفظ وإمكانية استرجاعها ورقيا كلما دعت الحاجة إلى ذلك.

وفي القانون المصري يمتد مفهوم المحرر الكتابي ليشمل أي دعامة للكتابة، التي تتيح استرجاعها وقراءتها، وبالتالي منحها الحجية القانونية، فقد أجاز قانون التجارة البحرية التوقيع على سند الشحن بأي وسيلة تقوم مقام الكتابة[2]، كما أجاز قانون التجارة في أحوال الاستعجال أن يكون إعذار المدين أو إخطاره في المواد التجارية بأي وسيلة من وسائل الاتصال الحديثة[3]، كما منح للصور المصغرة

(1) القانون رقم 07. 11 المؤرخ في 25 نوفمبر 2007 يتضمن النظام المحاسبي المالي، معدل ومتمم.

(2) المادة 02/202 من القانون تم 02 لسنة 1990 المتعلق بقانون التجارة البحرية المصرية.

(3) المادة 58 من القانون رقم 17 لسنة 1999 الصادر بتاريخ 17 ماي 1999 المتعلق بقانون التجارة المصري الجديد.

(الميكروفيلم) حجية الأصل في الإثبات، متى استخدمت في استخراجها إجراءات أمن تضمن سلامتها استنادا للمادة 02/26 من قانون التجارة المصري.

وفي الولايات المتحدة الأمريكية، فقد أدخلت القواعد الفيدرالية للإجراءات المدنية، البيانات الإلكترونية بمعنى المحررات، وأجازت للمتقاضين تقديم مستنداتهم في شكل الكتروني[1].

ونستخلص أخيرا أنه لا يوجد ارتباط بين المحرر الكتابي وبين وجوب تدوينه على وسيط ورقي، مما يجيز أن تكون الكتابة على وسائل إلكترونية مثل التلكس، والفاكس، وجميع وسائل الاتصال الحديثة.

وعلى ذلك فإن مفهوم الكتابة كوسيلة من وسائل الإثبات، يتسع ليشمل أي نوع من أنواع الكتابة، فلا تهم الدعامة الموضوعة عليها سواء كانت ورقية أو الكترونية، وهو ما يفتح الباب أمام قبول كل الدعامات أيا كانت مادة صنعها.

وقد أثار بعض الفقهاء الفرنسيين[2] نقطة هامة تتعلق بمدى اعتبار" الصورة" شكلا من أشكال الكتابة، وفقا للتعريف الموسع لمفهوم الكتابة، واعتبر هذا الرأي، أن التعريف الذي أشار إلى أن الكتابة يمكن أن تكون أي إشارة أو علامة أو شكل يمكن أن يدخل في مضمونه الصورة، فالدعاية التي تحتوي على صورة للشيء المتعاقد عليه يمكن اعتبارها محررا كاملا يمكن قبوله في الإثبات، فالقانون عرف المحرر على أنه مجموعة حروف أو أرقام أو علامات أو أشكال أو إشارات أو رموز.

ونحن نؤيد ما ذهب إليه هؤلاء الفقهاء، خاصة في مجال التعاقد عن طريق الانترنت، فغالبا ما قد يقوم أحد المتعاقدين بإرسال صورة للشيء المتعاقد عليه إلى المتعاقد الآخر، هذه الصورة الإلكترونية عادة تكون ثلاثية الأبعاد وتعطي مواصفات كاملة له، وتكون ضمن بنود العقد، فيستطيع المتعاقد الآخر أن يرى كل المواصفات الخاصة بالشيء المتعاقد عليه، وعلى أساس هذه الصورة يقبل هذا التعاقد أو يرفضه، وأصبحت هذه الصورة جزءا من المحرر الالكتروني، وبالتالي يمكن اعتباره دليلا كاملا في الإثبات.

([1]) د. إيمان مأمون احمد سليمان، المرجع السابق، ص187.

([2]) CAIDI (S.), **« La preuve et la conservation de l'écrit dans la société de l'information »,** mémoire, faculté des études supérieures, université de Montréal, 2002, P. 29, et disponible sur www.signelec.com

_ COUDOUL (T .P.), **La signature électronique, introduction technique et juridique a la signature électronique sécurisée, preuve et écrit électronique**, litec, Paris, 2001, P. 58,

وتختلف الدعامة في المحررات الالكترونية بحسب الوسيط الموجود عليه المحرر الالكتروني، فإذا كان المحرر الالكتروني موجودا على قرص مرن (Floppy Disk)، فإن الدعامة هنا هي عبارة عن قطعة مرنة من البلاستيك الرقيق مغطاة بمادة سريعة المغنطة، ويتم الكتابة على القرص المرن بطريقة مغناطيسية، وإذا كان المحرر الالكتروني موجودا على قرص ضوئي، فإن الدعامة هي عبارة عن مادة من البلاستيك مغطاة بطبقة من مواد خاصة يمكن كتابة وقراءة البيانات عليها بأشعة الليزر، وإذا كان المحرر الإلكتروني موجودا على القرص الصلب للحاسب الآلي، فإن الدعامة هنا هي عبارة عن قرص معدني رقيق مغطى بمادة قابلة للمغنطة ويتم الكتابة عليه في شكل بقع ممغنطة[1].

وسنتطرق في الفرع الموالي لمفهوم الكتابة الالكترونية، ومدى تطابق مفهوم الكتابة بشكل عام على الكتابة الالكترونية.

الفرع الثاني

الكتابة في الشكل الالكتروني

نتيجة لتنامي وتطور حجم التجارة الالكترونية أدى إلى ظهور نوع جديد من الكتابة، والتي تتم على دعامات غير ورقية، أطلق عليها الكتابة الإلكترونية. وسنتطرق إلى تعريف الكتابة الالكترونية وفقا للتشريعات الدولية والداخلية، ثم نتطرق إلى فكرة المحرر الالكتروني.

أولا ـ تعريف الكتابة الالكترونية وفقا للتشريعات الدولية والداخلية: اتجهت اغلب التشريعات الدولية أو الداخلية إلى الاهتمام بموضوع التجارة الالكترونية، التي أفرزتها التقنيات التكنولوجية الحديثة، والتي أثرت على وسائل إبرام العقود، من خلال وضع نصوص قانونية تنظم المستجدات التقنية والمصطلحات الجديدة التي دخلت عالم التجارة. فقد تم وضع مفاهيم للكتابة الالكترونية حتى تزيل الغموض عنها وتمنحها الحجية في الإثبات.

([1]) راجع د. سمير طه عبد الفتاح، "**الحجية القانونية لوسائل المعلومات المستحدثة في الإثبات**"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1999، ص 42 وما بعدها.

1ـ تعريف الكتابة الالكترونية وفقا للتشريعات الدولية: أورد القانون النموذجي للتجارة الالكترونية[1] المقصود بمفهوم الكتابة في نص المادة 1/6، حيث أشار أنها تشمل رسالة البيانات إذا تيسر الإطلاع على البيانات الواردة عنها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليها لاحقا.

وهذا يعني أن أي وثيقة تقليدية أو غير ذلك ينطبق عليها هذا المفهوم، تعد وثيقة كتابية إذا أمكن الاطلاع على ما هو مدون فيها ويمكن حفظها بطريقة تسهل الرجوع إليها في أي وقت.

وقد عرفت المادة 02/ أ من القانون النموذجي في للتجارة الإلكترونية رسالة البيانات بأنها "المعلومات التي يتم إنشائها أو إرسالها أو استلامها وتخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الالكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي[2].

ونصت المادة الخامسة من نفس القانون، على أنه لا تفقد المعلومات مفعولها القانوني أو صحتها لمجرد أنها جاءت في رسالة البيانات. وحددت المواد (8.7.6) منه المعيار الأساسي الذي يجب توفره في رسالة البيانات حتى تستوفي الوظائف التي تقوم بها الكتابة التقليدية، من حيث قبول أطرافها بالالتزام الوارد بها، وضمان سلامة المعلومات من التعديل والتحريف.

فقد أكدت هذه الاتفاقية على مبدأ التكافؤ الوظيفي L'équivalence fonctionnelle بين الكتابة في الشكل الورقي والكتابة في الشكل الالكتروني، متى حققت هذه الأخيرة وظائف الكتابة التقليدية من حيث التأكيد على رضا الأطراف المتعاقدة وكذا ضمان سلامة البيانات المدونة عليها وعدم إحداث أي تغيير في محتواها.

ويقصد بمبدأ التنظير الوظيفي أو التكافؤ الوظيفي، المساواة في الحجية بين الكتابة الالكترونية والكتابة الخطية، ويكون خصوصا في ثلاث عناصر قانونية محددة، وهي:

([1]) القانون النموذجي للتجارة الالكترونية لسنة 1996 الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري CNUDCI. بتاريخ 16 جانفي 1996 (قرار رقم 162/51).

([2]) وهو نفس التعريف الذي أشارت إليه المادة 02/ج من القانون النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي اليونسيترال سنة 2001.

ـ الكتابة: يشترط فيها السلامة + تحديد هوية مؤلفها.

ـ التوقيع: يشترط فيه تحديد هوية الموقع + التعبير عن رضائه الالتزام بمضمون ما وقع عليه.

ـ أصل المحرر: يشترط فيه السلامة + وجود المصدر الأول والمباشر للمحرر أو مرتبط بشخص محدد[1].

والسبب من اعتماد مبدأ التكافؤ الوظيفي يعود إلى أمرين: الأول أنه يمكن استعمال هذا المفهوم كمنهجية لصياغة القوانين، لتحديد المفاهيم القانونية المختلفة (كالكتابة ـ التوقيع ـ أصل المحرر)، التي يمكن أن تعرف باستقلالها عن الدعامة المستخدمة. السبب الثاني أن التكافؤ الوظيفي يمكن أن يكون أيضا كمنهج تفسيري، الذي يسمح بتفسير السكوت والغموض الذي قد يلازم القانون[2].

كما نصت المادة 2/9 من اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية لسنة 2005 على أنه:"حيثما يشرط القانون أن يكون الخطاب أو العقد كتابيا أو نص على عواقب لعدم وجود كتابة، يعتبر ذلك الاشتراط قد استوفى بالخطاب الإلكتروني".

ونصت المادة 04/ب من نفس الاتفاقية على أنه:"يقصد بتعبير الخطاب الالكتروني، أي خطاب توجه الأطراف بواسطة رسالة بيانات"، كما نصت الفقرة"ج" من نفس المادة أن المقصود برسالة البيانات "المعلومات المنشأة أو المرسلة أو المخزنة أو المتلقاة أو المخزنة بوسائل إلكترونية أو مغناطيسية أو بصرية أو بوسائل مشابهة تشمل، على سبيل المثال لا الحصر، التبادل الإلكتروني للبيانات أو البريد الالكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي[3].

وعليه تعتبر الكتابة الالكترونية مقبولة لإنشاء التصرفات القانونية، مهما كانت الوسيلة التقنية التي تمت بها، وهو ما يفتح المجال واسعا لقبول أي شكل أو وسيلة يتم بها نقل التعبير عن الإرادة بين أطراف متباعدين مكانا.

(1) Vincent Gautrais, **« Équivalence fonctionnelle »,** Article disponible sur lccjti.ca/définition/équivalence-fonctionnelle/ la date de mise en ligne est mardi 1 mai 2012.

(2) Idem .

(3) المادة 4/ج من اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية 2005.

2ـ تعريف الكتابة الإلكترونية وفقا للتشريعات الداخلية: حرصت أغلب تشريعات الدول للتجارة الالكترونية على إعطاء مفهوم للكتابة الالكترونية، ويشهد الفقهاء للمشرع الفرنسي بأنه كان السباق في وضع مقاربة واقعية وشاملة لحل مشكلة الإثبات الكترونيا، فقد نصت المادة 1316 من التقنين المدني الفرنسي على أن "الإثبات الخطي، أو الإثبات بالكتابة ينتج عن تتابع للحروف، للخصائص، للأرقام ولكل رمز أو إشارة مخصصة لعلامة مفهومة واضحة، أيا ما كان دعامتها وشكل إرسالها"[1].

من خلال هذا النص يتضح لنا أن المشرع الفرنسي، قد تبنى تعريفا موسعا للإثبات عن طريق الكتابة، ليشمل كل أنواع الكتابة مهما كانت الدعامة المحمولة عليها حتى ولو كانت دعامة إلكترونية، ومهما كانت التكنولوجيا المستخدمة، وبالتالي أصبح يمكن الاعتراف بالمحررات الالكترونية[2].

كما اعترف المشرع الجزائري بالكتابة الالكترونية، ونص عليها في القانون رقم 05 ـ 10 المعدل والمتمم للقانون المدني، حيث نصت المادة 323 مكرر على أنه "ينتج الإثبات بالكتابة من سلسلة حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها*، وكذا طرق إرسالها". وحسن ما فعله المشرع الجزائري من أنه اعتمد الكتابة كدليل إثبات مهما كانت دعامتها، سواء ورقية أو إلكترونية، وكذا طريقة إرسالها.

وعرف قانون التوقيع الإلكتروني المصري الكتابة الالكترونية بأنها:"كل حروف أو أرقام أو رموز أو أي علامات أخرى تثبت على دعامة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أية وسيلة أخرى مشابهة وتعطي دلالة قابلة للإدراك[3]". وقد ذكر المشرع المصري عبارة أية وسيلة أخرى، حتى يتماشى التعريف مع ما يظهر من مستجدات بفعل التقدم التقني والتكنولوجي.

([1]) الصياغة الفرنسية للنص كالتالي:

"La preuve littérale, ou preuve par écrit, résulte d'une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligibles, quelles que soient leur support et leur modalités de transmission". Loi n°2000-230 du 13 mars 2000, Art 1361. J.O du 14 mars 2000, p 3968.

([2]) DARQUES (F.), Le nouveau régime de la preuve issue de la loi de 13 mars 2000, Art.disponible sur www.droit web.com, la date de mise en ligne est : 18 mai 2000.

*وقد استعمل المشرع الجزائري عبارة "أيا كانت الوسيلة التي تتضمنها"، والصحيح هو" أيا كانت الدعامة التي تتضمنها" حسب الترجمة الفرنسية للنص "Quelles que soient leur support".

([3]) المادة 1/ أ من القانون رقم 15 لسنة 2004 الخاص بقانون التوقيع الالكتروني المصري.

كما نجد القانون الإماراتي رقم 02 لسنة 2002 المتعلق بتنظيم المعاملات والتجارة الالكترونية، قد أورد تعريفا للمعلومات الإلكترونية، من أنها معلومات ذات خصائص الكترونية في شكل نصوص أو رموز أو أصوات أو رسوم أو صور أو برامج حاسب آلي، أو غيرها من قواعد البيانات[1].

ثم عرف المستند الإلكتروني في المادة 07/02 من نفس القانون، من أنه مستند يتم إنشاؤه أو تخزينه أو استخراجه أو نسخه أو إرساله أو إبلاغه أو استلامه بوسيلة إلكترونية، على وسيط ملموس أو على أي وسيط إلكتروني آخر، ويكون قابلا للاسترجاع بشكل يمكن فهمه.

وعلى ذلك فيجب أن تكون الكتابة في شكل مقروء ومفهوم، حتى يمكن الاعتداد بها كدليل إثبات، مهما كانت الدعامة المحمولة عليها، وحتى وإن أخذ التصرف شكلا مشفرا، فحتى يمنح الحجية القانونية يجب فك هذا التشفير، ليصبح مقروءا ومفهوما حتى يعطي دلالة قابلة للإدراك[2].

ثانيا- فكرة المحرر الالكتروني: تشكل الكتابة الالكترونية التي تعد وتحفظ في ظروف تضمن سلامتها محررا الكترونيا، متى دل دلالة واضحة على رضاء أطرافه مضمون ما ورد فيه. سنتناول في هذا النقطة تعريف المحرر الالكتروني، ثم تمييزه عن المحرر الورقي.

1- تعريف المحرر الالكتروني: يعرف المحرر الالكتروني حسب المادة 1/ب من قانون التوقيع الالكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004 بأنه: "رسالة بيانات تتضمن معلومات تنشأ أو تدمج أو تخزن أو ترسل أو تستقبل كليا أو جزئيا بوسيلة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو بأية وسيلة أخرى مشابهة".

فالكتابة الالكترونية تشكل مجموعة من الأحرف أو الأرقام أو الرموز التي تكون في مجموعها محررا الكترونيا، يتضمن بيانات محددة عن معاملات بين الأطراف، ويتم تبادله بينهم بوسيلة من وسائل الاتصال الحديثة.

ويتم نقل هذه البيانات إلكترونيا عبر أجهزة الحاسب الآلي، بإدخال المادة المراد إرسالها على ملفات الجهاز المرسل، وذلك إما عن طريق الكتابة على لوحة المفاتيح أو عن طريق وضع المادة المراد إرسالها على جهاز تصوير البيانات ونقله إلى الحاسب الآلي، وعند إعطاء الجهاز أمرا بالإرسال فإنه يحول المادة

(1) المادة 02/ 5 من قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الإماراتي رقم 02 لسنة 2002.

(2) د. إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص 189.

المرسلة إلى ذبذبات رقمية تتنقل عبر خطوط الهاتف إلى الحاسب الآلي المرسل إليه، الذي يقوم بتخزينها في ملفاته بحيث يمكن استرجاع المادة المرسلة وقت الحاجة، وذلك باستخدام أحد أشكال المخرجات الإلكترونية، كالأوراق والأقراص المرنة وأسطوانات الفيديو، بالإضافة إلى الكتابة المطبوعة على شاشة الحاسب[1].

فمع تطور تكنولوجيا المعلومات وتقدمها، أصبحت يتم وضع المعلومات في صورة رقمية وتخزينها كبيانات إلكترونية على أقراص CD أو على ذاكرة الحاسب الآلي أو على صفحات شبكة الانترنت.

2ـ التمييز بين المحرر الالكتروني والمحرر الورقي: من الضروري تحديد نقاط الشبه والاختلاف بين المحرر الإلكتروني والمحرر الورقي، حيث يتشابهان في أن كلا منهما ينطوي على مجموعة من الرموز أو العلامات تعبر عن حقيقة التصرف المبرم بين الطرفين، كما أن كلاهما يتنوع إلى محرر رسمي يتولى تحريره ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، يتمتع بطابع الرسمية، أو محرر عرفي يكفي لانعقاده مجرد توقيع طرفي العقد، توقيعا يدويا في المحرر الورقي أو توقيعا إلكترونيا في المحرر الإلكتروني. وقد عني المشرع بحماية مضمون كل المحررات، ورقية كانت أم الكترونية، وجرّم المساس بهما[2].

كما أن طرق انتقال المحرر أو تداوله سواء كان محررا ورقيا أو محرر إلكترونيا متعددة، فقد يتم تداوله يدويا عن طريق المناولة باليد، بتسليم المحرر من أحد المتعاقدين إلى المتعاقد الآخر باليد، وهو ما يصدق أيضا على المحرر الالكتروني الموجود على قرص مرن أو قرص ضوئي.

ويمكن تداول المحرر (ورقيا أم إلكترونيا) أيضا عن طريق البريد، بأن يتم إرساله من متعاقد إلى آخر إذا كانت دعامته مادية (ورقية– قرص مرن أو ضوئي)، كما يتم تداول المحرر أيضا برقا من خلال جهاز التلكس أو بواسطة جهاز الفاكس[3].

([1]) د. إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص 190.

([2]) أ. أحمد عزمي الحروب، **السندات الرسمية الالكترونية**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2010، ص 151 وما بعدها.

([3]) د. ثروت عبد الحميد، **التوقيع الإلكتروني**، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة ، مصر، 2001 ، ص 176.

غير أن أحدث وسيلة لتداول المحرر والتي يختص بها المحرر الإلكتروني، هي تداوله من جهاز كمبيوتر إلى جهاز آخر، من خلال شبكة تصل بين أجهزة الكمبيوتر، سواء كانت شبكة داخلية أو من خلال شبكة الإنترنت، وهو ما يجعل مضمون المحرر الالكتروني لا يمكن رؤيته بالعين المجردة كالمحرر الكتابي التقليدي، وإنما يلزم أن يدخل في نظام تشغيل إلكتروني يمكن من خلاله الإطلاع عليه والوصول إلى محتواه[1].

فقد حرصت أغلب التشريعات عند وضعها لمفهوم الكتابة، التركيز على فكرة تداول المحرر وانتقاله، فنجد أن القانون المدني الفرنسي في المادة 1316 السابقة في جزئها الأخير، ذكرت عبارة "أيا كانت دعامتها و**شكل إرسالها**"، وهو ما أشار إليه المشرع المصري في قانون التوقيع الإلكتروني عند تعريفه الكتابة الالكترونية[2]، فقد ذكر بعض صور تداول المحرر وهي الوسيلة الالكترونية أو الرقمية، كما هو الحال في تداول المحرر عبر شبكة الإنترنت، والضوئية بتداول المحرر عبر الفاكس، ثم ذكر عبارة "أو بأية وسيلة أخرى مشابهة"، حتى يترك المجال مفتوحا أمام أية وسيلة أخرى قد تظهر مع التقدم التقني لوسائل الاتصال.

كما أن المشرع الجزائري في نص المادة 323 مكرر قانون المدني، أشار إلى فكرة تداول المحرر بصفة عامة، سواء كان محرر إلكترونيا أو محرر كتابيا، وهو ما أشارت إليه العبارة الأخيرة من نص المادة "مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها **وكذا طرق إرسالها**".

وتتميز طريقة تداول المحرر عبر شبكة الإنترنت بسهولة وسرعة التداول، وإمكان انتقال ملفات كثيرة مهما كان حجمها في ثوان قليلة بين طرفين متباعدين مكانا، غير أن هذه الصورة تثير مشكلة أمن وسلامة مضمون المحرر، وضمان عدم تعديله أو تحريفه أثناء انتقاله بين الطرفين، فالطرف المرسل إليه يكون بحاجة إلى التأكد من أن المحرر الذي يقرؤه على شاشة الكمبيوتر هو نفسه، ولم يحدث له أي تعديل أثناء انتقاله، وذلك قبل أن يقوم بالتوقيع عليه إلكترونيا[3]، ومن ثمة الموافقة على ما ورد فيه من بيانات ومعلومات عن موضوع العقد.

([1]) د. إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص 191.

([2]) المادة 1/ب من قانون التوقيع الإلكتروني المصري.

([3]) د. سامح عبد الواحد التهامي، **التعاقد عبر الانترنت**، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، 2008، ص 516.

وعلى ذلك يجب التأكد من سلامة وأمان وكفاءة الوسائل المستخدمة في تداول وانتقال المحرر، لضمان سلامة وعدم حدوث أي تعديل عليه أثناء انتقاله، وهو ما يدفع أطراف العقد إلى تبادل المستندات الإلكترونية الهامة من خلال شبكة اتصال مغلقة، التي توجد بين مستخدميها علاقات سابقة وثيقة[1].

المطلب الثاني

شروط الكتابة الالكترونية

اشترط القانون لإبرام بعض التصرفات القانونية ضرورة توفر الكتابة رسمية كانت أو عرفية، وقد منحها قوة في الإثبات أكبر من طرق الإثبات الأخرى، نظرا للدور الكبير الذي يمكن أن يقوم به الدليل الكتابي في حل النزاعات المحتملة مستقبلا بين الأطراف العقد.

فالمحرر الكتابي ينشئه أطراف العقد للرجوع إليه في حال حدوث نزاع بينهما، حول بند من بنود العقد، أو بعرضه أمام القضاء لإثبات وجه الحقيقة وإقامة الدليل في النزاع.

وحتى يقوم الدليل الكتابي بهذا الدور في إنشاء أو إثبات التصرفات القانونية، وجب أن تتوافر فيه مجموعة من الشروط نابعة من الدور الذي يقوم به هذا المحرر لإثبات قيام الحق المتنازع عليه، بعد مرور مدة من الزمن على نشوء هذا الحق. وعلى ذلك يجب أن يكون المحرر قابلا للقراءة والإدراك من قبل أي شخص وخاصة القاضي، وأن يظل مضمون المحرر ثابتا دون تغيير، وأن تظل الدعامة المكتوبة عليها المحرر موجودة دون تغيير رغم مرور الزمن.

بالإضافة إلى هذه الشروط، وجب أن يكون المحرر موقعا عليه من المتعاقد توقيعا دالا على شخصيته ومعبرا عن رضائه بالعقد، وهذه الشروط يلزم توافرها في الكتابة المعدة للإثبات مهما كانت الدعامة المدونة عليها، سواء كانت ورقية أم إلكترونية. وهو ما يمكن تطبيقها على الكتابة المشترطة للانعقاد، بصريح المادة 1/1104 قانون مدني فرنسي.

وسنتطرق إلى الشروط الأساسية للمحرر المعد للإثبات، ومدى توافرها في المحرر الالكتروني، وذلك في فرع أول، ثم نتطرق في فرع ثان إلى الشروط الخاصة المتعلقة بالمحرر الإلكتروني.

([1]) د. إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص 191.

الفرع الأول

الشروط العامة للكتابة

يشترط في الكتابة حتى تكون دليلا كاملا في الإثبات ضرورة توافر جملة من الشروط، فقد اجمع الفقه والقضاء المقارن على وجوب استيفائها مجموعة من الشروط حتى يمكن الاعتداد بها كدليل كتابي، ويطلق عليها عادة محرر، نوردها كالتالي:

أولا- قابلية المحرر للقراءة والإدراك Lisible: يشترط في المحرر الكتابي حتى يكون دليلا للإثبات، ويمكن الاحتجاج به على الآخرين، أن يكون مقروءا، أي في استطاعة الإنسان العادي قراءته. فضلا عن ذلك، يجب أن يكون المحرر الكتابي مدونا بحروف أو رموز معروفة ومفهومة للشخص العادي[1].

فإذا كانت الرموز أو العلامات أو الحروف أو الأشكال التي يتكون منها المحرر الكتابي لا تعطي معنى واضحا ومفهوما للقارئ، خاصة القاضي المقدم أمامه هذا المحرر في النزاع المطروح عليه، فإن هذا المحرر لا تكون له أي قوة في الإثبات[2]. فيجب أن تكون الكتابة التي تشكل محررا ورقيا أم الكترونيا، تتم بلغة مفهومة بالنسبة لأطراف العقد، وتمكن من تحديد حقوقهم والتزاماتهم بشكل واضح، لا يثير أي لبس أو غموض.

ووفقا للمواصفة الخاصة بالمحررات ISO 6760، والتي أصدرتها المنظمة الدولية للمواصفات والمقاييس (أيزو-ISO)، فإنه لا يشترط أن يتم قراءة المحرر من الإنسان مباشرة، وإنما يمكن أن تتم القراءة بطريقة غير مباشرة باستخدام آلة.

وبالنسبة للمحررات الإلكترونية، فإنه يتم تدوينها على وسائط إلكترونية بلغة الآلة، فلا يمكن للإنسان قراءتها بشكل مباشر، وإنما حتى يتمكن من قراءتها لا بد من إيصال المعلومات في الحاسب الآلي، الذي يجري تغذيته ببرامج لها القدرة في ترجمة لغة الآلة إلى اللغة المقروءة للإنسان[3].

([1]) ROBERT (H.), **« La preuve dans les télécommunications »**, Art. disponible sur : www.ifrance.com, la date de mise en ligne en 2000, P. 13.

([2]) CAPRIOLI (E.A.), **« Ecrit et preuve électronique dans la loi N°2000-230 du 13 mars 2000 »**, J.C.P.E, N°2-2000, P. 6.

([3]) د- حسن عبد الباسط جميعي، **إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت**، المرجع السابق، ص 20.

وعلى ذلك فإنه يصدق عليها وصف المنظمة الدولية للمواصفات والمقاييس في تعريفها للمحرر، ضمن الحالة الثانية التي يمكن قراءتها باستخدام الآلة.

وقد نصت المادة 1/6 من قانون اليونسيترال النموذجي للتجارة الإلكترونية على هذه الخاصة، يقولها:"عندما يشترط القانون أن تكون المعلومات مكتوبة، تستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط إذا تيسر الإطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليها لاحقا". فقد أشار هذا القانون إلى هذا الشرط، عندما اشترط أن يكون من المتيسر الإطلاع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات.

وبالرجوع إلى نص المادة 1316 من القانون المدني الفرنسي رقم 230-2000، في تعريفه المحرر المستخدم في الإثبات بأنه "كل تتابع للحروف أو الرموز أو الأرقام أو أي إشارات أخرى تدل على المقصود منها ويستطيع الغير أن يفهمها..."، فقد اشترط في المحرر الكتابي المعد للإثبات المتكون من حروف أو رموز أو أرقام أو أي إشارات، أن تعطي معنى مفهوما وواضحا يمكن إدراكه.

وهو ما أشار إليه المشرع الجزائري في نص المادة 323 مكرر قانون مدني، في اشتراطه أن تكون الكتابة ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها وكذا طرق إرسالها.

كما أن قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004 في تعريفه للكتابة الإلكترونية[1]، اشترط في الحروف أو الأرقام أو الرموز أو العلامات التي تكون هذه الكتابة أن تعطي دلالة قابلة للإدراك، وهو يشمل أي نوع من الكتابة، حتى ولو كانت غير مرئية، مادامت أنها تقع على دعامة تمكن من استرجاعها وقراءتها.

وإمكانية قراءة المحرر وإدراكه يمكن أن تتم بطريقة مباشرة أو بطريقة غير مباشرة، فالطريقة المباشرة هي أن يستطيع الشخص العادي قراءة المحرر وفهمه وإدراكه بمجرد الإطلاع على ما هو مكتوب فيه، دون الحاجة إلى وسيلة أخرى، أما الطريقة غير المباشرة فتتمثل في أن المحرر لا يمكن

(1) المادة 1 /أ من القانون رقم 15 لسنة 2004 المتعلق بقانون التوقيع الالكتروني المصري.

قراءته وإدراك مضمونه بمجرد الإطلاع عليه، وإنما يجب اللجوء إلى وسيلة أخرى للتمكن من إدراك وفهم مضمون المحرر[1].

ويمكن تصور هذه الطريقة الأخيرة في حالة المحرر الورقي، عندما يكون مكتوبا بلغة أجنبية عن لغة القاضي، فالقاضي بمجرد الإطلاع على مضمون المحرر لا يمكنه فهمه، لكنه يستعين بخبير لترجمة مضمون المحرر إلى لغة القاضي حتى يستطيع أن يدرك مضمونه[2].

فالمعاملات التي تتم بين الأطراف في الوسط التجاري قد تتضمن محررات مكتوبة بغير لغة احد أطراف العقد أو كليهما، مما يستدعي وجود ترجمة لهذا المحرر، حتى يمكن من تحديد التزامات وحقوق أطرافه.

كما قد تكون الكتابة مشفرة فلا يمكن للقاضي أن يفهمها إلا بتقديم مفتاح فك شفرتها، حتى تتحول إلى كتابة مفهومة ومقروءة يمكن له أن يدركها[3]. ويمكن تصور ذلك في حال كتابة المحرر برموز تتضمن كلمات سرية، لا يستطيع حلها إلا من كان طرفا في هذا العقد، من أجل إحاطة المعاملة بأكبر قدر من السرية.

أما المحررات الالكترونية فإنه لا يمكن قراءة وإدراك مضمونها مباشرة، وإنما يتم ذلك بطريقة غير مباشرة، لأنها مدونة بلغة الحاسب الآلي التي لا يستطيع الإنسان أن يقرأها بشكل مباشر، وإنما لا بد من اللجوء إلى الحاسب الآلي حيث يمكن قراءة المحرر الإلكتروني والإطلاع على مضمونه[4] .

فالمحرر الالكتروني الموجود على قرص مرن أو قرص ضوئي لا يمكن قراءته بمجرد النظر إليه، وإنما يجب تشغيله في جهاز الكمبيوتر فيظهر على الشاشة مما يمكن من قراءته وفهم محتواه، كذلك بالنسبة للمحررات الموجودة في ذاكرة جهاز الكمبيوتر، فإنه حتى يمكن قراءتها وجب استدعاؤها من ذاكرة الجهاز لتعرض على شاشته.

([1]) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، "**التوقيع الالكتروني ومدى حجيته في الإثبات–دراسة مقارنة–**"، مجلة الحقوق، جامعة الكويت ، ملحق العدد 3، السنة 29، سبتمبر 2005، ص 115.

([2]) CAIDI (S.), **La preuve et la conservation de l'écrit dans la société de l'information**, Op.cit, P. 20.

([3]) LECLAINCHE (J.), **« Preuve et signature »,** disponible sur www.droit-ntic.com la date de mise en ligne est:15/3/2003, P. 4.

([4]) GOBERT (D.) et MONTERO(E.), **« L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique »,** J.T, 17 février 2001,N°6000, P. 118, et disponible sur :www.droit-technologie.org

وعلى ذلك فإن خاصية قراءة المحرر وإدراك مضمونه، يجب أن تتوافر فيه مهما كانت الدعامة التي تحمله، سواء كانت ورقية أو الكترونية.

ثانيا- دوام المحرر Durabilité: الشرط الثاني من شروط المحرر الكتابي المعد للإثبات هو الاستمرارية والدوام، بمعنى استمرارية الكتابة بان يتم تدوينها على وسيط يسمح بثباتها عليه واستمرارها، بحيث يمكن الرجوع إليها وقت الحاجة.

وبالتالي يجب أن يظل المحرر موجودا مع مرور الزمن، أي يجب أن يتم إنشاؤه على دعامة لا تتأثر بمرور الزمن، فهذا الشرط يرتبط بالوظيفة التي يقوم بها المحرر الكتابي في الإثبات.

وقد أشارت المادة 1/6 من قانون الأونسيترال النموذجي إلى هذا الشرط، حيث نصت "عندما يشترط القانون أن تكون المعلومات مكتوبة، تستوفي رسالة البيانات هذا الشرط إذا تيسر الإطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو تتيح استخدامها بالرجوع إليها لاحقا". فيجب أن تتوافر في المحرر صفة الدوام حتى يمكن الرجوع إليه لاحقا، سواء كان محررا ورقيا أم إلكترونيا، وذلك بحفظه على ذاكرة الحاسوب والأقراص الممغنطة أو البريد الإلكتروني[1].

وتتوافر صفة دوام المحرر واستمراريته في المحرر الورقي بحكم تكوينه المادي، لكن هذا مشترط بأن يتم الحفاظ على المحرر، فإذا تم إهماله فإن الورقة نفسها يمكن أن تتعرض للتآكل مع مرور الزمن، أو تغير لونها إلى الاصفرار مما لا يسمح بقراءة ما هو مكتوب عليها، أو تتآكل الورقة بفعل الحشرات نتيجة سوء الحفظ[2] .

أما بالنسبة للمحررات الإلكترونية، فإن توافر هذه الخاصية فيها تتعرض لمشكلتين:

المشكلة الأولى: حيث أن الوسائط الإلكترونية التي تحفظ الكتابة كالشرائح الممغنطة وأقراص التسجيل، تتسم بدرجة حساسية عالية، ففي حالة اختلاف شدة التيار الكهربائي أو الاختلاف الشديد في

(1) THIBOUTT Verbiest (m.), **La protection juridiques du cyber consommateur**, litec. Paris, 2002, P. 80.

(2) د. سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 522.

درجة حرارة تخزين هذه الوسائط، فإن هذا يؤدي إلى حدوث تلف بتلك الوسائط الإلكترونية، ويترتب على ذلك عدم تحقق شرط الدوام والاستمرارية[1].

غير أن هذه الصعوبة الفنية قد أمكن التغلب عليها باستخدام أجهزة ووسائط الكترونية متطورة وأكثر كفاءة، يتحقق فيها عنصر الثبات والاستمرارية بالنسبة لما دون عليها، حيث يمكن الاحتفاظ بتلك المعلومات لمدة طويلة ربما تفوق قدرة الأوراق التي تتأثر هي الأخرى بعوامل الزمن أو الحريق أو الرطوبة أو الحشرات[2].

فالتطور التكنولوجي المتسارع لوسائل الاتصال، يفرز في كل مرة عن وسائط وأجهزة ذات قدرة وتنافسية عالية لمواجهة مخاطر التلف أو القرصنة التي قد تتعرض لها الوسائط الالكترونية.

غير أن المشكلة الثانية المتعلقة بشرط استمرارية الكتابة ودوامها بالنسبة للمحرر الالكتروني، ترتبط بهذا التطور المستمر للتكنولوجيا، ذلك أن البرامج التي تنشئ المحرر الالكتروني وتقرؤه في تطور مستمر، فمثلا المحرر الالكتروني الذي تم إنشاؤه على برامج " Word" إصدار عام 1998، لا يمكن قراءته بنفس الصورة على برنامج "Word" إصدار عام 2006، الأمر الذي قد يؤدي عند تقديم المحرر الإلكتروني إلى القاضي أنه لا يستطيع أن يطلع عليه، وذلك لأن هذا المحرر قد تم إنشاؤه منذ سنوات، والبرامج الموجودة حاليا لا تسمح بقراءته[3].

غير أنه يمكن التغلب على هذه المشكلة بسهولة، وذلك بالاحتفاظ بالإصدارات السابقة للبرامج التي تقرأ المحررات الالكترونية، بحيث يمكن استخدام هذه البرامج لقراءة المحررات الإلكترونية التي تم إنشاؤها منذ وقت بعيد[4].

وعلى ذلك فالمحرر مهما كانت الدعامة المحمولة عليه، ورقية أم إلكترونية، وجب أن يتمتع بقدر من الثبات والاستمرارية حتى يمكن الرجوع إليه، والاستناد إليه كدليل لحل النزاع بين الأطراف أو التأكيد بند من بنود العقد، أما إذا فقد هذه الخاصية فلا يمكن الاعتماد به كدليل إثبات.

([1]) د. إيمان مأمون احمد سليمان، المرجع السابق، ص 194.

([2]) د. حسن عبد الباسط جميعي، **إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الانترنت**، المرجع السابق، ص 21.

([3]) SEDALLIAN.(V), **« L'archivage de l'acte électronique »**, Article disponible sur : www.clic_droit.com, La date de mise en ligne et : 28\08\ 2002.

([4]) Idem.

ثالثاـ ثبات مضمون المحرر وعدم قابليته للتعديل Irréversibilité: يشترط في المحرر الكتابي حتى يكون حجة في الإثبات، أن يكون غير قابل للتعديل وبثبات مضمونه، والمقصود بذلك ألا تكون الكتابة الموجودة في المحرر قابلة للتعديل، وذلك من اجل إضفاء عنصر الثقة على ما هو مدون بالمحرر الكتابي.

فتقدير القوة الثبوتية للمحرر الكتابي تتحدد في ضوء سلامة مضمونه، وعدم حدوث أية تعديلات عليه منذ إنشائه، وذلك مرتبط بوظيفة المحرر في الإثبات، فإذا كان هناك أي شك في سلامة مضمونه فإن القاضي لا يعطي لهذا المحرر أي قوة ثبوتية[1].

وخاصية ثبات المحرر وعدم قابلية للتعديل تتوافر في المحرر الورقي بشكل واضح، نظرا للتركيب المادي لهذه الوسيط، عند ما تتم الكتابة عليه بالأحبار التي تتصل كيميائيا به. فلا يمكن فصلها إلى بإتلاف الوسيط الورقي أو بترك أثر واضح عليه، يسهل كشفها بمجرد النظر إليها أو بالرجوع لذوي الخبرة في ذلك[2] .

فأي تعديل أو كشط أو حشر في المحرر الورقي يظهر واضحا عليه، وبالتالي يمكن الطعن في حجيته ومدى قابليته للإثبات.

وبالنسبة للمحرر الإلكتروني نجد أن شرط الدوام وعدم القابلية للتعديل، يعتمد بصفة أساسية على الدعامة المثبت عليها مضمون المحرر (البيانات والمعلومات)، حيث تتنوع الدعامات الإلكترونية إلى نوعين: دعامات دائمة ودعامات غير دائمة.

فالدعامات غير الدائمة تتمثل في التسجيل أو القيد المغناطيسي، مثل الشرائط الممغنطة والاسطوانات الممغنطة، وغيرها من مخرجات الحاسب الآلي التي تقبل الاستعمال المتكرر، حيث يمكن محوه وإعادة كتابة شيء آخر بدلا منه، دون ترك أي أثر مادي يمكن ملاحظته واكتشافه.

أما المخرجات التي لا تقبل الاستعمال سوى مرة واحدة، وهي الدعامات الدائمة كالأشرطة والبطاقات المثقبة، فإنه يتعذر محوها، كالقرص البصري الرقمي Disque Optique Numérique ، والذي يتم التسجيل

([1]) د. سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 525.

([2]) د. حسن عبد الباسط جميعي، **إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الانترنت**، المرجع السابق، ص 23.

عليه باستخدام تكنولوجيا الليزر، بالإضافة إلى الاحتياطات التقنية التي تتخذ عند عمل هذه الأقراص، والتي تتيح الحفظ الجيد لها، لفترة طويلة من الزمن. كما أن البطاقات ذات الذاكرة يتوافر فيها شرط الدوام، وذلك نظرا لأن المعلومات المسجلة عليها يتعذر محوها أو تغييرها، وليس هناك أية وسيلة لتغييرها أو محوها إلا بإعدامها تماما[1].

فقد ثبت أن نظم المعلومات الحديثة بما تتيحه من تقنيات متطورة، يمكن لها أن تكشف عن أي تعديل في البيانات الالكترونية، وأن تحدد بدقة البيانات المعدلة ووقت تعديلها[2].

وما نلاحظه في مواقع الانترنت، أن أغلب النصوص والوثائق الموجودة فيها لا يمكن تعديلها أو محوها، وإنما يمكن قراءتها فقط، خاصة بالنسبة للتعاقدات التي تتم عن طريق شبكة الانترنت، حيث يضع الموقع شروط العقد في صورة محرر غير قابل للتعديل، ويقوم المتعاقد عبر الشبكة بقبوله أو رفضه دون أن يتمكن من التعديل فيه.

كما أن استخدام تقنية التوقيع الرقمي تسمح بضمان عدم التعديل في المحرر الإلكتروني، فاستخدام المفتاح الخاص في تشفير بيانات المحرر، يؤدي إلى أن الطرف الآخر المرسل إليه المحرر الالكتروني المشفر لا يستطيع التعديل في مضمونه، ولكنه يستطيع فقط قراءة الرسالة الإلكترونية دون التعديل في محتواها[3] .

وقد اشترط المشرع الجزائري في نص المادة 323 مكرر1 قانون مدني، حتى تتمتع الكتابة الالكترونية بالحجية، أن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها. وهو ما أشار إليه المشرع المصري صراحة، في نص المادة 18 فقرة ج من قانون التوقيع الإلكتروني، بإمكانية كشف أي تعديل أو تبديل في بيانات المحرر الإلكتروني.

([1]) د. محمد السعيد رشدي، "**حجية وسائل الاتصال الحديثة في الإثبات**"، بحث مقدم لمؤتمر الجوانب القانونية والأمنية للمعاملات الالكترونية، المنعقد بدولة الإمارات العربية المتحدة، في الفترة من 26-28 أفريل 2003، الجزء الثاني، ص 451.

([2]) YEVS Paul et MIRIELLE Antoinevers, **La confiance ou comment assurer le développement du commerce électronique**, Collection legi presse, Paris, 2001, P. 452.

([3]) GOBERT (D.) et MONTERO(E.), **« L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique »,** Art. Précis.

فخاصية ثبات مضمون المحرر وعدم قابليته التعديل، تتوافر في المحرر مهما كانت دعامته ورقية أم إلكترونية.

وعلى ذلك يجب أن يتوافر في المحرر الإلكتروني الشروط الواجب توافرها في الكتابة كأصل عام، وهي قابلية الكتابة للقراءة مهما كانت الدعامة الموجودة عليها، وكذا استمرارية الكتابة ودوامها، بمعنى حفظ المحرر في وسائل يمكن الرجوع إليها لاحقا، وضمان عدم ضياعها أو تلفها، كذلك وجب توافر شرط عدم قابلية الكتابة للتعديل وضمان ثبات مضمونها، بحيث أن كل تعديل في مضمون المحرر يؤدي إلى فقدانه الحجية في الإثبات.

غير أن المحرر الإلكتروني يتمتع بالإضافة إلى هذه الشروط السابقة التي تتوافر في الكتابة التقليدية، جملة من الشروط الخاصة الأخرى المتعلقة بالمحرر الإلكتروني ذاته، متميزا عن غيره من المحررات التقليدية، وقد أشارت إلى هذه الشروط القوانين الحديثة المتعلقة بتنظيم المحررات الالكترونية وحجيتها في الإثبات. وهو ما سنتناوله في الفرع الثاني.

الفرع الثاني

الشروط الخاصة بالكتابة الإلكترونية

اشترطت القوانين الحديثة في الكتابة الالكترونية حتى تتمتع بالحجية الكاملة في الإثبات، إضافة إلى الشروط السابقة التي تشترك فيها مع الكتابة التقليدية بوجه عام، أن تتمتع الكتابة الإلكترونية ببعض الشروط الخاصة.

فقد نصت المادة 1/1316(مضافة) من التقنين المدني الفرنسي على أنه:" تتمتع الكتابة الالكترونية بنفس الحجية المعترف بها للمحررات الكتابية في الإثبات، شريطة أن يكون بالإمكان تحديد شخص مصدرها على وجه الدقة وأن يكون تدوينها وحفظها قد تم في ظروف تدعو إلى الثقة[1]". وهو ما أشار إليه أيضا المشرع الجزائري في نص المادة 323 مكرر 1 قانون مدني.

([1]) L'article 1316_1 : l'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dument identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature a en garantir l'intégrité .

نستنتج من نص هاتين المادتين أن الشروط الخاصة التي يتطلبها التشريع في المحرر الالكتروني، هي أولا أن يكون بالإمكان تحديد هوية الشخص الصادر عنه المحرر، وثانيا أن يتم إنشاء المحرر في ظروف تضمن سلامته، وثالثا أن يتم حفظ المحرر في ظروف تضمن سلامته.

وقد أشار قانون التوقيع الالكتروني المصري وكذا لائحته التنفيذية إلى هذه الشروط الخاصة، كما تطلبها قانون الاونسيترال النموذجي الخاص بالتجارة الإلكترونية. وسوف نتناول هذه الشروط في النقاط التالية:

أولا- تحديد هوية مصدر المحرر: المقصود بتحديد شخص مصدر المحرر، هو تعيين الشخص الذي ينسب إليه المحرر الإلكتروني. وهناك رأي من الفقه يرى أن هذا الشرط لم تكن هناك حاجة للنص عليه، ذلك أن تحديد الهوية هي من بين وظائف التوقيع الالكتروني وليست خاصة بالمحرر نفسه[1].

غير أن الرأي الراجح من الفقه يرى أن المشرع عندما نص على الشرط، فانه يقصد توضيح أن المحرر الالكتروني لا تكون له حجة في الإثبات إلا إذا كان موقعا إلكترونيا من مصدره، للتأكد من هوية هذا الأخير، أما إذا لم يكن موقعا فلن تكون له الحجية الكاملة، وبالتالي لن يتساوى مع المحرر الورقي في الإثبات[2].

وهذا الرأي هو الأقرب إلى الصواب، فالمحرر العرفي الورقي لا يمكن الاعتداد به، إلا إذا كان موقعا من مصدره، أما إذا كان أنكر أحد أطرافه ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة، فإن حجية المحرر العرفي تزول إلى غاية التأكد من مصدر المحرر وتوقيعه.

([1]) CAPRIOLI (E.A), **« Le juge et la preuve électronique »**, Article disponible sur www.juriscom.net, La date de mise en ligne : janvier. 2000, p10.

_ ANDRE LUCAS et JEAN DEVEZE et JEAN FROYSSINER, **Droit de l'informatique et de l'internet**, Presses universitaires de France (PUF droit), Paris, 2001, P. 592.

([2]) GOBERT (D.) et MONTERO(E.), **« L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique »**, Article précis.

-MASCRE (F.), **« L'archivage électrique »**, Article disponible sur : www.mascre-heguy.com la date de mise en ligne : est Septembre 2003.

- HUET (J.), **« Le code civil et les contrats électronique »**, Article disponible sur : www.actoba.com, la date de mise en ligne en 2003.

وقد سبق وأن أشارت محكمة النقض الفرنسية إلى هذا الشرط، في حكمها الشهير الصادر في 02 ديسمبر 1997، حيث ذكرت فيه أن المحرر الكتابي يمكن أن يتم إنشاؤه وحفظه على أي دعامة، بما فيها الفاكس طالما كانت سلامة المحرر ونسبته إلى من أصدره يتم التأكد منها دون نزاع[1] .

فحتى يتمتع المحرر الإلكتروني بحجيته في الإثبات، يجب أن يكون صادرا عن شخص معين، ويجب التأكد من تدخل هذا الشخص بإرادته في إنشاء هذا المحرر، وذلك من خلال التوقيع عليه إلكترونيا، وعلى ذلك فتوقيع الشخص على المحرر إلكترونيا هو شرط لابد منه.

وقد أشار المشرع الجزائري إلى هذا الشرط في نص المادة 323 مكرر1، كما يمكن استنتاجه ضمنيا من نص المادة 15 من قانون التوقيع المصري حيث نصت:" للكتابة الإلكترونية والمحررات الإلكترونية في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية ذات الحجية المقررة للكتابة والمحررات الرسمية والعرفية في أحكام قانون الإثبات في المواد المدية والتجارية، متى استوفت الشروط المنصوص عليها في هذا القانون وفقا للضوابط الفنية والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لها القانون ".

وعلى ذلك فمتى استوفت المحررات الإلكترونية الشروط الفنية التي نص عليها قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، طالما كانت موقعة من مصدرها، فإنها تتمتع بنفس حجية المحررات الورقية في الإثبات، حيث يشترط في المحرر العرفي الورقي أن يكون موقعا من مصدره، وهو ما يمكن تطبيقه على المحرر العرفي الإلكتروني[2].

وقد نص قانون الاونسيترال النموذجي المتعلق بالتجارة الإلكترونية، على شرط تحديد هوية مصدر المحرر الإلكتروني: "يعطي للمعلومات التي تكون على شكل رسالة بيانات ما تستحقه من حجية في الإثبات. وفي تقدير حجية رسالة البيانات في الإثبات، يولى الاعتبار لجدارة الطريقة التي استخدمت في إنشاء أو تخزين أو إبلاغ رسالة البيانات بالتعويل عليها، ولجدارة الطريقة التي استخدمت في المحافظة على سلامة المعلومات بالتعويل عليها، وللطريقة التي حددت بها هوية منشئها، ولأي عامل آخر يتصل بالأمر "[3].

([1]) Cass. Com ,2 décembre 1997, Bull. IV, N°315, p 271, et disponible sur : www.legifrance.gouv.fr

([2]) د. سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 532–533.

([3]) المادة 2/9 من قانون الأونسيترال النموذجي المتعلق بالتجارة الإلكترونية لسنة 1996.

وعلى ذلك فالطريقة التي يتم بها تحديد هوية منشئ المحرر الإلكتروني، والمتمثلة في التوقيع إلكترونيا عليه، هي شرط ضروري حسب قانون الاونسيترال للتجارة الإلكترونية، وذلك لضمان الاعتراف بحجية المحررات الإلكترونية في الإثبات.

ثانيا- إنشاء المحرر في ظروف تضمن سلامته: الشرط الثاني من شروط المحرر الإلكتروني الخاصة، هو إنشاء المحرر وتدوينه من خلال تقنية تحقق الثقة، بمعنى الحفاظ على الكتابة الإلكترونية في صورتها الأولى والتي دونت بها أول مرة، وهو ما عبر عنه المشرع الفرنسي بمصطلح "Intégrité".

فيجب أن يظل المحرر الالكتروني محافظا على مضمونه منذ تدوينه وتسجيله على نظام معلوماتي، إلى نقله إلى المتعاقد الأخير، وحتى نهاية المدة المحددة للحفظ[1].

فالمحرر الإلكتروني يتعرض إلى مخاطر عديدة تؤدي إلى التعديل في مضمونه، على غير ما كان يريده منشؤه، فأثناء انتقال المحرر عبر شبكة الانترنت من المرسل إلى المرسل إليه، قد يتعرض لمخاطر، تهدد تكنولوجيا المعلومات بصفة عامة، مما قد تؤدي إلى التعديل في مضمونه.

ومن بين هذه المخاطر، المخاطر الفنية التي قد يتعرض لها المحرر الإلكتروني في مساره عبر شبكة الإنترنت، فقد يتعرض هذا المسار لبعض الأعطال الفنية التي قد تؤدي إلى تلف المحرر كليا أو جزئيا، أو تؤدي إلى حدوث تعديلات في مضمون المحرر بتعديل بياناته، وهي أخطار غير عمدية في أحد مسارات شبكات الانترنت أو أحد وحدات الخدمة التي تتكون منها الشبكة[2].

كما قد تواجه المحرر الالكتروني عدة أخطار عمدية، تتمثل في أعمال القرصنة التي تهدد تكنولوجيا المعلومات، فقد تتعرض مواقع شبكة الإنترنت والمستخدمين للشبكة لأعمال القرصنة، وبالتالي قد يتعرض المحرر الكتابي لأعمال القرصنة أثناء انتقاله من المرسل إلى إليه، وذلك بالتعديل في بياناته أو إتلافه كليا أو جزئيا، أو حتى محاولة تأخير وصوله إلى المرسل إليه[3]، وهذا ما يؤثر في سلامة المحرر والتعديل في محتواه.

([1]) د/ سيد حسن عبد الله ، "**المنظور الإسلامي لوسائل حماية المستهلك الإلكتروني**"، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون" المنعقد بدولة الإمارات العربية المتحدة، غرفة تجارة وصناعة دبي، من 10إلى 12 ماي 2003 م، الجزء الثالث، ص 1252.

([2]) CAIDI (S.), **La preuve et la conservation de l'écrit dans la société de l'information**, Op. cit, PP. 53-54.

([3]) Ibid, P. 54.

فالتعديل في المحرر الورقي أمر يمكن اكتشافه بالعين المجردة، فأي محو أو كشط أو حشر في مضمونه المحرر يظهر للعيان، كما أن صفحات المحرر الورقي عادة ما يتم ترقيمها (إذا تضمن أكثر من صفحة)، لهذا يسهل اكتشاف ما إذا تم تمزيق أو نزع إحدى صفحاته، غير أن طبيعة المحرر الإلكتروني المدون على دعامة إلكترونية، يصعب فيها الإثبات أن هناك تعديل أو تحريف في بيانات المحرر، لذا تطلبت التشريعات النص على شرط ضمان سلامة المحرر (Intégrité).

وقد سبقت محكمة النقض الفرنسية في الإشارة إلى شرط ضمان سلامة المحرر، في حكمها الشهير السابق الإشارة إليه، بتاريخ 2 ديسمبر 1997، حيث قررت أن المحرر الكتابي يمكن أن يتم إنشاؤه وحفظه على أي دعامة بما فيها الفاكس، طالما كانت سلامة المحرر ونسبته إلى من أصدره يتم التأكد منها دون أي نزاع[1].

كما تضمن قانون التوقيع الإلكتروني المصري لسنة 2004 هذا الشرط، حيث نص في شروط تمتع التوقيع الإلكتروني والمحرر الإلكتروني بالحجية:"إمكانية كشف أي تعديل في بيانات المحرر الالكتروني والتوقيع الإلكتروني"[2]، فأي تبديل أو تعديل في بيانات المحرر الإلكتروني، فإنه يؤدي إلى عدم تمتعه بالحجية الكاملة في الإثبات.

هذا وقد أشارت المادة 8/ ج من اللائحة التنفيذية لهذا القانون، أن من الشروط الفنية الواجب توافرها في المحرر الإلكتروني حتى يتمتع بالحجية أنه: "في حالة إنشاء وصدور الكتابة الإلكترونية أو المحررات الإلكترونية الرسمية أو العرفية دون تدخل بشري جزئي أو كلي، فإن حجيتها تكون متحققة متى أمكن التحقق من وقت وتاريخ إنشائها ومن عدم العبث بهذه الكتابة أو تلك المحررات".

كما أشار المشرع الجزائري إلى هذا الشرط في نص المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني:"... وأن تكون **معدة** ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها".

فإنشاء المحرر الإلكتروني بطريقة تضمن سلامته، ينطبق أيضا على مضمون المحرر، أي يجب عدم حدوث تعديلات في مضمونه، منذ إنشائه حتى يتم تسليمه إلى المرسل إليه بالصورة التي تم إنشاؤه

([1])Cass .Com , 2 décembre 1997 , Bull IV , N° 315, p 271, et disponible sur: www.legifrance.gouv.fr

([2]) المادة 18/ج من القانون المصري رقم 15 المتعلق بالتوقيع الإلكتروني لسنة 2004.

عليها، وبالتالي يتحقق في المحرر الإلكتروني الخاصية المتعلقة بثبات مضمونه، والتي تطرقنا لها عند الحديث عن الشروط العامة للكتابة.

ويمكن تحقيق شرط سلامة المحرر الإلكتروني من خلال تقنية التوقيع الرقمي، باعتبارها صورة من صور التوقيع الالكتروني، التي سنتطرق إليها لاحقا، فهو الذي يضمن عدم تعديل المحرر الإلكتروني أثناء انتقاله من المرسل إلى المرسل إليه.

والتوقيع الالكتروني يلعب دورا هاما أكثر من التوقيع الخطي، حيث أن التوقيع الخطي يقوم بوظيفتين، وهي تعيين هوية الموقع وإظهار رضائه بمضمون المحرر الموقع، دون أن يكون له أي دور في ضمان سلامة المحرر الموقع، وإنما هذا الدور يكون منوط بالدعامة الورقية التي يجب أن لا يظهر عليها أي تعديل، أما التوقيع الرقمي، فإلى جانب وظائف التوقيع الخطي، فإنه يقوم بضمان سلامة المحرر الإلكتروني أثناء انتقاله بين الطرفين[1].

وقد أشار المرسوم الفرنسي رقم 272 لسنة 2001 المتعلق بتطبيق قانون التوقيع الإلكتروني، إلى تقنية التوقيع الرقمي بالقول :"أن المفتاح العام الذي يكون موضوعا لشهادة تصديق إلكتروني يجب أن يجعل الشخص المرسل إليه المحرر الإلكتروني قادرا على تحديد مضمون المحرر الموقع"، وهذا النص مقتبس من الملحق رقم4 من التوجيه الأوروبي الخاص بالتوقيع الإلكتروني[2].

فمن خلال تقنية التوقيع الالكتروني الرقمي يمكن التأكد من هوية الأطراف المتعاقدة، وذلك بالاستعانة بتقنية المفتاح العام الذي يكون متاحا للجمهور، بواسطة هيئات محايدة تتولى مهمة إصدار هذه المفاتيح.

كما أشارت اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني المصري، إلى قيام التوقيع الرقمي بضمان سلامة المحرر الإلكتروني، حيث نصت: "مع عدم الإخلال بما هو منصوص عليه في المواد (4.3.2) من هذه اللائحة، يتم من ناحية فنية وتقنية، كشف أي تعديل أو تبديل في بيانات المحرر الإلكتروني

(1) د. سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 539.

(2) L'article 05: "Un dispositif de vérification de signature électronique peut faire, après évaluation, l'Object d'une certification, selon les procédures définies par l'arrête mentionné à l'article 4, s'il répond aux exigences suivantes : le vérification doit pouvoir, si nécessaire, déterminer avec certitude la contenu des données signées".

الموقع إلكترونيا، باستخدام تقنية شفرة المفتاحين العام والخاص، وبمضاهاة شهادة التصديق الإلكتروني وبيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني بأصل هذه الشهادة وتلك البيانات، أو بأي وسيلة مشابهة"[1].

كما نصت المادة11/01 من نفس اللائحة عند تعريفها للمفتاح العام بأنه: "أداة إلكترونية متاحة للكافة تنشأ بواسطة عملية حسابية خاصة، وتستخدم في التحقق من شخصية الموقع على المحرر الإلكتروني، والتأكد من صحة وسلامة محتوى المحرر الإلكتروني الأصلي."

وعلى ذلك فلسلامة المحرر الالكتروني، وجب أن كون موقعا توقيعا إلكترونيا رقميا من مصدره، وذلك لضمان عدم التعديل في بيانات المحرر أثناء انتقاله من المرسل إلى المرسل إليه، دعما للثقة بين أطراف العقد الإلكتروني.

ثالثاـ حفظ المحرر الالكتروني: الشرط الثالث من الشروط الخاصة بالمحرر الإلكتروني حتى يتمتع بالحجية الكاملة في الإثبات، هو أن يتم حفظه في ظروف تضمن سلامته، طوال مدة التقادم التي يخضع لها التصرف المحفوظ[2].

فيجب حفظ المحرر الالكتروني فترة من الزمن، بحيث يضمن عدم حدوث أي تعديل أو إتلاف له، حتى يمكن لأطراف النزاع تقديمه أمام القضاء لإثبات صحة إدعاءاتهم.

وقد أشار المشرع الجزائري إلى هذا الشرط في نص المادة 323 مكرر1 من القانون المدني:"... وأن تكون معدة **ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها**".

وكذا في القانون رقم 04/15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الالكترونيين، في المادة الرابعة منه:"تحفظ الوثيقة الموقعة الكترونيا في شكلها الأصلي. ويتم تحديد الكيفيات المتعلقة بحفظ الوثيقة الموقعة الكترونيا عن طريق التنظيم".

كما أشار قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي إلى شروط حفظ المحرر الإلكتروني وهي:

– حفظ المستند الالكتروني بطريقة تسمح ببيان مضمونه وما يحتويه من معلومات.

([1]) المادة 11 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني المصري لسنة 2004.

([2]) SEDALLIAN(V.), « **Preuve et signature électronique** », n 52, Article disponible sur **www.internet-juridique.net**

– إمكان استرجاع المعلومات المحفوظة والرجوع إليها عند الحاجة إلى ذلك.
– حفظ المعلومات المتعلقة بمنشأ الرسالة الإلكترونية وجهة وصولها ووقت ومكان إرسالها واستلامها[1].

كما أشارت اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني المصري، في الفقرة أ من المادة الثامنة، إلى شرط حفظ المحرر الإلكتروني حتى يتمتع بالحجية بقولها:"أن يكون متاحا فنيا تحديد وقت وتاريخ إنشاء الكتابة الإلكترونية أو المحررات الإلكترونية الرسمية أو العرفية، وأن تتم هذه الإتاحة من خلال نظام حفظ إلكتروني مستقل وغير خاضع لسيطرة منشئ هذه الكتابة أو تلك المحررات، أو لسيطرة المعنى بها".

كما نص القانون التونسي المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية، رقم 83 لسنة 2000 على أنه: "يعتمد قانونا حفظ الوثيقة الإلكترونية، كما يعتمد حفظ الوثيقة الكتابية، ويلتزم المرسل بحفظ الوثيقة الإلكترونية في الشكل المرسلة به، ويلتزم المرسل إليه بحفظ هذه الوثيقة في الشكل الذي تسلمها به.

وحفظ الوثيقة الإلكترونية على حامل الكتروني يمكّن من:
– الاطلاع علي محتواها طيلة مدة صلاحيتها.
– حفظها في شكلها النهائي بصفة تتضمن سلامة محتواها.
– حفظ المعلومات الخاصة بمصدرها ووجهتها، وكذلك تاريخ ومكان إرسالها واستلامها" [2].

وفي القانون الأمريكي الفيدرالي، جعل السجل الإلكتروني المحفوظ به العقد مستندا أصليا، وذلك إذا استوفى شروط الحفظ، وهي شرطين:

– الشرط الأول: أن يعكس السجل بأمانة المعلومات التي يتضمنها العقد.
– الشرط الثاني: أن يسمح لأي شخص مرخص له، بالدخول قانونا على السجل و استخراج المعلومات المحفوظة فيه[3].

من خلال هذه النصوص يتبين أن هناك عدة شروط تتعلق بمسألة حفظ المحرر، فالشرط الأول هو أن يتم حفظ المحرر بطريقة تضمن سلامته، وتضمن عدم التعديل في محتواه طيلة مدة حفظه، وهو

(1) المادة 1/8 من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي.
(2) المادة 4 من القانون التونسي رقم 83 لسنة 2000 المتعلق بالمبادلات والتجارة الالكترونية.
(3) د. إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص199.

الشرط الذي أشارت إليه المادة 10- ب من قانون الاونسيترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية، على أنه من الشروط الواجب توافرها في نظام الاحتفاظ برسائل البيانات " 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 به".

وبالنسبة للشرط الثاني من شروط الحفظ، هو أن يكون بالإمكان الإطلاع على مضمون المحرر رغم مرور فترة من الزمن على حفظه، وهو ما أشارت إليه المادة 10- أ من قانون الاونسيترال النموذجي: "أن يتيسر الاطلاع على المعلومات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها في الرجوع إليها لاحقا". وينبغي على المكلف بالحفظ أن يحفظ كافة البرامج التي تمكنه من قراءة المحررات المحفوظة.

أما الشرط الأخير هو أنه يجب حفظ كل المعلومات التي تحدد بدقة وقت وتاريخ إنشاء المحرر الإلكتروني، وهو ما أشارت إليه المادة 10- ج من قانون الاونسيترال النموذجي :"الاحتفاظ بالمعلومات، إن وجدت، التي تمكن من استبانة منشأ رسالة البيانات وجهة وصولها وتاريخ ووقت إرسالها واستلامها".

وعادة ما يعهد إلى جهة خاصة تتولى حفظ المحررات الالكترونية، لأنه من الصعب من الناحية العملية أن يقوم المتعاقد– مستهلكا أم تاجرا– بعملية حفظ المحررات الإلكترونية، ذلك أن عملية الحفظ تتطلب وسائل تقنية تضمن سلامة المحرر، وهي لا تتوافر إلا في جهات متخصصة بذلك وتحتاج إلى خبراء متخصصين في هذا الأمر، لذا من الأفضل أن يعهد هذا الأمر إلى جهة لحفظ المحرر[1].

وتعد جهات التصديق والتوثيق الالكتروني، التي تم إنشاؤها بموجب تشريعات الدول للتجارة الالكترونية أو التوقيع الالكتروني، هي المنوطة بتلقي وحفظ المحررات الالكترونية، واللجوء إليها له ميزات كثيرة، ذلك أن هذه الجهات تكون مستقلة عن منشئ المحرر، فلا تستطيع تعديل بنود العقد وهو ما أشارت إليه المادة 8/ج من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الالكتروني المصري، على أنه يتم اللجوء إلى جهة لحفظ المحرر مستقلة وغير خاضعة لسيطرة منشئ المحرر الإلكتروني.

([1]) MASCRE (F.), **« L'archivage électronique »**, Article disponible sur : www.mascre-heguy.com , La date de mise en ligne est septembre 2003.

كما أن هذه الجهات تستعمل وسائل تقنية متطورة في حفظ المحررات الإلكترونية، وتستعين بمتخصّصين في هذا الأمر[1].

فعند الانتهاء من إبرام الصفقة التجارية التي تمت عبر الوسائط الالكترونية، يمكن لأطرافها الاتفاق على حفظ بيانات المحررات الالكترونية التي تم تبادلها فيما بينهم، لدى أحد المكلفين بخدمة الحفظ، ويقوم هذا المكلف بوضع توقيعه الالكتروني على البيانات المدونة على المحرر الالكتروني، أو على السجل الالكتروني إذا تعددت المحررات الالكترونية لتوثيقها، للتحقق من أن المحرر الالكتروني المقدم هو المحرر الذي حفظ[2].

ويعد المكلف بخدمة الحفظ مسئولا مدنيا وجزائيا عن التغييرات التي تلحق ببيانات المحررات الالكترونية المحفوظة لديه، أو التغييرات التي تلحق بالتوقيعات الالكترونية[3].

وعملية حفظ البيانات وارتباطها بالتوقيع الالكتروني، يخضع لفاعلية النظام الذي يستخدمه المكلف بخدمة الحفظ [4]، وما يوفره من ثقة وأمان.

وأفضل وسيلة لحفظ المحرر وفقا لمعيار أفنور AFNOR NFZ 42—013K، كما رأينا سابقا هي الأقراص الضوئية التي تسمىWORM، لما تتمتع به هذه الأقراص من مزايا فائقة في حفظ المحررات الالكترونية، فهي تتميز بأنها أقراص للكتابة مرة واحدة والقراءة عدة مرات، وقد ظهر هذا النوع حديثا، حيث يمكن تسجيل البيانات عليه مرة واحدة فقط، والاحتفاظ بها للأبد، فلا يمكن إلغاء هذه البيانات المسجلة أو تعديلها[5].

([1]) SEDALLIAN (V.), **« L'archivage de l'acte électronique »**, Art. précis.

([2]) د. عيسى غسان ربضي، **القواعد الخاصة بالتوقيع الالكتروني**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 2009، ص 200.

([3]) نص المشرع الجزائري على مسؤولية لمؤدي خدمات التصديق الالكتروني، في المواد من 53 وما يليها من القانون رقم 04/15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الالكترونيين.

([4]) CAPRIOLI (E.A.), **« Le juge et la preuve électronique »,** Article disponible sur www.juriscom.net'

([5]) ELLOUMI Aderraouf, **Le Formalisme Electronique**, Centre de publication universitaire, Tunisie, 2011, P. 387.

- MASCRE Frédéric, **« L'ARCHIVAGE ELECTRONIQUE (2ème partie) »,** Article précis.

وقد نص القانون الفرنسي في القانون رقم 575 لسنة 2004 الخاص بتعزيز الثقة في الاقتصاد الرقمي في المادة 27 منه، على إضافة فقرة ثانية للمادة 134 من قانون الاستهلاك[1]، تنص على: "إذا تم إبرام العقد بطريقة الكترونية، وكانت قيمته تعادل أو تتعدى القيمة التي سوف يتم تحديدها في المرسوم الخاص بذلك، فإن المتعاقد المهني يجب أن يقوم بحفظ المحرر المثبت للعقد لمدة يتم تحديدها في هذا المرسوم، ويجب أن يسمح للمتعاقد المستهلك بأن يطلع على هذا المحرر كلما أراد ذلك".

فالمشرع أراد بذلك حماية المستهلك، بألا يلقي على عاتقه الالتزام بحفظ المحرر الالكتروني، وألقاه على عاتق التاجر، وأعطى للمستهلك حق الاطلاع عليه وطلب تقديمه إلى القضاء في حالة حدوث نزاع على هذا العقد[2].

وإذا ما تم الحفظ المحرر الإلكتروني لدى جهات متخصصة، فإنه يمكن الاحتجاج به أمام القضاء، ويمكن للقاضي أن يقتنع به كدليل لحل النزاع بين الطرفين، ويطمئن إلى أنه لم يطرأ عليه أي تعديل منذ تاريخ إنشائه.

لكن التساؤل يثور بالنسبة للتوقيع الالكتروني الذي يرتبط بالكتابة الالكترونية، والذي يعد العنصر الثاني من عناصر المحرر الالكتروني، بعد الكتابة الالكترونية، ومدى تمكنه من أداء ذات الدور المقرر للتوقيع التقليدي أو التوقيع الخطي، وبالتالي يمنح الحجية الكاملة في الإثبات إذا ما تم تحت إشراف جهات متخصصة بعمليات التصديق الالكتروني، وهذا ما سنتطرق إليه في المبحث الثاني.

([1]) l'article 134-2 du Code de la consommation, les contrats conclus par voie électronique, portant sur une somme égale ou supérieure à un certain montant fixé par décret, doivent être conservés par le contractant professionnel pendant un délai qui sera déterminé par ledit décret.
Le contractant professionnel doit, de même, garantir "à tout moment" l'accès au contrat archivé.

([2]) CAPRIOLI(E .A), **« Obligation pour les cybercommerçants d'archiver les contrats en ligne avec les consommateurs supérieurs a 120 euros »,** Article disponible sur www.caprioli-avocats.com, la date de la mise en ligne mars 2005.

المبحث الثاني

التوقيع والتصديق الإلكترونيين

أدى التطور التقني والتكنولوجي في وسائل الاتصال الحديثة وتقنيات المعلومات، إلى ظهور نوع جديد من الكتابة والتوقيع عليها بأسلوب إلكتروني، حيث يتم تبادل البيانات والمعلومات عبر شبكات الكمبيوتر، وتحميلها على دعامات إلكترونية، مصحوبة بتوقيع إلكتروني لصاحب الرسالة.

فبعد أن كان التوقيع على المحررات الكتابية التقليدية خطيا، أصبح هذا النوع لا يتلاءم مع البيئة الإلكترونية وما أفرزته من مستجدات، حيث أدى التعاقد عبر شبكة الانترنت إلى البحث عن بديل للتوقيع الخطي يتلاءم مع البيئة الإلكترونية، فظهر التوقيع الإلكتروني.

وكانت بداية ظهوره في مجال المعاملات البنكية باستخدام بطاقات الائتمان، سواء في السحب من المراكز الآلية للسحب النقدي، أو من خلال استخدام هذه البطاقة لسداد ثمن السلع أو الخدمات في المحلات والمراكز التجارية.

ومع انتشار شبكة الانترنت أمكن للإفراد التعامل بواسطتها وإجراء معاملات عبرها، مما جعل الأمر يتطلب التوقيع الإلكتروني على المعاملات الالكترونية، بدلا للتوقيع اليدوي الذي يرتبط بالمعاملات التي تتم على دعامات ورقية.

والتوقيع بشكله التقليدي اليدوي على الكتابة العرفية، هو العنصر الذي يضفي عليها الحجية، ويجعلها دليلا كاملا في الإثبات، وهو ما يدعونا إلى البحث في مدى اعتبار المحرر الإلكتروني دليلا كاملا في الإثبات إذا وقع عليه إلكترونيا.

وهذا ما جعل التشريعات الحديثة تتناول فكرة التوقيع الإلكتروني، وتشترط شروطا معينة حتى تكون له حجة في الإثبات، معتمدة على فكرة التنظير الوظيفي L’équivalence fonctionelle ، بمعنى أن التوقيع الإلكتروني لا تكون له حجة في الإثبات إلا إذا حقق نفس وظائف التوقيع في صورته التقليدية وتوافرت فيه نفس الشروط أيضا.

وعلى ذلك سنتناول في هذا المبحث تحديد مفهوم التوقيع الإلكتروني، ثم التصديق الالكتروني.

المطلب الأول

مفهوم التوقيع الإلكتروني Signature Electronique

استجابة لدخول البشرية عصرا جديدا يجمع بين مجال المعلوماتية وقطاع الاتصال، وما لهما من انعكاس على التبادل التجاري، بإبرام صفقات تجارية ضخمة تتم عبر شبكة الانترنت، صدرت تشريعات دولية وإقليمية ووطنية لمواكبة التطور الذي لحق بمجال المعلوماتية والقطاع التكنولوجي، وكذلك لتوفير الأمان والثقة والخصوصية لهذه الوسائل الجديدة، من خلال تقنيات التوقيع الالكتروني التي تعمل على حماية حقوق الأطراف المتعاقدة من الغش والاحتيال.

وقد تكللت هذه الجهود بإصدار عدة قوانين دولية وداخلية لتنظيم التوقيع الالكتروني، وهو ما سنتطرق إليه في النقاط التالية:

الفرع الأول

تعريف التوقيع الالكتروني

تباينت التعريفات التي أعطيت للتوقيع الإلكتروني، بحسب الزاوية التي ينظر منها إلى هذا التوقيع، فهناك من يعرفه بالنظر إلى الوسائل والتقنيات التي يتم بها، وهناك من يعرفه بحسب الوظائف التي يقوم بها، أو بحسب تطبيقاته العملية. وسنتطرق في هذا الفرع إلى تحديد مفهوم التوقيع الإلكتروني في التشريعات الدولية والإقليمية، وكذا في التشريعات الوطنية، ثم نتطرق إلى تعريف الفقه للتوقيع الإلكتروني.

أولا ـ تعريف التوقيع الإلكتروني في التشريعات الدولية والإقليمية.

عملت بعض الاتحادات والمنظمات الدولية على تنسيق الجهود، لسن بعض القواعد المشتركة المتعلقة بالاعتراف القانوني بالتوقيع الإلكتروني، لتوفير الأمن والثقة بين المتعاملين في التجارة الإلكترونية، فعمدت إلى وضع تعريف للتوقيع الإلكتروني، حتى تنتهجه الدول عند سنها للقوانين المنظمة للمعاملات الإلكترونية وكذا التواقيع الإلكترونية، كبديل للمعاملات التي تتم ورقيا.

وسنتعرض إلى نصوص التشريعات التي تطرقت إلى تعريف التوقيع الإلكتروني كالتالي:

1- القانون النموذجي للأونسيترال للتجارة الإلكترونية الدولية لسنة 1996:

بصدور هذا القانون، كانت الخطوة الأولى الفعلية لميلاد التوقيع الإلكتروني تشريعيا، حيث عرفته المادة السابعة على أنه "عندما يشترط القانون وجود توقيع من شخص، يستوفي ذلك الشرط بالنسبة إلى البيانات، إذا:

أ- استخدمت طريقة لتعيين هوية ذلك الشخص والتدليل على موافقة ذلك الشخص على المعلومات الواردة في رسالة البيانات، و:

ب- كانت تلك الطريقة جديرة بالتعويل عليها بالقدر المناسب للغرض الذي أنشئت أو أبلغت من أجله رسالة البيانات في ضوء كل الظروف، بما في ذلك أي اتفاق متصل بالأمر"

فهذا التعريف يعطي للتوقيع الإلكتروني حجية معادلة للتوقيع اليدوي، إذا أمكن تحديد الشخص الموقع وكذا إذا اثبت رضاؤه بالالتزام بما ورد في المحرر الإلكتروني، بمعنى أنه يركز على ضرورة قيام التوقيع الإلكتروني بالوظائف التقليدية للتوقيع، وهي تحديد هوية الشخص الموقع، والتعبير عن رضائه الالتزام بما ورد في المحرر الموقع.

كما أشارت الفقرة الثانية من هذه المادة، على أنه يتعين أن تكون طريقة التوقيع الإلكتروني طريقة موثوق بها. لكن لم تحدد هذه الطريقة أو الإجراءات التي يتعين إتباعها لمنح الثقة للتوقيع الالكتروني، وإنما تركت أمر تحديدها لكل دولة على حدى.

فقد وضع هذا القانون البنية الأساسية التي يقوم عليها التوقيع الإلكتروني، على أن يستكمل هذا القانون بقانون آخر ينظم المسائل المرتبطة بالتوقيع الإلكتروني.

2- التوجيه الأوروبي بشأن التوقيعات الإلكترونية: قدمت اللجنة الأوروبية في 16 جوان 1998 اقتراح توجيه، يتعلق بالإطار العام للتوقيع الإلكتروني، تم إقراره في 13 ديسمبر 1999[1]. وقد عرفت

([1]) Directive 1999/93/CE du parlement européen et du conseil, Du 13 décembre 1999, sur une cadre communautaire pour les signature électronique, J.O. n° L .13 du 19/01/2000, PP.12-20, et disponible sur : www.legfrance.gouv.fr

المادة الثانية منه التوقيع الإلكتروني على أنه عبارة عن "بيانات في شكل إلكتروني متصلة أو مرتبطة منطقيا ببيانات إلكترونية أخرى وتخدم طريقة التوثيق[1].

وقد أورد التوجيه الأوروبي 1999/93، في نصوصه مستويين للتوقيع الإلكتروني، الأول يعرف بالتوقيع الإلكتروني البسيط Signature électronique simple ، وهو الوارد في نص المادة الثانية أعلاه، وقد أوجب التوجيه على من يتمسك به أن يثبت أن التوقيع قد تم بطريقة تقنية موثوق بها، أما الثاني فهو التوقيع الإلكتروني المتقدم Signature électronique avancée، فهو التوقيع المعتمد من أحد مقدمي خدمات التوثيق، الذي تسند إليه مهمة التحقق من نسبة التوقيع لصاحبه، فتكون لهذا التوقيع الحجية القانونية الكاملة في الإثبات.

فقد اشترطت الفقرة الثانية من المادة الثانية من التوجيه الأوروبي، أن التوقيع الإلكتروني حتى يتصف بأنه توقيع متقدم، يجب أن يلبي الشروط التالية:

1- أن يرتبط وبشكل منفرد بصاحب التوقيع.

2- أن يتيح كشف هوية صاحب التوقيع.

3- أن ينشأ من خلال وسائل موضوعة تحت رقابة صاحب التوقيع.

4- أن يرتبط بالبيانات التي وضع عليها التوقيع إلى درجة أن أي تعديل لاحق للبيانات يمكن كشفه[2].

وقد اختلف الفقهاء بصدد هذا التعريف هل هو تعريف وظيفي أو تقني، فبعض الفقه يرى أن تعريف التوقيع الالكتروني هو تعريف وظيفي[3]، ذلك أن المقصود بكلمة (Authentification) الواردة في التعريف

([1]) "Signature électronique, une donnée sous forme électronique, qui est jointe ou liée logiquement a d'autres donnée électroniques et sert de méthode d'authentification."

([2]) Signature électronique avancée est une signature électroniques qui satisfait aux exigences suivant :

1- Etre liée uniquement a signataire ;
2- Permettre d'identifier le signataire,
3- Etre crée par des moyenne que signature puisse grader sous son contrôle exclusif
4- Etre liée aux donnée aux quelles se rapporte telle sorte que toute modification antérieure des donnée soit délectable.

([3]) CAPRIOLI(E.A) , **« Aperçus sur le droit du commerce électronique international »,** étude disponible sur www.coprioli-Avocats.com , La date de mise en ligne est : Septembre 1999, P. 11.

د. ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص 158-159.

الأول، هو أن يحقق التوقيع الالكتروني الوظائف التقليدية للتوقيع، وهي تحديد هوية الموقع، والتعبير عن رضائه الالتزام بمضمون المحرر الموقع عليه.

غير أن أغلب الفقهاء[1] يرون أن هذا التعريف هو تعريف تقني عام، حيث لم يحدد صور التوقيع الإلكتروني، وعلى ذلك يمكن تطبيقه على أي صورة يمكن ظهورها في المستقبل، كما أن عبارة (Authentification) معناها أن يكون المحرر الموقع عليه إلكترونيا موثوقا فيه، بمعنى أن التوقيع يفرض نوعا من السرية على الرسالة الإلكترونية، بحيث لا يمكن قراءتها إلا من المرسل إليه، كما لا يمكن إجراء أي تعديل عليها في حال الإطلاع على محتواها.

3- قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية لعام 2001.

صدر قانون الأونسيترال النموذجي للتوقيعات الإلكترونية في 5 جويلية 2001 [2]، وقد عرفت المادة الثانية فقرة أ، منه التوقيع الإلكتروني بأنه:"بيانات في شكل إلكتروني مدرجة برسالة أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقيا، حيث يمكن أن تستخدم لبيان هوية الموقع بالنسبة لهذه الرسالة، ولبيان موافقته على المعلومات الواردة في الرسالة[3]".

وهذا التعريف يعد تعريف وظيفي، حيث عرف التوقيع الإلكتروني بالنظر إلى وظائفه، وهي تحديد هوية الموقع وكذا التعبير عن موافقته لما هو مدون في رسالة البيانات. وعليه تعد هذه الوظائف هي الأساس في مدى اعتبار وسيلة معينة توقيعا إلكترونيا أم لا، وهذا ما أشار إليه دليل تشريع القانون عند تعليقه على هذه المادة[4].

كما أن هذا النص لم يقيد مفهوم التوقيع الإلكتروني بصورة محددة، بل يمكن أن يستوعب أية تكنولوجيا تظهر في المستقبل تفي بإنشاء توقيع إلكتروني.

([1]) SEDALLIAN (V.) , **« Preuve et signature électronique »**, Art. précis.

–ROBERT (H.), **« La preuve dans la télécommunication »,** PP. 20-21. Disponible sur www.ntic.fr , La date de mise en ligne 2000.

([2]) للإطلاع على نص القانون يمكن زيارة موقع الأونسيترال:www.uncitral.org

([3]) راجع الموقع الخاص باللجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي www.uncitral.org

([4]) دليل تشريع قانون الاونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية www.uncitral.org

ثانيا- تعريف التوقيع الإلكتروني في التشريعات الوطنية:

قبل اعتماد الدول تشريعات تنظم التوقيع الإلكتروني، لم يكن هناك أي تعريف قانوني يوضح المقصود باصطلاح "التوقيع"، غير أن التطور التكنولوجي لوسائل الاتصال وما أفرزته من تقنيات على التعاقد، وظهور التوقيع الإلكتروني، دفعت الدول إلى تحديد مفهوم التوقيع الإلكتروني لإزالة العقبات التي تواجه هذا المفهوم، وكذا بث الأمان والثقة بين الأطراف المتعاقدة لتشجيع نمو التجارة الإلكترونية.

وقد أفردت بعض الدول قوانين خاصة لتنظيم التوقيع الإلكتروني، أو ضمنته في قوانين التجارة الإلكترونية، كما هو الحال بالنسبة للمشرع الجزائري أو المصري أو الأردني. غير أن دولا أخرى حدثت نصوصها القانونية – بإضافة أو تعديل– من أجل مواكبة التطورات التقنية التي يشهدها مجال المعلوماتية والاتصال، كما هو الحال بالنسبة للتشريع الفرنسي واللبناني.

وتعد مدينة الكيبك الكندية أول من يعترف بالتوقيع الإلكتروني والتسجيلات المعلوماتية، وذلك عند تعديلها لقانونها المدني سنة 1993. وتعتبر كاليفورنيا أول دولة تعترف وتقر بالقيمة القانونية للتواقيع الإلكترونية[1]. كما أصدرت ولاية يوتاه Utah الأمريكية أيضا أول قانون خاص بالتوقيع الإلكتروني يصدر بشكل منفرد، إذا أصدرت في عام 1996 قانونا ينظم المعاملات الإلكترونية التي تتم عن بعد[2].

وفي فرنسا اعترف قانون الحماية الاجتماعية في مادته R-161-43 فقرة 3[3] بقيمة التوقيع الالكتروني في مواد الصحة العمومية، كما اعترف به مرسوم 9 أفريل 1998 المتعلق بالبطاقة المهنية للصحة[4].

بعدها قام المشرع الفرنسي بتعديل قواعد الإثبات في القانون المدني، ليعترف بحجية التوقيع الالكتروني في الإثبات، وذلك بموجب القانون 13 مارس 2000 والمرسومين التطبيقيين له: 30 مارس 2001[5]

(1) VALANGENDONCK (Ph.), **« La signature électronique est reconnue en Californie »**, Article disponible sur www.droit-technologie.org

(2) د. عيسى غسان ربضي، المرجع السابق، ص 47.

(3) Article R161-43 de code de la sécurité sociale , disponible sur : www.legifrance.gouv.fr

(4) ELLOUMI Abderraouf, Op.cit, P. 62.

(5) Décret n°2001-272 du 30 mars 2001 pris pour l'application de l'article 1316-4 du code civil et relatif à la signature électronique. www.legifrance.gouv.fr

و18 أفريل 2002[1]، حيث تم النص على إمكانية الاعتماد على التوقيع الالكتروني بنوعيه البسيط والآمن.

وتجدر الإشارة أن الفقه والقضاء الفرنسي، قد سبقا المشرع في اعترافهما بالتوقيع الالكتروني، فقد اعترف القضاء الفرنسي بحجية التوقيع الالكتروني في بعض الأحكام القضائية، قبل إصدار تشريع ينظم هذا التوقيع، ويعتبر حكم محكمة مونبلييه Montpellier أول حكم قضائي يعترف بصحة وحجية التوقيع الالكتروني، من خلال الاعتراف بحجية العمليات المصرفية التي تتم عبر بطاقة الاعتماد المصرفية[2].

كما نادى الفقه بضرورة تدخل المشرع للاعتراف بصحة التوقيع الالكتروني وحجيته في الإثبات[3]، نظرا للمشكلات العملية التي أثارها هذا النوع من التوقيع، وكذا ازدياد التعامل به، بفضل تطور تقنيات الحديثة التي أثرت على التجارة الالكترونية بصفة خاصة، والحياة المدنية بصفة عامة.

وقد تطرق المشرع الفرنسي إلى مفهوم التوقيع الإلكتروني في المادة 4/1316 المضافة بقانون رقم 2000-230 المؤرخ في 13 مارس 2000[4]، حيث تناول التوقيع بشكل عام ثم تطرق إلى التوقيع الإلكتروني:" التوقيع ضرورة لإتمام التصرف القانوني يكشف عن هوية الشخص الذي وضع التوقيع، كما يعلن عن رضا الأطراف بالالتزامات الناجمة عن هذا العقد، وحينما يوضح التوقيع بواسطة موظف عام، فإن هذا التوقيع يضفي على العقد الطابع الرسمي. وعندما يكون التوقيع إلكترونيا ينبغي استخدام وسيلة آمنة لتحديد الشخص، بحيث تضمن صلته بالتصرف الذي وقع عليه[5]."

بعد ذلك جاء المرسوم رقم 2001-272 الصادر في 30 مارس2001[6]، تطبيقا لأحكام المادة 4/1316 من القانون المدني، وفرق بين التوقيع الإلكتروني العادي والتوقيع الإلكتروني الآمن (المتقدم)،

([1]) Décret n° 2002-535 du 18 avril 2002 relatif à l'évaluation et à la certification de la sécurité offerte par les produits et les systèmes des technologies de l'information. www.legifrance.gouv.fr

([2]) C.A., Montpellier, 9avr.1987, JCP, éd. G. 1988, 11,20984. Disponible sur : www.legifrance.gouv.fr

([3]) راجع: د. إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص240.

([4]) J.O, 14 mars 2000, p. 3968.

([5]) La signature nécessaire a la perfection d'un acte juridique identifie celui qui l'appose. Elle manifeste le consentement des parties aux obligations qui découlent de l'acte. Quand elle est appose par un officier public, elle confère l'authenticité a l'acte.

« Lorsqu'elle est électronique, elle consiste en l'usage d'un procède fiable d'identification garanties ayant son lien avec l'acte auquel elle s'attache. »

([6]) J.O .13 mars 2001, p 5070, JCP G 2001, 111,20468.

حيث يشترط في التوقيع الإلكتروني حتى يوصف بالتوقيع الآمن، حسب الفقرة الثانية من المادة الأولى من المرسوم، أن يستوفي المقتضيات التالية:

1- أن يكون خاصا بصاحب التوقيع.

2- أن ينشأ بوسائل يمكن لصاحب التوقيع أن يضعها تحت رقابته الخاصة.

3- أن يرتبط هذا التوقيع بالعقد الملازم له، حيث أن كل تعديل لاحق للعقد يمكن فصله[1].

وما يلاحظ على تعريف المشرع الفرنسي للتوقيع الالكتروني، أنه تعريف وظيفي وتقني، فهو وظيفي لأنه اشترط أن تكون الوسيلة التي تم بها التوقيع تحدد وتميز هوية الموقع، أما الوظيفة الثانية وهي التعبير عن رضاء الموقع بالالتزام بمضمون المحرر، فقد أشار إليها في الجزء الأول من المادة عندما تطرق إلى مضمون التوقيع بشكل عام.

كما أنه تعريف تقني، لأنه وضع الشروط الواجب توافرها في الوسيلة التي يتم بها التوقيع الإلكتروني، خاصة التوقيع الإلكتروني المتقدم (الآمن)، وهي تحديد هوية الموقع، وضمان صلة هذا التوقيع بالمحرر الموقع عليه، حيث يمكن فصل أي تعديل لاحق لهذا المحرر.

ويرى أغلب الفقهاء[2] أن هذا التعريف هو تعريف جيد لأنه جاء عاما، ولم يحدد أي تقنية من تقنيات التوقيع الإلكتروني، فاتحا المجال لأي تقنية جديدة قد تظهر نتيجة التطور التكنولوجي.

وقد عرف القانون الفيدرالي الأمريكي بشأن التوقيعات الإلكترونية في التجارة الداخلية والخارجية لسنة 2000 (القسم 5/106) التوقيع الإلكتروني بأنه: "صوت أو رمز أو إجراء يقع في شكل إلكتروني يلحق بعقد أو سجل آخر، ينفذ أو يصدر من شخص بقصد التوقيع على السجل ". كما عرف قانون المعاملات

([1]) 1- être propre au signataire ;
2- être créée par des moyens que le signataire puisse garder sous son contrôle exclusif ;
3- garantir avec l'acte auquel elle s'attache un lien tel que toute modification ultérieure de l'acte soit détectable ;

([2]) CAPRIOLI(E.A), **« Régime juridique du prestataire de service de confiance au regard de la directive du 13 décembre 1999 »,** Art. Disponible sur www.coprioli-Avocats.com , La date de mise en ligne est mai 2003.

_ MASCRE (F.), **« La signature électronique »,** Art. Disponible sur **www.mascre**-heguy.com, La date de mise en ligne est septembre 2001.

الموحد (المادة 8/102) التوقيع الإلكتروني بأنه "التوقيع الذي يصدر في شكل إلكتروني ويرتبط بسجل إلكتروني [1]."

وعرفته المادة الثانية من القانون الفيدرالي السويسري، الخاص بتقديم خدمات الشهادات في مجال التوقيع الإلكتروني الصادر بتاريخ 19 ديسمبر 2004 بأنه" المعطيات الإلكترونية مجتمعة أو مرتبطة منطقيا بمعطيات إلكترونية وتستخدم في التحقق من مصداقيته.

والتوقيع الإلكتروني الأكثر تطورا هو الذي يفي المتطلبات التالية:

1- أن يرتبط فقط بصاحبه.

2- يسمح بالتعرف على الموقّع.

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

4- يرتبط بالمعطيات التي يتعلق بها، بحيث أن كل تغيير لاحق عليها يمكن اكتشافه[2]."

وعلى ذلك فإن هذا التعريف هو تعريف تقنى أكثر منه وظيفي، ذلك أنه ينظر إلى دور التقنيات التي يتم بها التوقيع الالكتروني، والتي تستخدم للتحقق من مصداقية التوقيع، حتى وإن لم يشر إلى هذه التقنيات حصرا، بل تركها تواكب التطور التكنولوجي كما فعلت باقي التشريعات.

كما عرف التقنين المدني لدولة لوكسمبورغ التوقيع الإلكتروني[3]: "بأنه كل علامة صادرة من شخص تدل على اسمه أو أي خاصية من خصائصه تعبر عن رضائه بالتعاقد أو التصرف[4]."

فهذا التعريف جمع وظائف التوقيع الإلكتروني، وهي تحديد هوية الموقعIdentification، والتعبير عن رضائه الالتزام بما وقع عليه manifestation de consentement، وترك المجال مفتوحا لما قد يفرزه التقدم التكنولوجي من تقنيات جديدة لإنشاء التوقيع الإلكتروني.

([1]) د. عيسى غسان ربضي، المرجع السابق، ص 53.

([2]) د. عصام عبد الفتاح مطر، **التجارة الالكترونية في التشريعات العربية والأجنبية**، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2009، ص 212- 213.

([3]) TORRES (ch.), **« L'internet et la vente aux consommateurs »,** thèse pour le doctorat, Université de paris X Nanterre, présentée en 1999, P.141.

([4]) La signature consiste dans l'apposition par une personne de son nom ou de toute autre marque l'individualisant par laquelle elle manifeste son consentement.

وبالرجوع إلى الدول العربية، نجد أن قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي رقم 2 سنة 2002، عرف التوقيع الإلكتروني البسيط بأنه: "توقيع مكون من حروف أو أرقام أو رموز أو أصوات أو نظام معالجة ذي شكل إلكتروني وملحق أو مرتبط منطقيا برسالة إلكترونية وممهور بنية توثيق أو اعتماد تلك الرسالة[1]."

كما أشار في المادة 20 منه إلى شروط التوقيع المحمى(التوقيع الآمن) وهي:

1- ينفرد بالتوقيع الشخص الذي استخدمه.

2- إمكانية إثبات هوية ذلك الشخص.

3- أن يكون تحت سيطرته التامة سواء فيما يتعلق بإنشائه أو وسيلة استعماله وقت التوقيع.

4- يرتبط بالرسالة الإلكترونية ذات الصلة به، أو بطريقة توفر تأكيدا يعول عليه حول سلامة التوقيع. بحيث إذا غير السجل الإلكتروني فإن التوقيع الإلكتروني يصبح غير محمي.

وعلى ذلك فهذا المفهوم يجمع بين التعريف الوظيفي للتوقيع الإلكتروني، الذي ينظر إلى وظائف التوقيع وهي تحديد هوية الموقع ، والتعبير عن رضائه مضمون المحرر، وكذا التعريف التقني الذي يؤكد على شروط الوسيلة أو التقنية التي يتم بها التوقيع الإلكتروني، دون تحديد لهذه التقنية.

كما عرفت المادة الأولى فقرة ج من القانون المصري رقم 15 لسنة 2004 الخاص بتنظيم التوقيع الإلكتروني وبإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات، التوقيع الالكتروني "بأنه كل ما يوضع على محرر إلكتروني ويتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها ويكون له طابع متفرد يسمح بتحديد شخص الموقع ويميزه عن غيره"، وقد تبنت اللائحة التنفيذية الخاصة بهذا القانون نفس التعريف[2].

وما يلاحظ على هذا التعريف أنه قد جمع بين التعريف الوظيفي والتعريف التقني، حيث عند تعرضه إلى وظائف التوقيع، لم يتعرض إلا لوظيفة واحدة، وهي تحديد شخص الموقع وتمييزه عن غيره، دون أن يتطرق إلى الوظيفة الثانية، وهي التعبير عن رضاء الموقع الالتزام بمضمون المحرر الإلكتروني، كما أنه

([1]) المادة الثانية /14 من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي رقم 02 لسنة 2002.

([2]) القرار رقم 109 الصادر بتاريخ 2005/05/15 المتعلق بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني وبإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات رقم 15 لسنة 2004، متوفر على الموقع الالكتروني: ar.jurispedia.org

حدد شكل التوقيع من أنه حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات... على سبيل المثال لا الحصر، فاتحا المجال لأي وسيلة جديدة قد تظهر مع التطور التكنولوجي يتم بها التوقيع الإلكتروني.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، فقد اعترف بحجية التوقيع الالكتروني في الإثبات بموجب المادة 327 فقرة 02 من القانون المدني، بعدها أصدر القانون رقم 04/15 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكتروني[1]، وعرف التوقيع الإلكتروني بموجب المادة الثانية فقرة1 منه: "يقصد بما يأتي: 1- التوقيع الإلكتروني: بيانات في شكل الكتروني، مرفقة أو مرتبطة منطقيا ببيانات الكترونية أخرى، تستعمل كوسيلة توثيق".

كما أضافت المادة 6 من نفس القانون "يستعمل التوقيع الإلكتروني لتوثيق هوية الموقع وإثبات قبوله مضمون الكتابة في الشكل الإلكتروني".

فمن خلال هاتين المادتين، يتضح لنا أن المشرع الجزائري في تعريفه للتوقيع الإلكتروني كان صائبا، حيث جمع بين التعريف التقني(المادة 1/2) والتعريف الوظيفي (المادة 6)، فقد عرف التوقيع الإلكتروني بأنه بيانات في شكل إلكتروني ، دون أن يتعرض إلى حصر الوسائل والتقنيات التي تتم بها هذه البيانات، تماشيا مع ما قد تفرزه التطورات التكنولوجية من وسائل لإجراء التوقيع الإلكتروني، كما أن هذه البيانات تكون مرجعا توثيقيا، بحيث يتم اللجوء إليها للتأكد من أن المحرر الإلكتروني موثوقا فيه، حيث لم يطرأ عليه أي تعديل في مضمونه، وبذلك فهو يعطي نوعا من السرية والأمان على المحررات الإلكترونية.

ولم يغفل المشرع عن ذكر وظائف التوقيع الإلكتروني، وهي تحديد وتوثيق هوية الشخص المتعاقد، وكذا التأكيد على قبوله ورضائه مضمون المحرر الإلكتروني.

ثالثاـ تعريف الفقه للتوقيع الإلكتروني: اختلفت التعريفات الفقهية للتوقيع الإلكتروني، لكنها في أغلبها تركز على وظيفتي التوقيع وهما : تحديد هوية الموقع وكذا التعبير عن رضائه الالتزام بمضمون المحرر الإلكتروني، كما تطرقت بعض التعريفات إلى الجانب التقني للتوقيع الإلكتروني وهو ارتباط التوقيع

(1) القانون رقم 15 -04 المؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1436 هـ، الموافق لـ 01 فبراير 2015، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، الجريدة الرسمية العدد 6، السنة 52.

بالمحرر الموقع إلكترونيا بشكل غير قابل للانفصال، وكذا يمكن كشف أي تعديل يلحق ببيانات المحرر الإلكتروني.

فقد عرفه البعض بأنه: "مجموعة حروف أو أرقام أو رموز أو أصوات إلكترونية أو تشفير رقمي أو أي نظام معالج إلكتروني آخر، بحيث يمكن أن يعبر عن رضاء أطراف التصرف القانوني، وأن يميز ويحدد هوية شخص موقعه، وبحيث يمكن ارتباطه بمضمون المحرر الثابت على أية دعامة إلكترونية[1].

فيلاحظ أن هذا التعريف قد جمع بين وظائف التوقيع الإلكتروني، كما أشار إلى بعض التقنيات التي يتم بها إنشاء هذا التوقيع على سبيل المثال، تاركا المجال لوسائل تقنية أخرى في المستقبل، وأشار إلى ضرورة ارتباط التوقيع بالمحرر الإلكتروني.

ويعرفه بعض الآخر بأنه "كل إشارات أو رموز أو حروف مرخص بها من الجهة المختصة باعتماد التوقيع ومرتبطة ارتباطا وثيقا بالتصرف القانوني، تسمح بتمييز شخص صاحبها وتحديد هويته وتعبر دون غموض، عن رضائه بهذا التصرف القانوني[2].

أشار هذا التعريف إلى وظائف التوقيع الإلكتروني ، كما أشار إلى الجانب التقني منه، غير أنه يعاب عليه أنه ذكر بعض صور التوقيع الإلكتروني دون الأخرى، بحيث حصرها في الإشارات و الرموز والحروف، كما اشترط أن يكون هذا التوقيع مرخص به من طرف جهة مختصة باعتماد التوقيع، وهو ما يعرف بالتوقيع المتقدم أو الآمن . لكن قد ينشأ التوقيع الإلكتروني بصورة بسيطة دون تدخل لهذه الجهة، والتي يكون دورها الأساسي هو إضفاء الحجية القانونية على التوقيع الإلكتروني.

وعرفه جانب آخر، بأنه "عبارة عن مصطلح تقني عام يتعلق بكافة الطرق التي تسمح للشخص بالتوقيع على الوثيقة الإلكترونية"[3].

([1]) د. سمير حامد عبد العزيز الجمال، **التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 216.

([2]) د. ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص 49.

([3]) Smedinghoff Thomas . j and Bro Ruth Hill Moving change, **« Electronic signature legislation As a vehicle For Advancing E-commerce »,** Published in the john Marshal journal of computer and Information law, VOL, XV 11, N°3, spring 1999, at 732, a viable at : <http : www.badernifo.com/ecommerce>.

ما يلاحظ على هذا التعريف أنه قد ركز على الجانب التقني للتوقيع الإلكتروني، دون أن يتطرق إلى تحديد وظائف التوقيع.

ويعرفه جانب آخر من الفقه، "بأنه مجموعة من الإجراءات التقنية التي تسمح بتحديد شخصية من تصدر عنه هذه الإجراءات، وبقبوله مضمون التصرف الذي يصدر التوقيع بمناسبته"[1]. فهذا التعريف ركز على وظائف التوقيع ، التي تحددها الإجراءات التقنية التي تنشؤه.

وعرف أيضا بأنه "إشارة أو رمز أو صوت الكتروني، ويرتبط منطقيا برسالة بيانات الكترونية لتعيين الشخص المنشئ للتوقيع وتأكيد هويته وبيان موافقته على المعلومات التي تتضمنها رسالة البيانات [2]. هذا التعريف أشار إلى وظائف التوقيع الإلكتروني، لكن ما يؤخذ عليه أنه قام بحصر وتعداد صور التوقيع، دون أن يترك المجال مفتوحا لما قد يظهر من صور جديدة مستقبلا.

وهناك جانب أخر عرف التوقيع الإلكتروني بأنه" استخدم معادلات خوارزمية متناسقة تتم معالجتها من خلال الحاسب الآلي تنتج شكلا معينا يدل على شخصية صاحب التوقيع".[3]

فهذا التعريف ينظر إلى طريقة إنشاء التوقيع، كما أنه يشير إلى وظيفة واحدة للتوقيع وهي تحديد هوية صاحب التوقيع، دون الإشارة إلى الوظيفة الأخرى، وهي التعبير عن رضاء الموقع بمضمون المحرر الإلكتروني.

من خلال هذه التعاريف سواء التشريعية أو الفقهية، نرى أن التعريف الصائب هو الذي يحدد وظائف التوقيع الإلكتروني، وهي تحديد هوية الموقع وكذا التعبير عن رضائه لمضمون ما وقع عليه، ذلك أن هذه الوظائف ثابتة لا تتأثر بتغير أو تطور التكنولوجيا. أما الجانب التقني فيجب في حال الإشارة إليه أن يترك مفتوحا، ذلك أن التطور التكنولوجي يفرز في كل مرة تقنيات ووسائل يتم بها التوقيع الإلكتروني، لهذا لا يمكن حصرها.

([1]) Jonathan ROSENOER **, cyber law, the law of the internet**, ed . Springer, New York, 1993, P. 237 , مشار إليه في د. عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص 216.

([2]) د. محمد سعيد إسماعيل، "**أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الالكترونية– دراسة مقارنة**–"، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2005، ص 184.

([3]) د. يوسف أحمد النوافلة، المرجع السابق، ص 78.

وعلى ذلك فالتوقيع الإلكتروني هو مجموعة من الإجراءات التقنية، التي تقوم بها جهات مختصة(التوقيع المتقدم)أو أفرادا عاديين(التوقيع البسيط)، تسمح بتحديد شخصية الموقع، وقبوله بمضمون التصرف الموقع عليه.

حيث نلاحظ أن أغلب التعاريف لم تتطرق إلى الجانب التقني للتوقيع الإلكتروني، بسبب ما قد يطرأ على تقنيات التوقيع الإلكتروني من مستجدات، خاصة في تقنيات إنشائه، كما أن هذه الوسائل والتقنيات يجب أن تكون محل ثقة وأمان، من أجل استقرار وأمان المعاملات الإلكترونية.

وما يدعم هذه الثقة هو صدور التوقيع الإلكتروني وتوثيقه من قبل جهة مختصة بذلك، ومرخص لها قانونا بتولي إجراءات إصدار التوقيع الإلكتروني وحفظه، وهذه الإجراءات تضمن أن التوقيع يخص صاحبه وحده دون غيره، كما تسمح عند الضرورة بالتعرف على صاحبه، وتتم عبر وسائل تمكن الشخص من الاحتفاظ بتوقيعه تحت سيطرته ، ولا يسمح للآخرين بالسطو عليه، وهي تضمن في النهاية الاستيثاق من أن البيانات التي وقع عليها الشخص لا يمكن تعديلها أو المساس بها[1].

وعلى ذلك كلما كان التوقيع الإلكتروني مؤمنا ضد أي اعتداء أو قرصنة، وأمكن نسبته إلى صاحبه، فإنه ينتج أثره القانوني مثل الأثر المترتب على التوقيع التقليدي، وتكون له حجية قانونية في الإثبات.

وبعد أن عرفنا التوقيع الإلكتروني، نتطرق في الفرع الموالي إلى صور وأشكال التوقيع الإلكتروني.

الفرع الثاني

صور التوقيع الإلكتروني

تتعدد صور التوقيع الإلكتروني بتعدد واختلاف التقنيات المستخدمة في تشكيل منظومة التوقيع الإلكتروني، فكل تقنية تستخدم في إحداث التوقيع الإلكتروني يكون لها منظومة تشغيل تختلف عن الأخرى، وهذه التقنيات تتأثر بها يفرزه التطور التكنولوجي من مستجدات، وهذا ما جعل تشريعات الدول تأخذ بمبدأ الحياد التقني عند تناولها التوقيع الإلكتروني.

(1) د. ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص 50.

لذلك فأغلب التشريعات لم تحصر هذه التقنيات، مما يسمح بقبول تقنيات جديدة قد تظهر في المستقبل لإحداث التوقيع الإلكتروني[1].

وسنتطرق في هذا الفرع إلى أهم الأنواع والصور المعروفة للتوقيع الإلكتروني حتى الآن، والتي توصلت إليها التكنولوجيا المتطورة، وذلك لمحاولة استيفاء التوقيع الإلكتروني للشروط اللازم توافرها في التوقيع التقليدي، وبالتالي الاعتراف به ومنحه الحجية القانونية اللازمة في الإثبات.

أولا- التوقيع عن طريق البطاقة الممغنطة المقترنة بالرقم السري (التوقيع الكودي): يعد التوقيع باستخدام الرقم السري والبطاقة الممغنطة أول شكل أظهرته التقنيات التكنولوجية للتوقيع الإلكتروني وهو أكثر شيوعا[2]، وقد انتشر استخدام هذا البطاقات الممغنطة في القطاع المصرفي، فقد درجت البنوك على إصدار بطاقات إلكترونية مصحوبة برقم سري، تمنحها لعملائها لاستخدامها في السحب أو إيداع النقود أو سداد ثمن السلع والخدمات[3].

ويتم توقيع التعاملات الإلكترونية وفقا لهذه الطريقة باستخدام هذا الرقم السري، الذي هو عبارة عن مجموعة من الأرقام أو الحروف أو كليهما، يختارها صاحب التوقيع لتحديد شخصيته، ولا تكون معلومة إلا له ولمن يبلغه بها[4]، وتسمى هذه الطريقة باللغة الإنجليزية Personal Identification Number واختصارا (P.I.N)، وبالفرنسية: Numéros d'indentification personnels واختصار N.I.P.

وتوجد في الواقع العملي أنواع كثيرة لهذه البطاقات، منها بطاقة فيزا VISA و ماستركارد – Master card و اميريكان اكسبرس American Express[5] .

ولتشغيل منظومة التوقيع الالكتروني بواسطة الرقم السري والبطاقة الممغنطة لإتمام العملية، يقوم العميل بإدخال البطاقة الممغنطة والتي تحتوي على المعلومات الخاصة به في الجهاز الآلي، سواء أكان

([1]) وقد أخذ المشرع الجزائري بمبدأ الحياد التقني عند تعريفه للتوقيع الإلكتروني في نص المادة 1/02 من القانون 04/15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الالكترونيين.

([2]) د. عيسى غسان ربضي، المرجع السابق، ص 58.

([3]) د ـ حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص 35.

([4]) د. إيمان مأمون احمد سليمان، المرجع السابق، ص 260.

([5]) راجع : د ـ محمد حسين منصور، **المسؤولية الإلكترونية**، دار الجامعية الجديدة، الطبعة الأولى، الإسكندرية، 2007. ص 106-107.

جهاز الصراف الآلي(A.T.M) أو جهاز الدفع الالكتروني الموجود في المحلات التجارية، ثم إدخال الرقم السري (الذي يعد بمثابة التوقيع الذي يحدد هويته) وذلك بكتابته على لوحة المفاتيح الموجودة على الجهاز الآلي، ثم إعطاء الأمر بسحب النقود أو إيداعها أو لتسديد ثمن السلعة أو الخدمة[1]، والذي يعد موافقة ورضاء بالتصرف والالتزام به، ثم تعاد البطاقة آليا إلى العميل.

وقد اعتادت البنوك على إدخال برمجة ذاتية بآلات السحب النقدي الخاصة بها، بموجبها تعطى لحامل البطاقة ثلاث محاولات لإدخال رقمه السري الصحيح، فإن لم يتمكن من ذلك تقوم الآلة بسحب البطاقة تلقائيا، ويكون لصاحب البطاقة الحصول عليها من الفرع الذي يوجد به حسابه، حيث يتم إرسال البطاقات لكل فرع صدرت منه[2]. كما انه في حال فقد البطاقة، يتم إبلاغ البنك فورا، الذي يقوم بإصدار أوامره إلى جهاز الصرف بإيقاف كل العمليات المتعلقة بحساب المستخدم، وبالتالي لا يستطيع أحد أن يدخل إلى حساب المستخدم وسحب نقوده[3].

لكن ما مدى حجية هذا النوع من التوقيع في الإثبات؟

نظرا لكل هذه الميزات والضمانات التي تحيط بالتوقيع بواسطة الرقم السري المقترن بالبطاقة الممغنطة، فقد اقر القضاء الفرنسي مبكرا هذا النوع من التوقيع الالكتروني، واعترف له بالحجية الكاملة في الإثبات كالتوقيع الخطي. واستند القضاء في ذلك، على وجود اتفاق سابق بين العميل والمؤسسة المصدرة للبطاقة المصرفية، على منح حجية لهذا التوقيع الكودي في الإثبات[4].

وقد سار بعض الفقهاء على هذا النهج في اعتبار البطاقات الممغنطة تطبيقا للتوقيع الالكتروني[5]، الالكتروني[5]، غير أن اتجاها آخر يرى خلاف ذلك، ولا يعتبر هذه البطاقات مستندا الكترونيا، فحسب

([1]) د. عيسى غسان ربضي، المرجع السابق، ص 59.

([2]) د. سعيد السيد قنديل، **التوقيع الالكتروني، ماهيته ـ صوره ـ حجيته في الإثبات بين التداول والاقتباس**، دار الجامعة الجديدة، الطبعة الثانية، الإسكندرية، 2006، ص 69.

([3]) د. يوسف أحمد النوافلة، المرجع السابق، ص 95.

([4]) Cass. civil, 1ère ch, 8. Mai.1989, Bull. Civ , 1 N° 342, P 230, Disponible sur www.legifrance.gouv.fr

([5]) د. يوسف أحمد النوافلة، المرجع السابق ص 94-95.

د. ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص 100.

د. عيسى غسان ربضي، المرجع السابق، ص 60-61.

رأيهم التوقيع الالكتروني هو بيانات في شكل الكتروني ملحقة أو متحدة منطقيا بغيرها من البيانات الالكترونية، ولا يبدو هذا متحققا في شأن هذه البطاقات، حيث ينفصل التوقيع الالكتروني عن البيانات المسجلة في وثائق البنك[1].

لكن بالرجوع إلى وظائف التوقيع الالكتروني، نجد أنها تتوفر في هذا النوع من التوقيع، فهو يحدد هوية العميل عند إدخاله للرقم السري، الذي يجب أن يكون مطابقا لما هو مخزن في ذاكرة الصراف الآلي، بحيث إذا لم يكن مطابقا، فلن يتم قبول الدخول، كما أن إعطاء العميل الأمر بالسحب من الجهاز يعد موافقة منه وقبولا الالتزام بالتصرف الذي قام به(خاصة الأمر لأجهزة الدفع الالكتروني في المحلات التجارية).

كما أن هذا النوع من التوقيع يتمتع بالثقة والأمان القانونيين عند استخدام هذه البطاقة، كذلك توفر وسائل التصوير والتسجيل التي يستخدمها البنك لمن يقوم باستخدام هذه البطاقة[2]، استخداما غير مشروع من غير صاحبها.

ثانيا- التوقيع بالقلم الالكتروني Pen-op: تتمثل هذه التقنية بكتابة التوقيع الخطي بواسطة قلم الكتروني خاص، على لوحة معدنية حساسة مرفقة بجهاز الحاسوب، فيظهر التوقيع الخطي على شاشة الحاسوب فيتم تخزينه في ذاكرة الحاسوب[3].

ويتم التحقق من صحة التوقيع، بالاستناد إلى حركة القلم الالكتروني والأشكال التي يتخذها من انحناءات والتواءات، وغير ذلك من سمات خاصة بالتوقيع الخطي الخاص بالموقع الذي سبق تخزينه في ذاكرة الحاسوب[4]، بالإضافة إلى تحديد السرعة النسبية ليد الموقع[5].

([1]) د. إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص 37.

– د. حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق ص 94-95.

([2]) د. يوسف أحمد النوافلة، المرجع السابق، ص 95.

([3]) أ. محمود عبد الرحيم الشريفات، **التراضي في تكوين العقد عبر الانترنت- دراسة مقارنة-**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2009، ص 197.

([4]) أ. محمد أمين الرومي، **النظام القانوني للتوقيع الالكتروني**، دار الكتب القانونية، مصر، 2008، ص45.

([5]) د. سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 396.

غير أن غالبية الفقه[1] ينتقد هذا النوع من التوقيع، لكون استعماله يثير العديد من المشكلات، منها مشكلة إثبات العلاقة بين التوقيع ورسالة البيانات أو المحرر، حيث لا توجد وسيلة تكنولوجية أو تقنية تؤكد وجود مثل هذه الصلة أو الرابطة، إذ انه بإمكان المرسل إليه الاحتفاظ بنسخة من صورة التوقيع التي وصلته على احد المحررات، ثم يعيد وضعها على أي وثيقة الكترونية أخرى، ويدعي أن واضعها هو صاحب التوقيع الفعلي، وهو ما يؤدي إلى فقدان الثقة والأمان في هذا النوع من التوقيع.

كما أنه من المشاكل التي تحد من انتشار هذا الشكل، انه إذا كان لابد من التحقق من صحة التوقيع في كل مرة يوقع فيها بهذه الطريقة، فلابد من وجود سلطة إشهار (مقدم خدمة التصديق الإلكتروني) للتحقق مقدما من شخصية الموقع، لتسجيل عينات من التوقيع وتقديمها إلى خدمة التقاط التوقيع[2].

غير أنه بفضل استعمال هذا التوقيع عبر شبكات الإنترانت أو الأكسترانت Intranet ou Extranet، وهي شبكات أكثر أمانا من شبكة الإنترنت Internet، إذ أن المتعاملين عليها بصفة عامة يعرفون بعضهم البعض[3].

وعلى ذلك فحتى يعد التوقيع الإلكتروني ذا حجية في الإثبات، يجب أن يقوم بالوظائف الأساسية للتوقيع، وهي تحديد هوية الشخص الموقع وكذا التعبير عن رضائه الالتزام بمضمون المحرر الذي وقع عليه، كما يجب أن يحاط بقدر من الأمن والسرية، حتى لا يكون عرضة للقرصنة أو التزوير.

([1]) CAPRIOLI (E.A), **« Le juge et la preuve électronique »**, Art. Précis.

ـ د. ابراهيم الدسوقي أبو الليل، "**مسؤولية مؤدي خدمات التصديق الالكتروني**"، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية، كلية الشريعة والقانون بالامارات، ماي 2003، ص 1855.

ـ د. ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص 55.

ـ د. عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص 227-228.

([2]) د. عيسى غسان ربضي، المرجع السابق، ص 66.

ـ د. نبيل محمد احمد صبيح، "**حماية المستهلك في التعاملات الالكترونية- دراسة مقارنة-** " ، مجلة الحقوق، العدد الثاني، السنة الثانية والثلاثون، الكويت، يونيو 2008، ص 197.

([3]) د. إيمان مأمون احمد سليمان، المرجع السابق، ص259.

ثالثاـ التوقيع البيومتري: Signature Biométrique*: يتم هذا النوع من التوقيع باستخدام الخواص الفيزيائية والطبيعية والسلوكية للإنسان، كبصمة الأصبع Finger priting ، ومسح شبكية العين retinal scans ونبرة الصوت، بصمة الشفاه، التوقيع الشخصي.

وتعتمد هذه الصورة من صور التوقيع الإلكتروني على حقيقة علمية، هي أن لكل شخص صفات ذاتية خاصة به تختلف من شخص إلى آخر تتميز بالثبات النسبي[1]، ونادرا ما يحدث تشابه فيها، ولهذا فإن هذا التوقيع يعتبر وسيلة موثوق بها، لتمييز الشخص وتحديد هويته، ومن ثمة يمكن استخدامها في التوقيع على المعاملات الإلكترونية.

ويتم هذا التوقيع بالتقاط صورة دقيقة لصفة جسدية للشخص الذي يريد استعمال التوقيع البيومتري، كمسح العين أو نبرة الصوت أو اليد أو البصمة الشخصية، ثم يتم تخزينها بطريقة مشفرة في ذاكرة الحاسب الآلي، حيث تتم برمجته على أساس عدم إصدار أوامره بفتح القفل المغلق، أي بالتعامل، إلا بعد مطابقة هذه البصمة على البصمة المبرمجة في ذاكرته، وبالتالي لن يتمكن من فتح الحاسب الإلكتروني أي شخص آخر غير المصرح لهم بذلك[2].

غير أن اللجوء إلى الخصائص البيومترية للإنسان قد تواجه بعض المشاكل، ذلك أن صورة التوقيع التي يتم تخزينها على ذاكرة الحاسوب، قد يمكن مهاجمتها أو نسخها بواسطة الطرق المستخدمة في القرصنة الإلكترونية[3]، وهو ما يفقدها الأمن والسرية. ومن المآخذ الأخرى التي حدت من استخدام هذا النوع من التوقيعات في توثيق التصرفات، ارتفاع ثمن التقنية الخاصة بهذا الشكل من التوقيعات الإلكترونية، وكذا تغير الخواص الفيزيائية للإنسان مع الإرهاق والزمن[4].

---

*بالانجليزية : Biométrie Signature

([1]) دـ إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص 256.

–FRYE (M.C.), « **The body as password consideration , Uses and concerns of biometric technologies** » , A thesis submitted to the faculty of the graduate school of Arts and science of Georgetown university, 2001, on line at, www.signelec.com .

([2]) دـ محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص 26.

([3]) أ. محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص 48.

([4]) دـ عيسى غسان ربضي، المرجع السابق، ص 63.

غير أن هذه النقائص يجب ألا تقلل من قيمة التوقيع البيومتري في توثيق المعاملات الإلكترونية، فهو يحتاج فقط إلى تقنيات متطورة تضمن السرية وعدم تعرضه للقرصنة، وأن تقوم به جهة تصديق مختصة تعمل على تأمينه وتوفير الثقة والأمان القانونيين له[1] .

رابعاـ التوقيع الرقمي:Signature Numérique*: تعتبر تقنية التوقيع الرقمي من أكثر صور التوقيع الإلكتروني شيوعا ومن أهمها على الإطلاق، لما تتمتع به هذه التقنية من مستوى عال من الثقة والأمان القانونيين.

ويقصد بالتوقيع الرقمي، بيانات أو معلومات متصلة بمنظومة بيانات أخرى أو صياغة منظومة في صورة شفرة، حيث يتم تحويل المحرر المكتوب والتوقيع الوارد عليه باستخدام العمليات الحسابية من أسلوب الكتابة العادية إلى معادلة رياضية[2].

وذلك باستخدام مفاتيح سرية وطرق حسابية معقدة "لوغاريتمات"، بمعنى تحويل المستند الإلكتروني من صورته المقروءة والمفهومة إلى صورة رسالة رقمية غير مقروءة وغير مفهومة، ولا يمكن لأي شخص إعادة هذه المعادلة إلى صورتها المقروءة، إلا الشخص الذي لديه المفتاح لفك هذا التشفير[3] أو الترميز.

ويعرف التشفير **la cryptographie بأنه مجموعة من الوسائل الفنية، التي تستهدف حماية سرية معلومات معينة، عن طريق استخدام رموز خاصة تعرف عادة باسم المفاتيح[4].

([1]) دـ عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص 226-227. دـ سعيد السيد قنديل، المرجع السابق، ص 71.

ـ أـ حنان مليكة، "**النظام القانوني للتوقيع الالكتروني في ضوء قانون التوقيع الالكتروني السوري رقم /4/ الصادر بتاريخ 2009/2/25- دراسة قانونية مقارنة-**" ، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 26، العدد الثاني، سوريا، 2010، ص 563.

* بالانجليزية: Digital signature

([2]) دـ خالد إبراهيم ممدوح ، **إبرام العقد الإلكتروني**، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الإسكندرية، 2008، ص 254.

([3]) دـ ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص 62.

**مصطلح La cryptographie من أصل يوناني Kruptos(caché) et graphein(écrire)

Dictionnaire le petit larousse, p. 296.

([4]) دـ محمود عبد الرحيم الشريفات، المرجع السابق، هامش 3، ص 198.

فالتشفير يعد الوسيلة الأفضل من اجل ضمان سرية المعاملات الالكترونية، فهو يضمن تحديد هوية أطرافها، والمصادقة على توقيعهم ويضمن سرية وسلامة محتوى المعاملة، وعدم التراجع والتنصل منها[1].

ويتم التشفير باستخدام مفتاحين مختلفين لكنهما مرتبطين رياضيا*، فيستعمل الطرف الموقع على الرسالة ما يعرف بالمفتاح الخاص Clé privé لوضع التوقيع الرقمي (تشفير الرسالة)، بينما يستقبل الطرف الآخر المفتاح العام Clé public (فك التشفير)، والمفتاح الخاص مفتاح لا يعرفه سوى الطرف الموقع، ويجب أن يظل سريا.

بينما المفتاح العام يجب أن يتاح لمن يحتاج إلى التحقق من صحة التوقيع الرقمي، ومن المستحيل كشف المفتاح الخاص بواسطة المفتاح العام[2]. لهذا يعد هذا النوع من التوقيع أكثرا أمانا، لأنه يسمح للطرفين بالتحقق من هويتهما، ويمنع الآخرين من الدخول إلى الرسالة والتعديل فيها أو تغيير بياناتها.

فالبائع عندما يعرض سلعته من خلال الانترنت في شكل رسالة بيانات، فإنه يتيح لكل مشتري أن يقرأ الرسالة دون أن يتمكن من إجراء أي تعديل عليها، لأنه لا يملك المفتاح الخاص بها الذي يملكه البائع صاحب الرسالة، فإذا وافق المشتري عليها يقوم بالتوقيع عليها إلكترونيا باستخدام مفتاحه الخاص، وتمريرها من خلال برنامج خاص بالتشفير في الحاسب الآلي، حيث تتحول الرسالة المكتوبة إلى رسالة رقمية "Hash"، ثم يقوم بإعادة إرسال هذه الرسالة إلى مصدرها مرفقا بها توقيعه في ملف، ولا يمكن

([1]) ALAIN BENSOUSSAN, **Informatique-Télécom-Internet**, Edition FRANCIS LEFEBVRE ,5e édition , Paris, 2013, P. 223.

_ ANDRE LUCAS et JEAN DEVEZE et JEAN FRAYSSINNER, Op.cit, P. 598.

* في البداية كان التشفير يتم باستخدام مفتاح موحد لإغلاق بيانات المحرر وفتحها والمعروف بنظام السيمتري Symétrique، وهو عبارة عن معادلة رياضية يمثلها نظام معين، تعمل على تحويل البيانات إلى نص رقمي ذي رموز غير مقروءة، غير أن هذا النظام انتقد على أساس أنه غير آمن، لأن كلا الطرفين يملكان نفس المفتاح مما يؤدي إلى إمكانية التعديل في محتوى المحرر الإلكتروني، وهو ما ترتب عنه ظهور نظام التشفير اللاتماثلي باعتماد المفتاحين العام والخاص Asymétrique. راجع في ذلك:

– د. عيسى غسان ربضي، المرجع السابق، ص 68. د. إيمان مأمون احمد سليمان، المرجع السابق، هامش 3، ص 267.

- SEDALLIAN (V.), **« Droit de l'internet »,** disponible sur www.internet-juridique,net , La date de mise en ligne est janvier 1997, P. 207

- LECLAINCHE (j.), **« Preuve et signature »,** disponible sur www.droit-ntic.com , La date de mise en ligne est : 15/03/2003.

([2]) د. عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص 219.

للبائع إجراء أي تعديل به، لأنه لا يملك المفتاح الخاص بصاحب التوقيع[1]، وإنما يقوم بفك شفرتها باستخدام المفتاح العام لمرسل الرسالة.

حيث أن لكل شخص مرسل ومرسل إليه زوج من المفاتيح، أحدهما عام يشهر للجميع، والآخر خاص يحافظ الشخص على سريته، وعلى ذلك لا يمكن للشخص الموقع المرسل أو المرسل إليه، إنكار المستند الذي وقعه، وذلك يرجع إلى الارتباط التام بين المفتاح العام والمفتاح الخاص[2]. كما يتميز التوقيع الرقمي، بخلاف صور التوقيع الإلكتروني الأخرى، باستلزام وجود جهة محايدة تسمى جهة التصديق الإلكتروني، أو مقدمي خدمات التوثيق[3] PSC*، التي تقوم بمنح المفتاح العام والخاص للموقع، وضمان الأمان في عملية التشفير الخاصة بالتوقيع الالكتروني.

وعلى ذلك يتضح لنا أن التوقيع الرقمي يحقق الوظائف الأساسية للتوقيع، وهي التحقق من هوية الشخص الموقع، وكذا إظهار رغبته ورضائه الالتزام بمضمون الرسالة الإلكترونية الموقع عليها، كما أنه يضمن سرية وسلامة المعلومات التي تتضمنها الرسالة الإلكترونية.

ونظرا لهذه الميزات التي يتمتع بها التوقيع الرقمي، فقد نظمت القوانين الحديثة هذا النوع من التوقيع، وأشارت إليه في نصوصها ووضعت تنظيما له، على الرغم من إتباعها مبدأ الحياد التقني، غير أنها تأثرت بالواقع الموجود وأشارت إلى التوقيع الرقمي صراحة.

فقد أشار التوجيه الأوروبي بشأن التوقيعات الإلكترونية 1999/93، في ملحقاته الأربعة إلى الأحكام المنظمة للتوقيع الإلكتروني، كما نص القانون الفرنسي في المرسوم 272 لسنة 2001، صراحة على أحكام التوقيع الإلكتروني المقتبسة من الملاحق الواردة في التوجيه الأوروبي.

([1]) د. ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص 62. د. عباس العبودي، تحديات الإثبات بالسندات الالكترونية ومتطلبات النظام القانوني لتجاوزها، المرجع السابق، ص154.

_ AKODAH AYEWOUADAN, **Les droits du contrat à travers l'internet**, éd. Larcier, Bruxelles, Belgique, 2012, P. 143.

([2]) د. إيمان مأمون احمد سليمان،المرجع السابق، ص 269.

_ AKODAH AYEWOUADAN, Op .cit, P. 142.

([3]) د. محمد نصر محمد، **الدليل الالكتروني وحجيته أمام القضاء**، دراسة مقارنة، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 2013، ص 74.

– د. عبد الفتاح بيومي حجازي، **التجارة الالكترونية وحمايتها القانونية**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 197.

_ JACQUE LARRIEU, **Droit de l'internet**, 2e édition, éditions- ellipses, Paris, 2010, P. 198.

* Prestataires de services certification.

وأشار القانون المصري في اللائحة التنفيذية للقانون رقم 15 لسنة 2004 المتعلق بالتوقيع الإلكتروني وبإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات، إلى تقنية التوقيع الرقمي، وعرف في المادة الأولى من اللائحة تقنية التشفير[1].

كما أشارت معظم التشريعات إلى جهات التصديق الإلكتروني[2]، التي تعني بتقديم شهادات التوثيق والتصديق الإلكتروني، للتأكيد على هوية الشخص الذي يمتلك منظومة توقيع إلكتروني، وذلك لتعزيز الثقة في التوقيعات الرقمية وزيادة العمل بها. وقد أشار إليها المشرع الجزائري في القانون رقم 04/15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الالكترونيين، في المادة الثانية فقرة 7 و 12، وتناولها بالتفصيل في الفصل الثالث من نفس القانون (المادة 33 وما يليها)، كما أشار إليها أيضا في المرسوم التنفيذي 162/07[3].

خامساـ التوقيع بالضغط على مربع الموافقة OK – box: قد تلجأ الشركات بتقديم عروضها على شبكات الانترنت عن طريق عقود نموذجية، تحتوي على خانات مخصصة لقبول العقد والموافقة على بنوده، مثل (ok) أو (yes) أو (I agree) ويتم الموافقة على هذه العقود بالتوقيع عليها، وذلك بالضغط على المربعات المخصصة للموافقة[4]، وقد يتطلب من العميل زيادة في التأكيد، الضغط مرتين double clik لضمان الجدية في التعامل.

غير أن هذه الطريقة لا تعتبر في حد ذاتها توقيعا يكتسب به المحرر الإلكتروني العناصر اللازمة لاعتباره دليلا كاملا في الإثبات، لذلك تلجأ المنشآت التجارية في الغالب إلى إضافة خانة في نموذج العقد الموجود على صفحات الويب، يضع فيه المتعاقد الرقم السري الخاص ببطاقته الائتمانية، بالإضافة إلى إمكانية استخدام المفتاح الخاص به، الذي تمنح شهادة خاصة به جهات معتمدة من قبل الدولة[5].

([1]) المادة 9/1 من اللائحة التنفيذية: "التشفير منظومة تقنية حسابية تستخدم مفاتيح خاصة لمعالجة وتحويل البيانات والمعلومات المقروءة إلكترونيا، بحيث تمنع استخلاص هذه البيانات والمعلومات إلا عن طريق استخدام مفتاح أو مفاتيح فك الشفرة."

([2]) المادة 2 من القانون التونسي رقم83 لسنة 2000. المتعلق بالمبادلات التجارة الالكترونية، المادة الثانية من القانون الأردني رقم 85 لسنة 2001 المنظم للمعاملات الإلكترونية، المادة الثانية من القانون الإماراتي رقم 02 لسنة 2002 المتعلق بالمعاملات والتجارة الإلكترونية.

([3]) المرسوم 07-162 يعدل ويتمم المرسوم 01-123 المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية.

([4]) د. يوسف أحمد النوافلة، المرجع السابق، ص93.

([5]) د. خالد إبراهيم ممدوح، المرجع السابق، ص 256.

من خلال ما سبق يتضح لنا أن التوقيع الإلكتروني حتى يكون دليلا كاملا في الإثبات، ويتم اعتماده في إجراء المعاملات الإلكترونية، وجب أن يحدد الوظائف الأساسية للتوقيع، وهي تحديد هوية الموقع وتمييزه عن غيره، وكذا التعبير عن رضائه الالتزام بمضمون المحرر.

ولزيادة الثقة في التوقيع الإلكتروني وتحقيق الأمن والسرية فيه، وجب أن يكون موثقا ومعتمدا من قبل جهات متخصصة في الدولة تعمل على منح شهادات تصديق وتوثيق الكترونية، باعتماد منظومة توقيع الكتروني معينة، تدعيما للثقة والأمان في المعاملات الإلكترونية، وذلك بالتأكيد على وظائف التوقيع ، وهي التأكد من هوية الموقع، وكذا ضمان صلة وارتباط المحرر بالتوقيع المقترن به.

فاللجوء إلى تكنولوجيا التوقيع الالكتروني هدفه رفع مستوى الأمن والخصوصية بالنسبة للمتعاملين على شبكة الانترنت، حيث بفضل هذه التكنولوجيا يمكن المحافظة على سرية المعلومات وسرية الرسائل المرسلة، وضمان عدم التعديل أو التحريف فيها[1].

الفرع الثالث

وظائف التوقيع الإلكتروني

سبق عند تحديدنا لتعريف التوقيع الإلكتروني في التشريعات الدولية والوطنية، ملاحظة أن الكثير من التشريعات عرفت التوقيع الإلكتروني من خلال الوظائف التي يؤديها، وهي تمييز وتحديد هوية الموقع وكذا التعبير عن إرادته بالالتزام بمضمون المحرر.

فقد نصت المادة السابعة من القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية على أنه:"عندما يشترط القانون وجود توقيع من شخص، يستوفي ذلك الشرط بالنسبة إلى رسالة البيانات إذا:

أـ استخدمت طريقة لتعيين ذلك الشخص، والتدليل على موافقته على المعلومات الواردة في رسالة البيانات،

ب- كانت تلك الطريقة جديرة بالتعويل عليها بالقدر المناسب للغرض الذي أنشئت أو أبلغت من أجله رسالة البيانات، في ضوء كل الظروف، بما في ذلك أي اتفاق متصل بالأمر".

([1]) د. عبد الفتاح بيومي حجازي، **التجارة الالكترونية وحمايتها القانونية**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006، ص184.

فمن خلال هذا النص يتعين أنه يجب توافر وظائف التوقيع التقليدي (تحديد هوية الموقع والتعبير عن رضائه مضمون المحرر) في التوقيع الإلكتروني، غير أن الاختلاف الأساسي بين هذين التوقيعين يكمن في مدى توافر الثقة بالتوقيع الإلكتروني (المادة 7–ب سالفة الذكر)، حتى يتساوي مع التوقيع التقليدي في في الإثبات.

كما أقرت المادة 6 من القانون الجزائري رقم 04/15 وظائف التوقيع الإلكتروني، تحت فصل مبادئ المماثلة وعدم التمييز بين التوقيع الإلكتروني والتوقيع التقليدي، حيث تنص المادة "يستعمل التوقيع الإلكتروني لتوثيق هوية الموقع وإثبات قبوله مضمون الكتابة في الشكل الإلكتروني".

وعلى ذلك سنتناول وظائف التوقيع الإلكتروني في النقاط التالية.

أولا ـ تحديد التوقيع الإلكتروني لهوية الشخص الموقع: الأصل في التوقيع سواء التقليدي أو الإلكتروني أن يعبر عن شخصية الموقع على السند الورقي أو الإلكتروني، فالتوقيع هو علامة تدل على من قام بوضعها غلى المحرر[1].

فيجب أن يعبر التوقيع في السند الإلكتروني عن شخصية الموقع وهو الشخص الملتزم بالتوقيع، لأن الغاية من التوقيع هو نسبة ما ورد في المحرر للشخص الموقع[2].

وقد أشرنا سابقا، أن هناك أشكالا وصورا مختلفة للتوقيع الإلكتروني، وذلك لاختلاف التقنية التكنولوجية المستخدمة في إنشائه. وهذه الأشكال والصور تتفاوت في قدرتها على تحقيق وظيفة تحديد هوية الموقع، فهناك بعض صور التوقيع الإلكتروني تفتقد للمصداقية بسبب عدم دقتها في تحديد هوية أصحابها، كتقنية التوقيع بالمسح الضوئي، وذلك بنقل الصورة الفوتوغرافية للتوقيع التقليدي على قاعدة بيانات الحاسب الآلي، ثم ينقل هذا التوقيع إلى المحرر الإلكتروني أو الورقي.

(1) د. سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 374.

(2) M.H.M. SCHELLEKENS, **Electronic signature, Authentification technology from a legal perspective,** T.M.C. Asser press, the Netherlands, 2004, P. 59.

فمن مساوئ هذا التوقيع سهولة نسخة من المحرر المرسل ووضعه على محرر آخر لا يعلم المرسل عنه شيئا، دون أن يترك ذلك أي أثر، لذلك أجمع الفقهاء على عدم اعتباره من التوقيعات التي يمكن أن تحدد هوية الموقع[1].

وهناك بعض صور التوقيع الإلكتروني تتوقف مقدرتها في تحديد هوية أصحابها، على نوعية وحداثة التقنية المستخدمة في إنشاء هذا التوقيع، كالتوقيع بالقلم الإلكتروني والتوقيع البيومتري (التوقيع بالخواص الفيزيائية)، فقد أجمع الفقه على التركيز على نوعية وحداثة التقنية المستخدمة لإنشاء وتأمين هذين النوعين من التوقيع، وذلك حتى يكونا حجة في الإثبات[2].

غير أن هناك أشكالا أخرى من التوقيع الإلكتروني، لها القدرة على تحديد هوية الموقع مثل التوقيع التقليدي.

الشكل الأول: هو التوقيع بالرقم السري المقترن بالبطاقة الممغنطة: فقد اعترف له الفقهاء بالحجية الكاملة في الإثبات، وذلك نظرا لقدرته على تحديد هوية الموقع، ودرجة الأمان التي يتمتع بها هذا التوقيع[3].

أما الشكل الثاني: فهو التوقيع الرقمي القائم على آلية التشفير، فهو يعتمد على زوج من المفاتيح، يستخدم أحدهما للتعريف بهوية صاحبه (المفتاح العام) والآخر يستخدم لتوثيق المحرر الإلكتروني (المفتاح الخاص)، وهي تخضع في إصدارها ومتابعتها لجهات متخصصة في التصديق الإلكتروني، كما أنه يستحيل تزوير زوج المفاتيح لأنهما يشتقان من الأرقام الأولى بطريقة حسابية خوارزمية معقدة[4].

وقد انتشر استخدام تقنية التوقيع الرقمي في المعاملات الإلكترونية، لقدرتها على تحديد هوية صاحبها، كما ثبت استخدام التوقيع في البيومتري في الدوائر الحكومية والأمنية لمراقبة الموظفين والتزامهم

([1]) د. ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص 55 – د. سامح عبد الواحد التهامي المرجع السابق، ص 394-395.

د. عيسى غسان ربضي، المرجع السابق، ص 98.

- LECLAINCHE (J.), **« Preuve et signature »,** Art. Précis.

([2]) د. عيسى غسان ربضي، المرجع السابق، ص 65-66. . د. حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص 54.

. د. إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص 257.

([3]) د. إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص 291-292.

([4]) د. عيسى غسان ربضي، المرجع السابق، ص 89.

بمواقيت العمل، أما بالنسبة للتوقيع بالرقم السري المقترن بالبطاقة الممغنطة فقد ثبت انتشاره في المعاملات المصرفية والبنكية، واستخدامه كوسيلة من وسائل الدفع الإلكتروني.

وعليه يعتد بالتوقيع الإلكتروني في الإثبات، متى كان قادرا على تحديد وتوثيق هوية الموقع، لكن إلى جانب الوظيفة الثانية له، وهي قدرة التوقيع على إظهار رضاء الموقع بمضمون المحرر الإلكتروني.

ثانيا- التعبير عن إرادة الموقع الالتزام بمضمون المحرر الإلكتروني: الوظيفة الثانية من وظائف التوقيع الالكتروني، هي التعبير عن رضاء الموقع الالتزام بمضمون المحرر، فالشخص عندما يوقع على محرر معين، فذلك يعني رضاؤه بكل ما جاء بهذا المحرر.

لكن تحقق الوظيفة الثانية للتوقيع الإلكتروني مرتبط بدرجة الثقة والأمان التي يتمتع بها التوقيع، فدقة التعبير عن الإرادة (ونسبته إلى الموقّع) معلق على حداثة التقنية التكنولوجية المستخدمة، وقدرتها على توفير الحماية للتوقيع وتأمين مضمون المحرر الإلكتروني، بعدم إدخال أي تعديلات عليه من ناحية، وتأمين ارتباطه بالتوقيع بشكل لا يقبل الانفصال من ناحية أخرى[1].
فكلما كانت آلية تشغيل منظومة التوقيع محلا للثقة والأمان، فإنه من المؤكد أن يكون لها القدرة على التعبير عن إرادة الموقع في الالتزام بمضمون التصرف[2].

وعلى ذلك فالموقّع عندما يقوم بإدخال رقمه السري أو المفتاح الخاص (التوقيع الرقمي المشفر)، أو البصمة الجينية على الشاشة، فإن معنى ذلك هو قبول الشخص لما ورد في هذا المحرر والتزامه به[3]، فتحقق هذه الوظيفة مرتبط بدرجة الثقة والأمان في صورة التوقيع المستخدمة، حتى يضمن عدم اختراق الغير لبيانات المحرر والتعديل فيها، بكل أشكال القرصنة والتزوير للسندات والمحررات الالكترونية.

خلاصة القول أن التوقيع الإلكتروني له دور مثل التوقيع التقليدي، في تحديد هوية الشخص والتعبير عن إرادته الالتزام بمضمون المحرر الموقع، غير أن الاختلاف الرئيسي بينهما، إن التوقيع

(1) د- إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص 289.

(2) د- عيسى غسان ربضي، المرجع السابق، ص 91.

(3) د- يوسف أحمد النوافلة، المرجع السابق، ص100.

الإلكتروني مرتبط بعقد إلكتروني ينشأ على دعامات إلكترونية ويربط بين متعاقدين عن بعد، بينما التوقيع التقليدي يرتبط بعقد ينشأ على دعامات ورقية بين أطراف العقد.

يضاف إلى ذلك ضرورة تدعيم التوقيع الإلكتروني بالثقة اللازمة، من خلال التقنيات المستخدمة في إنشائه، حتى يضمن الحجية في الإثبات، فالمشكلة لا تدخل في نطاق القانون بل في مجال التقنية المستخدمة في إنشائه، حيث لا يوجد عائق قانوني يمنع منح التوقيع الإلكتروني حجية في الإثبات أسوة بنظيره التقليدي.

الفرع الرابع

شروط التوقيع الإلكتروني

اعتمدت التشريعات سواء الدولية أو الوطنية، في تحديد حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، كما رأينا سابقا، على مبدأ التنظير الوظيفي، بمعنى أن التوقيع الإلكتروني لا تكون له الحجية في الإثبات، إلا إذا حقق نفس وظائف التوقيع التقليدي، وهي تحديد هوية الموقع، وكذا التعبير عن رضائه بمضمون المحرر، وتوافرت فيه الشروط المتطلبة في التوقيع في صورته التقليدية.

وعلى ذلك فحتى يكون للتوقيع الإلكتروني حجة في الإثبات، وجب أن تتوافر فيه شروط التوقيع التقليدي، وهي الشروط العامة للتوقيع، بعد ذلك نتعرض إلى بعض الشروط الخاصة بالتوقيع الإلكتروني التي وضعتها تشريعات الدول، ضمانا للأمان والثقة التي تتطلبها المعاملات الإلكترونية.

أولاـ الشروط الخاصة بالتوقيع: هذه الشروط هي نفسها الشروط الواجب توافرها في التوقيع بصورته التقليدية، مع بعض الاختلاف، نظرا لاختلاف الدعامة والطريقة في كلا التوقيعين.

لذا سنتناول شروط التوقيع التقليدي لانطباقها على التوقيع الإلكتروني، حتى مع اختلاف الدعامة، وهي: أن يكون التوقيع شخصياـ أن يترك أثر مقروءا ودائما ـ أن يكون مباشرا (متصلا بالمحرر الكتابي).

1-أن يكون التوقيع شخصيا:

التوقيع علامة شخصية يمكن من خلال تمييز هوية الموقع[1]، والمقصود بذلك أن يتم التوقيع وفقا للطريقة التي درج الشخص على استخدامها للتعبير عن موافقته على مضمون محرر معين، وذلك بأن يتم التوقيع باستخدام إشارات ورموز تعبر عن شخصية صاحب التوقيع، كاستخدام الاسم واللقب كاملين أو مختصرا أو التوقيع بالحروف الأولى من الاسم واللقب، أو باستخدام الختم أو بصمة الإصبع[2].

ويجب أن يتولى الشخص وضع التوقيع بنفسه، فإذا وقع شخص آخر باسمه فلا يعتد بهذا التوقيع ويكون باطلا، حتى ولو كان موكلا عنه، لأن الوكيل له أن يوقع باسمه بصفة وكيلا لا باسم الموكل، على المحرر الذي يتضمن التصرف القانوني الذي ينوب فيه عن الموكل. والتوقيع لا يكون شخصيا إلا إذا كان بفعل يد الموقع، " ولفظ اليد" تسع ليشمل توقيع الشخص بيده مباشرة أي بالإمضاء أو ببصمة إصبعه أو بختمه الخاص[3].

ولا يلزم في التوقيع بالإمضاء أن يكون التوقيع الخطي مباشرا على عدد نسخ المحرر، وإنما يجوز أن يتم التوقيع على عدة نسخ في ذات الوقت باستخدام الكربون حيث تعتبر كل نسخة أصلا لا مجرد صورة من المحرر[4]، وهو ما أيدته محكمة النقض المصرية في قراراتها[5].

وهذا عكس ما انتهى إليه الفقه والقضاء الفرنسي، حيث اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن المحرر الموقع باستخدام الكربون هو عبارة عن صورة منقولة عن الأصل[6]، لكنها اعتبرته مبدأ ثبوت بالكتابة، ويمكن إثبات واقعة التوقيع بالطرق الأخرى للإثبات[7].

([1]) د. محمد مرسي زهرة، "**حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات**"، مجلة "الجوانب القانونية الناجمة عن استخدام الحاسب الآلي في المصارف"، إتحاد المصارف العربية، 1991، ص 153.

([2]) د. ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص 24.

([3]) د. نجوى أبو هيبة، "**التوقيع الإلكتروني، تعريفه مدى حجية في الإثبات**"، بحث منشور ضمن بحوث مؤتمر "الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون"،المنعقد بدولة الإمارات العربية المتحدة، غرفة تجارة وصناعة دبي، في الفترة من 10 إلى 12 ماي 2003، الجزء الأول، ص 440.

([4]) د. محمد السعيد رشدي، **حجية وسائل الاتصال الحديثة في الإثبات**، المرجع السابق، ص399.

([5]) طعن مصري رقم 2150، جلسة 1991/05/22، سنة 51 ق، مجموعة أحكام النقض، سنة 42، 1171.

([6]) Cass ,civ, 1ére ch. 17 juill. 1980, I .R, p 556, Disponible sur www.legifrance.gouv.fr et https://www.courdecassation.fr/

([7]) Cass ,civ ;1ére ch , 27 mai 1986 gaz .Pal 1987, I somm. 54, Disponible sur , www.legifrance.gouv.fr.

وقد يحصل التوقيع بالختم من طرف شخص آخر، لكن دون رضاء صاحبه، فيعترف صاحب الختم بأن الختم الموجود على المحرر هو ختمه، لكن ينكر انه بصم بختمه عليه، كما في حالة ضياعه أو سرقته، وقد ذهبت محكمة النقض المصرية أن الاعتراف ببصمة الختم كاف لثبوت حجية المحرر، ويجب على من يتم الاحتجاج عليه بالمحرر إذا أنكر التوقيع بختمه، أن يقيم الدليل على ما يدعيه، بأن يقيم الدليل على كيفية وصول ختمه على هذا المحرر، وهذا يعتبر دعوى تزوير يجب أن يتم السير فيها بطريقها القانوني[1].

وعليه فحتى يقوم التوقيع بوظيفته في إثبات مضمون المحرر، يجب أن يكون دالا على شخصية صاحبه، ومميزا له عن غيره، فإذا لم يكن التوقيع كاشفا عن هوية صاحبه ومحددا لذاتيته فلا يعتد به في الإثبات، كان يكون التوقيع في شكل حروف متعرجة أو رسم آخر، أو بواسطة ختم مطموس لا يمكن قراءته[2].

وبالنسبة للتوقيع الالكتروني، فيجب أيضا أن يكون التوقيع شخصيا بمعنى مرتبط بالموقع بصفة منفردة، تميزه عن غيره، مهما كانت صوره وأشكاله.

2- أن يترك التوقيع أثره مقروءا ودائما:

يعتبر التوقيع شكلا من أشكال الكتابة، لهذا يشترط فيه ما يشترط في الكتابة، من حيث إمكان الإطلاع عليه وقراءته.

ويترك التوقيع أثرا مقروءا إذا استخدم فيه المداد السائل أو الجاف، خاصة في حالة التوقيع بالإمضاء، فلا يكون مكتوبا بالحبر السري الذي يحتاج إلى إتباع وسائل معينة لإظهاره، ولا يكون عبارة عن خطوط مستقيمة أو متعرجة لا يفصح عن شيء، أو متداخلا مع محتوى المحرر[3].

([1]) نقض مدني مصري، 26 يناير 1978، مجموعة أحكام النقض، س 29، ص 344.

"يجب على منكر التوقيع مع اعترافه بالختم أن يسلك في دعواه طريق الطعن بالتزوير وأن يقيم الدليل على ذلك".

([2]) د. ثروت عبد الحميد، المرجع السابق ، ص 24-25.

([3]) د. ثروت عبد الحميد، المرجع نفسه، ص 25.

كما لا يكون التوقيع باستخدام الرصاص، الذي تسمح خاصيته بتزوير التوقيع وذلك لسهولة التلاعب به أو تغييره[1]، كما أن التوقيع بالختم إذا كان الختم مطموسا، فإنه لا يعتبر توقيعا، لأنه لا يخرج على أن يكون علامة مستديرة غير مقروءة أصلا[2].

ويجب أيضا أن يترك التوقيع أثرا دائما، لا يزول مع الزمن، بحيث يجب تحرير التوقيع في شكل يسمح بالرجوع إليه طوال الفترة الزمنية الكافية لاستخدامه في الإثبات[3].

أما بالنسبة للتوقيع الالكتروني فنظرا لاختلاف الدعامة بينه وبين التوقيع التقليدي، فإنه يمكن أن يكون على عدة صور، فإن كل صورة ترد بشكل معين، لذا يجب أن تكون هذه الصور والأشكال معلومة ومفهومة لصاحب التوقيع، فالتوقيع الرقمي مثلا الذي يحمل مفتاحين من أجل التوقيع، وجب أن يكون كلا المفتاحين معلومين لدى الموقع، ويحتفظ بصورة سرية بمفتاحه الخاص.

3- اتصال التوقيع بالمحرر:

بمعنى يجب أن يكون التوقيع متضمنا في المحرر، بحيث يكون الاثنان كلا لا يتجزأ، ويكون هناك رابطة حقيقية بينهما[4]، فحتى يمنح المحرر قيمته القانونية في الإثبات، ويكون التوقيع دالا على رضاء صاحبه بمضمون المحرر، يجب أن يكون هذا التوقيع متصلا اتصالا ماديا ومباشرا بالمحرر المكتوب[5].

وعادة ما يوضع التوقيع في نهاية المحرر، حتى يكون منسحبا على جميع البيانات المكتوبة الواردة فيه، ويعلن عن موافقة الموقع والتزامه بمضمونه[6]، غير أن وجوده في مكان آخر لا يعني عدم قبول المحرر، بل يخضع لتقدير قاضي الموضوع. فقد ورد في قضاء محكمة النقض الفرنسية، اعتماد التوقيع

([1]) د. عيسى غسان ربضي، المرجع السابق، ص 34.

([2]) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، **الوسيط، آثار الالتزام**، المرجع السابق، هامش رقم 1. ص 178.

([3]) د. حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص 71.

([4]) د. ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص 28.

([5]) د. إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص 276.

([6]) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، **الوسيط، أثار الالتزام**، المرجع السابق، ص 178.

حتى وإن كان الموقع قد وضعه في أعلى الصفحة، ما دام يدل دلالة واضحة على إقرار الموقع، بمضمون المحرر[1].

وإذا كان المحرر يتضمن عدة أوراق مستقلة، وجب توقيع كل ورقة على حدى، أما إذا لم يتم التوقيع إلا على الورقة الأخيرة من المحرر، فإن اعتماد التوقيع يتوقف على السلطة التقديرية لقاضي الموضوع، فيما إذا كان مجموعة أوراق المحرر تشمل كلا واحدا لا يتجزأ يشمله التوقيع، أم أنها مستقلة من حيث الموضوع عن بعضها البعض[2].

فالقاضي يقدر ما إذا كان هناك ترابط مادي وفكري بين أوراق المحرر، فينسحب التوقيع في آخر الصفحة إلى باقي الصفحات، أما إذا وجد عدم وجود علاقة أو ترابط بين أوراق المحرر، فإن التوقيع في آخر الصفحة لا ينسحب إلى باقي الصفحات، ولا يضفي بذلك حجية عليها، وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية[3].

وبالنسبة للتوقيع الالكتروني، فينطبق نفس الوصف عليه، لكنه أكثر دقة، حيث قد يرفق التوقيع الالكتروني بملف خاص مع المحرر، ويفهم منه انسحاب هذا التوقيع على كافة ما ورد بالمحرر الالكتروني.

وعلى ذلك فحتى يكون للتوقيع حجة في الإثبات، وجب أن يكون شخصيا، بمعنى صادرا من الشخص الذي يريد الالتزام بمضمون ما وقع عليه، ويجب أن يترك هذا التوقيع أثره مقروءا، بحيث يمكن فهمه وإدراكه، فلا يكون عبارة عن أشكال أو رموز مبهمة وغامضة غير مفهومة لصاحبها، أو خطوط متعرجة أو مستقيمة، لا يفهم منها شيئا، كما يجب أن يكون هذا التوقيع دائما بحيث يمكن الرجوع إليه للتأكد من صحته وحجيته كلما أراد الطرفان ذلك، بحيث إذا زال هذا التوقيع أو تم محوه، سواء كان توقيعا الكترونيا أم توقيعا خطيا، فلا يمكن اعتباره توقيعا ذو حجية في الإثبات.

ويجب أيضا أن يتصل التوقيع بالمحرر اتصالا مباشرا، بحيث لا يمكن الفصل بينهما، لأن التوقيع ينسحب على جميع ما ورد في المحرر، ويؤكد على قبول الموقع ما دون فيه.

([1])Cass.Civ 1ere ch. 25 Fev .1969 JCP .II, 15904 . Disponible sur www.legifrance.gouv.fr

([2]) Cass. civ, 3 ème ch , 19 Février 1981, Bull.Civ , N° 132, p 94. Disponible sur www.legifrance.gouv.fr

([3]) نقض مدني مصري، 27 ديسمبر 1973، مجموعة أحكام النقض، س 24، ص 1371.

كما يشترط في التوقيع الالكتروني، إضافة إلى الشروط السابقة التي يتفق فيها مع التوقيع التقليدي في حدود مع ما لا يتعارض مع طبيعته، شروطا فنية أخرى ينفرد بها التوقيع الالكتروني نظرا لطبيعته الخاصة، هو ما سنتطرق إليه في النقطة الموالية.

ثانيا- الشروط الفنية اللازم توافرها في التوقيع الإلكتروني:

أقرت معظم التشريعات سواء الدولية أو الوطنية بالتوقيع الإلكتروني، ولقد حاولت أن تضع شروطا معينة لمنح الحجية القانونية لهذا التوقيع، ومساواته بالتوقيع التقليدي.

فقد نصت المادة 04/1316 من القانون المدني الفرنسي على:"عندما يكون التوقيع إلكترونيا فهو يتكون من استخدام وسيلة موثوق بها لتحديد هوية الموقع، وضمان صلة التوقيع بالمحرر الذي وضع عليه، والثقة في هذه الوسيلة مفترضة حتى يتبين عكس ذلك، إذا تم إنشاء التوقيع الإلكتروني بطريقة تحدد هوية الموقع وتضمن سلامة المحرر الموقع وفقا للشروط المحددة بمرسوم يصدر من مجلس الدولة[1]."

وصدر فعلا هذا المرسوم في 30 مارس 2001 رقم 272 لسنة 2001، يحدد الشروط الواجب توافرها في التوقيع الالكتروني حتى يتمتع بقرينة الثقة[2].

فقد حددت المادة الثانية من هذا المرسوم، الشروط الواجب توافرها في الأداة التي يتم بها إنشاء التوقيع الإلكتروني حتى يتمتع بالحجية ويتدعم بالثقة اللازمة، حيث نصت:"الثقة في الوسيلة المستخدمة في إنشاء التوقيع إلكتروني مفترضة حتى يتم إثبات العكس، إذا كان يترتب على هذه الوسيلة إنشاء توقيع الكتروني آمن وإذا كانت الأداة المستخدمة في إنشاء التوقيع الإلكتروني آمنة وإذا كان يتم التأكد من صحة التوقيع الإلكتروني باستخدام شهادة تصديق معتمدة[3].

([1]) « Lorsqu'elle est électronique, elle consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache. La fiabilité de ce procédé est présumée, jusqu'à preuve contraire, lorsque la signature électronique est créée, l'identité du signataire assurée et l'intégrité de l'acte garantie, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat. »

([2]) Décret n° 2001 -272 du 30mars 2001 pris pour l'application de l'article 1316 -4 du code civil et relatif à signature électronique .J O N° 27 du 30 mars 2001, p 5070, et disponible sur : www.legifrance.gouv.fr

([3])" La fiabilité d'un procédé de signature électronique et présumée jusqu'à preuve contraire lorsque ce procédé met en ouvre une signature électronique sécurisée, établie grâce à un dispositif sécurise de création de signature électronique et que la vérification de cette signature repose sur l'utilisation d'un certificat électronique qualifié."

وعلى ذلك فهذا المرسوم نص على ثلاثة شروط، وجب توافرها في الوسيلة المستخدمة في إنشاء التوقيع الإلكتروني حتى يتمتع بالحجية:

1- أن يكون التوقيع الإلكتروني توقيعا آمنا.

2- أن يتم إنشاؤه بمقتضى أداة آمنة.

3- أن يتم التأكد من صحته بشهادة تصديق معتمدة.

كما أقر التوجيه الأوروبي 1993/93[1] اتفاقات الإثبات، في الحيثية 16 منه، التي بموجبها يتفق أطرافها على شروط قبول التوقيعات الإلكترونية في الإثبات.

وميز التوجيه الأوروبي بين التوقيع الإلكتروني البسيط، غير المعزز والتوقيع الإلكتروني المتقدم، فالتوقيع الإلكتروني المتقدم Advanced électronique signature، هو التوقيع الذي جرى إصداره باستخدام إحدى أدوات تأمين التوقيع، ويستند إلى شهادة توثيق معتمدة تفيد صحته.

فقد عرفته المادة 2/2 من التوجيه الأوروبي بأنه التوقيع الذي يرتبط بشخص الموقع وحده، ويحدد هويته ويجري إنشاؤه من خلال تقنيات تقع تحت سيطرته وحده، ويرتبط بالبيانات المدرج فيها على نحو يكشف أي تغيير بها، فمتى توافرت هذه الشروط مجتمعة كانت له الحجية الكاملة في الإثبات، وأمكن بذلك مساواته بالتوقيع التقليدي في الإثبات.

أما التوقيع الإلكتروني البسيط غير المعزز، فقد منحه التوجيه الأوروبي الحجية المناسبة حتى وإن لم يكن مستوفيا شروط التوقيع المتقدم[2]، حيث لا يجوز إهدار قيمته في الإثبات لمجرد أنه لم يستند إلى شهادة توثيق معتمدة تفيد صحته، أو لكونه لم يتم باستخدام أداة من أدوات تأمين التوقيع[3].

فعلى من يتمسك به أن يقيم الدليل أما القضاء على جدارة التقنية المستخدمة في إنشاء التوقيع وإصداره، ويكون للقاضي سلطة واسعة في تحديد قيمة التوقيع الإلكتروني في الإثبات مستعينا في ذلك برأي

([1]) Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 1999, sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques. J.O n° L 013 du 19 janvier 2000, pages 0012-0020. Disponible sur www.droit-technologie.org

([2]) المادة 2/5 من التوجيه الأوروبي بشأن التوقيع الإلكتروني لعام 1999.

([3]) PATRICK THIEFFRY, **Commerce électronique : droit international et européen**, éd. litec, Paris, 2002, P. 178.

الخبراء[1]، وفي حال حدوث نزاع بين توقيع إلكتروني بسيط وآخر متقدم، فإن الأولوية تكون للأخير لأنه يتمتع بعناصر الأمان والثقة.

وأشارت المادة الخامسة فقرة 02 من التوجيه الأوروبي، إلى مبدأ عدم التمييز في نطاق التوقيع الالكتروني، حيث تلزم الدول الأعضاء بإصدار التشريعات التي تضمن عدم إهدار قيمة التوقيع الالكتروني في الإثبات، والاعتداد به كدليل ومنحة الحجية المناسبة.

كما نصت المادة السادسة (06) من قانون الاونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية لعام 2001 على انه: "1-حيثما يشترط القانون وجود توقيع من شخص، يعد ذلك الاشتراط مستوفى بالنسبة إلى رسالة البيانات إذا استخدم توقيع الكتروني موثوق به بالقدر المناسب للغرض الذي أنشئت أو أبلغت من أجله رسالة البيانات في ضوء كل الظروف بما في ذلك أي اتفاق ذي صلة.

2- تنطبق الفقرة الأولى سواء أكان الاشتراط المشار إليه في شكل التزام أو كان القانون يكتفي بالنص على تبعات تترتب على عدم وجود توقيع.

3- يعتبر التوقيع الالكتروني موثوقا به لغرض الوفاء بالاشتراط المشار إليه في الفقرة الأولى إذا:

أ-كانت بيانات إنشاء التوقيع مرتبطة في السياق الذي تستخدم فيه بالموقع دون أي شخص أخر.

ب- كانت بيانات إنشاء التوقيع خاضعة لسيطرة الموقع دون أي شخص آخر.

ج- كان أي تغيير في التوقيع الإلكتروني يجري بعد حدوث التوقيع قابلا للاكتشاف.

د- كان الغرض من اشتراط التوقيع قانونا هو تأكيد سلامة المعلومات التي يتعلق بها التوقيع، وكان أي تغيير يجري في تلك المعلومات بعد وقت التوقيع قابلا للاكتشاف."

فقانون الأونسيترال أورد شروطا متقاربة مع الشروط التي وضعها التوجيه الأوروبي في التوقيع الإلكتروني المتقدم أو المعزز، حيث يجب أن يكون التوقيع مرتبطا بالموقع ومحددا لشخصيته، وأن تكون بيانات إنشائه خاضعة لسيطرة الموقع، ويمكن كشف أي تعديل أو تغيير في بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني.

(1) CAPRIOLIE (E.A), **« La loi française sur la preuve et la signature électronique »**, J.C.P, 2000, 1, n° 15 et 16, p .1224.

في مصر اشترط قانون التوقيع الإلكتروني، حتى يمنح التوقيع الإلكتروني الحجية في الإثبات، أن تتوافر فيه عدة شروط[1] وهي:

1ـ أن يرتبط التوقيع الإلكتروني بالموقع وحده دون غيره.

2ـ أن يسيطر الموقع وحده دون غيره على الوسيط الإلكتروني.

3ـ إمكانية كشف أي تعديل أو تبديل في البيانات المحرر الإلكتروني أو التوقيع الإلكتروني.

وبالنسبة للمشرع الجزائري، فقد اشترط مجموعة من الشروط حتى يكون التوقيع الإلكتروني موصوفا أي مقدما أو معززا، وهذه الشروط هي[2]:

1- أن ينشأ على أساس شهادة تصديق إلكتروني موصوفة.

2- أن يرتبط بالموقع دون سواه.

3- أن يمكن من تحديد هوية الموقع.

4- أن يكون منشأ بواسطة آلية مؤمنة خاصة بإنشاء التوقيع الإلكتروني.

5- أن يكون منشأ بواسطة وسائل تكون تحت التحكم الحصري للموقع.

6- أن يكون مرتبطا بالبيانات الخاصة به، بحيث يمكن الكشف عن التغييرات اللاحقة بهذه البيانات.

وسنقوم بتفصيل هذه الشروط كالتالي:

1ــ ارتباط التوقيع الإلكتروني بالموقع وحده دون غيره:

معنى هذا الشرط أن يكون تكوين بيانات إنشاء التوقيع، أو ما يطلق عليه القانون الفرنسي معطيات إنشاء التوقيع خاصة بالموقع وحده، مثل المفتاح الخاص في التوقيع الرقمي، أو بصمة الاصبع أو بصمة العين في التوقيع البيومتري، أو الرقم السري في التوقيع المقترن بالبطاقة الممغنطة.

فيجب أن تكون بيانات إنشاء التوقيع خاصة بالموقع ومميزة له، وأن يكون التوقيع الناتج عنها يحدد هوية شخص واحد فقط، فيجب أن تكون حصرية على شخص واحد فقط، فمن المستبعد أن تترتب على بيانات إنشاء التوقيع، توقيع إلكتروني يتم نسبته إلى أكثر من شخص واحد[3].

([1]) المادة 18 من القانون رقم 15 لسنة 2004 الخاص بتنظيم التوقيع الإلكتروني المصري.

([2]) المادة 7 من القانون رقم 04/15 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين الجزائري.

([3]) د. سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 458.

وهذا الشرط يحقق الوظيفة الأساسية للتوقيع الإلكتروني، وهي تحديد هوية الموقع، حيث يجب أن تكون بيانات إنشاء التوقيع مرتبطة بالموقع وخاصة به، وتميزه عن غيره، وتحدد شخصيته بطريقة لا لبس فيها ولا غموض.

ويتم ذلك بالاستعانة بجهة التصديق أو مؤدي خدمات التصديق، التي تقدم شهادة توثيق أو تصديق التوقيع الإلكتروني، وتتحقق من دلالة التوقيع الإلكتروني على شخص الموقع، وتستطيع من خلالها أيضا أن تحقق من أن التوقيع بغض النظر عن نوعه، رقميا أو بيومتريا أو رقما سريا أو غيره، يعود لشخص الموقع ذاته.

هذا وقد أقرت اغلب التشريعات الدولية والوطنية هذا الشرط، كما رأينا سابقا، وذلك عند تطرقنا لشروط التوقيع الالكتروني المتقدم أو المعزز (الآمن، الموصوف، المحمي)، فقد عبر عنه التوجيه الأوروبي في المادة 02/2 بان يكون التوقيع مرتبطا بالموقع دون غيره[1]، وعبر عنه المشرع الفرنسي في المرسوم 272 لسنة 2001 بان يكون التوقيع خاصا بالموقع[2]، وأشار إليه المشرع المصري في المادة 18من القانون رقم 15 لسنة 2004 المتعلق بالتوقيع الالكتروني، حيث نصت " ارتباط التوقيع الالكتروني بالموقع وحده دون غيره "، وبالنسبة للمشرع الجزائري أشار إليه في المادة 07 فقرة 02 من القانون رقم 04/15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الالكترونيين، كالتالي"أن يرتبط بالموقع دون سواه".

كما نصت المادة 3/6ا من قانون الاونسيترال النموذجي بشان التوقيعات الالكترونية على هذا الشرط بأكثر دقة، حيث نصت "إذا كانت بيانات إنشاء التوقيع مرتبطة في السياق الذي تستخدم فيه بالموقع دون أي شخص أخر".

حيث يشترط ارتباط بيانات إنشاء التوقيع بالموقع وليس ارتباط التوقيع بالموقع، فمن الأدق أن يشترط في التوقيع قدرته على تحديد هوية الموقع، وليس ارتباطه بالموقع[3]. وهو ما أشار إليه المشرع الجزائري في المادة السابعة "أن يمكن من تحديد هوية الموقع".

([1]) Être liée uniquement au signataire.

([2]) Être propre au signataire.

([3]) د. سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 495.

وعلى ذلك يعد هذا الشرط أساسيا، لإضفاء الحجية القانونية على التوقيع الالكتروني حيث يحدد شخصية الموقع ويميزه عن غيره من الأشخاص، مما يعطي ثقة اكبر للمتعاملين في مجال التجارة الالكترونية.

2-سيطرة الموقع على وسائل إنشاء التوقيع الالكتروني:

بداية يجب التمييز بين وسيلة إنشاء التوقيع الالكتروني، وبين بيانات أو معطيات إنشاء التوقيع الالكتروني، لتجنب أي خلط في المفاهيم.

فوسيلة إنشاء التوقيع الالكتروني، التي عبر عنها القانون الفرنسي بمصطلحين مختلفين وهما(Moyen) ومصطلح (Dispositif)، وهي تختلف عن بيانات أو معطيات إنشاء التوقيع، فمثلا بالنسبة للتوقيع الرقمي، فان معطيات إنشاء التوقيع هي المفتاح الخاص، أما البرنامج الذي ينشئ تلك المفاتيح هو وسيلة إنشاء التوقيع، كذلك في التوقيع البيومتري، العين واليد هما وسيلتا إنشاء التوقيع، أما ما ينتج عنهما من بصمات مميزة تعتبر هي معطيات هذا التوقيع البيومتري[1].

وقد عرف المرسوم الفرنسي رقم 272 لسنة 2001، أداة إنشاء التوقيع الالكتروني في المادة الأولى فقرة 5، بأنها "شيء مادي أو برنامج حاسب آلي لإنشاء معطيات التوقيع الالكتروني[2].

كما عرفت اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني المصري، منظومة إنشاء التوقيع الإلكتروني بأنها: "مجموعة عناصر مترابطة ومتكاملة تحتوي على وسائل إلكترونية وبرامج حاسب آلي يتم بواسطتها تكوين بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني باستخدام المفتاح الشفري الجذري[3]."

وعرفت المادة الأولى فقرة 8 من نفس اللائحة بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني بأنها:"عناصر متفردة خاصة بالموقع وتميزه عن غيره، ومنها على الأخص مفاتيح الشفرة الخاصة به والتي تستخدم في إنشاء التوقيع الإلكتروني".

---

(1) ESNAULT(j.), « **La signature électronique** » , mémoire de DESS de droit du multimédia et l'information , université de droit , d'économie et de science sociales , PARIS II , 2003 , disponible sur www.signelec.com , la date de mise en ligne est, 21 juillet 2003 .

(2) ("Dispositif de création de signature électronique" un matériel ou un logiciel destiné à mettre en application les données de création de signature électronique).

(3) المادة 18/1 من اللائحة التنفيذية رقم 109 لسنة 2005 لقانون التوقيع الإلكتروني المصري.

فيشترط أن تكون وسائل إنشاء التوقيع تحت سيطرة الموقّع، وهو ما أكده كل من القانون الفرنسي والتوجيه الأوروبي[1].

غير أن قانون الأونسيترال النموذجي الخاص بالتوقيعات الإلكترونية، عند تطرقه لهذا الشرط، في المادة 3/6/ب قد أخلط بين وسيلة إنشاء التوقيع وبين بيانات أو معطيات إنشاء التوقيع، حيث نصت على:" إذا كانت بيانات التوقيع خاضعة، وقت التوقيع، لسيطرة الموقّع دون أي شخص آخر".

أما المشرع الجزائري فقد أشار إلى هذا الشرط في نص المادة 07 فقرة 5 :"أن يكون منشأ بواسطة وسائل تكون تحت التحكم الحصري للموقع"، وهو بذلك سار مع المشرع الفرنسي والأوروبي، حيث اشترط أن تكون وسائل التوقيع تحت التحكم الحصري للموقّع دون سواه.

كما نصت المادة 10 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني المصري، على أنه:"تتحقق من الناحية الفنية والتقنية سيطرة الموقّع وحده دون غيره، على الوسيط الإلكتروني[2] المستخدم في عملية تثبيت التوقيع الإلكتروني، عن طريق حيازة الموقّع لأداة حفظ المفتاح الشفري الخاص، متضمنة البطاقة الذكية المؤمنة والكود السري المقترن بها".

وعلى ذلك يجب أن يكون الموقّع هو نفسه الذي قام بإنشاء التوقيع الإلكتروني الخاص به تحت سيطرته، عن طريق هيئة التصديق المعتمدة أو المرخصة، ويحوز مفاتيح التشفير الخاصة المقترنة بالبطاقة الذكية والرقم السري بها.

حيث يتم منح الموقّع في حالة التوقيع الرقمي رقما أو كودا سريا، بحيث يستطيع هو فقط استخدام البرنامج الموجود على الكمبيوتر الخاص به، والذي يقوم بإنشاء المفتاح الخاص، هذا الرقم السري لا يعلم به إلا صاحب التوقيع ويجب أن يبقيه سرا[3].

([1])" Être créée par des moyens que le signataire puisse garder sous son contrôle exclusif".

([2]) الوسيط الإلكتروني هو الوسيلة التي يتم بها إنشاء التوقيع الإلكتروني، فقد عرفته المادة 1/د من قانون التوقيع الإلكتروني المصري بأنه:" أداة أو أدوات أو أنظمة إنشاء التوقيع الإلكتروني".

([3]) د- سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص462.

وبالتالي يجب أن تكون وسيلة إنشاء التوقيع الإلكتروني تحت سيطرة الموقّع، ويتحكم فيها وحده، بحيث لا يستطيع أن يتحكم فيها شخص غيره، فتكون البيانات أو المعطيات الناتجة عن هذه الوسيلة خاصة بالموقّع فقط ومرتبطة به[1].

لكن هذا لا يمنع من أن صاحب التوقيع يجوز له أن يوكل شخصا آخر لإجراء تصرف قانوني نيابة عنه، فيبوح له بالرقم السري من أجل إتمام المعاملة الإلكترونية، وتنصرف جميع آثار المعاملة إلى صاحب التوقيع، وليس الشخص المأذون له باستخدام وسيلة إنشاء التوقيع[2].

وعليه فشرط سيطرة الموقع على وسائل إنشاء التوقيع الإلكتروني يكمل الشرط الأول، وهو أن يكون التوقيع خاص بالموقع، بحيث أن سيطرة شخص واحد على وسيلة إنشاء التوقيع، يؤدي إلى أن تكون البيانات الناتجة عن هذه الوسيلة مرتبطة بهذا الشخص فقط وخاصة به، وعلى ذلك فهذان الشرطان يكملان بعضهما البعض من أجل تحديد هوية الموقع، والتأكيد بذلك على الوظيفة الأساسية للتوقيع الإلكتروني وهي تحديد هوية الموقع.

3- ارتباط التوقيع الإلكتروني بالمحرر الموقع:

حتى يكون التوقيع الإلكتروني متقدما أو موصوفا، يجب أن يرتبط التوقيع بالمحرر الموقع ارتباطا دائما، بحيث يضمن التوقيع الإلكتروني نزاهة المحرر الموقع إلكترونيا[3]، ويمكن اكتشاف أي تعديل أو تبديل في بيانات المحرر بعد توقيعه إلكترونيا.

وقد أشارت المادة 2/1/ج من المرسوم الفرنسي 172 لسنة 2001 إلى هذا الشرط فنصت :"أن يرتبط التوقيع الإلكتروني بالمحرر الموقع، بحيث أن تعديل يطرأ على المحرر بعد التوقيع عليه يمكن اكتشافه[4]."

([1]) ESNAULT (J.), La signature électronique, Op .cit, P.8.

([2]) De LAMBERTERIE (I.) et BLANCHETTE (J.), Le décret du 30 mars 2001 relatif a la signature électronique, J.C.PE, n : 30, 26 Juillet 2001.

([3]) د. سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 464.

([4]) "Garantir avec l'acte au quel elle s'attache un lien tel que toute modification ultérieure de la l'acte soit détectable."

كما أشار إليه التوجيه الأوروبي لسنة 1999، في المادة 3/2/ج بقوله:"يكون التوقيع مرتبطا ببيانات المحرر بحيث أن أي تعديل لاحق لهذه البيانات يمكن اكتشافه[1]."

وأشارت المادة 18/ج من قانون التوقيع الإلكتروني المصري على:"إمكانية كشف أي تعديل أو تبديل في بيانات المحرر الإلكتروني أو التوقيع الإلكتروني".

كما اشترطت المادة 2/د ـ هـ من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني نفس الشرط، حيث نصت على أنه: "تكون منظومة تكوين بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني مؤمنة متى استوفت ما يأتي:

د. حماية التوقيع الإلكتروني من التزوير أو التقليد أو التحريف أو الاصطناع أو غير ذلك من صور التلاعب أو من إمكان إنشائه من غير الموقع.

هـ ـ عدم إحداث أي إتلاف بمحتوى أو مضمون المحرر الإلكتروني المراد توقيعه".

وأشار المشرع الجزائري إلى هذا الشرط في نص الفقرة 06 من المادة 07: "**أن يكون مرتبطا بالبيانات الخاصة به بحيث يمكن الكشف عن التغييرات اللاحقة بهذه البيانات**".

فالمحرر الإلكتروني وما يحتويه من بيانات خاصة، وبيانات التوقيع أثناء عملية نقله من المرسل إلى المرسل إليه، قد يتعرض للتغيير أو التبديل، هذا التغيير قد يكون سببه عطلا في الوسائل الفنية أو تدخل الغير أو من المرسل إليه.

لذا يتم التحقق من سلامة بيانات المحرر من خلال التوقيع الإلكتروني، ويمكن كشف أي تغيير لاحق يمس بيانات المحرر الالكتروني أو بيانات إنشائه عقب توقيعه، ويمكن كشف التغيير من خلال منظومة فحص التوقيع الإلكتروني[2].

([1]) "Être liée aux données auxquelles se rapporte de telle sorte que toute modification ultérieure des données soit détectable."

([2]) عرفت المادة الثانية من التوجيه الأوروبي بشأن التوقيعات الإلكترونية منظومة فحص التوقيع الإلكتروني بأنها:"المنظومة البرمجية أو المادية المقررة بغرض تطبيق البيانات الخاصة بفحص التوقيع". كذلك راجع في تعريفها المادة 8/1 من المرسوم الفرنسي رقم 2001/272، والمادة 20/1 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الالكتروني المصري، والمادة 2 /6 من القانون 04/15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الالكترونيين الجزائري.

فمن اللحظة التي يستقبل فيها المرسل إليه المحرر الإلكتروني، يجب عليه فحص بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني، التي سوف تسمح له بالتيقن من هوية صاحب التوقيع (بفضل شهادة التصديق الإلكترونية)، وسلامة بيانات المحرر الإلكتروني وبيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني.

هذه الوظيفة من وظائف التوقيع الإلكتروني في صورته الرقمية، باعتباره صورة من صور التشفير، حيث يتم إضافة التوقيع الرقمي إلى المحرر الإلكتروني، والتوقيع هنا عبارة عن المحرر الإلكتروني في صورة مضغوطة ومشفرة (القيمة الهاشية) عن طريق المفتاح الخاص، فلا يمكن بذلك لأي شخص إلا المرسل، أن يقوم بتعديل محتوى المحرر الإلكتروني حتى المرسل إليه.

فالمرسل إليه يستطيع باستخدام المفتاح العام المرسل أن يقوم بفك شفرة الرسالة لمطابقتها بالرسالة غير المشفرة، للتأكد من أن المحرر الموقع لم يحدث فيه أي تعديل[1]، ولا يستطيع إجراء أي تعديل على المحرر.

وقد اهتمت تشريعات الدول بمسألة سلامة بيانات المحرر الإلكتروني وبيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني، من خلال بيانات التحقق من التوقيع الإلكتروني، التي هي عبارة عن رموز أو مفاتيح التشفير العمومية أو أي بيانات أخرى، مستعملة من أجل التحقق من التوقيع الالكتروني[2].

وبالنسبة لسلامة المحرر يشترط سلامة المحرر الإلكتروني من أي تعديل، كما يشترط أيضا سلامة بيانات التوقيع الإلكتروني، لأن بيانات التوقيع الإلكتروني هي جزء من بيانات المحرر الإلكتروني، فهما كلا واحد لا يتجزأ[3] .

وقد نص قانون الأونسيترال على هذا الشرط في فقرتين، حيث نصت المادة 3/06 على أنه إذا:

" ج- كان أي تغيير في التوقيع الإلكتروني، يجري بعد حدوث التوقيع قابل للاكتشاف.

([1]) د. سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 464-465.

([2]) المادة 5/2 من قانون التوقيع والتصديق الالكترونيين الجزائري، أيضا المادة الأولى من قانون التجارة الإلكترونية البحريني. والمادة 30 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، التي يسميها إجراءات التوثيق المعتمدة.

([3]) د. سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 466.

د- كان الغرض من اشتراط التوقيع قانونا هو تأكيد سلامة المعلومات التي يتعلق بها التوقيع، وكان أي تغيير يجري في تلك المعلومات بعد وقت التوقيع قابلا للاكتشاف".

وقد أوضح دليل تشريع قانون الأونسيترال، أن سلامة معلومات المستند وسلامة التوقيع مرتبطين ارتباطا وثيقا، لكنه تناول العنصران كلا على حدى، وهذا قياسا على مبدأ التكافؤ الوظيفي بين التوقيع الخطي والتوقيع الإلكتروني، حيث أن التوقيع الخطي لا يوفر ضمانا لسلامة المستند الذي يمهر به، ولا ضمانا بأن أي تغيير في المستند سيتسنى اكتشافه، خلافا للتوقيع الإلكتروني الذي يضمنهما معا، سلامة المستند وسلامة التوقيع[1].

وشرط ارتباط التوقيع الإلكتروني بالمحرر الموقع هو شرط مهم، لأنه يؤكد الوظيفة الثانية للتوقيع الإلكتروني، وهي أن يعبر عن رضاء الموقع بمضمون المحرر الموقع عليه، فعندما تكون الصلة بين التوقيع الالكتروني والمحرر الموقع أكيدة ودائمة، وأن المحرر الإلكتروني الموقع لم يحدث فيه أي تعديل منذ توقيعه وحتى وصوله إلى المرسل إليه، فهذا يؤدي إلى التحقق من رضاء الموقع بمضمون المحرر الموقع عليه[2].

وعلى ذلك فارتباط التوقيع الإلكتروني بالمحرر الموقع شرط هام، ذلك أنه يعطي المحرر الإلكتروني حجية في الإثبات، ويضمن عدم حدوث أي تعديل أو تغيير في بياناته، فالمحرر غير الموقع لا يمكن أن يكتسب حجية كاملة في الإثبات.

كما أن أغلب التشريعات الوطنية جرمت التزوير في المحررات والتوقيعات الإلكترونية، إلى جانب المحررات التقليدية، ونصت على عقوبات رادعة لمن يستعمل بطريق غير قانوني توقيع الغير، أو يزور مضمون مستند الكتروني رسمي أو عرفي، وهو ما سنتطرق إليه لاحقا.

([1]) دليل تشريع قانون الاونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية، مرجع سابق، ص 53-54.

([2]) د. سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 465.

4ـ أن يكون مصمما بواسطة آلية مؤمنة خاصة بإنشاء التوقيع الإلكتروني:

عرف المشرع الجزائري آلية إنشاء التوقيع الإلكتروني، بأنها جهاز أو برنامج معلوماتي معد لتطبيق بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني[1]، كما عرفها المشرع الفرنسي في المرسوم 2001 –727[2]، وكذا التوجيه الأوروبي 1999ـ 93 [3]، بأنها أداة مادية أو برنامج يقوم بإنشاء بيانات التوقيع الإلكتروني.

وعرفتها المادة 18/1 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني المصري، بأنها مجموعة عناصر مترابطة ومتكاملة، تحتوي على وسائط إلكترونية وبرامج حاسب آلي، يتم بواسطتها تكوين بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني باستخدام المفتاح الشفري الجذري.

وعلى ذلك فأداة أو آلية إنشاء التوقيع، هي التي تقوم بإنشاء بيانات التوقيع الإلكتروني، وقد تطلبت هذه التشريعات أن تكون أداة أو آلية إنشاء التوقيع الإلكتروني مؤمنة، وذلك بتوافر مجموعة من الشروط والمتطلبات تتمثل في مجملها في أربعة شروط، وحسب التشريع الجزائري والفرنسي والأوروبي والمصري[4]، فإن الشروط الثلاثة الأولى تتعلق بالوسائل التقنية والإجراءات المناسبة المتعلقة بحماية

([1]) المادة 02 فقرة 4 من القانون رقم 04/15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الالكترونيين الجزائري.

([2]) Art 1/5 de décret N° 2001-272 ("Disposition de création de signature électronique": un matériel ou un logiciel destiné à mettre en application des données de création de signature électronique).

([3]) Art 2/5 de la directive européenne ("Dispositif de création de signature" : un dispositif logiciel ou matériel configuré pour mettre en application les données afférentes à la création de signature).

([4]) **المادة 11 من قانون التوقيع والتصديق الالكترونيين الجزائري:**" الآلية المؤمنة لإنشاء التوقيع الإلكتروني هي آلية إنشاء توقيع الكتروني تتوفر فيها المتطلبات الآتية:

1- يجب أن تضمن بواسطة الوسائل التقنية والإجرائية المناسبة على الأقل ما يأتي:

أ- ألا يمكن عمليا مصادفة البيانات المستخدمة لإنشاء التوقيع الإلكتروني إلا مرة واحدة، وأن يتم ضمان سريتها بكل الوسائل التقنية المتوفرة وقت الاعتماد.

ب- ألا يمكن إيجاد البيانات المستعملة لإنشاء التوقيع الإلكتروني عن طريق الاستنتاج وأن يكون هذا التوقيع محميا من أي تزوير عن طريق الوسائل التقنية المتوفرة وقت الاعتماد.

ج- أن تكون البيانات المستعملة لإنشاء التوقيع الالكتروني محمية بصفة موثوقة من طرف الموقع الشرعي من أي استعمال من قبل الآخرين

2- يجب أن لا تعدل البيانات محل التوقيع، وأن لا تمنع أن تعرض هذه البيانات على الموقع قبل عملية التوقيع."

-Art 3/1 de décret N° 2001-272 (1- un dispositif sécurise de création de signature électronique doit :

1- Garantir par des moyens techniques et de procédures appropries que les données de création de signature électronique:

a- Ne peuvent être établies plus d'une fois et que leur confidentialité est assurée.

b- Ne peuvent être trouvée par déduction et que la signature électronique est protégée contre toute falsification.

بيانات ومعطيات التوقيع الإلكتروني، والشرط الأخير هو أن تضمن أداة إنشاء التوقيع عدم التعديل في بيانات المحرر الموقع، وأن لا تكون مانعا وعائقا على علم الموقع علما تاما بمضمون المحرر الموقع.

وسنتناول هذه الشروط فيما يلي:

1- لا يمكن إنشاء بيانات التوقيع أكثر من مرة، ويجب أن تكفل وتضمن سرية هذه البيانات.

2- لا يمكن استنباط بيانات التوقيع أو تقليدها.

3- يجب حماية بيانات التوقيع بواسطة الموقع ضد أي استعمال من الغير.

فهذه الشروط الثلاثة تتعلق بحماية معطيات وبيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني، والتي هي عبارة عن بيانات فريدة مثل الرموز أو مفاتيح التشفير الخاصة التي يستعملها الموقع لإنشاء التوقيع الإلكتروني[1]. فيجب أن يكون مفتاح التشفير الخاص واقعا في حيازة الموقع حصريا، وأن يكون من المستحيل استعماله من قبل الغير[2].

C- Peuvent être protégées de manière satisfaisante par le signataire contre utilisation par des tiers.

2- N'entrainer aucune altération du contenu de l'acte à signer et ne pas faire obstacle à ce que le signataire en ait une connaissance exacte avant de le signer)

-Annexe III de la directive européenne :

1-Les dispositifs sécurisés de création de signature doivent au moins garantir par les moyens techniques et procédures appropriés que :

a- Les données utilisées pour la création de la signature ne puissant, pratiquement, se rencontrer qu'une seule fois et que leur confidentialité soit raisonnablement assurée.

b- L'on puisse avoir l'assurance suffisante que les donnée utilisées pour la création de la signature ne puisant être trouvées par déduction et que la signature soit protégée contre toute falsification par ces moyens techniques actuellement disponibles.

c- Les données utilisées pour la création de la signature puissent être protégés de manière fiable par le signataire légitime contre leur utilisation par d'autres.

2- Les dispositifs sécurisés de création de signature ne doivent pas modifier les données à signer ni empêcher que ces données soient soumises au signataire avant le processus de signature.)

- المادة الثانية من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني المصري:" تكون منظومة تكوين بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني مؤمنة متى استوفت ما يأتي:

أ – الطابع المنفرد لبيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني ، ب– سرية بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني، ج– عدم قابلية الاستنتاج والاستنباط لبيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني ، د– حماية التوقيع الإلكتروني من التزوير أو التقليد أو التحريف أو الاصطناع أو غير ذلك من صور التلاعب، أو من إمكان إنشائه من غير الموقع، هـ ـ عدم إحداث إي إتلاف بمحتوى أو مضمون المحرر الإلكتروني المراد توقيعه، و– ألا تحول هذه المنظومة دون علم الموقع علما تاما بمضمون المحرر الإلكتروني قبل توقيعه".

([1]) المادة 3/2 من القانون 04/15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الالكترونيين الجزائري.

([2]) المادة 8/2 من القانون 04/15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الالكترونيين الجزائري.

فأداة إنشاء التوقيع يجب أن تكون متوافقة مع المستوى التكنولوجي السائد أثناء التوقيع، بحيث أن المفتاح الخاص يجب أن لا يتم استنتاجه أكثر من مرة بواسطة أي أداة أخرى لإنشاء التوقيع موجودة في السوق، كما انه يجب أن يكون من المستحيل استنباط المفتاح الخاص من المفتاح العام[1].

كما يجب أن يكون المفتاح الخاص سرا، بحيث لا يعلم به سوى الموقع، أو من بأذن له باستعماله نيابة عنه، وذلك خلافا للمفتاح العام الذي يكون موضوعا في متناول الجمهور، حتى يمكنهم التحقق من التوقيع الإلكتروني للموقع والتأكد من هويته[2].

والحكمة من هذه الاشتراطات الفنية لأداة وآلية إنشاء التوقيع الإلكتروني، المتعلقة بالمفتاح الخاص وضمان سريته وعدم إمكان استنباطه أو تقليده أو استعماله من قبل الغير، تهدف إلى أن تؤدي هذه الأداة إلى إنشاء توقيع إلكتروني يحقق الوظيفة الأولى للتوقيع، وهي تحديد هوية الموقع، فإذا كان الشخص الذي يستخدم المفتاح الخاص هو الوحيد الذي يسيطر عليه وفي حيازته حصريا، فإن تحديد هويته يكون أمرا أكيدا باستخدام المفتاح العام المرتبط بالمفتاح الخاص[3].

4ـ أما الشرط الأخير فهو ألا تؤدي أداة إنشاء التوقيع إلى حدوث تعديل في بيانات المحرر الموقع، كما يحب أن لا تكون هذه الأداة مانعا من إمكانية إطلاع الموقع على بيانات المحرر قبل التوقيع عليه.

فيجب ألا يؤدي التوقيع الإلكتروني إلى المساس بنزاهة المحرر الإلكتروني، بإحداث أي تعديل أو تغيير في مضمون المحرر الموقع، والسبب في اشتراط هذا الشرط التقني، أن التوقيع الإلكتروني هو معطيات أو بيانات الكترونية يتم إضافتها إلى بيانات المحرر الإلكتروني فترتبط به، فيجب ألا يؤدي ذلك المساس بالمحرر الموقع، ويجب أن يتم تقديم بيانات التوقيع الإلكتروني بصورة توضح أنها توقيع[4].

كما أن هذا الشرط ينشئ مبدأ هاما، وهو أن ما يراه الموقع هو ما يقوم بتوقيعه[5]، حيث يجب أن تمكن الأداة الموقع من رؤية المحرر الإلكتروني كاملا، ويتمكن من الاطلاع على بياناته قبل أن يوقع عليه.

([1]) COUDOL(T.P.) , **La signature électronique**, Op.cit, P. 36.

([2]) المادة 2/ 9 من القانون04/15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الالكترونيين الجزائري.

([3]) د. سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 470.

([4]) COUDOL(T.P), **La signature électronique**, Op.cit, p 37.

([5]) Idem.

فبتوافر هذا الشرط، بأن تتمكن أداة إنشاء التوقيع من إنشاء توقيع الكتروني، يعبر عن رضاء الموقع بمحتوى المحرر الذي وقع عليه، تتحقق الوظيفة الثانية من وظائف التوقيع الإلكتروني.

وعليه فمتى توافرت الشروط السابقة في أداة إنشاء التوقيع الإلكتروني، أمكنها من تأدية وظائف التوقيع، وهي تحديد هوية الموقع، وكذا التعبير عن رضائه مضمون المحرر الذي وقع عليه.

5ـ أن ينشأ التوقيع الإلكتروني على أساس شهادة تصديق إلكتروني معتمدة:

من شروط التوقيع الإلكتروني المتقدم أو الموصوف، أن يتم التحقق من هوية الموقع من خلال شهادة تصديق معتمدة أو موصوفة، وقد أشارت إلى هذا الشرط أغلب التشريعات الدولية والوطنية.

فقد نصت المادة 1/5 من التوجيه الأوروبي[1] أن من شروط تمتع التوقيع الإلكتروني بالحجية، أن يكون مبنيا على شهادة تصديق معتمدة، يتم من خلالها التحقق من هوية الموقع.

وأشار القانون الفرنسي إلى الشرط في المادة الثانية من المرسوم 272 لسنة 2001[2]، بحيث أنه من شروط تمتع التوقيع الإلكتروني بقرينة الثقة، أن يكون مبنيا على أساس شهادة تصديق معتمدة، التي يجب أن تتضمن بيانات محددة وصادرة عن جهة تصديق معتمدة، حسب المادة 6 من نفس المرسوم.

أما القانون المصري، فقد نصت المادة 9/ أ من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني، على الشرط الخاص بوجوب ارتباط التوقيع الإلكتروني بشهادة تصديق إلكتروني معتمدة، والتي عرفتها المادة 7/1 من ذات اللائحة بأنها:"الشهادة التي تصدر من الجهة المرخص لها بالتصديق وتثبت الارتباط بين الموقع وبيانات إنشاء التوقيع". هذه الشهادات تصدر من جهات مرخص لها بذلك، أو جهات أجنبية معتمدة للتصديق الإلكتروني[3].

([1]) Art. 5/1: Effets juridique des signatures électroniques :

1_ Les Etats membres veillent a ce que les signatures électroniques avancées basées sur un certificat qualifie et créées par un dispositif sécurisé de création de signature.

([2]) Art 2 : La fiabilité d'un procédé de signature électronique est présumée jusqu'à preuve contraire lorsque ce procédé met en œuvre une signature électronique sécurisée, établie grâce à un dispositif sécurisé de création de signature électronique et que la vérification de cette signature repose sur l'utilisation d'un certificat électronique qualifié.

([3]) المواد 6/1 و 21-22 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني المصري.

ونصت المادة 20 من اللائحة على البيانات الواجب توافرها في شهادة التصديق الإلكتروني، بحيث تلتزم جهة التصديق بذكر كل هذه البيانات في شهادة التصديق.

وبالنسبة للمشرع الجزائري، فقد اشترط حتى يكون التوقيع الإلكتروني موصوفا أي متقدما، أن ينشأ على أساس شهادة تصديق إلكتروني موصوفة[1]. وعرف شهادة التصديق الإلكتروني في المادة 07/02 من القانون 04/15 بأنها:" وثيقة في شكل إلكتروني تثبت الصلة بين بيانات التحقق من التوقيع الإلكتروني والموقع"، واشترط في المادة 15 من نفس القانون، أن تتوافر في شهادة التصديق مجموعة من المتطلبات حتى تفي بالغرض المطلوب منها.

وعليه متى توافرت هذه الشروط مجتمعة، كان للتوقيع الإلكتروني حجية في الإثبات، ووصف بأنه توقيع الكتروني متقدم أو موصوف أو آمن. بأن يكون التوقيع الإلكتروني مرتبطا بالموقع وحده ويمكن من تحديد هويته، ومنشأ بواسطة وسائل تحت التحكم الحصري للموقع وسيطرته المباشرة، ومرتبطا ببيانات المحرر، بحيث يمكن كشف أي تعديل أو تغيير في بيانات المحرر، وأن يكون مصمما بواسطة أداة أو آلية مؤمنة خاصة بإنشاء التوقيع الإلكتروني تستوفي جملة من الشروط، وأن ينشأ على أساس شهادة تصديق معتمدة.

كل هذه الشروط مجتمعة تعطي التوقيع الإلكتروني وصف التوقيع الإلكتروني المتقدم أو الموصوف، ويكون له حجة مساوية في الإثبات للتوقيع التقليدي، وهو ما أشار إليه المشرع الجزائري في نص المادة 08 من القانون رقم 04/15 :"يعتبر التوقيع الإلكتروني الموصوف وحده مماثلا للتوقيع المكتوب، سواء كان لشخص طبيعي أو معنوي".

غير أن عدم توافر بعض أو كل هذه الشروط في التوقيع الإلكتروني، لا يمنع الشخص من الإثبات بأية طريقة غير تلك المنصوص عليها سابقا، أن التوقيع الإلكتروني الذي استخدمه هو توقيع متقدم[2]، فقد يتفق الأطراف فيما بينهم على أن التوقيعات المتبادلة بينهم هي توقيعات إلكترونية متقدمة.

([1]) المادة 7 من القانون رقم 04/15 الجزائري.

([2]) المادة 4/6 من القانون الأونسيترال بشأن التوقيعات الإلكترونية.

وقد أشار المشرع الجزائري إلى أنه التوقيع الذي يرد في شكل إلكتروني، أو التوقيع الالكتروني الذي لا يتوافر على بعض شروط التوقيع الإلكتروني الموصوف، لا يمكن رفضه كدليل إثبات أمام القضاء، حيث نصت المادة 09 من القانون 04/15 على ما يلي: بغض النظر عن أحكام المادة 08 أعلاه لا يمكن تجريد التوقيع الإلكتروني من فعاليته القانونية أو رفضه كدليل أمام القضاء بسبب:

1- شكله الإلكتروني، أو

2- أنه لا يعتمد على شهادة تصديق إلكتروني موصوفة، أو

3- أنه لم يتم إنشاؤه بواسطة آلية مؤمنة لإنشاء التوقيع الإلكتروني.

وعليه فالمشرع الجزائري اعترف بالتوقيع الإلكتروني، ومنحه حجية في الإثبات تكون مساوية للتوقيع التقليدي، كما أنه لا يمكن رفضه كدليل إثبات أمام القضاء لمجرد أنه لم يستوف شروط التوقيع الإلكتروني الموصوف (المتقدم)، بحيث أنه متى كان مرتبطا بالموقع ومحددا لهويته، ومرتبطا بالمحرر الموقع عليه، وسيطرة الموقع على وسائل إنشاء التوقيع الإلكتروني كانت له حجة في الإثبات، بمعنى أن التوقيع قد حقق الوظائف الأساسية له، وهي تحديد هوية الموقع والتعبير عن رضائه مضمون المحرر الإلكتروني الموقع عليه.

المطلب الثاني

التوثيق (التصديق) الإلكتروني

تعد مرحلة التصديق الإلكتروني من أهم المراحل في إبرام العقد الإلكتروني، لما لهذه المرحلة من دور في إثبات انعقاد العقد، والتأكد من صحة البيانات الواردة فيه وعدم تعرضها للتحريف أو التغيير، وكذا التحقق من صحة التوقيع ونسبته إلى شخص الموقع. فلابد من وجود طرف ثالث محايد توكل له مهمة التصديق الالكتروني، يطلق عليه مقدم أو مؤدي خدمات التصديق أو جهة التوثيق.

ويقوم هذا الطرف بمنح شهادة تصديق الكترونية، للتأكيد على نسبة المحرر أو العقد الإلكتروني لصاحبه أو مصدره، وكذا التأكيد على صحة التوقيع الالكتروني ونسبته لمن صدر عنه (الموقع). ويعتبر نشاط التوثيق الالكتروني نشاط اقتصادي يخضع للقيد في السجل التجاري، طبقا للقانون التجاري.

وعلى ذلك سنتطرق في هذا المطلب، في فرع أول إلى جهة التصديق الإلكتروني، وفي فرع ثان إلى شهادة التصديق الإلكتروني.

الفرع الأول

جهة التصديق الإلكتروني

تتطلب المعاملات الالكترونية ضرورة توافر الثقة والأمان في الوسط الذي تجري فيه، نظرا للطابع الخاص الذي تتم فيه، لذلك تعمل جهات متخصصة على توفير عنصرين هامين للمعاملات الإلكترونية، وهما ضمان صحة المحررات الإلكترونية من أي تعديل أو تزييف، وكذا التأكد من هوية الطرفين المتعاقدين، من خلال تأمين التوقيع الإلكتروني ونسبته إلى أطرافه.

وقد اهتمت تشريعات الدول المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية و/أو التوقيع الالكتروني، بوضع القواعد الخاصة بتنظيم جهة التصديق الإلكتروني، من حيث إنشائها وكيفية ممارستها لنشاطها والرقابة عليها ومسؤوليتها. لذا سنتناول جهة التصديق الالكتروني من خلال النقاط التالية:

أولا- المقصود بجهة التصديق الإلكتروني: سنتعرض إلى تعريف جهة التصديق الإلكتروني من طرف التشريعات الدولية والوطنية، وكذا وظيفة ودور هذه الجهة.

1- تعريف جهة التصديق الإلكتروني:

عرفت المادة 2/هـ من القانون الاونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية، مقدم خدمات التصديق بأنه:"شخص يصدر الشهادات، ويجوز أن يقدم خدمات أخرى ذات صلة بالتوقيعات الإلكترونية".

كما عرفه التوجيه الأوروبي في المادة 11/2 بأنه:"كل كيان أو شخص طبيعي أو معنوي يقدم شهادات التصديق أو خدمات أخرى لها علاقة بالتوقيعات الإلكترونية[1]".

([1]) ("Prestataire de service de certification" tout entité ou personne physique ou morale qui délivre des certificats ou fournit d'autres services liés aux signatures électroniques) J.O.C. E, L 13, 19 janvier 2000, P. 12 et 5.

كما وضع المرسوم الفرنسي رقم 272 لسنة 2001، في المادة الأولى فقرة 11، تعريفا لمقدم خدمات التصديق مقاربا للتعريف الذي وضعه التوجيه الأوروبي، حيث عرفه بأنه:" أي شخص يقدم شهادات التصديق أو خدمات أخرى في مجال التوقيع الإلكتروني[1]".

فنلاحظ أن هذه التعريفات السابقة الواردة في قانون الأونسيترال والتوجيه الأوروبي والمرسوم الفرنسي، قد وسعت من النشاط الذي تقوم به جهة التصديق الإلكتروني، فبجانب الدور الرئيسي لها في إصدار شهادة التصديق الإلكتروني، فإنها تقوم أيضا بأنشطة أخرى تكون لها علاقة بتقنية التوقيع الإلكتروني، وذلك مثل: تحديد تاريخ ثابت للتعاقد الإلكتروني، أو بحفظ كل ما يتعلق بالتوقيع الالكتروني أو بإيقاف أو بإلغاء شهادة التصديق الإلكتروني[2].

وقد تنشأ جهة التصديق الإلكتروني بناءا على تنظيم خاص بين مستخدمي الشبكة، وبالتالي تكون جهة التصديق أو التوثيق هيئة خاصة، كما قد تنشأ من خلال تدخل الدولة بإنشاء هيئة عامة تتولى مهام التوثيق، وهذا بدوره يؤدي إلى الثقة بين المتعاملين من خلال شبكة الانترنت[3].

كما عرف المشرع الجزائري مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني في المادة 12/2 بأنه:"شخص طبيعي أو معنوي يقوم بمنح شهادات تصديق إلكتروني موصوفة، وقد يقدم خدمات أخرى في مجال التصديق الإلكتروني".

فالمشرع الجزائري أسند مهمة التصديق الإلكتروني إلى أشخاص طبيعية ومعنوية، عامة أو خاصة، تتولى إصدار ومنح شهادات تصديق إلكتروني مؤمنة وموثوقة، إلى جانب تقديم خدمات أخرى ترتبط بالتصديق الإلكتروني، كالتوقيع الالكتروني ونشر شهادات التصديق الالكتروني أو إلغاؤها.

كما عرف المشرع المصري جهة التصديق الالكتروني، في المادة 6/1 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الالكتروني، بأنها:" الجهات المرخص لها بإصدار شهادة التصديق الإلكتروني وتقديم خدمات

([1]) ("Prestataire de services de certification électronique : toute personne qui délivre des certificats électroniques ou fournit d'autres services en matière de signature électronique").

([2]) CAPRIOLI (E.A), **« La loi française sur la preuve et la signature électronique dans la perspective européenne »,** J .C.P.G, N° 18, 3 mai 2000, P. 793.

([3]) د- إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص 309.

تتعلق بالتوقيع الإلكتروني". ولم يطلق عليها اسم مقدم خدمات التصديق الالكتروني، كما فعلت القوانين السابقة.

فالمشرع المصري أوكل مهمة التصديق الإلكتروني إلى أشخاص معنوية وليست طبيعية، ذلك أن تقديم خدمات التصديق الإلكتروني يحتاج إلى إمكانيات مادية وتقنية كبيرة، كما يحتاج إلى أجهزة معقدة وخبرات فنية كبيرة[1]، قد لا تتوافر في الأشخاص الطبيعية.

وعلى ذلك يمكن تعريف الجهة المختصة بإصدار شهادات التصديق الإلكتروني، بأنها:"هيئة (أو مؤسسة) يتولى إدارتها شخص طبيعي أو معنوي، تعمل بترخيص من إحدى مؤسسات الدولة، وظيفتها إصدار شهادات تصديق الكترونية، تربط بين شخص (طبيعي أو معنوي) ومفتاحه العام، أو أية مهمة أخرى تتعلق بالتوقيع الإلكتروني[2]".

2ـ دور جهة التصديق الإلكتروني: يتمثل دور جهة التصديق الإلكتروني فيما يلي:

أ- التحقق من هوية شخص الموقع:

يتمثل الالتزام الرئيسي لجهات التصديق الإلكتروني في قيامها بالتحقق من هوية شخص الموقع، حيث تقوم بإصدار شهادة تصديق إلكتروني تفيد التصديق على التوقيع الإلكتروني في صفقة معينة، تشهد بموجبها بصحته ونسبته إلى من صدر عنه، فإذا قام أحد الأطراف بوضع توقيعه الإلكتروني على رسالة البيانات الإلكترونية، وضمنت جهة محايدة صحتها، فإن ذلك يؤكد على صدور التوقيع من صاحبه[3].

فطبقا للمادة 44 فقرة 2 من القانون الجزائري رقم 04/15، فإن مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني يمنح شهادة تصديق أو أكثر لكل شخص يقدم طلبا، وذلك بعد التحقق من هويته، وعند الاقتضاء التحقق من صفاته الخاصة.

([1]) د. سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 412.

([2]) د. عيسى غسان ربضي، المرجع السابق، ص 116.

([3]) د. إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص 314.

ـ د. سعيد السيد قنديل، المرجع السابق، ص 90.

ويجب على مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني، إنشاء سجل يدون فيه هوية وصفة الممثل القانوني للأشخاص الاعتبارية، المستعملة للتوقيع الالكتروني المتعلق بشهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة، بحيث يمكن تحديد هوية الشخص الطبيعي عند كل استعمال لهذا التوقيع الإلكتروني[1].

ففي الواقع العملي عندما يرسل شخص محررا إلكترونيا إلى شخص آخر، يرفق به ما يعرف بهويته، وبما أن الاتصال يتم إلكترونيا، فغالبا ما يبعث شهادة إلكترونية تحتوى مجموعة من البيانات من ضمنها ما يحدد للمرسل إليه هوية المرسل وسلطاته في التوقيع، وبعد أن يتأكد المرسل إليه من صلاحية الشهادة الإلكترونية المرسلة إليه، من خلال الجهة التي أصدرتها، يعول على المحرر الإلكتروني، وهكذا يتم التبادل بين المرسل والمرسل إليه إلى أن يتم التوصل إلى اتفاق نهائي[2].

ب- إثبات مضمون التبادل الإلكتروني:

تتولى جهة التصديق الإلكتروني أيضا، التحقق من مضمون التبادل الإلكتروني بين الأطراف وسلامته وجديته وبعده عن الغش والاحتيال، فضلا عن إثبات وجوده ومضمونه[3]. وتجنبا لحدوث أي غش اتجاه المتعاملين بالإنترنت، نجد جهات التصديق والتوثيق تقوم بتعقب المواقع التجارية للتحري عن جديتها ومصداقيتها، فإذا اتضح لها أن تلك المواقع غير حقيقية أو غير جدية، فإنها تقوم بتحذير المتعاملين[4]، فيرجع إلى هذه الجهة للتأكد من حقيقة الشركة التي سيبرم معها العقد، وبالتالي توفر جهة التصديق الأمان والثقة للمتعاملين عبر شبكة الانترنت، وتحول دون الغش والاحتيال الذي تقوم به المواقع الافتراضية المزيفة، والتي تتخذ من شبكة الانترنت وسيلة لممارسة أعمالها غير المشروعة.

([1]) المادة 44 فقرة 03 من القانون الجزائري 04/15.

([2]) د. عيسى غسان ربضي، المرجع السابق، ص 166.

([3]) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، "**توثيق المعاملات الإلكترونية ومسؤولية جهة التوثيق اتجاه الغير المتضرر**"، بحث مقدم لمؤتمر "الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون" المنعقد بدولة الإمارات العربية المتحدة، غرفة تجارة وصناعة دبي، في الفترة المعتمدة من 10 إلى 12 ماي 2003، الجزء الخامس، ص 1869. ومتوفر على الموقع الالكتروني: www.une-banque.com

([4]) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق ، هامش رقم 40 ، ص 1869.

- د. لينا إبراهيم يوسف حسان، **التوثيق الالكتروني ومسؤولية الجهات المختصة به -دراسة مقارنة-** ، دار الراية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2009، ص 48.

فعلى مقدم خدمة التصديق توضيح مختلف مراحل إبرام العقد بطريق الكتروني، وتحديد الوسائل التقنية اللازمة لتحديد هوية الأطراف المتعاقدة، وكذا كيفية تصحيح الأخطاء المحتملة عند حجز البيانات، ووضع هذه الوسائل تحت الخدمة[1].

ج- **تحديد لحظة ابرم العقد Horodatage.**

تحديد وقت إبرام العقد ليس شرطا ضروريا لصحة العقد، لكن يعد بداية لتنفيذ ما ترتب على العقد من آثار، وعلى ذلك إذا نظرنا إلى التاريخ المدون بالرسالة الإلكترونية، فنجده لا يقدم أي ضمان إذ بإمكان المستخدم أن يغير الزمن المدون بحاسوبه، بل المشكلة تزداد تعقيدا في تحديد زمان انعقاد العقد عند تعدد أطرافه المتواجدين في أكثر من دولة، لأن مختلف الحواسيب التي ستقوم بالاتصال ستعطي أزمنة مختلفة، لذا فإن تحديد زمن إبرام العقد يتعين أن يتم من خلال جهات التصديق، والتي تعمل على تحديد تاريخ واحد لإبرام العقد الإلكتروني[2].

فإذا تم تحديد تاريخ العقد، فانه يمكن تحديد تاريخ البدء في تنفيذ الالتزامات، وكذا حساب مواعيد التقادم، كما يتم الاحتجاج على الغير بالعقد العرفي من خلال ثبوت تاريخه، وذلك بعدة وسائل، وتعد عملية التأشير على المحررات الالكترونية من طرف جهات التصديق الالكتروني، وسيلة من وسائل ثبوت التاريخ، يمكن للأطراف الاحتجاج به على من يدعي حقا ثابتا من هذا المحرر.

د- **إصدار المفاتيح الإلكترونية.**

تقوم جهات التصديق الإلكتروني بمنح وإصدار المفاتيح الإلكترونية، وهما المفتاح الخاص الذي بواسطته يتم تشفير الرسالة الإلكترونية والمفتاح العام الذي يتم بواسطته فك هذا التشفير، وهما مرتبطان رياضيا ببعضهما البعض، حيث لا يمكن فك شفرة الرسالة إلا بالمفتاح العام المرتبط بالمفتاح الخاص الذي تم به تشفير الرسالة، وبالتالي إذا تم فك تشفير الرسالة بنجاح، يتأكد المرسل إليه من أن الشخص الذي أرسل له مفتاحه العام هو الذي قام بتشفير الرسالة وإرسالها إليه[3].

([1]) WIND PAGNANGDE DOMINIQUE KABRE, **La conclusion des contrats électroniques, étude de droit africains et européens**, éd l'harmattan, Paris, 2013, P. 262.

([2]) د. إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص 316.

([3]) د. سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 414.

كما تقوم هذه الجهات بإصدار التوقيع الرقمي، حيث يقوم طالب توثيق التوقيع بتقديم البيانات اللازمة إلى جهة التصديق، فيصدر له المفتاح الخاص الذي يستخدمه في التوقيع.

وقد أوجب القانون الألماني على مقدم خدمة التوثيق أو التصديق، إحاطة صاحب التوقيع علما بأنه توقيعه الإلكتروني يعادل توقيعه اليدوي من حيث الأثر القانوني، ما لم ينص القانون على ذلك، كما أوجب على جهة التصديق (التوثيق) أن تحصل على توقيع الشخص كتابة على علمه بذلك، وذلك لضمان قيام مقدم الخدمة بواجبه[1].

هذه هي مجمل الوظائف الأساسية لجهات التصديق الإلكتروني، لكن هناك وظائف والتزامات مرتبطة بتقنية التوقيع الإلكتروني، وهي أنشطة مرتبطة بالوظائف الأساسية لجهات التصديق الإلكتروني، سنتطرق لها لاحقا.

ثانيا- إنشاء جهة التصديق الإلكتروني: اشترط المشرع الجزائري لتأدية خدمات التصديق الإلكتروني، ضرورة الحصول على ترخيص تمنحه السلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني، وذلك طبقا لنص المادة 33 من القانون رقم 04/15، بل وقد وضع عقوبات جزائية على من يمارس هذا النشاط دون ترخيص[2].

فنشاط التصديق الالكتروني رغم أنه نشاط تجاري، إلا أنه لا يخضع لحرية الممارسة، وإنما وجب الحصول على ترخيص من السلطة المختصة، التي يتم تعيينها من طرف السلطة المكلفة بضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية.

كما اشترط المشرع المصري أيضا لممارسة خدمات التصديق الإلكتروني، ضرورة الحصول على ترخيص بذلك من هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات ITIDA*، حسب المادة 19 من قانون التوقيع الإلكتروني المصري، كما نص على عقوبات جزائية في المادة 23 من نفس القانون لمن يصدر شهادة تصديق دون الحصول على الترخيص.

([1]) د. أشرف توفيق شمس الدين، "**الحماية الجنائية للمستند الإلكتروني**"، بحث مقدم بمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون المنعقد بدولة الإمارات العربية المتحدة، غرفة تجارة وصناعة دبي، الفترة من 10 إلى 20 ماي 2003 ، الجزء الثاني، ص 517.

([2]) وذلك بالحبس من سنة واحدة إلى ثلاث سنوات وبغرامة من مائتي ألف دينار (200.000 دج) إلى مليوني دينار(2.000.000 دج) أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، حسب المادة 72 من القانون 04/15.

*ITIDA : **I**nformation **T**echnology **I**ndustry **D**evelopment.

لذلك يجب الحصول على ترخيص قبل مزاولة نشاط التصديق الإلكتروني، شرط أن يتوافر في طالب الترخيص مجموعة من المتطلبات نص عليها القانون.

أما في القانون الفرنسي فإن الأمر يختلف، حيث أنه اتبع مبدأ حرية ممارسة نشاط إصدار شهادات التصديق الإلكتروني، فيحق لأي هيئة أن تمارس هذا النشاط دون حاجة إلى الحصول على ترخيص مسبق من السلطات الفرنسية، وذلك إعمالا لنص المادة 03/ 2 من التوجيه الأوروبي الخاص بالتوقيعات الإلكترونية، حيث ألزم الدول الأعضاء بعدم فرض أي قيود على إنشاء سلطات التصديق أو تطلب أي ترخيص مسبق[1]، فالتزم المشرع الفرنسي في المرسوم 272 لسنة 2001 بهذا المبدأ.

غير أن التوجيه الأوروبي سمح للدول الأعضاء بإنشاء أنظمة طوعية لإنشاء جهات التصديق الإلكتروني، بمعنى أن جهة التصديق غير ملزمة بالحصول على ترخيص أو اعتماد من السلطات المختصة حتى تمارس نشاطها[2]، فالأمر اختياري لها، بحيث تستطيع ممارسة نشاطها دون حاجة للحصول على اعتماد من السلطات المختصة في الدولة، فقد أنشأ القانون الفرنسي نظاما لاعتماد جهات التصديق التي تتقدم بطلب لذلك شريطة توافر المتطلبات التي نص عليها القانون في هذه الجهات.

لكن ما يمكن ملاحظته أنه في الواقع العملي، فإن جهات التصديق في القانون الفرنسي ستكون مضطرة للحصول على هذا الاعتماد، ذلك أن من أحد الشروط التي تطلبها القانون في التوقيع الإلكتروني حتى يتمتع بالحجية، أن يتم التأكد من صحته بمقتضى شهادة تصديق إلكتروني معتمدة وحتى تكون شهادة التصديق الإلكتروني معتمدة، يجب أن تكون صادرة عن جهة تصديق إلكتروني معتمدة، وبالتالي فالقانون الفرنسي ربط اعتماد جهة التصديق بحجية التوقيع الإلكتروني الذي تم إنشاؤه بناء على المفاتيح الصادرة منها، مما يؤدي إلى اضطرار جهة التصديق إلى الحصول على الاعتماد[3].

([1]) Art. 3/1 (Les États membres ne soumettent la fourniture des services de certification à aucune autorisation préalable.)

([2]) Art 3/2 (Sans préjudice des dispositions du paragraphe 1, les États membres peuvent instaurer ou maintenir des régimes volontaires d'accréditation visant à améliorer le niveau du service de certification fourni. Tous les critères relatifs à ces régimes doivent être objectifs, transparents, proportionnés et non discriminatoires. Les États membres ne peuvent limiter le nombre de prestataires accrédités de service de certification pour des motifs relevant du champ d'application de la présente directive.)

([3]) LAMBERTERIE (I.) et F. BLANCHETTE (J.), **« Le décret de 30 mars 2001 relatif à la signature électronique »,** Art. précis.

وعلى ذلك سنتناول في هذا الفرع، المتطلبات الواجب توافرها في جهة التصديق الإلكتروني، وكذا نظام اعتماد جهة التصديق أو الترخيص لها.

1 ـ المتطلبات الواجب توافرها في جهة التصديق الإلكتروني:

اشترط المشرع الجزائري في نص المادة 34 من القانون 04/15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، مجموعة من الشروط والمتطلبات يجب توافرها في كل شخص سواء أكان طبيعيا أم معنويا، يتقدم بطلب إلى الجهة المختصة للحصول على ترخيص ممارسة مهنة مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني، هذا الشروط هي:

1ـ أن يكون خاضعا للقانون الجزائري بالنسبة للشخص المعنوي، أو الجنسية الجزائرية بالنسبة للشخص الطبيعي،

2- أن يتمتع بقدرة مالية كافية،

3-أن يتمتع بمؤهلات وخبرة ثابتة في ميدان تكنولوجيا الإعلام والاتصال للشخص الطبيعي أو المسير للشخص المعنوي. وهو ما تطلبه أيضا التوجيه الأوروبي في الجهة المختصة بإصدار شهادات التوثيق، حيث أشارت المادة (هـ) من الملحق الثاني للتوجه الأوروبي بشأن التوقيعات الإلكترونية، الذي ينظم المتطلبات الخاصة بالمكلفين بخدمة التوثيق الذين يصدرون شهادات موصوفة، إلى أنه:" يجب على المكلفين بخدمات التوثيق الاستعانة بموظفين متمتعين بالمعارف النوعية والخبرة والتوصيفات الضرورية لتوريد الخدمات، وعلى الأخص الاختصاصات على مستوى الإدارة، والمعارف المتخصصة تكنولوجيا في التوقيعات الإلكترونية...[1]."

4- أن لا يكون قد سبق الحكم عليه في جناية أو جنحة تتنافى مع نشاط تأدية خدمات التصديق الإلكتروني.

وهناك شروط أخرى تقنية، حتى وإن لم يتطرق إليها المشرع الجزائري صراحة، إلا أنه أشار إليها في نص المادة1/11/ب من القانون رقم 04/15، وهي ضرورة استخدام برامج وأنظمة لتأمين المعلومات وحماية البيانات، تحقيقا للأمان التقني ضد أي استعمال غير مشروع وتطبيق إجراءات تحقق السرية

([1]) د. عيسى غسان ربضي، المرجع السابق، ص 124-125.

المناسبة، وهو ما أشار إليه المرسوم الفرنسي 272 لسنة 2001 في المادة 2/6، وكذا التوجيه الأوروبي للتوقيع الإلكتروني في الملحق الثاني منه، وكذا المادة 12/ أ من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني المصري.

وقد حددت المادة 12 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني المصري مجموعة من المتطلبات وجب توافرها في طالب الحصول على الترخيص بإصدار شهادات التصديق[1].

وإذا ما توافرت في طالب الحصول على ترخيص لتأدية خدمات التصديق الإلكتروني هذه المتطلبات، فإنه تمنح له شهادة التأهيل لمدة سنة واحدة قابلة للتجديد مرة واحدة، سواء كان شخص طبيعي أو معنوي، وذلك من أجل تهيئة الوسائل اللازمة لتأدية خدمات التصديق الإلكتروني، ويتم تبليغ

([1]) **هذه المتطلبات هي:**

أ – نظام تأمين المعلومات وحماية البيانات وخصوصياتها بمستوى حماية لا يقل عن المستوى المذكور في المعايير والقواعد المشار إليها في الفقرة 2 من الملحق الفني والتقني للائحة.

ب– دليل إرشادي يتضمن ما يلي:

1– إصدار شهادات التصديق الإلكتروني2– إدارة المفاتيح الشفرية. 3 ـ إدارة الأعمال الداخلية 4– إدارة التأمين والكوارث، وذلك وفقا للمعايير الفنية والتقنية المذكورة في الفقرة هـ من الملحق الفني والتقني للائحة.

ج– منظومة تكوين بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني مؤمنة، وفقا للضوابط الفنية والتقنية المنصوص عليها في المواد (4،3،2) من هذه اللائحة.

د– نظام لتحديد تاريخ ووقت إصدار الشهادات وإيقافها، وتعليقها وإعادة تشغيلها وإلغائها.

ص– نظام للتحقق من الأشخاص المصدر إليهم شهادات التصديق الإلكتروني والتحقق من صفاتهم المميزة

و– المتخصصون من ذوي الخبرة الحاصلين على المؤهلات الضرورية لأداء الخدمات المرخص بها.

ز– نظام حفظ بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني وشهادات التصديق الإلكتروني طوال المدة التي تحددها الهيئة في الترخيص، وتبعا لنوع الشهادة المصدرة، وذلك فيما عدا مفاتيح الشفرة الخاصة التي تصدرها للموقع، فلا تحفظ إلا بناء على طلب من الموقع وبموجب عقد مستقل يبرم بين المرخص له والموقع، ووفقا للقواعد الفنية والتقنية لحفظ هذه المفاتيح التي يضعها مجلس إدارة الهيئة.

ح ــ نظام للحفاظ على السرية الكاملة للأعمال المتعلقة بالخدمات التي يرخص بها، والبيانات الخاصة بالعملاء.

ط – نظام لإيقاف الشهادة في حال ثبوت توافر حالة من الحالات التالية:

1– العبث ببيانات الشهادة أو انتهاء مدة صلاحيتها.

2– سرقة أو فقد المفتاح الشفري الخاص أو البطاقة الذكية، أو عند الشك في حدوث ذلك.

3– عدم التزام الشخص المصدر إليه شهادة التصديق ببنود العقد المبرم مع المرخص له، ويكون نظام إيقاف الشهادات وفقا للقواعد والضوابط التي يضعها مجلس إدارة الهيئة.

ك– نظام يتيح ويسير للهيئة التحقق من صحة بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني وبخاصة في إطار أعمال الفحص والتحقق من جانب الهيئة.

هذه الشهادة في أجل أقصاه 60 يوما ابتداء من تاريخ استلام الطلب المثبت بإشعار بالاستلام، حسب ما جاء في المادة 1/35 و2.

وهذه الشهادة تمنح للشخص بصفة شخصية، ولا يمكن التنازل عنها للغير[1]، وفي حال رفض منح شهادة التأهيل من السلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني، وجب أن يكون قرار الرفض مسببا ويتم تبليغه للمعنى مقابل إشعار بالاستلام (المادة 37 من القانون رقم 04/15).

وفي كل الأحوال لا يمكن حامل هذه الشهادة تأدية خدمات التصديق الإلكتروني، إلا بعد الحصول على الترخيص (المادة 3/35)، بمعنى أن شهادة التأهيل لا تؤهل الشخص لتأدية هذه الخدمات، بل يجب الحصول على ترخيص بذلك من السلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني.

2ـ الترخيص لجهة التصديق الإلكتروني: نص المشرع الجزائري في المادة 33 من القانون رقم 04/15، على أن نشاط تأدية خدمات التصديق الإلكتروني يخضع إلى ترخيص تمنحه السلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني، يتم تعيينها حسب المادة 29 من نفس القانون، من طرف السلطة المكلفة بضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية.

هذه السلطة تقوم بمتابعة ومراقبة مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني، الذي يقدمون خدمات التوقيع والتصديق الإلكترونيين لصالح الجمهور، وكذا منح التراخيص لمؤدي خدمات التصديق الإلكتروني بعد موافقة السلطة الوطنية للتصديق الإلكتروني وفقا للمادة 30 من القانون الجزائري رقم 04/15، والتي هي عبارة عن سلطة إدارية مستقلة تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، تنشأ لدى الوزير الأول، حسب المادة 16 من القانون رقم 04/15.

والترخيص يعني نظام استغلال خدمات التصديق الالكتروني، الذي يتجسد حسب المادة 10/2 من نفس القانون، في الوثيقة الرسمية الممنوحة لمؤدي الخدمات بطريقة شخصية، تسمح له بالبدء الفعلي في توفير خدماته.

ويتم منح هذا الترخيص إلى صاحب شهادة التأهيل، ويبلغ في أجل أقصاه ستون (60) يوما ابتداء من تاريخ استلام طلب الترخيص المثبت بإشعار بالاستلام (المادة 36)، ويرفق الترخيص بدفتر شروط

([1]) المادة 39 من القانون الجزائري رقم 04/15.

يحدد شروط وكيفيات تأدية خدمات التصديق الإلكتروني، وكذا توقيع شهادة التصديق الإلكتروني الخاصة بمؤدي خدمات التصديق من طرف السلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني(المادة 38).

وبمنح هذا الترخيص لمدة 5 سنوات حسب المادة 40، ويتم تجديده عند انتهاء صلاحيته، ويدفع في مقابل الحصول عليه مقابل مالي يتم تحديده عن طريق التنظيم. وفي حالة رفض منح الترخيص، يجب أن يكون قرار الرفض مسببا، ويتم تبليغه إلى المعنى مقابل إشعار بالاستلام (المادة 37).

وحسب المشرع الفرنسي، فإن جهة التصديق التي تحقق المتطلبات السابقة، يحق لها أن تطلب اعتمادها[1]، ويتم ذلك من خلال هيئات خاصة بالاعتماد، هذه الهيئات لا تتبع الدولة لكنها تتبع القطاع الخاص، ويتم اعتمادها من قبل جهة تتبع وزير الصناعة الفرنسي.

وقد حدد قرار وزير الصناعة الفرنسي في 26 جويلية 2004[2]، الجهة المختصة باعتماد الجهات المختصة باعتماد جهات التصديق الإلكتروني، وهي اللجنة القومية للاعتماد (COFRAC)[3]. كما حدد الإجراءات الخاصة باعتماد هذه الجهات المختصة بالتصديق الإلكتروني[4].

أما بالنسبة للمشرع المصري، فقد أنشأ بمقتضى القانون رقم 15 لسنة 2004 الخاص بتنظيم التوقيع الإلكتروني في المادة الثانية منه، هيئة عامة تسمى هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات، تكون لها الشخصية المعنوية، وتتبع الوزير المختص بشؤون الاتصالات والمعلومات.

وتهدف الهيئة إلى تحقيق أغراض كثيرة نصت عليها المادة 3 من نفس القانون، من بينها تنظيم نشاط خدمات التوقيع الإلكتروني وغيرها من الأنشطة في مجال المعاملات الإلكترونية وصناعة تكنولوجيا المعلومات. ولتحقيق هذه الأغراض تباشر الهيئة مجموعة من الاختصاصات أشارت إليها المادة 4 من القانون، من بينها إصدار وتجديد التراخيص اللازمة لمزاولة أنشطة خدمات التوقيع الإلكتروني، وغيرها

([1]) المادة 8 من المرسوم الفرنسي 272 لسنة 2001.

([2]) Ministre de l'économie des finance et de l'industrie, Arrêté du 26 juillet 2004 relatif à la reconnaissance de la qualification des prestataires des services de certification électronique et à l'accréditation des organismes qui procèdent a leur évaluation , J.O,7 aout 2004, et disponible sur www.legifrance,gouv.fr

([3]) Le **Co**mité **Fr**ançais d'**Ac**créditation: COFRAC

. كما تعرف أيضا بالسلطة الوطنية للاعتماد L'instance nationale d'accréditation

([4]) Décret n° 2008-1401 du 19 décembre 2008 relatif à l'accréditation et à l'évaluation de conformité pris en application de l'article 137 de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie. Disponible sur www.legifrance.gouv.fr

من الأنشطة في مصالح المعاملات الإلكترونية وصناعة تكنولوجيا المعلومات، وذلك وفقا للأحكام القوانين واللوائح التنظيمية.

وعلى ذلك تتولى هذه الهيئة مهمة إصدار التراخيص للجهات التي تريد ممارسة خدمات التصديق الإلكتروني، وذلك بعد التأكد من توافر المتطلبات السابقة التي أشارت إليها 12 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع المصري.

وعليه يستطيع طالب الحصول على ترخيص خدمات التصديق الإلكتروني سواء كان شخصيا طبيعيا أم معنوي متى تحصل على الترخيص، متى توافرت فيه الشروط اللازمة أن يباشر نشاط إصدار شهادات التصديق الإلكتروني، وكل الأنشطة المتعلقة بخدمات التصديق الإلكتروني.

ثالثاـ الرقابة على مؤدي خدمات التصديق الالكتروني: حتي يتمكن مؤدي خدمات التصديق من القيام بهذه الخدمات، وجب أن يتوافر فيه مجموعة من الشروط والمتطلبات التي أشرنا إليها سابقا، وبعد ذلك وجب الحصول على ترخيص من السلطة لمباشرة خدمات التصديق، ويجب استمرار توافر هذه المتطلبات والشروط في مؤدي خدمات التصديق طيلة فترة الترخيص، لذلك فهو يخضع إلى رقابة دائمة ومستمرة.

1ـ الرقابة على مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني في التشريع الجزائري:

أخضع المشرع الجزائري في القانون رقم 04/15 المتعلق بالتوقيع أو التصديق الإلكتروني مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني إلى رقابة السلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني حيث أعطيت لها عدة سلطات للقيام بالرقابة بشكل دائم ومنتظم.

فقد نصت المادة 52 من القانون رقم 04/15 على أن مراقبة مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني تتم من قبل السلطة الاقتصادية، وذلك من خلال القيام بعمليات تدقيق دورية، ومراقبة فجائية، طبقا لسياسة التصديق للسلطة الاقتصادية، وكذا دفتر الأعباء الذي يحدد شروط وكيفيات تأدية خدمات التصديق الإلكتروني.

حيث يجب على مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني الالتزام بالالتزامات والمتطلبات التي نص عليها هذا القانون، عند طلب الترخيص لممارسة خدمات التصديق الإلكتروني وكذا القيام بالالتزامات المحددة في هذا القانون لتأدية مهام التصديق الإلكتروني، ويخضع في ذلك لرقابة السلطة الاقتصادية للتصديق

الإلكتروني (المادة 13/30). وتقوم هذه السلطة بالتحكيم في المنازعات التي قد تثور بين مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني فيما بينهم، أو مع المتعاملين معهم، طبقا لنص المادة 10/30.

كما تعمل السلطة الاقتصادية على السهر على وجود منافسة فعلية ونزيهة بين مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني، واتخاذ كل التدابير اللازمة لترقية أو استعادة المنافسة فيما بينهم[1].

طبقا للفقرة 6 المادة 30، فإنها تقوم باتخاذ كل التدابير اللازمة لضمان استمرارية الخدمات في حالة عجز مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني عن تقديم خدماته، كما أنه في حال عدم احترامه أحكام دفتر الأعباء أو سياسة التصديق الإلكتروني الخاصة به الموافق عليها من طرف السلطة الاقتصادية.

فحسب المادة 64 من القانون رقم 05/15 تطبق عليه السلطة الاقتصادية عقوبات مالية يتراوح مبلغها بين مائتي ألف دينار (200.000 دج) وخمسة ملايين دينار (5.000.000)، حسب تصنيف الأخطاء المنصوص عليه في دفتر الأعباء الخاص بمؤدي الخدمات، وتقوم بإعذاره بالامتثال لالتزاماته في مدة تتراوح بين 08 أيام وثلاثين يوما حسب الحالة، وتبلغ المآخذ المتخذة ضده حتى يتسنى له تقديم مبرراته الكتابية ضمن هذه الآجال.

غير أنه في حال عدم امتثال مؤدي الخدمات للإعذار، تتخذ السلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني ضده قرار سحب الترخيص الممنوح له وإلغاء شهادة التأهيل الخاصة به، حسب الحالة، وذلك بعد موافقة السلطة الوطنية للتصديق الإلكتروني، حسب المادة 2/64 من القانون رقم 04/15.

2ـ الرقابة على مقدم خدمات التصديق الإلكتروني في القانون الفرنسي.

ألزم التوجيه الأوروبي لسنة 1999 بشأن التوقيعات الإلكترونية في مادة الثالثة فقرة 03، كل دولة من الدول الأعضاء إنشاء نظام لرقابة جهة التصديق التي تعمل على إقليمها.

وقد أعطت المادة 2/9 من المرسوم الفرنسي رقم 272 لسنة 2001، الحق لرئيس الوزراء تحديد الهيئة التي تتولى رقابة مقدم خدمات التصديق الإلكتروني، وقد أصدر فعلا المرسوم رقم 535 لسنة

(1) المادة 9/30 من القانون الجزائري رقم 04/15.

2002[1]، الذي أنشأ الإدارة المركزية لأمن نظم المعلومات. وتم تعديل هذا المرسوم سنة 2009[2]، لتستحدث هيئة جديدة هي "الوكالة الوطنية لأمن نظم المعلومات"[3]، لها سلطة مراقبة جهات التصديق الإلكتروني ومدى احترامها للالتزامات الملقاة على عاتقها، المنصوص عليها في المادة 2/6 من المرسوم رقم 272 لسنة 2001 وهي المتطلبات الواجب توافرها فيها حتى يمكن اعتمادها.

وتقوم هذه الوكالة بالرقابة من تلقاء نفسها، أو بناء على شكوى من أي شخص أو جهة حدث لها ضرر نتيجة التعامل مع جهة تصديق معينة، أو اعتمادها على بيانات واردة في أي شهادة تصديق صادرة من مقدم خدمات التصديق. هذا مع ملاحظة أن الوكالة الوطنية لأمن نظم المعلومات لا يمكنها في حال اكتشاف أن مقدم خدمات معين لا يتوفر فيه كل أو بعض المتطلبات التي استلزمها القانون، أن تقوم بوقف أو إلغاء الاعتماد الممنوح لجهة التصديق هذه، إنما يحق لها فقط إبلاغ الجهة التي منحت الاعتماد لمقدم خدمات التصديق، والجهة مانحة الاعتماد هي التي يحق لها التعليق في حال ثبوت إخلال مقدم خدمات التصديق بالتزاماته، كما يحق لها سحب الاعتماد وإلغاء شهادة الاعتماد حسب الحالة[4] .

وعلى ذلك فإنه بجانب الرقابة الأساسية التي تقوم بها الوكالة الوطنية لأمن نظم المعلومات على جهات التصديق المعتمدة وغير المعتمدة، فإن جهات التصديق المعتمدة تخضع لرقابة سنوية من قبل الجهة مانحة الاعتماد، ويحق لها تعليق شهادة اعتمادها أو إلغائها.

رابعا- مسؤولية مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني: طبقا للقواعد العامة فإن كل شخص يلحق ضرر بالغير نتيجة ارتكابه خطأ، سواء أكان هذا الخطأ ناتجا عن عدم تنفيذ بعض أو كل الالتزامات الواردة في العقد (الخطأ العقدي)، أم كان ناتجا عن انحراف في السلوك المألوف للشخص العادي مع إدراك حقيقة

(1) Décret N 2002 – 535 du 18 Avril 2002 relatif à l'évaluation et à la certification de la sécurité offerte par les produits et les systèmes des technologies de l'information, J O N° 92 du 19 avril 2002, p 6944, et disponible sur www.legifrance.gouvv.fr

(2) Décret n° 2009-834 du 7 juillet 2009 portant création d'un service à compétence nationale dénommé « **Agence nationale de la sécurité des systèmes d'information »** disponible sur www.legifrance.gouvv.fr

(3) Voir le site d'**Agence** nationale de la sécurité des systèmes d'information ANSSI : http://www.ssi.gouv.fr/

(4) د- سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص433.

- وفي القانون المصري تتولى هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات الرقابة على جهات التصديق الإلكتروني طبقا لقانون التوقيع الإلكتروني المصري واللائحة التنفيذية المتعلقة به.

هذا الانحراف (الخطأ التقصيري)، تنعقد مسؤوليته ويجبر على تعويض المتضرر شريطة أن يكون هذا الخطأ هو السبب في إحداث الضرر، أي وجود علاقة سببية ما بين الخطأ والضرر[1].

ويتمثل الدور الأساسي لجهات التصديق الإلكتروني في إصدار ومنح شهادات تصديق الكترونية، فهي تقوم بدور الوسيط المؤتمن بين الأشخاص الذين يعتمدون على الوسائط الالكترونية في إتمام تصرفاتهم[2]، وذلك بالتحقق من هوية صاحب التوقيع الإلكتروني وصحة توقيعه.

وقد يحدث أن يلحق بأحد الأشخاص ضرر ناتج عن اعتماد على شهادة تصديق إلكترونية، تحتوي على بيان أو بيانات غير صحيحة، مما يؤدي إلى عدم التحقق بدقة من هوية صاحب التوقيع الإلكتروني، أو أنه اعتمد شهادة تصديق ملغاة أو موقوفة العمل بها.

لهذا حرصت أغلب التشريعات الدولية والوطنية على وضع أحكام خاصة لمسؤولية مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني، عند حدوث ضرر للغير الذي اعتمد على شهادة التصديق التي تصدرها.

فقد نصت المادة 2/09 من القانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية، على أنه:" يكون مقدم خدمات التصديق مسؤولا عن تخلفه عن الوفاء باشتراطات الفقرة1(المتعلقة بالتزامات مقدم خدمات التصديق الالكتروني)".

كما نص التوجيه الأوروبي الخاص بالتوقيع الإلكتروني في المادة 06 على الأحكام الخاصة بمسؤولية جهة التصديق الإلكتروني[3].

([1]) د. حسام الدين كامل الأهواني، **نظرية الالتزام**، المجلد الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 420.

([2]) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، "**التوقيع الإلكتروني ومدى حجيته في الإثبات**"، المرجع السابق، ص 18.

([3]) Article 6 :Responsabilité

1. Les États membres veillent au moins à ce qu'un prestataire de service de certification qui délivre à l'intention du public un certificat présenté comme qualifié ou qui garantit au public un tel certificat soit responsable du préjudice causé à toute entité ou personne physique ou morale qui se fie raisonnablement à ce certificat pour ce qui est de:

a) l'exactitude de toutes les informations contenues dans le certificat qualifié à la date où il a été délivré et la présence, dans ce certificat, de toutes les données prescrites pour un certificat qualifié;

b) l'assurance que, au moment de la délivrance du certificat, le signataire identifié dans le certificat qualifié détenait les données afférentes à la création de signature correspondant aux données afférentes à la vérification de signature fournies ou identifiées dans le certificat;

وبالنسبة للمشرع الفرنسي فإن القانون رقم 230 لسنة 2000 لم ينص على الأحكام الخاصة بمسؤولية جهة التصديق الإلكتروني، وكذلك الحال بالنسبة للمرسوم 272 لسنة 2001، إلى أن صدر القانون رقم 575 لسنة 2004 الخاص بتعزيز الثقة في الاقتصاد الرقمي حيث نص في المادة 33 على الأحكام الخاصة بمسؤولية جهة التصديق الإلكتروني[1].

وأشار المشرع الجزائري أيضا إلى مسؤولية مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني، في المادة 53 وما يليها من القانون رقم 04/15 . أما المشرع المصري فقد أغفل التطرق إلى أحكام مسؤولية جهة التصديق الإلكتروني، سواء في قانون التوقيع الإلكتروني أو اللائحة التنفيذية المتعلقة به، لذا وجب تطبيق القواعد العامة في المسؤولية.

والحقيقة من وراء إخضاع نشاط التصديق الالكتروني لرقابة الدولة، هو من أجل تمكنها من معرفة وحصر الأشخاص الممارسين لمهنة التصديق الالكتروني الموجودين في إقليمها، ومن الناحية الاقتصادية تحديد الالتزام الملقى على عاتق هؤلاء الأشخاص، بتقديم الإقرارات الضريبية الخاصة بهذا النشاط للجهات المختصة [2].

---

c) l'assurance que les données afférentes à la création de signature et celles afférentes à la vérification de signature puissent être utilisées de façon complémentaire, dans le cas où le prestataire de service de certification génère ces deux types de données,

Sauf si le prestataire de service de certification prouve qu'il n'a commis aucune négligence.

([1]) "Sauf à démontrer qu'ils n'ont commis aucune faute intentionnelle ou négligence, les prestataires de services de certification électronique sont responsables du préjudice causé aux personnes qui se sont fiées raisonnablement aux certificats présentés par eux comme qualifiés dans chacun des cas suivants :

1° Les informations contenues dans le certificat, à la date de sa délivrance, étaient inexactes ;

2° Les données prescrites pour que le certificat puisse être regardé comme qualifié étaient incomplètes ;

3° La délivrance du certificat n'a pas donné lieu à la vérification que le signataire détient la convention privée correspondant à la convention publique de ce certificat ;

4° Les prestataires n'ont pas, le cas échéant, fait procéder à l'enregistrement de la révocation du certificat et tenu cette information à la disposition des tiers.

Les prestataires ne sont pas responsables du préjudice causé par un usage du certificat dépassant les limites fixées à son utilisation ou à la valeur des transactions pour lesquelles il peut être utilisé, à condition que ces limites figurent dans le certificat et soient accessibles aux utilisateurs.

Ils doivent justifier d'une garantie financière suffisante, spécialement affectée au paiement des sommes qu'ils pourraient devoir aux personnes s'étant fiées raisonnablement aux certificats qualifiés qu'ils délivrent, ou d'une assurance garantissant les conséquences pécuniaires de leur responsabilité civile professionnelle.

([2]) د سعيد السيد قنديل، المرجع السابق، ص83.

وقبل التطرق إلى أحكام مسؤولية مؤدي خدمات التصديق، سنعالج بداية الالتزامات الموجبة لمسؤوليته، طبقا للتشريع الجزائري وبعض التشريعات الأخرى التي نظمت نشاط الجهات المختصة بإصدار شهادات التصديق الإلكترونية، ثم نتطرق إلى مسؤولية هذه الجهات عند الإخلال بهذه الالتزامات.

1ـ التزامات مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني: تعددت التشريعات التي نظمت نشاط جهات التصديق الإلكتروني، المكلفة أساسا بإصدار شهادات تصديق الكترونية، فاختلفت الالتزامات المفروضة على هذه الجهات من تشريع لآخر، لكن يمكن إجمال أهم الالتزامات المشتركة بين هاته التشريعات، التي تؤدي في النهاية إلى حماية المتعامل مع مقدم خدمات التصديق الالكتروني:

أ- التأكد من صحة البيانات المدونة في شهادة التصديق الإلكترونية:

أشارت المادة 1/53 من القانون الجزائري رقم 04/15 إلى هذا الواجب[1]، حيث نصت هذه الفقرة على أن مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني يكون مسؤولا عن الضرر الذي يلحق أي شخص اعتمد على شهادة تصديق الكتروني تتضمن بيانات غير صحيحة في التاريخ الذي منحت فيه، أو لم يتم ذكر كل البيانات اللازمة في هذه الشهادة، والتي سنتطرق إليه لاحقا.

فحاجة الأشخاص من اللجوء إلى شهادات التصديق الإلكترونية، التأكد من هوية الموقع وصحة توقيعه وسلطاته في التوقيع، لذا فإن الجهة التي تصدر هذه الشهادة يجب أن تورد فيها بيانات صحيحة[2].

وتعتمد جهات التصديق في تدوين وتلقي بيانات الأشخاص على الوثائق المقدمة لها، وهي وثائق الهوية كبطاقة التعريف الوطني مثلا، سواء بإرسالها عن طريق البريد العادي أو عن طريق الإنترنت(البريد الإلكتروني)، وقد يتطلب الأمر في بعض الأحيان الحضور الشخصي للشخص طالب الشهادة أمام جهة التصديق، التي تجمع البيانات الشخصية الضرورية لمنح شهادة التصديق بعد موافقة المعني بالأمر، ولا يمكن استعمال هذه البيانات لأغراض أخرى.

([1]) التي تقابلها المادة 6 فقرة 1 من التوجيه الأوروبي، المادة 1/24/ب من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي، المادة 1/18/أ من قانون التجارة الالكترونية البحريني، الفصل 18 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي.

([2]) د. عيسى غسان ربضي، المرجع السابق، ص132.

وإذا أثبت تزوير البيانات من قبل صاحبها أو انتهاء سريانها، فإنه لا تقع على الجهة مصدرة الشهادة أية مسؤولية، إذا كان ظاهر البيانات لا يدل على تزويرها أو انتهاء سريانها. ولا يجب على جهة التصديق إيراد أي تحفظ على صحة البيانات الواردة في الشهادة الإلكترونية، بل يجب عليها التحقق من جميع هذه البيانات، وفي حال نقصها أو ثبت تزويرها يتوجب عليها الامتناع عن إصدار الشهادة[1].

كما يجب على مؤدي خدمات التصديق الالكتروني أن يقوم بعملية تحيين ومراقبة دورية للبيانات الموجودة عنده، ويعدلها عند الاقتضاء، وهو ما أشارت إليه المادة التاسعة من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية: "يتعين على مقدم خدمات التصديق أن يمارس عناية معقولة لضمان دقة واكتمال كل ما يقدمه من تأكيدات جوهرية ذات صلة بالشهادة طيلة دورة سريانها، أو مدرجة في الشهادة ".

لذلك وجب على جهات التصديق الالكتروني تأمين بنوك لمعلوماتها التي تتضمن شهادات التصديق الالكترونية، ووضعها تحت تصرف العملاء[2].

ب- التأكد من حيازة بيانات إنشاء التوقيع الموافقة لبيانات التحقق منه:

بمعنى أن على مؤدي خدمات التصديق الالكتروني، التأكد من أن الشخص الذي تم تحديد هويته في شهادة التصديق الإلكتروني، يسيطر ويحوز على بيانات إنشاء التوقيع الالكتروني، وهي الرموز أو المفاتيح التشفير الخاصة التي يستعملها الموقع لإنشاء التوقيع الالكتروني(المادة 3/2 من القانون رقم 04/15)، والتي تكون موافقة لبيانات التحقق من التوقيع الإلكتروني أي مفاتيح التشفير العمومية(المادة 5/2 من القانون04/15).

وقد أشار المشرع الجزائري إلى ذلك في نص المادة 2/53 من القانون رقم 04/15، التي تقابلها المادة 1/6ب من التوجيه الأوروبي للتوقيعات الإلكترونية.

(1) ANTOINE(M.) et GOBERT (D.), **« Pistes de réflexion pour une législation relative à la signature digitale et au régime des autorités de certification »,** p 12, Article disponible sur http://www.droit.found.net et www.droit-technologie.org, la date de mise en ligne est 5/10/2000.

(2) د. عيسى غسان ربضي، المرجع السابق، ص 133.

ج- **التأكد من أن بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني (المفتاح الخاص) تتكامل مع بيانات التحقق منه (المفتاح العام)**، أي أن بينهم ارتباط، بحيث أن المفتاح العام الذي تم توضيحه في شهادة التصديق الالكتروني تكون له علاقة بالمفتاح الخاص بالنسبة الموقع[1].

د- التزام مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني بالسرية:

معنى ذلك أن مؤدي خدمات التصديق الالكتروني يلتزم بالحفاظ على سرية البيانات ذات الطابع الشخصي المقدمة من طرف طالب شهادة التصديق، وقد أوصى التوجيه الأوروبي بشأن التوقيعات الإلكترونية في المادة 1/08[2] الدول الأعضاء بأن تتعهد بأن تلتزم الجهات التي تصدر شهادات التصديق الإلكترونية والمنظمات المسؤولة عن منح الترخيص بالحفاظ على كل البيانات ذات الطابع الشخصي. ويقصد بالبيانات ذات الطابع الشخصي كل معلومة تتصل بشخص محدد الهوية أو قابل للتحديد[3].

وقد أشار المشرع الجزائري إلى هذا الالتزام في نص المادة 42 من القانون 04/15 :"يجب على مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني الحفاظ على سرية البيانات والمعلومات المتعلقة بشهادات التصديق الإلكترونية الممنوحة"، بمعنى يجب ضمان الحفاظ على البيانات الشخصية من أي استعمال غير مشروع، والحفاظ على سرية هذه البيانات.

هذا ونصت المادة الثانية من التوجيه الأوروبي بشأن التوقيعات الإلكترونية، على أن الجهة التي تصدر الشهادات الإلكترونية، يقتصر استخدامها للبيانات الشخصية المسلمة لها في الحدود الضرورية

([1]) المادة 3/53 من القانون رقم 04/15 الجزائري والمادة 1/6/ج من التوجيه الأوروبي 1999.

([2]) Article 8 : Protection des données

1. Les États membres veillent à ce que les prestataires de service de certification et les organismes nationaux responsables de l'accréditation ou du contrôle satisfassent aux exigences prévues par la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données

([3]) المادة الثانية من التوجيه الأوروبي الصادر في 24 أكتوبر 1995 بشأن حماية الأشخاص الطبيعيين حيال معالجة البيانات ذات الطابع الشخصي، الجريدة الرسمية رقم 281، بتاريخ 23 نوفمبر 1995، ص 31.

Article 2 / a de Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces donnée, Journal officiel n° L 281 du 23/11/1995 p. 0031 – 0050.

لإصدار الشهادة وحفظها، وأخذ موافقة الشخص المعني إذا رغبت في معالجة البيانات خارج نطاق إصدار الشهادة[1].

هـ إلغاء أو إيقاف العمل بشهادة التصديق: تلتزم جهة التصديق المكلفة بإصدار شهادات التصديق الإلكتروني، بإلغاء أو إيقاف العمل بشهادة التصديق في حالة وجود سبب يقيني يوجب ذلك، وتقوم مسؤوليتها إذا لم تتخذ الإجراءات اللازمة لإلغاء هذه الشهادة.

وقد حدد المشرع الجزائري حالات إلغاء شهادة التصديق الإلكتروني[2] في المادة 45 من القانون 04/15، وهذه الحالات هي:

ـ بناء على طلب صاحب شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة الذي سبق تحديد هويته، سواء أكان شخصا طبيعيا أم معنويا. وتتعدد أسباب طلب الإلغاء، منها الانتهاء أو التوقف عن ممارسة الأعمال أو الأنشطة التي من أجلها أصدرت شهادة التصديق.

– إذا تم منح شهادة التصديق بناء على معلومات خاطئة أو مزورة، أو إذا أصبحت المعلومات الواردة في شهادة التصديق الالكتروني غير مطابقة للواقع، أو إذا تم انتهاك سرية بيانات إنشاء التوقيع.

– إذا أصبحت شهادة التصديق غير مطابقة لسياسة التصديق في الدولة.

– إذا تم إعلام مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني بوفاة الشخص الطبيعي، أو بحل الشخص المعنوي صاحب شهادة التصديق الالكتروني.

وإذا ما توافرت حالة من حالات إلغاء شهادة التصديق، وجب على مؤدي خدمات التصديق الالكتروني إخطار صاحب الشهادة بإلغائها، مع ضرورة ذكر سبب الإلغاء[3]. وفي حال عدم التزام مؤدي خدمات التصديق بإلغاء شهادة التصديق الالكتروني رغم توافر حالات إلغائها، فإنه يكون مسؤولا عن الضرر الذي يلحقه بأي شخص اعتمد على هذه الشهادة، طبقا لنص المادة 54 من القانون04/15.

(1) أشارت إليها المادة 43 من القانون رقم 04/15 ـ المادة 21 من قانون التوقيع الالكتروني المصري ـ الفصل 15 من قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي.

(2) لم يعالج المشرع الجزائري حالات تعليق العمل بشهادة التصديق مؤقتا، وإنما تحدث عن إلغائها نهائيا.

(3) المادة 45 من القانون الجزائري رقم 04/14.

ويجب على مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني تحويل البيانات المتعلقة بالشهادات المنتهية صلاحيتها، إلى السلطة الاقتصادية للتصديق لتقوم بحفظها[1].

2ـ مسؤولية مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني: يترتب على إخلال مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني بالتزاماته إلى قيام مسؤوليته، وهي تعويض الأضرار التي لحقت بالغير جراء استعمال شهادة التصديق الالكتروني، التي تحتوي على خلل ناجم عن خطأ أو إهمال من طرف مؤدي خدمات التصديق.

وإذا رجعنا إلى قواعد المسؤولية التي نظمتها التشريعات التي تنظم الجهات المصدرة للشهادات الالكترونية، نجدها تنحصر بالإخلال بالالتزامات التالية:

أ- صحة البيانات الواردة في شهادة التصديق الإلكترونية.

ب- صحة العلاقة بين الموقع ومفاتيح توقيعه الالكتروني.

ج- التنبيه عن الشهادات الملغاة أو الموقوف العمل بها، وتوفيرها في لائحة على موقعها الإلكتروني[2].

وعلى ذلك فإن أي خلل في الالتزامات السابقة يترتب عليه ضرر للشخص الذي اعتمد على شهادة التصديق الالكتروني يؤدي إلى مسؤولية جهة التصديق، وهي مسؤولية تقوم تلقائيا بمجرد ثبوت الخطأ، ما لم تثبت جهة التصديق أنها لم تهمل ولم ترتكب خطأ في أداء مهمتها، وعليه فمسؤولية جهة التصديق تقوم على أساس خطأ مفترض، وليس على أساس خطأ واجب الإثبات من الشخص المضرور إثر تعويله واعتماده على الشهادة الصادرة منها[3].

([1]) المادة 47 من القانون الجزائري رقم 04/15.

([2]) المادة 1/6 من التوجيه الأوروبي شأن التوقيعات الإلكترونية. المادة 33 من القانون الفرنسي رقم 575 لسنة 2004 الخاص بتعزيز الثقة في الاقتصادي الرقمي –المادة 53 من قانون التوقيع والتصديق الالكتروني الجزائري- المادة 4/24 من قانون المعاملات والتجارة الالكترونية لإمارة دبي ـ الفصل 22 من قانون المبادلات التجارة التونسي ـ المادة 1/18 من قانون التجارة البحريني.

([3]) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، "**توثيق المعاملات الالكترونية ومسؤولية جهة التوثيق اتجاه الغير المتضرر**"، المرجع السابق، ص 1902.

فالمضرور ما عليه إلا إثبات توافر حالة من الحالات الثلاث السابقة، واثبات الضرر والعلاقة السببية بين هذا الخطأ المفترض والضرر الذي أصابه، ويجوز لجهة لتصديق إثبات أنها لم تتركب أي خطأ عمدي أو إهمال، وأن هذا الخلل قد حدث بسبب أجنبي لا يد لها فيه[1].

وذلك كأن يثبت بأنه قام بالتزاماته المفروضة عليه دون إهمال، أو إثبات أن الضرر الذي لحق بمن عوّل على الشهادة يرجع لفعل قام به صاحب الشهادة، كتقديم أوراق مزورة، أو أن المتضرر لم يعول على الشهادة بصورة معقولة، كأن تكون الجهة التي أصدرتها أوقفت العمل بها أو ألغتها بسبب ما، أو أنها حددتها بقيمة معينة أو بنوع محدد من المعاملات، أو أثبتت أن الضرر كان نتيجة لقوة قاهرة أو لسبب أجنبي[2].

هذا وقد أجازت التشريعات التي نظمت أحكام مسؤولية جهة التصديق الالكتروني، أن تقوم جهة التصديق بالإشارة في شهادة التصديق الالكتروني بوجود حد للتعاملات التي يتم استخدام شهادة التصديق فيها، وأن جهة التصديق لا تكون مسؤولة عن أي استخدام لهذه الشهادة في تعاملات تزيد قيمتها عن الحد الذي تم توضيحه في الشهادة[3].

وعلى ذلك إذا تم تحديد حد أقصى لقيمة التعاملات التي يتم استعمال الشهادة فيها، وقام الغير بالاعتماد على شهادة التصديق الالكتروني في تعاملات تزيد قيمتها عن الحد الذي تم تحديده في شهادة التصديق، فإن جهة التصديق لا تكون مسؤولة عن أي ضرر يصاب به الغير، سواء كان ضررا مباشرا أم غير مباشر[4].

كما أجازت المادة 55 من القانون التوقيع والتصديق الالكترونيين الجزائري، لمؤدي خدمات التصديق الالكتروني أن يشير في شهادة التصديق الموصوفة إلى الحدود المفروضة على استعمالها،

([1]) المادة 53 فقرة أخيرة من القانون التوقيع والتصديق الالكتروني الجزائري ـ المادة 33 من القانون الفرنسي الخاص بتعزيز الثقة في الاقتصاد الرقمي– المادة 2/6 من التوجيه الأوروبي بشأن التوقيعات الإلكترونية ـ المادة 5/24 من القانون المعاملات والتجارة الالكترونية لإمارة دبي ـ الفصل 22 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي – المادة 2/18 من قانون التجارة الالكتروني البحريني.

([2]) د. عيسى غسان ربضي، المرجع السابق، ص 140.

([3]) المادة 56 من قانون التوقيع والتصديق الإلكتروني الجزائري ـ المادة 3/6 من التوجيه الأوروبي ـ المادة 33 من القانون الفرنسي الخاص بتعزيز الثقة في الاقتصاد الرقمي.

([4]) CAPRIOLI (E.A) , **« Régime juridique du prestataire de services de confiance au regard de la directive du 13 décembre 1999 »,** Art. disponible sur www.caprioli_avocat.com , la date de mise en ligne est mai 2003.

بشرط أن تكون هذه الإشارة واضحة ومفهومة من طرف الغير، وعلى ذلك لا يكون مؤدي خدمات التصديق مسؤولا عن الضرر الناتج عن استعمال شهادة التصديق الالكتروني الموصوفة عند تجاوز الحدود المفروضة على استعمالها.

فمؤدي خدمات التصديق الالكتروني يعفى من المسؤولية، إذا أثبت خطأ المضرور أو خطأ الغير، فإذا أثبت خطأ الشخص الذي قام بالتعويل على شهادة التصديق، أو خطأ صاحب شهادة التصديق، باعتبار أنه من الغير عن علاقة جهة التصديق بمن قام بالتعويل على شهادة التصديق، فإنه يعفى من المسؤولية.

فمن يقوم بالتعويل على شهادة التصديق، يجب عليه أن يتأكد من صلاحية هذه الشهادة، وأنه لم يتم انتهاء صلاحيتها، وألا تكون غير ملغاة أو معلقة[1]. فقد أشارت المادة 2/46 من قانون التوقيع والتصديق الإلكترونيين الجزائري إلى أن الاحتجاج على الغير بإلغاء شهادة التصديق يكون ابتداء من تاريخ النشر. وعلى ذلك وجب على من يعول على شهادة التصديق أن يتحرى على هذه الشهادة، من خلال الاطلاع على القائمة الخاصة بالشهادات الملغاة أو المعلقة في السجل الالكتروني[2].

فمن يقوم بالتعويل على شهادة تصديق دون الرجوع إلى هذه القائمة، ثم يتبين له تعليق أو إلغاء هذه الشهادة يكون قد أخطأ، وبالتالي تنعدم مسؤولية جهة التصديق نتيجة لخطأ المضرور[3].

وقد نظمت المادة 11 من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية، القواعد الخاصة بسلوك الطرف المعول، حيث أكدت على وجوب أن ينفذ الطرف المعول الخطوات المعقولة للتحقق من صحة التوقيع الإلكتروني، ومن صلاحية الشهادة أو إيقافها أو إلغائها ومراعاة وجود أي قيد بخصوص الشهادة، وأنه يتحمل كل النتائج القانونية الناجمة عن تخلفه عن ذلك. وهو ما نستنتجه من نص المادة 55 من القانون التوقيع والتصديق الالكترونيين الجزائري، حيث أجازت لمؤدي خدمات التصديق أن يشير إلى الحدود المفروضة لاستعمال شهادة التصديق، وفي حال مجاوزة هذه الحدود لا يسأل مؤدي خدمات التصديق عن ذلك.

([1]) ANTOINE (M.) et GOBERT (D.). **Pistes de réflexion pour une législation relative à la signature digitale et au régime des autorités de certification**, Op. cit , P. 16.

([2]) ELLOUMI (A.), Op.cit, P. 451.

([3]) CAPRIOLI (E.A.), **« Régime juridique du prestataire de service de confiance au regard du la directive du 13 décembre 1999 »,** Art. Précis.

كما يتم إعفاء مؤدي خدمات التصديق من المسؤولية، في حالة ما إذا أثبت أن الضرر الذي حدث لمن عول على شهادة التصديق قد حدث نتيجة خطأ صاحب التوقيع الإلكتروني، فالموقع يجب عليه أن يحافظ على سرية المفتاح الخاص ولا يقوم بإفشائه، فهو المسؤول الوحيد عن سرية بيانات إنشاء التوقيع (المادة 1/61 من القانون 04/15)، وفي حالة ما إذا تم إفشاء سرية المفتاح الخاص واستطاع الغير السيطرة عليه، يجب أن يقوم بإبلاغ مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني حتى يقوم بإلغاء الشهادة، وهو ما أشارت إليه المادة 61 /2 من القانون 04/15، وإذا لم يقم بذلك تنتفي مسؤولية مؤدي خدمات التصديق عن الأضرار التي أصابت من عول على شهادة التصديق الالكتروني[1].

ويلتزم صاحب شهادة التصديق بتقديم بيانات صحيحة عن هويته، وعلى ذلك إذا قدم معلومات أو بيانات كاذبة، أو قدم وثائق مزورة فإن مؤدي خدمات التصديق تنتفي مسؤوليته أيضا عن الأضرار التي لحقت بالغير الذي عول على هذه الشهادة، وإنما تقوم مسؤولية صاحب الشهادة عن ذلك.

وخلاصة القول أن مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني، تقع عليه جملة من الالتزامات يجب عليه القيام بها، وفي حال إخلاله تتوجب مسؤوليته المدنية بتعويض الأضرار التي لحقها بالغير، غير أن مسؤوليته تنتفي إذا أثبت أنه قام بالتزاماته كما ينبغي دون إهمال، أو أنه أثبت أن الخطأ لا يرجع إليه بل إلى المضرور نفسه أو خطأ الغير.

هذا وقد أدرج المشرع الجزائري عقوبات جزائية على مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني، إذا ارتكب أفعالا غير مشروعة نص المشرع على تجريمها في المواد من 66 إلى 75 من القانون رقم 04/15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكتروني.

وما يلاحظ على التنظيم التشريعي الجزائري لنشاط مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني في قانون التوقيع والتصديق الإلكتروني، أنه لم يجعل التصديق أو التوثيق إلزاميا على أطراف المعاملة الإلكترونية، وإنما لهم حرية اللجوء إليه. غير أن التوقيع الالكتروني الذي يتمتع بالحجية المساوية للتوقيع الخطي، هو التوقيع الموصوف أو المتقدم الصادر من جهة تصديق معتمدة.

([1]) د. سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 444.

الفرع الثاني

شهادة التصديق الإلكتروني

تعددت وظائف جهة التصديق الالكتروني كما رأينا سابقا، ولعل أهم وظيفة تقوم بها هي إصدار شهادات التصديق (التوثيق الإلكتروني).

وتعد هذه الشهادات الوسيلة الفنية التي تؤكد هوية الموقع، وذلك من خلال الربط بينه وبين المفتاح العام، وتشتمل شهادة التصديق الإلكتروني على مجموعة من البيانات أو المعلومات الإلكترونية، التي تنشأ وتعالج بواسطة وسيط إلكتروني تؤكد هوية الموقع، وبذلك فهي تبث الثقة والأمان لدى المتعاملين عبر الإنترنت بتمكنهم من الاطلاع على هذه الشهادة، للتأكد والتحقق من هوية الشخص الذي يريدون التعامل معه قبل إجراء المعاملة عبر الانترنت.

ونظرا لأهمية هذه الشهادة في الواقع العملي، سنتطرق إلى تعريفها وكذا تحديد البيانات التي يجب ذكرها فيها ثم نتطرق إلى أحكام شهادة التصديق الأجنبية.

أولا- تعريف شهادة التصديق الإلكترونية: تعددت التعريفات التشريعية لشهادة التصديق الإلكتروني كما تعددت تسمياتها[1]، نظرا لتعدد التشريعات التي تنظم التجارة الإلكترونية و/ أو التوقيع الإلكتروني، فقد اهتمت هذه التشريعات بوضع مفهوم لشهادة التصديق الإلكتروني، وتحديد البيانات اللازم توافرها فيها، نظرا لما لها من أهمية ودور فعال في إبرام التصرفات القانونية عبر الوسائط الالكترونية.

فقد عرفتها المادة 2/ب من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية، شهادة التصديق بأنها:"رسالة أو سجلا آخر يؤكدان الارتباط بين الموقع وبيانات إنشاء التوقيع". فالغرض من الشهادة هو تأكيد الصلة والارتباط بين معطيات وبيانات إنشاء التوقيع (المفتاح الشفري الخاص) وكذا الشخص الموقع.

[1] شهادة التصديق الإلكترونية ـ شهادة التوثيق الإلكترونية.

وعرف التوجيه الأوروبي بشأن التوقيعات الإلكترونية شهادة التصديق، في المادة 9/2 بأنها:"شهادة إلكترونية تربط بين بيانات التحقق من التوقيع وبين شخص معين وتؤكد هوية هذا الشخص"[1]. فشهادة التصديق الإلكتروني وفقا للتوجيه الأوروبي الغرض منها، الربط بين بيانات ومعطيات التحقق من التوقيع الإلكتروني (المفتاح الشفري العام) وشخص معين بالذات وتحديد هوية هذا الشخص.

كما عرف المشرع الفرنسي شهادة التصديق في المرسوم رقم 2001- 272، بأنها:"وثيقة في شكل إلكتروني تربط بين بيانات التحقق من التوقيع الإلكتروني وبين الموقع[2]. فشهادة التصديق حسب هذا التعريف، تربط بين المفتاح العام للموقع وبين شخص الموقع، وهو نفس التعريف الذي أورده المشرع الجزائري في نص المادة 7/2 من القانون 04/15: "شهادة التصديق الإلكتروني وثيقة في شكل الكتروني تثبت الصلة بين بيانات التحقق من التوقيع الإلكتروني والموقع".

وبيانات التحقق من التوقيع الإلكتروني حسب المادة 5/2 من القانون 04/15، هي رموز أو مفاتيح التشفير العمومية أو أي بيانات أخرى مستعملة من أجل التحقق من التوقيع الإلكتروني، فشهادة التصديق الإلكتروني تربط بين مفتاح التشفير العمومي وشخص الموقع.

أما المشرع المصري فقد عرف شهادة التصديق في المادة 1/و من قانون التوقيع الإلكتروني بأنها "الشهادة التي تصدر من الجهة المرخص لها بالتصديق وتثبت الارتباط بين الموقع وبيانات إنشاء التوقيع. وهو ذات التعريف الذي أوردته المادة 7/1 من اللائحة التنفيذية.

وما يلاحظ على التعريفات السابقة لشهادة التصديق الإلكترونية، أنها تركز جميعها على الجانب الوظيفي فقط لهذه الشهادة. كما أن تعريف شهادة التصديق وفقا للقانون المصري مشابه للتعريف الوارد في قانون الاونسيترال النموذجي، حيث يربط شهادة التصديق بين بيانات إنشاء التوقيع وهي المفتاح الخاص وكذا الشخص الموقع، وهو تعريف منتقد، ذلك أن المفتاح الخاص للموقع يكون سرا له ولا يعلم

(1) Art 2/9:" Une Attestation électronique qui lie des données afférents à la vérification de signature à personne et confirme et confirme l'identité de cette personne.)

(2) Art 1/9 :"Certificat électronique un document sous forme électronique attestant du lien entre les données de vérification de signature électronique et un signataire".

_ Voir : LIONEL BOCHURBERG, **Internet et commerce électronique (site web- contrats- responsabilité- contentieux)**, 2e édition, DELMAS, France, 2001, P. 141.

به غيره، ولا يتم ذكره في شهادة التصديق الإلكترونية بل يجب ذكر المفتاح العام، وعلى ذلك فشهادة التصديق تربط بين الموقع وبين المفتاح العام له.

فإذا كان هناك ارتباط بين المفتاح العام والمفتاح الخاص لذات الشخص، فالمفتاح الخاص يشفر الرسالة والمفتاح العام يقوم بفك التشفير، إلا أن الغرض من الشهادة أن يتأكد المرسل إليه من هوية صاحب المفتاح العام الذي يتم إرساله مع المحرر الإلكتروني[1].

وعلى ذلك بأن أفضل تعريف لشهادة التصديق الإلكتروني، هو التعريف الذي جاء به التوجيه الأوروبي بشأن التوقيعات الإلكترونية الذي سبق ذكره، فشهادة التصديق الإلكترونية تربط بين شخص الموقع وكذا بيانات التحقق من التوقيع الإلكتروني الذي هو المفتاح الشفري العام، وكذا ضرورة تحديد هوية الشخص الموقع.

بحيث أن شهادة التصديق بحسب رأينا، يمكن تعريفها بأنها وثيقة في شكل إلكتروني تربط بين المفتاح الشفري العمومي وبين الشخص الموقع وتحدد هوية هذا الشخص الموقع.

وحتي تكون لشهادة التصديق الإلكتروني قيمة قانونية في الإثبات، وجب أن تشتمل على بيانات معينة، تضفي الثقة في مضمونها، وتمنح الأمان للمتعاملين بها لإبرام تصرفاتهم، وهذا ما سنتناوله في الفرع الموالي.

ثانيا- البيانات الواجب توافرها في شهادة التصديق الإلكتروني: أقرت بعض التشريعات (كالتشريع الفرنسي) نموذجين لشهادة التصديق الإلكترونية، وهما: شهادة التصديق الإلكترونية البسيطة Certificat Electronique Simple، وشهادة التصديق الإلكترونية الموصوفة أو المعتمدة Certificat Electronique Qualifie .

فشهادة التصديق الإلكترونية المعتمدة هي التي تصدر عن جهة تصديق معتمدة، وتتوافر على البيانات التي نص عليها القانون، أما شهادة التصديق الإلكترونية البسيطة فهي التي تصدر عن جهة

(1) د. سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 476.

تصديق غير معتمدة، أو تصدر عن جهة تصديق معتمدة ولا يتوافر فيها كل أو بعض البيانات التي نص عليها القانون[1].

وبالنسبة للتشريع الجزائري فقد عرف شهادة التصديق الإلكترونية الموصوفة أو المعتمدة، التي أشار إليها في نص المادة 15 من القانون رقم 04/15، بأنها الشهادة التي تمنح من قبل طرف ثالث موثوق أو من قبل مؤدي التصديق الإلكتروني، ويجب أن تمنح للموقع دون سواه، إضافة إلى مجموعة من البيانات اللازم توافرها فيها[2]. ولم يتطرق إلى شهادة التصديق الإلكترونية البسيطة، ذلك أن نشاط تأدية خدمات التصديق الإلكتروني يتطلب الحصول على ترخيص مسبق من أجل مزاولته، ولم يترك للأفراد الحرية في ذلك.

ويمكن تقسيم البيانات اللازم توافرها في شهادة التصديق الإلكترونية إلى ما يلي:

1ـ بيانات تتعلق بهوية الموقّع:

وتتمثل في اسم الموقع الأصلي أو اسمه المستعار الذي يسمح بتحديد هويته (المادة 3/15/ج/ من القانون رقم 04/15)، وكذا ذكر المفتاح الشفري العمومي للموقع أي بيانات التحقق من التوقيع الإلكتروني، والتي يجب أن تكون مطابقة لبيانات إنشائه –المفتاح الشفري الخاص– (المادة 3/15 /هـ) للتأكد من هوية الموقع. كما يمكن إدراج صفة خاصة للموقع عند الاقتضاء، حسب الغرض من استعمال شهادة التصديق الإلكتروني كصفة تاجر مثلا (المادة 3/15/د).

وأشارت المادة 3/15/ك إلى ضرورة ذكر الوثيقة التي تثبت تمثيل شخص طبيعي أو معنوي آخر، عند الاقتضاء، كعقد الوكالة مثلا أو قرار التسيير بالنسبة لممثل الشخص المعنوي.

2ـ بيانات تتعلق بشهادة التصديق الإلكترونية:

تتمثل هذه البيانات في ضرورة الإشارة إلى أنه تم منح هذه الشهادة على أساس أنها شهادة تصديق إلكتروني موصوفة، هذا بالنسبة للمشرع الجزائري (المادة 3/15/أ) وكذا التوجيه الأوروبي بشأن التوقيعات الإلكترونية (المادة أ من الملحق الأول) وكذا المادة 1/6/أ من المرسوم الفرنسي رقم 272/2001 ، أما

([1]) ESNAULT(J.), **La signature électronique** ,Op.cit, PP. 11-12.
_ AKODAH AYEWOUADAN, Op.cit, PP. 149-150.

([2]) المادة 3/15 من قانون التوقيع والتصديق الإلكترونين الجزائري.

بالنسبة للتشريعات التي لم تعرف هذا التصنيف للشهادات (الموصوفة والبسيطة) كالتشريع المصري، فقد اكتفى بالإشارة إلى ذكر ما يفيد صلاحية الشهادة للاستخدام في التوقيع الإلكتروني[1].

ويجب الإشارة إلى بداية ونهاية مدة صلاحية شهادة التصديق الإلكترونية[2]، هذا البيان يحدد النطاق الزمني لمسؤولية جهة التصديق، فتحسبا لتغير البيانات التي يقدمها الأشخاص لجهة التصديق، تعمد هذه الأخيرة إلى تحديد نطاق زمني تضمن به صحة البيانات الواردة في الشهادة[3]، كما قد يكون هذا البيان تلبية لطلب صاحب الشهادة.

كما يجب ذكر رقم تعريف أو تسلسل شهادة التصديق الإلكتروني (المادة 3/15/ ز)، وكذا إدراج التوقيع الإلكتروني الموصوف لمؤدي الخدمات التصديق الإلكتروني المانح للشهادة (المادة 3/15/ح)[4]، فهذا التوقيع يعطي مصداقية للشهادة ويؤكد على صحتها فيما يتعلق بكل البيانات الواردة فيها، وبالتالي يضمن عدم تعرضها للتزوير.

ويجوز إدراج بيان يتعلق بمجالات معينة لاستخدام الشهادة أو تحديد قيمة التعاملات المسموح استخدام الشهادة فيها[5]، فإذا تم ذكر مجالات استخدام الشهادة أو حد لقيمة التعاملات التي يجري استخدام الشهادة فيها، فإن أي تجاوز لذلك لا يقيم المسؤولية على جهة التصديق كما رأينا سابقا.

وأضافت المادة 20 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الالكتروني المصري، بيانا لم يتم ذكره في القانون الجزائري أو التوجيه الأوروبي أو المرسوم الفرنسي، يتمثل في عنوان الموقع الالكتروني Website المخصص لقائمة الشهادات الموقوفة أو الملغاة.

([1]) المادة 1/20 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني المصري.

([2]) المادة 3/15/ و من القانون الجزائري 04/15 – المادة د من الملحق الأول للتوجيه الأوروبي ـ المادة 6/هـ من المرسوم الفرنسي 2001/ 272، المادة 7/20 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني المصري.

([3]) د. لينا إبراهيم يوسف حسان، المرجع السابق، ص 87.

([4]) المادة هـ من الملحق الأول للتوجيه الأوروبي– المادة 6 / و من المرسوم الفرنسي 2001/ 272– المادة 20/ 9من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الالكتروني المصري.

([5]) المادة 3/15/ط –ي من قانون التوقيع والتصديق الالكترونيين الجزائري– المادة و من الملحق الأول للتوجيه الأوروبي ـ المادة 6 / ز من المرسوم الفرنسي 2001/ 272– المادة 20 فقرة الأخيرة الجزئية (2–3.) من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الالكتروني المصري.

3ـ البيانات المتعلقة بمؤدي خدمات التصديق الالكتروني:

تتمثل هذه البيانات في ضرورة تحديد هوية مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني[1]، من الاسم والعنوان والمقر الرئيسي له، المرخص له بتأدية خدمات التصديق الإلكتروني، كما يجب تحديد البلد الذي يقيم فيه[2]، هذا إذا كان مؤدي خدمات التصديق يقيم في دولة أجنبية، ويوفر هذا البيان الطمأنينة للشخص الذي يعتمد على شهادة التصديق، ذلك أن الجهة مصدرة الشهادة تكون مسؤولة عن الأضرار التي تلحق بالمعتمدين عليها، إذا كانت هذه الأضرار ناجمة عن خطأ أو إهمال ارتكبته[3].

وقد أشارت اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني المصري في المادة 2/20 إلى بيان لم يتم ذكره في القانون الجزائري أو التوجيه الأوروبي أو المرسوم الفرنسي، وهو يتعلق بموضوع الترخيص الصادر للمرخص له(جهة التصديق)، ونطاقه ورقمه وتاريخ إصداره وفترة سريانه.

فهذه البيانات بعضها إلزامي وإجباري لا غنى عنه، حيث يتعين ذكرها بجميع شهادات التصديق، مثل: اسم الموقع، المفتاح العام المتعلق به، التوقيع الإلكتروني على الصفقة من الموقع، التوقيع الإلكتروني لمقدم خدمات التصديق ومدة صلاحية الشهادة، أما باقي البيانات فهي اختيارية، ولا يترتب على عدم ذكرها عدم صلاحية الشهادة للغرض الذي أنشئت من اجله[4]، كذكر حدود استعمال شهادة التصديق أو حدود قيمة المعاملات في الشهادة.

ويتم منح شهادة تصديق أو أكثر لكل شخص يقدم طلبا، وذلك بعد تحقق مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني من هويته وعند الاقتضاء من صفاته الخاصة[5]، وهذا بعد تسديد رسوم معينة يتم تطبيقها على الخدمات الممنوحة، وفقا لمبادئ تحديد التعريفات المعتمدة من طرف السلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني حسب للمادة 49 من القانون 04/15.

([1]) المادة 15/ 3/ب من قانون التوقيع والتصديق الإلكترونيين الجزائري – المادة 19/ج/1 من قانون الاونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية ـ المادة 6/ب من المرسوم الفرنسي 2001/ 272 ـ المادة 20/3 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني المصري.

([2]) المادة 15/3/ب من القانون الجزائري 04/15 ـ المادة ب من الملحق الأول للتوجيه الأوروبي ـ المادة 20 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الالكتروني المصري.

([3]) د. عيسى غسان ربضي، المرجع السابق، ص 129.

([4]) ELLOUMI Abderaouf, Op.cit, P.449.

([5]) المادة 2/44 من القانون الجزائري 04/15.

وبعد إصدار شهادة التصديق أو التوثيق للموقّع، يقوم بإنشاء المفتاح الشفري الخاص من خلال المفتاح الشفري العام الذي أعطته له جهة التصديق، ويتم حفظ هذا المفتاح على البطاقة الذكية غير القابلة للاستنساخ ويأخذها الموقّع، وعند رغبته بإرسال رسالة مشفرة باستخدام المفتاح العام، يقوم بإرفاق توقيعه الإلكتروني على المحرر الإلكتروني ويستقبلها الطرف الآخر(المرسل إليه)، الذي يقوم بإرسال نسخة من التوقيع الإلكتروني للمرسل، إلى جهة التصديق في حال تعامله لأول مرة مع المرسل، التي تقوم من خلال قاعدة المعلومات والمنظومة لديها بالتأكيد من التوقيع الإلكتروني للموقّع وإعلام المرسل إليه بالنتيجة، وفيما إذا كان التوقيع الإلكتروني يعود للمرسل أم لا[1].

وعليه تعد شهادة التصديق الإلكتروني ضمانة هامة للمتعاملين عبر شبكة الإنترنت، إذ بإمكانها التحقق من هوية الأطراف المتعاقدة، وبالتالي فهي تضمن السرية والسلامة وتمنح قرينة الثقة في المعاملات الإلكترونية.

وسنتطرق في الفرع الموالي إلى شهادات التصديق التي تصدر في دولة أجنبية، ومدى تمتعها بالقيمة القانونية الكاملة، كما هو الحال لنظيرتها الصادرة في الدولة الأصلية.

ثالثا- شهادة التصديق الأجنبية.

اعترف المشرع الجزائري في قانون التصديق الإلكترونيين، بشهادات التصديق الالكترونية التي يمنحها مؤدي خدمات التصديق الالكتروني المقيم في بلد أجنبي، وأعطى لها نفس قيمة الشهادات الصادرة في الداخل، لكن ذلك مرهون بوجود اتفاقيات للاعتراف المتبادل التصديق، يكون مؤدي خدمات التصديق قد تصرف بمقتضاها[2]، أبرمتها السلطة الوطنية للتصديق الإلكتروني.

وعليه فمتى وجدت اتفاقيات بين الجزائر ودول أجنبية بشأن الاعتراف المتبادل بقيمة شهادات التصديق بين هذه الدول والجزائر، فإن شهادات التصديق الأجنبية لها نفس القيمة القانونية لشهادات التصديق الصادرة في الجزائر. وهو ما اتجه إليه المشرع التونسي أيضا، في المادة 23 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية.

([1]) د. يوسف أحمد النوافلة، المرجع السابق، ص 123.

([2]) المادة 63 من القانون الجزائري رقم 04/15.

كما ساوى القانون النموذجي اليونسيترال بشأن التوقيعات الإلكترونية، التوقيع الإلكتروني والشهادة الصادرة بالدولة، بالتوقيع الإلكتروني والشهادة الصادرة خارج الدولة إذا كانت تتيح مستوى مكافئا من قابلية التعويل[1].

وأجاز أيضا اتفاق الأطراف فيما بينهم على استخدام أنواع معينة من التوقيعات الإلكترونية أو الشهادات، إذ يتعين الاعتراف بذلك الاتفاق باعتباره كافيا لأغراض الاعتراف بين الدول، ما لم يكن من شأن ذلك الاتفاق أن يكون غير صحيح أو غير ساري المفعول بمقتضى القانون المطبق[2].

ووفقا للتوجيه الأوروبي بشأن التوقيعات الإلكترونية، حسب المادة 1/7- أ يمكن الاعتراف بمقدم خدمة التصديق أو التوثيق الأجنبي- بالإضافة إلى حالة الاتفاقيات الثنائية أو الجماعية للاعتراف المتبادل – في حالتين:

1- إذا توافرت فيه الشروط التي حددها التوجيه الأوروبي، وتم اعتماده وفقا لنظام توثيق اختياري[3]، معمول به داخل الدول الأعضاء.

2- إذا كانت شهادة التصديق الأجنبية مضمونة من قبل أحد مقدمي خدمات التوثيق، معتمد داخل المجموعة الأوروبية، وتتوافر فيه الشروط التي يتطلبها التوجيه الأوروبي في مقدم خدمات التوثيق بوجه عام.

وبالنسبة للمشرع المصري، فقد اعترف بدوره شهادات التصديق الأجنبية، شريطة حصول جهات التصديق الأجنبية مصدرة هذه الشهادات، الاعتماد من طرف هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات المانحة لتراخيص مزاولة نشاط إصدار شهادات التصديق الإلكتروني، ذلك استنادا إلى اتفاقيات دولي بشأن اعتمادها. فقد نصت المادة 21 من اللائحة التنفيذية على أنه:" للهيئة اعتماد الجهات الأجنبية المختصة بإصدار شهادات التصديق الإلكتروني في أحد الحالات الآتية:

([1]) المادة 2،3/12 من قانون اليونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية.

([2]) المادة 5/12 من القانون النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية.

([3]) وفقا للمادة 13/2 من التوجيه الأوروبي، يقصد بنظام التوثيق الاختياري، كل ترخيص يصدر لتحديد الحقوق والالتزامات الخاصة بتوريد خدمة التوثيق(التصديق)، والتي تمنح بناء على طلب مقدم خدمات التوثيق، بواسطة هيئة عامة أو خاصة، يعهد إليها بتحديد هذه الحقوق والالتزامات والتأكد من احترامها، أو مراقبتها إذا كان مقدم خدمة التوثيق غير مؤهل بمراعاة الحقوق المحددة في التراخيص طوال المدة اللازمة للحصول على موافقة الهيئة المختصة.

أ- أن يتوفر لدى الجهة الأجنبية القواعد والاشتراطات المبينة في هذه اللائحة بالنسبة للجهات التي ترخص لها الهيئة بمزاولة نشاط إصدار شهادات التصديق الإلكتروني.

ب- أن يكون لدى الجهة الأجنبية وكيل في جمهورية مصر العربية مرخص له من قبل الهيئة بإصدار شهادات التصديق الإلكتروني، ويتوافر لديه كل المقومات المطلوبة للتعامل بشهادات التصديق الإلكتروني، ويكفل تلك الجهة فيما تصدره من شهادات تصديق إلكتروني، وفيما هو مطلوب من اشتراطات وضمانات.

ج- أن تكون الجهة الأجنبية صمن الجهات التي وافقت جهورية مصر العربية بموجب اتفاقية دولية نافذة فيها على اعتمادها باعتبارها جهة أجنبية مختصة بإصدار شهادات التصديق الإلكتروني.

د- أن تكون الجهة الأجنبية ضمن الجهات المعتمدة أو المرخص لها بإصدار شهادات تصديق إلكتروني من قبل جهة الترخيص في بلدها، ويشترط أن يكون هناك اتفاقا بين جهة الترخيص الأجنبية وبين الهيئة على ذلك.

فمتى توافرت في الجهة الأجنبية إحدى الحالات الأربع، يمكنها تقديم طلب الاعتماد لدى الهيئة لممارسة خدمات التصديق الإلكتروني داخل مصر، واعتماد شهادة التصديق الصادرة عنها.

كما اعترف المشرع الإماراتي في المادة 1/26 من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية، بالشهادات والتوقيعات الإلكترونية الأجنبية، حيث اعتبر أنه لتقرير ما إذا كانت الشهادة أو التوقيع الإلكتروني نافذا قانونا، لا يتعين إيلاء الاعتبار إلى المكان الذي صدرت فيه الشهادة أو التوقيع الإلكتروني، ولا إلى الاختصاص القضائي الذي يوجد فيه مقر عمل الجهة التي أصدرت الشهادة أو التوقيع الإلكتروني.

كما اشترط أن تكون ممارسات مزودي خدمات التصديق الأجانب، ذات مستوى من الثقة يعادل على الأقل المستوى الذي يتطلب من مزودي خدمات التصديق العاملين بالدولة، حتى يمكن منح شهاداتهم ذات الحجية كنظيراتها الصادرة في الدولة[1].

([1]) المادة 2/26 من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي.

رابعا- أنواع شهادات التصديق الإلكتروني: تتعدد شهادات التصديق الإلكتروني، بحسب استخداماتها والغرض منها، فإلى جانب شهادة توثيق التوقيع الرقمي، توجد شهادات أخرى مثل:

1- شهادة توثيق تاريخ الإصدار Digital stamp: التي توثق تاريخ ووقت إصدار التوقيع الرقمي، حيث يقوم صاحب الشهادة بعد التوقيع عليها، بإرسالها إلى جهة التوثيق ـ التصديق ـ التي تقوم بتسجيل التاريخ عليها وتوقيعها من جهتها، ثم تعيدها إلى مرسلها[1].

2- شهادة الإذن Authorizing certificate: التي تتولى تقديم بيانات ومعلومات إضافية عن صاحب التوقيع، كعمله ومؤهلاته والتراخيص التي يملكها، ومحل إقامته.

3- شهادة البيان: Attesting certificate: هذا النوع من الشهادات يقدم بعض الحقائق عن واقعة أو معاملة معينة، فهي لم تنشأ لربط شخص معين بمفتاح أو رمز معين، وإنما نشأت لبيان واثبات صحة واقعة معينة ووقت وقوعها[2].

وعليه يمكن القول أن شهادة التصديق الإلكتروني تؤدي أدوارا هامة في مجال التعاقد الإلكتروني، فهي تؤكد على هوية الشخص الموقع من خلال جملة البيانات الموجودة فيها، كما تثبت صحة التوقيع الإلكتروني من خلال استخدام تقنية المفتاح العام الذي بواسطته يتم التحقق من بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني ــ المفتاح الخاص ــ للموقع، وبذلك تثبت صحة البيانات الواردة في الرسالة الإلكترونية وتضمن عدم تعرضها لأي تبديل أو تغيير.

فشهادة التصديق الإلكترونية تعد بمثابة بطاقة هوية إلكترونية، تمنحها جهة مستقلة عن العقد ومحايدة[3].

ويتضح من خلال ما سبق أن المحررات العرفية الالكترونية وجب أن تتوافر على كتابة الكترونية تتضمن شروطا محددة لإعطائها الحجية ومساواتها بالكتابة الخطية، كما يجب أن تكون هذه الكتابة موقعة توقيعا الكترونيا يحدد هوية الموقع ويعبر عن رضائه بمضمون ما ورد في المحرر، كما يجب أن يكون هذا التوقيع مدعما بشهادة تصديق الكتروني تؤكد صحة التوقيع ونسبته إلى من صدر عنه، وبذلك يتحقق الوجود الفعلي والقانوني للعقود العرفية الالكترونية التي تشترط الكتابة لانعقادها.

([1]) د. خالد إبراهيم ممدوح، المرجع السابق، ص 252.

([2]) د. لينا ابراهيم يوسف حسان، المرجع السابق، ص 78.

([3]) SEDALLIAN (V.), **« Preuve et signature électronique »** ,n° 34, disponible sur www.Internet-juridique.net,

الفصل الثاني

إبرام عقود التجارة الالكترونية الرسمية

كما رأينا سابقا فان الأصل في العقود التجارية هو الرضائية، بمعنى يكفي تطابق الإرادتين لانعقاد العقد، لكن القانون اشترط في بعض الحالات ضرورة إفراغ العقد في شكل رسمي يترتب البطلان في حال تخلفه، كما هو الحال في عقد إنشاء الشركة أو بيع المحل التجاري.

وتكتسي العقود الرسمية أهمية بالغة في الإثبات في جميع المواد المدنية أو التجارية، لذلك فقد أحاطها المشرع بعناية خاصة، فحدد مدلول العقد الرسمي وشروطه والآثار المترتبة على تخلف هذه الشروط، وكذا حجيته بين الأطراف واتجاه الغير. وقد أوجب القانون الشكلية عند صياغة العقود الموثقة، لأنه اعتبر أن ما يورد فيها حجة حتى يثبت تزويرها، وذلك بغرض استقرار المعاملات.

وفي ظل انتشار التجارة الالكترونية، وتزايد عدد ممارسيها من التجار، بفعل الميزات التي تحققها وتوفرها للأطراف المتعاقدة، وللنشاط التجاري بصفة عامة من خلال السرعة في انجازها واختصار الوقت، والثقة التي توفرها من خلال تقنيات التوقيع الالكتروني ونظام المصادقة الالكترونية. يبقى السؤال مطروحا، فيما إذا كان من استطاعة الأفراد إنشاء عقود الكترونية رسمية بالشكليات المتواجدة في بيئة التجارة الالكترونية.

وقد عالجت التشريعات الدولية فكرة العقود الرسمية الالكترونية، ووضعت لها أحكاما خاصة بها، بتحديد شروط إنشائها، وبتقرير حجيتها في الإثبات كنظيرتها التقليدية، نظرا لتزايد حجم المعاملات الالكترونية باستخدام وسائل الاتصال الحديثة سيّما شبكة الانترنت.

غير أن غالبية التشريعات لم تأخذ بفكرة العقد الرسمي الالكتروني على إطلاقها، بل وضعت قيودا على بعض العقود ومنعت إخضاعها إلى الشكل الالكتروني، وأبقتها رهينة الشكل الرسمي التقليدي، لاعتبارات معينة.

وعلى ذلك سنتطرق في هذا الفصل إلى تحديد مفهوم المحرر الرسمي الإلكتروني، ثم بيان أهم القيود على الشكلية الالكترونية، واستعراض لأهم الحلول القانونية والتقنية لمواجهة هذه القيود.

المبحث الأول

مفهوم العقد الرسمي الإلكتروني

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى فكرة العقد الرسمي الالكتروني، وإنما تحدث عن حجية الكتابة الالكترونية بوجه عام، وساواها بالكتابة الورقية إذا توافرت شروطها القانونية التي رأيناها في السابق، لكن هذا لا يمنع من إجراء هذا النوع من العقود في حال توافر البيئة الالكترونية والقانونية الملائمة.

لذلك فسنتناول هذا النوع من العقود من وجهة نظر المشرع الفرنسي وكذا المشرع المصري، محاولين تحديد تعريف للعقد الرسمي الالكتروني وتحديد شروط إنشائه، بالاستعانة أيضا بالقواعد العامة في القانون المدني، ونصوص قوانين الإثبات في مطلب أول، وفي مطلب ثان نتحدث عن حفظ المحرر الرسمي الالكتروني.

المطلب الأول

تعريف العقد الرسمي الالكتروني وشروطه

سنتناول في هذا المطلب بداية تعريف العقد الرسمي الالكتروني في فرع أول، وذلك بالاستناد إلى القواعد العامة في المحررات الرسمية، ثم في فرع ثان نتناول شروط إنشائه الفنية والقانونية.

الفرع الأول

تعريف العقد الرسمي الالكتروني

على الرغم من أن الشكل الرسمي للعقود في التجارة الإلكترونية قليل الحدوث، لكن هذا لا يمنع من دراسة هذا النوع من التعبير عن الإدارة، خاصة أنه لا يوجد ما يمنع الأطراف في عقد ما من إبرامه باتفاقهما في عقد رسمي، كطريقة للتعبير عن إرادتيهما[1].

([1]) ELLOUMI Abderraouf, Op.cit, PP. 137-138.
_ JEAN MARC MOUSSERON, Op.cit, P. 24.

وبالرجوع إلى نص المادة 1/1108 قانون مدني فرنسي، فإنها أجازت إبرام العقد الرسمي بطريقة الكترونية بشرط مراعاة مجموعة من الشروط:" وإذا كان المحرر الرسمي مطلوبا لصحة العقد، فانه يجب أن يتوافر فيه الشروط المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 1317"[1].

وبالرجوع إلى نص المادة 2/1317 من القانون المدني نجد أنها تنص على أن:" المحرر الرسمي يمكن أن يتم بطريقة الكترونية بشرط أن يتم إنشاؤه وحفظه في الشروط التي ينص عليها مرسوم صادر من مجلس الدولة"[2].

فمن خلال نص المادتين 1/1108 و 2/1317 فانه يمكن إبرام العقد المتطلب الكتابة الرسمية في تحريره بطريقة الكترونية، شريطة مراعاة الشروط القانونية المحددة في مرسوم خاص بذلك.

وقد صدر المرسوم رقم 973 لسنة 2005[3]، يتعلق بإنشاء المحررات الموثقة الكترونيا، فقد نص على إمكانية إنشاء المحرر الرسمي الكترونيا من طرف الموثق، ونص على كيفية ذلك، وحدد الشروط اللازمة لحفظه الكترونيا.

وطبقا لنص المادة 324 من القانون المدني الجزائري، عرفت العقد الرسمي بأنه عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن، وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه.

فما يلاحظ على هذا النص، أن المشرع لم يتطرق إلى فكرة إنشاء العقود الرسمية في شكل الكتروني. كما أنه عالج مسألة الإثبات، عندما عرف العقد الرسمي بأنه عقد يثبت فيه الشخص الذي يعهد له تحريرها كل ما يدور حول ذلك العقد، والحقوق التي يتضمنها والالتزامات التي يرتبها[4].

([1]) (Et, lorsque un acte authentique est requis, au second alinéa de l'article 1317).

([2]) Art 1317 /2 (il peut être dressé sur support électronique s'il est établi et conservé dans des conditions fixées par décret en conseil d'Etat).

([3]) Décrit n° 2005-973 du 10 aout 2005 modifiant le décret n 71-941 du 26 novembre 1971 relatif aux actes établis par les notaires , J .O 11 aout 2005, et disponible sur, www.legifrance.gouv.fr

([4]) أ. علي فيلالي، **الالتزامات، النظرية العامة للعقد**، موفم للنشر، الجزائر، 2008، ص 297.

كما أن مصطلح "العقد" الذي استعمله المشرع الجزائري في النص باللغة العربية، هو ترجمة خاطئة، لان النص في اللغة الفرنسية ورد بمصطلح « acte » ، وترجمته هو "التصرف" وهو أكثر دقة.

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

وعرفه المشرع الأردني في نص المادة 6 من قانون البينات على أنه:"

1. السندات الرسمية:

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

ب ـ السندات التي ينظمها أصحابها ويصدقها الموظفون الذين من اختصاصهم تصديقها طبقا للقانون وينحصر العمل فيها في التاريخ والتوقيع فقط.

2. إذا لم تستوف هذه الأسناد والشروط الواردة في الفقرة السابقة فلا يكون لها إلا قيمة الأسناد العادية بشرط أن يكون ذوو الشأن قد وقعوا عليها بتواقيعهم أو بأختامهم أو ببصمات أصابعهم".

وعرفه المشرع اللبناني في نص المادة 1/143 من قانون أصول المحاكمات المدنية، التي 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...".

ما يلاحظ على هذه التشريعات أنها اختلفت في المصطلح الذي تقدم به العقد الرسمي، فبعضها أطلق وصف"العقد"، والبعض " المحرر"، والبعض الأخر"السند"، وقد ميز الفقه بين التصرف وأداة إثباته، فقصر لفظ العقد على النوع المعروف من التصرفات القانونية، أما أداة إثباته فأطلق عليها وصف السند أو المحرر. بينما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد جمع بين التصرف وأداة إثباته بمصطلح واحد هو "العقد"، وهو نفس الأمر الذي وقع فيه المشرع الفرنسي، حيث أطلق وصف" acte" على التصرف القانوني وأداة إنشائه[1].

([1]) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، **الوسيط، الإثبات، آثار الالتزام**، المرجع السابق، ص 105.

وما يعنينا نحن هو العقود الرسمية التي تنشئ التصرف، ويترتب عنها البطلان في حال تخلف الشكليات التي فرضها القانون، والتي تكون في صورة محررات الكترونية، أما باعتباره أداة إثبات فهذا الأمر يعد من الآثار المترتبة عن العقد الشكلي كونه وسيلة لإثبات التصرفات القانونية في حال قيام نزاع بين الأطراف المتعاقدة، التي تكون موضوع الباب الثاني من هذه الأطروحة.

لهذا فإننا نتبنى الوجهة التي ترى صواب استعمال لفظة المحرر للتعبير عن الدليل الكتابي[1]، سواء باعتباره منشئا للتصرف القانوني أو باعتباره دليلا لإثباته. كما أنه يمكن إطلاق مصطلح "المحرر" على كافة ما يتم أمام الموثق من تصرفات رسمية، سواء كانت عقودا أم تصرفات قانونية أخرى، فهذا المصطلح واسع في معناه. وهو ما خلق تباينا واضحا في موقف التشريعات أو الفقه باستعمال مصطلح "المحرر" أو مصطلح "العقد".

وقياسا على تعريف المحرر الرسمي التقليدي، يمكن تعريف المحرر الرسمي الإلكتروني، بأنه المحرر الإلكتروني الذي يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن، طبقا للأوضاع القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه.

كما عُرف العقد الرسمي الالكتروني بأنه كتابة إلكترونية مثبتة لواقعة هي تصرف قانوني، تترتب عليها آثار قانونية معينة تدخل في تحريرها موظف عام مختص، وبالتالي تثبت حجيتها تجاه الكافة في البيانات المثبتة فيها[2].

وقد عرف المشرع الفرنسي المحرر الرسمي الإلكتروني في نص المادة 1317 من القانون المدني[3]، بقوله:"المحرر الإلكتروني الرسمي هو المحرر الذي تم إنشاؤه من قبل موظف عام والمخول قانونيا بتنظيم مثل هذه المحررات والمختص بإنشائها مكانيا ووفق الشكل الذي يتطلبه القانون".

([1]) أ. نبيل مهدي زوين، "**المحررات الالكترونية، دراسة قانونية**"، متوفر على الموقع الالكتروني بتاريخ 2010/08/24.www.lawjo.net

([2]) أ. أحمد عزمي الحروب، **السندات الرسمية الإلكترونية**، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2010، ص 76.

([3]) L'article 1317 du code civil français: « l'acte authentique est celui qui à être reçu avec les solennités requises par les officiers publics ayant le droit d'instrumenter dans le lieu ou l'acte a été rédigé, et avec les solennités requises.

Il peut être dressé sur support électronique s'il est établi et conservé dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat. »

كما أورد المشرع المصري في المواد 15-16-17[1] نصوصا تتعلق بالمحرر الرسمي الإلكتروني، وكذا المحرر العرفي الإلكتروني وحجيتهما في الإثبات وحجية الصورة المستنسخة منها، وقد أشار فيها إلى أن المحرر الإلكتروني الرسمي له ذات الحجية المقررة للمحرر الرسمي الورقي الواردة في قانون الإثبات المصري، متى استوفى الشروط المنصوص عليها في هذا القانون، ووفقا لتحقق الضوابط الفنية والتقنية الواردة في اللائحة التنفيذية.

كما أعطى صورة المحرر الإلكتروني الرسمي الحجية التامة تجاه الكافة، بالقدر الذي تطابق فيه الأصل المحفوظ على الدعامة الإلكترونية، وطبق نصوص قانون الإثبات في شأن إثبات صحة المحررات الإلكترونية الرسمية، ما لم يوجد نص في قانون التوقيع الإلكتروني ولائحته التنفيذية.

وبالنسبة للمشرع الجزائري، فيما يتعلق بالمحرر الرسمي الإلكتروني بوجه عام، فقد أعترف بحجية الكتابة الإلكترونية في الإثبات بوجه عام، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها، بنص المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني، التي تقابل المادة 1/1316 من القانون المدني الفرنسي. وبذلك فالمشرع الجزائري قد أقر مبدأ التعادل الوظيفي l'équivalence fonctionnel بين الكتابة في الشكل الإلكتروني والكتابة على الدعامة الورقية، وهو المبدأ الذي كرسه القانون النموذجي للتجارة الالكترونية في مادته السادسة.

غير أنه لم يحدد نوع الكتابة الإلكترونية المعادلة في الإثبات للكتابة التقليدية، هل هي الكتابة العرفية أم الكتابة التي تكون في شكل رسمي؟ خاصة انه أورد هذا الحكم في مقدمة الأحكام المنظمة للإثبات، بحيث هل من الممكن أن يتسع نطاق الكتابة لتشمل الكتابة كركن للانعقاد أو لصحة التصرف؟

([1]) **المادة 15 من قانون التوقيع الإلكتروني المصري:** "للكتابة الإلكترونية وللمحررات الإلكترونية 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 الفنية والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون".

ـ **المادة 16:** "الصورة المنسوخة على الورق من المحرر الإلكتروني الرسمي حجة على الكافة بالقدر الذي تكون فيه مطابقة لأصل هذا المحرر، وذلك مادام المحرر الإلكتروني الرسمي والتوقيع الإلكتروني موجودين على الدعامة الإلكترونية".

ـ **المادة 17:** "تسري في شأن إثبات صحة المحررات الالكترونية الرسمية والعرفية والتوقيع الإلكتروني فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون أو في لائحة التنفيذية الأحكام المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية".

انقسم الفقه الفرنسي حول هذه النقطة، قبل النص على تنظيم المحررات الرسمية الالكترونية، إلى قسمين:

فقد ذهب فريق إلى أن هذا النص الجديد يتسع نطاقه ليشمل أيضا الكتابة المتطلبة كركن لانعقاد العقد، ذلك أن عمومية تعريف الكتابة بمقتضى نص المادة 1316 يقتضي القول بان الكتابة المقصودة لم تعد قاصرة على الكتابة كدليل إثبات، وإنما يشمل أيضا الكتابة المتطلبة لصحة التصرف أو التي تكون ركنا لانعقاد العقد. وبالتالي فالمادة 1316 بصياغتها الجديدة هي التي يجب الرجوع إليها في كل الحالات التي تثار فيها فكرة الكتابة، كونها النص الوحيد الذي تضمن تعريفا لها.

وينتهي هذا الرأي من الفقه من ذلك بأن الكتابة هي فكرة واحدة، فما دام القانون لا يفرض شكلا خاصا لهذه الكتابة، فان الكتابة المتطلبة لصحة التصرف تكون بالضرورة كتلك المتطلبة كأداة للإثبات[1].

وفي مقابل هذا الرأي ذهب فريق آخر من الفقه، إلى القول بأن التدخل التشريعي يجب أن يحصر مجال إعماله فيما ورد بشأنه، أي يجب أن يقتصر على مجال الإثبات، وحاول أنصار هذا الرأي الاستناد إلى ما ورد في الأعمال التحضيرية لمشروع القانون رقم 2000-230 المتعلق بإصلاح قانون الإثبات لتكنولوجيات المعلومات والتوقيع الالكتروني الفرنسي، وبالتحديد إلى ما ذكره مقرر هذا المشروع من أن تعريف الكتابة الوارد بنص المادة 1316، لا يتعلق إلا بالكتابة كأداة للإثبات، ويبقى دون أثر بالنسبة للكتابة المتطلبة لصحة التصرف[2].

([1]) JEAN DEVEZE, **La formation du contrat électronique, journée national : Le contrat électronique**, travaux de l'association de Henri Capitant, tome v, Toulouse, 2000, édition Panthéon Assas, Paris, 2000, P. 61.

ـ د. محمد حسن قاسم، **قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007، ص 107.

ـ أ. أحمد ادريوش، **تأملات حول قانون التبادل الالكتروني للمعطيات القانونية، عناصر لمناقشة مدى تأثير القانون رقم 53/05 على قانون الالتزامات والعقود**، منشورات سلسلة المعرفة القانونية، الرباط، المغرب، 2009، ص 46.

([2]) ESNAULT (J.), **La signature électronique**, Op.cit, P. 34.

- MASCRE (F.), **« La signature électronique »**, Article disponible sur www.mascre-heguy.com , la date de mise en ligne est septembre 2001.

- AZZABI (S.), **« Le nouveau régime probatoire français après l'adoption de loi portant adaptation de droit de la preuve aux technologies de l'information et relatif a la signature électronique du 13 mars 2000 »**, Article disponible sur www.signelec.com , la date de mise en ligne est 16 mars 2000.

- CAPRIOLI(E.A), **Le juge et la preuve électronique**, Op.cit.

- THIBAULT VERBIEST, **Le nouveau droit de commerce électronique**, édition Larcier, Bruxelles, Belgique, 2005, P. 138.

- THIERRY PIETTE- COUDOL, **Echanges électroniques certification et sécurité**, Litec, Paris, 2000, P. 193.

غير أن المشرع الفرنسي في النهاية حسم الأمر لصالح الرأي الأول، بإصداره لمرسومين بتاريخ 10 أوت 2005، الأول يعدل ويتمم المرسوم المتعلق بنظام المحضرين القضائيين، والثاني يعدل ويتمم المرسوم المتعلق بالعقود المحررة من قبل الموثقين، ويدخلان حيز التنفيذ بداية من 1 فيفري 2006، إذ يكون بالإمكان إبرام العقود التي تتطلب الكتابة الرسمية كركن لانعقادها على دعامة الكترونية، ويتم التوقيع على العقد الكترونيا من طرف المحضر أو الموثق.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فنحن نميل إلى الرأي الفرنسي الأول، القاضي بانسحاب الكتابة الالكترونية إلى الكتابة المتطلبة كركن لانعقاد العقد، مع ضرورة إصدار النصوص التنظيمية المتعلقة بذلك، أو بتحديث قوانين التوثيق.

لكن هناك اتجاه فقهي آخر يرى بعدم إمكانية انسحاب نص المادة 323 مكرر على إثبات العقود والتصرفات التي يتطلب القانون لإثباتها الكتابة الرسمية، فحسبهم أن المشرع الجزائري ما زال محتفظا ببعض الخشية إزاء هذه المعاملات، ولا يروم ضمن منظومة لم تستكمل بعد فترة التجربة، وتطبيقا لذلك فإن الأحكام المتعلقة بالكتابة العرفية هي التي تطبق على الكتابة التي تكون في الشكل الالكتروني[1].

إلا أن التطور التكنولوجي الهائل الذي يشهده العالم، يمكن من إجراء عقود تتمتع بطابع الرسمية على شبكات الإنترنت، حيث يمكن تكليف الموثق المكلف بإجراء العقود الرسمية من القيام بإبرام عقود رسمية إلكترونية، خاصة في ظل إنشاء جهات تصديق إلكتروني، مهمتها التأكد من هوية الشخص الموقع والتأكد من صحة المعاملة التي يقوم بها، وهو ما يعزز الثقة في المعاملات الإلكترونية.

ومع ذلك نجد أن بعض الدول لم تطلق العنان للأخذ بالعقود الرسمية الإلكترونية، بل قيدتها في مسائل معينة، ومنعت بنصوص خاصة معاملات لا يمكن إجراؤها بطريقة إلكترونية، لأهميتها وخصوصيتها في الحياة العملية، وهو ما سنتطرق إليه لاحقا.

وسنتطرق في الفرع الموالي إلى شروط إنشاء العقد الرسمي الإلكتروني، وذلك بالتطرق إلى الشروط العامة لإنشائه، ثم إلى الشروط الخاصة.

([1]) القاضي كمال العياري، "**التطور العلمي وقانون الإثبات**"، ورقة عمل مقدمة في الندوة العلمية حول الإثبات باستعمال وسائل المعلوماتية والتكنولوجية الحديثة، بالمركز العربي للبحوث القانونية والقضائية، من الفترة 6 إلى 8 يناير 2003، بيروت، لبنان. متوفر على الموقع الالكتروني http://www.carjj.org/contacts/759

الفرع الثاني

شروط العقد الرسمي الإلكتروني

بداية لم يتناول المشرع الجزائري فكرة إنشاء عقود رسمية بطريق الكتروني، على عكس المشرع الفرنسي، الذي أصدر مرسوما لتنظيم شروط إنشاء وحفظ العقود الرسمية على دعامة إلكترونية، وصورها بالنسبة للموثقين.

أما المشرع المصري فقد أحال في نص المادة 15 من قانون التوقيع الإلكتروني إلى قانون الإثبات المصري، فيما يتعلق بإنشاء العقد الرسمي الإلكتروني وأحكامه، ولم تضف المادة 8 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني المصري أحكاما جديدة بخصوص آلية إنشاء المحرر الإلكتروني وضوابطه وشروطه.

لهذا فان دراستنا ستعتمد على ما توصل إليه المشرع الفرنسي من أحكام تتعلق بالمحررات الالكترونية الرسمية، وكذا القواعد العامة لإنشاء المحررات الرسمية التي تشترك معها.

أولا ـ الشروط العامة لإنشاء العقود الرسمية الإلكترونية:

إضافة إلى شرطي الكتابة الالكترونية والتوقيع الالكتروني الذين تحدثنا عنهما في الفصل الأول من هذه الأطروحة، نتطرق بداية إلى الشروط العامة للعقود الرسمية الإلكترونية، والتي تتوافق مع شروط إنشاء العقود الرسمية الورقية.

1-صدور العقد عن موظف عام أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة: يشترط لصحة العقد الرسمي التقليدي والإلكتروني أن يصدر عن موظف عام مختص أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة.

أ- الموظف العام:

هو كل من يشغل منصبا دائما في مصلحة عمومية، بغض النظر عن الأسلاك التي ينتمي إليها، ويخضع لقانون الوظيفة العمومية، فيدخل في هذا المفهوم موظفي الجماعات المحلية، ومستخدمي الشؤون الدينية وأساتذة الجامعات.

ب ـ الضابط العمومي:

يقصد به كل شخص يخوله القانون سلطة تصديق وإضفاء الرسمية على العقود أو الوثائق، كالموثق الذي عرفته المادة الثالثة من القانون رقم 02/06 المؤرخ في 20 فيفري 2006 المتضمن تنظيم مهنة الموثق في الجزائر، بأنه:" ضابط عمومي مفوض من قبل السلطة العمومية يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية، وكذا العقود التي يرغب الأشخاص إعطائها هذه الصبغة".

حيث يتولى الموثق تحرير العقود التي يأمر القانون إخضاعها إلى شكل رسمي، ويحفظ العقود التي يحررها أو يتسلمها للإيداع، ويسهر على تنفيذ الإجراءات المنصوص عليها قانونا، لا سيما تسجيل وإعلان ونشر وشهر العقود في الآجال المحددة قانونا، ويتولى حفظ الأرشيف التوثيقي وتسييره وفقا للشروط القانونية[1].

كما يدخل ضمن طائفة الضباط العموميون المحضر القضائي، الذي عرفته المادة الرابعة من القانون رقم 03/06 المؤرخ في 20 فيفري 2006، المتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي في الجزائر بأنه:" ضابط عمومي مفوض من قبل السلطة العمومية يتولى تسيير مكتب عمومي لحسابه الخاص وتحت مسؤوليته...".

ج ـ المكلفون بخدمة عامة:

المكلفون بخدمة عامة هم الأشخاص الذين يمارسون نشاطات تتعلق بتسيير مرافق عامة، مثل ضباط الحالة المدنية، الذين عرفتهم المادة الأولى من الأمر رقم 20/70 المؤرخ في 19 فيفري 1970، والمتعلق بالحالة المدنية، التي تنص على أنه:" ضباط الحالة المدنية يتمثلون في رئيس المجلس الشعبي البلدي ونوابه. وفي الخارج رؤساء البعثات الدبلوماسية المشرفون على دائرة القنصلية ورؤساء المراكز القنصلية".

فصدور العقد من الموظف أن ينسب إليه العقد فقط، ولا يشترط كتابته شخصيا، بل صدوره منه بشهادة توقيعه، ويستوي في ذلك مع العقود التي حررت سابقا من قبل القاضي، وهو ما كرسته المحكمة العليا في إحدى قراراتها:" من المستقر عليه فقها وقضاء أن العقود التي يحررها القضاة الشرعيون تكتسي

([1]) المادة العاشرة من القانون 02/06 المؤرخ في 20 فيفري 2006، المتعلق بمهنة التوثيق.

نفس طابع الرسمية التي تكتسيه العقود المحررة من قبل الأعوان العموميون وتعد عنوانا على صحة ما يفرغ فيها من اتفاقات وما تنص عليه من تواريخ بحيث لا يمكن إثبات ما هو مغاير أو معاكس لفحواها ..."[1].

كما يمكن حسب المشرع الفرنسي أن يصدر المحرر من موظف غير مختص بالتوثيق، ويوقع عليه موظف مختص يكتسب بمقتضاه صفة الرسمية، كالمحررات التي تصدر من الجهات الإدارية والموقعة من الموظف المختص، وهو ما أشارت إليه المادة 4/1316 من القانون المدني الفرنسي[2].

حيث أن المحرر إذا تم التوقيع عليه الكترونيا من موظف عام فإنه يكتسب صفة الرسمية، وهذه التصرفات تكتسب قرينة الثقة لكون الموثق شاهدا على التصرف، وليس بسبب توقيعه عليها[3]. وهو ما اتجه إليه المشرع المصري في نص المادة 15 من القانون التوقيع الالكتروني.

وما يهمنا هنا هو العقود الرسمية الالكترونية التي يتولى تحريرها الموثق، ففي فرنسا يتولى مهمة توثيق العقود شخص الموثق، وهو ليس موظفا عموميا ولا يتقاضى أجرا من الدولة، ولكنه مكلف بخدمة عامة، ويتقاضى أجره من أطراف العقد، ويخضع للمرسوم رقم 941 لسنة1971 والمعدل بالمرسوم 973 لسنة 2005، الذي سمح بقبول توثيق المحرر الإلكتروني[4].

وبالنسبة للتشريع الجزائري، فإن قانون التوثيق لم يتحدث عن توثيق العقد الرسمي الإلكتروني، ولا عن كيفيات ذلك، لأن الأمر يحتاج إلى بنية إلكترونية تربط مكاتب التوثيق ببعضها البعض، حتى تسمح بتوثيق المحرر الإلكتروني. كذلك الأمر بالنسبة للمشرع المصري الذي لم يحدد كيفيات تنظيم المحررات الرسمية الالكترونية، حتى وإن أجاز قانونا إنشاء عقود رسمية الكترونية[5].

([1]) قرار رقم 40097 ، المؤرخ في 1989/06/03، مجلة قضائية، سنة 1992، عدد 01، ص 119.

([2]) « Art. 1316-4. - La signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique identifie celui qui l'appose. Elle manifeste le consentement des parties aux obligations qui découlent de cet acte. Quand elle est apposée par un officier public, elle confère l'authenticité à l'acte. »

([3]) ELLOUMI Abderraouf ,Op.cit, P. 149.

([4]) Décrit n° 2005-973 du 10 aout 2005 modifiant le décret n 71-941 du 26 novembre 1971 relatif aux actes établis par les notaires , J .O 11 aout 2005, et disponible sur, www.legifrance.gouv.fr

([5]) د. سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 566.

2ـ اختصاص الموظف بتحرير العقد الرسمي الالكتروني: يجب أن يكون الشخص المكلف بتحرير المحرر الرسمي مختصا بتحريره اختصاصا نوعيا، فإذا لم يكن من صلاحياته تحرير العقود الرسمية فلا يجوز له القيام بذلك. وأن لا تتوافر فيه حالة من حالات المنع والتنافي المنصوص عليها قانونا[1].

ويجب أن يكون الموظف أيضا مختصا زمانيا، بمعنى أن تكون ولايته أو سلطته قائمة وقت تحرير المحرر الرسمي، فإذا كان قد عزل من وظيفته أو أوقف عن عمله أو نقل منه، فإن ولايته تزول ولا يجوز له مباشرة عمله، ويكون المحرر الذي يحرره باطلا للإخلال بشرط من شروط صحته.

غير أنه إذا كان الموظف لم يعلم بالعزل أو التوقيف أو النقل أو انتهاء الولاية، وكان الأطراف أيضا حسنيي النية لا يعلمون بذلك فان المحرر الرسمي الذي يحرره الموثق في هذه الظروف يكون صحيحا حماية للوضع الظاهر المصحوب بحسن النية لذوي الشأن، باعتبار أن الموظف في هذه الحالة موظفا فعليا[2].

أما إذا علم الموظف أو الضابط العمومي بعزله أو توقيفه قانونا من وظيفته، واستمر مع ذلك في ممارسة أعمال وظيفته، فإن المحررات التي يحررها تصبح باطلة، لأن الرسمية هنا ركن من أركان التصرف، وكذلك الأمر فيما إذا اتفق المتعاقدان على أن يكون تعاقدهما بمحرر رسمي، بأن تكون الرسمية ركنا في العقد. أما إذا كانت غير ذلك، فان هذه المحررات تصبح كمحرر عرفي إذا وقع عليها ذوو الشأن[3].

كذلك يجب مراعاة الاختصاص المكاني الإقليمي للموثق، فلكل موثق اختصاص مكاني، حتى وان كانت المادة الثانية من قانون التوثيق الجزائري تنص على أنه:" تنشأ مكاتب عمومية للتوثيق، تسري عليها أحكام هذا القانون والتشريع المعمول به، ويمتد اختصاصها الإقليمي إلى كامل التراب الوطني"، فإن المقصود من ذلك، هو حرية الأفراد بالتقدم إلى أي مكتب من مكاتب التوثيق عبر التراب الوطني لتوثيق تصرفاتهم.

([1]) المواد من 19 إلى 22 من قانون التوثيق الجزائري.

([2]) أ. يحي بكوش، **أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي**، المؤسسة الوطنية للكتاب، الطبعة الثانية، الجزائر، 1988، ص 98.

([3]) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، **الوسيط، الإثبات، آثار الالتزام**، المرجع السابق، ص137.

كما نصت المادة الرابعة من قانون التوثيق المصري، على أنه لا يجوز للموثق أن يباشر عمله إلا في دائرة اختصاصه. فلكل مكتب للتوثيق دائرة معينة يقوم في حدودها الموثقون ومساعدوهم المعينون في هذا المكتب، بتوثيق الأوراق الرسمية التي يطلب إليهم توثيقها[1].

كما نصت المادة الخامسة من قانون كاتب العدل الأردني على أنه:" يقوم كاتب العدل بوظيفته في المحل الذي يخصص له في المحكمة التي ينتسب إليها ولا ينتقل لإجراء عمل من مقتضى وظيفته إلى غير المحل المذكور ما لم يأذن له رئيس المحكمة أو قاضي الصلح بأمر خطي".

وهو نفس الحكم الذي تضمنته المادة الخامسة من القانون المنظم لمهنة كاتب العدل في لبنان، بحيث لا يجوز له أن يمارس عمله خارج نطاق اختصاصه المكاني، وإلا اعتبر المحرر الرسمي الذي يقوم بتحريره غير رسمي[2].

3ـ مراعاة الأوضاع القانونية المحيطة بتدوين العقد الرسمي الإلكتروني: حدد القانون الجزائري إجراءات معينة يلزم إتباعها عند تحرير العقود الرسمية الورقية، حتى تتسم بالصفة الرسمية، وهذه الإجراءات متعددة يمكن الإشارة إلى بعض منها بما جاء في المواد من 324 مكرر 2 إلى 324 مكرر4 من القانون المدني الجزائري، وكذا أحكام قانون التوثيق، ويمكن تقسيم هذه الإجراءات إلى مرحلتين:

أـ مرحلة ما قبل التوثيق: يقوم الموثق في هذه المرحلة من التأكد من طبيعة الخدمات التي طلبها منه المتعاقدين، ما إذا كانت لا تخالف القانون والأنظمة، طبقا للمادة 12 من قانون التوثيق 02/06، وأن يقوم بتقديم نصائحه إلى الأطراف قصد انسجام اتفاقاتهم مع القوانين التي تسري عليها وتضمن تنفيذها، وإذا تبين له مخالفتها يستوجب عليه الأمر رفض توثيق ذلك التصرف القانوني طبقا للمادة 15 من نفس القانون.

ويتضح هذا العمل خاصة في بيئة التجارة الالكترونية، التي قد يقدم الأطراف على إبرام عقود شكلية، دون معرفة ما إذا كانت متوافقة مع النظام الداخلي لدولة الطرف الأخر المتعاقد أم لا.

([1]) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 126.

([2]) د. زروق يوسف، **حجية وسائل الإثبات الحديثة**، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2013/2012، ص 35.

بعدها يقوم بالتأكد من شخصية المتعاقدين، بذكر أسمائهم ومقر سكناهم، وحالتهم وأهليتهم المدنية، ويجوز له الاستعانة بشاهدين بالغين تحت مسؤوليتهما، إذا استعصى عليه ذلك، وفقا للمادة 324 مكرر 2 قانون مدني. كما يقوم بالتأكد من رضاهم التام ببنود العقد، من أجل تجنب أي غش أو احتيال.

ويتم التأكد من هوية الأطراف في عقود التجارة الالكترونية من خلال شهادة التصديق الإلكتروني التي قد تكون بحوزتهم، أو من خلال وثائق إثبات الهوية. كما يستحصل الرسوم المستحقة لتحرير المحرر الرسمي، ويوجه لهم في الأخير نصائح يعلمهم فيها بما عليهم من التزامات، وما لهم من حقوق.

ب ـ مرحلة التوثيق: يتولى الموثق في هذه المرحلة توثيق المحرر الرسمي بذاته، وذلك بكتابته باللغة العربية، تحت طائلة البطلان، في نص واحد وواضح تسهل قراءته وبدون اختصار أو بياض أو نقص[1]، مراعيا البيانات التي يجب أن يتضمنها المحرر حتى يكتسب صفة الرسمية، وهذه البيانات نوعان:

* بيانات خاصة تتعلق بموضوع التصرف، أي البيانات الخاصة بالبيع أو تأسيس عقد الشركة، أو إنشاء رهن رسمي، حيث يحدد مضمون التصرف، والتزامات الأطراف وحقوقهم.

* بيانات عامة وهي التي يجب أن تشتمل عليها كافة المحررات الرسمية، دون الإخلال بالبيانات التي تستلزمها بعض النصوص الخاصة، وهي : اسم ولقب الموثق ومقر مكتبه، اسم ولقب وصفة وموطن وتاريخ ومكان ولادة الأطراف وجنسيتهم، اسم ولقب وصفة وموطن وتاريخ ومكان ولادة الشهود عند الاقتضاء، اسم ولقب وموطن المترجم عند الاقتضاء، المكان والسنة والشهر واليوم الذي ابرم فيه، وكالات الأطراف المصادق عليها التي يجب أن تلحق بالأصل[2].

كما يتأكد الموثق من موافقة أطراف العقد على مضمون المحرر الرسمي الإلكتروني، والتحقق من أنه مكتوب بشكل واضح ومقروء بما يكفل له الثبات والاستمرارية، ويقوم الموثق بتلاوة محتوى المحرر على سمع الطرفين، وأن يبين لهم الأثر القانوني المترتب عليها دون أن يؤثر في إرادتهم، ومن ثمة يتم التوقيع عليه من الطرفين ومن الموثق إلكترونيا، ويجب دفع الرسوم المستحقة لذلك عند إنشاء المحرر الرسمي.

([1]) المادة 26 من القانون الجزائري رقم 02/06 يتضمن تنظيم مهنة الموثق.

([2]) المادة 29 من القانون الجزائري رقم 02/06 يتضمن تنظيم مهنة الموثق.

ثانيا- الشروط الخاصة لإنشاء العقود الرسمية الإلكترونية: على خلاف المشرع الجزائري، أصدر المشرع الفرنسي المرسوم رقم 973 لسنة 2005، من أجل توثيق المحرر الإلكتروني، حيث نص في المادة 16 منه[1]، على ضرورة أن يقوم الموثق بإنشاء نظام لمعالجة ونقل البيانات، ويجب أن يتوافر في هذا النظام ثلاثة شروط:

1- أن يتم اعتماده من المجلس الأعلى للموثقين.

2- أن يضمن سلامة وسرية محتويات المحرر التي يتم نقلها عبره.

3- أن يكون متصلا مع الأنظمة الأخرى التي يتم إنشاؤها من قبل الموثقين الآخرين في فرنسا[2].

وقد أنشأ الموثقون الفرنسيون منذ سنة 1998 شبكة انترانت INTRANET مؤمنة تسمىREAL[3]، تكون بين موثقين مشتركين فأكثر، بواسطة بطاقة ذكية Carte a puce ، تستعمل هذه البطاقة من أجل وضع التوقيع الإلكتروني للموثق على المحررات الرسمية، وكذا سائر المحررات الإلكترونية[4].

وتسمح شبكة الانترانت بتداول أي وثائق أو محررات بين الموثقين داخل الشبكة، الأمر الذي شجع المشرع الفرنسي على إصدار المرسوم رقم973 لسنة 2005[5]. وسنتطرق إلى الشروط الخاصة بالعقود الرسمية الإلكترونية كالتالي:

([1]) « Art. 16. - Le notaire qui établit un acte sur support électronique utilise un système de traitement et de transmission de l'information agréé par le Conseil supérieur du notariat et garantissant l'intégrité et la confidentialité du contenu de l'acte.
« Les systèmes de communication d'informations mis en œuvre par les notaires doivent être interopérables avec ceux des autres notaires et des organismes auxquels ils doivent transmettre des données.

([2]) SAMRCO (N.), **« Les actes authentique électronique une réalité au 1erfévrier »**, Art. disponible sur www.droit-nitic.com la date de mise en ligne 14 novembre 2005.

ـ وقد تم عرض أول عقد رسمي الكتروني بمجلس الموثقين في باريس في ماي 2004، وفي 28 أكتوبر 2008، أعلنت حافظة الأختام في الحكومة الفرنسية RACHIDA DATTI إصدار العقد الرسمي الالكتروني بصفة رسمية. راجع:

–ELLOUMI (A.), Op.cit, P 141.

([3]) **R**éseau **E**lectronique, notari**AL**

([4]) JAMES DUPONT, **"L'acte authentique électronique", journée du juriste d'entreprise le 20.XI.2003 : Le droit des affaires en évolution " Le contrat sans papier ",** Bruxelles, 2003, P. 193.

-ELLOUMI Abderraouf , Op.cit, P. 141.

([5]) GRANIER (L.), « L'authenticité notariale électronique », mémoire, Faculté de droit, université de Montpellier , année universitaire 2000-2001, disponible sur www.droit-nitc.com , P. 80.

1ـ الحضور المادي للموظف العام وللأطراف أثناء إنشاء العقد الرسمي الإلكتروني:

يعتبر التواجد المادي لأطراف التعاقد الإلكتروني أمام الموثق أمر أساسي لا غنى عنه، وذلك حتى يستطيع الموثق ممارسة مهمته في التأكد من رضاء أطراف العقد، وأن يقوم بإعلامهم بكل النتائج والآثار المترتبة على هذا العقد، فهذا التواجد أمر ضروري حتى بالنسبة لتوثيق المحرر الرسمي الإلكتروني[1]. غير أن تطلب التواجد المادي لأطراف العقد أمام الموثق، يشكل عقبة في وجه المحرر الإلكتروني الرسمي، إذ كيف يمكن للموثق التأكد من حقيقة تبادل الرضاء بين أطراف العقد المتواجدين في أماكن متباعدة جغرافيا؟

انقسم الفقهاء حول هذه النقطة، فقد رفض البعض[2] إمكانية إنشاء محرر رسمي إلكتروني في غياب التواجد المادي للموظف العام والأطراف، واعتبر أن الحضور المادي للموظف العام والأطراف لا يمكن أن يكون افتراضيا عن طريق الإنترنت، وأن هذا الشرط– الحضور– هو شرط هام وأساسي وضروري، ذلك أنه يمكن من التأكد من أهلية الأطراف وكذا حقيقة تبادل التراضي بينهم، وهذا لا يتحقق إلا بالتواجد المادي (الجسماني) للموظف وأطراف العقد.

بينما ذهب اتجاه آخر إلى إعطاء الثقة للتكنولوجيا الحديثة، واعتبر أن إبرام العقد الإلكتروني الرسمي في غياب التواجد المادي للموظف العام ممكنا، ذلك أن القانون لم يشترط الحضور الشخصي لأطراف العقد عند إبرام العقد الرسمي[3]. واقترح البعض إمكانية إبرام العقد عبر وسائل الاتصال الحديثة، التي تمكن من مشاهدة وسماع أطراف العقد مع الموظف العام(مثلا: SKYPES)، ورسائل البريد الإلكترونيEmails، وكل وسيلة تكنولوجية تمكّن من نقل الكتابة والصورة والصوت معا[4].

([1]) CHARLES-EDOUARD BUCHER, **Le courrier électronique et le formalisme, La communication numérique : un droit ; des droits**, édition Panthéon Assas, Paris, 2012, P. 17.

-GRANIER (L.), Op.cit, P. 80.

([2]) I. de LAMBERTRIE, Dir, **Les actes authentiques, réflexion juridique prospective**, la documentation française, Paris, 2002, P. 67.

_ De BELLEFONDS (X.l.), **« Notaires et huissiers face à l'acte authentique électronique »,** J.C.P, 2003, éd NOT, et Im, N° 10, P. 385.

_ TREZEGUET (M.), **« Journée de réflexion sur les actes authentique électronique** », Article =104, disponible sur .www.cejem.com

([3]) JACQUES (L.), « **L'authenticité de l'acte authentique électronique »**, com-com.Elec, jan 2003. P. 13

([4]) CATALA (P.), **« Le formalisme et les nouvelles technologie »**, Rep. De f, 2000, n° 15.16, P. 909 .

-JAMES DUPONT, Op.cit, P. 194.

بينما ذهب فريق آخر مع نص المادة 20 من المرسوم الفرنسي رقم 973 لسنة 2005[1]، وذلك بأن يتدخل في عملية التوثيق أكثر من موثق، حيث يحضر كل متعاقد أمام الموثق الذي يوجد في مدينته، ويتم الاتفاق بين الأطراف على أن أحد هؤلاء الموثقين هو موثق رئيسي، بحيث يلتزم الموثق الآخر بإرسال المحرر الإلكتروني – الموقع من المتعاقد الذي حضر أمامه والشهود– إلى الموثق الرئيسي، ويجب أن يتم إرسال هذا المحرر عبر الشبكة الداخلية للموثقين[2].

فهذه الطريقة تأخذ بعين الاعتبار خصوصية الإنترنت ومتطلبات الرسمية، وتسمى عند الفقهاء باستلام العقد من طرف الموثق في كل نهاية السلسلة [3] La réception de l'acte Avec un notaire à chaque bout de la chaine. ، ولا يوجد ما يمنع من استلام العقد الرسمي من طرف أكثر من موثق، فهذا لا يغير من قيمة الرسمية للمحرر الالكتروني الرسمي[4].

2- توقيع الأطراف والشهود على العقد الرسمي الإلكتروني:

يعتبر توقيع أطراف العقد والشهود على المحرر الإلكتروني، من أهم عناصر إنشاء العقد الرسمي الإلكتروني، وذلك للتعبير عن رضائهم بمضمون العقد وعدم إنكاره مستقبلا. لكن هل هذا التوقيع يكون إلكترونيا؟

([1]) Art. 20 « - Lorsqu'une partie ou toute autre personne concourant à un acte n'est ni présente ni représentée devant le notaire instrumentaire, son consentement ou sa déclaration est recueilli par un autre notaire devant lequel elle comparaît et qui participe à l'établissement de l'acte. Cet acte porte la mention de ce qu'il a été ainsi établi.

« L'échange des informations nécessaires à l'établissement de l'acte s'effectue au moyen du système de transmission de l'information mentionné à l'article 16.

« Chacun des notaires recueille le consentement et la signature de la partie ou de la personne concourant à l'acte puis y appose sa propre signature.

« L'acte est parfait lorsque le notaire instrumentaire y appose sa signature électronique sécurisée.»

([2]) ELLOUMI Abderraouf, op cit, PP. 154 -155.

-JAMES DUPONT, Op.cit, P. 194.

([3]) FROGER (D.), **« La réception d'un acte établi sur support électronique alors que les comparants sont physiquement éloignés : mythe ou réalité? »,** P.A, 2004, n° 91, P. 66.

([4]) FROGER (D.), Op. cit, P. 65.

. وهناك من يفرق بين العقد الرسمي الإلكتروني Acte Authentique Electronique والعقد الإلكتروني الرسمي Acte Electronique Authentique. حيث يرى أن العقد الرسمي الالكتروني فيكون بحضور الموثق المادي، وحتى بوجود موثقين اثنين، أما العقد الالكتروني الرسمي فيكون دون الحضور المادي للموثق، وإنما يتم عبر أسلوب المحادثة المرئية Video conference ثم يوقع عليه الموثق الكترونيا أو يدويا. راجع –ELLOUMI(A.), Op.cit, P. 157-158.

نصت المادة 17 من المرسوم الفرنسي 973/ 2005، على إلزام الأطراف والشهود بوضع توقيعهم على المحرر الموثق، بصورة تمكن الموظف العام من رؤيتها على الشاشة[1].

وقد ذهب بعض الفقهاء أن طريقة التوقيع هذه التي حددها المرسوم، هي التوقيع الخطي ذو الصيغة الرقمية، بمعنى يتم توقيع الطرفين والشهود توقيعا خطيا ونقله بالماسح الضوئي على المحرر الإلكتروني، أو التوقيع خطيا على الشاشة القابلة للكتابة عليها بالقلم الإلكتروني[2]، لكن شريطة أن يتحقق لهذا التوقيع درجة الأمان والسرية الواجب توافرها في التوقيع الإلكتروني.

غير أن اتجاها آخر ذهب للقول أن المشرع الفرنسي اشترط توقيع الشهود خطيا على المحرر الموثق، والتمكن من رؤيتها على الشاشة، راجع إلى أن الشاهد قد لا يكون لديه توقيع إلكتروني آمن وفق تعريف المشرع، خاصة أن الشاهد ليس طرفا في العقد، وإنما مجرد شاهد على التصرف، وبالتالي قد لا يجد الأطراف شهودا أو يصعب عليهم إيجاد شاهد لديه توقيع الكتروني آمن، فاكتفى المشرع بالتوقيع بالقلم الإلكتروني بالنسبة للشهود تسهيلا على الأطراف وتيسيرا لمعاملاتهم، وبالتالي أوكل للموثق مهمة التحقق من هوية الشهود وأهليتهم وتوقيعهم بحضوره[3].

أما بالنسبة لأطراف العقد، فيجب التوقيع على العقد الرسمي الإلكتروني توقيعا إلكترونيا آمنا، يتوافر على المتطلبات الواجب توافرها في التوقيع الإلكتروني المؤمن، وذلك لإضفاء مصداقية أكبر على المحرر الإلكتروني الرسمي.

3- تاريخ العقد الرسمي الإلكتروني:

يشترط في العقد الرسمي الإلكتروني، كالعقد الرسمي الورقي، أن يكون له تاريخ ثابت يثبت على المحرر الرسمي، وقد اشترطت المادة 1/8 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني المصري حتى تتحقق حجية الإثبات المقررة للكتابة الإلكترونية والمحررات الإلكترونية الرسمية أو العرفية لمنشئها، أن

([1]) Art 17/3 « Pour leur signature, les parties et les témoins doivent utiliser un procédé permettant l'apposition sur l'acte notarié, visible à l'écran, de l'image de leur signature manuscrite.

([2]) CHARLES EDOUARD BUCHER, Op.cit, P.176.

- المستشار صادق الصادق، الطبيعة القانونية لعقد تأسيس الشركة الالكترونية، المنتدى العربي لإدارة الموارد البشرية، متوفر على الموقع الالكتروني www.hrdiscussion.com بتاريخ 16 ماي 2012.

([3]) د. يوسف احمد النوافلة، المرجع السابق، ص 184.

يكون متاحا من الناحية الفنية تحديد وقت وتاريخ إنشاء المحرر الرسمي، من خلال نظام حفظ الكتروني مستقل، وغير خاضع لسيطرة منشئ المحرر الرسمي الإلكتروني أو سيطرة المعنى به.

كما اشترط المشرع الفرنسي في المرسوم 973/ 2005 ضرورة قيام الموثق بوضع التاريخ على المحرر الرسمي الإلكتروني بنفسه[1]، وأن يكون ذلك بالحروف قبل توقيعه على هذا المحرر، حتى وإن وضعت جهة التصديق تاريخا على هذه المحررات الموثقة، إلا أنه يعتد بالتاريخ الذي يضعه الموثق[2].

وقد رأى البعض أن التوقيع الإلكتروني يمنح الثقة والمصداقية في البيانات المحتواة في المحرر بما فيها التاريخ، فاشتراط المشرع الفرنسي ضرورة كتابة التاريخ بالأحرف، يعني أن التاريخ لا يمكن أن يكون متميزا عن باقي البيانات الموجودة في العقد[3].

كما أضاف المشرع الفرنسي حكما في المادة 22 من المرسوم رقم 973/ 2005 يتعلق بمرفقات المحرر الرسمي الإلكتروني، فإذا كان هناك مستندات مرفقة مع المحرر الرسمي الإلكتروني، فإنه يجب وضعها مع المحرر مرتبطة معه بشكل لا يقبل الانسحاب، ويقوم الموثق بالتوقيع إلكترونيا على المحرر الرسمي ومرفقاته أيضا[4].

4ـ التوقيع الالكتروني المؤمن (الموصوف) للموظف العام على العقد الرسمي الإلكتروني:

يشترط حتى يتمتع المحرر الإلكتروني الرسمي بالحجية الكاملة في الإثبات، طبقا للمادة 17 فقرة 1 و2 من المرسوم الفرنسي رقم 2005/973[5]، أن يوقع عليه الموظف العام أو الموثق توقيعا إلكترونيا متقدما(موصوفا)، هذا التوقيع الذي أشارت إليه المادة 2/1/1 من المرسوم الفرنسي رقم 272/2001، وكذا المادة 7 من القانون رقم 04/15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين الجزائري، ينشأ على أساس شهادة تصديق إلكتروني، تمنح من طرف مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني، ويرتبط بالشخص

(1) Art. 6 « - Tout acte doit énoncer le nom et le lieu d'établissement du notaire qui le reçoit, les noms et domicile des témoins, le lieu où l'acte est passé, la date à laquelle est apposée chaque signature.

(2) Art 8/2 prévoit que « La date à laquelle l'acte est signé par le notaire doit être énoncée en lettres.

(3) ELLOUMI Abdearraouf, Op.cit, P. 156.

(4) Art.22/2 « Lorsque l'acte est établi sur support électronique, les pièces annexées sont indissociablement liées à l'acte auquel elles se rapportent. La signature électronique du notaire en fin d'acte vaut également pour ses annexes.

(5) « Art. 17. - L'acte doit être signé par le notaire au moyen d'un procédé de signature électronique sécurisée conforme aux exigences du décret n° 2001-272 du 30 mars 2001 pris pour l'application de l'article 1316-4 du code civil et relatif à la signature électronique.

« Cette signature est apposée par le notaire dès l'acte établi, si besoin après réunion des annexes à l'acte.

الموقع دون سواه، كما يمكن من تحديد هوية الموقع بدقة، ويتم تصميمه بواسطة آلية مؤمنة خاصة بإنشاء التوقيع الالكتروني، تحت سيطرة الموقع وحده، وكذا يجب أن يكون التوقيع مرتبطا بالبيانات الخاصة بالموقع، بحيث يمكن كشف أي تعديل أو تغيير يلحق بهذه البيانات.

فالتوقيع الإلكتروني المتقدم للموثق، يعبر عن تدخله في تنظيم المحرر، وتحمل المسؤولية اتجاه ذلك، ويضفي الرسمية على العقد الرسمي الإلكتروني [1]، حتى يمكن الاحتجاج به أمام القضاء.

وعلى ذلك ينشأ العقد الرسمي الإلكتروني بثلاث طرق أو احتمالات تختلف إحداها عن الأخرى، فالأولى تتمثل في استقبال الموثق أو الموظف العام لتوقيع الأطراف خطيا على الورق، بحضوره الشخصي، ثم يضع توقيعه فيما بعد بطريقة إلكترونية، فهنا نكون أمام عقد رسمي إلكتروني، بسبب التوقيع الإلكتروني للموظف العام الذي يعطي الخاصية الإلكترونية للعقد[2].

الاحتمال الثاني، أن العقد الرسمي الإلكتروني ينشأ باستخدام الوسائل التكنولوجية الحديثة، التي تمكن في نفس الوقت من نقل النص والصورة والصوت Vidéo- conférence ، أي نقل رضا الأطراف إلكترونيا دون الحضور المادي، فالموظف العام هنا يضع توقيعه الإلكتروني على المحرر، فيسمى هنا عقد إلكتروني رسمي بتوقيع إلكتروني[3]، أو يضع توقيعه اليدوي فيسمى عقدا إلكترونيا رسميا بتوقيع يدوي[4].

أما الاحتمال الثالث فهو أن يكون هناك موظفين عامين اثنين على الأقل، يتلقيان بصفة مستقلة تراضي الأطراف بحضورهم المادي، ويضعان توقيعهما الإلكتروني، هنا ينشأ لدينا عقد رسمي إلكتروني[5].

([1]) د. يوسف أحمد النوافلة، المرجع السابق، ص 161.

_ TREZEGUET (M.), **« Enfin une réglementation des actes authentique électronique »,** Art disponible sur www.cejem.com , la date de mise en ligne est 26 octobre 2005.

([2]) ELLOUMI Abderraouf ,Op.cit, P. 157.

([3]) Acte Electronique Authentifie (AEA)

([4]) PASSANT (ELISABENTH), **« L'écrit confronte aux nouvelles technologies »**, thèse, Paris, L.G.D.J, 2006, P. 329.

_ ELLOUMI (A.), Op .cit, P. 157.

([5]) RAYNOUARD (A.), **« Sur une notion ancienne de l'authenticité : l'apport de l'électronique »** , Rép.De F., 2003, N° 18, P. 1127.

وفي كل الحالات يقوم الموثق بكتابة العقد على نظام الكتروني مخصص للكتابة، ويقوم باستنساخ كل مرفقات العقد، بواسطة جهاز سكانير scanner ، ويلحقهم الكترونيا بالعقد، مما يشكل عقدا منظما. بعدها يحضر الزبون أمام الموثق للتوقيع على العقد، يقوم الموثق بعرض العقد أمام الزبون على شاشة الكمبيوتر ليتمكن من قراءته مباشرة على الشاشة، وتتابع من طرف أطراف العقد.

بعد معالجة كل التعديلات المقترحة من أطراف العقد، يقوم الموثق بالضغط على مربع الموافقة valider على محتوى العقد وملحقاته، وكذا تاريخ ومكان العقد، ليظهر العقد على لوحة رقمية Tablette graphique، أين يمكن للأطراف التوقيع بالقلم الالكتروني على العقد وملحقاته، مباشرة على هذه الدعامة الالكترونية[1].

بعد استقبال الموثق كل التواقيع الالكترونية، يوقع الكترونيا على العقد باستخدام مفتاحه السري، ويتلقى الزبون بعدها نسخة من العقد الكترونيا. ثم يتم إرسال المحرر الرسمي الالكتروني إلى سجل مركزي لحفظه Munitier centrale بواسطة خزنة الكترونية آمنة coffre-fort électronique، ويمكن للموثق الموقّع وحده الدخول إلى الحيز الذي تم حفظ المحرر الالكتروني فيه، من أجل الاطلاع على العقد المحفوظ واستخراج نسخا منه الكترونيا[2].

كما يتم شهره الكترونيا، بالاتصال مع مصالح الحفظ العقاري الكترونيا أيضا، ويمكن للموثقين الاطلاع على سجلات الحفظ الالكترونية على الخط [3].

وما يؤخذ على المشرع الجزائري، أنه لم يقم بتعديل قانون التوثيق، حتى يعطي للموثق صلاحية إنشاء عقود رسمية الكترونية، خاصة وأنه أنشأ بموجب القانون رقم 04/15 جهات تصديق إلكتروني، لمنح شهادات التصديق على التوقيع الإلكتروني، على الرغم من مساعي وزارة العدل بإنشاء شبكة الكترونية تربط الموثقين بجميع القطاعات والإدارات المعنية، سيما مصالح الشهر العقاري، مما يسمح بتبادل المحررات والوثائق إلكترونيا، وكذا إمكانية إنشاء عقود رسمية إلكترونية، وحتى شهرها الكترونيا بالوساطة مع المحافظين العقاريين.

([1]) **« L'acte authentique sur support électronique….. Une rêve devenu réalité »,** Article disponible sur www.notaires.fr , la date de mise en ligne est 06/01/2012.
([2]) **« Découvrez l'acte authentique »,** Article disponible sur www.NOTAIRES-BETTON.fr .
([3]) JAMES DUPONT, Op.cit, P. 201.

الفرع الثالث

جزاء تخلف الشروط المتعلقة بالعقد الرسمي الالكتروني

سنتناول الجزاء المترتب عن تخلف احد شروط العقد الرسمي، وكذا الجزاء المترتب عن تخلف قاعدة الرسمية والشكلية في المحررات الالكترونية.

أولا- جزاء تخلف أحد الشروط: يترتب على تخلف احد شروط العقد الرسمي الالكتروني بطلانه بطلانا مطلقا، فإذا كانت الرسمية متطلبة كركن شكلي لإبرام التصرف، فإن العقد هنا يكون باطلا بطلانا مطلقا لتخلف الشكل المطلوب قانونا[1]، كما هو الحال بالنسبة لعقود تأسيس الشركات وبيع المحلات التجارية،...

وكذلك الأمر إذا اتفق المتعاقدان على أن يكون تعاقدهما في شكل رسمي، بمعنى قصدا أن تكون الرسمية ركنا في العقد، فإذ تخلفت يترتب عن هذا الاتفاق البطلان المطلق.

أما إذا كانت الشكلية متطلبة لإثبات التصرف، وليست ركنا فيه، فإن تخلف أحد الشروط السابقة لإنشاء المحرر الرسمي الإلكتروني، يفقد المحرر صفة المحررات الرسمية، ويتحول إلى محرر إلكتروني عرفي إذا ما تم توقيعه من قبل الأطراف[2].

فإذا كان الشخص الذي نظمها ليس موظفا، أو نظمها موظف عام خارج اختصاصه، أو كان التوقيع الإلكتروني غير موصوف (موثق)، فإن هذا المحرر يصبح محررا عرفيا، شرط أن يوقع من أطراف العقد أنفسهم.

وفيما يتعلق بالشرط الثالث من شروط إنشاء المحررات الرسمية الإلكترونية، وهو ضرورة مراعاة الأوضاع القانونية، فإنه وجب التمييز بين ما إذا كان الإجراء الذي لم تتم مراعاته جوهري أم لا، فإذا كان الإجراء جوهريا كما لو قام الموثق بتنظيم المحررات بغير اللغة العربية أو دون وضع تاريخ محدد، أو قام بتنظيم وكالة لأحد أقاربه كزوجته أو والديه، فهنا يترتب البطلان، أما إذا كان الإجراء غير جوهري كما لو كانت المحررات غير مرقمة، فلا يترتب البطلان[3].

([1]) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، **الوسيط، الإثبات، آثار الالتزام**، المرجع السابق، ص 135-136.

([2]) طبقا للقواعد العامة تنص المادة 326 مكرر 2 قانون مدني جزائري:" يعتبر العقد غير رسمي بسبب عدم كفاءة أو أهلية الضابط العمومي أو انعدام الشكل، كمحرر عرفي إذا كان موقعا من قبل الأطراف". تقابلها المادة 1318 قانون مدني فرنسي والمادة 2/10 قانون إثبات مصري والمادة 2/6 قانون بينات أردني.

([3]) د. يوسف احمد النوافلة، المرجع السابق، ص 249 ـ د. عبد الرزاق السنهوري، **الوسيط، الإثبات، آثار الالتزام**، المرجع السابق، ص 136.

ثانيا- جزاء تخلف الشكلية(الرسمية) في العقد الرسمي الالكتروني: يترتب على تخلف الرسمية في عقود التجارة الالكترونية البطلان، لتخلف ركن من أركان العقد، غير أنه فيما يتعلق بعقد تأسيس الشركة تترتب أثار قانونية خاصة في حالة الباطلان لتخلف الرسمية.

فعقد الشركة يجب أن يكون مكتوبا وإلا كان باطلا، ويكون أيضا باطلا كل ما يدخل على العقد من تعديلات دون أن تستوفي الشكل الذي أفرغ فيه هذا العقد. أي أنه لا تنعقد الشركة إلا بمحرر رسمي مكتوب ، ويتعين أن يتم كل تعديل له أيضا بمحرر رسمي، ويترتب على مخالفة ذلك بطلان الشركة أو التعديلات التالية[1]. وهو بطلان من نوع خاص، اذ هو ليس بالبطلان المطلق رغم أنه يجوز أن يتمسك به كل ذي مصلحة أو الدفع به ولو لأول مرة، ويختلف عنه لأنه لا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، وليس بالبطلان النسبي رغم أنه يجوز تصحيحه. وهذا البطلان قرره المشرع مراعاة للثقة والائتمان اللازمين في الحياة التجارية.

على أنه بالنسبة إلى الشركاء يبقي عقد الشركة غير المكتوب قائما ومنتجا لجميع أثاره، ومنها إلزام الشركاء بتقديم حصصهم، واقتسام الربح والخسارة، وذلك إلى الوقت الذي يرفع فيه أحد الشركاء دعوى بطلان الشركة، حسب المادة 418 قانون مدني والمادة 545 قانون تجاري جزائري، فمن وقت تقديم طلب البطلان لكتابة الضبط يصبح عقد الشركة باطلا، ويستند الحكم بالبطلان إلى وقت رفع الدعوى، ويخضع الشريك في إثبات عقد الشركة في مواجهة شركائه للقواعد العامة في الإثبات.

فللغير أن يحتج على الشركاء ببطلان الشركة بعدم استيفائها الشكل المطلوب قانونا، كما له أن يحتج بعدم توافر الشخصية المعنوية للشركة لعدم اتخاذها إجراءات القيد في السجل التجاري، فقد أوجبت المادة 548 قانون تجاري، بأن تودع العقود التأسيسية والعقود المعدلة للشركات التجارية لدى المركز الوطني للسجل التجاري لكي تتمتع بالشخصية المعنوية. فإذا طالبت الشركة أحد عملائها، جاز له أن يدفع المطالبة ببطلان الشركة والتعاقد الذي تم معها، ولا يكون للشركاء إلا الرجوع عليه بموجب قواعد العقد الباطل.

([1]) المستشار صادق الصادق، "**الطبيعة القانونية لعقد تأسيس الشركة الالكترونية**"، المنتدى العربي لإدارة الموارد البشرية، متوفر على الموقع الالكتروني www.hrdiscussion.com بتاريخ 16 ماي 2012.

ولكن يجوز للغير أن يغفل بطلان الشركة وأن يتمسك بوجودها، وليس للشركة في هذه الحالة أن تحتج عليه ببطلانها، ويكون للغير إثبات وجود الشركة بكافة طرق الإثبات لإعتباره من الغير، على أن العقد الذي يبرمه مع الشركة يخضع لطرق الإثبات العامة. وإذا كانت الشركة باطلة أو إذا استمرت في مباشرة نشاطها بعد انقضائها أو كانت تباشر نشاطا دون عقد، فإنها تكون شركة فعلية أو واقع société de fait ، وإن لم يكن لها وجود قانوني، ويكون للغير وفقا لمصلحته أما أن يتمسك ببطلان الشركة وأما أن يتمسك بقيامها.

المطلب الثاني

حفظ العقد الرسمي الإلكتروني

بعد إنشاء العقد الرسمي الالكتروني، وفق الشروط التي حددها القانون، يكتمل وجوده القانوني، ويتم حفظه في سجلات خاصة، لضمان عدم تعرضه لأي تغيير أو تحريف في بياناته، وهو ما يعرف بالأرشيف الالكتروني. وسنتطرق بداية إلى مفهوم الحفظ الالكتروني في فرع أول، ثم نتطرق في فرع ثان إلى نماذج لبعض العقود الرسمية الالكترونية.

الفرع الأول

مفهوم الحفظ الالكتروني

حتى يمكن الاحتجاج بالمحررات الالكترونية أمام القضاء، وجب أن تكون محفوظة في أرشيفات تمكن من الرجوع إليها عند الحاجة، وذلك بتخزينها على دعامات الكترونية موثوق بها، كالأقراص المدمجة أو أقراص الحفظ CD. وسنتناول بداية تعريف الحفظ الالكتروني ثم أهميته ثم الجهة المكلفة به.

أولا- تعريف الحفظ الالكتروني: يعرف حفظ المحرر والتوقيع الالكتروني عبر الزمن(الأرشفة)، بأنه الحفاظ على البيانات الالكترونية في دعامة الكترونية ثابتة، لا يمكن تغييرها إلا من جانب المحتفظ بها[1].

([1]) AKODAH AYEWOUADAN, Op. cit, P. 163.

– أ. احمد عزمي الحروب، المرجع السابق، ص 95.

وهو ما أشار إليه المشرع الفرنسي في المادة 1/1316 من القانون المدني[1]، بحيث اشترط حفظ التوقيع الالكتروني والوثيقة الالكترونية في ظروف تضمن سلامتها، حتى تتمتع بالحجية في الإثبات، وتكون مساوية للمحرر الورقي في الحجية.

كما أشار المشرع الجزائري إلى مسألة حفظ المحرر الكتابي الالكتروني حتى يتساوى في الحجية مع المحرر الكتابي الورقي، في نص المادة 323 مكرر 1 قانون مدني، وأشار أيضا في نص المادة 4 من قانون التوقيع والتصديق الالكترونيين، إلى مسألة حفظ الوثيقة الالكترونية، وأرجأ كيفية حفظها إلى صدور النصوص التنظيمية، والتي مازالت لم تصدر بعد، وهو ما يدعونا إلى ضرورة حث المشرع إلى إصدارها لتبيين كيفيات حفظ المحررات الالكترونية، على غرار المشرع الفرنسي.

ثانيا- أهمية الحفظ الالكتروني: ربط الفقهاء أهمية المحررات الالكترونية والتوقيع الالكتروني ونجاحهما، بضرورة حفظ السجلات الالكترونية ضمن ضوابط سليمة.

إذ أن جني ثمار استخدام الانترنت في التجارة العالمية، يقترن بسلامة حفظ البيانات الكترونيا، وضمان عدم تعرضها للفقد أو التلف[2].

كما أن حجية المحرر الالكتروني تتوقف على حفظ هذا المحرر بشكل يؤدي إلى ثباته على الصورة التي نشأ عليها، وضمان سلامته وعدم العبث به أو تلفه، وبالتالي استرجاعه في وقت الحاجة إليه وعند الضرورة. وعليه فان حجية المحرر والتوقيع الالكتروني تستمد من الحفظ الآمن لهما[3].

فالعقود الرسمية الالكترونية وجب حفظها في ظروف تضمن سلامتها، وتمكن من استعادة محتواها في أي وقت، مما يجعلها قادرة على حفظ حقوق الأطراف المتعاقدة، في حال قيام نزاع بينهم، إذ يمكن تقديم نسخة من هذه العقود المحفوظة أمام القضاء لإثبات ادعاءاتهم.

ثالثا- الجهة المكلفة بالحفظ الالكتروني: يتم حفظ المحررات الرسمية الإلكترونية، من طرف جهة محايدة تلتزم بحسب القانون بضمان عملية الحفظ.

([1]) Art. 1316-1 du Code civil français "L'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et **conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité.**

([2])Silains, « **what is e-signature process management** ». at www.silains.com

([3]) د. يوسف احمد النوافلة، المرجع السابق، ص 188.

وقد أشار المشرع الجزائري في المادة 04 من القانون 04/15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، إلى مسألة حفظ الوثيقة الالكترونية حيث نصت:" تحفظ الوثيقة الموقعة إلكترونيا في شكلها الأصلي ويتم تحديد الكيفيات المتعلقة بحفظ الوثيقة الموقعة الكترونيا عن طريق التنظيم".

ما يفهم من نص المادة، أن المشرع الجزائري أورد مسألة حفظ الوثيقة الالكترونية في قانون التوقيع والتصديق الالكترونيين، أي أن مهمة حفظ الوثائق الموقعة توقيعا الكترونيا، تكون من اختصاص مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني، غبر أنه لم يحدد الإجراءات والكيفيات لذلك، في انتظار صدور النصوص التنظيمية لكيفية حفظ الوثائق الإلكترونية. كما لم يحدد طبيعة هذه الوثائق، فيما إذا كانت تشمل الوثائق الرسمية الالكترونية أم لا.

على عكس ذلك أوكل المشرع الفرنسي مهمة حفظ العقود الرسمية (ورقية أم إلكترونية) للموثقين العاديين، طبقا لنص المادة 26 من المرسوم الفرنسي رقم 05 –973 الصادر بتاريخ 10 أوت 2005[1]، حيث يلتزم الموثق بإنشاء فهرس إلكتروني يقوم بتسجيل كل بيانات المحررات الإلكترونية الرسمية التي يقوم بإنشائها، هذا الفهرس يكون موقعا إلكترونيا من رئيس مجلس الموثقين، ويجب أن يتوافر في توقيعه الشروط التي نص عليها القانون، هذا التوقيع يعطي ضمانة إضافية تسمح بممارسة الرقابة على محتوى هذه التصرفات والعقود[2].

ويتضمن الفهرس تاريخ المحرر الإلكتروني الرسمي وطبيعة العقد وأسماء أطراف العقد، والملحقات وتوقيع الموثقين والأطراف، وفي حالة تدخل أكثر من موثق فإن الموثق الرئيسي هو الذي يقع على عاتقه تسجيل المحرر في هذا الفهرس[3]، وفقا للمواد 23– 25 من المرسوم السابق.

([1]) « Art. 26. - Les notaires sont tenus de garder minute de tous les actes qu'ils reçoivent, à l'exception de ceux qui d'après la loi peuvent être délivrés en brevet, notamment les certificats de vie, procurations, actes de notoriété, quittances de fermages, de loyers, de salaires, arrérages de pensions et rentes.

([2]) HUET (J.), **« L'acte authentique électronique, petit mode d'emploi (décrets n° 2005- 972 et 973 du 10aout 2005 »**, D., 2005, n°42, P. 2905.

([3]) AGOSTI (P.), **« Le régime juridique des actes : authentiques électronique »,** Art disponible sur : www.caprioli-avocots.com , la date de mise en ligne est : octobre 2005.

وطبقا للمرسوم رقم 2005- 972 الخاص بشروط إنشاء وحفظ المحررات الإلكترونية بالنسبة للمحضرين القضائيين[1]، فإن الغرفة الوطنية للمحضرين القضائيين تنشئ سجلا مركزيا، من أجل حفظ المحررات الأصلية الإلكترونية، ويخضع هذا السجل المركزي لرقابة هذه الغرفة[2].

ويجب أن يتم حفظ المحررات الرسمية الإلكترونية، في ظروف تضمن سلامة المحرر وتجعله قابلا للقراءة، وذلك في سجل مركزي للنسخ الأصلية للمحررات الإلكترونية الرسمية، ويجب على الموثق الرئيسي أن يقوم بحفظ المحرر الإلكتروني في هذا السجل فور تكوين هذا المحرر، ويتم إنشاء هذا السجل وإدارته من قبل المجلس الأعلى للموثقين بفرنسا[3].

ويتم حفظ المحررات الرسمية الإلكترونية على دعامات إلكترونية، تضمن سلامة محتوى المحرر الإلكتروني، منها دعامات الكترونية ثابتة لا يمكن التعديل فيها، ومنها ما يمكن التعديل فيها بعد الحفظ،

([1])Décret n°2005-972 du 10 août 2005 modifiant le décret n° 56-222 du 29 février 1956 pris pour l'application de l'ordonnance du 2 novembre 1945 relative au statut des huissiers de justice

([2]) Article 29-4 du décret n°2005-972, Modifié par Décret n°2012-366 du 15 mars 2012 - art. 8

Lorsqu'ils sont établis sur support électronique, la conservation des originaux est assurée dans un minutier central établi et contrôlé par la Chambre nationale des huissiers de justice sans préjudice de l'application de l'article 2 du décret du 3 décembre 1979 déjà mentionné.

Les originaux sont adressés à ce minutier par l'huissier de justice au plus tard dans les quatre mois de leur établissement.

Dans l'attente de leur transfert vers ce minutier, leur conservation devra être assurée par cet huissier de justice au moyen du système prévu à l'article 26.

L'huissier de justice qui a dressé l'acte ou qui le détient en conserve l'accès exclusif dans des conditions garantissant sa lisibilité et permettant d'en faire des copies.

-Voir aussi : ELLOUMI Abdearrouf , Op. cit, P. 911.

([3]) « Art. 28 du décrit n° 2005-973 - L'acte établi sur support électronique doit être conservé dans des conditions de nature à en préserver l'intégrité et la lisibilité.

« L'ensemble des informations concernant l'acte dès son établissement, telles que les données permettant de l'identifier, de déterminer ses propriétés et d'en assurer la traçabilité, doit être également conservé.

« L'acte notarié dressé sur support électronique est enregistré pour sa conservation dans un minutier central dès son établissement par le notaire instrumentaire. Ce dernier, ou le notaire qui le détient, en conserve l'accès exclusif.

« Le minutier central est établi et contrôlé par le Conseil supérieur du notariat sans préjudice de l'application de l'article 2 du décret n° 79-1037 du 3 décembre 1979 relatif à la compétence des services d'archives publics et à la coopération entre les administrations pour la collecte, la conservation et la communication des archives publiques.

« Les opérations successives justifiées par sa conservation, notamment les migrations dont il peut faire l'objet, ne retirent pas à l'acte sa nature d'original.

« Le procédé de conservation doit permettre l'apposition par le notaire de mentions postérieures à l'établissement de l'acte sans qu'il en résulte une altération des données précédentes.

وحاليا يتم استعمال الأقراص البصرية من نوع Worm[1] (Les Disques Optiques de type WORM)، وقد تم اعتمادها في معيار أفنور AFNOR NZ 42_013 ، هذا القرص غير قابل للتعديل فيه، ولا يمكن محو محتواه، وتسجيل معلومات أخرى بعد المحو[2].

رابعا- مدة حفظ العقد الرسمي الالكتروني: لم يحدد التشريعات المتعلقة بالتجارة الالكترونية أو التوقيع الالكتروني مدة حفظ العقد الرسمي الإلكتروني، سواء في التشريعات العربية أو الأجنبية، لذلك تتبع في هذا المجال المدد التي يقررها القانون في حفظ العقود الرسمية التقليدية. وعلى ذلك فتحديد مدة قانونية لحفظ البيانات المثبتة والمحفوظة إلكترونيا، هي نفسها مدة التقادم الخاصة بالتصرفات القانونية التي تتم بالطرق العادية التقليدية[3].

وبموجب المادة 2/134 من قانون الاستهلاك الفرنسي، الصادرة بموجب المرسوم 137/2005 بتاريخ 18 فيفري 2005[4]، وضعت التزاما على المهني بحفظ كل العقود المبرمة بطريق الكتروني، التي تجاوز قيمتها 120 أورو، لمدة 10 (عشر) سنوات تحسب من تاريخ إبرام أو تنفيذ العقد، ويضمن اطلاع المتعاقد معه على هذه الوثائق في أي وقت، إذا طلب ذلك[5].

غير أن المشكل الذي يواجه عملية الحفظ الإلكتروني، هو المدة التي تبقى فيها دعامات الحفظ ثابتة، حيث أن هذه الدعامات في تطور مستمر وتستبدل في كل وقت، مما يخلق مشكل الدخول إلى هذه الدعامات، كما أن هذه الوثائق المحفوظة التي تكون موقعة إلكترونيا، فإن المفاتيح الخاصة بالتوقيع وكذا شهادة التصديق لها مدة صلاحية محدودة، ومع مرور الوقت فإن هذا التوقيع الإلكتروني تنقص درجة سريته، واحتمال اكتشافه تبعا للتطور التكنولوجي[6].

([1]) WORM: **W**rite **O**nce **R**ead **M**any.

([2]) SEDALLIAN (V.), **« L'archivage de l'acte électronique »,** P. 6, Art. Disponible sur www.juriscom.net..

([3]) ALAIN BENSOUSSAN, **Informatique-Télécom-Internet**, Op.Cit, P. 234

ـ أ. أحمد عزمي الحروب، المرجع السابق، ص 98.

([4]) Décret n : 2005-137 du 16 février 2005 pris l'application de l'article L. 134-2 du code de la consommation, J.O. n : 41 du 18 février 2005, P. 2780.

([5]) AKODAH AYEWOUADAN, Op. cit, P. 164.
-JACQUUES LARRIEU, Op. cit, P. 199.

([6]) ELLOUMI Abderraouf , Op.cit, P. 388.

لهذا اقترح البعض ضرورة حفظ المحرر الرسمي الإلكتروني على دعامات ورقية أيضا بالموازاة مع الدعامات الإلكترونية[1].

كما اقترح البعض الآخر إعادة التوقيع إلكترونيا على الوثائق المحفوظة[2]، غير أن هذا يفقد الوثيقة المحفوظة صفتها الأصلية، كما يمكن احتمال وفاة أطراف العقد[3].

غير أنه يمكن حل الإشكال عن طريق مختصين في التكنولوجيا الحديثة، باستعمال تقنية النقل (migration)، أي إعادة نقل الوثائق الإلكترونية من دعامة قديمة إلى دعامة حديثة، حتى تصبح ممكنة القراءة على نظام التشغيل الجديد[4].

يتضح ما سبق أن المشرع الفرنسي قد استكمل منظومة إنشاء وحفظ العقود الرسمية الالكترونية، وحدد كافة الشروط المطلوبة لذلك، بموجب المرسومين 972/2005 و 2005/ 973، المكملين لنصوص القانون المدني، من المواد 1316 إلى 1320، وهو ما يزيل اللبس عن ذلك، ويمنح للقضاة دليلا مرجعيا للاستناد عليه عند فصل النزاعات المطروحة بين الأفراد، المتعاملين في مجال التجارة الالكترونية بوجه خاص، والمتعاملين في المعاملات الالكترونية بوجه عام.

وبالرجوع إلى التشريع الجزائري، كما رأينا سابقا، نجد أنه لم ينص على مثل هذه القواعد التي تضمنها المرسوم الفرنسي لتنظيم العقود الرسمية الإلكترونية، ولم يعط للموثقين صلاحية توثيق وحفظ العقود الرسمية الإلكترونية، وبالتالي يبقى من غير الممكن إبرام هذه العقود من طرف الأفراد أمام الموثقين، بواسطة تقنيات الاتصال الحديثة، لغياب النصوص المنظمة لذلك.

وعلى ذلك ينبغي على المشرع الجزائري التسريع بإصدار هذه النصوص، وتحديد الجهة المختصة بحفظ المحررات الالكترونية، وكذا التوسيع من مهام الموثق العادي لإبرام عقود رسمية الكترونية، بإصدار نصوص تنظيمية لذلك، وتحديث النصوص الموجودة بما يتناسب مع المستجدات

(1) FROGER (D.), **« Les contraintes du formalisme et de l'archivage de l'acte notarié établi sur support dématérialisé »**, J.C.P., éd. Notariale et immobilière, Paris, 2004, n 11, P. 468.
-JAMES DUPONT, Op. cit, P. 204.
(2) De LAMBERTERIE (I.), Dir., Op.cit, P. 86.
(3) ELLOUMI Abderraouf, Op.cit, P. 389.
(4) - AKODAH AYEWOUADAN, Op. cit, P. 169.
-ELLOUMI Abderraouf, Op.cit, P. 389. .

والتطورات التقنية الحاصلة، كما هو الحال بالنسبة للتشريع الفرنسي، تشجيعا للمعاملات التجارية الالكترونية، في ظل تزايد مستخدمي الانترنت في الجزائر.

الفرع الثاني

نماذج لعقود تجارية الكترونية رسمية

تتعدد العقود التجارية التي أوجبت تشريعات الدول إخضاعها إلى شكل رسمي، وسنتناول في هذا الفرع نموذجا من هذه العقود، وهو عقد تأسيس الشركة التجارية الكترونيا، حيث اهتمت تشريعات الدول المتقدمة في مجال التجارة الالكترونية بهذا النوع من العقود، وحددت مجموعة من الإجراءات لإبرامه الكترونيا متماشية مع مفرزات التقدم العلمي والتكنولوجي لوسائل الاتصال الحديثة، وتشجيعا للعمليات التجارية، ودعما للاستثمارات في شتى المجال. وسنتطرق إلى أهم التشريعات التي وضعت إجراءات لإبرام وتوثيق عقود التجارة الالكترونية، سيّما عقد تأسيس الشركة الكترونيا.

أولا- دولة فرنسا:

قطعت فرنسا أشواطا كبيرة في مجال تحديث أنظمة التوثيق، من خلال التقنيات الحديثة لوسائل الاتصال، واستغلالها في مجال تفعيل المعاملات الالكترونية، سيما التجارية منها. حيث يمكن إنشاء عقود تأسيس الشركات الكترونيا، من خلال مواقع الكترونية تربط بين الهيئات الحكومية المختلفة.

وقد أوضح رئيس المجلس الأعلى للموثقين بفرنسا السيد PIERRE-LUC VOGEL ، أنه يجري حاليا في فرنسا العمل على رقمنة نظام التوثيق في علاقات الموثق بزبائنه، نظرا للتزايد في حجم المعاملات الرسمية الالكترونية، حيث وصلت حسب ذات المصدر إلى عتبة مليوني عقد الكتروني نهاية ديسمبر 2015، وذلك بعرض المحرر على شاشة الكمبيوتر، ويتم التوقيع عليه في النهاية الكترونيا من خلال لوحة رقمية TABLETTE GRAPHIQUE[1].

كما أشار أنه مع نهاية عام 2016، سيتم إطلاق خدمة الضباط العموميون (الموثقون والمحضرون القضائيون)، عبر الوسائل المرئية VISIOCONFÉRENCE ، من أجل الوصول إلى تقنية التوقيع الالكتروني عن بعد la signature à distance، حيث يمكن القيام بتصرفات قانونية كشراء عقارات عن بعد

(1) PIERRE-LUC VOGEL, (CONSEIL SUPÉRIEUR DU NOTARIAT),
http://www.journaldunet.com/patrimoine/finances-personnelles/1173478-digitalisation-des-notaires/
La date de mise en ligne est : 18/02/2016.

والتوقيع عليها عن بعد أيضا، إذ يمكن لشخص متواجد مثلا بدولة بريطانيا من خلال الموثق، أن يشتري عقارا في فرنسا وذلك دون حاجة إلى التنقل إلى باريس.

وسيتم إنشاء موقع الكتروني يسمى "NOTAVIZ" ، يتم من خلاله تقديم معلومات وخدمات للزبائن وغيرهم حول المعاملات التوثيقية، كالبيوع العقارية، الحيازة، الإيجارات...، ومدعما بأحدث تقنيات السرية والأمان، كما يتم منح الزبون رقما سريا و اسما لتحديد الهوية، للدخول إلى الموقع قصد الاطلاع على وضعية ملفه ومتابعة مساره. وهذا استجابة لتطلعات الجيل الصاعد من الشباب، الذي أصبح يتعامل مع احدث التقنيات في وسائل الاتصال.

ويتم بعدها حفظ المحررات الرسمية الالكترونية على مستوى ثلاثة مواقع الكترونية مختلفة، من أجل ضمان حماية فعالة وآمنة لمحتوى هذه المحررات[1].

ثانيا- دولة الإمارات العربية المتحدة.

أطلقت دائرة التنمية الاقتصادية في دبي، مبادرة «توثيق عقود تأسيس الشركات إلكترونياً» بالتعاون مع محاكم دبي، في ضوء مبادرة دبي الذكية، اعتبارا من 15 ماي 2014، وذلك خلال الندوة التي نظمتها دائرة التنمية الاقتصادية تحت عنوان «المبادرات الذكية لاقتصادية دبي».

وتحرص دائرة التنمية الاقتصادية على دعم مجتمعات الأعمال والحركة التجارية، وتحقيق التنمية المستدامة وتعزيز تنافسية الإمارة وفق أرقى المعايير المتبعة. وقد قامت اقتصادية دبي مؤخراً بتوفير حزمة من الخدمات الذكية في آليات التسجيل والترخيص التجاري، حيث تم أتمتة آلية تجديد الرخص التجارية في كافة فروعها، ليتم تقديمها فقط عبر تطبيق الهواتف الذكية ـ الأعمال في دبي ـ (business in Dubai)، ومن خلال الموقع الإلكتروني.

وهو ما يسهل مزاولة الأعمال وبدء النشاطات التجارية، وتوفير الوقت أمام العملاء من رجال الأعمال والمستثمرين لإنجاز تعاملاتهم بكل سلاسة بإمارة دبي من خلال ضغطة زر دون الحاجة إلى زيارة فروعها[2].

([1]) PIERRE-LUC VOGEL, (CONSEIL SUPÉRIEUR DU NOTARIAT), IDEM.

([2]) أ- سامي القمزي، مدير عام دائرة التنمية الاقتصادية في دبي، عبر جريدة البيان، متوفر في الموقع الالكتروني http://www.albayan.ae/economy/local-market/2014-04-30-1.2112441

وبإمكان المتعاملين إنجاز 90% من خدمات الدائرة عبر تطبيقها الذكي المتوفر على هواتف الآيفون والأندرويد، ومن أبرز هذه الخدمات: إصدار الرخص التجارية، تجديد وحجز الأسماء التجارية، إصدار الموافقات المبدئية، الاستفسار عن المخالفات، الاستفسار عن الاسم التجاري، الاستفسار عن وضعية المعاملة، والتعرف على الأنشطة والأشكال القانونية، ودفع رسوم إصدار التراخيص، ودفع المخالفات، وغيرها من الخدمات المتعددة التي تهم مجتمع الأعمال من أصحاب الرخص التجارية والمستثمرين[1].

وتمثل مبادرة توثيق عقود تأسيس الشركات إلكترونياً وثبة في الخدمات الذكية التي توفرها الدائرة، إذ بإمكان الشركاء تسجيل عقد التأسيس دون القدوم إلى كاتب العدل، بالآلية التالية:

ـ يقوم احد الشركاء بإدخال بيانات الموافقة بالإضافة إلى أسماء كافة الشركاء، ومن ثم يرسل النظام رسائل قصيرة لكل منهم لإعلامهم بإضافتهم كأطراف في العقد، مع نبذة عن الرخصة.

ـ وفي حال موافقة كل الشركاء على الإضافة، يطلب النظام استكمال باقي الإجراءات، وعلى كل الأطراف التصديق على عقد التأسيس الإلكتروني كل على حدة من خلال حساب العميل لدى موقع الدائرة باستعمال(هويتي الإلكترونية) التي أطلقتها حكومة دبي الذكية وهي تعد بمثابة هوية تعريف إلكتروني بالأشخاص الذين يحملون بطاقة الإمارات للهوية.

ومن هنا سيكون بإمكان أحد الشركاء استكمال باقي الإجراءات لاستصدار الرخصة، بعد دفع الرسوم، وسيقوم النظام الجديد بأرشفة العقد لدى الدائرة، ومحاكم دبي.

وقد تم التأكيد على تدعيم عوامل الأمن والسلامة في التعاملات الإلكترونية والذكية للحرص على سلامة المعاملات وخصوصية معلومات المتعاملين وبياناتهم، وذلك من خلال العديد من إجراءات الحماية الإلكترونية التي تطبقها حكومة دبي الذكية بالإضافة إلى تلك المطبقة عبر آلية من قبل هيئة الإمارات للهوية باستخدام ـ رقمي هويتي ـ [2].

وبالتزامن مع إعلان توثيق عقود تأسيس الشركات إلكترونياً، أطلقت دائرة التنمية الاقتصادية مبادرة «120 يوما ترخيص» التي بدأ تطبيقها في 15 ماي 2014، وذلك بتسهيل عملية الحصول على

([1]) أ- سامي القمزي، المرجع نفسه.

([2]) أ- مجد شاعل السعدي، المدير التنفيذي لقطاع الترخيص والتسجيل التجاري، عبر جريدة البيان، متوفر في الموقع الالكتروني http://www.albayan.ae/economy/local-market/2014-04-30-1.2112441

تراخيص ممارسة الأنشطة التجارية، من خلال توفير حزمة من الخدمات الذكية في آليات التسجيل والترخيص التجاري، وتكون هذه التعاملات موثقة ومحمية، ودون أية زيادة في الرسوم عليها[1].

كما حولت إدارة دبي 14 خدمة تصديق من كاتب العدل بطريقة الكترونية من أصل 55 خدمة، يدخل من ضمنها التصديق على عقد بيع محل تجاري، حيث أصبحت تتم كل خطواته عبر التراسل الالكتروني من أي مكان في العالم[2].

من خلال هذه المبادرات يتضح لنا مدى الجهود التي تبذلها دولة الإمارات العربية المتحدة في مجال التجارة الالكترونية، والتي جعلتها ترتقي إلى مصاف الدول المتقدمة.

ثالثاـ دولة قطر:

قدمت إدارة النظم الأمنية بوزارة الداخلية القطرية، للأفراد إمكانية تقديم طلب تسجيل شركة وإضافة نشاط تجاري الكترونيا، ويتم تقديم الطلب إلكترونيًا، بإتباع الإجراءات التالية:

ـ تعبئة البيانات المطلوبة وإدخال رقم قيد المنشأة الخاص بالشركة.

ـ التأكيد على عنوان الشركة الذي يعرضه النظام بشكل تلقائي.

ـ الضغط على "إضافة" ليتم حفظ اسم المسؤول الجديد، وبيانات الاتصال الخاصة به في جدول معلومات الاتصال (ويمكن لمقدم الطلب إضافة جهات اتصال متعددة).

ـ إدخال ملخصًا عن النشاط في خانة (ملخص عن النشاط) بجانب كل نشاط في الجدول السفلي، تستعرض فيه سبب أو أسباب التسجيل في هذا النشاط أو أي ملاحظة أخرى.

ـ الضغط على "إرسال" لتقديم طلب تسجيل الشركة لإدارة النظم الأمنية[3].

رابعاـ دولة المملكة العربية السعودية:

أطلقت وزارة التجارة والصناعة السعودية بتاريخ 21 نوفمبر 2012 ، خدمة "إصدار عقود تأسيس الشركات الكترونيا"، والتي تمكن مقدم الطلب من تعبئة بيانات عقد تأسيس الشركة والحصول على

([1]) متوفر على الموقع الالكتروني بتاريخ 2014/04/30 /http://www.alkhaleej.ae/economics

([2]) متوفر على الموقع الالكتروني بتاريخ 26 جانفي 2011: www.emaratalyoum.com

([3]) متوفر على الموقع الالكتروني: http://portal.www.gov.qa/wps

ـ كما يمكن مشاهدة إجراءات تأسيس عقد الشركة الكترونيا في النظام السعودي، عبر خدمة اليوتيوب، تاريخ 02 مارس 2013: http ://www.youtube.com

الموافقة عليه إلكترونيا، بالربط مع بعض الجهات الحكومية الأخرى، ويشمل نطاق التشغيل الأولي الحالي لخدمة إصدار عقد شركة الكترونياً الشركات ذات المسئولية المحدودة، وشركات التضامن، وشركات التوصية البسيطة، وبالإمكان الاستفادة من الخدمة على الموقع الالكتروني للوزارة[1].

كما جسدت ذات الوزارة بالتعاون والتنسيق مع وزارة العدل بتاريخ 13 أفريل 2015، خدمة التوثيق الالكتروني لعقود تأسيس الشركات لدى كتابة العدل، للمستفيدين الراغبين في توثيق عقودهم التأسيسية.

حيث أصبح بالإمكان إجراء التوثيق الالكتروني للعقود وإدراج الوثائق المطلوبة لدى كاتب العدل، إضافة إلى اختيار الموعد المناسب للحضور لدى كاتب العدل آليا، حسب رغبة الشركاء عبر نظام عقود التأسيس الالكتروني في موقع وزارة التجارة والصناعة. وهو ما من شأنه تسهيل آليات الخدمة واختصار إجراءات العمل، وزيادة سرعة الانجاز، وتكون لكتابة العدل صلاحية التوثيق الالكتروني للعقود دون الحاجة للتعاملات الورقية في نظامها.

كما يتمكن المستفيدون من الخدمة أيضا من إرفاق الوثائق المطلوبة لدى كاتب العدل، من وكالات شرعية وصكوك ووثائق أخرى، عن طريق نظام التأسيس الالكتروني في موقع وزارة التجارة والصناعة، لتتم معاينة وتحميل الملفات المرفقة لعقود التأسيس بواسطة كتابة العدل دون حاجة المستفيدين إلى حضورهم وتقديم أوراقهم بشكل يدوي.

وتهدف خدمة التوثيق الالكتروني إلى حفظ العقود والملفات عبر الأرشفة الالكترونية، ورفع مستوى جودة الخدمة، للرفع من مستوى خدمات التعاملات الالكترونية الحكومية، لدفع عجلة التنمية الاقتصادية بمملكة السعودية[2].

خامساـ دولة مصر:

أشار وزير الاستثمار المصري أشرف سالمان إلى أن الوزارة تبذل جهود مكثفة لاستكمال منظومة تأسيس الشركات الكترونيا، وذلك في اجتماع الوزارة مع الهيئة العامة للاستثمار يوم الأحد 14 فيفري 2016، حيث تعمل الوزارة مع الهيئة، على تحسين مستوى وكفاءة الخدمات المقدمة، من خلال تفعيل

(1) الموقع الالكتروني لوزارة الصناعة والتجارة السعودية: http://e.mci.gov.sa/ecs

(2) متوفر على الموقع الالكتروني بتاريخ 2015/04/13: www.al-madina.com

آلية الربط الالكتروني مع كل الجهات المعنية، والتي كان آخرها وزارة التضامن الاجتماعي من خلال ربط التأمينات بمجمع خدمات الاستثمار، لتكتمل بذلك كل خطوات تأسيس الشركات بالكامل، من حيث إصدار السجل التجاري والبطاقة الضريبية وملف التأمينات والنظام الأساسي.

كما أشارت الوزارة إلى انه يجري حاليا التنسيق مع عدد من الجهات ذات الصلة لتفعيل منظومة الدفع الالكتروني ليتمكن المستثمرون من إنهاء كل إجراءات تأسيس الشركات الكترونيا، دون الحاجة إلى زيارة أي فرع من فروع الهيئة، في خطوة هامة لتحسين جودة الخدمات المقدمة، وتحسين ترتيب مصر في تقرير ممارسة أنشطة الأعمال الصادر عن البنك الدولي[1].

وجدير بالذكر أن وزارة المالية المصرية أصدرت قرارا رقم 1742 لسنة 2004 يتضمن ثلاث مواد[2]، اعتدت فيه بكافة التعاملات والتصرفات القانونية الصادرة بموجب قانون الموازنة العامة وقانون المحاسبة الحكومية، بكافة النماذج والدفاتر الحكومية التي تعد الكترونيا ومخرجات الحاسب الالكتروني والموقعة الكترونيا باعتبارها محررات رسمية معتمدة قانونا وفقا لقانون التوقيع الالكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004، وقررت الوزارة اعتماد هذه النماذج والاستمارات والدفاتر الكترونيا باعتبارها محررات رسمية الكترونية.

كما أوجب القرار في مادته الثالثة، على مديري الوحدات الحسابية بوزارة المالية والوزارات الأخرى ومديري الحاسبات بالأجهزة المستقلة وأجهزة الرئاسة، باعتماد مخرجات الحاسب الآلي المستخدمة في

([1]) متوفر على الموقع الالكتروني، بتاريخ 14 فيفري 2016 : http://www.albawabanews.com

([2]) قرار وزارة المالية المصرية رقم 1742 لسنة 2004، متوفر على الموقع الالكتروني:http//ar.jurispedia.org/ :

– المادة الأولى: "يعتد في جميع التعاملات والتصرفات القانونية المقررة بموجب أحكام قانون الموازنة العامة للدولة وقانون المحاسبة الحكومية بنماذج الميزانية والموازنات أو الاستمارات أو الدفاتر الحكومية المعدة بواسطة الحاسب الآلي وكذلك مخرجات الحاسب الآلي المستخدمة بالوحدات الحسابية أو الواردة من الوحدات الإدارية الميكنة آلياً والمدون بها البيانات المتطلبة بالوثائق المالية الحكومية وذلك بعد إقرارها من وزير المالية أو كانت مماثلة لتلك التي تم تصميمها من خلال برنامج الحكومة الإلكترونية بوزارة المالية للتنمية الإدارية وحازت على موافقة وزارة المالية".

ـ المادة الثانية: " تعتبر مخرجات الحاسب الآلي المعتمدة باستخدام الآليات الخاصة بالتوقيع الإلكتروني والقواعد المنظمة لاستخدامه مخرجات رسمية معتمدة اعتماداً قانونياً حسب قانون التوقيع الإلكتروني ويعتمد تداولها بصفة رسمية".

ـ المادة الثالثة: "يتعين على مديري الوحدات الحسابية تحت إشراف المراقبين الماليين بالوزارات والهيئات ومديري المديريات المالية بالمحافظات ومديري عموم الحسابات بالأجهزة المستقلة والرئاسية اعتماد مخرجات الحاسب الآلي المستخدمة بالوحدات الحسابية وتجميعها وأرشفتها بما يضمن سهولة الرجوع إليها وعليهم التأكد من أن نظام الميكنة المعتمد يتضمن الضوابط الآلية التي تحول دون إجراء أي تغيير في بيانات المخرجات أو التلاعب فيها بعد ذلك".

الوحدات الحسابية، وضرورة تجميع هذه المخرجات وأرشفتها بطريقة تضمن عدم التلاعب بها أو تغيير بياناتها، مع سهولة الرجوع إليها في أي وقت، بالصورة التي حفظت بها هذه المخرجات.

وقد جاء هذا القرار ليتماشى مع ما ورد في نص المواد 15ـ 18 من قانون التوقيع الالكتروني المصري ولائحته التنفيذية، بحيث تصبح كافة مخرجات الحاسب الالكتروني المتعلقة بالحاسبات لكافة الوزارات في مصر، وكذلك الهيئات الحكومية المستقلة ماليا وأجهزة رئاسة الجمهورية، جميعها محررات رسمية الكترونية، مع التأكيد على ضرورة حفظها الكترونيا، بوسائل تضمن سهولة الرجوع إليها عند الحاجة وضمان عدم التلاعب بها أو تغيير موضوعاتها.

ويتضح من القرار بأن وزير المالية قد عهد إلى كافة مديري الوحدات الحسابية والمراقبين الماليين في كافة الوزارات وأجهزة الدولة، بأن يتأكدوا من أن نظام الحاسب الآلي المعمول به على درجة عالية من التقنية، بحيث يتضمن النظام الآلي ضوابط فنية لحفظ المحررات الرسمية الالكترونية، وضمان عدم التلاعب بها أو تغييرها، وبما يضمن سهولة الرجوع إليها عند الحاجة، واستخدام التوقيع الالكتروني وفق أحكام التوقيع الالكتروني المصري لإعداد هذه المخرجات وحفظها[1].

لذا ينبغي على المشرع المصري الإسراع بإصدار النصوص التنظيمية للمحررات الرسمية الالكترونية في ظل هذا الاعتراف بها، مثلما فعل المشرع الفرنسي.

من خلال ما سبق يتضح لنا تجارب الدول الرائدة في مجال التجارة الالكترونية، سيّما في دول الخليج العربي والعالم الغربي، وهو ما يدعونا إلى حث المشرع الجزائري إلى تفعيل منظومته القانونية والتقنية من أجل تنشيط الحركة التجارية الالكترونية، والاستعانة بما وصلت إليه تجارب الدول المتقدمة في هذا المجال. فلم يعد الحديث عن عدم توافر الكوادر البشرية المختصة في مجال تقنيات المعلوماتية مطروحا، بل أصبحت الجامعات الجزائرية يتخرج على يديها الآلاف من المختصين في هذا المجال، وهو ما يدعو إلى توظيف قدراتهم في هذا المجال.

(1) د. يوسف احمد النوافلة، المرجع السابق، ص 177.

المبحث الثاني

القيود الواردة على الشكلية الالكترونية

الأصل هو حرية أطراف التعاقد في اختيار شكل التعبير عن إرادتهم، استنادا لمبدأ سلطان الإرادة، وفقا للمادة 60 قانون مدني جزائري. لكن قد يشترط القانون في بعض الحالات، إفراغ التراضي في شكل محدد يفرضه القانون.

بحيث لا يكون للعقد وجود قانوني إلا إذا تم في الشكل الذي اشترطه القانون، وتكون الكتابة بذلك ركنا جوهريا فيه، كما هو الحال في عقد بيع العقار أو المحل التجاري مثلا (المادة 324 مكرر قانون مدني جزائري).

وكما رأينا يجوز إبرام العقود التي تشترط شكلا معينا في شكل الكتروني، حيث تقوم الكتابة الالكترونية والتوقيع الالكتروني متى توافرت شروطهما مقام الكتابة والتوقيع في الشكل التقليدي، ويمكن إبرام عقود رسمية أيضا بتوافر البيئة القانونية والالكترونية الملائمة.

غير أن غالبية التشريعات لم تفسح المجال واسعا لإبرام كافة العقود الشكلية في شكل الكتروني وذلك لاعتبارات معينة، بحيث عملت على استثناء بعض العقود من الخضوع لقواعد وأحكام الشكلية الالكترونية، وفضلت إبرامها في الشكل التقليدي.

وسنتناول في هذا المبحث مسألة الاعتراف التشريعي بالشكلية الالكترونية، والاستثناءات الواردة عليها في مطلب أول، ثم في مطلب ثان الحلول التشريعية والتقنية لمواجهة هذه القيود.

المطلب الأول

الاعتراف بالشكلية الإلكترونية

مع ما أفرزته ثورة المعلومات من تقنيات ووسائل حديثة للاتصال، كان للتجارة الالكترونية النصيب الأكبر من هذه المستجدات، حيث تأثرت بها سواء من حيث طريقة إبرام عقودها أو تنفيذها أو حتى إثباتها، فتسارعت تشريعات الدول إلى ضبط ووضع قواعد تتناسب مع هذه المستجدات، إما بإصدار

نصوص قانونية جديدة تتعلق بالتجارة الالكترونية، أو محاولة تطويع النصوص الداخلية لتستوعب هذه المفاهيم.

وقد استندت تشريعات الدول الداخلية في ذلك إلى القانون النموذجي للتجارة الالكترونية، الصادر عن لجنة القانون التجاري الدولي، التابعة للأمم المتحدة، لهذا سنتطرق إلى أهم هذه التشريعات في فرع أول، ثم في فرع ثاني نتطرق إلى أهم الاستثناءات على الشكلية الالكترونية.

الفرع الأول

الاعتراف التشريعي بالشكلية الالكترونية

تعددت التشريعات التي تناولت موضوع الشكلية الالكترونية، وسنت قواعد خاصة تنظم أهم مسائلها، لهذا سنتناول أهم هذه التشريعات في النقاط التالية:

أولا ـ القانون النموذجي للتجارة الالكترونية لسنة 1996:

نصت المادة 1/6 من قانون الاونسيترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية على " عندما يشترط القانون أن تكون المعلومات مكتوبة، تستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط إذا تيسر الاطلاع على البيانات الواردة فيها ..."

كما نصت المادة 8 من ذات القانون على" عندما يشترط القانون تقديم المعلومات أو الاحتفاظ بها في شكلها الأصلي تستوفي رسالة البيانات هذا الشرط، إذا كانت تلك المعلومات مما يمكن عرضها على الشخص المقرر أن تقدم إليه عندما يشترط تقديم تلك المعلومات ".

فقد عملت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري على الاعتراف بالكتابة في الشكل الالكتروني وإعطائها حجية في الإثبات تساوي الكتابة التقليدية، متى أمكن تحديد هوية أطرافها والرجوع اليها كلما استدعى الأمر ذلك.

ثانيا ـ التشريع الفرنسي:

يمكن حصر الشكليات التي حددتها القوانين لإبرام العقود الشكلية فيما يلي:

ـ أن يكون العقد مكتوبا في محرر عرفي، وهو ما تناولناه في الفصل الأول من هذه الدراسة.

ـ أن يكون العقد مكتوبا في محرر رسمي، وهو ما تطرقنا إليه أعلاه,

ـ أن تكون هناك بيانات معينة مكتوبة في العقد بخط يد المتعاقد[1].

وعلى هذا الأساس أصدر المشرع الفرنسي القانون رقم 230-2000 بشأن تطوير قانون الإثبات والمتعلق بالتوقيع الإلكتروني، وقد انقسم الفقهاء حول قيمة الكتابة الإلكترونية، فذهب البعض إلى أنها وسيلة إثبات فحسب، بمعنى أنها لا يمكن أن تكون كافية لإبرام العقد الرسمي، الذي يتطلب القانون الكتابة كشرط لانعقاده، فالتعديل الفرنسي لنص المادة 1/1316 قانون مدني، تحدث عن الكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني كوسيلة للإثبات فحسب، ولم يكن القصد منه تكريس الشكلية في الأحوال التي يوجبها القانون لانعقاد التصرف أو العقد[2].

بينما يذهب اتجاه آخر إلى أن الكتابة الإلكترونية يمكنها أن تشمل الكتابة كركن في العقد، وذلك راجع إلى عمومية نص المادة 1316 قانون مدني فرنسي في تعريفه الكتابة:"ينشأ الإثبات الخطي أو بالكتابة من تتابع أحرف أو أشكال أو أرقام أو أية إشارات لها دلالة قابلة للإدراك، أيا كانت دعامتها أو الوسائل المستخدمة في نقلها". وهو ما تكرّس فعليا كما رأينا سابقا، بصدور المرسومين 972/2005 و 973/2005 المحددان لكيفية إنشاء محررات رسمية الكترونية.

كما أن التوجيه الأوروبي رقم 2000/31 بشأن التجارة الإلكترونية[3]، حظر على الدول الأعضاء وضع أي عراقيل أو عقبات أمام الاعتراف بالعقود الإلكترونية، وحثها على العمل على تطوير تشريعاتها لإقرار المعاملات الإلكترونية. وبذلك فإن عدم منح الكتابة الإلكترونية قوة ترتيب كافة الآثار القانونية، يكون مخالفا لمقتضيات الجماعة الأوروبية[4].

([1]) GRYNBAUM (L.), **« La directive de commerce électronique ou l'inquiétant retour de l'individualisme juridique »,** J.C.P.E, 21 mars 2001, n 12.

([2]) ELLOUMI Abderraouf, Op.cit. P. 166.

ـ د. خالد إبراهيم ممدوح، المرجع السابق، ص 193.

([3]) Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur («directive sur le commerce électronique»), Journal officiel n° L 178 du 17/07/2000 p. 0001 – 0016. et disponible sur eur-lex.europa.eu

([4]) د. خالد ابراهيم ممدوح، المرجع السابق، ص 194.

غير أن الاتجاه الحديث من الفقه الفرنسي، يذهب إلى عدم التفرقة في الكتابة في العقود الإلكترونية بين اعتبارها كتابة للإثبات أم كتابة للانعقاد، وأن هذه التفرقة قد تم إلغاؤها بموجب المرسوم 8 جوان 2000 وهما عبارة عن مفهومين متقاربين[1].

فالتصرف إذا لم تتوافر فيه شكلية لإثباته، فإنه لا يمكن إثباته في حال قيام نزاع بين أطرافه، ويمنع تنفيذه إذا تخلفت شكلية الانعقاد.

ففي العالم الورقي توجد وسائل أخرى لتعويض غياب الكتابة وإثبات حقوق الأطراف، في حين أن غياب الكتابة الالكترونية في التجارة الالكترونية، لا يمنح أدنى حظ للمتعاقد من أجل إثبات حقه، ذلك أن كل العمليات التي تمت مع الطرف الأخر كانت غير مادية[2].

وما يؤكد التقارب بين المفهومين أيضا، حسب بعض الفقهاء، هو أن كلا النوعين من الشكلية يستعمل نفس العناصر المطاطة: الكتابة والتوقيع[3].

فالتفرقة التقليدية بين الكتابة كدليل إثبات أم دليل انعقاد، تبررها الإرادة والرغبة في حماية رضاء الأطراف، وهذا المبرر أيضا موجود في التجارة الإلكترونية، عن طريق التقنيات المستخدمة من أجل التأكد من حقيقة رضاء الأطراف، كاستعمال التوقيع الإلكتروني الآمن أو اللجوء إلى جهات التصديق والتوثيق[4]. فغياب المحرر الإلكتروني في التجارة الإلكترونية، لا يمكن من خلاله إثبات رضاء الأطراف سواء كانت الكتابة المطلوبة في هذا المحرر للإثبات أم للانعقاد.

فالكتابة الإلكترونية تلعب دورا في الإثبات وحماية الأطراف، حيث تعمل الوسائل التقنية الحديثة على حماية أطراف العقد، خاصة الطرف الضعيف[5].

([1]) ZOIA (M.), **« La notion de consentement à l'épreuve de l'électronique »,** 1ere partie , Gaz. Pal ,2001, n° 198, P. 16.

- CAPRIOLI (E.A) et AGOSTI (P), **« La confiance dans l'économie numérique (Commentaire de certains aspects de la loi pour la confiance dans l'économie numérique) »,** P. Aff. 2005, n° 110, P. 13.

([2]) ELLOUMI (A.), Op.cit, P. 165.

([3]) DAURIAC Isabelle, « **Forme ; preuve et protection de consentement »**, in Économica, Paris, 2004, P. 405.

([4]) ELLOUMI Abderraouf, Op.cit, P. 169.

([5]) Ibid, P. 170.

وعلى ذلك فإلغاء التفرقة بين الكتابة كدليل إثبات أو كدليل انعقاد، في المحررات الالكترونية، يسمح بظهور وتكريس نوع جديد من الشكلية، هي الشكلية الحمائية Formalisme de protection، أو كما يسميها البعض الدليل الحمائي la preuve protectrice ، الذي من شأنه أن يمحو الحدود بين الشكل والإثبات[1]. وهذه الشكلية تظهر خاصة في مجال المعاملات التجارية، فالهدف منها هو حماية الطرف الضعيف تاجرا أم غير تاجر، وتكون مقترنة بجزاءات في حال مخالفتها[2].

وعليه فالتعارض بين نوعي الشكلية هو تعارض مصطنع وسيتم التخلي عنه[3]، فالعقد الالكتروني الذي يتطلب شكلا لإثباته أو لانعقاده هو نفسه دائما[4].

وقد دعم ذلك قرار مشهور في 2 ديسمبر 1997[5] عن مجلس النقض الفرنسي، حيث أنه في حوالة الدين وجب أن تكون هذه الحوالة مكتوبة، وهي شرط انعقاد حسب المفهوم الكلاسيكي، غير أن مجلس النقض، قبل الحوالة عن طريق فاكس Télécopie، ودعم بذلك وحدة مفهوم الكتابة، المهم أنها تحدد هوية صاحبها وتؤكد رضائه بمضمونها[6].

فطالما حققت الكتابة الغرض المقصود منها، وهو حماية رضاء الأطراف، وتحديد هوياتهم بشكل يقيني لا ينازعه أي شك، فان الكتابة الالكترونية تؤدي دورها، لان الهدف من هذه الشكليات هو حماية الأطراف المتعاقدة، وحفظ حقوقهم، في حال قيام نزاع مستقبلا، بحيث يمكن عرض المحرر المكتوب أمام القضاء فتكون له الحجية الكاملة في الإثبات إذا توافرت شروطه.

غير أنه يمكننا الرد على أنصار هذا الرأي، بأن المشرع عندما قرر شكليات معينة من اجل إبرام العقد، خاصة الطابع الرسمي في بعض العقود، كان يهدف فعلا إلى حماية رضاء المتعاقدين، ويهدف أيضا إلى تحصيل الرسوم والضرائب من المعاملات القانونية التي تتم في شكل رسمي، ومراقبة حجم المعاملات التجارية والمدنية التي تتم في طابع رسمي، ورقيا كان أم الكترونيا.

([1]) ZOIA (M.), **« La notion de consentement à l'épreuve de l'électronique (1ere partie) »** , article précité , P. 16.
([2]) AKODAH AYEWOUADAN, Op. cit, P. 209.
([3]) ZOIA (M.), Op. cit, p 17.
([4]) DAURIAC Isabelle, Article précité, P. 406.
([5]) Cass .com, 2 déc.1997, J .C.P, 1998, éd G, Ad, P. 905, et disponible sur www.legifane.gour.fr
([6]) ELLOUMI Abderraouf, Op.cit, PP. 170.171.

كما يمكن تصور الشكلية في بعض الحالات التي يشترط القانون ضرورة إدراج بيان بخط المتعاقد في العقد موضوع التصرف، وذلك بهدف تحقيق وظيفتين هما: لفت انتباه الشخص الملتزم إلى خطورة التصرف الذي يقدم عليه، وكذا ضمان أن هذا البيان صادر من هذا الشخص ومحددا لهويته[1].

وقد وافق المشرع الفرنسي على اعتماد شكلية البيان الخطي في المجال الالكتروني، بموجب قانون 13 مارس 2000 بتعديله المادة 1326 من القانون المدني، وذلك باستبدال عبارة بيده de sa main، بعبارة بنفسه par lui-même [2].

كما دعم ذلك بموجب المادة 1108 فقرة 1 و2 من القانون المدني التي جاء بها قانون 12 جوان 2004[3]، وقد أخذ في الاعتبار ضرورة تحديد البيان الخطي لهوية واضعه، حتى يمكن منحه تكافؤا وظيفيا في العالم الرقمي.

وعلى ذلك فالمشرع الفرنسي سخر كل إمكانياته التشريعية، من اجل وضع إطار قانوني متكامل للشكلية الالكترونية، ومن ثم إمكانية إبرام العقود التقليدية في شكل الكتروني، تدعيما للتجارة الالكترونية، وأخذا بتوصيات الاتحاد الأوروبي في هذا المجال.

([1]) DEMOULIN(M.) et MONTERO(E.), **La conclusion des contrats par voie électronique**, in M.FONTAINE, Dir., le processus de formation du contrat contributions comparative et interdisciplinaires a l'harmonisation du droit européen, Brylant- L.G.D.J., Bruxelles,2002, P. 427.

-MONTERO ETIENNE, **« La conclusion du contrat par voie électronique après la loi du 11 mars 2003 »,** journée du juriste d'entreprise le 20.XI.2003 : Le droit des affaires en évolution " Le contrat sans papier ", Bruxelles, Belgique, 2003, P. 16.

([2]) Article 1326 Modifié par Loi n°2000-230 du 13 mars 2000 - art. 1 JORF 14 mars 2000

L'acte juridique par lequel une seule partie s'engage envers une autre à lui payer une somme d'argent ou à lui livrer un bien fongible doit être constaté dans un titre qui comporte la signature de celui qui souscrit cet engagement ainsi que la mention, écrite **par lui-même**, de la somme ou de la quantité en toutes lettres et en chiffres. En cas de différence, l'acte sous seing privé vaut pour la somme écrite en toutes lettres.

([3]) Article 1108-1 Créé par Loi n°2004-575 du 21 juin 2004 - art. 25 JORF 22 juin 2004

« Lorsqu'un écrit est exigé pour la validité d'un acte juridique, il peut être établi et conservé sous forme électronique dans les conditions prévues aux articles 1316-1 et 1316-4 et, lorsqu'un acte authentique est requis, au second alinéa de l'article 1317.

Lorsqu'est exigée une mention écrite de la main même de celui qui s'oblige, ce dernier peut l'apposer sous forme électronique si les conditions de cette apposition sont de nature à garantir qu'elle ne peut être effectuée que par lui-même».

ثالثا- التشريع المصري:

أصدر المشرع المصري قانون التوقيع الإلكتروني رقم 15 لسنة 2004، وقرر مبدأ عاما مفاده أن الكتابة المطلوبة باعتبارها ركنا في العقد تتحقق مع الكتابة الالكترونية، وذلك في نص المادة 15:" للكتابة الإلكترونية والمحررات الإلكترونية في نطاق المعاملات المدنية التجارية 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 الفنية والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون".

يتضح من هذا النص أن المشرع المصري فرض مبدأ عاما في الشكلية الالكترونية، وهو إمكانية استيفاء الشكلية التي يقررها القانون لإبرام العقد أو لترتيب آثاره، عن طريق المحررات والمستندات الإلكترونية متى استوفت الشروط التي حددها المشرع في اللائحة التنفيذية للقانون[1].

على الرغم انه لم يحدد الكيفيات التي يتم على أساسها إنشاء محررات رسمية الكترونية، في ظل عدم توافر البيئة الالكترونية الملائمة بين الموثقين.

رابعا- التشريع الجزائري:

بالنسبة للمشرع الجزائري، فقد نص في تعريفه الكتابة بأنها تستوعب الكتابة الإلكترونية، كما أنه منحها حجية مساوية في الإثبات كنظيرتها التقليدية في المادة 323 مكرر 1.

وعلى ذلك فقد قبل المشرع الجزائري خضوع التصرفات القانونية التي تشترط الكتابة للشكلية الإلكترونية، بمعنى جواز إبرامها في الشكل الإلكتروني، شريطة إمكانية التحقق والتأكد من هوية مصدرها، وأن يتم إعدادها وحفظها في ظروف تضمن سلامتها من أي تعديل أو تغيير قد يلحق بها. لكنه لم يحدد الإجراءات الخاصة بكيفية إنشاء العقود الرسمية الالكترونية.

كما أنه في الحالات التي يشترط فيها ضرورة إدراج بيان بخط المتعاقد في تصرف قانوني معين، نجد أن المشرع الجزائري لم يورد نصا بإمكانية جواز البديل الالكتروني في هذه الحالة، كما فعل المشرع

(1) وقد أقر هذا المبدأ قانون إمارة دبي للمعاملات الإلكترونية في مادته التاسعة، وكذا القانون الأردني للمعاملات الإلكترونية في المادة السابعة منه.

الفرنسي، وهو ما يطرح التساؤل حول مدى تطبيق التقنيات الحديثة في العقود التي تتطلب بيانا خطيا للمتعاقد؟ ونحن نسير مع الرأي الراجح في الفقه[1]، الذي يؤيد ما ذهب إليه الفقه الفرنسي، من حيث إمكانية تحقيق وظيفتي البيان الخطي الكترونيا، حيث يعوض القلم بفأرة الكمبيوتر، في ظل استخدام تقنية التوقيع الالكتروني، التي تؤكد على هوية صاحب البيان، وتؤمن التصرف. وبالتالي امكانية قبول الشكلية الالكترونية بكافة صورها في المعاملات التقليدية.

غير أن بعض التشريعات قد منعت إجراء بعض التصرفات والعقود بطريقة الكترونية، وفضلت إبرامها في الشكل التقليدي نظرا لاعتبارات معينة، وهو ما سنتناوله في الفرع الموالي.

الفرع الثاني

التصرفات المستبعدة من قواعد الشكلية الإلكترونية

استبعدت بعض التشريعات الوطنية، بعض التصرفات القانونية من الخضوع للقواعد الخاصة بالعقود الإلكترونية، وألزمت إبرامها في الشكل التقليدي دون الشكل الإلكتروني، وذلك مراعاة لاعتبارات معينة، من أهمها:

ـ عدم اتصال بعض التصرفات بالنشاط التجاري، وليست لها علاقة بالمعاملات التجارية الإلكترونية، وإنما هي فقط مجرد تصرفات مدنية أو شخصية بحتة كالزواج والهبة والوصية.

ـ أهمية وخطورة بعض التصرفات على أطراف العقد، كرهن السفينة وبيع العقار والحقوق العينية الواردة على عقار، وأحكام وقرارات المحاكم وأوراق ومستندات التقاضي[2].

ـ حماية أطراف العقد خصوصا الطرف الضعيف(المستهلك)، ولفت انتباههم إلى خطورة التصرف الذي يبرمونه مما يسمح بتنبيههم، فهذه الشكليات إذن تمارس وظيفة نفسية[3].

([1]) ELLOUMI (A.), Op.cit, P. 408.

([2]) أ. الصالحين أبو بكر العيش، "**الشكلية في عقود الانترنت والتجارة الالكترونية**"، بحث منشور بمنتدى الموقع السوري للاستشارات والدراسات القانونية، بتاريخ 23 جانفي 2010، http://www.barasy.com

ـ د. خالد إبراهيم ممدوح، المرجع السابق، ص 195.

([3]) ELLOUMI (A.), Op.cit, P. 162.

فقد استبعد المشرع الأمريكي في نص المادة 3/ب/1 من القانون الموحد للتجارة الإلكترونية لسنة 1999، بعض التصرفات والأعمال القانونية، كمسائل قانون الأسرة مثل الزواج والطلاق والوصايا والتبني، وكذا قرارات وأوامر المحاكم وأوراق ومستندات التقاضي.

وأكد ذلك في القانون الفيدرالي بشأن التوقيع الإلكتروني لسنة 2000، حيث نص على الاستثناءات التي لا يطبق عليها القانون، وهي إنشاء الوصية أو تنفيذها، وقوانين الميراث والتشريعات الخاصة بالتبني، والطلاق والحالة الاجتماعية، وأوراق المحاكم واتفاقات الائتمان، والأوراق الخاصة بالتأمين الصحي وأوراق اليانصيب[1].

فهذا القانون يركز على المسائل ذات الطابع الشخصي، كالزواج والطلاق وما يترتب عنهما من حقوق والتزامات، وكذا مستندات التقاضي، وعقود التأمين.

كما نص قانون الصين للتجارة الإلكترونية[2]، على أنه يستبعد من تطبيق هذا القانون، إنشاء أو تنفيذ أو إلغاء الوصية، إنشاء عقد ائتمان أو تنفيذه أو تغييره، عقد سلطات وكيل أو تنفيذه أو تغييره أو إلغائه، التصرفات العقارية الخاصة بنقل الملكية أو تقرير رهن أو امتياز عليها، الأحكام وأوامر المحاكم، الإعلانات القانونية، والسندات المالية القابلة للتداول.

وتنص المادة الثالثة من قانون كندا الموحد للتجارة الالكترونية لسنة 1999على أنه:" لا ينطبق هذا القانون فيما يتعلق بما يلي:

ـ الوصايا وملاحقها.

ـ الائتمانات المنشأة بوصايا أو بملاحق وصايا.

ـ سلطات الوكيل بقدر ما تتعلق بالشؤون المالية أو الرعاية الصحية بفرد ما.

ـ المستندات المنشئة أو الناقلة لحقوق في الأراضي[3]".

([1]) أ. الصالحين أبو بكر العيش، المرجع السابق.

([2]) المادة 3 من الجدول رقم 1 من القانون الصيني رقم 1 لعام 2000 بشأن معاملات التجارة الإلكترونية. متوفر على الموقع الالكتروني http://CHINA-lexinter.net

([3]) أ. الصالحين أبو بكر العيش، المرجع السابق.

وقد قرر التوجيه الأوروبي الصادر في 8 جوان 2000، بأنه لا ينطبق هذا التوجيه على العقود المنشئة أو الناقلة لحقوق الملكية العقارية فيما عدا حقوق الإيجار، والعقود التي تتطلب تدخلا من المحاكم والسلطة العامة، وعقود الكفالة والعقود التي يحكمها قانون الأسرة أو قانون الميراث، مثل عقود الوصية والهبة والزواج، وإشهار الطلاق والتبني[1].

كما حدد قانون إمارة دبي رقم 02 لسنة 2002 بشأن المعاملات التجارة الإلكترونية، مجموعة من المعاملات تستبعد فيها الشكل الإلكتروني وهي:

- المعاملات والأمور المتعلقة بالأحوال الشخصية كالزواج والطلاق والوصايا.
- سندات ملكية الأموال غير المنقولة.
- السندات القابلة للتداول.
- المعاملات المتعلقة ببيع وشراء غير الأموال غير المنقولة والتصرف فيها وتأجيرها لمدة تزيد على 10 سنوات وتسجيل حقوق متعلقة بها.
- أي مستند يتطلب القانون تصديقه أمام كاتب العدل[2].

وكما أشرنا سابقا فإن المشرع الإماراتي بدأ في تطبيق برنامج الخدمات الالكترونية، بين مختلف الإدارات والهيئات الحكومية، ومن بينها كاتب العدل، حيث أصبح بالإمكان الاتصال الكترونيا بمكاتب العدل، وإجراء خدمات الكترونية، خاصة فيما يتعلق بالأنشطة التجارية، والذي من شأنه تخفيف العبء على فروع كاتب العدل، وتسهيل الخدمات على المتعاملين التجاريين.

([1]) Article 09 / 2 : Les États membres peuvent prévoir que le paragraphe 1 ne s'appliquent pas à tous les contrats ou à certains d'entre eux qui relèvent des catégories suivantes:

a) les contrats qui créent ou transfèrent des droits sur des biens immobiliers, à l'exception des droits de location;

b) les contrats pour lesquels la loi requiert l'intervention des tribunaux, des autorités publiques ou de professions exerçant une autorité publique;

c) les contrats de sûretés et garanties fournis par des personnes agissant à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de leur activité professionnelle ou commerciale;

d) les contrats relevant du droit de la famille ou du droit des successions.

Voir: PATRICK THIEFFRY, Op.cit, PP 189- 190.

([2]) المادة 5 من القانون رقم 2 لسنة 2002 لإمارة دبي بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية، كذلك فعل المشرع البحريني في نص المادة 02 من قانون المعاملات الإلكترونية، رقم 28 لسنة 2002، حيث استثنى معظم المحررات الرسمية من نطاق التطبيق.

ونص القانون الأردني للمعاملات الالكترونية، على أنه لا تسري أحكام هذا القانون على العقود والمستندات والوثائق المتعلقة بإنشاء الوصية وتعديلها وإنشاء الوقف، والمعاملات المتعلقة بالعقارات وسندات ملكيتها وإنشاء الحقوق العينية عليها، والوكالات والمعاملات المتعلقة بالأحوال الشخصية، وعقود بعض الخدمات العامة مثل عقود المياه والكهرباء، والدعاوى القضائية وإعلانات الدعاوى والمرافعات وقرارات المحاكم، وكذلك الأوراق المالية كالسندات والأسهم التي يتم تداولها في الأسواق والبورصات المالية[1].

فيلاحظ أن المشرع الأردني قد وسع من التصرفات التي يمنع إبرامها في الشكل الالكتروني، لاعتبارات عديدة، منها شخصية، كما هو الحال في المسائل الشخصية والوصايا والأوقاف، أو لاعتبارات المصلحة العامة كما هو الحال في الخدمات العامة، أو لخطورة بعض التصرفات كما هو الحال بالنسبة للتصرفات الواردة على عقار، أو التعاملات المالية التي تتم في البورصات والأسواق المالية، بغرض التنبيه على الأطراف بخطورتها.

كما بحث مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي في دورته السادسة، المنعقدة بمدينة جدة في الفترة من 17 إلى 23 /08 /1410 هـ، الموافق لـ 14-1990/03/20، صحة إجراء العقود التي تبرم عن طريق الإنترنت، وانتهى إلى جواز التعاقد الالكتروني، وصدر بذلك القرار رقم 26/3/54، واستثنى ثلاثة عقود من صحة التعاقد الإلكتروني، لا تنطبق عليها تلك القواعد ويجب إبرامها في الشكل التقليدي، وهذه العقود هي:

- عقد الزواج لاشتراط الشهادة.
- عقد الصرف لاشتراط التقايض.
- عقد السلم لاشتراط تعجيل رأس المال[2].

وما يلاحظ على هذا القرار انه ضيق من نطاق العقود التي تستثنى من قاعدة الشكلية الالكترونية، عكس باقي التشريعات الأخرى التي وسعت منها، فالعبرة من استثنائها هو طريقة إبرامها وتنفيذها التي

([1]) المادة 6 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2001.

([2]) د. خالد إبراهيم ممدوح، المرجع السابق، ص 198.

-راجع أيضا أ. مناني فراح، **العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري**، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2009، ص 122-127.

تشترط إما التواجد المادي لأطراف المتدخلة في العقد كعقد الزواج، أو تبادل محل العقد فورا كالمقايضة، أو التعجيل بتنفيذه كعقد السلم*.

على العكس من ذلك نجد أن المشرع الفرنسي أجاز إبرام العقد الرسمي بطريقة إلكترونية، في المرسوم 973/ 2005 السالف الذكر، إلا أنه في نص المادة 1108 من القانون المدني[1]، استثنى بعض العقود التي لا يسمح بإبرامها بطريقة إلكترونية، وهذه العقود هي:

- عقود الزواج، والعقود المتعلقة بالتركات.
- عقود التأمينات الشخصية والعينية المدنية والتجارية، إلا إذا كانت هذه العقود تم إبرامها بواسطة شخص وذلك لاحتياجات مهنته.

فقد منع المشرع الفرنسي إبرام عقود الزواج والوصايا عن طريق الانترنت، وكذا عقود التأمينات الشخصية والعينية التي تتم في شكل عرفي، ويمكن إرجاع السبب في استثناء إبرام هذه العقود بطريقة إلكترونية، إلى خطورة الآثار المترتبة عليها بالنسبة للمتعاقدين، وهو ما يوجب إبرامها بالطريقة التقليدية حتى ينبه الأطراف إلى خطورة آثارها[2]. غير أنه لم يمنع إبرام العقود المتعلقة ببيع العقارات أو نقلها بطريقة الكترونية.

لكن ما يمكن ملاحظته من الاستثناء الثاني المتعلق بعقود التأمينات العينية والشخصية، أن المشرع الفرنسي أجاز إبرامها الكترونيا، إذا كانت مرتبطة بمهنة الشخص، كما هو الحال بالنسبة للتاجر الذي يقوم بإجراء هذه العقود لحاجة تجارته، إذ تعد في هذه الحالة أعمالا تجارية بالتبعية، وبالتالي تخضع إلى قواعد القانون التجاري.

*عقد السلم (السلف) هو البيع الذي يتم فيه تقديم الثمن وتأخير استلام المبيع بشروط خاصة.

([1]) Article 1108-2 Créé par Loi n°2004-575 du 21 juin 2004 - art. 25 JORF 22 juin 2004
Il est fait exception aux dispositions de l'article 1108-1 pour :
1-Les actes sous seing privé relatifs au droit de la famille et des successions ;
2- Les actes sous seing privé relatifs à des sûretés personnelles ou réelles, de nature civile ou commerciale, sauf s'ils sont passés par une personne pour les besoins de sa profession.

([2]) د. سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 227.

وعليه فقد استثنت هذه التشريعات بعض العقود والتصرفات من إبرامها بطريق إلكتروني، حيث أن الشكليات الموجودة في العقد الإلكتروني لا تكفي حسبهم لإبرام هذه العقود الكترونيا، بل يجب أن تبقى مبرمة في الشكل التقليدي، ولا تثق في إمكانية إبرام هذه العقود إلكترونيا، نظرا لمكانة المحرر الورقي في الإثبات بين باقي المحررات. كما يمكن القول أن لحداثة هذه القوانين قد يكون له دور في إيراد هذه الاستثناءات، خاصة بالنسبة لتشريعات الدول العربية، فهي ليست لديها الخبرة الكافية والأنظمة المأمونة لتحرير المستند الرسمي إلكترونيا[1].

المطلب الثاني

الحلول التشريعية والتقنية لقيود الشكلية

كما رأينا سابقا فقد أوردت تشريعات بغض الدول استثناءات على إبرام بعض العقود بطريقة الكترونية لاعتبارات معينة، لكن في المقابل فقد حاولت جهات عديدة الحد من هذه الاستثناءات، ومحاولة تطويع الشكليات الالكترونية، لتتناسب مع إبرام هذه العقود، وبالتالي تزيل التخوف من إبرامها بشكل الكتروني.

الفرع الأول

الحلول التشريعية لقيود الشكلية

ألزم التوجيه الأوروبي المتعلق بالتجارة الإلكترونية الدول الأعضاء، تقديم تقرير كل 5 خمس سنوات للمفوضية الأوروبية تبين به أسباب إبقائها على هذه الاستثناءات المتعلقة بالعقود التي لا يمكن إبرامها في شكل الكتروني[2].

([1]) د. يوسف احمد النوافلة، المرجع السابق، ص 173.

([2]) Article 9 /3 : Les États membres indiquent à la Commission les catégories visées au paragraphe 2 auxquelles ils n'appliquent pas le paragraphe 1. Ils soumettent tous les cinq ans à la Commission un rapport sur l'application du paragraphe 2 en expliquant les raisons pour lesquelles ils estiment nécessaire de maintenir les catégories visées au paragraphe 2, point b), auxquelles ils n'appliquent pas le paragraphe 1.

وعلى هذا الأساس ينبغي على الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي، أن تبحث في قوانينها الداخلية عن المتطلبات الشكلية التي تحول دون إبرام العقود الالكترونية، وأن تقوم بإجراء تعديلات في قوانينها، بحيث يمكن الوفاء بهذه المتطلبات الشكلية بطريقة الكترونية[1].

وقد قام المشرع الفرنسي بإجراء كل التعديلات اللازمة، حتى يمكن استيفاء الشكليات المتطلبة في القوانين الداخلية بطريقة الكترونية، مما يسمح بإبرام العقود الشكلية عبر الانترنت.

وعليه يمكن القول أن هذه الاستثناءات لن يبقى عليها طويلا، فبمجرد زوال أسباب وجودها سوف تلغى، لهذا فإن الدول سوف تبدأ تدريجيا بإزالة العوائق التي تحد من تنظيم بعض التصرفات على الوسائط الإلكترونية[2]

كما أن المشرع المصري واللبناني لم يعارضا أيضا إمكانية إبرام العقد الرسمي إلكترونيا، حتى وإن لم يتطرقا إلى آلية تنظيمه إلكترونيا. كما بدأت الدول تتجه تدريجيا نحو المحاكمات الالكترونية، وتبسيط إجراءات التقاضي، ويكفي تسيير الجلسات وإدارتها بطريقة الكترونية.

وتعتبر هذه خطوة جريئة، حيث أن تنظيم المحرر الرسمي إلكترونيا حتى وإن تطلب شكلا معينا ليس من الأمر الصعب، طالما أن هناك تنظيما تشريعيا لبعض الدول وضوابط فنية وتقنية لإجراء هذا النوع من العقود بالطريق الالكتروني[3]، خاصة مع ظهور مهنة الموثق الإلكتروني Notaire électronique، وهو عبارة عن وسيط محايد ومستقل شخص طبيعي أو اعتباري، تتركز وظائفه الأساسية في إثبات مضمون المستندات والعقود الإلكترونية وتوثيقها[4]، ويطلق عليه التشريع الجزائري مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني، الذي يقوم باعتماد التوقيع الالكتروني وارتباطه بالمستندات التي يرد عليها[5].

([1]) GOBERT (D.) et MONTERO(E.), **« Le traitement des obstacles formels aux contrats en ligne »,** in cahier de CRID, n 19, 2001, P. 201.

([2]) ELLOUMI Abderraouf, Op.cit, P. 412.

([3]) د. يوسف احمد النوافلة، المرجع السابق، ص 174.

([4]) د. خالد إبراهيم ممدوح، المرجع السابق، ص 199.

([5]) راجع ما قيل سابقا عن مؤدي خدمات التصديق الالكتروني، ص 92 وما بعدها.

كما قامت الإمارات العربية المتحدة بتحويل 14 خدمة تصديق من كاتب العدل الكترونيا، من إجمالي 55 خدمة ستتحول جميعها الكترونيا بصفة تدريجية مع الزمن، ويهدف هذا التحول إلى تيسير التقاضي والعمليات المصاحبة لها من توثيق عقود ووكالات عامة وخاصة، وتبسيط الإجراءات للعملاء، وإنجاز المعاملات خلال 5 دقائق، بعد أن تجاوز عدد عملاء كاتب العدل 300 ألف شخص سنويا [1].

وقد يتطلب القانون وجود بيانات في العقد مكتوبة بخط اليد، فقد أزال المشرع الفرنسي هذه العقبة، وذلك في نص المادة 2/1/1108 من القانون المدني، المضافة بموجب قانون تعزيز الثقة في الاقتصاد الرقمي، حيث تنص على:" في حالة تطلب القانون بيانا مكتوبا بخط يد المتعاقد، فيمكن أن يقوم المتعاقد بوضع هذا البيان الكترونيا، وذلك بشرط أن تكون الأداة المستخدمة في وضع هذا البيان تتوافر فيها ما يضمن عدم إمكان قيام شخص آخر غير المتعاقد باستخدام هذه الأداة"[2].

وعليه يمكن إبرام عقود الكترونية عبر الانترنت، إذا تطلب فيها القانون بيانا بخط يد المتعاقد، إذا كانت الأداة المستخدمة تضمن استخدامه هو فقط لهذه الأداة[3].

ويمكن القول أن تقنية التوقيع الالكتروني الرقمي تفي بهذا الغرض، إذ أن الموقع يملك مفتاحا خاص لا يعلمه إلا هو، مما يمكنه من التوقيع الكترونيا على المحررات، أو إضافة أي بيان يستلزم القانون كتابيته خطيا، بحيث يتم تحويله إلى صيغة رقمية مشفرة، ولا يمكن فك شفرتها إلا من صاحبها فقط.

وعليه يمكن القول أن تشريعات الدول تسعى إلى محاولة تطويع نصوصها الداخلية، لتتواءم مع مقتضيات التجارة الالكترونية، والحد من النصوص القانونية التي تفرض شكليات معينة في إبرام بعض العقود، وتمنع إجراءها في قالب الكتروني.

([1]) د. احمد بن هزيم، مدير عام محاكم دبي، تصريح منشور في الموقع الالكتروني بتاريخ 26 جانفي 2011: www.emaratalyoum.com

([2]) Art 1108/1/2 :"Lorsque ‘est exigée une mention écrite de la main même de celui qui s’oblige, ce dernier peut l’apposer sous forme électronique si les conditions de cette apposition sont de nature a garantir qu’elle ne peut être effectuée que par lui- même."

([3]) HEGUY(M.), **« Contrats conclus par voie électronique : Les apports de la loi pour la confiance dans l’économie numérique »,** Article disponible sur : www.mascre-heguy.com , la date de mise en ligne est : aout 2004.

-CHARLES-EDOUARD BUCHER, Op. cit, PP. 175-176.

وما يعاب على المشرع الجزائري انه لم يصدر لحد الآن تشريعا لتنظيم التجارة الالكترونية، وكيفية إبرام وتنفيذ عقودها، في ظل التقدم الهائل في هذا المجال من طرف الدول المتقدمة وحتى الدول المجاورة، كدولة تونس التي تعتبر الدولة العربية الأولى التي أصدرت قانونا لتنظيم التجارة الالكترونية.

الفرع الثاني

الحلول التقنية لقيود الشكلية

ذهب بعض الفقه إلى اعتبار فكرة التوثيق الالكتروني حلا لأزمة الشكلية الالكترونية، فجهة التوثيق تكون مسؤولة عن توثيق العقد الالكتروني، الأمر الذي يجعل الوضع يبدو تطبيقا لمهنة الموثق العادي، على اعتبار أن كلا منهما يعد شاهدا محايدا ومستقلا عن العقد المبرم بين الأطراف[1]، غير أن الاختلاف بينهما يكمن في أن الموثق الالكتروني ليس موظفا عاما، وإنما عبارة عن جهة مستقلة ومحايدة تخضع للقانون الخاص، والقيد في السجل التجاري.

كما أن الشهادات التي تصدر عن مؤدي خدمات التصديق لا تتمتع بطابع الرسمية، كما سنرى لاحقا، أما الموثق العادي فانه شخص مكلف من طرف الدولة بتحرير العقود ذات الطابع الرسمي، وتمنح المحررات الصادرة عنه الرسمية، ولا يجوز الطعن فيها إلا بالتزوير، كما أنها تحوز على الصيغة التنفيذية، إذ يجوز تنفيذها دون حاجة إلى إجراء آخر.

ويجب العمل على استحداث التقنيات الآمنة لإنشاء التواقيع الالكترونية، وكذا استحداث تقنيات الأرشفة الالكترونية، للحد من قيود الشكلية المتطلبة في القوانين الداخلية، إذ الهدف من هذه الشكليات هو تقرير حماية للأطراف المتعاقدة، وهو ما يمكن للتقنيات الحديثة إذا استوفت شروط الحفظ وإمكانية استرجاعها عند الحاجة، من تحقيق أغراض الشكلية في القانون الداخلي.

وعلى ذلك ينبغي على تشريعات الدول التي تستثني تنظيم بعض العقود إلكترونيا، تحديث وتعديل نصوصها المتعلقة بالتوثيق والشهر العقاري، بالتوسيع من مهام الموثق العادي، لإمكانية إبرام هذه العقود إلكترونيا، نظرا لما أفرزته التكنولوجيا من وسائل ونظم تقنية مؤمنة، لإجراء هذا النوع من المعاملات.

([1]) د. خالد إبراهيم ممدوح، المرجع السابق، ص 199.

ـ أ. نسرين عبد الحميد نبيه، **الجانب الالكتروني للقانون التجاري**، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2008، ص 295. 296.

كما يتم الاستعانة بجهات التوثيق أو التصديق الالكتروني، من أجل تسليم شهادات التصديق على التوقيع الالكتروني لاتسامها بالحيدة والنزاهة، وكذا توافرها على الوسائل التقنية المؤتمنة للتأكد من هوية الأطراف المتعاقدة. كما عليها العمل على توفير أفضل الوسائل التقنية الآمنة، من اجل إبرام المعاملات الالكترونية، في وسط تحيطه الثقة والسرية.

خلاصة الباب الأول:

من خلال هذا الباب تطرقنا إلى كيفية إبرام العقد الالكتروني الذي يتطلب القانون شكلا معينا لانعقاده، حيث يمكن إبرام العقد الالكتروني في شكل محرر عرفي، يتضمن كتابة الكترونية وتوقيعا الكترونيا موثقا. يشترط فيها توافر شروط قانونية محددة تمكن من تحديد هوية أطراف العقد، وتعبر عن رضائهما الالتزام بمضمون ما ورد في العقد.

فالعقود العرفية الالكترونية تنشأ بنفس الشروط التي تنشأ بها المحررات العرفية الخطية، إلا أنها تختلف عنها في الوسائل التي تنشأ بها، وكذا الدعامات التي تحفظ فيها.

كما يمكن أن تنشأ في البيئة الالكترونية عقود رسمية الكترونية ، تكون تحت إشراف موثقين فأكثر، باستعمال تقنيات الاتصال عن بعد، ويتم اشتراط نفس الشروط المتطلبة لإنشاء العقود الرسمية الخطية، غير أن الطريقة التي تتم بها تكون في بيئة افتراضية لا تجمع المتعاقدين فعلا.

وقد اعترف المشرع الجزائري كغيره من المشرعين بالكتابة الالكترونية، وساواها بالكتابة الورقية، شريطة أن تحدد هوية مصدرها، وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها، إلا أنه لم يحدد طبيعة هذه الكتابة، هل هي الكتابة العرفية أم الكتابة الرسمية.

ونحن نرى بإمكانية استيعاب مفهوم الكتابة الالكترونية للمحررات الرسمية، نظرا لإمكانية إنشاء هذه المحررات في بيئة التجارة الالكترونية، نتيجة التطورات التقنية الحاصلة في مجال وسائل الاتصال.

وقد وضعت بعض تشريعات الدول قيودا على الشكلية الالكترونية ومنعت إجراء بعض العقود في شكل الكتروني لاعتبارات معينة، غير أن الواقع يثبت التخلي التدريجي عن هذه القيود بالنظر إلى تقنيات الأمان والسرية التي تفرزها التطورات التكنولوجية المستمرة.

وسنتطرق في الباب الموالي إلى دور الشكلية في إثبات عقود التجارة الالكترونية.

الباب الثاني:

دور الشكلية في إثبات عقود التجارة الالكترونية

الباب الثاني

دور الشكلية في إثبات عقود التجارة الالكترونية

صاحب التطور التكنولوجي الحاصل لوسائل الاتصال الحديثة في مجال التجارة، تغيرا جذريا في مفهوم المحرر التقليدي، فبعد أن كان يتم إنشاؤه على دعامة ورقية، أصبح بالإمكان إجراء محررات مكتوبة على دعامات الكترونية غير ملموسة، وهو ما احدث تغييرات في المفاهيم القانونية لنظام الإثبات، سواء في القانون المدني أو التجاري أو الجنائي، الأمر الذي أدى بالمشرعين ورجال القانون إلى محاولة ضبط هذه المفاهيم الجديدة، ومحاولة تكييفها مع النصوص القانونية الموجودة، إما بإعادة صياغتها أو بوضع نصوص جديدة تتماشى مع التطور التكنولوجي الحاصل.

واتجهت الجهود الدولية والوطنية إلى محاولة التوفيق والمساواة بين المحررات التقليدية والمحررات الالكترونية في الإثبات، ومنحت حجية قانونية كاملة لعناصر الدليل الكتابي الالكتروني كنظيره التقليدي، متى توافرت في عناصره الشروط القانونية اللازمة لذلك.

فقد تم الاعتراف بحجية المحرر الالكتروني بعناصره، الكتابة والتوقيع الالكترونيين، كحجية نظيره التقليدي بعناصره الكتابة والتوقيع التقليديين، وهو ما دعم التعامل بالمحررات الالكترونية وبذلك تنامي حجم نشاط التجارة الالكترونية، لما توفره من عناصر الثقة والأمان.

فبعد أن تطرقنا في الباب الأول إلى إبرام عقود التجارة الالكترونية، العرفية والرسمية، والشروط الواجب توافرها فيها، سنتناول في هذا الباب دور الشكلية في إثبات عقود التجارة الالكترونية، حيث سنتطرق في فصل أول إلى حجية عقود التجارة الالكترونية، في ضوء قواعد الإثبات التقليدية في مبحث أول، وفي مبحث ثان نتطرق إلى حجية المحررات الالكترونية في ضوء قواعد الإثبات الحديثة. ثم في مبحث ثالث التدخل التشريعي لتنظيم الإثبات بالسندات الالكترونية.

ثم تتناول في الفصل الثاني المنازعة في صحة المحررات الالكترونية، من خلال التطرق إلى طرق الطعن في صحة المحررات الالكترونية الرسمية والعرفية في مبحث أول، ثم التطرق إلى التنازع بين المحررات الورقية والالكترونية، وكذا تحديد القانون الواجب التطبيق على منازعات شكل المحررات الالكترونية، في مبحث ثان.

الفصل الأول

حجية المحررات الالكترونية في الإثبات

الإثبات هو إقامة الدليل على واقعة معينة، وتتنوع أدلة الإثبات من حيث القوة في الحجية، حيث تعد الكتابة في قمة هرم طرق الإثبات، فقد درج الناس على الكتابة التقليدية لإثبات تصرفاتهم لثقتهم فيها كوسيلة تتسم بالثبات، ويصعب تزويرها دون اكتشاف ذلك.

ومع التطور التكنولوجي ظهرت أشكال جديدة للكتابة والمحررات والتوقيع، حيث أصبحت تتم بشكل الكتروني باستخدام أحرف وأرقام ورموز وإشارات ضوئية وغيرها، في صياغة المحررات الالكترونية والتوقيع عليها الكترونيا، ويتم حفظ هذه المحررات على دعامات واسطوانات تضمن لها الاستقرار كالمستندات الورقية.

وقد تضافرت الجهود الدولية من اجل إعطاء حجية قانونية لهذه المحررات الالكترونية الموقع عليها الكترونيا، وعملت على المساواة بينها وبين المحررات التقليدية، متى استوفت الشروط المنصوص عليها قانونا، وهو ما يعرف بمبدأ التكافؤ الوظيفي بين عناصر المحرر الالكتروني(الكتابة والتوقيع الالكتروني) وعناصر المحرر التقليدي (الكتابة والتوقيع التقليدي).

وقد سارعت أغلب التشريعات الوطنية إلى إصدار تشريعات مماثلة، تقر بحجية الكتابة والتوقيع الالكتروني في الإثبات، إما بتعديل نصوصها المتعلقة بالإثبات، كما هو الحال بالنسبة إلى التشريع الفرنسي، أو بإصدار نصوص جديدة تتعلق بالإثبات الالكتروني كالمشرع المصري، وإما باتخاذ الأمرين معا كالمشرع الجزائري.

وفي ظل هذه الحركية القانونية، سواء على المستوى الدولي أو المستوى الداخلي، تثور جملة من التساؤلات في مدى حجية هذه المحررات الالكترونية في الإثبات.

وعليه سوف نتطرق في مبحث أول إلى حجية المحررات الالكترونية سواء العرفية أو الرسمية وفقا لقواعد الإثبات التقليدية، وفي مبحث ثان حجيتها وفقا لقواعد الإثبات الحديثة. ثم في مبحث ثالث التدخل التشريعي لتنظيم الإثبات بالسندات الالكترونية.

المبحث الأول

حجية المحررات الالكترونية وفقا لقواعد الإثبات التقليدية

تعد الكتابة شرط ضروري لإثبات التصرفات القانونية التي تجري بين الأفراد، وتعد أقوى الأدلة في الإثبات. وتمتاز بأنها دليل يمكن إعداده مقدما، أي عند صدور التصرف القانوني وقبل قيام النزاع، مما يمكن معه تحديد مركز الشخص تحديدا واضحا ودقيقا، كما أنها تتصف بالثبات فهي تحفظ على مرور الزمن ما تتضمنه من معلومات، لأنها تحصل في وقت لا نزاع فيه، فعند تقديمها للقضاء تنطق بتلك الحقائق التي سبق إثباتها، ما لم يثبت تعرضها للتلف أو التزوير[1].

وقد اشترطت التشريعات الوطنية ضرورة تقديم الدليل الكتابي لإثبات تصرفات قانونية معينة، ويعد الدليل الكتابي في المعاملات المدنية هو الأصل، أما استثناءا ما عاداه من الأدلة.

فالدليل الكتابي كل كتابة يمكن أن يستند عليها احد الطرفين في إثبات حقه أو نفيه، ويؤخذ بها في الإثبات بوصفها دليلا كاملا[2].

المطلب الأول

حجية المحررات الالكترونية في إثبات المعاملات بين الأفراد

كما اشرنا سابقا، فقد عرفت الكتابة تطورا كبيرا متأثرة بالتطور التكنولوجي الحاصل لوسائل الاتصال، فبعد أن كانت الكتابة تتم على دعامات ورقية، أصبحت تتم على دعامات الكترونية، في مجال المعاملات المدنية والتجارية التي تتم بين الأفراد. فهل يمكن إثبات المعاملات التي تتم بين الأطراف بواسطة محررات الكترونية؟

([1]) د.عباس العبودي، **شرح أحكام قانون الإثبات المدني**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الإصدار الثاني، الأردن، 2005، ص 122.

([2]) يطلق على الدليل الكتابي في القانون الإنجليزي (deed document)، وقد عرفه الأستاذ John Buzzard أنه:" كل ما يستفاد من ورقة مكتوبة وموقعة ممن أنشأها ومبلغة إلى من أنشأت لمنفعته وتفيد انتقال الحقوق والالتزامات إلى الشخص المسمى فيها".

John Buzzard, phipson evidence, lied 1970, P. 715. ـ مشار إليه في . د– عباس العبودي، المرجع السابق ، ص 123.

الفرع الأول

حجية المحررات الالكترونية في إثبات التصرفات التجارية

الأصل في المعاملات التجارية هو حرية الإثبات، بمعنى حرية الأطراف في إقامة الدليل بأية طريقة يرونها مناسبة، وهو ما أشارت إليه المادة 333 من القانون المدني الجزائري[1]، حيث استثنت هذه المادة المعاملات التجارية من أحكام الإثبات بالكتابة، وهو ما يعطي لأطراف العلاقة التجارية الحق في إثبات تصرفاتهم بكافة طرق الإثبات.

فقد أشارت المادة 30 قانون تجاري جزائري إلى طرق إثبات العقد التجاري، بنصها على:"يثبت كل عقد تجاري:1- بسندات رسمية، 2- بسندات عرفية، 3- بفاتورة مقبولة، 4- بالرسائل، 5- بالإثبات بالبينة أو بأية وسيلة أخرى إذا رأت المحكمة وجوب قبولها"[2]. حيث أعطت للأطراف حرية إثبات العقود التجارية بأي طريقة من طرق الإثبات، بما فيها المحررات الالكترونية، شريطة قبولها أمام القضاء.

كما ألزم القانون التجاري التجار بضرورة مسك الدفاتر التجارية، من اجل ضبط تطور عناصر الذمة المالية للتاجر أو الشركة التجارية، وكذا تقييد المعاملات التجارية في هذه الدفاتر، ونصت المادة 13 من القانون التجاري على جواز قبول القاضي الدفاتر التجارية المنتظمة كإثبات بين التجار بالنسبة للأعمال التجارية، وعلى ذلك فهم غير ملزمون بتحرير مستندات بما يبرمونه من عقود[3].

فالأصل في المعاملات التجارية هو حرية الإثبات ما لم يرد نص أو اتفاق مخالف، كوجوب إثبات عقد الشركة بعقد رسمي مكتوب، ذلك أن التجارة تتطلب السرعة واستغلال الفرص من قبل التاجر دون تردد، بعيدا عن الشكلية التي تتطلبها الحياة المدنية، التي تقضي بإتباع إجراءات معينة، ومثل هذه

([1]) تقابلها المادة 60 من قانون الإثبات المصري والمادة 28 من قانون البيانات الأردني.

([2]) كما نصت المادة 1/69 من قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999: "يجوز إثبات الالتزامات التجارية أيا كانت قيمتها بكافة طرق الإثبات ما لم ينص القانون على غير ذلك".

- وتقابلها أيضا المادة 3/110 من قانون التجارة الفرنسية:

Article L110-3: "A l' égard des commerçants, les actes de commerce peuvent se prouver par tous moyens à moins qu'il n'en soit autrement disposé par la loi."

([3]) د. لورنس محمد عبيدات، **إثبات المحرر الالكتروني**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الإصدار الثاني، الأردن، 2003 ، ص 109.

الإجراءات قد تفوت فرصا كثيرة على التاجر[1]، حيث يعد الدليل الكتابي تعطيلا وتقييدا للمعاملات التجارية.

غير أن تطبيق مبدأ حرية الإثبات في المعاملات التجارية، يقتضي التفرقة بين أطراف التصرف، فيما إذا كانوا تجارا معا، أو أحدها تاجرا والآخر غير تاجر، فالاحتجاج بالمحررات الالكترونية للتاجر يقتضي التمييز بين الحالات التالية:

أولاـ حجية المحررات الالكترونية بين التجار.

يتولى التشريع الداخلي للدول في التقنين التجاري تحديد الأعمال التي تعتبر تجارية، فالأصل في جميع الأعمال أنها مدنية إلا إذا نص القانون على اعتبارها من الأعمال التجارية.

وقد حدد القانون التجاري الجزائري مجموعة الأعمال التي تعتبر تجارية في المواد 2-3-4 ، ونصت المادة الأولى منه:"يعد تاجرا كل شخص طبيعي آو معنوي يباشر عملا تجاريا ويتخذه مهنة معتادة له، ما لم يقض القانون بخلاف ذلك".

ويعد العمل تجاريا بالنسبة لطرفيه، إذا كان يقصدان من هذا العمل تحقيق الربح عن طريق تداول الثروة، أو كان القصد من ورائه هو المضاربة[2]. وعلى ذلك إذا كان التصرف تجاريا وتم بين تاجرين، فانه يجوز إثباته بكافة طرق الإثبات المحددة في القانون، وقياسا على ذلك إذا استخدم طرفا العلاقة العقدية وسائل حديثة في إبرام تعاقدهما، سواء تم ذلك من خلال الانترنت أو تبادل البيانات الالكترونية والمحررات الالكترونية، جاز لهم الإثبات بهذه الوسائل[3]. وللقاضي السلطة التقديرية الواسعة في تحديد قيمتها في الإثبات، ويأخذ بها متى توافرت على درجة عالية من الثقة[4].

(1) د. عادل علي المقدادي، **القانون التجاري**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الإصدار الثاني، الأردن، 2007، ص 36.

(2) د. لورنس محمد عبيدات، المرجع السابق، ص 110.

(3) د. لورنس محمد عبيدات، المرجع نفسه.

(4) ALAIN BENSOUSSAN, **Informatique –Télécom -Internet**, Op. cit , P. 212.

وقد أجاز المشرع المصري للتاجر الاحتفاظ بصورة مصغرة (ميكروفيلم)، بدلا من الدفتر التجاري والمراسلات وغيرها، وأطاها المشرع حجية الأصل إذا تم حفظها واسترجاعها وفق قواعد وضوابط محددة[1]، أشار إليها قانون التوقيع الالكتروني ولائحته التنفيذية.

فإذا تم حفظ الدفاتر التجارية الالكترونية بصفة آمنة، وتمكن من الرجوع إليها بسهولة، واسترجاع ما تم حفظه دون تغيير أو تبديل في بياناتها، فانه يمكن اعتبارها دليلا كاملا في الإثبات بين التجار.

وقد أشار المشرع الجزائري في القانون رقم 07-11 المتضمن النظام المحاسبي المالي، في نص المادة 24 منه إلى جواز أن تتم المحاسبة يدويا أو عن طريق أنظمة الإعلام الآلي، ويجب أن تلبي كل محاسبة ممسوكة بموجب نظام الإعلام الآلي مقتضيات الحفظ والعرف والأمن والمصداقية واسترجاع المعطيات، وتحدد شروط وكيفيات مسك المحاسبة عن طريق أنظمة الإعلام الآلي عن طريق التنظيم.

فالمشرع الجزائري أجاز أن تتم العمليات المحاسبية للمؤسسات الاقتصادية، بموجب محررات الكترونية محفوظة بطريقة آمنة، ويمكن استرجاعها دون تغيير في بياناتها.

وبصدور قانون التوقيع والتصديق الالكتروني رقم 04/15، يمكن القول أن البيانات الالكترونية التجارية المحفوظة وفقا لهذا القانون، المدعمة بتوقيع الكتروني آمن ومقترن بشهادة الكترونية موصوفة، يمكن أن تشكل دليلا كاملا في الإثبات في مواجهة التجار بين بعضهم البعض.

وعلى الرغم من أن الأصل في المعاملات التجارية هو حرية الإثبات، إلا أن هناك بعض الضوابط التي تحد من هذا المبدأ، وبالتالي وجب الرجوع إلى القواعد العامة للإثبات، وهي ضرورة الإثبات بالكتابة، ومن هذه الضوابط :

1ـ جواز الاتفاق على أن يكون الإثبات في المعاملات التجارية بالكتابة:

قد يلجا التجار إلى الاتفاق فيما بينهم في معاملاتهم التجارية، على اشتراط الكتابة لإثبات معاملاتهم، كتابة رسمية أو عرفية، وعلى ذلك وجب الرجوع إلى القواعد العامة لإثبات التصرف. إلا أن لجوء التجار إلى إبرام هذه الاتفاقيات نادر، لان التجارة تقوم أصلا على السرعة[2].

([1]) المادة 2/26 من قانون التجارة المصري.

([2]) د. عيسى غسان ربضي، المرجع السابق، ص 252.

2ـ شرط إلزامية الكتابة في بعض الأعمال التجارية:

قد يشترط القانون في بعض المعاملات التجارية وجوب إثباتها بالكتابة، كما هو الأمر بالنسبة لعقد تأسيس أو تعديل الشركة[1] أو بيع المحل التجاري أو تسييره، بحيث أوجبت المادة 324 على 1 من القانون المدني الجزائري ضرورة إخضاعها إلى شكل رسمي تحت طائلة البطلان، كذلك عقد بيع السفن، والطائرات نظرا لأهميتها وقيمتها المالية، وكذا بالنسبة لاشتراط الكتابة الرسمية في عقد الإيجار التجاري، حسب المادة 187 مكرر من القانون التجاري المعدل والمتمم[2]، فالأصل في المعاملات التجارية هو حرية الإثبات إلا ما استثنى بنص خاص.

3ـ التصرفات التي تتم بين التجار ولا تتصف بالطابع التجاري:

الأعمال المدنية التي يقوم بها التجار، ولا ترتبط بشؤون وحاجات تجارتهم، تسري عليها القواعد العامة للإثبات، بحيث لا يجوز إثباتها بكافة الطرق، إذا جاوزت النصاب المحدد في القانون، بل يجب إثباتها بالكتابة.

ثانياـ حجية المحررات الالكترونية في إثبات الأعمال المختلطة.

التصرفات القانونية المختلطة هي تلك التصرفات التي تتم بين تاجر وغير تاجر، ويجوز للشخص غير التاجر الإثبات في مواجهة التاجر بكافة طرق الإثبات، وعلى العكس من ذلك فان التاجر لا يجوز له أن يحتج في مواجهة غير التاجر إلا بالقواعد العامة للإثبات التي نص عليها القانون المدني[3]، بحيث تسري عليه قاعدة وجوب الإثبات بالكتابة إذا زادت قيمة التصرف عن النصاب القانوني المقرر.

([1]) المادة 545 قانون تجاري جزائري: "تثبت الشركة بعقد رسمي وإلا كانت باطلة. لا يقبل أي دليل إثبات بين شركاء فيما يتجاوز أو يخالف مضمون عقد الشركة".

([2]) القانون التجاري المعدل والمتمم بالقانون رقم 02/05 المؤرخ في 6 فبراير 2005، ج. ر رقم 11، مؤرخة في 2005/02/09، ص 8.

([3]) د. حسام حمد الطراونة و د. باسم محمد ملحم، **مبادئ القانون التجاري**، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، الطبعة الأولى، الأردن، 2010 ، ص 71.

ـ د. إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 232,

ـ د. إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص 201.

_ Cass.1^{e}civ.2/5/2001, Bull. Civ. I. n 108.disponible sur : www.legifrance.gouv.fr

فقد أشار المشرع المصري في نص المادة 03 من قانون التجارة:"إذا كان العقد تجاريا بالنسبة إلى احد طرفيه، فلا تسري أحكام القانون التجاري إلا على التزامات هذا الطرف وحده وتسري على التزامات الطرف الأخر أحكام القانون المدني ما لم ينص القانون على غير ذلك ".

وعلى ذلك ففي التعاقدات التي تتم عبر الانترنت، والتي تكون في أغلبها موجهة للجمهور، يغلب عليها الطابع المختلط، بحيث يكون المستهلك أو العميل أو متلقي الخدمة طرفا مدنيا، والطرف الأخر التاجر الذي يعرض خدماته بمناسبة تجارته ولأغراض الربح، فان مبدأ حرية الإثبات يطبق على العميل، بحيث يحق له الإثبات بكافة الطرق في مواجهة التاجر، ولو بالاستعانة بالمحررات الالكترونية، بعكس التاجر الذي يعتبر التصرف تجاريا بالنسبة له، يجب عليه التقيد بالقواعد العامة الواردة في القانون، فإذا زادت قيمة التصرف عن النصاب القانوني المقرر وجب إثباته بالكتابة أو ما يقوم مقامها في الإثبات[1]. ولو كتابة الكترونية إذا توافرت شروطها.

ويقوم القاضي بفحص المحرر الالكتروني المقدم للإثبات، من حيث توافره على الشروط المنصوص عليها قانونا، وكذا مدى توافر الأمان التقني في هذا المحرر، وشروط حفظه من العبث أو تعديله أو تزويره، فإذا رأى أن المحرر الالكتروني مستوف لشروط الإنشاء وشروط الحفظ، فانه يمنحه الحجية الكاملة في الإثبات كنظيره المحرر التقليدي، وهو ما دعمه قانون اليونسيترال في المادة 09 منه، باعتبار الوسائل الالكترونية والوثائق تتمتع بذات حجية السندات العادية في الإثبات[2].

الفرع الثاني

حجية المحررات الالكترونية في إثبات المعاملات المدنية

تبنى المشرع الجزائري كغيره من التشريعات الوطنية، مبدأ حرية الإثبات في المعاملات التجارية، فلأطراف المعاملة التجارية إثبات تصرفاتهم بكافة طرق الإثبات، وهو نفس المبدأ الذي تم تبنيه في المعاملات المدنية التي تتم بين الأفراد العاديين إذا لم تتجاوز النصاب القانوني المحدد.

([1]) د. لورنس محمد عبيدات، المرجع السابق، ص 110.

– د. إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص 202.

– في حين تطبق تشريعات أخرى القانون التجاري على التصرفات القانونية المختلطة، كما هو الحال بالنسبة للقانون العماني، راجع تفصيل ذلك في د. عادل علي المقدادي، المرجع السابق، ص 90.

([2]) تقابلها أيضا المادة 323 مكرر 1 قانون مدني جزائري.

حيث نصت المادة 1/333 من القانون المدني الجزائري على أنه:" في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته عن 100.000 دينار جزائري أو كان غير محدد القيمة فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو انقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك". وعلى ذلك وجب الإثبات بالكتابة إذا تجاوز هذا النصاب.

كما نص المشرع الفرنسي على أن التصرف إذا زادت قيمته عن 1500 يورو، فانه لا يجوز إثباته إلا بالدليل الكتابي[1]. وبالنسبة للمشرع المصري، فطبقا للمادة 60 من قانون الإثبات، فانه لا يجوز إثبات الالتزام الذي تزيد قيمته عن 1000 جنيه إلا بالدليل الكتابي[2].

واستنادا إلى النصوص القانونية التي ساوت في الحجية بين الكتابة في الشكل الالكتروني والكتابة في الشكل التقليدي، فإنه يجوز إثبات المعاملات القانونية التي تجاوزت النصاب المحدد بالكتابة سواء كانت في الشكل التقليدي أو في الشكل الالكتروني، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني.

وعليه ففي المعاملات التي تتم عبر الانترنت، يجوز تقديم المحرر الكتابي الالكتروني لإثبات هذا التصرف، شريطة أن يتوافر في المحرر الالكتروني الشروط المتطلبة قانونا التي تطرقنا إليها سابقا.

وقد ذهب بعض الفقهاء[3] إلى اعتبار الإثبات بالمحرر الالكتروني في مرتبة الإثبات بالشهود وغيرها من طرق الإثبات الأقل مرتبة، إذا كانت قيمة التصرف اقل من النصاب المحدد، بمعنى إذا كانت قيمة التصرف اقل من 100.000 في التشريع الجزائري أو 1500 يورو في التشريع الفرنسي، فإنه يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات، بما فيها المحررات الالكترونية، أما إذا جاوزت قيمة الالتزام هذا النصاب، فانه وجب إثباتها حسب هذا الرأي بالمحررات الكتابية التقليدية دون المحررات الالكترونية.

([1])Décret n°80-533 du 15 juillet 1980 pris pour l'application de l'article 1341 du code civil : Article 1 Modifié par Décret n°2004-836 du 20 août 2004 - art. 56 JORF 22 août 2004 en vigueur le 1er janvier 2005
La somme ou la valeur visée à l'article 1341 du code civil est fixée à 1 500 euros.
Disponible sur, www.legifrance.gouvr.fr

([2]) تقابلها المادة 29 من قانون البيانات الأردني الذي يحدد النصاب ب 100 دينار أردني.

([3]) د. يوسف احمد النوافلة، المرجع السابق، ص 202. د. إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص 205. د. عيسى غسان ربضي، المرجع السابق، ص 256.

غير أننا ننتقد هذا الرأي خاصة في شقه الأخير[1]، ذلك أن الاعتراف الدولي والوطني بالكتابة الالكترونية ومساواتها بالكتابة التقليدية يعطي لها نفس الحجية، وبالتالي نأخذ مرتبة الدليل الكتابي الكامل في الإثبات. بمعنى يجوز إثبات كافة التصرفات المدنية التي تجاوزت قيمتها النصاب المحدد بالمحررات الكتابية الالكترونية، طالما توافرت شروطها القانونية، وذلك بالنظر إلى الوسيلة المستخدمة في إنشاء المحرر وتوقيعه، وكذا جدارتها في ضمان نقله وحفظه واسترجاعه بطريقة آمنة موثوق فيها.

هذا وتثبت قيمة التصرف وقت صدوره وإبرامه، وليس وقت الوفاء به، فإذا زادت قيمة التصرف عن النصاب وقت الوفاء وكانت هذه الزيادة بسبب ضم الملحقات أو الفوائد إلى الأصل، فان التصرف يبقى خاضعا لمبدأ حرية الإثبات أو جواز الإثبات بالشهادة[2].

وفي حالة ما إذا كانت الدعوى تشتمل غلى عدة طلبات، وإن كان منشؤها علاقات أو عقود من طبيعة واحدة بين ذات الخصوم، فان كل طلب منها إذا لم يتجاوز النصاب المحدد، يجوز إثباته بكافة طرق الإثبات، ونفس الأمر بالنسبة لكل وفاء يقل عن النصاب المحدد[3].

ويرجع سبب عدم حتمية المشرع الإثبات بالكتابة فيما تقل قيمته عن نصاب معين، إلى رمزية هذه القيمة، كما قد لا تتناسب مصاريف العقد والوقت الذي يهدر مع قيمة هذا التصرف[4].

ويستثنى من مبدأ حرية الإثبات في التصرفات القانونية (سواء المدنية أو التجارية)، التي تكون اقل من النصاب المحدد في القانون، الحالات التي يتفق فيها الأطراف على وجوب الإثبات بالكتابة بصرف النظر عن قيمة التصرف[5]، وكذلك الحالات التي يشترط فيها القانون وجوب الإثبات بالكتابة بوجه خاص، كعقد الكفالة(المادة 645 قانون مدني جزائري) وعقد الصلح وعقد العمل[6]، حيث يجب الإثبات في هذه الحالات بالكتابة، سواء التقليدية أو الالكترونية في حال توافر شروطها.

([1]) ونوافق ما ذهب إليه د.سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 575 – د. لورنس محمد عبيدات، المرجع السابق، ص 114.

([2]) المادة 333 /2 قانون مدني جزائري –المادة 2/60 قانون الإثبات المصري . المادة 28 من قانون البيانات الأردني.

([3]) المادة 03/333 قانون مدني جزائري – المادة 3/60 قانون إثبات مصري– المادة 2/28 قانون بينات أردني.

([4]) د. عيسى غسان ربضي، المرجع السابق، ص 255.

([5]) ELLOUMI Abderraouf, Op .cit, P. 220.

([6]) د. إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص 206.

ومدى اعتبار المحررات الالكترونية كدليل إثبات، يخضع في النهاية للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، لتحديد قيمة هذه المحررات حتى يكون اقتناعه الذاتي[1]، مراعيا في ذلك الوسيلة المستخدمة في إنشاء هذه المحرر بالإضافة إلى الشروط المتطلبة فيه، والتي على ضوئها تقدر المحكمة اعتباره دليلا كاملا في الإثبات مساويا في الحجية الدليل الكتابي التقليدي، أو اعتباره مبدأ ثبوت بالكتابة إذا تخلف شرط من شروطه، أو الاستناد إليه على انه يشكل قرينة قضائية[2]، أو إسقاط أية قيمة له وعدم التعويل عليه بالإثبات[3]، وذلك إذا لم يتوافر على الشروط الخاصة بإنشائه.

ومع ذلك إذا كان المحرر الالكتروني يتوافر على شروط الإنشاء المحددة قانونا، ومحفوظ بطريقة آمنة تمكن من الرجوع إليه كلما استدعى الأمر ذلك، فان القاضي ملزم بالأخذ به كدليل إثبات إذا قدمه احد أطراف النزاع، ولم يتم إنكار صحة التوقيع، ولا يستطيع بذلك إعمال سلطته التقديرية في الأخذ به أو عدم الأخذ به.

هذا وقد نصت التشريعات الوطنية التي تنظم أحكام الإثبات، على عدة استثناءات على تطلب الدليل الكتابي، بمعنى حتى وإن تجاوزت قيمة التصرف النصاب المحدد، فانه يجوز الإثبات بشهادة الشهود في بعض الحالات، إذا توافرت الشروط التي نص عليها القانون، وهذه الحالات هي :

- وجود مبدأ الثبوت بالكتابة
- وجود مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على الدليل الكتابي.
- فقد الدائن سنده الكتابي لسبب أجنبي لا يد له فيه[4].

وسنبحث مدى تطبيق هذه الاستثناءات على اشتراط الدليل الكتابي، كاستثناءات على اشتراط المحرر الالكتروني في الإثبات. والبحث في مدى إمكانية تصور وجود حالة من هذه الحالات السابقة، في عقود التجارة الالكترونية، وبالتالي استبعاد الإثبات بالمحرر الالكتروني وإمكانية الإثبات بشهادة الشهود. هذا ما سنبحثه في المطلب الموالي:

([1]) TORRES (Ch.) , **« L'internet et la vente aux consommateurs »,** thèse pour le doctorat, université de paris X Nanterre, présentée en 1999, P. 142.

([2]) د. عيسى غسان ربضي، المرجع السابق، ص 253. 254.

([3]) د. لورنس محمد عبيدات، المرجع السابق، ص 113.

([4]) المواد 335-336 من القانون المدني الجزائري.

المطلب الثاني

الاستثناءات على اشتراط الدليل الكتابي الالكتروني

يقصد بالاستثناءات على اشتراط الدليل الكتابي، تلك الحالات التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود أو القرائن استثناءا، فالأصل أن يكون الإثبات فيها بالدليل الكتابي، لكن المشرع رأى أن التمسك بالدليل الكتابي لإثبات هذه الحالات قد لا يكون له مبرر، وقد يؤدي إلى إهدار حقوق الأشخاص، لذلك استثناها المشرع وأجاز الإثبات فيها بشهادة الشهود أو القرائن، شريطة توافر الشروط الخاصة بكل حالة على حدى.

وقد اتجهت اغلب التشريعات الوطنية إلى حصر هذه الحالات في: ـ وجود مبدأ الثبوت بالكتابة ـ وجود مانع يحول دون الحصول على دليل كتابي ــ فقد الدليل الكتابي لسبب أجنبي.

ومع إعمال مبدأ التنظير الوظيفي، الذي بمقتضاه يعادل الدليل الكتابي الالكتروني في الحجية الدليل الكتابي الورقي، إذا ما توافرت الشروط المتطلبة قانونا، نبحث مدى إمكانية إسقاط هذه الحالات على المحرر الالكتروني. ومدى اعتبار المحرر الالكتروني الذي لم يتوافر على كل أو بعض الشروط المنصوص عليها قانونا مبدأ ثبوت بالكتابة، وذلك في فرع أول.

ثم مدى اعتبار أي خلل في شبكة الانترنت يحول دون الحصول على دليل كتابي، هو مانع مادي من الحصول على الدليل الكتابي الالكتروني في فرع ثان. كما أنه إذا حدث خلل فني أدى إلى فقدان المتعاقد للمحرر الالكتروني، سواء كان في ذاكرة حاسوبه أو انه محفوظ لدى جهات الحفظ، نعتبر هذا سببا أجنبيا لفقد الدليل الكتابي الالكتروني أم لا. وهذا ما سنعالجه في فرع ثالث.

الفرع الأول

مبدأ الثبوت بالكتابة*

تنص المادة 335 من القانون مدني جزائري[1] "يجوز الإثبات بالشهود فيما يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت الكتابة.

وكل كتابة تصدر عن الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال، تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة".

وقد وضع مبدأ الثبوت بالكتابة استجابة للظروف الخاصة التي تقضي بتيسير الإثبات للخصوم، للتخفيف من حدة النظام القانوني للإثبات[2].

ومبدأ الثبوت بالكتابة لا يعتد به إذا كانت الكتابة شرط للانعقاد لا للإثبات، كما هو الأمر بالنسبة لبيع العقارات أو الرهون الرسمية، لأن الكتابة في هذه التصرفات يستلزمها القانون لإنشاء التصرف القانوني، وهي هنا ليست مجرد دليل، وإنما تعد ركنا لوجود التصرف القانوني، ولا وجود له بدونها، ومن ثمة يعد التصرف معدوما، لا يمكن إحياؤه بالشهادة حتى ولو وجد مبدأ الثبوت بالكتابة[3].

ويتضح من نص المادة 335 السالفة الذكر، أنه يجب توافر ثلاثة شروط لتطبيق مبدأ الثبوت بالكتابة سنتناولها بالتفصيل، ونبحث في مدى توافرها على المحرر الإلكتروني غير الكامل، ويعتبر المحرر الإلكتروني دليلا كتابيا غير كامل أي ناقص، إذا لم تتوافر فيه بعض الشروط التي نصت عليها قوانين المعاملات الالكترونية أو التوقيع الإلكتروني، أو نصوص القانون المدني التي تناولت تنظيم المحررات الإلكترونية، ويمكن تصور ذلك بالنسبة لمحرر إلكتروني غير موقع إلكترونيا، أو بالنسبة للصورة الإلكترونية أو الورقية للمحرر الإلكتروني.

---

*يعاب على اصطلاح "مبدأ الثبوت بالكتابة" أنه ترجمة عربية لمصطلح فرنسي، ترجمته الصحيحة هي "بداية الثبوت بالكتابة " commencement de preuve par écrit" وهو ما يؤدي إلى الخلط بين بداية الثبوت بالكتابة وقاعدة الإثبات بالكتابة، إذ يمكن التعبير عن القاعدة بالمبدأ، فالأصح بداية الثبوت بالكتابة، أي أن الكتابة خطوة أولى في سبيل الإثبات أو دليل غير كامل فتكمله الشهادة، راجع د. عباس العبودي، المرجع السابق، ص252.

([1]) تقابلها المادة 1347 قانون مدني فرنسي – المادة 62 قانون الإثبات المصري –المادة 1/30 من قانون البيانات الأردني.

([2]) د. عباس العبودي، المرجع السابق، ص252.

([3]) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، **الوسيط، الإثبات، آثار الالتزام**، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 416.

أولا- شرط وجود محرر مكتوب: كل محرر مكتوب يصلح أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة، دون اشتراط شكل محدد أو وجود توقيع[1]، سواء أكان محررا رسميا أو عرفيا، أو مذكرة خاصة بالمدعى عليه، أو رسالة أو محضر تحقيق أو مذكرة دفاع قدمت في محاكمة، أو محررا بخط المدين ولا يحمل توقيعه، أو محضر جرد أو ملاحظات بخط المدعى عليه وردت على هامش تصرف قانوني، أو في كشف حساب أو أوراق منزلية[2]، فلا يكفي لاعتبار العمل المادي والأقوال الشفوية مبدأ ثبوت بالكتابة[3].

فكل كتابة بصرف النظر عن شكلها أو الغرض الذي حررت من أجله، تصلح أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة، ولا يشترط أن تكون قد كتبت من أجل الإثبات[4].

وقد عرف المشرع الجزائري الكتابة في المادة 323 مكرر بقوله:" 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".

وعلى ذلك فالمشرع الجزائري كغيره من المشرعين الآخرين، قد اعترف بالكتابة كدليل إثبات مهما كانت صورتها أو شكلها، وهو ما يؤكد الاعتراف بالمحرر الإلكتروني، وعلى ذلك فكل كتابة تقليدية أو الكترونية، يمكن أن تشكل مبدأ الثبوت بالكتابة، طالما أنها صادرة من الخصم ولا تشكل دليلا كتابيا كاملا، على الرغم من وجود بعض الآراء الفقهية التي تنكر ذلك[5].

فالمحرر الإلكتروني غير الموقع مثلا أو المتضمن بعض البيانات فقط، قد يكون مبدأ ثبوت بالكتابة، يمكن للمدعي أن يكمله بشهادة الشهود أو القرائن. فعبارة " كل كتابة تصدر عن الخصم" واسعة وتسمح بدخول أي محرر تحتها، سواء أكان محررا كتابيا أو إلكترونيا، فلا يتطلب القانون بيانات معينة

([1]) د. نور الدين الناصري، المرجع السابق، ص 130.

([2]) د. حمدي عيد الرحمن وسهير منتصر، **المبادئ العامة في الإثبات**، دون دار نشر، مصر، 1997، ص 207- 208 .

([3]) مع ذلك اعتبرت محكمة النقض الفرنسية الوكالة الشفوية الممنوحة للمكتب العقاري مبدأ الثبوت بالكتابة في قرراها:

- Cass. Civ. 1er ch, 17 janvier 1961, Bull. I, N-41, Disponible sur , www.legifrance.gouvr.fr

([4]) د. حمودي محمد ناصر، **العقد الدولي الالكتروني المبرم عبر الانترنت**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2012 ، ص307.

([5]) د. حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص 26.

- د. إيمان مأمون احمد سليمان، المرجع السابق، ص 210- 211.

في المحرر لاعتباره مبدأ ثبوت بالكتابة، لذلك نجد أن محكمة النقض المصرية قد توسعت في اعتبار الكثير من المحررات مبدأ ثبوت بالكتابة[1].

كما أن المشرع الفرنسي عند تعريفه الدليل الكتابي في نص المادة 1316 من القانون المدني، قد وسع من مفهوم الكتابة لتشمل الكتابة الإلكترونية، وبذلك يمكن أن تكون "مبدأ ثبوت بالكتابة"، إذا كانت كتابة غير مكتملة الشروط، وقد اعتبر الفاكس والتلكس كبداية ثبوت بالكتابة[2]، وكذلك الأمر بالنسبة للشريط الممغنط، حيث أنه يعد بداية ثبوت بالكتابة على الرغم من عدم وجود كتابة بالمعنى المقصود في قانون الإثبات[3].

ويجب أن يكون المحرر المكتوب موجود فعلا، ويقدم إلى القاضي من قبل صاحب المصلحة، فلا يجوز إثبات تحريره بشهادة الشهود، وإلا كان الإثبات كله بشهادة الشهود[4]، كما يجب أن يكون الخصم المتمسك ضده بالمحرر المكتوب كمبدأ ثبوت بالكتابة مقرا بوجوده، فإذا أنكره فقد المحرر حجيته مؤقتا.

والقاضي هو الذي يقدر فيما إذا كان هذا المحرر المكتوب يشكل مبدأ ثبوت بالكتابة أم لا، فإذا وجد أن المحرر غير صادر عن الخصم المدعى به عليه، فإن له الصلاحية في استبعاده[5]، ويخضع القاضي القاضي فيها لرقابة محكمة النقض(المحكمة العليا) إذا لم يسبب حكمه تسبيبا كافيا[6].

ثانيا- شرط صدور المحرر المكتوب من الخصم (المدعى عليه): يشترط لإعمال مبدأ الثبوت بالكتابة، أن يكون المحرر المكتوب صادرا من الخصم المطلوب الإثبات ضده، شريطة أن يكون بالإمكان تحديد

([1]) راجع هذه القرارات في د. سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، هامش رقم 1، ص 580. ومتوفرة أيضا على الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية: www.cc.gov.eg

([2]) ALAIN BENSOUSSAN, **Informatique-Télécom-Internet**, Op.Cit, P. 214.

([3]) د-محمد السعيد رشدي، "**حجية وسائل الاتصال الحديثة في الإثبات**"، بحث مقدم لمؤتمر" الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الالكترونية"، المنعقد بدولة الإمارات العربية المتحدة، في الفترة الممتدة من 26 ـ 28 أفريل 2003، الجزء الثاني، ص453. وللمزيد من المعلومات حول الشريط الممغنط، راجع د. يوسف أحمد النوافلة، المرجع السابق، ص46-47.

كما اعتبر بعض الفقهاء أيضا التسجيلات الصوتية مبدأ ثبوت بالكتابة، راجع د. يوسف أحمد النوافلة، المرجع السابق، ص 207. 208.

([4]) د. محمد حسام محمود لطفي، **الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية**، دون دار نشر، مصر، 2002، ص 61.

([5]) د. يوسف أحمد النوافلة، المرجع السابق، ص 207.

([6]) د. عيسى غسان ربضي، المرجع السابق، ص 259.

مصدر هذه الكتابة بدقة، كما لو ثبت أنها مكتوبة بخط يده، أو تحمل علامة تدل على نسبتها إليه، أو تحمل توقيعه غير الكامل[1].

وصدور المحرر من الخصم إما أن يكون صدورا ماديا أو صدورا معنويا: فالصدور المادي يتحقق بأن يكون المحرر بتوقيع الخصم أو بخطه، أو صادرا ممن بمثله قانونا كالوكيل في حدود وكالته، أو الوصي أو القيم في حدود السلطات الممنوحة لهم[2]، فأي محرر صادر عن هؤلاء في حدود سلطاتهم، يعتبر كأنه صدر ممن يمثلونهم أو ينوبون عنهم.

أما الصدور المعنوي، فالمقصود به أن الخصم المدعى عليه لم يكتب المحرر بخط يده، ولكن يعد صادرا منه إذا سلم بما جاء فيه[3]، كأن يكون الخصم أميا وأملى مضمون المحرر على شخص آخر قام بتحريره، فيعتبر المحرر صادر منه ما دام مسلما بما ورد فيه، أما إذا لم يسلم به وأنكره فلا يصح إثباته بشهادة الشهود.

كما أن الإقرارات والبيانات الواردة في أسباب الحكم، وتلك التي ترد في محضر الاستجواب أو في محضر المعاينة، تعتبر كلها صادرة من الخصم، لأنها مدونة في أوراق رسمية منسوبة إلى الخصم بواسطة موظفين عموميين[4].

وبالنسبة للمحررات الالكترونية غير الموقعة، هل يمكن القول بأنها صادرة من الخصم صدورا ماديا؟ وبالتالي اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة؟

([1]) نقض مدني مصري، 24 نوفمبر 1949.المجموعة، س 17 ق، طعن رقم 202، ص 824.

مشار إليه في: د. إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص 208

([2]) د عباس العبودي، المرجع السابق، ص 255، كما اعتبر أيضا المحامي وكيلا عن الخصم، فكل الإقرارات والبيانات التي يكتبها المحامي في مذكراته وأقواله التي يدلي بها في مرافعته وتدون في محضر الجلسة أو محضر التحقيق تعد صادرة من الموكل وتصلح أن تكون مبدأ بالكتابة، المرجع نفسه، ص 256.

([3]) د. عباس العبودي، المرجع السابق، ص 255.

([4]) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، الإثبات، آثار الالتزام، المرجع السابق، ص 711– 712.

اتجه الرأي الغالب في الفقه[1] إلى اعتبار المحررات الإلكترونية صادرة من الخصم المدعي عليه، فكتابة المحرر عن طريق لوحة المفاتيح يعد سلوكا ماديا صادرا من الخصم، وهو ما يحقق الشرط الثاني من شروط إعمال مبدأ الثبوت بالكتابة، شريطة عدم إنكار الخصم علاقته بالمحرر المكتوب إلكترونيا، ذلك أن إنكاره يفقد المحرر الإلكتروني غير الموقع قيمته نهائيا، ما لم تكن هناك علامة تحدد مصدر هذه الكتابة، كالرقم الذي يظهر على المحرر المبعوث بواسطة الفاكس أو التلكس[2].

كما يرى جانب آخر من الفقه أن المحرر الإلكتروني صادر من الخصم صدورا معنويا وليس ماديا، إذ يكفي إثبات أن الخصم هو الذي أصدر أمرا للحاسب الآلي بإصدار نسخة من المحرر، أي انه فاعل معنوي في هذه الحالة[3].

في حين ينكر البعض من الفقهاء اعتبار المحرر الإلكتروني مبدأ ثبوت بالكتابة، على أساس عدم إمكان نسبة المحرر إلى الخصم بأي شكل من الأشكال، سواء أكان الصدور ماديا أو معنويا[4].

ونحن نميل إلى الرأي الغالب الذي يعتبر المحرر الإلكتروني غير الموقع مبدأ ثبوت بالكتابة، فالمحرر الإلكتروني متى قام الشخص بكتابته على لوحة المفاتيح، يعتبر صادرا صدورا ماديا منه، لان العبرة بأن يكون ما هو مكتوب في المحرر معبرا عن إرادة مؤلفه، بغض النظر عن وسيلة الكتابة[5].

كما أن النص القانوني لمبدأ الثبوت بالكتابة قرر "كل كتابة تصدر عن الخصم "، ولم ينص على وجوب صدور المحرر بخط الخصم حتى يمكن اعتباره مبدأ ثبوت بالكتابة، فالنص جاء عاما ليواكب التطورات التكنولوجية الحديثة.

([1]) د. سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص583. د. محمد حسام لطفي، المرجع السابق، ص 62، د- ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص 132.

- CAPRIOLI (E.A.), « **Preuve électronique dans la loi N°2000-230 du13 mars 2000 »**, J C P E ,n ° 30 ,du 23 juillet 2000 , P. 9.
- FILOUX (L.) et ODOU (S.), **« La signature électronique »**, Article disponible sur www.signelec.com , la date de mise en ligne est: 2001, P. 23.
- ESNAULT (J.), **La signature électronique**, Op cit, P. 32.

([2]) د. عيسى غسان ربضي، المرجع السابق، ص 264.

([3]) د. يوسف أحمد النوافلة، المرجع السابق، ص 209.

([4]) د. حسين عبد الباسط جميعي، **إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عبر الانترنت**، المرجع السابق، ص 62.

- د. عيسى غسان ربضي، المرجع السابق، ص 264.

([5]) د. سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 548.

ثالثا- شرط جعل التصرف المدعى به قريب الاحتمال: يشترط لاعتبار الكتابة مبدأ ثبوت بالكتابة، أن تتضمن ما يجعل وجود الحق أو التصرف المدعى به مرجح الحصول، وأن هناك مظنة على صحته، فلا يكفي أن يكون التصرف المدعى به محتملا، بل يجب أن يكون هذا الاحتمال راجحا[1]، لكن لا يتطلب من الكتابة أن تجعل حدوث التصرف مؤكدا، وإنما يكفي أن تجعله مرجح الحدوث، لذا سمح بتكملة هذا الدليل الناقص بشهادة الشهود والقرائن.

فهذا الشرط يوضح أن المحرر الذي يتم تقديمه للإثبات ليس مقطوع الصلة بالنزاع، بل على العكس هو منتج فيه، ولكن في حدود معينة فوجب تكملته بوسائل أخرى[2].

ومن أمثلة أن يكون المحرر الذي يعد مبدأ ثبوت بالكتابة منتجا في النزاع، المحررات التي يمكن اعتبارها في الأصل دليلا كاملا على الواقعة المراد إثباتها، ولكن أصابها عيب في شكلها أنزلها إلى مبدأ الثبوت بالكتابة، كالسند الرسمي المشوب بعيب في شكله وغير الموقع من أطرافه، وكذا السند العادي المكتوب بخط المدين ولكن غير موقع منه، وكذا إرسال المدين إلى الدائن خطابا يشير إلى دين عليه دون تحديد المقدار.

ففي كل هذه الصور تعتبر الكتابة مبدأ ثبوت بالكتابة، مادامت تحتوى على ذكر الواقعة المراد إثباتها وتجعلها ممكنة التصديق[3]، وتجيز للمدعي تكملة دلالتها بشهادة الشهود بترخيص من المحكمة، وفي هذا المعني يعتبر الأستاذ بلانيول "PLANIOL": "أن أقوال الشهود ليست وحدها تقرر الحقيقة، لان اقتناع القاضي قد يكون بصفة جزئية بغيرها، ويستند فيه إلى دليل لا يحتمل الكذب، فطريقا الإثبات المستخدمان يتبادلان المعاونة، حيث الشهادة تكمل الكتابة، وهذه الأخيرة تمنح القوة لأقوال الشاهد[4]".

([1]) د. عباس العبودي، **شرح قانون الإثبات المدني**، المرجع السابق، ص256.

([2]) د. حمدي عبد الرحمن وسهير منتصر، المرجع السابق، ص 259.

([3]) راجع: د. عبد الرزاق احمد السنهوري، **الوسيط، الإثبات وآثار الالتزام**، المرجع السابق، ص 438.

د- عباس العبودي، المرجع السابق، 256-257.

([4]) مشار اليه في : د. عباس العبودي، **شرح قانون الإثبات المدني**، المرجع السابق، ص257.

وتقدير ما إذا كان المحرر المعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة، من شأنه أن يجعل الحق المدعي به قريب الاحتمال من عدمه، مسألة موضوعية يستقل بها قاضي الموضوع، ولا رقابة لمحكمة النقض عليه[1]، متى كان حكمه لا يتعارض مع ما هو ثابت بالمحرر وقام على أسباب سائغة[2].

وبالنسبة لتحقق هذا الشرط في المحرر الإلكتروني فانه ممكن، ذلك أن قاضي الموضوع يقدر ما إذا كان المحرر الإلكتروني الذي يعتبر مبدأ ثبوت الكتابة، يجعل الحق أو التصرف المدعى به قريب الاحتمال من عدمه، فمتى ثبت له ذلك أخذ به بالاستعانة بشهادة الشهود، أو القرائن أو توجيه اليمين المتممة استنادا للمادة 348 قانون مدني جزائري، أما إذا ثبت العكس فله سلطة إبعاده.

وعلى ذلك فكل محرر تثبت فيه شروط مبدأ الثبوت بالكتابة، بأن يكون محررا مكتوبا صادرا من الخصم أو من يمثله، ويجعل من التصرف المدعي به قريب الاحتمال، يمكن للقاضي أن يستعين به في إثبات الواقعة محل النزاع، سواء أكان المحرر ورقيا أم إلكترونيا غير مكتمل الشروط، على أساس المفهوم الواسع لمعنى الكتابة.

كما يمكن اعتبار الصورة الإلكترونية للمحرر الإلكتروني مبدأ ثبوت بالكتابة، وذلك قياسا على المحرر الإلكتروني غير الموقع، باعتبار أن الصورة الإلكترونية غير موقعة أيضا، وقياسا على اعتبار الصورة الكربونية للمحرر الورقي بداية ثبوت بالكتابة وفقا للقضاء الفرنسي[3]، على أساس أن الصورة الإلكترونية للمحرر الإلكتروني صادرة من الخصم نفسه، إذ هو الذي قام بإصدارها عن طريق برنامج في الكمبيوتر يسمح بنسخ هذه الصورة الإلكترونية[4].

([1]) نقض مدني مصري رقم 59 جلسة 1975/01/28 لسنة 26 ق– نقض رقم 166، جلسة 1979/1/21 لسنة 30ق.

([2]) د. سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص586.

– د. عيسى غسان ربضي، المرجع السابق، ص 161.

([3]) Cass. Civ, 1ere ch, 27 mai 1986, Bull, N° 141, p 141, Disponible sur www.legifrance.gouvr.fr
- ALAIN BENSOUSSAN, **Informatique-Télécom-Internet**, Op.Cit, P. 214.

([4]) د. يوسف أحمد النوافلة، المرجع السابق، ص207 .

– د. سامح بد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص587.

الفرع الثاني

وجود مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي

نصت المادة 1/336 قانون مدني جزائري[1]" يجوز الإثبات بالشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة: ـ إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي."

وعلى ذلك ففي الحالات التي يشترط فيها الإثبات بالكتابة، أجاز المشرع الإثبات بشهادة الشهود، إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي، فشهادة الشهود في هذه الحالة لا تعتبر مكملة للدليل الكتابي، وإنما تحل محله في حالة وجود مانع من الحصول عليه*.

أولاـ المانع المادي: ينشأ المانع المادي عند استحالة الحصول على الكتابة وقت التعاقد استحالة نسبية عارضة، كما في حالة قيام المتعاقد بإنشاء تصرف قانوني سريع، يتعذر عليه الحصول على الوقت الكافي لإثباته[2].

فالاستحالة المقصودة هنا تنتج عن ظروف المكلف بالإثبات، وليست تلك الاستحالة الراجعة إلى طبيعة الواقعة محل الإثبات، فهي استحالة عرضية غير مرتبطة بطبيعة محل الإثبات[3].

ومن الأمثلة على المانع المادي، ما يتم من تصرفات قانونية أثناء الحريق أو الاضطرابات الطبيعية أو السياسية، أو حوادث الطرق، ويشترط أن يكون المانع المادي جسيما وغير متوقع الحدوث، بحيث لا يكون لدى الشخص الوقت الكافي لاقتضاء دليل كتابي من الشخص الأخر. أو أن وسائل الكتابة غير متوفرة، كما هو الحال بالنسبة للتعاقد عن طريق الهاتف[4].

([1]) تقابلها نص المادة 1/1348 قانون مدني فرنسي، المادة 63/أ من قانون الإثبات المصري– المادة 2/30 من قانون البينات الأردني.

* مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الجزء الثالث، ص411 وما بعدها، مشار إليها في د. إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص212.

([2]) د. أحمد أبو الوفاء، **الإثبات في المواد المدنية والتجارية**، د. د. ن ، بيروت، 1987، ص 241.

-MARIE DEMOULIN(S.D), **L'archivage électronique et le droit**, Crids (Centre de recherche information droit et société), éd. Larcier, Bruxelles, Belgique, 2012, P. 20.

([3]) د. جميل الشرقاوي، **الإثبات في المواد المدنية**، دار النهضة العربية، مصر، 1999، ص 105.

([4]) ALAIN BENSOUSSAN, **Informatique-Télécom-Internet**, Op. Cit, P. 215.

كما ذكرت المادة 1348 قانون مدني فرنسي[1] أمثلة عن الموانع المادية، كالوديعة الاضطرارية، وهي إيداع الأشياء في عجلة لإنقاذها من خطر داهم كالحريق أو انهدام مبنى، أو قد يضطر الشخص في أثناء سفر مفاجئ سريع إلى الاقتراض دون أن يتسع الوقت للدائن للحصول على سند كتابي بذلك.

ويعتبر قانون البينات الأردني في المادة 30 منه، عدم وجود من يستطيع كتابة المحرر مانعا ماديا، كأن يكون الدائن أميا لا يقرأ ولا يكتب أو أن يكون مصابا بعاهة في جسمه، كأن يكون مبتور اليدين أو مصابا بالشلل[2].

ثانيا- المانع الأدبي: يقصد به أن يكون سبب عدم الحصول على الدليل الكتابي اعتبارات وظروف نفسية بين الطرفين، يتعذر من خلالها اقتضاء الدليل الكتابي[3]. وذلك كصلة القرابة أو المصاهرة أو الزوجية بين طرفي التصرف، ويكون من شأن هذه الصلة إيجاد حرج أدبي، يمنع الشخص من طلب إثبات قانوني في محرر[4].

وتقدير قيام المانع –ماديا كان أو أدبيا– متروك لقاضي الموضوع، بحسب ما يتبينه من ظروف كل حالة وملابساتها، دون أن يكون خاضعا لرقابة المحكمة العليا، متى كان حكمه مؤسسا[5].

فالمشرع الجزائري كغيره من المشرعين لم يحدد ولم يورد أي أمثلة عن المانع المادي أو الأدبي، ولم يقم بتعريفه، وكل ما اشترطه أن يؤدي هذا المانع إلى تعذر الحصول على الدليل الكتابي، وهو ما يعطي للقاضي سلطة تقديرية واسعة للبحث في مدى توافر المانع المادي أو الأدبي، في كل حالة على حدى، ومتى ثبت للقاضي وجود المانع، جاز لأطراف النزاع الإثبات بكافة الطرق، بما فيها شهادة الشهود.

([1]) Article 1348 : Les règles ci-dessus reçoivent encore exception lorsque l'obligation est née d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit, ou lorsque l'une des parties, soit n'a pas eu la possibilité matérielle ou morale de se procurer une preuve littérale de l'acte juridique, soit a perdu le titre qui lui servait de preuve littérale, par suite d'un cas fortuit ou d'une force majeure.
Elles reçoivent aussi exception lorsqu'une partie ou le dépositaire n'a pas conservé le titre original et présente une copie qui en est la reproduction non seulement fidèle mais aussi durable. Est réputée durable toute reproduction indélébile de l'original qui entraîne une modification irréversible du support.

([2]) د. عيسى غسان ربضي، المرجع السابق، ص267.

([3]) د. محمد شكري سرور، **موجز الإثبات في المواد القانونية والتجارية**، دار الفكر العربي، القاهرة، 1986، ص150.

([4]) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، **الوسيط ،الإثبات، آثار الالتزام**، المرجع السابق، بند236–239، ص ص601–608.

([5]) وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية ذلك في عدة قرارات:

-Cass. Civ. 1ere ch. 26 mai 1999 et disponible sur www.legifrance.gouvr.fr
-Cass. Civ. 1ere ch. 27 mai 2000 et disponible sur www.legifrance.gouvr.fr
-Cass. Com. 28 mai 2002 et disponible sur www.legifrance.gouvr.fr

وسنبحث مدى تطبيق هذه القاعدة على المحررات الإلكترونية، وإمكانية قيام مانع مادي أو أدبي يتعذر معه الحصول على دليل كتابي إلكتروني. ومدى اتساع المانع المادي ليشمل حالة وجود مانع تقني عبر شبكة الانترنت، يمنع المتعاقد من الحصول على محرر إلكتروني، كوجود مشاكل فنية في شبكة الانترنت، أو وجود مشاكل تقنية خاصة بالكمبيوتر الخاص بالمتعاقد.

بداية وقبل أن تعترف القوانين الحديثة بحجية المحرر الإلكتروني في الإثبات، اختلف الفقه حول ما إذا كان التعاقد عبر الانترنت يعتبر مانعا ماديا يحول دون الحصول على دليل كتابي، وقد انقسمت آراء الفقهاء في ذلك. حيث يرى البعض[1] أن التعاقد عبر الانترنت يمثل نوعا من الاستحالة المادية التي تحول دون الحصول على دليل كتابي، ويبررون ذلك بقولهم أن التعاقد عبر شبكة الانترنت لا تتوافر به الشروط اللازمة لإنشاء دليل كتابي، بسبب الطبيعة اللامادية للوسائط الإلكترونية، وهو ما يتيح للمتعاقد أن يثبت التعاقد بكافة طرق الإثبات بما فيها شهادة الشهود، استنادا للمادة 336 من قانون مدني جزائري سالفة الذكر.

كما يستند أنصار هذا الرأي على أن المشرع قد أخذ بمفهوم واسع لفكرة المانع، وهو ما يمكن من إدخال التقنيات الحديثة ضمن هذا الاستثناء، فالمتعاقد عبر الانترنت حسب رأيهم يصعب عليه الحصول على محرر مادي يثبت فيه تصرفه القانوني، وبالتالي يمكن أن يعتبر القاضي كل التعاقدات عبر الانترنت تشكل استحالة مادية للحصول على دليل كتابي، نظرا للظروف المحيطة بهذا النوع من العقود.

ويرى جانب آخر من الفقه أن التعاقد عبر الانترنت يقتضي السرعة في التعامل، لذا لا مجال فيه للحصول على دليل كتابي، بينما يذهب البعض الآخر إلى القول أن طرفي العقد عبر الانترنت غالبا ما يكونا في أماكن مختلفة ومتباعدة، مما لا يساعد على اقتضاء الأدلة الكتابية[2].

أما الجانب الغالب من الفقه[3]، والذي نتفق معه، فيرى أن عدم توافر الشروط اللازمة لإنشاء الدليل الكتابي الكامل بالمحرر الإلكتروني، لا يعد من قبيل الموانع المادية التي جاء بها نص المادة، فالتعاقد

([1]) د- محمد السعيد رشدي، المرجع السابق ص81. د. ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص135 .

_BABTISTE(M.), **Créer et exploiter un commerce électronique**, Litec, Paris, 1998, p 113.

([2]) راجع في ذلك د. عيسى غسان ربضي، المرجع السابق، ص259.

([3]) د. حسن عبد الباسط جميعي، مرجع سابق، ص 65. . د. ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص 135.

–ESNAULT(J.), **La signature électronique**, Op.cit, P. 29.

- CAIDI(S.), **La preuve et la conservation de l'écrit dans la société de l'information**, Op.cit, P. 88.

عبر الانترنت ليس هو الطريق الوحيد للتعاقد، وإنما يختاره أطراف التعاقد بمحض إرادتهم، بسبب سهولة وسرعة الاتصال التي تيسر إبرام العقد[1].

فمن غير الممكن تمسك أحد أطراف العقد باستحالة الحصول على الدليل الكتابي الكامل عند التعاقد عبر الانترنت، فالتطور التكنولوجي مكّن الأطراف من الحصول على دليل كتابي كامل تتوافر فيه كل الشروط الفنية والقانونية التي يتطلبها القانون، وإمكانية تبادله بينهم.

وذهب رأي آخر من الفقه إلى القول بأن استحالة الحصول على الدليل الكتابي الكامل في التعاقد عبر الانترنت، هي استحالة معنوية ناتجة عما فرضه العرف من عادات عند التعامل عبر الانترنت، إذا كان العرف لا يخالف المبادئ الأساسية التي تعد من النظام العام، وهو ما يسميه المانع بحكم العادة[2].

ومن أمثلة ذلك اعتياد التجار عند التعامل فيما بينهم عبر شبكة الانترنت، دون الحاجة إلى تدوين شروط التعامل في أوراق مكتوبة[3]، وكذا اعتياد التجار على عدم اخذ دليل كتابي على ما يرسلونه من سلع إلى المنازل[4].

وقد انتقد البعض[5] إمكانية توافر الاستحالة الأدبية في حالة التعاقد عبر شبكة الانترنت، إذ أن المانع الأدبي يعود إلى اعتبارات نفسية تحول بين الشخص والحصول على دليل كتابي يثبت التعاقد، فالتعاقد عبر الانترنت يتسم بانتفاء اللقاء المادي المباشر بين طرفي العقد، لذا لا يمكن تصور إيجاد ظروف نفسية تحول دون إثبات التصرف القانوني في العلاقة بين المستهلك والتاجر، عند إبرام الصفقات عبر الانترنت.

([1]) د- حسن عبد الباسط جميعي، **إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عبر الانترنت**، المرجع السابق، ص 65.

([2]) د. حمودي محمد ناصر، **العقد الدولي الالكتروني المبرم عبر الانترنت**، المرجع السابق، ص303.

ـ د. إيمان مأمون احمد سليمان، المرجع السابق، ص 213.

([3]) د- عيسى غسان ربضي، المرجع السابق، ص271.

([4]) د- حسن عبد الباسط جميعي، **إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عبر الانترنت**، المرجع السابق، ص 66.

([5]) MARIE DEMOULIN, Op. cit, P. 21.

_د. حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص305.

_د- حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص66.

غير أنه حسب بعض الفقهاء في حال التكرار أو الاستمرارية في التعامل بين الأطراف المتعاقدة، يمكن أن تنشأ علاقة وصلة تمنع الحصول على دليل كتابي[1]، ويرجع تقدير وجود عادة تمنع الحصول على دليل كتابي لسلطة القاضي التقديرية.

وما يؤخذ على الرأي الأخير، باعتبار العادة بين التجار تستبعد الحصول على دليل كتابي عند التعاقد عبر الانترنت، انه يمكن رد ذلك إلى حرية الإثبات في المعاملات التجارية بين التجار، حيث أن مضمون المادة 333 قانون مدني جزائري، يستثني المعاملات التجارية من ضرورة الإثبات بالكتابة إذا تجاوزت قيمة التصرف عن حد معين، وعلى هذا الأساس يمكن إثبات التصرفات التي تتم عبر الانترنت بين التجار بكافة طرق الإثبات، دون ضرورة الحاجة إلى الدليل الكتابي.

لكن المشكلة قد تثور في حالة وجود تعاقد عبر الانترنت، ولا يستطيع أحد المتعاقدين الحصول على دليل كتابي كامل نتيجة وجود بعض الأخطاء التقنية في المحرر، أو وجود مشاكل تقنية في شبكة الانترنت، أو في جهاز الكومبيوتر الخاص بالمتعاقد، أو مشاكل فنية في برنامج البريد الإلكتروني الخاص به لا تسمح له باستقبال الرسائل الإلكترونية، أو مثلا انقطاع التيار الكهربائي أثناء عملية تبادل الرسائل الإلكترونية. فهل يعد كل ذلك مانعا ماديا من الحصول عل الدليل الكتابي في الإثبات؟

كما أنه في الواقع العملي توجد حالات يتعذر فيها الحصول على دليل كتابي، ومن أمثلة ذلك وكالات السفر التي تتولى حجز الفنادق وتذاكر السفر، وكمن يقوم بإيداع مبالغ مالية عن طريق الصراف الآلي في غير أوقات عمل البنوك، فهل يمكن اعتبارها بمثابة مانع مادي يحول دون الحصول على دليل كتابي؟

وفقا لصياغة نص المادة 336 قانون مدني جزائري، فإن فكرة المانع المادي أو الأدبي جاءت واسعة، بحيث لم يقم المشرع بحصر حالات المنع، تاركا المجال لما قد يحصل في المستقبل من حالات تشكل مانعا بفعل التطور التكنولوجي، كما منح القاضي سلطة تقديرية واسعة في تقدير وجود المانع من عدمه، حسب كل حالة على حدى، دون أن يجعله خاضعا لرقابة المحكمة العليا. فهذه السلطة التقديرية الواسعة للقاضي، وهذا النص الواسع من المشرع، يمكن أن يسمح بدخول المانع التقني من الحصول على

(1) د-عيسى غسان ربضي، المرجع السابق، ص271.

الدليل الكتابي الإلكتروني تحت فكرة المانع المادي[1]، وبالتالي يحق للمتعاقد عبر الانترنت أن يحتج بوجود هذا المانع وأن يقوم بإثباته بكافة الطرق، ثم يثبت عقده بشهادة الشهود والقرائن.

الفرع الثالث

فقد الدليل الكتابي بسبب أجنبي

أجاز المشرع الجزائري في نص المادة 336 قانون مدني[2]، للدائن إثبات الالتزام بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة، إذا فقد سنده الكتابي بسبب أجنبي خارج عن إرادته.

يتضح من هذا النص أن الدائن الذي كان يملك سندا كتابيا يثبت حقه وفقا للقانون، ثم تعذر عليه تقديمه للمحكمة لأنه فقده بسبب طارئ أو قوة قاهرة، فإن القانون يسمح له أن يثبت حقه بغير الكتابة، ومنها شهادة الشهود.

فليس من العدل أن تسدّ أمام وجهه طرق الإثبات الأخرى، بعد أن استحال عليه تقديم الدليل الكتابي، ويعد هذا الاستثناء أوسع نطاقا من الاستثناء السابق (حالة وجود مانع يحول دون الحصول على دليل كتابي)، فبالإضافة أنه يجيز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة، فإنه يجيز أيضا الاستعانة بشهادة الشهود لإثبات التصرفات القانونية التي تعد الكتابة بها ركنا أساسيا، وهذا لا يمكن تحققه في الاستثناء السابق لعدم وجود دليل كتابي أصلا[3]. ويشترط لجواز الإثبات بالشهادة بسبب فقدان السند الكتابي، شرطين هما:

أولاـ سبق وجود السند الكتابي:

لكي يتسنى للدائن الاستعانة بشهادة الشهود أو القرائن لإثبات التصرف القانوني، يجب عليه أولا أن يثبت انه سبق له الحصول على دليل كتابي كامل، مستوف للشروط القانونية اللازمة لإنشائه، فلا يقبل

([1]) د- سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص594.

–CAPRIOLI(E.A.), **« Ecrit et preuve électronique dans la loi n : 2000_230, du 13 mars 2000 »**, J.C.P.E, n : 2_2000.

([2]) تقابلها المادة 1/1348 قانون مدني فرنسي – المادة 63 قانون إثبات مصري – المادة 30 /3 قانون بينات أردني.

([3]) د- عيسى غسان ربضي، المرجع السابق، ص272.

منه الإثبات على سبق وجود محرر يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة، لأن الهدف من هذا الاستثناء هو حماية من لم يقصر في الحصول على دليل كتابي[1].

إلا إذا أقر الخصم بوجود مبدأ الثبوت بالكتابة، فيجوز بذلك الاستعانة بشهادة الشهود لتكملة الدليل المستمد من مبدأ الثبوت بالكتابة المقر به من الخصم[2]. ويجوز للدائن أن يثبت سبق وجود الدليل الكتابي الكامل بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن، باعتبارها واقعة مادية[3].

ثانيا- فقد السند الكتابي بسبب أجنبي:

إضافة إلى إثبات الدائن سبق وجود دليل كتابي، وجب عليه أن يثبت أن هذا الدليل الكتابي قد فقده بسبب أجنبي لا يد له فيه، والسبب الأجنبي الذي أدى إلى ضياع السند قد يكون قوة قاهرة كالحريق أو الكوارث الطبيعية، أو يرجع إلى فعل المدعى عليه، كما لو كان قد سرقه أو حصل عليه بالإكراه أو التحايل[4]، أو يكون فقد السند الكتابي بسبب الغير، كما لو كان مع المحامي وفقده[5].

فيجب على الدائن أن يثبت فقدان الدليل الكتابي جراء حادث جبري أو قوة قاهرة، وألا يكون هذا الفقد راجعا إلى سبب يتصل بالدائن شخصيا، كإهمال وتراخ منه، فلا يجوز له هنا أن يحتج بوجود السبب الأجنبي[6]. فعلى الدائن أن يثبت السبب الأجنبي الذي أدى إلى فقد السند، ثم يثبت ضياع السند نتيجة لهذا الحادث، وذلك بكافة طرق الإثبات لأن محل الإثبات هنا هو وقائع مادية.

فإذا استطاع الدائن إثبات سبق وجود سند كتابي لديه، وأنه فقده بسب أجنبي لا يد له فيه، فانه يمكن أن يثبت التصرف القانوني الذي كان يتضمنه السند الكتابي المفقود بكافة الطرق، بما فيها شهادة الشهود والقرائن.

([1]) د- عبد الرزاق أحمد السنهوري، **الوسيط، آثار الالتزام، الإثبات**، المرجع السابق، ص467.

([2]) د- عيسى غسان ربضي، المرجع السابق، ص271.

([3]) نقض مدني مصري، 1985/03/27، مجموعة أحكام النقض، س36، ص561، متوفر في الموقع www.cc.gov.eg

([4]) نقض مدني مصري، رقم 1798، جلسة 1985/05/16 سنة 54 ف، متوفر في www.cc.gov.eg

([5]) طعن رقم 96 لسنة 26 ق، جلسة 1967/5118، الموسوعة الذهبية، الإصدار الثاني، الجزء الأول، رقم 796، ص301، مشار إليه في: د. سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، هامش رقم 3، ص 597. والموقع الالكتروني www.cc.gov.eg

([6]) د- عباس العبودي، المرجع السابق، ص262.

وبالنسبة للمحررات الإلكترونية، وبصدور تشريعات دولية ووطنية تقر بمبدأ التكافؤ الوظيفي بين عناصر الدليل الكتابي التقليدي وعناصر الدليل الكتابي الإلكتروني، يمكن القول انه يجوز الإثبات بشهادة الشهود والقرائن في حال فقد السند الكتابي الإلكتروني الكامل، الذي تتوافر فيه كل الشروط التي نص عليها القانون، بسبب أجنبي لا يد للتعاقد فيه.

ويمكن تصور فقد الدليل الكتابي الإلكتروني مثلا، بسبب انقطاع التيار الكهربائي فجأة مما يؤدي إلى إتلافه، أو دخول فيروس إلى قاعدة بيانات الحاسب الآلي أو إلى القرص الممغنط أو الضوئي، أو التداخل في خطوط شبكة الانترنت[1]، هذا إذا كان المتعاقد يحتفظ بالمحرر لديه، ويمكن تصور حدوث أي خلل فني لدى جهة الحفظ، إذا كان المتعاقد يحتفظ بالمحرر لدى جهة لحفظ المحررات الإلكترونية، أو حتى حدوث حريق لدى هذه الجهة، أو تدمير الأجهزة التي تحتفظ بهذه المحررات[2]، فكل هذه الأسباب تعد أجنبية خارجة عن إرادة المتعاقد.

فإذا كان للمتعاقد عبر الانترنت محرر الكتروني كامل، موقع عليه بطريقة آمنة، وفقده بسبب أجنبي لا يد له فيه، يمكنه أن يثبت سبق وجود هذا المحرر بكافة الطرق، بما في ذلك الاستعانة بشهادة التصديق الإلكتروني التي تمنحها جهات التصديق المعتمدة، ثم إثبات واقعة السبب الأجنبي بكافة طرق الإثبات، فإذا تمكن من إثبات هذين الشرطين، يستطيع إثبات مضمون التصرف القانوني المبرم عبر الانترنت بشهادة الشهود والقرائن.

وعليه تخضع التصرفات القانونية المبرمة عبر الانترنت لقواعد الإثبات المنصوص عليها في القانون المدني، وينبغي التمييز بين التصرفات التي تتم بين أطراف تجارية والتي تخضع لمبدأ حرية الإثبات، وبين التصرفات التي تكون مختلطة، فيسري مبدأ حرية الإثبات على الطرف المدني، أما التاجر فيتقيد بقواعد الإثبات المدني.

وإذا كانت التصرفات بين أطراف مدنية فإنها تخضع لقواعد الإثبات في القانون المدني، وضرورة الإثبات بالكتابة في المعاملات التي يشترط القانون ذلك، سواء كتابة الكترونية متوافرة على الشروط المنصوص عليها قانونا، أو كتابة تقليدية.

([1]) د. عيسى غسان ربضي، المرجع السابق، ص274.

([2]) د- سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص598.

المبحث الثاني

حجية المحررات الالكترونية وفقا لقواعد الإثبات الحديثة

تنشأ المحررات العرفية الإلكترونية من كتابة إلكترونية وتوقيع إلكتروني، يشترط فيهما ضرورة توافر جملة من الشروط القانونية حتى يكتسبان صفة الدليل الكامل في الإثبات. فإذا توافرت في المحرر الإلكتروني الشروط المتطلبة قانونا، فإنه يتمتع بحجية في الإثبات باعتباره محررا عرفيا، أي يتمتع بقوة المحرر العرفي الورقي في الإثبات. ويتولى حفظ هذه المحررات الالكترونية جهة محايدة، تناط لها مهمة إصدار شهادات التصديق الالكتروني المتعلقة بالتوقيع الالكتروني الآمن، التي تعادل في الحجية التوقيع اليدوي التقليدي.

أما إذا تدخل موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة في تحرير هذا المحرر الإلكتروني، وتم التوقيع عليه إلكترونيا، فإنه يصبح محررا إلكترونيا رسميا ويتمتع بقوة المحرر الرسمي الالكتروني في الإثبات، وإذا تم توثيق وحفظ هذا المحرر بطريقة إلكترونية، فإنه يصبح محررا إلكترونيا رسميا ويتمتع بحجية المحرر الرسمي في الإثبات.

كما أن هناك بعض المحررات الالكترونية، لم تتطرق أغلب التشريعات لتنظيم حجيتها، وهي لا ترتقي إلى درجة المحررات العرفية أو الرسمية، لكن يمكن الاعتماد عليها في بعض الحالات لتكملة قناعة القاضي في حل النزاع، واعتبارها كبداية ثبوت بالكتابة، لكنها قد ترتقي إلى مرتبة الدليل الكامل في الإثبات إذا ما توافرت على الشروط القانونية، كالميكروفيلم، مخرجات الحاسب الضوئية والمرئية أو الصور، وكذلك مخرجات الحاسب الورقية وسندات الفاكس والتلكس.

وسنتطرق في هذا المبحث في مطلب أول، إلى حجية المحررات الرسمية الالكترونية، ثم في مطلب ثان حجية المحررات العرفية الالكترونية.

المطلب الأول

حجية المحرر الرسمي الإلكتروني

كما رأينا سابقا لم يتطرق المشرع الجزائري إلى كيفية إنشاء العقود الرسمية الالكترونية، وكذا حجيتها في الإثبات، عكس المشرع الفرنسي والمشرع المصري، لذا سنتطرق إلى حجية المحرر الرسمي الالكتروني

في ضوء قواعد التشريعات المقارنة، حيث سنتطرق في فرع أول إلى حجية المحرر الرسمي الالكتروني الأصلي، ثم في فرع ثان حجية صورة المحرر الرسمي الالكتروني.

الفرع الأول

حجية المحرر الرسمي الإلكتروني الأصلي

إذا ما تم إنشاء المحرر الرسمي الإلكتروني وفق الشروط التي نص عليها القانون، فإنه يتمتع بنفس الحجية التي يتمتع بها المحرر الرسمي الورقي في قانون الإثبات.

فوفقا للمادة 15 من قانون التوقيع الإلكتروني المصري والمادة 8 من لائحته التنفيذية والمادة 11 من قانون الإثبات المصري، فإن أصل المحرر الرسمي المستوفي لكافة الشروط يكون حجة على الناس كافة والأطراف بما دون فيه، وبما أثبته الموظف العام فيه وبصدوره ممن وقعه، ولا يطالب من يتمسك به بإقامة الدليل على صحته، وإنما من يدعي عدم صحته عليه اللجوء إلى الطعن بالتزوير، عملا بالقواعد العامة في الإثبات للطعن في صحة المحرر الرسمي، والتي أحال إليها المشرع المصري صراحة في نص المادة 17 من قانون التوقيع الإلكتروني[1].

كما يعتبر المحرر الرسمي حجة بسلامته المادية، وعدم تعرضه لأي تبديل أو تحريف، وعلى من يدعي خلاف ذلك أن يطعن في المحرر الرسمي الإلكتروني بالتزوير، ما لم يكن ظاهره يدعو لعدم الثقة به، فهنا يجوز للمحكمة الاستعانة بأهل الخبرة في مجال الحفظ الإلكتروني والتصديق الإلكتروني، للتأكد من مدى مطابقة هذا المحرر مع المحررات المحفوظة لدى جهة الحفظ[2]، والتأكد من أمن ومصداقية التوقيع الإلكتروني المحفوظ لديها.

فالمحرر الرسمي الالكتروني متى توافرت فيه شروط إنشائه، تصبح له قوة ذاتية في الإثبات، فكل من قدم محررا رسميا إلى القضاء يتوافر على شروطه، لا يطلب منه إثبات صحته، بل أن كل من أنكر حجيته عليه أن يطعن فيه، ولا يقبل أي طعن إلا بالتزوير.

([1]) تنص المادة 17 من قانون التوقيع الإلكتروني المصري:"تسري في شأن إثبات صحة المحررات الإلكترونية الرسمية والعرفية والتوقيع الالكتروني والكتابة الالكترونية، فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون أو في لائحته التنفيذية، الأحكام المنصوص عليها في قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية". وهي المادة 112 قانون إثبات مصري وتقابلها المادة 324 مكرر 5 قانون مدني جزائري.

([2]) د. يوسف احمد النوافلة، المرجع السابق، ص 245.

فالمحرر الرسمي يعتبر حجة لا يمكن إبعاده ما لم يثبت تزويره، فإذا لم يتم ذلك فلا يمكن إثبات العكس، ولو كان هناك مانع أدبي[1].

وعليه تعد المحررات الرسمية من الأدلة التي منحها القانون الحجية المطلقة في الإثبات، ما لم يطعن فيها بالتزوير، استنادا للمادة 324 فقرة 4 ـ 5 ـ 6 من القانون المدني الجزائري.

وتختلف البيانات الواردة في المحرر الرسمي من حيث حجيتها في الإثبات، بحيث يكون للبيانات التي تحقق منها الموثق بنفسه، حجية مطلقة في الإثبات ولا يطعن بها إلا بالتزوير، أما البيانات التي وردت على لسان ذوي الشأن فهي تعتبر صحيحة إلى أن يثبت العكس.

أولاـ البيانات التي قام بها الموظف في حدود اختصاصه أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره:

وتتمثل في البيانات التي تحقق منها الموثق بنفسه، وتشمل التاريخ والمكان وحضور ذوي الشأن وتوقيعاتهم وتوقيع الموثق، والبيانات الخاصة بإتمام الإجراءات التي يتطلبها القانون، وما صدر عن ذوي الشأن ويدركه الموثق بالسمع أو البصر[2]. كإقرار البائع باستلام الثمن والمشتري باستلام المبيع، فكل هذه البيانات السابقة تتمتع بحجية على الكافة سواء أطراف العقد أو الغير، ولا يجوز دحض هذه الحجية إلا بالطعن بالتزوير.

وقد أحاط المشرع هذه السندات بالعناية، نظرا لأن الذي نظمها موظف عام ولا يجوز تكذيبه فيما قام به ضمن اختصاصه وفي حدوده، وذلك حتى لا تتزعزع الثقة بالموظف العام، ولا تكون أفعاله عرضة للطعن الدائم بها[3]. فقد منح المشرع لمن له مصلحة طريقا واحدا للطعن فيها هو الطعن بالتزوير، بإتباع الإجراءات المحددة في قانون الإجراءات الجزائية أو قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ثانياـ البيانات المتعلقة بإفادة ذوي الشأن.

النوع الثاني من البيانات الواردة في المحرر الرسمي، هي البيانات المتعلقة بمضمون ما أفاده الأطراف أمام الموثق، فهي تتعلق بأمور ووقائع لم يشاهدها ولم تقع تحت بصره أو سمعه، فيقوم الموثق بتدوينها على مسؤولية من وردت على لسانه دون أن يقوم بتحري صدقها، فهذه البيانات لا تتمتع بحجية

(1) قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة القانون الخاص، بتاريخ 1982/03/17، ملف رقم 23156.

(2) د. سمير عبد السميع الاودن، **العقد الالكتروني**، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005، ص 164.

(3) د. يوسف احمد النوافلة، المرجع السابق، ص 247.

البيانات السابقة، إذ يجوز الطعن فيها بغير الطعن بالتزوير، وتقتصر هذه الحجية على الأطراف وخلفهم العام والخاص، أما بالنسبة للغير فإن ما أفاده أطراف العقد لا يكون حجة عليهم إذا أنكره، بمعنى أن الغير لا يلزم بإثبات عدم صحة هذه البيانات ويكفي منه مجرد الإنكار[1].

الفرع الثاني

حجية صورة المحرر الرسمي الإلكتروني

نظم المشرع الفرنسي في نص المادة 37 من المرسوم رقم 973 لسنة 2005[2]، الأحكام الخاصة بتكوين صورة الكترونية من المحرر سواء أكان هذا المحرر ورقيا أو الكترونيا، فيجوز الموثق أن يقوم بتسليم صورة الكترونية لأصل محرر ورقي رسمي أو محرر الكتروني رسمي[3].

ويجب توافر البيانات التالية في صورة المحرر الرسمي، ورقيا أم الكترونيا:

1- تاريخ إنشاء هذه الصورة الإلكترونية.

2- التوقيع الإلكتروني للموثق، وأن يتوافر في هذا التوقيع كل الشروط التي تطلبها القانون.

3- صورة رقمية من الختم الخاص بالموثق، تتم عن طريق الماسح الضوئي أو عن طريق الشاشة القابلة للكتابة عليها.

4- إشارة من الموثق على أن هذه الصورة الإلكترونية مطابقة تماما للأصل الموجود لديه.

كما سمح هذا المرسوم في الفقرة الأخيرة من المادة 37، بتسليم هذه الصورة الإلكترونية للمحرر الرسمي بطريقة إلكترونية، وذلك بالدخول مثلا على الموقع الخاص بالموثق على شبكة الإنترنت، وبالتالي

([1]) حمدي عبد الرحمن وسهير منتصر، المرجع السابق، ص 65.

([2]) « Art. 37. - Le notaire peut procéder à la copie sur support électronique d'un acte établi sur support papier après avoir utilisé un système de numérisation dans des conditions garantissant sa reproduction à l'identique.
« Le notaire qui délivre une copie sur support électronique y mentionne la date et y appose sa signature électronique sécurisée. La copie authentique comporte en outre l'image de son sceau. Mention est portée sur la copie délivrée de sa conformité à l'original.
« Lorsque la copie authentique est délivrée par un clerc habilité, celui-ci appose, outre l'image du sceau du notaire, sa signature électronique sécurisée ainsi que l'image de son cachet portant son nom et la date de son habilitation.
« Les copies exécutoires et copies authentiques peuvent être transmises par voie électronique dans des conditions garantissant l'intégrité de l'acte, la confidentialité de la transmission, l'identité de l'expéditeur et celle du destinataire.

([3]) AGOSTI (P.), **« Le régime juridique des actes authentiques électronique »,** Art. Précité.

يمكن الحصول على هذه الصورة الإلكترونية بدون الحاجة إلى التواجد المادي أمام الموثق، لكن هذا مشروط بتوافر عدة شروط تقنية:

1- توافر الظروف الفنية والتقنية التي تسمح بالحفاظ على سلامة الصورة الإلكترونية أثناء نقلها من الموثق إلى المستلم.

2- توافر الظروف التي تسمح بسرية الصورة الإلكترونية وعدم إمكانية إطلاع الغير عليها أثناء انتقالها من الموثق إلى المستلم.

3- توافر الظروف الفنية والتقنية التي تسمح بتحديد هوية الموثق والمرسل إليه[1].

أما عن حجية الصورة الإلكترونية للمحرر الرسمي الإلكتروني فطالما أن هذه الصورة هي صورة رسمية (لأنها موقعة إلكترونيا من الموثق)، لأصل موجود كما رأينا سابقا، في السجل المركزي الإلكتروني، وطبقا للقواعد العامة في الإثبات التي تحكم حجية الصورة الرسمية للمحرر الرسمي[2]، فإن الصورة الرسمية تكون حجة بالقدر الذي تكون فيه مطابقة للأصل، وتعتبر الصورة مطابقة للأصل ما لم ينازع في ذلك أحد الطرفين، وفي حال وقوع نزاع تراجع الصورة على الأصل.

وبالتالي فإن الصورة الإلكترونية للمحرر الرسمي الإلكتروني أو المحرر الرسمي الورقي، تكون لها نفس حجية الأصل مادامت مطابقة له.

وما يلاحظ أن قانون التوقيع الإلكتروني المصري، حتى وإن نص على حجية المحررات الرسمية الإلكترونية، فإنه لم ينص على حجية الصورة الالكترونية للمحرر الرسمي الالكتروني، وإنما نص على حجية الصورة الورقية للمحرر الرسمي الإلكتروني، في نص المادة 16 من قانون التوقيع الإلكتروني، حيث اعتبرها حجة بالقدر الذي تكون فيها مطابقة للأصل، ما دام أن أصل المحرر الإلكتروني الرسمي

(1) د. سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 572.

(2) المادة 325 قانون مدني جزائري:" إذا كان أصل الورقة الرسمية موجودا فإن صورتها الرسمية خطية كانت أو فوتوغرافية تكون حجة بالقدر الذي تكون فيه مطابقة للأصل.

وتعتبر الصورة مطابقة للأصل ما لم ينازع في ذلك أحد الطرفين، فإن وقع تنازع ففي هذه الحالة تراجع الصورة على الأصل".

– تقابلها المادة 12 من قانون الإثبات المصري.

موجودا، وهذه الصورة الورقية يتم إنشاؤها من طرف الموظف العام الذي يوقع عليها ويقوم بختمها بختم الدولة[1].

كما أن المشرع المصري في نص المادة 16 من قانون التوقيع الالكتروني، قصر الحجية على الصورة المنسوخة من المحرر الإلكتروني الرسمي دون المحرر الإلكتروني العرفي، وتكون لها الحجة بالقدر الذي تكون فيه مطابقة للأصل، واشترط وجود المحرر الإلكتروني الرسمي والتوقيع الإلكتروني على الدعامة الإلكترونية، للتمكن من إجراء المطابقة في حال نشوب نزاع بين الأطراف[2].

وبالنسبة إلى المشرع الفرنسي، فقد أشار في المادة 36 من المرسوم رقم 973 لسنة 2005[3]، على أنه للموثق أن يقوم بتقديم صورة ورقية لمحرر إلكتروني رسمي، وذلك بالتوقيع على هذه الصورة توقيعا خطيا، ثم يضع الختم الخاص به عليها، كما يجب أن تتضمن هذه الصورة إشارة منه إلى مطابقتها للأصل، فالصورة الورقية هي طباعة للمحرر الإلكتروني على دعامة ورقية.

وعليه يمكن المحافظة على وظيفة أصل المحرر، حتى وإن تغيرت الدعامة، ما دام يمكن المحافظة على سلامة البيانات المدونة عليها، فقد أصبح لفكرة الأصل مفهوم يعتمد على سلامة بيانات المحرر وليس على دعامته، ويمكن مراعاة سلامة بيانات المحرر من خلال استخدام آليات التشفير، القائمة على المفتاح اللاتماثلي أي تقنية المفتاح العام والمفتاح الخاص، وذلك لمقدرتها على المحافظة على سلامة بيانات المحرر أثناء نقلها سواء عبر شبكة الإنترنت أو أية وسيلة أخرى[4].

([1]) وهو ما أشارت إليه المذكرة الإيضاحية لقانون التوقيع الإلكتروني المصري في تعليقها على المادة 16 منه:"جدير بالذكر في هذا المقام، أن هذه الصورة المنسوخة على الورق من المحرر الإلكتروني الرسمي ستأخذ نفس حجية الإثبات المقررة للمحررات الرسمية الخطية عندما يعتمدها الموظف العام ويختمها بخاتم الدولة". مشار إليه في د. سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، هامش رقم 1 ، ص 573.

([2]) د. عبد الفتاح بيومي حجازي، **التوقيع الإلكتروني في النظم القانونية المقارنة**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، ص 426.

([3]) « Art. 36. - Le notaire peut délivrer une copie sur support papier d'un acte établi sur support électronique. Cette délivrance s'effectue dans le respect des conditions posées par l'article 34 à l'exception des alinéas 5 à 7. « Le notaire qui reçoit d'un autre notaire par voie dématérialisée la copie authentique d'une procuration destinée à satisfaire aux dispositions de l'alinéa 2 de l'article 933 du code civil peut en délivrer une copie authentique sur support papier revêtue de son sceau et de sa signature.

([4]) د. عيسى غسان ربضي، المرجع السابق، ص 205.

هذا إذا كان أصل المحرر الإلكتروني موجودا، أما إذا فقد أصل المحرر بأي سبب كان وبقيت صورته فقط، فإن هذه الصورة المنسوخة على الورق من المحرر الإلكتروني تكون لها حجية الأصل بشرط أن تكون الصورة رسمية، بحيث أن المظهر الخارجي للصورة لا يسمح بالشك في مطابقتها للأصل[1]. وهو أمر صعب لأن الأصل غير موجود، لذا يذهب بعض الفقه[2] إلى عدم ثبوت الحجية للصورة الورقية للمحرر الإلكتروني غير الموجود، بحيث لا يعتد بهذه الصورة إلا لمجرد الاستئناس وفقا للظروف، باعتبارها قرينة أو على الأكثر مبدأ ثبوت بالكتابة إذا توافرت شروط ذلك.

أما ما يؤخذ من صور رسمية للصورة المأخوذة من النسخ الأولى الورقية، فلا يعتمد به إلا لمجرد الاستئناس تبعا للظروف[3].

وعليه فإن للمحرر الإلكتروني الرسمي حجة في الإثبات كالمحرر الرسمي الورقي، شريطة أن يتم إنشاؤه وحفظه بوسائل تقنية تكفل الحفاظ على سلامة البيانات المدونة فيه. ولقد خطا المشرع الفرنسي في هذا المجال خطوات كبيرة، لتشجيع هذا النوع من المعاملات التي تتم عبر شبكات الاتصال الحديثة.

غير أن المشرع الجزائري كما رأينا سابقا لم يتطرق إلى تنظيم هذا النوع من المحررات، حتى وإن اعترف بحجية المحررات الإلكترونية في الإثبات، غير أنه قصرها على المحررات الإلكترونية العرفية، وهو ما يتطلب العمل على حث المشرع لإصدار نصوص قانونية تحدد كيفية إنشاء محررات رسمية إلكترونية، والاستفادة من الوسائل التكنولوجيا الحديثة، لمواكبة التطورات التي يشهدها العالم، لأن التخوف من إجراء معاملات رسمية بطريقة إلكترونية أصبح لا محلا له، بسبب التقنيات الحديثة لتأمين المعاملات الإلكترونية، وبالتالي صعوبة اختراقها وتحريف بياناتها.

([1]) وهو ما أشار إليه المشرع الجزائري بالنسبة للمحررات الرسمية الورقية في المادة 326 قانون مدني.

([2]) د. أحمد شرف الدين، "**حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات**"، ورقة عمل مقدمة إلى المنظمة العربية للتنمية الإدارية، مصر، 2008، ص 22. 23.

([3]) د. محمد زهدور، **الموجز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري وفق آخر التعديلات**، د . د. ن، الجزائر، 1991، ص 32.

- وهو ما أشارت إليه المادة 4/326 قانون مدني جزائري.

المطلب الثاني

حجية المحرر العرفي الإلكتروني في الإثبات

اعترفت التشريعات الدولية والوطنية بحجية المحررات الإلكترونية العرفية، في نصوصها القانونية المتعلقة بالإثبات، أو النصوص الخاصة بالمعاملات الإلكترونية و/ أو التوقيع الإلكتروني، فمتى استوفى المحرر الإلكتروني العرفي الشروط المتعلقة بالكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني الآمن التي فصلناها في الباب الأول من هذه الرسالة، فإنه يتساوى في الإثبات مع المحررات العرفية الورقية.

وسنتناول بداية أهم التشريعات الدولية والوطنية التي اعترفت بحجية المحررات الإلكترونية في الإثبات، ثم نتناول مسألة إنكار المحرر العرفي الإلكتروني، ثم حجية تاريخ المحرر العرفي الإلكتروني، بعدها حجية الصور المنسوخة عن المحرر العرفي الإلكتروني.

الفرع الأول

الاعتراف التشريعي بحجية المحررات الإلكترونية العرفية

يعرف المحرر العرفي بأنه المحرر الذي يصدر عن أفراد عاديين، دون تدخل أي موظف عام أو مكلف بخدمة عامة أو ضابط عمومي (موثق) في تحريره.

وقد تطرق قانون الاونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية إلى مسألة القوة الثبوتية للمحررات الإلكترونية العرفية، حيث تضمنت المادة 1/9 منه إلى مسألة قبول المحرر الإلكتروني في الإثبات حيث نصت " في أية إجراءات قانونية، لا يطبق أي حكم من أحكام قواعد الإثبات من أجل الحيلولة دون قبول رسالة البيانات كدليل إثبات:

أ- لمجرد أنها رسالة بيانات.

ب- بدعوى أنها ليست في شكلها الأصلي، إذا كانت هي أفضل دليل يتوقع بدرجة معقولة من الشخص الذي يستشهد بها أن يحصل عليه."

فلا يجوز الاعتراض على قبول المحررات الإلكترونية كدليل إثبات، واستبدالها بأدلة إثبات أخرى، لمجرد أنها وردت في شكل الكتروني، كما نصت الفقرة الثانية من المادة 09 على مسألة حجية المحرر الإلكتروني في الإثبات:"يعطي للمعلومات التي تكون على شكل رسالة بيانات ما تستحقه من حجية في

الإثبات، وفي تقدير حجية رسالة البيانات في الإثبات، يولى الاعتبار لجدارة الطريقة التي استخدمت في إنشاء أو تخزين أو إبلاغ رسالة البيانات بالتعويل عليها، ولجدارة الطريقة التي استخدمت في المحافظة على سلامة المعلومات بالتعويل عليها، وللطريقة التي حددت بها هوية منشئها، ولأي عامل آخر يتصل بالأمر."

فالغرض من المادة 09 هو إقرار مقبولية رسائل البيانات كدليل إثبات في الإجراءات القانونية، والقيمة الإثباتية لتلك الرسائل، أما فيما يتعلق بالمقبولية، فإن الفقرة 01 تبين أنه لا يمنع قبول رسائل البيانات كدليل إثبات في الإجراءات القانونية لا لسبب إلا أنها في شكل إلكتروني، وأما فيما يتعلق بتقدير الحجية الإثباتية لرسائل البيانات، فإن الفقرة 02 تقدم توجيها مفيدا بشأن كيفية تقدير القيمة الإثباتية لرسائل البيانات، أي تبعا لما كانت قد أنشأت أو خزنت أو أبلغت بطريقة يعول عليها[1].

وقد اعترف المشرع الجزائري بحجية المحرر العرفي الإلكتروني في نص المادة 327 قانون مدني، عند تعريفه للمحرر العرفي بقوله:"يعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة إصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه، أما ورثته أو خلفه فلا يطلب منهم الإنكار ويكفي أن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون أن الخط أو الإمضاء أو البصمة هو لمن تلقوا منه هذا الحق.
ويعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1 أعلاه".

وعلى ذلك يتمتع المحرر العرفي الإلكتروني الموقع إلكترونيا، بذات الحجية التي يتمتع بها المحرر العرفي الورقي في الإثبات، شريطة أن يتوافر في المحرر العرفي الإلكتروني الشروط الواردة في نص المادة 323 مكرر 1، وهي إمكانية التأكد من هوية الشخص مصدر التوقيع الإلكتروني الممهور به المحرر العرفي الإلكتروني، وكذا أن يكون معدا ومحفوظا في ظروف تضمن سلامته.

كما صدر القانون رقم 04/15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، تضمن الأحكام الخاصة بالتوقيع الإلكتروني، وكذا إنشاء جهات أوكلت لهم مهمة التصديق الإلكتروني، من خلال تسليم شهادات تصديق إلكترونية تحدد هوية صاحب التوقيع الموصوف والآمن، وكذا تعمل على حفظ الوثائق الإلكترونية.

(1) دليل تشريعات قانون الاونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 40-41.

وبالنسبة للمشرع الفرنسي، فقد اعترف بحجية المحررات الإلكترونية في الإثبات مبكرا، حيث كانت الأسبقية للقضاء قبل التشريع في ذلك[1]، من خلال الحكم الشهير الذي أصدرته الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية في 2 ديسمبر 1997[2]. حيث اعتبر هذا الحكم أن رسالة الفاكس التي لم ينكرها المرسل دليلا كتابيا كاملا، وليس مجرد صورة لأصل أو مبدأ ثبوت بالكتابة، طالما كان في الإمكان تحديد هوية من قام بإرسالها وضمان سلامة مضمون المحرر.

بعدها صدر القانون رقم 230- 2000 المعدل لقواعد القانون المدني المتعلق بالإثبات، وقد تضمن هذا القانون حكمين مماثلين للحكمين الواردين في قانون الأونسيترال، الحكم الأول يتعلق بقبول المحرر الإلكتروني في الإثبات، في نص المادة 1/1316 من القانون المدني التي تنص على أن المحرر الإلكتروني مقبول في الإثبات مثل المحرر الورقي[3].

والحكم الثاني يتعلق بمنح المحررات الإلكترونية العرفية قوة ثبوتية مماثلة لقوة المحرر العرفي الورقي، في نص المادة 2/1316 "المحرر الإلكتروني له نفس قوة المحرر الورقي في الإثبات"[4].

فقد اعترف المشرع الفرنسي بحجية المحررات الإلكترونية في الإثبات كنظيرتها الورقية، فإذا توافرت في المحرر الإلكتروني الشروط التي نص عليها القانون، فإنه لا يكون مقبولا في الإثبات فقط، بل أنه يتمتع بنفس القوة الثبوتية للمحرر العرفي الورقي.

فهناك مساواة كاملة بين المحرر الورقي والمحرر الإلكتروني، ففي حالة تقديم كل من المحرر الورقي والمحرر الإلكتروني معا أمام القاضي في دعوى منظورة أمامه، فإنه لا يستطيع أن يعطي لأي منهما أفضلية على الآخر لمجرد الدعامة التي تم إنشاء المحرر عليها، فلا يجوز أن يعطي أفضلية على المحرر الإلكتروني، طالما أن المحرر الإلكتروني قد توافر فيه الشروط التي نص عليها القانون[5].

(1) CHARLES –EDOUARD BUCHER, Op. cit, P. 17.
(2) Cass.Com, 2 déc. 1997, BULL. IV, N° 315, p 271, et disponible sur : www.legifrance.gouv.fr
(3) Art 1316/1 « L'écrit sous forme électronique admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier. »
(4) Art 1316/2 « L'écrit sur support électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier. »
(5) COUDOL (T.P.), **La signature électronique**, Op cit, P. 67.

هذا ويرى بعض الفقهاء[1] أن نص المادة 1/1316 و1316/ 2 قانون مدني فرنسي، التي ساوت بين المحررات الإلكترونية والمحررات الورقية، تعتبر تزيّدا لا فائدة منه وليس لها مبرر، على أساس أن المادة 1316 قد عرفت المحرر الكتابي تعريفا عاما، بدون تفرقة بين المحررات على أساس الدعامة التي تحمله، وبالتالي فإن المساواة في القوة الثبوتية بين المحرر الإلكتروني والمحرر الورقي هي نتيجة منطقية، ولم يكن هناك حاجة للنص عليها.

بينما يرى اتجاه آخر، أن المشرع الفرنسي أراد التأكيد على أن المحرر الالكتروني له نفس القوة الثبوتية للمحرر الورقي، وأن المحرر الإلكتروني الممهور بتوقيع إلكتروني، لا يمكن دحضه إلا بمحرر آخر موقع سواء أكان محررا ورقيا أو محررا إلكترونيا، فلا يمكن دحضه بمحرر ورقي غير موقع[2].

ونحن نؤيد مع الرأي الراجح، ما ذهب إليه المشرع الفرنسي بالنص على هذا الحكم، ذلك أن مسألة قبول المحرر الإلكتروني ومنحه حجية في الإثبات مساوية للمحرر الورقي هي حكم جديد، ولا يمكن للمشرع أن يتركه للاستنتاج من التعريف الذي وضعه للمحرر الكتابي بوجه عام[3]، لما قد ينجر عنه من سوء فهم للنص من طرف القضاة، حال تعرضهم لنزاع قدمت فيه محررات إلكترونية كأدلة إثبات.

وعلى ذلك فالمحرر الإلكتروني الذي ينتج عن التعاقد عبر الإنترنت، سواء أكان هذا التعاقد قد تم عن طريق البريد الإلكتروني أو تم عن طريق موقع الإنترنت، فإنه يتمتع بحجية في الإثبات طالما توافرت فيه الشروط التي نص عليها القانون[4].

وبالنسبة للمشرع المصري، فقد نصت المادة 15 من قانون التوقيع الإلكتروني على:"للكتابة الإلكترونية والمحررات الإلكترونية في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية ذات الحجية المقررة للكتابة والمحررات الرسمية والعرفية في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، متى استوفت

([1]) ESNAULT (J.), **« La signature électronique »**, Op, cit. P. 30.
– AZZABI (S.), **« Le nouveau régime probatoire française après l'adoption de la loi portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relatif à la signature électronique du 13 mars 2000 »,** Article disponible sur : www.signelec.com , la date de mise en ligne est : 16/02/2000.

([2]) GOBERT (D.) et MONTERO (E.), **« L'ouverture de la preuve littérales aux écrits sous forme électronique »,** Art. disponible sur www.droit-technologie.org.

([3]) د. سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 553-554.

([4]) DARQUES (F.), **« Le nouveau régime de la preuve issue de la loi du 13 mars 2000 »,** Art. disponible sur www.droit web.com, la date de mise en ligne est 18 mai 2000.

الشروط المنصوص عليها في هذا القانون وفقا للضوابط الفنية والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون".

وعلى ذلك فإذا توافرت في المحرر العرفي الإلكتروني، الشروط المنصوص عليها في قانون التوقيع الإلكتروني المصري وفي لائحته التنفيذية، فإنه تكون له نفس الحجية المقررة للمحرر العرفي الورقي.

كما نصت المادة 17 من نفس القانون" تسري بشأن إثبات صحة المحررات الإلكترونية الرسمية والعرفية والتوقيع الإلكتروني والكتابة الإلكترونية، فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون أو في لائحته التنفيذية الأحكام المنصوص عليها في قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية."

فإثبات صحة المحرر الإلكتروني العرفي تطبق بشأنها قواعد الإثبات العامة، ما لم يوجد نص خاص يحكم المحرر العرفي الإلكتروني في قانون التوقيع الإلكتروني أو في لائحته التنفيذية.

وعليه متى استوفى المحرر الإلكتروني العرفي الشروط التي تطلبها القانون، فإنه يمكن الاحتجاج به في مواجهة من صدر عنه وموقعا منه، فإما أن يعترف بصحته فيكون حجة عليه، وإما أن ينكره فتزول الحجية عنه مؤقتا، وهو ما سنتطرق إليه لاحقا.

كما يكون المحرر العرفي الإلكتروني المعترف بصحته أيضا حجة على الكافة بما ورد فيه، إلا أن تاريخ المحرر العرفي لا يكون حجة على الغير إلا إذا كان ثابتا. وهو ما سنتطرق إليه في النقطة الموالية لمناقشة مسألة ثبوت تاريخ المحرر الإلكتروني العرفي.

الفرع الثاني

التاريخ الثابت للمحرر الإلكتروني العرفي

يتمتع المحرر العرفي الإلكتروني عند الاعتراف به من قبل من ينسب إليه، وكذلك في حالة ثبوت صحته بعد الإنكار، بحجية في الإثبات تمتد فيما بين المتعاقدين، ولا يخرج عن هذه الحجية تاريخ المحرر العرفي الإلكتروني، أما بالنسبة للغير فإنه طبقا للقواعد العامة، فإن تاريخ المحرر العرفي لا تكون له الحجية إلا إذا كان ثابتا، أما البيانات الواردة في هذا المحرر فهي لا تكون حجة عليهم[1].

([1]) د. لورنس محمد عبيدات، المرجع السابق، ص 72.

فقد نص المشرع الجزائري في المادة 328 قانون مدني على ما يلي: "لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت، ويكون تاريخ العقد ثابتا ابتداء:

-من يوم تسجيله.

- من يوم ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عام.

- من يوم التأشير عليه على يد ضابط عام مختص.

- من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط أو إمضاء ".

ويقصد بالغير كل شخص أجنبي عن التصرف المثبت في المحرر العرفي، ويترتب على ثبوت التاريخ في مواجهته أن يضار في حق تلقاه من أحد طرفي المحرر أو بمقتضى نص القانون[1]، وبالتالي فإنه لا يتطلب منهم إثبات عدم صحة التاريخ، وإنما يكفيهم أن يتمسكوا بعدم ثبوته ليعتبر المحرر في مواجهتهم بدون تاريخ[2].

ويعد الخلف الخاص الذي تلقى من سلفه حقا معينا، من الغير الذي يكون المحرر العرفي الثابت التاريخ حجة عليه، يضاف إلى ذلك الدائن الحاجز على مال منقول مملوك للمدين، أو على ما للمدين لدى الغير[3].

وبالنسبة لمسألة ثبوت تاريخ المحرر العرفي الإلكتروني، فإنه يمكن التأكد من ثبوت هذا التاريخ من خلال الاستعانة بالجهات التي تقوم بحفظ المحررات الإلكترونية[4]، إذ أنها تلتزم وفق نصوص القانون[5] بتقدير تاريخ إنشاء المحرر الإلكتروني، والذي يعتبر شرطا من شروط منح الحجية للمحرر الإلكتروني.

كما يمكن أن تكون بعض الحالات التي ذكرتها المادة 328 قانون مدني جزائري السابقة، ضمن حالات ثبوت تاريخ المحرر الإلكتروني العرفي، بما يتوافق مع طبيعة هذا النوع من المحررات الذي يكون

([1]) د- توفيق حسن فرج، **قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003، ص 115.

([2]) د. عبد الودود يحيى، المرجع السابق، ص 855.

([3]) راجع د. توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 116 وما بعدها.

([4]) د. سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 560.

([5]) أشارت المادة 8/أ من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني المصري إلى هذا الشرط بقولها: "أن يكون متاحا فنيا تحديد وقت وتاريخ إنشاء الكتابة الإلكترونية أو المحررات الإلكترونية الرسمية أو العرفية، وأن تتم هذه الإتاحة من خلال نظام حفظ إلكتروني مستقل وغير خاضع لسيطرة منشئ هذه الكتابة أو تلك المحررات، أو سيطرة المعنى بها".

على دعامة إلكترونية، حيث يمكن إثبات مضمون المحرر الإلكتروني في محرر آخر ثابت التاريخ حرره موظف عام، أو وفاة أحد المتعاقدين الذين قام بالتوقيع إلكترونيا على المحرر العرفي الإلكتروني.

الفرع الثالث

صور المحرر الإلكتروني العرفي

حسب القواعد العامة للإثبات، فإنه لا توجد أية حجية لصورة المحرر العرفي، لأنه لا يحمل أي توقيع ممن صدر منه، بعكس صورة المحرر الرسمي والتي تتفاوت قيمتها في الإثبات بحسب وجود الأصل أو الصورة الأصلية.

ذلك أن صورة المحرر الرسمي هي أيضا محرر يقوم بتحريره موظف عام مختص، أما صورة المحرر العرفي فهي لا تحمل أي توقيع، إضافة إلى عدم تحريرها من قبل موظف عام مختص[1].

وعلى ذلك فإذا ما طبقنا هذه القاعدة على المحرر العرفي الإلكتروني، فإن الصورة الإلكترونية لهذا المحرر لا تحمل توقيعا إلكترونيا للمدين، وبذلك لا تتمتع بأي حجية في الإثبات[2].

وكذلك الأمر بالنسبة للصورة الورقية للمحرر العرفي الإلكتروني، وهي الورقة الناتجة عن طباعة المحرر الإلكتروني على دعامة ورقية، فهي لا تتمتع بأي حجية في الإثبات، ذلك أنها لا تحمل أي توقيع إلكتروني أو خطي.

أما إذا تم نسخ المحرر العرفي الإلكتروني إلكترونيا، وتم التوقيع إلكترونيا على هذه الصورة الإلكترونية، فإن هذه الصورة تعتبر أصلا في هذه الحالة، طالما تم التوقيع عليها إلكترونيا وتتمتع بنفس حجية الأصل[3].

([1]) د. محمد فواز المطالقة، المرجع السابق، ص 225.

ـ د. سمير برهان، "**حجية الإثبات في عقود التجارة الإلكترونية**"، المرجع السابق، ص 366.

ـ د. لورنس محمد عبيدات، المرجع السابق، ص 73.

([2]) ESNAULT (J.), « **La signature électronique »**, Op. cit, P. 28.

([3]) GOBERT (D.) et MONTERO (E.), **« L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique »** , Art. Précis.

-ESNAULT (J.), Op.cit, P. 27.

وعليه حتى يتمتع المحرر العرفي الإلكتروني بالحجية الكاملة في الإثبات، وجب أن تتوافر شروطه التي نص عليها القانون، من كتابة إلكترونية تؤكد على هوية الشخص الذي أصدرها، وتكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها، وموقعة توقيعا إلكترونيا موصوفا، حيث منح المشرع الجزائري الحجية القانونية للتوقيع الإلكتروني الموصوف مماثلة للتوقيع المكتوب[1]، فالقاضي متى عرض عليه محرر إلكتروني عرفي، فإنه ينظر في مدى توافر شروط حجيته ليقبله بعد ذلك كدليل للإثبات، ولا يجوز له أن ينصرف إلى دليل آخر أو يشترط الدليل الورقي لإثبات ادعاءات الأطراف.

هذا وقد منحت بعض التشريعات الحجية القانونية لبعض مخرجات الحاسب الإلكتروني، ومنحتها حجية المحررات العرفية إذا توافرت شروطها، كالدفاتر التجارية الالكترونية(الميكروفيلم)[2]، ومخرجات الحاسب الضوئية والمرئية أو الصور وكذلك مخرجات الحاسب الورقية، وسندات الفاكس والتلكس وكذا البريد الإلكتروني[3]. وقد تباينت تشريعات الدول في تحديد شروط هذه المحررات، إلا أنها تشترك في الشروط الأساسية للمحررات الإلكترونية العرفية الموقعة توقيعا إلكترونيا موثقا.

ومما سبق يتبين لنا أن المحرر الإلكتروني سواء أكان محررا عرفيا أو محررا رسميا، يتمتع بنفس القوة في الإثبات التي يتمتع بها المحرر الورقي، فلا فرق بين المحرر الإلكتروني والمحرر الورقي، فهما متساويان في القوة الثبوتية، شريطة أن يتوافر في المحرر الإلكتروني الشروط التي تطلبها القانون لمنحه هذه الحجية.

([1]) المادة 8 من القانون 04/15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكتروني.

([2]) **الميكروفيلم** هو عبارة عن أوعية غير تقليدية للمعلومات، تتمثل في دعامات مصنوعة من مادة فيلمية معينة، تستخدم في التصوير المصغر للمحررات الورقية، وتتميز هذه المصغرات بإمكان مشاهدة الصور المسجلة عليها بالبصر، وذلك عن طريق طبعها بصورة مكبرة على دعامة ورقية، أو تكبيرها مباشرة بواسطة جهاز مكبر يسمى جهاز القراءة. راجع د. محمد حسام محمود لطفي، الحجية القانونية للمصغرات الفيلمية في إثبات المواد المدنية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة، 1988، ص 17. وأيضا راجع د – رضا السيد، "**الدفاتر التجارية الإلكترونية في القانون المصري والسعودي والإماراتي**"، ورقة عمل مقدمة في ندوة عقود التجارة الالكترونية التجارة الإلكترونية ومنازعاتها، التي عقدتها المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة، أفريل 2006، ص ص277– 296.

([3]) راجع في ذلك د. يوسف احمد النوافلة، المرجع السابق، ص 263 وما بعدها.

المطلب الثالث

الاتفاق على تعديل قواعد الإثبات الإلكتروني

تنقسم قواعد الإثبات إلى قواعد شكلية إجرائية وقواعد موضوعية، فقواعد الإثبات الإجرائية هي تلك القواعد التي تتبع في سلوك طريق الإثبات، وتوضح هذه القواعد طريقة تقديم الدليل أمام القضاء، للاستدلال به بوصفه دليلا في الإثبات، وهذه القواعد وثيقة الصلة بنظام التقاضي وتتعلق بالنظام العام[1]، مما لا يجيز للأفراد الاتفاق على مخالفتها، فهي إجراءات شكلية واجبة الإتباع، يسري في شأنها القانون الجديد فور صدوره على كل الدعاوي القائمة[2].

أما النوع الثاني فهو القواعد الموضوعية، التي تنظم محل الإثبات وعبئه وطرقه، والتي قد يلجأ أطراف الخصومة في بعض الحالات إلى تعديلها أو الاتفاق على ما يخالفها لعدم تعلقها بالنظام العام، كتعديل القواعد المتعلقة بنقل عبء الإثبات أو القواعد المتعلقة بطرق الإثبات، كالقاعدة التي تفرض الإثبات بالدليل الكتابي، والاتفاق على الإعفاء منها والإثبات بطرق أخرى[3].

وعلى ذلك يجوز اتفاق الأطراف على اشتراط الإثبات بالدليل الكتابي عوض شهادة الشهود، حتى ولو كانت قيمة التصرف أقل من النصاب المحدد، ما لم يوجد نص قانوني يمنع ذلك. كما أن بعض التشريعات[4] تجيز حتى مخالفة القواعد المكملة التي تشترط الدليل الكتابي، وتعوضها بأدلة الإثبات الأخرى، دون مخالفة قواعد الإثبات الآمرة.

وقد يتم الاتفاق على تعديل قواعد الإثبات الموضوعية قبل سير الدعوى أو أثناء سيرها، وقد يكون هذا الاتفاق صريحا أو ضمنيا، ولا يشترط شكل خاص به، المهم عدم مخالفة قواعد الإثبات الآمرة[5].

وكما أنه يمكن إبرام العقود بين الأفراد بصفة تقليدية، يمكن إجراء هذه العقود إلكترونيا، فبصدور تشريعات دولية ووطنية تعترف بحجية عناصر الدليل الإلكتروني(الكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني)،

([1]) د- عباس العبودي، **تحديات الإثبات بالسندات الالكترونية ومتطلبات النظام القانوني لتجاوزها**، المرجع السابق، ص76.

([2]) د. عباس العبودي، **شرح أحكام قانون الإثبات المدني**، المرجع السابق، ص84.

([3]) د- لورنس محمد عبيدات، المرجع السابق، ص 93.

([4]) كالتشريع المصري(المادة 1/60 من قانون الإثبات)، والتشريع الأردني (المادة 1/28 من قانون البينات)، المادة 77 قانون إثبات عراقي.

([5]) د- يوسف احمد النوافلة، المرجع السابق، ص 220.

فقد أصبح بإمكان الأشخاص إبرام عقود إلكترونية عبر الانترنت، أو عبر الوسائط الإلكترونية كالأقراص الضوئية أو الممغنطة أو الأشرطة الممغنطة، ويتم إثباتها في حال قيام نزاع بهذه المحررات الإلكترونية.

غير أن السؤال المطروح هل يمكن للأفراد مخالفة قواعد الإثبات الإلكتروني؟ أو بمعنى آخر هل يمكنهم مخالفة أحكام الإثبات بوجه عام، وبوجه خاص أحكام الإثبات الإلكتروني؟ ما مدى تعلق قواعد الإثبات الالكتروني بالنظام العام؟ وهل يمكن للأفراد إعطاء قوة وحجية لدليل إثبات على دليل آخر؟

الفرع الأول

نطاق الحرية التعاقدية في تعديل القواعد الموضوعية للإثبات الإلكتروني

مع صدور التشريعات التي تقر بصحة المعاملات الالكترونية، وتقر بصحة أدلة الإثبات الالكترونية ومساواتها بأدلة الإثبات التقليدية، لم يعد الخلاف بين الفقهاء حول صحة اتفاق الأطراف على تنظيم الإثبات بالمحرر الالكتروني، لكن الخلاف الذي مازال موجودا يدور حول قانونية الاتفاق ذاته، فهل أن اتفاق الأطراف على تحديد الوسائل التي تثبت من خلالها التصرفات المبرمة بينهم، يعد خروجا عن قواعد الإثبات؟ بمعنى هل اختيار دليل إثبات على دليل آخر جائز فقها وقانونا؟

وينصب الاتفاق الذي يعقده الأطراف عادة على كل أو إحدى النقاط التالية:

1ـ نقل عبء الإثبات من عاتق الطرف الملزم به قانونا إلى عاتق الطرف الآخر.

2ـ تعيين الدليل أو الأدلة التي يمكن قبولها في الإثبات بصرف النظر عن قيمة محل التصرف.

3ـ تحديد حجية الدليل، أو بمعنى آخر تحديد القوة الثبوتية للدليل في الإثبات[1].

أولا ـ مدى تعلق قواعد الإثبات بالنظام العام.

نص المشرع الجزائري في المادة 333 قانون مدني، على أنه في غير المعاملات التجارية إذا جاوزت قيمة التصرف القانوني 100.000دج أو كان غير محدد القيمة فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو انقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك.

(1) د. ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص 99.

فيجب إثبات ما زاد عن النصاب بالكتابة سواء كانت عرفية أو رسمية، أما ما دون النصاب فيجوز إثباته بشهادة الشهود والقرائن، وهو ما أدى إلى طرح عدة تساؤلات فيما يتعلق بهذه القاعدة، هل تعتبر من النظام العام وبالتالي عدم جواز الاتفاق على ما يخالفها أم لا؟ بمعنى هل يجوز الاتفاق على إثبات ما جاوز النصاب بأدلة الإثبات الأخرى غير الكتابة؟ وبالعكس هل يجوز إثبات ما دون النصاب بالكتابة؟ فهل مثل هذا الاتفاق يعد قانونيا ويلزم القاضي به؟ أم أنه يعد خروجا عن القانون وبالتالي يحكم ببطلانه؟

انقسم الفقه حول مدى اعتبار قواعد الإثبات الموضوعية من النظام العام أم لا، كما طرح القضاء موقفه من هذه المسألة، وسنتطرق إليها على التوالي:

1ـ موقف الفقه من ارتباط قواعد الإثبات بالنظام العام:

إذا كان الفقه[1] قد اتفق على اعتبار قواعد الإثبات الإجرائية التي تتعلق بإجراءات الإثبات من النظام العام، فإنهم اختلفوا بالنسبة للقواعد الموضوعية، ويمكن حصر آرائهم كالتالي:

الرأي الأول: أو ما يسمى بالمذهب الاجتماعي.

يرى أنصار هذا الاتجاه[2] أن قواعد الإثبات كلها، سواء الإجرائية أو الموضوعية، تتعلق بالنظام العام، لأنها قواعد آمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها أو التنازل عنها، لكونها وثيقة الصلة بالنظام القضائي الذي يتخذ أقوم السبل لحل المنازعات، لذا وجب تغليب التصوير التنظيمي للعدالة على التصوير الاتفاقي أو الفردي[3].

كما يرى هذا الاتجاه أن الخروج على القاعدة العامة، يفسح المجال أمام الناس للإكثار من رفع القضايا وازدحام المحاكم بمثل هذه المنازعات، معتمدين على تصيُّد الشهود وشرائهم في بعض الأحيان[4].

([1]) د- أحمد أبو الوفاء، المرجع السابق، ص 32.

ـ د. عباس العبودي، **شرح أحكام قانون الإثبات المدني**، المرجع السابق، ص113.

([2]) د- عبد الرزاق احمد السنهوري، **الوسيط، الإثبات، أثار الالتزام**، المرجع السابق، ص360-361.

ـ د. جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص31.

([3]) د-عباس العبودي، **شرح أحكام قانون الإثبات المدني**، المرجع السابق، ص 114.

([4]) د. لورنس محمد عبيدات، المرجع السابق، ص95.

فهذا الاتجاه بالغ في اعتبار كل قواعد الإثبات مرتبطة بالنظام العام، وبالتالي لا تجيز للأفراد مخالفة أحكامها، وهو ما يخلف النصوص القانونية التي تجيز ذلك.

الرأي الثاني: يعتبر أنصار هذا الرأي، أن قواعد الإثبات غير متعلقة بالنظام العام إلا بالقدر الذي تمس فيه مصلحة احد أطراف النزاع، فنزول احد أطراف النزاع عن حقه بالتمسك بقاعدة وجوب الإثبات بالكتابة، فيما جاوز نصاب البينة (شهادة الشهود) أثناء سير الدعوى يعتبر صحيحا ونافذا، لأن الطرف المتنازل يكون على بينة من أمره تسمح له بتقدير الوضع.

أما النزول عن هذه القاعدة حسب هذا الرأي قبل نشوء النزاع، يكون فيه تجهيل للحقيقة وكيفية سير الدعوى، وعما سيؤول إليه النزاع وموقف الشهود ومدى أمانتهم، مما يجعل مثل هذا الاتفاق باطلا لمساسه بالنظام العام وبالتالي عدم جواز الاعتداد به[1].

فأنصار هذا الرأي استبعدوا فكرة النظام العام من قواعد الإثبات، إلا في الحدود التي تمس بحقوق الأفراد، بمعنى أن الاتفاق على تعديل قواعد الإثبات مرتبط برفع الدعوى عند حدوث النزاع، أما قبله فهو غير جائز، وهذا يشكل قيدا لحرية الأطراف في اختيار الدليل الذي يناسبهم فبل حدوث النزاع.

الرأي الثالث: يرى أنصار هذا الاتجاه أن قواعد الإثبات الموضوعية لا تتعلق بالنظام العام، ذلك أن الخصومة لا تمس سوى مصالح الأفراد الخاصة، ومن ثمة يكون لأصحاب هذه الحقوق التنازل عنها، ولهم من باب أولى الحق في حمايتها وإثباتها بالوسائل التي يرونها صالحة لهم[2].

ويرد أصحاب هذا الرأي على أنصار الرأي الأول، أن قواعد الإثبات المتصلة بالنظام العام القضائي، تنحصر في مجال القواعد الإجرائية وليس الموضوعية[3]، وعلى ذلك كل اتفاق ينال من قواعد الإثبات الموضوعية يعتبر اتفاقا صحيحا ونافذا.

([1]) د. عبد المنعم فرج الصده، **الإثبات في المواد المدنية**، مطبعة مصطفى البابلي وأولاده، الطبعة الأولى، القاهرة، 1952، ص ص13-16، مشار إليه في د. لورنس محمد عبيدات، المرجع السابق, ص114. ـ راجع أيضا د. عيسى غسان ربضي، المرجع السابق، ص226-227.

([2]) د. عباس العبودي، **شرح أحكام قانون الإثبات المدني**، المرجع السابق، ص113. – د. عبد الرزاق احمد السنهوري, **الوسيط، الإثبات**، المرجع السابق، ص 127. – د. ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص96 .

– د. إيمان مأمون احمد سليمان، المرجع السابق، ص219.

([3]) د. لورنس محمد عبيدات، المرجع السابق، ص95.

وقد ساند أغلب الفقه الفرنسي[1] أنصار الرأي الثالث، واعتبر أن قواعد الإثبات الموضوعية لا تتعلق بالنظام العام، وبالتالي تصح الاتفاقات المعدلة لهذه القواعد، خاصة القواعد التي تشترط الكتابة.

كما ذهب اتجاه أخر من الفقه[2] إلى القول أن قواعد الإثبات الموضوعية، قسم منها يتعلق بالنظام العام والآخر لا يتعلق به، محاولا التوفيق بين الاتجاهات الفقهية في هذا الشأن، حيث يرى أن قواعد الإثبات الموضوعية المتعلقة بالنظام العام تشمل القواعد المتعلقة بسلطة القاضي في الإثبات، كما هو الحال في القواعد التي تعطي للقاضي سلطة توجيه اليمين في حالات معينة، وكذلك القواعد المتعلقة بالضمانات الأساسية لحق الدفاع أي مبدأ المجابهة بالأدلة.

أما قواعد الإثبات الموضوعية غير المتعلقة بالنظام العام، فهي لا تتعلق بسلطة القاضي في الإثبات، كما أنها لا تمس بالضمانات الأساسية لحق الدفاع، كما هو الشأن في القواعد التي تجيز الاتفاق على الإثبات بشهادة الشهود في الحالات التي يستلزم فيها القانون الإثبات بالكتابة.

2ـ موقف التشريع والقضاء من ارتباط قواعد الإثبات بالنظام العام:

بالنسبة للمشرع الجزائري، من خلال استقراء نص المادة 333 قانون مدني، نجد أنه أجاز مخالفة قواعد الإثبات، وبالتالي استبعاد الدليل الكتابي حتى ولو جاوز التصرف النصاب القانوني المحدد، في المواد التجارية، وكذا في حال وجود نص مخالف، بمعنى انه لم يفتح المجال لاتفاقات الأفراد بمخالفة قواعد الإثبات، والاتفاق على استبعاد الدليل الكتابي وتعويضه بأدلة الإثبات الأخرى، ما عدا في المسائل التجارية، لكن فيما قل عن النصاب يجوز الاتفاق على الإثبات بالكتابة عوضا عن شهادة الشهود.

غير انه من خلال نص المادة 323 مكرر1 قانون مدني، التي تعطي للمحررات الالكترونية حجية مساوية في الإثبات كالمحررات التقليدية، متى أمكن التأكد من هوية الشخص مصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها، فانه يمكن لأطراف التصرف القانوني، كما في عقود التجارة

([1]) CHAMOUX (F.), « **La lois du 12 juillet 1980, une ouverture sur des nouveaux moyenne de preuve** », J.C.P, ed 1981, I 3008, N : 16.

_SEDALLIAN (V.), « **Preuve et signature électronique** », P. 3, disponible sur www.Internet-juridique.net

– ALAIN BENSOUSSAN, **Informatique-Télécom-Internet**, Op. Cit, P. 216.

([2]) د. عباس العبودي، **شرح أحكام قانون الإثبات المدني**، المرجع السابق، ص 114.

ـ د. رمضان أبو السعود، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الدار الجامعية للطباعة، الإسكندرية، 1993، ص 43.

ـ د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، الإثبات، المرجع السابق، ص 129.

– ALAIN BENSOUSSAN, Informatique-Télécom-Internet, Op. Cit, PP. 216-217.

الالكترونية، الاتفاق على الإثبات بالمحررات الالكترونية، حتى وان جاوزت قيمة المعاملة النصاب القانوني، أولا على أساس مبدأ حرية الإثبات في المعاملات التجارية، إذا كان عقد التجارة الالكتروني بين تاجرين، أو على أساس الحجية الكاملة التي تتمتع بها المحررات الالكترونية المستوفية للشروط، وبالتالي تعوض المحررات الكتابية التقليدية في العلاقة بين التاجر والمستهلك إذا كان طرفا مدنيا.

ويمكنهم ذلك ولو دون إبرام اتفاق على اختيار الدليل الكتابي الأنسب لإثبات تصرفاتهم القانونية، وذلك في حال عدم وجود نص يقضي بغير ذلك، كما هو الحال في إثبات العقود التي تتطلب الشكلية (الكتابة) ركنا لانعقادها[1].

ذلك أن العقود التي تشترط شكلا لانعقادها، يعتبر هذا الشكل شرطا ضروريا لصحة العقد بأكمله، بحيث إذا تخلف يترتب عليه البطلان المطلق، وبالتالي لا يصح الاتفاق على الإثبات بغير هذا الشكل.

وقد اعتبر المشرع الفرنسي صراحة في نص المادة 1341 والمادة 1316/ 2 قانون مدني[2]، أن قواعد الإثبات الموضوعية ليست قواعد آمرة، بل هي قواعد مكملة لإرادة الأطراف، وبالتالي يجوز لهم الاتفاق على مخالفة حكمها[3].

فقضت محكمة النقض الفرنسية في العديد من أحكامها، أن قواعد الإثبات لا تتعلق بالنظام العام بل تتصل بالمصالح الخاصة بالأطراف، كما يمكن للأطراف التنازل، الصريح أو الضمني، عن التمسك بنص المادة 1341 من التقنين المدني، وأن يقيموا الدليل بوسيلة أخرى غير الكتابة إذا تجاوزت قيمة النزاع المبلغ المبين في هذه المادة[4].

([1]) ALAIN BENSOUSSAN, **Informatique-Télécom-Internet**, Op.Cit, P. 216.

([2]) L'article 1341:"Il doit être passé acte devant notaires ou sous signatures privées de toutes choses excédant une somme ou une valeur fixée par décret, même pour dépôts volontaires, et il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre.

Le tout sans préjudice de ce qui est prescrit dans les lois relatives au commerce."

–Article 1316-2 Créé par Loi n°2000-230 du 13 mars 2000 - art. 1 JORF 14 mars 2000

"Lorsque la loi n'a pas fixé d'autres principes, et à défaut de convention valable entre les parties, le juge règle les conflits de preuve littérale en déterminant par tous moyens le titre le plus vraisemblable, quel qu'en soit le support."

([3]) TORRES (Ch.), Op .cit, P. 145.

([4])Cass.civ.16nov.1977,Bull.civ.III,n :993,Cass.civ.29Juin1960,Bull.civ.I,n :355,Cass.civ.7mai1980,Bull.civ.I,n : 14,Disponible sur www.legifrance.gouvr.fr

كما سار المشرع المصري على نفس النهج، حيث أجاز في نص المادة 1/60 قانون إثبات، الإثبات بغير الكتابة إذا اتفق الخصوم على أن يكون الإثبات بغير الكتابة، حتى ولو زادت قيمة التصرف على 1000 جنيه إعمالا للاتفاق المبرم بينهما.

وقد أيدت محكمة النقض المصرية ذلك، واعتبرت في العديد من أحكامها أن قواعد الإثبات الموضوعية لا تتصل بالنظام العام، وأنه يجوز لأطراف التصرف الاتفاق على مخالفتها أو التنازل عنها صراحة أو ضمنا، سواء كان هذا التنازل قد اتفق عليه قبل أم بعد نشوء النزاع[1].

وإذا سلمنا بإمكانية قبول اتفاق الأطراف على تحديد الدليل الأنسب لإثبات تصرفاتهم، فهل يجوز لهم منحه حجية قانونية أقوى من الحجية المقررة له قانونا؟ هذا ما سنجيب عليه في النقطة الموالية.

ثانيا- جواز اتفاق الأطراف على تعديل قواعد الإثبات الالكتروني.

كما رأينا فان قواعد الإثبات الموضوعية يجوز الاتفاق على مخالفتها، بحيث يمكن للأطراف اختيار الدليل المناسب لإثبات تصرفاتهم القانونية، حتى تلك التي يتم إبرامها عبر الانترنت، إذ يجوز للأطراف اختيار الدليل الالكتروني لإثبات تصرفاتهم القانونية.

وأكثر ما تكون اتفاقات الإثبات بالمحررات الالكترونية في مجال علاقات البنوك أو المؤسسات المصرفية بعملائها، وبالتحديد فيما يتعلق بعقود إصدار بطاقات الائتمان، حيث اعتادت البنوك على وضع شرط باعتبار أن الشريط الورقي الصادر من الصراف الآلي، وكافة المبالغ التي تقيد على حساب العميل في دفاتر البنك تعتبر دليلا قاطعا على صحتها، ولا يجوز للعميل إثبات عكسها أو الطعن بصحة ما ورد بها، سواء توافرت لتلك البيانات والدفاتر عناصر الدليل الكتابي الكامل أم لا[2].

([1]) نقض مدني مصري رقم 1262، جلسة 1986/2/4، لسنة 52 ق –نقض مدني مصري رقم 537، جلسة 1976/02/19، لسنة 39 ق – نقض رقم 2045 جلسة 1985/4/16 لسنة 51ق. مشار إليها في د. عيسى غسان ربضي، المرجع السابق، هامش رقم 1، ص228. ومتوفرة على الموقع الالكتروني: www.cc.gov.eg

([2]) د.عبد العزيز المرسي حمود، **مدى حجية المحرر الالكتروني في الإثبات في المسائل المدنية والتجارية**، د. د. ن، جامعة المنوفية، مصر، 2005، ص65.

- كما بمكن اعتبار نظام الدفع أو التسديد عن بعد Télépaiements وكذا فواتير الغاز والكهرباء والماء وفواتير الهاتف، من اتفاقات الإثبات التي تكون حجة على المستهلك، وتتمتع بقرينة الثقة التي لا يمكن دحضها إلا بتقديم دليل مخالف. انظر:

- ALAIN BENSOUSSAN, **Informatique-Télécom-Internet**, Op.Cit, PP. 216-217

فنص مثلا البند رقم 4 من شروط عقد البطاقة التي يصدرها بنك مصر على أن:" تعتبر كافة المبالغ المسحوبة بمعرفتي لهذا النظام والتي تم قيدها على حسابي بدفاتر البنك، صحيحة وحجة علي، ولا يحق لي الاعتراض عليها بأي وجه من وجوه الاعتراض أو المناقضة، وأسقط حقي من الآن في الادعاء بأن ما تم قيده في الحساب يخالف ما تم تسجيله بمعرفتي في لوحة المفاتيح ....".

كما ينص البند 11 من ذات الشروط على أن "أوافق من الآن على الاعتداد بالبيانات التي تدون على وسائط ممغنطة، كوسيلة إثبات غير قابلة لإثبات العكس، وذلك في حال حدوث نزاع بيني وبين البنك أمام القضاء".

وينص أيضا البند رقم /8 من الشروط الخاصة ببطاقة بنك الكويت الوطني على أن:" يقر العميل بصحة دفاتر البنك وحساباته، وبأنها تعتبر دليلا قاطعا على ما يستحق عليه من التزامات ناشئة عن استعمال العميل أو الغير البطاقة والرقم، وبموافقته على المعلومات الحسابية الواردة على نسخة الشريط الورقي، الذي يبقى في جهاز الصرف الآلي نتيجة السحب النقدي الذي قام به، ويعتبرها صحيحة وملزمة له، ويقر بصحة الكشوف التي ترسل إليه في ضوء ذلك"[1].

كما ينص البند 3/6 من العقد حامل البطاقة البنكية في فرنسا على أنه:"عندما تستخدم البطاقة في إجراء مشتريات أو الحصول على خدمات بالمراسلة أو بالهاتف، أو من أجهزة الصرف الآلي، فإن هذا يعتبر دليلا قاطعا على أن حامل البطاقة قد رخص للمؤسسة المصرفية مصدرة البطاقة، بخصم المبالغ المقيدة في التسجيلات أو الواردة في فواتير الشراء من حسابه، حتى إذا لم تكن هذه الفواتير موقعة من قبله[2].

فهذه الاتفاقات تمنح المحررات الإلكترونية (مخرجات الحاسب الالكتروني)حجة في الإثبات تفوق حجية المحرر العرفي، ذاك أن المشرع منح المدعى عليه حق إنكار ما هو منسوب إليه في المحرر العرفي من خط أو توقيع أو بصمة ليدحض المحرر العرفي[3]، وعلى العكس من ذلك فإن المتعاقد

(1) متوفر على الموقع www.kuwait.nbk.com

(2) د. ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص 101-102.

(3) المادة 327 قانون مدني جزائري.

الالكتروني لا يستطيع أن يتمتع بهذا الحق، نظرا لطبيعة هذه الاتفاقات التي تمنح المحررات الإلكترونية حجة قاطعة في الإثبات تساوي حجية المحررات الرسمية[1].

وعلى ذلك يعاب على الاتفاقات المعدلة لقواعد الإثبات، أنها تهدر حق المستهلك أي المتعاقد عبر الانترنت، في إثبات حقه اتجاه من يتعاقد معه، إذ تؤدي هذه الاتفاقات في حقيقتها إلى أمرين:

الأمر الأول: إعطاء المحررات الإلكترونية والتي قد لا تتوافر فيها عناصر الدليل الكتابي الكامل، حجية مساوية لحجية المحررات الورقية في الإثبات.

الأمر الثاني: قلب عبء الإثبات وذلك بافتراض صحة ما ورد بالمحررات، إلى أن يثبت المدعى المستهلك عكس ذلك، وهو ما يصعب عليه القيام به[2]، ذلك أنه لا يوجد أي محرر مكتوب بخط البائع يستند إليه المستهلك في التعاقد الإلكتروني، كما أنه يندر وجود شهود على واقعة التعاقد التي تتضمنها السندات[3].

وعلى ذلك فإن اتفاقيات الإثبات مهما كان أطرافها، يجب ألا تذهب إلى حد حرمان المستهلك أو العميل من إثبات عكس ما ورد في هذه المحررات، لأن ذلك يخالف أبسط قواعد العدالة بالإثبات، إذ من حق الخصم إثبات عكس ما يدعيه الطرف الآخر، والاتفاق على غير ذلك يعد باطلا ويخالف أبسط قواعده الإثبات[4].

كما أن منح وسيلة الإثبات المتفق عليها قرينة غير قابلة للإثبات العكس يعد باطلا، ذلك أن حجية وسائل الإثبات تخضع للنظام العام، فلا تتعلق حجية هذه الوسائل بمصالح الأفراد الشخصية وإنما تتعلق بالأداء الوظيفي القضاء[5]، فالقاضي لن يصدر حكمه استنادا إلى دليل اتفق الأطراف على اعتباره حجة

([1]) د. حسن عبد الباسط جميعي، **إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الانترنت**، المرجع السابق، ص 74.

([2]) د. حسن عبد الباسط جميعي، المرجع نفسه، ص75.

([3]) د. عباس العبودي، **تحديات الإثبات بالسندات الالكترونية ومتطلبات النظام القانوني لتجاوزها**، المرجع السابق، ص 77.

([4]) د-يرسف احمد النوافلة، المرجع السابق، ص221.

– د. محمد المرسي زهرة، "**حجية التوقيع الالكتروني في الإثبات**"، مجلة اتحاد المصارف العربية، الطبعة الثانية، بيروت، لبنان، 1996، ص31.

. راجع خلاف ذلك د. لورنس محمد عبيدات، المرجع السابق، ص105.

([5]) د-عيسى غسان ربضي، المرجع السابق، ص229.

قاطعة بينهما إذا لم يستوف شروط الحجية[1]، فقد أجاز المشرع الفرنسي في نص المادة 2/1316 من القانون المدني السابقة الذكر، للأطراف اللجوء إلى إبرام اتفاق فيما بينهم على تحديد الوسيلة التي تثبت التصرف، للتغلب على مشكلة عدم يقينية الوسائط الالكترونية، بشرط عدم الاتفاق على حجية هذه الوسيلة.

غير أن المشرع الفرنسي لم يحدد شروط صحة مثل هذا الاتفاق[2]على تعديل طرق الإثبات واختيار الوسيلة الملائمة، مما يعطي للقاضي سلطة في رقابة صحة هذا الاتفاق[3]، وفي حال إبرام اتفاق فإنه لا يكون صحيحا إلا بين الأطراف ولا يمتد إلى الغير.

وعليه فإذا كان يجوز للأطراف الاتفاق على تعديل قواعد الإثبات الموضوعية، فإنه لا يتعدى ذلك إلى إعطاء الدليل المتفق عليه الحجية المطلقة في الإثبات، فتقدير الأدلة أمر منوط بالقاضي وحده، لتعلقه بمهام القضاء ومصلحة الأفراد والمجتمع.

الفرع الثاني

تحديات الاتفاق على تعديل قواعد الإثبات الالكتروني

إذا كان بإمكان الأفراد الاتفاق على تعديل قواعد الإثبات الالكتروني، واختيار الدليل المناسب لحكم نزاعاتهم مستقبلا، فإن هذا الاتفاق تواجهه جملة من التحديات، قد لا ينتبه إليها في البداية أطراف العقد، خاصة الطرف المستهلك، الذي يشكل الحلقة الأضعف في عقود التجارة الالكترونية.

أولاـ مدى اعتبار اتفاق الأطراف على تعديل قواعد الإثبات شرطا من الشروط التعسفية:

يرى جانب من الفقه[4]، أن اتفاق الأطراف على تعديل قواعد الإثبات الموضوعية، قد يتضمن شروطا تعسفية، فعادة ما يتم هذا الاتفاق بين طرف يتمتع بمكانة مهنية واقتصادية تمكنه من إملاء إرادته على الطرف الأخر، بوضع شروط تتناسب مع مصالحه، ما على الطرف الأخر سوى القبول بهذه الشروط مجتمعة أو رفضها دون نقاش، كالاتفاق المبرم بين البنك والعميل على اعتبار دفاتر البنك

(1) د- يوسف احمد النوافلة، المرجع السابق، ص 223.

(2) SEDALLIAN (V.) , **« Preuve et signature électronique »**, Art. Disponible sur www.internet juridique.net

(3) CAPRIOLI (E.A), **« Le juge et la preuve électronique »**, Op.cit, P. 11 .

(4) د-عيسى غسان ربضي، المرجع السابق، ص 233.

والمستخرجات الالكترونية دليل قاطع لا يجوز للعميل إثبات عكسه، وهو ما يجعل هذا الاتفاق قريب من الإذعان، وهذا ما سنبحثه في النقطة الأولى.

ويعرف عقد الإذعان بأنه ذلك العقد الذي يسلم فيه القابل(المستهلك) بشروط مقررة يضعها الموجب(التاجر ومن في حكمه) ولا مناقشة فيها، وذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي، أو تكون المناقشة محددة النطاق في شأنها[1].

وقد اعتبر جانب من الفقه أن الشروط التي تضعها البنوك في مواجهة العملاء، يمكن اعتبارها من الشروط التعسفية التي تضر مصالح الطرف الضعيف (العميل)[2]، وهو ما يدعونا إلى البحث في مدى انطباق هذه الاتفاقات على قواعد عقد الإذعان. فمن شروط عقد الإذعان:

1-عدم التوازن الاقتصادي بين أطراف العقد: فما يلاحظ على هذه الاتفاقات أنها تتم في كثير من الأحيان بين أطراف يمتلكون القوة الاقتصادية، التي تمكنهم من الاحتكار الفعلي أو القانوني لخدمات أو سلع أو مرافق ما، وهو ما يمكنها من وضع شروط العقد بصفة منفردة، وهذا ما ينطبق على قطاع البنوك، حيث يحتكر البنك خدمة تقديم البطاقات الالكترونية، ويقوم بوضع شروط معينة ما على العميل إلا قبولها دون مناقشة.

كما أن بعض العقود التي تتم عبر شبكة الانترنت يمكن أن تتصف بعقود الإذعان، ذلك أن البائع يقوم بوضع شروط العقد ما على المستهلك إلا قبولها دون مناقشة، وذلك بالضغط بالموافقة على عدد الخانات المفتوحة أمامه على الموقع الالكتروني الخاص بالبائع[3].

2- أن يكون محل العقد سلعة أو خدمة تعد من الضروريات فيما يتعلق بالمستهلك: أصبحت البطاقات الالكترونية التي تصدرها البنوك خدمة ضرورية في حياة الأفراد لا يمكنهم الاستغناء عنها، خاصة في المجتمعات المتقدمة.

([1]) د. حسني محمود عبد الدايم، **العقود الاحتكارية بين الفقه الإسلامي والقانون المدني- دراسة مقارنة-**، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الإسكندرية، 2007، ص 34-35.

([2]) د- يوسف احمد النوافلة، المرجع السابق، ص224.

د. حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص 77.

– SEDALLIAN(V .), Op.cit, P. 4.

([3]) د. عيسى غسان ربضي، المرجع السابق، ص236.

وقد فرض التطور التكنولوجي على الأفراد التعامل بهذا النوع من أدوات التكنولوجيا الحديثة، محافظة على الوقت وكذا السرعة في انجاز المعاملات[1]. وكذا من ناحية الأمان الذي تتمتع به، بالمقارنة مع النقود التقليدية. ويؤكد بعض الفقهاء أن القاضي هو من يملك السلطة في تحديد وتقدير مدى حاجة الأشخاص للتعامل بالبطاقات الالكترونية، أو مدى وجود التوازن من حيث الخبرة أو المركز الاقتصادي بين المتعاقدين[2]، وبالتالي يحكم فيما إذا كان هناك إذعان أم لا.

3- أن يصدر الإيجاب بشكل عام ومستمر وبصورة قاطعة:

يجب أن يوجه الإيجاب في عقد الإذعان إلى عموم الناس وبشروط متماثلة، وليس إلى شخص معين، كما يجب أن يصدر الإيجاب بشكل مستمر ودائم، فيكون ملزما لمدة أطول لما هو عليه في العقود العادية[3]، ويصدر أيضا في قالب نموذجي ما على الطرف الأخر إلا قبوله أو رفضه دون مناقشة.

وما يلاحظ على نموذج الاتفاق الذي يضعه البنك للعملاء، انه يتطابق مع هذا الشرط، فالإيجاب الصادر عن البنك موجه إلى الجمهور بصفة عامة وليس إلى شخص معين، ومستمر في ذات الوقت، إذ لا يتضمن مدة زمنية يجب أن يتعاقد خلالها، كما انه يصدر بصفة قاطعة لا يملك فيها العميل أية مناقشة لبنوده، ويصدر في قالب نموذجي مطبوع على دعامات ورقية أو الكترونية[4].

وفي حال توافر الشروط الثلاثة مجتمعة، تثبت للعقد صفة الإذعان ويمكن من خلاله للقاضي التدخل لتعديل الشروط التعسفية أو حتى إعفاء الطرف المذعن منها، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك[5]، كما أن تفسير العبارات الغامضة في عقد الإذعان يكون لصالح الطرف المذعن دائنا كان أم مدينا[6].

غير أن هناك رأيا أخر من الفقه، يرى أن الشروط التي تدرجها البنوك في اتفاقاتها تعتبر شروطا صحيحة، ولا تنطوي على أي إذعان، على أساس ما جاء به الرأي الراجح في الفقه، والذي اعتبر صحة تنازل الأفراد عن حقوقهم فيما يتعلق بقواعد الإثبات تحقيقا لبعض مصالحهم، إضافة إلى أن الأفراد غير

([1]) د- يوسف احمد النوافلة، المرجع السابق، ص 224.

([2]) د- ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص 108.

([3]) د. عبد المنعم فرج الصده، **مصادر الالتزام**، المرجع السابق، ص 112.

([4]) د. عيسى غسان ربضي، المرجع السابق، ص 238.

([5]) المادة 110 من القانون المدني الجزائري، تقابلها المادة 149 من القانون المدني المصري والمادة 204 من القانون المدني الأردني.

([6]) المادة 2/112 قانون مدني جزائري، تقابلها المادة 2/150 قانون مدني مصري.

ملزمين عند فتحهم حسابات لدى البنوك بإصدار بطاقات الائتمان، وفي حال إصدارهم لهذه البطاقات فإنهم يوافقون على الشروط الواردة في الاتفاق المتعلق بإصدارها[1].

كما أن الأعمال التي تقوم بها البنوك مع الأفراد مهما كانت صفتهم، تجارا أم غير ذلك، تعتبر أعمالا تجارية، وبذلك فهي تخضع لقاعدة حرية الإثبات بكافة الطرق في مواجهتها، حتى وإن كانت مستخرجات الكترونية.

ثانيا- عدم جواز اصطناع الشخص دليلا لنفسه:

التحدي الثاني الذي قد يواجه اتفاق الأطراف على تعديل قواعد الإثبات الإلكتروني، هو اصطدامه بمبدأ عدم جواز اصطناع الشخص دليلا لنفسه ضد خصمه. فلا بد أن يكون الدليل صادرا من الخصم المدعى بالسند عليه حتى يمكن الاحتجاج به في مواجهته، أما إذا كان هذا الدليل من صنع المدعي وقام بالاحتجاج به على المدعى عليه، فان ذلك غير جائز وغير ممكن[2].

فإذا كان احد أطراف الاتفاق يسيطر على التقنيات والآليات، التي بواسطتها يستحدث محررا الكترونيا مستوفيا لشروط إنشائه، تجعله في مكانة يصطنع بها دليلا لنفسه، كما هو الحال بالنسبة للبنك مع العميل، الذي يحتج بدفاتره ومستخرجات أجهزته للاحتجاج بها في مواجهة العميل، فما مدى مشروعية ذلك؟

القاعدة في الإثبات، أن يقدم من يقع عليه عبء الإثبات إلى القاضي دليلا صادرا عن خصمه حتى يستطيع أن يثبت ادعائه، وحتى يكون دليلا ضد خصمه[3]، لذا فإن الدليل المقدم ضد الخصم لا يقبل في الدعوى إذا كان من صنع المدعي، كأن يكون الدليل مجرد أقوال تفوه بها أو ادعاءات تقدم بها[4]، وذلك استنادا إلى القاعدة الشرعية "البينة على من ادعى"، وكذا الحديث النبوي الشريف، عن ابن عباس رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال:"لو يعطى الناس بدعواهم لادعى أناس دماء رجال وأموالهم".

([1]) د. لورنس محمد عبيدات، المرجع السابق، ص105.

([2]) د- عبد الرزاق السنهوري، **الوسيط، الإثبات، آثار الالتزام**، المرجع السابق، ص 36.

- د. بشار طلال المومني، **مشكلات التعاقد عبر الانترنت- دراسة مقارنة-**، عالم الكتب الحديث، اربد، الأردن، 2004، ص 93.

([3]) د. عبد الرزاق السنهوري، **الوسيط، الإثبات، آثار الالتزام**، المرجع السابق، ص 36.

([4]) تنص المادة 323 قانون مدني جزائري:"على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه"، تقابلها المادة الثانية من قانون الإثبات المصري.

غير أن قاعدة عدم جواز اصطناع الشخص دليلا لنفسه ترد عليها بعض الاستثناءات، حيث يجوز للتاجر أن يستند إلى دفاتره التجارية المنتظمة ضد خصمه التاجر[1]، فإذا كان النزاع بين تاجرين، يجوز لأحدهما أن يستند إلى دفاتر التجارية ضد الطرف الآخر.

والسؤال المطروح، هل يمكن أن تكون المحررات الإلكترونية من صنع الجهة التي تحتج بها؟

قد يقف مبدأ عدم جواز اصطناع الشخص دليلا لنفسه في بعض الحالات، عائقا أمام الأدلة المستخرجة عن الحاسب الآلي، وبالتالي عدم الاعتراف بحجيتها في الإثبات، وسند ذلك أن الحاسب الآلي يخضع لإرادة وإشراف الجهة التي تستخدمه، وبناءا على التعليمات المقدمة له، وعلى ذلك يمكن لهذه الجهة أن تتحكم في هذه التعليمات وبالطريقة التي تريدها، فتكون المستخرجات الناجمة عن الحاسب الآلي هي من صنع من يشرف عليه، وبالتالي لا يجوز له استخدامها كدليل إثبات تصرف قانوني معين[2].

فقد أصدرت محكمة (Sète) الفرنسية حكما قضائيا بتاريخ 09 ماي 1984[3]، يتضمن رفض طلب مؤسسة (Credicas) المالية إلزام المدعى عليها "السيدة Brisson" ، تأدية المبلغ المقترض الذي تم سحبه من الصراف الآلي التابع لذات المؤسسة، واستندت المؤسسة في طلبها إلى الشريط الورقي المستخرج من الصراف الآلي للمؤسسة، وقد بررت المحكمة حكمها على أساس أن دليل الإثبات المقدم هو من صنع المؤسسة، إذ رأت أن الشريط الورقي الصادر عن الصراف الآلي ناتج عن برمجة هذا الجهاز الخاضع لسيطرة المؤسسة وحدها[4].

وقد انتقد هذا التحليل الذي ذهبت إليه محكمة " Sète" ، على أساس أنه أخذ بظاهر الأمور التقنية دون التمعن بعملية السحب برمتها، والقول باستقلالية جهاز الصراف الآلي عن مستخدمه قول فيه شك من الناحيتين الفنية والقانونية[5].

([1])–المادة 330 قانون مدني والمادة 13 قانون تجاري جزائري ـ المادة 17 من قانون الإثبات المصري – المادة 2/16 من قانون البينات الأردني.

([2]) د. عيسى غسان ربضي، المرجع السابق، ص 243.

([3]) Trib. Prem. Instant. Sète. 9 mai 1984, D, 1985. P. 359.note : A .Berbent. disponible sur www.legifane.gour.fr

([4]) راجع الحكم القاضي على الموقع www.legifane.gouv.fr والموقع www.dalloz-fiches.fr

([5]) د. عيسى غسان ربضي، المرجع السابق، ص 245.

-Baptiste (M.), **Créer et exploiter un commerce électronique** , litec, Paris, 1998, P. 129.

فآلية سحب النقود من الصراف الآلي، تتم بقيام البنك بوضع الصراف الآلي وتغذيته بالنقود والأوامر، ويقوم البنك في المقابل بتزويد العميل ببطاقة السحب الآلي (بطاقة إلكترونية) والرقم السري الخاص بها، وعند رغبة العميل يقوم بإدخال البطاقة والرقم السري في جهاز الصراف وإعطاء الأمر بالعملية المطلوبة، سواء سحب النقود أو إيداعها أو الاستفسار عن الرصيد وغيرها، وفي جميع الأحوال يتاح للعميل الحصول على كشف ورقي بالعملية التي أجراها[1].

هذه الخطوات تؤكد أن الشريط الورقي هو نتاج عمل مشترك بين المستخدم (العميل) وجهاز الصراف الآلي، وهذا ما انتهت إليه محكمة (مونبيلييه Montpellier) في حكمها الصادر بتاريخ 9 أفريل 1987[2]. الذي نقض قرار محكمة (Sète) السابق.

فقد أخذت محكمة (مونبيليه) بحجية الشريط الورقي الصادر عن جهاز الصراف الآلي، وعللت ذلك بقولها أن حامل البطاقة هو الذي استخدمها وأدخل الرقم الخاص بها، وهذا يدل على رضائه عنها وقبوله سحب المبلغ المسجل على الشريط الورقي، وأن المؤسسة المالية قد أتت بإثبات كاف على ديونها، وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية حكم محكمة (مونبيليه) سنة 1989[3].

وعليه فإن إمكانية الاحتجاج بالشريط الورقي من قبل البنك اتجاه العميل، يعد أمرا مقبولا من الناحية الفنية والقانونية، خاصة في ظل الاعتراف التشريعي بالتوقيع الإلكتروني، حيث كما رأينا سابقا فإن بطاقة السحب الآلي المقترنة بالرقم السري، تعد من إحدى صور التوقيع الإلكتروني في التشريعات الحديثة.

([1]) د. يوسف احمد النوافلة، المرجع السابق، ص 138.

([2]) Montpellier, 1^er^ch, section , 9 avril 1987, Sخ ددوزجهمرحكن ite credicas S.A.C. Yves. J .C.P, éd G 88, p 20984. Disponible sur www.legifrance.gouv.fr

([3]) C.Cass , 1ere Civ , 8 nov . 1989 (2 arrêtés) bull civ I. N ° 342, J.C.P 1990, note Virassany (G) RTD , 1990 Somm, P. 327.disponible sur www.legifane.gour.fr

الفرع الثالث

نطاق تطبيق أحكام الإثبات الإلكتروني

نص المشرع الجزائري في المادة الثالثة 03 من القانون رقم 04/15 المتعلق التوقيع والتصديق الإلكتروني:" دون الإخلال بالتشريع المعمول به لا يلزم أيا كان القيام بتصرف قانوني موقع إلكترونيا".

يفهم من هذه المادة أن المشرع الجزائري يطبق أحكام قانون التوقيع والتصديق الإلكتروني، على المعاملات التي تتم بطريقة إلكترونية برضاء الأطراف، بمعنى أن اللجوء إلى أحكام هذا القانون، وبالتحديد أحكام الإثبات الإلكتروني مرتبط باتفاق الأطراف، ما لم يوجد نص تشريعي يفرض خضوع الأطراف إلى أحكام هذا القانون.

فحتى وإن كان التصرف القانوني يخضع لشروط إنشائه بطريقة إلكترونية، ويفي بالمتطلبات التقنية الآمنة التي تحقق له الحجية في الإثبات، فإنه لا يلزم إلا من قبل التعاقد في ظله، وهذا ما ذهب إليه أيضا قانون المعاملات الإلكترونية الأردني[1]، حيث نص على أن "أحكام هذا القانون تطبق على المعاملات التي يتفق أطرافها على تنفيذ معاملاتهم بوسائل إلكترونية، ما لم يرد فيه نص صريح يقضي بغير ذلك".

كما أشارت المادة 1/4 من نظام المعاملات الإلكترونية السعودي على أنه:"لا يلزم هذا النظام شخص بالتعامل الإلكتروني دون موافقته، ويمكن أن تكون هذه الموافقة صريحة أو ضمنية".

فيلاحظ من خلال هذه النصوص السابقة، أنها تركت للأطراف الحرية في اختيار الإثبات بواسطة المحررات الإلكترونية إلى جانب الإثبات بالمحررات الورقية.

فقد ساوت أغلب التشريعات المنظمة للمعاملات الإلكترونية بين المحررات الإلكترونية والمحررات الورقية، وأعطت المحررات الإلكترونية المستوفية لشروط إعدادها وحفظها، ذات الحجية المقررة للمحررات الورقية العرفية[2]أو حتى الرسمية، كما أعطت حجية للتوقيع الالكتروني مساوية للتوقيع اليدوي، متى

([1]) المادة 05 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني.

([2]) المادة 323 مكرر1 والمادة 327/ 2 قانون مدني جزائري، والمادة 15 من قانون التوقيع الإلكتروني المصري، والمادة 07 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني.

استوفى أيضا الشروط القانونية المتطلبة لإنشاء توقيع إلكتروني موصوف (آمن – متقدم). وهو ما أشار إليه المشرع الجزائري في نص المادة 08 من قانون التوقيع والتصديق الإلكتروني، وكذا المشرع المصري في نص المادة 14 من قانون التوقيع الإلكتروني.

وعلى ذلك فيمكن لأطراف العقد الاختيار بين الإثبات الإلكتروني أو الإثبات التقليدي، طالما أن المحررات الإلكترونية المستوفية للشروط القانونية، لها ذات الحجية المقررة للمحررات الورقية، سواء العرفية كما هو الحال بالنسبة للمشرع الجزائري والأردني، أو حتى المحررات الرسمية بالنسبة للمشرع المصري والفرنسي. فيجوز اتفاق الأطراف على اللجوء إلى الإثبات الإلكتروني، سواء اتفاقا صريحا، أو اتفاقا ضمنيا وذلك بتقديم أدلة إثبات إلكترونية أمام المحكمة، دون وجود اتفاق صريح على ذلك، ما لم يعترض أحدهما على ذلك.

كما أن الاتفاق على اختيار الإثبات الإلكتروني لا يسقط حجية المحررات الورقية وكذا التوقيع اليدوي، فكل منها يستمد حجيته الذاتية من نص القانون وليس من اتفاق الأطراف على اللجوء إلى أحدهما، فيبقى المحرر الإلكتروني الموقع إلكترونيا يتمتع بحجيته القانونية في الإثبات، حتى ولو لم يتم الاتفاق على اللجوء إليه كدليل إثبات[1].

وقد اعتبر بعض الفقهاء، أن جواز اتفاق الأطراف على إثبات معاملاتهم بالوسائل الإلكترونية، يعتبر من عقود الإذعان بالمفهوم الواسع، وهو ما يرتب تدخل القاضي لتفسير الشك في هذه العقود لمصلحة الطرف الضعيف[2].

ويضيف هذا الرأي، أن الشروط الواردة في مثل هذه الاتفاقات صراحة أو ضمنا، التي من شأنها إهدار حق المستهلك في الإثبات تعتبر من الشروط التعسفية، وهو ما يستوجب استبعاد العمل بهذه الشروط أو إبطالها في عقود الاستهلاك بوجه عام، حتى وإن لم تكن من عقود الإذعان[3]، وهذا طبقا المادة 1/132 من قانون الاستهلاك الفرنسي[4].

([1]) د. يوسف احمد النوافلة، المرجع السابق، ص 228.

([2]) د. حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص 77–78.

([3]) د. حسن عبد الباسط جميعي، المرجع نفسه، ص 78–79 ، د. سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 606–607.

([4]) Article L132-1 Modifié par LOI n°2010-737 du 1er juillet 2010 - art. 62

ونحن نؤيد ما ذهب إليه بعض الفقه[1] من انتقاد لهذا الرأي السابق، على أساس أن المشرع قد أعطى للمحررات الإلكترونية حجية في الإثبات مساوية لحجية المحررات التقليدية، ولا يمكن أن يراعي المشرع طرفا على حساب طرف آخر في الإثبات أو غيره، فالتشريع يطبق على الجميع دون استثناء كونه يتصف بالعمومية والتجريد.

كما أن القول بأن هذه الاتفاقات تتضمن نوعا من الإذعان، من شأنه أن يؤدي إلى فقد الوسائل الإلكترونية قيمتها، وهو ما يجعل البنوك والشركات تحجم عن التعامل بها، خوفا من تدخلات القاضي لتعديل هذه الشروط المتضمنة في هذه الاتفاقيات، وهو ما سيؤثر سلبا على تطور الدول واللحاق بركب التقدم العلمي والتكنولوجي الذي يشهده العالم.

وعلى ذلك فمتى استوفت المحررات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني للشروط القانونية، فإنه يمكن اعتمادها كأدلة لإثبات المعاملات الإلكترونية، أو حتى المعاملات التقليدية إذا ما تم إثباتها بطريق إلكتروني، فسواء أدلة الإثبات التقليدي أو أدلة الإثبات الإلكتروني كل منهما له حجية ذاتية مستقلة عن الآخر، تجيز من خلالها للأطراف الاتفاق على اختيار طريق الإثبات المقصود.

وخلاصة ما سبق أنه يجوز لأطراف العقد الاتفاق على تعديل قواعد الإثبات الموضوعية في أغلب التشريعات الوطنية (استثناءا التشريع الجزائري الذي لم ينص صراحة على ذلك، وهو ما يؤاخذ عليه)، واختيار دليل الإثبات المناسب، سواء أدلة الإثبات التقليدية أو أدلة الإثبات الإلكترونية، لكن هذه الحرية قد تصطدم بحالات معينة يمنع فيها اختيار دليل الإثبات، ويلزم الأطراف بسلوك دليل واحد، وهو ما يتعلق بالتصرفات التي تكون فيها الكتابة ركنا لانعقادها، حيث تبقى خاضعة لقواعد الإثبات الخاصة بها.

المبحث الثاني

التدخل التشريعي لتنظيم الإثبات بالسندات الالكترونية

Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat.

([1]) د. يوسف احمد النوافلة، المرجع السابق، ص 229.

اتجهت أغلب التشريعات سواء الدولية أو الوطنية إلى المساواة بين المحررات في الشكل التقليدي وبين المحررات في الشكل الإلكتروني، من حيث الحجية في الإثبات، إذا ما توافر في المحررات الإلكترونية الشروط الأساسية الخاصة بها.

وقد خضعت القواعد القانونية للتعاقد والإثبات في النظم المقارنة إلى عملية تقييم، في ضوء مفرزات تقنية المعلومات وتحدياتها، وذلك من أجل أن تبين مدى توائم النصوص القائمة مع ما أفرزته وسائل الاتصال الحديثة، وتحديدا شبكات المعلومات بأنواعها (إنترنت – إنترانت– إكسترانت)، باعتبار أن القواعد القائمة في نطاق التشريعات عموما، تتعامل مع عناصر الكتابة التوقيع على أساس مادي ورقي.

فعلى الرغم من كون الدليل الورقي أقوى أدلة الإثبات، إلا أنه لا يمكن التغاضي عن الدليل الالكتروني الذي أفرزه التطور التكنولوجي، وشاع استخدامه بين الأفراد، وهو ما جعل الدول تلتفت إلى هذا النوع من الأدلة، من أجل توفير الحماية القانونية اللازمة لها.

لذلك لجأت أغلب تشريعات الدول للاعتراف بحجية الكتابة الالكترونية ومساواتها بالكتابة التقليدية، معتمدة في ذلك على مبدأ التنظير الوظيفي L’équivalence fonctionnelle، الذي هو قوام القانون النموذجي للتجارة الالكترونية، الذي أصدرته منظمة الأمم المتحدة متمثلة في لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الاونسيترال UNCITRAL عام 1996.

لذلك سنتطرق في هذا المبحث إلى الاتفاقيات الدولية في مطلب أول، ثم التشريعات الداخلية في مطلب ثان.

المطلب الأول

الجهود على مستوى التشريعات الدولية

نتيجة للتطور التكنولوجي الذي عرفته وسائل الاتصال الحديثة، والذي أثر بشكل واضح على أدلة الإثبات، لتظهر السندات الالكترونية وما أحدثته من مشكلات قانونية تتعلق بمدى حجيتها في الإثبات، فقد بذلت جهود دولية لاستيعاب هذا التطور في أدلة الإثبات.

وقد حرصت التشريعات الدولية على منح المحررات الإلكترونية إذا استوفت الشروط المتطلبة، نفس القوة المحررات التقليدية في الإثبات ومساواتها بها، وكان لها السبق في هذا المجال مقارنة بالتشريعات الداخلية.

وسنتطرق إلى أهم الاتفاقيات الدولة والإقليمية، التي اعترفت بالمحررات الالكترونية، في النقاط التالية:

الفرع الأول

جهود منظمة الأمم المتحدة للاعتراف بالمحررات الالكترونية

عملت منظمة الأمم المتحدة على وضع العديد من الاتفاقيات الدولية، لتنظيم التجارة الالكترونية والمسائل المرتبطة بها، وقد تأثرت تشريعات الدول بالقوانين النموذجية التي أصدرتها في هذا المجال وبادرت إلى الاقتباس منها من اجل وضع قوانينها الداخلية، بما يناسب متطلباتها.

سنتطرق في هذا الفرع إلى أهم الاتفاقيات الدولية التي اعترفت بالمحررات الالكترونية، وساوتها في الحجية مع المحررات الورقية.

أولاـ اتفاقية فيينا بشأن البيع الدولي للبضائع سنة 1980.

اتجهت اتفاقية فيينا[1] إلى الأخذ بالمفهوم الحديث للسندات الالكترونية، إذ لم تشترط هذه الاتفاقية أي شرط يقيد الكتابة، فنصت المادة 11 منها أن:"عقد البيع لا يستلزم إبرامه أو إثباته بالكتابة ولا يخضع إلى أية متطلبات شكلية ويمكن إثباته بأية وسيلة بما فيها الشهود". مما يجعله عقدا رضائيا لا شكليا، ويخضع لمبدأ حرية الإثبات استجابة لحاجات التجارة الدولية وتحريرها من قيود الشكل[2].

(1) United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna, 1980) (CISG) www.uncitral.org

(2) د. محمود سمير الشرقاوي، **العقود التجارية الدولية، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع**، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، القاهرة، مصر، 2002، ص 122ـ 123.

كما أن المادة 13 من هذه الاتفاقية تنص على أن مصطلح الكتابة، لا يشمل السندات التقليدية فقط، وإنما يشمل أيضا الرسائل البرقية والتلكس، فإذا وقع الإيجاب والقبول مثلا عن طريق التلكس، فإنه يعد مكتوبا في جميع دول الاتفاقية، بما فيها الدول التي استعملت التحفظ[1].

وعليه فان اتفاقية فيينا لا تقف عائقا أمام الإثبات بالمحررات الالكترونية، وذلك بتبنيها مفهوما موسعا للوسائل المستعملة في التعاقد في المادة 13 منها، مما يجعلها قد تبنت أيضا مفهوما موسعا للكتابة لتشمل الكتابة الالكترونية[2].

ثانيا- القانون النموذجي بشأن التجارة الالكترونية لسنة 1996.

لقد كان للجنة الأونسيترال في الأمم المتحدة وقفة مبكرة، اتجاه الاعتراف بالمحررات الالكترونية ومساواتها بالمحررات الورقية، اعتمادا على مبدأ التكافؤ الوظيفي، حيث أصدرت القانون النموذجي بشأن التجارة الالكترونية لعام 1996 [3]، وطبقا للمادة الخامسة منه فإنه: لا تفقد المعلومات مفعولها القانوني أو صحتها أو قابليتها للتنفيذ لمجرد أنها في شكل رسالة بيانات.

كما أضافت المادة 06 من نفس القانون على أنه:

1_ 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_ تسري أحكام الفقرة (1) سواء اتخذ الشرط المنصوص عليه فيها شكل التزام، أواكتفى في القانون بمجرد النص على العواقب التي تترتب إذا لم تكن المعلومات مكتوبة.

كما نصت المادة 09 من نفس القانون على الأتي:

([1]) راجع في التعليق على أحكام هذه الاتفاقية:

Proceedings of the UNCITRAL - VIAC Joint Conference, 15-16 March 2005, Vienna: Celebrating Success: 25 years United Nation Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) The proceedings were published in the Journal of Law and Commerce, Volume 25, Issue 1, Fall 2005. www.uncitral.org

([2]) د. محمد نصر محمد، **الدليل الالكتروني وحجيته أمام القضاء – دراسة مقارنة–**، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 2013، ص287.

([3]) راجع الموقع الرسمي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري: www.uncitral.org

1ـ في أية إجراءات قانونية، لا يطبق أي حكم من أحكام قواعد الإثبات من أجل الحيلولة دون قبول رسالة البيانات كدليل إثبات:

أ. لمجرد أنها رسالة بيانات، أو:

ب ـ بدعوى أنها ليست في شكلها الأصلي، إذا كانت هي أفضل دليل يتوقع بدرجة معقولة من الشخص الذي يستشهد بها أن يحصل عليه.

2ـ يعطى للمعلومات التي تكون على شكل رسالة بيانات ما تستحقه من حجية في الإثبات، وفي تقدير حجية رسالة البيانات في الإثبات، يولى الاعتبار لجدارة الطريقة التي استخدمت في إنشاء أو تخزين أو إبلاغ رسالة البيانات بالتعويل عليها، ولجدارة الطريقة التي استخدمت في المحافظة على سلامة المعلومات بالتعويل عليها، وللطريقة التي حددت بها هوية منشئها، ولأي عامل آخر يتصل بالأمر.

وعلى ذلك فقد أسهمت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي الاونسيترال، في إرساء القواعد القانونية المتعلقة بالاعتراف بالمحررات الالكترونية ومساواتها مع نظيرتها التقليدية، إذا توافرت فيها مجموعة من الشروط القانونية، على سبيل استرشاد الدول بهذه المبادئ عند وضع تشريعاتها الداخلية، كما أوصت اللجنة الدول بمراعاة الضوابط التالية:

أ. إعادة النظر في القواعد القانونية التي تمثل عائقا في استخدام الوسائط والدعامات الالكترونية كأدلة في الدعاوى القضائية.

ب ـ توفير الوسائل المناسبة التي تمنح البيانات حجية ومصداقية أمام الأطراف والقضاء.

ج ـ ضرورة إعادة النظر في القواعد القانونية الخاصة بالكتابة والتوقيع وحجيتهما في الإثبات[1].

بعدها أصدرت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، القانون النموذجي للتوقيعات الالكترونية في 5 جويلية لسنة 2001[2]، وحددت المادة السادسة منه فقرة 1 . 2. 3 شروط التوقيع الالكتروني وشروط الوثوق به، حيث تنص على:

([1]) د. سعيد السيد قنديل، **التوقيع الالكتروني، ماهيته ـ صوره ـ حجيته في الإثبات بين التداول والاقتباس**، دار الجامعة الجديدة، الطبعة الثانية، الإسكندرية، 2006، ص18.

([2]) راجع نص الاتفاقية على الموقع الالكتروني للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري www.uncitral.org

1ـ حيثما يشترط القانون وجود توقيع من شخص، يعد ذلك الاشتراط مستوفى بالنسبة إلى رسالة البيانات إذا استخدم توقيع الكتروني يعول عليه بالقدر المناسب للغرض الذي أنشئت أو أبلغت من أجله رسالة البيانات، في ضوء كل الظروف، بما في ذلك أي اتفاق ذي صلة.

2ـ تطبق الفقرة 1 سواء أكان الاشتراط المشار إليها فيها في شكل التزام أم كان القانون يكتفي بالنص على تبعات تترتب على عدم وجود توقيع.

3ـ يعتبر التوقيع الالكتروني قابلا للتعويل عليه لغرض الوفاء بالاشتراط المشار إليه في الفقرة 1 إذا:

أ ـ كانت بيانات إنشاء التوقيع مرتبطة، في السياق الذي تستخدم فيه، بالموقع دون أي شخص آخر.

ب ـ كانت بيانات إنشاء التوقيع خاضعة، وقت التوقيع، لسيطرة الموقع دون أي شخص آخر.

ج ـ كان أي تغيير في التوقيع الالكتروني، يجري بعد حدوث التوقيع، قابلا للاكتشاف.

د ـ كان الغرض من اشتراط التوقيع قانونا هو تأكيد سلامة المعلومات التي يتعلق بها التوقيع وكان أي تغيير يجري في تلك المعلومات بعد وقت التوقيع قابلا للاكتشاف.

ثالثاـ اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية بنيويورك لعام 2005.

حدّدت اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية لعام 2005 [1]، معايير تحقّق التكافؤ الوظيفي بين الخطابات الإلكترونية والمستندات الورقية، وكذلك بين طرائق التوثيق الإلكترونية والتوقيعات الخطية.

فقد نصت المادة 2/9 من الاتفاقية على انه: حيثما يشترط القانون أن يكون الخطاب أو العقد كتابيا، أو ينص على عواقب لعدم وجود كتابة، يعتبر ذلك الاشتراط قد استوفى بالخطاب الالكتروني إذا كان الوصول إلى المعلومات الواردة فيه متيسرا على نحو يتيح استخدامها في الرجوع إليها لاحقا.

وفضلا عن ذلك، فإن الاتفاقية تنص على المبدأ العام القائل بعدم جواز إنكار صحة الخطاب من الناحية القانونية لمجرد كونه في شكل إلكتروني، فقد أشارت في المادة 1/8 من الاتفاقية، إلى انه: لا يجوز إنكار صحة الخطاب أو العقد أو إمكانية إنفاذه لمجرد كونه في شكل خطاب الكتروني.

(1) راجع اتفاقية الأمم المتحدة بشأن استخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية (نيويورك، 2005) www.uncitral.org

وعلى ذلك فانه حسب هذه الاتفاقية فان المحررات الالكترونية متى استوفت الشروط المطلوبة، فان التصرف القانوني إذا كان على دعامة الكترونية، فانه يكون له نفس المرتبة والقوة في الإثبات مع المحررات الكتابية تجسيدا لمبدأ التكافؤ الوظيفي.

رابعا- التوجيه الأوروبي رقم 93/1999 المتعلق بالتوقيع الالكتروني.

بهدف تشجيع التجارة الالكترونية التي تتم من خلال الشبكات الرقمية، والتي عرفت تطورا ملحوظا، سعى المشرع الأوروبي من أجل توفير الثقة والأمان في المعاملات الالكترونية داخل السوق الأوروبية، وأصدر بذلك التوجيه رقم 1999_93 الصادر بتاريخ 1999/12/13 المتعلق بالتوقيع الالكتروني[1]، الذي كرس مبدأ المساواة في القيمة القانونية والحجية في الإثبات بين المحررات والتوقيعات الالكترونية والمحررات والتوقيعات الخطية.

فقد نصت الفقرة الأولى من المادة الخامسة على أن[2]:"على الدول الأعضاء مراعاة أن التوقيع الالكتروني المتقدم، (الآمن أو المعزز أو الموصوف)Avancée ، المستند إلى شهادة تصديق الكتروني والمنشأ بوسيلة آمنة:

أ ـ يحقق الشروط القانونية للتوقيع بالنسبة للمعلومات المكتوبة إلكترونيا، بذات الحجية التي يحققها التوقيع اليدوي بالنسبة للمعلومات المكتوبة يدويا أو المطبوعة على الورق.

ب ـ يكون مقبولا كدليل أمام القضاء.

كما نصت الفقرة الثانية من نفس المادة على أن[3]: على الدول الأعضاء مراعاة أن التوقيع الالكتروني لا يفقد أثره القانوني أو حجيته كدليل إثبات بسبب:

([1]) Directive 1999_93 C.E du Parlement Européen et du Conseil du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, Journal officiel n° L 013 du 19/01/2000 p. 0012 – 0020. et disponible sur eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=URISERV:l24118 ou www.droit-technologie.org

([2]) L'article 5/1de directive européen : Effets juridiques des signatures électroniques

1. Les États membres veillent à ce que les signatures électroniques avancées basées sur un certificat qualifié et créées par un dispositif sécurisé de création de signature:

a) répondent aux exigences légales d'une signature à l'égard de données électroniques de la même manière qu'une signature manuscrite répond à ces exigences à l'égard de données manuscrites ou imprimées sur papier. et

b) soient recevables comme preuves en justice.

([3]) L'article 5/2de directive européen :

2. Les États membres veillent à ce que l'efficacité juridique et la recevabilité comme preuve en justice ne soient pas refusées à une signature électronique au seul motif que:

- la signature se présente sous forme électronique. ou

ـ أن التوقيع جاء في شكل الكتروني.

ـ أو لأنه لم يستند إلى شهادة تصديق الكتروني معتمدة من جهة مرخص لها بذلك.

ـ أو لأنه لم يتم إنشاؤه أو إصداره من خلال تقنيات تجعله توقيعا الكترونيا آمنا.

وعلى ذلك فقد منح المشرع الأوروبي الحجية القانونية للتوقيع الالكتروني الآمن، المستند إلى شهادة تصديق الكترونية صادرة من جهة معتمدة، ويكون هذا التوقيع ملزما للقاضي. أما التوقيع الالكتروني البسيط والذي لا تتوافر فيه ضوابط التوقيع الآمن، فإنه لا يجوز رفضه أمام القضاء بسبب ذلك، إلا إذا أنكره الشخص المنسوب إليه، وفي هذه الحالة يكون على مدعي وجود التوقيع إثبات جدارة وأمان الوسيلة التي استخدمت في إنشائه[1].

كما أنه قد أقام قرينة قانونية بسيطة قابلة لإثبات العكس، مؤداها صحة المحرر الالكتروني الموقع توقيعا الكترونيا، ومنحه مرتبة الدليل الكامل في الإثبات، وذلك بشرط تقديم شهادة باعتماد المحرر الالكتروني من جهة متخصصة تخضع في إنشائها وممارستها لعملها لرقابة السلطات المختصة في الدولة العضو في الاتحاد الأوروبي[2].

وعليه فان التنظيمات الدولية بالرغم من تنوع جهودها ما بين محاولات التنظيم الشامل لموضوع التجارة الالكترونية، أو من خلال القوانين الخاصة كقوانين التوقيع الالكتروني أو من خلال الاتفاقيات الدولية الخاصة، قد اعترفت قانونا بحجية الكتابة والمحررات الالكترونية في الإثبات، فقد ساوت بين الكتابة الالكترونية والكتابة التقليدية في الإثبات، شريطة توافر بعض الشروط التي تطرقنا إليها سابقا، فيما يتعلق بحجية الكتابة الالكترونية، دعما للثقة على المعاملات الالكترونية. وقد سارت التشريعات الوطنية على نهج التشريعات الدولية في منح الحجية للمحررات الالكترونية كالمحررات التقليدية، وهذا ما سنتعرض إليه في المطلب الموالي.

المطلب الثاني

- qu'elle ne repose pas sur un certificat qualifié. ou
- qu'elle ne repose pas sur un certificat qualifié délivré par un prestataire accrédité de service de certification. ou
- qu'elle n'est pas créée par un dispositif sécurisé de création de signature.

([1]) د . محمد نصر محمد، المرجع السابق، ص 26.

([2]) ALAIN BENSOUSSAN, **Informatique-Télécom-Internet,** Op.cit., P. 221.

الجهود على مستوى التشريعات الداخلية

أصبحت السندات الالكترونية واقعا ملموسا لا يمكن تجاهله، بسبب التطور التكنولوجي في وسائل الاتصال، وكذا في ظل الاعتراف الدولي بها، على مستوى لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي أو على مستوى التوجيهات الأوروبية. وهو ما جعل الكثير من الدول تتدخل تشريعيا من أجل إقرار هذا النوع من السندات، وإعطائها حجية في الإثبات كنظيرتها السندات الورقية، تماشيا مع المستجدات الدولية في هذا الشأن.

وسنتطرق في هذا المطلب إلى موقف التشريعات المعاصرة وضوابط اعتمادها للمحررات الالكترونية، وذلك في فرعين: الفرع الأول نبحث فيه موقف بعض التشريعات الغربية(القانون الإنجليزي ـ القانون الأمريكي ـ القانون الفرنسي)، وفي الفرع الثاني نبحث موقف التشريعات العربية، مع التركيز على موقف المشرع الجزائري من ذلك.

الفرع الأول

بعض التشريعات الغربية

سنتطرق بداية إلى موقف المشرع الفرنسي من الإثبات بالمحررات الالكترونية، ثم موقف المشرع الانجليزي، وأخيرا موقف المشرع الأمريكي.

أولاـ التشريع الفرنسي.

اعترف المشرع الفرنسي بالمحررات الالكترونية ومنحها حجية في الإثبات بعد تدرج طويل، من خلال نصوص قانونية مختلفة في شتى المجالات والقطاعات.

فقد نص القانون رقم 83_353 الصادر بتاريخ 1983/04/30[1] على جواز استخدام المحررات الالكترونية، في تدوين حسابات التجار والشركات التجارية كبديل عن الدفاتر التجارية، ومنحها ذات الحجية المقررة لدفاتر التجار بموجب القانون المدني الفرنسي[2].

(1)Loi n° 83-353 du 30 avril 1983 relative à la mise en harmonie des obligations comptables des commerçants et de certaines sociétés avec la IVè directive adoptée par le conseil des communautés européennes le 25 juillet 1978, et disponible sur http://legifrance.gouv.fr

(2) د . حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص 101.102.

كما نصت المادة 289 من قانون الضرائب الفرنسي المعدلة للقانون 99-337 الصادر في 1999/05/3[1] على انه يتم قبول جميع المحررات المدونة على وسائط الالكترونية للمحررات الكتابية التقليدية، كما تجوز للأفراد إتمام نماذج الإقرارات الضريبية على شاشات الحاسوب وإرسالها إلى مأمورية الضرائب المختصة عبر الشبكة الرقمية.

وبتاريخ 1994/02/11 اصدر المشرع الفرنسي القانون رقم 94 -126[2] ثم اللائحة الوزارية رقم 99-68 لعام 1999، بشان تنظيم الإثبات بالمحررات الالكترونية في مجال تعاملات الأفراد مع جهات الإدارة، وسمح بتيسير كبير في معاملات الأفراد مع جهات الإدارة، سواء من حيث عدم الحاجة إلى الانتقال والتواجد ماديا بالمكاتب الإدارية، أو من حيث تخفيض حجم التعامل الورقي الذي يؤدي تكدسه إلى تراكمات تعرقل حسن أداء المرافق لوظائفها[3].

ثم جاء التعديل الأهم في قواعد الإثبات في القانون المدني، بموجب القانون رقم 230 لسنة 2000 في 13 مارس 2000[4]، المتضمن المصادقة على قواعد الإثبات بتكنولوجيا المعلومات والمتعلق بالتوقيع الالكتروني، حيث نصت المادة 3/1316 من القانون المدني[5]: "تأخذ الكتابة على دعامة الكترونية نفس القوة في الإثبات للكتابة على دعامة ورقية".

وعلى ذلك فقد ساوى المشرع الفرنسي في الإثبات بين المحررات الالكترونية والمحررات الورقية، أي مهما كانت الدعامة التي تحمل الكتابة الكترونية أم ورقية.

كما أضاف إلى المادة 1317 المتعلقة بالمحرر الرسمي، فقرة جديدة نصت على أن[6]:".... ويمكن أن يكتب على دعامة الكترونية، على أن تعد وتحفظ طبقا للضوابط التي يحددها مجلس الدولة."

([1]) Décret n°99-337 du 3 mai 1999 relatif aux modalités de transmission des factures par voie télématique et modifiant l'annexe III au code général des impôts, disponible sur https://github.com

([2]) Loi n° 94-126 du 11 février 1994 relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle, (Dernière modification : 25 juillet 2010), disponible sur http://www.legifrance.gouv.fr

([3]) د. سمير حامد عبد العزيز الجمال، **التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص241-242.

([4]) Loi no 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, JORF n°62 du 14 mars 2000 page 3968, et disponible sur http://legifrance.gouv.fr

([5])Art 1316-3''l'écrit sur support électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier'' .

([6])Article 1317 Modifié par Loi n°2000-230 du 13 mars 2000 - art. 1 JORF 14 mars 2000

L'acte authentique est celui qui a été reçu par officiers publics ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé, et avec les solennités requises.

كما عدل المشرع الفرنسي نص المادة 1326 من القانون المدني[1] التي كانت تنص قبل تعديلها على كتابة المبالغ بدويا بالحروف والأرقام، وبعد التعديل فقد تم استبدال مصطلح بواسطة اليد « de sa main » بمصطلح بواسطة الشخص نفسه « par lui-même » ،أي أنها سمحت للأفراد بكتابة المبلغ بآية وسيلة عن طريق الشخص، معا يعني جواز الكتابة بالوسائل الالكترونية.

فالمشرع الفرنسي بهذا التعديل الجديد، أولى اهتمامه بوظيفة الكتابة، وهي تحديد هوية مصدرها، ويجب أن تحفظ في ظروف تضمن سلامتها، بصرف النظر عن الوعاء الذي تتضمنه هذه الكتابة، وعلى ذلك يمكن للفرد الاحتجاج أمام المحكمة بالكتابة الالكترونية، وان كانت مخزنة في ذاكرة جهاز الحاسب الآلي، لأنها تعد من قبيل الأدلة الكتابية التي يمكن الاستناد عليها في الإثبات[2].

ثانيا- التشريع الانجليزي.

تحكم القانون الانجليزي، بوصفه نموذجا للقانون الأنجلوسكسوني والذي يعرف بالقانون العرفي Common Law of Evidence ، قاعدتان أساسيتان تشكلان عائقا أمام الإثبات عن طريق الوثائق الالكترونية، وهما: قاعدة الشهادة السماعية (Hearsay rule)[3]، وقاعدة الدليل الأفضل أو الأصل (Best evidence rule)[4].

1 ـ قاعدة الشهادة السماعية: تقضي هذه القاعدة بإعطاء دور كبير للشهادة السماعية في الإثبات، ويشترط لقبولها أن تكون صادرة من الشخص الذي اتصل علمه مباشرة بالواقعة محل الإثبات[5]، بمعنى أن الوثيقة لا تقبل في الإثبات إلا إذا شهد محررها بمضمونها أمام المحكمة[6]. وعلى ذلك فالوثيقة

Il peut être dressé sur support électronique s'il est établi et conservé dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat

([1]) Article 1326 Modifié par Loi n°2000-230 du 13 mars 2000 - art. 1 JORF 14 mars 2000:

L'acte juridique par lequel une seule partie s'engage envers une autre à lui payer une somme d'argent ou à lui livrer un bien fongible doit être constaté dans un titre qui comporte la signature de celui qui souscrit cet engagement ainsi que la mention, écrite **par lui-même**, de la somme ou de la quantité en toutes lettres et en chiffres. En cas de différence, l'acte sous seing privé vaut pour la somme écrite en toutes lettres

([2]) د. عباس العبودي، **تحديات الإثبات بالسندات الالكترونية ومتطلبات النظام القانوني لتجاوزها**، المرجع السابق، ص 121. 122.

([3]) بالفرنسية: La règle de l'ouï-dire

([4]) بالفرنسية:"La règle de la meilleure preuve" أو " La règle de l'originale"

([5]) د . عباس العبودي، **تحديات الإثبات بالسندات الالكترونية ومتطلبات النظام القانوني لتجاوزها**، المرجع السابق، ص 114.

([6]) JEAN-BAPTISTE (M.), **Créer et exploiter un commerce électronique**, éd. Litec, Paris, 1998, P. 123.

المعلوماتية Le document informatique لا يمكن إذا أن تكون مقبولة كدليل إثبات، لاستحالة شهادة فاعلها الذي ألم بمضمونها شخصيا، أي أن قاعدة Hearsay rule يستتبعها إذن منع الإثبات عن طريق الوثائق الالكترونية[1].

2 ـ قاعدة الدليل الأفضل أو الأصل: تقضي هذه القاعدة بعدم قبول الوثيقة في الإثبات إلا إذا قدمت في شكلها الأصلي، ويترتب على ذلك عدم قبول الإثبات عن طريق مخرجات التقنيات الحديثة، والتي هي في أغلبها صور لمستندات تم تسجيلها على الحاسب الآلي[2].

على الرغم من أن قانون الإثبات الانجليزي Civil Evidence Act لعام 1967 الملغى، تبنى مفهوما واسعا للإثبات، واستثنى من قاعدة ضرورة تقديم الدليل الأفضل أو الأصل، السندات الالكترونية المستخرجة من الحاسب الآلي إذا أمكن تطابقها مع الأصل أمام المحكمة، إذا توافرت فيها الشروط التالية، حسب المادة الخامسة من هذا القانون:

ـ أن يتم استخدام الحاسب الآلي بشكل منتظم، وذلك في خزن ومعالجة البيانات.

ـ أن يعمل الحاسب الآلي بشكل مناسب.

ـ أن تكون البيانات التي تضمنها السند الالكتروني قد تم استخراجها من الحاسب الآلي بصورة اعتيادية[3].

ويخضع الأمر في نهاية الأمر لتقدير القاضي، الذي ينظر في مدى تحقق الشروط السابقة، وذلك ببحث كافة الظروف التي سجلت بها البيانات، وبطريقة نسخ الوثيقة الالكترونية، فالتسجيل لبيانات تصرف قانوني مدون على دعامة معلوماتية يفترض تقديم ضمانات كافية لكي تكون منقولة بثقة[4].

غير أن القضاء الانجليزي في حكم له عام 1982، استبعد حالة ضرورة تقديم صور للأفلام أو التسجيلات، من إقامة الدليل على عدم إمكانية تقديم أصولها واعتبرها صالحة في طبيعتها للإثبات، وقد دفع هذا الحكم الفقه إلى تطبيق ذلك على السندات الالكترونية[5].

([5]) TORRES(Ch.), « **L'internet et la vente aux consommateurs »**, thèse pour doctorat, université de Paris X-Nanterre, présentée en 1999, P. 158.

–د. أسامة أحمد شوقي المليجي، **استخدام مستخرجات التقنيات العلمية الحديثة وأثره على قواعد الإثبات المدني– دراسة مقارنة–**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 42.

([2]) JEAN-BAPTISTE (M.), Op.cit, P. 122.

([3]) د. عباس العبودي، **تحديات الإثبات بالسندات الالكترونية ومتطلبات النظام القانوني لتجاوزها**، المرجع السابق، ص 114ـ 115.

([4]) TORRES(Ch.), Op.cit, P.165.

([5]) د. عباس العبودي، **تحديات الإثبات بالسندات الالكترونية ومتطلبات النظام القانوني لتجاوزها**، المرجع السابق، ص 115.

لكن مع صدور قانون الإثبات المدني الانجليزي الجديد رقم 38 لسنة 1995[1]، سهل الإثبات عن طريق الوثائق المعلوماتية في فصليه الثامن والتاسع والثالث عشر، وعرف الوثيقة في الفصل 13 منه[2]، بأنها أي شيء يتم تسجيل أية معلومات عليه .

واستنادا لذلك فقد أصبح القانون الانجليزي يجيز الإثبات بالسندات والوثائق الالكترونية، ويمنحها الحجية القانونية التي تساوي السندات الكتابية الورقية، بشرط أن تكون هذه الوثائق رسمية، طبقا للفصل التاسع من القانون، وتكون كذلك إذا كانت تشكل جزءا من السجلات التجارية أو كانت صادرة من سلطة عامة وأقرت بقبولها في الإثبات دون حاجة لمزيد من الأدلة[3].

وتوجت هذه الجهود بإصدار قانون الاتصالات الالكترونية لعام 2000[4]، ليشمل التوقيع الالكتروني والتخزين الالكتروني للمعلومات.

ثالثا ـ التشريع الأمريكي.

تتفق قواعد الإثبات في الولايات المتحدة الأمريكية مع قواعد الإثبات في القانون الانجليزي، في أنهما يتقيدان بقاعدتي الإثبات بالدليل الأفضل، وقاعدة عدم جواز الإثبات بالشهادة السماعية التي تعتمد على ما يسمع أو يقال[5]، إلا في نطاق محدود.

([1]) Disponible sur : http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1995/38/contents

([4]) “document” means anything in which information of any description is recorded, and “copy”, in relation to a document, means anything onto which information recorded in the document has been copied, by whatever means and whether directly or indirectly;

([5]) د. إيمان مأمون احمد سليمان، المرجع السابق، ص 233.

– Section 9 Proof of records of business or public authority.

1- A document which is shown to form part of the records of a business or public authority may be received in evidence in civil proceedings without further proof.

2- A document shall be taken to form part of the records of a business or public authority if there is produced to the court a certificate to that effect signed by an officer of the business or authority to which the records belong. For this purpose—

(a)a document purporting to be a certificate signed by an officer of a business or public authority shall be deemed to have been duly given by such an officer and signed by him; and

(b)a certificate shall be treated as signed by a person if it purports to bear a facsimile of his signature

([4]) Electronic Communications Act 2000, http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/7/contents

([5]) د. عصمت عبد المجيد بكر، "**دور التقنيات العلمية في الإثبات**"، ص 5، متوفر على الموقع الالكتروني: www.tqmag.net

فبالنسبة لقاعدة الشهادة السماعية عرفها المشرع الفيدرالي الأمريكي، في نص المادة 801 من قانون القواعد الفيدرالية للإثبات[1]، بأنها:"عبارة تختلف ـ عن تلك الصادرة من الشخص نفسه أثناء الشهادة أو الاستماع أمام المحكمةـ تقدم للإثبات كدليل على حقيقة الموضوع المطروح[2]".

أي أن الشهادة هنا تصدر من غير من اتصل بموضوعها، ولا يقبل القضاء الأمريكي الأخذ بهذه الشهادة إلا في حالات استثنائية، ومن هذه الاستثناءات ما استقر القضاء على تسميته باستثناء المحررات التجارية Business records exception[3]، التي نصت عليها المادة 803 من قانون الإثبات الفيدرالي، في فقرتها السادسة، تحت اسم وثائق النشاط المنتظم، واشترطت مجموعة من الشروط لإعمال هذا الاستثناء[4].

وعلى ذلك فالوثيقة المنقولة عبر الانترنت، والتي أعدت خلال المجرى العادي لنشاط المشروع، تقبل كأداة إثبات، بشرط أن تكون محلا لتأييدها بشهادة من شخص ملم بنظام تسجيل أو حفظ المعطيات الالكترونية،أي دون حاجة إلى الشهادة الشخصية لمصدرها، وذلك لكي يحدد دقة نظام التسجيل وسلامته[5].

وسلامته[5].

([1]) FEDERAL RULES OF EVIDENCE (2015), HTTP://FEDERALEVIDENCE.COM/RULES-OF-EVIDENCE

([2]) Rule 801. Definitions That Apply to This Article; Exclusions from Hearsay

(a) Statement. "Statement" means a person's oral assertion, written assertion, or nonverbal conduct, if the person intended it as an assertion.

(b) Declarant**.** "Declarant" means the person who made the statement.

(c) Hearsay. "Hearsay" means a statement that:

(1) the declarant does not make while testifying at the current trial or hearing; and

(2) a party offers in evidence to prove the truth of the matter asserted in the statement

([3]) د. إيمان مأمون احمد سليمان، المرجع السابق، ص 233.

([4]) Rule 803. Exceptions to the Rule Against Hearsay — Regardless of Whether the Declarant Is Available as a Witness:

(6) ***Records of a Regularly Conducted Activity.*** A record of an act, event, condition, opinion, or diagnosis if:

(A) the record was made at or near the time by — or from information transmitted by — someone with knowledge;

(B) the record was kept in the course of a regularly conducted activity of a business, organization, occupation, or calling, whether or not for profit;

(C) making the record was a regular practice of that activity;

(D) all these conditions are shown by the testimony of the custodian or another qualified witness, or by a certification that complies with **Rule 902(11)** or **(12)** or with a statute permitting certification; and

(E) the opponent does not show that the source of information or the method or circumstances of preparation indicate a lack of trustworthiness.

([5]) د. إيمان مأمون احمد سليمان، المرجع السابق، ص 233.

كما عرَّفت المادة 1001 من قانون الإثبات الفيدرالي[1] الكتابة بأنها تتألف من حروف، كلمات، أرقام، أو ما يعادلها مهما كان الشكل الذي توضع فيه. كما اعترف بحجية الصورة المطابقة للأصل.

وعلى ذلك فقد أعطى المشرع الأمريكي حجية مساوية لكل أشكال الكتابة، الكترونية أم ورقية، وفتح المجال واسعا لقبول أي شكل جديد للكتابة قد يظهر في المستقبل، بفعل التطورات التكنولوجية في وسائل الاتصال.

كما أصدر المشرع الأمريكي، قانونا فيدراليا مختصا بالتوقيع الالكتروني، ضمن نطاق التجارة الداخلية والعالمية، بتاريخ 30 جوان 2000[2]، اعترف فيه بحجية المحررات الالكترونية والتوقيع الالكتروني. واعتبر أن المحررات الالكترونية تعبر مستوفية للشروط المتطلبة للحفاظ على المحرر، إذا كانت تعبر بدقة عن المعلومات المدونة بها، ويمكن لذوي الشأن الوصول إلى هذه البيانات والاطلاع عليها، ولذلك يجب أن تتم بطريقة تجعل استعادتها أو الحصول على نسخة مطابقة منها أمرا ممكنا[3].

الفرع الثاني

بعض الدول العربية

تأثرت أغلب الدول العربية بما وصلت إليه التشريعات الدولية، من وضع قوانين تنظم المعاملات الالكترونية، وتنص على معادلة المحررات الالكترونية بالمحررات الورقية في الإثبات، فأصدرت تشريعات خاصة تنظم أحكام التجارة الالكترونية والمعاملات الناجمة عنها، كما أولت الاهتمام بالمحررات

(1) ARTICLE X. CONTENTS OF WRITINGS, RECORDINGS, AND PHOTOGRAPHS
Rule 1001. Definitions That Apply to This Article
In this article:
(a) A “writing” consists of letters, words, numbers, or their equivalent set down in any form.
(b) A “recording” consists of letters, words, numbers, or their equivalent recorded in any manner.
(c) A “photograph” means a photographic image or its equivalent stored in any form.
(d) An “original” of a writing or recording means the writing or recording itself or any counterpart intended to have the same effect by the person who executed or issued it. For electronically stored information, “original” means any printout — or other output readable by sight — if it accurately reflects the information. An “original” of a photograph includes the negative or a print from it.
(e) A “duplicate” means a counterpart produced by a mechanical, photographic, chemical, electronic, or other equivalent process or technique that accurately reproduces the original.

(2) Electronic Signatures in Global and National Commerce Act, **thomas.loc.gov**

(3) د.ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص 186.

الالكترونية وكيفيات توثيقها وحفظها. وسنتطرق إلى بعض وأهم هذه التشريعات مع تحديد موقف المشرع الجزائري.

أولا- التشريع الجزائري.

أعطى المشرع الجزائري للمحررات الالكترونية نفس الحجية للمحررات التقليدية في الإثبات، حيث نصت المادة 323 مكرر 1 قانون مدني على انه "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".

فحتى تتساوى المحررات الالكترونية مع المحررات الورقية في الإثبات، وجب أن تتوافر فيها مجموعة من الشروط: وهي إمكانية التأكد من هوية الشخص مصدر الكتابة، وكذا أن تكون هذه الكتابة معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها,

كما أصدر المشرع الجزائري القانون رقم 04/15 الصادر بتاريخ 1 فيفري 2015 المتعلق بالتوقيع والتصديق الالكترونيين، واعترف فيه بحجية التوقيع الالكتروني في الإثبات[1] إذا توافرت فيه مجموعة من الضوابط القانونية والتقنية، ولا يمكن رفض هذا التوقيع لمجرد وروده في شكل الكتروني.

ثانيا- التشريع التونسي.

يعد قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي رقم 83 لسنة 2000[2]، من أول التشريعات العربية التي نظمت أحكام التجارة والمعاملات الالكترونية، وقد ساوى هذا القانون السندات الالكترونية بالسندات الكتابية في الإثبات، فنص الفصل الأول منه: يجري على العقود الالكترونية، نظام العقود الكتابية من حيث التعبير عن الإرادة ومفعولها القانوني وصحتها وقابليتها للتنفيذ فيما لا يتعارض وأحكام هذا القانون.

كما أكد هذا القانون على المساواة بين الوثيقة الالكترونية والإمضاء في الشكل الالكتروني مع الوثيقة الورقية والإمضاء الخطي، وأشار في الفصل الرابع منه على انه "يعتمد قانونا حفظ الوثيقة الالكترونية كما يعتمد حفظ الوثيقة الكتابية, ويلتزم المرسل إليه بحفظ هذه الوثيقة في الشكل الذي تسلمها به.

([1]) المادة 8 من قانون التوقيع والتصديق الالكتروني الجزائري.

([2]) قانون عدد 83 لسنة 2000 مؤرخ في 9 أوت 2000 يتعلق بالمبادلات والتجارة الالكترونية التونسي. متوفر على الموقع الالكتروني www.e-justice.tn

ويتم حفظ الوثيقة الالكترونية على حامل الكتروني يتيح الاطلاع على محتواها طيلة مدة صلاحيتها، وحفظها في شكلها النهائي بصفة تضمن سلامة محتواها، وحفظ المعلومات الخاصة بمصدرها، ووجهتها وكذلك تاريخ ومكان إرسالها واستلامها".

كما نص الفصل 453 من مجلة الالتزامات والعقود، رقم 57 لسنة 2000 فقرة أولى على أن المقصود بالمحرر الالكتروني "... هو الوثيقة المتكونة من مجموعة أحرف وأرقام أو أي إشارات رقمية أخرى بما في ذلك تلك المتبادلة عبر وسائل الاتصال تكون ذات محتوى يمكن فهمه ومحفوظة على حامل الكتروني يؤمن قراءتها والرجوع إليها عند الحاجة".

ولم ينص المشرع التونسي صراحة في هذا القانون، على المساواة بين الوثيقة الالكترونية والوثيقة الخطية، لكن يستنتج ذلك من جملة هذه النصوص، أن نية المشرع الضمنية لكن الثابتة متجهة نحو التسوية بين الكتابة العادية والكتابة الإلكترونية من حيث الحجية، إذا توفرت في جانب هذا الأخيرة الشروط المنصوص عليها بالفصل 453 مكرر من مجلة الالتزامات والعقود التونسية[1].

ونظرا لخصوصية الوثيقة الإلكترونية فقد أحاطها المشرع بجملة من الآليات الفنية والقانونية، لضمان مصداقية هذه الوثائق حتى تكون الإرادة المعبر عنها غير قابلة للتغيير[2].

ثالثا- التشريع الإماراتي.

ساوى قانون المعاملات والتجارة الالكترونية لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم 02 لسنة 2002[3]، بين المحررات الالكترونية والمحررات الكتابية الورقية، اقتداء بالقوانين الدولية في هذا المجال.

([1]) أ. خالد عرفة، "**حجية الوثيقة الالكترونية**"، مقال منشور على الموقع الالكتروني:-http://boubidi.blogspot.com/2015/01/blog-post_85.html، 25-01- 2015.

([2]) راجع: **خصوصيات عقود التجارة الإلكترونية في القانون التونسي**، دون ذكر صاحب المقال، المدونة العربية الجديدة في مجال الأعمال والمقاولات، منشور بالموقع http://droitdesaffairearabetarik.blogspot.com/2015/03/blog-post.html ، 17 مارس2015.

([3]) قانون رقم (2) لسنة 2002 بشأن المعاملات والتجارة الالكترونية الإماراتي، الصادر بتاريخ 12 فيفري 2002، متوفر على الموقع الالكتروني http://theuaelaw.com/vb/showthread.php?t=1137

وعرف في المادة الثانية منه السجل أو السند الالكتروني بأنه: سجل أو مستند يتم إنشاؤه أو تخزينه أو استخراجه أو نسخه أو إرساله أو إبلاغه أو استلامه بوسيلة الكترونية، على وسيط ملموس أو على أي وسيط الكتروني آخر، ويكون قابلا للاسترجاع بشكل يمكن فهمه.

كما عرفت هذه المادة الرسالة الالكترونية، بأنها معلومات الكترونية، ترسل أو تسلم بوسيلة الكترونية، أيا كانت وسيلة استخراجها في المكان المستلمة فيه.

وأقرت المادة 12 فقرة 01 من هذا القانون اعتماد السندات الالكترونية كدليل إثبات، حيث نصت على:

1 –لا يحول دون قبول الرسالة الإلكترونية أو التوقيع الإلكتروني كدليل إثبات:

أ– لمجرد أن الرسالة أو التوقيع قد جاء في شكل إلكتروني.

ب– لمجرد أن الرسالة أو التوقيع ليس أصلياً أو في شكله الأصلي، وذلك إذا كانت هذه الرسالة أو التوقيع الإلكتروني أفضل دليل يتوقع بدرجة معقولة أن يحصل عليه الشخص الذي يستشهد به.

وعلى ذلك فقد ساوى المشرع الإماراتي بين السندات الالكترونية والسندات الورقية، شريطة مراعاة الضوابط التي حددت الفقرة الثانية من المادة 12 من هذا القانون، والتي نصت على ما يلي:

2– يكون للمعلومات الإلكترونية ما تستحقه من حجية في الإثبات، وفي تقدير هذه الحجية يعطى الاعتبار لما يلي:

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

ب– مدى إمكانية التعويل على الطريقة التي استخدمت في المحافظة على سلامة المعلومات.

ج– مدى إمكانية التعويل على مصدر المعلومات إذا كان معروفاً .

د– مدى إمكانية التعويل على الطريقة التي تم بها التأكد من هوية المنشئ، إذا كان ذلك ذا صلة.

هـ– أي عامل آخر يتصل بالموضوع .

وعليه فقد وضع المشرع الإماراتي مجموعة الضوابط التي على أساسها تمنح للمحررات الالكترونية حجية مساوية في الإثبات مع نظيرتها الورقية، والتركيز على مدى قدرة الوسائل والطرق التي تمكن من إنشاء المحررات الالكترونية بطريقة آمنة، تمكن من تحديد هوية مصدرها.

رابعاـ التشريع المصري.

أصدر المشرع المصري قانون التوقيع الالكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004[1]، استجابة لمقتضيات التطور الهائل الذي طرأ على السندات الالكترونية، واعترف بحجية الكتابة الالكترونية والتوقيع الالكتروني في الإثبات.

فقد عرف في المادة الأولى فقرة أ الكتابة الالكترونية بأنها: كل حروف أو أرقام أو رموز أو أي علامات أخرى تثبت على دعامة الكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أية وسيلة أخرى مشابهة وتعطي دلالة قابلة للإدراك. وعرف المحرر الالكتروني في الفقرة ب بأنه : رسالة 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.

كما نص في المادة 15 من هذا القانون على الحجية الكاملة للمحررات الالكترونية:"للكتابة الالكترونية وللمحررات 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 الفنية والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون".

كما تشير المادة 16 من نفس القانون على أن:"الصورة المنسوخة على الورق من المحرر الالكتروني الرسمي حجة على الكافة بالقدر الذي تكون فيها مطابقة لأصل هذا المحرر، وذلك ما دام المحرر الالكتروني الرسمي والتوقيع الالكتروني موجودين على الدعامة الالكترونية."

خامساـ التشريع البحريني.

أصدرت مملكة البحرين القانون رقم 28 لسنة 2002 بشان المعاملات الالكترونية[2]، وقد ساوى هذا القانون بين السندات الالكترونية والسندات الورقية في الإثبات، فقررت المادة 1/5 على انه:

([1]) قانون التوقيع الالكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004غرة ربيع الأول سنة 1425 هـ الموافق 21 أفريل سنة 2004 م ، متوفر على الموقع الالكتروني http //ar.jurispedia.org

([2]) مرسوم بقانون رقم (28) لسنة 2002 في 14 سبتمبر 2002 بشأن المعاملات الإلكترونية، متوفر على الموقع الالكتروني http://www.moic.gov.bh

"للسجلات الالكترونية ذات الحجية المقررة في الإثبات للمحررات العرفية، ولا ينكر الأثر القانوني للمعلومات الواردة في السجلات الالكترونية من حيث صحتها وإمكان العمل بمقتضاها لمجرد ورودها كليا أو جزئيا في شكل سجل الكتروني أو الإشارة إليها في هذا السجل".

وحدد القانون في الفقرة الثالثة من نفس المادة، مجموعة من الشروط وجب توافرها في السجل الالكتروني حتى يستوفي متطلبات الدليل الكتابي. كما أنه لم ينكر الأثر القانوني للتوقيع الالكتروني، لمجرد وروده في شكل الكتروني[1].

كما تميز هذا القانون أيضا، بأنه نظم طرق الطعن في صحة السندات والتوقيعات الالكترونية، في المادة 22 من القانون، وأشار إلى تطبيق إجراءات وقواعد الإثبات المقررة قانونا، بما يتفق وطبيعة هذه السندات ووفقا للأحكام المنصوص عليها في هذا القانون.

سادسا- التشريع اليمني.

في اليمن نصت المادة 1/9 من القانون رقم 40 لسنة 2006 المتعلق بأنظمة الدفع والعمليات المالية والمصرفية الالكترونية على انه:"يجوز الإثبات في القضايا المصرفية بجميع طرق الإثبات بما في ذلك البيانات الالكترونية أو البيانات الصادرة عن أجهزة الحساب الآلي أو مراسلات أجهزة التلكس أو الفاكس أو غير ذلك من الأجهزة المتشابهة".

كما أضاف نص القانون في المادة 10 على انه:"يكون للسجل الالكتروني والعقد الالكتروني ورسالة البيانات والمعلومات الالكترونية والتوقيع الالكتروني نفس الآثار القانونية على الوثائق والمستندات والتوقيعات الخطية من حيث إلزامها لأطرافها أو حجيتها في الإثبات."

سابعا- التشريع السعودي.

نصت المادة 5 الفقرة 01 من نظام التعاملات الالكترونية السعودي لعام 2007 على انه:"يكون للتعاملات والسجلات والتوقيعات الالكترونية حجيتها الملزمة، ولا يجوز نفي صحتها أو قابليتها للتنفيذ، ولا

(1) المادة السادسة من قانون المعاملات الالكترونية البحريني.

يمنع تنفيذها بسبب أنها تمت كليا أو جزئيا بشكل الكتروني بشرط أن تتم تلك التعاملات والسجلات والتوقيعات الالكترونية بحسب الشروط المنصوص عليها في هذا النظام".

وأضافت المادة 3/9 من نفس القانون انه:"يعد كل من التعامل الالكتروني والتوقيع الالكتروني والسجل الالكتروني حجة يعتد بها في التعاملات...."

وعلى ذلك فقد عمل التشريع السعودي على غرار باقي التشريعات، على إعطاء المحررات الالكترونية حجة في الإثبات، مادامت مطابقة للشروط المنصوص عليها قانونا.

وعليه فنظرا لانتشار استخدام تقنيات الاتصال الحديثة في إبرام العقود وتنفيذها، فقد أدى ذلك إلى صدور العديد من القوانين سواء الدولية أو الإقليمية أو الوطنية، بهدف الاعتراف بالمحررات الالكترونية ومنحها نفس الحجية القانونية في الإثبات المقررة للمحررات الكتابية التقليدية، متى توافرت بها الشروط الفنية والتقنية الواجبة توافرها وفقا لما تطرقنا إليها سابقا.

ذلك أن الإثبات بالدليل الكتابي بالمفهوم التقليدي، لم يعد متناسبا مع متطلبات التطور التكنولوجي السريع، لا من حيث قبول السندات الالكترونية ولا من حيث منحها قوة ثبوتية أو حجية ملزمة في الإثبات[1].

وحتى في حالة إعطاء تفسير واسع لطرق الإثبات ومنها الدليل الكتابي التقليدي، فإن النصوص المقررة لأحكام الإثبات تبقى عاجزة عن قبول السندات الالكترونية، بوصفها دليلا كتابيا لإثبات التصرفات القانونية[2].

وعلى هذا الأساس اتجهت تشريعات الدول في هذا المجال إلى إصدار نصوص قانونية مستقلة تنظم المعاملات الالكترونية، من حيث تكوينها وتنفيذها وكذا إثباتها، وإعادة توسيع مفهوم الكتابة في النصوص التقليدية للإثبات، بجعله مفهوما مستقلا عن الدعامة الورقية، بمعنى يمكن الأخذ بالكتابة كدليل

(1) د. طوني ميشيل عيسى، **التنظيم القانوني لشبكة الانترنت**، الطبعة الأولى، د. د. ن، بيروت، لبنان، 2001، ص350.

(2) د . عباس العبودي، **تحديات الإثبات بالسندات الالكترونية ومتطلبات النظام القانوني لتجاوزها**، المرجع السابق، ص 110.

في الإثبات بغض النظر عن الدعامة المحمولة عليها، وغير مرتبط أيضاً بوسائل حفظها أو نقلها، وهذا ما يُعرف بمبدأ الحياد التكنولوجي في القانون.

لكن التكنولوجيا بذاتها ليست حيادية، بل هي في حركية مستمرة مرجّحة أحياناً للسند الإلكتروني، إذ تعرف التقنيات الإلكترونية تطوراً مستمراً، بحيث أن السند الإلكتروني أصبح أكثر ضمانا وفعالية من السند الورقي، وهو آخذ بالانتشار وبالحلول تدريجيا وإن جزئيا مكان الورقي، وفق سياسات بعض الدول التي بدأت تسعى لتخفيض الورقيات في التعاملات بنسب معنية تتجاوز أحياناً 50%، ولتحقيق الفعالية في الأرشفة الإلكترونية والبحث الإلكتروني[1].

الفصل الثاني

المنازعة في صحة المحررات الإلكترونية

رأينا فيما سبق أن المحررات الإلكترونية، عبارة عن محررات مكتوبة وموقع عليها إلكترونيا، توضع على وسيط مادي لحفظها هو الدعامة الإلكترونية، كالأقراص المدمجة، أو الأقراص الممغنطة أو الأقراص الضوئية أو ذاكرة جهاز الكمبيوتر، أو أي وسيط آخر مماثل. وعلى ذلك عند حدوث نزاع بين أطراف العقد الإلكتروني، فإن ما يتم عرضه أمام القضاء هو صورة من صور تلك الدعامات، أو صور

([2]) د. وسيم الحجار، ورقة عمل الندوة العلمية حول "**أهمية مساواة السند الالكتروني بالسند الورقي وإصدار تشريع يكفل ذلك ويضع له ضوابط**"، المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية، بيروت 4-6 آب 2009، متوفر على الموقع الالكتروني www.carjj.org

منسوخة على الورق من المحرر الإلكتروني، وما على القاضي إلا التثبت من مدى توافر شروط المحررات الإلكترونية التي تطلبها القانون في هذه الصورة*.

وقد نظم المشرع الجزائري الأحكام العامة بصحة المحررات بوجه عام في قانون الإجراءات المدنية والإدارية[1]، في المواد من 164 إلى المادة 188 من نفس القانون، إضافة إلى ما ورد من أحكام في القانون المدني الجزائري. غير أنه لم يتطرق إلى مسألة الطعن في صحة المحررات الالكترونية.

وهو ما يثير التساؤل حول مدى موائمة هذه الأحكام العامة مع المحررات الإلكترونية الرسمية والعرفية والتوقيع الإلكتروني، ذلك أنها تختلف في الدعامة عن المحررات الورقية والتوقيع الخطي. كما أن المشرع عند وضعه الأحكام الخاصة بصحة المحررات الورقية، لم يكن معروفا لديه أو على الأقل لم يطرح عليه إشكال الإثبات بالوسائل الإلكترونية، والتي ساوى في حجيتها فيما بعد بالمحررات الورقية متى توافرت شروطها، كما أن القاضي وفقا لقواعد الإثبات العامة يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في مجال إثبات صحة المحررات الورقية، وسنبحث مجال هذه السلطة في ظل قواعد الإثبات الإلكتروني.

كما تثور إشكالية القانون الواجب التطبيق في حال تم التمسك بمحررات الكترونية تختلف مضامينها من طرف أشخاص لا ينتمون إلى دولة واحدة، فما هو القانون واجب التطبيق على شكل هذه العقود؟

وعلى ذلك سنقوم بالتطرق إلى الوسائل القانونية للمنازعة في صحة الدليل الكتابي، ومدى انطباقها على الدليل الإلكتروني، وهي: إنكار التوقيع والادعاء بالتزوير، ومدى سلطة القاضي في تقدير صحة المحررات الإلكترونية. ثم تحديد القانون الواجب التطبيق على شكل العقود.

المبحث الأول

طرق الطعن في صحة المحررات الالكترونية

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى كيفية الطعن في صحة المحررات الإلكترونية، مما يحيلنا إلى تطبيق الأحكام العامة للطعن في صحة المحررات، التي تطرق إليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية. وقد أحال المشرع المصري صراحة في نص المادة 17 من قانون التوقيع الإلكتروني على

* وهو ما أشارت إليه المادة 16 من قانون التوقيع الإلكتروني المصري في حجية الصورة المنسوخة على الورق من المحرر الإلكتروني الرسمي.

([1]) القانون رقم 09/08 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق لـ 25 فبراير سنة 2008 ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية:" تسري في شأن إثبات صحة المحررات الإلكترونية الرسمية والعرفية والتوقيع الإلكتروني والكتابة الإلكترونية، فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون أو في لائحته التنفيذية الأحكام المنصوص عليها في قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية".

وعلى ذلك سندرس طرق الطعن في المحررات الالكترونية، رسمية أم عرفية، في ضوء القواعد العامة للإثبات، وبما يتلاءم مع طبيعة المحرر الالكتروني الذي ساوته التشريعات المختلفة بما فيها التشريع الجزائري، بالمحرر الورقي في الحجية متى توافر على شروطه القانونية.

ويمكن الطعن في صحة المحررات العرفية بإنكارها وعدم الاعتراف بها، كما يمكن الطعن فيها بالتزوير إذا اقر الموقع بصحة المحرر الالكتروني، أما المحررات الرسمية فلا يجوز الطعن فيها إلا بالتزوير. وعليه سنتناول الطعن بإنكار المحررات الالكترونية في مطلب أول، ثم في مطلب ثان الطعن بالتزوير.

المطلب الأول

الطعن بإنكار المحرر الإلكتروني

يشترط لإنشاء المحررات العرفية ضرورة توافر كتابة تشتمل على شروطها القانونية لاعتبارها دليلا كاملا في الإثبات، وكذا اشتراط توافر عنصر التوقيع الذي يحدد هوية الموقع ويؤكد رضائه بمضمون العقد، ويجوز الطعن في هذا المحرر إذا ثبت لأحد أطرافه وجود خلل ما، ويكون ذلك بإنكار ما ورد فيه من خط وإمضاء.

وتكمن نقطة الاختلاف بين المحرر الإلكتروني العرفي والمحرر الورقي العرفي، في عدم إمكانية تصور أن يطلب من يتمسك بمحرر إلكتروني عرفي من المحكمة أن تأمر بمضاهاة الخطوط، ذلك أن المحرر الإلكتروني غير مكتوب بخط أطراف العقد، وعلى ذلك سنبحث الحل القانوني عند إنكار من نسب إليه المحرر الإلكتروني العرفي، التوقيع الإلكتروني الموجود على هذا المحرر.

وسنتناول في هذا المطلب في فرع أول الطعن بإنكار التوقيع الالكتروني، وفي فرع ثان حالة اعتراف الموقع بتوقيعه الالكتروني وإنكار حصوله منه.

الفرع الأول

الطعن بإنكار التوقيع الإلكتروني

اهتمت التشريعات الدولية بموضوع التوقيع الالكتروني، على أساس انه يعد الوسيلة الهامة والآمنة لإضفاء الحجية على ما ورد في المحررات الالكترونية. حيث انه يؤكد على هوية الأطراف المتعاقدة ويضمن سلامة المحرر من أي تعديل قد يطرأ عليه من طرف الغير، الذي لا يعلم كيفية فك شفرة المحرر والتغيير في مضمونه، سوى الأطراف المتعاقدة التي تملك مفتاح فك التشفير.

ونتيجة لهذه الأهمية العملية للتوقيع الالكتروني حرصت هذه التشريعات على وضع إطار قانوني ينظمه، ويحدد قواعد المنازعة فيه. إما بالإحالة إلى نصوصها الداخلية المتعلقة بالإثبات، وإما التعديل في هذه النصوص لتتواءم مع هذا الوضع الجديد.

وعليه سنتناول في هذا الفرع مضمون الطعن بإنكار التوقيع الالكتروني في المحررات العرفية، ثم مدى جواز إنكار التوقيع الالكتروني بنوعيه البسيط والموصوف.

أولا ـ مضمون الطعن بإنكار التوقيع:

الإنكار هو طريق يدفع به من يشهد عليه محرر عرفي حجية هذا المحرر[1]، وبالتالي ينتقل عبء الإثبات إلى من يتمسك بهذا المحرر بإتباع إجراءات مضاهاة الخطوط طبقا لقواعد قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وقد نص المشرع الجزائري في المادة 327 قانون مدني، أن العقد العرفي يعتبر صادرا ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة أصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه، أما ورثته أو خلفه فلا يطلب منهم الإنكار ويكفي أن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون أن الخط أو الإمضاء أو البصمة هو لمن تلقوا منه هذا الحق.

ويعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1 أعلاه[1].

(1) د. يوسف احمد النوافلة، المرجع السابق، ص 284.

معنى ذلك أن المحرر العرفي له حجية مؤقتة على من وقعه، إلى أن ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو توقيع، فإذا أنكر ما هو منسوب إليه من خط أو توقيع زالت عن المحرر العرفي حجيته مؤقتا، ويتعين على من يتمسك به أن يثبت صدوره ممن ينسب إليه التوقيع، وذلك بأن يطلب من المحكمة أن تأمر بتحقيق الخطوط، طبقا للمواد 164 إلى174 قانون إجراءات مدنية وإدارية جزائري، فإذا ثبت من التحقيق صدور المحرر ممن وقعه اعتبر حجة عليه[2]، ولا يجوز له إنكاره، إلا انه يجوز له الطعن فيه بالتزوير، ويحمل هو عبئ إثبات تزويره.

والطعن بالإنكار لا يتطلب إجراءات معينة، فهو مجرد نفي لفظي لواقعة حصول التوقيع على المحرر العرفي من المحتج عليه بالمحرر وكتابته بخطه، ومن ثم يكفي أن يتخذ موقفا سلبيا دون أن يكون مطالبا بإثبات عدم صدور التوقيع والكتابة عنه[3].

ويعتبر الطعن بالجهالة صورة من صور الطعن بالإنكار، حيث يمكن تصور ذلك في الحالة التي يكون فيها المحرر منسوبا إلى مورث الشخص أو سلفه، فيكفي أن يحلف الوارث أو الخلف يمينا بأنه لا يعلم بأن الخط أو الإمضاء أو البصمة هو لمن تلقّى منه هذا الحق ، وهو ما أشار إليه المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من المادة 327 قانون مدني أعلاه.

وإذا طبقنا ذلك على المحرر العرفي الإلكتروني، فإنه إذا أنكر أحد أطراف المحرر توقيعه الإلكتروني، زالت عن المحرر الإلكتروني العرفي حجيته مؤقتا، ويقع على عاتق من يتمسك بالمحرر إثبات صحته وصدوره ممن ينسب إليه التوقيع الإلكتروني. وإنكار الخط في المحرر الالكتروني أمر لا يمكن تصوره، ذلك أن الكتابة تكون الكترونيا بواسطة جهاز الكمبيوتر من طرف الشخص، أما التوقيع الالكتروني فيجوز إنكاره إذا كان لا ينسب إلى الموقّع.

([1]) تقابلها المادة 1/14 من قانون الإثبات المصري :"يعتبر المحرر العرفي صادرا ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة".

([2]) د. عبد الودود يحي، **الموجز النظرية العامة الالتزامات**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص 846.

ـ د. محمد فواز المطالقة، المرجع السابق، ص 223 ـ د. لورنس محمد عبيدات، المرجع السابق، ص 70.

([3]) د. سحر عبد الستار إمام يوسف، **دور القاضي في الإثبات– دراسة مقارنة–**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2007، ص 142.

والتوقيع طبقا للقواعد العامة في الإثبات يتخذ شكل إمضاء أو بصمة إصبع، يوضع على دعامة ورقية، أما التوقيع الإلكتروني فيتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات، يوضع على محرر إلكتروني ويحفظ على دعامة إلكترونية[1].

غير أنه وإن اختلفت أشكال التوقيع سواء التقليدية أو الإلكترونية، فإنها تتمتع بحجية مساوية في الإثبات، متى توافر في التوقيع الإلكتروني الشروط المحددة قانونا، طالما أنها كلها تحقق وظيفتين أساسيتين هما: تحديد هوية الموقع وتمييزه عن غيره وكذا التعبير عن رضائه بمضمون المحرر.

فقد نص المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 327 قانون مدني والمتعلقة بتحديد مفهوم العقد العرفي "ويعتد بالتوقيع الالكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1 أعلاه".

فمتى استوفى التوقيع الإلكتروني شرط تحديد هوية الشخص الذي أصدره، وكان معدّا ومحفوظا في ظروف تضمن سلامته، إضافة إلى صدوره عن جهة تصديق الكتروني معتمدة، فإنه طبقا للمادة 8 من القانون الجزائري رقم 04/15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، يكون مماثلا في الحجية للتوقيع الخطي(المكتوب).

وقد عالج المشرع الجزائري أحكام صحة المحررات العرفية الورقية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مما يستدعي البحث حول مدى مطابقة هذه النصوص على المحررات الإلكترونية، وبالتحديد التوقيع الإلكتروني.

يتضح من نصوص المواد من 164 إلى 174 قانون إجراءات مدنية وإدارية جزائري، أنها تتعلق بإجراء مضاهاة الخطوط عند إنكار صحة الخط أو التوقيع على المحرر العرفي.

ويشترط لرفع دعوى إنكار التوقيع في المحرر العرفي، وإجراء أسلوب مضاهاة الخطوط، أن يتعلق الأمر بمحرر عرفي، وأن يكون الإنكار صريحا قبل مناقشة موضوع المحرر، كما يجب أن يكون المحرر منتجا في الدعوى[2]، بمعنى أن المحكمة ترى أن الفصل في النزاع يتوقف على إثبات صحة هذا التوقيع،

(1) د. محمد نصر محمد، المرجع السابق، ص 101.

(1) المادة 165 قانون إجراءات مدنية وإدارية جزائري.

وليس في وقائع الدعوى ومستنداتها ما يكفيها لتكوين عقيدتها في شأن صحة هذا التوقيع، أو ما يغنيها عن المطالبة بهذا المحرر[1].

فإذا توافرت هذه الشروط أمر القاضي بإجراء مضاهاة الخطوط، اعتمادا على المستندات أو على شهادة الشهود، وعند الاقتضاء الاستعانة بخبير في هذا المجال، حسب المادة 165/ 2 قانون إجراءات مدنية وإدارية جزائري.

وما يلاحظ على النصوص المتعلقة بإجراء مضاهاة الخطوط[2]، أنها تتعلق بحالة إنكار التوقيع الخطي المدون على المحرر العرفي الورقي، ولا يمكن تطبيقها بذلك على التوقيع الإلكتروني في حال إنكاره، حيث أن التوقيع الإلكتروني يتم باستخدام رموز أو أرقام أو حروف أو إشارات، يتم فك شفرتها باستخدام مفتاح التشفير الخاص والعام الذي بحوزة صاحب التوقيع الإلكتروني، وهو ما يستدعي تعديلا في هذه النصوص لتتوائم مع الوضع، وتستوعب المحررات الالكترونية.

وهو ما ذهب إليه المشرع الفرنسي، حيث أن نص المادة 1324 من القانون المدني التي تنظم إنكار التوقيع، قد جاءت في صيغة عامة تشمل كل أشكال التوقيع، سواء أكان خطيا أم إلكترونيا، حيث نصت على أنه:" في حالة ما إذا أنكر الخصم خطه أو توقيعه، أو إذا أعلن الورثة أو الخلف عدم العلم، تتخذ المحكمة إجراءات تحقيقيه[3]".

وبالموازاة عدل قواعد الإثبات المتعلقة بالمنازعة في صحة الدليل الكتابي في قانون المرافعات، فأصدر المرسوم رقم 1436 في ديسمبر 2002[4]، الذي أضاف فقرة جديدة إلى المادة 287 قانون مرافعات نصها:" وإذا كان الإنكار أو جحود العلم يتعلق بمحرر أو توقيع إلكتروني، يحقق القاضي فيما إذا كانت

([1]) راجع د. محمد نصر محمد، المرجع السابق، ص 105.

([2]) المواد من 164 إلى 174 قانون إجراءات مدنية وإدارية جزائري. راجع في شرح هذه المواد: أ . سائح سنقوقة، **قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد**، الجزء الأول، المواد من 1 إلى 583، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2011، ص 261 وما بعدها.

([3]) Article 1324 : « Dans le cas ou la partie désavoue son écriture ou sa signature et dans le cas ou ses héritiers ou ayants cause déclarent ne les point connaitre ,la vérification en est ordonnée en justice. »

([4]) Décret n° 2002-1436 du 3 décembre 2002 modifiant le code de l'organisation judiciaire, le code de procédure civile, le code de procédure civile et le décret n° 96-1080 du 12 décembre 1996 portant tarif des huissiers de justice en matière civile et commerciale.J.O du 12 décembre2002, p20482,n° 7. Disponible sur www.legifrance.gouv.fr

الشروط التي نصت عليها المادتين 1/1316 والمادة 2/1316 من القانون المدني لصحة المحرر أو التوقيع الإلكتروني قد توافرت"[1].

وعلى ذلك فالمشرع الفرنسي قد عدل من قواعد الإثبات الإجرائية، لتناسب أحكام وخصوصية المحررات والتوقيعات الإلكترونية، فمتى ادعي بإنكار المحرر أو التوقيع الإلكتروني، فإن القاضي ينظر في مدى توافر شروط المحررات الإلكترونية في نص المادة 1/1316 قانون مدني، وكذا توافر شروط التوقيع الإلكتروني في نص المادة 4/1316 من نفس القانون.

ثانيا ـ الطعن بإنكار التوقيع الالكتروني المتقدم والتوقيع الالكتروني البسيط:

قسمت بعض التشريعات الحديثة التوقيع الإلكتروني إلى توقيع إلكتروني متقدم Avancée أو موصوف أو موثق، يستند في إنشائه على شهادة تصديق إلكتروني موصوفة، صادرة عن جهة معتمدة ومرخصة لها القيام بنشاط التصديق الإلكتروني، وهو التوقيع الذي يتمتع بالحجية الكاملة في الإثبات المساوية للتوقيع الخطي[2]. والتوقيع البسيط الذي لا يستند في إجرائه إلى شهادة تصديق موصوفة، بل قد ينشأ باتفاق الطرفين دون اللجوء إلى جهة التصديق. وسنتطرق إلى مدى جواز إنكار كل من التوقيع المتقدم والتوقيع البسيط .

1ـ إنكار التوقيع الإلكتروني المتقدم/ الموصوف.

أوكلت التشريعات الناظمة للمعاملات الإلكترونية و/أو التوقيع الإلكتروني، مهمة التصديق الإلكتروني إلى أشخاص طبيعية أو معنوية، وطنية أو أجنبية، تستلزم توافر شروط ومتطلبات قانونية وتقنية فيها، ويتم اعتمادها من طرف الدولة، وعلى ذلك فهي ليست جهات رسمية، وإنما هي ــ بنص القانون ــ تمارس نشاطا خاصا في مجال المعاملات الإلكترونية[3].

وعلى ذلك فشهادة التصديق الإلكتروني لا تضفي الرسمية على المحرر أو التوقيع الإلكتروني، لأنها ليست شهادة رسمية، كما أن التصديق الإلكتروني لا يعد عملا صادرا من موظف عام مختص، بل

([1]) « Si la dénégation ou le refus de reconnaissance porte sur un écrit ou une signature électronique, le juge vérifie si les conditions mises par les articles 1316/1 et 1316/4 du code civil à la validité de l'écrit ou la électronique, sont satisfaites »

([2]) المادة 8 من القانون رقم 04/15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين الجزائري.

([3]) CAPRIOLI (E.A), **« Sécurité et confiance dans le commerce électronique (Signature numérique et autorité de certification) »,** J.C. P, éd .G . , 1998, I, P. 1123.

مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني هو مجرد طرف ثالث محايد في المعاملات الإلكترونية، استلزم القانون وجوده لضمان تحقيق الثقة والأمان في هذه المعاملات[1].

بمعنى أن التوقيع الإلكتروني المزود بشهادة تصديق إلكتروني، لا يعد توقيعا موثقا بحيث لا يجوز إنكاره، وأن الجهة التي تصدر هذه الشهادة ليست موظفا مختصا مثل الموثق في مكتب التوثيق.

فالتوقيع الإلكتروني لا يكون رسميا رغم التصديق عليه، ذلك أن أغلب التشريعات نصت على وجود محررات إلكترونية رسمية وأخرى عرفية، ورغم وجود شهادة التصديق الإلكتروني في النوعين، إلا انه أبقى على معيار التفرقة بين المحرر الرسمي والمحرر العرفي وفقا للقواعد العامة، وهو صدور المحرر الرسمي من موظف عام مختص[2].

وعلى ذلك فمتى وجد محرر إلكتروني موقع إلكترونيا ومزود بشهادة تصديق إلكتروني، يجوز لأحد أطرافه أن ينكر التوقيع الوارد عليه، إذا أنكر من نسب إليه المحرر الإلكتروني العرفي، التوقيع الإلكتروني الموجود على المحرر، فإنه يمكن لمن يتمسك بهذا المحرر أن يقوم بتقديم شهادة التصديق الإلكتروني الخاصة بالموقع، التي تصدرها جهات أو أشخاص مكلفون بالتصديق الإلكتروني، تتضمن هذه الشهادة كما رأينا سابقا البيانات الخاصة بصاحب التوقيع الإلكتروني، وكذا المفتاح العام الذي يماثل المفتاح الخاص للموقع، وبالتالي إثبات أن التوقيع الإلكتروني الموجود على المحرر هو خاص بمن ينكر هذا التوقيع أم لا.

فهنا تقوم قرينة الموثوقية إلى جانب المحرر العرفي الإلكتروني، لأنه تم توثيقه من طرف جهة ثالثة موثوق فيها هي جهة التصديق الإلكتروني، والتي لا تنقل عبء إثبات صحة السند إلى حامل السند، وإنما يقع على عاتق منكر السند إثبات عدم صحته، وذلك خلافا لقواعد الإثبات العامة[3].

فمسألة قبول البيانات الواردة في شهادة التصديق الإلكتروني من عدمها، وإن كانت تخضع للسلطة التقديرية للقاضي[4]، فإنه غالبا ما يقتنع بها، ذلك أنها صادرة من أشخاص أو جهات معتمدة من طرف

([1]) Idem.
-SEDALLIAN (V.), **« Preuve et signature électronique »**, n 33, disponible sur : www.intenet-juridique.net

([2]) د. محمد نصر محمد، المرجع السابق، هامش رقم 1، ص 112.

([3]) د. يوسف احمد النوافلة، المرجع السابق، ص 253.

([4]) د. سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 556.

الدولة، أوكلت لها مهمة التصديق الإلكتروني وكذا الجوانب المرتبطة بالتوقيع الإلكتروني، فهذه الجهة تعمل على التحقق من هوية الموقع، وكذا التأكد من مدى تطابق بيانات إنشاء التوقيع مع بيانات التحقق منه، مما يكون قناعة لدى القاضي بصحة البيانات الواردة في هذه الشهادة.

فشهادة التصديق الإلكتروني تعد قرينة قانونية بسيطة يمكن إثبات عكسها، وفق ما ذهب إليه المشرع الفرنسي في نص المادة 288-1 من قانون المرافعات، المستحدثة بموجب المرسوم رقم 1436 المؤرخ في 3 ديسمبر 2002، حيث تنص على أنه:" عندما يكون التوقيع الإلكتروني مستندا إلى قرينة التوثيق يرجع إلى القاضي القول بأن العناصر التي قدمت دلت على عكس هذه القرينة"[1].

وعلى ذلك فقرينة الموثوقية التي يتمتع بها التوقيع الإلكتروني المتقدم/ الموصوف، هي قرينة قانونية تعمل على زوال عبء الدليل عن كاهل الموقع، ولكن فقط إلى أن يقدم دليلا يقضي بعكس ذلك، إذ يمكن للخصم دحض هذه القرينة بإثبات أن التوقيع الإلكتروني وقت إحداث بياناته، لم يحقق المتطلبات التي تجعله توقيعا إلكترونيا متقدما[2]، والقاضي هو الذي يحكم في صحة هذه القرينة أو طرحها إذا كانت غير ذلك.

كما نصت المادة (6/4/ب)من قانون الاونسيترال النموذجي في شأن التوقيعات الإلكترونية، على أنه: "لا تحد الفقرة الثانية[3] من قدرة أي شخص على تقديم دليل على عدم موثوقية التوقيع الإلكتروني".

أما بالنسبة لأحكام التوجيه الأوروبي بشأن التوقيعات الإلكترونية، فقد نصت الفقرة الأولى من المادة الخامسة من هذا التوجيه:" على الدول الأعضاء أن تعمل على أن يكون التوقيع الإلكتروني المتقدم والمبني على شهادة تصديق معتمدة وتم إنشاؤه بأداة آمنة:

أ- يتمتع بنفس الآثار القانونية التي يتمتع بها التوقيع الخطي.

([1]) Article 288-1Créé par Décret n°2002-1436 du 3 décembre 2002 - art. 8 JORF 12 décembre 2002
Lorsque la signature électronique bénéficie d'une présomption de fiabilité, il appartient au juge de dire si les éléments dont il dispose justifient le renversement de cette présomption.

([2]) د. غسان عيسى ريضي، المرجع السابق، ص 183.

([3]) وهي الفقرة المتعلقة بالتوقيع الإلكتروني المتقدم. تقابل هذه المادة في التشريعات العربية: المادة 32/أ /2 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، المادة 3/12 من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي، والمادة 6/3 من قانون التجارة الإلكتروني البحريني.

ب- مقبول في الإثبات أمام القضاة"[1].

فقد أقام التوجيه الأوروبي مساواة قانونية بين التوقيع الإلكتروني الموثوق به والتوقيع الخطي، والسبب في ذلك يرجع إلى أن التوقيع الإلكتروني الموثوق به والمتوافر على الشروط المنصوص عليها، يتمتع بدرجة عالية من الأمان والسرية، مما يمكن من منحه قوة قانونية مساوية للقوة القانونية للتوقيع الخطي[2]، كما أن التوقيع الإلكتروني المستند إلى شهادة تصديق إلكتروني، يتمتع بقرينة قانونية بسيطة على صحته، وبالتالي لا يستطيع الموقع إنكاره، وإلا كان عليه إثبات عكس هذه القرينة، وعلى ذلك فشهادة التصديق في نظر المشرع الأوروبي ينحصر أثرها في نقل عبء الإثبات عند إنكار التوقيع الإلكتروني[3].

وبالنسبة للمشرع الجزائري فقد اعتبر أن التوقيع الإلكتروني الموصوف وحده مماثلا للتوقيع المكتوب[4]، وتكون له الحجية الكاملة في الإثبات وتكون له قرينة الموثوقية، أما عن طبيعة هذه القرينة فقد أشار في نص المادة الخامسة من القانون رقم 03/15 المؤرخ في 01 فيفري 2015 المتعلق بعصرنة العدالة[5]، إلى أنه:" تفترض الموثوقية في وسيلة التصديق إلى غاية إثبات العكس، متى أنشئ التوقيع الالكتروني وكانت هوية الموقع أكيدة وسلامة العقد مضمونة".

من خلال نص هذه المادة، يتبين لنا أن المشرع قد جعل من قرينة الموثوقية التي يتمتع بها التوقيع الالكتروني الموصوف قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس، فيستطيع الخصم أن يثبت أن هذا التوقيع لا يتوافر على جميع المتطلبات التي تجعله توقيعا موصوفا، كما يستنتج ضمنيا من أنها قرينة قانونية بسيطة قابلة لإثبات العكس، من نص المادة 1/2/45 من القانون رقم 04/15 "ويلغي مقدم خدمات التصديق الإلكتروني أيضا شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة عندما يتبين:

([1]) Les Etats membre veillent à ce que les signature électronique avancées basées sur un certificat qualifie et créées par un diapositive sécurisé de création de signature :
a) répondent aux exigences légales d'une signature à l'égard de données électronique de la même manière qu'une signature manuscrite répond à ces exigences à l'égard de données manuscrites ou imprimées sur papier et b) soient recevables comme preuve en justice.)

([2]) BREBAN (Y.) et DEPADT (M.), **« L'Europe à la heure de la signature électronique »**, gaz. Pal, 14, 15 janvier 2000.

([3]) د. محمد نصر محمد، المرجع السابق، ص 119.

([4]) المادة 8 من القانون الجزائري 04/15.

([5]) القانون رقم 03/15 المؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1436 الموافق لـ أول فبراير سنة 2015 يتعلق بعصرنة العدالة، الجريدة الرسمية العدد 6، السنة 52.

أنه قد تم منحها بناء على معلومات خاطئة أو مزورة، أو إذا أصبحت المعلومات الواردة في شهادة التصديق الإلكتروني غير مطابقة للواقع، أو إذا تم انتهاك سرية بيانات إنشاء التوقيع"

وعلى ذلك يمكن لمن يحتج عليه بمحرر الكتروني موقع توقيعا إلكترونيا موصوفا، أن ينكر هذا التوقيع على أساس أن شهادة التصديق الإلكتروني قد بنيت على أسس خاطئة، وأن جهة التصديق لم تراع الضوابط الفنية والتقنية لإنشاء التوقيع الإلكتروني الموصوف، وعليه إثبات ذلك، لأن قرينة الموثوقية وسلامة المحرر الإلكتروني تقف إلى جانب من يتمسك بالمحرر الإلكتروني الموقع توقيعا موصوفا، ومن يدعي خلاف ذلك عليه إثباته[1].

ويقوم القاضي بالتحقق من مدى شروط إنشاء التوقيع الإلكتروني من عدمها، حتى يحكم بصحة أو عدم صحة التوقيع الإلكتروني الذي تم إنكاره، وذلك بإتباع ما يتوافق مع طبيعة المحررات الإلكترونية، بالاستعانة بالخبراء المختصين في هذه المجال، وبالتالي لا يمكن تطبيق ما ورد من أحكام عامة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، في إنكار المحررات العرفية من إجراء مضاهاة الخطوط لإثبات أو نفي صحة الخط أو التوقيع على المحرر العرفي الورقي، لاختلاف طبيعة كل من المحررين.

2ـ إنكار التوقيع الإلكتروني البسيط:

التوقيع الإلكتروني البسيط، أو التوقيع الإلكتروني المتقدم المعيب[2]، هو التوقيع الذي لم يستوف كل أو بعض الشروط والمتطلبات القانونية والفنية للتوقيع الإلكتروني المتقدم. وقد أوصى التوجيه الأوروبي بشأن التوقيعات الإلكترونية الدول الأعضاء بعدم رفض التوقيع الإلكتروني الذي لا يستند على شهادة التصديق الإلكترونية، وذلك في نص المادة الخامسة فقرة 2 من التوجيه:" تسهر الدول الأعضاء على تحقيق الفعالية القانونية للتوقيع الإلكتروني وعلى قبوله كدليل أمام القضاء، وعلى عدم رفضه لمجرد أن:

- التوقيع تم تقديمه في صورة إلكترونية.

(1) د. يوسف احمد النوافلة، المرجع السابق، ص 287.

(2) د. عيسى غسان ربضي، المرجع السابق، ص 184.

- أو لم يتم تقديمه بناء على شهادة تصديق معتمدة.
- أو لم يتم تقديمه بناء على شهادة تصديق معتمدة يتم طلبها من جهة تصديق معتمدة.
- أو لم يتم إنشاؤه بأداة آمنة "[1].

وعلى ذلك فالتوقيع الالكتروني البسيط لا يتمتع بنفس الأثر القانوني للتوقيع المتقدم / الموثق، ولا يتمتع بأية قرينة على صحته، رغم ذلك لا ترفض حجيته في الإثبات إلا إذا أنكره الشخص المنسوب إليه، وفي هذه الحالة يكون على مدعي وجود هذا التوقيع، إثبات جدارة وأمان الوسيلة التي استخدمت في إنشائه[2].

وقد أورد المشرع الجزائري نصا مماثلا في القانون رقم 04/15 في المادة 9 منه " بغض النظر عن أحكام المادة 8 أعلاه، لا يمكن تجريد التوقيع الإلكتروني من فعاليته القانونية أو رفضه كدليل أمام القضاء بسبب:

1- شكله الإلكتروني، أو

2 –أنه لا يعتمد على شهادة تصديق إلكتروني موصوفة، أو

3- أنه لم يتم إنشاؤه بواسطة آلية مؤمنة لإنشاء التوقيع الإلكتروني.

وعلى ذلك فقد سار المشرع الجزائري على نهج المشرع الأوروبي، وأعطى للتوقيع الالكتروني البسيط حجية في الإثبات شريطة عدم إنكاره من الطرف الآخر، فإذا تم إنكاره فإنه يقع على عاتق الطرف الذي يتمسك به أن يثبت سلامة الأداة المستخدمة لإنشاء بيانات هذا التوقيع.

وفي المقابل فقد حرمت تشريعات أخرى التوقيع الإلكتروني البسيط من أية قوة ثبوتية، فقد نصت المادة 32/ ب من قانون المعاملات الالكترونية الأردني على:" إذا لم يكن التوقيع الإلكتروني موثقا فليس له أية حجية". ونصت المادة 4/6 من قانون التجارة الإلكتروني البحريني على:"إذا لم يتم وضع التوقيع

([1]) « Les Etat membres veillent à ce que l'efficacité juridique et la recevabilité comme preuve en justice ne soient refusée à une signature électronique au seul motif que :

- La signature se présente sous forme électronique, ou
- Qu'elle ne repose pas sur un certificat qualifie, ou
- Qu'elle ne repose pas sur un certificat qualifie délivré par un prestataire accrédité de service de certification, ou
- Qu'elle n'est pas créée par un dispositif sécurisé de création de signature ».

([2]) د. محمد نصر محمد، المرجع السابق، ص 26.

الإلكتروني باستعمال شهادة معتمدة، فإن قرينة الصحة المقررة بموجب أحكام البند السابق لا تلحق أيا من التوقيع أو السجل الإلكتروني".

كما يمكن استنباط ذات الموقف من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي، في نص المادة 10:" إذا اشترط القانون وجود توقيع على مستند، أو نص على ترتيب نتائج معينة في غياب ذلك فإن التوقيع الإلكتروني الذي يعول عليه في إطار المعنى الوارد في المادة 21[1] من هذا القانون يستوفي ذلك الشرط."

ويمكن القول أن هذه التشريعات قدمت التوقيع الإلكتروني المتقدم وأعطته حجية في الإثبات خلافا للتوقيع الإلكتروني البسيط، نظرا لما يتمتع به التوقيع الأول من ثقة وأمان في مجال المعاملات الإلكترونية، لأنها تتم في وسط افتراضي يكون عرضة للقرصنة والاحتيال.

كما سكتت بعض التشريعات في اتخاذ موقف من التوقيع الإلكتروني البسيط، كما هو الحال بالنسبة للتشريع الفرنسي والمصري، ويرى بعض الفقهاء الفرنسيين أن كل التوقيعات الالكترونية مقبولة في الإثبات أمام القضاء، وإذا كانت الشروط المطلوبة لقرينة الثقة غير متحققة، فهنا يجب على من يتمسك بالتوقيع أن يقوم بإثبات توافر الثقة في الوسيلة المستخدمة في إنشاء التوقيع[2].

بينما يرى بعض الفقه المصري، من سكوت المشرع المصري عن اتخاذ موقف من التوقيع البسيط، أنه اعتمد فقط على التوقيع الإلكتروني المتقدم المستند إلى شهادة تصديق إلكتروني، حيث اعتبر هذا الاتجاه شهادة التصديق قرينة قانونية قاطعة على صحة التوقيع الإلكتروني، مما يمنع إنكاره، على عكس التشريعات المقارنة التي اعتبرت هذه الشهادة مجرد قرينة قانونية بسيطة يجوز إثبات عكسها[3].

وعلى ذلك فالمحرر العرفي الإلكتروني طبقا لأغلب التشريعات الدولية والوطنية، يمكن إنكاره، ولا يحوز قرينة قانونية قاطعة كونه تم التصديق عليه، وتوثيقه وفقا لأحكام التصديق الإلكتروني، غير أن

([1]) وهي المادة التي حددت المتطلبات التي يكون بها التوقيع الإلكتروني موثوقا (متقدما).

([2]) BORDINAT (G.), **« Introduction à la notion de la signature électronique »,** Article disponible sur www.signele.com, la date de mise en ligne est : 6 mars 2002.

– COUDOL (T.P.), **La signature électronique, Introduction technique et juridique à la signature électronique sécurisée, preuve et écrit électronique**, litec, Paris, 2001, P. 59.

([3]) د. محمد نصر محمد، المرجع السابق، ص 125- 126.

ـ راجع خلاف ذلك: د. يوسف احمد النوافلة، المرجع السابق، ص 287.

– د. سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 489.

عبء الإثبات يقع على عاتق المنكر، ولا ينتقل إلى حامل المحرر الإلكتروني لأنه يتمتع بقرينة الموثوقية، وإذا لم يستطع المنكر إثبات ادعاءاته، فإن المحكمة تحكم بالمحرر العرفي الإلكتروني المستند إلى شهادة تصديق الكتروني.

الفرع الثاني

الاعتراف بالتوقيع الإلكتروني وإنكار حصوله من الموقع

إذا اعترف من نسب إليه المحرر الإلكتروني، بأن التوقيع الإلكتروني الموجود بالمحرر خاص به، ولكن ينكر حصول التوقيع منه، فقد اعتبرت المادة 1/61 من القانون الجزائري رقم 04/15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، أن صاحب شهادة التصديق الإلكتروني فور التوقيع عليها، هو المسؤول الوحيد عن سرية بيانات إنشاء التوقيع. وعلى ذلك وجب عليه المحافظة على سرية المفتاح الشفري الخاص، المتعلق بالتوقيع الإلكتروني وضمان عدم إطلاع الغير عليه.

فإذا اعترف الشخص أن التوقيع الإلكتروني الموجود على المحرر هو توقيعه، أو أن شهادة التصديق أثبتت أن هذا هو توقيعه، فإنه يقع على عاتقه إثبات كيفية وصول هذا التوقيع على هذا المحرر[1]، وكيف تم كشف واستخدام المفتاح الشفري الخاص به من قبل شخص آخر وقع إلكترونيا على هذا المحرر.

وقد أكدت ذلك المادة 1/8/أ من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية، فنصت على:" 1- حيثما يمكن استخدام بيانات إنشاء التوقيع لإنشاء توقيع يكون له مفعول قانوني، يتعين على كل موقع:

أ- أن يمارس عناية معقولة لتفادي استخدام بيانات إنشاء توقيعه استخداما غير مأذون به"

يتضح من هذا النص أن صاحب التوقيع الإلكتروني، عليه أن يبذل العناية اللازمة للمحافظة على سرية بيانات إنشاء التوقيع الالكتروني، وضمان عدم إطلاع الغير عليها، فإذا حدث وأن وصلت إلى الغير وتم استخدامها بالتوقيع إلكترونيا على المحررات، فإنه وجب عليه أن يثبت كيفية وصول الغير إلى هذه البيانات واستخدامها. فقد تصل إلى الغير عن طريق الغش أو القرصنة بفك الشفرة الخاصة بالتوقيع

(1) د. سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 558.

الإلكتروني، وكل هذا يقع إثباته على عاتق صاحب التوقيع الإلكتروني، وللقاضي سلطة تقديرية واسعة في ذلك، للتأكد من نسبة هذا التوقيع إلى صاحبه، ومدى توافر الشروط التي تطلبها القانون في المحرر الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني.

وكما رأينا سابقا، فقد اصدر المشرع الفرنسي مرسوما رقم 1436 لسنة 2002، أضاف فقرة جديدة إلى المادة 287 من قانون الإجراءات المدنية، تنص على "إذا كان الإنكار يرد على محرر أو توقيع إلكتروني، فإن القاضي عليه أن يتحقق مما إذا كانت الشروط التي تم النص عليها في المادة 1/1316 و 2/1316 من القانون المدني والخاصة بصحة المحرر والتوقيع الإلكتروني قد تحققت."

وقد وفق المشرع الفرنسي بإضافة هذه الفقرة إلى قانون الإجراءات المدنية، إذا أنه أعطى سلطة تقديرية واسعة للقاضي في تقدير مدى توافر الشروط التي نص عليها القانون 230 لسنة 2000 الخاصة بالمحرر الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني.

فالقاضي بذلك يمكنه الاستعانة بشهادة التصديق الإلكترونية، عند إنكار من ينسب إليه المحرر التوقيع الإلكتروني الموجود به، وذلك للتأكد من مدى مطابقة البيانات الموجودة على هذه الشهادة مع هذا التوقيع، وكذا يمكنه الاستعانة بجهات حفظ المحررات الإلكترونية للتأكد من مدى سلامة هذا المحرر.

وعلى المشرع الجزائري إصدار نصوص قانونية في هذا الشأن، تعطى الحل القانوني في حال إنكار الشخص التوقيع الإلكتروني الموجود على المحرر، دون الاكتفاء بما ورد في القواعد العامة، وذلك حتى يتمكن القاضي من الاستعانة بمؤدي خدمات التصديق الإلكتروني، لإثبات وتحديد هوية صاحب التوقيع الإلكتروني في حال إنكاره.

أما إذا تم الاعتراف بصحة المحرر الإلكتروني العرفي صراحة أو ضمنا (بأن تمت مناقشة مضمون المحرر دون إنكار للتوقيع)، فإن المحرر العرفي الإلكتروني يكتسب حجية قانونية في الإثبات، وهو دلالة على صحة وسلامة مضمونه، كما يكون حجة أيضا على الخلف العام والخاص، ولا يجوز لمن أقر صراحة بصحة المحرر العرفي الإلكتروني أن يعود إلى إنكاره، ولكن يمكن أن يطعن به بالتزوير[1].

([1]) د. يوسف احمد النوافلة، المرجع السابق، ص 254.

وقد اعتبر بعض الفقه، أن الورقة العرفية لها قوة الورقة الرسمية من حيث صدورها ممن وقعها عند سكوته وعدم إنكارها، فليس لصاحب التوقيع أن ينكر بعد ذلك صدور هذه الورقة منه إلا بطريق الطعن بالتزوير. راجع: د. عبد الرزاق احمد السنهوري، **الوسيط، آثار الالتزام**، ص 188-189.

المطلب الثاني

الطعن بالتزوير الإلكتروني

يقضي الأصل أن الخصم الذي يحتج عليه بمحرر عرفي الخيار بين الطعن بالإنكار أو الجهالة بالنسبة لورثته أو خلفه العام أو الطعن بالتزوير، إلا أن الطعن بالتزوير يحول دون التمسك بعد ذلك بالإنكار أو الجهالة، ذلك انه يعد تنازلا من الطاعن عن حقه في الطعن بالإنكار أو الجهالة، أما إذا تم اللجوء إلى الطعن الأخير أي الإنكار أو الجهالة، فإن ذلك لا يحول دون الادعاء بالتزوير، لان الطعن الأول على التوقيع الوارد في المحرر يقتصر مجاله على صحة التوقيع محل هذا الطعن فحسب، أما الطعن بالتزوير على التوقيع بعد الإقرار به أو الإخفاق في الطعن فيه، فإنه يتناول كيف وصل التوقيع من صاحبه إلى المحرر الذي يحتج به خصمه عليه، ويجب على مدعيه إقامة الدليل على وجود هذا التزوير.

والتزوير إما أن يكون موضوع دعوى عمومية يرفعها من تضرر من فعل التزوير أمام المحاكم الجنائية، أو بمبادرة من النيابة العامة إذا وصل إلى علمها ذلك، وإما أن يكون موضوع دعوى مدنية ، إما للمطالبة بتعويض الضرر الناشئ عن الجريمة، وإما إثبات عدم صحة المحرر المقدم في دعوى مدنية لإسقاط الاحتجاج به في الإثبات.

وسنتناول بداية الادعاء المدني بالتزوير ثم جريمة التزوير كالتالي:

الفرع الأول

الادعاء المدني بالتزوير

الغرض من الادعاء بالتزوير هو هدم الدليل المقدم في خصومة معينة، لإثبات وقائع أو حقوق معينة للمتمسك به، ويتم أمام المحاكم المدنية إما عن طريق دعوى فرعية أو دعوى أصلية. وسنتناول في هذا الفرع بداية مفهوم الادعاء المدني بالتزوير، ثم وسائله.

أولا ـ مفهوم الادعاء المدني بالتزوير:

الادعاء بالتزوير هو مجموع الإجراءات التي نص عليها القانون لإثبات عدم صحة المحررات عرفية كانت أم رسمية، وإسقاط حجيتها وقوتها في الإثبات، وبالتالي هدم الدليل المستمد من المحرر[1].

ويترتب على استبعاد المحرر المزور عدم العمل به والأخذ به، واقتصار الأمر على الدعوى المبرز فيها السند، ولا يسري على غيرها من الدعاوي، ويجوز بالرغم من رفضه الاحتجاج به في دعوى أخرى[2].

ويعد الادعاء المدني بالتزوير الوسيلة الوحيدة المتاحة قانونا للطعن في صحة المحررات الرسمية، بينما يعد كذلك بالنسبة للمحررات العرفية في حالات محددة هي:

1ـ إذا اعترف من صدر منه المحرر بالتوقيع عليه، أو كان قد سبق له إنكار التوقيع وحكم بصحته، ثم ادعى بعد ذلك حدوث تغيير مادي في المحرر بالمحو أو الإضافة.

2ـ إذا ناقش من يحتج عليه بالمحرر موضوع هذا المحرر، فلا يقبل منه بعد ذلك إنكار التوقيع، وإنما عليه اللجوء إلى الطعن بالتزوير لإهدار حجية هذا المحرر[3].

أما دعوى التزوير فهي التي تقام أما المحاكم الجزائية، والتي تهدف إلى إيقاع العقوبة على مرتكب جريمة التزوير، وعلى مستعمل السند المزور من جهة أخرى.

ويترتب على الحكم بتزوير السند أو عدم تزويره اكتسابه قوة الأمر المقضي فيه، فإذا حكم بأن السند مزور فهذا الحكم يجعل السند عديم القيمة ويسقطه من الإثبات نهائيا، أما إذا حكم بعدم تزويره فيعتبر ذلك السند صحيحا ولا يجوز الطعن فيه مرة أخرى[4].

فالتزوير هو تغيير الحقيقة في محرر بإحدى الطرق التي بينها القانون، تغييرا من شأنه أن يحدث ضررا للغير، ومقترن بنية استعمال المحرر المزور فيما أعد له[1]. وهو يعد جريمة يعاقب عليها قانون العقوبات إذا توافرت أركانها*.

([1]) د. جمال عزازي محمد العزازي، **طرق الطعن في المحررات العرفية ووسائل الحد منها في المواد المدنية والتجارية**، منشأة المعارف، الطبعة الأولى، الإسكندرية، مصر، 2012، ص 354.

([2]) د. عصمت عبد المجيد بكر، **أصول الإثبات**، إثراء للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 2012، ص 552.

([3]) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، **الوسيط، الإثبات**، المرجع السابق، ص 254.

ـ د. محمد نصر محمد، المرجع السابق، ص 128. 129.

([4]) د. عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، ص 199.

وتجدر الإشارة إلى أنه في حال رفع الدعوى العمومية قبل رفع الدعوى المدنية أمام المحاكم المدنية أو في أثناء نظرها، تعيّن وقف هذه الأخيرة لحين الفصل في الدعوى العمومية، تطبيقا لقاعدة الجنائي يقيد المدني.

فالادعاء بالتزوير من الوسائل التي أتاحها القانون للطعن في صحة المحررات في الإثبات، وقد نظمه المشرع الجزائري بموجب المواد من 175إلى 188 قانون إجراءات مدنية وإدارية، وبالنسبة للمشرع الفرنسي نظمه بموجب المواد 286 ومن 299 إلى 316 قانون مرافعات فرنسي، والمادتين 1029 و628 المتعلقين بالادعاء بالتزوير أمام محكمة النقض الفرنسية**.

وقد قام المشرع الفرنسي بتعديل نصوص قانون المرافعات، المتعلقة بالادعاء بالتزوير لتستوعب المحررات الإلكترونية إلى جانب المحررات الورقية، فقد نصت المادة 299 من هذا القانون:" إذا كان المحرر العرفي منتجا في الدعوى وادعى بتزويره، فإنه يعامل كمحرر متنازع في صحته وفقا لما تنص عليه المواد من 287 إلى 295 "[2]، وهي المواد التي رأيناها سابقا المتعلقة بإجراءات تحقيق الخطوط في حالة إنكار التوقيع، سواء كان التوقيع خطيا أم إلكترونيا.

كما نصت المادة 308/ 2 من ذات القانون[3]، والتي وردت في الفصل الخاص بتزوير المحررات الرسمية على انه:" يتخذ القاضي إذا رأى وجها لذلك جميع إجراءات التحقيق اللازمة تبعا لما تنص عليه المواد المعمول بها في شأن تحقيق الخطوط". وإذا كان الادعاء بالتزوير بدعوى أصلية فقد نصت المادتين 302 (المتعلقة بتزوير المحررات العرفية) و 314 (المتعلقة بتزوير المحررات الرسمية)، على تطبيق المواد المتعلقة بتحقيق الخطوط وهي المواد من 287 إلى 295.

فالمشرع الفرنسي نظم إجراءات تحقيق الخطوط ـ في حالة إنكار التوقيع ـ بالمواد من 287 إلى 295 قانون مرافعات، والتي عدل نصوصها لتستوعب التوقيع الإلكتروني والمحرر الإلكتروني، ثم أحال

([1]) د. حسام محمد نبيل الشنراقي، **الجرائم المعلوماتية، دراسة تطبيقية مقارنة على جرائم الاعتداء على التوقيع الالكتروني**، دار الكتب القانونية، مصر، 2013، ص 233.

* المواد من 214 إلى 229 قانون عقوبات جزائري.

**تقابلها المواد من 49 إلى 59 قانون إثبات مصري.

([2]) Article 299:" Si un écrit sous seing privé produit en cours d'instance est argue faux, il est procédé a l'examen de l'écrit litigieux comme il est dit aux article 287 a 295 ".

([3]) Article 308/2 :"S'il y a lieu le juge ordonne , sur le faux , toute mesures d'instruction nécessaires et il est procédé comme en matière de vérification d'écriture".

إجراءات الادعاء بالتزوير – سواء كان المحرر عرفيا أو رسميا وسواء كان الادعاء بدعوى فرعية أو بدعوى أصلية– إلى هذه النصوص، ليستوي تطبيق نصوص تحقيق الخطوط في حالة إنكار التوقيع، على الادعاء بالتزوير، سواء كان محل الادعاء محررا ورقيا أو محررا إلكترونيا[1].

وبالنسبة المشرع الجزائري، فقد أحال بصدد الادعاء بالتزوير، سواء في المحررات العرفية (المادة 175 قانون إجراءات مدنية وإدارية) أو المحررات الرسمية (المادة 187 من نفس القانون)، إلى المادة 165 وما يليها المتعلقة بالإجراءات الواجب إتباعها في حالة اللجوء إلى مضاهاة الخطوط، غير أنه كما اشرنا سابقا لم يقم بتعديل النصوص المتعلقة بإجراء مضاهاة الخطوط، لتستوعب المحررات الإلكترونية إلى جانب المحررات الورقية، كما فعل المشرع الفرنسي.

ثانيا- وسائل الادعاء المدني بالتزوير الإلكتروني.

يتم الإدعاء بتزوير المحررات العرفية أو الرسمية، أمام جهات القضاء المدني بإحدى الطريقتين، إما الادعاء الفرعي بالتزوير أو الادعاء الأصلي في التزوير، ويجب التنويه أن المشرع الجزائري نظم مسالة الادعاء بالتزوير في المحررات الورقية رسمية كانت أم فرعية، أما بالنسبة للمحررات الالكترونية فلم يشملها هذا القانون.

1- دعوى التزوير الفرعية: وذلك عن طريق طلب عارض يقدم أثناء سير الخصومة، استنادا إلى المادة 175 قانون إجراءات مدنية وإدارية جزائري بالنسبة للمحرر العرفي، حيث نصت على انه في حال الطعن بالتزوير بطلب فرعي، في محرر عرفي قدم أثناء سير الخصومة، فإنه تتبع الإجراءات المنصوص عليه في المادة 165 وما يليها من هذا القانون، وهي الإجراءات المتعلقة بمضاهاة الخطوط، من أجل إثبات أو نفي صحة الخط أو التوقيع على المحرر العرفي.

وتجدر الإشارة كما رأينا سابقا أن هذه الإجراءات تتعلق بالمحررات العرفية الورقية، ولا تصدق على المحررات العرفية الالكترونية، وبالتالي يجوز للقاضي أن يستعين بالخبراء في هذا المجال، أو الاعتماد على شهادة تصديق التوقيع الالكتروني للتأكد من هوية الموقع.

(1) محمد نصر محمد، المرجع السابق، ص 130.

أما في حال الادعاء الفرعي بتزوير المحرر الرسمي فانه تتبع الإجراءات المنصوص عليها في المواد من 180 إلى 185 قانون إجراءات مدنية وإدارية، بإيداع مذكرة أمام القاضي الذي ينظر في الدعوى الأصلية، وتحدد فيها بدقة الأوجه التي يستند عليها الخصم لإثبات التزوير، ويجب على القاضي إرجاء الفصل في الدعوى الأصلية إلى حين صدور الحكم في التزوير[1].

2- دعوى التزوير الأصلية: وتتم بطلب أصلي، برفع دعوى مباشرة تتعلق بتزوير المستند الورقي أو الكتابي، استنادا إلى المادة 176 قانون إجراءات مدنية وإدارية جزائري بالنسبة للمحرر العرفي، حيث يبين في العريضة أوجه التزوير، ويتبع في شأنها الإجراءات المتعلقة بمضاهاة الخطوط بالنسبة دائما للمحرر العرفي الورقي.

وبالنسبة للادعاء الأصلي بتزوير المحرر الرسمي، فانه تتبع الإجراءات المنصوص عليها في المواد من 186 إلى 188 قانون إجراءات مدنية وإدارية، حيث يتم إتباع إجراء مضاهاة الخطوط للتأكد من صحة أو عدم صحة المحرر الرسمي، وإذا حكم بثبوت التزوير، يأمر بإزالة أو إتلاف المحرر أو شطبه كليا أو جزئيا وإما بتعديله[2].

الفرع الثاني

جريمة تزوير المحررات الالكترونية

تعد جريمة التزوير في المحررات الالكترونية، أو ما تسمى بجريمة التزوير المعلوماتية من الجرائم التي نظمت أحكامها تشريعات الدول، سواء بالنص عليها في نصوص قانون العقوبات، أو القوانين الخاصة المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية أو التوقيع الإلكتروني. وسنتناول في هذا الفرع التعريف بهذه الجريمة، ثم موقف المشرع الجزائري منها.

أولاـ التعريف بجريمة التزوير المعلوماتية:

(1) تقابلها بالنسبة للقانون المصري المادتين 49 و 52 قانون إثبات، أما القانون الفرنسي فاستنادا إلى المادتين 306 و 286 قانون مرافعات إذا تعلق بمحرر رسمي، والمادتين 299 و 285 إذا تعلق بمحرر عرفي.

(2) تقابلها المادة 59 من قانون الإثبات المصري، والمادتين 314 و 286 قانون مرافعات فرنسي بالنسبة للمحرر الرسمي، والمادتين 300 و 285 من ذات القانون بالنسبة للمحرر العرفي.

ـ راجع تفصيل ذلك: د. جمال عزازي محمد العزازي، المرجع السابق، ص 361 وما يليها.

المقصود بجريمة التزوير المعلوماتية، هو الدخول بطريق الغش أو التدليس على نظام معلومات أو قاعدة بيانات تتعلق بالتوقيع الإلكتروني، أو القيام بعملية إعداد نظام إلكتروني من أجل تزوير توقيع إلكتروني دون موافقة صاحبه[1]، كما قد يطال التزوير محتوى محرر الكتروني، أو شهادة تصديق إلكتروني.

وتعتبر هذه الجريمة من أهم الجرائم وأخطرها التي تهدد أمن وسلامة السندات الإلكترونية، بحيث يقوم الفاعل بارتكاب عملية تزوير من خلال الدخول غير المصرح به أو إعداد نظام إلكتروني للتزوير[2].

فالتزوير يمكن تصور وقوعه في نطاق التوقيع والمحررات والوسائط الالكترونية، عن طريق تغيير الحقيقة على الشرائط والمحررات التي تمثل مخرجات الحاسب الآلي، طالما طال التغيير البيانات الموجودة في الحاسب نفسه بشرط حدوث ضرر، والذي يتمثل في المساس بالثقة المفترضة في المحررات الرسمية والتوقيعات الالكترونية عند تزويرها، أو المساس بحقوق الأفراد عند التزوير في المحررات العرفية الالكترونية[3].

وقد اتفق الفقه[4] على أن التزوير في إطار التوقيع والمحرر الالكتروني، هو أخطر صور الغش المعلوماتي، ذلك أن المحررات الالكترونية تقوم عليها في الوقت الراهن عملية تسجيل التصرفات والأعمال القانونية، التي ترتب حقوقا وتنشئ التزامات على عاتق الأطراف، وعلى ذلك تتحقق الثقة للتوقيعات والمحررات الالكترونية.

والركن المادي لجريمة تزوير وتقليد المحررات الالكترونية والتوقيع الالكتروني، له صور عديدة تتمثل في تزوير أو تقليد محرر أو توقيع الكتروني أو شهادة اعتماد توقيع الكتروني، أما الصورة الثانية للركن

([1]) د. محمد حسين منصور، **المسؤولية الإلكترونية**، دار الجامعية الجديدة، الطبعة الأولى، الإسكندرية، 2007، ص 152.

راجع في هذا الشأن أيضا: د. عبد الفتاح بيومي حجازي، **التجارة الالكترونية حمايتها القانونية**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006، ص. ص 602 – 618.

ـ د. أيمن عبد الله فكري، **جرائم نظم المعلومات–دراسة مقارنة–**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2007، ص. ص 309 – 439.

([2]) أ /احمد عزمي الحروب، المرجع السابق، ص 154–155.

([3]) د. عبد الفتاح بيومي حجازي، **التزوير في جرائم الكمبيوتر والانترنت**، دار الكتب القانونية، مصر، 2008، ص 159.

([1]) د. حسام محمد نبيل الشنراقي، المرجع السابق، ص 234.

د. عصمت عبد المجيد بكر، **أصول الإثبات**، المرجع السابق، ص 552ـ 553.

المادي، فهي استعمال محرر أو توقيع الكتروني مزور، أو شهادة مزورة باعتماد توقيع الكتروني، شرط أن يكون الفاعل عالما بذلك[1].

أما الركن المعنوي فيتمثل في انصراف إرادة الجاني إلى تغيير الحقيقة في المحرر، واتجاه نيته إلى استعمال المحرر فيما زور من أجله، ذلك أن القصد الجنائي هو صورة الركن المعنوي في هذه الجريمة[2].

ثانيا- جريمة التزوير المعلوماتية في التشريعات المقارنة والتشريع الجزائري:

جرمت التشريعات الدولية التزوير في البيانات الإلكترونية، سواء على مستوى الاتفاقيات الدولية[3]، أو على مستوى النصوص الداخلية للدول، حيث نص المشرع الفرنسي في المادة 1/441 من قانون العقوبات الفرنسي الصادر سنة 1994[4] في باب التزوير بأنه:" يشكل تزويرا كل تغيير احتيالي للحقيقة من شأنه إحداث ضرر، وينجز بأية وسيلة كانت، وينصب على محرر أو أية دعامة للتعبير عن الأفكار، يكون موضوعها أو يكون من آثارها إقامة الدليل على حق أو على وقائع ذات نتائج قانونية" [5].

وعلى ذلك فالتزوير طبقا للقانون الفرنسي، يستوعب تزوير المحررات التي تتم على دعائم إلكترونية، حيث أخضع المشرع الفرنسي أفعال التزوير المعلوماتي للنصوص العامة للتزوير، وذلك بعد أن قام كما رأينا بتعديل موضوع التزوير ليشمل أي دعامة وليس محررا فقط.

خلافا للتشريع الجزائري الذي أشار إلى تزوير المحررات الورقية الرسمية والعرفية، في المواد من 124 إلى 229 قانون عقوبات[6]، ولم يستوعب المحررات الإلكترونية، كما فعل المشرع الفرنسي.

([1]) د. عبد الفتاح بيومي حجازي، **التجارة الالكترونية وحمايتها القانونية**، المرجع السابق، ص 612. 613.

([2]) د. عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 613.

([3]) فقد جرمتها المادة 07 من الاتفاقية الدولية للإجرام المعلوماتي، الصادرة بتاريخ 2001/11/08.

([4]) Article 441-1 : Constitue un faux toute altération frauduleuse de la vérité, de nature à causer un préjudice et accomplie par quelque moyen que ce soit, dans un écrit ou tout autre support d'expression de la pensée qui à pour objet ou qui peut avoir pour effet d'établir la preuve d'un droit ou d'un fait ayant des conséquences juridiques. Le faux et l'usage de faux sont punis de trois ans d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende.

([5]) كما يعاقب نص المادة 6/462 قانون عقوبات فرنسي، من يستخدم مستندا إلكترونيا مزورا مع علمه بذلك.

([6]) الأمر رقم156/66 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق لـ 8 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات، معدل ومتمم.

وعليه اقترح بعض الفقه على المشرع الجزائري، إضافة نص قانوني إلى باب التزوير في المحررات، يعرف فيه التزوير على النحو التالي: "كل تغيير للحقيقة بطريق الغش في محرر مكتوب أو في أي دعامة أخرى تحتوي تعبيرا عن الفكر[1]". وهو ما نوافقه الرأي، حيث سيشمل هذا النص جميع المستندات المعلوماتية، وهو ما سيضمن حماية جزائية لكافة المنتجات المعلوماتية.

فالمشرع الجزائري على الرغم من أنه استحدث قسما خاصا في مجال الإجرام المعلوماتي، من خلال القانون 15/04 المتضمن تعديل قانون العقوبات[2]، وذلك بتجريم الاعتداءات الواردة على الأنظمة المعلوماتية باستحداث نصوص خاصة، إلا أنه أغفل تجريم الاعتداء على منتجات الإعلام الآلي، فلم يستحدث نصا خاصا بالتزوير المعلوماتي، كما أنه لم يتبن الاتجاه الذي تبنته التشريعات الحديثة، التي عمدت إلى توسيع مفهوم المحرر في قانون العقوبات، ليشمل كافة صور التزوير الحديث[3].

غير أنه تدارك الوضع بموجب القانون رقم 03/15 المتعلق بعصرنة العدالة، وجرم الاعتداء على التوقيع الالكتروني كأحد عناصر المحرر الالكتروني، حيث نص في مادته 17 على ما يلي: "يعاقب بالحبس من سنة (1) إلى خمس (5) سنوات، وبغرامة تتراوح بين 100.000 دينار جزائري إلى 500.000 دينار جزائري، كل شخص يستعمل بطريقة غير قانونية العناصر الشخصية المتصلة بإنشاء توقيع إلكتروني يتعلق بتوقيع شخص آخر".

كما نص في المادة 68 من القانون 04/15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين:" يعاقب بالحبس من ثلاثة 3 أشهر إلى ثلاثة سنوات وبغرامة من مليون (1.000.000) دينار جزائري إلى خمسة ملايين دينار (5.000.000) دينار جزائري أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، كل من يقوم بحيازة أو إفشاء أو استعمال بيانات إنشاء توقيع إلكتروني موصوف خاصة بالغير".

([1]) أ.فشار عطا الله، "**مواجهة الجريمة المعلوماتية في التشريع الجزائري**"، متوفر على الموقع الإلكتروني الموقع الرسمي لجامعة العقيد أكلي محند أولحاج، البويرة، متوفر على الموقع الالكتروني: http : // cubouira.org ،الجمعة 1 مارس 2013.

([2]) المواد من 394 مكرر إلى 394 مكرر 7، المستحدثة بموجب القانون رقم 15/04 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004، الجريدة الرسمية رقم 71، ص 11و12، المعدل للأمر رقم 156/66 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق لـ 8 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات، معدل ومتمم.

([3]) أ. فشار عطا الله، المرجع السابق.

ـ أ. زياني عبد الغني، "**الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعلومات**"، مداخلة ألقيت أمام مجلس قضاء المسيلة، متوفرة على الموقع الالكتروني: www.courdemsila.mjustice.dz

وأضافت المادة 75من نفس القانون:"يعاقب الشخص المعنوي الذي ارتكب إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا الفصل بغرامة تعادل خمس (5) مرات الحد الأقصى للغرامة المنصوص عليها بالنسبة للشخص الطبيعي".

ما يلاحظ على هذه النصوص أنها تجرم المساس بالتوقيع الإلكتروني الخاص بالموقع، واستعماله بطرق غير قانونية، حيث يعد التوقيع الإلكتروني أحد عناصر الدليل الكتابي الإلكتروني، ومن ثمة فإن كل مساس به يوجب المسؤولية الجزائية على مرتكبه.

غير أن العنصر الثاني من عناصر المحرر الإلكتروني وهو الكتابة، لم يتم التطرق بنصوص خاصة إلى تجريمه، كما فعل المشرع الفرنسي بتعديله قانون العقوبات في المادة المتعلقة بجريمة التزوير (المادة 1/441) وكذا قانون المرافعات.

أما بالنسبة للمشرع المصري فقد أورد في نص المادة 23 من قانون التوقيع الإلكتروني صورا للتزوير الإلكتروني، تكون محلا للمساءلة الجنائية ويمكن الادعاء بها أمام القضاء المدني، حيث تنص هذه المادة:"مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد منصوص عليها في قانون العقوبات أو في أي قانون آخر، يعاقب بالحبس وبغرامة لا تقل عن عشرة ألاف جنيه ولا تجاوز مائة ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من:

أ- أصدر شهادة تصديق إلكترونية دون الحصول على ترخيص بمزاولة النشاط من الهيئة.

ب- أتلف أو عيب توقيعا أو وسيطا أو محررا إلكترونيا أو زوُر شيئا من ذلك، بطريق الاصطناع أو التعديل أو التحوير أو بأي طريق آخر.

ج- استعمل توقيعا أو وسيطا أو محررا إلكترونيا معيبا أو مزورا مع علمه بذلك.

د- خالف أيا من أحكام المادتين 19[1]، 21[2] من هذا القانون.

هـ- توصل بأية وسيلة إلى الحصول بغير حق على توقيع أو وسيط أو محرر إلكتروني أو اخترق هذا الوسيط أو اعترضه أو عطله عن أداء وظيفته.

وتكون العقوبات على مخالفة المادة 13[1]من هذا القانون الغرامة التي لا تقل عن خمسة آلاف جنيه ولا تجاوز خمسين ألف جنيه.

([1]) المادة 19 المتعلقة باشتراط الترخيص لمزاولة نشاط التصديق الإلكتروني.

([2]) المادة 21 المتعلقة بعدم إفشاء البيانات والمعلومات المقدمة إلى جهات التصديق الإلكتروني واستخدامها للغرض المقدمة من أجله فقط.

وفي حالة العود تزاد بمقدار المثل المقررة، العقوبة المقررة لهذه الجرائم في حديها الأدنى والأقصى، وفي جميع الأحوال يحكم بنشر حكم الإدانة في جريدتين يوميتين واسعتي الانتشار، وعلى شبكات المعلومات الإلكترونية المفتوحة على نفقة المحكوم عليه."

فهذه المادة تحدد مجموعة الجرائم المرتبطة بنشاط التوقيع الإلكتروني، ومن بينها جرائم التزوير الماسة بالمحرر أو التوقيع الإلكتروني، وهي الصور (ب- ج- هـ)، فإذا توافرت إحدى هذه الصور أمكن الطعن بتزوير المحرر أو التوقيع الإلكتروني.

ويمكن أن يطبق في شأن هذا الادعاء الأحكام المنصوص عليها في قانون الإثبات، الخاصة بالادعاء بالتزوير، طبقا للإحالة الواردة في المادة 17 من قانون التوقيع الإلكتروني نفسه.

بينما بالنسبة للمشرع الجزائري، لم يشر صراحة إلى تطبيق أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية، عند الطعن بالتزوير في صحة المحررات الإلكترونية أو التوقيع الإلكتروني، بل جاء بنصوص عامة، ولم يفصل في هذه الجرائم كثيرا.

الفرع الثالث

سلطة القاضي في تقدير سلامة المحررات الالكترونية

يتمتع القاضي بسلطة واسعة، في تقدير قيمة المحرر الإلكتروني الذي تعرض إلى محو أو إضافة أو تعديل في أحد بياناته أو عناصره، ويجب أن يكون قراره معللا، وأن يوضح العيوب التي أصابت السند ودعت إلى إسقاط قيمته أو إنقاصها، بالاستناد إلى رأي الخبراء في هذا المجال، كما يمكنه الاستعانة

([1]) المادة 13 تقديم جهات التصديق تقارير عن عملها إلى هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات.

بمؤدي خدمات التصديق الإلكتروني، لتقدير مدى صحة وسلامة المستند الإلكتروني، وفيما إذا تعرض للتزوير وإمكانية صدوره أو نسبته للخصم الذي أنكره[1].

وقد أشار المشرع الفرنسي في المرسوم رقم 05 ـ 973 السالف الذكر، إلى ضرورة أن يكون السند الالكتروني غير متضمن لحشو أو إضافة أو فراغ، مما يثير الشبهة وعدم الثقة بهذا المحرر، وكل ذلك يجعل السند الالكتروني باطلا[2].

كما قد تهمل المحكمة الأخذ بالسند الإلكتروني إذا كان عدم صحته ظاهرا بوضوح، كأن يكون السند الذي ينكره الخصم، منسوبا إلى شخص لا يعرف القراءة أو الكتابة، أو يجهل استخدام الحاسب الآلي والانترنت، لأن التعامل بهذه السندات، يفترض بها العلم باستخدام هذه الأجهزة[3].

خلاصة القول يتبين لنا أن المحررات الالكترونية إذا ما توافرت على شروطها القانونية فإنها تتمتع بالحجية اللازمة، وتتساوى في ذلك مع المحررات التقليدية الورقية، وعلى ذلك يمكن إثبات المعاملات التجارية الالكترونية بهذه المحررات، كما يجوز للأطراف الاتفاق على اختيار الإثبات الالكتروني لإثبات معاملاتهم واستبعاد الإثبات التقليدي، غير انه لا يمكنهم تقدير حجية هذه المحررات وإعطائها مرتبة تفوق المحررات التقليدية الرسمية، لان تقدير حجية المحررات منوط بالقاضي، ومرتبط بالسير الحسن لقواعد العدالة.

ويجوز للأطراف الطعن في صحة هذه المحررات إذا تبين لهم وجود شبهة فيها، وذلك بالاستناد إلى قواعد قانون الإجراءات المدنية والإدارية، في حال إنكار التوقيع أو الطعن بالتزوير في محتوى المحرر الالكتروني، رسميا كان أم عرفيا، كما يمكنهم رفع دعوى التزوير أمام القضاء الجنائي، والاستناد إلى قانون العقوبات أو القانون رقم 04/15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الالكترونيين.

المبحث الثاني

التنازع بين المحررات وتحديد القانون الواجب التطبيق

([1]) د. يوسف احمد النوافلة، المرجع السابق، ص 288.

([2]) « Art. 19. - Toute surcharge, interligne, ou addition contenus dans le corps de l'acte sont nuls.
« Les renvois sont portés en fin d'acte et précèdent la signature.

([3]) د. عباس العبودي، **تحديات الإثبات بالسندات الإلكترونية ومتطلبات النظام القانوني لتجاوزها**، المرجع السابق، ص 135-136.

نتيجة للتطور التكنولوجي، وما أفرزه من تقنيات جديدة أثرت على العلاقات التعاقدية بين الأفراد، وظهور المحررات الإلكترونية لإثبات المعاملات التي تتم عبر وسائط إلكترونية، وإصدار قوانين تعترف بحجية عناصر المحررات الإلكترونية، أصبح من المحتمل حدوث تعارض بين المحررات التقليدية (الورقية) والمحررات الإلكترونية، فقد يتم إثبات عقد عبر الإنترنت بمحررات إلكترونية وكذا محررات ورقية، وقد يحدث نزاع بين طرفي العقد، فيقدم أحدهما المحرر الالكتروني والآخر يقدم المحرر الورقي، فإذا لم يكونا متعارضين فلا إشكال يحدث، لكن الإشكال في حال تعارض مضمون المحررين حول نفس الموضوع، فأي من المحررين تكون له الأولوية ويرجح القاضي؟

كما أنه قد يثور إشكال حول القانون الواجب التطبيق في منازعات التجارة الالكترونية، لا سيّما فيما يتعلق بالشكل، إذا كانت في أحد عناصرها تتضمن عنصرا أجنبيا، فأي قانون سيطبق على شكل العقد، خاصة إذا علمنا أن الشكل المتطلب لانعقاد العقد هو أمر ضروري، بحيث يتوجب على مخالفته بطلان العقد. كما أن الدول فيما بينها قد لا تتفق حول نفس العقود الواجب إخضاعها إلى شكل رسمي.

وعلى ذلك سنتناول هذه النقاط في المطلبين التاليين:

المطلب الأول

التنازع بين المحررات الإلكترونية والمحررات الورقية

يعد هذا النوع من التنازع شكلا جديدا من أشكال التنازع بين المحررات الكتابية، لم يكن موجودا من قبل، وذلك راجع لعدم وجود غير تلك المحررات التي ترتكز على دعامات ورقية، فمع صدور النصوص التشريعية التي أعطت حجية مساوية للمحرر الإلكتروني، الذي يتوفر على شروط التي نص عليها القانون، مع نظيره الورقي، أصبح بالإمكان حدوث هذا النوع من التنازع.

وعليه سنعالج هذه المسألة في فرعين: الفرع الأول وجود نص أو اتفاق ينظم تنازع الأدلة الكتابية، والفرع الثاني عدم وجود نص أو اتفاق ينظم تنازع الأدلة الكتابية.

الفرع الأول

حالة وجود النص القانوني أو الاتفاق

إذا حدث تنازع بين محرر إلكتروني ومحرر ورقي، أو حتى تنازع بين المحررات الإلكتروني, في حد ذاتها، بالنسبة لعقد تم إبرامه إلكترونيا، فإن القاضي يرجع أولا إلى نصوص القانون، فإذا كان هناك نص يعطى الأولوية لمحرر على آخر، فوجب عليه الأخذ به، وإذا لم يجد نصا قانونيا يبحث القاضي فيما إذا كان هناك اتفاق بين الأطراف لتقديم محرر معين للإثبات دون غيره، هنا يعمل باتفاق الأطراف.

وعليه سنتناول في هذا الفرع بداية حالة وجود النص القانوني، ثم حالة وجود الاتفاق بين الأطراف على ترجيح دليل على آخر

أولاـ حالة وجود النص القانوني:

وضع المشرع الفرنسي حلا لمسألة التنازع بين المحررات، والذي لم يكن قبل ذلك من المتصور حدوثه[1]. فنص في المادة 2/1316 من القانون المدني، بعد إضافتها بالقانون رقم 230 لسنة 2000 على ما يلي:" يفصل القاضي في التنازع القائم بين الأدلة الكتابية بكل الوسائل الممكنة، عن طريق ترجيح الدليل الأقرب إلى الاحتمال أيا كانت الدعامة المستخدمة في تدوينه، ما لم يكن هناك نص أو اتفاق بين الأطراف[2]."

ولم يرد نص مماثل في التشريع الجزائري أو المصري، ويمكن استنتاجه من القواعد العامة للإثبات[3]، فدور القاضي في الإثبات يقتصر على تلقي الأدلة التي يتقدم بها الخصوم، بمعنى آخر لا يجوز للقاضي أن يساهم في جمع الأدلة أو أن يستحدث دليلا غير مقدم من أحد الخصوم.

وعلى ذلك فإن له سلطة واسعة في موازنة الأدلة المقدمة إليه، دون تبيان أسباب ترجيحه لدليل معين على دليل آخر، ودون رقابة عليه من محكمة النقض[4] (المحكمة العليا)، ما لم يوجد نص أو اتفاق بين الأطراف على اختيار دليل دون الآخر.

([1]) FILOUX (L.) et ODOU (S.), **« La signature électronique »**, Article disponible sur www.signelec.com, la date de mise en ligne est : 2001, P. 23.

([2]) « Art. 1316-2. - Lorsque la loi n'a pas fixé d'autres principes, et à défaut de convention valable entre les parties, le juge règle les conflits de preuve littérale en déterminant par tous moyens le titre le plus vraisemblable, quel qu'en soit le support. »

([3]) د. سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 601.

([4]) د. عيسى غسان ربضي، المرجع السابق، ص 207ـ 208.

وعليه متى وجد نص قانوني يعطي الأفضلية لمحرر على آخر،كما هو الحال بالنسبة للمحررات الرسمية والمحررات العرفية، حيث تعتبر المحررات الرسمية أقوى في الحجية من المحررات العرفية، فإنه يجب على القاضي أن يأخذ بما هو ثابت في المحرر الرسمي[1]، سواء أكان إلكترونيا أم تقليديا.

كما قد يتطلب القانون الكتابة كشرط لصحة التصرف (شكلية انعقاد)، لذلك في حال تعارض محرر تقليدي ومحرر إلكتروني، فإن القاضي يأخذ بالمحرر المستوفي لشرط الشكلية[2].

وفي حال ترجيح دليل على آخر بمقتضى نص قانوني، وجب على القاضي التأكد من مدى توافر الشروط الخاصة بإنشاء هذا المحرر التي تجعل منه دليلا كاملا، بأن تكون الكتابة ذات فحوى ومدلول وأن يكون المحرر موقعا من الأطراف[3]. فإذا لم تتوافر في المحرر الالكتروني شروطه المنصوص عليها قانونا تعين عليه استبعاده والفصل بالمحرر الكتابي الورقي.

ثانيا- حالة وجود الاتفاق:

كما رأينا سابقا، يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفة القواعد الموضوعية للإثبات، لعدم تعلقها بالنظام العام، وهو ما يؤيده القانون المدني الفرنسي صراحة في المادة 02/1316، ووافقه القضاء[4] والفقه[5] أيضا.

([1]) CAPRIOLI (E.A.), **« Ecrit et preuve électronique, dans la loi n° 2000- 230 du mars 2000 »**, Art. Précis.

([2]) SEDALLIAN (V.), Preuve et signature électronique, P. 2, www.intenet juridique.

([3]) د. عيسى غسان ربضي، المرجع السابق، ص 209.

([4]) Cass.civ, 1ere ch , 8 nov, 1989 , Bull, I , N° 342, P. 230, disponible sur www.legifrance.gouv.fr

([5]) CAPRIOLI (E.A.), **« Ecrit et preuve électronique dans la loi N° 2000- 230 du 13 mars 2000 »**, Art. précis.

_ MASCRE (F.), **« La signature électronique »** , www.mascre-reguy.com , article précis.

_ CAHEN (M.I.), **« La formation des contrats de commerce électronique »**, www.elec.com , La date de mise en ligne est : Septembre 1999, P. 52.

حيث يجوز للمتعاقدين عبر الإنترنت الاتفاق على جعل الإثبات بالمحرر الإلكتروني فقط، واستبعاد المحرر الورقي، أو الاتفاق على عكس ذلك، أي الإثبات بالمحرر الورقي فقط دون المحرر الإلكتروني، فإذا وجد مثل هذا الاتفاق سواء أثناء انعقاد التصرف أو بعده، فإن القاضي يلتزم بما انتهت إليه إرادة الطرفين حول الوسيلة التي يثبتان بها تصرفهما[1].

حيث انه في ظل إمكانية إنشاء عقود رسمية الكترونية، يجوز للأطراف الاتفاق على إبرام العقد الرسمي في الشكل الالكتروني، بوسائل الاتصال الحديثة، دون حاجة إلى الشكل الورقي، خاصة انه يقدم نفس الضمانات.

لكن هناك من الفقه[2] من يرى أن للقاضي سلطة تقديرية واسعة، في الحكم بمدى صحة اتفاق الأطراف على منح دليل إثبات حجية وإسقاطها عن الآخر، فقد اعتبر هذا الرأي أن توافر مثل هذا الشرط في اتفاق الطرفين، يمكن اعتباره شرطا تعسفيا وفق المادة 1/132 من قانون الاستهلاك الفرنسي، وبالتالي يمكن للقاضي أن يحكم بإبطاله استنادا إلى القانون الفرنسي، أو تعديله أو إعفاء الطرف المذعن منه[3].

غير أنه استنادا إلى المادة 2/1316 قانون مدني فرنسي، التي أجازت صراحة الاتفاق على تفضيل دليل إثبات على آخر، دون أن تتحفظ في ذلك بشأن هذا الاتفاق، وهو ما يجعل اتفاق الأفراد على تقرير الحجية في الإثبات لمحرر دون الآخر جائز قانونا.

وعليه فمتى وجد نص قانوني يرتب الأولوية لمحرر كتابي على الآخر، أو وجود اتفاق يعطي الحجية لدعامة معينة ويسقط القيمة لدعامة أخرى، يوجب على القاضي الأخذ بذلك عند نشوب نزاع بين الأطراف. وسنتطرق في الفرع الموالي، إلى حالة عدم وجود نص أو اتفاق ينظم التنازع بين الأدلة الكتابية الإلكترونية والورقية.

الفرع الثاني

حالة عدم وجود النص القانوني أو الاتفاق

(1) د- عيسى غسان ربضي، المرجع السابق، ص 209.

(2) د. سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 606.

(3) المادة 110 قانون مدني جزائري– المادة 149 قانون مدني مصري –المادة 204 قانون مدني أردني.

استنادا إلى نص المادة 2/1316 قانون فرنسي سالفة الذكر، فإن القاضي في حالة تلقيه محررات كتابية تختلف دعامتها (إلكترونية و ورقية) من أطراف النزاع حول نفس العقد، ولكن يختلف مضمون هذه المحررات، وفي حال عدم وجود نص قانوني ينظم هذا التنازع بين المحررات، وكذا غياب اتفاق بين الأطراف على ترجيح دليل على الآخر، فإنه يتوجب عليه الترجيح بين هذه المحررات، وتحديد المحرر الأقرب للاحتمال من أجل حل النزاع، وله في ذلك سلطة تقديرية واسعة غير خاضعة لرقابة محكمة النقض، طالما أقام قضاءه على أسباب سائغة[1].

وللقاضي السلطة التقديرية في ترجيح الأدلة، في حال ما إذا كان التنازع بين محرر إلكتروني كامل يتوافر على كل الشروط، وبين محرر ورقي كامل أيضا، أما إذا وجد القاضي أن عناصر المحرر الإلكتروني مثلا لا تتوافر فيها كل الشروط (الكتابة والتوقيع الإلكتروني)، فإن هذا المحرر الالكتروني لا يعتبر دليلا كاملا، وبالتالي تكون الأولوية للمحرر الورقي[2].

فمثلا نجد أن التوقيع الإلكتروني الموصوف هو وحده الذي يماثل التوقيع المكتوب، استنادا إلى المادة 08 من القانون الجزائري 04/15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، فإذا لم تتوافر في التوقيع الإلكتروني الشروط المحددة قانونا، فإن المحرر الممهور بتوقيع خطي تكون له الأولوية في الإثبات إذا توافر على شروطه المنصوص عليها قانونا، ولا مجال لسلطة القاضي التقديرية في الترجيح في هذه الحالة.

كذلك الأمر بالنسبة للمحرر الورقي، فإذا كان المحرر العرفي الورقي بدون توقيع، بينما استوفى المحرر الإلكتروني شروط الدليل الكتابي الكامل، تكون الأفضلية للمحرر الإلكتروني ويتم استبعاد المحرر الورقي، ولا مجال لسلطة الترجيح بين المحررين في هذه الحالة أيضا[3].

أما إذا كانت المحررات متساوية من حيث القوة، بمعنى أن كلاهما يتوافر على شروط إنشائه كدليل كامل، وكان مضمون أحدهما متعارض مع الآخر، فإن التنازع يثور هنا، وعلى القاضي أن يرجح أحد

([1]) MASCRE (F.), **« La signature électronique »**, Art . précis.

- د. يوسف احمد النوافلة، المرجع السابق، ص 299.

([2]) CAPRIOLI (E.A.), **« Ecrit et preuve électronique »**, Art. précis.

([3]) د. عبد العزيز المرسي حمود، **مدى حجية المحرر الالكتروني في الإثبات في المسائل المدنية والتجارية في ضوء قواعد الإثبات النافذة**، المرجع السابق، ص 108.

المحررين على الآخر، وهنا يتمتع القاضي سلطة تقديرية واسعة لتحديد ما هو الدليل الأقرب إلى الحقيقة[1].

وللقاضي أن يستعين بكافة الوسائل القانونية لتقييم المحرر الأقرب إلى الحقيقة، كأن يستعين بمن لهم خبرة تقنية لتحديد صحة المحرر الإلكتروني، من حيث دقة البيانات الواردة به وعدم تحريفها، كما يمكنه الاعتداد بشهادة وسيط فيما يتعلق بالتاريخ والتوقيت[2].

كما يمكنه أن يستعين بتاريخ المحرر، فإذا كان تاريخ أحد المحررين تال على تاريخ المحرر الآخر، فإن هذا المحرر يكون أولى بالاعتبار.

ونتفق مع الفقهاء أن مهمة القاضي في تقدير ما هو المحرر الأولى بالاعتبار، هي مهمة صعبة رغم السلطة التقديرية الواسعة الممنوحة له[3].

كما يمكن تصور محررات إلكترونية متعارضة في حد ذاتها، كما هو الحال بالنسبة للمحررات التقليدية، فقد تعرض على القاضي من أطراف العقد المبرم عبر الإنترنت محررات إلكترونية حول نفس العقد، غير أنهما متعارضان في المضمون، هنا يرجح القاضي المحرر الإلكتروني الأكثر مصداقية، وكذا النظر في مستوى التوقيعات الإلكترونية لهذه المحررات.

فإذا عرض على القاضي محرر إلكتروني موقع توقيعا إلكترونيا بسيطا، متعارض مع محرر إلكتروني موقع توقيعا الكترونيا متقدما، فإن القاضي ملزم بترجيح المحرر الموقع توقيعا إلكترونيا متقدما(موصوفا)، على المحرر الموقع توقيعا الكترونيا بسيطا، ذلك أن التوقيع الإلكتروني الموصوف يحقق مستوى عال من الأمان، يكفل سلامته وصحة ارتباطه بالمحرر الإلكتروني.

وعليه في حال حدوث نزاع بين المحررات المعروضة أمام القاضي، بصدد عقد مبرم عبر وسائل الاتصال الحديثة، سواء بين محررات إلكترونية ومحررات ورقية، أو حتى بين محررات إلكترونية، عليه أن ينظر أولا فيما إذا وجد نص قانوني أو اتفاق بين الأطراف على تنظيم هذا التنازع، وإذا لم يجد نصا أو

(1) د. سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 609.

(2) د. إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 229.

- CAPRIOLI (E.A.), **« Ecrit et preuve électronique »**, Art. précis.

(3) ROBERT (H.), **« La preuve dans la télécommunication »** ; www.ifrance.com , mise en ligne : 2000, P. 41.

اتفاقا على ذلك، فإنه يعمل سلطته التقديرية الواسعة من أجل ترجيح أحد الأدلة على الآخر، مع ضرورة تسبيب حكمه تسبيبا قانونيا كافيا.

المطلب الثاني

القانون الواجب التطبيق على شكل العقود الالكترونية

لا تكون عقود التجارة الالكترونية محلا لتنازع القوانين، إلا إذا كانت في إحدى جوانبها ذات بعد دولي، سواء فيما يتعلق بجنسية الأطراف، أو موضوع العقد أو محل إبرامه أو مكان تنفيذه.

فإذا كان العقد التجاري الالكتروني تم بين أطراف في نفس الدولة ومن جنسية واحدة فإن التنازع لا يثور، ففي هذه الحالة يأخذ حكم العقد الداخلي من حيث القانون الواجب التطبيق عليه وهو قانون الدولة الداخلي. كما لو تم إبرام عقد رسمي الكتروني بين موثقين في نفس دولة الأطراف التي يحملون جنسيتها.

غير أن الغالب في عقود التجارة الالكترونية أنها تتسم بطابع الدولية، حيث تتم بين أطراف في الغالب من دول مختلفة، وهو ما يجعلها محلا لتنازع أكثر من قانون لحكم النزاعات التي يمكن أن تنشأ بشأنها.

فقد يحدث نزاع بين طرفين متعاقدين، حول مضمون محرر رسمي الكتروني مثلا، تم عن بعد بينهما من طرف موثقين مختلفين ومتباعدين مكانا، فسنبحث القانون المختص من أجل حل النزاع، هل هو قانون موثق الطرف الأول أم قانون موثق الطرف الأخر في ظل اختلاف الأنظمة التوثيقية بين الدول؟ ولذلك فما هو القانون الواجب التطبيق على شكل هذه العقود؟ هل نطبق قواعد الإسناد التقليدية على عقود التجارة الإلكترونية الدولية، أم أننا بحاجة إلى تطوير هذه القواعد لكي يلائم تطبيقها على هذه العقود؟

الفرع الأول

إسناد شكل العقود الالكترونية لقانون محل الإبرام

اختلفت التشريعات الدولية فيما بينها حول القانون الواجب التطبيق على شكل العقود الالكترونية، فقد أخضعته بعض التشريعات للقانون المطبق على الشروط الموضوعية على حد سواء، فيما اختارت أنظمة قانونية أخرى ضابط محل الإبرام.

أولاـ المقصود بقاعدة محل الإبرام:

يحكم شكل التصرفات القانونية ذات الطابع الدولي بشكل عام قاعدة قانون بلد الإبرام، أي أن كل عقد أو تصرف قانوني آخر ذو طابع دولي تم في بلد معين وتم إفراغه في الشكل الذي يقتضيه قانون هذا البلد، فان هذا العقد يعتبر صحيحا باعتباره القانون المختص في تنظيم العقد الدولي من حيث الشكل.

ولم يفرق فقهاء مدرسة الأحوال الايطالية القديمة بين شكل العقد وموضوعه من حيث القانون الواجب التطبيق عليهما، فقد أخضعوهما معا لقانون واحد هو قانون محل إبرام العقد، معللين ذلك بقولهم أن المتعاقدين قد ارتضوا ضمنا تطبيق هذا القانون[1].

ولم تتم التفرقة بينهما حتى جاء الفقيه الفرنسي ديمولان في القرن السادس عشر، وقال بإخضاع موضوع العقد لقانون إرادة المتعاقدين، فأصبحت بذلك قاعدة خضوع العقد لقانون محل الإبرام قاصرة على شكل التصرف دون موضوعه[2].

وقد أخذت معظم التشريعات حاليا بهذه التفرقة من حيث القانون الواجب التطبيق عليهما، فنص المشرع الجزائري في المادة 19 من القانون المدني على ما يلي:" تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه.

ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الوطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامهما الموضوعية"[3].

ويبرر الأخذ بهذه القاعدة في التشريعات الداخلية عدة اعتبارات عملية، منها سهولة علم الأطراف بقانون محل إبرام التصرف، خاصة الأحكام المتعلقة بشكل ما يجريانه من تصرفات، كما أن استيفاء الجانب الشكلي للعلاقة التعاقدية قد يتطلب تدخل سلطة مختصة كموثق مثلا، أو أي سلطة أخرى تتولى إضفاء

(1) د. عامر محمود الكسواني، **التجارة عبر الحاسوب**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 2008، ص 258.

(2) د. علي علي سليمان، **مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000، ص 84.

(3) تقابلها المادة 1/19 من القانون المدني المصري، والمادة 1/20 قانون مدني أردني.

الطابع الرسمي على العقود، وهذه السلطات لا تعمل إلا وفقا لتوجيهات قانون الدولة التي تنتمي إليها، مما يعني تطبيق الشكل الموجود في قانونها الداخلي[1].

فإذا اشترط القانون شكلا محددا بالذات لإبرام التصرف، فان القاعدة العامة توجب إخضاع شكل العقد إلى مكان إبرام العقد. وقد اختلف تشريعات الدول حول مدى إلزاميتها، فهناك من يعتبرها إلزامية كدولة اسبانيا والأرجنتين والشيلي والبرتغال [2].

أما أغلبية الدول فتعتبر تطبيقها اختياريا، كألمانيا وايطاليا والنمسا والمجر والسويد والنرويج وانجلترا وفرنسا ومعظم الدول العربية. إذ يحق لأطراف العقد اختيار القانون الذي يحكم شكل العقد، سواء كان قانون العقد أو موطن المتعاقدين المشترك أو قانون محل الإبرام.

وبالتالي لا يترتب على استبعاد الشكلية المقررة في بلد الإبرام بطلان العقد، ما دام أنه استوفى الشكل المقرر في قانون الموطن المشترك للمتعاقدين، أو القانون الذي يحكم موضوع العقد[3].

فأساس حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية مصدره قانون الإرادة، وبالذات مبدأ سلطان الإرادة، من خلال إتاحة المجال لطرفي العقد لاختيار القانون الذي ينظم الشروط الشكلية، كما هو الحال بالنسبة للشروط الموضوعية[4].

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فيرى الأستاذ أعراب بلقاسم أن هذه القاعدة إلزامية في حالة اختلاف المتعاقدين في الجنسية، واختيارية في حال تمتعهما بنفس الجنسية، وقد فرضت هذه القاعدة لاعتبارات عملية، من أجل التيسير على المتعاقدين، ذلك أن إلزام المتعاقدين بإتباع الشكل الذي يفرضه قانون جنسيتهما أو قانون موطنهما يوقعهما في حرج كبير، إذ قد يجهلان الشكل الذي يقرره كل من هذين القانونين، وإذا لم يجهلا هذا الشكل فقد يتعذر عليهما مباشرته في بلد إبرام تصرفهما[5].

([1]) د. أحمد عبد الكريم سلامة، **قانون العقد الدولي ـ مفاوضات العقد الدولي ـ القانون الواجب التطبيق وأزمته ـ** ، دار النهضة العربية للنشر، الطبعة الأولى، القاهرة، 2002، ص 147.

([2]) د. أعراب بلقاسم، **القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين**، الجزء الأول، دار هومة، الجزائر، 2004، ص 323.

([3]) CAPRIOLI (E.A), Droit international de l économie numérique, 2e éd., Litec, Paris, 2007, P.40.

([4]) د. محمد فواز المطالقة، **الوجيز في عقود التجارة الالكترونية– دراسة مقارنة–**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الإصدار الثاني، عمان، الأردن، 2008، ص 150.

– CAPRIOLI (E.A), **Droit international de l économie numérique**, Op.cit, P. 40.

([5]) د. اعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 324.

غير أننا يمكن القول أن المشرع الجزائري قد جعل من تطبيق قانون بلد الإبرام على شكل العقد، هي قاعدة اختيارية على أساس أنها قاعدة مكملة. تبعا لما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 19 السالفة الذكر:" ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك....".

في حين أخضعت بعض التشريعات شكل العقد إلى القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية، فباعتبار عقود التجارة الالكترونية ما هي إلا إحدى الأشكال الجديدة للالتزامات التعاقدية، فإنها تخضع لقانون الإرادة المشتركة للمتعاقدين، سواء من حيث الشروط الموضوعية أو الشروط الشكلية.

فقد نصت المادة 1/19 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على أنه:" تسري على الالتزامات التعاقدية شكلا وموضوعا قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إن اتحدا موطنا، فإن اختلفا موطنا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، ما لم يتفق المتعاقدان أو يبين من الظروف أن قانونا آخر هو المراد تطبيقه".

فالمشرع الإماراتي جعل إرادة المتعاقدين في تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية هي الأصل، وفي حال غياب الاتفاق يطبق قانون الموطن المشترك في حال اتحادهما في الموطن، وفي حال الاختلاف يطبق قانون المكان الذي تم فيه العقد، كل ذلك ما لم يوجد نص قانوني آخر يوجب تطبيقه.

وما يلاحظ عن المشرع الإماراتي انه اختار صيغة مرنة، لا تمنع القضاء من الاجتهاد ولا تحول دون الانتفاع من كل تطور مقبل من الفقه، وقد قرن المشرع الإماراتي في هذه الصيغة بنصوص خاصة، بعضها يعين اختصاصا تشريعيا آمرا بالنسبة لعقود معينة، وبعضها يضع قرائن يستخلص منها الإرادة عند عدم الاتفاق، وبعض آخر يعين اختصاصا تشريعيا لمسائل تتعلق بتنفيذ العقود[1].

وعليه أخضع المشرع الإماراتي كل من الشروط الموضوعية والشروط الشكلية لنفس الأحكام، في حين أن غالبية التشريعات تفرق بين الشروط الموضوعية للعقد والتي تخضعها لقانون الإرادة المشتركة، كما هو الحال بالنسبة للمشرع الجزائري[2]، وبين الشروط الشكلية التي تخضعها لقانون محل الإبرام.

([1]) د. عامر محمود الكسواني، المرجع السابق، ص 267.

([2]) تنص المادة 18 من القانون المدني الجزائري على أنه:" يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد.

ثانيا- نطاق تطبيق القانون الذي يحكم الشكل.

تتميز قاعدة إسناد شكل العقد إلى بلد الإبرام، بكونها قاعدة تنازع ، بمعنى أنها قاعدة إسنادية تكتفي بالربط بين شكل التصرف والقانون الواجب التطبيق عليه، دون أن تعطي حلا موضوعيا للمسألة، فهي لا تتضمن أحكاما تقضي مثلا أن هذا العقد أو ذاك ينبغي إبرامه في شكل رسمي أو عرفي[1]، وإنما تكتفي فقط بالإشارة إلى القانون الواجب التطبيق على شكل العقد الدولي، دون تحديد طبيعة الشكل المقصود بتطبيق قانون بلد الإبرام عليه. فالشكلية كما أنواع، منها الشكلية المتطلبة لانعقاد العقد، موضوع دراستنا، والشكلية المتطلبة لإثبات العقد.

1- شكلية الانعقاد:

انقسم الفقه إلى فريقين، من اجل تحديد القانون الواجب التطبيق على شكل العقد المتطلب للانعقاد:

أ. يرى الفريق الأول بان الشكل المطلوب لانعقاد التصرف يعتبر من الأمور المتعلقة بالموضوع، لان غرض المشرع من فرضه هو حماية رضا المتعاقدين، فهو بذلك يتعلق بجوهر العقد، مما يتعين استبعاد إدخاله في مفهوم الشكل[2].

ولقد أثبتت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري هذا الرأي، فقد جاء فيها:" ويراعى أن اختصاص القانون الذي يسري على الشكل لا يتناول إلا عناصر الشكل الخارجية، أما الأوضاع الجوهرية في الشكل وهي التي تعتبر ركنا في انعقاد التصرف كالرسمية في الرهن التامين ـ الرسمي ـ فلا يسري عليها إلا القانون الذي يرجع إليه الفصل من حيث الموضوع".

ب ـ بينما يرى فريق أخر من الفقه بان الشكل المطلوب لانعقاد العقد يدخل في مفهوم الشكل، وبالتالي فان قانون محل إبرام التصرف القانوني هو الذي يرجع إليه في بيان لزوم الشكل من عدمه، والقول بغير ذلك يتنافى مع فكرة التيسير التي تقوم عليها قاعدة خضوع التصرف لقانون محل إبرامه.

وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة.

وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون محل الإبرام.

غير أنه يسري على العقار قانون موقعه."

([1]) د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 257.

([2]) د. حسن الهداوي، **القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين- دراسة مقارنة-**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، الأردن، 1997، ص 173.

-د. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 85.

ويعتبر الرأي الثاني هو الرأي الراجح فقها، وقد أخذت به محكمة النقض الفرنسية في عدة أحكام لها، فقد قضت بصحة الهبة الحاصلة في كندا في شكل عرفي بين فرنسي وكندي، على أساس أن القانون الكندي يقبل الهبة في هذا الشكل، في حين أن القانون المدني الفرنسي في المادة 931 منه تستلزم الرسمية في الهبة.

كما أن قواعد التنازع الفرنسية تنظم شكل التصرف في القانون في الغالب وفقا لقاعدة قانون المحل يحكم شكل التصرف[1].

ويستثني أصحاب هذا الرأي من الخضوع لقانون الشكل، لما يشترط القانون إجراء الشكل أمام موثق معين مثل ما تشترطه المادة 2328 قانون مدني فرنسي من إجراء الرهن الرسمي على عقار في فرنسا لدى موثق فرنسي.

فوفقا لهذه المادة لا يمكن للفرنسيين في الخارج إبرام عقد رهن رسمي على عقار موجود في فرنسا في الشكل المحلي ولو كان هذا الشكل رسميا[2].

2ـ شكلية الإثبات:

يدخل هذا النوع من الشكلية في مفهوم الشكل، وبالتالي فان القانون الذي يحكم الشكل هو الذي يرجع إليه لمعرفة لزوم أو عدم لزوم شكل معين لإثبات التصرف[3]. إلا أن بعض الفقه يرى خلاف ذلك، حيث

(1) أ. لزهر بن سعيد، **النظام القانوني لعقود التجارة الالكترونية**، دار هومة، الجزائر، 2012، ص 207.

(2) د. أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 326.

(3) أ. محمد العيد، "**القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية**"، مقال منشور بتاريخ 2 أوت 2009، على الموقع الالكتروني http://www.droit-dz.com/forum/showthread.php?t=407

يوجب إخضاع الشكل المتطلب لإثبات التصرف، إلى قانون العقد الذي يحكم العقد بشكل تام، سواء أكان الشرط شكليا أم موضوعيا[1].

غير أن الإشكال يثور في عقود التجارة الالكترونية التي تتم بين أطراف من دول مختلفة، فأي قانون يحكم النزاع في حال الاختلاف حول شكل هذه المحررات، في ظل اختلاف الأنظمة التوثيقية بين الدول.

الفرع الثاني

صعوبة تحديد مكان إبرام العقد الالكتروني

يشكل تحديد مكان إبرام العقد الالكتروني أهمية بالغة في العلاقات التعاقدية ذات الطابع الدولي، حيث يتوقف عليه تعيين القانون الواجب التطبيق وتعيين المحكمة المختصة بنظر النزاع. غير أن تحديد مكان إبرام العقد الالكتروني يشكل تحديا في ظل صعوبة تعيين مكان إرسال أو استلام الرسالة الالكترونية من قبل المرسل إليه، لأنها تتم عبر فضاء الكتروني Cyber-space.

فلم تضع أغلب التشريعات الوطنية أو الدولية حلا لمشكلة تحديد مكان إبرام العقد الالكتروني، فالقانون النموذجي للتجارة الالكترونية للاونسيترال اكتفى بتحديد مكان إرسال واستقبال الرسالة الالكترونية في نص المادة 4/15، دون أن يحدد مكان انعقاد العقد.

وهو ما ذهب إليه المشرع الإماراتي في قانون المعاملات والتجارة الالكترونية لسنة 2002[2]، حيث اتخذ مقر عمل منشئ الرسالة ومستلمها مكانا، فافترضت المادة السابعة عشر الفقرة الخامسة من ذات القانون، أن مكان إرسال الرسالة الالكترونية هو المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ، وأن مكان استلامها هو المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه، وذلك ما لم يتفق المرسل منشئ الرسالة والمرسل إليه على خلاف ذلك، فيجوز لهما أن يحددا مكانا آخر بالاتفاق بينهما على انه مكان الإرسال، مكان الاستلام

(1) د. محمد فواز المطالقة، المرجع السابق، ص 150.

(2) قانون رقم (2) لسنة 2002 بشأن المعاملات والتجارة الالكترونية، متوفر على الموقع الالكتروني: http://theuaelaw.com

كما بيّن المشرع الإماراتي أيضا أنه في حالة تعدد مقرات العمل، يتم الاعتماد على المقر الأكثر صلة وعلاقة بالمعاملة المعنية أي بالعقد الالكتروني، أو بالاعتماد على مقر العمل الرئيسي في حالة عدم وجود المعاملة.

فمكان العقد في عقود التجارة الالكترونية، يتحدد بموقع مقر عمل مرسل ومستلم الرسالة الالكترونية، وفي حال تعدد مقار العمل فيتحدد مكان العقد بحسب موقع المقر الأكثر صلة بالمعاملة، وعند تعذر التحديد، يعتبر مقر العمل الرئيسي هو مكان الإرسال أو التسليم، وفي حالة انعدام مقر العمل للمرسل أو المستلم، فان تحديد مكان الإرسال والاستلام يتحدد حسب محل الإقامة المعتادة للمرسل والمستلم. وفيما يتعلق بالشخص الاعتباري، مكان العقد يعني مقره الرئيسي أو المقر الذي تأسس فيه.

غير أن هذه التشريعات لم تحدد مكان انعقاد العقد الالكتروني، هل هو مكان المرسل أم مكان المرسل إليه في حال التعاقد عن بعد، وهو ما يستوجب الرجوع إلى القواعد العامة والنظريات الفقهية في القانون المدني، الخاصة بتحديد مكان إبرام العقد في التعاقد بين غائبين، ويمكن إجمالها في مذهبين:

أ –مذهب إعلان القبول: وفقا لهذا المذهب فإن توافق الإرادتين يكفي لانعقاد العقد، حيث يتحقق ذلك بمجرد إعلان الطرف الآخر قبوله للإيجاب الموجه إليه، وعليه يعتبر العقد مبرما في مكان تواجد الموجب له باعتباره المكان الذي تطابقت فيه الإرادتين.

وقد أخذ بهذا المذهب القانون المدني الأردني، حيث نصت المادة 101 منه على أنه:" إذا كان المتعاقدان لا يجمعهما مجلس عقد فإن هذا الأخير يعتبر قد تم في المكان والزمان الذين صدر فيهما القبول"[1].

ب ـ مذهب العلم بالقبول: يقوم هذا المذهب على أساس أن الإرادة لا يمكن أن تحدث آثارها القانونية إلا من الوقت الذي يعلم فيه الموجب بقبول القابل لإيجابه، وعليه يعتبر العقد مبرما في مكان تواجد الموجب، وهو المذهب الذي أخذ به المشرع الجزائري في نص المادة 67 من القانون المدني:" يعتبر التعاقد ما بين غائبين قد تم في المكان والزمان الذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد نص أو اتفاق يقضي بغير ذلك. ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان الذين وصل إليه فيهما القبول".

(1) د. نضال إسماعيل برهم، **أحكام عقود التجارة الالكترونية**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 2005، ص 60.

من خلال هذا النص يتضح أن المشرع الجزائري أخذ بمذهب العلم بالقبول في تحديد مكان إبرام العقد، كما أخذت به أغلب التشريعات الأخرى[1].

وعلى هذا الأساس يعتبر العقد الالكتروني منعقدا في المكان والزمان الذين يعلم فيهما الموجب برسالة البيانات التي تتضمن قبول القابل.

وقد اعتبرت المادة 4/15 من القانون النموذجي للتجارة الالكترونية أن مكان إرسال رسالة البيانات هو المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ، وأن مكان استلامها هو مقر عمل المرسل إليه، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك.

أما في حال تعدد أماكن عمل الموجب فقد أكدت المادة على أنه يؤخذ بالمكان الأوثق صلة بالعقد، وفي غياب مكان العمل يؤخذ بمخل إقامته المعتاد. وعليه يحكم العقد الالكتروني نمن حيث الشكل قانون مكان عمل الموجب أو مقر إقامته المعتاد عند استلام رسالة القبول.

وأكدت اتفاقية روما الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، على أن العقود المبرمة بين شخصين متباعدين تخضع إما للقانون الذي يطبق على موضوع العقد أو لقانون مكان تواجد أحد الطرفين، أي إما يخضع لقانون مكان تواجد الموجب أو الموجب له.

ويمكن تطبيق هذه القاعدة على عقود التجارة الالكترونية ذات الطابع الدولي، غير أن الأمر يتطلب تحديد مكان تواجد أطراف العقد، وهو أمر صعب في بيئة التجارة الالكترونية[2].

كما نص التشريع السويسري الجديد للقانون الدولي الخاص الصادر في 18 ديسمبر 1987[3]، في الفقرة الثانية من المادة 124 منه [4]، على أنه:" إذا كان العقد قد أبرم بين شخصين يوجد كل منهما في

([1]) المادة 91 من القانون المدني المصري، والمادة 87 من القانون المدني العراقي.

([2]) CAPRIOLI (E.A), **Droit international de l économie numérique**, Op.cit, P. 40.

([3]) Loi Fédéral du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (état le 1er janvier 2011), disponible sur www.wipo.int>wipolex>text

([4]) Art. 124 :

دولة مختلفة فإنه يكون صحيحا من حيث الشكل إذا توافرت فيه الشروط التي يتطلبها قانون أي من الدولتين".

فقد اعتبر هذا القانون أن العقد الالكتروني الذي تم بين أطراف من دول مختلفة، يكون صحيحا من حيث الشكل إذا استوفى الإجراءات الشكلية المنصوص عليها في قوانين إحدى الدول التي ينتمي إليها أي طرف من أطراف العقد.

وعليه فقد استقر الاتجاه الغالب على إسناد شكل العقد الالكتروني إسنادا اختياريا، إما لقانون العقد وإما لقانون بلد الإبرام، وذلك تيسيرا على المتعاملين ورعاية للاعتبارات العملية التي تقتضيها التجارة الدولية[1].

غير أن الأمر يزداد صعوبة في مجال العقود الرسمية الالكترونية، التي تتم بين أطراف من دول مختلفة، والتي تتطلب إجراءات شكلية بواسطة موثق أو شخص مكلف بخدمة عامة، فالأمر يستدعي تدخل أكثر من موثق لتوثيق هذا العقد، كما فعل المشرع الفرنسي، إلا أنه وجب تعميم هذا المنهج الذي سلكه المشرع الفرنسي على العلاقات التعاقدية ذات الطابع الدولي وإقراره في كافة التشريعات الداخلية للدول.

كما ينبغي تزويد الموثقين في مختلف الدول، بشبكة دولية مغلقة وآمنة تجمع بين بعضهم البعض، لإضفاء طابع الرسمية على العقود قصد ضمان أمن نقل المحررات الالكترونية بينهم، للحيلولة دون تعرض هذه الأخيرة للسرقة أو التزوير. إلى جانب إلزامية توحيد المعايير الفنية والتقنية المستخدمة في حفظ هذه المستندات.

1- Le contrat est valable quant à la forme s'il satisfait aux conditions fixées par le droit applicable au contrat ou par le droit du lieu de conclusion.

2- La forme d'un contrat conclu entre personnes qui se trouvent dans des Etats différents est valable si elle satisfait aux conditions fixées par le droit de l'un de ces Etats.

3- La forme du contrat est exclusivement régie par le droit applicable au contrat lui-même lorsque, pour protéger une partie, ce droit prescrit le respect d'une forme déterminée, à moins que ce droit n'admette l'application d'un autre droit.

([1]) د. محمد الأطرش، "**معايير دولية العقد وآثارها(القانون الواجب التطبيق على الصفة الدولية للعقد)**"، مقال متوفر على الموقع الالكتروني: m.facebook.com بتاريخ 17 مارس 2013.

وهو ما جعل البعض يطالب بوضع قانون موضوعي موحد للمعاملات الالكترونية في جميع جوانبها القانونية، يستمد أحكامه من العادات والأعراف الدولية السائدة في هذا المجال[1].

وتجدر الإشارة أن المشرع الجزائري لم يتعرض بعد لهذه المسائل المتعلقة بإبرام العقود الرسمية في شكل الكتروني، وكذا القانون الواجب التطبيق على شكل هذا العقد، بل اكتفى بتقرير حجية كل من التوقيع الالكتروني والمحرر الالكتروني في الإثبات.

وهو ما يدعونا إلى حثه على ضرورة إصدار نص قانوني يتعلق بالتجارة الالكترونية من حيث إبرامها أو إثباتها أو تنفيذها لتفادي هذه الإشكاليات، نظرا لاتساع حجم المعاملات الالكترونية وتزايد عدد مستخدمي وسائل الاتصال الحديثة سيّما الانترنت.

خلاصة الباب الثاني:

من خلال ما سبق يتضح لنا دور الشكلية في إثبات عقود التجارة الالكترونية، بحيث ترمي بالأساس إلى إثبات العقد في حال قيام نزاع بين الأطراف المتعاقدة. فعلى الرغم من كون موضوع العقود الالكترونية

(1) د. هشام صادق، "**القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية**"، مجلة الدراسات القانونية، جامعة بيروت العربية، العدد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004، ص 12.

حديث نسبيا فقد حاول الفقهاء إسقاط قواعد الإثبات التقليدية على المحررات الالكترونية من اجل قبولها في الإثبات، حيث يمكن الاستناد إليها في إثبات المعاملات التي تتم بين الأفراد على أساس أنها تطبيق من تطبيقات الدليل الكتابي التقليدي.

غير انه مع صدور القوانين التي عنيت بموضوع التجارة الالكترونية بوجه عام والإثبات الالكتروني بوجه خاص، منحت هذه التشريعات حجية قانونية للمحررات الالكترونية، ووضعت شروطا خاصة بها، حتى ترتقي إلى مرتبة الدليل الكتابي التقليدي، وبالتالي تكون قادرة لوحدها على إثبات العقد الالكتروني دون إسقاطها على قواعد الإثبات التقليدية.

ويمكن الطعن في صحة هذه المحررات كنظيرتها الورقية، في حال إنكارها ممن تنسب إليه سواء من حيث التوقيع أو من حيث محتواها، وكذا اللجوء إلى طريق الطعن بالتزوير إذا ثبت ذلك.

وفي حال التنازع بين محررات ورقية ومحررات الكترونية فان القاضي يتولى عملية اختيار المحرر الأقرب إلى الحقيقة، دون إمكانية استبعاد المحرر الالكتروني وترجيح المحرر الورقي عليه.

وتثور مشكلة القانون الواجب التطبيق على شكل العقود، حيث أن عقود التجارة الالكترونية في أغلبها عقودا ذات طابع دولي، لهذا وجب تحديد القانون الواجب التطبيق على منازعات الشكل في هذه العقود.

خـــاتمـــــة

من خلال دراستنا لموضوع الشكلية في عقود التجارة الالكترونية، والذي تطرقنا من خلاله إلى الجوانب القانونية والتقنية لإبرام العقود التجارية الالكترونية التي تتطلب شكلا محددا لانعقادها، وذلك بالتطرق إلى العقود التجارية الالكترونية العرفية والرسمية، ثم تحديد دور هذه الشكليات في مجال التجارة الالكترونية، يمكن استخلاص أهم النتائج المتوصل إليها، وتقديم أهم الاقتراحات في هذا الموضوع.

أولا- النتائج:

- تعد عقود التجارة الالكترونية من أهم العقود الالكترونية، ذلك أن التجارة استحوذت على اغلب المعاملات الالكترونية التي تتم عبر شبكة الانترنت، في ظل انتشار وتزايد مستخدمي هذه الشبكة. ويمكن إجراء هذه المعاملات حتى في الحالات التي يشترط القانون شكلا خاصا لقيامها.

- يتم إنشاء عقود التجارة الالكترونية التي تتطلب شكلا خاصا في محررات الكترونية، تختلف عن المحررات الورقية من حيث الدعامة المدون عليها التصرف، وهو ما جعل الدول والمنظمات الدولية تعمل جاهدة على إيجاد تنظيم قانوني متكامل للمعاملات الالكترونية، من حيث إبرامها ومن حيث إثباتها. وتعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الأونسيترال، من ابرز التنظيمات الدولية التي وضعت قانونا نموذجيا للمعاملات الالكترونية(التجارة الالكترونية 1996، التوقيعات الالكترونية 2001)، بعدها توالت التشريعات الوطنية في سن نصوص تنظم المعاملات والتجارة الالكترونية مقتدية بقانون لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري.

- تنطبق على عقود التجارة الالكترونية العرفية الشروط اللازم توافرها في الكتابة كشرط للإثبات، بحيث تتشكل من كتابة الكترونية تتوافر على شروط حجيتها القانونية، وهي تحديد هوية منشئها، وكذا إعدادها وحفظها في شروط تضمن سلامتها، وقد اعترفت التشريعات الدولية بالكتابة الالكترونية كوسيلة لإثبات المعاملات الالكترونية، ومنحتها حجية مساوية في الإثبات للكتابة الخطية، حيث نجد المشرع الجزائري كغيره من المشرعين في نص المادة 323 مكرر عرف الكتابة وعدد صورها لتستوعب الشكل الالكتروني، ثم منح في المادة 323 مكرر 1 للكتابة الالكترونية حجية في الإثبات مساوية للكتابة الخطية، إذا توافرت على شروطها القانونية.

- يعد التوقيع الالكتروني العنصر الثاني من عناصر المحرر الالكتروني العرفي، وهو التوقيع الذي يؤكد على هوية صاحبه ويعبر عن رضائه مضمون التصرف الذي أجراه، وقد عملت التشريعات الدولية على

وضع نصوص تنظيمية للتوقيع الالكتروني، وشروط منحه الحجية القانونية في الإثبات، ومن ابرز الجهود الدولية جهود الأونسيترال والاتحاد الأوروبي، حيث اقتدت اغلب التشريعات الدولية بهذه القوانين لوضع نصوص داخلية تنظم التوقيع الالكتروني، فقد أصدرت الجزائر القانون رقم 15/ 04 لسنة 2015، المتعلق بالتوقيع والتصديق الالكترونيين، نظم فيه التوقيع الالكتروني، وحدد شروط التوقيع الالكتروني الموصوف المساوي للتوقيع الخطي في الإثبات.

ـ ميزت التشريعات الدولية بين التوقيع الالكتروني المتقدم أو الموصوف، الذي يستند في إنشائه إلى تقنيات آمنة ومعتمدة، ومدعما بشهادة تصديق الكتروني، وهو وحده المساوي في الحجية للتوقيع الخطي، وبين التوقيع الالكتروني البسيط الذي لا يتوافر على كل أو بعض شروط التوقيع المتقدم، وقد أقرت لجنة اليونسيترال بعدم استبعاد هذا الشكل من التوقيع في إثبات المعاملات الالكترونية، ويمكن قبوله إذا اتفق الأطراف على اعتماده.

ـ اعتمدت الدول جهات تصديق أو توثيق الكتروني، أوكلت لها مهمة تصديق وتوثيق التوقيع الالكتروني، وهي جهات معتمدة من طرف الدولة، تتولى إصدار ومنح شهادات تصديق الكترونية، لتوثيق التوقيع الالكتروني للموقع ، باستخدام تقنية التشفير، وذلك بمنح الموقع مفتاحين احدهما مفتاح خاص بالموقع لا يعلمه سواه، ويلتزم بالمحافظة على سريته، وعدم إفشائه إلى الغير، والأخر مفتاح عام موجه للجمهور للتأكد من هوية صاحب المحرر الالكتروني الموقع عليه الكترونيا.

ـ تتشابه مهمة مؤدي خدمات التصديق الالكتروني مع الموثق العادي، في أن كلاهما تتمثل مهامه الأساسية في توثيق وحفظ المحررات، والتأكد من هوية أصحابها، وتقوم مسؤوليتهما عند الإخلال بالتزاماتهما، غير أن مؤدي خدمات التصديق الالكتروني لا يتمتع بطابع الرسمية، بمعنى أن الشهادات التي يصدرها والأعمال التي لا يقوم بها لا تتمتع بطابع الرسمية.

ـ متى توافرت في المحررات الالكترونية شروطها القانونية تتمتع بحجية مساوية في الإثبات للمحررات الورقية، وبالتالي يجوز إثبات المعاملات التجارية الالكترونية بهذه المحررات، استنادا لمبدأ التنظير الوظيفي بين المحررات الالكترونية والمحررات الورقية وكذا مبدأ الحياد التقني والتكنولوجي، المتمثل في عدم تفضيل أي تقنية من تقنيات الاتصال في إجراء العقود الالكترونية، متى توافرت هذه التقنيات على الشروط القانونية للاعتراف بحجية مستخرجاتها.

ـ اثبت الواقع العملي والتقني إمكانية إجراء عقود رسمية الكترونية، باستخدام التقنيات الحديثة في الاتصال، وعلى ذلك لم يعد للتخوف الذي كان سائدا بين الدول في عدم فتح المجال لإنشاء عقود رسمية الكترونية مبرر، حيث أثبتت التجارب الدولية سيما في دولة فرنسا، إمكانية ذلك بتوفير البيئة الرقمية والقانونية بين الموثقين لإجراء هذا النوع من العقود.

وعلى هذا الأساس لم يعد التمييز بين شكلية الإثبات وشكلية الانعقاد في المعاملات الالكترونية مطروحا، طالما يمكن إجراء المعاملات الرسمية بطريقة الكترونية، كما أن الهدف الذي يسمو إليه المجتمع الالكتروني اللاورقي، هو تأمين حماية كافية للمتعاملين في مجال التجارة الالكترونية، بغض النظر عن الدور أو الهدف الذي تهدف الشكلية أو الكتابة إلى تحقيقه، وهو ما أدى بظهور نوع آخر من الشكلية، هو الشكلية الحمائية، أي الشكلية التي تحقق حماية أكبر للأطراف المتعاقدة مهما كانت وسيلة إجرائها، وكذا الغرض من تقريرها.

وعليه يمكن القول أن اشتراط شكليات معينة وجب إتباعها هو أمر يمكن تجاوزه، والاكتفاء بالنص على ضرورة أن تكون المعاملات التجارية على قدر من الثقة والأمان بين الأطراف المتعاقدة، مهما كانت الوسيلة التي تبرم بها هذه العقود، وكذا الهدف من وراء فرض هذه الشكليات.

ـ قد تشترط بعض التشريعات ضرورة استيفاء بيانات خطية معينة لصحة بعض المعاملات، ويمكن أن تتحقق هذه البيانات الكترونيا، متى حققت الوظائف المرجوة من اشتراط هذه البيانات.

ـ سمحت التشريعات الدولية بجواز الاتفاق على مخالفة قواعد الإثبات الموضوعية، واختيار دليل معين من أدلة الإثبات لإثبات معاملاتهم الالكترونية، شريطة أن يتوافر في هذا الدليل شروطه القانونية، غير انه لا يجوز لهم تقدير القوة الثبوتية لدليل معين على أخر، واعتباره أقوى الأدلة حجية، وإنما هذا الأمر منوط للقاضي وحده.

ـ يمكن الطعن في صحة المحررات الالكترونية مهما كان نوعها، محررات رسمية الكترونية، أو محررات عرفية الكترونية، إما بإنكار التوقيع أو الطعن بالتزوير، مع بعض الخصوصية التي تتسم بها العقود الالكترونية، ذلك أن المحررات الالكترونية تتمتع بقرينة الثقة المفترضة إلى غاية إثبات عكسها.

ـ يسري على شكل العقود الالكترونية قانون محل إبرام العقد، أو قانون مكان تواجد أحد المتعاقدين، وذلك لصعوبة تحديد مكان إبرام العقد الالكتروني الذي يتم في فضاء افتراضي، يصعب معه تحديد مكان طرفيه بدقة.

وعلى الرغم من كل هذه النتائج الهامة، إلا أننا نقدم بعض الاقتراحات لإثراء الموضوع، والمساهمة في إيجاد حلول ناجعة لأهم مشكلات التعاقد الالكتروني في مجال الإثبات الالكتروني.

ثانيا- الاقتراحات:

ـ تفاعلت كثير من الدول مع مفرزات التطور التكنولوجي، وأصدرت قوانين خاصة لتنظيم المعاملات الالكترونية والإثبات الالكتروني، غير أن هناك دولا مازالت بعيدة في هذا الشأن، لذا ينبغي عليها الإسراع بإصدار نصوص خاصة لذلك، أو تطويع النصوص الداخلية لتتلائم مع هذا الوضع الجديد، دون الاكتفاء بالقواعد العامة.

ففي الجزائر مثلا على الرغم من إصدار قانون التوقيع والتصديق الالكتروني وإجراء بعض التعديلات على قوانينها الداخلية، إلا أنها مازالت لم تعط لموضوع التجارة الالكترونية التنظيم القانوني الكافي. إذ يتطلب الأمر إصدار قانون مستقل لتنظيم نشاط التجارة الالكترونية، بتحديد كيفيات إجراء وإبرام عقودها وكذا كيفية إثباتها وحل نزاعاتها، وتحديد القانون الواجب التطبيق عليها من أجل تفعيل التجارة الالكترونية، في ظل تزايد حجمها خاصة في الدول النامية.

ـ يتطلب التفاعل مع مقتضيات التجارة الالكترونية، ضرورة الإلمام والتحكم في تقنيات الاتصال الحديثة، وهو ما يستدعي إقامة دورات تدريبية لرجال القضاء والموثقين، ومختلف الفاعلين في مجال تطبيق قواعد التجارة الالكترونية، من اجل التمكن من حل المشكلات القانونية التي تواجه المتعاملين في التجارة الالكترونية. وحتى في وسط الجمهور، من خلال بعث برامج تكوينية وتعليمية للتحكم في التقنيات والوسائل التكنولوجية الحديثة، ونشر ثقافة التسوق عبر الانترنت.

ـ خلق بيئة رقمية بين الموثقين، بتمكينهم من التواصل عبر شبكات انترانت داخلية، من اجل تسهيل القيام بمهامهم، كإبرام عقود رسمية الكترونية، وكذا الربط بينهم وبين مختلف الإدارات والقطاعات في الدولة، كمصالح الشهر العقاري، ومصالح الطابع والتسجيل.

ـ تأمين مجال التجارة الالكترونية، من خلال تطبيق احدث السبل والتقنيات التي تؤمن الفضاء الالكتروني من أعمال القرصنة والاحتيال، وتجريم المساس بالأنظمة المعلوماتية ومخرجات الكمبيوتر.

ـ المطالبة بإجراء تعديلات على القوانين الداخلية، وتطويعها مع متطلبات التجارة الالكترونية. فبالنسبة للمشرع الجزائري:

- تعديل قواعد قانون الإجراءات المدنية والإدارية، في مجال الطعن بالتزوير في المحررات الرسمية والعرفية، حتى تستوعب المحررات الالكترونية، كما فعل المشرع الفرنسي.
- تعديل قانون العقوبات فيما يتعلق بجريمة التزوير، ليشمل التجريم تزوير المحررات الالكترونية إلى جانب المحررات الرسمية والعرفية الورقية على حد سواء. أو النص على جريمة التزوير المعلوماتي بصفة مستقلة، وبنصوص تجريمية فعالة، للحد من النشاط الإجرامي في مجال التزوير الالكتروني. ذلك أن مواجهة مشكلة التزوير في المحررات الالكترونية يحتاج إلى تدخل تشريعي بنصوص صريحة وواضحة، ولا يمكن معالجة الأمر بالاجتهاد أو التوسع في تفسير النصوص الموجودة.
- التعجيل بإصدار النصوص التنظيمية لقانون التوقيع والتصديق الالكترونيين، خاصة في مجال حفظ المحررات والوثائق الالكترونية. وكذا توضيح بعض النقاط الغامضة، كمسألة القرينة التي يتمتع بها التوقيع الالكتروني الموصوف، هل هي قرينة بسيطة، أم هي قرينة قاطعة لا يجوز إثبات عكسها إلا بالطعن بالتزوير.
- تطويع قوانين تنظيم مهنة التوثيق لتستجيب للمستجدات الحديثة في مجال إبرام العقود الرسمية، وربط جهات التوثيق الكترونيا بمختلف الإدارات العمومية، سيّما مصالح الشهر العقاري.
- تحديد القانون الواجب التطبيق على شكل العقود الالكترونية، سواء بالإشارة إليه في نصوص القانون المدني، فيما يتعلق بباب تنازع القوانين، أو استحداث قانون خاص بالمعاملات الالكترونية وتحديد القانون الواجب التطبيق عليها.

تمّ بحمد الله

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

أولا- المصادر والمراجع باللغة العربية

1- المصـــادر

أ- المعـاجم:

- المنجد في اللغة العربية، دار المشرق، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2000.

ب – الصكوك الدولية:

- قانون اليونسيترال النموذجي الخاص بالتجارة الإلكترونية لسنة 1996.

- الدليل التشريعي لقانون البونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، 1996.

- قانون اليونسيترال النموذجي الخاص بالتوقيع الإلكتروني سنة 2001.

- اتفاقية الأمم المتحدة بشأن استخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية سنة 2005.

- الاتفاقية الدولية للإجرام المعلوماتي، الصادرة بتاريخ 2001/11/08.

- التوجبه الأوروبي الصادر في 24 أكتوبر 1995 بشأن حماية الأشخاص الطبيعيين حيال معالجة البيانات ذات الطابع الشخصي، الجريدة الرسمية رقم 281، بتاريخ 23 نوفمبر 1995.

ج - القـوانيــن:

- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

- القانون رقم 15 –04 المؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1436 هـ، الموافق لـ 01 فبراير 2015، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، الجريدة الرسمية العدد 6، السنة 52.

ـ القانون رقم 09/08 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق لـ 25 فبراير سنة 2008 ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ـ القانون رقم 03/15 المؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1436 الموافق لـ أول فبراير سنة 2015 يتعلق بعصرنة العدالة، الجريدة الرسمية العدد 6، السنة 52.

ـ الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

ـ القانون رقم 15/04 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004، الجريدة الرسمية رقم 71، ص 11و12، المعدل للقانون رقم156/66 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق لـ 8 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات، معدل ومتمم.

ـ المرسوم التنفيذي 98 –257 المؤرخ في 25 أوت 1998 المتضمن ضبط شروط وكيفيات إقامة خدمات الانترنت واستغلالها، الجريدة الرسمية رقم 63 لسنة 1998. المعدل بموجب المرسوم التنفيذي رقم 307–2000 المؤرخ في 14 أكتوبر 2000، الجريدة الرسمية رقم 60 لسنة 2000.

ـ المرسوم التنفيذي 97–40 المؤرخ في 18 جانفي سنة 1997 والمتعلق بمعايير تحديد النشاطات والمهن المقننة الخاضعة للقيد في السجل التجاري، وتأطيرها، الجريدة الرسمية، العدد05 لسنة 1997.

ـ المرسوم 07–162 يعدل ويتمم المرسوم 01–123 المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية.

ـ القانون رقم 02 لسنة 1990 المتعلق بقانون التجارة البحرية المصرية.

ـ قانون التوقيع الالكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004غرة ربيع الأول سنة 1425 هـ الموافق 21 أفريل سنة 2004 م، متوفر على الموقع الالكتروني http //ar.jurispedia.org.

ـ القرار رقم 109 الصادر بتاريخ 2005/05/15 المتعلق بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني و بإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات رقم 15 لسنة 2004، متوفر على الموقع الالكتروني: ar.jurispedia.org

ـ قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الإماراتي رقم 02 لسنة 2002.

ـ القانون التونسي رقم 83 لسنة 2000 المتعلق بالمبادلات والتجارة الالكترونية.

ـ مرسوم بقانون رقم (28) لسنة 2002 في 14 سبتمبر 2002 بشأن المعاملات الإلكترونية البحريني، متوفر على الموقع الالكتروني http://www.moic.gov.bh

ـ قانون المملكة الأردنية الهاشمية رقم 85 لسنة 2001 بشأن المعاملات الإلكترونية.

د ـ القرارات والأحكام القضائية:

ـ قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة القانون الخاص، بتاريخ 1982/03/17، ملف رقم 23156.

ـ قرار صادر عن المحكمة العليا رقم 40097، المؤرخ في 1989/06/03، مجلة قضائية، سنة 1992، عدد 01.

2 ـ المراجع

أـ الكتب العامة:

ـ د. أحمد أبو الوفاء، **الإثبات في المواد المدنية والتجارية**، د. د. ن، بيروت، 1987.

ـ د. أحمد عبد الكريم سلامة، **قانون العقد الدولي ـ مفاوضات العقد الدولي ـ القانون الواجب التطبيق وأزمته ـ** ، دار النهضة العربية للنشر، الطبعة الأولى، القاهرة، 2002.

ـ د. جميل الشرقاوي، **الإثبات في المواد المدنية**، دار النهضة العربية، مصر، 1999.

ـ د. توفيق حسن فرج، **قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003.

ـ د. حسام الدين كامل الأهواني، **نظرية الالتزام**، المجلد الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.

ـ د. حسن هداوي، **القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني– دراسة مقارنة–**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، الأردن، 1997.

ـ د. حسني محمود عبد الدايم، **العقود الاحتكارية بين الفقه الإسلامي والقانون المدني– دراسة مقارنة–**، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الإسكندرية، 2007.

ـ د. رمضان أبو السعود، **أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية**، الدار الجامعية للطباعة، الإسكندرية، 1993.

ـ أ . سائح سنقوقة، **قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد**، الجزء الأول، المواد من 1 إلى 583، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2011.

ـ د. سحر عبد الستار إمام يوسف، **دور القاضي في الإثبات–دراسة مقارنة–**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2007.

ـ د. سليمان مرقس، **أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري مقارنا بتقنينات سائر البلاد العربية**، الجزء الأول، الأدلة المطلقة، عالم الكتب، القاهرة، 1981.

ـ د. عادل علي المقدادي، **القانون التجاري**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الإصدار الثاني، الأردن، 2007.

ـ د.عباس العبودي، **شرح أحكام قانون الإثبات المدني**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الإصدار الثاني، الأردن، 2005.

د. عبد الرزاق احمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد**، الجزء الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات ـ آثار الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثالثة الجديدة، بيروت، لبنان، 2000.

ـــــــــــــــــــــــ، **الوسيط في شرح القانون المدني**، الجزء الرابع، العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، مصر، 1986.

ـ د. عبد المنعم فرج الصده، **الإثبات في المواد المدنية**، مطبعة مصطفى البابلي وأولاده، الطبعة الأولى، القاهرة، 1952.

ـ د. عبد الودود يحي، **الموجز في النظرية العاملة للالتزامات**، دار النهضة العربية، مصر، 1994.

ـ د. علي علي سليمان، **مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000.

ـ د. محمد حسين منصور، **قانون الإثبات، مبادئ الإثبات وطرقه**، منشأة المعارف، مصر، 1998.

ـ د. محمد زهدور، **الموجز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري وفق آخر التعديلات**، دون دار للنشر، الجزائر، 1991.

ـ د. محمد شكري سرور، **موجز الإثبات في المواد القانونية والتجارية**، دار الفكر العربي، القاهرة، 1986.

ـ د.محمود جمال الدين زكي، **نظرية الالتزام في القانون المدني**، الجزء الثاني في أحكام الالتزام، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، 1974.

ب ـ الكتب المتخصصة:

ـ أ. أحمد ادريوش، **تأملات حول قانون التبادل الالكتروني للمعطيات القانونية، عناصر لمناقشة مدى تأثير القانون رقم 53/05 على قانون الالتزامات والعقود**، منشورات سلسلة المعرفة القانونية، الرباط، المغرب، 2009.

ـ د. أحمد شرف الدين، **عقود التجارة الإلكترونية، تكوين العقد وإثباته**، دروس الدكتوراه لدبلومي القانون الخاص وقانون التجارة الدولية، مطبوعات جامعة عين شمس، مصر، 2000.

ـ أ. أحمد عزمي الحروب، **السندات الرسمية الإلكترونية – دراسة مقارنة –** ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2010.

ـ د. أسامة أبو الحسن مجاهد، **خصوصية التعاقد عبر الانترنت**، دار النهضة العربية، مصر، 2000.

ـ د. أسامة أحمد شوقي المليجي، **استخدام مستخرجات التقنيات العلمية الحديثة وأثره على قواعد الإثبات المدني– دراسة مقارنة–**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.

ـ د. السيد احمد عبد الخالق، **التجارة الالكترونية والعولمة**، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية، مصر، 2008.

ـ د. الياس ناصيف، **العقود الدولية، العقد الالكتروني في القانون المقارن**، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، 2009.

ـ د. إيمان مأمون أحمد سليمان، **إبرام العقد الالكتروني وإثباته، الجوانب القانونية لعقد التجارة الإلكترونية**، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2008.

ـ د. أيمن عبد الله فكري، **جرائم نظم المعلومات**، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2007.

ـ د. بشار طلال المومني، **مشكلات التعاقد عبر الانترنت – دراسة مقارنة–** ، عالم الكتب الحديث، اربد، الأردن، 2004.

ـ د. ثروت عبد الحميد، **التوقيع الإلكتروني**، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، مصر، 2001.

ـ د. حسام حمد الطراونة، د. باسم محمد ملحم، **مبادئ القانون التجاري**، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، الطبعة الأولى، الأردن، 2010.

ـ د. حسام محمد نبيل الشنراقي، **الجرائم المعلوماتية– دراسة تطبيقية مقارنة على جرائم الاعتداء على التوقيع الالكتروني** –، دار الكتب القانونية، مصر، 2013.

ـ د– حسن عبد الباسط جميعي، **إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت**، دار النهضة العربية، مصر، 2000.

ـ د. حمدي عيد الرحمن وسهير منتصر، **المبادئ العامة في الإثبات**، د. د. ن، مصر، 1997.

ـ د. حمودي محمد ناصر، **العقد الدولي الالكتروني المبرم عبر الانترنت**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2012.

د. خالد إبراهيم ممدوح، **إبرام العقد الإلكتروني**، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الإسكندرية، 2008.

ـ د. سامح عبد الواحد التهامي، **التعاقد عبر الانترنت –دراسة مقارنة–**، دار الكتب القانونية، مصر، 2008.

–د. سعيد السيد قنديل، **التوقيع الالكتروني، ماهيته ـ صوره ـ حجيته في الإثبات بين التداول والاقتباس**، دار الجامعة الجديدة، الطبعة الثانية، الإسكندرية، 2006.

–د. سمير حامد عبد العزيز الجمال، **التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.

ـ د. سمير عبد السميع الاودن، **العقد الالكتروني**، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005.

د. طوني ميشيل عيسى، **التنظيم القانوني لشبكة الانترنت**، دون دار النشر، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 2001.

ـ د. عباس العبودي، **تحديات الإثبات بالسندات الالكترونية ومتطلبات النظام القانوني لتجاوزها**، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، 2010.

ـ د. عبد الفتاح بيومي حجازي، **التوقيع الإلكتروني في النظم القانونية المقارنة**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005.

ـــــــــــــــــــــــــ، **التجارة الالكترونية وحمايتها القانونية**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006.

ـــــــــــــــــــــــــ، **التزوير في جرائم الكمبيوتر والانترنت**، دار الكتب القانونية، مصر، 2008.

ـــــــــــــــــــــــــ، **نظام التجارة الإلكترونية وحمايتها مدنيا**، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، مصر، 2002.

ـــــــــــــــــــــــــ، **شرح قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي**، الكتاب الأول، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003.

ـــــــــــــــــــــــــ، **التجارة الإلكترونية العربية، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في دولة الإمارات العربية المتحدة**، الكتاب الثاني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003.

ـ د.عبد العزيز المرسي حمود، **مدى حجية المحرر الالكتروني في الإثبات في المسائل المدنية والتجارية**، دون دار النشر، جامعة المنوفية، مصر، 2005.

ـ د. عصام عبد الفتاح مطر، **التجارة الإلكترونية في التشريعات العربية والأجنبية**، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2009.

ـ المستشار عمر محمد بن يونس، **أشهر المبادئ المتعلقة بالانترنت في القضاء الأمريكي**، موسوعة التشريعات الغربية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.

ـ د. عيسى غسان ربضي، **القواعد الخاصة بالتوقيع الالكتروني**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 2009.

ـ د. قدري عبد الفتاح الشهاوي، **قانون التوقيع الالكتروني ولائحته التنفيذي والتجارة الالكترونية في التشريع المصري والعربي والأجنبي**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.

ـ أ. لزهر بن سعيد، **النظام القانوني لعقود التجارة الالكترونية**، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.

ـ د. لورنس محمد عبيدات، **إثبات المحرر الالكتروني**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الإصدار الثاني، الأردن، 2003.

ـ د. لينا إبراهيم يوسف حسان، **التوثيق الالكتروني ومسؤولية الجهات المختصة به – دراسة مقارنة–** ، دار الراية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2009.

ـ د. محمد إبراهيم أبو الهيجاء، **عقود التجارة الالكترونية**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2005.

ـ أ. محمد أمين الرومي، **النظام القانوني للتوقيع الالكتروني**، دار الكتب القانونية، مصر، 2008.

ـــــــــــــــــــ، **التعاقد الالكتروني عبر الإنترنت**، دار المطبوعات الجامعية، الطبعة الأولى، مصر، 2004.

ـ د. محمد حسام محمود لطفي، **الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية**، دون دار للنشر، مصر، 2002.

ـــــــــــــــــــ، **استخدام وسائل الاتصال الحديثة في التفاوض على العقود وإبرامها**، د. د. ن، القاهرة، 1993.

ـــــــــــــــــــ، **الحجية القانونية للمصغرات الفيلمية في إثبات المواد المدنية**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة، 1988.

ـ د. محمد حسين منصور، **المسؤولية الإلكترونية**، دار الجامعية الجديدة، الطبعة الأولى، الإسكندرية، 2007.

ـ د. محمد عبد حسين الطائي، **التجارة الالكترونية، المستقبل الواعد للأجيال القادمة**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، الأردن، 2013.

ـ د. محمد نصر محمد، **الدليل الالكتروني وحجيته أمام القضاء- دراسة مقارنة-**، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2013.

ـ د. محمد نور صالح جداية ود. سناء جودت خلف، **تجارة الكترونية**، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2008.

ـ د. محمد نور برهان، ود. عزالدين الخطاب، **التجارة الالكترونية**، الشركة العربية المتحدة للتسويق والتوريدات، القاهرة، 2009.

ـ أ. محمود عبد الرحيم الشريفات، **التراضي في تكوين العقد عبر الانترنت**، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2009.

ـ د. محمود سمير الشرقاوي، **العقود التجارية الدولية، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع**، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، القاهرة، مصر، 2002.

ـ د. مدحت عبد الحليم رمضان، **الحماية الجنائية للتجارة الالكترونية**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.

ـ د. نضال إسماعيل برهم، **أحكام عقود التجارة الالكترونية**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 2005.

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

ـ أ. نسرين عبد الحميد نبيه، **الجانب الالكتروني للقانون التجاري**، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2008.

ـ د يوسف أحمد النوافلة، **الإثبات الالكتروني في المواد المدنية والمصرفية**، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2012.

ج ـ البحوث والرسائل الجامعية:

ـ د. بلقاسم حامدي، **إبرام العقد الالكتروني**، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة باتنة، 2015/2014، متوفرة على الموقع الالكتروني:www.thèse.univ-batna.dz

– د. عايض راشد عايض المري، **مدى حجية الوسائل التكنولوجية الحديثة في إثبات العقود التجارية**، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، 1998.

ـ د. عبد الوهاب مخلوفي، **التجارة الالكترونية عبر الانترنت**، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة باتنة، 2012/2011، متوفرة على الموقع الالكتروني: www.thèse.univ-batna.dz

ـ د. زروق يوسف، **حجية وسائل الإثبات الحديثة**، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2013/2012.

ـ د. مصطفى موسى حسن العطيات، **التجارة الإلكترونية الدولية وآثارها على استخدام العلامات التجارية**، رسالة دكتوراه حقوق، القاهرة، سنة 2007.

ـ د. سمير طه عبد الفتاح، **الحجية القانونية لوسائل المعلومات المستحدثة في الإثبات**، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1999.

ـ د. محمد سعيد إسماعيل، **أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الالكترونية– دراسة مقارنة–**، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2005.

ـ أ. أسرار محمد حرب، **تأثير التجارة الإلكترونية على مجتمع المملكة العربية السعودية**، بحث رسالة الماجستير، منشور على موقع المنشاوي للدراسات والبحوث، 2007.

د ـ المجلات والدوريات:

ـ د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، "**التوقيع الالكتروني ومدى حجيته في الإثبات، –دراسة مقارنة–**"، مجلة الحقوق ، جامعة الكويت ، ملحق العدد 3، السنة 29، سبتمبر 2005.

ـ د– إيهاب الدسوقي، "**مراحل التجارة الإلكترونية ودور الحكومة**"، مجلة انترنت العالم العربي، العدد الثالث، السنة الثالثة، ديسمبر 1999.

ـ أ. حنان مليكة، "**النظام القانوني للتوقيع الالكتروني في ضوء قانون التوقيع الالكتروني السوري رقم /4/ الصادر بتاريخ 2009/2/25، –دراسة قانونية مقارنة–**" ، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 26، العدد الثاني، سوريا، 2010.

ـ د. محمد المرسي زهرة، "**حجية التوقيع الالكتروني في الإثبات**"، مجلة اتحاد المصارف العربية، الطبعة الثانية، بيروت، 1996.

ـ د. نبيل محمد احمد صبيح، "**حماية المستهلك في التعاملات الالكترونية– دراسة مقارنة–** " ، مجلة الحقوق، العدد الثاني، السنة الثانية والثلاثون، الكويت، يونيو 2008.

ـ د. نور الدين الناصري، "**المعاملات والإثبات في مجال الاتصالات الحديثة**"، سلسلة الدراسات القانونية المعاصرة، العدد 12، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى، الدار البيضاء، المغرب، 2007.

ـ د. هشام صادق، "**القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية**"، مجلة الدراسات القانونية، جامعة بيروت العربية، العدد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004.

هـ ـ المداخلات:

ـ د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، "**توثيق المعاملات الإلكترونية ومسؤولية جهة التوثيق اتجاه الغير المتضرر**"، بحث مقدم لمؤتمر "الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون" المنعقد بدولة الإمارات العربية المتحدة، غرفة تجارة وصناعة دبي، في الفترة المعتمدة من 10 إلى 12 ماي 2003، الجزء الخامس، ص 1869. ومتوفر على الموقع الالكتروني: www.une-banque.com

ـــــــــــــــــــــــــــــــ، "**مسؤولية مؤدي خدمات التصديق الالكتروني**"، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية، كلية الشريعة والقانون بالإمارات، ماي 2003.

ـ د. أحمد شرف الدين، "**حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات**"، ورقة عمل مقدمة إلى المنظمة العربية للتنمية الإدارية، مصر، 2008.

د. أشرف توفيق شمس الدين، "**الحماية الجنائية للمستند الإلكتروني**"، بحث مقدم بمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون المنعقد بدولة الإمارات العربية المتحدة، غرفة تجارة وصناعة دبي، الفترة من 10 إلى 20 ماي 2003 ، الجزء الثاني.

ـ د – رضا السيد، "**الدفاتر التجارية الإلكترونية في القانون المصري والسعودي والإماراتي**"، ورقة عمل مقدمة في ندوة عقود التجارة الالكترونية التجارة الإلكترونية ومنازعاتها، التي عقدتها المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة، أفريل 2006.

ـ أ. زياني عبد الغني، "**الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعلومات**"، مداخلة ألقيت أمام مجلس قضاء المسيلة، متوفرة على الموقع الالكتروني: www.courdemsila.mjustice.dz

ـ د. سيد حسن عبد الله، "**المنظور الإسلامي لوسائل حماية المستهلك الإلكتروني**"، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون " المنعقد بدولة الإمارات العربية المتحدة، غرفة تجارة و صناعة دبي، الجزء الثالث، من 10إلى 12 ماي 2003 م.

ـ د–محمد السعيد رشدي، "**حجية وسائل الاتصال الحديثة في الإثبات**"، بحث مقدم لمؤتمر" الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الالكترونية"، المنعقد بدولة الإمارات العربية المتحدة، الجزء الثاني، في الفترة الممتدة من 26 ـ 28 أفريل 2003.

ـ د. محمد السيد عرفة، "**التجارة الدولية الإلكترونية عبر الانترنت**"، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت، الذي نظمته كلية الشريعة والقانون لجامعة الإمارات العربية المتحدة، الفترة من 1–3 ماي عام 2000، المجلد الأول.

–الأستاذة ناجي الزهراء، "**التجربة التشريعية الجزائرية في تنظيم المعاملات الإلكترونية المدنية والتجارية**"، مداخلة في المؤتمر العلمي المغاربي الأول حول المعلوماتية والقانون، المنعقد بأكاديمية الدراسات العليا " طرابلس"، في الفترة من 28 إلى 29 أكتوبر 2009، 2009ـ2010.

–د. وسيم الحجار، ورقة عمل الندوة العلمية حول "**أهمية مساواة السند الالكتروني بالسند الورقي وإصدار تشريع يكفل ذلك ويضع له ضوابط**"، المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية، بيروت 4–6 آب 2009، متوفر على الموقع الالكترونيwww.carjj.org

و ـ مواقع الانترنت:

أ. الصالحين أبو بكر العيش، "**الشكلية في عقود الانترنت والتجارة الإلكترونية**"، بحث منشور بموقع شركة خدمات المعلومات التشريعية ومعلومات التنمية (لاوس)، البوابة القانونية، شبكة المعلومات.

ـ أ. خالد عرفة، "**حجية الوثيقة الالكترونية**"، مقال منشور على الموقع الالكتروني:
http://boubidi.blogspot.com/2015/01/blog-post_85.html، 25 .01. 2015.

ـ د. عصمت عبد المجيد بكر، "**دور التقنيات العلمية في الإثبات**"، متوفر على الموقع الالكتروني:
tqmag.net

ـ د. غني ريسان جادر الساعدي، "**النظام القانوني للوكيل الإلكتروني- دراسة مقارنة-**"، مقال متوفر على الموقع:www.ahlulbaitonline.com

ـ أ. فشار عطا الله، "**مواجهة الجريمة المعلوماتية في التشريع الجزائري**"، متوفر على الموقع الإلكتروني الموقع الرسمي لجامعة العقيد أكلي محند أوالحاج، البويرة، متوفر على الموقع الالكتروني: http : // cubouira.org، الجمعة 1 مارس 2013.

ـ د. محمد الأطرش، "**معايير دولية العقد وآثارها(القانون الواجب التطبيق على الصفة الدولية للعقد)**"، مقال متوفر على الموقع الالكتروني: m.facebook.com ، بتاريخ 17 مارس 2013.

ـ "**خصوصيات عقود التجارة الإلكترونية في القانون التونسي**"، دون ذكر صاحب المقال، المدونة العربية الجديدة في مجال الأعمال والمقاولات، منشور بالموقع:
http://droitdesaffairearabetarik.blogspot.com/2015/03/blog-post.html
17مارس2015.

ثانيا- المصادر والمراجع باللغة الفرنسية:

1-Sources documentaires

A- Lois et Décrets:

_ Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication (Loi Léotard) Article 2/3 Modifié par LOI n°2009-258 du 5 mars 2009 - art. 36

_ Loi n° 83-353 du 30 avril 1983 relative à la mise en harmonie des obligations comptables des commerçants et de certaines sociétés avec la IVè directive adoptée par le conseil des communautés européennes le 25 juillet 1978, et disponible sur http://legifrance.gouv.fr

_ Loi n° 94-126 du 11 février 1994 relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle, (Dernière modification : 25 juillet 2010), disponible sur http://www.legifrance.gouv.fr

_ Loi no 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, JORF n°62 du 14 mars 2000 page 3968, et disponible sur http://legifrance.gouv.fr

_ Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique JORF n°0143 du 22 juin 2004 page 11168, texte n° 2.

_ Loi n° 2004- 575 du 21 juin 2004, pour la confiance dans l'économie numérique, J.O du 21 juin 2004, disponible en : www.legifrance.gouv.fr.

_ Loi n°88-21 du 6 janvier 1988 relative aux opérations de télé-promotion avec offre de vente dites de "télé-achat"
Modifier par la Loi n°93-949 du 26 juillet 1993 - art. 4 (V) JORF 27 juillet 1993

_ Loi n° 93-949 du 26 juillet 1993 relative au code de la consommation (partie Législative annexe JORF 27 juillet 1993.

_ Loi Fédéral de 18 décembre 1987, sur le droit international privé de la Suisse (état le 1er janvier 2011), disponible sur : www.wipo.int

_ Décret n°80-533 du 15 juillet 1980 pris pour l'application de l'article 1341 du code civil **:** Article 1 Modifié par Décret n°2004-836 du 20 août 2004 - art. 56 JORF 22 août 2004 en vigueur le 1er janvier 2005

_ Décret n°99-337 du 3 mai 1999 relatif aux modalités de transmission des factures par voie télématique et modifiant l'annexe III au code général des impôts, disponible sur https://github.com

_ Décret n°2001-272 du 30 mars 2001 pris pour l'application de l'article 1316-4 du code civil et relatif à la signature électronique. www.legifrance.gouv.fr

_ Décret n° 2002-535 du 18 avril 2002 relatif à l'évaluation et à la certification de la sécurité offerte par les produits et les systèmes des technologies de l'information. www.legifrance.gouv.fr

B- Directives:

_ Directive 1999_93 C.E du Parlement Européen et du Conseil du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, Journal officiel n° L 013 du 19/01/2000 p. 0012 – 0020. Et disponible sur eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=URISERV:l24118 ou www.droit-technologie.org

_ Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces donnée, Journal officiel n° L 281 du 23/11/1995.

_ Directive 97/7/C.E, du parlement Européen et du conseil du 20 mai 1997, concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, J.O.C.E.L144, 4 juin 1997.

– Directive 2000/31/C.E, du parlement Européen et du conseil du 08 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information et notamment du commerce électronique, dans le marchée intérieur (Directeur sur le commerce électronique), J.O.C.E.L178/1, à 6 du 7 juillet 2000.

2- Ouvrages

A-Livres :

_ AKODAH AYEWOUADAN, **Les droits du contrat à travers l'internet**, éd. Larcier, Bruxelles, Belgique, 2012.

_ ALAIN BENSOUSSAN, **Informatique-Télécom-Internet**, Edition FRANCIS LEFEBVRE ,5e édition, Paris, 2013.

_____, **Le commerce électronique, aspects juridiques**, éd. paris, 1998.

_ ANDRE LUCAS et JEAN DEVEZE et JEAN FROYSSINER, **Droit de l'informatique et de l'internet**, Presses universitaires de France (PUF droit), Paris, 2001.

-CAPRIOLI (E.A), **Droit international de l économie numérique**, 2e éd., Litec, Paris, 2007.

----------, **Signature électronique et dématérialisation**, Lexis Nexis, Paris, 2014.

----------, **Sécurité et confiance dans le commerce électronique** (Signature numérique et autorité de certification), J.C. P, éd .G . , 1998.

_ CAPRIOLI (E.A.) et SORIEUL(R.), **le commerce international à l'électronique vers l'émergence des règles juridiques transnationales**, J.D.I, 2, 1997.

_ CATALA (P.), **Le formalisme et les nouvelles technologies**, Rép. De f, Paris, 2000.

_ CHARLES-EDOUARD BUCHER, **Le courrier électronique et le formalisme, La communication numérique : un droit ; des droit**, édition Panthéon Assas, Paris, 2012.

_COUDOUL (T .P.), **La signature électronique, introduction technique et juridique a la signature électronique sécurisée, preuve et écrit électronique**, litec, Paris, 2001.

_ De LAMBERTRIE (I.), Dir, **Les actes authentiques, réflexion juridique prospective,** la documentation française, Paris, 2002.

_ ELLOUMI Abderraouf, **Le Formalisme Electronique**, centre de publication universitaire, TUNISIE, 2011.

_ HUET (J.), **L'acte authentique électronique**, petit mode d'emploi (décrets n° 2005- 972 et 973 du 10 aout 2005, D., 2005.

_ ITEANU (O.) ; **Internet et le droit,** aspects juridiques du commerce électronique, éd, Eyrolles, Avril, 1996.

_ JACQUE LARRIEU, **Droit de l'internet**, 2e édition, éditions- ellipses, Paris, 2010.

_ JAMES DUPONT, **"L'acte authentique électronique",** journée du juriste d'entreprise le 20.XI.2003 : Le droit des affaires en évolution " Le contrat sans papier ", Bruxelles, Belgique, 2003.

_ JEAN-BAPTISTE (M.), **Créer et exploiter un commerce électronique**, éd.Litec, Paris, 1998. Disponible sur www.signelec.com , la date de mise en ligne est : 21 juillet 2003.

_ JEAN DEVEZE, **La formation du contrat électronique**, journée national : Le contrat électronique, travaux de l'association de Henri Capitant, tome v, Toulouse, 2000, édition Panthéon Assas, Paris, 2000.

_ JEAN MARC MOUSSERON, **Technique contractuelle**, Edition FRANCIS LEFEBVRE, 4e éditions, Paris, France, 2010.

_ LIONEL BOCHURBERG, **Internet et commerce électronique (site web-contrats- responsabilité- contentieux),** 2e édition, DELMAS, France, 2001.

_ MARIE DEMOULIN(S.D), **L'archivage électronique et le droit**, Crids (Centre de recherche information droit et société), éd. Larcier, Bruxelles, Belgique, 2012.

_ MONTERO ETIENNE, **"La conclusion du contrat par voie électronique après la loi du 11 mars 2003",** journée du juriste d'entreprise le 20.XI.2003 : Le droit des affaires en évolution " Le contrat sans papier ", Bruxelles, Belgique, 2003.

– PASSANT (ELISABENTH), **L'écrit confronte aux nouvelles technologies**, thèse, L.G.D .J, Paris, 2006.

_ PATRICK THIEFFRY, **Commerce électronique : droit international et européen**, éd. litec, Paris, 2002.

_ Rafael Jafferali, et Vanessa Marquette, et Arnaud Nuyts, **THEMATIQUES 2014-2015**, 5e édition, Larcier, Bruxelles, Belgique, 2014.

_ RAYNOUARD (A.), **Sur une notion ancienne de l'authenticité : l'apport de l'électronique** ; Rép.De F., Paris, 2003.

_ THIBAULT VERBIEST, **Le nouveau droit de commerce électronique**, édition Larcier, Bruxelles, Belgique, 2005.

_THIBOUTT Verbiest (m), **La protection juridique du cyber consommateur,** litec. Paris, 2002.

_ THIERRY PIETTE- COUDOL, **Echanges électroniques certification et sécurité,** Litec, Paris, 2000.

_ VIVANT(M.), **Les contrats du commercé électronique,** éd, litec, Paris, 1999.

_WIND PAGNANGDE DOMINIQUE KABRE, **La conclusion des contrats électroniques, étude de droit africains et européens**, éd l'harmattan , Paris, 2013.

_ YEVS Paul et MIRIELLE Antoinevers, **La confiance ou comment assurer le développement du commerce électronique**, collection legi presse, Paris, 2001.

B- Articles et Etudes :

_ CAPRIOLI (E.A**), « Preuve électronique dans la loi N=2000-230 du13 mars 2000 »**, J C P E, n ° 30, du 23 juillet 2000.

----------, **« Ecrit et preuve électronique dans la loi n : 2000_230, du 13 mars 2000 »**, J.C.P.E, n : 2_2000.

----------, **« la loi française sur la preuve et la signature électronique dans la perspective européenne »**, J .C.P.G, n° 18, 3 mai 2000.

----------, **« Le juge et la preuve électronique »**, revue de droit des technologies de l'information, 10 janvier 2000, juriscom.net.

_ CAPRIOLI (E.A) et AGOSTI (P), **« La confiance dans l'économie numérique (Commentaire de certains aspects de la loi pour la confiance dans l'économie numérique) »,** P.Aff. 2005, n° 110.

_ CHAMOUX (F.), **« La lois du 12 juillet 1980, une ouverture sur des nouveaux moyenne de preuve »,** J.C.P, I 3008, N : 16 , éd. 1981.

_ COSTE (L.) , **« Aspects juridiques du commerce électronique aux Etats-Unis »,** RDAI/ IBL, n 1, 1998.

_ De BELLEFONDS (X.l.), **« Notaires et huissiers face à l'acte authentique électronique »,** J.C.P, éd NOT, et Im, N° 10, 2003.

_ De LAMBERTERIE (I.) et BLANCHETTE (J.), **« Le décret du 30 mars 2001 relatif a la signature électronique »,** J.C.PE, n : 30,26 Juillet 2001.

_ FROGER (D.), **« La réception d'un acte établi sur support électronique alors que les comparants sont physiquement éloignés : mythe ou réalité? »,** P.A, 2004.

----------, « **Les contraintes du formalisme et de l'archivage de l'acte notarié établi sur support dématérialisé »,** J.C.P., éd. Notariale et immobilière, Paris ,2004.

_ JACQUES (L.), **« L'authenticité de l'acte authentique électronique »,** com-com.Elec, janvier 2003.

_ VINCENT Gautrais et PATRICK Gingras, **« La preuve des documents technologiques »,** Les cahiers de propriété intellectuelle, Vol.22, n 2, 2010.

_ ZOIA (M.), **« La notion de consentement à l'épreuve de l'électronique** », 1ere partie , Gaz. Pal, n° 198, Paris, 2001.

C- Thèses et mémoires :

_ CAIDI (S.), **« La preuve et la conservation de l'écrit dans la société de l'information »**, mémoire, faculté des études supérieures, université de Montréal, 2002, et disponible sur www.signelec.com

_ ESNAULT(J.), **« La signature électronique »** , mémoire de DESS de droit du multimédia et de l'informatique , université de droit , d'économie et de science sociales , PARIS II, 2003.

_ GRANIER (L.), **« L'authenticité notariale électronique »,** mémoire, Faculté de droit, université de Montpellier, année universitaire 2000-2001, disponible sur www.droit-nitc.com .

_ TORRES (Ch.) , **« L'internet et la vente aux consommateurs »,** thèse pour le doctorat, université de paris X Nanterre, présentée en 1999.

D-Sites internet:

_ AGOSTI (P.), **« Le régime juridique des actes : authentiques électronique »,** Art disponible sur : www.caprioli-avocots.com la date de mise en ligne est M octobre 2005.

_ ANTOINE(M.) et GOBERT (D.), **« Pistes de réflexion pour une législation relative à la signature digitale et au régime des autorités de certification »,** Article disponible sur http://www.droit.found.net et www.droit-technologie.org, la date de mise en ligne est 5/10/2000.

_ AZZABI (S.), **« Le nouveau régime probatoire française après l'adoption de la loi portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relatif à la signature électronique du 13 mars 2000 »,** Article disponible sur : www.signelec.com , la date de mise en ligne est : 16/02/2000.

_ BORDINAT (G.), **« Introduction à la notion de la signature électronique »,** Article disponible sur www.signele.com, la date de mise en ligne est : 6 mars 2002.

_ CAHEN (M.I.), **« La formation des contrats de commerce électronique** », www.elec.com , mise en ligne : Septembre 1999.

_ CAPRIOLI (E.A), **« Obligation pour les cybercommerçants d'archiver les contrats en ligne avec les consommateurs supérieurs a 120 euros »,** Article disponible sur www.caprioli-avocats.com , la date de la mise en ligne mars 2005.

----------, **« Aperçus sur le droit du commerce électronique international »,** étude disponible sur www.coprioli-Avocats.com la date de mise en ligne est : septembre 1999,

----------, **« Régime juridique du prestataire de service de confiance au regard de la directive du 13 décembre 1999 »,** Art. Disponible sur www.coprioli-Avocats.com la date de mise en ligne est mai 2003.

_ DARQUES (F.), **« Le nouveau régime de la preuve issue de la loi de 13 mars 2000 »,** Article disponible sur www.droit web.com, la date de mise en ligne est : 18 mai 2000.

_ FILOUX (L.) et ODOU (S.), **« La signature électronique »,** disponible sur www.signelec.com , la date de mise en ligne est: 2001.

_ GOBERT (D.) et MONTERO(E.), **« L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique »**, J .T, 17 février 2001, N°6000, et disponible sur : www.droit-technologie.org.

_ HUET (J.), **« le code civile et les contrats électronique »,** Article disponible sur : www.actoba.com, la date de mise en ligne en 2003.

_ LECLAINCHE (J.), **« Preuve et signature »,** disponible sur www.droit-ntic.com la date de mise en ligne est:15/3/2003.

_ MASCRE Frédéric, **« L'archivage électronique »,** Article disponible sur : www.mascre-heguy.com la date de mise en ligne est septembre 2003.

----------, **« L'ARCHIVAGE ELECTRONIQUE (2ème partie) »,** Article disponible sur : www.mascre-heguy.com

----------, **« La signature électronique »,** Art. Disponible sur www.mascre-heguy.com, la date de mise en ligne est septembre 2001.

_ ROBERT (H.), **« La preuve dons les télécommunications »,** Art disponible sur : www.ifrance.com, la date de mise en ligne en 2000.

_ SEDALLIAN (V.), **« Droit de l'internet »,** disponible sur www.internet-juridique,net ,la date de mise en ligne est janvier 1997.

----------, **« L'archivage de l'acte électronique »,** Art. Disponible sur www.juriscom.net.

----------, **« Preuve et signature électronique »,** n 33, Article disponible sur : www.clic_droit.com, la date de mise en ligne est : 28\08\ 2002, et www.Internet-juridique.net

_ TREZEGUET (M.), **« Enfin une réglementation des actes authentique électronique »,** Art disponible sur www.cejem.com , la date de mise en ligne est 26 octobre 2005.

----------, **« Journée de réflexion sur les actes authentique électronique »,** Article =104 www.cejem.com

_ VALANGENDONCK (ph.), **« La signature électronique est reconnue en Californie »,** Article disponible sur www.droit-technologie.org

_ VERBIEST (T.), **« Loi pour la confiance dans l'économie numérique : examen de nouveau régime du commerce électronique »,** Art disponible sur : www. Droit-technologie.org, la date de mise en ligne : 30 juillet 2004.

_ Vincent Gautrais, **« Équivalence fonctionnelle »,** Article disponible sur lccjti.ca/définition/équivalence-fonctionnelle/, la date de mise en ligne est mardi 1 mai 2012.

_ www.legifrance.gouvr.fr

_ www.dalloz-fiches.fr

_ www.uncitral.org

_ www.cc.gov.eg

_ http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1995/38/contents

_ http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/7/contents

_ HTTP://FEDERALEVIDENCE.COM/RULES-OF-EVIDENCE

_ www .joradp.dz

_ www.thèse.univ-batna.dz

ثالثا- المراجع باللغة الانجليزية:

– David whitely, **« E-commerce : Strategy, technologies and applications »,** England Berkshire, MC graw- hill pub.co, 2001.

–FRYE (M.C.), **« The body as password consideration , uses and concerns of biometric technologies »** , A thesis submitted to the faculty of the graduate school of Arts and science of Georgetown university, 2001, on line at, www.signelec.com .

– Jonathan ROSENOER , **« cyber law, the law of the internet »,** ed , Springer, New york, 1993.

- M.H.M. SCHELLEKENS, **« Electronic signature, Authentification technology from a legal perspective »,** T.M.C. Asser press, the Netherlands, 2004.

– ORACLE. **« Transforming business to business »,** Paris.corporation, USA, 2000.

–SCHWARTZ Ephrim, **« v-commerce the next frontier? »** www.Infworln,displaystory.P?98121,en v-commerce,html ,11/12/2000.

–Smedinghoff Thomas . j and Bro Ruth Hill Moving change, **« Electronic signature legislation As avehicle For Advancing E-commerce »,** Published in

the john Marshal journal of computer and Information law, VOL, XV 11, N°3, spring 1999, at 732, aviable at : <http : www.badernifo.com/ecommerce>.

- VIAC Joint, **« Proceedings of the UNCITRAL »** , Conference, 15-16 March 2005, Vienna: Celebrating Success: 25 years United Nation Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) The proceedings were published in the Journal of Law and Commerce, Volume 25, Issue 1, Fall 2005. www.uncitral.org

الفهـــــرس

شكر وتقدير
قائمة المختصرات
مقدمة 01
الباب الأول: إبرام عقود التجارة الالكترونية الشكلية.....07
الفصل الأول: إبرام عقود التجارة الإلكترونية العرفية.....08
المبحث الأول: مفهوم الكتابة الالكترونية.....09
المطلب الأول: تعريف الكتابة الالكترونية.....10
الفرع الأول: الكتابة بوجه عام.....10
أولا- تعريف الكتابة.....10
ثانيا - مدى ارتباط الكتابة بالوسيط الورقي(الدعامة).....12
الفرع الثاني: الكتابة في الشكل الالكتروني.....17
أولا - تعريف الكتابة الالكترونية وفقا للتشريعات الدولية والداخلية.....17
ثانيا- فكرة المحرر الالكتروني.....21
المطلب الثاني: شروط الكتابة الالكترونية.....24
الفرع الأول: الشروط العامة للكتابة.....25
أولا- قابلية المحرر للقراءة و الإدراك:Lisible 25
ثانيا- دوام المحرر Durabilité.....28
ثالثا- ثبات مضمون المحرر وعدم قابليته للتعديل Irréversibilité.....30
الفرع الثاني: الشروط الخاصة بالكتابة الإلكترونية.....32
أولا- تحديد هوية مصدر المحرر.....33
ثانيا- إنشاء المحرر في ظروف تضمن سلامته.....35
ثالثا- حفظ المحرر الالكتروني.....38
المبحث الثاني: التوقيع والتصديق الإلكترونيين.....43
المطلب الأول: مفهوم التوقيع الإلكتروني.....44
الفرع الأول: تعريف التوقيع الالكتروني.....44
أولا - تعريف التوقيع الإلكتروني في التشريعات الدولية والإقليمية.....44
ثانيا- تعريف التوقيع الإلكتروني في التشريعات الوطنية.....48

ثالثا- تعريف الفقه للتوقيع الإلكتروني.....53
الفرع الثاني: صور التوقيع الإلكتروني.....56
أولا- التوقيع عن طريق البطاقة الممغنطة المقترنة بالرقم السري (التوقيع الكودي).....57
ثانيا- التوقيع بالقلم الالكتروني Pen-op.....59
ثالثا- التوقيع البيومتري Signature Biométrique.....61
رابعا- التوقيع الرقميSignature Numérique.....62
خامسا- التوقيع بالضغط على مربع الموافقة OK – box 65
الفرع الثالث: وظائف التوقيع الإلكتروني.....66
أولا- تحديد التوقيع الإلكتروني لهوية الشخص الموقع.....67
ثانيا- التعبير عن إرادة الموقع الالتزام بمضمون المحرر الإلكتروني.....69
الفرع الرابع: شروط التوقيع الإلكتروني.....70
أولا- الشروط الخاصة بالتوقيع.....70
ثانيا- الشروط الفنية اللازم توافرها في التوقيع الإلكتروني.....75
المطلب الثاني: التوثيق (التصديق) الإلكتروني 91
الفرع الأول: جهة التصديق الإلكتروني.....92
أولا- المقصود بجهة التصديق الإلكتروني.....92
ثانيا- إنشاء جهة التصديق الإلكتروني.....97
ثالثا- الرقابة على مؤدي خدمات التصديق الالكتروني.....103
رابعا- مسؤولية مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني. 105
الفرع الثاني: شهادة التصديق الإلكتروني.....116
أولا- تعريف شهادة التصديق الإلكترونية.....116
ثانيا- البيانات الواجب توافرها في شهادة التصديق الإلكتروني.....118
ثالثا- شهادة التصديق الأجنبية.....122
رابعا- أنواع شهادات التصديق الإلكتروني.....125
الفصل الثاني: إبرام عقود التجارة الالكترونية الرسمية.....126
المبحث الأول: مفهوم العقد الرسمي الإلكتروني.....127

المطلب الأول: تعريف العقد الرسمي الالكتروني وشروطه.....127
الفرع الأول: تعريف العقد الرسمي الالكتروني.....127
الفرع الثاني: شروط العقد الرسمي الإلكتروني.....134
أولا ـ الشروط العامة لإنشاء العقود الرسمية الإلكترونية.....134
ثانيا ـ الشروط الخاصة لإنشاء العقود الرسمية الإلكترونية.....140
الفرع الثالث: جزاء تخلف الشروط المتعلقة بالعقد الرسمي الالكتروني.....147
أولا ـ جزاء تخلف أحد الشروط المتعلقة بالعقد الرسمي الالكتروني.....147
ثانيا ـ جزاء تخلف الشكلية في العقد الرسمي الالكتروني.....148
المطلب الثاني: حفظ العقد الرسمي الإلكتروني. 149
الفرع الأول: مفهوم الحفظ الالكتروني.....149
أولا ـ تعريف الحفظ الالكتروني.....149
ثانيا ـ أهمية الحفظ الالكتروني.....150
ثالثا ـ الجهة المكلفة بالحفظ الالكتروني.....150
رابعا ـ مدة حفظ المحرر الرسمي الالكتروني.....153
الفرع الثالث: نماذج لعقود تجارية الكترونية رسمية.....155
أولا ـ دولة فرنسا.....155
ثانيا ـ دولة الإمارات العربية المتحدة.....156
ثالثا ـ دولة قطر.....158
رابعا ـ دولة المملكة العربية السعودية.....158
خامسا ـ دولة مصر.....159
المبحث الثاني: القيود الواردة على الشكلية الالكترونية.....162
المطلب الأول: الاعتراف بالشكلية الإلكترونية.....162
الفرع الاول: الاعتراف التشريعي بالشكلية الالكترونية.....163
أولا ـ القانون النموذجي للتجارة الالكترونية لسنة 1996.....163
ثانيا ـ التشريع الفرنسي.....163
ثالثا ـ التشريع المصري.....168

رابعا- التشريع الجزائري.....168
الفرع الثاني: التصرفات المستبعدة من قواعد الشكلية الإلكترونية.....169
المطلب الثالث: الحلول التشريعية والتقنية لقيود الشكلية.....174
الفرع الأول: الحلول التشريعية لقيود الشكلية.....174
الفرع الثاني: الحلول التقنية لقيود الشكلية.....177
خلاصة الباب الأول.....179
الباب الثاني: دور الشكلية في إثبات عقود التجارة الالكترونية.....180
الفصل الأول: حجية المحررات الالكترونية في الإثبات.....181
المبحث الأول: حجية المحررات الالكترونية وفقا لقواعد الإثبات التقليدية.....182
المطلب الأول: حجية المحررات الالكترونية في إثبات المعاملات بين الأفراد.....182
الفرع الأول: حجية المحررات الالكترونية في إثبات التصرفات التجارية.....183
أولا- حجية المحررات الالكترونية بين التجار.....184
ثانيا- حجية المحررات الالكترونية في إثبات الأعمال المختلطة.....186
الفرع الثاني: حجية المحررات الالكترونية في إثبات المعاملات المدنية.....187
المطلب الثاني: الاستثناءات على اشتراط الدليل الكتابي الالكتروني.....191
الفرع الأول: مبدأ الثبوت بالكتابة.....192
أولا- شرط وجود محرر مكتوب.....193
ثانيا- شرط صدور المحرر المكتوب من الخصم (المدعى عليه).....194
ثالثا- شرط جعل التصرف المدعى به قريب الاحتمال.....197
الفرع الثاني: وجود مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي.....199
أولا- المانع المادي.....199
ثانيا- المانع الأدبي.....200
الفرع الثالث - فقد الدليل الكتابي بسبب أجنبي.....204
أولا- سبق وجود السند الكتابي.....204
ثانيا- فقد السند الكتابي بسبب أجنبي.....205
المبحث الثاني: حجية المحررات الالكترونية وفقا لقواعد الإثبات الحديثة.. 207

المطلب الأول: حجية المحرر الرسمي الإلكتروني.....207
الفرع الأول: حجية المحرر الرسمي الإلكتروني الأصلي.....208
أولا- البيانات التي قام بها الموظف في حدود اختصاصه أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره.....209
ثانيا- البيانات المتعلقة بإفادة ذوي الشأن.....209
الفرع الثاني: حجية صورة المحرر الرسمي الإلكتروني.....210
المطلب الثاني: حجية المحرر العرفي الإلكتروني في الإثبات.....214
الفرع الأول: الاعتراف التشريعي بحجية المحررات الإلكترونية العرفية,.....214
الفرع الثاني: التاريخ الثابت للمحرر الإلكتروني العرفي. 218
الفرع الثالث: صور المحرر الإلكتروني العرفي.....220
المطلب الثالث: الاتفاق على تعديل قواعد الإثبات الإلكتروني..... 222
الفرع الأول: نطاق الحرية التعاقدية في تعديل القواعد الموضوعية للإثبات الإلكتروني.....223
أولا- مدى تعلق قواعد الإثبات بالنظام العام.....223
ثانيا- جواز الاتفاق على تعديل قواعد الإثبات الالكتروني.....228
الفرع الثاني: تحديات الاتفاق الأطراف على تعديل قواعد الإثبات الالكتروني.....231
أولا- مدى اعتبار اتفاق الأطراف على تعديل قواعد الإثبات شرطا من الشروط التعسفية.....231
ثانيا- عدم جواز اصطناع الشخص دليلا لنفسه.....234
الفرع الثالث: نطاق تطبيق أحكام الإثبات الإلكتروني. 237
المبحث الثالث: التدخل التشريعي لتنظيم الإثبات بالسندات الالكترونية.....240
المطلب الأول: الجهود على مستوى التشريعات الدولية.....241
الفرع الأول: جهود منظمة الأمم المتحدة للاعتراف بالمحررات الالكترونية.....241
أولا- اتفاقية فيينا بشأن البيع الدولي للبضائع سنة 1980.....241
ثانيا- القانون النموذجي بشأن التجارة الالكترونية لسنة 1996.....242
ثالثا- اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية بنيويورك لعام 2005.....244
رابعا- التوجيه الأوروبي رقم 93/1999 المتعلق بالتوقيع الالكتروني.....245
المطلب الثاني: الجهود على مستوى التشريعات الداخلية.....247

الفرع الأول: بعض التشريعات الغربية.....247
أولا- التشريع الفرنسي.....247
ثانيا- التشريع الانجليزي.....249
ثالثا- التشريع الأمريكي.....252
الفرع الثاني: بعض الدول العربية.....254
أولا- التشريع الجزائري.....254
ثانيا- التشريع التونسي.....254
ثالثا- التشريع الإماراتي.....256
رابعا- التشريع المصري.....257
خامسا- التشريع البحريني.....258
سادسا- التشريع اليمني.....258
سابعا- التشريع السعودي.....259
الفصل الثاني: المنازعة في صحة المحررات الالكترونية.....261
المبحث الأول: طرق الطعن في صحة المحررات الإلكترونية 262
المطلب الأول: الطعن بإنكار المحرر الإلكتروني.....262
الفرع الأول: الطعن بإنكار التوقيع الإلكتروني.....263
أولا - مضمون الطعن بإنكار التوقيع.....264
ثانيا- الطعن بإنكار التوقيع الالكتروني المتقدم والتوقيع الالكتروني البسيط.....267
الفرع الثاني: الاعتراف بالتوقيع الإلكتروني وإنكار حصوله من الموقع.....274
المطلب الثاني: الطعن بالتزوير الإلكتروني.....276
الفرع الأول: الادعاء المدني بالتزوير.....277
أولا - مفهوم الادعاء المدني بالتزوير.....277
ثانيا- وسائل الادعاء المدني بالتزوير الإلكتروني.....279
الفرع الثاني: جريمة تزوير المحررات الالكترونية.....281
أولا- التعريف بجريمة التزوير المعلوماتية.....281
ثانيا- جريمة التزوير المعلوماتية في التشريعات المقارنة والتشريع الجزائري.....282

الفرع الثالث: سلطة القاضي في تقدير سلامة المحررات الالكترونية.....286
المبحث الثاني: التنازع بين المحررات وتحديد القانون الواجب التطبيق.....287
المطلب الأول: التنازع بين المحررات الإلكترونية والمحررات الورقية.....287
الفرع الأول: حالة وجود النص القانوني أو الاتفاق 288
أولا- حالة وجود النص القانوني..... 288
ثانيا- حالة وجود الاتفاق.....288
الفرع الثاني: حالة عدم وجود النص القانوني أو الاتفاق.....291
المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على شكل العقود الالكترونية.....293
الفرع الأول: إسناد شكل العقود الالكترونية لقانون محل الإبرام.....294
أولا - المقصود بقاعدة محل الإبرام.....294
ثانيا- نطاق تطبيق القانون الذي يحكم الشكل.....297
الفرع الثاني: صعوبة تحديد مكان إبرام العقد الالكتروني.....299
خلاصة الباب الثاني.....304
خاتمة.....305
قائمة المصادر والمراجع.....310
الفهرس.....336

ملخص:

الأصل في إبرام العقود هو الرضائية، بمعنى أن العقد ينعقد بمجرد تبادل التراضي دون حاجة إلى إجراء آخر. غير أن القانون قد يشترط في بعض الحالات إفراغ التراضي في شكل محدد، وهو ما يسمى بالعقود الشكلية، بحيث إذا تخلف هذا الشكل لا يكون للعقد وجود، ولا يمكن الاحتجاج به. والشكلية قد تكون بكتابة العقد في شكل رسمي، يقوم بتحريره شخص مكلف قانونا وهو الموثق الرسمي، وقد تكون بكتابة العقد في شكل عرفي، يكفي لوجوده التوقيع عليه من أطراف العقد.

ونتيجة للتطور التكنولوجي في وسائل الاتصال الحديثة والتي أثرت بدورها وسائل إبرام العقود وتنفيذها، حيث أصبحت تتم بطريق الكتروني، فظهرت الكتابة الالكترونية والتوقيع الالكتروني. وهو ما يدعونا إلى البحث في مدى إمكانية إبرام العقود الشكلية بطريق الكتروني، ومدى استيفاء الشكلية بنفس الطريقة عند إبرام العقد الالكتروني.

وقد تمت هذه الدراسة وفق خطة بسيطة تتكون من بابين اثنين: الأول يتحدث عن إبرام العقود التجارة الالكترونية سواء العرفية أو الرسمية، والثاني يعالج دور الشكلية في إثبات عقود التجارة الالكترونية.

Résumé:

Le consensualisme s’entend comme un principe selon lequel le seul consentement des parties contractantes suffit à la formation du contrat sans qu’aucune forme ne soit exigée pour l’extériorisation de ce consentement. Le formalisme, contrairement au consensualisme, impliquant des exigences particulières de forme pour la validité du contrat. La forme imposée est le plus souvent la rédaction d'un écrit, selon les cas notariés ou sous seing privé qui exige la simple signature des parties concernées.

En conséquence du développement technologique dans les moyens de communication modernes, qui a influencé les manières de conclure les contrats et leur exécution qui devient faite par voie électronique. Donnant naissance a l’écriture électronique et la signature électronique. Ce qui nous invite à examiner la possibilité de conclure des contrats solennels par voie électronique, et est que le formalisme a remplir de la même manière a la conclusion du contrat électronique.

Le plan de cette étude est simple : deux titres principaux inhérents à la problématique l’objet de cette étude : le premier titre traite la conclusion des contrats du commerce électronique, le second analyse le rôle du formalisme pour prouver les contrats du commerce électroniques.