Université Abou Bekr Belkaid
جامعة أبي بكر بلقايد
تلمسان الجزائر
كلية الحقوق والعلوم السياسية

إشكالية إثبات العقود الإلكترونية

دراسة مقارنة

رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص

إعداد الطالب:
أزرو محمد رضا

تحت إشراف الأستاذ:
الدكتور رايس محمد

أعضاء لجنة المناقشة :

أ.د. قادة شهيدة	أستاذ التعليم العالي	جامعة تلمسان	رئيسا
أ.د. رايس محمد	أستاذ التعليم العالي	جامعة تلمسان	مشرفا ومقررا
أ.د. نقادي عبد الحفيظ	أستاذ التعليم العالي	جامعة سعيدة	مناقشا
د. مغربي قويدر	أستاذ محاضر "أ"	جامعة سعيدة	مناقشا
د. مغني دليلة	أستاذة محاضرة "أ"	جامعة أدرار	مناقشة
د. بن عصمان جمال	أستاذ محاضر "أ"	جامعة تلمسان	مناقشا

السنة الجامعية : 2015 – 2016

الإهداء

أهدي هذا العمل المتواضع لكل عائلتي

وخصوصا أمي وأبي وأخي

وزوجتي وابنتي الوحيدة ابتسام

وأبناء أخي أنيس وملاك

كما أهديها إلى روح:

المرحوم الأستاذ مامون عبد الكريم

والمرحوم ابن عمي محمد

والمرحوم عمي إيدير

وإلى كل الأصدقاء والأحباب

كلمة شكر

لا يسعني في هذا المقام إلا أن أشكر

الأستاذ رايس محمد لقبوله الإشراف على هذه الرسالة

ونصائحه القيمة التي كانت عونا لي في إتمام هذا العمل

وإلى كل أعضاء المناقشة لقبولهم مناقشة هذه الأطروحة .

قـائمة المـختـصرات

أولا: قائمة المختصرات باللغة العربية

ج ر	:	الجريدة الرسمية
ق.ت.ت .إ	:	قانون التوقيع والتصديق الإلكترونيين.
ق. ت. ج	:	قانون تجاري جزائري
ق.م.ج	:	قانون المدني الجزائري,
ق.إ.م.إ	:	قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
ط	:	طبعة
دج	:	دينار جزائري

ثانيا: قائمة المختصرات باللغة الأجنبية

Art. : Article
A.T.M : Automated Teller Machine
Bull.civ : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
C.A. : Cour d'appel
Cass.civ : arrêt de la chambre civile de la cour de cassation
Cass.com : arrêt de la chambre commerciale de la cour de cassation
C.civ. : Code civi
CCI : Chambre de Commerce Internationale
CCPI : Chambre de Commerce et d'industrie de Paris
CD : Compact Disc
CE : Conseil d'état
ch.soc. : Chambre sociale
Chron : Chronique
CNHJ : Chambre National des huissiers de Justice.
Com : arrêt de la chambre commerciale et financiére de la cour de cassation
Commu.Comm.élec : Communication Commerce électronique

C .P.A : crédit populaire d'algérie
CSN : la cour suprême de notariat
D. : Recueil Dalloz
D. Affaires : Dalloz affaires
Défrénois : Répertoire du notariat Défrénois
D.H. : Recueil Hebdomadaire Dalloz
D.P. : Dalloz périodique
L.G.D.J : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
NCPC : Nouveau code de procédure civile
éd. : Edition
ex : exemple
Gaz. Pal : Gazette du Palais
JCP : Juris-classeur périodique(semaine juridique)
JCP éd.E . : Juris-classeur périodique, Edition entreprise
JCP éd.N : Juris-classeur périodique, Edition notariale
JCP G : La semaine Juridique –Edition générale-
JO : Journal Officielle : lois et décrets
JT : Journal des tribunaux
Litech : Librairie Technique
n^0 : Numéro
NP : Non Publier
N : Nouvelles technologie de l'information et de la communication
obs. : Observation
op.cit : Ouvrage précité
p. : page
PA : Petites affiches
P.I.N : Personal Identification Number
P.U.F : Presse Universitaire de France
préc : précité
RTD. civ : Revue trimestrielle de droit civil
s. : suivant
SARL : Société a Responsabilité Limitée
somm. : sommaire
Sté : société
Trib civ. : Tribunal civil
V. : Voir

المقدمة

المـــقدمـــة

لقد حظي العقد بعناية فائقة في الدراسات القانونية لم ينلها أي نظام قانوني أخر، فالعقد عموما يعتبر نظام فذ وعملاق من أنظمة القانون، ويرجع ذلك لما له من أهمية عملية في النشاط الإنساني، ويعتبر المصدر الأساسي لنشأة الحقوق والالتزامات، بغض النظر عن طبيعة الحق عينيا كان أم شخصيا، وهو يعتبر المصير الغالب لنشأة الالتزامات.

فكرة العقد عموما ليست بنظام حديث بل له جذور تاريخية تعود بوادرها الأولى إلى القانون الروماني، حيث ارتبط بمبدأ سلطان الإرادة غير أن هذا المبدأ لم يكن معمولا به في تلك الفترة، حيث لا يكفي لقيام العقد مجرد أتفاق الأطراف بل يجب أن يحيط به مجموعة من الشكليات من كلمات وإرشادات وكتابة، فيجب أن يتم هذا العقد ضمن احتفالية قانونية[1]، وكان يستمد صحته من الشكلية حتى لو كان السبب الحقيقي للالتزام لم يوجد أو لم يتحقق، ونلاحظ أن هذه الشكلية لم تمس فقط العقود بل شملت كذلك مجال حقوق الأسرة والملكية العقارية .

من أهم ميزات الشكلية في تلك المرحلة أنها كانت تعطي للأطراف المتعاقدة مدة زمنية كافية للتفكير قبل إتمام الاتفاق أو التراجع عنه[2]، غير أنه مع تطور الحياة وتعقدها في الإمبراطورية الرومانية وتقدم الفكر القانوني أدى إلى التمييز بين الشكل والإرادة في العقد حيث أن الاتفاق يعتبر موجودا بمجرد توافق الإرادتين والشكل ليس إلا سببا قانونيا للالتزام ، وهو ما أدى إلى ظهور عقود أخرى مثل العقود العينية والرضائية التي تغلب فيها
الرضائية، إلا انه لم يتم الإقرار بمبدأ سلطان الإرادة بشكل كامل في أي مرحلة من مراحل القانون الروماني.

أما في العصور الوسطى بداية من القرن الثاني عشر، لم تنقطع الشكلية وتستقل الإرادة بتكوين العقد إلا تدريجيا، ثم ظهرت الإرادة بشكل مؤثر في تكوين العقد، وهذا نظرا لعدة عوامل أهمها، تأثير الكنيسة والمبادئ الدينية في حياة الأفراد، فكان كل متعاقد ملزم باحترام عقده وكل من

---

[1] P. F . Gerard, Manuel élémentaire de droit Romain , 8em édition ,dalloz ,2003, p. 461
[2] P. F . Gerard , op .cit, p .463.

حنث عن يمينه يعتبر مخطئا، إضافة لذلك كان لزيادة النشاط التجاري في تلك المرحلة عامل مهم على انتشار مبدأ سلطان الإرادة والقضاء على الشكلية التي تعيق النمو الاقتصادي .

وما إن جاء القرن السابع عشر حتى أصبح مبدأ سلطان الإرادة مبدأ ثابتا، خاصة مع ظهور اتجاهات فلسفية تنادي بحرية الأفراد ، ووجوب استقلال إرادته، إذ أن هذا المبدأ بحسب أنصاره يحقق التوازن الاقتصادي، فإطلاق الحرية في المجال الاقتصادي لتلبية الحاجات الفردية يؤدي بالضرورية لتلبية الحاجيات العامة ، وهو ما يؤدي إلى تحقيق توازن في قانون السوق[1].

غير أنه اتضح مع مرور الزمن أن مبدأ سلطان الإرادة وتساوي المتعاقدين ما هو إلا خدعة الهدف منها تغليب مصلحة الطرف القوي على حساب الطرف الضعيف[2]، هذا ما أدى إلى تدخل المشرع لضبط بنود العقد لتحقيق التوازن العقدي بين الأطراف المتعاقدة ، بل إنه في بعض الأحيان تدخل حتى في تنفيذ العقد، ومع التطور التكنولوجي أصبحت العقود غير محصورة في شكلها التقليدي بل ظهرت أشكال جديدة تسمى بالعقود الإلكترونية .

لا يجوز حصر مفهوم العقود الإلكترونية في شبكة الانترنيت ، إذ يمكن أن تتم هذه الأخير عبر الشبكات المغلقة (الأنترانت)، من ناحية أخرى فإن العقود الإلكترونية لا تبرم فقط بين مورد ومستهلك، بل يمكن أن تتم بين متعاقدين كلاهما مورد أو مستهلك ، فكلمة "إلكتروني" تدل على أن هذا العقد قد يتم بأي وسيلة إلكترونية ومن أمثلتها العقد المبرم بواسطة التلكس أو المينيتل أو شبكة الحاسبات الآلية.[3]

غير أن هذا لا ينفي أن ظهور العقد الإلكتروني وتطوره يبقى مرتبط أساسا بوجود شبكة الانترنيت التي تعتبر قمة ما أنتجته الثورة الرقمية ، فكلما زاد انتشارها على المستوى العالمي يؤدي ذلك إلى تعزيز وجود العقد الإلكتروني وتعميم تطبيقه على مستوى الدول والأفراد .

يشهد عالمنا المعاصر تطورات مذهلة في كل نواحي الحياة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية بسبب ثورة المعلومات أو الثورة المعلوماتية، ومن أبرز معالم هذه الثورة هو التطور

---

[1] F. terré , P.Simler et Y.Lequette, Droit Civil – Les obligation , 9^{em} édition , Dalloz, 2005 , p. 32.

[2] Henri et Léon et Jean Mazeaud , Leçons de Droit Civil , Tome 2 , 5ème édition , édition montchrestien, p. 22.

[3] سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الانترنيت دراسة مقارنة ، دار الكتب القانونية، 2008، ص. 19

المتسارع لوسائل الاتصال وتقنياتها المختلفة، وظهور معاملات جديدة تتم عن طريق الحاسوب وعبر شبكة الانترنت، هذه الشبكة التي أزالت الحدود الجغرافية بين الناس حتى أصبح العالم يسمى بالقرية الصغيرة فأصبح بإمكان أي شخص في العالم أن يجري أي معاملة مع أي شخص أخر في مكان أخر .

لقد كان لظهور الحاسب وشبكة الانترنت عاملا حاسما في تغيير شكل العقود، فانتقلت من العالم المادي الملموس الذي يتم بين شخصين في مجلس واحد إلى تعاقدات إلكترونية تتم بين شخصين في مجلسين مختلفين، وهو ما أدى بالضرورة إلى ظهور نصوص قانونية تواكب هذه التغيرات أو الانتقال من العالم الملموس إلى العالم الالكتروني .

بل هناك فقهاء من حاولوا الربط بين العقد الإلكتروني و شبكة الانترنيت، إذ يعني التعاقد الإلكتروني عندهم فتح قناة إلكترونية أو رقمية سريعة لإنجاز المعاملات من خلال شبكة الانترنيت من دون تقيد بحدود الزمان أو المكان[1].

لقد جاءت كلمة الانترنيت اختصارا للتعبير Interconnected Network ومعناها الشبكة المرتبطة، ويمكن تعريفها بأنها:" شبكة عالمية تربط الحواسيب والشبكات الصغيرة ببعضها البعض من خلال خطوط نقل مختلفة ... بشكل متواصل عبر مدار الساعة في شتى أنحاء المعمورة"[2]، وهناك من عرفها بأنها شبكة الاتصالات الأم التي تربط جميع أجهزة وشبكات الكمبيوتر في العالم كله مع بعضها البعض بما في هذه الشبكات من معلومات وأجهزة و أفراد يعملون عليها[3]، وهناك من سماها بالطريق السريع للمعلومات[4].

---

[1] تامر محمد سليمان الدمياطي، إثبات التعاقد الإلكتروني عبر الانترنيت – دراسة مقارنة– ، الطبعة الأولى ، منشأة المعارف، الإسكندرية ، 2009 ، ص 16 .

[2] محمود عبد الرحيم الشريفات، التراضي في تكوين العقد عبر الانترنيت – دراسة مقارنة– ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى ، 2009 ، ص 22.

[3] عمر خالد زريقات، عقد البيع عبر الانترنيت دراسة تحليلية ، دار الحامد، عمان، الطبعة الأولى،2007، ص .36

[4] محمد سعيد محمد الرملاوي، التعاقد بالوسائل المستحدثة في الفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007 ، ص 89.

يعتبر العقد الإلكتروني من العقود الحديثة لأنه جاء نتيجة لاستخدام المعلوماتية ودخولها كافة مناحي الحياة ، وعلى الرغم من الاختلافات التي تميزه عن العقود التقليدية فإننا نجد أن هذا العقد يقوم على أركان واحدة هي أصل كافة العقود وهو الرضا والمحل والسبب.

اختلف الفقهاء في تحديد مفهوم موحد للعقود الإلكترونية وهذا نظرا لتنوعها الشديد، فهناك من الفقهاء من استند في تعريفه لها إلى صفة أطراف العلاقة القانونية وعرفها بأنها:"تنفيذ بعض أو كل المعاملات التجارية في السلع والخدمات التي تتم بين مشروع تجاري وأخر أو بين تاجر ومستهلك وذلك باستخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات"[1]، أما فقهاء القانون الدولي ارتكزوا على البعد الدولي للعقود الإلكترونية وعرفوها:" أنه العقد الذي تتلاقى فيه عروض السلع والخدمات التي يعبر عنها بالوسائط التكنولوجية المتعددة خصوصا شبكة المعلومات الدولية(الانترنيت) من جانب أشخاص متواجدين في دولة أو دول مختلفة بقبول يمكن التعبير عنه من خلال ذات الوسائط بإتمام العقد "[2].

وهناك اتجاه فقهي حصرها في نوع واحد من العقود وهي التي تبرم عبر شبكة الانترنيت[3]، ومنهم الأستاذ عبد الله الخشروم بقوله :"اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد، وذلك بوسيلة مسموعة أو مرئية بفضل التفاعل بين الموجب والقابل"[4].

غير أن غالبية الفقه اهتم بالوسيلة التي يتم من خلالها إبرام العقد الإلكتروني، والتي عادة ما تكون عن طريق وسائل الاتصال الحديثة وأن له صور عديدة في مقدمتها التعاقدات التي تتم باستخدام الكمبيوتر[5].

---

[1] صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،2008، ص11.

[2] عبد الله الخشروم، حماية المستهلك في العقود الدولية الإلكترونية وفق مناهج القانون الدولي الخاص، منشور على موقع : arablawinfo.com، ص، 2 و 3، بتاريخ 12 سبتمبر 2009.

[3] محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003، ص 18.

[4] عبد الله الخشروم، عقود التجارة الإلكترونية عبر شبكة الانترنت وفقا لأحكام الشريعة الأردنية، منشور على الموقع : Arablawinfo.com، ص 13. بتاريخ 12 سبتمبر 2009.

[5] سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص. 18.

وهو ما ظهر جليا في تعريف معظم الفقهاء للعقد الإلكتروني، فهناك من قال بأنها تلاقي إرادتين عبر تقنيات الاتصال عن بعد بهدف تنفيذ معاملة تجارية[1]، وأخر نص على أنه "العقد الذي يتم انعقاده بوسيلة إلكترونية بقصد إنشاء التزامات تعاقدية"[2]، والبعض الأخر عرفها بأنه: "هو كل عقد تصدر فيه إرادة أحد الطرفين أو كليهما أو يتم التفاوض أو تبادل وثائقه كليا أو جزئيا عبر وسيط إلكتروني"[3].

لقد تطرقت التشريعات الدولية للعقود الإلكترونية تحت مفهوم عقود البيع عن بعد، فالتوجيه الأوروبي رقم 97- 7 بتاريخ 20 ماي 1997 المتعلق بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد نصت في مادته الثانية على تعريف عقد البيع عن بعد بأنه: "كل عقد يتعلق بسلع أو خدمات، يبرم بين المورد والمستهلك ضمن إطار نظام بيع أو تقديم خدمات عن بعد ينظمه المورد باستخدام عدة جمل تقنية للاتصال عن بعد وصولا إلى إبرام العقد وتنفيذه"، لقد حدد هذا التوجيه وسائل الاتصال عن بعد ، بأنها كل وسيلة تستخدم للاتصال عن بعد بدون حضور مادي متزامن لمقدم الخدمة والمستهلك تؤدي إلى إبرام العقد بين هذه الأطراف.

نلاحظ على العموم أن التوجيه الأوروبي قد اهتم بحماية المستهلك في هذا النوع من العقود، سواء فيما يتعلق بإبرام العقد أو تنفيذه، وهو ما ظهر جليا عند المشرع الفرنسي عندما أصدر المرسوم 2001-741 الخاص بتنظيم التعاقد عن بعد وأدخل هذه النصوص القانونية في قانون الاستهلاك، وعرف التعاقد عن بعد في المادة 16-121 بأنه كل بيع لمال أو كل أداء أو توريد لخدمة يتم بين المهني والمستهلك بأي وسيلة من وسائل الاتصال عن بعد.

في ذات المعنى حدد المشرع الأردني في القانون رقم 85 لسنة 2001 المسمى قانون المعاملات الإلكترونية في المادة الثانية، أن المقصود بالعقد الإلكتروني هو ذلك الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل إلكترونية كلها أو جزئيا.

---

[1] عصام عبد الفتاح مطر، التجارة الإلكترونية في التشريعات العربية والأجنبية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2009، ص 150.

[2] مناني فرح، أدلة الإثبات الحديثة في القانون، دار الهدى، عين مليلة، 2008 ،ص 153.

[3] أحمد المهدي، الإثبات في التجارة الإلكترونية، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2006، ص 25.

كما سار في نفس الاتجاه المشرع المصري في مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري لسنة 2001 وعرف العقد الإلكتروني بأنه:" كل عقد تصدر فيه إرادة أحد الطرفين أو كليهما أو يتم التفاوض أو تبادل وثائقه كليا أو جزئيا عبر وسيط إلكتروني.

على العكس من ذلك فإن المشرع الإماراتي في القانون رقم 2 لسنة 2002 بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية عرف فقط المعاملات الإلكترونية بأنها أي تعامل أو عقد أو اتفاقية يتم إبرامها أو تنفيذها بشكل كلي أو جزئي بواسطة المراسلات الإلكترونية ، دون أن يتطرق لمفهوم العقد الإلكتروني.

وهو نفس ما نهجه المشرع التونسي في القانون 83 لسنة 2000 المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية حيث اكتفى فقط بتحديد مفهوم المبادلات الإلكترونية بأنها: "المبادلات التي تتم باستعمال الوثائق الإلكترونية "، و مصطلح التجارة الإلكترونية ب:" العمليات التجارية التي تتم عبر المبادلات الإلكترونية " دون إعطاء تعريف للعقد الإلكتروني .

على الرغم من الجهود الكبيرة التي بذلت سواء من جانب الفقه أو التشريعات في وضع تعريف شامل مانع للعقد الإلكتروني، فإن هذه التعريفات تبقى ناقصة، فمن ناحية أولى فإن بعض هذه التعريفات ارتكزت فقط على تكوين العقد من دون الاهتمام بمرحلة تنفيذه، على الرغم من أن تلك المرحلة الأخيرة هي التي تميز العقد الإلكتروني التي تتم عبر أجهزة الكمبيوتر، ومن ناحية ثانية فإن الاهتمام بالطابع الدولي للعقود الإلكترونية أثناء تعريفها يعتبر إهدارا للوقت وهذا نظرا لعدم اعتراف شبكة الانترنيت بالحدود الجغرافية، فيمكن أن يكون العقد الإلكتروني دوليا أو وطنيا حسب موقع الأشخاص المتعاقدة.

تعتبر مسألة إثبات العقود الإلكترونية من أهم الإشكالات التي واجهت هذا النوع الجديد من العقود، فقواعد الإثبات التقليدية ظهرت في بيئة ورقية تعترف بالحجية الكاملة للكتابة الورقية مع ضرورة التوقيع عليها بشكل خطي، وهو ما يتنافى بشكل واضح مع مقتضيات الدليل الالكتروني .

زيادة على ذلك فإن الطابع الغير الملموس للعقود الإلكترونية واحتمال عدم حصول الأطراف المتعاقدة على دليل مادي يثبت حصول هذه العقود، وعدم امتلاك البعض من الأشخاص

السيطرة على النظام التقني المستخدم، أو عدم المعرفة المسبقة بالفنيات والتقنيات الضرورية، جعل الأفراد يترددون في إبرام هذا النوع الجديد من العقود .

لقد حاول الفقه والقضاء في بداية الأمر تكييف قواعد الإثبات التقليدية لتلاؤم العقود الإلكترونية، ثم ظهر قصور كبير وعدم تلاؤم هذه القواعد مع النوع الجديد من التعاقدات، مما أدى بالعلماء إلى اختراع ما يعرف بالكتابة والتوقيع الإلكترونيين، وهو ما أدى إلى تدخل المشرعين الوطنيين والدوليين إلى صياغة قواعد قانونية تستوعب هذه الظاهرة الجديدة، وأولها قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لسنة 1996 ثم في سنة 2001 أصدرت هذه اللجنة القانون النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية، كان الاتحاد الأوروبي من أول المنادين بتبني التوقيع الإلكتروني كوسيلة إثبات بموجب التوجيه الأوروبي المشترك الصادر بتاريخ 13 ديسمبر 1999 حول الإطار المشترك للتواقيع الإلكترونية لحمل الدول التي تحت لوائها على الاعتراف بالتوقيع الإلكتروني، و المشرع المصري بموجب قانون التوقيع الإلكتروني رقم 15 لسنة 2004 و قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية رقم 02 لإمارة دبي إلخ ...

لم يكن المشرع الجزائري بمعزل عن التطورات الواقعة في هذا المجال، فعدل قواعد الإثبات المنصوص عليها في القانون المدني بموجب قانون 05-10 المعدل والمتمم للقانون المدني[1]، وبموجبه اعترف بحجية الكتابة والتوقيع الإلكترونيين، ثم بعد ذلك أصدر المرسوم التنفيذي 07 – 162 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم 01 – 123 والمتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات، ولكنه ألغى هذا المرسوم عند إصداره القانون 15-04 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين ، والقانون 15-03 المتعلق بعصرنة العدالة الذي يقر بحجية التوقيع الإلكتروني في الأحكام القضائية.

[1] قانون رقم 05-10المؤرخ في 20 يونيو 2005 يعدل ويتمم الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم (ج ر 44)، الصادرة بتاريخ 26 يونيو 2005 ، ص 17 وما بعدها .

هدف ونطاق الدراسة

يتمثل هدف الدراسة في "إشكالية إثبات العقود الإلكترونية "نسعى من خلال إلى إقامة نظرية عامة لإثبات العقود الإلكترونية تكون مناسبة للتطورات التكنولوجية التي قد تفرز لنا صور جديدة من الكتابة والتوقيع الإلكترونيين، وتوفر للأشخاص الأمان القانوني عند استعمالهم لهذا النوع الجديد من التعاقدات.

كما وضعت هذه الدراسة نصب عينها أن ازدهار التعاقدات الإلكترونية مرتبط أساسا بتوفير وسط قانوني يكفل أمن المعاملات الإلكترونية ويحمي حقوق وحريات أطرافها ويحيطها بسياج متين من الحماية، في ضوء الممارسات غير المشروعة التي مكن أن تتعرضا لها العقود الإلكترونية من قرصنة أو سرقة للبيانات أو مختلف صور الإجرام المعلوماتي .

فضلا عن ذلك فإنه يخرج عن نطاق الدراسة بعض العقود المرتبطة بالعقد الإلكتروني من دون أن تكون محلا لها، وهي غالبا ما تسهل عملية إبرام العقد الإلكتروني ، وقد أطلق عليها البعض عقود الخدمات الإلكترونية[1]، ومن بينها عقد الإيواء Contrat d'hébergement عرفه البعض بأنه : " التقاء إرادتين على إبرام عقد محل معلوماتي أي بيانات ورسائل يتم تداولها بين مستخدمي هذه المعلومات وإرسالها إلى الغير بأي وسيلة كانت سواء تقليدية أو إلكترونية"[2].

يعتبر نوع من عقود تقديم الخدمات يتم إبرامه بين مشترك ومقدم خدمة يهدف أساسا إلى إنشاء موقع أو عنوان على شبكة الانترنيت، حيث يلتزم مقدم الخدمة بأن يضع تحت تصرف المشترك مساحة من القرص الصلب وإمكاناته وأجهزته وأدواته المعلوماتية[3] .

وهناك نوع أخر لا يمكن اعتباره من العقود الإلكترونية يطلق عليه عقد الدخول إلى الشبكة Contrat d'accès au réseau يقصد به ذلك العقد الذي يتيح الدخول إلى شبكة الانترنيت من الناحية الفنية ، وهو غالبا ما يبرم بين شخص اعتباري في صورة شركة[4] وعميل ، بمقتضاه يوفر

---

[1] محمد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الانترنيت، دار المطبوعات الجامعية، الطبعة الأولى ، الإسكندرية، 2007، ص69.

[2] محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية– دراسة مقارنة–، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص 39.

[3] لورنس محمد عبيدات، إثبات المحرر الإلكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009.، ص 37.

[4] مثل شركة اتصالات الجزائر أو شركة EAPAD في الجزائر .

مقدم الخدمة للعميل الدخول إلى شبكة الانترنيت مع توفير الوسائل الضرورية لذلك، من أهمها برنامج الاتصال الذي يحقق الربط بين جهاز الكمبيوتر والشبكة كجهاز المودم مثلا[1]، كما يلتزم المشترك دفع مبلغ معين من النقود كاشتراك.

غير أنه يمكن تعديل بنود هذا العقد إذا ما وقع تحسن في الخدمة خاصة مع التطور التكنولوجي والتقني في هذا المجال ، ومن ثم يجب على مقدم الخدمة إعلام المشترك وقت التفاوض باحتمالية زيادة الثمن ، وأن يكون له رغم الإعلام الحق في فسخ العقد أثناء تنفيذه[2].

أهمية الدراسة

من أهم أسباب اختيار الموضوع هو حداثة الموضوع بالنسبة للمشرع الجزائري حيث لم تصدر النصوص المنظمة لهذا الموضوع إلا في سنة 2005، كما أن الدولة الجزائرية تسعى بخطى حثيثة إلى تكريس الإدارة الإلكترونية من خلال العديد من التجارب كاستخراج وثائق الحالة المدنية و الأحكام القضائية بشكل إلكتروني، قصد التخفيف من البيروقراطية في الإدارة الجزائرية وتسهيل حياة الموطنين في هذا المجال ، ولا يمكن أن يتأتى ذلك إلا بوجود الكتابة والتوقيع الإلكترونيين، وهو ما ستبينه الدراسة لاحقا.

زيادة على ذلك فإن هذا الموضوع في تطور وتغير مستمر، فهو مرتبط أساسا بالتكنولوجيات الحديثة وما تفرزه من وسائل حديثة، هذا ما يؤدي بالضرورة إلى تعديل أو تغيير النصوص القانونية في هذا المجال وسعي الفقه والقضاء لمواكبة هذا التطور المتسارع، وبالتالي يمكن اعتبار هذه الدراسة لبنة أولى فقط في هذا المجال في الجزائر .

صعوبات الدراسة

من أهم الصعوبات التي واجهتني أثناء هذه الدراسة قلة المراجع الجزائرية التي تطرقت إلى هذا الموضوع مقارنة بالمراجع المصرية أو الفرنسية التي تتميز بالوفرة، كما لاقيت صعوبة كبيرة في إيجاد الأحكام القضائية الصادرة في هذا الموضوع نظرا لحداثته، إلا أني حاولت تجاوز هذه

---

[1] شركة اتصالات الجزائر تقدم جهاز المودم مجانا لكل مشترك جديد شريطة الاشتراك معها لمدة 6 أشهر .

[2] أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني(دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2008 ، ص 88.

الصعوبة بالاعتماد على الأحكام القضائية الفرنسية المنظمة لمسألة حجية الكتابة والتوقيع الإلكترونيين والأحكام القضائية المصرية والأردنية والجزائرية والفرنسية فيما يخص القواعد العامة للإثبات خاصة مسألة حجية الكتابة الخطية .

إشكالية الدراسة

انطلقت الدراسة من إشكالية عامة وهي : هل القواعد العامة للإثبات كافية للاعتراف بحجية العقد الإلكتروني،؟ و ما دور التشريعات الحديثة في هذا المجال خاصة ما يعرف بالتوقيع والكتابة الإلكترونيين ؟.

مناهج الدراسة:

اعتمدت في هذه الدراسة على العديد من المناهج من بينها، المنهج المقارن ، حيث تطرقت الدراسة في العديد من المواضع إلى إجراء المقارنة ما بين القانون المصري والفرنسي والجزائري، وهذا رغبة في الاستفادة من الحلول التي توصل إليها المشرعين المصري والفرنسي في العديد من المسائل ومحاولة الاستفادة منها في الجزائر، خاصة فيما يتعلق بحجية الكتابة والتوقيع الإلكترونيين .

زيادة على ذلك فإن هذه الدراسة اعتمدت على المنهج الوصفي التحليلي الذي يعتمد على وصف الظاهرة قيد الدراسة، ثم تحليل عناصرها ومكوناتها وإعادة بنائها من جديد، وهو ما تم فعلا في هذه الدراسة من خلال وصف وسائل إثبات العقود الإلكترونية، فمثلا تم تحليل التوقيع الإلكتروني وتبيان أنواعه وأهم شروطه حتى يكتسب الحجية المطلقة .

أهداف الدراسة

تهدف هذه الدراسة أساسا إلى وضع نظرية متكاملة في الإثبات ٱلكتروني، وتوضيح أهم الثغرات القانونية التي وقع فيها المشرع وإعطاء الحلول العملية لمختلف العقبات والمعوقات التي تواجه تطبيق التوقيع والكتابة الإلكترونيين في ارض الواقع ، ومحاولة الاستفادة من تجارب الدول الأخرى في هذا المجال خاصة التجربة الفرنسية والمصرية .

خطة البحث:

ترتيبا على ما سبق فإن الدراسة سوف تنقسم إلى بابين، وكل باب في فصلين، حيث سنتطرق في الباب الأول إلى إثبات العقود الإلكترونية في ظل التطور التكنولوجي، وينقسم إلى فصلين، الفصل الأول سيعالج طرق إثبات العقد الإلكتروني في ظل قواعد الإثبات التقليدية والفصل الثاني الاعتراف التشريعي بالكتابة الإلكترونية

أما الباب الثاني فسيعالج حجية التوقيع الإلكتروني باعتباره أهم وسيلة لإثبات العقود الإلكترونية، ويقسم بدوره إلى فصلين، الفصل الأول سيتطرق إلى مكانة التوقيع في الإثبات، حيث كان من الواجب في بداية المر معالجة فكرة التوقيع الخطي باعتبار أن التوقيع الإلكتروني ما هو إلا امتداد له، وفي الفصل الثاني تطرقنا إلى التوقيع الإلكتروني ومقتضيات الأمان القانوني أو ما هي الضمانات القانونية لجعل التوقيع الإلكتروني وسيلة إثبات آمنة ؟

الباب الأول

إثبات العقود الإلكترونية في ظل التطور التكنولوجي

الباب الأول: إثبات العقود الإلكترونية في ظل التطور التكنولوجي

يعتبر العقد في وقتنا الراهن من أهم الأنظمة القانونية التي اهتمت بها الدراسات القانونية، فهو نظام متكامل يحدد بوجه الدقة التزامات الأطراف المتعاقدة، بل هو القانون نفسه وفقا للمقولة الشهيرة "العقد شريعة المتعاقدين"، فهو الأساس الذي يرتكز عليه النظام الرأسمالي الذي يعتمد على الحرية الفردية ويقدسها.

لذا نجد بعضا من الفقه[1] يقر بأن العقد ما هو في حقيقة الأمر إلا انعكاس لأساليب الإنتاج والتوزيع الاقتصادي ومدى تأثرها بالتقنيات السائدة في محيطها، لذا كان لابد أن يستجيب النظام التعاقدي لكل تطور اقتصادي أو تقني في هذا المجال .

لقد كان للتطور التكنولوجي انعكاس مباشر على النظام التعاقدي، فظهر نوع جديد يسمى بالعقود الإلكترونية، ومن أهم التحديات التي واجهت هذا النوع الجديد من التعاقدات هو كيفية إثباته، وهل يجب صياغة قواعد قانونية جديدة حتى يتمكن الأشخاص من إثبات حقوقهم بواسطة العقود الإلكترونية ؟

في بداية الأمر حاول الفقه ومعه القضاء –خاصة القضاء الفرنسي– الاكتفاء فقط بالقواعد التقليدية لإثبات العقد الإلكتروني، فنجد العديد منهم يرى أن قواعد الإثبات التقليدية تعتبر كافية لإثبات العقود الإلكترونية ولا حاجة لنا لصياغة نصوص جديدة في هذا المجال[2].

فحاول أصحاب هذا الرأي الاستعانة بالاتفاقات للاعتراف بحجية وسائل الإثبات الحديثة، وتم الأخذ بهذه الوسيلة في المعاملات خاصة البنكية التي تتم بين البنك والعميل.

---

[1] أنظر في هذا المعنى: محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد "قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع إشارة لقواعد القانون الأوروبي"، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، بدون سنة نشر، ص 5.

[2] لمزيد من التفاصيل أنظر : يوسف أحمد نوافلة ، الإثبات الإلكتروني في المواد المدنية والمصرفية دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012، ص 220 وما بعدها .

زيادة على ذلك تم التركيز على قواعد الإثبات الواردة في القانون المدني أو قانون الإثبات، وحرية الإثبات المنصوص عليها في القانون التجاري للاعتراف بحجية وسائل الإثبات الحديثة.

مع تزايد استعمال العقود الإلكترونية واعتماد العديد من الأفراد عليها كطريقة لتلبية العديد من الحاجيات، أصبحت القواعد التقليدية لا تلبي حاجة الأفراد المتزايدة في إثبات العقود الإلكترونية، فكان من الضروري تدخل تشريعات سواء على المستوى الدولي أو الداخلي لتنظيم هذه المسألة.

فتم تعديل العديد من القواعد المنظمة للعقود، ومن أهمها وسائل الإثبات، فظهر ما يعرف بالإثبات الإلكتروني.

على هذا الأساس تم تقسيم الباب الأول إلى فصلين، حيث سنعالج في الفصل الأول طرق إثبات العقد الإلكتروني في ظل قواعد الإثبات التقليدية، بحيث سنبين مدى قدرة هذه القواعد على إثبات العقود الإلكترونية، خاصة إذا علمنا أن قواعد الإثبات التقليدية نشأت وترعرعت في بيئة مختلفة تماما عن البيئة الإلكترونية .

كما سنعالج في الفصل الثاني الاعتراف التشريعي بالكتابة الإلكترونية وما ترتب عليه من نتائج هامة، وظهور ما يعرف بالمحررات الإلكترونية، سواء كانت محررات رسمية إلكترونية أو محررات عرفية إلكترونية، حيث أصبحت الكتابة الالكترونية عموما جزءا من حياة الأفراد والأمم حيث كان بديهيا أن تعترف بها العديد من التشريعات سواء الوطنية منها أو الدولية .

الفصل الأول: إثبات العقود الإلكترونية بواسطة قواعد الإثبات التقليدية

كان ظهور العقود الإلكترونية في ظل قواعد إثبات لا تناسب طبيعتها اللامادية، فنتج عنه في البداية التساؤل هل هذه العقود الجديدة لا تمس بالمبادئ العامة للإثبات المتعارف عليها في قواعد الإثبات التقليدية، وهل يجب إعادة النظر في هذه المبادئ ؟، على هذا الأساس سوف نعالج في المبحث الأول مدى تلاؤم العقود الإلكترونية مع المبادئ العامة للإثبات.

كما أن صعوبة إثبات العقود الإلكترونية لا تنحصر فقط في مدى تلاؤمها مع مبادئ الإثبات، بل تشمل كذلك عدم تلاؤمها مع طرق الإثبات المنصوص عليها قانونا، فمن المعلوم أن الكتابة تعتبر من أقوى وسائل الإثبات، وأن هذه الكتابة كانت مرتبطة بشكل بديهي بالدعامة الورقية، فلم يكن المشرع بحاجة إلى سن قوانين في هذا المجال .

من المتعارف عليه أن العقود الإلكترونية لا تعتمد في وجودها على الدعامة الورقية بل ترتكز على الدعائم الإلكترونية، وهو ما أدى إلى التساؤل هل يمكن تكييف قواعد الإثبات التقليدية لاستيعاب إثبات العقود الإلكترونية ؟

للإجابة على هذه التساؤلات سوف نحاول في المبحث الثاني أن نتطرق إلى جهود الفقه والقضاء في محاولاتهم الحثيثة لتكييف قواعد الإثبات التقليدية مع العقود الإلكترونية، وهل بالفعل نحن بحاجة إلى نصوص قانونية خاصة نثبت بها العقود الإلكترونية؟ .

المبحث الأول: الاعتداد بالعقود الإلكترونية في ظل قواعد الإثبات التقليدية

تعتبر العقود الإلكترونية من العقود الحديثة التي ظهرت نتيجة التطور التكنولوجي الحاصل في عالمنا المعاصر، ولم يهتم رجال القانون عموما بهذا النوع من العقود إلا بعد ظهور شبكة الانترنت، وما ترتب عنه من ظهور معاملات جديدة في حياة الأفراد والمجتمعات أو ما يعرف بالمعاملات الإلكترونية، وهي تلك المعاملات التي تتم بشكل إلكتروني وفي عالم غير مادي أو ملموس .

حيث أصبحت معظم هذه المعاملات لا تتم إلا عن طريق إبرام عقود إلكترونية، وأهم إشكالية تواجه العقود الإلكترونية هي كيفية إثباتها بصفة عامة، بل إن هناك من الأشخاص من يتساءل هل هذه العقود تتناسب مع المبادئ العامة للإثبات ؟ خاصة إذا ما علمنا أن القواعد العامة للإثبات ظهرت في عالم مادي ملموس وتعطي للكتابة الورقية الحجية الأكبر عكس الكتابة الإلكترونية التي تتم في عالم افتراضي وتنشأ فوق دعائم إلكترونية، أم يجب تعديل هذه المبادئ حتى تناسب العقود الإلكترونية ؟ كل هذه التساؤلات سنحاول الإجابة عليها في المطلب الأول تحت عنوان مدى تلاؤم العقد الإلكتروني مع المبادئ العامة للإثبات .

سنحاول في المطلب الثاني تحديد وسائل الإثبات في البيئة الورقية وهل يمكن لنا إثبات العقود الإلكترونية بواسطة هذه الوسائل على الرغم من الاختلاف الجوهري الموجود بينهما .

المطلب الأول: مدى تلاؤم العقد الإلكتروني مع المبادئ العامة للإثبات

تشكل قواعد الإثبات أهمية كبرى في أي نظام قانوني، لذلك عنيت به مختلف التشريعات، بحيث وضعت مبادئ عامة يجب أن يتبعها كل شخص حتى يثبت حقه.

إلا أن هذه التشريعات لم تعرف مصطلح الإثبات و تركت هذه المهمة للفقه، كما أن هذه التشريعات قد انقسمت إلى ثلاث اتجاهات أثناء صياغتها لقواعد الإثبات، سنحاول أن نعرف موقف المشرع الجزائري من هذه الاتجاهات، وهل كل هذه الاتجاهات تتلاءم مع الإثبات الإلكتروني ؟، وهو ما سنتطرق إليه بالتفصيل في الفرع الأول تحت عنوان نظرة عامة في الإثبات .

إن إثبات العقود الإلكترونية يخضع في مجمله للقواعد العامة للإثبات، ومن أهمها على الإطلاق تحديد محل الإثبات، فسنلاحظ من خلال دراستنا أن محل الإثبات في العقود الإلكترونية لا يختلف على محل الإثبات في العقود التقليدية، وبالتالي متى عرض النزاع على القاضي فإنه يجب عليه الاستعانة بالقواعد العامة للإثبات للتأكد من صحة محل الإثبات وهو ما سندرسه بالتفصيل في الفرع الثاني .

ومن بين الإشكالات التي تطرح في مجال العقود الإلكترونية ما يعرف بمسألة تحديد عبء الإثبات أو على من يقع عبء الإثبات هل على المدعي وفق القواعد العامة للإثبات؟، أم أن البيئة الإلكترونية التي ينشأ فيها العقد الإلكتروني سوف تحول عبء إثبات العقد من المدعي إلى المدعى عليه؟ وهو ما سنعالجه في الفرع الثالث .

الفرع الأول: نظرة عامة في الإثبات

سنتطرق في هذا الفرع إلى عدة مسائل أولها تعريف الإثبات ثم أهميته وأخيرا مذاهب الإثبات.

أولا : تعريف الإثبات

نجد أن الفقه قد اهتم بوضع عدة تعريفات لمصطلح الإثبات، فعرفه البعض بأنه:"إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية ترتبت

أثارها"[1]، عرفه فقيه أخر بأنه :"تأكيد حق متنازع فيه له أثر قانوني بالدليل الذي أباحه القانون لإثبات ذلك الحق"[2].

الإثبات بالمعنى القانوني هو إقامة الدليل أمام القضاء على وجود واقعة قانونية، وذلك بالكيفية والطرق التي حددها القانون وبالقيود التي رسمها على وجود واقعة قانونية متنازع عليها"[3]، وهناك أخر عرفه بأنه:" إقامة الحجة والدليل والبرهان أمام الجهة المختصة على الواقعة المنشئة للحق سواء كانت واقعة مادية أو تصرفا، وذلك بالكيفية والطرق المحددة قانونا"[4]، وبعض الفقه الفرنسي عرفه بأنه: "هي كل وسيلة تستعمل لإقناع القاضي بحقيقة واقعة معينة "[5]، هذا هو جوهر التعريف الذي وضعه الفقه للإثبات، مع اختلاف يسير في صياغته.

نستخلص من هذا التعريفات الأمور التالية :

– إن المقصود بالإثبات في هذه الدراسة هو الإثبات القضائي الذي يتم عن طريق تقديم الدليل أمام القضاء، وهو يختلف عن الإثبات بالمعنى العام الذي يعتبر خاليا من كل قيد، كالإثبات العلمي أو التاريخي.

– لابد أن ينصب الإثبات على وجود واقعة مادية، وليس على الحق المتنازع حوله، ونقصد بالواقعة القانونية هي الواقعة بالمعنى العام التي يرتب القانون عليها أثرا معينا، كالعمل غير مشروع ترتب إلزام فاعله بالتعويض أو تصرفا قانونيا كعقد البيع[6].

---

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثاني "نظرية الالتزام بوجه عام"، الإثبات – أثار الالتزام، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان ، 2000 ، ص 14.

[2] أحمد نشأت، رسالة الإثبات ، الجزء الأول، دون دار نشر ، 2008، ص 14.

[3] نبيل صقر ونزيهة مكاري، الوسيط في القواعد الإجرائية والموضوعية للإثبات في المواد المدنية، دار الهدى، عين ميلة، الجزائر، 2009، ص 7.

[4] حمزة خشاب، مدخل إلى العلوم القانونية ونظرية الحق، دار بلقيس، دار البيضاء، الجزائر، 2014، ص 266.

[5] Grynbaum (L) et autres , Droit des activités numériques, Dalloz, Paris, 1er édition, 2014, p.7.

[6] عثمانية سيفي، الإثبات في المواد المدنية ودور القاضي فيه "دراسة مقارنة "، ماجستير في القانون العام المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2014، ص 10 .

– يجب أن تكون الواقعة القانونية التي ينصب عليها الإثبات أساسا للحق المدعى به، بحيث يكون من شأنها أن تؤدي إلى إقناع القاضي بالنسبة لهذا الحق، وأن يكون الإثبات بطرق محددة رسمها القانون، وهو ما يؤدي إلى أن الحقيقة القضائية قد لا تتفق حتما مع الحقيقة الواقعية[1].

ثانيا: أهمية الإثبات

يتضح لنا من خلال التعريفات السابقة الأهمية الكبرى للإثبات، فكل شخص أراد أن يثبت واقعة معينة يرتب القانون عليها أثرا، يجب أن يتم هذا الإثبات في ساحة القضاء، وإلا فإن الحق والعدم سواء في هذه الحالة، زيادة على ذلك فإنه لا يجوز للإنسان أن يقتضي حقه بنفسه ولا أن يقيم العدالة بنفسه حتى لا تسود الفوضى في المجتمع، فلا قيمة عملية للحق إلا بإثباته قضائيا بالطرق القانونية أمام الهيئات القضائية[2]، فالإثبات يحي الحق ويجعله مفيدا وهو قوة الحق[3].

في هذا المعنى تنص المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني المصري ما يلي: "الحق يتجرد من قيمته ما لم يقم الدليل على الحادث المبدأ له، قانونيا كان هذا الحادث أو ماديا، والواقع أن الدليل هو قوام حياة الحق ومعقد النفع منه"[4].

يتضح لنا جليا الأهمية البالغة للإثبات فهو الوسيلة العملية التي يعتمد عليها الأفراد لصيانة حقوقهم المترتبة على الوقائع القانونية، والأداة الضرورية التي يعول عليها القاضي في التحقق من تلك الوقائع، على الرغم من هذه الأهمية إلا أن الإثبات لا يعد ركنا من أركان الحق الذي يكون موجودا بمجرد توافر شروطه مهما كانت وسيلة إثباته .

---

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق ، ص 15 .

[2] حمزة خشاب، المرجع السابق، ص 266.

[3] عثمانية سيفي، المرجع السابق، ص 20.

[4] مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ج 3 ص 349 وقد تم إلغاء نصوص الإثبات من القانون المدني المصري بإصدار قانون الإثبات رقم 25 لسنة 1968 .

يلاحظ أن المشرع الجزائري لم يخصص قانونا منفردا للإثبات مثلما فعل المشرع المصري، بل كانت هذه القواعد متفرقة على عدة قوانين، فنجد مثلا القواعد الموضوعية معظمها موجود في القانون المدني[1] بينما القواعد الإجرائية منصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية[2] .

ثالثا: مذاهب الإثبات

إن تشريعات الدول عند صياغتها لقواعد الإثبات قد تبنت ثلاث مذاهب، فهناك ما يعرف بالمذهب الحر الذي يترك الحرية المطلقة للأفراد لإثبات حقوقهم، وأخر يسمى بالمذهب المقيد الذي تكون فيه وسائل الإثبات محددة بموجب القانون ولا يجوز للأفراد إلا الأخذ بها، وأخيرا هناك ما يعرف بالمذهب المختلط الذي يوازن ما بين المذهبين السابقين، حيث سندرس بالتفصيل كل مذهب، و موقف المشرع الجزائري منها:

1- **المذهب الحر** : وفيه لا يحدد القانون طرقا محددة للإثبات، ويكون الخصوم أحرارا في اختيار الأدلة التي يرونها مناسبة لإقناع القاضي، ويكون للقاضي في هذا المذهب دور إيجابي، فله سلطة إكمال ما نقص من أدلة الخصوم وأن يقضي بعمله الشخصي .

وهو ما يجعل هذا المذهب يقترب كثيرا ما بين الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية، مما يؤدي بالقاضي إلى إصدار حكم مطابق بدرجة كبيرة للحقائق الواقعية في موضوع النزاع.

غير أنه يعاب على هذا المذهب أنه لا يحقق الاستقرار في التعامل نظرا لاختلاف التقدير من قاضي إلى أخر، أي أن نفس القضية قد يصدر فيها قاضيا حكما معينا بينما قد يصدر فيها قاضيا أخر حكما مخالفا.

---

[1] نجد أن القواعد الموضوعية للإثبات قد نص عليها المشرع الجزائري في القانون المدني من المادة 323 إلى المادة 350 منه.

[2] لقد نص المشرع الجزائري على القواعد الإجرائية للإثبات في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في الباب الرابع تحت عنوان "في وسائل الإثبات" من المادة 70 إلى 193 منه.

لذا اشترط بعض الفقه أن يبتعد القاضي عن الجور والهوى والتحكم حتى يمكن له تقريب الحقيقة الواقعية عن الحقيقة القضائية[1]، وكذلك فإن هذا النظام يطلق من حرية القاضي دون أي قيود، ولا يمكن للخصوم في الدعوى التأكد مما إذا كان بإمكانهم إقناع القاضي وذلك لعدم وجود وسائل محددة يلتزم بها[2]، لقد اعتنق هذا المذهب بعض التشريعات كالقانون الألماني والسويسري والقانون الانجليزي والأمريكي.

إن المذهب الحر عموما كمبدأ عام يتناسب بشكل كبير مع الإثبات الإلكتروني وخصوصا إثبات العقود الإلكترونية، لأنه يترك المجال واسعا للقاضي في الأخذ بوسائل الإثبات الحديثة أو استبعادها كليا، ولا يقيده في ذلك إلا ضميره المهني ووقائع القضية التي أمامه، و أن القاضي لا ينتظر صدور النصوص القانونية حتى يعترف بوسائل الإثبات الحديثة، خاصة إذا ما علمنا أن القانون يأخذ فترة طويلة لصياغته ويصبح ساري المفعول، وأخيرا تكون للأفراد الحرية المطلقة في الاتفاق على الاستعانة بوسائل الإثبات دون انتظار النصوص القانونية التي تقر بصحة هذه الاتفاقات[3] .

على الرغم من كل هذه المزايا التي يوفرها المذهب الحر في الإثبات الإلكتروني عموما وإثبات العقود الإلكترونية خصوصا، إلا أنه لا يجب ترك الحرية المطلقة للقاضي في الأخذ بوسائل الإثبات الحديثة، خاصة إذا ما علمنا أنه يمكن للقاضي أن يتعسف في استعمال سلطاته، وبالتالي قد يأخذ بوسيلة إثبات حديثة في قضية معينة ويتضح فيما بعد أن هذه الوسيلة ليست لها أي حجية، أو أن يستبعد وسيلة إثبات معينة ثم يتضح بعد ذلك أن هذه الوسيلة لها الحجية الكاملة في الإثبات .

---

[1] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 28 و محمد صبري سعد، الواضح في شرح القانون المدني " الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، دار الهدى، عين مليلة الجزائر، 2009، ص 9 .

[2] وهيبة بلباقي، الإثبات في المواد الإدارية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2010، ص13.

[3] لمزيد من التفاصيل حول اتفاقات الإثبات أنظر: ص 48 وما يليها من هذه الرسالة.

كما أن إطلاق حرية الأفراد في الأخذ بوسائل الإثبات الحديثة عن طريق الاتفاقات يشكل خطرا كبيرا على الطرف الضعيف، الذي لا تكون له أي حماية في هذا المجال.

2- المذهب المقيد: إن هذا المذهب يحدد طرق الإثبات وقيمة كل منها في القانون، فلا يكون للخصوم أو القاضي إلا إتباعها، فيكون للقاضي في هذه الحالة دور سلبي، فلا يقضي بعلمه الشخصي ولا أن يساهم في جمع الأدلة[1].

يتميز المذهب المقيد بأنه يحقق الاستقرار في التعامل، كما يبعث الثقة والاطمئنان في نفوس الخصوم نظرا لما يتميز به من دقة حسابية تكفل ثبات التعامل، لكن يؤخذ عليه أنه ينزع من يد القاضي كل وسيلة للوصول للحقيقة الواقعية إذا كان الوصول إليها بغير طرق الإثبات التي حددها القانون.

لقد أخذ الفقه الإسلامي بهذا المذهب في مجال شهادة الشهود، فأوجب الإثبات بشاهدين ولا يكتفي بشهادة واحد إلا في حالات استثنائية، وإذا توافر نصاب الشهادة وجب الأخذ بها دون أن تكون للقاضي حرية في التقدير[2]، ويمتد هذا النظام إلى القانون الروماني القديم فقد كانت سلطة القاضي مقيدة بما جاء في الدعوى بالألفاظ المستخدمة من طرف المتعاقدين[3].

إن هذا المذهب لا يتناسب مع الإثبات الإلكتروني عموما وإثبات العقود الإلكترونية خصوصا، لأن وسائل الإثبات الالكتروني تتميز بسرعة التطور والتغير، فالتكنولوجيات الحديثة غالبا ما تطلعنا على أمور مستحدثة لم تكن موجودة من قبل، وهو ما لا يتناسب مع جمود القاعدة القانونية.

---

[1] F.jacques et autres .Droit civil les obligations ,8[e]éd, sirey, Paris, 2013,p.11.

[2] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 29.

[3] نبيل صقر ونزيهة مكاري، المرجع السابق، ص 18.

زيادة على ذلك، فإن القاضي في المذهب المقيد لا تكون له أي سلطة في تقدير قيمة وسائل الإثبات المطروحة أمامه، وبالتالي فإنه لا يستطيع الأخذ بوسائل الإثبات الحديثة ما لم تكن منصوص عليها في القانون، حتى وإن كانت هذه الوسائل صحيحة، وأخيرا لا يجوز للأفراد في الدول التي تأخذ بهذا المذهب أن يتفقوا على الاستعانة بوسائل الإثبات الحديثة إذا لم ينص القانون على ذلك، وهو ما يعتبر تقييد من حرية الأفراد، مادام أن هذه الاتفاقات لا تمس بالمصلحة العامة.

3 – المذهب المختلط: إن هذا المذهب يجمع بين المذهبين الحر والمقيد، فيأخذ بمزايا كلا المذهبين، فهو مثلا يأخذ بمبدأ حياد القاضي ويحدد الأدلة بموجب القانون، وبذلك يحقق الاستقرار في المعاملات ويجنب تحكم القاضي؛ وفي نفس الوقت يخفف من مساوئ الإثبات المقيد بإعطاء القاضي سلطة واسعة في تقدير بعض الأدلة التي لها قوة محدودة في الإثبات كشهادة الشهود، فيستطيع القاضي أن يأخذ بها أو يستبعدها، كما يستطيع تغليب القلة على الكثرة في حالة اختلاف الشهود، وله كذلك توجيه اليمين المتممة[1].

يسعى هذا المذهب لتقريب ما بين الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية، كما أنه يتفاوت من نظام قانوني إلى أخر، فهناك من النظم من تقلل من القيود وهناك من يشدد فيها، فنجد مثلا أن المشرع الجزائري والمصري والفرنسي قد تبنوا هذا المذهب، فأطلقوا حرية الإثبات في مجال المعاملات التجارية، الذي نص عليه مثلا المشرع الجزائري في المادة 30 ق.ت.ج التي تنص :"...بالإثبات بالبينة أو بأي وسيلة أخرى إذا رأت المحكمة وجوب قبولها" ، ويقابلها في التشريع المصري المادة 69/ 1من قانون التجارة الجديد رقم 17 لسنة

[1] وهو ما تنص عليه المادة 1/348 ق.م.ج بقولها : "للقاضي أن يوجه اليمين تلقائيا إلى أي من الخصمين ليبني على ذلك حكمه في موضوع الدعوى أو في ما يحكم به".

1999 التي تنص : " يجوز إثبات الالتزامات التجارية أيا كانت قيمتها بكافة طرق الإثبات ما لم ينص القانون على غير ذلك"، و تقابله المادة 110 من القانون التجاري الفرنسي[1] .

بالإضافة إلى ذلك أقر المشرع الجزائري حرية الإثبات في المادة 73 ق.إ.م.إ[2] للمحكمة أن تدعوا الغير أثناء سير الدعوى لإلزامه بتقديم ورقة أو سند تحت يده في الأحوال المنصوص عليها في القانون وكذلك يجوز لها من تلقاء أو بناء على طلب الخصوم أن تقرر جلب المحررات من الدوائر الرسمية إذا تعذر ذلك على الخصوم.

إلا أن هذه التشريعات قد قيدت الأفراد في إثبات بعض المعاملات، حيث اشترطت مثلا الكتابة الرسمية كوسيلة وحيدة لإثبات التصرفات الواقعة على العقار وهو ما ينص عليه صراحة المشرع الجزائري في المادة 324 مكرر 1 ق. م . ج التي تنص :"زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها للشكل الرسمي، يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية ... في شكل رسمي ... "، وهو ما أقره كذلك قضاء المحكمة العليا بقوله :" من المقرر قانونا أنه زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها للشكل الرسمي، يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية في شكل رسمي.

ولما ثبت أن قضاة الموضوع لم يطبقوا المادة324 مكرر 1 من ق.م.ج، بل اعتمدوا في إثبات علاقة الإيجار على تواجد الطاعن فعليا بالمحل المتنازع فيه، فإنهم قد خرقوا القانون بما يعرض قرارهم للنقض."[3]

---

[1] Art 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 ’’

[2] تنص المادة 73 ق.إ.م.إ :"يجوز للقاضي أن يأمر باستخراج نسخة رسمية أو إحضار عقد رسمي أو عرفي أو إحضار أية وثيقة محجوزة لدى الغير، بناء على طلب أحد الخصوم، حتى ولو لم يكن طرفا في العقد "

[3] القرار رقم 138806 بتاريخ 09-07- 1999، الصادر عن الغرفة التجارية والبحرية، المجلة القضائية، المحكمة العليا، العدد الأول، ص 87.

عموما فإن المذهب المختلط يعتبر جد مناسب لإثبات العقد الإلكتروني، فهو يفتح المجال للقاضي للعمل برأيه الشخصي متى لم توجد قواعد قانونية تنظم الإثبات الإلكتروني، كما تسمح للأفراد باستخدام وسائل الإثبات الحديثة في تعاملاتهم اليومية ما دامت لا تمس بالمصلحة العامة وتقتصر فقط على القواعد الموضوعية .

لكنه يجب على الدول التي تتبنى هذا المذهب –من بينها الجزائر– أن لا تترك المجال واسعا للأفراد والقضاة بالأخذ بوسائل الإثبات الحديثة بل يجب في هذا المجال المسارعة إلى سن قوانين تنظم هذا المجال، حتى نتجنب عيوب المذهب الحر .

الفرع الثاني : محل الإثبات الإلكتروني

لا يقع الإثبات على الحق ذاته أو الأثر القانوني المدعى به، وإنما يرد على المصدر المنشئ له أو المؤدي إلى زواله أو إلحاق وصف به، سواء كان هذا المصدر تصرفا قانونيا كعقود البيع والإيجار أو واقعة مادية كواقعة الوفاة والفعل الضار[1]، ويترتب على ذلك أن الالتزام ذاته ليس محلا للإثبات، بل يستخلص من مصدره، ومصدر الالتزام وحده هو الواقعة القانونية التي تكون محلا للإثبات[2] .

على هذا الأساس، فإنه لا يختلف محل الإثبات في البيئة الورقية عنه في البيئة الإلكترونية، إذ يمكن أن يكون المصدر المنشأ للحق عقدا سواء تم إبرامه بالطرق التقليدية أو عبر شبكة الانترنت، فالفارق الجوهري بين العقدين هو في وسيلة الانعقاد فقط، و ليس له تأثير على القواعد المتعلقة بمحل الإثبات[3] .

---

[1] سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للإثبات، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1997، ص 45 .

[2] عبد الفتاح بيومي حجازي، التوقيع الإلكتروني في النظم القانونية المقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2005 ، ص 370.

[3] تامر سليمان الدمياطي، إثبات التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت "دراسة مقارنة"، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2009، ص 123.

الأصل أن كل خصم له الحق في اختيار الوقائع القانونية التي يستند إليها في تبرير دعواه، غير أن هذه الحرية في الاختيار ترد عليها قيود بعضها مستمد من طبيعة الأشياء والبعض الآخر يفرضه المشرع إما حرصا على حسن سير العمل في المحاكم، وإما تحقيقا لمصلحة عليا تتعلق بالنظام العام وحسن الآداب[1].

لذا حتى يمكن للخصم إثبات التصرف القانوني – مهما كان شكله– فإنه يجب أن تتوفر في محل الإثبات بعض الشروط، وعادة ما يتم تقسيم هذه الشروط إلى نوعين، النوع الأول شروط بديهية، والنوع الثاني شروط قانونية، وهو ما سنتعرض إليه بالتفصيل فيما يلي:

أولا : الشروط البديهية لمحل الإثبات

يجب أن تتوافر عدة شروط بديهية في الواقعة القانونية محل الإثبات، وتتلخص هذه الشروط فيما يلي:

1– أن تكون الواقعة متنازعا فيها: وهو شرط بديهي، فإن كانت الواقعة القانونية محل النزاع مسلم بها إما بطبيعتها كساعة شروق الشمس أو معترف بها من طرف الخصم، فلا يجوز للمدعي أن نثقل كاهله لإثباتها، بمعنى أخر أن الخصم قد سلم بهذه الواقعة فلا داع لإقامة الدليل عليها[2] .

فيتحدد مجال الواقعة المتنازع حولها بادعاء المدعي وجواب المدعى عليه فإن وافق الجواب الادعاء انتفت المنازعة[3]، وإن خالف الادعاء جواب المدعى عليه كان النزاع شاملا،

[1] موسى الزين قروف، سلطة القاضي المدني في تقدير أدلة الإثبات، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة ، 2014، ص 24.

[2] وهيبة بلباقي ، المرجع السابق، ص 48 و عثمانية سيفي، المرجع السابق، ص 28.

[3] سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني "أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية"، المجلد الأول، الأدلة المطلقة، دار الكتب القانونية، الطبعة الخامسة ، القاهرة، 1991، ص67 .

أما إذا خالفه في جزء منه و وافقه في جزء أخر أستبعد الجزء المتفق عليه، بشرط أن يكون التسليم قاطعا وشاملا وغير مخالف للنظام العام[1].

2- أن تكون الواقعة المراد إثباتها غير مستحيلة: يجب أن تكون الواقعة محل الإثبات ممكنة الحدوث حتى يمكن إثباتها، ولا يمكن تضييع وقت المحكمة في إثبات واقعة مستحيلة.

الاستحالة في هذه الحالة قد ترجع إما إلى عدم تصديقها عقلا، كمن يدعي بنوة شخص لأخر يصغره سنا أو كالأعمى الذي يدعي أنه رأى هلال رمضان أو مورث المدعى قد صدمه بسيارته في تاريخ ثبت أن المورث المذكور كان قد مات قبله، أو ترجع إلى أن الواقعة قابلة للتصديق عقلا ولكن لا سبيل إلى إثباتها كالشخص الذي يدعي أنه لم يكن مدانا طوال حياته، تعتبر مسألة إمكان الواقعة أو استحالتها ترجع لتقدير قاضي الموضوع باعتبارها من المسائل الموضوعية ولا رقابة لقاضي القانون عليها إلا فيما يخص بتسبيب الحكم[2].

3- أن تكون الواقعة مراد إثباتها محددة: وهو من الشروط البديهية يرجع لطبيعة الأشياء، فالإثبات شأنه في ذلك شأن أي نشاط إنساني لا بد أن يرد على شيء محدد، فلا يمكن إثبات واقعة إلا إذا كانت محددة سواء كانت هذه الواقعة إيجابية أم سلبية[3]، فمن يطالب بدين يجب أن عليه أن يقيم الدليل على وجود الواقعة المحددة التي نشأ منها هذا الدين كالقرض أو الفعل الضار[4].

---

[1] محمد رضا أزرو ، التوقيع الإلكتروني كوسيلة من وسائل الإثبات، ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2007، ص 20 و21 .

[2] سليمان مرقس، المرجع السابق، ص.66 و67 .

[3] محمود جمال الدين زكي، نظرية الالتزام في القانون المصري ، دون دار نشر، 1974، ص 291.

[4] محمد شكري سرور، موجز أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1968، ص 29.

يعتبر هذا الشرط ضروري في كل دعوى أو طلب يقدم إلى القضاء، ويكفي أن تكون الواقعة المراد إثباتها محددة عند نظر القاضي في أمر إثباتها، سواء تم تحديدها في عريضة الدعوى أم في مذكرات الخصوم أم في طلب الإحالة إلى التحقيق أو في غير ذلك .

فنجد مثلا أن المشرع الجزائري اشترط في المادة 15 ق .إ. م.إ لقبول الدعوى شكلا يجب أن يكون هناك عرضا موجزا للوقائع والطلبات وعند الاقتضاء إلى المستندات و الوثائق المؤيدة للدعوى، و كذلك ما تنص عليه المادة 68 من قانون الإثبات المصري على أنه:" على الخصم الذي يطلب الإثبات بشهادة الشهود أن يبين الوقائع التي يريد إثباتها كتابة أو شفاهة في الجلسة"، يعود لمحكمة الموضوع تحديد ما إذا كانت الواقعة المطلوب إثباتها معينة تعيينا كافيا ليسمح بإثباتها، أم ليست كذلك وهي لا تخضع لرقابة محكمة النقض[1]

ثانيا : الشروط القانونية لمحل الإثبات

هي تلك الشروط المنصوص عليها في المادة 2 من قانون الإثبات المصري وهي:

1- أن تكون الواقعة متعلقة بالحق المطالب به: يقصد بهذا الشرط أن تكون الواقعة المراد إثباتها ذات صلة بموضوع النزاع، على أنه إذا كانت الواقعة منقطعة الصلة بموضوع الدعوى فلا فائدة من إثباتها[2]، كما إذا أثبت المؤجر عقد الإيجار لكي يطالب بالأجرة أو أثبت المقرض عقد القرض لكي يطالب بسداد الدين[3]، يتحقق هذا الشرط إذا انصب الإثبات على الواقعة التي أنشأت الحق أو رتبت الأثر القانوني المدعى به وهو ما يسمى بالإثبات المباشر.

[1] نبيل سعد إبراهيم، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2000، ص 58.

[2] وهيبة بلباقي، المرجع السابق، ص 48.

[3] نبيل صقر ونزيهة مكاري، المرجع السابق، ص 51.

غير أنه في الكثير من الأحيان يتعذر على المتقاضي إثبات الواقعة بشكل مباشر فيلجأ إلى الإثبات غير المباشر الذي يقوم على إثبات واقعة أخرى متصلة بالواقعة الأصلية، بحيث يؤدي ثبوتها إلى ثبوت الواقعة الأصلية أو على الأقل يجعلها قريبة الاحتمال[1] .

مثال ذلك أن يقدم المستأجر مخالصات بالأجرة عن جميع المدد السابقة على المدة التي يطالبه المؤجر بأجرتها، ويرمي من وراء ذلك أن يثبت أنه يدفع الأجرة بانتظام ولم يخل بالتزامه طوال الفترة السابقة، فهذه واقعة متصلة بواقعة الوفاء بالأجرة عن المدة المطالب بأجرتها فهي متعلقة بالدعوى ولكنها غير منتجة في الإثبات، لأن دفع الأجرة عن الفترة السابقة لا يفيد دفعها في الفترة اللاحقة .

يعتبر هذا الشرط بديهي حتى لا يتوزع جهد القاضي ويضيع وقته فيما لا طائل من ورائه[2]، وكون الواقعة متعلقة بالدعوى مسألة موضوعية لا تخضع لرقابة محكمة النقض[3].

لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه: " إذا رأت المحكمة أن الوقائع المطلوب إثباتها غير متعلقة بالدعوى وجب عليها أن تقضي برفض طلب التحقيق ولو من تلقاء نفسها، وذلك متروك لطلق تقدير المحكمة"[4].

2- أن تكون الواقعة منتجة في الدعوى: يقصد بهذا الشرط أن يكون من شأن ثبوت الواقعة المراد إثباتها أن يؤثر في الفصل في الدعوى، وذلك بأن يتوافر بها أحد العناصر المؤدية لتكوين عقيدة القاضي بوجود الحق أو الأثر القانوني المدعى به، وإن كان لا يلزم

[1] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 61.

[2] محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 33.

[3] نبيل سعد إبراهيم ، المرجع السابق، ص 60.

[4] نقض مدني جلسة 10 نوفمبر 1932 ، مجموعة القواعد القانونية، السنة الأولى، ص 140 مأخوذ عن عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 378.

أن تتضمن دلالة قاطعة على هذا الحق أو الأثر القانوني، بل يكفي أن تساهم مع غيرها في تكوين الدليل الذي يطمئن إليه القاضي ويصدر حكمه على أساسه[1].

مثال ذلك أن المشرع الجزائري في المادة 165/ 1 ق.إ.م.إ، قد أجاز للقاضي أن يصرف النظر عن إنكار أحد الخصوم الخط أو التوقيع المنسوب إليه، أو صرح بعدم الاعتراف بخط أو توقيع الغير، إذا رأى أن هذه الوسيلة غير منتجة في الدعوى، أما إذا كان هذا الأجراء منتجا في الدعوى فإن القاضي يؤشر على الوثيقة محل النزاع ، ويأمر بإيداع أصلها بأمانة الضبط، كما يأمر بإجراء مضاهاة الخطوط، اعتمادا على المستندات أو على شهادة الشهود، وعند الاقتضاء بواسطة خبير.

على ذلك فإن كل واقعة منتجة في الدعوى تكون حتما متعلقة بها، ولكن العكس غير صحيح، إذ ليس بالضرورة أن كل واقعة متعلقة بالدعوى تكون منتجة فيها، فمن يطالب بملكية عين على أساس التقادم طويل المدة، إذا ادعى أن حيازته للعين استمرت مدة لا تقل عن 15 سنة، فهذه واقعة منتجة في الدعوى، وهي بالضرورة متعلقة بالدعوى، أما إذا ادعى أن حيازته للعين كانت لمدة تقل عن 15 سنة، فهذه واقعة متعلقة بالدعوى ولكنها غير منتجة في الإثبات.

3-أن تكون الواقعة جائزة الإثبات قانونا : وتكون الواقعة غير جائزة الإثبات لاعتبارات مختلفة، منها ما يكون نزولا عند مقتضيات النظام العام والآداب العامة، كالمحافظة على سر المهنة أو تحريم دين المقامرة[2]، وكذلك فإن اعتبارات الصياغة الفنية تقتضي ألا يقبل – قانونا- إثبات عدم صحة حكم قضائي لما في ذلك من مخالفة لحجية الأمر المقضي.

[1] نبيل صقر ونزيهة مكاري، المرجع السابق، ص 51.

[2] نبيل صقر ونزيهة مكاري، المرجع نفسه، ص 53.

تقدير كون الواقعة جائزة الإثبات قانونا هي من مسائل القانون التي يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة محكمة النقض[1]، فلا يمكن مثلا إثبات محل التزام مستحيل أو مخالف للنظام العام والآداب العامة وهو ما تنص عليه المادة 93 ق.م.ج التي تنص:" إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا"، وسارت المحكمة العليا الجزائرية في هذا النهج في أحد أحكامها، حيث اعتبرت الاختصاص النوعي من النظام العام، وأن القضاء العادي غير مختص نوعيا للفصل في الطعن باعتراض الغير الخارج عن الخصومة، مرفوع من وزير المالية (المدير العام للأملاك الوطنية)[2] .

الفرع الثالث : عبء الإثبات الإلكتروني

إن تحديد مسألة عبء الإثبات تعتبر ذو أهمية بالغة في مجال الإثبات، وبها يتوقف مصير الدعوى، فمن الناحية العملية مصير الدعوى يتوقف على قدرة الخصم – الذي يقع عليه عبء الإثبات– في القيام بهذا الواجب، دون أن يستطيع خصمه إثبات العكس.

سوف نتطرق أولا إلى القواعد العامة في تحديد من يتحمل عبء الإثبات بنوع من الإيجاز، ثم الاقتراحات الخاصة بتذليل الصعوبات التي يثيرها عبء الإثبات في البيئة الإلكترونية.

أولا : القواعد العامة في تحديد عبء الإثبات

كمبدأ عام وفقا لنص المادة 323 ق.م .ج[3] إثبات الالتزام يقع على الدائن وعلى المدين إثبات التخلص منه، أي أن عبء الإثبات يقع على عاتق المدعي سواء كان دائنا

[1] أشرف جابر سيد، موجز أصول الإثبات، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 23.

[2] ملف رقم 749672، قرار بتاريخ 14 جويلية 2011 ، مجلة المحكمة العليا، الغرفة العقارية، عدد 2، 2011، ص182.

[3] وتقابله المادة 1315 من القانون المدني الفرنسي والمادة الأولى من قانون الإثبات المصري

يدعي ثبوت الدائنية أو مدينا يدعي التخلص من المديونية، وهو ما أقره القضاء الجزائري في العديد من الأحكام ومن بينها قوله: "من المقرر قانونا أن على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه .

ومن ثم فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد مخالفا للقانون .

ولما كان الثابت –في قضية الحال – أن قضاة الموضوع بقضائهم على الطاعنين إرجاع المبلغ المطالب به من طرف المطعون ضده دون مطالبته بإقامة الدليل على ادعائه يكونوا قد خالفوا القانون.

ومتى كان ذلك استوجب وإبطال القرار المطعون فيه."[1].

نلاحظ في التشريعات الحديثة أن المدعي هو الذي يتحمل عبء الإثبات، والمقصود به هو من يرفع الدعوى مطالبا بالحق المدني أصلا[2] – أو كما يسميه بعض الفقه [3] بتبعة الإثبات – سواء كان دائنا أو مدينا، وإذا أقام الدائن الدليل على الدين وادعى المدين الوفاء به وجب عليه إثبات ذلك لأن الدين الثابت قانونا يعتبر باقيا في ذمة المدين حتى يقدم برهانه على التخلص منه[4].

إن الأصل في الحقوق الشخصية براءة الذمة وهو الثابت أصلا وعلى من يدعي خلاف ذلك أن يثبته[5]، أما المدعى عليه فلا يكلف بأي إثبات، لأنه يتمسك بالوضع الثابت

---

[1] قرار مؤرخ في 19/ 11/ 1990 ملف رقم 63149، المجلة القضائية ، المحكمة العليا، العدد الأول ،1992، ص 20 ، مأخوذ عن عمر بن سعيد، الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام القانون المدني ، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2001، ص 93 .

[2] حمزة خشاب، المرجع السابق، ص 270 و Flour(J .) et autres , Droit civil, Les obligations , Le rapport d'obligation, 8éd , Sirey, 2013, P.14

[3] Ghestin(J.), et autres, Traité De droit civil, Introduction générale, 4ém éd.,LGDJ,1994,p.616.

[4] أحمد نشأت، رسالة الإثبات، الجزء الأول ، دون دار نشر ، 2008 ، ص46 .

[5] العيد سعادنة، عبء الإثبات في القانون الوضعي الجزائري، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة ، الجزائر، العدد 11، سبتمبر 2014،ص 191.

أصلا وهو براءة الذمة المالية [1] .

زيادة على ذلك فإن الأصل في العقود الصحة وعلى من يدعي بطلان العقد أن يثبته لأنه يدعي خلاف الثابت أصلا وهو صحة العقد، وأن عبء الإثبات يقع على من يدعي خلاف ما هو ثابت فعلا، فإذا أقام الخصم الدليل على صحة دعواه وفق ما هو مقرر قانونا حقيقة أو ضمنا أصبح هو الأصل الذي لا يجوز إثبات عكسه إلا بإقامة دليل على عكسه .

كما أن عبء الإثبات يقع على من يدعي خلاف الوضع الثابت، والمقصود بها أن المشرع يقيم قرائن قانونية[2] لصالح المدعي ، بحيث ينقل عبء الإثبات إلى الخصم الأخر.

وأخيرا يمكن للأشخاص من تعديل القواعد المتعلقة بعبء الإثبات، لأن هذه القواعد تهدف أساسا لحماية المصالح الخاصة لرافع الدعوى [3].

ثانيا: عبء إثبات العقود الإلكترونية

بعدما تطرقنا للقواعد العامة في مجال عبء الإثبات، وجب علينا التساؤل هل نطبق نفس هذه القواعد في مجال إثبات العقود الإلكترونية ؟ أم أن اختلاف طبيعة العقد الإلكتروني عن العقد التقليدي سيؤثر على القواعد العامة لعبء الإثبات ؟

غالبا ما يتم إبرام العقد الإلكتروني بين طرفين، هما المستهلك والمهني أو بين مهني قوي وأخر ضعيف، يعتبران – في كلتا الحالتين– طرفين غير متكافئين من الناحية المالية والتقنية، لذا كان الرأي السائد في بداية الأمر أن عبء الإثبات يقع على الشخص القادر أكثر من غيره على إقامة الدليل الإلكتروني[4]، وهو في هذه الحالة المهني، الذي غالبا ما

---

[1] لمزيد من التفاصيل أنظر: الطاهر برايك عبء الإثبات بين القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، مجلة العلوم الإنسانية، كلية العلوم الإنسانية، جامعة بسكرة، الجزائر، العدد 30، ماي 2013، ص 164 و أنور سلطان، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005 ، ص 21 .

[2] سنتطرق للقرائن القانونية في ص 37 و ما بعدها من هذه الرسالة .

[3] GHESTIN (J). et GOUBEAUX(G) , Traité de droit civil, introduction générale, L GDJ, 3ém éd, 1990,p. 542.

[4] تامر سليمان الدمياطي، المرجع السابق، ص 133.

يكون متحكما في النظام الإلكتروني، ولا يمنح للطرف الضعيف – المستهلك أو المهني الضعيف– أي وسيلة إثبات تحت يده.

يدعم هذا الاتجاه الفقهي رأيه بكون ببعض التنظيمات الحديثة للمعاملات الإلكترونية التي تنقل عبء الإثبات إلى المهني باعتباره الطرف القوي، فهو مكلف بإقامة الدليل على توافر المعلومات الأولية عن السلع والخدمات، ورضا المستهلك، واحترام المواعيد[1]، وبالتالي فإن عبء الإثبات يقع على المسيطر على النظام الإلكتروني حتى ولو لم يكن مطلوبا منه الإثبات[2].

إلا أن التطورات التكنولوجية التي صاحبت ظهور العقود الإلكترونية ، وخاصة ظهور طرف ثالث محايد يسمى "مزود الخدمات "[3]جعلت هذا الرأي غير صائب، فمن ناحية أصبح بالإمكان الحفاظ على كل مراحل التعاقد الإلكتروني وأن يطلبها أحد المتعاقدين متى احتاج إليها، ومن ناحية أخرى فإن القواعد العامة تجيز تحديد من يتحمل عبء الإثبات في البيئة الإلكترونية .

افترضت معظم التشريعات المنظمة للإثبات الإلكتروني موثوقية التوقيع الإلكتروني – المؤمن[4] – والمحرر الإلكتروني المرتبط به، وهو ما يعني إنشاء قرينة قانونية بسيطة تفيد بصحة التوقيع الإلكتروني، وهو ما يؤدي إلى نقل عبء الإثبات للطرف الذي ينازع في صحة التوقيع الإلكتروني أو الكتابة الإلكترونية عملا بمبدأ عبء الإثبات يقع على من يدعي خلاف الوضع الثابت فرضا، ويجوز دحض هذه القرينة البسيطة بكافة وسائل الإثبات بما فيها البينة والقرائن.

---

[1] Le Goueff (S.), La preuve dans un monde dématérialisé, disponible sur le site ; www.avocats.com, 28avril 2010.

[2] تامر سليمان الدمياطي، المرجع السابق، ص 134 .

[3] سوف ندرس بالتفصيل النظام القانوني لمزود الخدمات في الفصل الثاني من الباب الثاني من هذه الرسالة .

[4] سنتحدث بالتفصيل عن حجية التوقيع الإلكتروني المؤمن في الفصل الأول من الباب الثاني من هذه الرسالة .

بيد أنه في علاقة بين المهنيين والمستهلكين فإن القانون الفرنسي رقم 95-96 المتعلق بالشروط التعسفية[1] اعتبر في ملحقه أن نقل عبء الإثبات إلى المستهلك يعتبر من قبيل الشروط التعسفية، وبالتالي يمكن للقاضي استبعاده.

المطلب الثاني : طرق الإثبات في البيئة الورقية

بعد تعريف مصطلح الإثبات وبينت لنا الدراسة أن محل الإثبات الإلكتروني هو نفسه محل الإثبات في البيئة الورقية، كما اتضح لنا أن عبء الإثبات في المعاملات الإلكترونية هو نفسه عبء الإثبات في البيئة الورقية، مع ضرورة احترام بعض الخصوصيات الموجود في العالم الإلكتروني.

سنعالج في المطلب الثاني، وسائل الإثبات في البيئة الورقية، (الفرع الأول)، ثم سنقيم مدى قدرتها على إثبات العقود الإلكترونية ثم سنتطرق في الفرع الثالث إلى مفهوم الكتابة الخطية، نظرا للمكانة الكبيرة التي تحتلها هذه الوسيلة في قواعد الإثبات التقليدية باعتبارها ا الأكثر استعمالا لإثبات العقود الإلكترونية .

الفرع الأول: بيان وسائل الإثبات وحصرها

حدد المشرع الجزائري أدلة الإثبات في القانون المدني في الباب السادس المعنون ب " إثبات الالتزام " من المواد 323 إلى 350 [2] ، أما في التشريع المصري فقد تم النص عليها في قانون الإثبات من المادة 10 وما يليها، وتم حصرها في : الكتابة ، شهادة الشهود، القرائن ،الإقرار وأخيرا اليمين.

---

1 Loi no 95-96 du 1 er février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation de contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial, J O n^0 28 du 2 février 1995.p. 1755.

[2] لقد وردت تعديلات على المواد المتعلقة بالإثبات بموجب القانون رقم 88-14 المؤرخ في 3 ماي 1988 المعدل والمتمم للقانون المدني (ج ر 18)، ص 749 و القانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للقانون المدني الجزائري، (ج ر 44)، ص 24،.

على هذا الأساس سوف نتطرق لوسائل الإثبات في البيئة الورقية على النحو التالي:

أولا: الكتابة، ثانيا: شهادة الشهود ،ثالثا: القرائن ،رابعا: الإقرار ،خامسا: اليمين.

أولا: الكتابة[1]

تعتبر الكتابة من أقوى طرق الإثبات، ولها أن تكون وسيلة لإثبات الوقائع القانونية والتصرفات القانونية دون أي تمييز، لما توفره للخصوم من ضمانات لا توفرها غيرها من الأدلة كشهادة الشهود التي تنطوي على خطر نسيان الشاهد لتفاصيل الواقعة التي يشهد عليها[2] .

لم تكن للكتابة هذه القوة قديما، بل كان المقام الأول لشهادة الشهود نظرا لانتشار الأمية وعدم انتشار الكتابة، وهو ما نجده مثلا في الشريعة الإسلامية، أما الحضارة الرومانية واليونانية مثلا فقد كانت للكتابة نفس الحجية مقارنة بوسائل الإثبات الأخرى[3].

لكن مع ظهور الطباعة وانتشار الكتابة علت الكتابة على شهادة الشهود نظرا لما توفره من مزايا، بحيث يمكن إعدادها مسبقا للإثبات وقت نشوء الحق دون الانتظار إلى وقت المخاصمة فيه، ولذلك سميت بالدليل المعد أو المهيأ "Preuve préconstituée"، خاصة في الأحوال التي يكون فيها مصدر الحق تصرفا قانونيا [4]، من مزايا الكتابة أنه لا يتطرق إليها ما يصيب الشهادة من عوامل ضعف كالكذب والنسيان، غير أن الكاتبة وإن خلت مما يلحق الشهادة من عيوب إلا أنها لا تخلوا من احتمال التزوير[5].

---

[1] منصوص عليها في القانون المدني الجزائري من المواد 323 إلى 332 منه.

[2] نبيل صقر ونزيهة مكاري ، المرجع السابق، ص 76.

[3] Grynbaum et autres, op.cit, p.5.

[4] F. Jacques et autres, op.cit, p.22.

[5] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 91.

ثانيا: شهادة الشهود[1]

يطلق عليها اسم البينة، يمكن تعريفها على أنها إثبات واقعة معينة من خلال ما يقوله أحد الأشخاص عما شاهده أو سمعه أو أدركه بحواسه عن هذه الواقعة بطريقة مباشرة[2]، وهي ذات قوة محدودة في الإثبات ولا يجوز أن يثبت بها إلا الوقائع المادية والتصرفات القانونية التي لا تتجاوز حدا معينا والمعاملات التجارية، حيث كرس قضاة المحكمة العليا في الجزائر هذا الاتجاه، فأصدر في أحد أحكامه قرارا بنقض حكم مجلس قضاء البليدة لكونه استبعد شهادة الشهود في عقد تجاري بقوله :"يعد استبعاد وثيقة شهادة شاهدين لإثبات العقود التجارية، مخالفا للمادة 30 من القانون التجاري التي وسعت مجال الإثبات "[3].

تعتبر شهادة الشهود مهما كان نوعها وأيا كان الأشخاص الذين يؤدونه غير ملزمة للقاضي بل هي خاضعة لتقديره، فله أن يقبل شهادة واحدة من الشهود، و أن يرفض شهادتين متضادتين في نفس الموضوع[4]، واشترط بعض الفقه أن تتم الشهادة في جلسة علنية وأن يكون أداؤها في مواجهة الخصوم وأن يؤدي الشاهد اليمين قبل أداء شهادته[5]، واعتبرته المحكمة العليا الجزائرية من النظام العام[6] .

لقد أحاط المشرع الجزائري شهادة الشهود بضمانات عديدة، فرسم إجراءات دقيقة لسماعهم في القسم العاشر المعنون" في سماع الشهود من ق.إ.م .إ في المواد من 150 إلى 163 ، كما فرض عقوبات على شاهد الزور في المواد المدنية والإدارية في المادة 235 ق.ع.ج تعاقب كل من شهد زورا في المواد المدنية والإدارية والدعوى المدنية التبعية

---

[1] منصوص عليه في المواد من 333 إلى 336 ق.م.ج.

[2] وهيبة بلباقي، المرجع السابق، ص 107.

[3] القرار رقم 513057، صادر بتاريخ، 04-02-2009، الغرفة التجارية والبحرية، المجلة القضائية، المحكمة العليا، العدد الأول، 2010، ص 162 .

[4] حمزة خشاب، المرجع السابق، ص 273.

[5] لمزيد من التفاصيل أنظر: نبيل صقر ونزيهة مكاري ، المرجع السابق، ص 132 وما بعدها .

[6] القضية رقم 654484 ،قرار بتاريخ 2011/02/17، الغرفة الجنائية، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2012، ص 372.

بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات وبالغرامة من 20000 إلى 100000دج، وتضاعف هذه العقوبة إلى عشر سنوات وغرامة ب 100000 دج إذا تلقى شاهد الزور نقودا أو أي مكافئة أو وعودا"، أما المادة 236 ق.ع.ج فهي تعاقب من سنة إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 20000 إلى 10000دج أو بإحدى هاتين العقوبتين كل شخص يحاول الضغط على الشهود للإدلاء بشهادة غير صحيحة، بأية وسيلة كانت سواء أنتجت هذه الأفعال أثارها أو لم تنتج.

ثالثا : القرائن

يمكن تعريف القرينة بأنها: "استخلاص أمر مجهول من أمر معلوم على أساس غلبة تحقق الأمر الأول من تحقق الثاني"[1]، وهناك من عرفها بأنها: "استنباط أمر غير ثابت من أمر ثابت"[2]، ولذا فهي تعتبر من وسائل الإثبات غير مباشرة، حيث أن الإثبات بها لا ينصب على الواقعة المتنازع عليها، وإنما على واقعة أخرى مرتبطة بها ارتباطا وثيقا، يرى القاضي أن إثباتها يقضي إلى إثبات الواقعة الأولى ، وهي نوعان :

1-قرائن قانونية : لقد نص المشرع الجزائري على القرينة القانونية في المادة 337 ق.م.ج بقوله: "القرينة القانونية تغني لمن تقررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات، على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك".

نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يعرف القرائن القانونية وترك هذه المهمة للفقه، والذي عرفها بأنها: "استنباط أمر غير ثابت من أمر ثابت بناء على الغالب من الأحوال،

[1] انظر : توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 224 وما بعدها .

[2] سليمان مرقس، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري، الجزء الثاني، الطبعة 4، من دون دار نشر ، 1986، ص84.

وأنها تكون قانونية إذا قام المشرع نفسه بهذا الاستنباط ونص على نتيجته في صيغة عامة مجردة تبين الشروط الواجب توافرها في التمسك بهذه القرينة"[1].

كما نصت هذه المادة على عدم تحمل الشخص عبء إثباتها الذي كان سيقع عليه لولاها، ويجب على القاضي أن يأخذ بها و أن يعتبر الأمر الذي نصت عليه ثابتا بمجرد توافر الأمور الأخرى التي بنى المشرع عليها وجود هذه القرينة.

من أمثلة القرائن القانونية ما نصت عليه المادة 499 ق. م.ج بقولها : "الوفاء بقسط بدل الإيجار يعتبر قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة حتى يقوم الدليل على عكس ذلك".

كما أن القرائن القانونية إما تكون بسيطة يمكن إثبات عكسها، أو قاطعة لا يجوز إثبات عكسها ومن أمثلتها حجية الأمر المقضي .

القرائن القانونية لا تعتبر أدلة إثبات بالمعنى الحقيقي لكن يتمثل دورها في نقل عبء الإثبات من المدعي إلى المدعى عليه إذا كانت بسيطة أو تعفيه بصفة نهائية إذا كانت قاطعة[2] .

2-قرائن قضائية : هي أمر يستنبطه القاضي من أمور أخرى ثابتة لديه في دعوى معينة ، فيعتبر هذا الأمر ثابتا من طريق الاستنباط لا من طريق المعاينة أو غيرها من طرق الإثبات المباشرة .

وللقرينة القضائية عنصران هما[3] :

أ- **عنصر مادي:** وهي مجموع الوقائع التي يتحقق القاضي من ثبوتها، سواء كان بنفسه أو عن طريق أشخاص يثق فيهم كالخبراء مثلا .

---

[1] سليمان مرقس ، المرجع نفسه،ص103.

[2] وهيبة بلباقي، المرجع السابق، ص 88.

[3] لمزيد من المعلومات أنظر: سليمان مرقس ، أصول الإثبات المرجع السابق، ص 86 وما يليها .

ب- عنصر معنوي: هو الاستنباط الذي يقوم به القاضي على أساس العنصر المادي، ومرجعه فطنة القاضي وذكاؤه، للقاضي السلطة الواسعة في استنباط القرائن القضائية، فهو حر في اختيار واقعة ثابتة من الوقائع التي يراها أمامه لاستنباط القرينة منها.

رابعا: الإقرار

يمكن تعريفه بأنه : "اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه، وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة "[1].

يعتبر الإقرار إعفاء للخصم من إثبات الواقعة المدعى بها، ولذا تعتبر من طرق الإثبات الغير مباشرة، ولكن مع الإشارة أن هذا الإقرار يبقى مقتصرا على المقر فقط دون سواه، لأن الشخص الذي يقر يمكن له الكذب إضرارا بشخص أخر، أو تجنبا للضرر أكبر قد يلحق به، مع وضع القانون إجراءات معينة لسماع الخصوم تمهيدا للإقرار [2].

للإقرار صورتان هما:

1-إقرار غير قضائي: لم يتم التعرض إليه في القانون المدني الجزائري أو في قانون الإثبات المصري، وهو بالتالي متروك للقواعد العامة، فهو حجة على المقر ما لم يثبت عدم صحته، وهو قابل للتجزئة، وهو كذلك قابل للرجوع فيه في الحدود التي تسمح بها القواعد العامة.

كما أن للقاضي سلطة واسعة في تقدير قيمة الإقرار الغير قضائي، ذلك أن المقر في هذه الحالة يكون أقل حيطة في أمره وأقصر تمعنا في عواقبه، مما لو كان الإقرار صادرا أمام القضاء.

---

[1] راجع المادة 341 ق. م .ج و المادة 103 من قانون الإثبات المصري ويقابلها في التقنين المدني الفرنسي المادة 1354.

[2] هذه الإجراءات منصوص عليها في المواد 98 إلى 107 من ق. إ. م .والمتعلقة بإجراءات استجواب الخصوم وتقابلها في القانون المصري المواد من 105 إلى 113 من قانون الإثبات المصري .

2-إقرار قضائي: لقد عرفته المادة 103 من قانون الإثبات المصري والمادة 341 ق.م.ج بقولها: "هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه، وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة " ، يكون الإقرار القضائي في هذه الحالة إما شفويا يبديه الخصم من تلقاء نفسه بعد استجوابه أو كتابة في مذكرة أو أي ورقة يعلنها لخصمه [1].

خامسا: اليمين

عرفه البعض بأنه: "قول يتخذ فيه الحالف الله شاهدا على صدق ما يقول، ويستنزل عقابه إذا ما حنث"[2]، يمكن تقسيم اليمين إلى نوعين :

1-اليمين الحاسمة: وهي يمين يوجهها الشخص إلى خصمه يحتكم بها إلى ضميره لحسم النزاع، بشرط عدم تعسف الخصم في استعمالها[3]، وأن لا تكون مخالفة للنظام العام [4].

تعتبر اليمين الحاسمة من الوسائل المعفية للإثبات، لأن الخصم إذا حلف اليمين التي وجهت إليه فإن القاضي يرفض الدعوى على أساس عجز المدعي إثبات دعواه، وأما إذا نكل عن اليمين فإن ذلك يعتبر إقرارا منه، يمكن للخصم أن يرد هذه اليمين للخصم الأخر، وهو ما أقرته المحكمة العليا الجزائرية في أحد أحكامها بقولها :"تنهي اليمين الحاسمة النزاع بصفة قاطعة، توجيه اليمين الحاسمة تنازل عن جميع وسائل الإثبات الأخرى"[5]، و كل من وجهت إليه اليمين فنكل عنها و ردها على خصمه خسر دعواه، وجاء في قرار أخر للمحكمة العليا أن حكم الناكل على اليمين هو خسارة دعواه[6].

---

[1] أحمد نشأت ، المرجع السابق ، ص 16.

[2] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 514.

[3] أنظر المادة 343 من ق. م. ج.

[4] أنظر المادة 344 من ق. م.ج.

[5] القضية رقم 487548، قرار بتاريخ 2009/09/29، الغرفة المدنية، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2010، ص 128.

[6] القضية رقم 30231، قرار بتاريخ 1989/06/28 المجلة القضائية العدد 01 ، 1991 ، ص19.

2-اليمين المتممة: فهي من وسائل الإثبات المتممة التي تهدف إلى إتمام الدليل الناقص، أو تكون الدعوى خالية من أي دليل، فهي من طرق الإثبات محدودة القوة، ولا يجوز للخصم أن يرد هذه اليمين على خصمه، وفق ما تنص عليه المادة 349 ق.م.ج.، وهو ما قضت به المحكمة العليا أنه :"لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة إلا إذا كانت الدعوى المرفوعة أمام القضاء خالية من أي دليل، وبما أن البينة موجودة في دعوى الحال فلا داع للاستجابة لطلب توجيه اليمين الحاسمة " [1].

زيادة على ذلك فقد أجازت المحكمة العليا الجزائرية أن تتم هذه اليمين في المسجد بقولها : "لا وجود لنص قانوني يمنع أداء اليمين المتممة بالمسجد "[2].

الفرع الثاني : تقدير وسائل الإثبات التقليدية في إثبات العقود الإلكترونية

نلاحظ على العموم أن وسائل الإثبات في البيئة الورقية متعددة ومتنوعة، ولا يمكن بأي حال من الأحوال إثبات العقود الإلكترونية بكل هذه الوسائل .

فنجد أن شهادة الشهود لا يمكن استعمالها في إثبات العقد الإلكتروني، لكون أن هذا العقد قد تم في عالم افتراضي يستحيل معه لشخص أخر سوى المتعاقدين الشهادة بوقوع هذا العقد، فغالبا التعاقدات في البيئة الإلكترونية تكون من دون حضور أي شخص أخر ما عدا المتعاقدان .

أما بالنسبة للقرائن سواء القضائية أو غير قضائية فإنه لم يتم لحد الساعة إثبات أي عقد إلكتروني بهذه الوسيلة، نظرا لأن القرائن هي وسيلة إثبات تقليدية ظهرت في عالم مادي ملموس، عكس العقد الإلكتروني الذي يتم في بيئة إلكترونية غير ملموسة وبالتالي يصعب أن نستخلص وجود عقد إلكتروني غير ملموس من واقعة أخرى ملموسة وذو طبيعة مادية .

---

[1] القضية 275537، قرار بتاريخ 2003/07/30،نشرة القضاة ، العدد 59، 2003 مأخوذ عن نبيل صقر ونزيهة مكاري ، المرجع السابق، ص 217.

[2] ملف رقم 654225، قرار بتاريخ 05/19/ 2011،الغرفة المدنية ، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2011، ص 128.

أما فيما يخص الإقرار فإنه يمكن أن يكون وسيلة لإثبات العقد الإلكتروني ولكن هذا الإقرار يجب أن يكون قضائيا لحماية الأطراف المتعاقدة والغير، كما أنه يشترط في الإقرار أن يكون محصورا في الأطراف المتعاقدة فقط ولا يشمل الغير، خاصة إذا كان هذا الإقرار فيه إضرار للغير .

كما يمكن الاستعانة باليمين الحاسمة والمتممة في إثبات العقود الإلكترونية، و يجوز للقاضي متى كان مقتنعا بالدعوى المرفوعة أمامه أن يوجه اليمين المتممة لأحد الخصوم.

أما الكتابة باعتبارها أقوى طرق الإثبات فقد استعان بها رجال القانون عموما لإثبات العقد الإلكتروني ولكن مع اختلاف جذري في طبيعتها، فالكتابة في هذا المجال يجب أن تكون إلكترونية وتتم في دعامة إلكترونية .

على الرغم من المكانة التي تحتلها الكتابة ضمن قواعد الإثبات التقليدية إلا أن رجال القانون عموما لم يبذلوا جهدا كبيرا في تعريفها وتحديد ماهيتها عموما، وهو ما سنحاول القيام به في الفرع الثالث.

الفرع الثالث : ماهية الكتابة الخطية

لم تهتم معظم التشريعات سواء في الجزائر أو مصر أو فرنسا بإعطاء تعريف للكتابة على الرغم من المكانة الكبيرة التي تحوزها في قواعد الإثبات التقليدية، فنجد أن هذه القواعد مرتبطة بالكتابة الورقية، فمثلا إن المشرع الفرنسي لم يورد تعريفا للكتابة إلى درجة اعتباره مماثلا للكتابة اليدوية الموضوعة على الدعامة الورقية[1].

يمكن أن نلاحظ كذلك أن المشرع الجزائري ومعه الكثير من الأفراد قد جعلوا من التصرف قانوني– العقد–، ووسيلة إثباته – الكتابة– شيئا واحدا، بالتالي وجب علينا التمييز بينهما (أولا)، ثم نفرق بين الكتابة كركن شكلي والكتابة كطريقة إثبات بما أن الكثير من

[1] P.Catala et P.Y. Gautier, L'audace technologique de la cour de cassation, JCP, éd. E,1998,p.905.

الناس يخلطون بينهما (ثانيا)، ثم بعد ذلك نحدد مفهوم الكتابة في ظل قواعد الإثبات التقليدية (ثالثا).

أولا : التمييز بين التصرف القانوني وأداة إثباته :

نلاحظ أن المشرع الجزائري قد أخلط بين التصرف وأداة إثباته، فأطلق لفظ العقد على التصرف، ثم استعمل اللفظ عينه في أداة إثباته فقيل عقد رسمي وعقد عرفي، فمن المعروف أن كلمة العقد تقتصر فقط على التصرف القانوني الذي يتم بتوافق الإرادتين، أما أداة الإثبات أي الورقة المدون فيها ما تم الاتفاق عليه فتسمى ورقة أو محرر[1].

فنجد مثلا أن المادة 324 ق.م.ج عرفت المحرر الرسمي بأنه: "العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة... "[2]، وقد كانت قبل التعديل تعرف ب "الورقة الرسمية "، فتم استبدال هذا المصطلح ب "العقد الرسمي"[3]، أما المحرر العرفي فإنه قد أطلق عليه مصطلح "العقد العرفي" منذ صدور القانون المدني ولم يتم تعديله.

يرجع هذا الخلط الذي وقع فيه المشرع الجزائري لتأثره بالقانون المدني الفرنسي، الذي يطلق على التصرف وأداة إثباته لفظ واحد هو "acte"[4]، سواء كان ذلك في المحرر الرسمي أو المحرر العرفي .

كان من المفترض على المشرع الجزائري استبدال مصطلح العقد بمصطلح المحرر، فهذا المصطلح لا يقتصر فقط على الورق بل يشمل أي دعامة قد تظهر في المستقبل

---

[1] محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 140

[2] تم تعديل المادة بموجب القانون رقم 88-14 المؤرخ في 3 مايو 1988(ج ر 18 ص 749)

[3] وقد استعمل المشرع الجزائري مصطلح العقود عند إصداره قانون رقم 06 – 02 المؤرخ في 20 فيفري 2006 يتضمن تنظيم مهنة الموثق (ج ر 14 ص 15 وما بعدها)

[4] عبد الرزاق سنهوري، المرجع السابق، ص 105 .

كالمحررات الإلكترونية[1]، وهو ما يتلاءم مع التعديل الأخير للقانون المدني الذي يعترف صراحة بحجية الكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني في الإثبات[2].

أما المشرع المصري فقد استعمل في بداية الأمر لفظ السند في القانون المدني الملغى، ثم عدل عن ذلك وأطلق عليه لفظ ورقة بمقتضى القانون رقم 131 لسنة 1948 بإصدار القانون المدني والذي خصص الباب السادس منه للقواعد الخاصة بإثبات الالتزام(المواد 389 إلى 417 منه)، أما في قانون الإثبات الحالي رقم 25 لسنة 1968 فقد استعمل لفظ المحررات في تعبيره على أداة الإثبات، وهو ما أقره في تعريفه للمحررات الرسمية[3] أو المحررات العرفية[4].

كما نجد أن بعض الفقه يستبعد مصطلح المستند في تعبيره على أداة الإثبات، لكون هذه الأخيرة تقتصر فقط على الدليل المهيأ فقط دون أن يشمل كل الأدلة الكتابية[5]، على الرغم من ذلك نجد أن بعض التشريعات قد استعملت هذا المصطلح ومن بينها المشرع اللبناني[6] والمشرع الأردني[7].

ثانيا : الكتابة كركن شكلي والكتابة كوسيلة إثبات

نجد أن الكثير من الأفراد من لا يميز بين الكتابة كوسيلة إثبات والكتابة كركن شكلي، فقد يشترط القانون شكلا خاصا يفرغ فيه التعبير عن الإرادة، كالكتابة الرسمية مثل الرهن الرسمي (883 ق.م.ج)، أو الشركة التجارية (544 ق. ت.ج)، إذ في هذه الحالة تكون الكتابة لازمة للانعقاد بحيث يؤدي تخلفها إلى عدم وجود التصرف أصلا، لقد أسماها

---

[1] سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 496 .

[2] أنظر: المواد 323 مكرر و 323 مكرر 1 و 327 ق. م .ج

[3] أنظر: المادة 10 من قانون الإثبات المصري .

[4] أنظر: المادة 14 من قانون الإثبات المصري

[5] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد المرجع السابق، ص 105.

[6] أنظر: المادة 143 من أصول المحاكمات المدنية اللبناني .

[7] أنظر: المادة 1/6 من قانون البيانات الأردني .

بعض الفقه[1] بالشكلية المباشرة لأنها تتصل مباشرة بتكوين التصرف القانوني، بحيث يترتب على انعدامها انعدام التصرف.

أما إذا استلزم القانون الكتابة لإثبات التصرف كالكفالة مثلا (645 ق.م.ج)[2]، فإن تخلفها لا يؤثر على وجود التصرف الذي يكون صحيحا ويمكن إثباته بالإقرار أو اليمين أو شهادة الشهود[3]، وإذا لم يتضح من النص ما إذا كانت الكتابة مطلوبة لانعقاد التصرف أو إثباته فإن الكتابة في هذه الحالة تكون مطلوبة فقط للإثبات وليس كركن شكلي، لأن القاعدة أن التصرفات رضائية والاستثناء أن تتطلب الإرادة التشريعية شكلا خاصا لبعض التصرفات[4].

قد يحدث أن يتفق المتعاقدان في عقد رضائي أن يكون التصرف مكتوبا في محرر رسمي أو عرفي، فإذا تبين من اتفاقهما أنهما قصدا أن يجعلا من الكتابة المتفق عليها شرطا للانعقاد ففي هذه الحالة لا يوجد التصرف إلا إذا تم في الشكل المتفق عليه تطبيقا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدان، مثال ذلك أن يتفق المتعاقدان في عقد الإيجار على أن التنبيه بالإخلاء يكون كتابة فعندئذ لا يصح التنبيه إلا إذا كان مكتوبا[5].

أما إذا تبين أن شرط الكتابة تهدف فقط للحصول على دليل أقوى في الإثبات، فإن تخلف شرط الكتابة لا يحول دون وجود هذا التصرف، وإذا قام الشك حول تفسير نية المتعاقدين يفترض أن الكتابة مشروطة للإثبات وليس كركن شكلي.

---

[1] علي فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، 2008، ص 294.

[2] المادة 645 ق.م.ج «لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة، ولو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصلي بالبينة»

[3] محمد صبري سعد، المرجع السابق، ص 47.

[4] محمد حسن قاسم، المرجع السابق ، ص 141.

[5] محمد صبري سعد، المرجع السابق، ص 48.

ثالثا : مفهوم الكتابة في ظل قواعد الإثبات التقليدية

لقد رأينا سابقا أن التشريعات قبل ظهور الكتابة الإلكترونية لم تهتم بإعطاء تعريف لمصطلح الكتابة على الرغم من أهميتها الكبرى في الإثبات وقد أرجع بعض الفقه[1] ذلك لأن الكتابة كانت بديهية من جهة ومن جهة أخرى ليس هناك مظهر قريب من الكتابة مما يستدعي تعريفها.

خلافا لذلك، فإن الفقه كانت له بعض المحاولات لإعطاء تعريف للكتابة، ومن بينها التي تنص : "الدليل الذي ينشأ عن أي نوع من المحررات، سواء كانت مخصصة لدى تحريرها إثبات واقعة قانونية أم لا، متى كانت الكتابة قد تم تحريرها بوجه خاص لإقامة دليل على واقعة، فإنه يطلق عليها حينئذ محرر أو سند "[2] و عرفها البعض الأخر بأنها تجسيد واضح للقول أو الفكر بوسيلة خطية[3]، وأخر من عرفها بأنها "مجموعة الرموز المرئية التي تعبر عن القول أو الفكر"[4].

ومن المستقر عليه في الفقه الفرنسي التقليدي أن الكتابة هي :"ما تم تدوينه على أوراق أو محررات مادية ترجح وجود تصرف قانوني معين"[5].

على العموم استقر الوضع على اعتبار أن الكتابة هي ما تم تدوينه على أوراق أو محررات مادية ترجح وجود تصرف قانوني معين[6].

---

[1] علي فيلالي، المرجع السابق، ص 295.

[2] V. G. Baudry-Lacantinerie, Précis de droit civil,5e éd,1895,Tom2, p.839.

[3] R. Mougenot, La preuve, tiré a part du «Répertoire Notarial», Bruxelles, Larcier, 2e éd,1997, p.127.

[4] أسامة أحمد شوقي المليجي، استخدام مستخرجات التقنيات العلمية الحديثة وأثره على قواعد القانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة،2000، ص 79.

[5] إياد محمد عارف عطا سده، مدى حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات "دراسة مقارنة "،أطروحة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية ، فلسطين، 2009 ص 8 .

[6] نجوى أبو هيبة،" التوقيع الإلكتروني" تعريفه –مدى حجيته في الإثبات ، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية بين الشريعة والقانون، الجزء الأول، غرفة تجارة وصناعة دبي، من 1 إلى 12 ماي 2003 ، ص436.

بيد أنه يجوز أن تكون الكتابة على الخشب أو الحجر أو الرمال أو الجلد و سواها. وهي قد تتخذ شكل مخطوطة يدوية أو أي شكل أخر[1]، وبالتالي لا يشترط أن تتم الكتابة فقط على الورق، بل يجوز أن تكون فوق أي دعامة كانت .

أما القضاء الفرنسي فقد حاول بدوره إعطاء تعريف للكتابة في بعض أحكامه، من بينها حكم محكمة استئناف Aix- en-Provence التي اعترفت بالوصية المحررة من راع فقير بالقلم الرصاص وعرف الكتابة بأنها: "تسطير حروف أو خطوطّ، وأن القانون لم يحدد الوسيلة أو المادة التي يتعين أن تسطر بها تلك الحروف أو الخطوط"[2]، وقد استقر هذا القضاء على الاعتراف بالكتابة التي تتم بالقلم الرصاص في حكم أخر حيث نص الحكم على:"... لا يوجد أي مبدأ أو أي نص قانوني يحد من استخدام القلم الرصاص في كتابة محرر عرفي ..."[3].

إلا أن القضاء الفرنسي قد رفض الوصية المحررة عن طريق الآلة الكاتبة، على أساس أن العلامة المكتوبة بالآلة الكاتبة لا تكون بالضرورة علامة الموصي الشخصية، ومن الممكن أن يكون هناك شخص أخر هو الذي قام بتشغيل الآلة الكاتبة[4].

المبحث الثاني: حجية الكتابة الإلكترونية في القواعد التقليدية للإثبات

لقد رأينا سابقا أن الكتابة عموما تعتبر من أقوى وسائل الإثبات ويمكن بواسطتها إثبات جميع الوقائع القانونية ومن بينها العقد الإلكتروني، غير أن إثبات هذا النوع من التعاقدات واجه في البداية العديد من الصعوبات ومن أهمها أن الكتابة الخطية المنصوص عليها في التشريعات لا تتلاءم مع طبيعة العقد الإلكترونية، وبالتالي اتضح لدى رجال

[1] إلياس ناصيف، العقود الدولية "العقد الإلكتروني في القانون المقارن"، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص 191 .

[2] CA Aix- en- Provence, 27 jan. 1846,DP1846,2,230 .

[3] Cass.com,8 octobre, R.T.D.civ. 1997,p.137,obs. Jacque Mestre ; D. Affaires,1996 ,p.1254.

[4] Cass.civ.,18 mai1936, D.H.1936,345,éd G,Iv.8.

القانون أنه لا يمكن تكييف القواعد التقليدية التي تعترف بالكتابة الخطية للاعتراف بالكتابة الإلكترونية نظرا للاختلاف الجوهري لكلا من الكتابتين .

وحتى لا يكون القانون عاملا معرقلا للتطور التكنولوجي، فقد حاول رجال الفقه بداية إضفاء الحجية على الكتابة الإلكترونية عن طريق ما يعرف بالاتفاقات، وتتلخص هذه الطريقة في أن يتفق الأطراف المتعاقدة على منح الكتابة الإلكترونية الحجية الكاملة في الإثبات متى وقع نزاع.

كان ظهور هذه الاتفاقات بفضل انتشار المعاملات البنكية، فحاولت البنوك أن تبرم اتفاقات مع عملائها تقر بموجبها أن لمستخرجات الموزع الآلي للبنك له حجية في الإثبات.

كما أن هذه الاتفاقات اعتبرها بعض الفقه ورجال القضاء مخالفة للنظام العام و للمبادئ العامة للإثبات كقاعدة عدم جواز اصطناع الشخص دليلا لنفسه، وهو ما سنعالجه في المطلب الأول.

أما المطلب الثاني سنبرز فيه أن الاعتراف بحجية الكتابة الإلكترونية لم يقتصر فقط على الاتفاقات بل حاول رجال القانون عموما أن يضفوا الحجية على هذا النوع الجديد من الكتابة بالاستعانة بالقواعد العامة للإثبات وخصوصا اللجوء لحالات الأخذ بشاهدة الشهود واعتبار أن نفس هذه الحالات يمكن بواسطتها الإقرار بحجية الكتابة الإلكترونية، وهو ما سنتطرق إليه بالتفصيل في المطلب الثاني.

المطلب الأول: دور الاتفاقات في إثبات العقود الإلكترونية

تلعب الاتفاقات دورا مهما جدا في إثبات العقد الإلكتروني، فهي الوسيلة المثلى لإقرار حجية المعاملات البنكية، ولذلك أولاها الفقه والقضاء والتشريع أهمية كبرى، من حيث الإجابة على تساؤل مهم هل قواعد الإثبات متعلقة بالنظام العام ؟ (الفرع الأول).

حتى لو أقر بصحة هذه الاتفاقات، فهل يمكن لها أن تكون وسيلة للاعتراف بحجية الكتابة الإلكترونية؟، خاصة إذا لم توجد نصوص قانونية تنظم هذه المسألة (الفرع الثاني).

وعلى الرغم من استعمال هذه الاتفاقات بكثرة في مجال إثبات العقد الإلكتروني إلا أنه تبقى هناك العديد من الصعوبات التي تواجه اتفاقات الإثبات وهو ما سنعالجه في الفرع الثالث.

الفرع الأول :مدى تعلق اتفاقات الإثبات بالنظام العام

يقر معظم الفقه[1]على تقسيم قواعد الإثبات إلى قواعد شكلية (إجرائية) تتعلق بإجراءات التقاضي وكيفية تقديم الأدلة أمام القضاء، وقواعد موضوعية تحدد أدلة الإثبات وقيمة كل دليل ومن يقع عليه عبء الإثبات ومحل الإثبات ودور القاضي في الإثبات، ويتفق معظم الفقهاء[2] على أن القواعد الشكلية تعد من النظام العام، ومن ثم لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفة أحكامها، لأنها وضعت لخدمة العدالة وتحقيقها وتتصل بنظام التقاضي، عكس القواعد الموضوعية، فلا تعد من النظام العام ويمكن للأفراد الاتفاق على مخالفتها، ويساير القضاء هذا الاتجاه، حيث اعتبر قضاة المحكمة العليا أن الإعذار المنصوص عليه في المادة 177 ق.ت.ج والمادة 462 ق.إ.م[3] من النظام العام ، ومن ثم فإنه يجوز لقضاة الموضوع إثارة هذا البطلان تلقائيا في أية مرحلة كانت عليها الدعوى[4].

---

[1] حميد سليمان داديار، دور المستندات المستخرجة عن طريق الانترنت لإثبات المسائل المدنية "دراسة تحليلية مقارنة–"، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2010، ص 169 و أنور سلطان ، المرجع السابق، ص8 و عثمانية سيفي، المرجع السابق، ص 16 وما بعدها.

[2] أحمد أبو الوفا، التعليق على نصوص قانون الإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، طبعة 4، 1994 ص . 51و أنور سلطان، المرجع نفسه، ص 32.

[3] تم إلغاء قانون الإجراءات المدنية وعوض بقانون 08–09 المؤرخ في25 فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ج.ر 21.

[4] القرار رقم 32113، الصادر بتاريخ 1 /06/ 1990، المجلة القضائية الجزائرية، عدد 2، 1990، ص 94.

لذلك نجد أن المشرع المصري قد أقر صراحة بصحة هذه الاتفاقات بموجب المادة 1/60 من قانون الإثبات التي تنص : "في غير المواد التجارية، إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على خمسمائة جنيه أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز شهادة الشهود في إثبات وجوده أو انقضائه، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك".

غير أن الفقه المصري قد اختلف في تفسير هذه القاعدة القانونية، فالبعض منهم[1] يرى أن قواعد الإثبات الموضوعية متعلقة بالنظام العام وحجته في ذلك أن ما حمل المشرع على وجوب الإثبات بالكتابة في التصرفات التي تزيد قيمتها على حد معين، هو خوفه من فساد ذمة الشهود أو نسيانهم أو خطأهم أو شهادتهم زورا، ومن شأن الإثبات بشهادة الشهود في التصرفات ذات القيمة الكبيرة أن يزيد من عدد القضايا ويعطل القضاة ويضر بسير العدالة، وهو ما يشكل مخالفة للنظام العام.

أما الرأي الغالب في الفقه المصري[2] فيقول بأن القواعد الموضوعية الأصل فيها لا تتعلق بالنظام العام، لأن هذه القواعد وضعت لحماية الخصوم، لذا فإنه يجوز الاتفاق على ما يخالفها، أي استبعاد الإثبات بالكتابة عند وجوبها شأنها في ذلك شأن سائر قواعد الإثبات الموضوعية إلا إذا وجد نص يقضي بغير ذلك .

وهو ما قضت به محكمة النقض المصرية في عدة أحكام لها، ومن بينها الحكم الذي ينص:" المقرر –في قضاء هذه المحكمة– أن قواعد الإثبات غير متعلقة بالنظام العام فيجوز الاتفاق على مخالفتها صراحة أو ضمنا، كما يجوز لصاحب الحق في التمسك بها أن يتنازل عنها"[3].

---

[1] في تفصيل ذلك، انظر: أحمد نشأت، المرجع السابق ، ص 160 وما بعدها .

[2] محمد صبري سعد، المرجع السابق، ص 17 .

[3] الطعن رقم 2124 لسنة 55 ق جلسة 1990/12/19 س 41 ج2ص948، مأخوذ عن: تامر سليمان الدمياطي، المرجع السابق، ص 875.

كما صدر حكم أخر لمحكمة النقض المصرية ينص كذلك على عدم تعلق القواعد الموضوعية للإثبات بالنظام العام بقولها: "أن قاعدة عدم جواز الإثبات بالبينة في الأحوال التي يجب فيها الكتابة غير متعلقة بالنظام العام، وبالتالي السكوت عن التمسك بذلك قبل البدء في سماع شهادة الشهود يعتبر تنازلا عن الحق في الإثبات بالطريق الذي رسمه القانون"[1].

نجد أن المشرع الأردني سار في نفس هذا الاتجاه بموجب المادة 1/28/أ من قانون البيانات التي تنص: "إذا كان الالتزام التعاقدي في غير المواد التجارية يزيد عن مائة دينار أو كان غير محدد المقدار فلا تجوز الشهادة في إثبات وجود الالتزام أو البراءة منه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك"، وعليه تعتبر الاتفاقات المتعلقة بالقواعد الموضوعية والتي ترمي إلى التعديل في محل الإثبات وعبئه وطرقه غير متعلقة بالنظام العام وبالتالي يجوز مخالفتها ما لم ينص القانون على خلاف ذلك[2].

وهو نفس موقف القضاء الأردني فقد استقر رأيه على أن القواعد الموضوعية للإثبات غير متعلقة بالنظام العام، حيث أعلنت محكمة التمييز: "أن القضاء مستقر على القول بصحة الاتفاقات الخاصة بطرق الإثبات كغيرها التي تتعلق بعبء الإثبات وبالواقعة المراد إثباتها، ولا يستثنى من ذلك إلا الاتفاقات الخاصة بالنظام العام كالقواعد المتعلقة بإثبات الزواج والوفاة والنسب وبقوة الأوراق الرسمية وغير ذلك"[3].

---

[1] نقض رقم 537 جلسة 19/2/ 1976 لسنة 39ق. ما خوذ عن: تامر سليمان الدمياطي، المرجع نفسه، ص 876.

[2] علاء محمد عيد نصيرات، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات "دراسة مقارنة"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005 ، ص 113 و 114.

[3] تمييز حقوق (88/491)، مجلة نقابة المحامين الأردنية، السنة:37، العدد 3-4،1989،ص465، حكم قضائي أردني مأخوذ عن علاء محمد عيد نصيرات، مرجع سابق، ص 115.

محكمة التمييز يقع مقرها في عمان وهي محكمة قانون وليست محكمة موضوع ، وهي أعلى درجة من درجات التقاضي في الأردن، وتقابلها في الجزائر المحكمة العليا .

أما من جانب الفقه و القضاء الفرنسي، فإن المسألة لم تكن بهذا الوضوح في بداية الأمر، فكان هناك اختلاف حول طبيعة الاتفاقات المتعلقة بالإثبات قبل صدور قانون 13 مارس 2000 بشأن الإثبات لتكنولوجيا المعلومات والمتعلق بالتوقيع الإلكتروني .

فنجد أن بعض من الفقه [1] يرى أن كل قواعد الإثبات متعلقة بالنظام العام انطلاقا من عبارة اهرنج الشهيرة "العدالة تسمو على الحرية "، وبالتالي لا يجوز إبرام الاتفاقات في مجال الإثبات، فقواعد الإثبات حسب هذا الاتجاه هي نظام اجتماعي تعلوا فيه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة، وعلى ذلك تبطل الاتفاقات المعدلة لقواعد الإثبات، سواء تعلقت بطرق الإثبات أو بتحديد الواقعة المطلوب إثباتها، وكذلك تعيين الخصوم الذين يقع على عاتقهم عبء الإثبات[2].

دعما لهذا الاتجاه فإن جانب من الفقه الفرنسي يدعوا إلى إبطال الاتفاقات المعدلة لقواعد الإثبات، عدا ما تعلق منها بتحديد من الذي يتحمل عبء الإثبات أو ما يتعلق منها بالواقعة المطلوب إثباتها[3].

عكس ذلك فإن معظم الفقه الفرنسي يقر بصحة هذه الاتفاقات، ويجعلها طريقة للاعتراف بوسائل الإثبات الحديثة عموما والكتابة الإلكترونية خصوصا وقد أطلق عليه "الطريق الاتفاقي"[4]، يرتكز هذا الفقه على القول بأن القواعد الموضوعية للإثبات ليست ذات طابع آمر و لا تتعلق بالنظام العام، فيمكن استبعادها عن طرق اتفاق الأفراد [5]، وبالتالي لا يحق للقاضي أن يذكرها من تلقاء نفسه ولا يمكن ذكرها لدى محكمة النقض لأول مرة[6]، ما

---

[1] تامر محمد سليمان الدمياطي، المرجع السابق، ص 872.

[2] عبد الفتاح بيومي حجازي، التوقيع الإلكتروني المرجع السابق ،2005 ، ص 344.

[3] سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص95.

[4] D. Gobert et E .Montero, La signature dans les contrats et les paiements : l'approche fonctionnelle, Consult and trading, 2000, disponible sur le site : www.consultandtrading.com_daor.pdf, .,p.54et 55.

[5] F.jacques et autres,op .cit,p.6.

[6] Flour(J .) et autres , op . cit,p.6.

لم تتصب على موضوع يتصل بالنظام العام، كتلك المتعلقة بالنظام القضائي وسير الخصومة والحالة المدنية للأشخاص والسلطات المعترف بها للموظف العام[1] أو التي تمس بمبدأ الوجاهية [2]، كما لا يمكن للأفراد الاتفاق على استبعاد الإجراءات المتعلقة بمضاهات الخطوط[3] .

إلا أنه وقع خلاف حول توقيت إبرام هذه الاتفاقات، فظهر هناك اتجاهين:

الاتجاه الضيق يرى عدم جواز اتفاق الأطراف على الخروج عن القواعد الموضوعية للإثبات إلا عقب وقوع النزاع وليس قبله ، وبالتالي تقع الاتفاقات المسبقة على مخالفة القواعد الموضوعية للإثبات باطلة بطلانا مطلقا متعلقا بالنظام العام.

الاتجاه الواسع يرى جواز اتفاق الأطراف على الخروج عن القواعد الموضوعية للإثبات في أي وقت، و أن هذا الاتجاه هو الأصح تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة[4].

أما القضاء الفرنسي فكان رافضا في بداية الأمر لهذا النوع من الاتفاقات[5]، إلا انه تراجع عن هذا الموقف واعتبر أن القواعد الموضوعية للإثبات غير متعلقة بالنظام العام وبالتالي يجوز للأفراد الاتفاق صراحة أو ضمنا على استبعاد أحكامها وذلك بقوله: "تخضع حقوق الأطراف لحرية التصرف فيها، وكل تصرف يرد عليها يجوز إثباته اتفاقا... فهذا الإجراء الحديث – التوقيع الإلكتروني– يقدم نفس الضمانات التي يقدمها التوقيع اليدوي والذي يبقى سريا لا يعلمه سوى حائز البطاقة "[6].

---

[1] ثروت عبد الحميد، مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات على ضوء القواعد التقليدية للإثبات، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون ، كلية الشريعة والقانون ، جامعة الإمارات العربية المتحدة ، المنعقد بتاريخ 10– 12 ماي 2003 ، ص401 .

[2] Cf. Civ. 2 e , 26 févr. 1997, Bull. civ . II, n o 62 ; cf. Raynaud, « L'obligation pour le juge de respecter le principe de la contradiction … »voir : F.jacques et autres, op .cit, p.7.

[3] Grynbaum (L) et autres ,op.cit ,p.26.

[4] لمزيد من المعلومات أنظر: محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص 45 وما بعدها .

[5] Cass.civ.23janv.1929,G.P.,1929, I,p.329.

[6] CA Montpellier,1er ch.,9avril 1987, confirmé par Cass.civ.,1er ch., 8 novembre 1989 -, Sté Crédicas, *Bull.civ.*I.no 342., cité par A. Bensoussan et Y. le roux; Cryptologie et signature électronique aspects juridiques, Hermès Science Publication, Paris, 1999, p.79.

تتلخص وقائع هذه القضية في أن شركة Crédicas قد وافقت على فتح ائتمان للسيدة P.Bisson في حدود مبلغ أربعة ألاف فرنك فرنسي، وقد حصلت السيدة المذكورة على مبلغ الائتمان بواسطة الموزع الآلي التابع للشركة المقرضة؛ في تاريخ الاستحقاق طالبت الشركة السيدة المقترضة بالوفاء، وقدمت الشركة تأييدا لمطالبها نسخة الشريط الورقي الذي يبقى في جهاز الصراف الآلي نتيجة السحب النقدي الذي قامت به المدعي عليها .

لقد رفضت محكمة Séte طلب الشركة على أساس أن من يطالب بتنفيذ التزام يجب عليه إثباته، طبقا لنص المادة 1315 من القانون المدني الفرنسي [1]، وأن إثبات التزام المقترض بالدفع لا يكون طبقا لنص المادة 1322 من القانون المدني الفرنسي [2] إلا بدليل موقع من المدين يثبت استخدامه لجزء أو لكل مبلغ الائتمان المتفق عليه، وأن هذا الدليل الموقع من المدين لا يغني عنه ما أسمته الشركة بالتوقيع المعلوماتي (signature Informatique) والذي يصدر ليس عمن يراد الاحتجاج به في مواجهته، وإنما عن آلة تخضع كلية لإرادة المدعي، وقد استندت المحكمة في حكمها الذي رفضت فيه طلب الشركة المذكورة على أساس أن الدليل الموقع توقيعا إلكترونيا لا يقبل كدليل إثبات لصالح الشركة المدعية لأنه باختصار من صنعها فهذا الدليل صادر عن الحاسب الإلكتروني، وهذا الأخير يخضع في استعماله لمطلق حرية البنك.

فما يصدر من الحاسب الآلي يفترض انه صادر عن مستعمل الحاسب، و بالتالي لا يستطيع هذا الأخير الاحتجاج بالسند الصادر عن الحاسب كدليل في الإثبات[3].

---

[1] Art 1315 C.civ:"Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation."

[2] Art 1322 C.civ : " L'acte sous seing privé, reconnu par celui auquel on l'oppose, ou légalement tenu pour reconnu, a, entre ceux qui l'ont souscrit et entre leurs héritiers et ayants cause, la même foi que l'acte authentique."

3 مولود قارة ، شكل التعبير عن الإرادة في عقود التجارة الإلكترونية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المسيلة، من دون سنة نشر، ص44.

إن اعتراف القضاء الفرنسي بصحة الاتفاقات الخاصة بالإثبات، يقوم على حجتين الأولى: أن قواعد الإثبات لها طبيعة خاصة فهي تتعلق بالمصالح الشخصية للأفراد، فإن جاز لهؤلاء الأفراد التنازل عن حقوقهم فمن باب أولى يجوز لهم التنازل عن قواعد إثبات ذلك الحق، لأن الدليل لا يعلوا على الحق ذاته ، والحجة الثانية : طبقا لمبدأ حياد القاضي يجوز للخصوم أن يتفقوا على الطريقة التي يعرضون بها نزاعهم أمامه، وبالتالي يجوز لهم الاتفاق مقدما على تحديد وسيلة الإثبات وحجيتها[1].

امتدادا لهذا الاعتراف القضائي بصحة اتفاقات الإثبات، اعترف المشرع الفرنسي بها بموجب القانون 2000- 230 المؤرخ في 13 مارس 2000 بشأن تطويع قانون الإثبات لتكنولوجيا المعلومات والمتعلق بالتوقيع الإلكتروني، حيث أضاف المادة 1316-2 إلى القانون المدني، التي تنظم تنازع الأدلة الكتابية وتقر بالوجود القانوني لاتفاقات الإثبات دون تحديد أي شرط لصحتها مع ضرورة أن يكون هذا الاتفاق صحيحا، ويترك للقاضي تقدير صحة هذا الاتفاق.

نلاحظ أن كتابة هذه الاتفاقات لا يمكن أن تتم كيفما اتفق، بل يجب النظر إلى ظروف كتابتها حتى يمكن اعتبارها صحيحة في حال وقوع نزاع[2]، و لا يجوز بأي حال من الأحوال عقد اتفاق يعطي لوسيلة إثبات قرينة غير قابلة لإثبات العكس، وذلك لسببين :

السبب الأول أن حجية وسائل الإثبات تخضع للنظام العام ومتعلقة بالأداء الوظيفي للقضاء ولا تتعلق بالمصلحة الشخصية للأفراد[3]، ولذلك فإن هذا الاتفاق يعد باطلا لأنه

1 سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 95و 96 وتامر محمد سليمان الدمياطي، المرجع السابق، ص 873 .

2 E . A. CAPRIOLI & A. CANTERO, Aspects légaux et réglementaires de la signature électronique, art disponible sur www.caprioli-avocats.com.11 janvier 2014 .

3 محمد المرسي زهرة ، الحاسوب والقانون ، مؤسسة الكويت للتقدم العلمي، الكويت، الطبعة الأولى ،1995، ص174.

يسلب من القاضي سلطته التقديرية في تحديد قيمة الوسيلة المعدة لإثبات التصرف، وأيضا لأنه يقيد الطريقة التي يكون بها قناعته الشخصية[1].

أما السبب الثاني فإن من شأن تحديد حجية وسيلة الإثبات في الاتفاق حرمان أحد الأطراف من الحق في إثبات ما يدعيه أو نفي ما يدعيه الطرف الأخر، فهو يتعارض مع أحد مبادئ الإثبات التي تمنح لكل طرف الحق في إثبات ما يدعيه[2] .

إن البنوك الجزائرية قد أخذت بهذا النوع من الاتفاقات، فنجد مثلا القرض الشعبي الجزائري(C.P.A)، قد وضع شروطا عامة يجب أن يلتزم بها الزبون حتى يتحصل على بطاقة فيزا الدولية، ونص في المادة الثامنة منها المعنونة ب "استعمال البطاقة" في الفقرة الرابعة على ما يلي :"...تشكل تسجيلات الآلات الأوتوماتيكية ونقلها في الإطار الإعلامي بالنسبة للقرض الشعبي الجزائري إثباتا للعمليات المنفذة بواسطة البطاقة ومبررا لحسمها على الحساب التي تنفذ عليه عمليات البطاقة ...لن يتم قبول أي شكوى يتقدم بها حامل البطاقة و أو صاحب الحساب بعد مهلة ثلاثين(30) يوما ابتداء من تاريخ إرسال كشف الحساب"، يمكن أن نستنتج من خلال هذه المادة أن التسجيلات التي تقوم بها الآلات الأوتوماتكية حجة على الزبون، إلا أن حجيتها تبقى بسيطة فقط فيمكن لهذا الأخير أن يثبت عكس ذلك عن طريق رفع شكوى خلال مدة 30 يوما ابتداء من تاريخ إرسال كشف الحساب من إجراء العملية بواسطة البطاقة، وفي نفس المادة اعتبرت أن مخرجات الآلات الأوتوماتيكية لا تصدر أي إشعار خاص إلا الوصل المقدم فقط .

يجب التنبيه في الأخير أنه يجب وضع العديد من القيود على الاتفاقات أثناء استعمالها، فيجب أن لا تتم إلا بين أشخاص لهم علاقات أعمال سابقة على توقيع الاتفاق،

---

[1] عيسى غسان الربضي، القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2009 ، ص 230.

[2] عايض راشد المري، مدى حجية الوسائل التكنولوجية الحديثة في إثبات العقود التجارية، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، 2005، ص 211 وما بعدها.

وأن لا تكون صالحة إلا بين الطرفين فقط، وبالتالي فهي علاقات مغلقة و محددة، وهي اتفاقات غير قابلة للتفاوض حولها[1] .

مما سبق يمكن أن نستخلص أن الاتفاقات المتعلقة بالإثبات تعتبر على العموم صحيحة إذا كانت متعلقة بالجانب الموضوعي للإثبات، وأن لا تمس بمبدأ حق الخصم في الإثبات، غير أنه لا يجوز أبدا للأفراد الاتفاق على استبعاد أو مخالفة القواعد الإجرائية للإثبات .

الفرع الثاني: التحديات التي تواجه اتفاقات الإثبات

غالبا ما يواجه الاتفاق الذي يبرمه الأشخاص لإثبات العقد الإلكتروني عدة تحديات، تحد من استعمال وانتشار هذا النوع من الاتفاقات، فقد يتضمن هذا الاتفاق شروطا تعسفية تضر بأحد المتعاقدين، خاصة إذا علمنا أن هذه الاتفاقات غالبا ما تبرم بين طرفين غير متساويين من حيث القوة (المهني والمستهلك).

من ناحية أخرى فإن اتفاق الإثبات يضع شرطا صريحا يتم بموجبه منح مستخرجات آلات السحب التابعة للبنك حجية إثبات، وهذا ما يتعارض مع مبدأ بديهي في الإثبات يسمى بعدم جواز اصطناع الشخص دليلا لنفسه.

على هذا الأساس فإننا سنتطرق أولا إلى مدى صحة اتفاق الأطراف في حال احتوائه شروطا تعسفية، وثانيا سلطة القاضي في تعديل اتفاقات الإثبات، وثالثا مدى تأثير مبدأ عدم جواز اصطناع الشخص دليلا لنفسه على صحة اتفاقات الإثبات.

[1] I. Renard , Vive la signature électronique, édition Delma, 2002, p.51.

أولا : اتفاق الأطراف والشروط التعسفية (عقد الإذعان)

الأصل في العقود أن تتم بتوافق إرادة الأطراف، فالعقود هي ظاهرة إرادية تعبر عن حرية الاختيار سواء من حيث الإقدام على إبرامها أم من حيث مناقشة شروطها بين الأطراف[1].

إلا أنه ومع تزايد النشاط الاقتصادي في حياة الأفراد ظهر نوع جديد من العقود يقيد من حرية الأفراد في مناقشة الشروط التي يتضمنها العقد، حيث يقوم أحد المتعاقدين بتنظيم عدد كبير من العقود من نفس النوع، بموجبها يحدد شروطا موحدة لهذه العقود ويعرضها على الأشخاص، ولا يكون أمام هؤلاء الأشخاص سوى قبول أو رفضها مجتمعة دون أي نقاش[2]، وهناك من الفقه[3] من أدخل اتفاقات الإثبات ضمن هذا النوع من العقود، واعتبرها لا تنسجم مع القواعد العامة التي تحكم العقود خاصة في ركن الرضا .

إن بعض الفقه[4] قد ميز بين حالتين، الحالة الأولى إذا كان اتفاق الإثبات قد أبرم بين أطراف متوازنة ولا يوجد أحدهم في مركز قوي دون الأخر، فالاتفاق هنا يعتبر صحيحا وعلى القاضي أن يأخذ به، والحالة الثانية إذا كان أطراف الاتفاق في مراكز مختلفة كأن يكون أحدهم في مركز أقوى من الأخر، أو إذا كان يتضمن شروطا تعسفية ،فإن القاضي ملزم بتعديل أحكامه .

حتى يكون اتفاق الإثبات من عقود الإذعان يجب أن تتوافر فيه بعض الشروط وهي:

---

[1] عبد الرحمن حمدي، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، المصادر الإرادية للالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 1999، ص 124.

[2] عبد الرحمن محمد شريف، عقود الإذعان، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1998 ، ص 166 و عيسى غسان الربضي، المرجع السابق، ص 234.

[3] ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص 405.

[4] علاء محمد عيد نصيرات، المرجع السابق ،ص 115 وما يليها.

1-عدم التوازن الاقتصادي ما بين أطراف العقد: أن يكون أحد الأطراف محتكر فعلي أو قانوني لسلعة أو خدمة أو مرفق ، ولا يكفي أن يتمتع بالقوة المادية .

ونظرا لما يتمتع به هذا المحتكر من قوة اقتصادية فإنه ينفرد بوضع شروط العقد وليس للطرف المذعن إلا قبول الشروط الموجودة في هذا العقد أو رفضها كلية، وهو ما ينطبق على الاتفاقات المبرمة بين البنك والعميل، حيث يحتكر البنك تقديم خدمة البطاقات الإلكترونية بشروط ذات جوهر واحد[1].

2- أن يكون محل العقد سلعة أو خدمة تعد من الضروريات الأولية فيما يتعلق بالمستهلك: فقد أصبح مثلا الكهرباء والغاز والهاتف من الضروريات التي لا يمكن للأشخاص الاستغناء عنها، ولكن هل تعد البطاقات الإلكترونية التي تعدها البنوك من الضروريات التي لا يمكن للأشخاص الاستغناء عنها؟

يجب أن نوضح بداية أن أغلب الفقه يتبنى المفهوم الموسع لعقود الإذعان، فيكفي أن يكون أحد طرفي العقد يتفوق في الخبرة أو القوة الاقتصادية على الطرف الأخر حتى نكون أمام عقد إذعان، ولا يشترط أن يكون مضمون العقد متعلقا بسلعة أو خدمة ضرورية أو أن تكون محل احتكار فعلي أو قانوني[2] .

وهناك جانب من الفقه[3] يحث القاضي على تبني مفهوم مرن لعقود الإذعان، فتكون له السلطة التقديرية إذا ما كانت الخدمة أو السلعة من الضروريات الأساسية لحياة الأشخاص، وبالتالي فإن قناعة القاضي وسلطته التقديرية هما الكفيلتان بتحديد هل الأشخاص هم بحاجة إلى البطاقات الإلكترونية، بل إن بعض الفقه[4] يحث القضاء على

---

[1] عيسى غسان الربضي، المرجع السابق، ص 236 .

[2] حسام الدين الأهواني، نظرية الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000 ، ص 389.و حسن عبد الباسط جميعي، عقود برامج الحاسب الآلي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 171 .

[3] ثروت عبد الحميد، التوقيع الإلكتروني ،مكتبة الجلاء الجديدة، القاهرة، الطبعة الثانية، 2003، ص 108.

[4] عايض راشد المري، المرجع السابق، ص 220.

اعتبار البطاقات الإلكترونية هي من الضروريات في حياة الأفراد وذلك بسبب التطور الاقتصادي المستمر في حياة المجتمعات والأفراد.

إلا أن هناك اتجاه أخر في الفقه يرى أنه من الصعب قبول فكرة أن اتفاق الإثبات من عقود الإذعان، فهي خدمات مهمة لحياة الأفراد ولكنها لا تصل لدرجة الضروريات التي لا يمكن الاستغناء عنها، وكذلك لا توجد جهة واحدة تحتكر إصدار البطاقات الإلكترونية كما هو مشترط في عقود الإذعان[1] .

أخيرا فإننا يمكن لنا القول أن مدى حاجة الأفراد للبطاقات الإلكترونية متروك لتفسير القضاء، على أن يكون هذا التفسير مرنا يراعي من خلاله المركز الاقتصادي والفني للمتعاقدين.

3- يجب أن يصدر الإيجاب بشكل عام ومستمر وبصورة قاطعة: لكي نكون أمام عقد إذعان يجب أن يكون موجها إلى عموم الأفراد وليس لفرد معين دون سواه، وأن يصدر الإيجاب على نحو مستمر ودائم فيكون ملزما لمدة أطول مما هو عليه في العقود العادية[2]، ويبقى الإيجاب مستمرا طيلة احتكار الموجب، فإن ظهر موجب أخر يقدم ذات الخدمة أو السلعة بإيجاب أيسر فإننا لا نكون أما عقد إذعان.

يشترط كذلك أن يصدر الإيجاب في عقد نموذجي، بحيث إما يقبله الشخص كله أو يرفضه كله ولا يحق له التفاوض حول بنود العقد، لذا لا يحتاج عقد الإذعان إتمامه سوى قبول الإيجاب الموجه من الموجب.

إذا ما حاولنا معرفة مدى انطباق هذا الشرط على نموذج الاتفاق المقدم من طرف البنوك للعملاء نلاحظ أن الإيجاب الموجه من البنك للجمهور هو إيجاب عام وليس لشخص معين، ومستمر من حيث المدة الزمنية فلا يحدد الاتفاق المدة الزمنية التي يجب التعاقد

[1] علاء محمد عيد نصيرات، المرجع السابق، ص 116.

[2] عيسى غسان الربضي، المرجع السابق، ص 237.

خلالها، وكذلك فإن الإيجاب يكون بصورة قاطعة فالعميل إما يقبل هذا الاتفاق كله أو يرفضه كله، وأخيرا فإن الإيجاب يصدر في قالب نموذجي مطبوع على دعامات ورقية أو إلكترونية .

يمكن لنا في الأخير أن نستنتج أن نموذج الاتفاق الذي تصدره البنك تتوافر فيه شرط صدور الإيجاب بشكل عام ومستمر وبصورة قاطعة، و تتوافر فيه بقية الشروط الأخرى، غير أن ذلك يبقى متروكا للسلطة التقديرية للقاضي، على الرغم من معارضة بعض الفقه لذلك، فيرون أن اتفاقات الإثبات غير صالحة في تنظيم التجارة الإلكترونية، لأن المستهلك عادة ما يبرم العقود الإلكترونية بشكل عرضي، وهو ما يتعارض مع اتفاقات الإثبات التي عادة ما تتم بين طرفين تتم بينه تعاملات بشكل دائم ومستمر[1].

كما أن هذه الاتفاقات ومتى صارت عقود إذعان وفق الشروط المذكورة سابقا فإنها قد تنطوي على خطورة كبيرة، فقد تؤدي إلى إعطاء المحررات الموقعة إلكترونيا حجية تفوق التي قررها المشرع للمحررات العرفية – وهي أدلة كاملة في الإثبات[2].

كما أنها تقلب عبء الإثبات، فالشخص المدعى عليه بمحرر إلكتروني موقع إلكترونيا لا يستطيع إنكارها بل عليه أن يثبت عكس ما ادعى عليه به، وهو ما يؤدي إلى إعطاء المحررات الإلكترونية الحجية المطلقة بسبب صعوبة إثبات عكس ما في المحررات الموقعة إلكترونيا[3].

---

[1] L. GUINOTTE ,La signature électronique après les lois du 20 octobre 2000 et du 9Juillet 2001 JT, édition Larcier , 121e année ,14 septembre 2002, , p.554.

[2] علاء محمد عيد نصيرات، المرجع السابق، ص 116و حسن عبد الباسط جميعي، مرجع سابق، ص 74 .

[3] حسن عبد الباسط جميعي، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.ص 74، و أحمد شرف الدين ، عقود التجارة الإلكترونية، دروس الدكتوراه لدبلومي القانون الخاص وقانون التجارة الدولية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة ، بدون دار نشر، 2000، ص276.

– بناء على ذلك فإن هذا النوع من الاتفاقات تجعل المحررات الإلكترونية لها نفس حجية المحررات الرسمية التي لا يمكن الطعن فيها إلا بالتزوير، على الرغم من عدم توافر المحرر الإلكتروني لكامل عناصر الدليل الكتابي[1].

فهل القاضي ملزم بقبول مثل هذه الاتفاقات على الرغم من خطورتها ؟ أم أنه يستطيع أن يعدل من ذلك الاتفاق؟ وعلى أي أساس ؟

ثانيا: سلطة القاضي في تعديل اتفاقات الإثبات

على الرغم من صحة الاتفاقات المتعلقة بالإثبات وأنها غير متعلقة بالنظام العام، فإن على القاضي التدخل متى رأى أن هذا الاتفاق يحتوي شروطا تعسفية مخالفة لأصول الإثبات، فيمكن للقاضي تبني المفهوم الواسع لعقود الإذعان في مجال الاتفاقات المتعلقة بإصدار البطاقات الإلكترونية، وبالتالي يمكن أن يعدل الشروط التعسفية أو أن يعفي الطرف المذعن منها[2].

غير أن القضاء اعتبر أن ورود شرط حرمان الشخص من التقاضي يعتبر شرطا تعسفيا، وذلك بقولها: "إن مثل هذا الشرط– حرمان الشخص من التقاضي– يستهدف تجريد المستأجر من وسائل الدفاع بقصد حرمانه من حق مراجعة القضاء في حالة الخلاف على وجود عيب أو إخلال في المأجور وفي ما أنفقه المؤجر في لإصلاحه، وأن مثل هذا الشرط شرطا باطلا لأنه ليس منحصر في تعديل عبء الإثبات وفق قانون البيانات الذي هو من حق الخصوم ... وبما أن حق التقاضي من النظام العام فلا يجوز الاتفاق على حرمان المتعاقدين من حق المقاضاة"[3] .

---

[1] حسن عبد الباسط جميعي، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الانترنت، المرجع السابق، ص 74 .

[2] وهو ما تنص عليه المادة 110 من ق.م.ج بقولها: "إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقتضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

[3] تمييز حقوق(1987/509)، مجلة نقابة المحامين الأردنية، السنة: 35، عدد 910، 1987، ص: 1588، مأخوذ عن علاء محمد عيد نصيرات، المرجع السابق، ص 118 .

إضافة لذلك فإنه يحق للقاضي تعديل الاتفاقات التي تنص على تعديل سلطة القاضي في مجال الإثبات مثل توجيه اليمين المتممة أو المتعلقة بالضمانات الأساسية بحق الدفاع (كالمجابهة بالأدلة)، أو كانت مشتملة على قيود قانونية واردة على حرية الإثبات تهدد النظام العام [1]، كالشرط الذي يضفي حجية معينة على المحرر الإلكتروني ويمنع الطرف الأخر من إثبات عكس ما ورد فيها .

كما أن التعليمة الأوروبية الخاصة بحماية المستهلك اعتبرت أن كل شرط يرمي إلى إلغاء أو إعاقة رفع دعوى قضائية أو سبل الطعن من قبل المستهلك وخاصة عن طريق إجباره على رفع الدعاوى حصريا أمام القضاء التحكيمي لا تشمله الأحكام القانونية بتحديد وسائل الإثبات الموضوعة تحت تصرف المستهلك دون وجه حق أو يفرض عليه عبء الإثبات المفترض أن يكون على الطرف الأخر في العقد بموجب القانون المطبق[2]، وعليه إذا اعتبرنا هذه الشروط من الشروط التعسفية فإنه يجب استبعاد العمل بها أو إبطالها في عقود الاستهلاك.

ثالثا : عدم جواز اصطناع الشخص دليلا لنفسه

التحدي الثاني الذي قد يواجه اتفاق الأطراف الذي ينظم حجية المستند الإلكتروني اصطدامه بمبدأ عدم جواز اصطناع الشخص دليلا لنفسه .

إن حق الخصم في الاحتجاج بأي دليل يخوله له القانون بشرط أن لا يكون هذا الدليل صادرا عنه هو نفسه، فالأصل أن من يقع عليه عبء الإثبات لا يجوز له أن يصطنع لنفسه دليلا ضد خصمه[3]، نلاحظ أن هذا المبدأ لم ينص عليه أي تشريع، إلا أنه

[1] رمضان أبو السعود، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الدار الجامعية، الاسكندرية، 1985، ص 55 و 56.

[2] تعليمة الأوروبية رقم (EE /13/ 1993) بتاريخ 5 مارس 1993 المتعلق بالشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين.

[3] محمد المرسي زهرة، الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية "العقد الإلكتروني– الإثبات الإلكتروني– المستهلك الإلكتروني، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، من دون سنة نشر، ص 190.

يؤخذ به نظرا لبداهته، كما يمكن استنتاجه من قواعد العدالة وروح القوانين ومن قواعد الإثبات ذاتها[1].

بينما أجازت التشريعات[2] استثناء التمسك بدليل من صنع الشخص نفسه في حالات محدودة من بينها، تمسك الشخص بدفاتره التجارية في حالتين هما :

– الحالة الأولى : في الدعاوي التجارية بين تاجر وتاجر .

– الحالة الثانية: في دعوى التاجر على غير التاجر بالنسبة إلى البيانات الواردة في دفتر التاجر عما ورده لغير التاجر.

الحكمة من هذا الاستثناء أن العملية المتنازع عليها تجارية فهي مقيدة بتفصيلاتها في دفتر كل من الخصمين فتذكر في دفتر أحدهما بوصفها حقا وفي دفتر الآخر باعتبارها دينا عليه[3].

قد يكون هذا المبدأ عائقا للاعتراف بحجية الكتابة الإلكترونية، فهل يمكن أن تكون المحررات الإلكترونية من صنع الجهة التي تحتج بها ؟

هناك من يعتبر أن المحرر الإلكتروني هو دليل من صنع الشخص فمخرجات الحاسب الآلي (المحرر الإلكتروني) يخضع تماما لإرادة من يستعمله والبرنامج المنفذ يوضع في الحاسب لصالح الجهة المستفيدة، ويخضع لإشراف وتوجيهات هذه الجهة .

هذا الحل توصل إليه القضاء الفرنسي في حكمه الصادر سنة 1985، أي قبل الاعتراف التشريعي للمحررات الإلكترونية، حيث أصدرت محكمة فرنسية حكما قضائيا يتضمن رفض طلب شركة – تأييدا لمطالبها المرفقة به نسخة من الشريط الورقي في

---

[1] محمد المرسي زهرة ، الدليل الكتابي وحجية مخرجات الكمبيوتر في الإثبات في المواد المدنية والتجارية "دراسة تطبيقية على منافذ السحب الآلي"، المجلد الثالث، مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت، كلية الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة ، من 1 إلى 3 ماي 2000، ص799.

[2] أنظر: المادة 330 ق.م.ج .

[3] لمزيد من التفاصيل أنظر: محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 97 وما يليها.

الصراف الآلي التابع لذات الشركة– إلزام المدعى عليها بتأدية المبلغ المقترض الذي تم سحبه من الصراف الآلي للشركة، كون هذا الشريط يخضع لإدارة الشركة الدائنة فإنها لا يجوز لها الاحتجاج بالشريط الورقي الصادر عنها[1].

فالدليل الموقع إلكترونيا، كما يسميه البعض[2]، من الناحية الفنية لا يمكن قبوله كدليل إثبات لصالح الشركة المدعية أو البنك عموما لأنه من صنعها، كما لا يعتبر الحاسب في هذا الفرض من الغير بالنسبة للبنك مستعمل الحاسب .

أما من الناحية القانونية فمن الخطورة أن نقرر ولو بطريق غير مباشر استقلال الحاسب بالنسبة لمن يستعمله، وهو ما يؤدي منطقيا إلى عدم مسائلة مستعمل الحاسب في حالات الغش والخطأ، وهي نتيجة يرى البعض[3] استحالة التسليم بها قانونا.

كذلك يعتبر مبدأ عدم جواز اصطناع الشخص دليلا لنفسه عائقا أمام العقود الإلكترونية باعتبار عدم تكافؤ طرفي العقد من حيث الخبرة، فأحد أطراف العقد قد يكون محترفا، بحيث يستطيع تسجيل عقوده على دعامات إلكترونية وكذلك تخزينها واسترجاعها وقت الحاجة إليها، بينما الطرف الأخر لا تكون له هذه الخبرة والمهارة الفنية مما ينتج عنها تمسكه بمبدأ عدم جواز اصطناع الشخص دليلا لنفسه [4]، على ضوء ذلك هل يمكن اعتبار أن الشريط الورقي الصادر من جهاز الصرف الآلي نتيجة لعملية السحب ، يعتبر صادرا عن البنك وحده؟

---

[1] لمزيد من التفاصيل حول الحكم القضائي أنظر: يوسف أحمد النوافلة، المرجع السابق، ص 137 وما يليها و محمد المرسي زهرة، الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية المرجع السابق ، ص 191 وما يليها .

[2] H. Croze , Informatique, Preuve et sécurité,D.1987,Chron.p.165.

[3] M.Vasseur, Le paiement électronique, aspecte juridiques, JCP,1985,1,3206, n° 18 .

[4] عيسى غسان الربضي، المرجع السابق، ص 244.

يرى بعض الفقه[1] أن النتيجة التي توصل إليها القضاء الفرنسي باعتبار الشريط الورقي الناتج عن عملية السحب هو دليل مصطنع من طرف البنك لصالحه هو خطأ، فالشريط الورقي ما هو إلا نتيجة لمجموعة من الإجراءات اشترك فيها كل من حامل البطاقة والبنك في الوقت ذاته.

فالعميل حامل البطاقة قام بإجراءات السحب المتفق عليها وبعد ذلك يقوم جهاز الصرف الآلي بمعالجة البيانات إلكترونيا، مما يؤدي في النهاية إلى إتمام عملية السحب، ويثبت ذلك في الشريط الورقي، بالتالي فإن الشريط الورقي ليس من صنع البنك وحده، بل هو نتيجة لاشتراكهما معا في الإجراءات التي أدت إليه، وبالتالي لا يعتبر أي منهما قد اصطنع هذا الشريط لنفسه، وهو ما أدى ببعض الفقه للقول بأن عدم جواز اصطناع الشخص دليلا لنفسه هو قول فقط ولا يمكن اعتباره كمبدأ من مبادئ الإثبات[2].

المطلب الثاني: إثبات العقود الإلكترونية في حالة عدم وجود الاتفاقات

في حال عدم وجود اتفاق بين الأطراف لإثبات العقود الإلكترونية، فإنه يمكن لأطرف العقد الإلكتروني الاعتماد على القواعد العامة الواردة في القانون المدني، خاصة النصوص القانونية التي تستثني الإثبات بالكتابة، ويمكن تحديدها في المانع الأدبي أو المادي، فقدان الدليل بسبب أجنبي والتصرفات القانونية التي لا تتجاوز نصابا معينا وهو ما سنتطرق إليه بالتفصيل في الفرع الأول.

كما يمكن للأطراف إثبات العقد الإلكتروني بالاعتماد على مبدأ حرية الإثبات المنصوص عليها في القانون التجاري الجزائري، خاصة إذا علمنا أن التجارة الإلكترونية

[1] محمد المرسي زهرة، الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية المرجع السابق، ص 196 وما يليها .و محمد المرسي زهرة، الدليل الكتابي وحجية مخرجات الكمبيوتر في الإثبات في المواد المدنية والتجارية المرجع السابق، ص 803 وما يليها .

[2] C.MOULY-GUILLEMAUD, LA sentence « nul ne peut se constituer de preuve a soi-même » ou le droit de la preuve a l'épreuve de l'unilatéralisme , RTD civ. ,avril 2007,p. 264 .

تعتمد بدرجة كبيرة على إبرام العقود الإلكترونية بين التجار على شبكة الانترنت وهو ما يتيح استعمال هذا المبدأ بشكل كبير في إثبات العقود الإلكترونية إذا لم يوجد اعتراف تشريعي بوسائل الإثبات الحديثة وهو ما سنعالجه بالتفصيل في الفرع الثاني .

الفرع الأول: الكتابة الإلكترونية في قواعد القانون المدني

عموما إن الإثبات في المواد المدنية لا يكون حرا بل يكون مقيدا بالنصوص القانونية الواردة في القانون المدني، حيث تكون للكتابة الحجية الكاملة مقارنة بوسائل الإثبات الأخرى.[1]

لقد فضل المشرع الجزائري على غرار مختلف التشريعات الأخرى الكتابة على شهادة الشهود، ويرجع السبب في ذلك لعدم ثقته في شهادة الشهود وإمكان مغايرتها للواقع وتعرضهم للنسيان، إلا أن التشدد في هذا الرأي قد يلحق ظلما واضحا للمتقاضين أو يحول دون الكشف عما قصد المتعاقدون إخفائه من أعمال مشروعة.

لذلك نجد أن القانون المدني الجزائري على غرار مختلف التشريعات قد استثنى الإثبات بالكتابة في حالات معينة، وبالتالي يمكن للأفراد الاستعانة بالكتابة الإلكترونية لإثبات تصرفاتهم، دون الحاجة إلى تعديل أحكام قواعد الإثبات، ويمكن حصر هذه الحالات فيما يلي :

أولا: المانع المادي أو الأدبي أو فقدان السند الكتابي

نص على هذه الحالة المادة 336 من القانون المدني الجزائري بقولها: " يجوز الإثبات بالشهود أيضا فيما كان يجب إثباته بالكتابة :

- إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي،
- إذا فقد الدائن سنده الكتابي لسبب أجنبي خارج عن إرادته."

[1] C. Castets- Renard, Droit de l'internet, Lextenso édition, Paris, 2010, p.183.

نستخلص من هذه المادة وجود حالتان تشتركان من ناحية قيام المانع في كل منهما، ولكن تتميز إحداهما عن الأخرى، وهما :

1- المانع من الحصول على دليل كتابي: يمنح القانون للخصم الإثبات عن طريق شهادة الشهود إذا وجد مانع من الحصول على الكتابة، ويكون المانع في هذه الحالة إما مانعا ماديا أو أدبيا.

يكون هذا المانع متوافرا متى استحال على الشخص الحصول على دليل كتابي لإثبات التصرف، أو إذا أحاطت بالعلاقة التعاقدية ظروف خارجية لم تمكن المتعاقد من إعداد الدليل الكتابي[1] كوجود ظروف استثنائية أو حوادث مفاجئة كزلزال أو حريق تمنع من إنشاء محرر مكتوب[2] .

هناك من الفقه[3] من قسم المانع المادي إلى ستة طوائف وهي الالتزامات العقدية وعيوب الإرادة، أن يكون طالب الإثبات غير طرف في التصرف القانوني وما يتصل ذلك من صورية، الاحتيال على القانون والسبب غير المشروع ، الودائع الاضطرارية، الأحداث غير المنظورة بوجه عام ، ما جرت عليه العادة.

اعتبر البعض أن إبرام العقود بواسطة الهاتف يعتبر مانعا ماديا للمتعاقدين للحصول على دليل مادي وبالتالي يمكن لهم الاستعانة بكل وسائل الإثبات الأخرى ومن بينها التسجيلات الموجودة في الشريط المغناطيسي [4].

أما المانع الأدبي فيمكن تعريفه بأنه كل ظرف نفسي يربط بين المتعاقدين وقت إبرام

---

[1] الغوثي بن ملحة، قواعد وطرق الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري، الطبعة الأولى، مطبوعات الديوان الجزائري للأشغال التربوية، الجزائر ،2001، ص 44.

[2] تامر محمد سليمان الدمياطي ، المرجع السابق، ص 252.

[3] من بينهم عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 451 وما بعدها .

[4] L. Siguoirt, La preuve du paiement des obligations monétaires, LGDJ Lextenso édion, 2010, p. 156.

العقد، من شأنه أن يحول دون مطالبة أيهما الأخر بدليل كتابي[1]، ومن أمثلة ذلك وجود صلة قرابة أو مصاهرة أو زوجية بين الطرفين أو حتى وجود رابطة صداقة أو علاقة تبعية بينهما، هذا فضلا عن العرف المتبع في بعض المهن[2].

مع ملاحظة أن وجود هذه الأسباب لا يعني بذاته قيام المانع الأدبي، فقد تقوم هذه الحالة ولا يمنع من الحصول على الدليل الكتابي[3]، وهو ما ذهبت إليه محكمة التميز الأردنية بقولها: "إنه وإن كانت المادة 30 من قانون البيانات تجيز قبول الشهادة في إثبات معاملة المداينة الواقعة بين الأقارب من الدرجة الثانية، إلا أنه لما كان المدعي مقرا بالمعاملة بينه وبين شقيقه المدعى عليه قد ربطت بالكتابة، فإن ذلك يعني انتفاء الثقة المتبادلة بين الطرفين وبالتالي انتفاء المانع الأدبي الذي يجيز الاستناد إليه لسماع الشهادة في المعاملات بين الأقارب"[4].

زيادة على ذلك فإن القضاة عادة ما يركزون على درجة العلاقة الموجودة بين الأطراف المتعاقدة فكلما كانت هذه العلاقة ضعيفة كلما استبعدوا هذا الاستثناء [5].

كما أن المحكمة العليا الجزائرية قد اعتبرت أن المانع الأدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي وذلك بقولها:" من المقرر قانونا أنه يجوز الإثبات بالبينة لمن وجد له مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي، ومن ثم فإن النعي على القرار بمخالفة القانون في غير محله.

---

[1] أشرف جابر سيد، المرجع السابق، ص 206

[2] لمزيد من التفاصيل أنظر: عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 460 وما بعدها .

[3] إياد محمد عارف عطا سده، المرجع السابق، ص 106 و 107 .

[4] تمييز حقوق رقم (307-75) مجلة نقابة المحامين الأردنية ، الصادر بسنة 1976 العدد (5-6)، ص 881 .

[5] Laurent Siguoirt, op.cit., p. 161.

ولما كان من الثابت –في قضية الحال– أن علاقة الطرفين هي علاقة الأبوة والبنوة وتمثل مانعا أدبيا ومن ثم فإن قضاة الموضوع عند أخذهم بالبينة (الشهادة) كانوا مطبقين القانون التطبيق السليم.

ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن."[1]

غير أن المحكمة العليا في الجزائر استبعدت الأخذ بالمانع الأدبي في حال وجود عقد شركة مكتوب بين الطرفين المتنازعين[2].

2- المانع من تقديم الدليل الكتابي لفقده بسبب أجنبي: وفقا للفقرة الثانية من المادة 336 ق. م. ج يمكن للدائن الذي فقد سنده الكتابي لسبب أجنبي خارج عن إرادته الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة، يجب أن تتوافر في هذه الحالة شرطين هما :

أ- **وجود دليل كتابي سابق:** لكي يتمسك الدائن بهذه الحالة يجب أن يثبت حصوله على دليل كتابي كامل، وله أن يثبت ذلك بكل الوسائل الممكنة، لأنه يعتبر واقعة مادية يجوز إثباتها بكل وسائل الإثبات [3].

ب- **فقد الدليل الكتابي بسبب أجنبي لا يد للدائن به:** يجب على الدائن أن يثبت أن فقد السند الكتابي كان بسبب أجنبي لا يد له فيه، والسبب الأجنبي قد يكون قوة قاهرة كحريق أو الكوارث الطبيعية أو يرجع إلى فعل المدعى عليه كما لو كان قد سرقه[4]، أو حصل عليه

---

[1] ملف رقم 62268، مجلة المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية،2007، عدد 3، ص 106، مأخوذ عن جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في المادة التجارية و البحرية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، منشورات كليك، الجزائر، 2013، ص 379.

[2] ملف رقم 614099، قرار صدر بتاريخ 06 ماي 2010، مجلة المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، العدد 1، 2010، ص214.

[3] نقض مدني 27/3/ 1985 مج أحكام النقض، س 36، ص 561 و محمود عبد العزيز المرسي، مبادئ الإثبات في المسائل المدنية والتجارية، دون دار نشر ، 1995، ص 111.

[4] الطعن رقم 132 جلسة 1942/6/18، مجموعة المبادئ القانونية لمحكمة النقض في 25 سنة، ص42.

بالإكراه والتحايل [1]، ويشترط بعض الفقه أن يكون السبب لفقدان الدليل الكتابي غير ممكن توقعه ولا تلافي حصوله [2].

يمكن الاستعانة بهذا الاستثناء حتى في حالة ما إذا كانت الكتابة ركنا أساسيا للإثبات وهو ما لا يمكن تحققه في حالة المانع الأدبي والمادي لعدم وجود دليل كتابي أصلا [3]، ولا يصح للمكلف بالإثبات أن يتمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض ولا يصح للمحكمة أن تعمل به من تلقاء نفسها باعتبارها من القواعد الموضوعية للإثبات غير متصلة بالنظام العام[4].

يرى بعض الفقه [5] أنه يمكن الأخذ بهذا الاستثناء في حال ما إذا كان للمتعاقد عبر الإنترنت دليل كتابي كامل، أي محرر إلكتروني موقع إلكترونيا ويتوافر فيه كل الشروط المنصوص عليها قانونا، ثم فقد المتعاقد هذا المحرر بسبب أجنبي لا يد له فيها، كحدوث خلل تقني يؤدي إلى فقدن المحرر الإلكتروني أو وقوع خلل فني لدى جهة الحفظ أو إصابة المحرر بفيروس .

إلا أنه واتفاقا مع رأي بعض الفقه[6] فإنه لا توجد فائدة من اللجوء إلى هذا الاستثناء للاعتراف بحجية الكتابة الإلكترونية، لأنه يشترط في هذه الحالة الأخيرة إثبات وجود محرر إلكتروني مستوفي لكافة الشروط القانونية، وهو ما لا يتوافر في هذه الحالة بسبب عدم وجود نصوص قانونية صريحة تنظم حجية الكتابة الإلكترونية.

---

[1] نقض رقم 1798 جلسة 5/16/ 1985، لسنة 54ق .

[2] سليمان مرقس، أصول الإثبات في المواد المدنية المرجع السابق ، ص 443 .

[3] يحي عبد الودود ، دروس في الإثبات ، دون دار نشر وسنة نشر ، ص 111 و عيسى غسان ربضي، المرجع السابق، ص 272.

[4] نبيل صقر ونزيهة مكاري ، المرجع السابق، ص 156.

[5] سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 597 وما بعدها

[6] تامر سليمان الدمياطي، المرجع السابق ، ص 275 و حسن عبد الباسط الجميعي، إثبات التصرفات المرجع السابق ، ص 120 وما بعدها.

ثانيا : التصرفات القانونية المدنية التي لا تتجاوز نصابا معينا :إذا كانت قيمة التصرف القانوني لا تجاوز نصاب الإثبات بشهادة الشهود ساد مبدأ حرية الإثبات[1]، وهذا الأمر عائد إلى أن مثل تلك الالتزامات ذات قيمة مادية قليلة، الأمر الذي لا يتطلب اشتراط الكتابة لإثباتها، ولا إنفاق مبالغ مالية كبيرة لإثباتها أمام القضاء[2] ، وترى المحكمة العليا الجزائرية أن اشتراط المشرع الكتابة في إثبات دين، إذا تجاوزت قيمته 100.000 دج، لا يعني اشتراط الرسمية[3].

يستمد هذا المبدأ وجوده من القانون الفرنسي، فنجد أن مرسوم مولان (Ordonnance de Moulins) المتعلق بإصلاح العدالة الصادر في سنة 1566 هو أول من أقر هذا المبدأ وتم اعتماده كذلك بموجب الأمر الملكي المتعلق بالإجراءات الصادر في سنة 1667[4]، وأخيرا في القانون المدني الفرنسي في 1804.

هناك من الفقه من وضع شروطا لإعمال هذه القاعدة[5] ، وهي أن نكون بصدد تصرف قانوني، فلا تنطبق القاعدة على الوقائع المادية، أن يكون التصرف المراد إثباته مدنيا لا تجاريا، ألا يكون هناك اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك، يقتصر تطبيق هذه القاعدة على أطراف التصرف وخلفهما العام دون الغير، أن لا تزيد قيمة التصرف عن الحد الأقصى المحدد قانونا.

غير أن بعض الفقه يرى أنه لا يشترط في التصرف أن يكون مدنيا، بل يمكن أن يكون تجاريا، فالعبرة بطبيعة التصرف ونوعه وقيمته [6]، وهو ما سار عليه قضاة المحكمة

---

[1] Grynbaum (L) et autres , op.cit,p.8 .

[2] علاء محمد عيد نصيرات، المرجع السابق، ص 86 .

[3] ملف رقم 678615، قرار بتاريخ، 2011/10/20، الغرفة المدنية، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، 2012، ص 136

[4] Voir : H. Roland et Laurent Boyer, introduction au droit, édition litec, 2007, p.585.

[5] لمزيد من التفاصيل أنظر: محمد حسين منصور ، الإثبات التقليدي والإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ، 2006، ص 117 وما بعدها.

[6] نبيل سعد إبراهيم، المرجع السابق، ص 93 .

العليا بقولهم:"يتم في معاملة تجارية، إثبات تخلص المدين غير التاجر من الدين المكتوب أو الوفاء به عن طريق الكتابة، طبقا للقانون المدني ."[1]

لقد نص المشرع الجزائري على هذه الحالة في المادة 333 ق.م.ج بقولها: "في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 100.000د ج أو كان غير محدد القيمة فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو انقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك ... "، وقد كان النصاب سابقا قبل تعديل هذه المادة في هو 1000 دج[2] ، عند المشرع الفرنسي 1500يورو[3].

على هذا النحو يمكن للأطراف تقديم الكتابة الإلكترونية كدليل إثبات على وجود التصرفات التي تقل قيمتها عن نصاب القانوني، ما لم يوجد اتفاق صريح يقرر غير ذلك، أو الحالات التي يشترط فيها القانون وجوب الإثبات بالكتابة بصرف النظر عن قيمة التصرف[4].

تكون للقاضي في هذه الحالة السلطة التقديرية لتحديد قيمة الكتابة الإلكترونية من حيث الوسيلة المستخدمة في إنشاء المحرر الإلكتروني وتوقيعه، وجدارتها في نقله وحفظه واسترجاعه بطرق آمنة موثوق بها[5].

على الرغم ما تمثله هذه الحالة من أهمية في الأخذ بالكتابة الإلكترونية إلا أنها تقتصر فقط على التصرفات المدنية قليلة القيمة وهو ما لا يكون مفيدا بالنسبة لإثبات العقد

---

[1] القرار رقم 431972، الصادر بتاريخ 9 أفريل 2008، مجلة المحكمة العليا، عدد 2، 2008، ص 233، مأخوذ عن سايس جمال، المرجع السابق، ص 233.

[2] عدلت هذه المادة بالقانون رقم 05- 10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 (ج ر 44 ، ص 25)، الصادرة بتاريخ 26 يونيو 2005.

[3] Décret n° 2004-836 du 20 aout 2004, art. 56 modifiant le décret no 80-533 du 15 juillet 1980 pris pour l'application du l'article 1341 du code civil .

[4] إيمان مأمون أحمد سليمان، إبرام العقد الإلكتروني وإثباته "الجوانب القانونية لعقد التجارة الإلكترونية" ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2008، ص 206 .

[5] ثروت عبد الحميد، مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات المرجع السابق، ص 414.

الإلكتروني الذي غالبا ما تكون قيمته تتجاوز بكثير الحد الأدنى المنصوص عليه قانونا ، وهو ما اعتبره البعض عائقا أمام تطور التجارة الإلكترونية[1].

لذلك دعا المجلس الأوربي منذ 1981 الدول المنضوية تحته لإلغاء هذا الشرط، و نصحت غرفة التجارة والصناعة بباريس (CCPI) إلى جعل الحد الأدنى ما بين 10000 و 50000 فرنك فرنسي، ولكن مجلس الدولة الفرنسي كان حذرا في تقريره الموسوم ب "الانترنت والشبكات الرقمية "[2]، فيجب في هذا المجال زيادة الحد بشكل يتلاءم مع مذهب الإثبات القانوني .

لذلك فإن هذا المبدأ لا يساهم بشكل فعال في الأخذ بالكتابة الإلكترونية، حيث تبقى دائما هذه الأخيرة أقل درجة من الكتابة الخطية في الإثبات .

ثالثا : مبدأ الثبوت بالكتابة

يمكن تعريف مبدأ الثبوت بالكتابة بأنه وسيلة إثبات غير كاملة ومن أمثلته عدم توقيع المحرر العرفي أو توقيع المحرر الرسمي مع الإخلال بأحد شروطه بشرط ان لا تكون كركن من أركان التصرف[3].

إذا كان من الصعب إقرار حجية الكتابة الإلكترونية في حالة التصرفات التي لا تتجاوز نصابا معينا، فهل يمكن اعتبارها دليلا ناقصا باعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة مما يحتاج تعزيزه بأدلة أخرى كشهادة الشهود مثلا أو القرائن ؟ وللإجابة على هذا التساؤل يجب معرفة مدى استيفاء الكتابة بالشكل الإلكتروني لشروط إعمال مبدأ الثبوت بالكتابة.

يعتبر مبدأ الثبوت بالكتابة عون للمتقاضي الذي أهمل في إعداد دليل مسبق، أو الذي تخلى عن الدليل الكتابي بسبب إسراف في الثقة الممنوحة للطرف الأخر، ومن أمثلتها

[1] C Féral SCHUHL,Cyber Droit, le droit a l'épreuve de l'internet, 5e éd, DALLOZ, 2008, p.620.
[2] CE, Internet et les réseaux numériques, Doc.fr,1998 ; synthèse.
http //lesrappots.ladocumentationfrancaise.fr/ BRP/984001519/0000.htm
[3] P. Voirin , Droit civil, Tome 1, 34e éd, Lextenso éditions, 2013, p. 532.

محاضر الجرد دفاتر الحساب والمذكرات الشخصية ولو كانت مدونة في أوراق منثورة إلخ ...[1].

تنص المادة 335 من القانون المدني الجزائري[2]، على مبدأ الثبوت بالكتابة بقولها :" يجوز الإثبات بالشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة .

وكل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال، تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة.".

يمكن أن نستخلص من هذه المادة ثلاث شروط حتى نكون أمام مبدأ الثبوت بالكتابة وهي:

– أن تكون هناك كتابة أو ورقة مكتوبة ، وتشمل الكتابة أيا كان نوعها ، فلا يلزم أن تكون بخط يد الخصم أو موقعة منه[3]، أما الأوراق الموقعة سواء كانت عرفية أو رسمية فلا يقوم بها مبدأ ثبوت بالكتابة، لأنها تعد دليلا كاملا[4]، يدخل في هذا المجال حتى التسجيل الصوتي الذي تم بطريقة قانونية واطمأنت إليه المحكمة[5]، إلا أنه يجب استبعاد هذا التسجيل متى تم خلسة ومن دون علم الشخص الذي يراد الاحتجاج ضده بالتسجيل ، لأن ذلك يعتبر مساسا بالحياة الخاصة للشخص [6].

---

[1] عاطف عبد الحميد حسن، مبدأ الثبوت بالكتابة في ضوء التطور التكنولوجي الحديث، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص43

[2] تقابلها المادة 62 من قانون الإثبات المصري ، المادة 1347 من القانون المدني الفرنسي .

[3] Cass.fr.29 janvier 1930, Journ. Jug. Paix1931, p. 490 ; Cass. 19 Janvier 1939, Pas.1939, I, p.37 ; Cass.30 mai 1969,I, p. 883, cité par J .F. LECLERQ ,Unité et diversité de droit privé « Essai de solution d'une adaptation du régime des preuves en droit privé » , édition de l'université de bruxelles, P.359.

[4] أشرف جابر سيد، المرجع السابق، ص201.

[5] Dijon,29 Juin 1955 , D.1955 , 583 ;réformant. Trib civ.dijon,16 nov .1954,JCP.1955II, 8550,note Legeais.et J-B Denis :«Quelque aspects de l'évolution récente du système des preuves en droit civil, RTD.civ. ,1977,p.671.»

[6] حسام الدين كامل الأهواني، الحق في احترام الحياة الخاصة، الحق في الخصوصية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1978، ص 104 عاطف عبد الحميد حسن، المرجع السابق، ص 50.

– أن تكون هذه الكتابة صادرة من الخصم الذي يحتج عليه بها، سواء كان هذا الخصم مدعيا أم مدعى عليه[1]، وهو ما أقرت به محكمة النقض المصرية بقولها:" كل كتابة صادرة من الخصم أو من يمثله أو موقعة منه تصلح أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة أيا كان شكلها و أيا كان الغرض منها يستوي في ذلك أن تكون تلك الكتابة هي التي أعدت أصلا لإثبات التصرف المدعي به ولكن ينقصها شرط من الشروط المطلوبة فيها كدليل كامل في الإثبات أو لم تكن أعدت أصلا لإثبات هذا التصرف ..." [2]، قد يكون الصدور من الخصم ماديا أو معنويا.

– أن يثبت المحرر واقعة وحقيقة معينة[3].

فالصدور المادي يتحقق بأن يكون المحرر بتوقيع المدعى عليه أو بخطه، فبوجود أحدهما يوجد رابطة بين الخصم وما دون بالكتابة[4]، والصدور المعنوي المقصود به أن الخصم المدعى عليه لم يكتب المحرر بخط يده، مثال ذلك أن يكون الخصم أميا فتكتب الورقة بإملائه، وتعتبر في هذه الحالة صادرة منه دون أن يكون وقعها أو كتبها بخطه[5].

أما إذا لم يسلم بهذا الإملاء، كما لو أنكرها أو طعن فيها بالتزوير، فلا يصح إثباتها بشهادة الشهود أو القرائن[6]،يجوز أيضا أن تصدر الكتابة بدلا من الخصم نفسه ممن يمثله الخصم كالخلف العام أو النائب.

---

[1] Cass1e civ.11-4-1995 :Bull.civ.I no175 , cite par : A. Bensoussaan, Informatique Télécoms Internet, éditions Francis Lefebvre, 2008, p.208.

[2] الطعن رقم 1995 لسنة 50 جلسة 1987/5/16 س 35 ص 1333.

[3] Cass. 1e civ.18-71995 : Bull. civ. I no 175 Cité par : par :Alain Bensoussaan, op.cit ., p.209.

[4] سهير منتصر، مبدأ الثبوت بالكتابة، في القانونين المصري والفرنسي ، من دون دار نشر، 1981، ص 60 .

[5] لمزيد من التفاصيل أنظر عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق، ص 427 وما بعدها و

Arrêt n° 604 du 3 juin 2015 (14-19.825 . 14-20.518) - Cour de cassation - Première chambre civile - ECLI:FR:CCASS:2015:C100604 publier sur : www.courdecassation.fr

[6] أحمد نشأت، المرجع السابق، ص 680.

عندما يستوفي مبدأ بداية ثبوت بالكتابة الشروط القانونية المذكورة سابقا فإن ذلك يؤدي بالمدعي إلى استكمال دليله بشهادة الشهود أو القرائن، وأن اعتراف القاضي بوجود بداية ثبوت الكتابة لا يحرمه من التأكد من صدق شهادة الشهود أو القرائن [1].

معظم الفقه يرى أن الكتابة بالشكل الإلكتروني يتحقق فيها هذا الشرط، ذلك أن التدخل الإيجابي للخصم المدعى عليه بالكتابة على لوحة المفاتيح يؤدي إلى توفر شرط الصدور المادي للمحرر من الخصم[2].

يشترط في هذه الكتابة أن تجعل التصرف المدعى به قريب الاحتمال، وهو أمر خاضع للسلطة التقديرية للقاضي، لكن يجب أن لا يقتصر الأمر على مجرد افتراض أو تخمين، فلا يجب في هذه الحالة أن تتضمن اعترافا بالواقعة مراد إثباتها، كما لا يشترط في الكتابة أن ترد على جميع عناصر الحق المدعى به، بل يكفي أن تجعل هذا الحق قريب الاحتمال في عناصره الأساسية[3].

هذا الشرط لا يثير أي مشكلة بالنسبة للكتابة بالشكل الإلكتروني، فمسألة تقدير هل تعتبر الكتابة بالشكل الإلكتروني قريب الاحتمال أم لا هو أمر خاضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع.

يجب الإشارة في الأخير أن بعض من الفقه يعتبر المحرر الإلكتروني –سواء عرفي أو رسمي – متى لم يكن صحيح، فإنه لا يفقد كل قيمته القانونية بل يتحول إلى مبدأ ثبوت

---

[1] J.GHESTIN et G.GOUBEAUX, op ;cit. , p.573.

[2] ثروت عبد الحميد، التوقيع الإلكتروني المرجع السابق ، ص 132 و

J.Esnault, "la signature électronique" ;université de droit, d'économie et de science sociales paris II pantheon-assas , 2002-2003, disponible sur le site :www.signelec.com, p. 32. et
-S.Caid : " La preuve et la conservation de l'écrit dans la société de l'information" ; université de Montréal, Faculté des études supérieures, Décembre 2002, p. 93

[3] عاطف عبد الحميد حسن، المرجع السابق، ص 63 .

بالكتابة، التي لا يثبت بشكل مباشر و كامل توافق الإرادات ولكن تجعل هذا الأخير محتمل[1].

الفرع الثاني : الاستعانة بحرية الإثبات للاعتداد بالكتابة الإلكترونية

إن المشرع الجزائري على غرار المشرع الفرنسي والمصري قد أخذ بمبدأ حرية الإثبات في مجال الأعمال المادية والمواد التجارية، ومفاد مبدأ حرية الإثبات، هو عدم تقييد المدعي في إثبات ما يدعيه بكل الطرق بما فيها البينة والقرائن أيا كانت قيمة التصرف، وبذلك فإنه يجوز إثبات التصرف التجاري بأي وسيلة من وسائل الإثبات حتى ولو كانت قيمة التصرف تزيد قيمته على ما هو مقرر قانونا [2].

زيادة على ذلك فإن كل التقنيات الحديثة تعتبر مقبولة لإثبات وجود معاملات تجارية بين التجار، وللقاضي في هذه الحالة مطلق الحرية في تقدير قيمة وسائل الإثبات [3].

يرى بعض الفقه [4] أن هناك ازدواجا في التنظيم القضائي للمعاملات بين قواعد عامة تحكم العقود والالتزامات عموما وقواعد خاصة تحكم العقود والالتزامات التجارية خصوصا، فالأصل في المعاملات التجارية أن يكون إثباتها بشهادة الشهود أو القرائن [5] ، نظرا لكون المعاملات التجارية قائمة على الثقة والأمان وما يستلزم من سرعة في التعامل[6]، فإن الكتابة بمفهومها التقليدي تعتبر عنصرا معرقلا في الحياة التجارية، لذلك نجد أن معظم التشريعات

---

[1] Y.Shandi, La Formation du contrat a distance par voie électronique, Thèse de Doctorat ; université Robert Schuman, Strasbourg III ,2005 , p. 298.

[2] سعدية البدوي السيد أحمد بدوي، نحو نظرية عامة للدفاتر التجارية الإلكترونية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس ، 2012، ص 241.

[3] A. Bensoussaan, op.cit, p.207.

[4] هاني دويدار، مستقبل مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية في ظل أحكام الإثبات الإلكتروني، مؤتمر المعاملات الإلكترونية (التجارة الإلكترونية – الحكومة الإلكترونية)، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الحقوق والشريعة، ماي 2009، ص 467.

[5] حسام الدين كامل الأهواني، شرح قانون الإثبات، دون دار نشر، 2002 ، ص143.

[6] Ripert(G.) et Roblot(R.), Traité élémentaire de Droit commerciale , Tome I, L.G.D.J., Paris , 17 éd, 1998 ; N° 340, p.112.

المقارنة ومن بينها المشرع الجزائري[1] أخذ بمبدأ حرية الإثبات في مجال المعاملات التجارية بموجب نص المادة 30 من القانون التجاري بقولها: " يثبت كل عقد تجاري :

- بسندات رسمية .....
- بالإثبات بالبينة أو بأي وسيلة أخرى إذا رأت المحكمة وجوب قبولها ."

يشترط لتطبيق هذا المبدأ أن تكون التصرفات والعقود طرفاها تاجرين وتمت لأغراض تجارتهما[2]، أما في حالة العقود المختلطة والتي يكون فيها أحد طرفي العقد غير تاجر فهو وحده الذي يستفيد من قاعدة الإثبات الحر في مواجهة التاجر المتعاقد معه[3]، وهو ما أقر به القضاء الجزائري صراحة بقوله : "... حيث أنه من المستقر عليه قضاء أن قواعد الإثبات في المعاملات التجارية تختلف حسب اختلاف الأطراف بحيث أنها تخضع لقواعد الإثبات في القانون التجاري لما يكون الطرفين تاجرين أو يكون المدين تاجرا وتخضع لقواعد الإثبات المنصوص عليها في القانون المدني لما يكون المدين غير تاجر وحيث ولما كان في قضية الحال أن المدين غير تاجر وأن الدين أساسا كان مكتوبا فإن التخلص منه أو إثبات الوفاء لا بد أن يكون كذلك بطريق الكتابة.

وحيث أن القضاة لما رفضوا الإثبات عن طريق الشهود يكونون قد طبقوا القانون تطبيقا صحيحا وأعطوا قرارهم أساس قانونيا سليما مما يتعين معه رفض الطعن الحالي"[4].

على هذا الأساس يرى جانب من الفقه[5] أنه يمكن الاستعانة بالكتابة الإلكترونية لإثبات التصرفات القانونية التجارية التي تبرم عن طريق الانترنت، وهو ما سار عليه

---

[1] تقابلها المادة 60 من قانون الإثبات المصري .

[2] ثروت عبد الحميد، مدى حجية التوقيع الإلكتروني المرجع السابق ، ص 411 .

[3] عمرو عيسى ، وسائل الاتصال الحديثة وحجيتها في الإثبات، المكتب الجامعي الحديث ،الإسكندرية 2006، ص55 .

[4] ملف رقم 431972، قرار بتاريخ 2008/04/09 ، مجلة المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، العدد الثاني، 2008، ص 235 .

[5] محمد حسام محمود لطفي، الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية، دراسة في قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية مع إشارة خاصة لبعض قوانين البلدان العربية، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، 2002 ، ص 37 وما بعدها.

القضاء الأردني بقوله:" تقبل البينة الشخصية لإثبات الدعوى مهما كانت قيمتها إذا ثبت أن البائع تاجر وبأن المشتري شركة تجارية فتكون المعاملة واقعة بين فريقين من التجار وتقبل البينة الشفوية لإثبات البيع"[1].

كما يستند أصحاب هذا الرأي[2] على ما نص عليه المشرع الفرنسي في المادة الثانية (الفقرة الأخيرة) من المرسوم رقم 1020 – 83 الصادر في 29 نوفمبر 1983[3] والمتعلق بالالتزامات المحاسبية للتجار وبعض الشركات، من أن المحررات المعلوماتية المكتوبة يمكن أن تحل محل دفتري اليومية والجرد شريطة أن تكون هذه المحررات معرفة ومرقمة ومؤرخة عند إعدادها بما يضمن حجيتها في الإثبات، وتبقى للقاضي الكلمة الأخيرة في مدى حجية هذه الوسائل في الإثبات على ضوء اطمئنانه لها .

لقد واجه هذا الاتجاه نقدا عنيفا استنادا إلى استيفاء التعامل على شبكات المعلومات لمقومات هذا الاستثناء، فضلا عن إنكاره قوة الدليل الكتابي الكامل على المحررات الإلكترونية، وهو يذلك يعطي للقاضي سلطة واسعة في تقدير قيمتها في الإثبات مما لا يوفر الثقة فيها[4].

وهناك اتجاه فقهي أخر يقر بإمكانية الاعتراف بالمحرر الإلكتروني بوصفه قرينة قضائية لإثبات وجود مضمون التصرف الذي يتم عن طريق الانترنت، وفي جميع الأحوال فإن الأمر يخضع للسلطة التقديرية للقاضي[5] .

---

[1] تمييز حقوق 66/477 ، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، سنة 1967 ، ص 418 مأخوذة عن لورنس محمد عبيدات، المرجع السابق، ص 109.

[2] محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص 39 .

[3] Décret n° 83 -1020 du 29 novembre 1983 pris en application de la loi n° 83 – 353 du 30 avril 1983 et relatif aux obligations comptables de commerçant et de certaines sociétés, J.O., du 1 décembre 1983, p.3461.

[4] أحمد شرف الدين، حجية الرسائل الإلكترونية في الإثبات، مقال منشور في الموقع www.eastlaws.com ، ص5 ، 20 فيفري 2009.

[5] سعدية البدوي السيد أحمد بدوي، مرجع سابق، ص 245 و أسامة أحمد شوقي المليجي، استخدام التقنيات العلمية، المرجع السابق، ص 133.

إلا أن معظم التشريعات قد وضعت قيودا على هذا المبدأ بأن أقرت الكتابة لإثبات بعض المعاملات التجارية في حالتين، الحالة الأولى إذا اشترط القانون الكتابة في إثبات التصرفات التجارية، كبيع المحل التجاري مثلا[1]، أو عقد الشركة التجارية[2]، أو ضرورة الإعذار عندما يرفض المؤجر تجديد عقد الإيجار وفق ما تنص عليه المادة 177 من القانون التجاري الجزائري، وهو ما أقره قضاء المحكمة العليا بالجزائر بقوله : "من المقرر قانونا أن إجراء الإعذار الذي فرضته أحكام المادة 177 ق.ت.ج هو إجراء يتعلق بالنظام العام، وأن الجزاء المترتب على المخالفة هو البطلان المطلق، ومن ثم فإنه يجوز لقضاة الموضوع إثر هذا البطلان تلقائيا في أية مرحلة كانت عليها الدعوى. ولما كان كذلك فإن النعي على القرار المطعون فيه بما يثيره الطاعن بمخالفة أحكام المادة 462 من ق. إ .م بغير محله ويتعين عليه رفضه."[3] .

الحالة الثانية إذا ما اتفق التاجران على أن لا يكون الإثبات بينهما بالكتابة، لأن القواعد الخاصة بإثبات التصرفات التجارية غير متعلقة بالنظام العام، فيجوز بالتالي للتاجرين النزول عنهما باتفاقهما ويقع هذا الاتفاق صحيحا ويتعين العمل بموجبه[4].

كما أن هناك جانب من الفقه[5] من يرى أن حرية الإثبات في مجال المعاملات التجارية لا تكون إلا في حالة الأعمال التجارية للتجار التي يقومون بها لصالح تجارتهم، فقيام التاجر بأعمال لا تدخل في إطار تجارته يخضعه لنظام الإثبات المدني.

---

[1] تنص المادة 79 /1 ق. ت. ج. على ما يلي: "كل بيع اختياري أو وعد بالبيع وبصفة أعم كل تنازل عن محل تجاري ولو كان معلقا على شرط أو صادرا بموجب عقد من نوع آخر أو كان يقضي بانتقال المحل التجاري بالقسمة أو المزايدة أو بطريق المساهمة به في رأس مال شركة يجب إثباته بعقد رسمي وإلا كان باطلا "

[2] تنص المادة 545 ق. ت. ج. على ما يلي :" تثبت الشركة بعقد رسمي وإلا كانت باطلة ..."

[3] رقم القرار 32113 ، المجلة القضائية، العدد 2، 1990، ص 94، مأخوذ عن جمال سايس، المرجع السابق، ص 250.

[4] محمد حسن قاسم، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية،2007،ص 319 .

[5] محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص 39 .و

Y.Chartier, La preuve commerciale après la loi du 12 Juillet 1980,D, p. 98

عموما يمكن الاستعانة بمبدأ حرية الإثبات في المعاملات التجارية لإثبات العقود الإلكترونية، إلا أنها تبقى ذو تأثير محدود، فقد يتم إبرام عقود إلكترونية غير تجارية، كما أنه يمكن للأفراد الاستغناء عن هذا المبدأ صراحة بموجب اتفاق مسبق بينهما.

الفصل الثاني : الاعتراف التشريعي بالكتابة الإلكترونية

اتضح لنا جليا من خلال الفصل الأول الجهود التي بذلها رجال القانون عموما للاعتراف بالكتابة الإلكترونية في ظل عدم وجود نصوص قانونية تنظم هذا النوع الجديد من الكتابة.

إلا أن المشرعين عموما لم يغفلوا عن التطور الحاصل في مجال الإثبات وانتشار الكتابة الإلكترونية في حياة الأفراد والمجتمعات، وعدم تنظيمها بواسطة نصوص قانونية قد يؤدي في الأخير إلى خلق اضطراب في المعاملات الإلكترونية التي أصبحت واقعا لا مفر منه، حتى أن بعضا من الفقه[1] يرى أن هناك ازدواجية في الكتابة في مجال الإثبات وأنه يجب التمييز بين الكتابة الخطية والإلكترونية ، عكس ذلك فإن اتجاها أخر لا يرى ضرورة التمييز بين الكتابتين فالكتابة الإلكترونية ما هي إلا تطور منطقي للكتابة الخطية[2].

كل هذه العوامل ساعدت على ظهور موجة من التشريعات عبر العالم تنظم المعاملات الإلكترونية وتهتم بالاعتراف بالكتابة الإلكترونية، فحاولت قدر الإمكان تنظيم ما يعرف بالكتابة الإلكترونية التي عادة ما تتخذ شكل محرر إلكتروني، فنجد مثلا على المستوى الدولي التعليمة الأوروبية بشأن التوقيعات الإلكترونية وعلى المستوى الوطني المراسيم المنظمة للإثبات الإلكتروني في فرنسا وقانون التجارة الإلكتروني التونسي[3] وغيره من القوانين المحلية، وهو ما سنتطرق إليه في المبحث الأول.

ومن المتعارف عليه في قواعد الإثبات عموما أن المحرر ينقسم إلى نوعين أوله المحرر الرسمي وثانيه المحرر العرفي وسنلاحظ من خلال المبحث الثاني أن التشريعات لم تكتف بالاعتراف بالمحرر الإلكتروني بل اعترفت كذلك بالمحرر الرسمي الإلكتروني وأعطته

---

[1] P-Y.GAUTIER, Révolution internet : le dédoublement de l'écrit juridique , D. 2000, p. 5 .

[2] C. GHAZOUANI, Le contrat de commerce électronique International, Tunis , Latrach édition , 1er éd , 2011, p. 72.

[3] القانون عدد 83 لسنة 2000 المؤرخ في 9 أوت 2000 المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية .

نفس حجية المحرر الرسمي الورقي متى توافرت بعض الشروط، وحاولت هذه التشريعات – خاصة المشرع الفرنسي– تجاوز الصعوبات والعراقيل التي برزت أثناء ظهور المحررات الرسمية و تكييف المحرر الرسمي مع التطورات التكنولوجية الحاصلة في مجال المحررات عموما .

كما أن التنظيم التشريعي للمحررات الإلكترونية شمل كذلك المحررات العرفية الإلكترونية وإعطائها نفس حجية المحررات الورقية، وتكييف الأحكام القانونية مع الطبيعة الخاصة للمحرر الإلكتروني العرفي وإيجاد أحسن السبل لتسهيل العمل به خاصة مع ظهور البريد الإلكتروني واستعماله بكثرة من طرف الأفراد والمؤسسات بشكل كبير في إتمام المعاملات الإلكترونية نظرا لسهولة الحصول عليه وبشكل مجاني والسرعة التي يوفرها أثناء استعماله، فأدى التطور التكنولوجي إلى إيجاد ما يعرف بالبريد الإلكتروني الموصى، وهو ما سنعالجه بالتفصيل في المبحث الثاني .

المبحث الأول : المحرر الإلكتروني

لقد كان ظهور المحرر الإلكتروني نتيجة استعمال أجهزة الكمبيوتر بكثرة من طرف الأفراد والمجتمعات من جهة، و ظهور الانترنت واستعمالها بشكل كبير في إتمام العديد من المعاملات إلى ظهور مصطلحات جديدة، فأصبحت الكتابة الورقية لا تلبي حاجة الناس لإثبات مختلف معاملاتهم التي تتم بشكل إلكتروني ولا إلى التطور التكنولوجي، فظهر إلى الوجود ما يعرف بالكتابة الإلكترونية .

فكل هذه التطورات ساهمت بشكل كبير للفت انتباه رجال القانون إلى محاولة تبني هذا النوع الجديد من الكتابة ومحاولة تعريفه تعريفا دقيقا، مع تبيان الوظائف التي يجب أن تقوم بها الكتابة الإلكترونية وهو ما سنعالجه في المطلب الأول.

كما لم يكتف رجال القانون عموما والتشريعات خصوصا بتبني الكتابة الإلكترونية بل بذلوا جهدا كبيرا لمنح الكتابة الإلكترونية نفس حجية الكتابة الورقية مع استثناء بعض الحالات نظرا لطابعها الخاص، بل الأكثر من ذلك حاولت بعض التشريعات أن تبين موقف القاضي عند وجود تعارض ما بين المحررات الإلكترونية والورقية، وهو ما سنعالجه بالتفصيل في المطلب الثاني.

المطلب الأول: إعادة النظر في مفهوم الكتابة

سنحاول في الفرع الأول أن نعرف الكتابة بعد الاعتراف التشريعي بالكتابة الإلكترونية خاصة مع اختفاء الطابع المادي الملموس للكتابة وظهور الدعامات الإلكترونية، وفي الفرع الثاني سنحدد ما هي وظائف الكتابة بصفة عامة ؟ وهل الكتابة الإلكترونية تؤدي نفس هذه الوظائف ؟

الفرع الأول: مفهوم الكتابة في ظل قواعد الإثبات الحديثة

الكتابة وفقا لمعناها البسيط أسلوب للتعبير يتضمن تسطير وجمع الحروف والكلمات في شكل مادي ظاهر، واصطلاحا هي معنى مكتمل أو فكرة مترابطة صادرة من الشخص الذي نسبت له[1].

لقد تطور مفهوم الكتابة ولم يصبح مقتصرا فقط على الكتابة الورقية ، فظهور الكمبيوتر والانترنت واعتماد الناس على هذه الوسائل الحديثة في القيام بمختلف التصرفات أدى إلى ظهور نوع جديد من الكتابة يطلق عليه بالكتابة الإلكترونية، وإن كان بعض الفقه يفضل استعمال عبارة الكتابة بالشكل الإلكتروني لأن شكل الكتابة هو الذي يتغير وليس طبيعتها[2]، كما أن التجارة الإلكترونية ساهمت بشكل كبير في الفصل بين الكتابة ودعامتها[3]، وأدى ذلك إلى تحريرها من قيود قواعد الإثبات التقليدية التي لا تتلاءم معها [4].

أدى كل ذلك إلى اهتمام التشريعات بوضع تعريف قانوني للكتابة، فنجد أن الأمم المتحدة كانت السباقة في الاعتراف بالكتابة الإلكترونية وذلك بموجب قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لسنة 1996 في المادة السادسة منه المعنونة بالكتابة التي تنص: "1- عندما يشترط القانون أن تكون المعلومات مكتوبة، تستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط إذا تيسر الإطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليه لاحقا " .

نلاحظ على هذه المادة أنها لم تتطرق صراحة إلى الكتابة الإلكترونية، إنما ساوت بين الكتابة التي يشترطها القانون والمقصود بها الكتابة الورقية و رسالة البيانات والمقصود

[1] عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني "دراسة مقارنة"، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ، 1997، ص 23.

[2] E. caprioli, «,le juge et la preuve électronique», publier sur le site : juriscom.net, 10 janvier 2000.

[3] A.ELLOUMI, Le formalisme électronique, Centre de publication universitaire, Tunis , 2011, p.120.

[4] L. Grynbaum, La preuve littérale. - Dispositions générales . – Écrit électronique, JCP décembre 2011, P.4.

بها الكتابة الإلكترونية، كما وضعت هذه المادة الشروط التي يجب أن تتوافر في هذا النوع الجديد من الكتابة وهو الإطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليه لاحقا .

غير أن المشرع الفرنسي كان السباق لوضع مقاربة واقعية وشاملة لحل مشكلة الإثبات الإلكتروني بشكل مقتضب لكنه شدة في البيان[1]، فقام كمرحلة أولى بتعريف الإثبات بالكتابة بصفة عامة مع تضمينها الكتابة الإلكترونية [2] من خلال المادة 1316 قانون مدني فرنسي التي تنص :"ينتج الإثبات الكتابي، أو الإثبات الخطي، عن كل تدوين للحروف والصفات أو العلامات أو الرموز الأخرى، ذات الدلالات التعبيرية الواضحة، مهما تكن دعامتها أو طرق نقلها" .

يرى بعض الفقه[3] أن هذا التعريف يحترم مبدأ الحياد التكنولوجي، إلا أنه يجب التمييز في هذه الحالة بين مصطلحي الحياد التكنولوجي وعدم التمييز، فالأول أكثر اتساع من المصطلح الثاني فهو يشمل عدم التمييز بين الدعامة الورقية والإلكترونية وعدم التمييز بين التكنولوجيات كذلك[4].

كما أن المشرع الفرنسي في بدايته وقبل صدور قانون الثقة في الاقتصاد الرقمي كان يعتبر الكتابة الإلكترونية كوسيلة إثبات فقط وليست كشرط لصحة الالتزامات، وفي حال ما اشترط القانون الكتابة كشرط لصحة العقد فإنه يجب أن يتم فوق الورق وأن يكون التوقيع خطيا[5] .

---

[1] مولود قارة ، شكل التعبير عن الإرادة في عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص28 .

[2] L. Grynbaum, LA preuve littérale, op.cit., p.8 et s.

[3] Eric A. CAPRIOLI & Anne CANTERO, Art préc .

[4] F. Senecal, L'écrit électronique, Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures et postdoctorales en vue de l'obtention du grade LL.M, Centre de recherche en droit public, Faculté de droit, Université de Montréal, Août 2009 , p.61.

[5] J. FLOUR et J-L. AUBERT, Les obligations, Le rapport d'obligation, Armand Colin, 2e éd, 2001, no 23 .p.15

ثم في المرحلة الثانية ساوى بين الكتابة الورقية (التقليدية) والكتابة الإلكترونية في الإثبات وذلك من خلال المادة 1316 – 1 قانون مدني فرنسي التي تنص: " ويكون للكتابة التي تتم على الشكل الإلكتروني، القوة نفسها في الإثبات، للكتابة التي تتم على دعامة ورقية، شرط أن يكون بالإمكان تحديد هوية الشخص الصادرة عنه، وأن يكون تدوينها وحفظها قد حصلا في ظروف تضمن سلامتها".

إن المشرع الفرنسي لم يهتم بالدعامة التي تتم فوقها الكتابة، فيمكن أن تتم فوق الورق أو فوق دعامة إلكترونية مع ضرورة أن تتوافر للكتابة شرطين حتى تكون لها الحجية الكاملة في الإثبات، وهي تحديد هوية مصدرها و حفظ الكتابة الإلكترونية.

وبالتالي تم التخلي عن الطبيعة المادية في تعريف الكتابة، ولم يكن ذلك ممكنا دون التحرر من الدعامات ، فتعتبر هذه الأخيرة هو العنصر الأساسي في مجال الإثبات[1]، بالإضافة إلى أن هذا التعريف يعتبر عاما يشمل كل أنواع الكتابة سواء كانت خطية أو إلكترونية[2] .

لقد سار القضاء الفرنسي في هذا الاتجاه حيث أصدرت الغرفة المدنية الأولى حكما في 13 مارس 2008[3] والتي ارتكزت في حكمها على المادة 1326 من القانون المدني الفرنسي المعدل والمتمم بقانون 13 مارس 2000 بموجب طعن في حكم قضائي اعتبرت فيه أن الاعتراف بالدين المكتوب عبر الآلة الكاتبة، وكذلك تمت كتابة المبلغ بالحروف والأرقام بنفس الشكل فإن التوقيع الخطي لا يشكل إلا بداية إثبات بالكتابة، حيث اعتبرت محكمة النقض أن المادة 1326 من القانون المدني الفرنسي لا تستوجب الكتابة الخطية بل

[1] Laurent Siguoirt, op.cit., p 341.
[2] Grynbaum (L) et autres ,op.cit ,p.15 .
[3] Civ. 1 re , 13 mars 2008, Bull. civ . I, n o 73, D . 2008. AJ 911, obs. Flour(J .) et autres ,op.cit.,p. 24 s.

تكون على حسب طبيعة الدعامة التي تتم فوقها وبالتالي فإن التوقيع الإلكتروني أو أي وسيلة أخرى تحدد هوية الموقع تعتبر كافية .

لقد اقتبس المشرع الجزائري حرفيا من المشرع الفرنسي حيث عرف الكتابة بشكل عام لتشمل كل أنواع الكتابة ومن بينها الكتابة الإلكترونية، بموجب المادة 323 مكرر قانون مدني التي تنص: "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."

ثم بعد ذلك ساوى بين الكتابة الورقية والكتابة الإلكترونية في المادة 323 مكرر 1 بقولها: "يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها."

كما تناول المشرع المصري الكتابة الإلكترونية في المادة 1/أ من قانون التوقيع الإلكتروني رقم 15 لسنة 2004 بقوله :" 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 ".

واضح من هذا التعريف أن الكتابة الإلكترونية تتشكل من تسلسل الأحرف الأبجدية أو الأرقام أو الرموز كالإشارات المستخدمة في الكمبيوتر أو الرموز الموجودة على القرص الممغنط (CD)، كما يجب أن تفصل الكتابة الإلكترونية عن الكمبيوتر أو على شبكة الانترنت حتى يعترف لها بصفة– الكتابة الإلكترونية[1]–، وأن تستقل الكتابة عن طبيعة

[1] عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 45 .

الإشارات المؤلفة منها[1]، ومثال ذلك المعلومات والبيانات التي تحتويها الأقراص الصلبة أو المرنة أو تلك التي تتم كتابتها بواسطة الكمبيوتر أو نشرها عبر الانترنت[2].

إن المشرع المصري اتبع نفس نهج المشرع الفرنسي، حيث لم يحصر الكتابة الإلكترونية في دعامة واحدة، فحدد صورها على سبيل المثال بقوله:" ... دعامة الكترونية أو رقمية أو ضوئية ..."، ثم قرر ترك المجال مفتوحا لما قد يفرزه التطور التكنولوجي في هذا المجال عندما قال في نفس المادة "... أو أية وسيلة أخرى مشابهة وتعطي دلالة قابلة للإدراك "، يعيب البعض على هذا التعريف أنه جاء قاصرا، وكان يجب النص في هذا التعريف على إمكانية استعادة الكتابة على الصورة التي نشأت بها في أي وقت[3]، مثلما نصت عليه المادة 6 /1 من قانون التجارة الإلكترونية النموذجي[4].

يتضح من النصوص السابقة أنها قد تبنت مفهوما موسعا للكتابة واعتراف بالكتابة الإلكترونية، وهذا من شأنه أن يضع حدا للغموض الذي يكتنف هذه الكتابة ويساير التطور التقني والتكنولوجي في هذا المجال ويوفر الأمان للمتعاقدين متى توافرت الشروط القانونية فيها[5].

أما الفقه الحديث فقد اختلفت أرائه حول الكتابة الإلكترونية، فهناك اتجاه فقهي يرى أنه "لا يمكن تصور الكتابة من الناحية العملية أو من جهة الممارسة بدون الدعامة الورقية..."[6]، بينما يرى اتجاه فقهي أخر يقول أن الطابع اللامادي للمعلومات والتجارة

---

[1] عيسى غسان الربضي، المرجع السابق، ص 166.

[2] فتحي بن جديد، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت "دراسة مقارنة "، مذكرة ماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية سيدي بلعباس، جامعة جيلالي ليابس سيدي بلعباس، 2007، ص 174.

[3] عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 45 .

[4] المادة 1/6 من قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية ينص :"عندما يشترط القانون أن تكون المعلومات مكتوبة، تستوفي رسالة البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليه لاحقا" .

[5] لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكتروني، دار هومه، الجزائر، 2012، ص 144.

[6] X.Linant de Bellefonds et A.Hollande, Pratique du droit de l'informatique, 4éme éd., , Delmas, Paris,1998, ,p.123

الإلكترونية يؤديان حتما إلى اختفاء الكتابة[1]، واتجاه أخر يرى أنه لا ارتباط بين الكتابة والوسيط الورقي فأي دعامة قادرة على عكس مضمون الكتابة وما تقوم عليه من تبادل للإرادات يمكن إثباتها ولو كانت غير مادية [2] .

الفرع الثاني: الخصائص الوظيفية للكتابة

نلاحظ أن تعريف الكتابة سواء لدى المشرع الفرنسي أو المصري أو الجزائري قد ساوى بين الكتابة الورقية والإلكترونية، ليس على أساس الدعامة التي تتم فوقها أو شكل الحروف أو الرموز المستخدمة بل على أساس الوظيفة التي يجب أن تؤديها الكتابة، وهو ما يعرف بنهج "النظير الوظيفي" " Approche de l'équivalent fonctionnel"، من خلال التعريفات التشريعية للكتابة يمكن أن نستخلص وظائف الكتابة[3] على النحو التالي:

أولا : سهولة القراءة

نجد أن هذه الوظيفة قد أقرتها معظم التشريعات التي عرفت الكتابة، فنجد مثلا أن قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية في مادته السادسة قد نص على ما يلي:"... تستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط إذا تيسر الإطلاع على البيانات الواردة فيها...".

المقصود بعبارة "إذا تيسر الإطلاع "، هو ضرورة أن تكون المعلومات المقدمة في شكل بيانات حاسوبية مقروءة وقابلة للتفسير، مع إمكانية الاحتفاظ ببرمجيات الحاسوب التي تلزم حتى تكون المعلومات مقروءة[4].

---

[1] E. barbry , le droit de commerce électronique: de la protection à la confiance, Droit de l'informatique et des télécoms,1998,pp.14-28.

[2] مريم خليفي، الرهانات القانونية للتجارة الإلكترونية، شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان ، 2012، ص 92 .

[3] لمزيد من التفاصيل حول وظائف الكتابة أنظر : Laurent GUINOTTE, art préc, p.555.

[4] راجع : دليل تشريع قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية عام 1996، ص 35 .

فضلا عن ذلك فإن المشرع الفرنسي لدى تعريفه الدليل الكتابي في المادة 1316 من القانون المدني لم يشترط سوى أن تكون الحروف أو الرموز أو الأرقام ذات دلالة مفهومة، وهو نفسه ما أقره المشرع الجزائري[1] والمصري[2].

حتى يمكن الاحتجاج بالكتابة يجب أن تكون مقروءة ومفهومة، وتكون الكتابة مقروءة حين يسهل فك رموزها وقراءتها[3]، بحيث تدل على مضمون التصرف القانوني أو البيانات المدونة بالمحرر [4]، كما يجب أن تكون هذه الكتابة فوق دعامة مستقرة وموثوق فيها بحيث تظهر فيها إشارات مفهومة تشكل لغة[5]، بمعنى أخر إذا كانت الكتابة الإلكترونية مشفرة لا يمكن إدراك معانيها من قبل الإنسان بل من قبل الحاسوب فقط فإن هذه الكتابة لا تصلح لأن تكون دليل إثبات، لأنه لا يمكن للقاضي إدراك محتواها في حالة النزاع[6]، ولا يمكن الإطلاع على المحرر الإلكتروني بالعين المجردة بل بواسطة نظام تشغيل إلكتروني[7] .

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فلم يضع هذا الشرط صراحة، ولكنه أكد أن الإثبات بالكتابة يكون بتسلسل الحروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم، أي يمكن لأي طرف معرفة المقصود منها بشكل واضح لا يدع مجالا للشك مهما كانت الدعامة وطرق الإرسال[8].

---

[1] أنظر: المادة 323 مكرر ق.م .ج

[2] أنظر: المادة 1/أ من قانون التوقيع الإلكتروني المصري .

[3] Voir : R. Bisciari, Les contrats et la preuve dans l'environnement électronique, édition UGA, Bruxelles, 2004,p.139.

[4] نجوى أبو هيبه، المرجع السابق، ص 437.

[5] François Senécal , op.cit., P.8.

[6] نذير برني ، العقد الإلكتروني على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء ، المدرسة العليا للقضاء، الدفعة الرابعة عشر، الفترة التكوينية 2006/2003، ص 48.

[7] كوثر زهدور، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات والمسؤولية المدنية المتولدة عنه في التشريع الجزائري، مجلة الدفاع، العدد الثاني، مارس 2014، ص 103.

[8] يوسف زروق، حجية وسائل الإثبات الحديثة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2013، ص 178.

كما أن القضاء سابقا ربط ما بين شرط سهولة القراءة والدعامة الورقية بقوله : "التبليغ بالدعامة الورقية يمكن أن يتم عن طريق المحضر القضائي بواسطة رسالة موصى بها عن طريق التلكس أو الفاكس أي بكل وسيلة اتصال إلكترونية والتي يمكن أن تنسخ في الدعامة الورقية"[1].

إمكانية قراءة الكتابة تتم بطريقتين :

طريق مباشر: المقصود بها أن يستطيع الشخص العادي قراءة المحرر وفهمه وإدراكه بمجرد الإطلاع على ما هو مكتوب فيه دون الحاجة إلى اللجوء إلى أي وسيلة أخرى[2]، ليس هناك أدنى شك أن معظم الكتابة الورقية تتم القراءة فيها بشكل مباشر دون الحاجة إلى أي وسيط.

طريق غير مباشر: وهي التي لا تمكن الشخص من قراءة وفهم الكتابة إلا بشكل غير مباشر، ولا يتم ذلك إلا بوسيط، ويمكن تصور هذه الحالة في الكتابة الورقية ، عندما تكون الكتابة بلغة أجنبية عن لغة القاضي، فإنه في هذه الحالة بمجرد إطلاعه على محتوى المحرر لا يمكن أن يفهمه، ولكنه يقوم بندب خبير يقوم بترجمة مضمون المحرر إلى لغة القاضي[3]، أو أن تكون الكتابة مشفرة ، فيجب هنا تقديم المفتاح الذي يفك الشفرة لتحويل الكتابة إلى صورة مفهومة[4].

بالنسبة للكتابة الإلكترونية فإن قراءتها لا تتم إلا بشكل غير مباشر، لكون تدوينها يتم بلغة الحاسب الآلي، التي تستلزم وجود الحاسب لقراءتها وفهم معانيها، فالكتابة الإلكترونية الموجودة في القرص المرن مثلا لا يمكن قراءتها بمجرد النظر إلى القرص، إنما لا بد من وضع القرص في الكمبيوتر حتى يمكن قراءة الكتابة الموجودة بداخله .

---

[1] Trib. Inst. Mons (Belgique), 21 octobre 1998, *J.L.M.B.* 1999.454, cité dans François Senécal, Mémoire préc, p.9.

[2] سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 520.

[3] S.CAÏD , Mémoire préc. , p.20

[4] J. Leclainche, la preuve et signature, disponible sur le site : www.ntic.com .

نستنتج من كل ذلك أن شرط سهولة القراءة متحقق في الكتابة الإلكترونية، على الرغم من أن البيانات الرقمية تتم في صورة غير مادية، بل تكون مشفرة في بعض الأحيان إلا أنه يمكن قراءتها باستخدام الحاسوب[1] .

ثانيا: الثبات

عادة ما تقوم الأطراف المتعاقدة بكتابة عقودهم ، حتى يمكن الرجوع إليها كلما كانت هناك ضرورة لذلك كمراجعة بنود العقد أو وقوع نزاع بين الأطراف ، وبالتالي فإن الكتابة يجب أن تبقى مع مرور الزمن، وبالتالي يجب أن تتم الكتابة فوق دعامة لا تتأثر بعوامل الزمن .

انطلاقا من ذلك يمكن تحديد المقصود بالثبات أن لا تكون الكتابة الموجودة في المحرر قابلة للتعديل، وإذا حدث أي تعديل في الكتابة الواردة في المحرر يجب أن يترك ذلك أثرا على الدعامة التي تحمل هذه الكتابة[2].

غالبا ما يشترك مفهوم الثبات مع مفهوم الدوام (الاستمرارية)Durabilité، لكن في الواقع إن مفهوم الثبات يشمل فكرتي الاستقرار والبقاء بل والدوام أيضا [3]، ومن جهة أخرى يرتبط مفهوم الثبات بفكرة حفظ المعلومات لمدة طويلة وذلك نظرا للارتباط الوثيق بينهما[4].

إن هذا الشرط متوافر في الكتابة الورقية بشكل كبير نظرا لأن الدعامة الورقية ذو طابع مادي ملموس، بشرط أن لا يتأثر بعوامل الزمن فقد يصيبه التلف أو التآكل بفعل الرطوبة مما لا يسمح بقراءة الكتابة.

---

[1] الصالحين محمد العيش، دور الدليل الإلكتروني في إثبات المعاملات المصرفية "عرض وتقييم لموقف القانون الليبي"، بحث منشور في مؤتمر المعاملات الإلكترونية (التجارة الإلكترونية – الحكومة الإلكترونية)، المقام في كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، ماي 2009، ص 677.

[2] سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 525 .

[3] S.CAÏDI thèse prec.,p.20.

[4] حسن عبد الباسط جميعي، إثبات التصرفات التي يتم إبرامها عن طريق الانترنت مرجع سابق ، ص21.

إلا أن الإشكال موجود في الكتابة الإلكترونية فهي لا تتمتع بصفة الثبات لأنها قابلة للمحو والتعديل والتلف دون ترك أثر ملحوظ خاصة إذا تمت من طرف شخص مختص في الحاسب والمعلوماتية، وقد يكون ذلك بسبب خلل تقني في الأجهزة المستعملة، سواء تم ذلك تلقائيا أو بفعل فاعل مثل إطلاق فيروس على البرنامج لتدميره[1].

كما أن الكتابة الإلكترونية تواجه صعوبات عديدة في هذا المجال، من بينها الحساسية التي تتميز بها الدعائم التي تتم فوقها الكتابة، التي تؤدي بدورها إلى التلف السريع لها، إلا انه قد تم تجاوز هذا المشكل بإيجاد وسائط أكثر كفاءة تمكن من الحفاظ على الكتابة الإلكترونية لمدة طويلة.

يرى بعض الفقه أن نظم أرشفة وحفظ المحررات تؤدي إلى ثبات المعلومات بالإضافة إلى إمكانية استرجاع المحرر في حالة سليمة، فإن مسألة استيفاء الوسائط الإلكترونية لهذه الغايات ليس واضحا بالقدر الكافي[2]، ويعتبر التحدي كبير فينبغي أن يلبي المحرر الإلكتروني متطلبات الأمان ويستوفي كذلك نفس الوظائف القانونية التي تؤديها الكتابة الورقية[3] .

إضافة إلى ذلك فإن الكتابة الإلكترونية غالبا ما تنشأ وتقرأ ببرامج قديمة لا تتلاءم مع البرامج الحديثة، مثلا الكتابة الإلكترونية التي تمت ببرنامج "Word 1998" لا يمكن قراءته ببرنامج "Word2006 "، وهو ما يؤدي إلى عدم قدرة الأطراف والقاضي قراءة ما هو موجود في المحرر الإلكتروني[4] .

---

[1] محمد حسين منصور، الإثبات التقليدي والإلكتروني مرجع سابق، ص 273 .

[2] E. caprioli, le juge et la preuve électronique, Art.précité.

[3] E. caprioli, précité.

[4] سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 523.

من الممكن تجاوز هذا المشكل عن طريق الاحتفاظ بالإصدارات السابقة التي تقرأ الكتابة الإلكترونية، بحيث يمكن استخدام هذه البرامج لقراءة الكتابة الإلكترونية التي تم إنشائها منذ مدة طويلة[1].

ثالثا : عدم القابلية للتحريف

يقصد بهذه الخاصية عدم جواز تعديل الكتابة من قبل الأطراف المتعاقدة أو من الغير، وإذا حدث أي تعديل في الكتابة فيجب أن يترك ذلك أثرا ماديا عليه، ويجب أن يكون هذا الأثر ماديا ظاهرا حتى يمكن للقاضي تقدير القوة القانونية للكتابة[2].

يؤكد جانب من الفقه[3] ضرورة التمييز بين مصطلح التحريف في مضمون الكتابة والتحريف في دعامتها، إذ يبدوا أن لفظ "عدم القابلية للتحريف" أكثر ملائمة بالنسبة لدعامة الكتابةّ، أما تعبير عدم القابلية للتعديل أو التغيير"Immutabilité" والذي يرتبط بمسألة عدم المساس بالبيانات، فهو أكثر مناسبة لمضمون الكتابة[4].

مما لا شك فيه أن الكتابة الورقية تستوفي هذا الشرط، ويرجع ذلك إلى أن الحبر الذي دونت به الكتابة يتصل بالورقة كيميائيا، بحيث لا يمكن الفصل بينهما إلا بإحداث تلف يسهل التعرف عليها[5]، مثل الكشط أو التحشير وهي أمور ظاهرة من السهولة رؤيتها بالعين المجردة[6] .

---

[1] V. Sédaillian, l'archivage de l'acte électronique ,Article disponible sur : www.clic-droit.com, 20 mai 2008.

[2] سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 525.

[3] X.Linantde Bellefonds et A.Hollande, op. cit,p.288.

[4] تامر سليمان الدمياطي، المرجع السابق، ص 213.

[5] عبد العزيز المرسي محمود، مدى حجية المحرر الإلكتروني في الإثبات في المسائل المدنية والتجارية في ضوء قواعد الإثبات النافذة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق بجامعة المنوفية، العدد الحادي والعشرون، السنة الحادية عشر، أفريل 2002 ، ص 27.

[6] لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 147.

أما مدى توافر هذا الشرط في الكتابة الإلكترونية هو أمر محل شك، وذلك راجع أساسا إلى إمكانية تعديل هذا النوع من الكتابة دون ترك أي أثر مادي، فيمكن لكل شخص أن يعدل الكتابة الإلكترونية وفقا لما يراه في مصلحته، إلا أن التطور التكنولوجي الكبير في هذا المجال أتاح ظهور برامج تقوم أساسا بتحويل الكتابة إلى شكل ثابت لا يمكن بموجبه التعديل فيها[1].

إذا انتقلنا للكاتبة الإلكترونية نجد أن هذا الشرط يعتمد بصفة أساسية على الدعامات المثبت عليها المعلومات والبيانات، حيث أن التقنيات المتطورة يمكن لها أن تكشف عن أي تعديل في البيانات الإلكترونية وأن تحدد بدقة البيانات المعدلة ووقت تعديلها[2]، وأصبح يتم حفظ المحررات الإلكترونية في صناديق تكون تحت إشراف جهات موثوق فيها حيث تؤدي محاولة تعديل المحرر الإلكتروني إلى إتلافه[3].

زيادة على ذلك فإن استخدام تقنيات التوقيع الرقمي المعتمد على نظام التشفير يكفل سلامة المحرر الإلكتروني من مخاطر التزوير والتعديل [4]، كما يمكن حفظ الكتابة الإلكترونية في شكلها النهائي من دون تعديل من خلال وضعها لدى شركات متخصصة في هذا المجال تسمى مقدمي خدمات الحفظ الإلكتروني.

المطلب الثاني : تكافؤ المحررات الإلكترونية والورقية

إن الاعتراف بحجية الكتابة الإلكترونية يعتبر غير كافيا لزرع الثقة لدى الأفراد، بل حاول رجال القانون وبالخصوص التشريعات أن تساوي ما بين المحررات الورقية والمحررات الإلكترونية (الفرع الأول).

---

[1] T.P.Coudol, La signature électronique ,introduction technique et juridique a la signature électronique sécurisée, preuve et écrit électronique, édition litech, 2001, p 57.

[2] لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 147.

[3] كوثر زهدور، المقال السابق، ص 104.

[4] Voir :R.Bisciari, op.cit., p.143.

غير أن معظم التشريعات قد ذكرت بعض الحالات التي يجب أن يتم فيها كتابة التصرف فوق الدعامة الورقية ، وبالتالي استبعاد المحرر الإلكتروني في هذه الحالات، وهو ما سنعالجه في الفرع الثاني من هذا المطلب .

أما في الفرع الأخير فسنتطرق إلى حالة وجود تعارض ما بين المحرر الورقي والمحرر الإلكتروني، وما هو دور القاضي في هذه الحالة ؟

الفرع الأول : مضمون مبدأ التكافؤ بين المحررات الإلكترونية والورقية

المقصود بهذا المبدأ هو المساواة بين المحررات الورقية والالكترونية دون تمييز بينهما بسبب طبيعتها أو الدعامة التي تدون عليها، إضافة إلى ذلك إعطاء المحررات الإلكترونية نفس حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات.

يرى بعض الفقه[1] أن هذه المساواة لها جانبين، الأول إيجابي إذ يجب النظر إلى المحررات الإلكترونية على قدم المساواة مع المحررات الورقية من حيث قبولها وحجيتها في الإثبات، الثاني سلبي والمقصود به عدم التمييز بين مختلف المحررات على أساس الدعائم أو الوسائط التي تقوم عليها، وينتج عن ذلك أنه لا يمكن استبعاد المحرر الإلكتروني لمجرد أنه اتخذ شكلا إلكترونيا.

وهناك بعض من الفقه أضاف شرطان حتى يرتقي المحرر الإلكتروني إلى مرتبة المحرر الورقي، أولهما إمكانية التحقق من هوية محرر الكتابة الإلكترونية، والشرط الثاني توافر وسائل تمكن من حفظ بيانات المحرر الإلكتروني بطريقة تضمن عدم المساس به[2]، وأقره المشرع الجزائري في المادة 323 مكرر 1 ق.م.ج[3] .

---

[1] تامر سليمان الدمياطي، المرجع السابق، ص 307 وما بعدها.

[2] يوسف زروق ، المرجع السابق، ص 192 و

M. Thessalonikos et A. Bensoussane informatique ; la signature électronique, première réflexions après la publication de la directive du 13mars 2000, Gaz. pal, 2000, p. 200.

[3] أنظر المادة 323 مكرر 1 ق.م.ج

أول قانون ساوى بين المحررات الورقية والإلكترونية هو القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، حيث أقرت المادة 5 منه أنه لا يجوز رفض الأثر القانوني للمعلومات أو قيمتها أو قابليتها للتنفيذ لأسباب تقتصر على كونها اتخذت شكلا إلكترونيا، وأضاف هذا القانون في المادة 9 منه مبدأ أخر وهو رفض كل حكم من أحكام الإثبات الذي يمنع قبول رسالة البيانات لمجرد أنها مكتوبة فوق دعامة غير ورقية.

كما أن المشرع الفرنسي قد ساوى بين المحررات الورقية والإلكترونية بحيث اعتبره دليلا كاملا في الإثبات وذلك بمقتضى المادة 1316- 1 التي تنص: " يعتد بالكتابة المتخذة شكلا إلكترونيا كدليل في الإثبات شأنها شأن الكتابة على دعامة ورقية، ... " .

زيادة على ذلك أقر صراحة المشرع الفرنسي بتساوي الكتابة فوق الدعامة الإلكترونية مع الكتابة فوق الدعامة الورقية من حيث الحجية وفقا للمادة 1316-3، وهو ما أقره القضاء الفرنسي كذلك في حكمه الصادر بتاريخ 4 أكتوبر 2005 بحيث أقر أن الكتابة الإلكترونية غير المؤمنة تشكل دليلا عندما يكون الإثبات حرا وصحة الكتابة لا تكون محلا للشك[1].

لقد سار المشرع المصري في نفس الاتجاه بحيث ساوى بين المحرر الورقي والإلكتروني من حيث الإثبات، بل الأكثر من ذلك فإنه ساوى بين المحرر الرسمي الورقي والإلكتروني وهو ما يقره صراحة في المادة 15 من قانون التوقيع الإلكتروني بقوله: "للكتابة الإلكترونية وللمحررات الإلكترونية، في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية، ذات الحجية المقررة للكتابة وللمحررات 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".

[1] Com. 4oct 2005, n°04-15.195, SARL Sodival c/Sté Biéres d'europe, NP, comm. Cité par: C.F. SCHUHL, Cyber droit, Le droit à l'épreuve de l'internet, 5e éd, Dalloz,Paris, 2010, p.622.

نلاحظ من خلال مسلك المشرعين الفرنسي والمصري أن المساواة بين المحرر الورقي والإلكتروني لم تصبح استثناء بل هي مساواة دائمة، بحيث أصبح من الضروري دمج قواعد الإثبات الإلكتروني ضمن قواعد الإثبات التقليدية وعدم التمييز بينهما ، فلا يجوز للقاضي مثلا تغليب محرر ورقي على محرر إلكتروني إلا بعد التأكد من استيفاء أحدها للشروط المنصوص عليها قانونا، ولا يجوز له مثلا استبعاد المحرر الإلكتروني لمجرد أنه أتى بهذا الشكل .

إلا أنه يجب التساؤل في هذا المجال هل هذه المساواة مقررة فقط باعتبار الكتابة وسيلة إثبات أم يشمل كذلك الكتابة المطلوبة لأغراض صحة العمل القانوني ؟حيث نجد أن الكثير من التصرفات لا يعترف بها قانونا إلا إذا جاءت في محرر رسمي مثل عقود بيع العقار وتكوين الشركات إلخ...

لقد وقع جدلي فقهي كبير في هذه المسألة بعد صدور القانون الفرنسي رقم 2000-230، بتكييف قانون الإثبات لتكنولوجيا المعلومات و المتعلقة بالتوقيعات الإلكترونية، فجانب يرى أن هذا التعديل ينصب فقط على الكتابة التي يشترطها القانون لأغراض الإثبات فقط، وبالتالي فإنه لا يمكن قبول الكتابة بالشكل الإلكتروني(المحرر الإلكتروني) في التصرفات القانونية التي يشترط فيها القانون الكتابة كشكلية للانعقاد[1].

يدعم أصحاب هذا الاتجاه رأيهم بحجتين ، الأولى إن إقرار حجية الكتابة الإلكترونية قد وردت في صلب القواعد الخاصة بالإثبات في القانون المدني[2]، وبالتالي فإن المشرع الفرنسي قد اتجهت إرادته إلى الاعتراف بالكتابة والمحرر الإلكتروني كوسيلة إثبات فقط، أما

[1] P. Catala, Le formalisme et les nouvelles technologies, Défrénois,2000,p.897.
[2] Voir : art 1316C.civ et s.

الثاني فيتمثل في رفض مجلس الشيوخ الفرنسي صراحة اقتراح أحد نوابه الاعتداد بالكتابة والمحررات الإلكترونية في التصرفات التي تشترط فيها الشكلية كركن لانعقادها[1].

على خلاف ذلك ذهب رأي أخر[2] إلى القول أنه من غير المعقول قبول المحرر الإلكتروني كوسيلة إثبات وفي نفس الوقت لا تكون صالحة لاستيفاء شروط صحة التصرف القانوني، وهو ما يعني أنه لا فائدة من قبول المحرر الإلكتروني في إثبات التصرف لكونه تم إنجازه بوسيلة إلكترونية .

إضافة إلى ذلك فإن أصحاب هذا الاتجاه يستندون إلى قبول المشرع الفرنسي للمحرر الإلكتروني وفقا لنص المادة 1317 من القانون المدني الفرنسي، حتى أن بعض من الفقه[3] يرى أن المشرع الفرنسي قد أبدع في هذا المجال حيث أصبحت معظم العقود يمكن أن تتم بشكل إلكتروني، حتى إذا اشترط القانون الكتابة كشرط لصحة التصرف القانوني كعقود الاستهلاك مثلا، إلا أن بعض من الفقه تخوف من هذا التطور لأنه لا يمنح ضمانات الحماية لبعض المتعاقدين وخاصة المستهلكين منهم[4] .

غير أن المشرع الفرنسي قد حسم هذا الخلاف في القانون رقم 2004 –575 بشأن الثقة في الاقتصاد الرقمي[5] في المادة 25 /1، والمادة 1108 الفقرة الأولى من القانون المدني الفرنسي، تسمح بتحرير التصرفات بوسيلة إلكترونية حينما تكون الكتابة متطلبة لأغراض صحة التصرف القانوني، إلا أنه يشترط في هذه الحالة احترام المواد 1316 و

---

[1] J. Huet, Vers consécration de la preuve de la signature électronique, Dalloz , Paris, 2000, n°6 , chro.p.95.

[2] Voir : F.-guy Trébulle , La réforme du droit de la preuve et le formalisme, PA, 20 avril 2000,n°79,p.10

[3] Y. SHANDI, thèse préc, P. 282

[4] A.-M. Leroyer, L'épreuve d'Internet, *in* Faut-il recodifier le droit de la consommation ? Economica 2002, p. 167 et s.; A. Penneau, Contrat électronique et protection du cyber contractant, Du code de la consommation au code civil, PA, 13 mai 2004, p. 3 et s. ; J. Huet, Libres propos sur la protection des consommateurs dans le commerce électronique, Mélanges J. Calais-Auloy, p. 507 et s. ; M. Vivant, La protection du consommateur entre tentations, tentions et hésitations, *in* Mélanges, J. Calais-Auloy, p. 1151 et s.

[5] Loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, JO.,du 22 juin 2004,p.11168.

1316-4 من القانون المدني الفرنسي، وبالإطلاع على المادتين نلاحظ أنها تشترط في الكتابة تحديد هوية الشخص الذي صدرت منه وأن تعد وتحفظ في ظروف من شأنها ضمان سلامتها (المادة 1316 -1)، كما يشترط في التوقيع الإلكتروني تحديد هوية الموقع وارتباطه بالمحرر (م 1316 -4).

عموما فإن اعتراف التشريعات بالكتابة الإلكترونية كشرط لصحة التصرف القانوني يعتبر انتصارا واضحا لدعاة التجارة الإلكترونية، حيث يمكن لهم حاليا تحرير عقودهم وإثباتها بالشكل الإلكتروني[1] .

أما المشرع الجزائري فلم يكن موقفه واضحا من هذه المسألة، فقد اعترف بالكتابة الإلكترونية كوسيلة إثبات وساوى بينها وبين الكتابة الخطية في القانون المدني ، إلا أنه تجاهل حكم الكتابة الإلكترونية في حال اشتراط القانون الكتابة كركن لصحة التصرف، وحتى المرسوم الوحيد المنظم لعمل التوقيع الإلكتروني لم يشر إلى هذه المسألة، ثم بعد ذلك ساوى بين التوقيع الإلكتروني والتوقيع الخطي في قانون التوقيع والتصديق الإلكترونيين[2] دون أن يتطرق إلى المساواة بين الكتابة الخطية والإلكترونية غير أن بعض الفقه ومن خلال المادة 324 ق.م.ج التي تشترط حضور الضابط العمومي والحضور المادي لأطراف العقد أمامه لصحته وبالتالي فإن الكتابة في الشكل الإلكتروني لا يمكن إلا أن تكون عرفية [3].

غير أن المشرع الجزائري اعترف ضمنيا بالكتابة الإلكترونية كركن إذا اشترط القانون ذلك لصحة التصرف القانوني وذلك في القانون 15-03 المتعلق بعصرنة العدالة،

---

[1] Y.Shandi , Thése cit., P. 283 .

[2] راجع المادة 8 من قانون 15- 04 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين المؤرخ في 1 فبراير 2015 (ج ر 06)، الصادر بتاريخ 10 فبراير 2015، ص 6.

[3] فتحي بن جديد، المرجع السابق، ص 179.

حيث أن المادة 9 [1] تقر بإمكانية تبليغ وإرسال الوثائق والمحررات القضائية والمستندات بالطريق الإلكتروني .

إلا أنه ومن خلال سعي الدولة الجزائرية إنشاء الحكومة الإلكترونية فإنه لا يمكن إتمام هذا المشروع إلا من خلال الاعتراف الصريح بحجية الكتابة الإلكترونية كركن لصحة التصرف، لأن الهدف من إنشاء الحكومة الإلكترونية هو إصدار مختلف الوثائق الحكومية بشكل إلكتروني كالعقود الإدارية مثلا وغالبا ما تعتبر هذه العقود ضرورية لصحة التصرف، وهو ما يجعل المشرع الجزائري ملزم بالاعتراف بالكتابة الإلكترونية كركن لصحة التصرف.

الفرع الثاني: حالات عدم الاعتداد بالمحررات الإلكترونية

لقد بحث مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي مسألة صحة إجراء العقود التي تتم عبر وسائل الاتصال الحديثة بتاريخ 03/20/ 1990 في الدورة السادسة، وانتهى إلى جوازها، وأصدر بذلك القرار رقم 52 – 1– (6/3) [2] ، إلا أنه بعض العقود التي يجب أن تبرم بالشكل التقليدي وهي، عقد الصرف لاشتراط التقايض، عقد الزواج لاشتراط الشهادة، وأخيرا عقد السلم لاشتراط تعجيل رأس المال.

على الرغم من أن معظم التشريعات قد ساوت في الحجية بين المحرر الإلكتروني والمحرر الورقي، إلا أنها قد استثنت بعض التصرفات القانونية التي لا يمكن أن تكون في شكل محرر إلكتروني .

في هذا الخصوص يقر القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية أن لكل دولة أن تستثني من تطبيق الاعتراف بالكتابة والمحررات الإلكترونية حالات تحددها في تشريعها، مع

---

[1] أنظر المادة 9 من قانون 15– 03 المتعلق بعصرنة العدالة المؤرخ في 1 فبراير 2015 (ج ر 06)، الصادر بتاريخ 10 فبراير 2015، ص 4.

[2] القرار منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، تحت عنوان "حكم إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة"، ص 785، ومنشور أيضا في موقع مجمع الفقه الإسلامي على الموقع التالي: www.fiqhacademy.org.sa

مراعاة عدم إرساء أي استثناءات عامة يكون من شأنها خلق عقبات لا مبرر لها أمام تقنيات الاتصال الحديثة[1].

إضافة إلى ذلك فإن التعليمة الأوروبية الصادرة بتاريخ 13 ديسمبر 1999 حول الإطار المشترك للتواقيع الإلكترونية، قد وضعت المبادئ الأساسية التي بموجبها يتم استثناء بعض التصرفات أن تتم في شكل محرر إلكتروني، فنصت الفقرة الثانية من المادة الأولى من هذه التعليمة استبعاد بعض التصرفات التي لا تطبق عليها أحكام هذا المرسوم وهي الالتزامات وبعض العقود التي يشترط فيها الشكلية في القوانين الوطنية أو في التعليمات الأوروبية و لا تشمل كذلك القواعد وحدود استعمال المحررات المنصوص عليها في التشريعات الوطنية و التعليمات الأوروبية.

ثم بعد ذلك صدرت التعليمة الأوربية بتاريخ 8 جوان 2000 بشأن التجارة الإلكترونية، التي حددت في الفقرة الثانية من المادة 9 على وجه الدقة التصرفات التي لا يمكن أن تأتي بشكل محرر إلكتروني وهي العقود التي تنشأ أو تنقل حقوق الملكية العقارية فيما عدا حقوق الإيجار، والعقود التي تتطلب تدخلا من المحاكم والسلطة العامة، والعقود التي يحكمها قانون الأسرة أو قانون الميراث مثل عقود الوصية والهبة وإشهار الطلاق والتبني.

أما القانون الفرنسي الصادر بتاريخ 13 مارس 2000 [2]، لم يتعرض لتلك المسألة ، فإن القانون رقم 575 – 2004 الصادر بتاريخ 21 جوان 2004 بشأن الثقة في الاقتصاد الرقمي قد سار على نفس نهج التعليمة الأوروبية بشأن التجارة الإلكترونية، حيث ساوى بين المحرر الورقي والالكتروني كمبدأ عام، وبعد ذلك تم إضافة المادة 1108 – 2 في القانون المدني التي تحدد الحالات التي لا يمكن بموجبها الاعتداد بالمحرر الإلكتروني بل يجب

[1] راجع: دليل اشتراع قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، 1996، مرجع سابق، ص 35 .

[2] 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, J.O n° 62.

استخدام المحرر الورقي ، وهذه الحالات هي : "1- المحررات العرفية التي يحكمها قانون الأسرة أو قانون الميراث .

المحررات العرفية المتعلقة بالتأمينات الشخصية أو التأمينات العينية ذات الطبيعة المدنية أو التجارية، فيما عدا تلك التي تحرر بواسطة شخص لأغراض مهنته".

برر المشرع الفرنسي ذلك بقول أحدهم أن : "أن الشكل الإلكتروني أقل حماية [1] ، وأخر يضيف أن مجموع هذه التحفظات يبرز لنا أن المحرر الإلكتروني لا يستقبل من دون تحفظ في عالم الشكلية الرسمية[2].

أما على المستوى العربي نجد أن قانون إمارة دبي للمعاملات والتجارة الإلكترونية رقم 2 لسنة 2002 في المادة الخامسة قد حدد بصفة دقيقة حالات عدم الأخذ بالمحررات الإلكترونية وهي :"...

أ- المعاملات والأمور المتعلقة بالأحوال الشخصية كالزواج والطلاق والوصايا.

ب- سندات ملكية الأموال غير المنقولة.

ج- السندات القابلة للتداول.

د- المعاملات التي تتعلق ببيع وشراء الأموال غير المنقولة والتصرف فيها وتأجيرها لمدد تزيد على عشر سنوات وتسجيل أية حقوق أخرى متعلقة بها.

هـ- أي مستند يتطلب القانون تصديقه أمام الكاتب العدل. "

كما أن المشرع منح لرئيس سلطة منطقة دبي الحرة للتكنولوجيا والتجارة الالكترونية والإعلام سلطة واسعة في تعديل أو حذف ما ورد من حالات في الفقرة الأولى بموجب قرار،

[1] M.ATURK, Rapport devant le sénat, présenté au nom de la commission des loi, Doc.Sénat n°351,S, session 2002-2003,p 98.

[2] Ph.STOFFEL-MUNCK,LCEN, La réforme des contrats du commerce électronique, Commu.Comm.élec.,09 /2004,p.44 .

بالتالي فإن هذه الحالات التي أوردها مشرع إمارة دبي هي على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر ما دام من الممكن تعديل هذه الحالات.

غير أن بعض من الفقه[1] يرى إمكانية استبعاد هذه الحالات استنادا إلى المادة 1/27 ب[2] التي تمنح لأية دائرة أو جهة تابعة للحكومة أن تقوم بإصدار أي إذن أو ترخيص أو موافقة بالشكل الإلكتروني .

زيادة على ذلك فقد نص القانون الأردني للمعاملات الإلكترونية رقم 85 لسنة 2001 في المادة السادسة على الحالات التي لا يمكن أن تأتي بشكل إلكتروني وهي العقود والمستندات والوثائق التي تنظم وفقا لتشريعات خاصة بشكل معين أو تتم بإجراءات محددة ومنها:

- إنشاء الوصية وتعديلها .
- إنشاء الوقف وتعديل شروطه.
- معاملات التصرف بالأموال غير المنقولة بما في ذلك الوكالات المتعلقة بها وسندات ملكيتها وإنشاء الحقوق العينية عليها باستثناء عقود الإيجار الخاصة بهذه الأموال .
- الوكالات والمعاملات المتعلقة بالأحوال الشخصية.
- الإشعارات المتعلقة بإلغاء أو فسخ عقود خدمات المياه والكهرباء والتأمين الصحي والتأمين على الحياة.
- لوائح الدعاوى والمرافعات وإشعارات التبليغ القضائية وقرارات المحاكم .

---

[1] الصالحين محمد العيش، الكتابة الرقمية طريقا للتعبير عن الإرادة ودليلا للإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2008، ص 90.

[2] المادة 1/27 /ب من قانون إمارة دبي :" على الرغم من وجود أي نص مخالف في أي قانون آخر، يجوز لأية دائرة أو جهة تابعة للحكومة، في أداء المهمات المناطة بهم بحكم القانون، أن تقوم بما يلي:«... (ب) إصدار أي إذن أو ترخيص أو قرار أو موافقة في شكل سجلات الكترونية".

– الأوراق المالية إلا ما تنص عليه تعليمات خاصة تصدر من الجهات المختصة استنادا لقانون الأوراق المالية النافذ المفعول ".

حصر بعض الفقه[1] استبعاد المحرر الإلكتروني في إثبات بعض التصرفات القانونية لسببين أساسيين :

– أهمية وخطورة بعض التصرفات كرهن السفينة والحقوق الواردة على العقار بصفة عامة.

– عدم اتصال بعض التصرفات بالمعاملات التجارية الرقمية وإنما هي تصرفات شخصية أو مدنية بحتة كالزواج والهبة والوصية، فلا يمكن تصور عقد زواج مبرم بشكل إلكتروني بل لابد أن يستوفي الشروط القانونية، لأن التعاقد في هذا المجال يقتضي حضور المتعاقدين لتبادل الإيجاب والقبول [2].

وأضاف بعض الفقه سبب أخر وهو حماية الطرف الضعيف في بعض العقود فالكتابة على الدعامة الورقية تجعل هذا الطرف يفكر أكثر قبل إبرام العقد[3] .

أما المشرع المصري فلم يحدد حالات استبعاد المحرر الإلكتروني على الرغم من صدور قانون خاص بالتوقيع الإلكتروني و اللائحة التنفيذية الخاصة به، وهو ما يثير الغموض بشأن تطبيق هذه المسألة في مصر .

لم يعالج المشرع الجزائري هذه المسألة على الرغم من أهميتها الكبرى وصدور العديد من النصوص القانونية المنظمة للإثبات الإلكتروني وخاصة قانون التوقيع والتصديق

---

[1] الصالحين محمد العيش، الكتابة الرقمية طريقا للتعبير عن الإرادة ودليلا للإثبات، المرجع السابق، ص 90 .

[2] زينب بنعومر، الحجية القانونية للمستندات الإلكترونية في التشريع المغربي ، عرض في إطار التكوين المستمر، محكمة الاستئناف التجارية بمراكش، 2011، ص11

[3] J.HUET, La problématique du commerce électronique au regard du projet de directive communautaire du 23 décembre 1998, Les journées d'étude des éditions Juris-classeur , 8 juin 2000, p.51.

الإلكترونيين، لذا نتمنى أن يصدر المشرع الجزائري مرسوما يحدد فيه بدقة حالات استبعاد المحرر الإلكتروني كوسيلة إثبات

إن مسألة استبعاد بعض الحالات من تطبيق المحرر الإلكتروني، يجب أن يتم في أضيق الحدود وعدم التوسع فيها بشكل كبير، وأن تكون هذه الحالات منصوص عليها بصراحة في النصوص القانونية على سبيل الحصر وليس على سبيل المثال، وعدم ترك السلطة التقديرية للقاضي أو أي شخص أخر في هذا المجال .

لأن ذلك يزرع الخوف وعدم الأمان لدى الأشخاص المستعملين للتكنولوجيات الحديثة عند إبرامهم لمختلف التصرفات القانونية عبر شبكة الانترنت، وذلك سيؤثر حتما في انتشار واستعمال المحررات الإلكترونية .

إضافة إلى ذلك فإن التطور التكنولوجي في هذا المجال أصبح يفرز لنا كل يوم وسائل تتيح الاستعمال الآمن للمحررات الإلكترونية حتى أصبحت أكثر أمنا من المحررات الورقية.

الفرع الثالث: موقف القاضي في حال تعارض بين المحررات

غالبا ما تسعى الأطراف المتنازعة إلى إثبات حقها بمختلف الوسائل المتاحة قانونا، فيلجأ أحد الخصمين إلى استعمال محرر ورقي – سواء كان عرفيا أو رسميا – لإثبات الحق المتنازع عليه، ويلجأ الطرف الأخر للمحرر الإلكتروني لإثبات نفس الحق، كما يمكن أن يلجأ كلا الخصمين للمحرر الإلكتروني لإثبات الحق المتنازع عليه، فما موقف القاضي عند ما يجد تعارضا بين محرر ورقي وإلكتروني أو بين محررات إلكترونية تحكم نفس الموضوع ؟

كمبدأ عام فإن دور القاضي في الإثبات يقتصر فقط على تلقي الأدلة التي يتقدم بها الخصوم، فلا يجوز له أن يجمع الأدلة أو أن يستحدث دليلا غير مقدم من أحد الخصوم،

وبالتالي تكون له سلطة واسعة في موازنة الأدلة المقدمة إليه وترجيح دليل على أخر دون تبيان الأسباب ودون رقابة محكمة النقض[1] أو المحكمة العليا في الجزائر.

نجد أن معظم التشريعات على الرغم من اعترافها بحجية المحررات الإلكترونية في الإثبات إلا أنها لم تتطرق لمسألة التعارض بين المحررات ، وفي الجزائر لم يطرح أي نزاع من هذا الشكل أمام القضاء، وحتى لو عرض هذا الأمر على القضاء فإنه سيرجح الدليل الخطي [2].

بيد أن المشرع الفرنسي قد صنع الاستثناء في هذا المجال فكان موقفه صريحا في هذه الحالة[3]، فأضاف المادة 2/1316 في القانون المدني هذا النص القانوني تم استخلاصه من مشروع القانون المقدم من مجموعة القانون والعدالة والذي كانت صياغته على النحو التالي: "عندما لا يحدد القانون مبادئ أخرى، وعند عدم وجود اتفاق صحيح بين الأطراف، تسوى المحاكم منازعات الدليل الكتابي محددة بكل الوسائل السند الأكثر رجحانا"، ولم يأخذ بها مجلس الدولة إلا أن وزيرة العدل آنذاك رأت أنه من الملائم الأخذ بها لكن بإضافة عبارة " دون النظر إلى الدعامة" وذلك تجنبا لأي غموض[4]؛ غير أن هذه المادة في القانون المدني أصبحت صياغتها على النحو التالي: " متى لم يكن القانون قد حدد مبادئ أخرى، ومع عدم وجود اتفاق صحيح بين الأطراف فإن القاضي يسوى منازعات الدليل الكتابي بفعل تحديده للدليل الأقرب إلى الحقيقة بالوسائل كافة ودون النظر إلى الدعامة"[5].

فنرى أن المشرع الفرنسي من خلال هذه المادة قد منح سلطة واسعة للقاضي لتحديد المحرر– الدليل الكتابي –حسب تعبيره الأكثر مصداقية بين المحررات المقدمة أيا كانت

---

[1] توفيق حسن فرج ، المرجع السابق، ص 25.

[2] يوسف زروق، المرجع السابق، ص 196.

[3] أما في باقي التشريعات الأخرى ومن بينها التشريع الجزائري ، فإن القاضي يستعين بالقواعد العامة لفصل التعارض بين المحررات الإلكترونية والورقية

[4] Caprioli (E), le juge et la preuve électronique ,art. précitée .P.11.

[5] Voir : Art 1316-2 C.

دعامته[1]، كالاستعانة بالخبراء في مجال الإعلام الآلي، لمعرفة دقة البيانات الواردة به وعدم تحريفها[2] .

نجد أن نص المادة قد أعطى للأطراف الحرية الكاملة في إبرام اتفاق لتحديد وسائل الإثبات في حال وقوع نزاع بينهما، فيمكن أن يتفق الأطراف على منح المحرر الإلكتروني الحجية الكاملة واستبعاد المحرر الورقي أو العكس، فإذا وجد هذا الاتفاق وكان صحيحا من الناحية القانونية فإن القاضي ملزم بتطبيق هذه الاتفاق لأنه تعبير صريح عن إرادة الأطراف بالأخذ بوسيلة إثبات معينة دون سواها، ويعتبر ذلك إسهاما من المشرع الفرنسي حيث اعتبر الاتفاقات كمصدر ثاني لحل التنازع بين الأدلة الكتابية إذا لم ينظم المشرع هذه المسألة [3].

كذلك على القاضي أن يراعي عند تقديره للمحرر الأكثر مصداقية ما تستلزمه التشريعات من شروط شكلية في دليل الإثبات، فإن تعارض محرر ورقي مع محرر إلكتروني وجب على القاضي تغليب المحرر الورقي لاستيعابه لهذا الشرط [4].

حتى يرجح القاضي محرر على حساب أخر يجب عليه أن ينظر من هو المحرر المستوفي للشروط القانونية حتى تجعل منه دليلا كاملا، ومن أهم هذه الشروط توقيع الأطراف فهو التعبير المادي لرضا الأطراف بالتصرف القانوني[5].

يمكن أن يعرض على القاضي محررات إلكترونية متعارضة وفي هذه الحالة يجب عليه أن يغلب المحرر الإلكتروني الأكثر مصداقية، فإن عرض على القاضي – مثلا– محرر إلكتروني موقعا عليه بتوقيع إلكتروني بسيط متعارض مع محرر إلكتروني موقع

---

[1] فتحي بن جديد، المرجع السابق، ص 187.

[2] وسيم شفيق الحجار، الإثبات الإلكتروني، منشورات صادر، بيروت، 2002 ، ص 132 و عيسى غسان الربضي، المرجع السابق، ص 209 .

[3] عابد فايد عبد الفتاح فايد، الكتابة الإلكترونية في القانون المدني "الفكرة والوظائف"، مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد 18، يناير–يوليو 2008، ص 148.

[4] V.Sedaillian; Preuve et signature électronique : www.internet- juridique.net, 20 Mars 2009.

[5] عيسى غسان الربضي، المرجع السابق، ص 209.

عليه بتوقيع إلكتروني متقدم، يجب في هذه الحالة تغليب المحرر الإلكتروني الموقع بتوقيع إلكتروني متقدم، والسبب في ذلك أن التوقيع الإلكتروني المتقدم يتم وفق إجراءات يتحقق بمقتضاها مستوى عالي من الأمان يكفل سلامته وصحة ارتباطه بالمحرر الإلكتروني[1].

هذه القواعد التي جاء بها المشرع الفرنسي يمكن الأخذ بها في الجزائر كونها لا تخرج عن القواعد العامة للإثبات، فيمكن للقاضي في غياب النص القانوني أن يفصل في تنازع أدلة الإثبات وفق سلطته التقديرية لترجيح أحد الأدلة على غيرها[2] .

المبحث الثاني: مكانة المحرر الإلكتروني في الإثبات

أصبح للمحرر الإلكتروني عموما أهمية كبيرة في حياة الأفراد والمجتمعات، وأصبحت التشريعات لا تميز بينها وبين المحرر الورقي، كما توسع استعمال المحررات الإلكترونية لتشمل بدورها المعاملات التي تتطلب الرسمية فتحول المحرر الإلكتروني ليصبح المحرر الرسمي الإلكتروني، وقد عنيت به مختلف التشريعات ونظمته بشكل دقيق، وهو ما سنعالجه في المطلب الأول.

كما سنتطرق في المطلب الثاني إلى المحرر العرفي الإلكتروني من حيث حجيته والقيود الواردة عليه وإعطاء أمثلة عن المحررات العرفية الإلكترونية وذلك بالتركيز على ما يعرف بالبريد الإلكتروني عموما والبريد الإلكتروني الموصى عليه خصوصا .

[1] محمد محمد أبو زيد ، نحو اتساق القواعد الفرعية في الإثبات مع مبدأ الاعتراف التشريعي بحجية الكتابة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 260 وما بعدها .

[2] فتحي بن جديد، المرجع السابق، ص 187.

المطلب الأول: مكانة المحرر الرسمي الإلكتروني في الإثبات

إن استعمال التكنولوجيات الحديثة وبالخصوص الكمبيوتر لم يصبح مقتصرا على فئة دون سواها، فصار معظم الأفراد يستعمل هذه التكنولوجيا لإتمام مختلف أعماله ونجد من بينهم الموثق والمحضر القضائي، كما اعتبر بعض الفقه [1] أن ظهور هذه المحررات مرتبط أساسا بما يسمى "الحكومة الإلكترونية"، التي تعتمد في تسيير أعمالها على أجهزة الحاسب الآلي المرتبطة فيما بينها بشبكة داخلية وترتبط هذه الشبكة بغيرها من الشبكات عن طريق الانترنت.

إلا أنه يجب التساؤل هنا هل المحررات التي يكتبها الموثق والمحضر القضائي فوق دعامة إلكترونية يعتبر محررا إلكترونيا يكتسب الصفة الرسمية ؟أو بعبارة أخرى هل يمكن إنشاء محرر رسمي إلكتروني دون المساس بمفهوم الرسمية ؟ وما هي حجية هذا النوع من المحررات في الإثبات؟

للإجابة على هذا التساؤلات يجب علينا أولا معرفة شروط صحة المحرر الرسمي بصفة عامة، خاصة إذا علمنا أن نفس الشروط يجب أن تتوافر في المحرر الرسمي الإلكتروني (الفرع الأول)، ثم بعد ذلك سنتطرق إلى كيفية إنشاء هذا النوع من المحررات (الفرع الثاني)، وفي الفرع الثالث سنتطرق إلى حجية صور المحرر الرسمي الإلكتروني، وفي الفرع الرابع والأخير سنعالج مسألة حفظ المحررات الرسمية الإلكترونية .

الفرع الأول: الشروط العامة لصحة المحرر الرسمي

يمكن أن نلاحظ جليا عند استقراء مختلف النصوص القانونية التي اعترفت بحجية المحرر الإلكتروني الرسمي لم تتطرق إلى شروط هذا النوع الجديد من المحررات بل تركت

[1] لمزيد من التفاصيل أنظر: عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 418 و أشرف توفيق شمس الدين ، الحماية الجنائية للمستند الإلكتروني "دراسة مقارنة"، المجلد الثاني، بحوث مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون ، كلية الشريعة والقانون ،جامعة الإمارات العربية المتحدة، المنعقد بتاريخ 10-12 ماي 2003، ،ص484.

هذا الأمر إلى الشروط العامة في المحررات الرسمية، وبالتالي يتوجب علينا أولا معرفة شروط صحة المحرر الرسمي وثانيا ما هي الجزاءات المترتبة عن الإخلال بهذه الشروط ؟

أولا: شروط صحة المحررات الرسمية

لقد تم ذكر شروط المحرر الرسمي في المادة 10 من قانون الإثبات المصري، ويقابلها المادة 1317 فقرة 1 قانون مدني فرنسي، و المادة 324 من القانون المدني الجزائري بقولها:" العقد الرسمي 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"، على العموم فإن الانتقال من الرسمية الورقية- التقليدية- إلى الرسمية الإلكترونية لا يستوجب تعديل شروط المحرر الرسمي لكن يستوجب بالضرورة أن يمنح المحرر الرسمي الإلكتروني نفس ضمانات المحرر الورقي [1]، وعلى هذا الأساس سوف نتطرق إلى هذه الشروط بصفة عامة، وهذه الشروط هي:

1- صدور المحرر من موظف عام أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة: الملاحظ أن المحرر لا يكتسب الصفة الرسمية إلا من خلال تحريره من طرف موظف عام أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة[2] .

المقصود بالموظف العام هو شخص تعينه الدولة لإجراء عمل من الأعمال المتعلقة بها أو لتنفيذ أمر من أوامرها سواء كان بأجرة أو من دونها [3]، وقد عرفته المادة 4 فقرة 1 من القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية[4] بأنه: "يعتبر موظفا كل عون عين في وظيفة

[1] A. Tailliez , La signature électronique face au droit prive, thèse du doctorat en droit , Faculté de droit et de science politique, d'aix-marseille , université paul Cézanne, 2005, p .271.

[2] J. M. olivier,« L'authenticité en droit positif français », PA, 28juin 1993,p .12.

[3] عادل حسن علي، الإثبات "أحكام الالتزام"، مكتبة زهراء الشرق، 1997، ص 53 .

[4] أمر 06-03 المؤرخ في 19 جمادى الثانية عام 1427 الموافق ل 15 يوليو 2006 ، يتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، (ج ر 46)، الصادر بتاريخ 16 يوليو 2006، ص 3 وما بعدها .

عمومية دائمة ورسم في رتبة في السلم الإداري، إلا أنه يمكن استثنائيا تعيين موظفين عن طريق التعاقد وفق حالات محددة"[1] .

كما لا يشترط في اعتبار الشخص موظفا عاما أن يكون من موظفي الدولة بل يكفي أن يكون موظفا إحدى الهيئات التابعة لها كموظفي الوزارات أو المجالس الولائية أو البلدية[2].

إلا أنه لا يعتبر موظفا الأشخاص التالية القضاة والمستخدمون العسكريون والمدنيون للدفاع الوطني ومستخدمو البرلمان[3]، ولقد ألحقت المحكمة العليا القضاة الشرعيون بالأعوان العموميين، بقولها : "حيث أن العقود التي يحررها القضاة الشرعيون وطبقا لما استقر عليه الفقه والقضاء عليه تكتسي نفس طابع الرسمية الذي تكتسبه العقود المحررة من طرف الأعوان العموميين"[4].

بالإضافة إلى ذلك فأن المشرع قد منح في بعض الحالات لفئة معينة سلطة كتابة بعض أنواع المحررات الرسمية، ويسميهم القانون بالضباط العموميين، ومن بين الضباط العموميين نجد الموثق والمحضر القضائي والقنصل إلخ ...

أما الشخص المكلف بخدمة عامة هو كل شخص يقوم بخدمة عامة سواء خضع لقانون الوظيف العمومي أو لم يخضع وسواء تلقى أجرا أو قام بها مجانا وليس من اللازم أن يكون تعيينه من السلطة المركزية[5].

---

[1] هذه الحالات منصوص عليها في المادة 20 من القانون الأساسي للوظيفة العمومية وهي: "– في انتظار تنظيم مسابقة توظيف أو إنشاء سلك جديد للموظفين. – لتعويض الشغور المؤقت لمنصب شغل".

[2] صالح بن شنات، الكتابة كدليل إثبات في المواد المدنية ، ماجستير في القانون الخاص ، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة وهران، 2003 ، ص 43 .

[3] المادة 2 /2 من القانون الأساسي للوظيفة العمومية الجزائري.

[4] ملف رقم 40097، الصادر بتاريخ 1989/06/03، المجلة القضائية، 1992، العدد الأول، ص 119، مأخوذ عن علي فيلالي، المرجع السابق، ص 299.

[5] كوثر زهدور، التوقيع الإلكتروني وحجيته في الإثبات في القانون المدني الجزائري مقارنا، ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة وهران ، 2008 ، ص 66 .

أما المقصود بمصطلح الصدور أن يكون الشخص المختص سواء كان موظفا أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة بأن يثبت فيه ما وقع تحت سمعه أو تحت بصره من تصرفات أو أقوال ذوي الشأن[1]، وليس من الضروري أن تكون مكتوبة بخطه، بل يكفي أن يكون تحريرها صادرا باسمه، ويجب على كل حال أن يوقعها[2].

بالتالي فإن جوهر الرسمية يكمن بالخصوص في شهادة الموظف العام بما يراه وما يفعله، وينبغي طوال فترة تحريره الوثوق في أقوال ذلك الموظف، كما يعتبر شاهدا متميزا على جميع الوقائع التي حدثت تحت نظره وسمعه، وما تلقاه من ذوي الشأن من أقوال وبيانات في شأن التصرف القانوني الذي كتب بشكل رسمي ، وهو ما تنص عليه صراحة المادة 3 من قانون التوثيق الجزائري[3] بقولها :"الموثق ضابط عمومي مفوض من قبل السلطة العمومية، يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية، وكذا العقود التي يرغب الأشخاص إعطائها هذه الصبغة ".

أما في حال وقوع خطأ أثناء كتابة محرر رسمي إلكتروني من طرف موظف عام، فإن ذلك لا يثير مشكلا لأن المتعامل مع الجهاز يتعامل مع جهة وليس مع شخص، والمسؤولية تقع على الجهة الصادرة عنها المحررات الرسمية الإلكترونية وعن الأشخاص التابعين لها الذين يقومون بعملية تزويد الحاسب الآلي بالبيانات المطلوبة، ومن ثم فالمسؤولية الواقعة تدخل في حدود مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه[4] .

---

[1] أنظر: سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 132.

[2] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 115.

[3] القانون رقم 06-02 المؤرخ في 20 فبراير 2006 يتضمن تنظيم مهنة الموثق، الصادر بتاريخ 8 مارس 2006، (ج ر 14)، ص 15 وما بعدها.

[4] خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني في ضوء التشريعات العربية والاتفاقيات الدولية، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية، 2007، ص 72.

2-أن يكون هذا الموظف العام أو الضابط العمومي أو الشخص مكلف بخدمة عامة مختصا بتحرير المحرر الرسمي :

المقصود بكلمة سلطة في نص المادة 324 ق.م.ج، هو ولاية الموظف في تحرير الورقة، فإذا كان قد عزل من وظيفته و زالت ولايته فقد المحرر صفة الرسمية، غير أنه إذا لم يعلم بالعزل أو الوقف وكان ذوي الشأن هم أيضا حسني النية لا يعلمون بشيء من ذلك، فإن المحرر الرسمي يكون صحيحا رعاية للوضع الظاهر المصحوب بحسن النية[1].

يجب أن تكون كتابة المحرر من اختصاصه، والمقصود بهذا الشرط أن يكون الموظف مختصا نوعيا ومكانيا بتحريره، فمن حيث الاختصاص النوعي فإن كل موظف يختص بكتابة نوع معين من المحررات الرسمية، فالموثق مثلا يختص بتوثيق المحررات التي يقضي القانون أو يطلب المتعاقدون توثيقها[2] ، والمحضر القضائي يقوم بتبليغ العقود والسندات والإعلانات التي تنص عليها القوانين ، تنفيذ الأوامر والأحكام والقرارات القضائية الصادرة في جميع المجالات ما عدا المجال الجزائي ، وكذا المحررات أو السندات في شكلها التنفيذي إلخ ...[3].

أما ضابط الحالة المدنية بصفته ضابط عمومي له اختصاص موضوعي خاص بتحرير بعض المحررات الرسمية الخاصة بالحالة المدنية للأشخاص، وهو ما حددته المادة 3 من الأمر 20/70 المتعلق بالحالة المدنية المعدل والمتمم وهي :

- مشاهدة الولادات وتحرير العقود بها...
- تحرير عقود الزواج.
- تحرير عقود الوفيات

---

[1] لمزيد من التفاصيل أنظر: بن شنات صالح، المرجع السابق، ص 50.

[2] تنص المادة 3 من قانون تنظيم مهنة الموثق على أن :« الموثق ضابط عمومي ... »

[3] لمزيد من التفاصيل أنظر : المادة 12 من قانون 06 -03 المؤرخ في 20 فبراير 2006 يتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي، الصادر بتاريخ 8 مارس 2006 ، (ج ر 14)، ص 21 وما بعدها.

– تلقي أذون الزواج الخاصة بالقصر مع موثقي العقود ...

وفقا للاختصاص الموضوعي لا يجوز لضابط الحالة المدنية أن يحرر حكم بالطلاق، ولا يجوز للموثق أن يحرر شهادة الميلاد أو شهادة وفاة لأنه لا تقع ضمن اختصاصه الموضوعي .

أما من ناحية الاختصاص المكاني فأساسه أن القانون حدد لكل موظف دائرة إقليمية معينة لا يجوز للموظف العام أو ضابط الحالة المدنية أو المكلف بالخدمة العامة أن يباشر عمله خارجها ، فالموثق مثلا اختصاصه الإقليمي يمتد ليشمل كامل التراب الوطني طبقا لنص المادة 1/2 من قانون التوثيق، والمحضر القضائي يمتد اختصاصه الإقليمي إلى دائرة الاختصاص الإقليمي للمجلس القضائي التابع له [1]، كما نص قانون الحالة المدنية في المادة 4 منه على أن تكون لضابط الحالة المدنية الأهلية في قبول التصريحات وتحرير العقود في نطاق دوائرهم فقط .

3- مراعاة الأوضاع التي قررها القانون لكتابة المحرر الرسمي :

لقد اشترط القانون عند كتابة المحرر الرسمي أوضاعا معينة يجب على الموظف أو الضابط العمومي احترامها، حتى يكتسب المحرر الصفة الرسمية وتكون له حجية في الإثبات.

نجد أن المشرع الجزائري قد وضع شروطا عامة لكي نكون أمام محرر رسمي وهو ما نص عليه في المادة 324 مكرر 2 ق.م.ج بقوله:" توقع العقود الرسمية من قبل الأطراف والشهود عند الاقتضاء ويؤشر الضابط العمومي على ذلك في آخر العقد وإذا كان بين الأطراف أو الشهود من لا يعرف أو لا يستطيع التوقيع يبين الضابط العمومي في آخر العقد تصريحاتهم في هذا الشأن ويضعون بصماتهم ما لم يكن هناك مانع قاهر ".

[1] أنظر: المادة 2/ 2 من قانون المحضر القضائي.

إضافة إلى ذلك نجد أوضاعا قانونية خاصة بنوع محدد من المحررات الرسمية من بينها العقود التوثيقية منصوص عليها من المادة 26 إلى المادة 32 من قانون التوثيق، فتنص مثلا المادة 26 على أنه:" تحرر العقود التوثيقية تحت طائلة البطلان باللغة العربية في نص واحد وواضح ، تسهل قراءته وبدون اختصار أو بياض أو نقص .

وتكتب المبالغ والسنة والشهر ويوم التوقيع على العقد بالحروف وتكتب التواريخ الأخرى بالأرقام ..."، ثم تذكر المادة 27 من نفس القانون ضرورة عدم تحوير الكلمات وأن هذه الكلمات تعتبر باطلة، ثم في المادة 29 توضح البيانات الواجب ذكرها في العقود التوثيقية[1]، أما المواد 31[2] و 32 [3]فهي توضح أحكام النسخة الممهورة بالصيغة التنفيذية للعقد التوثيقي، زيادة على ذلك اشترط المشرع الجزائري الصفة الرسمية للعقود التي تتضمن ملكية عقار أو حقوق عقارية إلخ ...[4]

ثانيا: جزاء الإخلال بشرط من هذه الشروط

إذا اختل أحد الشروط الثلاثة المذكورة سابقا كان المحرر باطلا باعتباره محرر رسمي، كأن يحرره موظف غير مختص أو شخص عادي، أو لم تراعى فيه الأوضاع القانونية لكتابة المحرر الرسمي، إلا أنه يثور التساؤل هنا عن قيمة هذا المحرر الباطل .

---

[1] هذه البيانات هي : – اسم ولقب الموثق ومقر مكتبه ، – اسم ولقب وصفة وموطن وتاريخ ومكان وولادة الأطراف وجنسيتهم، – اسم ولقب وصفة وموطن وتاريخ ومكان وولادة الشهود عند الاقتضاء،– تحديد موضوعه، – المكان والسنة والشهر واليوم الذي أبرم فيه، –وكالات الأطراف المصادق عليها التي يجب أن تلحق بالأصل،– التنويه على تلاوة الموثق على الأطراف النصوص الجبائية والتشريع الخاص المعمول به ، توقيع الأطراف ، والشهود ، والموثق والمترجم عند الاقتضاء.

[2] تنص المادة 31 من قانون التوثيق على ما يلي: "تسلم النسخة الممهورة بالصيغة التنفيذية للعقد التوثيقي وفقا للتشريع المعمول به، ويسري عليها ما يسري على تنفيذ الأحكام القضائية، ويؤشر على الأصل بتسليم النسخة التنفيذية."

[3] المادة 32 من قانون التوثيق تنص :"لا تسلم إلا نسخة تنفيذية واحدة تحت طائلة العقوبات التأديبية .
غير أنه يمكن تسليم نسخة تنفيذية ثانية بأمر صادر عن رئيس محكمة تواجد المكتب، ويرفق الأمر الصادر بالأصل."

[4] لمزيد من التفاصيل: راجع المادة 324 مكرر 1 من ق.م.ج.

أجابت على هذا التساؤل المادة 326 مكرر 2 ق.م.ج[1] بقولها :" يعتبر العقد غير رسمي بسبب عدم كفاءة أو أهلية الضابط العمومي أو انعدام الشكل كمحرر عرفي إذا كان موقعا من قبل الأطراف" ، فزوال الرسمية عن المحرر يحوله إلى محرر عرفي بشرط توقيع الأطراف عليه ، ولا أهمية لتوقيع الموظف لكونه يصبح أجنبيا عن المحرر .

إن حكم المادة 326 مكرر 2 ق.م.ج يعتبر أمر بديهي لأن المحرر الرسمي متى فقد أحد شروطه وكانت مكتوبة وموقعة من طرف الأطراف يعتبر كافيا ليصبح محرر عرفي، إلا أن هذا لا يعني أن التصرف القانوني يصبح باطلا بل يبقى هذا التصرف قائما يمكن إثباته بوسائل أخرى .

غير أن هذا النص القانوني لا ينطبق في حالة ما إذا كانت الشكلية كركن من أركان التصرف القانوني، ومن أمثلتها العقود المعدلة والمؤسسة للشركة والتصرفات المتعلقة بنقل الملكية في العقارات أو المحلات التجارية إلخ...، لأن الشكلية هنا ركن وليست وسيلة إثبات فقط ، ومتى انعدم الركن انعدم التصرف القانوني.

وهو ما أقرته صراحة المحكمة العليا الجزائرية بقولها : " من المقرر قانونا أنه زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى الشكل الرسمي، يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية في شكل رسمي.

ولما ثبت أن قضاة الموضوع لم يطبقوا المادة 324 مكرر 1 من ق.م.ج ، بل اعتمدوا في إثبات علاقة الإيجار على تواجد الطاعن فعليا بالمحل المتنازع فيه، فإنهم قد خرقوا القانون مما يعرض قراراتهم للنقض."[2]

---

[1] وتقابلها المادة 2/10 من قانون الإثبات المصري والمادة 1318 من القانون المدني الفرنسي .

[2] قرار رقم 138806، الصادر بتاريخ 9جويلية 1996، المجلة القضائية، عدد 1، 1997، ص 87.

الفرع الثاني : إنشاء المحررات الرسمية الإلكترونية

لقد كان لصدور القوانين المنظمة للمحررات والتوقيعات الإلكترونية الأثر البالغ في مفهوم الرسمية بحيث اعتقد البعض أن الموثق يفقد دوره كشاهد مميز، كما أن وجود المحرر الرسمي يعتبر غير ضروري بما أن التوقيع الإلكتروني ونظامه التوثيقي سيجعل من المحررات العرفية الإلكترونية مؤمنة بشكل كبير بل ستصبح أحسن من المحررات الورقية.

إلا انه يتضح لنا جليا أن هذه الفكرة خاطئة وناتجة أساسا عن الخلط الموجود ما بين الموثق و شهادة التصديق ، فالموثق لا يقوم بتحديد هوية مرسل الرسالة الإلكترونية، بل إن المحرر يعتبر رسمي لأن الموثق قام بالتأكد من هوية المتعاقدين وتأكد من رضاهم الصريح وأن توقيع الأطراف لم يتم إلا بعد نصائح الموثق وتوضيحاته[1] .

كما تساؤل البعض قبل التنظيم التشريعي لهذه المحررات، هل اعتراف المشرع بالرسمية الإلكترونية يستوجب تعديل المفهوم التقليدي للرسمية، الذي يرتكز أساسا على الحضور المادي للموثق والشهود وحضور ذوي الشأن؟ [2]

كمبدأ عام يجب أن نقرر أن حضور المادي للموثق أو المحضر القضائي من أهم العوائق الذي تعترض تحرير هذا النوع من المحررات ويقلل من ثقة الأفراد في الأوراق الرسمية الإلكترونية[3].

لذلك فإن بعضا من الفقه يرى أن الحضور المادي للموثق يعتبر جوهريا في مجال الرسمية[4]، وبالتالي فإن حضور موثق واحد فقط يعتبر غير كاف لإنشاء محرر رسمي

[1]D. Froger, Le droit International de l'internet "L'authencité électronique", édition Bruylant, Bruxelles, 2002, P.398

[2]L. Grynbaum, «*la loi du 13 mars 2000* : la consécration de l'écrit et de la preuve au prix de la chute de l'acte authentique », Commu.Comm.élec , avril 2000, chron. p.14.et Y. SHANDI, thèse préc. , P. 292.

[3] محمد رضا أزرو ، المرجع السابق، ص 56.

[4] J. FLOUR, Sur une notion nouvelle de l'authenticité, Defrénois, 1972 , art.30159,p.981.

إلكتروني، بل يجب حضور موثق ثاني حتى يكتسب المحرر صفة الرسمية، الذي يتأكد من هوية الأطراف ورضاهم[1] .

لحل هذا المشكل اقترح بعض الفقه[2] وجود كاتب عدل إلكتروني، والبعض الأخر سماه شهر العقاري الإلكتروني[3]، بحيث يتم إنشاء المحرر الإلكتروني الرسمي وفقا للخطوات التالية:

– يقوم الفريق الأول بإرسال الطلب الإلكتروني متضمنا كافة الطلبات إلى كاتب العدل الإلكتروني الذي يتأكد من صحتها .

– يتسلم الطرف الثاني كافة الإيضاحات المطلوبة.

– إذا وافق الطرف الثاني على الطلب ولم يجد فيه أخطاء أو ملاحظات يقوم الطرف الثاني بالتوقيع عليها أمام كاتب العدل بإعادتها إلكترونيا إلى الطرف الأول الذي يتحقق من توقيع الطرف الثاني ويقوم بدوره بالتوقيع عليها وإعادتها إلى كاتب العدل الإلكتروني للتوقيع عليها.

يلاحظ أن هذا المقترح الفقهي ليس بعيدا عما أورده المشرع الفرنسي[4] حيث اشترط على الموثق أو المحضر أن تكون الأنظمة المعلوماتية المستعملة من طرفهم معتمدة من طرف الهيئة المختصة (بالنسبة للموثقين المجلس الأعلى للتوثيق CSN أو الغرفة الوطنية للمحضرين القضائيين CNHJ، كما أنه يجب استعمال توقيع إلكتروني مؤمن وفق الشروط

[1] C. GHAZOUANI, op. cit , p.93.

[2] يوسف أحمد النوافلة، المرجع السابق، ص 158 و ضياء مشيمش ، التوقيع الإلكتروني "دراسة مقارنة"، المنشورات الحقوقية صادر، 2003،ص83 .

[3] سمير عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2005، ص 334.

[4] Art 16 du décret n° 2005-973 du 10 aout 2005.

المذكورة سابقا[1]، إضافة على ذلك فإن المرسوم 973-2005 يميز بين حالتين، الأولى حضور جميع الأطراف والثانية غياب طرف أو أكثر عند إنشاء المحرر الرسمي الإلكتروني.

الحالة الأولى: إنشاء المحرر في حضور جميع الأطراف، هذه الحالة لا تشكل أي صعوبة، فيحق للأطراف اختيار الدعامة التي تتم فوقها الكتابة سواء كانت ورقية أو إلكترونية وذلك تطبيقا لمبد التكافؤ الوظيفي.

الحالة الثانية: إنشاء المحرر في غياب طرف أو أكثر : يوضح المرسوم في المادة 20 منه، عن طريق تدخل أكثر من موثق في عملية إنشاء المحرر الرسمي الإلكتروني، فيكون هناك موثق محرر للعقد وأخر حاضر ومشارك فقط في إنشاء المحرر، حيث يقوم هذا الأخير بتلقي رضا ذوي الشأن الغير الحاضرين أمام الموثق المحرر للعقد ثم يرسل الوثائق إلى الموثق الرئيسي، عن طريق استخدام نظام لإرسال المعلومات يكون معتمدا.

يرى بعض الفقه أن الحلول التي توصل إليها المشرع الفرنسي تساعد على إنشاء محرر رسمي إلكتروني دون حضور الموظفين العموميين وأصحاب الشأن في المحرر[2]، كما أنه لا يؤثر على طبيعة الرسمية إذ تظل في إطار وحدة مفهوم الرسمية وليس أمام تعدد الرسميات[3]، وهذا لا يعني أننا أمام ثورة أو انقلاب لفكرة الرسمية ولكن أمام تطور حذر في عالم التكنولوجيات الحديثة[4].

طبقا للمادة 17 من نفس المرسوم يجب أن يوقع المحرر بواسطة الموثق عبر وسيلة للتوقيع الإلكتروني الآمن، وفقا للمتطلبات المنصوص عليها في المرسوم 2001- 272 الصادر في 30 مارس 2001 تطبيقا للمادة 1316 -4 من التقنين المدني والمتعلقة

[1] P. Agosti, Le régime juridique des actes authentiques électronique ; publier sur www.caprioli-avocats.com.

[2] عابد فايد عبد الفتاح فايد، المرجع السابق، ص203 .

[3] A.Raynouard, Le droit de l'écrit électronique, P A, n°65, 2 avril 2001, p.15 et E. Joly- Passant, L'écrit confronté aux nouvelles technologies, L.G.D.J., 2006, p. 335.

[4] عابد فايد عبد الفتاح فايد، المرجع السابق، ص 204 .

بالتوقيع الإلكتروني، وهذا التوقيع هو الذي يمنح الصفة الرسمية للمحررات الإلكترونية الرسمية[1] .

يشترط في هذا التوقيع أن يكون محددا لهوية الموثق و بسلطته على منح المحرر الصفة الرسمية، وبالتالي فإن وضع توقيعه على دعامة إلكترونية لا يجب أن يتم إلا من خلال وسائل عالية التأمين [2].

غالبا ما يتم تبادل المعطيات في فرنسا عبر شبكة الإنترانت تسمى ب "Planet 3" تسمح بتسيير أكثر من 9000 عنوان للموثقين ومساعديهم، وتساهم في تبادل قرابة مليون رسالة في الشهر [3].

غير أنه ينبغي ملاحظة أن لجوء الموثق إلى توقيع إلكتروني مؤمن على المحررات الرسمية لا يعني بالضرورة أن يلجأ إلى مزود خدمات، فمن غير المعقول أن تتدخل جهة تصديق خاصة من أجل التحقق من صحة توقيع موظف عام، وإنما يمكن فقط السماح لسلطة عامة بشهادة مؤهلة لموظف عام[4].

كما أن بعض الفقه يرى أن يكون مزود الخدمات جهة حكومية، أو أن تكون وزارة العدل هي الجهة المختصة لضمان استيفاء التوقيع الإلكتروني للموظف العام لمستوى الأمان والثقة[5].

أما توقيع ذوي الشأن والشهود لم يشترط المرسوم أن يكون توقيعهم إلكترونيا، إنما يلزم فقط أن يكون توقيعهم الخطي الموضوع فوق المحرر الرسمي الإلكتروني بشكل مرئي على الشاشة (المادة 17 /3).

---

[1] Grynbaum (L) et autres ,op.cit ,p.32.
[2] A . Tailliez, thèse prec., p.276 et : Henri Roland et Laurent Boyer, op.cit, p. 591.
[3] A. Tailliez,Ibid., p. 281.
[4] S. Bettini, L'acte authentique électronique, Mémoire DESS de droit du multimédia et de l'informatique, Paris II, 2002-2003, P. 16. disponible sur le site : www.signelec.com, 15Fevrier 2008.
[5] يوسف أحمد النوافلة ، المرجع السابق، ص 161 . و A. Tailliez. , thèse prèc, p.277

و D. Froger , op.cit., p.400.

نلاحظ أن هذا المرسوم قد منح للتوقيع الخطي لذوي الشأن الحجية الكاملة في الإثبات على الرغم من أن المحرر الرسمي الإلكتروني قد تم في دعامة إلكترونية وهو ما يعتبر تداخلا بين التوقيع الخطي والتوقيع الإلكتروني، وغالبا ما يتم نقل التوقيع الخطي لذوي الشأن عن طريق الماسح الضوئي (Scanner)، أو باستخدام القلم الإلكتروني، وسوف نرى في الباب الثاني أن هذه الأشكال من التوقيعات لا تتمتع بالحجية الكاملة في الإثبات لعدم توافر عناصر الأمان الكاملة .

لذا يقر بعض الفقه[1] أنه من الضروري اشتراط توقيع إلكتروني مؤمن لذوي الشأن والشهود، نظرا لتمتع هذا النوع من التوقيعات بقرينة الموثوقية المنصوص عليها في مختلف التشريعات، بدلا من اللجوء إلى توقيع لا يتمتع بالأمان الكافي.

إلا أنني أرى أن المشرع الفرنسي قد أحسن عملا عندما لم يشترط توقيع إلكتروني مؤمن لذوي الشأن والشهود نظرا للتكلفة الباهظة للتوقيع الإلكتروني والتي قد لا تناسب القدرة المالية لذوي الشأن والشهود وهذا ما يعتبر عاملا معرقلا لانتشار المحرر الرسمي الإلكتروني، كما أنه قد يخطأ ذوي الشأن والشهود في استعمال التوقيع الإلكتروني نظرا لوجود عدة خطوات يجب أن تحترم من قبلهم، وبالتالي فإنه يكفي فقط في هذا المجال تأكد الموثق من توقيع الأطراف والشهود على المحرر الرسمي الإلكتروني وهو ضمانة كافية لإتمام المحرر الرسمي الإلكتروني، دون اشتراط توقيع إلكتروني مؤمن.

أما بالنسبة لتاريخ المحرر الرسمي الإلكتروني، فإن المرسوم لم يعترف بالبصمة الزمنية l'horodatage الذي يوفره مزود الخدمات، بل إن هذا الالتزام يقع على الموثق دون سواه، وذلك بضرورة أن يذكر التاريخ بالحروف قبل توقيعه من الموظف العام .

[1] تامر محمد سليمان الدمياطي، المرجع السابق، ص 734.

أخيرا فيما يخص المستندات المرفقة (Les pièces annexées)، تنص المادة 1/22 من المرسوم صراحة أنه متى كان المحرر الرسمي منشأ على دعامة إلكترونية، تكون المستندات المرفقة مرتبطة بالمحرر بطريقة لا تقبل الانفصال، ونسحب التوقيع الإلكتروني في نهاية المحرر كذلك على مرفقاته .

نستنتج مما سبق أن المشرع الفرنسي لم يخرج عن المفهوم العام للرسمية عند إنشاء المحرر الرسمي الإلكتروني، إنما فقط قدم تسهيلات عند إنشاء هذا النوع من المحررات، ومن بين هذه التسهيلات عدم حضور كل الأطراف لدى موثق واحد واعتماده على التوقيع الإلكتروني المؤمن للموظف فقط دون اشتراط توقيع إلكتروني لذوي الشأن والشهود .

يمكن القول أن الاعتراف التشريعي بالكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني لم يعدل أي شرط من شروط الرسمية[1]، أول محرر إلكتروني رسمي في فرنسا تم إنشائه بتاريخ 28 أكتوبر 2008 بمناسبة حفل نظمه المجلس الأعلى للتوثيق (C S N) في باريس والذي شاركت فيه حافظة الأختام ووزيرة العدل رشيدة داتي والسكرتير الأول المكلف بتنمية الاقتصاد الرقمي Éric Besson[2].

أما المشرع المصري فقد اقتصر فقط على مساواة المحرر الرسمي الورقي بالمحرر الرسمي الإلكتروني[3]، وترك مسألة تنظيم هذه المسألة للائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني، إلا أن هذه اللائحة على الرغم من صدورها فإنها لم تنظيم مسألة إنشاء المحررات الرسمية الإلكترونية.

---

[1] J-P. Decorps, La loi sur la signature électronique ne modifie aucun critère de l'authencité, PA, 11 avril 2000 , n°72, p.3 et s.

[2] L. Dargent, Actes authentiques électroniques, Dalloz actualité ,30 octobre 2008 et C. Castets-Renard, Droit de l'internet, Lextenso édition ,Paris, 2010, p.187

[3] تنص المادة 15 من قانون التوقيع الإلكتروني المصري على :" 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 . "

على الرغم من أهمية هذه المسألة فإن المشرع الجزائري لم يولي لهذه المسألة أية أهمية، فلم يعالج مسألة المحررات الإلكترونية الرسمية ولم يذكر مكانتها ضمن وسائل الإثبات الحديثة على الرغم من صدور قوانين حديثة تعالج حجية التوقيع الإلكتروني من بينها القانون 15-03 المتعلق بعصرنة العدالة و القانون 15-04 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، وهو ما يتعارض بشكل جلي مع جهود الدولة في إرساء الحكومة الإلكترونية التي ترتكز أساسا على إصدار الموظفين للمحررات الرسمية بالشكل الإلكتروني لصالح المواطنين.

الفرع الثالث: حجية صور المحررات الرسمية الإلكترونية

الفرق الجوهري بين أصل المحرر الرسمي وصورته، أن الأصل يحمل التوقيعات، فجميع من وقع على المحرر الرسمي إنما وقعوا على الأصل، أما صورة المحرر الرسمي فلا تحمل توقيعات ذوي الشأن بل هي منقولة بواسطة موظف عام مختص، مما يستوجب منحها مزيدا من الثقة وهو ما يضفي عليها الصفة الرسمية ولكن رسميتها أنها صورة لا في أنها أصل[1] .

فيما يخص تمييز الأصل عن الصورة في مجال المحرر الإلكتروني عموما، يرى البعض[2] ضرورة التفرقة بين ما يسمى بالمحررات الإلكترونية البحتة والمحررات الإلكترونية الجزئية، فالنوع الأول من المحررات هي التي تكون الكتابة فيها مثبتة على دعامة إلكترونية، ووسيلة عرضها دعامة إلكترونية أيضا، أما المحررات الجزئية فتكون الكتابة فيها أيضا مثبتة على دعامة إلكترونية، لكن وسيلة عرضها وإظهارها يكون على دعامة ورقية، وبالتالي يجب

[1] لمزيد من التفاصيل أنظر: عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 162 وما يليها .

[2] محمد محمد أبو زيد، المرجع السابق، ص 31 وما يليها .

عدم التمييز بين الأصل والصورة في حالة المحررات الإلكترونية البحتة، والإبقاء على التمييز بين الأصل والصورة في حالة المحررات الإلكترونية الجزئية .

لكن هناك بعض الفقه[1] من يشكك في هذا التقسيم، أولا لأن مصطلح المحررات الإلكترونية الجزئية غامض ومن جهة أخرى فإنه يجب علينا في هذا المجال معرفة المقصود بالأصل في مجال المحررات الإلكترونية، كما أن البعض يرى أن الأصل حتى يكون كذلك يجب الاحتفاظ به في دعامته الأصلية، بينما النسخة فهي نتيجة تحويلها إلى دعامة جديدة [2].

إن المشرع الفرنسي لم ينظم هذه المسألة، أما المشرع المصري فاكتفى فقط بمادة واحدة في قانون التوقيع الإلكتروني وهي المادة 16 بقوله:" الصور المنسوخة على الورق من المحرر الإلكتروني الرسمي حجة على الكافة بالقدر الذي تكون عليه مطابقة لأصل هذا المحرر ، وذلك مادام المحرر الإلكتروني الرسمي والتوقيع الإلكتروني موجودين على الدعامة الإلكترونية ".

نلاحظ أن هذا الحكم لا نجد له مثيلا في تشريعات الدول الأخرى، وهو يلبي حاجة عملية، فطالما أن أصل المحرر الإلكتروني موجودا وعليه توقيع إلكتروني ومثبت فوق دعامة إلكترونية، فإن صور المحررات الرسمية الإلكترونية تكون لها الحجية بقدر مطابقتها لأصل المحرر[3].

كما أن هذا النص حدد فقط حجية المحرر الإلكتروني الرسمي دون المحرر العرفي الإلكتروني، ويجب أن يكون المحرر الإلكتروني الرسمي والتوقيع الإلكتروني على دعامة الكترونية، حتى يمكن إجراء مطابقة في حالة نشوب نزاع بين الأطراف[4].

---

[1] محمد المرسي زهرة ، الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية المرجع السابق ، ص 296 .

[2] F. Senécal, Thèse préc, p.34.

[3] عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 426 .

[4] عيسى غسان الربضي، المرجع السابق، ص 207 .

على العموم تعتبر هذه المادة غير كافية لتنظيم أحكام صور المحررات الرسمية الإلكترونية وبالتالي يجب علينا الرجوع إلى الأحكام العامة لبيان مدى حجية صور هذه المحررات.

بالرجوع إلى الأحكام العامة نلاحظ أن معظم التشريعات قد ميزت بين وجود أصل الورقة الرسمية أو عدم وجودها، فإن وجدت الصورة الرسمية الأصلية، 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.[1].

يندرج في هذه الحالة المادة 16 من قانون التوقيع الإلكتروني المصري، حيث يعتبر المحرر الرسمي الإلكتروني حجة على الكافة بالقدر الذي تكون فيه مطابقة للأصل، ما دام المحرر الإلكتروني الرسمي والتوقيع الإلكتروني مثبتين فوق دعامة إلكترونية.

غير أن هذا الفرض يقتصر فقط على الصورة المنسوخة على الورق من المحرر الإلكتروني الرسمي، وأغفل في هذا المجال على الصور المنسوخة فوق الدعامة الإلكترونية، على الرغم من أن قانون التوقيع الإلكتروني جاء لتنظيم المحررات التي تتم فوق الدعامات، فترك تنظيم الصورة الإلكترونية للقواعد العامة .

أما إذا لم توجد أصل الورقة الرسمية وفق المادة 326 ق.م.ج تكون حجة على الوجه الأتي :

- يكون للصور الرسمية الأصلية تنفيذية كانت أو غير تنفيذية حجية الأصل متى كان مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك في مطابقتها للأصل.

[1] المادة 325 من ق.م.ج وتقابلها المادة 12 من قانون الإثبات المصري و المادة 9 من قانون البيانات الأردني.

- ويكون للصور الرسمية المأخوذة من الصور الأصلية الحجية ذاتها ولكن يجوز في هذه الحالة لكل من الطرفين أن يطلب مراجعتها على الصورة الأصلية التي أخذت منها.
- أما ما يؤخذ من صور رسمية للصورة المأخوذة من النسخ الأولى فلا يعتد به إلا لمجرد الاستئناس تبعا للظروف. وللقاضي أن يعتد بها حسب ظروف كل دعوى على حده ، لكن بوصفها قرائن لا تصلح حتى كمبدأ ثبوت بالكتابة[1].

إلا أنه يجب التساؤل هنا ما المقصود بالصورة المنسوخة على الورق من المحرر الرسمي الإلكتروني ؟

فنجد أنفسنا أمام وجهتي نظر، تنص الأولى أن المقصود بهذه الصورة هي مجرد نسخة مطبوعة من المحرر الرسمي الإلكتروني ، وهي غير ممهورة بتوقيع الموظف العام وبالتالي فهي تساوي الصورة الضوئية للمحررات الرسمية التي لا تتمتع بأية حجية في الإثبات [2]، أما وجهة النظر الثانية ترى أن المقصود بها الصورة المنقولة على الورق المستمدة من المحرر الرسمي الإلكتروني ولكن بشرط نقلها بواسطة موظف عام مختص، ولا تحمل هذه الصورة توقيعات ذوي الشأن وهو ما يضفي عليها وصف الرسمية باعتبارها صورة وليست أصلا [3]، في رأيي يعتبر هذا الرأي هو الراجح، لأن المحرر الرسمي سواء كان ورقيا أو إلكترونيا لا تكون له حجية في الإثبات إلا إذا تدخل فيه موظف عام .

---

[1] عبد الفتاح بيومي حجازي، التوقيع الإلكتروني المرجع السابق، ص 324 .

[2] أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط في قانون المعاملات الإلكترونية، "وفقا لأحدث التشريعات في فرنسا، مصر الأردن دبي البحرين " الكتاب الأول "المدخل لقانون المعاملات الإلكترونية – العقد الإلكتروني – الإثبات الإلكتروني"، دار النهضة العربية ، القاهرة، 2007، ص 384.

[3] محمد محمد أبو زيد ، المرجع السابق، ص 46 و 47 .

أما في حالة فقدان أصل المحرر الإلكتروني الرسمي ووجود صورتها فقط، فهناك اتجاهان فقهيان في هذه المسألة، الاتجاه الأول[1] يرى أن المشرع المصري سكت عن تنظيم هذه المسألة وبالتالي لم يمنح الحجية لصورة المحرر الرسمي الإلكتروني ، غير أن الاتجاه الثاني[2] يرى أن عدم تنظيم المسألة من طرف المشرع المصري لحكمة معينة وهي رغبته في ترك تنظيمها لأحكام المادة 13 من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية .

بالتالي لا يوجد مانع من تطبيق هذه المادة على الصورة الرسمية الإلكترونية، إعمالا لمبدأ المساواة بين المحررات الورقية والالكترونية فيما يتعلق بقبولها وحجيتها في الإثبات .

الفرع الرابع: حفظ المحررات الرسمية الإلكترونية

إن حفظ المحرر الرسمي عموما (سواء ورقي أو إلكتروني)يشكل أهمية بالغة وقد عنيت به مختلف التشريعات، فنجد مثلا أن المشرع الجزائري بموجب قانون تنظيم مهنة الموثق في المادة 10 منه قد ألزم الموثق حفظ العقود التي يحررها أو يستلمها ويتولى حفظ الأرشيف التوثيقي وتسييره، كما ألزم المشرع الجزائري المحضر القضائي حفظ أصول العقود وفقا للقوانين والأنظمة السارية المفعول[3] .

إن المشرع الفرنسي في بداية الأمر قد وضع إطارا عاما لحفظ العقد الإلكتروني بموجب المادة 2-134 من قانون الاستهلاك المستنبط من قانون الثقة في الاقتصاد الرقمي، حيث تلزم هذه المادة المتعاقدين المحترفين بالاحتفاظ بالكتابة في أجل 10 سنوات إبتداءا من تاريخ انعقاد العقد و إذا تجاوزت قيمة العقد 120 أورو[4].

---

[1] محمد محمد أبو زيد، المرجع نفسه، ص 58 .

[2] تامر سليمان الدمياطي ، المرجع السابق، ص 859.

[3] وهو ما تنص عليه صراحة المادة 14 /2 من قانون 06-03 المتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي .

[4] لمزيد من المعلومات أنظر: E .Chevier :conservation des contrats électroniques ,D, 2005,n° 8,P. 564.

كما أن الموثق في فرنسا يقع عليه نفس الالتزام بشرط توافر دعامة مستديمة وثابتة[1]، على العموم لا يشكل الإطلاع على محرر رسمي ورقي صادر في نهاية القرن الثامن عشر أية مشكلة، غير أن المسألة تعتبر معقدة في مجال المحررات الإلكترونية.

أولا الشك من عدم قابلية الدعامات الإلكترونية للتحريف، وثانيا وجود مخاطر كبيرة من التنافر القائم بين مختلف برامج الحواسيب ومعداتها وهو ما يؤدي إلى صعوبة أو استحالة قراءة المحرر الإلكتروني الرسمي[2] .

هو ما أدى ببعض الفقه [3] بالقول أن التقنيات الحالية لا تتيح حفظ المحرر الرسمي الإلكتروني إلا لمدة محدودة لا تتلاءم مع ما يقره القانون في هذا المجال، إلا أنه ليس من المستبعد حل هذه المشكلة ولكن بشرط تغيير العادات فيما يتعلق بجوهر المحرر من ناحية و فيما يتعلق بشخص المودع عنده من ناحية أخرى[4].

فمن الناحية التقنية هناك عدة حلول للحفاظ على المحرر الرسمي الإلكتروني، وهي نفسها المقررة لحفظ المحررات الإلكترونية ويمكن تقسيمها إلى ثلاث[5]:

أول حل هو الاحتفاظ بالمادة الإلكترونية التي تكون المحرر الإلكتروني من أجل إمكانية الاستمرار بقراءة هذه الأخيرة على الدعامة في شكلها الأصلي.

يعتبر هذا الحل مكلفا جدا ويحتاج إلى خبرة كبيرة لقراءته لأنه سيكون في المستقبل في صورة قديمة قد لا يعرفها الكثير ، ولهذا فإن هذا الحل غير ملائم.

ثاني الحلول هو القيام بنسخ القرص الصلب للمحرر الإلكتروني ونطبعه على الورق أو على ميكروفيلم.

---

[1] Ordonnance n^0 45-2590 du 2 novembre 1948 relative au statut du notariat, J O du 3 novembre 1945 , p. 7160.

[2] لمزيد من التفاصيل أنظر: تامر محمد سليمان الدمياطي، المرجع السابق، ص 736 .

[3] عابد فايد عبد الفتاح فايد، المرجع السابق، ص 206.

[4] J.Huet, "Le code civil et les contrats électronique", contribution à l'ouvrage pour le bicentenaire du code civil, université de paris II, D. , 2004, disponible sur le site : www.jeromehuet.com , p.20 et s.

[5] لمزيد من التفاصيل أنظر: عابد فايد عبد الفتاح فايد، المرجع السابق، ص 208.

من محاسن هذا الحل أن يتغلب على مشكلة قدم الدعامة المستعملة ، إلا انه يعاب عليه أنه يفقد مزايا الدعامة الإلكترونية كالاقتصاد في استخدام المساحة .

أما الحل الأخير فهو إعادة تصوير أو نسخ البيانات من الدعامة القديمة إلى دعامة حديثة بطريقة لا تمس بوجود المعلومات وبقائها وهو ما يسمى بتقنية انتقال المعلومات La migration des donnés.

على الرغم من أن هذا الحل يوفر عدة مزايا كبقاء ودوام المعلومات، إلا أن تزايد وتقارب عمليات انتقال البيانات، بحيث يصبح الإطلاع على البيانات محتملة غير مؤكدة، وهو ما يستلزم بالضرورة تجعل في الإمكان التحقق من مطابقة قراءة المحرر الرسمي الإلكتروني قبل وبعد استعادة بيانات النظام الجديدة، وهو ما يكفله التوقيع الإلكتروني بشكل كبير .

كل ذلك أدى بالمشرع الفرنسي إلى وضع نظام قانوني يكفل بموجبه حفظ المحرر الرسمي الإلكتروني وتجاوز مختلف العقبات التي تحد من استعماله وتنقص من قوته الإثباتية، فنجد أن المادة 28 /1من المرسوم 973- 2005[1] تكرس مبدأ عاما في حفظ المحررات الإلكترونية، المنصوص عليه في المادة 1316-1 من القانون المدني الفرنسي، حيث يستوجب حفظ المحررات الإلكترونية في ظروف تضمن سلامتها ووضوحها طوال مدة حفظها.

كما ينبغي حفظ كافة المعلومات الخاصة بالمحرر الرسمي منذ إنشائه، مثل المعلومات التي تسمح بتمييزه وتحديد خصائصه ومواصفاته (المادة 28 فقرة 2)[2]، فيحدد هذا المرسوم مكان حفظ المحررات الرسمية المنشأة على دعامة إلكترونية، بحيث تقيد في سجل مركزي للنسخ الأصلية Le minutier central منذ لحظة إنشائها بواسطة الموثق محرر العقد، وفي هذه الحالة ينبغي نقل المحررات الرسمية الإلكترونية على الفور إلى

[1] Voir : Art 28/ 1 Décret n° 2005-973.
[2] Voir : Art 28/ 2 Décret n° 2005-973 .

السجل المركزي للنسخ الأصلية الخاضع بدوره لرقابة المجلس الأعلى للموثقين CSN في فرنسا.

كما أن هذا المرسوم يقر أن العمليات المتعاقبة التي يتطلبها حفظ المحرر الرسمي الإلكتروني وبخاصة عمليات انتقال البيانات (Les migrations)، لتنزع من المحرر الرسمي الإلكتروني صفة الأصل (المادة 28 فقرة 5)[1].

نلاحظ جليا أن المشرع الفرنسي قد حسم أمره في مجال المحررات الرسمية الإلكترونية، بحيث قد تجاوز أكبر مشكل قد يواجه هذا النوع الجديد من المحررات، وهو ما يعرف بالحفظ ، التي تختلف بطبيعتها عن عملية حفظ المحررات الورقية، وبالتالي فإن المحرر الرسمي قد أصبح أمرا ملموسا في فرنسا .

لقد تطرق المشرع الجزائري إلى حفظ المحرر الإلكتروني بصفة عامة في مادتين فقط وهما، المادة 323 مكرر 1 ق.م.ج والمادة 4 ق.ت.ت.إ التي تنص :"تحفظ الوثيقة الموقع إلكترونيا في شكلها الأصلي، ويتم تحديد الكيفيات المتعلقة بحفظ الوثيقة إلكترونيا عن طريق التنظيم."

هذا ما يدعوني في الأخير إلى مطالبة المشرع الجزائري بسن قوانين تعترف بحجية المحرر الرسمي الإلكتروني ومعالجة مختلف المشاكل التي قد تواجهه في الحياة العملية، وبالخصوص توضيح كيفية إنشاء هذه المحررات وسبل الحفاظ عليها في المدة الزمنية المقررة قانونا.

1 Art 28/ 5 Décret n° 2005-973 " 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"

المطلب الثاني: مكانة المحرر العرفي الإلكتروني في الإثبات

إن المشرع الجزائري لم يعرف المحرر العرفي، على خلاف المحررات الرسمية التي عرفها في المادة 324 ق.م.ج، وهو نفس ما سار عليه المشرع المصري والفرنسي، وفي هذا الإطار يمكن أن نذكر تعريف الفقه الفرنسي للمحرر العرفي بأنه : "كتابة محررة بواسطة أطراف عاديين ، بدون تدخل موظف عام يصرف وفقا لهذه الصفة، وتكون موقعة من الأطراف "[1]، وعرفها بعض من الفقه المصري بأنها : "هي تلك الصادرة من الأفراد دون أن يتدخل في تحريرها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة " [2]، وعرفه البعض الأخر بقولهم : "العقد العرفي هو كل عقد غير رسمي لم يتدخل في تحريره موظف بحكم وظيفته ، ولا يشترط لصحة تحرير العقد العرفي إلا وهو توقيعه " [3]، يمكن أن نلاحظ من خلال هذه التعريفات أن المحرر العرفي هي التي يقوم الأفراد بتحريرها وتوقيعها دون تدخل موظف أو شخص مكلف بخدمة عامة.

على العموم يمكن تقسيم المحررات العرفية إلى نوعين :

النوع الأول: يسمى بالمحررات العرفية المعدة للإثبات وهي محررات أعدت مسبقا لتكون وسيلة إثبات.

النوع الثاني: محررات عرفية لم تكن معدة ومحررات عرفية لم تكن معدة للإثبات، فهي أدلة عارضة وأكثر هذه الأوراق لا تكون موقعة وبعضها قد يكون موقعا كالرسائل والبرقيات .

على هذا الأساس سوف نتطرق في الفرع الأول إلى حجية المحررات العرفية الإلكترونية المعدة للإثبات، ثم سنتطرق بعد ذلك في الفرع الثاني إلى القيود الواردة على

---

[1] Voir: J.Ghestin ,G .Goubeaux et, op cit., p. 665.

[2] توفيق حسن فرج، المرجع السابق ،ص 101.

[3] أحمد نشأت، المرجع السابق ، ص 261.

المحرر العرفي الإلكتروني، وفي الفرع الثالث سنعالج فيه حجية رسائل البريد الإلكتروني باعتبارها محررات عرفية إلكترونية.

الفرع الأول: حجية المحرر العرفي الإلكتروني المعد للإثبات

نلاحظ أن التشريعات لم تعرف المحرر العرفي المعد للإثبات، ولكن ركزت فقط على شروط صحة هذا النوع من المحررات، ويمكن تحديدها في شرطين أساسيين، هما الكتابة والتوقيع، وبالتالي يجب التساؤل هل تتوفر هذه الشروط متوافرة في المحرر العرفي الإلكتروني المعد للإثبات؟ أم أن اختلاف الدعامة بين المحرر العرفي الورقي والإلكتروني سوف يؤثر على توافر هذه الشروط ؟

على العموم من خلال دراستي أرى أن توافر الكتابة في المحررات العرفية الإلكترونية يعتبر أمرا بديهيا وشرطا ضروريا لوجودها، على الرغم من ذلك فقد شكك بعض الفقه[1] في ضرورة توافر الكتابة كشرط لصحة المحرر العرفي، بحيث اعتبروا أن التوقيع يعتبر كافيا لصحة هذا المحرر، بينما غالبية الفقه[2] ترى خلاف ذلك تأسيسا على أن الكتابة تشكلا عنصرا جوهريا لوجود المحرر العرفي.

المقصود بالكتابة عموما لصحة المحرر العرفي هي الكتابة التي ينصب مضمونها على الواقعة المراد إثباتها، ولا يشترط في هذه الحالة أن تكون قد كتبت باللغة العربية أو بغيرها ويستوي في طريقة تحليلها أن تكون بخط اليد أو الآلة الكاتبة أو غيرها[3].

---

[1] لمزيد من التفاصيل راجع: أحمد نشأت، المرجع السابق ، ص 261 و عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق، ص 176 وما بعدها.

[2] أنظر على سبيل المثال: جلال علي العدوي، أصول أحكام الالتزام والإثبات، منشأة المعارف الإسكندرية، 1996،ص 410 و عبد العزيز المرسي حمود ، مبادئ الإثبات في المواد المدنية والتجارية "دراسة مقارنة"، دون دار نشر، 1984، ص 121.

[3] عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 325.

غير أن الكتابة يجب أن تكون بشكل إلكتروني في حالة المحرر العرفي الإلكتروني ولا يمكن أن نتصور أن تتم هذه الكتابة بخط اليد أو بالآلة الكاتبة، المقصود بالكتابة الإلكترونية في هذه الحالة هي تلك الكتابة التي المنصوص عليها في مختلف التشريعات كالقانون المدني الجزائري والفرنسي وقانون التوقيع الإلكتروني المصري.

إضافة إلى ذلك فإنه يشترط التوقيع على المحررات العرفية المعدة للإثبات ولا قيمة لهذه المحررات دون توقيع الأطراف عليها، ولا يهم شكل التوقيع سواء كان ببصمة الأصبع أو الإمضاء أو الختم، وعادة ما يوضع هذا التوقيع في أخر المحرر العرفي ، ويجوز في بعض الحالات التوقيع على بياض[1] .

أما التوقيع في المحررات العرفية الإلكترونية لا يتم إلا بالتوقيع الإلكتروني، ونلاحظ في هذا المجال أن معظم التشريعات قد منحت للمحرر العرفي الإلكتروني نفس حجية المحرر العرفي الورقي متى كان مستوفي لشرط التوقيع الإلكتروني، ويشترط في هذا التوقيع أن يكون مؤمنا[2].

غير أن دور مزود الخدمات في مجال المحررات العرفية الإلكترونية ينصب أساس على تأكيد نسبة التوقيع إلى موقعه دون التأكد من صحة المعلومات الواردة في المحرر، ولا يضمن صحة التوقيع الإلكتروني نفسه بل يضمن فقط صحة العلاقة ما بين المفاتيح العامة وهوية صاحب المفاتيح [3].

يترتب على اكتساب المحرر العرفي الإلكتروني نفس حجية المحرر العرفي الورقي أن ندرسه من جانبين على النحو التالي :

---

[1] لمزيد من التفاصيل حول التوقيع على بياض أنظر: عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 179 وما يليها .

[2] لمزيد من التفاصيل حول حجية التوقيع الإلكتروني عموما والتوقيع الإلكتروني المؤمن أنظر : الباب الثاني من هذه الرسالة .

[3] A. Tailliez, Thèse prèc., p. 278.

أولا : حجية المحرر العرفي الإلكتروني من حيث صدوره ممن وقعه

يخضع المحرر العرفي الإلكتروني لنفس أحكام المحرر العرفي الورقي من حيث صدوره ممن وقعه، وبالتالي يجب علينا الرجوع إلى أحكام القانون المدني الجزائري والفرنسي وقانون الإثبات المصري، فنجد مثلا أن المادة 327 ق.م.ج[1] تنص صراحة على أن العقد العرفي يعتبر صادرا مما 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 هو لمن تلقوا منه هذا الحق.

وهو ما أقره صراحة قضاة المحكمة العليا في الجزائر بقولهم: "...وكان من المقرر أيضا أن العقد العرفي يعتبر صادرا ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ منعدم الأساس القانوني."[2]

لذلك فإن مجرد تقديم المحرر العرفي إلى المحكمة لا يلزم القاضي بأن يأخذ به ويعتبره صحيحا وصادرا بالفعل ممن وقعه، بل إن حجتيه معلقة بالإقرار به، فيكفي أن يلجأ هذا الأخير إلى اتخاذ موقف سلبي بإنكار خطه أو توقيعه صراحة، حتى يلقي بعبء إثبات صحته على عاتق المتمسك بالمحرر[3].

غير أنه في مجال المحرر العرفي الإلكتروني لا يمكن أن نتصور إنكار الخط لأن الخط في هذه الحالة لا يكون باليد بل يكون بواسطة جهاز الكمبيوتر، وبالتالي فإن إنكار الشخص يقتصر فقط على توقيعه الإلكتروني الموجود في المحرر العرفي الإلكتروني، في

---

[1] يقابله في التشريع المصري المادة 14 من قانون الإثبات والمواد 1322 ، 1323، 1324 من القانون المدني الفرنسي .

[2] قرار رقم 36137، المجلة القضائية ، الغرفة التجارية والبحرية، صادر بتاريخ 29 جوان 1985، عدد 3، 1989، ص 101، مأخوذ عن جمال سايس، المرجع السابق، ص 187.

[3] موسى الزين قروف، المرجع السابق، ص 54 .

جميع الأحوال يمكن للصاحب التوقيع الإلكتروني أن يطعن في حجية هذا المحرر بالتزوير[1].

كما يكون المحرر العرفي الإلكتروني حجة كذلك على الخلف الخاص أو الدائن إلا أنه لا يجوز لهم إنكار التوقيع في هذه الحالة لأن التوقيع لم يصدر منهم، و إثبات عدم صدور المحرر ممن وقعه عن طريق الدفع بالجهالة، أي الدفع بأنه لم يعلم بصدور التوقيع من الشخص المنسوب إليه التوقيع الإلكتروني.

ثانيا : حجية المحرر العرفي الإلكتروني بالنسبة للغير

أما بالنسبة لحجية المحرر العرفي عموما اتجاه الغير لا يكون إلا في حالة اكتساب المحرر تاريخا ثابتا وهو ما تنص عليه المادة 328 ق.م.ج[2] وحددت هذه المادة حالات اكتساب المحرر العرفي التاريخ الثابت، و هي :

من يوم تسجيله، من يوم ثبوت مضمونه في عقد أخر حرره موظف عام ، من يوم التأشير عليه على يد ضابط عام مختص، وأخيرا من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط أو إمضاء .

وأضاف المشرع المصري حالة خامسة لإعطاء المحرر العرفي تاريخ ثابت وهي من يوم وقوع أي حادث أخر يكون قاطعا في أن المحرر قد صدر قبل وقوعه.

زيادة على ذلك لم يجعل هذه الحالات على سبيل الحصر لأنه أورد في أخر المادة عبارة تتسع لأي طريقة يصبح معها للمحرر تاريخا مقطوعا به .

---

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 193.

2 يقابلها المادة 15 من قانون الإثبات المصري و المادة 1328 من القانون المدني الفرنسي.

يرى بعض الفقه[1] إلى عدم الأخذ بالحالة الأولى الخاصة بالقيد في السجل والحالة الثانية بتأشير الموظف المختص على المحرر في إقرار تاريخ ثابت للمحرر العرفي الإلكتروني .

إلا أن التطور التكنولوجي الحاصل في مجال المحررات الإلكترونية يسمح للدولة أولا إنشاء سجل إلكتروني خاص تدون وتسجل فيه المحررات العرفية الإلكترونية، كما يمكن للموظف العام في إطار الحكومة الإلكترونية أن يؤشر على المحرر الإلكتروني عن طريق التوقيع والتأشير عليه بشكل إلكتروني .

أما بالنسبة لبقية الحالات فيمكن أن نستعين بها لإعطاء تاريخ ثابت للمحرر العرفي الإلكتروني، فيمكن مثلا إثبات مضمون محرر عرفي إلكتروني في محرر أخر ثابت التاريخ سواء كان محررا ورقيا أو إلكترونيا، أو وفاة أحد المتعاقدين الذي وقع إلكترونيا على المحرر العرفي الإلكتروني، أو من يوم وقوع أي حادث أخر يكون قاطعا في أن المحرر قد صدر قبل وقوعه.

حتى نطبق القواعد العامة في مجال التاريخ الثابت على المحرر الإلكتروني العرفي، يجب التمييز بين حالتين:

الحالة الأولى: إذا كان كل الأطراف المتعاقدة يمتلك توقيعا إلكترونيا بسيطا، فإنه يمكن له أن يجعل للمحرر العرفي الإلكتروني تاريخا ثابتا عن طريق الحالات المنصوص عليها في المادة 328 من القانون المدني الجزائري.

الحالة الثانية: إذا كان أحد أو كل الأطراف تمتلك توقيعا إلكترونيا متقدما فلا حاجة للأشخاص الموقعة الاستعانة بهذه الحالات حتى يكتسب المحرر العرفي تاريخا ثابتا، لأن التوقيع الإلكتروني المتقدم في المحرر الإلكتروني –كما سنرى لاحقا– له الحجية الكاملة في

[1] سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 559.

الإثبات ويقع على الغير في هذه الحالة إثبات عدم صحة التوقيع الإلكتروني المتقدم الخاص بالموقع.

يمكن حل إشكالية التاريخ الثابت للمحرر العرفي الإلكتروني من خلال الجهة التي تقوم بحفظ المحرر، فإنها تلتزم وفقا للمادة 8 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني المصري بتحديد تاريخ إنشاء المحرر الإلكتروني، كما أن التعليمة الأوروبية بشأن التوقيعات الإلكترونية[1] قد فرضت على مزود الخدمات أن يحرص على أن يكون تاريخ وساعة إصدار وإلغاء الشهادة يمكن تحديدها بدقة، وهو ما اتبعه كذلك المشرع الفرنسي بموجب المادة 2/6 بشأن تطبيق المادة 1316-4 من القانون المدني والمتعلق بالتوقيع الإلكتروني التي فرضت على مزود الخدمات أن يحرص على التحديد الدقيق لتاريخ ووقت تسليم شهادة التصديق وإلغائها.

زيادة على ذلك يلتزم مزود الخدمات أن يقدم خدمة البصمة الزمنية للمحرر الإلكتروني أو ما يعرف "l'horodotage " فتسمح هذه التقنية بتسجيل وقت وتاريخ إنشاء الكتابة والمحرر العرفي الإلكتروني، وأيضا وقت وتاريخ إنشاء وتثبيت التوقيع الإلكتروني، وتسعى هذه التقنية إلى تحقيق العديد من الأهداف ومنها، إثبات وجود بعض المعطيات انطلاقا من التاريخ المؤكد، التصديق على ساعة وتاريخ التوقيع الإلكتروني، تقديم أنظمة رسائل مصادق عليها مع إشعار بالوصول، التدخل في إجراءات التوثيق والأرشفة المؤمنة[2].

بعض الفقه[3] اشترط كذلك أن تتم تقنية البصمة الزمنية بإجراءات موثوق فيها ، مع توافر كل ضمانات الأمان في هذا المجال .

---

[1] Directive 1999 /93 du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électronique Annexe II,C.

[2] A. Taalliez , thèse préc,p. 261.

[3] E. Joly- passant :op.cit., p. 400 .

الفرع الثاني: القيود الواردة على المحرر العرفي الإلكتروني

يخضع المحرر الإلكتروني العرفي لنفس قيود المحرر العرفي الورقي، وعلى هذا الأساس سنعالج أولا القيود الواردة على المحرر العرفي عموما ، ثم ثانيا سنعالج مدى انطباق هذه القيود على المحرر العرفي الإلكتروني .

أولا : القيود الواردة على المحرر العرفي عموما

يمكن حصر هذه القيود الواردة على المحرر العرفي الورقي في قيدين هما :

قيد عام يوجد في المحرر الرسمي والعرفي معا، هو عدم وجود عيب مادي مؤثر كالكشط أو المحو أو التحشير، مما يجيز للقاضي أن ينقص أو يسقط قيمة المحرر في الإثبات وفقا لما تنص عليه المادة 28 من قانون الإثبات المصري.

نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يذكر هذا القيد في المحررات العرفية واكتفى فقط بذكره في المحررات الرسمية التوثيقية حيث تنص المادة 27 – 1 من قانون التوثيق على ما يلي: " يجب أن لا تتضمن العقود أي تحوير أو كتابة بين الأسطر أو إضافة كلمات "، أما في الفقرة من نفس المادة فقد أقر بضرورة بطلان الكلمات المحورة أو المضافة.

غير أنه خفف من حكم البطلان في الفقرة الثالثة من نفس المادة بقوله :"تكون الكلمات المشطوبة غير المتنازع في عددها مكتوبة بشكل لا يشوبه أي شك أو التباس ويصادق عليها في أخر العقد " .

وهناك قيد ثاني خاص بالمحررات العرفية فقط وهو عدم إنكار الخصم الذي تنسب إليه أو بالجهالة من وارثه أو خلفه وهو ما أوردته المادة 327 ق.م.ج[1] بقولها : "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

[1] ويقابلها في التقنين المدني الفرنسي المواد 1324،1323،1322. والمادة 14 من قانون الإثبات المصري .

يعلمون أن الخط أو الإمضاء أو البصمة هو لمن تلقوا منه هذا الحق "، وهو ما يقابلها المادة 1323 من القانون المدني الفرنسي.

الإنكار عموما هو: "عدم تسليم الخصم بصحة ما هو منسوب إليه في أي محرر عرفي يقدمه خصمه الأخر في الدعوى بوصفه دليلا للإثبات"، وبالتالي فإن الإنكار ينصب فقط على المحررات العرفية دون أن تشمل المحررات الرسمية، كما أن المحرر العرفي من خلال المادة 14 من قانون الإثبات المصري والمادة 327 ق.م.ج ، يشكل كأصل حجة على من أصدره إلا أن هذه الحجية تبقى معلقة بعدم إنكار الشخص المنسوب إليه المحرر، وفي حال إنكاره فإن عبء الإثبات ينتقل إلى الشخص المتمسك بالمحرر.

كذلك يشترط أن يكون الإنكار صريحا من طرف الشخص الذي تنسب إليه الكتابة أو التوقيع، وذلك بأن يطلب إحالة الورقة على التحقيق، أما عدم إنكار الشخص صراحة أو سكوته اعتبر المحرر العرفي صادرا منه ولا يجوز له أن يعود بعد ذلك إلى الإنكار، إلا عن طريق الطعن بالتزوير[1] ، وأن إنكار المحرر العرفي قد يرد إما على الخط أو على التوقيع أو على كليهما معا[2].

من خلال هذا القيد يتضح لنا جليا أن المحرر العرفي (الورقي)مقارنة بالمحرر الرسمي لا يتمتع بقدر كبير من الاستقرار، فإن قرينة صحته تعتبر مؤقتة مادام لم يتم إنكارها من طرف الخصم الذي تنسب إليه، أو بالجهالة من وارثه أو خلفه [3].

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 188و189.

[2] موسى الزين قروف، المرجع السابق، ص 59.

[3] تامر سليمان الدمياطي، المرجع السابق، ص 785.

ثانيا: مدى انطباق هذه القيود على المحرر العرفي الإلكتروني

أما المحرر العرفي الإلكتروني وتطبيقا لمبدأ المساواة بينه وبين المحرر العرفي الورقي، فإنه سيطبق عليه هذان القيدان مع مراعاة الطبيعة الخاصة للمحرر العرفي الإلكتروني، وهو ما سندرسه إتباعا في نقطيتين.

1-عدم وجود كشط أو تحشير في المحرر العرفي الإلكتروني:

على العموم لا يثور أي إشكال في حال وجود كشط أو تحشير في المحرر العرفي الورقي، فإن القاضي يلعب دور كبير في تقدير قيمة هذا المحرر خاصة إذا وجدت فيه توقيع في أخر المحرر أو في بعض التعديلات، إلا أن هذا القول لا يستقيم مع المحررات العرفية الإلكترونية ، لأن الواقع العملي يبرز لنا أنه لا يمكن ملاحظة الكشط والتحشير في المحررات العرفية الإلكترونية ، وهذا ما أدى بالمشرع المصري للتدخل بموجب المادة 18 (ج) من قانون التوقيع الإلكتروني والمادة 8 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني حيث اشترط أن يكشف التوقيع الإلكتروني عن أي تعديل قد يقع في المحرر، وهو ما تبناه كذلك المشرع الجزائري في المادة 3 مكرر من المرسوم التنفيذي 07-162 (الملغى)التي تنص في تعريفها للتوقيع الإلكتروني بأنه :" هو توقيع إلكتروني يفي بالمتطلبات التالية : ... – يضمن مع الفعل المرتبط به صلة بحيث يكون كل تعديل لاحق للفعل قابلا للكشف عنه"، ونص عليه كذلك في القانون 15-04 المتعلق بالقواعد العامة للتوقيع والتصديق الإلكترونيين في المادة 7 بقوله:"... – أن يكون مرتبطا بالبيانات الخاصة به، بحيث يمكن الكشف عن التغييرات اللاحقة بهذه البيانات." وهو ما تبناه كذلك المشرع الفرنسي في المادة الأولى من المرسوم الصادر في 30 مارس 2001 تماشيا مع توجيهات التعليمة الأوروبية بشأن الإطار العام للتوقيعات الإلكترونية[1].

[1] لمزيد من الشرح أنظر: الباب الثاني من هذه الرسالة .

بالتالي يتضح لنا جليا أن الطبيعة الخاصة للمحرر الإلكتروني عموما والمحرر العرفي الإلكتروني خصوصا، لا يسمح للقاضي بتطبيق ما ورد في القواعد بخصوص إنكار المحررات العرفية بل يجب الاستعانة في هذه الحالة بآلية التوقيع الإلكتروني لإبراز هل المحرر العرفي الإلكتروني قد تعرض للتعديل أو التحريف .

كما يمكن للقاضي الاستعانة بالخبراء في مجال الإعلام الآلي لتحديد هل وقع تحريف لمحتوى المحرر العرفي الإلكتروني أم لم يقع هذا التحريف .

2-عدم إنكار الخصم للمحرر العرفي الإلكتروني أو الجهالة للورثة:

سنلاحظ من خلال دراسة إشكالية إنكار المحررات العرفية الإلكترونية أن المشرع الفرنسي قد نظمها بشكل دقيق، أما المشرع المصري فقد أقر فقط مبدأ عاما حيث أحالها على قانون الإثبات، ولم يعالج المشرع الجزائري هذه الإشكالية، كما أن المشرع الفرنسي انفرد عن غيره من المشرعين بإضافة قيدان آخران على المحرر العرفي -الورقي والإلكتروني- عموما حتى تكون له الحجية في الإثبات.

أ- إنكار المحررات العرفية الإلكترونية في القانون الفرنسي: لقد عالج المشرع الفرنسي حالة إنكار المحررات العرفية الإلكترونية في قانون الإجراءات المدنية الجديد، المنبثقة عن المرسوم 1436- 2002 المعدل لبعض أحكام هذا القانون [1]، بهدف تطويع القواعد الخاصة بتحقيق الخطوط حتى تتلاءم مع المحررات الإلكترونية العرفية .

نلاحظ أولا أن المشرع الفرنسي قد وضع مبدأ عاما من خلال المادة 1324 من القانون المدني التي بموجبها منح للقاضي في حال إنكار المحرر خطه أو إمضائه - أو الدفع بالجهالة من الورثة أو الخلف -، أن يأمر باتخاذ إجراءات التحقيق قضائيا مع مراعاة القواعد المتعلقة بإجراءات تحقيق الخطوط المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية

[1] Décret n° 2002 -1436 du 3 décembre 2002, code de procédure civil.

الجديد [1]، ولم يكتفي بذلك بل وضع نصوصا قانونية خاصة متعلقة بإنكار المحررات العرفية الإلكترونية وبالخصوص المواد 287 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية الجديد.

فالمادة 287 فقرة ثانية تشير أنه في حالة إنكار من يحتج عليه بكتابة أو توقيع إلكترونيين منسوب إليه يقع على عاتق القاضي مهمة التحقق من توافر شروط صحة الكتابة أو التوقيع الإلكتروني المنصوص عليهما في المادتين 1316-1و1316-4 من القانون المدني .

إلا أن نص المادة قد أغفل مسألة من يتحمل عبء الإثبات في هذه الحالة ؟

في هذا الصدد يجب الإشارة أولا إلى أن المحرر الإلكتروني حتى تكون له الحجية يجب أن يلبي بعض الشروط المتعلقة بموثوقية التوقيع الإلكتروني، وهو ما جعل المشرع الفرنسي يفترض موثوقية وسيلة التوقيع المستخدمة في المحرر الإلكتروني، وهو ما يؤدي إلى نقل عبء الإثبات على عاتق من ينكر نسبة المحرر الإلكتروني له ، بينما يقع على عاتق المتمسك به إثبات توافر الشروط اللازمة لصحة ذلك المحرر [2].

زيادة على ذلك فإن المادة 1-288 من قانون الإجراءات المدنية الجديد تقر بأن التوقيع الإلكتروني يتمتع بقرينة الموثوقية، وبالتالي على القاضي عند إصدار حكمه أن يبرز وجود عناصر تبرر قلب هذه القرينة، وفي هذه الحالة على من ينكر المحرر العرفي الإلكترونية المشمول بتوقيعه الإلكتروني المؤمن أن يقدم الدليل على عدم موثوقية وسيلة التوقيع التي تبرر قلب هذه القرينة ولا يكتفي بالإنكار.

نلاحظ أن صاحب التوقيع الإلكتروني المؤمن يمكن له أن يبرهن على عدم موثوقية توقيعه بكافة الوسائل، وتكون للقاضي السلطة الكاملة في تقدير الوسائل التي يقدمها الأطراف، إلا أنه من الناحية العملية فإنه من الصعب جدا في إطار منازعات العقود

---

[1] J –p. Saillard, La réforme du droit de la preuve et les nouvelles technologie : position de la CCI de paris, rapport présenté par D.moreno JCP,éd N, n°5,3février 20000,p 149-150 .

[2] تامر سليمان الدمياطي ، المرجع السابق، ص 816.

الإلكترونية أن يثبت الموقع إلكترونيا من أن توقيعه الإلكتروني قد تعرض للسرقة أو لاعتداء من الغير، خاصة إذا كان هذا التوقيع يعتمد على منظومة إنشاء توقيع إلكتروني مؤمن وعلى شهادة تصديق مؤهلة .

على أي حال يمكن أن نستنتج أن المشرع الفرنسي قد أتاح للشخص إنكار توقيعه الإلكتروني الموضوع على المحرر العرفي الإلكتروني، إلا أنه يجب التمييز في هذه الحالة ما بين التوقيع الإلكتروني المؤمن والغير مؤمن، ففي الحالة الأولى من الصعب جدا أن يبرهن الشخص على عدم موثوقية التوقيع الإلكتروني المؤمن أما في الحالة الثانية فإن المجال يبقى واسعا للموقع أن يبرهن للقاضي على عدم موثوقية توقيعه الإلكتروني .

ولا نشاطر رأي بعض الفقه[1] الذي يقر بأن قرينة صحة التوقيع الإلكتروني بسيطة يمكن إثبات عكسها كوقوع تبديل أو تحريف في المحرر الإلكتروني أو أن شهادة التصديق غير صحيحة أو أن الجهة غير مرخصة.

ب- إنكار المحررات العرفية الإلكترونية في التشريع المصري والجزائري: لقد أقر المشرع المصري مبدأ عاما في المادة 17 من قانون التوقيع الإلكتروني، وهو إمكانية إثبات عدم صحة المحررات عموما – الرسمية والعرفية- وذلك بالرجوع إلى قانون الإثبات إذا لم توجد نصوص في هذا القانون أو لائحته التنفيذية[2]، وبالتي يمكن الاستعانة في هذه الحالة بالإنكار كوسيلة إثبات عدم صحة المحررات الإلكترونية .

بالرجوع لنصوص قانون الإثبات من المواد 28 إلى 59 المتعلقة بإثبات صحة المحررات، فإن بعض أحكامها لا تتعارض مع الطبيعة الخاصة للمحررات الإلكترونية التي

---

[1] يوسف أحمد النوافلة، المرجع السابق، ص 285.

[2] تنص المادة 17 من قانون التوقيع الإلكتروني على :"تسري في شأن إثبات صحة المحررات الالكترونية 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 "

يغلب عليها الطابع اللامادي[1]، ومن أمثلتها المادة 43 من قانون الإثبات التي تنص الحكم على من أنكر المحرر بغرامة في حالة الحكم بصحة المحرر، غير أن الكثير من الأحكام الواردة في قانون الإثبات تتعارض بصفة واضحة مع الطبيعة اللامادية للمحررات الإلكترونية.

من أسباب عدم إمكانية تطبيق الإحكام الخاصة بالإنكار الواردة في قانون الإثبات على المحرر الإلكتروني، هو أن الإثبات الإلكتروني لم يكن مطروحا أثناء وضع هذا القانون، وبالتالي فإن أحكامه تتناسب فقط مع المحررات الورقية دون أن تشمل المحررات الإلكترونية ، ومن أمثلة ذلك الأحكام المتعلقة بمضاهاة الخطوط سواء تعلق الأمر بالخط أو الإمضاء أو الختم أو التوقيع أو بصمة الأصبع[2] .، وذلك ما أدى ببعض الفقه[3] إلى القول بأنه كان يفترض في المشرع المصري أن يضيف عبارة في أخر المادة يكون نصها كالتالي "...وذلك فيما لا يتعارض مع طبيعة وتقنية المحررات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني".

كما أن تطبيق إجراء تحقيق الخطوط لا يمكن أن يتم على المحررات الإلكترونية، لأن مدلول مصطلح "الخطوط " يشير مباشرة إلى استعمال وسيلة مادية ملموسة أثناء الكتابة وهو ما يتعارض بصفة كلية مع طبيعة المحررات الإلكترونية.

إلا أن بعضا من الفقه[4] يقر بضرورة التمييز في هذه الحالة بين فرضين :

الفرض الأول : هو إنكار المدين لتوقيعه الإلكتروني الموجود على المحرر الإلكتروني، ففي هذه الحالة يتوجب على من يتمسك بهذا المحرر أن يقوم بتقديم شهادة

---

[1] تامر سليمان الدمياطي، المرجع السابق ص 819.

[2] تنص المادة 35 من قانون الإثبات على ما يلي : "تكون مضاهاة الخط أو الإمضاء أو الختم أو بصمة الإصبع الذي حصل إنكاره على ما هو ثابت لمن يشهد عليه المحرر من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة إصبع ."

[3] أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص 386.

[4] سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 556 وما بعدها .

تصديق الإلكتروني الخاصة بالموقع التي تصدرها جهة التصديق التي تحتوي على كافة بيانات الموقع .

تكون للقاضي في هذه الحالة السلطة التقديرية لقبول شهادة التصديق الإلكتروني، وإن كان من الناحية العملية سيقبل بما يرد في هذه الشهادة لكونها صادرة من جهة تصديق حاصلة على ترخيص .

الفرض الثاني : أن يعترف المدين بأن هذا التوقيع الإلكتروني خاص به ولكن ينكر حصول التوقيع من طرفه، فإنه في هذه الحالة يقع على عاتقه أن يثبت كيفية وصول هذا التوقيع على هذا المحرر، وكيف تم استخدام المفتاح الخاص به من قبل شخص أخر .

في الأخير نلاحظ أن المشرع الجزائري سواء في القانون المدني أو قانون الإجراءات المدنية والإدارية لم يعالج إشكالية الإنكار في مجال المحررات الإلكترونية، على الرغم من اعترافه بها ومساواتها مع المحرر الورقي وذلك طبقا للمادة 323 مكرر 1 ق.م.ج، و صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية بعد سنوات من الاعتراف بالمحررات الإلكترونية إلا أنه وبعد استقراء النصوص القانونية المتعلقة بمضاهاة الخطوط لم يشر إلى المحررات الإلكترونية مطلقا، وهو ما يعتبر عاملا معرقلا لانتشار المعاملات والتعاقدات الإلكترونية .

ج- الشروط الأخرى لصحة المحرر العرفي في القانون المدني الفرنسي: نلاحظ عند استقراء نصوص القانون المدني الفرنسي وجود قيدان آخران لم يشترطهما المشرع المصري والجزائري، فنجد أن المادة 1325 من القانون المدني الفرنسي[1] قد فرضت ما يعرف ب "شكلية تعدد الأصول La formalité du double original"، فكل محرر عرفي يثبت عقودا ملزمة للجانبين لا تكون صحيحة إلا إذا تعددت نسخها بقدر تعدد أطراف العقد

[1] Voir : Art 1325 c.c.f

ذوي المصلحة المستقلة، ويجب ذكر في كل نسخة عدد النسخ التي حررت مع توقيع الخصم عليه ، وفي حال عدم احترام هذه الشروط يفقد المحرر العرفي قيمته كوسيلة إثبات[1].

يهدف هذا الشرط أساسا إلى منح كل طرف وضعية قانونية بحيث لا يكون أحد المتعاقدين تحت رحمة المتعاقد الأخر سيء النية، بحيث يسعى هذا الأخير إلى عدم استنساخ الدليل أو تدميره كليا[2].

لا يعتبر هذا الشرط من النظام العام في مجال المعاملات التجارية إلا في حالة وجود اتفاق أو نص قانوني يفرض عكس ذلك، وبالتالي يعتبر القاضي المحرر الذي لا تتوافر فيه هذا الشرط كقرينة والتي تعتبر كافية في مجال المعاملات التجارية ، بشرط أن لا يكون أحد الأطراف أقل قوة من الطرف الثاني[3].

لم يكتفي المشرع الفرنسي بذلك بل حاول تكييف هذا الشرط مع متطلبات المحرر العرفي الإلكتروني، فأضاف فقرة أخرى للمادة 1325 من القانون المدني بموجب المادة الثانية من المرسوم 2005- 674 المتعلق بإنجاز بعض الشكليات التعاقدية بوسيلة إلكترونية، ليتجنب وقوع أي مشاكل بالنسبة للعقود الإلكترونية، وتنص هذه الفقرة على أنه يمكن استيفاء اشتراط تعدد الأصول بالنسبة للعقود التي تتخذ شكلا إلكترونيا حينما ينشأ المحرر ويحفظ طبقا للمواد 1316-1 و 1316-4 وتتيح لكل من ذوي الشأن إعداد نسخة من المحرر أو تتيح الوصول إليه .

أما الشرط الثاني فنجده في المادة 1326 من القانون المدني المعدلة بموجب القانون 230-2000 والتي تنص : " يجب أن يتم إثبات التصرف القانوني الذي يتعهد فيه طرف واحد تجاه طرف أخر، بدفع مبلغ من النقود أو بتسليم مال مثلي، في سند يحمل إمضاء

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 182 وما يليها .

[2] P. Voirin , op.cit., p.522.

[3] J –F. LECLERQ , op.cit.,p. 383.

الطرف الملتزم، بالإضافة إلى بيان مكتوب بواسطة الشخص نفسه بمبلغ أو كمية هذه المثليات بالحروف الكاملة وبالأرقام " .

لقد كانت المادة قبل التعديل كانت تشترط أن تكون الكتابة بخط يد المدين ولكن لعدم تناسب هذه العبارة مع الكتابة الإلكترونية التي لا يمكن أن تتم بيد المدين قام المشرع الفرنسي بتغييرها إلى "بواسطة الشخص نفسه" حتى تتلاءم مع التطور التكنولوجي الحاصل في مجال الإثبات .

وهو ما أقره القضاء الفرنسي أن كتابة المبلغ والكمية لم يعد ضروريا أن تتم كتابته بشكل خطي بل يجب أن يتم وفقا لطبيعة الدعامة، فيجب تحديد هوية كاتبها وفقا للقواعد التي تحكم التوقيع الإلكتروني، أو بكل إجراء يسمح بضمان بأن الموقع قد وضع توقيعه[1].

يبدو مما سبق أن المشرع الفرنسي لم يتخلى على هذه الشكليات في إطار المحررات العرفية الإلكترونية، وهو ما تبينه التعديلات التي قام بها في قواعد الإثبات حتى تلائم التطور التكنولوجي .

الفرع الثالث: حجية رسائل البريد الإلكتروني

لقد أشارت الدراسة أن المحرر العرفي المعد للإثبات لا تكون له الحجية في الإثبات ما لم يستوفي شرط التوقيع والكتابة، إلا أن التشريعات أضافت محررات عرفية غير معدة للإثبات لا تحتوي على التوقيع، ومن بين هذه المحررات نجد الرسائل الموقع عليها، البرقيات، دفاتر التجار، الدفاتر والأوراق المنزلية، والتأشير على السند بما يستفاد منه براءة ذمة المدين[2].

[1] Civ.1ER, 13 mars 2008, n°06-17 .534,P , Juris-Data n°043120 ; Dépêches Jurisclasseur , 17 mars2008, n° 396 ; D.2008, 911, I , cité par C.F SCHUHL,op. cit , p.622.

[2] راجع: المواد من 329 إلى 332 ق م ج ويقابلها في التشريع المصري المواد من 16 إلى 19 من قانون الإثبات.

مقابل ذلك نجد أن التطور العلمي قد سمح بظهور أنواع جديدة من المحررات العرفية الإلكترونية الغير معدة للإثبات ومن أمثلتها رسائل البريد الإلكتروني.

يعتبر البريد الإلكتروني من أهم تطبيقات الانترنت وأكثرها انتشارا بفضل تكلفته البسيطة وسرعته الفائقة وسهولة استخدامه ومرونته[1]، ولذا أصبح يحتل مكانة مهمة في حياة الأشخاص، وهو ما أدى بالبعض إلى وصفه بالعمود الفقري لشبكة الانترنت وأحد أهم عوامل نجاحها[2].

نظرا للأهمية البالغة التي يحظى بها البريد الإلكتروني فقد حاول الفقه ثم التشريعات إعطاء تعريف له، فنجد أن بعض الفقه عرفه بأنه: "طريقة تسمح بتبادل الرسائل المكتوبة بين الأجهزة المتصلة بشبكة معلومات"[3]، أما المشرع الفرنسي فقد تناول تعريف البريد الإلكتروني في المادة الأولى من قانون رقم 2004– 575 بشأن الثقة في الاقتصاد الرقمي بأنه: "كل رسالة أيا كان شكلها نصية أو صوتية أو مصحوبة بصور وأصوات، يتم إرسالها عبر شبكة عامة للاتصال، ويتم تخزينها على حاسوب خادم في الشبكة أو المعدات الطرفية للمرسل إليه لحين استخراجها من قبل الأخير".

نلاحظ أن المشرع الفرنسي قد قدم تعريفا دقيقا للبريد الإلكتروني، فلم يحصر هذه الوسيلة على نقل الرسائل والوثائق من حاسوب إلى أخر عبر شبكة الانترنت بل يشمل كذلك الرسائل مهما كان نوعها مثل الصور والأغاني وتكون في شكل ملحقاتAttachements [4].

---

[1] لمزيد من التفاصيل حول أهمية البريد الإلكتروني أنظر: عبد الهادي فوزي العوضي، الجوانب القانونية للبريد الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 5 وما بعدها .

[2] N. Tortello et P. Lointier , Internet pour les juristes, Dalloz, paris, 1996, p. 69

[3] P .Bresse et Kaufman, guide Juridique de l'internet et du commerce électronique, Vuibert, paris, p. 77.

[4] عبد الهادي فوزي العوضي، المرجع السابق ، ص 14.

أما بخصوص حجية رسائل البريد الإلكتروني فإن الكثير من الفقه[1] يميز في هذه الحالة بين رسالة البريد الإلكتروني الغير موقعة ورسالة البريد الإلكتروني الممهورة بالتوقيع الإلكتروني .

أولا: حجية رسالة البريد الالكتروني غير موقعة

يقصد بالبريد الإلكتروني غير الموقع أو العادي ذلك البريد غير ممهور بتوقيع إلكتروني من صاحبه وعادة ما يستعمل هذا البريد في الحياة اليومية للأفراد وتختلف حجيته حسب الحالات التالية:

1- حجية البريد الإلكتروني غير الموقع في المواد التجارية والمواد المختلطة:

ففي المواد التجارية نطبق مبدأ حرية الإثبات المنصوص عليه في التشريع الجزائري والفرنسي والمصري، وبالتالي عند قيام نزاع ذو طبيعة تجارية فإنه يمكن للأطراف المتنازعة إقامة الدليل بجميع وسائل الإثبات ومن بينها رسائل البريد الإلكتروني غير موقعة، إلا أنه يجب توافر شروط معينة حتى يمكن تطبيق مبدأ حرية الإثبات[2]، وفي جميع الأحوال فإن للقاضي السلطة الواسعة للأخذ بالرسالة الإلكترونية أو استبعادها إذا لم يطمئن لها .

في المواد المختلطة والمقصود بها هي تلك المعاملات التي تتم بين التاجر وغير التاجر، فإن مبدأ حرية الإثبات لا يستفيد منها إلا غير التاجر، إلا إذا وجد اتفاق يقضي بغير ذلك، وبالتالي يحق لغير التاجر التمسك برسالة البريد الإلكتروني غير موقعة سواء كانت موجودة فوق دعامة إلكترونية أو ودعامة ورقية .

---

[1] لمزيد من التفاصيل حول حجية رسائل البريد الإلكتروني أنظر: خالد ممدوح ابراهيم، التقاضي الإلكتروني "الدعوى الإلكترونية وإجراءاتها أمام المحاكم"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ، مصر ، 2007 ، ص 124 وما يليها و عبد الهادي فوزي العوضي، المرجع السابق ، ص 54 وما يليها و تامر سليمان الدمياطي ، المرجع السابق ، ص 783 وما يليها .

[2] لقد تم ذكر هذه الشروط بالتفصيل في الفصل الأول من هذا الباب، ص 78 وما يعدها.

أما التاجر فلا يكون له في هذه الحالة التمسك برسالة البريد الإلكتروني إذا ما زادت عن قيمة محددة وعليه الرجوع إلى وسائل الإثبات المدنية.

2- حجية البريد الإلكتروني غير الموقع في المواد المدنية:

لقد اشترطت معظم التشريعات وجوب الإثبات في الكتابة إذا تجاوزت قيمة التصرف نصابا معينا – مائة ألف دينار في الجزائر و خمس مائة جنيه في مصر و ألف وخمسمائة يورو في فرنسا –، وعليه لا يجوز الاحتجاج برسائل البريد الإلكتروني في هذه الحالة لأنها لا تتوافر على مقومات الدليل الكامل إذ هي في الأصل غير موقعة .

إلا انه يمكن في بعض الحالات الخروج عن قاعدة اشتراط الكتابة وإثبات التصرفات المدنية بكل الوسائل الممكنة ومن بينها اتفاق الأطراف، التصرفات القانونية التي لا تتجاوز نصابا معينا والاستثناءات على قاعدة وجوب الدليل الكتابي قد تم معالجتها في هذه الدراسة.

نظرا لعدم تمتع رسائل البريد الإلكتروني الغير موقعة بالثقة فيما يتعلق بهوية مرسلها وسلامة محتواها، فإن حجيتها في الإثبات تبقى ضعيفة وتبقى خاضعة للسلطة التقديرية للقاضي ومدى إلمامه وتفهمه للمسائل التقنية[1] .

لقد كان القضاء الفرنسي سباقا للاعتراف بحجية البريد الإلكتروني وذلك حتى قبل اعتراف المشرع بالكتابة الإلكترونية وهو ما يتضح جليا في حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 28 ديسمبر 2001 بصحة شكوى قدمت بالبريد الإلكتروني ضد سير العملية الانتخابية بسبب إمكانية تحديد هوية مرسل الرسالة الإلكترونية بفضل وجود وثائق ورقية أخرى .

[1] B. Chankire, Problèmes juridique posée par l'internet dans la vente internationale de marchandises, DESS Droit des Affaires,. des université D'Abomey-Calavi (République de Bénin), 2004 . p.74 et P. Hauss, La valeur juridique des télécopies et e-mails dans les relations entre professionnels ? disponible sur , www.clic-droit.com, 26 mars 2012.

كما أقرت محكمة الاستئناف الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 16 نوفمبر 2001 بصحة استقالة قدمت بواسطة البريد الإلكتروني واعتبرت أنه بمثابة إعلان لإرادة واضحة من جانب المستقيل، ثم أصدر القضاء الفرنسي حكما أخر بتاريخ 30 سبتمبر 2010 يعترف بحجية البريد الإلكتروني ، وأنه لا يمكن إنكار أو رفض الاعتراف بالكتابة أو التوقيع الإلكترونيين، وأنه في حالة ما إذا افترضنا أن احد الأطراف ادعى بأن البريد الإلكتروني المنسوب للطرف الثاني والذي ينكره، لا يمكن للقاضي أن يفترض من أن هذا الأخير موثوق فيه ويطالب المدعي بإثبات العكس[1].

كما تفرض المادة 287 من قانون الإجراءات المدنية على القاضي مراقبة مدى توافر الشروط المنصوص عليها في المواد 1316-1 1316-4 من القانون المدني الفرنسي.

ثانيا: حجية رسالة البريد الالكتروني الممهورة بتوقيع إلكتروني

سوف ندرس لاحقا في الباب الثاني من هذه الرسالة أن التوقيع الإلكتروني له الحجية الكاملة في الإثبات ما دام قد استوفى بعض الشروط المنصوص عليها لدى مختلف تشريعات الدول المنظمة للتوقيع الإلكتروني، وهو بالتالي يساوي ما بين التوقيع الخطي والإلكتروني .

على هذا الأساس يمكن أن نقول أن البريد الإلكتروني الممهور بتوقيع إلكتروني يعد دليلا كتابيا له حجيته في الإثبات، كما نتفق مع القول الذي يجعل من رسالة البريد الإلكتروني الممهورة بالتوقيع الإلكتروني في نفس درجة المحرر العرفي في مجال الإثبات، ولا يمكن بأي حال من الأحوال أن تتحول لمحرر رسمي، نظرا لعدم تدخل موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة في تحريره أو يضع توقيعه الإلكتروني عليه.

[1] Civ.1er,30 septembre 2010, n°09-68.555,RTD civ ,Décembre 2010 , n°4 , p. 785.

في هذه الحالة لا يكون للقاضي المعروض أمامه رسالة بريد إلكتروني ممهورة بتوقيع إلكتروني إلا أن يعتد بها كدليل كتابي كامل دون أن تكون له السلطة التقديرية حيال رفضها لمجرد كونها تتخذ شكلا إلكترونيا[1].

على الرغم مما يوفره التوقيع الإلكتروني من مزايا أهمها تحديد هوية المتعاقدين وسلامة الرسالة، إلا أنه لا يمكن إثبات قيام المرسل بإرسال رسالة البريد الإلكتروني ولا التاريخ الذي تم فيه هذا الإرسال ولا استلام المرسل إليه للرسالة الصادرة من المرسل .

نظرا لهذه الإشكاليات التي تواجه رسالة البريد الإلكتروني الممهورة بالتوقيع الإلكتروني، فقد تم إيجاد حل نهائي لهذه المسألة عن طريق ما يعرف بالبريد الموصى عليه بعلم الوصول، وهو ما سنتطرق إليه بالتفصيل، حيث سنعالج في البداية النظام القانوني للبريد الإلكتروني الموصى عليه، ثم كيفية عمل البريد الإلكتروني الموصى عليه .

1-النظام القانوني البريد الإلكتروني الموصى عليه :

في البداية يقر البعض أن هذا النوع من البريد الإلكتروني يقدم مزايا تفوق البريد التقليدي الموصى عليه[2]، إلا أننا نجد فقط المشرع الفرنسي من نظم هذه المسألة بدقة .

فنجده قد نص عليه في المادة 26 القانون 575- 2004 بشأن الثقة في الاقتصاد الرقمي حيث أعطى للحكومة إصدار أوامر الخاصة بتطويع النصوص المطبقة على إبرام وصحة وآثار عقود معينة مع أي شكليات خلاف الواردة في المادة 1108-1 قانون مدني .

ثم تطبيقا لهذه المادة أصدرت الحكومة الأمر رقم 674 2005- المعدل للمادة 1369-8 من القانون المدني التي تنص في فقرتها الأولى :"الرسالة الموصى عليها والخاصة بإبرام العقد أو تنفيذه يجوز أن ترسل بالبريد الإلكتروني بشرط أن يوجه هذا البريد

[1] تامر سليمان الدمياطي ، المرجع السابق ، ص 787

[2] مصطفى أبو مندور موسى، الجوانب القانونية لخدمات التوثيق الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة نشر، ص 70.

بواسطة طرف ثالث من الغير وفقا لوسيلة تسمح بتحديد هوية الغير، وتحدد المرسل، وتؤكد هوية المرسل إليه، وتثبت ما إذا كانت الرسالة قد تم تسليمها إلى المرسل إليه أم لا".

ثم في الفقرة الثالثة من نفس المادة تعرضت لمسألة تاريخ البريد الموصى عليه حيث افترضت موثوقية الوسيلة الإلكترونية المستخدمة في وضع تاريخ الإرسال أو الاستلام إلى أن يثبت عكس ذلك، شريطة أن يتوافر في تلك الوسيلة مجموعة من الشروط يتم تحديدها بموجب مرسوم يصدر عن مجلس الدولة.

في الأخير تشير الفقرة الرابعة من نفس المادة على إمكانية أن يوجه العلم بالاستلام للمرسل إليه بوسيلة إلكترونية أو بأي منظومة أخرى تسمح له بحفظه، ويحدد مرسوم يصدر من مجلس الدولة وسائل تطبيق القواعد المنصوص عليها في هذه المادة.

على الرغم من المزايا التي يوفرها البريد الإلكتروني الموصى عليه إلا أن البعض يرى أنه يمكن تزويره بكل سهولة عن طريق الاستعانة بشخص عبقري في مجال الإعلام الآلي[1].

يمكن تجاوز هذا الانتقاد بتطوير الدائم والمستمر لتقنية البريد الإلكتروني الموصى عليه، والتي غالبا ما تكون من مهام شركات ضخمة توفر منتجات في منتهى الأمان ويصعب اختراقها، كما أنه تقع على هذه الشركات تغيير منتجاتها إذا ما اتضح تزويرها واستبدالها ببريد موصى عليه أمن.

يعاب على التشريعات العربية سواء في مصر أو الجزائر عدم تطرقها لهذه المسألة على الرغم من أهميتها في الحياة العملية للأفراد وإضفائها الأمان والموثوقية على البريد الإلكتروني .

[1] B. CHANIKIRE,thése prec., p. 74. Et F. J. PANSIER, Initiation à l'Internet juridique, 2 ème édition, Paris, LITEC, 2000, p.80.

2- كيفية عمل البريد الإلكتروني الموصى عليه:

عموما فإن البريد الإلكتروني الموصى عليه يقوم على نفس مبادئ البريد التقليدي، حيث يفترض في هذه الحالة وجود ثلاثة أطراف وهم المرسل والمرسل إليه وطرف ثالث محل ثقة[1] .

يجب في البداية أن يقوم المرسل بتحديد هويته بشكل دقيق لدى مورد الخدمة، إلا أنه يجب التمييز بين حالتين ، الأولى إذا ما قام مورد الخدمة بتقديم الخدمة على موقع الواب الخاص به، فإن المرسل يقوم بالدخول على هذا الموقع ويتبع الإجراءات اللازمة لتحديد هويته ويبعث بها إلى المرسل إليه عن طريق ذات الموقع، أما الحالة الثانية وهي حالة تقديم الخدمة عن طريق خادم البريد الإلكتروني، يبعث المرسل رسالته الإلكترونية عبر الحاسوب الخادم لمورد الخدمة، وفي جميع الأحوال فإن المرسل مجبر للمرور عبر مورد خدمة مختص لإرسال رسالة بريد إلكتروني موصى عليه، فيحدد هوية المرسل وعنوان المرسل إليه وساعة وتاريخ الإرسال لرسالة البريد الإلكتروني[2].

كخطوة ثانية يقوم مورد الخدمة بإرسال رسالة إلى البريد الإلكتروني للمرسل إليه يخطره فيها بأن له رسالة إلكترونية يمكن أن يحملها على موقعه، فيقوم المرسل إليه بالدخول على هذا الموقع ويحدد هويته سواء عن طريق شهادة التصديق الإلكتروني أو ذكر اسم المستخدم وكلمة السر، ثم يضغط المرسل إليه على أيقونة معينة لتحميل الرسالة، حينئذ يقوم مورد الخدمة بإرسال إقرار الاستلام إلى المرسل إليه مبينا فيه ساعة وتاريخ إطلاع المرسل إليه على الرسالة .

---

[1] لمعرفة المزيد حول عمل البريد الإلكتروني الموصى عليه، راجع : عبد الهادي فوزي العوضي، المرجع السابق ، ص 72 وما بعدها و

E. Montero, "Du recommandé traditionnel au recommandé électronique : vers un sécurité et une force probante renforcé, disponible sur le site : www.droit–technologie.org, p.15 et 16 .

[2] E.Wery, Le recommandé électronique est totalement libéralisé : le législateur corrige son erreur, disponible sur le site www.droit-technologie.org.

ملخص الباب الأول :

يتضح لنا جليا من خلال هذا الباب أن للإثبات أهمية كبرى في حياة الأفراد والمجتمعات كما تتنوع مذاهبه وطرقه من كتابة وشهادة شهود إلخ ..، غير أن الكتابة تحتل المكانة الأساسية ضمن قواعد الإثبات نظرا لتوافرها على ضمانات قانونية غير موجودة في باقي الوسائل الأخرى.

لاحظنا كذلك أن قواعد الإثبات التقليدية بنيت أساسا على الكاتبة الخطية التي تتم على الدعامة الورقية إلا أن ظهور الكمبيوتر وانتشار المعاملات الإلكترونية غير من مفهوم الكاتبة التي أصبحت تتم فوق دعائم غير ورقية أو ما يعرف بالكتابة الإلكترونية .

لقد حاول الفقه و القضاء تكييف قواعد الإثبات التقليدية مع الكتابة الإلكترونية، حيث تم الاعتراف بهذه الكتابة إما ضمن الحالات التي تستثنى من الكتابة المنصوص عليها في القانون المدني كعدم تجاوز المعاملة مبلغا معينا أو المانع الأدبي أو المعنوي أو اتفاقات الإثبات أو ضمن حرية الإثبات المنصوص عليه في القانون التجاري .

على الرغم من أهمية هذه الجهود في إدخال الكتابة الإلكترونية كوسيلة إثبات إلا أنه كان من الضروري إصدار تشريعات خاصة تنظم هذا المجال، وهو ما وقع بالفعل حيث أصدرت تشريعات دولية ووطنية تعترف بحجية الكاتبة الإلكترونية .

لقد عالجنا في الفصل الثاني من هذا الباب الأول الاعتراف التشريعي بالكتابة الإلكترونية، حيث ظهر مفهوم جديد للكتابة لا يرتبط بالدعامة الورقية فقط، كما أنه تم تحديد الوظائف التي يجب أن تقوم بها هذه الكتابة سواء كانت كتابة خطية أو تقليدية، وهل الكتابة الإلكترونية تساوي في حجيتها الكتابة الخطية .

لقد عالجنا كذلك في هذا الفصل حجية الكتابة العرفية الإلكترونية، إضافة إلى حجية المحرر الرسمي الإلكتروني مع ذكر شروطه وكيفية إنشائه، مع التركيز بشكل كبير على التجربة الفرنسية في مجال المحررات الإلكترونية التوثيقية .

الباب الثاني

التوقيع الإلكتروني كوسيلة لإثبات العقد الإلكتروني

الباب الثاني : التوقيع الإلكتروني كوسيلة لإثبات العقد الإلكتروني

لقد رأينا في الباب الأول أن المحرر الإلكتروني سواء كان رسميا أو عرفيا، لا تكون له حجية إلا إذا كان موقعا عليه، وبما أنه لا يمكن توقيع المحرر الإلكتروني بشكل التقليدي، فكان لزاما على العلماء اختراع توقيع يناسب الشكل الإلكتروني للمحرر فظهر ما يعرف بالتوقيع الإلكتروني.

بما أن التوقيع الإلكتروني ما هو إلا امتداد للتوقيع الخطي، فسندرس في البداية ما هو التوقيع بصفة عامة وما هي أنواع التوقيع الخطي وما هي وظائفه .

ثم سننتقل بعد ذلك للتنظيم التشريعي للتوقيع الإلكتروني من حيث تعريفه و شروط حجيته في الإثبات، فظهر في هذا المجال عدة أنواع من التوقيعات الإلكترونية كالتوقيع البيومتري والتوقيع الكودي، إلا أن التوقيع الإلكتروني المتقدم هو وحده الذي يكتسب الحجية الكاملة في الإثبات لكونه يستجيب للشروط القانونية، أما التوقيع الإلكتروني البسيط الذي يكتسب قرينة بسيطة ويمكن إثبات عكسه بكل سهولة .

زيادة على ذلك فإن التوقيع سواء كان خطيا أو إلكتروني يستوجب بالضرورة أن يقوم بمهمتين أساسيتين وهما تحديد هوية الموقع ورضاه على محتوى السند، وإن كان التوقيع التقليدي يقوم بهذه المهمة بصفة آلية، فإن التوقيع الإلكتروني واجه العديد من العراقيل في هذا المجال، إلا أنه تجوزها بفضل جهود رجال القانون.

حتي يطمئن الأفراد أثناء استعمال التوقيع الإلكتروني فرضت التشريعات وجود طرف ثالث ما بين الموقع والمرسل إليه، يسمى بمزود الخدمات .

تبرز أهمية مزود الخدمات بكونه يضمن نسبة التوقيع الإلكتروني للموقع، عن طريق إصدار ما يعرف بشهادة التصديق الإلكتروني التي يلجأ غليه المرسل إليه عندما يصله محرر إلكتروني موقع توقيعا إلكترونيا ليتأكد من أن هذا التوقيع هو فعلا للموقع دون سواه .

نظرا للدور الكبير الذي يلعبه مزود الخدمات في مجال التوقيع الإلكتروني وتوفير الأمان القانوني للتوقيع الإلكتروني فقد نظمته معظم التشريعات ومن بينها التشريع الجزائري تنظيما دقيقا من حيث شروط الحصول على الترخيص أو التفويض، أو من خلال فرض التزامات صارمة تقع على عاتق مزود الخدمات، وما يترتب عن هذه الالتزامات من مسؤولية عقدية وتقصيرية .

غير إن معظم التشريعات ركزت بشكل كبير على شهادة التصديق الإلكتروني وحاولت قدر الإمكان تنظيمها تنظيما دقيقا وصارما، ففرضت على مزود الخدمات أن يصدر هذه الشهادة بمعلومات معينة متعلقة أساسا بالموقع، كما أن القوانين والتشريعات نظمت حالات تعليق وإلغاء العمل شهادة التصديق، إضافة إلى ذلك تم الاعتراف بشهادة التصديق الإلكتروني وفق شروط معينة .

على هذا الأساس تم تقسيم الباب الثاني إلى فصلين أساسيين وهما :

الفصل الأول : مكانة التوقيع في الإثبات .

الفصل الثاني : التوقيع الإلكتروني ومقتضيات الأمان القانوني .

الفصل الأول : مكانة التوقيع في الإثبات

يعتبر التوقيع ظاهرة اجتماعية منتشرة بكثرة ما بين الأفراد والمجتمعات، فهو يستعمل في عدة مجالات، فقد يضع الفنان توقيعه الخاص على لوحة فنية لكي تنسب إليه دون سواه، كما قد تلجأ إليه الشركات المشهورة حيث توقع منتجاتها بواسطة ختم خاص .

على العموم فإن التوقيع له جذور تاريخية قديمة فقد لجأت إليه مختلف الحضارات القديمة، منها مثلا الحضارة البابلية قبل ثلاثة ألاف سنة حيث كان الملك داريوس يختم بواسطة ختم يمسكه بإصبعه أو بختم الملوك السابقين، و الفراعنة استخدموا الختم لتوقيع المراسلات الخاصة بهم وكانت أسطوانية الشكل[1].

أما الرومان فإن استخدام الختم عندهم كان محصورا فقط لدى طبقة الأحرار حيث كان يحمل اسم صاحبه، ثم أصبح الختم في شكل صليب إضافة إلى اسم موقعه ومهنته .

ابتداء من القرن الثاني عشر تم الاعتراف بالإمضاء كصورة من صور التوقيع، وذلك في فرنسا بموجب مرسوم Orleans لسنة 1560 وفي المادة 84 منه ألزمت الأطراف المتعاقدة والشهود بالإمضاء على العقد، ثم توالت المراسيم التي تنظم استخدام التوقيع ومن أهمها 1870 الذي حدد صور التوقيع ومنها الإمضاء أو الختم[2].

أما في الجزائر وبموجب المرسوم الصادر بتاريخ 31 ديسمبر 1962 فقد كان القانون المدني الفرنسي هو السائد في الدولة الجزائرية، حيث أن هذا القانون لم يكن يعترف إلا بالإمضاء كصورة وحيدة للتوقيع، وهو نفس النهج الذي سار عليه القانون المدني الجزائري الصادر في سنة 1975، إلا أنه وفي سنة 2005 تم الاعتراف ببصمة الأصبع كصورة من

---

[1] نوري حمد خاطر ، وظائف التوقيع في القانون الخاص ، في القانون الأردني والقانون الفرنسي "دراسة مقارنة" ، 1997 ، ص 2 ، منشور على الموقع www.arablawinfo.com، 5 ماي 2009.

[2] نوري حمد خاطر ، المرجع نفسه ، ص 4 .

J.D. Malafosse, Histoire de droit privé, P.U.F. , paris , 1969, p.120.

صور التوقيع التقليدي، إذ يمكن للشخص الأمي التوقيع بهذه الصورة وذلك تسهيلا لحياة الأفراد ولانتشار الأمية في المجتمع الجزائري .

كما تم الاعتراف بالتوقيع والكتابة الإلكترونية كوسيلة إثبات، وذلك تماشيا مع التطور التكنولوجي السائد في العالم المعاصر[1]، حيث أصبح التوقيع بشكله التقليدي عائقا في إتمام المعاملات التي تتم عبر شبكة الانترنيت .

على العموم يظهر لنا جليا أن التوقيع كان ولا زال يحتل أهمية كبيرة في معاملات الأفراد وقد حاولت معظم التشريعات الحديثة تنظيمه تنظيما دقيقا وإعطاء الحجية الكاملة له في الإثبات، وهو ما سنتطرق إليه في المبحث الأول .

إذ سيتضح لنا جليا من خلال هذا المبحث أن تعريف التوقيع وتحديد وظائفه لم يهتم به الفقه أو القضاء أو التشريعات إلا بعد ظهور التوقيع الإلكتروني، حيث تم التساؤل هل التوقيع الإلكتروني يقوم بنفس وظائف التوقيع الخطي ؟

أما في المبحث الثاني فسنتنقل إلى التوقيع الإلكتروني باعتباره وسيلة حديثة وامتداد للتوقيع الخطي، و سنحاول الإجابة فيه على بعض التساؤلات المهمة مثل، ما هو التوقيع الإلكتروني ؟ وما هي شروط صحته ؟ وما هي صوره؟ ، وما هي تطبيقاته على الواقع العملي ؟

[1] القانون 05- 10 المؤرخ في 20 جوان 2005 ، المعدل والمتمم للقانون المدني، (ج ر 44)، الصادرة بتاريخ 26 يونيو 2005، ص 17 وما بعدها.

المبحث الأول : حجية التوقيع في الإثبات

ما من شخص في وقتنا المعاصر إلا ويكون قد وقع على مستند معين، بل إن بعض التصرفات القانونية لا تكون صحيحة إلا بالتوقيع عليها، وهناك الكثير من الدعاوى المرفوعة أمام المحاكم للتأكد من صحة التوقيع، وهو ما يبين بشكل جلي أهمية التوقيع والآثار القانونية المترتبة عليها .

على الرغم من الأهمية البالغة للتوقيع في الحياة اليومية وانتشاره بشكل كبير فيما بين الأفراد، حتى أصبح ظاهرة اجتماعية وتصرف بديهي يقوم به الشخص في الكثير من التصرفات، إلا انه يلاحظ أن معظم القوانين ورجال الفقه والقضاء لم يحاولوا إعطاء تعريف دقيق له، فنجد أن هناك من عرفه على أساس الوظائف التي يقوم بها، وآخرون عرفوه على أساس شكل التوقيع، واتجاه ثالث يمزج بين وظائف التوقيع وأشكاله، بل الأكثر من ذلك نجد أن العديد من القوانين لم تحدد مفهومه وتركت المجال للفقه والقضاء لقيام بهذه المهمة .

كما أن التوقيع بالشكل التقليدي لا يقتصر على شكل واحد فقط، بل إن الواقع العملي أفرز عدة صور وأشكال للتوقيع، فنجد الإمضاء وبصمة الأصبع و الختم، وذلك حتى نتيح لكل شخص خاصة منهم الأميين القدرة على التوقيع وهو ما سنتطرق إليه في المطلب الأول.

بمجرد توقيع الشخص على المستند فإن ذلك معناه بالضرورة رضاه على ما ورد فيه، مع ضرورة أن يكون محددا لهوية الموقع بشكل جلي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: ماهية التوقيع الخطي

لم يول الفقه أو القضاء أو التشريع أهمية كبرى في تعريف التوقيع على الرغم من أهميته واستعماله بكثرة في الحياة اليومية للأفراد إلا بعد ظهور التوقيع الإلكتروني (الفرع الأول)، كما أن الحياة العملية أدت إلى ظهور عدة أنواع من التوقيعات كالإمضاء و بصمة

الأصبع أو الختم، إلا أنه وقع اختلاف حول مدى حجية كل صورة من هذه الصور (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف التوقيع

إن لفظ التوقيع مشتق لغويا من اللغة اللاتينية " signum " ومعناه العلامة " Le signe" أو الإشارة " La marque " أو البصمة [1]، كما عرفه قاموس Le Petit Larousse بأنه " اسم أو علامة شخصية يضعها شخص في نهاية نص أو محرر، لكي يقر بأنه صاحبه وبأنه يلتزم بتنفيذ ما ورد فيه"[2] ، وذكر في قاموس Robert الفرنسي أن التوقيع هو: " علامة شخصية أو خطية يضعها الموقع ليؤكد صحة مضمون الورقة وصدق ما كتب بها مع إقراره بتحمل المسؤولية والتزامه بما جاء فيها ".

يستعمل مصطلح التوقيع بمعنيين: فعل أو عملية التوقيع ذاتها أي واقعة وضع التوقيع على مستند يحتوي على معلومات معينة تسمح بتمييز شخص الموقع، والمعنى الثاني هو المقصود بالتوقيع في نطاق قانون الإثبات [3].

على الرغم من الأهمية القانونية للتوقيع واستعماله بكثرة في مختلف التعاملات، والآثار القانونية التي تترتب على توقيع الشخص على المستند سواء كان عرفيا أو رسميا، إلا أنه لم يحتل مكانة كبيرة في فرنسا إلا بعد صدور القانون المدني في سنة 1804، حيث كان الختم سائدا بشكل أوسع قبل هذا التاريخ [4].

---

[1] تامر محمد سليمان الدمياطي ، المرجع السابق، ص 332 .

[2] Le Petit Larousse 2008

[3] محمد المرسي زهرة ، مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات في المسائل المدنية والتجارية، أبحاث مؤتمر الكويت الأول للقانون والحاسب الآلي، الطبعة الأولى ، 1994 ، ص 434 .

[4] T. P.coudol ;échanges électroniques Certification et sécurité , édition litec ,2001, p.125.

الملاحظ أن معظم التشريعات لم تعرف التوقيع، إلى غاية صدور القوانين المتعلقة بالتوقيع الإلكتروني، ومن بينها التشريع الفرنسي الذي عرفه في المادة 1316 المعدلة من القانون المدني طبقا للقانون 2000- 230 بقوله :" التوقيع الضروري لاكتمال التصرف القانوني والتعريف بهوية صاحبه والمعبر عن رضاء الأطراف بالالتزامات الناشئة عنه ".

مما يمكن أن نستخلصه من هذا التعريف أنه تعريف محايد أي أنه يصلح للتطبيق على كل صور التوقيع سواء كان إلكتروني أو تقليدي[1]، كما أنه يرتكز أساسا على البعد الوظيفي للتوقيع، إذ يعرف التوقيع من خلال وظائفه التي يقوم بها، بغض النظر عن شكله أو الدعامة التي كتبت فوقه، إذ يجب أن يكون هذا التوقيع محددا لهوية الموقع ومعبرا عن رضاه[2]، وبالتالي فإن المشرع الفرنسي قد ساوى بين التوقيع الإلكتروني والخطي من حيث الوظائف[3] .

إلا أننا نجد أن بعضا من الفقه يرى عدم ضرورة تعريف تشريعي للتوقيع[4]، فهذه مهمة الفقه والقضاء، كما أن ذلك يتيح للمشرع أن يقبل أشكال جديدة من التوقيع، كذلك فإن المشرع الجزائري لم يبذل مجهودا لتعريف التوقيع، إنما أقر فقط بحجيته في الإثبات[5] سواء كان هذا التوقيع خطيا أو إلكترونيا .

ما يعاب على مشرعنا أنه لم يخصص مادة قانونية منفردة للتوقيع الإلكتروني إنما أضافها إلى المادة 327 من القانون المدني، هذه الأخيرة تنص فقط على حجية التوقيع في

---

[1] L.Granier. L'authenticité notariale électronique , mémoire pour l'obtention du Diplôme Supérieur de notariat , faculté de droit, université de Montpellier, 2000- 2001, disponible sur www. Ntic.com, 22janvier 2012.

[2] E. A.caprioli , Aspect légaux et règlementaires de la signature électronique ,art disponible sur le site : www.caprioli-avocats.com, ,(octobre 2013.

[3] E. Joly- Passant :op. cit, p. 223

[4] سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص.357.

[5] لقد أقر المشرع الجزائري بحجية التوقيع الخطي والإلكتروني في القانون المدني من المواد 323 إلى 332 منه.

الورقة العرفية، وهو ما يجعل الاعتقاد أن التوقيع الإلكتروني ليس له حجية إلا في الورقة العرفية وهو ما يعتبر خاطئا ومنافيا للحقيقة، ولكنه عدل عن هذا الموقف بأن اعترف صراحة بحجية التوقيع الإلكتروني في المحررات القضائية وذلك وفق ما تنص عليه المادة 4 من قانون 15-03 المتعلق بعصرنة العدالة، وهو ما بيناه سابقا من خلال تبيان حجية المحررات الرسمية الإلكترونية.

لقد حاول بعض الفقهاء وضع تعريف للتوقيع بصفة عامة، فعرفته الأستاذة نجوى أبو هيبة بأنه: "العلامة الخطية التي تميز شخص الموقع سواء كان بالإمضاء أو الختم أو ببصمة الأصبع، وتكون على محررات ورقية، أي دعامات مادية "[1]، ومما نلاحظ على هذا التعريف أنه تم إدخال الختم كنوع من التوقيعات وهو ما لا تعترف به الكثير من التشريعات ومنها التشريع الجزائري وفق ما تنص عليه المادة 327 ق م ج :" يعتبر العقد العرفي صادرا مما كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة إصبعه..." .

كما عرفه البعض الأخر بأنه :" كل علامة توضع على سند تميز هوية وشخصية الموقع وتكشف إرادته بقبول التزامه بمضمون هذا المستند وإقراره له"[2]، وحتى هذا التعريف يعتبر ناقصا فقد حدد وظائف التوقيع دون أن يحدد شكله أو أنواعه أو وسيلة إبرامه .

بينما يرى الفقيه Lamethe أن التوقيع هو :" علامة مميزة ومحددة للهوية توضع على المحرر من قبل موقع ما بواسطة وسيلة غير محددة بهدف إقراره "[3]، يمكن القول بأن هذا التعريف أعم وأشمل مما سبقه، فلم يحصر التوقيع في شكل معين أو وسيلة محددة بل ترك المجال واسعا لكل ما قد يطرأ من تطور في هذا المجال وهو ما يبرز جليا في قوله "... بواسطة وسيلة غير محددة...".

---

[1] نجوى أبو هيبه، المرجع السابق، ص 439 و 440.

[2] عمرو عيسى الفقي، المرجع السابق ، ص 22 .

[3] تامر محمد سليمان الدمياطي، المرجع السابق، ص 333.

وعرفه الفقيه Carbonnier بأنه: "وسيلة لتحديد هوية الشخص الصادر عنه التوقيع وإشارة للتعبير عن إرادته"[1]، أما الأستاذ علي فيلالي فقد عرف التوقيع بأنه :"التوقيع هو الإمضاء، وهو علامة مميزة لصاحبها يعرف بها عادة وتتمثل في كتابته بخط اليد اسمه ولقبه في أخر الورقة، ويفيد التوقيع قبول المتعاقد الموقع ما ورد في هذه الورقة"[2].

إن القضاء بدوره لم يضع تعريفا محددا لفكرة التوقيع ولكن بين أشكاله وحجيته في الإثبات، فنجد مثلا محكمة باريس عرفته بأنه :" يشكل توقيعا صحيحا كل علامة مميزة وخط شخص باليد تسمح بتفرد كاتبها بدون أي شك ممكن وتظهر إرادة هذا الأخير واضحة باعتماد المحرر "[3].

نلاحظ أن القضاء المصري سار على نفس النهج في تعرفه للتوقيع، حيث ارتكز على تحديد وظائفه ونص بأنه: "علامة شخصية تحدد هوية محدثها وتستخدم للدلالة عن موافقته على ما يحتويه المستند الموقع عليه، وينسب المحرر الموقع إلى صاحبه "[4].

على العكس من ذلك فإن القضاء البلجيكي عند تعريفه للتوقيع الخطي اهتم فقط بالشكل الذي يجب أن يأتي فيه التوقيع دون الاهتمام بوظائفه، فعرفه بأنه عبارة عن علامة مصحوبة ببعض التخطيطات توضع بشكل يدوي [5] .

على العموم فإن تعريف التوقيع يجب أن يرتكز على جانبين أولهما تحديد البعد الوظيفي للتوقيع أي تحديد وظائف التوقيع وثانيا تحديد أشكاله خاصة مع ظهور التوقيع الإلكتروني كصورة حديثة من صور التوقيع، وعلى هذا الأساس فإن تعريف التوقيع هو: "هو

---

[1] J.Carbonnier , Introduction en droit civil , 17e éd ,édition Thémis,. 1988, p. 176.

[2] علي فيلالي، المرجع السابق، ص 305.

[3] Paris 22 mai 1975, D.1976, somm.8

[4] نقض مدني طعن رقم 2138 لسنة 52 جلسة 6 / 3/ 1986 – س 37 – ص302 .

[5] Cass, 24février et 3 novembre 1910 , cité par T. Verbiest,É. Wéry , Le droit de l'internet et de la société de l'information: droits européen, belge et français , édition larcier , 2001, p 335.

كل علامة مميزة توضع على المحرر تحدد هوية الموقع وتعبر عن رضاه مهما كان وسيلة إبرامه أو شكله".

الفرع الثاني: أشكال التوقيع الخطي

من خلال التعريفات السابقة الذكر يمكن أن يتخذ التوقيع الخطي عدة صور وأشكال، طالما كان هذا التوقيع يستجيب لشروط التي وضعها التشريع والفقه والقضاء، فقد يكون التوقيع إما على شكل إمضاء أو بصمة أصبع أو بالختم، وهو ما سنتطرق إليه بالتفصيل في هذا الفرع .

أولا: التوقيع بالإمضاء

يشكل التوقيع بالإمضاء الصورة الغالبة للتوقيع والأكثر شيوعا بين الأفراد، وعادة ما يخلط الناس بين المصطلحين ويجعلهما كلاهما شيئا واحدا، وهو اعتقاد خاطئ فالإمضاء ما هو إلا صورة من صور التوقيع وبالتالي فإن مصطلح التوقيع أعم وأشمل من الإمضاء، و أكثر الفقهاء يشيرون إليه بالتوقيع الخطي، لقد عرفت محكمة النقض المصرية التوقيع بالإمضاء بأنه :" الكتابة المخطوطة بيد من تصدر منه"[1].

لا يشترط القانون شكلا معينا للإمضاء، ولكن يمكن القول بأنه: "مجموعة من الخطوط قد اتخذت شكلا لا يمت بأي صلة إلى الشكل المعتاد لأحرف الكتابة، بل يمكن أن يتخذ أحيانا شكلا هندسيا معينا."[2]، كما أقر القضاء المصري أنه لا يشترط في الإمضاء أن يكون مقروءا تماما أو كاشفا عن اسم صاحبه [3]، لكي يكون الإمضاء صحيحا يجب أن

[1] نقض مدني طعن رقم 527 لسنة 44 جلسة 31/ 1/ 1978 –س 29– ص 357 .

[2] تامر محمد سليمان الدمياطي، المرجع السابق ، ص 336 .

[3] الطعن رقم 810 لسنة 54 ق جلسة 1991/12/2 س 42 ج 2 ص 1751

يحتوي على اسم ولقب الموقع كاملا أو بالأحرف الأولى فقط أو حتى باسم الشهرة، المهم أن يحدد هوية الموقع[1]، وأن يتم التوقيع بالشكل الذي اعتاد عليه الشخص [2].

نلاحظ أن المشرع الفرنسي قد اقتصر على التوقيع بالإمضاء كصورة وحيدة للتوقيع[3]، حيث ذهب المرسوم الفرنسي الصادر في 1667 على رفض الاعتراف بغير الإمضاء كتوقيع، وأيده في ذلك قضاء النقض الفرنسي[4].

إلا أن المشرع الفرنسي تراجع عن هذا الموقف فيما بعد واعترف بحجية التوقيع بالإمضاء في الكمبيالة وذلك طبقا للمادة 110 من قانون التجارة الفرنسي حيث تنص : "تحتوي السفتجة على :... توقيع من أصدر السفتجة (الساحب)، هذا التوقيع يوضع إما باليد أو بكل طريقة غير مكتوبة ."

ثانيا: التوقيع بالختم

يعتبر الختم أول وسيلة استعملها الإنسان للتوقيع في المجتمعات القديمة، ولا زال يحتل مكانة مهمة في وقتنا الحاضر خاصة في المناطق التي تنتشر فيها الأمية، غالبا ما يتضمن الختم اسم الجهة التي يعود لها مرفق عام أو شركة أو شخص عادي، مع اقترانه بذكر اسم مهنة الشخص الذي يعود إليه الختم[5].

لقد ثار جدل حول مدى حجية الختم في الإثبات، وهل هو في نفس درجة التوقيع الخطي؟

---

[1] محمد رضا أزرو ،المرجع السابق.ص 7.

[2] H. Roland et L. Boyer, op.cit, p.593.

[3] خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، ص 13.

[4] Cass.civ 15 juill 1957 : D.1957, somm., 143 .

[5] نوري حمد خاطر ، المرجع السابق، ص 21 .

نجد مثلا أن المشرع المصري اعترف بحجية الختم وبمساواته مع التوقيع الخطي، وهو ما نصت عليه المادة 14 من قانون الإثبات بنصها: "يعتبر المحرر العرفي صادرا ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة ."

لا يزال التوقيع بالختم منشرا في مصر وفي القرى بوجه خاص لانتشار الأمية، وعيبه الكبير سهولة التقليد مقارنة بالإمضاء أو التوقيع بالبصمة، كما أنه عرضة للضياع أو السرقة، إلا أنه وفي حال ما إذا اعترف الشخص ببصمة ختمه وأنكر التوقيع لا يمكنه إلا الطعن بالتزوير ولا يكفي مجرد الإنكار .

لا يشترط في التوقيع بالختم أن يوضع الاسم الثابت في ورقة الميلاد، بل يكفي أن يوقع صاحب الشأن بالاسم الذي اعتاد أن يوقع به [1]، كما يجب أن تكون بصمة الختم واضحة مقروءة [2]، ويستوي أن يثبت توقيع الشخص على العقد بختمه بنفسه أو تكليفه شخصا أخر بالتوقيع عليه بهذا الختم في حضوره ورضاه[3] .

يذهب بعض من الفقه إلى أنه كان من المستحسن الحد من مخاطر التوقيع بالختم، وذلك بفرض بعض الضمانات كالتصديق الرسمي أو إمضاء شاهدين على المحرر وهو ما اقترحه الأستاذ stenuit ضمن المشروع الأول للقانون المدني المصري أن تضاف فوق ختم الشخص إمضاء شخص أخر مرخص له ذلك قانونا ويتعين في هذه الحالة أن يذكر موقع الورقة بإمضائه أنه يعرف صاحب الختم أو أن يبين المستندات المثبتة لشخصه وأن يوضح سبب عجزه عن الإمضاء والتجائه إليه بدلا منه؛ وقد رأت لجنة تنقيح التقنين المدني عدم الاعتداد بهذا المقترح لأنه يؤدي إلى تعطيل التعامل[4].

---

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 178.

[2] محمد حسن قاسم، المرجع السابق ، ص 162.

[3] سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني المرجع السابق، ص 240

[4] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق،ص.177هامش 1 .

لأنه حتى إذا كان الشخص أميا فيمكن لهذا الأخير أن يوقع ببصمة الأصبع التي ليست لها نفس مخاطر التوقيع بالختم[1]، إضافة لذلك فإن التوقيع بالختم هو غالبا وسيلة سريعة لتوقيع عدد كبير من الأوراق، وبالتالي فإنه لا يدل على التدخل المادي للشخص الموقع للورقة [2] .

ولهذه الأسباب فإن المشرع الفرنسي لم يعترف بالتوقيع بالختم إلا في إطار المعاملات التجارية وفي حالات محددة، وهي السند لأمر وعقد تحويل الفاتورة يمكن استعمال الختم مع توقيع باليد، بالنسبة للشيكات البريدية أو البنكية الختم صالح في حالة التظهير فقط، و السفتجة الختم مقبول للساحب و المظهرين فقط ويستبعد المسحوب عليه والمظهر الاحتياطي[3].

نلاحظ أن المشرع الجزائري نظرا للمخاطر الكبيرة التي تنجم عن التوقيع بالختم، قد استبعد هذه الصورة و لم يعترف بها، ولم يمنح لها أي حجية في الإثبات، وذلك طبقا لنص المادة 327 ق.م.ج :" يعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة إصبعه ..."، ولكن يجوز للشخص أن يستعمل الختم في معاملاته التجارية طبقا للمادة 30 ق.ت.ج[4]، وذلك نظرا لكون المشرع ترك الحرية لإثبات المعاملات التجارية.

وهو نفس ما سار عليه المشرع اللبناني في نص المادة 150 /1 من قانون أصول المحاكمات المدنية الجديد بقولها: "السند العادي هو السند ذو التوقيع الخاص ويعتبر صادرا ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو توقيع أو بصمة إذا كان يجهل التوقيع ".

---

[1] جلال علي العدوي، المرجع السابق، ص 421.

[2] E. Joly- Passant , op cit , p. 241.

[3] T. P.coudol échanges électroniques Certification et sécurité ;op cit , p ,158

[4] المادة 30 ق. ت,ج تنص : "يثبت كل عقد تجاري ... 6- بالإثبات بالبينة أو بأي وسيلة أخرى إذا رأت المحكمة وجوب قبولها" .

كما أن أغلب الفقهاء يرون بأنه لا يمكن بأي حال من الأحوال تعويض الإمضاء بالختم أو الصليب (croix)[1]، إلا ان الأستاذ Boris Starck قد ميز بين الورقة العرفية والرسمية في الاعتراف بالصليب كشكل من أشكال التوقيع، إذ لم يعترف بحجيته في الورقة العرفية حتى ولو كان الشخص أميا إلا أنه أجاز هذا التوقيع في الورقة الرسمية[2] .

ثالثا: التوقيع ببصمة الأصبع

التوقيع ببصمة الأصبع هو الأثر الذي يتركه إصبع شخص على ورقة بعد غرسه في مادة ملونة ويتكون من خطوط ونقوش طولية وعرضية [3]، لم يكن المشرع الجزائري إلى غاية سنة 2005 يعترف بالتوقيع بالبصمة، متبنيا نفس موقف المشرع الفرنسي، حيث نص في المادة 327 ق.م.ج قبل التعديل على: "يعتبر العقد العرفي صادرا ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء...".

وفي الحقيقة فإن هذا الأمر كان يشكل عائقا كبيرا للأشخاص لإبرام مختلف الأوراق سواء كانت رسمية أو عرفية، خاصة إذا ما علمنا أن الأمية كانت ولا زالت منتشرة بشكل كبير في المجتمع الجزائري، إضافة إلى أن التوقيع بالبصمة لا يشكل أي خطر على الموقع وذلك نظرا لصعوبة تزوير هذا التوقيع، فالعلم الحديث أثبت صعوبة تشابه بصمة أصبع شخص مع شخص أخر[4].

على خلاف ذلك فإن موقف المشرع المصري من التوقيع بالبصمة كان واضحا منذ بداية الأمر حيث أقر بحجية التوقيع بالبصمة وساوى بينها وبين الإمضاء والختم وهو ما يبرز جليا في المادة 14 من قانون الإثبات التي تنص: " يعتبر العقد العرفي صادرا ممن

---

[1] F .Mostefa-Kara née Settouti ,La preuve écrit en droit civil algérien , mémoire pour le diplôme de magistère en droit, université d'Alger , Institut des Sciences Juridiques et administratives , 1982, p.43

[2] B. Starck : Droit civil introduction , édition Librairies Techniques Paris, 1972, p 166.

[3] ثروت عبد الحميد، التوقيع الإلكتروني المرجع السابق، ص 23 .

[4] علي فيلالي، المرجع السابق، ص 306.

وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة ."، وسار القضاء المصري على ذلك حيث قضت محكمة النقض المصرية بأن: " للبصمة قوة الإمضاء في نظر الشارع المصري "[1].

أما المشرع الأردني قد اعترف في بداية الأمر ببصمة الأصبع دون أي قيد وذلك وفقا للمادة 10 من قانون البيانات ونصها الآتي: "السند هو الذي يشتمل على توقيع من صدر عنه أو على خاتمه أو بصمة أصبعه"، غير أنه تدارك هذا الأمر في قانون التجارة رقم 12 لسنة 1966 ، حيث لم يعترف ببصمة الأصبع إلا إذا كانت مقترنة بشهادة شاهدين يوقعان على السند، مع ضرورة أن يكونا هذان الشاهدان غير أميين يعرفان القراءة والكتابة[2]، وذلك ما نصت عليه المادة 221 من قانون التجارة: " 1- يطلق لفظ التوقيع في هذا الكتاب على الإمضاء والختم وبصمة الأصبع .2- ويجب أن يشهد شاهدان على صاحب الختم أو البصمة بأنه وقع أمامهما عالما بما وقع عليه."

كما أن القضاء الفرنسي فقد تبنى نفس موقف مشرعه فرفض اعتبار التوقيع بالبصمة كالتوقيع بالإمضاء[3]، فقد يضع الشخص بصمته على المستند سهوا أو خطأ ولا يعبر عن رضا الموقع بما ورد في المحرر، ويثار التساؤل حول الشخص الأمي في فرنسا ليتمكن من إثبات محرراته العرفية إذا كانت بصمته غير معترف بها وليس له وسيلة أخرى للتوقيع ؟

في هذه الحالة فإنه يجب أن يكون للشخص ممثلا يقوم بكافة الإجراءات بدلا منه، أو أن يبرم التعاقدات أمام الموثق[4]، يبرز لنا جليا أن هذه الإجراءات تعتبر عاملا معرقلا لسرعة إتمام المعاملات، فلا بد في هذا المجال مراعاة الأشخاص الأميين ، والترخيص لهم بالتوقيع عن طريق بصمة الأصبع .

---

[1] الطعن رقم 151 لسنة 28 ق جلسة 10/31 1963 س 14 ص 1006.

[2] نوري حمد خاطر، المرجع السابق ، ص 20 .

[3] Cour d'appel d'Alger .d.1934. p. 113 .

[4] خالد مصطفى فهمي ، المرجع السابق ، ص 18 و L. Grynbaum,op., cit , p.22 et s.

المطلب الثاني: وظائف التوقيع

يلعب التوقيع دورا مهما ليس فقط في مجال الإثبات، وإنما كذلك يعتبر الوسيلة المثلى للتعبير عن رضا الموقع بمحتوى السند الذي وقعه(الفرع الأول)، كما أنه يحدد هوية الموقع (الفرع الثاني)، و يجدر بنا التساؤل هل التوقيع الإلكتروني يقوم بنفس وظائف التوقيع الخطي ؟ (الفرع الثالث).

الفرع الأول: رضا الموقع بمحتوى السند الكتابي

بمجرد وضع الشخص توقيعه على المستند فإنه بذلك يعتبر راضيا بما احتواه السند وعالما بما ورد فيه[1]، وهناك من الفقه من اعتبره الوسيلة الوحيدة المستخدمة للتدليل على الالتزام والإقرار بالتصرف القانوني[2]، تسعى هذه الوظيفة إلى استبعاد كل توقيع ليس له علاقة بالتزام قانوني حتى إذا كان يحدد هوية موقعه[3].

غير أنه يجب استبعاد بعض صور ونماذج التوقيع التي لا تعبر عن إرادة الموقع ومن بينها التوقيع البيولوجي، فتوقيع المجرم على مكان الجريمة بواسطة بصمات أصابعه أو ترك شعره أو دمه لا يعبر عن إرادته وإن كانت تحدد شخصيته[4].

إن المشرع الفرنسي أقر صراحة بأن التوقيع يجب أن يحدد هوية الموقع وذلك طبقا للمادة 1316- 4 من القانون المدني، فالتوقيع يجب أن يظهر رضا المدين ونيته في الالتزام بما احتواه السند [5].

---

[1] Grynbaum (L) et autres ,op.cit ,p.35 s .

[2] عيسى غسان ربضي، المرجع السابق، ص 43

[3] Y. Shandi, thése préc, p. 311.

[4] نوري حمد خاطر، المرجع السابق ، ص 7

[5] E. Joly- Passant , op cit , p. 245.

لقد حدد بعض الفقه [1] عنصران حتى يستوفي التوقيع هذا الشرط وهما، أولا ضرورة وجود العنصر القصدي والمقصود به نية التوقيع، وثانيا العنصر المادي أي المظهر الخارجي لتوقيع، فإن غاب العنصر الأول فإننا نكون أمام توقيع شخص دون إرادته كأن يوقع الشخص على مستند مكرها أو يتم اغتصاب توقيعه أي اخذ منه عن غفلة وبشكل مفاجئ، وقد يغيب العنصر المادي كأن يوقع الشخص على المستند برضاه ولكن قد يضاف إليه غير ما ارتضاه الموقع .

كما يمكن الاستعانة بعناصر أخرى لإثبات نية التوقيع ومن بين هذه العناصر مكان التوقيع، فالواقع العملي أثبت أن التوقيع عادة ما يوضع في أخر التصرف، وبالتالي فإن وجوده في مكان أخر قد يثير الشكوك حول مدى انصراف إرادة الموقع للالتزام بمحتوى السند [2].

أما المشرع الجزائري فإنه لم يقر صراحة بهذا الشرط ولكن يمكن استخلاصه من خلال المادة 60 /1 ق.م.ج التي تنص: " التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو الكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا ...." ، ومن المعروف أن التوقيع يعتبر أهم صورة من صور الكتابة وبالتالي يعتبر العنصر الأساسي المنشأ للالتزام، وهو ما لا يتعارض مع مبدأ الرضائية في العقود المقررة بموجب هذه المادة، كما أن وجود وصحة الورقة الرسمية أو العرفية مرتبطة أساسا بالتوقيع، إضافة إلى ذلك فإن القانون المدني الجزائري في المادة 323 مكرر 1 اشترط في الكتابة أن تكون محددة لهوية الشخص الذي أصدرها .

[1] أنظر: تامر محمد سليمان الدمياطي، المرجع السابق، ص 322 وما بعدها .

[2] عيسى غسان ربضي، المرجع السابق، ص 42 .

أما القضاء المصري فقد أكد في العديد من أحكامه ضرورة أن يكون التوقيع كاشفا لهوية صاحبه ومحددا لذاتيته، فإنكار المورث أو عدم علمه بأن هذا التوقيع منسوب لمورثه يجعل المحرر العرفي ليس له أي حجية [1].

الفرع الثاني: تحديد هوية الموقع

يجب أن يكون التوقيع محددا لهوية الموقع وهو ما أقر به صراحة المشرع الفرنسي في المادة 4 – 1316 من القانون المدني، على الرغم من بساطة هذا الشرط وسهولته، فليس كل توقيع يستوفي هذا الشرط، فيجب استبعاد التوقيع الغير واضح والغير مقروء، فوضوح التوقيع هو المعيار الأساسي الذي يحدد هوية الموقع [2].

كما أنه يشترط أن تتم عملية التوقيع بيد الشخص المصدر له، وإلا فإن هذا التوقيع لا يعتد به ومن أمثلتها استخدام الموقع كنية هزلية أو تهكمية [3]، ولا يعتد كذلك بتوقيع الفنان أو الرياضي حتى لو كان محددا لهويته، لأن التوقيع في هذه الحالة لم يكن يهدف إلى الالتزام بشيء معين[4].

هناك من الفقه[5]من اشترط أن يحتوي التوقيع على اسم ولقب الموقع كاملين لأنهما الوحيدان اللذان يعبران عن هوية الشخص بطريقة واضحة محددة، فلا يكفي أن يوقع الشخص بعلامة مختصرة أو بالأحرف الأولى أو باسم الشهرة .

إلا أن القضاء الفرنسي كان له رأي مخالف في هذا المجال إذ أنه ركز على الاعتياد كمعيار لصحة توقيع الشخص، و إن كان استبعد هذا المعيار في بعض أحكامه، مثل الحكم

---

[1] نقض مدني جلسة 4/3/ 1991 الدعوى رقم 2803 لسنة 60 ق.

[2] E. Joly- Passant , op cit , p 233.

[3] عيسى غسان ربضي، المرجع السابق ، ص 41 .

[4] Y. SHANDI , thèse précitée , P .311.

[5] انظر مفلح عواد القضاة، البيانات في المواد المدنية والتجارية "دراسة مقارنة " ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ،2007، ص 94 .

الصادر من مجلس النقض الغرفة المدنية بتاريخ 24جوان 1952[1]الذي ينص: "التوقيع بالاسم فقط في الوصية المكتوبة مطابق لما يتطلبه القانون بمجرد التأكد من هوية الموقع ومن إرادته حتى وإن لم يكن توقيعه المعتاد في تصرفاته القانونية ذلك متى كان ظاهرا أن تحرير الوصية في البطاقة كان بكتابته الشخصية".

يمكن للشخص كذلك أن يوقع باسم الشهرة، وعرفته محكمة نقض باريس في القرار الصادر 25 أكتوبر 1961على أنه: " هو الاسم المختار من الشخص ليتنكر به عن الجمهور بشخصيته الحقيقية بمناسبة ممارسته نشاط معين "[2]، ويشترط من يستعمل اسم الشهرة أن يكون معروفا لدى الغير بهذا الاسم، وأن يكون معتادا عليه ولا يسبب ضررا للغير[3]، إلا أن البعض يرى أن هذا التوقيع يجب أن يكون محدودا في مجالات معينة ولا يستعمل في التصرفات الهامة والخطيرة والتي يستوجب فيها تحديد هوية الموقع بشكل قطعي[4].

إضافة إلى ذلك أجاز القضاء الفرنسي التوقيع بالأحرف الأولى من الاسم واللقب خاصة بالنسبة للوصية الرسمية، وهو ما أقر به صراحة مجلس قضاء Nancy في 1مارس 1831، على أساس أن الموثق الذي تم أمامه تحرير الوصية أكد أن الشهود قد رأوا الموصي يوقع هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن هذا الأخير كان معتادا التوقيع بالأحرف الأولى من اسمه ولقبه[5]، ويرى الأستاذ نوري حمد خاطر أنه لا إشكال في الأخذ بالتوقيع

---

[1] Cass.civ.24 juin 1952,JCP 1952,II,7179 cité par D. Majdanski ;La signature et les mentions manuscrites dans les contrats , P U de Bordeaux, 2000 ;p.86,

[2]Paris, 25 octobre 1961, JCP, 1961 , II ,12377,cité par D. Majdanski ;op.cit. ;p.84.

[3]نوري حمد خاطر، المرجع السابق ، ص 25.

[4] J. Esnault :op.cit ,p.

[5] D. Majdanski ;op.cit ;p.89.

بالأحرف الأولى كتوقيع ملزم إذا كان الموقع معتاد عليه وكان يحدد شخصيته ويعبر عن إرادته بكل وضوح وشفافية[1].

إضافة إلى ذلك فإنه يشترط في التوقيع أن يترك أثرا مميزا يبقى ولا يزول، أي يجب أن يكون مقروءا، ولهذا جرت العادة أن يكون التوقيع مستقلا عن محتوى السند وغير متداخل فيه أو مختلطا به، ولذلك يوضع التوقيع عادة في نهاية المستند[2] .

على العموم إن القيمة القانونية للمحرر الموقع تبعا لقدرة التوقيع على تحديد هوية الموقع ورضاه بالمحتوى[3] .

الفرع الثالث: البعد الوظيفي للتوقيع الإلكتروني

بعد دراستنا لوظائف التوقيع بصفة عامة، وأنها تنحصر أساسا في رضا الموقع بمحتوى السند الكتابي و تحديد هويته، يجدر بنا التساؤل هل التوقيع الإلكتروني باعتباره وسيلة إثبات حديثة يقوم بنفس وظائف التوقيع التقليدي ؟ خاصة إذا علمنا أن إضفاء القوة الثبوتية على التصرف القانوني لا يمكن التوصل إليها، إلا بتحقيق هاتين الوظيفتين.

من المعروف أن التوقيع الإلكتروني ما هو في حقيقة الأمر إلا امتداد للتوقيع العادي ومن البديهي أن يقوم التوقيع الإلكتروني بنفس وظائف التوقيع التقليدي وهما : تحديد هوية الموقع، ورضا الموقع على ما ورد في المستند وهو رأي المشرع الجزائري الذي نص صراحة على هاتين الوظيفتين بموجب المادة 6 من القانون رقم 15-04 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين التي تنص : " يستعمل التوقيع الإلكتروني لتوثيق هوية الموقع وإثبات قبوله مضمون الكتابة في الشكل الإلكتروني، وأكد على أهمية هاتين الوظيفتين في المادة 7 من نفس القانون حيث أنه وضع العديد من الشروط حتى

[1] نوري حمد خاطر، المرجع السابق ، ص 15 .

[2] محمد زهرة ، المرجع السابق، ص 438 .

[3] Y, SHANDI , Thèse préc, p 313.

يكون التوقيع الإلكتروني موصوفا ومن بينها شرط إمكانية تحديد هوية الموقع وارتباط التوقيع بالموقع دون سواه حتى نكون أمام توقيع إلكتروني موصوف، وهذا الأخير هو وحده الذي يعتبر مماثلا للتوقيع الخطي وفق المادة 8 من نفس هذا القانون.

زيادة على ذلك فإن معظم الفقه [1] قد سار في نفس الاتجاه، وعلى هذا الأساس سندرس بالتفصيل أولا تحديد التوقيع الإلكتروني لهوية الشخص الموقع و وثانيا رضا الموقع في التوقيع الإلكتروني .

أولا: تحديد التوقيع الإلكتروني لهوية الشخص الموقع

بداية يجب القول أن تحديد هوية الموقع في التوقيع الخطي تتم عادة بالحضور المادي للموقع لحظة توقيعه، وهو ما يسهل من تحديد هوية الأطراف الموقعة، على خلاف ذلك فإن التوقيع الإلكتروني يتم عبر وسائط إلكترونية غير ملموسة تجعل من الصعب تحديد هوية الموقع إلكترونيا.

إلا أنه إذا تفحصنا التوقيع الإلكتروني، وجدناه يقوم بهذه الوظيفة، وذلك في شكل رموز أو أرقام أو حروف أو أية إشارات تدل على شخصية الموقع وتميزه عن غيره[2]، غير أنه يجدر بنا التساؤل هل يمكن لرموز أو أرقام أو حروف أو أية إشارات أن تحدد هوية صاحبها خاصة في المعاملات التي تتم عبر الانترنيت ؟

تتفاوت أشكال التوقيع الإلكتروني في قدرتها على تحقيق هذه الوظيفة، فالتوقيع بواسطة الماسح الضوئي (Scanner) من التوقيعات التي تفتقد إلى المصداقية وبالتالي فإنها لا تحدد هوية الموقع، وذلك نظرا لسهولة نسخه وتزويره، إذ يمكن لكل شخص سيء النية أن يقوم بنقل هذا التوقيع على أي مستند أخر دون علم صاحبه.

[1] عيسى غسان ربضي، المرجع السابق، ص 85 وما بعدها و علاء محمد عيد نصيرات، المرجع السابق، ص 70 وما بعدها .

[2] نجوى أبو هيبه، المرجع السابق ، ص 445 .

أما التوقيع بالقلم الإلكتروني فإنها تتوقف قدرتها على تحديد هوية أصحابها على التقنية المستعملة، فيستلزم الأمر أن يكون الحاسب المزود بالقلم الإلكتروني قادرا على حماية التوقيع الذي يلتقطه المستخدم، وأن يتوفر قدر كبير من الأمان[1].

كما أن التوقيع الكودي يحقق هذه الوظيفة بمجرد إدخال العميل رقمه السري الخاص به (P.I.N) ويقوم بالضغط على الاختيار المناسب لإتمام العملية[2]، وهو ما يعني بالضرورة موافقة صاحب البطاقة ورضاه عن العملية التي تمت، على الرغم من انفصال الرقم السري ماديا عن شخصية صاحبه .

أما التوقيع الرقمي القائم على التشفير وبالخصوص التشفير اللاتماثلي، فإنه يرتكز أساسا على زوج من المفاتيح أحدهما يسمى المفتاح الخاص (سري) والمفتاح العام يضمن من خلالهما تحديد هوية الموقع بنجاح، فلا يستطيع أحد أن يزور التوقيع إلا في حالة فقدان الشخص سيطرته على المفتاح الخاص .

فعن طريق تطبيق المفتاح العام للباعث على دالة جبرية (Fonction Hash) فإذا ثبت صلاحيتها تأكد للمرسل إليه أن باعث الرسالة هو صاحب التوقيع الرقمي [3]، كما أن مزود الخدمات يلتزم بإصدار شهادة تعرف بشهادة التصديق الإلكتروني تحدد هوية الموقع بشكل دقيق عندما يطلبها المرسل إليه .

يشكل التوقيع البيومتري من أهم صور التوقيع الإلكتروني التي تقوم بتحديد هوية الموقع بشكل دقيق، فهي ترتكز أساس على الخواص الذاتية للإنسان التي ينفرد بها كل إنسان والتي لا يمكن أن تتكرر عند شخصين كبصمة الأصبع أو قزحية العين، إلا أن هذه

[1] عيسى غسان ربضي، المرجع السابق ، ص 89 و 90 .

[2] محمد رضا أزرو ، المرجع السابق، ص 40.

[3] علاء محمد عيد نصيرات، المرجع السابق ، ص 40.

التقنية غالبا ما تتطلب تكنولوجيا باهظة الثمن، وهو ما يحد من انتشارها كوسيلة إثبات في مجال المعاملات الإلكترونية.

من خلال دراستنا تبرز الأهمية البالغة لتحديد هوية الشخص الموقع، وعلى هذا الأساس نجد أن معظم التشريعات المتعلقة بالإثبات الإلكتروني قد اشترطت قدرة التوقيع الإلكتروني على تحديد هوية صاحبه، وهو ما نصت عليه مثلا المادة 1316- 4 الفقرة الثانية من القانون المدني الفرنسي على أنه: " ومتى كان التوقيع الكترونياً، فإنه يتمثل في استعمال وسيلة تعريف مأمونة تؤكد ارتباط التوقيع بالتصرف المعني، ويكون الأمان الذي تمنحه هذه الوسيلة مفترضاً ما لم يثبت العكس إذا تمَّ إنشاء التوقيع الالكتروني، وتحقق تحديد شخص الموقع، وأمكن ضمان سلامة التصرف بمراعاة تطبيق الشروط التي تصدر بها لائحة عن مجلس الدولة" ، والمادة المادة2-2 من التوجه الأوروبي المشترك الصادر بتاريخ 13 ديسمبر 1999 حول الإطار المشترك للتواقيع الإلكترونية التي اشترطت حتى يكون التوقيع الإلكتروني له الحجية الكاملة في الإثبات ضرورة أن يحدد هوية الموقع .

ثانيا: رضا الموقع في التوقيع الإلكتروني

الأصل العام أن وجود التوقيع الكتابي على المحرر يعني رضا الموقع بما ورد فيه وقبوله بالالتزامات التي يحتويها المحرر، ويسري ذات الحكم على التوقيع الإلكتروني، أي أنه بمجرد ما يوضع الشخص توقيعه الإلكتروني على المستند فإن ذلك يعني بالضرورة رضاه والتزامه بما ورد في المحرر.

نصت عليه المادة 2 /أ من قانون الأونيسترال بشان التوقيعات الإلكترونية الصادر عام 2001 "... ولبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات ".

فنجد مثلا أن التوقيع الكودي يحقق هذه الوظيفة بمجرد وضع العميل لبطاقة الائتمان السرية داخل جهاز السحب الآلي، وإعطاء حامل البطاقة موافقته الصريحة على سحب

المبلغ المطلوب، وبالتالي يعتبر ذلك تعبير صريح عن إرادة العميل ورضائه بهذا التصرف، على الرغم من أنه استخدم مجرد رموز أو أرقام في تعامله مع جهاز السحب الآلي[1].

كما أنه يتحقق هذا الشرط في التوقيعات الرقمية بمجرد استعمال الموقع للمفتاح الخاص الذي يكون بحوزته وقيام المرسل بفك التشفير بواسطة المفتاح العام، فإن ذلك يعتبر دليلا كافيا على رضا الموقع بما احتواه المحرر الإلكتروني.

إضافة إلى ذلك فإن دقة التعبير عن الإرادة معلق على حداثة التكنولوجيا المستخدمة وقدرتها على توفير الأمان والسرية [2]، فكلما كانت منظومة التوقيع الإلكتروني أمنة وسرية فإنها بالتأكيد تكون لها القدرة على التعبير عن إرادة الموقع بما احتواه المحرر الإلكتروني .

لقد كان القضاء الفرنسي من الأوائل الذي عالج هذه المسألة في أحكامه القضائية حيث رفض توقيع محامي على عريضة الاستئناف لكون التوقيع تم بواسطة الماسح الضوئي (Scanner)، مبررة حكمها بأن هذا التوقيع مشكوك فيه لكونه لا يحدد هوية الموقع بشكل دقيق، إذ لا ضمانات كافية بعدم استخدامه من طرف الغير[3] .

ثم صدر قرار ثاني من الغرفة المدنية الثانية لمجلس النقض الفرنسي الصادر بتاريخ 30 أفريل 2003 بحيث رفضت توقيع إلكتروني خارج أحكام قانون 13 مارس 2000 والذي لا يحدد بشكل كافي وكامل هوية الموقع، ولا يمكن الاعتماد على الهاتف النقال (بواسطة الرسائل القصيرة SMS)لإتمام إجراءات التوقيع الإلكتروني مادام أن إمكانية استعمال الهاتف النقال من طرف الغير يصبح ممكنا وبالتالي عدم تحديد هوية الموقع بصورة كاملة[4].

---

[1] الصالحين محمد العيش، الكتابة الرقمية طريقا للتعبير عن الإرادة المرجع السابق، ص 187 .

[2] عيسى غسان ربضي، المرجع السابق ، ص 91.

[3] CA Besançon, ch.soc., 20 octobre.2000, *Sarl Chalets Boisson c/ Bernard Gros* : JCP G 2001, II,n° 10606 , cité par : J. ESNAULT ;op.cit ;p9

[4] C.cass. 2e civ.,30Avr . 2003; *Sarl Chalets Boisson c /*G. :Juris Data n° 2003-018798 cité par : J. ESNAULT, cit ;p9.

المبحث الثاني: القوة الإثباتية للتوقيع الإلكتروني

بعدما حاولنا في المبحث الأول تحديد مكانة التوقيع في مجال الإثبات سواء كان ذلك في الورقة الرسمية أو العرفية وذلك بتحديد الوظائف التي يجب أن يقوم بها التوقيع، سنحاول في المبحث الثاني التطرق إلى مكانة التوقيع الإلكتروني في الإثبات وبالخصوص محاولة إعطاء تعريف دقيق للتوقيع الإلكتروني في المطلب الأول والجهود المبذولة في هذا المجال سواء من جانب التشريعات أو الفقه، كما سنتطرق في المطلب الثاني إلى صور التوقيع الإلكتروني وبعض تطبيقاته .

المطلب الأول: تعريف التوقيع الإلكتروني

لقد كان للفقه الدور الكبير في منح التوقيع الإلكتروني المكانة اللائقة في مجال الإثبات وبالخصوص في مجال المعاملات الإلكترونية، لذلك فهو كان السباق في إعطاء تعريف للتوقيع الإلكتروني (الفرع الأول).

غالبا ما كان استعمال التوقيع الإلكتروني يتم في معاملات تتميز بالطابع الدولي ولذلك نجد أن هناك العديد من المنظمات الدولية من أولته حيزا هاما وحاولت بدورها إعطاء تعريف للتوقيع الإلكتروني ومن بينها منظمة الأونيسترال و الاتحاد الأوروبي، كما أن الدول وخاصة العربية منها لم تكن بمنأى عن هذا التطورات وحاولت إدخال التوقيع الإلكتروني كوسيلة حديثة للإثبات وكان من الطبيعي أن تحاول هذه التشريعات إعطاء تعريف دقيق لهذا النوع الجديد من التوقيعات (الفرع الثاني).

مما يمكن قوله على هذه التعريفات أنها ميزت بين التوقيع الإلكتروني البسيط والتوقيع الإلكتروني المتقدم بحيث أن هذا الأخير هو وحده الذي له الحجية الكاملة في الإثبات ويجب أن يستوفي هذا النوع من التوقيعات عدة شروط سوف ندرسها بالتفصيل في الفرع الثالث .

الفرع الأول: التعريف الفقهي للتوقيع الإلكتروني

اهتم الفقه بشكل كبير بتعريف التوقيع الإلكتروني باعتباره وسيلة إثبات حديثة لها أهميتها البالغة في إثبات التعاملات الإلكترونية بصفة عامة، والتعاملات التي يبرمها الأفراد عبر شبكة الانترنيت بصفة خاصة.

يلاحظ على هذه التعريفات بصفة عامة أنها تركز إما على الجانب الوظيفي للتوقيع وهما تحديد هوية الموقع والتعبير عن رضاه بما ورد في السند، أو التركيز على الجانب التقني للتوقيع الإلكتروني وهو ارتباط التوقيع بالمحرر الموقع إلكترونيا وإمكانية كشف أي تعديل لاحق يمس بيانات المحرر الإلكتروني[1].

فنجد أن بعض الفقه في تعريفه للتوقيع الإلكتروني اهتم بالشكل والدعامة الإلكترونية الذي يأتي فيه هذا التوقيع، مثل تعريف أحدهم: "عبارة عن أرقام مطبوعة تسمى hash لمحتوى المعاملة التي يتم التوقيع عليها بالطريقة ذاتها، أي باستخدام الأرقام"[2]، وهذا التعريف يبقى ناقصا فهو لم يحدد وظائف التوقيع من جهة، ومن جهة ثانية جعل التوقيع الإلكتروني يكون فقط على شكل أرقام فقط، وبالتالي لا يسمح بظهور أشكال أخرى للتوقيع في المستقبل.

وهناك من عرفه بأنه عبارة عن رقم سري أو رمز محدد، والناتج عن إتباع إجراءات محددة تؤدي في النهاية إلى نتيجة معينة معروفة مقدما[3]، وحتى هذا التعريف يبقى معيبا فلم يركز على البعد الوظيفي الذي يجب أن يحققه التوقيع الإلكتروني، كما أنه حدد صور التوقيع الإلكتروني في أشكال معينة دون سواها، إلا أنه أغفل الجانب الوظيفي الذي يجب

---

[1] عيسى غسان ربضي، المرجع السابق ، ص 55.

[2] إبراهيم الدسوقي أبو الليل، إبرام العقد الإلكتروني في ضوء أحكام القانون الإماراتي والقانون المقارن ، مقال منشور على موقع Arablaw info,com، ص 56

[3] محمد المرسي زهرة ، الدليل الكتابي وحجية مخرجات الكمبيوتر في الإثبات المرجع السابق، ص 814 ,

أن يتوافر في هذا النوع من التوقيع، وبالخصوص ضرورة أن يكون هذا التوقيع محددا لهوية الموقع، وأن يعبر عن رضاه بمحتوى السند .

وأخر يرى أن: "التوقيع الإلكتروني يتمثل في شكل رموز رياضية مرتبطة برسالة بيانات إلكترونية تعرف بهوية صاحبها يعبر عنه بمنوال تعريف [1]"، يعاب على هذا التعريف أنه ركز على وظيفة واحدة للتوقيع وهي تحديد هوية الموقع دون التطرق للوظيفة الثانية للتوقيع وهي تعبير الموقع عن رضاه بمحتوى السند .

عرفت الأستاذة نجوى أبو هيبة التوقيع الإلكتروني بأنه: " إجراء معين يقوم به الشخص المراد توقيعه على المحرر سواء كان هذا الإجراء على شكل رقم أو إشارة إلكترونية معينة أو شفرة خاصة، المهم في الأمر أن يحتفظ بالرقم أو الشفرة بشكل آمن وسري يمنع استعماله من قبل الغير، ويعطي الثقة في أن صدور هذا التوقيع يفيد بأنه بالفعل صدر من صاحبه أي حامل الرقم أو الشفرة "[2].

يلاحظ على هذا التعريف أنه حاول الجمع ما بين البعد الوظيفي والتقني للتوقيع، أي أنه جمع ما بين الوسائل التي يرتكز عليها التوقيع الإلكتروني، والوظائف التي يقوم بها هذا التوقيع، إلا أن هذا التعريف يعتبر ناقصا لأنه ذكر بعض صور التوقيع الإلكتروني وحصرها في الرقم والإشارة، وهذا ما يعتبر خاطئا لأنه هناك صور أخرى للتوقيع الإلكتروني[3].

وفي تعريف أخر هو ملف رقمي صغير يصدر من إحدى الهيئات المتخصصة والمستقلة ومعترف بها من الحكومة تماما مثل نظام الشهر العقاري، وفي هذا الملف يتم

[1] علي كحلون، الجوانب القانونية لقنوات الاتصال الحديثة والتجارة الإلكترونية، دار إسهامات في أدبيات المؤسسة، تونس، 2002، ص 279.

[2] نجوى أبو هيبه، التوقيع الإلكتروني، المرجع السابق، ص 442 .

[3] سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 380.

تخزين الاسم وبعض المعلومات الهامة الأخرى مثل رقم التسلسل وتاريخ انتهاء الشهادة ومصدرها [1].

نلاحظ أن هذا التعريف اهتم فقط بأحد أشكال التوقيع الإلكتروني ألا وهو التوقيع الرقمي، باعتباره الوحيد الذي يستلزم فيه وجود هيئة خاصة تقوم بإنشائه تسمى بمزود الخدمات، مع وجوب حصول هذا المزود على الترخيص من الحكومة حتى يمارس مهامه على إقليم الدولة، إلا أن هذا التعريف الفقهي للتوقيع الإلكتروني قد أغفل البعد الوظيفي الذي يجب أن يقوم به هذا النوع الجديد من التوقيعات .

كما عرفه البعض الأخر بأنه: " كل حروف أو أرقام أو رموز أو أصوات أو نظام معالجة ذي شكل إلكتروني أو غيرها ويكون له طابع متفرد يسمح بتحديد شخصية الموقع ويميزه عن غيره، بحيث تعبر عن رضاء الموقع بمضمون التصرف وتضمن سلامته."[2]والملاحظ على هذا التعريف أنه يمزج ما بين وظائف التوقيع المتمثلة في تحديد هوية الموقع والتعبير عن رضاه و البعد التقني للتوقيع الإلكتروني باعتباره مجموعة من الحروف أو الأرقام أو أصوات أو نظام معالجة ذي شكل إلكتروني .

على العموم يجب أن يكون تعريف التوقيع الإلكتروني جامعا ما بين الجانب التقني والوظيفي الذي يجب أن يقوم به هذا النوع من التوقيعات، وأنسب تعريف ما نص عليه الأستاذ عيسى غسان الربضي بقوله: "التوقيع الإلكتروني مجموعة من الرموز أو الأرقام أو الحروف أو الإشارات أو الأصوات، مؤلفة على شكل بيانات إلكترونية تتصل برسالة معلومات(محرر إلكتروني)، هدفها تحديد هوية الموقع وإعطاء اليقين بموافقته على مضمون الرسالة"[3]. أو كما عرفه جانب أخر من الفقه بأنه: " عبارة عن إشارات أو رموز أو حروف

---

[1] عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، 2005 ، ص 16.

[2] أسامة روبي عبد العزيز الروبي، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات والادعاء مدنيا بتزويره ، مؤتمر المعاملات الإلكترونية ، (التجارة الإلكترونية – الحكومة الإلكترونية)، ا كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، ماي 2009، ص 509 .

[3] عيسى غسان ربضي، المرجع السابق ، ص 55.

مرخص بها من الجهة المختصة باعتماد التوقيع، ومرتبطة ارتباطا وثيقا بالتصرف القانونين بحيث تسمح بتمييز شخص صاحبها وتحديد هويته، وتكشف دون غموض عن رضائه بهذا التصرف ."[1]

الفرع الثاني: التعريف التشريعي للتوقيع الإلكتروني

إن استعمال التوقيع الإلكتروني من طرف الأشخاص كان سابقا بسنوات طويلة عن ظهور التشريعات المنظمة له، فنجد مثلا أن أولى التشريعات التي نظمت المعاملات الإلكترونية لم يمر على إصدارها عشر سنوات بينما التوقيع الكودي كان مستعملا قبل نصف قرن أو ما يزيد عن ذلك[2].

ونجد أن التشريعات الدولية اهتمت بشكل كبير في تنظيم العمل بالتوقيع الإلكتروني ومحاولة تحديد مفهومه بشكل دقيق، لأن هذا النوع من التوقيعات يساهم بشكل كبير في إتمام عقود التجارة الإلكترونية التي تتم عبر شبكة الانترنيت، وغالبا ما تتميز هذه العقود بالطابع الدولي.

كما أن التشريعات المحلية منحت أهمية كبرى لتنظيم التوقيع الإلكتروني والتعريف به، لكون المعاملات الإلكترونية أصبحت تشكل العمود الفقري في اقتصاديات الدول .

وعلى هذا الأساس فإننا سنتطرق في هذا الفرع إلى تعريف التوقيع الإلكتروني من الجانب التشريعي، سواء على المستوى الدولي أو الداخلي .

أولا: تعريف التوقيع الإلكتروني في التشريعات الدولية

لقد ظهرت العديد من المنظمات الدولية التي حاولت وضع إطار تشريعي للتوقيع الإلكتروني والاعتراف بحجته كوسيلة إثبات في مجال المعاملات الإلكترونية بصفة عامة

[1] محمد بودالي، التوقيع الإلكتروني، مجلة الإدارة ، العدد 26، الجزائر، 2003، ص 56 و حسن عبد الباسط جميعي، إثبات التصرفات القانونية المرجع السابق، ص 34 .

[2] عيسى غسان ربضي، المرجع السابق ، ص 48 .

والتجارة الإلكترونية بصفة خاصة، ومن بينها منظمة الأونيسترال التي اعترفت بالتوقيع الإلكتروني في القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية الصادر سنة 1996، ولكن من دون أن تضع تعريفا للتوقيع الإلكتروني بل اكتفت فقط بالإشارة إلى وظائف التوقيع[1]، فقد نصت المادة 7 في الفقرة الأولى على أنه: "عندما يشترط القانون وجود توقيع من شخص، يستوفى ذلك الشرط بالنسبة لرسالة البيانات إذا :

– استخدمت طريقة لتعيين هوية ذلك الشخص، والتدليل على موافقة ذلك الشخص على المعلومات الواردة في رسالة البيانات.

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

ثم في سنة 2001 أصدرت هذه اللجنة القانون النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية وكان الهدف الأساسي من هذا القانون هو وضع معايير للتكافؤ التقني بين التوقيعات الإلكترونية والتوقيعات بخط اليد[2] .

وعرفت التوقيع الإلكتروني في المادة 2 بأنه : " أ– توقيع إلكتروني: يعني بيانات في شكل إلكتروني مدرجة في رسالة بيانات أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقيا، يجوز أن تستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة إلى رسالة البيانات، ولبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات ."، كما أن المادة 3 من هذا القانون لا تميز بين أشكال التوقيع الإلكتروني طالما توفرت فيه الشروط المتطلبة لصحة التوقيع الإلكتروني [3].

وترتيبا على ذلك نصت المادة 6 من القانون النموذجي الموحد للتوقيع الإلكتروني على شروط صحته وهي :

---

[1] محمد حسين منصور، الإثبات التقليدي والإلكتروني المرجع السابق ، ص 280.

[2] عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية النظرية المعاصرة ، الطبعة الأولى ، دار هومة للنشر والتوزيع ، الجزائر، 2007، ص 81 .

[3] عبد الفتاح بيومي حجازي ، المرجع السابق، ص 61 .

" عندما يشترط القانون وجود توقيع من شخص، يستوفي ذلك الشرط بالنسبة إلى رسالة بيانات إذا أستخدم توقيع إلكتروني موثوق بالقدر المناسب للغرض الذي أنشئت أو أبلغت من أجله رسالة البيانات، بما في ذلك أي أتفاق ذي صلة ....

يعتبر توقيع إلكتروني موثوقا لغرض الوفاء بالشرط المشار إليه في الفقرة 1 إذا:

– إذا كانت الوسيلة المستخدمة إنشاء التوقيع الإلكتروني مرتبطة في السياق الذي تستخدم فيه بالموقع دون أي شخص أخر .

– إذا كانت الوسيلة المستخدمة لإنشاء التوقيع الإلكتروني خاضعة في وقت التوقيع لسيطرة الموقع دون أي شخص أخر.

– إذا كان أي تغيير في التوقيع الإلكتروني يجري بعد حدوث التوقيع قابلا للاكتشاف.

– إذا كان الغرض من اشتراط التوقيع قانونا هو تأكيد سلامة المعلومات التي يتعلق بها التوقيع أو كان أي تغيير يجري في تلك المعلومات بعد وقت التوقيع قابلا للاكتشاف ".

يتضح لنا جليا من خلال هذه المادة أنها تحدد بشكل دقيق الشروط الضرورية التي يجب أن تتوفر في التوقيع الإلكتروني حتى تكون له نفس الموثوقية والحجية المقررة للتوقيع التقليدي .

لقد كان الاتحاد الأوروبي من أول المنادين بتبني التوقيع الإلكتروني كوسيلة إثبات بموجب التوجه الأوروبي المشترك الصادر بتاريخ 13 ديسمبر 1999 حول الإطار المشترك للتواقيع الإلكترونية لحمل الدول التي تحت لوائها على الاعتراف بالتوقيع الإلكتروني مثله مثل التوقيع التقليدي وجعله كوسيلة إثبات مقبولة لدى القضاء[1].

[1] المادة 5 الفقرة 2 من التعليمة الأوروبية.

فميزت هذه الأخيرة بين نوعين من التوقيع الإلكتروني: الأول يعرف بالتوقيع الإلكتروني البسيط نصت عليه المادة 1-2"هو عبارة عن معطى على شكل إلكتروني المرتبط أو المتصل منطقيا بمعطيات إلكترونية أخرى والتي تستعمل كوسيلة للتصديق"[1] .

نلاحظ أن هذا التعريف يرتكز أساسا على البعد التقني للتوقيع الإلكتروني أكثر من البعد الوظيفي، ومن دون الإشارة إلى التشفير الأسيميتري الذي يلعب دورا كبيرا في هذا المجال[2]، كما أن هذا القانون لا يطبق على التوقيعات الإلكترونية في الشبكات المغلقة[3].

والنوع الثاني يعرف بالتوقيع الإلكتروني المتقدم ونصت عليه المادة 2-2 والذي يجب أن يستوفي مجموعة من الشروط وهي :

- يسمح بتحديد هوية الموقع - ارتباط التوقيع الإلكتروني بالموقع دون غيره.- سلامة مضمون الرسالة الإلكترونية التي ارتبط بها التوقيع - إمكانية كشف أي تبديل أو تعديل في بيانات التوقيع الإلكتروني، وهو وحده الذي له الحجية الكاملة مع ترك السلطة التقديرية للقضاء في بقية الأنواع الأخرى[4].

إن التعليمة الأوروبية نبهت إلى وجود العديد من صور التوقيع الإلكتروني، إلا أن التوقيع المتقدم وحده الذي يوفر الأمان القانوني، وبالتالي يساوي في حجيته التوقيع التقليدي[5].

ترتكز التعليمة الأوروبية على ثلاث مبادئ هامة، فهي أولا تسعى إلى تحقيق الحياد التكنولوجي، وثانيا القضاء على كل صورة من صور الترخيص المسبق لعمل مزود الخدمات، وأخيرا الاعتراف بالحجية القانونية للتوقيع الإلكتروني[6].

---

[1] art 2-1 de la Directive : " la signature électronique une donnée sous forme électronique, qui est jointe ou liée logiquement à d'autres données électroniques et qui sert de méthode d'authentification ".
[2] G. Bordinat, Introduction a la notion de signature électronique, publier sur le site :www.signelec.com
[3] T. Verbiest, É.Wéry op.cit, p. 341

[4] محمد رضا أزرو ، المرجع السابق، ص 36 .

[5] T. Verbiest, É. Wéry , op.cit ;p. 342.
[6] E.A caprioli, le juge et la preuve électronique Art préc.

ثانيا: تعريف التوقيع الإلكتروني في التشريعات الوطنية

قبل ظهور التوقيع الإلكتروني كطريقة حديثة للإثبات، لم تولي التشريعات الوطنية أهمية كبرى لفكرة لتوقيع على الرغم من استعماله وانتشاره بين الأفراد والمجتمعات، إلا أن التطور التكنولوجي وما صاحبه من ظهور للتوقيع الإلكتروني أدى بالتشريعات إلى الاهتمام بالتوقيع بصفة عامة و التوقيع الإلكتروني بصفة خاصة، لقد حاولت التشريعات إعطاء تعريف دقيق للتوقيع الإلكتروني وربطه بالتوقيع التقليدي، لكون التوقيع الإلكتروني في حقيقة الأمر ما هو إلا امتداد للتوقيع التقليدي، فكان ذلك سببا لأن يتم تعريف التوقيع التقليدي وتحديد وظائفه في الكثير من التشريعات ومدى تحقيق التوقيع الإلكتروني لهذه الوظائف.

نجد أن التشريعات الوطنية قد اختلفت في سنها للقوانين المتعلقة بالتوقيع الإلكتروني، فنجد أن بعضها قد أفرد لها قانونا خاصا به أو أدخلها في نصوص التجارة الإلكترونية، كما هو الحال للمشرع المصري والأردني والبحريني والتونسي، والبعض الأخر أدخل تعديلات على القانون المدني وأقر بحجية التوقيع الإلكتروني ثم أصدر بعد ذللك المراسيم المنظمة لها كالمشرع الفرنسي والجزائري، و هو ما سنحاول التطرق إليه إتباعا .

1- الولايات المتحدة الأمريكية : حظي التوقيع الإلكتروني بتنظيم دقيق من الجانب التشريع سواء على المستوى الفدرالي أو على مستوى الولايات[1]، حيث تعتبر ولاية Utah هي السباقة في إصدار تشريع خاص بالتوقيع الإلكتروني، حيث تعترف بالحجية الكاملة به، إذا ما تم عن طريق نظام المفتاح العام وتم توثيقه بشهادة إلكترونية وهذا بموجب قانون التوقيع الرقمي لسنة 1995 [2]، ثم توالت بقيت الولايات في الاعتراف بالتوقيع الإلكتروني كوسيلة إثبات حديثة منها كاليفورنيا ، كنساس إلخ...

[1] علاء محمد عيد نصيرات، مرجع سابق، ص 25 .

[2] كامران الصالحي، الطبيعة القانونية لمسؤولية مزود خدمات التصديق ، مؤتمر المعاملات الإلكترونية (التجارة الإلكترونية – الحكومة الإلكترونية)، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الحقوق والشريعة، ماي 2009 ، ص 633

نقصر الكلام هنا على تعريف التوقيع الإلكتروني على المستوى الفدرالي، حيث ورد تعريفان الأول في القانون الفدرالي للتوقيع الإلكتروني والثاني في قانون المعاملات الإلكتروني الموحد.

فعرفه القانون الأول في المادة (102/ 8) بأنه :"التوقيع الذي يصدر بشكل إلكتروني ويرتبط بسجل إلكتروني"، والثاني عرفه بأنه: "صوت أو رمز أو إجراء يقع في شكل إلكتروني يلحق(يرتبط منطقيا) بعقد أو سجل أخر (وثيقة) ينفذ أو يصدر من شخص بقصد التوقيع على السجل"، إن التعريف الفدرالي للتوقيع الإلكتروني لم يورد صور التوقيع الإلكتروني على سبيل الحصر بل على سبيل المثال فقط، كما أنه لم يشترط أن يكون التوقيع مرتبطا بشكل مادي بالسجل الذي يقع عليه بل اكتفى بارتباطه بالسجل ارتباطا منطقيا[1].

2- تونس : تعتبر تونس من الدول العربية الأولى التي أولت اهتمام كبيرا بتقنين وتنظيم التجارة الإلكترونية، وظهر ذلك جليا عند إصداره لقانون عدد 83 لسنة 2000 مؤرخ في 9 أوت 2000 المتعلق بالمبادلات والتجارة الالكترونية.

إلا أن القانون التونسي عكس التشريعات الأخرى لم يعرف التوقيع الإلكتروني بل ترك هذه المهمة للفقه[2]، واكتفت فقط بوضع الأرضية اللازمة لإنشاء منظومة التوقيع الإلكتروني، وقامت بتعريف العناصر المؤدية إلى هذا التوقيع ومن أمثلتها، شهادة المصادقة الالكترونية، المحرر الالكتروني إلخ...

3- الأردن : هي من بين الدول التي أقرت بحجية التوقيع الإلكتروني في قانون المعاملات الإلكترونية رقم 85 لسنة 2001 بموجب المادة 2 منه التي تنص: "التوقيع الالكتروني: البيانات التي تتخذ هيئة حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها وتكون

[1] علاء محمد عيد نصيرات، المرجع السابق ، ص 25 .

[2] محمد رضا أزرو ، المرجع السابق، ص 38 .

مدرجة بشكل الكتروني أو رقمي أو ضوئي أو أي وسيلة أخرى مماثلة في رسالة معلومات أو مضافة عليها أو مرتبطة بها ولها طابع يسمح بتحديد هوية الشخص الذي وقعها ويميزه عن غيره من أجل توقيعه وبغرض الموافقة على مضمونه ".

إن المشرع الأردني قد وفق بدرجة كبيرة في تعريفه للتوقيع الإلكتروني، فلم يحصره هذا التوقيع في شكل محدد وإنما تركه للتطورات التي قد تحصل في هذا المجال وذلك بقوله: " ... أو أي وسيلة أخرى مماثلة..."، كما اشترط أن تكون البيانات مدرجة بشكل إلكتروني، وهو أمر بديهي فهو توقيع بشكل إلكتروني[1].

إضافة إلى ذلك فقد حدد الوظائف التي يجب أن يقوم بها التوقيع الإلكتروني وهي تحديد هوية الموقع وموافقته على مضمون السند وذلك بقوله :" ... ولها طابع يسمح بتحديد هوية الشخص الذي وقعها ويميزه عن غيره من أجل توقيعه وبغرض الموافقة على مضمونه".

غير انه وضع شروطا محددة حتى يكون للتوقيع الإلكتروني الحجية الكاملة في الإثبات، وهو ما سماه بالتوقيع الإلكتروني الموثوق وذلك في نص المادة 31 من نفس القانون بقولها :"إذا تبين نتيجة تطبيق إجراءات التوثيق المستخدمة إنها معتمدة أو مقبولة تجاريا أو متفقا عليها بين الأطراف فيعتبر التوقيع الالكتروني موثقا إذا اتصف بما يلي:

أ- تميز بشكل فريد بارتباطه بالشخص صاحب العلاقة.

ب- كان كافيا للتعريف بشخص صاحبه.

ج- تم إنشاؤه بوسائل خاصة بالشخص وتحت سيطرته.

[1] علاء محمد عيد نصيرات، المرجع السابق، ص 29.

د- ارتبط بالسجل الذي يتعلق به بصورة لا تسمح بإجراء تعديل على القيد بعد توقيعه دون إحداث تغيير في التوقيع.

4-إمارة دبي : لقد ميز في تعريفه للتوقيع الإلكتروني ما بين التوقيع الإلكتروني العادي والتوقيع الإلكتروني المحمي، فعرف الأول في المادة 1 من قانون رقم (2) لسنة 2002 بشأن المعاملات والتجارة الالكترونية بأنه: " التوقيع الالكتروني . توقيع مكون من حروف أو أرقام أو رموز أو صوت أو نظام معالجة ذي شكل الكتروني وملحق أو مرتبط منطقياً برسالة الكترونية وممهور بنية توثيق أو اعتماد تلك الرسالة."، إن هذا التعريف لم يحدد شكلا معينا يجب أن يتخذه التوقيع الإلكتروني بل ترك ذلك للتطور التكنولوجي الذي قد يحصل في هذا المجال، فمن الممكن أن يأتي التوقيع الإلكتروني بشكل حروف أو أرقام إلخ... وهذا الصور ليست على سبيل الحصر بل هي على سبيل المثال، المهم في هذا النوع من التواقيع أن يكون مرتبط منطقيا برسالة إلكترونية، أي أن تكون هناك علاقة مباشرة ما بين الرسالة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني المصاحب لها وأن يكون الهدف من توقيع هذه الرسالة توثيق هذه الرسالة .

ثم تطرق بعد ذلك إلى التوقيع الإلكتروني المحمي في نفس المادة بقوله: "التوقيع الالكتروني المحمي . التوقيع الالكتروني المستوفي لشروط المادة (20) من هذا القانون "، حيث أننا نلاحظ أنه لم ينص على الشروط الواجب توفرها في التوقيع المحمي بل أحال ذلك للمادة 20 من هذا القانون .

و هذه الشروط هي :

ينفرد به الشخص الذي استخدامه، ومن الممكن أن يثبت هوية ذلك الشخص، وان يكون تحت سيطرته التامة سواء بالنسبة لإنشائه أو وسيلة استعماله وقت التوقيع، ويرتبط بالرسالة الالكترونية ذات الصلة به أو بطريقة توفر تأكيداً يعول عليه حول سلامة التوقيع، بحيث إذا تم تغيير السجل الالكتروني فإن التوقيع الالكتروني يصبح غير محمي.

5- مصر: تعتبر مصر من الدول التي أفردت للتوقيع الإلكتروني قانونا خاص به، وذلك بموجب القانون رقم 15 لسنة 2004 الخاص بتنظيم التوقيع الإلكتروني، حيث عرف التوقيع الإلكتروني في المادة 1 / ح بأنه :" 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.".

يلاحظ على هذا التعريف أنه مزج ما بين التعريف التقني والتعريف الوظيفي، فهو قد حدد شكل التوقيع الإلكتروني بأنه يتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات وأضاف في الأخير كلمة " و غيرها" حتى تكون هناك إمكانية ظهور صور جديدة للتوقيع الإلكتروني قد يفرزها التطور التكنولوجي، أما الشق الوظيفي فإنه لم يتطرق إلا إلى وظيفة واحدة للتوقيع وهي تحديد هوية الموقع دون التطرق إلى الوظيفة الثانية المتعلقة برضا الموقع على ما تم التوقيع عليه [1].

وكغيره من المشرعين فإن المشرع المصري منح للتوقيع الإلكتروني الحجية الكاملة في الإثبات إذا ما استوفى هذا الأخير بعض الشروط المنصوص عليها في المادة 18 وهي:

-ارتباط التوقيع بالموقّع وحده دون غيره.

- سيطرة الموقّع وحده دون غيره على الوسيط الإلكتروني.

- إمكانية كشف أي تعديل أو تبديل في بيانات المحرر الالكتروني أو التوقيع الإلكتروني .

6- فرنسا : إن التوقيع لم يكن معرفا من قبل المشرع الفرنسي على الرغم من أنه ذكر في العديد من المرات في القانون المدني[2] إلا أنه وبعد ظهور التوقيع الإلكتروني

[1] سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق ، ص 386 .

[2] G. Bordinat ; Art prec. et Luc Grynbaum, ; Art prec , p. 21.

كوسيلة إثبات حديثة فقد تم تعريف التوقيع بصفة عامة ثم التوقيع الإلكتروني بصفة خاصة، وذلك في المادة 4- 1316 من القانون المدني .

حيث عرفت التوقيع الإلكتروني في الفقرة الثانية على أنه: " ومتى كان التوقيع الكترونياً، فإنه يتمثل في استعمال وسيلة تعريف مأمونة تؤكد ارتباط التوقيع بالتصرف المعني، ويكون الأمان الذي تمنحه هذه الوسيلة مفترضاً ما لم يثبت العكس إذا تمَّ إنشاء التوقيع الالكتروني، وتحقق تحديد شخص الموقع، وأمكن ضمان سلامة التصرف بمراعاة تطبيق الشروط التي تصدر بها لائحة عن مجلس الدولة"، يمكن القول بأن هذا التعريف مرن ويواكب التطور التكنولوجي الحاصل في هذا المجال[1] ،كما أن التوقيع الإلكتروني المتقدم يجب أن يحترم مجموعة من الشروط وهي: ارتباط التوقيع الإلكتروني بالموقع دون غيره، تسمح بتحديد هوية الموقع، أن يتم إنشائها بوسائل تسمح للموقع أن تكون تحت رقابته الحصرية، إمكانية كشف أي تبديل أو تعديل في بيانات التوقيع الإلكتروني.

7- **الجزائر**: لم يهتم المشرع الجزائري بالتوقيع الإلكتروني إلا مؤخرا بموجب القانون رقم 05- 10 المؤرخ في 20 جوان 2005 المعدل والمتمم للقانون المدني حيث أنه لم يعرف التوقيع الإلكتروني في هذا التعديل بل أقر بحجيته فقط، وذلك في المادة 327 / 2 ق.م.ج التي تنص: " ويعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1 أعلاه ".

نلاحظ أن هذه الفقرة تحيلنا إلى المادة 323 مكرر 1 ق.م.ج التي تنص على الشروط الضرورة لصحة الكتابة الإلكتروني ومعها التوقيع الإلكتروني وهذه الشروط هي :

إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها، وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها .

[1] H. Roland et Laurent Boyer, op.cit., p. 602.

ثم بعد ذلك أصدر المشرع الجزائري المرسوم التنفيذي 07 – 162 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم 01 – 123 والمتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات حيث عرف التوقيع الإلكتروني بأنه " ... التوقيع الإلكتروني : هو معطى ينجم عن استخدام أسلوب عمل يستجيب للشروط المحددة في المادتين 323 مكرر و 323 مكرر 1"، ثم حدد شروط التوقيع الإلكتروني المؤمن في المادة 3 من نفس القانون[1]، وهي أن يكون خاصا بالموقع، يتم إنشائه بوسائل يمكن أن يحتفظ بها الموقع تحت مراقبته الحصرية، يضمن مع الفعل المرتبط به صلة بحيث يكون كل تعديل لاحق للفعل قابلا للكشف عنه .

أخيرا عرف المشرع الجزائري التوقيع الإلكتروني في المادة 1/2 من قانون القانون رقم 15-04 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين بقوله :" 1- التوقيع الإلكتروني : بيانات في شكل إلكتروني، مرفقة أو مرتبطة منطقيا ببيانات إلكترونية أخرى، تستعمل كوسيلة توثيق" ، ثم بعد ذلك حدد شروط التوقيع الإلكتروني الموصوف في المادة 7 من نفس القانون، والتي سندرسها بالتفصيل في الفرع الثالث .

الملاحظ أن أغلب التشريعات تستعمل مصطلح التوقيع الإلكتروني أو مصطلح التوقيع في الشكل الإلكتروني لانعدام اتفاق على تعريف واحد وهذا نظرا للتطور السريع الذي تعرفه وسائل الاتصال وظهور أنماط عديدة من التوقيعات الإلكترونية في الواقع العملي الشيء الذي سيؤدي إلى تطور التعاريف[2].

[1] أنظر: المادة 3 المرسوم التنفيذي 07 – 162 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم 01 – 123 والمتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات .

[2] حسن طالبي، التوقيع الإلكتروني في القانون الجزائري والتشريعات المقارنة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، العدد 04، ديسمبر 2013، ص 536

الفرع الثالث: التوقيع الإلكتروني المتقدم (الموصوف)

نلاحظ من خلال تعريف التوقيع الإلكتروني أن معظم التشريعات الدولية أو الوطنية قد ميزت بين التوقيع الإلكتروني البسط والتوقيع الإلكتروني المتقدم أو المؤمن، حيث منحت هذه التشريعات الحجية الكاملة للتوقيع الإلكتروني المتقدم مقارنة بالتوقيع الإلكتروني البسيط الذي لا يحوز على هذه الحجية، غير أنه لا يجوز إهدار قيمة التوقيع الإلكتروني البسيط لمجرد أنه لم يستوفي الشروط المنصوص عليها في التوقيع الإلكتروني المتقدم[1] .

بالتالي فإن التوقيع الإلكتروني البسيط أو المتقدم يعتبر مقبولا في العدالة، غير أن التوقيع الإلكتروني المتقدم يعتبر موثوقا فيه إلى غاية إثبات عكس ذلك، وله نفس القيمة القانونية لتوقيع الخطي[2]، ويرى بعض من الفقه[3] أنه في الوقت الحالي وحدها التوقيعات الإلكترونية المعتمدة على التشفير بالمفتاح التي تستجيب للمتطلبات القانونية وخصوصا ضمان العلاقة ما بين الموقع والرسالة .

نجد أن المشرع الجزائري قد نهج نفس الأسلوب في هذا المجال، فأعطى للتوقيع الإلكتروني الموصوف نفس حجية التوقيع المكتوب وفق المادة 8 من القانون رقم 15-04 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين[4]، و لم يحتفظ المشرع الجزائري بتسمية التوقيع الإلكتروني المؤمن بل أسماها بالتوقيع الإلكتروني الموصوف، ثم بعد ذلك حدد شروطها في المادة 7 من نفس القانون وهي أن ينشأ على أساس شهادة تصديق إلكتروني موصوفة، أن يرتبط بالموقع دون سواه، أن يمكن من تحديد هوية الموقع، أن يكون مصمما بواسطة آلية مؤمنة خاصة بإنشاء التوقيع الإلكتروني، أن يكون منشأ

---

[1] إيمان مأمون أحمد سليمان ، المرجع السابق، ص 279

[2] Y. SHANDI , Thèse préc , p.317.

[3] E. A. CAPRIOLI & Anne CANTERO, Art préc.

[4] تنص المادة 8 ."يعتبر التوقيع الإلكتروني الموصوف وحده مماثلا للتوقيع المكتوب سواء كان لشخص طبيعي أو معنوي."

بواسطة وسائل تكون تحت التحكم الحصري للموقع، أن يكون مرتبطا بالبيانات الخاصة به، بحيث يمكن الكشف عن التغييرات اللاحقة بهذه البيانات.

يجدر بنا القول أنه بإجراء مقارنة ما بين الشروط المنصوص عليها في التشريع السابق والتشريع الحالي، نتوصل إلى أن القانون الحالي قد نص على 6 شروط حتى نكون أما توقيع إلكتروني موصوف بينما في التشريع السابق لا نجد إلا 3 شروط فقط، كما أن هذه الشروط منصوص عليها في التشريع الحالي ولكن بصيغة قانونية مختلفة، فنجد شرط أن "يكون خاصا بالموقع" قد تم تعويضه ب "أن يرتبط بالموقع دون سواه"، وشرط "يتم إنشائه بوسائل يمكن أن يحتفظ بها الموقع تحت مراقبته الحصرية "، عوض بعبارة "أن يكون منشأ بواسطة وسائل تكون تحت التحكم الحصري للموقع"، وأخيرا عبارة " يضمن مع الفعل المرتبط به صلة بحيث يكون كل تعديل لاحق للفعل قابلا للكشف عنه " تم تعويضها ب "أن يكون مرتبطا بالبيانات الخاصة به، بحيث يمكن الكشف عن التغييرات اللاحقة بهذه البيانات".

لقد أضاف القانون الحالي شرطين آخرين لم يكونان موجودان في التشريع السابق وهما أن ينشأ على أساس شهادة تصديق إلكتروني موصوفة و أن يمكن من تحديد هوية الموقع.

لقد جانب المشرع الجزائري الصواب عندما أضاف هذين الشرطان، فتحديد هوية الموقع في التوقيع الإلكتروني الموصوف أمر لا يحتاج إلى ذكره لأنه قد تم ذكر هذا الشرط في المادة 6 من نفس القانون، فإن كان التوقيع الإلكتروني البسيط يقوم بهذه الوظيفة فمن باب الأولى أن يكون متوافرا في التوقيع الإلكتروني الموصوف، وبالتالي لسنا بحاجة إلى إعادة ذكره من جديد في المادة 7، كما أن ربط التوقيع الإلكتروني الموصوف بشهادة تصديق موصوفة فهو أمر بديهي فلا يمكن أن نتصور إصدار شهادة تصديق موصوفة

لتوقيع إلكتروني بسيط، وإلا فإن مزود الخدمات يتحمل المسؤولية المنصوص عليها في المواد 53 وما يليها من قانون التوقيع والتصديق الإلكترونيين الجزائري[1].

اعتبر المشرع الجزائري في المادة 8 من نفس القانون أن التوقيع الإلكتروني الموصوف هو الوحيد الذي له نفس حجية التوقيع المكتوب، إلا أنه وفقا للمادة 9[2] لا يعني ذلك تجريد التوقيع الإلكتروني العادي أو البسيط من من فعاليته القانونية أو رفضه كدليل إثبات أمام القضاء لمجرد أنه أتى بشكل إلكتروني أو لم يعتمد على شهادة تصديق موصوفة أو تم إنشائه بواسطة آلية مؤمنة لإنشاء التوقيع الإلكتروني.

المقصود بهذه المادة عدم تجريد التوقيع الإلكتروني البسيط من حجيته، و اعتباره كدليل إثبات أمام القضاء، و لا يمكن للقاضي أن يرفض التوقيع الإلكتروني العادي كوسيلة إثبات، بالتالي يمكن للأفراد إنشاء توقيع إلكتروني مهما كان نوعه والاحتجاج به أمام القضاء في حال وقوع نزاع، وما على الشخص الذي يدعي أن التوقيع الإلكتروني البسيط ليس له حجية أن يثبت ذلك .

لقد اهتم بعض الفقه[3] بهذه المسألة واعتبر أن التوقيع الإلكتروني البسيط لا يجرد من كل قيمة قانونية بل يأخذ قيمة مبدأ الثبوت بالكتابة، ويمكن حين ذلك أن يستكمل بأية وسيلة إثبات كشهادة الشهود أو القرائن وهو ما يعتبر مخالفا لما جاء به المشرع الجزائري في المادة 9 المذكورة أعلاه .

---

[1] سندرس بالتفصيل مسؤولية مزود الخدمات في الفصل الثاني من هذا الباب .

[2] تنص المادة 9 من على ما يلي : "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- أن لم يتم إنشائه بواسطة آلية مؤمنة لإنشاء التوقيع الإلكتروني."

[3] J. Esnault , : op. cit , p.31.

على هذا الأساس سنقتصر فقط على دراسة أربعة شروط لصحة التوقيع الإلكتروني الموصوف وهي أن يرتبط بالموقع دون سواه، يتم إنشائه بوسائل يمكن أن يحتفظ بها الموقع تحت مراقبته الحصرية، أن يكون مرتبطا بالبيانات الخاصة به، بحيث يمكن الكشف عن التغييرات اللاحقة بهذه البيانات، أن يكون مصمما بواسطة آلية مؤمنة خاصة بإنشاء التوقيع الإلكتروني.

أولا: توقيع إلكتروني خاص بالموقع

المقصود به أن تكون بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني مثل المفتاح الخاص في التوقيع الرقمي أو الخواص الذاتية للموقع بالنسبة للتوقيع البيومتري، أو الكود السري في التوقيع الكودي، فيجب أن تكون كل هذه المعطيات خاصة بالموقع وحده دون سواه، فلا يجب بأي حال من الأحوال أن يكون هناك توقيع إلكتروني واحد لموقعين اثنين، بل يجب أن تكون محصورة في شخص واحد فقط [1].

الهدف الأساسي من النص على هذا الشرط هو أن يحقق التوقيع الإلكتروني المتقدم الوظيفة الأساسية للتوقيع بصفة عامة وهي تحديد هوية الموقع[2].

يتحقق هذا الشرط وفق المشرع المصري من الناحية التقنية والفنية متى استند التوقيع الإلكتروني إلى منظومة تكوين بيانات إنشاء توقيع إلكتروني مؤمنة على النحو الوارد في المواد 2 ، 3 ، 4 من اللائحة التنفيذية للتوقيع الإلكتروني ، وتكون في الحالتين التاليتين :

الحالة الأولى : أن يكون هذا التوقيع مرتبط بشهادة تصديق إلكتروني معتمدة ونافذة المفعول صادرة من جهة تصديق إلكتروني مرخص لها أو معتمدة.

[1] سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق ، ص 458

[2] محمد حسن رفاعي عطار، البيع عبر شبكة الانترنيت دراسة مقارنة في ضوء قانون التوقيع الإلكتروني رقم 15 لسنة 2004، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، الطبعة الأولى ، 2007 ، ص 205.

الحالة الثانية: أن يتم التحقق من صحة التوقيع الإلكتروني طبقا للمادة 7 من هذه اللائحة.

بالتالي نجد أن بعضا من الفقه يرى أن تحقق هذا الشرط يتم عن طريق إصدار شهادة تصديق من طرف مزود الخدمات بحيث يضمن توثيق التوقيع وتحديد هوية الموقع[1].

كما أن المشرع الفرنسي نص على هذا الشرط في المادة 1 من المرسوم 272 لسنة 2001، والمادة 2 / 2 من التعليمة الأوروبية بشأن التوقيعات الإلكترونية، وأخيرا فإن المشرع الجزائري قد نص على هذا الشرط في المادة 1/7 ق .ت .ت .إ ومن قبلها في المادة 3 من المرسوم التنفيذي 07-162 الملغى.

ثانيا: يتم إنشائه بوسائل يمكن أن يحتفظ بها الموقع تحت مراقبته الحصرية

المقصود بهذا الشرط أن الوسيلة المستخدمة يجب أن تكون تحت يد الموقع، أي الشخص الذي يعترف له القانون بأهلية التوقيع[2] .

يجب في البداية التمييز بين وسيلة إنشاء التوقيع الإلكتروني وبيانات أو معطيات إنشاء التوقيع الإلكتروني، فمثلا بالنسبة لتوقيع الرقمي فإن معطيات إنشاء التوقيع هي المفتاح الخاص، أما البرنامج الذي ينشئ تلك المفاتيح هو وسيلة إنشاء التوقيع[3] .

من خلال استقراء النصوص القانونية المتعلقة بالتوقيع الإلكتروني فإننا نجد أن معظمها قد حاول التمييز بين المصطلحين وذلك من خلال تعريفهما حتى لا يقع الخلط ما بينهما.

فنجد مثلا المشرع الفرنسي في المادة الأولى من المرسوم المادة 1 من المرسوم 272 لسنة 2001 قد عرف معطيات إنشاء التوقيع الإلكتروني بأنها: " كل العناصر الخاصة

---

[1] يوسف زروق ، المرجع السابق، ص 232. و محمد بودالي، المرجع السابق، ص 54.

[2] يوسف زروق، المرجع نفسه، ص 233.

[3] J. Esnault, op. cit , p. 8.

بالموقع مثل مفاتيح التشفير الخاصة المستعملة من طرفه من أجل إنشاء توقيع إلكتروني "، وفي نفس المادة عرف وسيلة إنشاء التوقيع الإلكتروني بأنها :" عبارة عن العتاد أو البرنامج المخصص من أجل استعمال المعطيات الخاصة بإنشاء التوقيع الإلكتروني"، يقصد بالوسائل في هذا الشرط هي الأدوات المادية و المعدات والبرنامج الحاسوبي المخصص في استحداث وخلق التوقيع الإلكتروني[1] .

فالتوقيع الإلكتروني ما هو إلا وسيلة حديثة وجدت كبديل للتوقيع الخطي، فلا يتصور الوجود المادي للأشخاص المتعاقدة في مجلس واحد وقت التوقيع، إلا أن هذا لا يغني عن ضرورة أن يكون الموقع مسيطرا على أداة التوقيع بما لا يسمح لغيره استعمالها من دون إذنه.

ومتى فقد الموقع سيطرته على أدوات إنشاء التوقيع الإلكتروني فإننا نكون في هذه الحالة أمام اغتصاب للتوقيع الإلكتروني[2]، فكثيرا ما يفقد الموقع السيطرة على التوقيع الإلكتروني وذلك في حال استيلاء الغير على منظومة إنشاء التوقيع الإلكتروني، في هذه الحالة فإن معظم القوانين فرضت على الموقع أن يأخذ كامل احتياطاته حتى لا تستعمل إلا من طرفه بشكل حصري .

فنجد المشرع التونسي في الفصل السادس من قانون المبادلات والتجارة الالكترونية قد ألزم كل من يستعمل منظومة التوقيع الإلكتروني أن يتخذ التدابير الدنيا لتفادي كل استعمال غير مشروع لعناصر التشفير أو المعدات الشخصية المتعلقة بإمضائه، ويجب عليه في هذه الحالة إعلام مزود الخدمات بكل استعمال غير مشروع لتوقيعه .

---

[1] عبد الله أحمد عبد الله غرايبة، حجية التوقيع الإلكتروني في التشريع المعاصر، دار الراية للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2008 ، ص 142 .

[2] عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق ، ص 444.

نفس الالتزام نجده في قانون إمارة دبي الخاص بالمبادلات والتجارة الالكترونية وفقا للمادة 22، إذ أوجبت على الموقع أن يبذل عناية معقولة لتفادي استخدام أداة توقيعه استخداماً غير مأذون، كما أنه ملزم أن يخطر الأشخاص المعنيين بدون تأخير غير مبرر، وذلك في حالة :معرفة الموقع بأن أداة توقيعه تعرضت لما يثير الشبهة في درجة أمانها.

لم يحد المشرع الجزائري عن هذا الاتجاه فقد ألزم صاحب شهادة التصديق (الموقع) في المادة 61 /2 ق.ت.ت .إ[1] في حالة الشك في الحفاظ على سرية بيانات إنشاء التوقيع، أو في حالة ما إذا أصبحت هذه البيانات غير مطابقة للمعلومات المتضمنة في شهادة التصديق أن يطلب إلغائها من طرف مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني .

مما تقدم فإنه لا يجوز بأي حال من الأحوال قيام الشخص بإنابة غيره في التوقيع الإلكتروني في ظل النصوص الحالية، بل يجب أن تكون سيطرة الموقع على منظومة إنشاء التوقيع الإلكتروني سيطرة كاملة وحصرية ولا يشاركه فيه أي شخص أخر.

ثالثا: يضمن مع الفعل المرتبط به صلة بحيث يكون كل تعديل لاحق قابلا للكشف عنه

الهدف الأساسي من هذا الشرط هو تحقيق الوظيفة الثانية للتوقيع[2]، وهي أن يعبر التوقيع عن رضاء الموقع بمحتوى المحرر الإلكتروني، فعندما تكون الصلة بين التوقيع الإلكتروني والمحرر الموقع عليه أكيدة ودائمة، فإن هذا يعني أن المحرر الإلكتروني الموقع عليه لم يحدث فيه أي تعديل، وهو ما يؤدي بالضرورة إلى تحقق رضا الموقع بما احتواه السند .

مما تتقدم يتضح لنا جليا أن فكرة سلامة المحرر الإلكتروني ترتبط بشكل كبير بمدى توافر هذا الشرط، خاصة إذا ما علمنا أن عن المحرر الإلكتروني يختلف عن المحرر

[1] أنظر: المادة 2/61 ق.ت. ت.إ."

[2] سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق ، ص 464 .

الورقي الذي ترتبط فيه المعلومات بالدعامة الورقية بشكل لا يقبل الانفصال إلا بإحداث أثر واضح على محتوى المحرر، بينما المحرر الإلكتروني يمكن تعديل ما ورد فيه من دون إحداث أي أثر، نظرا لانفصال البيانات عن الدعامة الإلكترونية[1]، وبالتالي يستوجب استعمال التقنيات الحديثة حتى لا يتمكن أي شخص من تعديل المحرر الإلكتروني .

رابعا: أن يكون مصمما بواسطة آلية مؤمنة خاصة بإنشاء التوقيع الإلكتروني

لقد أولى المشرع الجزائري أهمية كبرى لهذا الشرط فخصص له فصلا كاملا يقع في الباب الثاني المعنون ب" التوقيع الإلكتروني" في الفصل الثاني منه والمعنون ب "آليات إنشاء التوقيع الإلكتروني الموصوف والتحقق منه"، ويرجع السبب في ذلك أن أساس وجود التوقيع الإلكتروني الموصوف هو ضرورة أن يكون مؤمنا حتى يتم ترسيخ الأمن والأمان والطمأنينة في نفوس الأفراد، لكون هذه الوسيلة حديثة في المجتمع الجزائري وأن التعاملات الإلكترونية في شبكة الانترنت غالبا ما تكون مطمعا للقراصنة ولمختلف الجرائم الإلكترونية التي تمس بالخصوص الحياة الخاصة بالأفراد وبالتالي فإن التوقيع الإلكتروني الموصوف جاء خصيصا لحماية خصوصية الأفراد في شبكة الانترنت.

لقد أقر المشرع الجزائري مبدأ عام وهو ضرورة أن يكون التوقيع الإلكتروني الموصوف قد تم إنشائه بآلية مؤمنة وفق ما تنص عليه المادة 10 من نفس القانون، ثم حدد في المادة 11 الشروط التي يجب أن تكون في هذه الآلية وقد قسمها إلى قسمين أساسين، القسم الأول متعلق بالوسائل التقنية والإجراءات المناسبة التي تضمن على أقل ما يلي:

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

[1] تامر محمد سليمان الدمياطي، المرجع السابق ، ص 611 .

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

–أن تكون البيانات المستعملة لإنشاء التوقيع الإلكتروني محمية بصفة موثوقة من طرف الموقع الشرعي من أي استعمال أخر من قبل الآخرين.

فيما يخص القسم الثاني فذكرت فيه أن لا تعدل البيانات محل التوقيع وأن لا تمنع أن تعرض هذه البيانات على الموقع قبل عملية التوقيع[1] .

نلاحظ أن المشرع الجزائري عند وضعه الشروط الخاصة بآليات إنشاء التوقيع الإلكتروني، قد ركز على البيانات المستخدمة في إنشاء التوقيع الإلكتروني، فيجب أن لا تصادف هذه البيانات إلا مرة واحدة فقط مع ضمان سريتها، وأن لا نستخرج هذه البيانات عن طريق الاستنتاج، مع حماية هذه البيانات بصفة موثوقة من طرف الموقع ، وأخيرا أن لا تعدل هذه البيانات وأن تعرض للموقع قبل التوقيع.

لقد وفق المشرع الجزائري عندما ارتكز على حماية البيانات أثناء إنشاء التوقيع الإلكتروني، لأنه لا يمكن تصور إنشاء توقيع إلكتروني مهما كان نوعه من دون بيانات خاصة به، وبالتالي كان من الضروري أن يحمي المشرع الجزائري هذه البيانات من كل محاولات التلاعب بها أو تزويرها أو اختراق سريتها أو عدم تحكم بها أو تكرارها مرة ثانية .

زيادة على ذلك اشترط المشرع الجزائري في المادة 2/13[2] ق.ت.ت.إ أن تكون آلية التحقق من التوقيع الإلكتروني موثوقة وأن تتوفر فيه المتطلبات التالية :

– أن تتوافق البيانات المستعملة للتحقق من التوقيع الإلكتروني مع البيانات المعروضة عند التحقق من التوقيع الإلكتروني .

---

[1] تنص المادة 2/11 ق .ت . ت . إ على ما يلي: "يجب أن لا تعدل البيانات محل التوقيع وأن لا تمنع أن تعرض هذه البيانات على الموقع قبل عملية التوقيع".

[2] أنظر: المادة 2/13 ق.ت.ت.إ

– أن يتم التحقق من التوقيع الإلكتروني بصفة مؤكدة وأن تكون نتيجة هذا التحقق معروضة عرضا صحيحا.

–أن يكون مضمون البيانات الموقعة، إذا اقتضى الأمر محددا بصفة مؤكدة عند التحقق من التوقيع الإلكتروني.

–أن يتم عرض نتيجة التحقق وهوية الموقع بطريقة واضحة وصحيحة.

يجب القول في الأخير أن التأكد من مطابقة الآلية المؤمنة إنشاء التوقيع الإلكتروني الموصوف، والآلية الموثوقة للتحقق من التوقيع الإلكتروني الموصوف يتم من طرف الهيئة الوطنية المكلفة باعتماد آليات إنشاء التوقيع الإلكتروني والتحقق منه، والتي لم يتم إنشائها لحد الساعة، لذلك فقد أحال المشرع الجزائري في المادة 78 من نفس القانون هذه المهام للمصالح المختصة في هذا المجال لفترة انتقالية لا تتجاوز 5 سنوات من تاريخ نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية إلى غاية إنشائها[1].

المطلب الثاني: صور التوقيع الإلكتروني وتطبيقاته

الملاحظ أن معظم التعريفات الواردة في مجال التوقيع الإلكتروني لم تحصره في شكل واحد بل تركت المكان واسعا لما قد تفرزه التكنولوجيا الحديثة من تطورات قد تحدث في هذا المجال.

وهو ما وقع فعلا حيث أنه يوجد في الواقع العملي العديد من صور التوقيع الإلكتروني، وإن كانت تختلف حجية كل صورة منها عن الأخرى (الفرع الأول)، كما أنه زادت أهمية التوقيع الإلكتروني مع اتساع مجالات تطبيقه بحيث أصبحت هذه الوسيلة

[1] تنص المادة 78 ق.ت.ت .إ :"توكل مهام الهيئة المكلفة بالاعتماد المنصوص عليها في المادة 14 من هذا القانون إلى المصالح المختصة في هذا المجال لفترة انتقالية تدوم إلى حين إنشاء الهيئة المكلفة بهذه المهمة، على أن لا تتجاوز هذه المدة خمس(5) سنوات ابتداء من تاريخ نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية ".

الحديثة ذات أهمية بالغة في العديد من مجالات الحياة (الفرع الثاني)، لم تكن الجزائر بمعزل عن هذه التطورات وحاولت استعمال التوقيع الإلكتروني وهو ما سنعالجه بالتفصيل في الفرع الثالث .

الفرع الأول: صور التوقيع الإلكتروني

إن التوقيع الإلكتروني عادة ما تكون له عدة صور وأشكال، فقد يأتي بشكل توقيع بيومتري أو توقيع بالقلم الإلكتروني أو توقيع كودي ، أو توقيع رقمي وهو ما سنتطرق إليه إتباعا في هذا الفرع .

أولا: التوقيع بالقلم الإلكتروني Pen – op

وهذه الصورة تتمثل بالخصوص في استعمال تقنية القلم الإلكتروني وهو عبارة عن قلم حساس، حيث يقوم الشخص الموقع بكتابة توقيعه بواسطة قلم إلكتروني على شاشة الحاسب الآلي وذلك عن طريق استخدام برنامج معين .

يقوم هذا البرنامج بوظيفتين، الأولى خدمة التقاط التوقيع ، حيث يقوم الموقع بتحريك القلم على الشاشة في المكان المحدد لذلك من قبل البرنامج ويستطيع المستخدم رؤية توقيعه على الشاشة، ثم بعد ذلك يظهر له مربعان في إحداهم كلمة موافق وفي الأخرى كلمة غير موافق، فإن ضغط على كلمة موافق فإنه يتم حفظ وتخزين التوقيع بطريقة التشفير بكل ما في التوقيع من خصائص والتواءات وانحناءات ودوائر ونقاط ودرجة الضغط بالقلم إلخ... وما شابه ذلك من سمات خاصة بالتوقيع الخاص بالموقع والذي يكون قد سبق تخزينه في الحاسب الآلي[1].

والثانية خدمة التحقق من صحة التوقيع حيث يصدر البرنامج تقريرا حول مدى صحة التوقيع الذي تم وضعه، حيث يتم مقارنتها بالتوقيع الذي وضعه الشخص على الشاشة

[1] أنظر: عبد الله أحمد عبد الله غرايبة ، المرجع السابق، ص 48 و عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق ، ص 33 و 34 .

عند إجراء الصرف القانوني، ويقوم البرنامج بإصدار تقرير حول شخصية الموقع وهويته للطرف الأخر في التعامل [1].

على الرغم من بساطة هذا النوع من التوقيع وسهولة استخدامه إلا أنه لم يعرف انتشارا كبيرا في مجال المعاملات الإلكترونية، لأنه غالبا ما تعتبر هذه التقنية تحتاج إلى وسائل تقنية ذات تكلفة عالية، إضافة إلى ذلك يشترط في الموقع والمرسل إليه أن يتوافرا على شاشة كمبيوتر قابلة للكتابة عليها وقلم إلكتروني والبرنامج الخاص بعملية التوقيع، ويعتقد بعض الفقه أنه متى توفرت مكونات هذا التوقيع بأسعار معقولة فإنها ستكون من أكثر الوسائل استعمالا[2].

كما أن هذا النوع من التوقيعات يشكل مخاطر كبيرة للموقع فيصعب في كثير من الأحيان نسبة المحرر الإلكتروني إلى موقعه، إذ يمكن للمرسل إليه الاحتفاظ بنسخة من صورة التوقيع التي وصلته ثم يضعها مرة ثانية على محرر إلكتروني آخر، ويحتاج إلى جهة توثيق إضافية[3]، زيادة على ذلك فإنه يعاب على هذا النوع من التوقيعات صعوبة أن يوقع نفس الشخص بنفس الشكل حتى ولو كانت المدة الزمنية الفاصلة بين التوقيع ثواني معدودة فقط.

ثانيا: نقل التوقيع الخطي بالماسح الضوئي

أساس هذا التوقيع يقوم على مبدأ نقل التوقيع الخطي الموجود فوق الدعامة الورقية إلى دعامة إلكترونية بواسطة الماسح الضوئي (scanner) حيث يخزن هذا التوقيع فيما بعد في مذكرة الكمبيوتر أو في دعامة مغناطيسية مثل أقراص مغناطيسية (Disquette) أو أقراص ضوئية مكتنزة(CD. ROM)[4]، ثم يوضع هذا التوقيع فوق المستند الإلكتروني .

---

[1] سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق ، ص 396 .

[2] سامح عبد الواحد التهامي، المرجع نفسه ، ص 397 .

[3] لزهر بن سعيد ، المرجع السابق، ص 159.

[4] محمد رضا أزرو ، المرجع السابق، ص 39 .

أخيرا يتم تحويل المحرر الإلكتروني إلى شكل ورقي بعد طباعتها، وتكون النتيجة النهائية مطابقة بشكل كبير للأصل خاصة إذا ما أستعمل ورق وطابعة من النوع الجيد [1].

على الرغم من هذه الميزات التي يوفرها هذا النوع من التوقيع إلا أنه يأخذ عيه عدة مأخذ وسلبيات فهو لا يوفر الأمان القانوني للأطراف الموقعة إذ يمكن لأي شخص سيء النية أن يدخل إلى مذكرة الكمبيوتر أو أن يتحصل على الدعامة المغناطيسية ويقوم بنسخ هذا التوقيع واستعماله لأغراض لم تتصرف إرادة الموقع عليها وبالتالي فإن هذه الوثيقة الموقعة لا تربط بالموقع أي علاقة بينهما ،وقد استقر الوضع على عدم الاعتداد بهذا النوع من التوقيع[2].

لقد سار القضاء الفرنسي على نفس النهج ولم يعترف بهذا النوع من التوقيعات و لم يساويه مع التوقيع الخطي ولم بمنح له أي حجية في الإثبات[3].

ثالثا: التوقيع اليوميتري

يتميز كل إنسان بصفات فيزيولوجية وسلوكية لا يمكن أن تتكرر بين فردين، وغالبا ما يتم استعمال هذه الخصائص كوسيلة لإتمام مختلف التصرفات القانونية، وهو ما يسمى بالتوقيع البيومتري أو التوقيع باستخدام الخواص الذاتية، والتي ترتكز على تكنولوجيا العلم البيومترولوجي[4] .

إذ يتم تمييز شخصية الموقع إما بواسطة بصمة أصبعه (dactyloscopie) أو بقزحية العين (rétinoscopie)،وهناك كذلك ما يعرف بالبصمة الصوتية للشخص أو حتى اللجوء إلى تمييز العميل عن طريق دراسة توقيعه مثل طريقه تخطيطه للتوقيع وسرعة الحركة

[1] D. Gobert et é. Montero, Art préc; p.57 .

[2] أنظر في ذلك : سعيد سيد قنديل، التوقيع الالكتروني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2004، ص.66

[3] Fort -de –france,ch.civ.,14 Déc .2012,n°12/00311,CCE 2013,comm.60,note E .Caprioli, cite par Grynbaum (L) et autres ,op.cit ,p.34.

[4] حسن طالبي، المرجع السابق ، ص 543.

والضغط على القلم إلخ ...[1]، و سوف نحاول قدر الإمكان إعطاء لمحة موجزة عن بعض الخواص الذاتية .

1-بصمة الأصبع (dactyloscopie)

أصل هذه الكلمة يوناني مقسمة إلى جزأين dactulos التي تعني الأصبع و gramma التي تعني الكتابة، وقد تم تعريفها بأنها دراسة أصابع اليد التي تسمح بتحديد هوية الشخص[2]، ولا يقتصر استعمال هذه التقنية في المجال القانوني فقط بل يشمل كذلك المجال الطبي خاصة ما يعرف بعلم الوراثة.

من المتعارف عليه أن بصمة الأصبع تختلف من شخص إلى أخر، وبالتالي تشكل عنصرا هاما في تحديد هوية الشخص، وتتمثل هذه الطريقة بوضع الشخص يده على سطح عاكس ويتم التقاط صورة باستخدام محبس شحنات متصل بمجموعة متراصة من المرايا[3].

2-قزحية العين (rétinoscopie)

المقصود بالقزحية هي عضو داخلي يقع خلف القرنية ويمكن رؤيتها من الخارج على شكل جزء ملون في العين وتختلف من شخص لأخر ، كما تعتبر من أكثر أجزاء العين البشرية وضوحا، وتتكون من عضلة دائرية وأخرى طولية للتحكم في كمية الضوء المارة إلى شبكية العين[4].

تتم عملية التوقيع البيومتري عن طريق ما يعرف بالماسح الضوئي للقزحية، الذي يتمتع بدقة كبيرة، بحيث يجلس العميل أو الموقع في وضع يرى بنفسه انعكاس عينه على

---

[1] محمد رضا أزرو ، المرجع السابق، ص 42 .

2 هذا التعريف ماخوذ من موقع http://www.vulgaris-medical.com

3 سحر البكباشي ، التوقيع الإلكتروني "دراسة تحليلية لأحكام قانون رقم 15 لسنة 2004 مدعمة بالتشريعات المقارنة "، منشأة المعارف ، القاهرة، 2009، ص 45 .

4 هذا التعريف مأخوذ من موقع/http://ar.wikipedia.org

الجهاز وتلتقط آلة التصوير التلفزيونية صورة لقزحيته[1] ، ولا تتأثر هذه التقنية بوضع العميل للقزحية أو النظارات الطبية .

3-ديناميكية التوقيع بخط اليد

ترتكز هذه التقنية على التقاط التوقيع الخطي للموقع بحيث يقوم العميل في هذه الحالة بوضع توقيعه الشخصي بواسطة قلم خاص على سطح عاكس مرتبط بجهاز الكمبيوتر ثم يقوم هذا الأخير بحفظ هذا التوقيع في قرص لين أو في ذاكرة الكمبيوتر.

لقد حاولت الجزائر استعمال هذه التقنية لما توفره من مزايا بالخصوص تحديد هوية الموقع بشكل دقيق وذلك عن طريق إصدار ما يعرف بالجواز السفر وبطاقة التعريف البيومتريين بموجب قرار مؤرخ في 19 جويلية 2010 يتعلق بملف طلب بطاقة التعريف الوطنية وجواز السفر البيومتريين وكيفيات معالجته .

حيث أن هاتين الوثيقتين تعتمدان أساسا على الخواص الذاتية للشخص لتحديد هويته، إذ أن كلاهما يحتويان على شريحة إلكترونية تسجل فيها كل معطيات الحالة المدنية للشخص إضافة إلى صورة رقمية له و بصمة الأصابع كذلك [2]، غير أن الأشخاص الذين تقل أعمارهم عن 12 سنة لا تأخذ بصمات أصابعهم وفق ما تنص عليه المادة 6 فقرة 3 من القرار .

من خلال دراستنا للتوقيع البيومتري يتضح لنا جليا أنه وسيلة ناجعة لتحديد هوية الموقع، إلا أنها لا تعني بالضرورة رضائه الالتزام بمضمون ما تم التوقيع عليه [3]، فيمكن أن يتعرض هذا النوع من التوقيعات إلى التزوير والنسخ كأن تخضع الذبذبات الصوتية أو بصمة الأصبع أو شبكة العين الخاصة بالشخص لتعديل أو النسخ [4]، وذلك نظرا لكون هذا

---

[1] الصالحين محمد العيش ، الكتابة الرقمية طريقا للتعبير عن الإرادة المرجع السابق ، ص 44.

2 هذه المعلومات مذكورة في الموقع : http://vosdroits.service-public.fr/F18723.xhtm

3 أنظر: تامر محمد سليمان الدمياطي ، المرجع السابق، ص 387 .

[4] حسن عبد الباسط الجمعي ، إثبات التصرفات المرجع السابق ، ص 41 .

التوقيع يتم الاحتفاظ بها في ذاكرة الحاسوب أو على قرص ممغنط ، وبالتالي تكون عرضة للقرصنة عليها [1].

كما أن اللجوء إلى الخصائص البيومترية للإنسان قد تواجهه بعض الصعوبات بصمات الأصابع عبر الزمن أو بسبب العمل في بعض المهن، وتطابق أوجه التوائم [2]، و يمكن أن تتأثر مميزات الشخص بإدخال التعديل عليها [3].

إضافة إلى ذلك فإن هذا النوع من التوقيعات غالبا ما تكون ذو كلفة عالية وهو ما يحد من انتشارها، إلا أن التطور التكنولوجي في هذا المجال قد يأتي بالحلول وتجاوز مختلف المشاكل الفنية التي قد تواجه استعمال التوقيع البيومتري، ومن ضمن الانتقادات الموجهة لهذا التوقيع ، أنه لا يعبر بشكل صحيح عن رضى الموقع بالالتزام بمضمون ما وقع عليه، أي أنه لا تكون له النية التوقيع وإنما يجبر على ذلك بالوقوف أمام الجهاز الخاص بمسح الخواص البيومترية[4] .

كما يرى مختلف الفقهاء أنه لا وجود لمانع من الاعتراف بحجية التوقيع البيومتري في الإثبات ، إلا أنه يجب استخدام وسيلة تضمن الثقة بهذا النوع من التوقيع [5]، ومنها مثلا التصديق على هذا التوقيع من طرف جهات معتمدة تخضع لرقابة الدولة [6].

رابعا: التوقيع الكودي

ويقصد به استخدام مجموعة من الأرقام أو الحروف أو كلاهم يختارها صاحب التوقيع بنفسه ويستخدمها في التوقيع على المعاملة الإلكترونية [7].

---

[1] الصالحين محمد العيش ، المرجع السابق ، ص 183.

[2] محمود عبد الرحيم الشريفات، المرجع السابق، ص 196.

[3] عمر خالد زريقات، المرجع السابق، ص 256 .

[4] يوسف زروق، المرجع السابق، ص 250، و تامر سليمان الدمياطي، المرجع السابق، ص 348.

[5] نضال إسماعيل إبراهيم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005، ص 173

[6] إلياس ناصيف ، المرجع السابق، ص 245.

[7] كامران الصالحي، المرجع السابق، ص 630

يعتمد هذا النوع من التوقيع على البطاقات البلاستيكية أو البطاقات الممغنطة والمزودة بذاكرة إلكترونية، إذ يقوم حامل البطاقة بإدخالها في ماكينة السحب بالشكل الصحيح ثم بعد ذلك يدخل رقمه السري الخاص به (P.I.N)، وأخيرا يقوم بالضغط على الاختيار المناسب لإتمام العملية ومن دون هذه الخطوات لا يمكن للعميل أن يتمم العملية[1].

إن هذه التقنية جعلت أساسا لتسهيل إبرام الصفقات التجارية والحصول على النقود في أي وقت، وتطورت بشكل كبير في المجال البنكي التي تعتمد على الشبابيك الآلية، حيث تحرص البنوك على تنظيم عملية الإثبات بمقتضى اتفاق مع حامل البطاقة، ويدرج فيه شرط مقتضاه إقرار العميل بصحة المعلومات الواردة في الشريط الورقي الناتج عن عملية السحب[2]، حيث اعتمد على هذه التقنية في بطاقة visa و master cards[3]

يرى بعض الفقه [4] أن التوقيع الكودي يكون صحيحا متى قام بوظائف التوقيع المتعارف عليها، فهو أولا يحدد هوية الموقع فبمجرد استخدامه من طرفه فإن الطرف الثاني في التعامل (مزود الخدمة أو البنك) سيتعرف على صاحب الرقم السري المخزن عنده سلفا، كما أن وضع الرقم السري على الماكينة يدل على أن صاحبه قد ارتضى هذا التصرف.

يعاب على هذه التقنية إمكانية سرقة البطاقة أو ضياعها أو إمكانية الحصول على بياناتها مع الرقم السري للعميل، وبالتالي استعمالها من دون موافقة الشخص مالكها، إلا أن هذه الحالات السابقة الذكر نادرة الوقوع.

---

[1] أنظر في ذلك: سعيد سيد قنديل، المرجع السابق،ص.67 و عبد الفتاح بيومي حجازي ،المرجع السابق،ص.27 وما بعدها.

[2] إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص 260، ولمزيد من التفاصيل أنظر في الباب الأول من هذه الرسالة حول مسألة اتفاقات الإثبات، ص 53 وما يليها.

[3] لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 159.

[4] سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق ، ص 392

يذهب جانب من الفقه إلى أن هذا النوع من التوقيعات يتميز بقدر كبير من الثقة والأمان نظرا لسهولتها وبساطتها، وأنها تتم باجتماع البطاقة مع الرقم السري الذي لا يعرفه غير العميل ويتم تسليمه إليه بطريقة محكمة لا يعلمها غيره[1] .

على الرغم من هذه العيوب فإن التوقيع الكودي يستعمل بكثرة عبر شبكة الانترنيت خاصة في المواقع المشفرة التي تحتاج إلى إدخال كود سري الذي يمنح مسبقا للمشترك، كما أن التعاقدات التي تتم عبر شبكة الانترنيت لا تتم إلا عبر إدخال الكود السري للبطاقة المصرفية للوفاء بثمن المشتريات التي يتم اقتنائها[2] .

وقد رأى بعض الفقه أن هذا النوع من التوقيعات يوفر قدر كبير من الثقة والأمان للأسباب التالية :

سرية التعامل بالرقم السري، اقتران الرقم السري ببطاقة إلكترونية، تعقب تشغيل منظومة الرقم السري إجراءات أخرى يجب إتباعها لإتمام التصرف القانوني، السيطرة على الرقم السري في حالة فقده أو سرقته[3].

تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد واكب التطورات بأن اعترف بهذا النوع من التوقيعات وذلك بموجب المادة 543 مكرر 23 ق.ت ج، حيث قسم البطاقات إلى نوعين بطاقات دفع وبطاقات سحب تصدرها البنوك أو الهيئات المالية لمؤهلة قانونا وذلك بقولها: "تعتبر بطاقة دفع كل بطاقة صادرة عن البنوك والهيئات المالية المؤهلة قانونا وتسمح لصاحبها بسحب أو تحويل الأموال .

تعتبر بطاقة سحب دفع كل بطاقة صادرة عن البنوك والهيئات المالية المؤهلة قانونا وتسمح لصاحبها فقط بسحب الأموال ."

---

[1] سعيد سيد قنديل، المرجع السابق، ص 67 و ثروت عبد الحميد ، المرجع السابق ، ص 57 .

[2] سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق ، ص 393.

[3] عيسى غسان ربضي، المرجع السابق ، ص 89 .

خامسا: التوقيع الرقمي

لقد عرفه البعض بأنه عبارة عن أرقام مطبوعة تسمى Hash لمحتوى المعاملة التي يتم التوقيع عليها بالطريقة ذاتها، أي باستخدام الأرقام[1] ، حيث يقوم بتحويل المحرر المكتوب من نمط الكتابة العادية إلى معادلة رياضية لا يمكن لأحد أن يعيدها إلى الصيغة المقررة ما عدا الشخص الذي يملك المعادلة الخاصة بذلك[2] .

يعتمد هذا التوقيع على تقنية التشفير التماثلي أو التشفير اللاتماثلي والتي تهدف إلى تحقيق وظائف التوقيع كما رأيناه سابقا وضمان سرية المعاملات الإلكترونية .

1-التشفير التماثلي (cryptographie symétrique) : يعتمد على مفتاح واحد سواء في التشفير أو فك التشفير، ويشترط في هذه الطريقة أن يتم تبادل المفتاح بين الموقع والمرسل إليه بطريقة تضمن سلامته .

2-التشفير اللاتماثلي(cryptographie asymétrique) :يجب التذكير في هذا المجال أن التشفير بالمفتاح العام هي آلية اخترعاها باحثان أمريكيان في سنة 1976 لأهداف عسكرية، ترتكز أساس على تفرقة المفتاح الوحيد إلى مفتاحين مفتاح عام من أجل فك التشفير ومفتاح خاص من أجل التشفير ووحده جمع هذين المفتاحين يجعل من الممكن قراءة الرسالة الإلكترونية[3] .

لقد أطلق المشرع الجزائري على المفتاح الخاص والمفتاح العام تسمية مفتاح التشفير الخاص ومفتاح التشفير العمومي، وعرفهما في المادة 2 فقرة 8 وفقرة 9 من قانون التوقيع والتصديق الإلكترونيين بقوله:" 8-مفتاح التشفير الخاص: هو عبارة عن سلسلة من الأعداد

[1] إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 56.

[2] كوثر زهدور، المقال السابق، ص 93.

[3] C. GHAZOUANI, op. cit , p.71.

يكون يحوزها حصريا الموقع فقط، وتستخدم لإنشاء التوقيع الإلكتروني ويرتبط هذا المفتاح بمفتاح تشفير عمومي.

9- مفتاح التشفير العمومي: هو عبارة عن سلسلة من الأعداد تكون موضوعة في متناول الجمهور بهدف تمكينهم من التحقق من الإمضاء الإلكتروني وتدرج في شهادة التصديق الإلكتروني."

يشترط في هذه الحالة أن يكون المفتاح الخاص لا يعلمه إلا الموقع وأن يكون محاطا بمجموعة من الضمانات تجعله سريا مثل أن يتم تخزينه في بطاقة ممغنطة ومدعمة برقم سري[1]، وأخر يسمى المفتاح العام لذي يكون معلوما من طرف الجميع، حيث يستعمله المرسل إليه في فك شفرة النص الذي تم تشفيره بواسطة المفتاح الخاص . بحيث تسمح لكل من يهتم بقراءة الرسالة أن يقرأها دون أن يستطيع إدخال أي تعديل عليها، فإذا ما وافق على مضمونها وأراد إبداء القبول بشأنها وضع توقيعه عليها من خلال مفتاحه الخاص وعليه نعود تلك الرسالة إلى مرسلها مذيلة بالتوقيع[2]، هذا ما أدى ببعض من الفقه للقول بأن تقنية التشفير بالمفتاح الأسيميتري هي وحدها التي تسمح لنا بتحديد هوية الموقع بصفة دقيقة وأن الرسالة الإلكترونية سليمة لم يتم تعديلها منذ لحظة توقيعها [3]، زيادة على ذلك لا يمكن اعتبار هذه التقنية هي التوقيع الإلكتروني بحد ذاته وهذا لسببين أساسيين، لأن التشفير الأسيمتري يعتبر تقنية من ضمن التقنيات المستعملة في مجال التوقيع الإلكتروني، وكذلك فإن هذه التقنية تعتبر من ضمن مكونات نظام تأمين المعاملات الرقمية [4].

[1] A-f .Fausse , La signature électronique "Transaction et confiance sur internet", Dunod, 2002.,p18.

[2] منير محمد الجنبيهي و ممدوح محمد الجنبيهي ، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية، من دون تاريخ نشر، ص 197.

[3] E. A. CAPRIOLI & Anne CANTERO, Art précitée.

[4] I. Renard , op.cit., p.19.

على الرغم من أن التشفير يمنع من الاطلاع على محتويات الرسالة وبالتالي يضمن سرية المعلومات الواردة فيه[1]، إلا أن التطور التكنولوجي في هذا المجال يسمح بتزوير التوقيع الرقمي يصعب كشفها عن طريق كسر المفتاح الخاص[2]، زيادة على ذلك أنه لا يمنع تخريب مضمون الرسالة من تغييرها أو إتلافها، أي لا يضمن تطابق محتواها عند وصولها مع محتوى الرسالة الأصلية، ولذلك اخترع ما يعرف بالبصمة الإلكترونية[3]، يتم الحصول على البصمة الوراثية وفقا لخوارزميات معينة ، وتتكون من بيانات لها طول ثابت يتراوح ما بين 128 و 160 بت (Bits) تمكن من تمييز الرسالة الأصلية ولتعرف عليها بدقة، حيث أن أي تغيير في الرسالة ولو بت واحد سيؤدي إلى الحصول على بصمة إلكترونية مختلفة[4]، يجب أن ندرك أن التشفير يمكن أن ينصب على العقد الإلكتروني أو على المحرر الإلكتروني أو على التوقيع الإلكتروني[5].

نستنتج أن التوقيع الرقمي يحقق مجموعة من المزايا منها التحقق من هوية الموقع وصحة محتويات المعاملة الإلكترونية وسريتها وعدم إمكانية الطعن في نسبتها إلى الموقع[6]، في وقتنا الحالي وحده التوقيع الرقمي المرتكز على التشفير بالمفتاح العام هو الذي الحجية الكاملة في الإثبات، وتتوافر فيه الشروط القانونية خاصة شرط ضمان العلاقة بين الموقع والرسالة [7] .

---

[1] L. GUINOTTE, Art précitée, P. 556

[2] يوسف زروق،المرجع السابق، ص 247,

[3] كوثر زهدور ، المرجع السابق، ص 132.

[4] عبد المجيد ميلاد، تشفير البيانات والتوقيع الإلكتروني ، مقال منشور على موقع :www,Abdel-Magid,M,Rad,com

[5] محمد رضا أزرو ، المرجع السابق ، ص 42 .

[6] كامران الصالحي، المرجع السابق، ص 632.

[7] E. A.caprioli , Aspect légaux et règlementaires de la signature électronique Art prec.

الفرع الثاني: تطبيقات التوقيع الإلكتروني

أصبح التوقيع الإلكتروني في وقتنا الحاضر وسيلة لا غنى عنها في مجال المعاملات الإلكترونية، واتسع استعماله بسبب التطور التكنولوجي الهائل، فنتج عن ذلك ظهور عدة تطبيقات للتوقيع الإلكتروني سندرسها بالتفصيل في هذا الفرع .

بعد أن عرضنا لتعريف التوقيع الإلكتروني ولصوره فإننا سنقوم في هذا الفرع بعرض لبعض تطبيقات التوقيع الإلكتروني، أي تحديد ما هي المجالات التي يمكن أن نستعمل فيها التوقيع الإلكتروني، خاصة مع التطور التكنولوجي الهائل الذي نعيشه في وقتنا الحاضر .

أولا: بطاقات السحب الآلي والبطاقات الذكية

أصبحت أغلب المعاملات البنكية تتم من خلال أجهزة الصرف الآلي، حيث يقوم العميل إدخال بطاقة السحب الآلي مع الرقم السري ، ومن ثم اختيار العملية المناسبة كالسحب أو التحويل[1].

تعتبر هذه الطريقة الأكثر ملائمة في البيئة الغير المادية التي تتميز بها المعاملات الإلكترونية، إذ أصبحت الأوراق النقدية والشيكات الورقية لا تفي بالغرض أثناء دفع ثمن المشتريات في شبكة الانترنيت وهو ما أدى إلى ظهور ما يعرف ببطاقات السحب الآلي ، والبطاقات الذكية .

أول من استخدم هذه الوسيلة هم عملاء محطات الوقود والمحلات التجارية الكبرى[2]، إذ استعملت بطاقات الائتمان للوفاء بقيمة الوقود أو بقيمة المشتريات، أما أول البنوك التي استخدمت هذه البطاقات فكان بنك فرانكلين ناشيونال في ولاية نيويورك الأمريكية الذي أصدر أول البطاقات في سنة 1951[3].

---

[1] كوثر زهدور ، المرجع السابق، ص 132.

[2] عيسى غسان ربضي، المرجع السابق ، ص 98.

[3] القضاة فياض مغلي، مسؤولية البنوك الناتجة عن استخدام الكمبيوتر كوسيلة وفاء، مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنيت، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الحقوق والشريعة، 2000 ، ص 20 .

على العموم هناك من الفقه[1] من وضع شروطا معينة حتى تستعمل هذه البطاقات بشكل آمن، وهي أن يكون استخدام البطاقة من طرف حاملها الشرعي، أن تكون بطاقة الدفع الإلكتروني غير مزورة أو تم التلاعب بها، أن يكون استخدام بطاقة الدفع الإلكتروني خلال مدة صلاحيتها، وسريانها وفي حدود سقفها، أن يكون استخدام الدفع الإلكتروني في حدود التي أنشأت من أجلها .

في حال عدم الالتزام بهذه الشروط فإن استعمال بطاقة الدفع الإلكتروني بصبح غير مشروع ويرتب المسؤولية على الشخص الذي قام بهذا الاستخدام سواء كان الحامل أو المصدر أو التاجر أو الغير .

كما انه يجب أن تستخدم هذه البطاقة وفق الشكل التالي: أولا يقوم الحامل بإدخال البطاقة إلى آلة الصرف، ثانيا يدخل إلى الشبكة البنك ويرى هذه البطاقة مسموح لها بالتعامل من طرف البنك ، وهذا ما يسمى بالمفتاح العام للقراءة وفحص الذاكرة، و أخيرا في حال قبول الجهاز هذه البطاقة فإنه يطلب من العميل أن يدخل المفتاح الخاص أي الرقم السري[2].

يمكن تقسيم هذه البطاقات إلى عدة أنواع منها :

1-بطاقات الدفع : وتسمى كذلك بطاقات الوفاء ، ومنها البطاقة الزرقاء في فرنسا(La cart Bleue، وبطاقة فيزا إلكترون في مصر والأردن[3].

تتيح هذه البطاقات لحامها أن يدفع ثمن السلع والخدمات إلكترونيا، حيث يتم تحويل

---

[1] أمجد حمدان الجهني، جرائم بطاقات الدفع الإلكتروني عبر شبكة الانترنيت، مؤتمر المعاملات الإلكترونية (التجارة الإلكترونية – الحكومة الإلكترونية)، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الحقوق والشريعة ، 19و 20 ماي 2009 ، ص 767

[2] خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، ص 220 و 221 .

[3] سرحان عدنان إبراهيم، الوفاء (الدفع) الإلكتروني، المجلد الأول، مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة ، 10 إلى 12 ماي 2003، ص 268 .

قيمة السلع أو الخدمات من رصيد الحامل(المشتري)، إلى رصيد البائع[1] ، وتتم عملية التحويل وفق طريقتين إحداهما يستخدم التوقيع الإلكتروني ، وفيما يلي شرح لهاتين الطريقتين:

أ-**الطريقة غير مباشرة (off - line)**: يستعمل في هذه الطريقة التوقيع الخطي التقليدي من أجل تحويل ثمن السلعة أو الخدمة من رصيد المشتري إلى رصيد البائع ، حيث يسلم المشتري بطاقته إلى البائع والذي بدوره يدون البيانات الموجودة في البطاقة إضافة على قيمة السلعة أو الخدمة على فاتورة، ثم يوقع المشتري عدة نسخ من هذه الفاتورة، وأخيرا ترسل إحدى هذه الفاتورات إلى الجهة المصدرة للبطاقة (البنك) لتحويل القيمة من رصيد المشتري إلى رصيد البائع[2] .

ب-الطريقة المباشرة (on - line): في هذه الطريقة يستخدم التوقيع الإلكتروني، حيث يقوم التاجر بوضع بطاقة المشتري داخل جهاز ألي للتأكد من صحة البيانات الموجودة في البطاقة ومن وجود رصيد كافي للمشتري لتسديد قيمة السلعة أو الخدمة، وأخيرا يدخل المشتري الرقم السري لإتمام العملية[3] ، وهو ما يعتبر توقيعا كوديا وهو أحد صور التوقيع الإلكتروني كما قلنا سابقا .

2-بطاقات السحب (A.T.M) : تسمح هذه البطاقة من سحب الأموال من رصيد العميل، كما تتيح له معرفة رصيده وطلب كشف حساب مختصر، مع ضرورة وجود رصيد كاف لدى العميل حتى يتمكن من سحب الأموال، ويتم تطبيق التوقيع الإلكتروني وفق الخطوات التالية :

- إدخال بطاقة السحب في جهاز الصراف الآلي .

---

[1] عيسى غسان الربضي، المرجع السابق، ص 100.

[2] محمد أمين الرومي ، المرجع السابق، ص 132.

[3] عيسى غسان الربضي، المرجع السابق، ص 100.

- إدخال الرقم السري الخاص بالبطاقة .
- تحديد العملية المراد إتمامها (سحب ، إيداع ، إلخ ..).

ثانيا: الشيك الإلكتروني

لم يورد المشرع الجزائري تعريفا للشيك إنما ذكر فقط البيانات الواجب توافرها فيه في المادة 472 من القانون التجاري وهي :"

- ذكر كلمة شيك مدرجة في نص السند نفسه باللغة التي كتب بها .
- أمر غير معلق على شرط بدفع مبلغ معين .
- اسم الشخص الذي يجب عليه الدفع (المسحوب عليه).
- بيان المكان الذي يجب فيه الدفع .
- بيان تاريخ إنشاء الشيك ومكانه .
- توقيع من أصدر الشيك (الساحب)".

على العكس من ذلك فإن المشرع الأردني قد أورد تعريفا بقوله: "محرر مكتوب وفق شرائط مذكورة في القانون ويتضمن أمرا صادرا من شخص هو الساحب إلى شخص أخر يكون مصرفا وهو المسحوب عليه بأن يدفع لشخص ثالث أو لأمره أو لحامل الشيك (المستفيد) مبلغا معينا بمجرد الاطلاع على الشيك "[1] .

وعرفه بعض الفقه بأنه :" مستند ورقي مكتوب من شخص طبيعي أو معنوي، يسمى الساحب، لمصلحة شخص أخر هو المستفيد ، ويفترض أن يكون المسحوب عليه مؤسسة مصرفية أو بنكا."[2]

[1] المادة 123 من قانون التجارة الأردني رقم 1996/12 .

[2] عزة حمد الحاج سليمان ، النظام القانوني للمصارف الإلكترونية– الشيك – الصورة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى ، 2005 ، ص 51

وفقا لهذا التعريف يتضح لنا أن البنك أو المصرف هو الذي يقوم بإصدار شيك ورقي لصالح عملائه، إلا أن هذه الطريقة أصبحت عاملا معرقلا لعمل البنوك، وهذا نظرا لصعوبة التأكد من توقيعات العميل على الشيك.

نتيجة لهذه الصعوبات التي تواجه العملاء، ولمواجهة التطور التكنولوجي الحاصل في هذا المجال خاصة مع ظهور الكتابة والتوقيع الإلكتروني، فقد لجأت البنوك إلى استعمال الشيك الإلكتروني، وهو غالبا ما يكون صادرا عن حاسبات آلية تابعة للبنك أو من خلال شبكة الانترنيت .

من أوائل البنوك التي اعتمدت على هذا النوع من الشيكات بنك بوسطن وسيتي دينك والبنك الاحتياطي الأمريكي[1]، كما تعتبر شركة teleCheck من أهم الشركات المختصة في قبول شيكات عبر الانترنيت، حيث تقدم خدماتها 250 مليون كاتب للشيكات وتدير نظم متقدمة للتحقق وإدارة المخاطر للتقليل من الأخطاء ومكافحة الاحتيال مع ضمان سرية الاتصالات[2].

من خلال ما سبق يمكن تعريف الشيك الإلكتروني بأنه عبارة عن: "بيانات يرسلها المشتري أو البائع عن طريق البريد الإلكتروني المؤمن أو التلكس أو أية وسيلة إلكترونية أخرى، وتحتوي على نفس بيانات الشيك البنكي التقليدي "[3].

يلعب التوقيع الإلكتروني دورا مهما في الشيك الإلكتروني حيث يقوم البنك بنقله عبر البريد الإلكتروني إلى المستفيد بعد توقيعه إلكترونيا المبني على الرقم السري والبطاقات الذكية التي تمكن من توطين وخزن المفاتيح السرية والشهادة الإلكترونية [4]، فيسترجعه

---

[1] لورنس محمد عبيدات، المرجع السابق، ص 108

[2] نبيل صلاح محمود العربي، الشيك الإلكتروني والنقود الإلكترونية " دراسة مقارنة"، المجلد الأول، مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة ، 10 إلى 12 ماي 2003، ص 68 .

[3] هاني دويدار، الوفاء بالأوراق التجارية إلكترونيا، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003 ، ص 33.

[4] علاء محمد عيد نصيرات ، المرجع السابق، ص 47 .

المستفيد ويوقعه إلكترونيا ويرسله بالبريد الإلكتروني مع إشعار إيداع إلكتروني في حسابه البنكي[1] .

إلا أنه يجب علينا توضيح مراحل المتبعة أثناء استعمال التوقيع الإلكتروني في الشيك الإلكتروني وهي :

– يجب أن يكون لكل من المستفيد والساحب حسابات جارية في بنك واحد يقبل التعامل بالشيكات الإلكترونية ، إذ يحدد توقيعا إلكترونيا لكل من المشتري والبائع في قاعدة بيانات البنك .

– عندما يحدد المشتري (الساحب) السلعة أو الخدمة التي يرغب في شرائها ، يحرر شيكا إلكترونيا بقيمة السلعة أو الخدمة ويوقع عليه إلكترونيا مع إمكانية تشفير بيانات الشيك والتوقيع معا دون تشفير البيانات، ويرسله بالبريد الإلكتروني إلى المشتري أو أية وسيلة إلكترونية أخرى [2].

–يستلم البائع الشيك الإلكتروني ويرسله إلى البنك الوسيط الذي يراجع الشيك ويتحقق من صحة الرصيد والتوقيعات، ثم يخطر كل من البائع والمشتري بإتمام العملية بخصم الرصيد من حساب المشتري وإضافته إلى حسب البائع .

يتضح لنا جليا من خلال هذه المراحل أن استخدام الشيك الإلكتروني يتطلب وجود وسيط (جهة تخليص) ما بين المشتري والتاجر لمراجعة الشيكات الإلكترونية والتحقق

[1] محمود أحمد إبراهيم الشرقاوي ، مفهوم الأعمال المصرفية الإلكترونية وأهم تطبيقاتها ، المجلد الأول، مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة ، 10 إلى 12 ماي 2003 ، ص 27. .

[2] صلاح زين الدين، دراسة اقتصادية لبعض مشكلات وسائل الدفع الإلكترونية ، المجلد الأول، مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة ، 10 إلى 12 ماي 2003 ، ص ص 315 و 316 و عيسى غسان الربضي ، المرجع السابق ، ص 109 .

من صحة الأرصدة والتوقيعات الإلكترونية[1]، إضافة على ذلك فإنه توجد مميزات في الشيك الإلكتروني لا توجد في بطاقات الائتمان ويمكن تلخيصها في النقاط التالية[2]:

– التعاملات الضخمة لا يمكن أن تتم إلا بواسطة الشيك الإلكتروني، وليس بواسطة بطاقة الائتمان.

– يمكن تظهير الشيك الإلكتروني لطرف ثالث في حال عدم وجود المستفيد الأول، ولا يمكن ذلك في بطاقة الائتمان لأنها غير قابلة للتحويل.

– لا يمكن الاحتيال أثناء استعمال الشيك الإلكتروني لأنه يستعمل لمرة واحدة فقط، لأن لكل شيك له رقم مستقل، عكس بطاقات الائتمان التي يمكن استعمالها لعدة مرات.

الفرع الثالث: تطبيقات التوقيع الإلكتروني في الجزائر

على الرغم من التأخر الكبير الذي عرفه المشرع الجزائري في سن القوانين المنظمة للتوقيع الإلكتروني، إلا أن الدولة الجزائرية حاولت استدراك ذلك، فكانت وزارة العدل السباقة في ذلك عن طريق إصدار القانون 15–03 المتعلق بعصرنة العدالة، حيث يهدف هذا القانون عموما وفق المادة الأولى منه إلى :"...– وضع منظومة معلوماتية مركزية لوزارة العدل، – إرسال الوثائق والمحررات القضائية بطريقة إلكترونية، ..."

نص المشرع الجزائري في هذا القانون على إمكانية أن توقع المحررات والوثائق الصادرة من وزارة العدل والمؤسسات التابعة لها والجهات القضائية بتوقيع إلكتروني بشرط أن تكون صلته بالمحرر الأصلي مضمونة بواسطة وسيلة تحقق مضمونة[3]، وتعبر وسيلة

[1] موسى عيسى لبعامري، مفهوم الشيك الإلكتروني وكيفية تطبيق نظامه وتحديد أنواعه ، المجلد الأول، مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة ، 10 إلى 12 ماي 2003، ، ص 83

[2] لمزيد من التفاصيل أنظر موسى عيسى لبعامري، المرجع انفسه، ص 94 و 95

[3] أنظر: المادة 4 من قانون 15–03 المتعلق بعصرنة العدالة.

التصديق وفق المادة 5[1] من هذا القانون موثوق فيها إلى أن يثبت العكس بشرط أن يتم إنشاء التوقيع الإلكتروني وهوية الموقع وسلامة العقد مضمونة، يلاحظ في هذه المادة أنه كان من الضروري أن يستعمل المشرع مصطلح المحرر بدلا من العقد لأن وزارة العدل لا تكتفي بإصدار العقود فقط بل تشمل العديد من الوثائق التي لا يمكن إدراج ضمن العقود .

يتم إثبات العلاقة بين معطيات التحقق من التوقيع الإلكتروني وصاحب التوقيع عن طريق شهادة إلكترونية موصوفة تصدرها وزارة العدل، ويتم هذا التصديق عن طريق وزارة العدل بواسطة ترتيب إلكتروني مؤمن يضمن التعرف على هوية الشخص المرسل إليه وتاريخ صلاحية التوقيع والمعلومات التي يتضمنها، مع إحالة هذه المادة على التنظيم .

لقد أرست المادة 8 من هذا القانون المسؤولية على وزارة العدل تجاه الأشخاص الذين صدقت على توقيعهم واتجاه الغير المتعلقة بالشهادات التي تصدرها، تنص هذه المادة على ما يلي :"تتحمل وزارة العدل تجاه الأشخاص الذين صدقت على توقيعهم وكذا تجاه الغير المسؤولية القانونية المتعلقة بالشهادات التي تصدرها"، وتطبيقا لهذه المادة فقد تم إنشاء مركز شخصنة الشريحة للإمضاء الإلكتروني الذي يحتوي على سلطة المصادقة لوزارة العدل تتحمل كامل المسؤولية المنصوص عليها في هذه المادة[2] .

لقد أقر المشرع الجزائري كذلك إمكانية إرسال الوثائق والإجراءات القضائية بالطريق الإلكتروني في الفصل الثالث من هذا القانون، بحيث أن المادة 9 تنص بأنه يمكن إرسال وتبليغ الوثائق والمحررات القضائية بالطريق الإلكتروني، مع الاستعانة كذلك بالطرق التقليدية المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وقانون الإجراءات الجزائية، ولا يتم تطبيق هذه المادة إلا بموجب التنظيم الذي لم يصدر بعد.

---

[1] تنص المادة 5 من نفس القانون على ما يلي :"تفترض الموثوقية في وسيلة التصديق إلى غاية إثبات العكس متى أنشئ التوقيع الإلكتروني وكانت هوية الموقع أكيدة وسلامة العقد مضمونة "

[2] هذه المعلومات مأخوذة من الموقع الرسمي لوزارة العدل الجزائرية :
https://arabic.mjustice.dz/com_ar_m_akka_dgmj/centre_sign_electronique.pdf

لقد حددت المادة 10 الفقرة الأولى من هذا القانون الشروط التي يجب أن تتوافر في الوسائل التقنية المستعملة لإرسال هذه الوثائق وهي : – التعرف الموثوق على أطراف التراسل الالكتروني.– سلامة الوثائق المرسلة.– أمن وسرية التراسل .– حفظ المعطيات بما يسمح بتحديد تاريخ الإرسال ولاستلام من طرف المرسل إليه بصفة أكيدة .

أما الفقرة الثانية من نفس المادة منحت للوثيقة المرسلة إلكترونيا نفس حجية الوثيقة الأصلية في حال احترام الشروط المنصوص عليها في الفقرة الأولى[1]، وفي الفقرة الثالثة والأخيرة فإنها تشير إلى إمكانية إصدار تنظيم لتطبيق هذه المادة عند الضرورة .

يترتب على تسليم الوثائق بالشكل الالكتروني إشعار بالاستلام من المرسل الالكتروني صادر من المرسل إليه يبين فيه على وجه الدقة تاريخ وساعة الاستلام، زيادة على ذلك يكون هذا الإشعار بمثابة تأشيرة وختم وتوقيع أو أي إشارة موضوعة على العقد أو نسخته تفيد الاستلام إذا كانت هذه الشكليات منصوصا عليها قانونا[2]، يتم تحصيل المصاريف وغيرها من الحقوق المستحقة على الخزينة العمومية وفقا للتشريع المعمول به، وفق تنظيم سيصدر لاحقا[3].

تفعيلا لقانون عصرنة العدالة قامت وزارة العدل بإنشاء مركز شخصنة الشريحة للإمضاء الإلكتروني، الذي يهدف أساسا إلى دعم وتكريس مسار عصرنة مرفق العدالة من خلال الاستعمال الأمثل لتكنولوجيات الإعلام والاتصال، تبادل الوثائق عبر الطرق الإلكترونية وإمكانية الاستغناء عن الدعائم الورقية[4].

---

[1] تنص المادة 3/10 من قانون 15–03 على ما يلي :" تتمتع الوثيقة المرسلة بالطريق الإلكتروني بصحة وفعالية الوثيقة الأصلية إذا أعدت وفق ما تقتضيه الإجراءات وتوفرت الشروط المنصوص عليها في الفقرة السابقة ".

[2] أنظر: المادة 11 من قانون 15–03 المتعلق بعصرنة العدالة .

[3] أنظر: المادة 13 من نفس القانون .

[4] هذه المعلومات مأخوذة من الموقع الرسمي لوزارة العدل الجزائرية :
https://arabic.mjustice.dz/com_ar_m_akka_dgmj/centre_sign_electronique.pdf

يحتوي هذا المركز على سلطة المصادقة لوزارة العدل لديه جهاز إلكتروني مشفر ومؤمن لإصدار المفاتيح العامة والخاصة، وهناك نوعين من الشهادات، أولا شهادات تصدرها سلطة المصادقة لوزارة العدل مدة صلاحيتها 10 سنوات، و شهادات تصديق يسلمها أعوان العدالة مدة صلاحيتها 3 سنوات[1] .

[1] نفس الموقع السابق .

الفصل الثاني: التوقيع الإلكتروني ومقتضيات الأمان القانوني

بعدما أوضحنا في الفصل الأول مكانة التوقيع الالكتروني في الإثبات ومن أن له نفس مكانة التوقيع الخطي، متى توافرت فيه بعض الشروط وبينا صوره واستعمالاته .

غير أن الكثير من الأفراد يترددون في استعمال التوقيع الإلكتروني نظرا لكونه وسيلة حديثة ولأن التعاملات الإلكترونية عموما والتعاقدات الإلكترونية بالخصوص تشوبها الكثير من المخاطر كالقرصنة وانتحال الشخصية وغيرها من الأعمال الإجرامية التي تهدد الثقة في التعاملات الإلكترونية بصفة عامة والتعاقد الالكتروني بصفة خاصة .

إلا أن رجال القانون نظرا لوعيهم بأهمية المعاملات الإلكترونية وأنها مستقبل الاقتصاد العالمي حاولوا قدر الإمكان جعل التوقيع الإلكتروني وسيلة تحقق الأمان والثقة عبر شبكة الانترنيت فأنشئوا ما يعرف بمزود الخدمات، حيث يقوم هذا الأخير بإنشاء التوقيع الإلكتروني .

لذلك نجد أن التشريعات المنظمة للتوقيع الإلكتروني سواء العربية أو الدولية قد أولت أهمية كبرى لمزود الخدمات، فنظمت نشاطه بنصوص قانونية صارمة يجب أن يخضع لها ويحترمها .

بداية يجب على مزود الخدمات أن يتحصل على الترخيص أو على التفويض الإرادي لممارسة مهامه وذلك بإتباعه لإجراءات معينة، ويمنح هذا الترخيص من طرف هيئة تابعة للدولة، ثم يقع على عاتقه مجموعة من الالتزامات يجب أن يحترمها مزود الخدمات وفي حال ما إذا أخل بها تقع على عاتقه المسؤولية المدنية بصورتيها العقدية والتقصيرية ، وهو ما سندرسه بالتفصيل في المبحث الأول .

سنتطرق في المبحث الثاني إلى شهادة التصديق باعتبارها من ركائز التوقيع الإلكتروني فهي التي تحدد هوية الموقع وارتباطه بالتوقيع ، لذلك اهتمت به التشريعات المنظمة للتوقيع الإلكتروني لأنه هو الضمانة الأساسية لتوفير الأمان القانوني في مجال

التوقيع الإلكتروني ، لأن أهم مشكل يعترض المعاملات الإلكترونية هو صعوبة تحديد هوية الأطراف ، وهو ما تقوم به شهادة التصديق الإلكتروني بشكل كامل .

المبحث الأول : مزود الخدمات كأساس للأمان القانوني

بداية فإن مزود الخدمة يعتبر من الغير محل الثقة، وأن هذا الغير لا يعتبر حديثا بل هو موجود منذ مدة طويلة، فالمحضر القضاء والموثق يدخل ضمن هذا المفهوم[1] .

غالبا ما تتم المعاملات الإلكترونية خاصة التي تبرم في شبكة الانترنيت بين أشخاص لا تربط بينهم أي معرفة مسبقة فيما بينهم كما أنهم لا يلتقون في مجلس عقد واحد، ولذلك استلزم الأمر أن يكون هناك طرف ثالث محايد يسمى بمزود الخدمات حيث يقوم هذا الأخير بتحديد هوية الأطراف الموقعة عن طريق إصدار شهادة التصديق الإلكتروني .

نظرا للدور الكبير الذي يقوم به مزود الخدمات في مجال التوقيع الإلكتروني، نجد أن معظم التشريعات سواء المحلية أو الدولية قد أولت له أهمية كبيرة وحاولت قدر الإمكان تنظيمه تنظيما قانونيا محكما .

حيث نجد أن التشريعات المتعلقة بالتوقيع الإلكتروني قد حددت الخطوات التي يجب أن يتبعها مزود الخدمات لكي يمارس مهامه على إقليم الدولة، وهو ما سندرسه بالتفصيل في المطلب الأول.

زيادة على ذلك نجد أن المشرع الجزائري قد أولى أهمية كبيرة لعملية التصديق الإلكتروني سواء في القانون الملغى، أو في القانون 15-04 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، وهو ما سنعالجه بالتفصيل في المطلب الثاني.

إضافة إلى ذلك فإن مزود الخدمات وبمجرد ما تمنحه الدولة الحق في ممارسة عملية التصديق الإلكتروني تقع على عاتقه مجموعة من الالتزامات التي يجب أن يحترمها، وهو ما سندرسه بالتفصيل في المطلب الثالث، وفي المطلب الرابع والأخير سنعالج المسؤولية المدنية المترتبة على مزود الخدمات في حال إخلاله بالتزاماته .

---

[1].A. Penneau, Les nouveaux défis du commerce électronique "Les nouveaux défis du droit de la preuve : contentieux contractuel et preuve de faits électroniques", édition alpha, 2011, P.87.

المطلب الأول: قواعد ممارسة التصديق الإلكتروني

بداية يجب تعريف مزود الخدمات تعريفا دقيقا وهو ما عنيت به معظم التشريعات سواء العربية أو الأجنبية (الفرع الأول) ، ثم سندرس في الفرع الثاني ما هي الخطوات التي يجب أن يتبعها مزود الخدمات لكي يتحصل على الترخيص في الدول العربية، وفي الفرع الأخير سنبين ما هي الإجراءات المتبعة في الاتحاد الأوربي وفرنسا لكي يمارس مزود الخدمات مهامه فيها لأنهما يخضعان لنظام خاص يختلف عما هو موجود في بقية الدول الأخرى.

الفرع الأول: تعريف مزود الخدمات

على العموم إن التعاقد الإلكتروني لا يحتاج إلا لتبادل الرضا ما بين الأشخاص المتعاقدة من دون تدخل أي وسيط، غير أن استعمال التوقيع الإلكتروني للتعبير عن هذا الرضا يستوجب بالضرورة تدخل طرف ثالث يسمى بمزود الخدمات ليؤكد هوية الموقع ونسبة التوقيع له[1] .

لقد أطلقت عدة تسميات على مزود الخدمات، فقانون الأونيسترال النموذجي أسماه بمقدم خدمات التصديق، والمشرع المصري أطلق عليه اسم جهة التصديق وهناك من أطلق عليه تسمية مزود خدمات التصديق كمشرع إمارة دبي إلخ ...

لقد حاولت معظم القوانين المنظمة للتوقيع الإلكتروني إعطاء تعريف لمزود الخدمات، فنجد مثلا أن قانون الأونيسترال النموذجي عرفه في المادة 2 / هـ بأنه: 'شخص يصدر الشهادات ويجوز أن يقدم خدمات أخرى ذات صلة بالتوقيعات الإلكترونية"، ووفقا لهذا التعريف فإنه يجب على جهة التصديق أن توفر خدمات التصديق الإلكتروني كحد أدنى كما

[1] C. Castets- Renard,op.cit., p.177.

يمكن لها أيضا أن تقدم خدمات أخرى لها علاقة بتقنية التوقيع الإلكتروني، و من الممكن وفق هذا التعريف أن يكون نشاط التصديق الإلكتروني عملا رئيسا أو عملا ثانويا [1] .

أما التعليمة الأوروبية والقانون الفرنسي فقد وضعا تعريفا مقاربا لمقدم خدمات التصديق، فالأول عرفه المادة 2 / 11 من التعليمة الأوروبية بأنه : " كل كيان أو شخص طبيعي أو معنوي يقدم شهادات التصديق أو خدمات أخرى لها علاقة بالتوقيعات الإلكترونية"، أما الثاني فعرفه في المرسوم 272 لسنة 2001 بأنه :" أي شخص يقدم شهادات التصديق أو خدمات أخرى في مجال التوقيع الإلكتروني" ، وبالتالي فإن مزود الخدمات تسمح بمراقبة وتصديق التوقيعات الإلكترونية متخذة شكل شهادة[2].

وعرفته المادة الثانية من قانون 1 لسنة 2000 لإمارة دبي بأنه أي شخص أو جهة معتمدة أو معترف بها تقوم بإصدار شهادات تصديق إلكترونية أو أي خدمات أو مهمات متعلقة بها وبالتوقيع الإلكتروني والمنظمة بموجب القانون .

أما المشرع التونسي فقد أطلق على مزود الخدمات مصطلح مزود خدمات المصادقة الالكترونية وعرفه في الفصل 2 من قانون عدد 83 لسنة 2000 المتعلق بالمبادلات والتجارة الالكترونية بأنه :"... كل شخص طبيعي أو معنوي يحدث ويسلم ويتصرف في شهادات المصادقة ويسدي خدمات أخرى ذات علاقة بالإمضاء الالكتروني".

فيما يتعلق بالمشرع الجزائري فقد أطلق على مزود الخدمات في بداية الأمر مصطلح "مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني "[3] ، وفق ما تنص عليه المادة 3 من المرسوم التنفيذي 07- 162 بأنه:" مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني : كل شخص في مفهوم المادة 8- 8

[1] سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق ، ص 411

[2] L. Bochunrberg , Internet et commerce électronique , 2em édition, , Delmas, 2001 , p142 .

[3] بموجب نص المادة 3 من المرسوم التنفيذي 07- 162 المعدل والمتمم لمرسوم التنفيذي رقم 01- 123 والمتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات .

من القانون رقم 2000- 03 المؤرخ في 5 أوت 2000 والمذكور أعلاه ، يسلم شهادات إلكترونية أو يقدم خدمات أخرى في مجال التوقيع الإلكتروني " .

يمكن أن نستخلص من هذا التعريف ملاحظات مهمة هي :

- أن المشرع الجزائري أثناء تعريفه لمزود الخدمات أحالنا إلى المادة 8 – 8 من القانون رقم 2000 التي تعرف موفر الخدمات في مجال المواصلات السلكية واللاسلكية بأنه:" 8- موفر الخدمات : كل شخص معنوي أو طبيعي يقدم خدمات مستعملا وسائل المواصلات السلكية واللاسلكية .".

- لقد تم حصر مهام مزود الخدمات في تسليم شهادات إلكترونية أو بخدمات متعلقة بمجال التوقيع الإلكتروني.

من خلال الجمع بين التعريفين المذكوران أعلاهما يمكن أن نعرف مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني بأنه: " كل شخص معنوي أو طبيعي يقدم خدمات مستعملا وسائل المواصلات السلكية واللاسلكية ويسلم شهادات إلكترونية أو يقدم خدمات أخرى في مجال التوقيع الإلكتروني ".

يعاب على المشرع الجزائري أنه عرف مزود الخدمات بالاعتماد على نص قانوني أخر، وكان من الأفضل لو اعتمد في تعريفه لمزود الخدمات على نص قانوني واحد، وهو ما يجنب الأشخاص الاطلاع على نصين قانونيين لتحديد مصطلح واحد .

نجد أن المشرع الجزائري في القانون 15-04 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين قد ميز في المادة 2 بين نوعين من مزودي الخدمات، فسمى النوع الأول ب "الطرف الثالث الموثوق "[1]وهو عبارة عن:" شخص معنوي يقوم بمنح شهادات التصديق إلكتروني موصوفة، وقد يقدم خدمات أخرى متعلقة بالتصديق الإلكتروني لفائدة المتدخلين في الفرع الحكومي"، أي أن الطرف الثالث الموثوق يجب أن يكون شخصا

[1] هذا المصطلح مذكور في المادة 11/2 من القانون الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

معنويا فقط، وتنحصر مهامه في تقديم شهادة تصديق إلكترونية موصوفة أو خدمات أخرى في مجال التصديق الإلكتروني للمتدخلين في الفرع الحكومي ، والمقصود بهم وفق المادة 13/2 من نفس القانون هم :" المؤسسات والإدارات العمومية والهيئات العمومية المحددة في التشريع المعمول به، والمؤسسات الوطنية المستقلة وسلطات الضبط، والمتدخلون في المبادلات ما بين البنوك، وكذا كل شخص أو كيان ينتمي إلى الفرع الحكومي بحكم طبيعته أو مهامه ".

لقد سمى النوع الثاني من مزودي الخدمات ب "مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني" المنصوص عليه في المادة 2 / 12[1] فهو يشمل الأشخاص الطبيعية والمعنوية عكس المتدخلون في الفرع الحكومي الذي يقتصر فقط على الأشخاص المعنوية، وله نفس مهام هذا الأخير –المتدخلون في الفرع الحكومي– أي تقديم شهادات تصديق إلكترونية موصوفة أو خدمات أخرى في مجال التصديق الإلكتروني، إلا أنه وبمفهوم المخالفة فإنه يقدم هذه الخدمات للأشخاص العادية وبالتالي لا تشمل المتدخلون في الفرع الحكومي المذكورة في المادة 13/2 من هذا القانون .

لقد جانب المشرع الجزائري الصواب عندما استعمل مصطلح الطرف الثالث الموثوق، لأن التوقيع الإلكتروني عموما يتميز بتدخل طرف ثالث يسمى مزود الخدمات ويشترط فيه أن يكون موثوقا فيه، سواء كان مزود الخدمات يعمل لصالح المتدخلون في الفرع الحكومي أو للأشخاص العادية، لأن ذلك قد يفهم من أن مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني الذي يعمل لصالح الأشخاص العادية لا يعتبر طرف ثالثا موثوقا فيه وهو أمر منافي للحقيقة القانونية والواقعية.

[1] تنص المادة 2/ 12 من القانون الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين على ما يلي : "مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني: شخص طبيعي أو معنوي يقوم بمنح شهادات تصديق إلكتروني موصوفة، وقد يقدم خدمات أخرى في مجال التصديق الإلكتروني

لتجنب ذلك كان على المشرع الجزائري أن يطلق تسمية واحدة على مزود الخدمات ثم بعد ذلك يميز بين مزود الخدمات الذي يعمل لصالح المتدخلون في الفرع الحكومي و الذي يعمل لصالح الأشخاص العادية الأخرى، أو يسمي النوع الأول بمؤدي خدمات التصديق الإلكتروني الحكومي والثاني مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني العادي .

على الرغم من ذلك فإن المشرع الجزائري قد وفق عندما وضع نظاما قانونيا خاصا للطرف الثالث الموثوق، لكون المتدخلون في الفرع الحكومي الذين عادة ما يصدرون محررات إلكترونية رسمية حساسة تمس بالدرجة الأولى باستقرار وأمن البلد، وقد تحتوي على أسرار الدولة، فمن غير المعقول أن توكل مهمة إصدار شهادات تصديق إلكترونية لشخص طبيعي أو لشخص معنوي دون أن تخضع لنصوص قانونية صارمة تختلف عن مزود الخدمات الذي يصدر شهادات تصديق موصوفة للأشخاص العادية .

زيادة على ذلك فإنه قد وفق عندما استبعد الأشخاص الطبيعية في إصدار شهادات تصديق موصوفة لصالح المتدخلون في الفرع الحكومي لأن هذه المهمة عادة ما توكل لشخص معنوي يكون تابع بشكل مباشر للمتدخل في الفرع الحكومي، وهو ما سارت عليه مثلا وزارة العدل التي أنشأت طرفا ثالثا موثوقا فيه له شخصية معنوية تابع لها سميت المنظومة المعلوماتية المركزية لوزارة العدل[1].

إلا أنه يلاحظ من جهة أخرى أن هذه التعريفات قد وفقت إذ لم تقصر مهام مزود الخدمات على تقديم شهادات التصديق الإلكترونية بل شملت كل الخدمات الأخرى التي تتعلق بالتوقيع الإلكتروني، مثل الأرشفة الإلكترونية .

لقد واكب المشرع المصري بقية التشريعات في تعريفه لمزود الخدمات فلم يقصرها على الأشخاص المعنوية بل وسع المجال للأشخاص الطبيعية للقيام بهذه المهمة وهو ما نص عليه صراحة المادة الأولى من مشروع قانون التوقيع الإلكتروني على ما يلي: " –

[1] أنظر: المادة 2 من قانون 15-03 المتعلق بعصرنة العدالة.

جهة التصديق: الشخص الطبيعي أو الاعتباري المرخص له من جهة الترخيص بإصدار شهادات تصديق إلكتروني أو تقديم أي خدمات متعلقة بالتوقيع الإلكتروني."

إلا أنه تراجع على هذا الموقف في اللائحة التنفيذية للقانون بحيث عرفت المادة 6/1 جهات التصديق بأنها الجهات المرخص لها بإصدار شهادات التصديق الإلكتروني وتقديم خدمات تتعلق بالتوقيع الإلكتروني .

إضافة على ذلك فإن كراسة الشروط الخاصة نصت على ضرورة حصول الشركات المصرية والأجنبية الترخيص لمزاولة هذا النشاط بعد موافقة الهيئة [1]، وبالتالي يتضح لنا ضرورة أن يكون مزود الخدمات شخصا معنويا عاما أو خاصا .

اتفقت هذه التعريفات ومعه بعض الفقه[2] على أن مقدم الخدمات يمكن أن يكون شخصا معنويا أو طبيعيا، وهذا ما يعتبر في اعتقادي أمرا مخالفا للواقع العملي، لأنه من غير المتصور أن يقوم شخص طبيعي بتقديم خدمات التصديق لأنها تحتاج إلى إمكانيات بشرية ومادية ضخمة وخبرات فنية كبيرة لا يستطيع الشخص الطبيعي وحده أن يقوم بها، وغالبا ما يكون مزود الخدمات شخصا معنويا عاما أو خاصا .

هناك من اعتبر مزود الخدمات بمثابة كاتب عدل تسند إليه مهمة توثيق المعلومات والاحتفاظ بأصولها وتسليم الشهادات في أخر المطاف، إلا أن حقيقة الأمر هناك اختلاف جوهري ما بينهما فكاتب العدل لا تقتصر مهمته فقط على التأكد من هوية الأشخاص بل تتعدى إلى التأكد من مضمون الوثيقة نفسها، أما مزود الخدمات فتقتصر مهمته فقط على

[1] خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، ص 149 .

[2] أنظر في ذلك: عيسى غسان الربضي، المرجع السابق ، ص 116 .

التأكد من وجود علاقة بين الموقع وتوقيعه الالكتروني دون التدخل في مضمون الوثيقة التي تعتبر مضمونها سريا لا يمكن الاطلاع عليه [1].

كما أن بعضا من الفقه[2] يرى أن مزود الخدمات تتوسع مهامه لتشمل كذلك جمع المعلومات عن الأطراف المتعاقدة و والتدقيق فيها ومدى جديتهم في إبرام العقد وإرسال رسائل تحذيرية في حال وجود مواقع تقدم المنتجات الغير مشروعة أو غير الآمنة .

الفرع الثاني: الترخيص كوسيلة لممارسة التصديق في الدول العربية

أول وأهم خطوة يجب أن يقوم بها مزود الخدمات حتى يمارس مهامه على إقليم الدول العربية هو ضرورة حصوله على الترخيص من الهيئات المختصة التي تكون تابعة للدولة، فنجد مثلا في مصر أن الهيئة المكلفة بهذه المهمة هي هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات وفي تونس الوكالة الوطنية للمصادقة الإلكترونية، بينما في إمارة دبي فمهمة الترخيص لمزود الخدمات توكل إلى مراقب خدمات التصديق، وفي الجزائر فإن الترخيص وفق القانون الملغى يتم الحصول عليه عن طريق هيئة سلطة ضبط البريد والموصلات السلكية واللاسلكية ثم بعد ذلك أصبح من اختصاص السلطة الاقتصادية في القانون الحالي، سنتطرق في هذا الفرع بالتفصيل إلى كيفية منح الترخيص لكل دولة من هذه الدول العربية .

أولا: الترخيص في مصر

يجب على كل الشركات العاملة في مجال التوقيع الإلكتروني في مصر الحصول على ترخيص مسبق من طرف هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات، التي تم تأسيسها طبقا لنص المادة 2 قانون رقم 15 لسنة 2004 بتنظيم التوقيع الإلكتروني وبإنشاء هيئة

---

[1] طارق كميل، حجية شهادات المصادقة الالكترونية الأجنبية دراسة مقارنة ، مؤتمر المعاملات الإلكترونية (التجارة الإلكترونية – الحكومة الإلكترونية)، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الحقوق والشريعة، ماي 2009 ، ص 577 الهامش 8 وعلي كحلون ، المرجع السابق ، ص 294.

[2] سمير عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 321.

تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات التي تنص: " تنشأ هيئة عامة تسمى " هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات " تكون لها الشخصية الاعتبارية وتتبع الوزير المختص، ويكون مقرها الرئيسي محافظة الجيزة، ولها إنشاء فروع في جميع أنحاء جمهورية مصر العربية."، حيث نلاحظ أنه تم منح هذه الهيئة الشخصية الاعتبارية وهو ضروري حتى تتمكن من مزاولة مهامها بشكل طبيعي.

كما يلاحظ من خلال استقراء نصوص هذا القانون أن هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات لا تقتصر فقط على منح الترخيص لمزود الخدمات بل تشمل كذلك مهام أخرى وهي :" – تباشر الهيئة الاختصاصات اللازمة لتحقيق أغراضها على الأخص ما يأتي:

إصدار وتجديد التراخيص اللازمة لمزاولة أنشطة خدمات التوقيع الالكتروني وغيرها من الأنشطة في مجال المعاملات الالكترونية وصناعة تكنولوجيا المعلومات، وذلك وفقا لأحكام القوانين واللوائح المنظمة لها، تحديد معايير منظومة التوقيع الالكتروني بما يؤدي إلى ضبط مواصفاتها الفنية.

تلقي الشكاوى المتعلقة بأنشطة التوقيع الالكتروني و المعاملات الالكترونية وتكنولوجيا المعلومات واتخاذ ما يلزم في شأنها، تقييم الجهات العاملة في مجال أنشطة تكنولوجيا المعلومات وتحديد مستوياتها الفنية بحسب نتائج هذا التقييم، تقديم المشورة الفنية بشأن المنازعات التي تنشأ بين الأطراف المعنية بأنشطة التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية وتكنولوجيا المعلومات، تقديم المشورة الفنية إلى الجهات العاملة في أنشطة تكنولوجيا المعلومات، وتدريب العاملين فيها، إقامة المعارض والمؤتمرات والندوات المتخصصة في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات داخليا وخارجيا.

إنشاء الشركات التي تساعد في تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات والاتصالات أو المساهمة فيها، إيداع وقيد و تسجيل النسخ الأصلية لبرامج الحاسب الآلي وقواعد البيانات،

التي تتقدم بها الجهات أو الأفراد الناشرون والطابعون والمنتجون لها للمحافظة على حقوق الملكية الفكرية وغيرها من الحقوق[1].

يجب على هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات أن تحترم بعض الإجراءات عند منحها الترخيص لمزود الخدمات وهي :

– يتم اختيار المرخص له في إطار المنافسة العلنية قصد إعطاء الفرصة لأكبر عدد ممكن من مزودي الخدمات التقدم للحصول على الترخيص.

– على مجلس إدارة هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات تجديد التراخيص وأن لا تزيد عن 99 سنة ومن الممكن أن تقل عن ذلك.

–لا بد أن تحدد سلطة الترخيص الضوابط التي عن طريقها سوف يتم الإشراف والمتابعة للمرخص له سواء من الناحية الفنية أو المالية.

–على المرخص له الاستمرار في النشاط المرخص له وأن لا يتوقف عنه أو يندمج في جهة أخرى للقيام بذات العمل أو يتنازل عن الترخيص للغير إلا بموافقة سلطة الترخيص، حتى لا تجد السلطة المذكورة نفسها أمام آخرين لم ترخص لهم[2].

كما أن المادة 15 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني لسنة 2005 قد أوضحت بشكل دقيق الإجراءات والخطوات التي يجب أن يتبعها مزود الخدمات للحصول على الترخيص وهي :

–التقدم بالطلب على النماذج التي تعدها الهيئة في هذا الشأن مصحوبا بالبيانات والمستندات الدالة على توافر الشروط والأحكام المنصوص عليها في المواد (3 ، 4 ، 12، 14) من هذه اللائحة .

[1] المادة 4 من قانون التوقيع الإلكتروني المصري .

[2] راجع: المادة 19 من قانون التوقيع الإلكتروني المصري.

-تقوم الهيئة بعد تسلمها لكافة المستندات والبيانات المطلوبة، وفقا للبند (أ) من طالب الترخيص بفحصها والتأكد من سلامته، وتبت الهيئة في طلب الحصول على الترخيص خلال مدة لا تتجاوز ستين يوما من تاريخ استيفاء طالب الترخيص لجميع ما تطلبه الهيئة منه، ما لم تخطر الهيئة طالب الترخيص بمد هذه المدة، وفى حالة انقضاء هذه المدة دون إصدار الترخيص يعتبر الطلب مرفوضا .

- يحدد مجلس إدارة الهيئة مقابل إصدار وتجديد الترخيص وقواعد وإجراءات اقتضائه، ويلتزم المرخص له بسداد هذا المقابل عند منح الترخيص .

- تمنح الهيئة الترخيص طبقا للإجراءات والقواعد والضمانات المنصوص عليها في القانون وفى هذه اللائحة، وما يقره مجلس إدارة الهيئة من قواعد في هذا الشأن.

وهو ما قامت به هذه الهيئة، حيث منحت مجموعة من التراخيص لمزودي الخدمات وفق الخطوات التالية:

1-:الإعلان عن التراخيص لشركات التوقيع الإلكتروني: قامت الهيئة بالإعلان عن كراسة الشروط للشركات الراغبة فى الحصول على تراخيص التوقيع الإلكتروني وذلك بتاريخ مايو 2005.

تقدمت عدد 6 شركات للحصول على الترخيص وتلك الشركات هي:

شركة الحاسبات المتقدمة، الشركة الدولية للتكنولوجيا والاتصالات المحدودة، القابضة للملاحة الجوية، تكنولوجيا معلومات الطيران، الشركة المصرية لخدمات الشبكات وتأمين المعلومات، شركة إيجيبت ترست، شركة مصر المقاصة.

أغلق باب تقديم عروض الحصول على ترخيص تقديم خدمات التوقيع الإلكتروني بتاريخ 1 سبتمبر 2005 .

2-منح التراخيص لعدد من الشركات المصرية: تم منح الترخيص لأربعة شركات لتقديم خدمات التوقيع الالكتروني، وهذه الخدمات هي التسجيل وإصدار شهادات التصديق

الالكتروني– إصدار أدوات إنشاء وتثبت التوقيع الالكتروني – خدمة حفظ مفاتيح الشفرة الخاصة المصدرة لمستخدمي الخدمة، وذلك بعد التقييم الفني والمالي للعروض المقدمة من الشركات وتلك الشركات هي :

– شركة إيجيبت ترست – شركة مصر المقاصة – شركة الحاسبات المتقدمة – الشركة المصرية لخدمات الشبكات وتأمين المعلومات.

3–متابعة الشركات للبدء في تقديم النشاط المرخص به : تقوم إدارة تراخيص التوقيع الإلكتروني بالهيئة بمتابعة الشركات حتى يتسنى للهيئة منح أذن التشغيل لتلك الشركات حيث أنه بدون أذن التشغيل فإن أي شركة مرخص لها لا يمكنها أن تزاول نشاط تقديم خدمات التوقيع الالكتروني [1].

ثانيا: الترخيص في تونس

تعبر الوكالة الوطنية للمصادقة الالكترونية هي الهيئة المخولة قانونا لمنح التراخيص لمزود الخدمات لممارسة نشاطاته في تونس[2]، تتمتع هذه الهيئة بالشخصية المعنوية وبالاستقلال المالي ولا تكتسي الصبغة الإدارية كما أنها تخضع في علاقتها للغير للقانون التجاري[3]، تتولى هذه الهيئة وفق الفصل 9 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية ما يلي:

منح ترخيص تعاطي نشاط مزود خدمات المصادقة الالكترونية على كامل تراب الجمهورية التونسية، السهر على مراقبة احترام مزود خدمات المصادقة الالكترونية لأحكام هذا القانون ونصوصه التطبيقية، تحديد مواصفات منظومة إحداث الإمضاء و التدقيق، إبرام اتفاقيات الاعتراف المتبادل مع الأطراف الأجنبية .

إصدار وتسليم وحفظ شهادات المصادقة الالكترونية الخاصة بالأعوان العموميين المؤهلين

[1] هذه المعلومات واردة على الموقع الإلكتروني : http://www.e-signature.gov.eg/

[2] الفصل 9 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي

[3] الفصل 11 من نفس القانون .

للقيام بالمبادلات الالكترونية ويمكن أن يتم ذلك مباشرة أو عبر مزودي خدمات مصادقة الكترونية عموميين، المساهمة في أنشطة البحث والتكوين والدراسة ذات العلاقة بالمبادلات والتجارة الالكترونية، وبصفة عامة كل نشاط أخر يقع تكليفها به من قبل سلطة الإشراف وله علاقة بميدان تدخلها. و هي تخضع لإشراف الوزارة المكلفة بالقطاع.

يمكن لكل شخص إنشاء مزود خدمات إذا ما توافرت فيه الشروط الضرورية المنصوص عليها في الفصل 11 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية [1]، كما يجب على مزود الخدمات أن يحترم دفتر الشروط الذي يتضمن ما يلي :

كلفة دراسة ومتابعة ملفات مطالب الشهادات، آجال دراسة الملفات، الإمكانيات المادية والمالية والبشرية التي يجب توفرها لتعاطي النشاط،.شروط تأمين التفاعل المتبادل لأنظمة المصادقة وربط سجلات شهادات المصادقة، القواعد المتعلقة بالإعلام والخاصة بخدماته والشهادات التي سلمها والتي يتعين على مزود خدمات المصادقة الالكترونية و حفظها [2].

ثالثا: الترخيص في إمارة دبي

يحق لرئيس سلطة منطقة دبي الحرة بوصفه السلطة المختصة أن يصدر قرارا بتعيين مراقب خدمات التصديق، وينشر هذا القرار في الجريدة الرسمية[3]، ويختص بعمليات الترخيص والتصديق والمراقبة لأنشطة مزودي خدمات التصديق والإشراف عليها[4] .

طبقا للمادة 22 من قانون رقم 1 في شأن المعاملات والتجارة الإلكترونية فإن الوزير المختص وبناء على اقتراح من مراقب خدمات التصديق يصدر اللوائح الخاصة بتنظيم وترخيص عمل مزودي الخدمات التصديق العاملين في الدولة، وبالخصوص ما يلي:

---

[1] هذه الشروط هي أن يكون الطالب تونسيا ومقيما ومتمتعا بحقوقه المدنية والسياسية ومتحصلا على الأقل على شهادة الأستاذية

[2] الفصل 12 فقرة 2 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي .

[3] المادة 23 / 1 من قانون إمارة دبي الخاص بالمبادلات و التجارة الإلكترونية.

[4] عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 202 .

– ترخيص وتجديد ترخيص مزودي خدمات التصديق وممثليهم المفوضين وتجديد هذه التراخيص والمسائل المتعلقة بها.

– أنشطة مزودي خدمات التصديق، ويشمل ذلك طريقة ومكان وأسلوب الحصول على أعمالهم وجذب الجمهور لها.

– المعايير والقواعد التي يتعين على مزودي خدمات التصديق المحافظة عليها وإتباعها في أعمالهم.

– تحديد المعايير المناسبة فيما يتعلق بمؤهلات وخبرة مزودي خدمات التصديق وتدريب موظفيهم.

– تحديد شروط إدارة الأعمال التي يقوم بها مزود خدمات التصديق.

– تحديد محتويات وتوزيع المواد والإعلانات المكتوبة أو المطبوعة أو المرئية والتي يجوز أن يوزعها أو يستخدمها أي شخص فيما يتعلق بأية شهادة مصادقة الكترونية أو مفتاح رقمي.

– تحديد شكل ومحتوى أي شهادة مصادقة الكترونية أو مفتاح رقمي.

– تحديد التفاصيل التي يجب تدوينها في الحسابات التي يحتفظ بها مزودو خدمات التصديق.

– المؤهلات الواجب توافرها في مدققي حسابات ومزودي خدمات التصديق.

– وضع القواعد اللازمة لتنظيم التفتيش والتدقيق على أعمال مزودي خدمات التصديق.

– شروط إنشاء وتنظيم أي نظام الكتروني بواسطة مزود خدمات التصديق، سواء بمفرده أو بالاشتراك مع مزودي خدمات تصديق آخرين، وفرض وتغيير تلك الشروط أو القيود وفقاً لاقتراح المراقب وبالتنسيق مع الجهات ذات الاختصاص.

– الطريقة التي يدير بها الحاصل على الترخيص معاملاته مع عملائه، وكذلك عند تعارض مصالحه مع مصالحهم، وواجباته تجاههم فيما يتصل بشهادات المصادقة الالكترونية الرقمية.

– اقتراح الرسوم التي يجب استيفاؤها فيما يتصل بأي أمر مطلوب بموجب أحكام هذه المادة ويصدر بهذه الرسوم قرار من مجلس الوزراء.

– وضع أية نماذج لأغراض تطبيق هذه المادة.

– الغرامات المالية والجزاءات المقررة على مخالفة قواعد ترخي وتنظيم عمل مزودي خدمات التصديق.

الفرع الثالث: التفويض الإرادي لممارسة التصديق في التشريع الأوروبي والفرنسي

إن التعليمية الأوروبية بشان التوقيعات الإلكترونية نصت بأن مزود الخدمات لا يخضع إلى أي ترخيص مسبق[1]، فيجب أن يبقى هذا النشاط مفتوحا أمام الجميع لخلق نوع من التنافس، مما ينعكس إيجابا على مستوى وجودة الخدمات المقدمة ونمو وازدهار المعاملات الإلكترونية[2]، بالتالي فإن التعليمة الأوروبية لم تضع قواعد خاصة تبين فيها مكان ممارسة مزود الخدمات لنشاطاته وإنما أقرت فقط مبدأ عاما وهو حرية هذا الأخير لممارسة نشاطه في أي دولة يختارها[3] .

غير أنه يمكن لكل دولة أن تنص على ضرورة وجود تفويض للقيام بمهمة مزود الخدمات بناء على طلب من هذا الأخير إلى الجهات المختصة المعهود إليها أساسا بهذه الحقوق والالتزامات، ولهذه الجهة الترخيص بعد ذلك إذا توافرت لمقدم الخدمات ما يؤهله

[1] أنظر: المادة 1/3من التعليمة الأوروبية

[2] طارق كميل ، المرجع السابق، ص 580 و 581 .

[3] E.A Caprioli, Le droit international de l'internet "Les Aspects internationaux du commerce électronique",édition Bruylant , Bruxelles, 2002,p.192.

للقيام بهذه المهمة وفق ما يتم وضعه من ضوابط في هذا الشأن[1] ، يجب أن يكون هذا التفويض لا يحمل طابع الإلزام فهو يرتكز أساس على التطوع[2] ، لذلك يجب على مزود الخدمات فقط أن يستعمل أنظمة ومواد موثوق فيها لعمل الشهادات وحفظها .

لقد طبق المشرع الفرنسي ما أتت به التعليمة الأوروبية فلم تلزم مزود الخدمات بالحصول على الترخيص، لذلك يجب على مزود الخدمات فقط أن يستعمل أنظمة ومواد موثوق فيها لعمل الشهادات وحفظها دون المرور على نظام التفويض[3] .

إلا انه طبقا للفقرة 1 و 2 من المادة 7 من المرسوم 272-2001 المتعلق تطبيق المادة 1316 – 4 من القانون المدني والمتعلق بالتوقيع الإلكتروني فإنه يمكن لمزود الخدمات المستوفي للشروط المذكورة في المادة 6 من نفس المرسوم أن يكونا مؤهلا وفقا لطلب يتقدم به إلى هيئات التفويض الإرادي المعينة من طرف الوزير المكلف بالصناعة، بحيث يخضع مزود الخدمات للتقييم من طرف نفس الهيئات وفقا لشروط يحددها قرار من الوزير الأول.

نصت الفقرة الأخيرة من المادة 7 من المرسوم 272-2001 على ضرورة أن يحتوي قرار الوزير الأول على إجراءات التفويض للهيئات و وإجراءات التقييم وتأهيل مزود خدمات التصديق الإلكتروني.

فنجد أن التوقيع الإلكتروني لا يكون مؤمنا إلا إذا كان مزود الخدمات حاصلا على التفويض الإرادي، وبالتالي فإن التفويض هو مرحلة مهمة جدا في حياة مزود الخدمات لأنه يرتبط بحجية التوقيع الإلكتروني، فإن صدر توقيع إلكتروني من مزود خدمات حاصل على

[1] سعيد سيد قنديل،المرجع السابق،ص78 .

[2] V. Sedaillian , Preuve et signature électronique , art préc .

[3] E.A caprioli, Régime juridique du Prestataire de services de confiance au regard de la directive du 13 décembre 1999, http://www.caprioli-avocats.com ,Date de la mise à jour : mai 2003.

التفويض يعتبر التوقيع الإلكتروني مصحوب بشهادة تصديق معتمدة فإن ذلك يعتبر قرينة بسيطة على موثوقيته، ويقع على الطرف الأخر إثبات عكس .

غير أنه في حالة إذا ما كان المحرر موقعا ولكن شهادة التصديق صادرة من مزود خدمات غير مفوض، فعلى الموقع إثبات أنه قد أستوفى شرط الموثوقية والحفظ الدائم للمحرر الإلكتروني[1]، ونظرا لأهمية التفويض في مجال التوقيع الإلكتروني فإننا سنتطرق إليه بالتفصيل في هذا الفرع .

يسعى هذا النظام بالدرجة الأولى إلى تقييم مستوى الأمان الذي توفره منتجات أنظمة تكنولوجيا المعلومات، وبالخصوص المنتجات المتعلقة بالتوقيع الإلكتروني .

يمر هذا النظام بمرحلتين أساسيتين حتى يتم اعتماد مزود الخدمات، المرحلة الأولى يجب على مركز التقييم أن يحصل على اعتماد صادر من الدولة، ثم كمرحلة ثانية يجب على مزود الخدمات الراغب في الحصول على التفويض أن يتقدم بطلب إلى هذا المركز.

أولا: قبول مراكز التقييم : يرتبط هذا النظام أساسا بمراكز التقييم (Centre d'évaluation)، بحيث توكل لها مهمة تقييم مزود الخدمات وتمنحه صفة " مؤهل "، فيجب على كل هيئة راغبة في ممارسة نشاطها أن تقدم طلبا بذلك لدى الإدارة المركزية لأمان نظام المعلومات DCSSI، وفق ما تنص عليه المادة 11 من المرسوم 535-2002 الصادر في 18 أفريل 2002، مع ضرورة أن يحدد هذا الطلب المجال الذي تمارس فيه نشاطات مركز التقييم ، ويجب أن تقيم هذه المراكز الدليل على[2] :

- مطابقتها لمعايير الجودة طبقا لقواعد وضوابط الاعتماد المعمول بها .

- قدرتها على تطبيق معايير التقييم السارية والمنهجية المطابقة فضلا عن كفالة السرية المطلوبة في شأن التقييم.

[1] Y. SHANDI, Thèse préc , p. 318.
[2] Voir : art 11 – II Décret n° 2002-535 du 18 avril 2002.

-اختصاصها التقني بإنجاز أعمال التقييم، ويتم ذلك عن طريق الإدارة المركزية لأمان أنظمة المعلومات DCSSI، وبالخصوص وسائل وموارد وخبرة مركز التقييم.

يتم التأكد من المطابقة الواردة في الفقرة الأولى والقدرة المذكورة في الفقرة الثانية عن طريق الحصول على اعتماد صادر من جهة معترف بها وفقا لنص المادة R . 115 -6 من قانون الاستهلاك الفرنسي التي تنص على ضرورة التأكد من نزاهة وكفاءة الهيئة المختصة بإصدار شهادات التصديق يكون بموجب وثيقة صادرة لهذا الغرض من جهة الاعتماد معترف بها بقرار مشترك من وزيري الاستهلاك والصناعة.

ثم بعد ذلك يتحصل مركز التقييم على اعتماد من طرف الوزير الأول صالح لمدة سنتين، بعد أخذ رأي اللجنة المركزية للتصديق comité directeur de la certification، مع توضيح الالتزامات التي تقع على مركز التقييم[1] .

تقوم اللجنة المركزية للتصديق بالتأكد في أي وقت من أن مركز التقييم يلبي المعايير التي بموجبها تم الموافقة عليه.

عندما لا يستوفي مركز التقييم لمحتوى المادة 11 من المرسوم 2002- 535 أو أخل بالتزاماته المذكورة في الاعتماد فإنه يجوز سحب الاعتماد بواسطة الوزير الأول بعد أخذ رأي اللجنة الرئيسية للتصديق.

بعدما تطرقنا بالتفصيل إلى الإجراءات التي يجب أن يتبعها مركز التقييم للحصول على الاعتماد، سوف نوضح الآن الخطوات التي يجب أن يتبعها مزود الخدمات حتى يحصل على الاعتماد .

[1] Art 12 : " L'agrément est délivré par le Premier ministre, après avis du comité directeur de la certification. Il peut énoncer les obligations particulières auxquelles est soumis le centre d'évaluation. Il est valable pour une durée de deux ans renouvelable".

ثانيا: إجراءات الاعتماد : الهدف الأساسي من هذا الإجراء هو أن يتحصل مزود الخدمات على صفة مؤهل وهو ما يتيح له أن ينشأ تواقيع إلكترونية متقدمة لها الحجية الكاملة في الإثبات، على العكس من ذلك فإن مزود الخدمات الذي لا يتحصل على هذا الاعتماد تبقى تواقيعه الإلكترونية بسيطة.

بالتالي فإنه يتضح لنا جليا الأهمية البالغة التي يكتسيها هذا الإجراء، في حياة مزود الخدمات بفرنسا.

يجب على مزود الخدمات أن يتبع الإجراءات التالية لكي يتحصل على الاعتماد وهي:

– أن يتقدم بطلب إلى الإدارة المركزية لأمان منظومة المعلومات[1]

– يختار مزود الخدمات احد مراكز التقييم المعتمدة من أجل إجراء تقييم لمنتجاته، ويحرر عقدا معه، ويحدد هذا العقد على وجه الدقة المسائل التالية [2]: – المنتج أو النظام الذي يخضع للتقييم إضافة إلى أهداف الأمان. – شروط حماية سرية المعلومات التي ستستخدم في إطار التقييم – التكاليف المتعلقة بسداد قيمة التقييم والطرق المتبعة في هذا الصدد – برنامج العمل والآجال المتعلقة بالتقييم.

– يجب أن تحرص الإدارة المركزية لأمان أنظمة المعلومات على السير الحسن لأعمال التقييم، و يمكن لها في كل لحظة أن تشارك في هذه الأعمال أو أن تطلب المعلومات الضرورية بسيرها[3] ، كما يمكن لها أن تطلب من مزود الخدمات أن يرسل صورة من المستندات التي أرسلها إلى مركز التقييم، كما يحق لها حضور أعمال التقييم .

---

[1] Voir :Art 2 du 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

[2] Voir : Art 3 du Décret n° 2002-535 ,

[3] Voir : Art 5 du Décret n° 2002-535 .

– طبقا للمادة 3 فقرة 2 من المرسوم 2002– 535، يجب على مزود الخدمات أن يقدم البيانات الضرورية التي يحتاجها مركز التقييم للقيام بمهامه[1].

– يمكن لمزود الخدمات أن ينهي عملية التقييم في أي لحظة، ويحق لمركز التقييم أن يطلب تعويضا من مزود الخدمات عن الأضرار اللاحقة بسبب هذا الإيقاف[2] .

– عندما ينهي مركز التقييم أعماله يحرر تقرير سري يبين فيها عمليات الفحص التي أجراها، مع توضيح المعلومات المتعلقة بالإجراءات التقنية المتخذة لموثوقية التوقيع الإلكتروني والتصدي لمحاولة القرصنة والاختراق المحتملة، يرسل هذا التقرير إلى مزود الخدمات و إلى الإدارة المركزية لأمان أنظمة المعلومات[3].

– يتعين على الإدارة المركزية لأمان أنظمة المعلومات أن تعد خلال شهر تقرير يسمى بتقرير التصديق، فإما أن تسلم شهادة لمزود الخدمات بمطابقة منتجاته وأنظمته لشروط الأمان أو أن يرفض التصديق[4].

– تصدر هذه الشهادة من قبل الوزير الأول صالحة لمدة عامين، تشهد بأن منتجات وأنظمة المعلومات الخاضعة للتقييم تستوفي خصائص الأمان، وأن التقييم كان طبقا للقواعد والمعايير السارية المفعول [5].

المطلب الثاني : قواعد ممارسة التصديق الإلكتروني في الجزائر

من خلال اطلاعنا على النصوص القانونية المتعلقة بالتصديق الإلكتروني في الجزائري، نجد هناك نصين قانونيين نظما هذه العملية، النص القانوني الأول هو المرسوم

[1] VoirArt 3 /2 du Décret n° 2002-535 .
[2] Art 4 du Décret n° 2002-535 : " Le commanditaire peut décider à tout moment de mettre fin à une évaluation.
Il est décidé entre les parties du dédommagement éventuellement dû au centre d'évaluation ".
[3] Voir : Art 4 du Décret n° 2002-535.
[4] Voir : Art 7 du Décret n° 2002-535 .
[5] Voir : Art 8 du Décret n° 2002-535 .

التنفيذي 07-162 المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية.

بعد ذلك ألغى المشرع الجزائري صراحة أحكام هذا المرسوم التنفيذي بموجب القانون 15-04 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، حيث نص في المادة 81 من هذا القانون على ما يلي: "تلغى جميع الأحكام المخالفة لهذا القانون".

على هذا الأساس سنتطرق لنظام التصديق الجزائري في ظل المرسوم التنفيذي 07-162 الملغى في الفرع الأول، وفي الفرع الثاني سنتطرق إلى نظام التصديق الجزائري في ظل القانون 05-04 الحالي .

الفرع الأول: قواعد ممارسة التصديق الإلكتروني الجزائري في ظل المرسوم التنفيذي07-162 الملغى

لقد نهج المشرع الجزائري نفس الطريق الذي اتبعته الدول العربية فاعتمد على الترخيص كوسيلة للممارسة مزود الخدمات نشاطاته، فأوكلت هذه المهمة في بداية الأمر لسلطة ضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية لمنح الترخيص لمزود الخدمات في الجزائر وفق ما تنص عليه المادة 2 من المرسوم التنفيذي 07 – 162 المعدلة والمتممة للمادة 3 من المرسوم التنفيذي 01 – 123:" يخضع لترخيص تمنحه سلطة البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية إنشاء واستغلال ما يأتي :

- الشبكات الخاصة في مفهوم المادة 8 من القانون رقم 2000- 03 التي تستعمل الأملاك العمومية بما فيها الأملاك الهيرتيزية .
- الشبكات التي لا تستعمل إلا طاقات مستأجرة من متعاملين حاصلين على رخص،
- خدمات توفير النفاذ إلى الانترنيت بما في ذلك تحويل الصوت عبر الانترنيت،
- أوديوتاكس ،
- مراكز النداء،

– خدمات التصديق الإلكتروني .

غير أن ترخيص مصالح التصديق الإلكتروني يكون مرفقا بدفتر شروط يحدد حقوق وواجبات مؤدي الخدمات والمستعمل.

تسهر سلطة البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية على احترام التعليمات التي تفرضها السلطات المؤهلة في مجال الدفاع الوطني والأمن العمومي ضمن الشروط والكيفيات تحددها طبقا للمادة 39 " .

يتضح لنا جليا من خلال هذه المادة أن سلطة البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية لا تنحصر مهامها فقط في منح التراخيص لمزود خدمات التصديق الإلكتروني بل تشمل كذلك بعض الخدمات المرتبطة بالمواصلات السلكية واللاسلكية كمراكز النداء أو توفير النفاذ إلى الانترنيت بما في ذلك تحويل الصوت عبر الانترنيت.

كما أنه اشترطت هذه المادة على مزود خدمات التصديق الإلكتروني احترام دفتر الشروط الذي يحدد حقوق وواجبات مؤدي الخدمات والمستعمل لها .

إضافة إلى ذلك ألزمت الفقرة الأخيرة من هذه المادة سلطة البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية أثناء ممارسة مهامها احترام التعليمات التي تفرضها السلطات المؤهلة في مجال الدفاع الوطني والأمن العمومي، باعتبار أن النشاطات التي تمارسها هذه الهيئة قد تكون ماسة بالدفاع الوطني والأمن العمومي .

في هذا الإطار قامت سلطة الترخيص ممثلة في سلطة البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية بإعلان مناقصة قصد تطبيق التصديق الإلكتروني في الجزائر بتاريخ 6 سبتمبر 2009، وحدد أخر أجل لوضع العروض 15 نوفمبر 2009، حيث سحب 21 مزود

خدمات دفتر الشروط، 8 من مزودي الخدمات تقدمت بعروض، تم الفتح العلني للعروض بتاريخ 15 نوفمبر 2009 ، وتقييم العروض ما زال جاري لحد الساعة[1] !!!!

على العموم يعتبر هذا المرسوم التنفيذي غير كاف لتنظيم عمل مزود الخدمات في مجال التوقيع الإلكتروني، حيث أن عدد مواده قليل لا يتلاءم مع أهمية التوقيع الإلكتروني، و أن معظم الدول قد وضعت له نصوصا قانونية متكاملة، زيادة على ذلك فإن هذا المرسوم لم يوضح بدقة الإجراءات التي يجب أنم يتبعها مزود الخدمات للحصول على الترخيص، خاصة محتوى دفتر الشروط الذي لم يصدر أبدا، كما لم تقم الهيئات المختصة بإعلان نتائج المناقصة التي تم إعلانها في 2009، وبالتالي لا يمكن القول بأن هناك توقيع إلكتروني خلال هذه الفترة، وهو ما يعتبر عاملا معرقلا لتطوير المعاملات الإلكترونية في الجزائر .

الفرع الثاني: قواعد ممارسة التصديق الإلكتروني في ظل القانون 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

يجب في بداية الأمر أن نعلم أن القانون الجديد 15-04المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، قد أوجد عدة هيئات تساهم بشكل مباشر في عمل مزود الخدمات، كما أنه يجب التمييز بين طرف الثالث الموثوق و مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني فهذا الأخير وحده من يخضع لنظام الترخيص، إلا أن المشرع الجزائري لم يهمل الطرف الثالث الموثوق ونظم عمله بشكل دقيق مع إخضاعه لرقابة هيئات مختلفة أو ما أسماه المشرع الجزائري بسلطات التصديق الإلكتروني، وعلى هذا الأساس سنتطرق أولا إلى سلطات التصديق الإلكتروني، وثانيا سنتحدث على الترخيص لمؤدي خدمات التصديق الإلكتروني:

[1] هذه المعلومات مأخوذة عن الموقع: http://www.arpt.dz/7Certification.htm

أولا: سلطات التصديق الإلكتروني في الجزائر

نظم المشرع الجزائري عمل سلطات التصديق الإلكتروني في الفصل الثاني من القانون الجديد، وقسم هذه السلطات إلى ثلاثة أقسام، القسم الأول سماه ب" السلطة الوطنية للتصديق الإلكتروني" منصوص عليها في المواد من 16إلى 25ا ، والقسم الثاني أطلق عليه تسمية "السلطة الحكومية للتصديق الإلكتروني" من المواد 26 إلى المادة 28 ، والقسم الأخير أطلق عليه تسمية "السلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني"، وهو ما سنتحدث فيه بأكثر تفصيل .

1-السلطة الوطنية للتصديق الإلكتروني: تعبر أعلى هيئة فهي تشرف على السلطتين الحكومية والاقتصادية ويطلق عليها في صلب القانون بالسلطة، تنشأ من طرف الوزير الأول وهي سلطة إدارية مستقلة تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي وفق المادة 1/16[1]، ويتم تحديد مقرها لاحقا بموجب التنظيم وفق ما تنص عليه المادة 17 من نفس القانون[2] .

تتشكل السلطة من مجلس ومصالح تقنية وإدارية طبقا للمادة 1/19 من نفس القانون، أما الفقرة الثانية من نفس المادة فهو يحدد تشكيلة المجلس المكونة من 5 أعضاء من بينهم الرئيس يتم تعيينهم من طرف رئيس الجمهورية على أساس كفاءتهم خاصة في مجالات العلوم التقنية المتعلقة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال وقانون تكنولوجيات الإعلام واقتصاد تكنولوجيات الإعلام والاتصال .

أما الفقرة الثالثة من نفس المادة فإنها تنص على أن لهذا المجلس كل الصلاحيات للممارسة مهام السلطة وعلى هذا الأساس يمكن له أن يستعين بأي كفاءة من شأنها أن

[1] تنص المادة 1/16 من قانون 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين :" تنشأ لدى الوزير الأول سلطة إدارية مستقلة تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، تسمى السلطة الوطنية للتصديق الإلكتروني وتدعى في صلب النص "السلطة"

[2] تنص المادة 17 من نفس القانون على ما يلي :"يحدد مقر السلطة عن طريق التنظيم".

تساعده على أداء مهامه، وتتحدد عهدة أعضاء السلطة ب 4 سنوات قابلة للتجديد مرة واحدة، مع ضرورة عدم ممارسة رئيسه وأعضائه مع أي وظيفة عمومية أو وظيفة في القطاع الخاص أو مهنة حرة أو عهدة انتخابية، وأن لا يكون العضو أو الرئيس مصالح مباشرة أو غير مباشرة في إحدى الشركات التي تعمل في قطاع تكنولوجيات الإعلام والاتصال وفق ما تنص عليه أحكام المادة 21 من نفس القانون[1].

يتخذ المجلس قراراته بالأغلبية وفي حال تساوي الأصوات يتم ترجيح صوت الرئيس[2]، ويكون لهذا الأخير صفة الآمر بالصرف مع إمكانية تفويض هذه الصلاحية للمدير العام[3] .

أما المصالح التقنية والإدارية للسلطة فإنها تسير من طرف مدير عام يتم تعيينه من طرف رئيس الجمهورية بناء على اقتراح الوزير الأول، أما تنظيم وسير ومهام هذه المصالح سيتم عن طريق التنظيم الذي سيصدر لاحقا[4].

حددت المادة 18 من نفس القانون مهام السلطة، حيث أنها أقرت في الفقرة الأولى مهمة عامة وهي ترقية استعمال التوقيع و التصديق الإلكترونيين وتطويرهما وضمان موثوقية استعمالهما، ثم في الفقرة الثانية حددت بعض المهام الجزئية تتمثل في:

– إعداد سياستها للتصديق الإلكتروني والسهر على تطبيقها، بعد الحصول على الرأي الإيجابي من قبل الهيئة المكلفة بالموافقة.

– الموافقة على سياسات التصديق الإلكتروني الصادرة عن السلطتين الحكومية والاقتصادية للتصديق الإلكتروني.

–إبرام اتفاقيات الاعتراف المتبادل على المستوى الدولي .

---

[1] أنظر: المادة 21 من قانون 15–04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

[2] أنظر: المادة 23 من نفس القانون .

[3] أنظر: المادة 22 من نفس القانون .

[4] أنظر: المادة 20 من نفس القانون .

-اقتراح مشاريع تمهيدية لنصوص تشريعية أو تنظيمية تتعلق بالتوقيع الإلكتروني أو التصديق الإلكتروني على الوزير الأول.

-القيام بعمليات التدقيق على مستوى السلطتين الحكومية والاقتصادية للتصديق الإلكتروني عن طريق الهيئة الحكومية المكلفة بالتدقيق.

- تتم استشارة السلطة عند إعداد أي مشروع نص تشريعي أو تنظيمي ذي صلة بالتوقيع أو التصديق الإلكترونيين.

يمكن أن نقسم مهام السلطة وفق المادة 18[1] إلى ثلاث مهام رئيسية، أولها مهمة رقابية إذ أنها تراقب السلطة الحكومية والاقتصادية عن طريق إما الموافقة على سياسات التصديق الإلكتروني أو القيام بعمليات التدقيق على مستوى السلطتين الحكومية والاقتصادية، وثانيهما مهمة شبه تشريعية فلها أن تقترح المشاريع التمهيدية لنصوص التشريعية أو التنظيمية المتعلقة بالتصديق والتوقيع الإلكترونيين ، كما يجب استشارتها في إعداد مشاريع التشريعية أو التنظيمية المتعلقة بالتصديق والتوقيع الإلكترونيين، وأخيرا لها مهمة دولية وهي إبرام اتفاقيات الاعتراف المتبادل على المستوى الدولي، أي أن التوقيع وشهادة التصديق الإلكترونيين الصادرين خارج الجزائر لا تكون له الحجية إلا إذا أبرمت السلطة اتفاقية مع ذلك البلد بموجبها تعترف بحجية التوقيع والتصديق الإلكترونيين .

1- **السلطة الحكومية للتصديق الإلكتروني** : هي عبارة عن شخصية معنوية تتمتع بالاستقلال المالي تنشأ لدى الوزير المكلف بالبريد وتكنولوجيات الإعلام والاتصال[2]، مع إحالة طبيعة هذه السلطة الحكومية وتشكيلها وتنظيمها للتنظيم الذي سيصدر لاحقا[3] .

---

[1] أنظر: المادة 18 من قانون 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

[2] وهو ما تنص عليه صراحة المادة 26 من قانون 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين التي تنص على :"تنشأ لدى الوزير المكلف بالبريد وتكنولوجيات الإعلام والاتصال سلطة حكومية للتصديق الإلكتروني تتمتع بالاستقلال المالي والشخصية المعنوية".

[3] وفق ما تنص عليه المادة 27 من نفس القانون بقولها: "تحدد طبيعة هذه السلطة الحكومية للتصديق الإلكتروني وتشكيلها وتنظيمها وسيرها عن طريق التنظيم".

لقد أوضحت المادة 28 من القانون مهام السلطة الحكومية، يمكن القول أن لها مهمة رئيسية هي مراقبة نشاط التصديق الإلكتروني للأطراف الثالثة الموثوقة وتوفير خدمات التصديق الإلكتروني لصالح المتدخلين في الفرع الحكومي، كما لها مهام أخرى تتفرع عن المهمة الأساسية وهي:

– إعداد سياستها للتصديق الإلكتروني وعرضها على السلطة للموافقة عليها والسهر على تطبيقها.

– الموافقة على سياسات التصديق الصادرة عن الأطراف الثالثة الموثوقة والسهر على تطبيقها.

– الاحتفاظ بشهادات التصديق الإلكترونية المنتهية صلاحيتها، والبيانات المرتبطة بمنحها من قبل الطرف الثالث الموثوق، بغرض تسليمها إلى السلطات القضائية المختصة عند الاقتضاء، طبقا للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها.

– نشر شهادة التصديق الإلكتروني للمفتاح العمومي للسلطة .

– إرسال كل المعلومات المتعلقة بنشاط التصديق الإلكتروني إلى السلطة دوريا أو بناء على طلب منها.

– القيام بعملية التدقيق على مستوى الطرف الثالث الموثوق، عن طريق الهيئة الحكومية المكلفة بالتدقيق طبقا لسياسة التصديق.

ثانيا: التأهيل و الترخيص لمؤدي خدمات التصديق الإلكتروني

يتميز المشرع الجزائري بأنه قد فرض على مؤدي خدمات التصديق أن يمر على مرحلتين أساسيتين قبل أن يمارس مهامه، وهما على التوالي التأهيل ثم الترخيص[1].

[1] منصوص عليه في المواد 33 إلى غاية المادة 40 من الفصل الثالث تحت عنوان "النظام القانوني لتأدية خدمات التصديق الإلكتروني من القسم الأول المعنون ب "مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني في الفرع الأول المعنون ب "شهادة التأهيل والترخيص.

1-شهادة التأهيل :لقد اشترطت المادة 1/35 ق.ت.ت إ[1] صراحة على ضرورة الحصول على شهادة التأهيل قبل الحصول على الترخيص، وتهدف بالدرجة الأول لتهيئة كل الوسائل اللازمة لتأدية خدمات التصديق الإلكتروني، وتمنح لكل شخص طبيعي أو معنوي وتحدد مدة صلاحيتها بسنة واحدة قابلة للتجديد لمرة واحدة فقط[2]، بعد ذلك يجب تبليغ الشهادة للمعني بالأمر خلال مدة أقصاها 60 يوما ابتداء من تاريخ استلام الطلب المثبت بإشعار الاستلام، يجب التنبيه أن الحصول على شهادة التأهيل لا يعني ممارسة مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني لمهامه بل يجب عليه أن يحصل على الترخيص وهو ما تنص عليه صراحة المادة 35 /3 بقولها "لا يمكن حامل هذه الشهادة تأدية خدمات التصديق الإلكتروني إلا بعد الحصول على الترخيص".

بعد الحصول على شهادة التأهيل يطلب مؤدي خدمات التصديق بإنجاز تدقيق تقييمي قبل منح الترخيص تقوم به إما السلطة الاقتصادية للتصديق أو مكتب تدقيق معتمد وفقا لسياسة التصديق الإلكتروني ودفتر الأعباء .

توكل عملية التدقيق وفق المادة 79 من هذا القانون إلى المصالح المختصة في هذا المجال التي تحدد عن طريق التنظيم لمرحلة انتقالية إلى حين إنشاء الهيئة المكلفة بهذه المهمة على أن لا تتجاوز مدة 5 سنوات، ولحد الساعة لم يصدر هذا التنظيم .

2- شهادة الترخيص :

لقد عرف المشرع الجزائري الترخيص في المادة 2 فقرة 10 بأنه :" يعني نظام استغلال خدمات التصديق الإلكتروني الذي يتجسد في الوثيقة الرسمية الممنوحة لمؤدي الخدمات بطريقة شخصية، تسمح له البدء الفعلي في توفير خدماته".

[1] أنظر: المادة 1/35 ق.ت.ت إ .

[2] أنظر: المادة 2/35 ق.ت.ت.إ .

اعتبر المشرع الجزائري أن الحصول على الترخيص من طرف السلطة الاقتصادية يعد شرطا أساسيا حتى يتمكن مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني من أداء مهامه على تراب الدولة الجزائرية، وهو ما نصت عليه صراحة المادة 33 ق.ت.ت.إ بقولها:" يخضع نشاط تأدية خدمات التصديق الإلكتروني إلى ترخيص تمنحه السلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني."، يمكن أن نستنتج من هذه المادة أن الطرف الثالث الموثوق لا يخضع لنظام الترخيص، وهذا أمر بديهي لكونه يعتبر شخصا معنويا عاما له أحكامه الخاصة التي لا تخضع للقواعد القانونية التي تسري على مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني.

زيادة على ذلك يجب أن تتوافر في مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني بعض الشروط المنصوص عليها في المادة 34 ق.ت.ت.إ[1] وهي، أن يكون خاضعا للقانون الجزائري للشخص المعنوي أو الجنسية الجزائرية للشخص الطبيعي، أن يتمتع بقدرة مالية كافية، أن يتمتع بمؤهلات وخبرة ثابتة في ميدان تكنولوجيا الإعلام والاتصال للشخص الطبيعي أو المسير للشخص المعنوي، وأخيرا أن لا يكون قد سبق الحكم عليه في جناية أو جنحة تتنافى مع نشاط تأدية خدمات التصديق الإلكتروني.

بعد حصول مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني على التأهيل تمنح له السلطة الاقتصادية الترخيص ويتم تبليغه في أجل لا يتجاوز 60 يوما ابتداء من تاريخ طلب الترخيص المثبت بإشعار الاستلام[2]، ويجب أن يرفق هذا الترخيص بدفتر الشروط الذي يحدد شروط وكيفيات تأدية خدمات التصديق وكذلك توقيع شهادة التصديق الإلكتروني الخاصة بمؤدي الخدمات من طرف السلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني وفق أحكام المادة 38 ق.ت.ت.إ.

---

[1] أنظر: المادة 34 ق.ت.ت.إ .

[2] وهو ما تنص عليه صراحة المادة 36 ق.ت.ت.إ: " يمنح الترخيص إلى شهادة التأهيل ويتم تبليغه في أجل أقصاه ستون (60) يوما ابتداء من تاريخ استلام طلب الترخيص المثبت بإشعار الاستلام."

تكون مدة الترخيص هي 5 سنوات قابلة للتجديد وفقا للشروط المحددة في دفتر الأعباء، مع دفع مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني مقابل مالي نظير حصوله على الترخيص يحدد عن طريق التنظيم وهو ما نصت عليه صراحة المادة 40 ق.ت.ت.إ بقولها:" يمنح الترخيص لمدة خمس (5) سنوات، ويتم تجديده عند انتهاء صلاحيته وفقا للشروط المحددة في دفتر الأعباء، الذي يحدد شروط وكيفيات تأدية خدمات التصديق الإلكتروني.

يخضع الترخيص لدفع مقابل مالي يحدد مبلغه عن طريق التنظيم.".

في الأخير نجد أن المشرع الجزائري قد نص على أحكام تشترك فيها كل من شهادة التأهيل وشهادة الترخيص، فمنح هاتان الشهادتان يتم بصفة شخصية ولا يمكن التنازل عنها للغير وفق ما تنص عليه المادة 39 ق.ت.ت.إ، كما أن رفض منح شهادة التأهيل والترخيص وفق المادة 37 ق.ت.ت.إ يجب أن يكون مسببا مع تبليغه مقابل إشعار بالاستلام، حتى يمكن مؤدي خدمات التصديق الطعن في هذا القرار أمام السلطة في أجل شهر واحد من تاريخ تبليغها وفق ما تنص عليه المادة 31 ق.ت.ت.إ [1]، إذا كانت الأسباب غير صحيحة أو غير مقنعة دون أن يكون هذا الطعن موقفا للقرار.

المطلب الثالث: التزامات مزود الخدمات

إن حصول مزود الخدمات على الترخيص أو على التفويض لا يعتبر كافيا بل يجب تبيان التزاماتها على وجه الدقة، وهو ما اهتمت به القوانين الدولية كالتعليمة الأوروبية وقانون الأونيسترال النموذجي باعتبار أن نشاط مزود الخدمات لا يقتصر فقط على إقليم دولة واحد بل يمتد إلى دول أخرى(الفرع الأول) .

[1] أنظر: المادة 31 ق.ت.ت.إ .

كما أن مزود الخدمات ملزم باحترام الالتزامات التي تفرضها النصوص القانون المنظمة لنشاطه في إقليم الدولة وهو ما سنحاول تبيانه في الفرع الثاني .

في الفرع الثالث والأخير سنعالج بالتفصيل التزامات مزود الخدمات في الجزائر وفق قانون التوقيع والتصديق الإلكترونيين الصادر مؤخرا .

الفرع الأول: التزامات مزود الخدمات على المستوى الدولي

من المعروف أن إعمال التوقيع الإلكتروني غالبا ما يتم عبر شبكة الانترنيت بقصد ممارسة التجارة الالكترونية، ومن المعروف أن هذه التجارة لا تعترف بالحدود الجغرافية وهو ما منح للتوقيع الإلكتروني الطابع الدولي، حيث قد نجد مثلا الموقع من فرنسا والمرسل إليه في الولايات المتحدة، وهو ما أدى إلى اهتمام المنظمات الدولية بالتوقيع الإلكتروني ومحاولة وضع إطار قانوني له، وهو ما يبرز في قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية والتعليمة الأوروبية بشأن التوقيع الإلكتروني ، وهو ما سندرسه إتباعا في هذا الفرع .

أولا :التزامات مزود الخدمات في قانون الأونيسترال النموذجي

لقد تم التطرق لهذه الالتزامات في المادة 9 تحت عنوان "سلوك مقدم خدمات التصديق"، حيث بينت هذه المادة في الفقرة الأولى الشروط التي يجب أن يخضع لها مزود الخدمات حتى يكون التوقيع الالكتروني له الحجية الكاملة في الإثبات وهي كالتالي :

– أن يتصرف وفقا للتأكيدات التي يقدمها بخصوص سياسته وممارساته.

– أن يمارس عناية معقولة لضمان دقة واكتمال كل ما يقدمه من تأكيدات جوهرية ذات صلة بالشهادة طيلة دورة سريانها، أو مدرجة في الشهادة.

– أن يوفر وسائل يكون الوصول إليها متيسرا بقدر معقول وتمكن الطرف المعول من التأكد من الشهادة .

بما أن أهم التزام يقع على مزود الخدمات هو إصدار شهادة تصديق الكترونية، فإن الفقرة الثانية من نفس المادة أوضحت ما هي البيانات التي يجب أن تتوافر في هذه الشهادة، وهو ما سنتطرق إليه لاحقا في هذا البحث .

أما المادة 10 المعنونة ب "الجدارة بالثقة "فقد أوضحت ما هي العوامل التي تأكد الجدارة والثقة في عمل مزود الخدمات وهي، الموارد المالية والبشرية، بما في ذلك توافر الموجودات، أو جودة نظم المعدات والبرمجيات، أو إجراءات تجهيز الشهادات وطلبات الحصول على الشهادات والاحتفاظ بالسجلات، أو إتاحة المعلومات للموقعين المعينة هويتهم في الشهادات وللأطراف المعولة المحتملة أو انتظام ومدى مراجعة الحسابات من جانب هيئة مستقلة، أو وجود إعلان من الدولة أو من هيئة اعتماد أو من مقدم خدمات التصديق بخصوص الامتثال لما سبق ذكره أو بخصوص وجوده، أو أي عامل أخر ذي صلة .

يتضح لنا من خلال المادتين أن مزود الخدمات يجب أن تكون نشاطاته مطابقة لسياسته حتى لا يتفاجأ الموقع أو المرسل إليه أو أي طرف معول على التوقيع الالكتروني بتصرفات قد تضرهم، كإصدار مثلا شهادة تصديق إلكتروني غير مطابقة في المحتوى لما تعهد به مزود الخدمات أو أن يؤكد مثلا مزود الخدمات أنه ينشأ توقيع إلكترونيٍ آمن بينما هو في حقيقة الأمر لا ينشأ إلا توقيع إلكتروني بسيط .

إضافة إلى ذلك فأن مزود الخدمات يجب أن يبذل عناية معقولة لضمان دقة المعلومات الواردة في شهادة التصديق الإلكتروني، بحيث يتخذ كل الطرق الممكنة للتأكد من المعلومات التي يمنحها له الموقع كطلبه الوثائق الشخصية، إلا أنه لا يتحمل المسؤولية في حال ما إذا قدم المشترك وثائق مزورة لأن معظم هذه الإجراءات تتم عبر الخط وعن طريق إرسال وثائق الهوية عبر البريد [1].

[1] Eric A.caprioli , Le juge et la preuve électronique, Art prec.

من الالتزامات التي تقع على مزود الخدمات أن يتيح لكل شخص التأكد من صحة شهادة التصديق الإلكترونية، وذلك مثلا بأن ينشأ سجل إلكتروني على موقعه الخاص يضع فيه شهادات التصديق الإلكتروني لكل توقيع إلكتروني تم إنشائه يوضح فيه وضعية هذا التوقيع ، فقد يكون التوقيع الإلكتروني محدد المجالات أو معلقا أو ملغي أو منتهي الصلاحية إلخ ... وهو ما يسمح للطرف المعول الأخذ بالتوقيع الإلكتروني أو استبعاده حسب المعلومات المتوافرة في شهادة التصديق الإلكتروني .

كما ركز قانون الاونيسترال النموذجي على الإمكانيات المالية والبشرية التي يجب أن تتوافر لدى مزود الخدمات، مع ضرورة القيام بكل الإجراءات الضرورية لتجهيز الشهادات، إتاحة المعلومات للموقعين المعينة هويتهم في الشهادات وللأطراف المعولة المحتملة.

سمح قانون الاونيسترال النموذجي للدول أن تنشأ هيئات تكون مهمتها الرئيسية مراجعة الحسابات و التأكد من امتثال مزود الخدمات للشروط المذكورة في هذه المادة .

ثانيا: التزامات مزود الخدمات في التعليمة الأوروبية:

لقد تم تحديد التزامات مزود الخدمات في التعليمة الأوروبية في الملحق رقم 2[1] وهي كالتالي: – يقيم الدليل على موثوقية خدمات التصديق التي يقدمها .

– ضمان عمل خدمة الدليل بشكل سريع و آمن وخدمة العدول كذلك.

– يحرص على أن يكون تاريخ وساعة إصدار وإلغاء الشهادة يمكن تحديدها بدقة .

– المراقبة عن طريق وسائل مناسبة ومطابقة للقانون الوطني، الهوية، والصفات الخصوصية للشخص الذي قدمت له شهادة مؤهلة.

– استخدام عمال لهم معارف محددة، التجربة والتأهيل المناسب لعرض الخدمات، وبالخصوص الخبرات على مستوى التسيير، المعارف المتخصصة في تكنولوجيا التوقيع

[1] أنظر الملحق 2 من التعليمة الأوروبية بشأن التوقيعات الالكترونية .

الإلكتروني والاستعمال الجيد لإجراءات الأمن المناسبة،كما يجب عليهم كذلك تطبيق الإجراءات والطرق والتسيير المناسب والملائم وفقا للمعايير المعروفة.

– استخدام أنظمة ومنتجات محمية ضد التعديلات والتي تضمن الأمن التقني والتشفيري للوظائف المفترضة.

– امتلاك الموارد المالية الكافية للعمل وفق متطلبات المنصوص عليها في التعليمة، وبالخصوص تغطية المسؤولية عن الأضرار، مثلا تأمين مناسب .

– تسجيل كل المعلومات ذات صلة بشهادة مؤهلة خلال مدة زمنية معينة، وبالخصوص تقديم الشهادة أمام العدالة، هذه التسجيلات يمكن القيام بها بواسطة وسائل إلكترونية،

– لا تخزن ولا تنسخ المعطيات ذات صلة بإنشاء توقيع شخص يكون مزود خدمات التصديق قد منحه خدمات تسيير المفاتيح .

– قبل إقامة علاقة تعاقدية مع شخص يطلب شهادة لتدعيم توقيعه الإلكتروني، إعلام هذا الشخص بوسيلة اتصال دائمة الأحكام والشروط المحددة لاستعمال الشهادات من بينها الحدود المفروضة لاستعمالها، وجود نظام إرادي للتفويض وإجراءات الاحتجاج وتسوية المنازعات. هذه المعلومة يمكن بثها عن طريق إلكتروني، يجب أن يتم كتابة وبلغة مفهومة، العناصر المرتبطة بهذه المعلومة يجب كذلك أن يتم وضعها في المتناول، إذا طلبها الغير المعتمد على الشهادة.

استعمال أنظمة موثوقة لتخزين الشهادات بشكل يمكن مراقبة ما يلي:

– وحدهم الأشخاص المرخص لهم يمكنهم الدخول وتعديل المعطيات، المعلومات يمكن مراقبتها إذا كانت أصلية .

– الشهادات لا تكون متوفرة للجمهور لغرض البحوث إلا في حالة موافقة ما إذا كان حامل الشهادة قد عبر عن رضاه و كل تعديل تقني يهدد متطلبات الأمن تكون ظاهرة للمتعامل.

المقصود بالدليل هو عبارة عن سجل إلكتروني يضعه مزود الخدمات على موقعه الإلكتروني يبين فيه وضعية شهادات التصديق الإلكترونية ومن جهة ثانية فإنه يجب مراقبة هوية شخص الموقع بشكل يتلاءم مع أحكام القوانين السائدة في الدولة .

كما أن التعليمة ألزمت مزود الخدمات أن يقوم بأرشفة كل المعلومات المرتبطة بشهادة التصديق الإلكتروني خلال المدة الزمنية المتطلبة قانونا حتى يمكن الاحتجاج بها أمام القضاء في حال وجود نزاع .

وأخيرا فإن مزود الخدمات حتى يؤدي مهامه بشكل جيد يجب أن تتوافر لديه الإمكانيات المالية اللازمة، لأن نشاطه يكلف مبالغ مالية باهظة لشراء العتاد و الآلات والبرامج اللازمة لسير نشاطه، ولكي يستطيع كذلك التعويض عن الأضرار التي قد يسببها سواء للموقع أو المرسل إليه و الطرف المعول على التوقيع الإلكتروني .

هناك من الفقه[1] من قسم التزامات مزود الخدمات إلى ثلاث أنواع وهي: التزامات تتعلق بمزاولة النشاط، والتزامات تتعلق بتأمين وحماية المعلومات ، والتزامات تتعلق بصحة البيانات.

إن أهم التزام يقع على عاتق مزود الخدمات هو إنشاء التوقيع الإلكتروني والتأكد من صحته ، وذلك بإصدار شهادة تصديق إلكترونية تؤكد نسبة التوقيع الإلكتروني إلى الموقع دون سواه .

فعند إنشاء المفاتيح العامة يعتبر مزود الخدمات جهازا مستقلا تتحدد وظائفه في التحقق والتأكد من هوية وطبيعة الشخص الحامل للمفتاح العام، وإصدار الشهادات

[1] خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، ص152 وما بعدها .

الإلكترونية التي تربط بين الشخص والمفتاح العام [1]، وبالتالي يمكن القول أن مزود الخدمات يضمن توفير الأمان القانوني للمستخدمين لأن غاية الأفراد من ذلك هو دفع الغير للتعاقد معهم بعد التحقق من شخصيتهم[2].

الفرع الثاني: التزامات مزود الخدمات على مستوى التشريعات الوطنية.

أصبح التوقيع الإلكتروني يلعب دورا مهما في توفير جو من الاستقرار والأمان في مجال المعاملات الإلكترونية، وباعتبار أن مزود الخدمات تقع على عاتقه هذه المهمة فقد حاولت التشريعات الوطنية تحديد التزاماته بشكل دقيق، حتى لا تتم هذا النشاط بشكل فوضوي وحتى تتمكن الدولة من فرض رقابتها على الأعمال التي يقوم بها مزود الخدمات وهو ما سنحاول التطرق إليه بالتفصيل في هذا الفرع .

أولا: التزامات مزود الخدمات في تونس

لقد أورد المشرع التونسي التزامات مزود الخدمات في الباب الرابع من القانون المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية تحت عنوان " في خدمات المصادقة الإلكترونية "، وتتمثل في إصدار وتصميم وحفظ الشهادات وفقا لكراس شروط تتم المصادقة عليه بأمر، وعند الاقتضاء تعليقها أو إلغاءها وفقا لأحكام هذا القانون[3]، استعمال وسائل موثوق بها لإصدار وتسليم وحفظ الشهادات و اتخاذ الوسائل اللازمة لحمايتها من التقليد والتدليس وفقا لكراس

[1] مولود قارة، التوقيع الإلكتروني كدليل إثبات في القانون الخاص، ماجستير في القانون الخاص ،جامعة فرحات عباس سطيف (الجزائر)، 2004،ص84 .

[2] زهيرة كيسي، النظام القانوني لجهات التوثيق (التصديق) الإلكتروني، مجلة دفاتر السياسة والقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ورقلة، العدد 4، 2012 ، ص 216.

[3] الفصل 1/12 من قانون المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية ينص :" يتولى كل مزود خدمات المصادقة الالكترونية إصدار وتصميم وحفظ الشهادات وفقا لكراس شروط تتم المصادقة عليه بأمر ، وعند الاقتضاء تعليقها أو إلغاءها وفقا لأحكام هذا القانون. "

الشروط المنصوص عليه بالفصل 12 من هذا القانون[1]، يقوم بمسك سجل الكتروني لشهادات المصادقة على ذمة المستعملين مفتوح للاطلاع الكترونيا بصفة مستمرة على المعلومات المدونة به[2]، المحافظة على سرية المعلومات التي عهدت إليهم في إطار تعاطي أنشطتهم باستثناء تلك التي رخص صاحب الشهادة كتابيا أو الكترونيا في نشرها أو إعلام بها أو في الحالات التشريع الجاري به العمل [3].

يتولى مزود خدمات المصادقة الالكترونية، عند طلب شهادة جمع المعلومات ذات الصبغة الشخصية مباشرة من الشخص المعني وله أن يتحصل عليها من الغير بعد الموافقة الكتابية أو الالكترونية لهذا الشخص[4]، يصدر شهادات مصادقة تستجيب لمقتضيات السلامة والوثوق بها، وتضبط المعطيات التقنية المتعلقة بالشهادة و الوثوق بها بقرار من الوزير المكلف بالاتصالات[5]، يقوم بتعليق العمل بشهادة المصادقة أو إلغائها، وفق حالات معينة سوف نتطرق إليها بالتفصيل لاحقا .

إضافة إلى ذلك فإنه يشترط في طالب الترخيص أن يكون من ذوي الجنسية التونسية منذ خمسة أعوام على الأقل، أن يكون مقيما بالبلاد التونسية، أن يكون متمتعا بحقوقه المدنية والسياسية ونقي السوابق العدلية، أن يكون متحصلا على الأقل على شهادة الإعدادية آو ما يعادلها، أن لا يتعاطى نشاطا مهنيا أخر.

---

[1] ينص الفصل 13 من قانون المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية على ما يلي:" يتعين على مزود خدمات المصادقة الالكترونية استعمال وسائل موثوق بها لإصدار وتسليم وحفظ الشهادات و اتخاذ الوسائل اللازمة لحمايتها من التقليد والتدليس وفقا لكراس الشروط المنصوص عليه بالفصل 12 من هذا القانون" .

[2] أنظر: لفصل 14 من نفس القانون.

[3] أنظر: الفصل15من نفس القانون .

[4] أنظر: الفصل 16 من نفس القانون .

[5] الفصل 17 من نفس القانون تنص :" يصدر مزود خدمات المصادقة الالكترونية شهادات مصادقة تستجيب لمقتضيات السلامة والوثوق بها . وتضبط المعطيات التقنية المتعلقة بالشهادة و الوثوق بها بقرار من الوزير المكلف بالاتصالات " .

ثانيا: التزامات مزود الخدمات إمارة دبي

لقد تم النص على التزامات مزود الخدمات في المادة 24 من قانون الخاص بالمبادلات والتجارة الالكترونية، ويمكن حصرها في أن يتصرف وفقاً للبيانات التي يقدمها بخصوص ممارساته[1]، والمقصود بها أنه يمارس نشاطاته طبقا لما تعهد به مسبقا وفقا للبيانات والمعلومات التي يقدمها للجمهور، وألا يخالفها حتى لا يسبب ضررا للموقع أو المرسل إليه أو الغير الحسن النية الذي وثق في مزود الخدمات.

يمارس عناية معقولة لضمان دقة واكتمال كل ما يقدمه من بيانات جوهرية ذات صلة بالشهادة أو مدرجة فيها طيلة سريانها[2]، إصدار شهادة تصديق تحتوي على البيانات الجوهرية وتكون مرتبطة بالموقع[3]، إعطاء الضمانات القانونية بشأن أداة التوقيع وتحديد هوية الموقع بشكل كافي، إذ يجب على مزود الخدمات أن تكون لديه وسائل فعالة لإلغاء منظومة التوقيع الإلكتروني في حال تعرضه للاعتداء وهذا حماية للموقع والمتعاملين به[4]،

يجب على مزود الخدمات أن تتوفر لديه إجراءات وموارد بشرية جديرة بالثقة وفق معايير حددها المشرع، وهي الموارد المالية والبشرية بما في ذلك توافر الموجودات داخل منطقة الاختصاص، مدى الثقة في أجهزة وبرامج الحاسب الآلي، إجراءات معالجة وإصدار الشهادات وطلبات الحصول على الشهادات والاحتفاظ بالسجلات، توفر المعلومات الخاصة بالموقعين المحددين في الشهادات، وكذلك توفير المعلومات للأطراف المعتمدة على خدمات التصديق.

---

[1] أنظر: المادة 24 /1/ أ من قانون رقم (2) لسنة 2002 بشأن المعاملات والتجارة الالكترونية لإمارة دبي.

[2] المادة 24 /1/ ب من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية تنص على ما يلي :" على مزود خدمات التصديق : ب- أن يمارس عناية معقولة لضمان دقة واكتمال كل ما يقدمه من بيانات جوهرية ذات صلة بالشهادة أو مدرجة فيها طيلة سريانها ."

[3] أنظر: المادة 24 فقرة 3 من نفس القانون .

[4] عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص207 .

انتظام ومدى مراجعة الحسابات من جانب جهة مستقلة، وجود إعلان من الحكومة أو من جهة اعتماد، أو من مزود خدمات التصديق بشأن وجود ما سبق ذكره أو الالتزام به، مدى خضوع مزود خدمات التصديق للاختصاص القضائي لمحاكم الإمارة، مدى التناقض بين القانون المطبق على أعمال مزود خدمات التصديق وقوانين الإمارة[1].

ثالثا: التزامات مزود الخدمات في مصر

لم يتعرض المشرع المصري في القانون أو لائحته التنفيذية لبعض الشروط، مثل شرط الجنسية في طالب الترخيص وشرط الإقامة في مصر وأن لا يكون محروما من حقوقه المدنية والسياسية، وهي شروط اعتبرها البعض ضرورية لقيام مزود الخدمات بدوره دون وجود أي عوائق تحول دون ممارسته لها، كما أنه يجب أن يكون طالب الترخيص بالغا خاليا من عيوب الإرادة، إذ لا يتصور منح الترخيص لشخص قاصر أو فيه عيب من عيوب الإرادة[2].

لقد حددت المادة 19 من القانون المصري رقم 15 لسنة 2004 الشروط اللازمة لمزاولة نشاط إصدار شهادات التصديق وهي في الأساس الحصول على الترخيص: من هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات.

كما وضعت اللائحة التنفيذية في المادة 12[3] بعض الشروط التي يجب على طالب الترخيص التقيد بها وهي نظام تأمين للمعلومات وحماية البيانات وخصوصيتها بمستوى حماية لا يقل عن المستوى المذكور في المعايير والقواعد المشار إليها فى الفقرة (د) من الملحق الفني والتقني للائحة.

---

[1] أنظر: المادة 24 فقرة 2 من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية .

[2] تامر محمد سليمان الدمياطي ، المرجع السابق ، ص 486 و 487 .

[3] أنظر: المادة 12 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني المصري.

دليل إرشادي يتضمن ما يلى : إصدار شهادات التصديق الإلكتروني، المفاتيح الشفرية، إدارة الأعمال الداخلية، إدارة التأمين والكوارث، وذلك وفقا للمعايير الفنية والتقنية المذكورة فى الفقرة (هـ) من الملحق الفني والتقني للائحة.

منظومة تكوين بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني مؤمنة وفقا للضوابط الفنية والتقنية المنصوص عليها في المواد (2 ، 3 ، 4) من هذه اللائحة، نظام لتحديد تاريخ ووقت إصدار الشهادات، وإيقافها ، وتعليقها، وإعادة تشغيلها وإلغائها، نظام للتحقق من الأشخاص المصدر لهم شهادات التصديق الإلكتروني، والتحقق من صفاتهم المميزة، المتخصصون من ذوى الخبرة الحاصلين على المؤهلات الضرورية لأداء الخدمات المرخص بها، 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 يتم حفظها إلا بناء على طلب من الموقع وبموجب عقد مستقل يتم إبرامه بين المرخص له والموقع ووفقا للقواعد الفنية والتقنية لحفظ هذه المفاتيح التي يضعها مجلس إدارة الهيئة .

نظام للحفاظ على السرية الكاملة للأعمال المتعلقة بالخدمات التي يرخص بها، وللبيانات الخاصة بالعملاء، نظام لإيقاف الشهادة في حالة ثبوت توافر حالة من الحالات الآتية :- العبث ببيانات الشهادة أو انتهاء مدة صلاحيتها . - سرقة أو فقد المفتاح الشفري الخاص أو البطاقة الذكية، أو عند الشك في حدوث ذلك. - عدم التزام الشخص المصدر له شهادة التصديق الإلكتروني ببنود العقد المبرم مع المرخص له، ويكون نظام إيقاف الشهادات وفقا للقواعد والضوابط التي يضعها مجلس إدارة الهيئة .

نظام يتيح وييسر للهيئة التحقق من صحة بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني، وبخاصة في إطار أعمال الفحص والتحقق من جانب الهيئة.

إضافة إلى ذلك ألزمت اللائحة التنفيذية على طالب الترخيص عدم إبرام أي عقد مع العملاء إلا بعد اعتماد نموذج العقد من طرف مجلس الهيئة [1]، وأن يقدم الضمانات والتأمينات التي يحددها المجلس والهدف الأساسي من هذا الإجراء هو تغطية أي ضرر أو أخطار تتعلق بذوي الشأن في حالة إنهاء الترخيص لأي سبب كان ، أو في حال إخلال مزود الخدمات بالتزاماته الواردة في الترخيص[2] .

رابعا: التزامات مزود الخدمات في فرنسا

أشارت المادة 2/6 بشأن تطبيق المادة 1316-4 من القانون المدني والمتعلق بالتوقيع الإلكتروني إلى التزامات مزود الخدمات، وهي إقامة الدليل على موثوقية خدمات التصديق الالكتروني التي يقدمها، كفالة الأداء الوظيفي لخدمة أعداد دليل سنوي يحصي شهادات التصديق الالكتروني التي يجري طلبها وذلك لصالح الأشخاص الصادرة لهم الشهادات، ضمان الأداء الوظيفي لخدمة تسمح لمن تصدر له شهادة التصديق الإلكتروني بإلغاء هذه الشهادة دون مهلة محددة وبشكل مؤكد؛ الحرص على التحديد الدقيق لتاريخ ووقت تسليم شهادة التصديق وإلغائها، استخدام الكوادر التي تتوفر لديها المعرفة والخبرة والمؤهلات اللازمة لتقديم خدمات التصديق الالكتروني، تطبيق إجراءات أمن مناسبة، استعمال أنظمة ومنتجات تكفل الأمان التقني والتشفيري للوظائف التي يؤديها، اتخاذ الإجراءات اللازمة لتجنب تزوير شهادات التصديق الإلكتروني.

يتعين عليه في حالة تزويد صاحب التوقيع ببيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني، أن يكفل سرية هذه البيانات لحظة إنشائها والامتناع عن حفظ هذه البيانات أو إعادة نسخها .

الحرص في حالة توفيره لبيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني وبيانات التحقق من صحته على أن تكون بيانات إنشاء التوقيع مطابقة لبيانات التحقق من صحته، حفظ كافة

[1] المادة 13 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني المصري .

[2] المادة 14 من نفس اللائحة .

المعلومات المتعلقة بشهادة التصديق الإلكتروني، ربما في شكل إلكتروني، والتي قد يتضح أنها لازمة لإقامة الدليل أمام القضاء على التصديق الإلكتروني .

استخدام أنظمة حفظ شهادات التصديق الإلكتروني التي تضمن أن:

– تقديم البيانات وتعديلها يخص فقط الأشخاص الذين أجاز لهم مقدم الخدمة ذلك .

– دخول الجمهور على شهادة التصديق الإلكتروني لا يتأتى سوى برضاء مسبق صادر من صاحب الشهادة.

– كل تعديل من شأنه تعريض سلامة النظام للخطر يمكن اكتشافه .

– التحقق من هوية الشخص الذي صدرت له شهادة التصديق الإلكتروني عن طريق اشتراط تقديمه مستند رسمي يثبت هويته، هذا من جهة ، والتحقق من الصفة التي يتمسك بها هذا الشخص وحفظ خصائص ومصادر المستندات المقدمة لإثبات هذه الهوية وتلك الصفة، من جهة أخرى.

– التأكد لحظة تسليم شهادة التصديق الإلكتروني من أن المعلومات التي تتضمنها صحيحة، وأن صاحب التوقيع المبينة هويته فيها حائز على بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني المطابقة لبيانات التحقق من التوقيع الإلكتروني الممهورة به الشهادة.

– ينبغي قبل إبرام عقد متعلق بتقديم خدمات التصديق الإلكتروني، إبلاغ الشخص الذي يطلب تسليمه شهادة تصديق إلكترونية –كتابة– بطرق وشروط استخدام الشهادة، وبكونه يخضع لعملية التقييم الاختياري لمقدمي خدمات التصديق المذكورة في المادة 7 من هذا المرسوم، وأخيرا طرق المنازعة وتسوية المنازعات.

– تزويد الأشخاص الذين يعولون على شهادة تصديق إلكتروني بعناصر المعلومات الواردة في البند (ن) طالما كانت مفيدة لهم .

الفرع الثالث : التزامات مزود الخدمات في الجزائر

مما يلاحظ على المشرع الجزائري أنه قد نص على واجبات مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني في الفرع الأول المعنون ب "واجبات مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني من القسم الثاني المعنون ب مسؤولية مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني وصاحب شهادة التصديق الإلكتروني من المادة 53 إلى غاية المادة 60 من القانون 15-04 المتعلق بالقواعد العامة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

لكن بالاطلاع على هذه المواد يتضح لنا جليا أنها تتحدث فقط على مسؤولية مؤدي خدمات التصديق ولم تعالج واجبات مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني، ولكننا نجدها في موضع أخر وهو الفرع الثاني المعنون ب "تأدية خدمات التصديق الإلكتروني" من القسم الأول المعنون ب "مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني" من المادة 41 إلى المادة 50 من هذا القانون، وبالتالي كان يجب على المشرع الجزائري عند صياغته لهذا القانون أن يتجنب هذا الخلط ويفصل بشكل واضح بين كل من مسؤولية مؤدي الخدمات وواجباته .

زيادة على ذلك فإن النصوص القانونية المتعلقة بمؤدي خدمات التصديق الإلكتروني لا تشمل الطرف الثالث الموثوق، لكونه لم يذكر في هذا المجال، وبالتالي يجب على المشرع الجزائري أن يصدر نصوصا قانونية توضح بشكل دقيق واجبات الطرف الثالث الموثوق.

لقد حددت المادة 41 ق.ت.ت.إ[1] مهام مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني بصفة عامة وهي أن يقوم بتسجيل وإصدار ومنح وإلغاء ونشر وحفظ شهادات التصديق الإلكتروني وفق لسياسة التصديق الإلكتروني الخاصة به التي وافقت عليها السلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني باعتبارها الهيئة المشرفة والمراقبة لعمل مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني.

يقع على مؤدي خدمات التصديق الحفاظ على سرية البيانات والمعلومات المتعلقة بشهادات التصديق الإلكتروني الممنوحة وفق ما تنص عليه صراحة المادة 42 من نفس

[1] أنظر: المادة 41 ق.ت.ت.إ.

القانون، ويعتبر صاحب شهادة التصديق الإلكتروني فور التوقيع عليها المسؤول الوحيد على سرية بيانات إنشاء التوقيع، وفي حالة الشك في الحفاظ على سرية بيانات إنشاء التوقيع أو أصبحت غير مطابقة للمعلومات المتضمنة في شهادة التصديق الإلكتروني، فإنه يجب على صاحب الشهادة أن يعمل على إلغائها من طرف مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني طبقا لنص المادة 61 ق.ت. ت .إ.

تأكيدا لأهمية سرية البيانات فإن المشرع الجزائري قد أقر عقوبات جزائية في حق كل من يقوم بحيازة أو إفشاء أو استعمال بيانات إنشاء توقيع إلكتروني موصوف خاص بالغير وفق ما تنص عليه المادة 68 ق.ت.إ، ثم أقر عقوبات خاصة في المادة 70 ق.ت.إ[1] بمؤدي خدمات التصديق الإلكتروني الذي يخل بالتزامه بالحفاظ على سرية البيانات والمعلومات المتعلقة بشهادة التصديق الإلكترونية الممنوحة وهذه العقوبات هي السجن من ثلاثة أشهر إلى سنتين وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط.

منع المشرع الجزائري مؤدي خدمات التصديق من جمع البيانات الشخصية للمعني إلا بالموافقة الصريحة منه، و أن يجمع فقط البيانات الضرورية لمنح وحفظ شهادة التصديق الإلكتروني ولا يمكن لمؤدي خدمات التصديق الإلكتروني أن يستعمل هذه البيانات لأغراض أخرى.

يقع على عاتق مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني وفق المادة 44 ق.ت.إ[2] قبل منح شهادة التصديق الإلكتروني أن يتحقق من تكامل بيانات الإنشاء مع بيانات التحقق من التوقيع، ثم بعد ذلك يمنح مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني شهادة أو أكثر لكل شخص يقدم طلبا وذلك بعد التحقق من صفاته الخاصة، أما الأشخاص المعنوية فيجب على مؤدي

[1] لمزيد من التفاصيل أنظر: المادة 70 ق.ت.ت إ.

[2] انظر: المادة 44 ق.ت.ت.إ

خدمات التصديق الإلكتروني أن يحتفظ بسجل يدون فيه هوية وصفة الممثل القانوني للشخص المعنوي المستعمل للتوقيع المتعلق بشهادة التصديق الإلكترونية الموصوفة .

ثم بعد ذلك نصت المواد 45 و46 و 47 على ضرورة أن يلتزم مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني بإلغاء شهادة التصديق الإلكترونية الموصوفة وفق حالات محددة، وهو ما سنعالجه بالتفصيل في المبحث الثاني من هذا الفصل.

ألزمت المادة 49[1] من نفس القانون مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني أن يطبق التعريفات الخاصة بالخدمات الممنوحة وفقا لمبدأ تحديد التعريفة المعتمدة من طرف السلطة الاقتصادية والتي ستنظم لاحقا بموجب التنظيم، وبالتالي لا تكون لمؤدي خدمات التصديق الإلكترونية الحرية في فرض السعر الذي يراه مناسبا على الأشخاص الراغبة في الحصول على توقيع إلكتروني، وهو ما يعتبر حماية للموقع الذي يعتبر طرفا ضعيفا في علاقته مع مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني، ولتوفير حماية أكبر للموقع فإنه وفقا للمادة 50[2] فإن على مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني أن يؤدي خدماته وفقا لمبدأ الشفافية والتمييز، وتطبيقا لهذا المبدأ لا يحق له أن يرفض تقديم خدماته إلا بسبب وجيه، وبالتالي فإن المشرع الجزائري قد استبعد مبدأ سلطان الإرادة في العلاقة القائمة بين مؤدي خدمات التصديق والموقع، وهذا كله حماية للموقع من تعسف مؤدي خدمات التصديق.

المطلب الرابع: المسؤولية المدنية لمزود الخدمات

لاحظنا سابقا أن لمزود الخدمات التزامات عديدة تقع على عاتقه ويجب عليه أن يوفيها، وأن أي إخلال بها ترتب عليه القوانين المنظمة للتوقيع الإلكتروني المسؤولية المدنية، وحتى نستوعب نظام المسؤولية عند مزود الخدمات يجب الرجوع إلى القواعد العامة المنظمة

[1] أنظر: المادة 49 ق.ت.ت.إ.

[2] أنظر: المادة 50 ق.ت.ت. إ.

لهذا المجال وهو ما سنعالجه بالتفصيل في الفرع الأول، ثم بعد ذلك سنتطرق في الفرع الثاني إلى المسؤولية المدنية لمزود الخدمات في ظل قوانين التوقيع الإلكتروني، وفي الفرع الأخير سنتطرق إلى المسؤولية المدنية لمزود الخدمات في التشريع الجزائري.

الفرع الأول: القواعد العامة لمسؤولية مزود الخدمات

عندما يمارس مزود الخدمات نشاطاته على إقليم الدولة، قد يلحق أضرارا غالبا ما تكون جسيمة بالأشخاص سواء كان موقع أو مرسل إليه أو طرف معول على التوقيع الإلكتروني، وعلى هذا الأساس تثور مسؤولية مزود الخدمات عن هذه الأضرار .

كما أن قيام المسؤولية سواء العقدية أو التقصيرية له أثار مهمة على نظام المسؤولية وبالخصوص ما يتعلق بالمسائل التالية، درجة الخطأ لقيام مسؤولية أي طرف، والأطراف التي يمكن لها المطالبة بالتعويض، وأخيرا مسألة تحديد المسؤولية أو رفضها من الطرف الذي أحدث الضرر [1].

ولتوفير جو من الأمان والثقة في مجال التوقيع الإلكتروني نجد أن معظم التشريعات قد رتبت المسؤولية المدنية على مزود الخدمات .

إلا أنه وجب التساؤل حول مدى قيام المسؤولية المدنية لمزود الخدمات عند ارتكابه خطأ يسبب ضررا ؟ فما هي هذه المسؤولية هل هي تقصيرية ؟ أم عقدية ؟ وهل يكون مزود الخدمات مجبرا على التعويض في كل الحالات؟ وهو ما سنحاول الإجابة عليه في هذا الفرع.

يمكن أن تقوم مسؤولية مزود الخدمات وفق الحالات التالية :

[1] Commission Des Nations Unies Pour Le Droit Commercial International, Promouvoir la confiance dans le commerce électronique: questions juridiques relatives à l'utilisation internationale des méthodes d'authentification et de signature électroniques ; publications des nations unies , Vienne, 2009, p. 87.

أولا: المسؤولية العقدية لمزود الخدمات

وفقا للقواعد العامة فإن المسؤولية العقدية تقوم كجزاء للإخلال أحد الطرفين المتعاقدين ببنود العقد، ويشترط فيها شرطان، أن يقوم عقد صحيح بين الدائن والمدين، وأن يكون الضرر الذي أصاب الدائن قد وقع بسبب عدم تنفيذ العقد[1]، ولقيام المسؤولية العقدية لمزود الخدمات يجب أن تتوافر أركان هذه المسؤولية وهي الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما .

يتمثل الخطأ العقدي في عدم تنفيذ مزود الخدمات لالتزاماته المنصوص في العقد المبرم بينه وبين الموقع والمسمى ب "عقد الاشتراك " الذي بموجبه يبين شروط منح شهادة التصديق[2] و الخدمات المتعلقة بالتوقيع الإلكتروني وفقا لشروط معينة يتم الاتفاق عليها بين الطرفين مقابل مبلغ من المال يتحصل عليه مزود الخدمات خلال مدة العقد [3].

من صور الخطأ العقدي الملزمة للتعويض، منح مزود الخدمات للموقع شهادة تصديق إلكترونية خاطئة أو عدم الحفاظ على سرية البيانات المدونة في شهادة التصديق .

إلا أنه يثور التساؤل حول طبيعة التزام مقدم خدمات التصديق هل هو بذل عناية أم تحقيق نتيجة ؟

لأن الإجابة على هذا التساؤل تحدد من هو الشخص الملزم بإثبات الخطأ، فإن كان التزام مزود الخدمات بذل عناية فإن عبء الإثبات يقع على الموقع أما إذا كان تحقيق نتيجة فإن عبء الإثبات ينتقل إلى مزود الخدمات.

لقد وقع جدل فقهي كبير هذه النقطة، فالبعض يرى أن التزام مزود الخدمات هو التزام بتحقيق نتيجة، إذ يجب عليه أن يحقق نتيجة معينة حتى يكون التزامه منفذا وهو في هذه الحالة إصدار شهادة رقمية مضمونها صحة البيانات الواردة فيها سواء اعتمد في ذلك على

---

[1] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص854 .

[2] J. Esnault ,op,.cit.,p43

[3] تامر محمد سليمان الدمياطي ، المرجع السابق، ص 506 .

تحرياته الشخصية أو ثقته في الأطراف التي أدلت له بالمعلومات عن هذه الشهادة[1]، وهي مسؤولية عن الفعل الشخصي ويطلب الرجوع إلى المبادئ العامة في الإثبات لإقامة الدليل على مسؤولية المزود[2].

وهناك اتجاه فقهي أخر يرى أن مزود الخدمات ملزم ببذل العناية فقط[3]، ويعني ذلك أن مزود الخدمات لا يتحمل المسؤولية العقدية متى أثبت أنه قد بذل العناية الواجبة وفقا لأصول مهنته، يتحمل الموقع في هذه الحالة عبء إثبات خطأ مزود الخدمات[4]، وهو ما تبناه مشرع إمارة دبي في المادة 8/21 من القانون الاتحادي رقم 1 لسنة 2006 في شأن المعاملات و التجارة الإلكترونية التي تنص : " أن يمارس عناية معقولة لضمان دقة واكتمال ما يقدمه من بيانات جوهرية ذات صلة بشهادة المصادقة الإلكترونية أو مدرجة فيها طيلة سريانها "، وبالتالي فإن مزود الخدمات ملزم بضمان دقة المعلومات التي يتضمنها المعاملة الإلكترونية وهذا الالتزام لا يخرج عن كونه التزام بوسيلة، وبالتالي فإن مسؤولية مزود الخدمات لا تقوم إلا في حالة إثبات إهماله في ممارسة عناية معقولة لضمان دقة المعلومات[5].

لقد سار المشرع السويسري في نفس هذا الاتجاه حيث حمل الموقع صاحب المفتاح الخاص أن يثبت أن مقدم خدمات التصديق قد استعمل مفتاحه الخاص دون رضاه مع إثباته في الوقت نفسه أنه قد بذل العناية اللازمة للحفاظ على سرية مفتاحه الخاص[6].

على العموم فإن مزود الخدمات ملزم بتحقيق نتيجة، وذلك نظرا للإمكانيات التقنية البشرية والمادية الكبيرة التي يمتلكها المفروضة عليه قانونا، إضافة إلى صعوبة إثبات خطأ

---

[1] عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 119.

[2] علي كحلون، المرجع السابق، ص 305 و محمد رضا أزرو، المرجع السابق، ص 81 .

[3] خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، ص 182 .

[4] تامر محمد سليمان الدمياطي ، المرجع السابق، ص 508 .

[5] زهيرة كيسي، المرجع السابق،ص 215.

[6] سعيد سيد، قنديل، المرجع السابق ، ص 96 و 97 .

مزود الخدمات باعتبار أن هذا الأخير هو الذي يتحكم في البنية التحية للمفاتيح العامة ، وهو ما يصعب من مهمة الموقع في إثبات الخطأ .

هو ما يؤدي إلى القول أن مزود الخدمات تقع على عاتقه تحقيق نتيجة، وبالتالي يجب عليه أن يقيم الدليل بأنه قد وفى بجميع التزاماته المنصوص عليها في العقد المبرم بينه وبين الموقع .

يشترط كذلك لقيام المسؤولية العقدية لمزود الخدمات توافر ركن الضرر الناتج عن الإخلال بتنفيذ التزام تعاقدي، وقد يكون هذا الضرر بسبب عدم تنفيذ مزود الخدمات لالتزاماته كعدم إصداره لشهادة التصديق الإلكتروني، أو لتأخره في تنفيذها مثل ذلك تأخره في إصدار شهادة التصديق الإلكتروني، أو نفذها بشكل معيب أو ناقص مخالف لشروط العقد كإصداره لشهادة تصديق معيبة أو فيها نقص في البيانات .

على العموم لا وجود لنص قانوني يحدد على وجه الدقة الأفعال الضارة، وبالتالي فهي متروكة للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع [1].

وأخيرا فإنه يجب أن تكون هناك علاقة سببية بين الخطأ والضرر لقيام المسؤولية العقدية، وهي صعبة الإثبات لكونها من الأمور التقنية المعقدة، فقد تكون ناتجة عن عوامل بعيدة وخفية مردها تركيب الأجهزة وتداخل المعلومات والأدوار مما يتعذر معه تحديد العامل الفعال[2].

ثانيا:المسؤولية التقصيرية لمزود الخدمات

تنشأ هذه المسؤولية في حال ما إذا سبب مزود الخدمات ضررا للغير سواء المرسل إليه أو الغير حسن النية باعتبار كلاهما لا يرتبطان بأي عقد مع مزود الخدمات، لأنه لا يمكن في هذه الحالة إعمال المسؤولية العقدية.

---

[1] عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق ،ص 120.

[2] محمد حسين منصور ، المسؤولية الإلكترونية المرجع السابق، ص 184 .

وبالتالي فإن مزود الخدمات غير ملزم اتجاه المرسل إليه أو الغير ببذل عناية أو تحقيق نتيجة، إذ أن هذا المعيار لا يطبق إلا في حالة وجود علاقة تعاقدية، فهو ملزم بالتعويض عن الضرر اللاحق بالمرسل إليه أو الغير بغض النظر عن نوع التزاماته اتجاه المتعاقد معه.

نتيجة لذلك فإنه يجب تطبيق المادة 124 ق.م.ج التي تنص :" كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض "[1]، نلاحظ من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري قد وضع معيار الخطأ كمعيار عام يحكم المسؤولية التقصيرية، ووفقا لهذا المعيار فإن كل خطأ يسبب ضررا للغير يلزم المخطئ بالتعويض.

غير أن إثبات خطأ مزود الخدمات يعتبر من الأمور الصعبة جدا لأن المرسل إليه لا يستطيع الدخول إلى البنية التحتية لمزود الخدمات وبالتالي لا يستطيع إثبات الخطأ لذا فإنه في غالب الأحيان يتم اللجوء إلى الخبرة القضائية[2].

كما يستطيع مزود الخدمات أن ينفي عنه المسؤولية التقصيرية إذا أثبت أن مصدر الضرر ليس ناجماعن خطئه، بل هو راجع لعوامل خارجة عن إرادته[3] ومثال ذلك عدم اتخاذ المرسل إليه الاحتياطات اللازمة عند استخدامه لشهادة التصديق أو عدم التزامه بحدود هذه الشهادة أو كان بإمكانه أن يعلم بحسب المجرى العادي للأمور بأن الشهادة قد انتهى العمل بها أو ألغيت أو تم تعليق العمل بها، أو أن اعتماد مزود خدمة الشهادات قد تم إلغاؤه، أو أثبت بأنه لم يقترف أي خطأ أو إهمال [4]، أو أن الضرر نشأ عن سبب أجنبي لا يد له

---

[1] تقابلها المادة 1382من القانون المدني الفرنسي و المادة 163 من القانون المدني المصري .

[2] J. Esnault ,op.cit.,p.47.

[3] تامر محمد سليمان الدمياطي ، المرجع السابق، ص .512 .

[4] المادة 6 فقرة.c من التعليمة الأوروبية .

فيه[1]، أو أن الطرف المضرور قد أخل بالتزام جوهري وهو أن يتخذ خطوات مناسبة ومعقولة للتأكد من صحة البيانات الواردة في الشهادة وأن تكون هذه البيانات قد وفرها له مزود الخدمات[2].

بعدما رأينا القواعد العامة المنظمة للمسؤولية المدنية لمزود الخدمات يحق لنا التساؤل هل هناك قواعد قانونية خاصة نظمت هذه المسؤولية؟ بمفهوم أخر هل نظمت التشريعات المتعلقة بالتوقيع الإلكتروني المسؤولية المدنية لمزود الخدمات ؟

الفرع الثاني: القواعد الخاصة بمسؤولية مزود الخدمات

سنعالج في هذا الفرع بالتفصيل المسؤولية المدنية في التشريعات الدولية والوطنية إتباعا :

أولا: المسؤولية المدنية لمزود الخدمات في التعليمة الأوروبية وفرنسا

تنظم المادة 6 من التعليمة الأوروبية رقم 39 / 99 أحكام مسؤولية مزود الخدمات، وتعتبره مسؤولا في مواجهة كل شخص أولى ثقته في التوقيع الإلكتروني أو الشهادات المعتمدة عنه، وخاصة فيما يأتي :

صحة البيانات الواردة في الشهادة، وذلك في تاريخ تسليمها، ارتباط التوقيع الإلكتروني بشخص صاحبه، وذلك في الحالات التي يستخدم فيها مفتاحا مزدوجا للتوقيع، وتحتفظ الهيئة المشرفة بإحدى نسخه، إغفال تسجيل ونشر القرار المتعلق بوقف شهادة .

تقيم هذه المادة قرينة بسيطة يمكن لمزود الخدمات أن يثبت عكسها بإقامة الدليل على أنه لم يرتكب خطأ[3]، ويمكن دحض هذه المسؤولية بإثبات أن الضرر إلى فعل الطرف الأخر أو لسبب أجنبي [1].

---

[1] المادة 25 فقرة 5 من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية في إمارة دبي.

[2] عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق ،ص 221.

[3] إلياس ناصيف ، المرجع السابق، ص 276 و 277.

يلاحظ أن التعليمة الأوروبية قد قصر مسئولية مزود الخدمات في شهادة التصديق المؤهلة Qualifié المستوفية لمجموعة من الشروط القانونية والتقنية، أما شهادة التصديق البسيطة أو غير المؤهلة لا تخضع لتنظيم المسؤولية الواردة في المادة 6 من التعليمة الأوروبية .

كما يجوز تحديد مسؤولية مزود الخدمات كما لو وضع شروطا وحدودا لاستعمال الشهادة أو حدد المبلغ المالي الذي يمكن من خلاله استعمال الشهادة، بشرط أن تكون واضحة ودقيقة بوسيلة تقنية ميسورة، وبالتالي لا يكون مزود الخدمات مسئولا عن الاستعمال التعسفي والمتجاوز للحدود هذه الشهادة.

على الرغم من الطابع الدولي للتعليمة الأوروبية إلا أنه لم تحدد القانون الواجب التطبيق في حال التنازع بين القوانين في مسألة مسؤولية مزود الخدمات، بل وضعت مبدأ عاما وهو خضوع مزود الخدمات لقانون الدولة في مجال المسؤولية[2] .

في فرنسا نجد أن القانون الصادر بتاريخ 13 مارس 2000 والمتعلق بالتوقيع الإلكتروني ومرسوم تطبيقه الصادر في 30 مارس 2001 لم يضع نظاما خاصا بمسؤولية مزود الخدمات وهو ما يشكل أحد عيوب هذا القانون، يمكن في هذه الحالة تطبيق القواعد العامة للمسؤولية المنصوص عليها في المادة1147[3] و 1382[4] من القانون المدني [5].

إلا انه تجاوز هذا النقص من خلال إقراره لمسؤولية مزود الخدمات في القانون رقم 575 – 2004 الصادر في 21 جوان 2004 بشأن الثقة في الاقتصاد الرقمي، حيث تعتبر

---

[1] سمير عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 348.

[2] E.A Caprioli, op.cit., p.193.

[3] Art 1146 : "Les dommages et intérêts ne sont dus que lorsque le débiteur est en demeure de remplir son obligation, excepté néanmoins lorsque la chose que le débiteur s'était obligé de donner ou de faire ne pouvait être donnée ou faite que dans un certain temps qu'il a laissé passer. La mise en demeure peut résulter d'une lettre missive, s'il en ressort une interpellation suffisante"

[4] Art 1382 ":Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer."

[5] J/ Esnault ,op,.cit.,p. 42

المسؤولية مفترضة لمزود الخدمات عن الأضرار التي تلحق بالغير جراء التعويل على شهادات التصديق التي يصدرها، كما أجاز تقييد المسؤولية وفقا لما سارت عليه التعليمة الأوروبية[1].

بالتالي لا يقع عبء إثبات الخطأ على المضرور، إلا أن ذلك يبقى مجرد قرينة بسيطة يمكن لمزود الخدمات أن يثبت عكسها، إذا ما قدم الدليل على أنه لم يهمل ولم يرتكب خطأ في أداء مهمته .

تقوم مسؤولية مزود الخدمات وفقا للمادة 33 فقرة 1 من هذا القانون في حالة شهادة التصديق المؤهلة، بحيث يكون مزود الخدمات مسئولا عن الأضرار الواقعة للغير الذين اعتمدوا بشكل معقول على شهادة التصديق المؤهلة وذلك وفقا لحالات معينة، وهي عدم صحة المعلومات الواردة في الشهادة في تاريخ صدورها، عدم اكتمال البيانات المطلوبة لاعتبار شهادة التصديق مؤهلة، لم يؤد إصدار الشهادة إلى التحقق من أن صاحب التوقيع كان يحوز المفتاح الخاص المناظر للمفتاح العام في هذه الشهادة، لم يجري مقدم الخدمة عند الاقتضاء تسجيلا لإلغاء الشهادة وظلت هذه المعلومات تحت تصرف الغير.

يمكن تقييد هذه المسؤولية طبقا للمادة 33 فقرة 2 [2] من نفس القانون، إذا ما نص مزود الخدمات في العقد المبرم بينه وبين الموقع إلى حدود استعمال الشهادة، وبالتالي لا يكون مزود الخدمات مسئولا عن أي تجاوز في استعمال هذه الشهادة من طرف الموقع، يتضح لنا جليا أن المادة 33 من قانون الثقة في الاقتصاد الرقمي كان انعكاسا وتطبيقا حرفيا لما جاءت به التعليمة الأوروبية المتعلقة بمسئولية مزود الخدمات .

[1] تامر محمد سليمان الدمياطي ، المرجع السابق، ص 519.

[2] Voir : Art 33/2 Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique .

ويمكن لمزود الخدمات أن يستبعد مسؤوليته عندما يثبت أن المستعمل قد استخدم شهادة التصديق بشكل يتجاوز الحدود المقررة لاستعمالها أو أن قيمة التبادل التي استعملت فيها الشهادة قد تجاوزت الحدود المنصوص عليها[1].

ثانيا: المسؤولية المدنية لمزود الخدمات في التشريعات العربية : سنتطرق بالتفصيل للمسؤولية المدنية(المسؤولية العقدية والتقصيرية) لمزود الخدمات في مصر و تونس وإمارة دبي .

1-المسؤولية المدنية لمزود الخدمات في مصر: يلاحظ على المشرع المصري أن لمن يهتم كثيرا بهذا الموضوع على الرغم من أهمية، فقانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004 لم يشر إطلاقا إلى المسؤولية المدنية لمزود الخدمات، ثم بعد ذلك تطرق إليها بشكل ضمني في اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني لسنة 2005، حيث تشير المادة 14 منه على أن طالب الترخيص يلتزم بتقديم الضمانات والتأمينات التي يحددها مجلس إدارة الهيئة في حال إنهاء الترخيص أو لتغطية أي إخلال بواجباته التي تقع على عاتقه .

2- المسؤولية المدنية لمزود الخدمات في تونس: نجد مثلا المشرع التونسي قد أقر بهذه المسؤولية في الفصل 22 من القانون المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية بقوله: " يكون مزود خدمات المصادقة الالكترونية مسئول عن كل ضرر حصل لكل شخص وثق عن حسن نية في الضمانات المنصوص عليها بالفصل 18 من هذا القانون .

ويكون مزود خدمات المصادقة الالكترونية مسئولا عن الضرر الحاصل لكل شخص نتيجة عدم تعليق أو إلغاء شهادة طبقا للفصلين 19 و 20 من هذا القانون.

[1] C.F SCHUHL,op.cit , p.620 et C.ROUAINIA, La numérisation de la justice en France "Aspects et preuves électroniques",Edition baghdadi,p.88.

ولا يكون مزود خدمات المصادقة الالكترونية مسئولا عن الضرر الناتج عن عدم احترام صاحب الشهادة لشروط استعمالها أو شروط إحداث إمضائه الالكتروني .".

من خلال هذه المادة يتضح لنا أن مزود الخدمات تقع عليه المسؤولية المدنية بمجرد وقوع الضرر لأي شخص بسبب إخلاله لأحكام الفصل 18 من هذا القانون[1]، فإن كان هذا الشخص هو الموقع يتم إعمال المسؤولية التعاقدية، أما إذا كان الغير فيتم إعمال المسؤولية التقصيرية، مع ضرورة توافر حسن النية عند الشخص المضرور .

المقصود بحسن النية في هذه المادة أن يكون المضرور غير عالم أو لم يكن باستطاعته أن يعلم وفق الظروف العادية أن مزود الخدمات قد ألحق ضررا به، فإن كان عالم أو باستطاعته أن يعلم مثلا أن شهادة التصديق الإلكتروني التي أصدرها مزود الخدمات ملغاة أو معلقة التنفيذ يسقط حقه في المطالبة بالتعويض .

كما يمكن لمزود الخدمات أن يعفي نفسه من المسؤولية المدنية في حالتين، الحالة الأولى عدم احترام صاحب الشهادة لشروط استعمالها، والحالة الثانية عدم احترام الموقع شروط إحداث إمضائه الالكتروني.

3-**المسؤولية المدنية لمزود الخدمات إمارة دبي:** تطبيقا لأحكام المادة 24 /4 من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية[2] فإن مزود الخدمات يكون مسئولا بصفة عامة عن الأضرار اللاحقة بسبب عدم صحة الشهادة أو لوجود عيب فيها، وفقا للحالات التالية :

- كل طرف تعاقد مع مزود خدمات التصديق حول تقديم الشهادة .
- أي شخص اعتمد بصورة معقولة على الشهادة التي أصدرها مزود خدمات التصديق.

[1] يحدد الفصل 18 من قانون المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية التزامات مزود الخدمات.

[2] أنظر: المادة 24 /4 من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لأمارة دبي .

إلا أنه وفي الفقرة الخامسة من نفس المادة حدد حالات عدم مسؤولية هذا المزود وهي:

- إذا أدرج في الشهادة بياناً يقيد نطاق ومدى مسئوليته تجاه أي شخص ذي صلة، ومدى ذلك القيد.
- إذا اثبت بأنه لم يقترف أي خطأ أو إهمال، أو أن الضرر نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه.

الفرع الثالث: مسؤولية مزود الخدمات وصاحب شهادة التصديق الإلكتروني في التشريع الجزائري

لقد أولى المشرع الجزائري أهمية كبرى لمسؤولية مزود الخدمات و مسؤولية صاحب الشهادة وخصصها لها القسم الثاني من قانون التوقيع والتصديق الإلكتروني والمعنون ب "مسؤولية مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني وصاحب شهادة التصديق الإلكتروني "، وعلى هذا الأساس سنعالج أولا مسؤولية مزود الخدمات وثانيا مسؤولية صاحب شهادة التصديق الإلكتروني .

أولا: مسؤولية مزود خدمات التصديق الإلكتروني

لقد نظم المشرع الجزائري هذه المسؤولية في الفرع الأول من القسم الثاني والمعنون ب "واجبات مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني ومسؤوليته[1]".

وضع المشرع الجزائري مبدأ عاما في هذا المجال وهي أن مؤدي خدمات التصديق يتحمل المسؤولية إذا أصدر شهادة تصديق موصوفة وسببت ضررا بأي شخص طبيعي أو معنوي أعتمد على هذه الشهادة، وبمفهوم المخالفة إذا ما أصدر مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني شهادة تصديق عادية وغير موصوفة فإنه لا تطبق عليه أحكام هذا القانون، وهو

[1] من المواد من المادة 53 إلى المادة 60 ق.ت.ت.إ.

ما تنص عليه صراحة المادة 1/53 ق.ت.ت .إ بقوله :"يكون مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني الذي سلم شهادة تصديق إلكتروني موصوفة مسؤولا عن الضرر الذي يلحق بأي هيئة أو شخص طبيعي أو معنوي اعتمد على شهادة التصديق الإلكتروني ..."

لم يكتف المشرع الجزائري بوضع هذا المبدأ العام بل حدد بدقة حالات مسؤولية مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني عند إصداره لشهادة تصديق إلكترونية موصوفة في المادة 53 من قانون التوقيع والتصديق الإلكترونيين الجزائري ، وهذه الحالات كالتالي:

– يكون مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني مسؤولا عن صحة جميع المعلومات الواردة في شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة في التاريخ الذي منحت فيه، ووجود جميع البيانات التي يجب أن تكون في شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة [1].

– يجب على مزود الخدمات أن يتأكد عند منحه شهادة التصديق الإلكتروني أن الموقع المحدد هويته في هذه الشهادة يحوز على كل بيانات إنشاء التوقيع وأن تكون متوافقة مع بيانات التحقق من التوقيع المقدمة و /أو المحددة في شهادة التصديق الإلكتروني .

– يجب التأكد من إمكانية استعمال بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني، والتحقق منه بصفة متكاملة[2] .

في الفقرة الأخيرة من المادة 53 من هذا القانون منحت لمؤدي خدمات التصديق الحق في أن يثبت أنه لم يرتكب أي إهمال وبالتالي تسقط مسؤولية في هذا المجال وذلك بقوله :" إلا في حالة ما إذا قدم مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني ما يثبت أنه لم يرتكب أي إهمال".

---

[1] نصت عليه المادة 1/53بقولها :"...1– صحة جميع المعلومات الواردة في شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة في التاريخ الذي منحت فيه، ووجود جميع البيانات الواجب توافرها في شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة ضمن هذه الشهادة "

[2] نصت المادة 53 فقرة 2 و3 :"2– التأكد عند منح شهادة التصديق الإلكتروني، أن الموقع الذي تم تحديد هويته في شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة، يحوز كل بيانات إنشاء التوقيع الموافقة لبيانات التحقق من التوقيع المقدمة و/ أو المحددة في شهادة التصديق الإلكتروني.

3– التأكد من إمكانية استعمال بيانات إنشاء التوقيع، والتحقق منه بصفة متكاملة. "

لا تقتصر فقط مسؤولية مؤدي الخدمات على إصدار شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة بل تتجاوزها إلى أنه يتحمل المسؤولية في حال ما إذا سلم شهادة تصديق إلكتروني موصوفة ملغاة واعتمدت عليها أي هيئة أو شخص طبيعي، إلا انه يمكن لمؤدي خدمات التصديق الإلكتروني أن يثبت عكس ذلك بأنه لم يرتكب أي إهمال في هذا المجال[1].

لقد أعفى المشرع الجزائري في المادة 55 ق.ت.ت إ مؤدي خدمات التصديق من المسؤولية في حال إذا ما أشار في شهادة التصديق الإلكترونية الموصوفة إلى الحدود المفروضة على استعمالها، ولكن بشرط أن تكون هذه الإشارة واضحة ومفهومة من طرف الغير، والمقصود الإشارة الواضحة أن تكتب مثلا حدود استعمال هذه الشهادة بخط مخالف لبقية البيانات المذكورة في الشهادة، أما المقصود بمصطلح مفهومة هي أن يكتب هذا الشرط بلغة يتقنها الغير كاللغة العربية مثلا أو الفرنسية أو أي لغة أخرى يتقنها الغير .

يمكن كذلك لمؤدي خدمات التصديق أن يعفي نفسه من المسؤولية في حالة ما إذا أشار في شهادة التصديق الإلكترونية الموصوفة إلى الحد الأقصى لقيمة المعاملات التي يمكن أن تستعمل فيها هذه الشهادة، مع ضرورة كتابة هذا البيان بشكل واضح ومفهوم من طرف الغير[2] .

زيادة على ذلك فإن مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني لا يكون مسؤولا عن الضرر الناتج عن عدم احترام صاحب شهادة التصديق الإلكترونية الموصوفة لشروط استعمال بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني[3] .

---

[1] نصت عليه المادة 54 ق.ت.ت .إ :"يكون مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني الذي سلم شهادة تصديق إلكتروني موصوفة، مسؤولا عن الضرر الناتج عن عدم إلغاء شهادة التصديق الإلكتروني هذه، والذي يلحق بأي هيئة أو شخص طبيعي أو معنوي اعتمدوا على تلك الشهادة إلا إذا قدم مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني ما يثبت أنه لم يرتكب أي إهمال".

[2] وهو ما تنص عليه صراحة المادة 56 ق.ت.ت.إ.

[3] نصت عليه المادة 57 ق.ت.ت .إ :"لا يكون مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني مسئولا عن الضرر الناتج عن عدم احترام صاحب شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة لشروط استعمال بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني" .

ثانيا: مسئولية صاحب شهادة التصديق الإلكتروني

لقد حدد المشرع الجزائري مسؤولية صاحب شهادة التصديق الإلكتروني في الفرع الثاني من القسم الثاني المعنون ب "مسؤولية صاحب شهادة التصديق الإلكتروني" في المادتين 61 و 62 من قانون التوقيع و التصديق الإلكترونيين .

لقد أقر المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من المادة 61 مبدأ عاما وهو مسؤولية صاحب شهادة التصديق الإلكتروني على سرية بيانات إنشاء التوقيع فور التوقيع عليها وذلك بقوله :"يعتبر صاحب شهادة التصديق الإلكتروني فور التوقيع عليها المسؤول الوحيد على سرية بيانات إنشاء التوقيع"، وفي حالة ما إذا شك صاحب الشهادة في عدم الحفاظ على سرية البيانات أو أصبحت هذه البيانات غير مطابقة للمعلومات المتضمنة في شهادة التصديق عليه في هذه الحالة أن يطالب مؤدي خدمات التصديق بإلغائها.

عند انتهاء صلاحية الشهادة لا يجوز لصاحبها أن يعيد استعمال بيانات إنشاء التوقيع من أجل إنشاء توقيع إلكتروني جديد عند مؤدي خدمات أخر، ووفق المادة 62 ق.ت.ت.إ[1] لا يجوز لصاحب شهادة التصديق الإلكتروني أن يستعمل هذه الشهادة لأغراض غير التي منحت له من أجلها، كأن يذكر في شهادة التصديق الإلكتروني أن استعمالها يكون فقط في المعاملات التجارية ولكن صاحب الشهادة يستعملها في المعاملات المدنية ففي هذه الحالة إذا ما وقع ضرر للغير فإن صاحب الشهادة تترتب عليه المسؤولية المدنية.

[1] تنص المادة 62 ق.ت.ت.إ على ما يلي: " لا يجوز لصاحب شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة استعمال هذه الشهادة لأغراض أخرى غير تلك التي منحت من أجلها "

المبحث الثاني: شهادة التصديق الإلكتروني

تعتبر شهادة التصديق وثيقة شخصية مرتبطة بشخص الموقع دون سواه حيث اعتبر بعض الفقه أن هذه الشهادة تعتبر بطاقة هوية إلكترونية ولذلك يجب أن تحتوي هذه الشهادة على بعض المعلومات وهو ما سنتعرض إليه بالتفصيل في المطلب الأول.

كما أن شهادة التصديق الإلكتروني لها حجية كبيرة في الإثبات ولذلك وجب تعليق العمل بها أو إلغائها بمجرد وجود شك فيها، مع ضرورة اعتراف التشريعات بالطابع الدولي لها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: محتويات شهادة التصديق الإلكتروني

بداية يجب علينا أن نعطي مفهوما دقيقا لشهادة التصديق باعتبارها الركيزة الأساسية التي يقوم عليها التوقيع الإلكتروني (الفرع الأول)، ثم سنتطرق في الفرع الثاني إلى محتويات هذه الشهادة في الدول العربية (الفرع الثاني)، و أخيرا سوف نحدد عناصر هذه الشهادة وفق أحكام التعليمة الأوروبية وفرنسا (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف شهادة التصديق الإلكتروني

شهادات التصديق الإلكتروني هي عبارة عن شهادات يصدرها مزود الخدمات المرخص أو المعتمد، تبين فيه أن التوقيع الإلكتروني صحيح ومنسوب للموقع دون سواه، ومستوفي للشروط القانونية باعتباره دليل إثبات يعول عليه[1].

وهناك من عرفها بأنها :" الشهادات التي تصدرها جهات التوثيق المرخص لها من قبل الجهات المسئولة في الدولة لتشهد بأن التوقيع الإلكتروني مستوف لكافة الشروط

[1] تامر سليمان الدمياطي ، المرجع السابق، ص 551 و طارق كميل، المرجع السابق ، ص 585 .

القانونية اللازمة للاعتماد عليه وبأنه صحيح وينسب إلى من أصدره "[1]، ونظرا لأهمية شهادة التصديق نجد أن البعض يشبهها ببطاقة الهوية الإلكترونية التي يمنحها الغير ويكون حرا وحيادي[2] .

لقد اهتمت معظم القوانين بإعطاء تعريف لها فنجد مثلا قانون الأونيسترال النموذجي قد عرفها في المادة 2 / ب: "شهادة تعني رسالة بيانات أو سجلا أخر يؤكدان الارتباط بين الموقع وبيانات إنشاء التوقيع "، نلاحظ على هذا التعريف بأنه ركز فقط على الغرض من شهادة التصديق وهي وجود صلة بين الموقع وبيانات إنشاء التوقيع .

أما التعليمة الأوروبية بشأن التوقيعات الإلكترونية فعرفت في البداية شهادة التصديق بموجب المادة 2/ 9 بأنها: " كل شهادة إلكترونية أو إقرار إلكتروني يربط المعلومات المتعلقة بالتأكد من توقيع شخص ما بشخص معين كما تؤكد هوية هذا الشخص " ، ثم عرفت بعد ذلك شهادة التصديق المؤهلة في الفقرة 3 من نفس المادة بقولها : " شهادة التصديق المؤهلة " هي شهادة مستوفية لمتطلبات الملحق رقم 1 والتي تمنح عن طريق مزود خدمات التصديق مستوفي لمتطلبات المحددة في الملحق رقم 2 "، نلاحظ أن التعليمة الأوروبية حاولت إعطاء تعريف عام لشهادة التصديق الإلكترونية بأنها شهادة إلكترونية هدفها الأساسي هو التأكد من وجود رابط بين الموقع و التوقيع الإلكتروني و تحدد هوية الموقع .

أما شهادة التصديق المؤهلة والتي لها الحجية الكاملة في الإثبات، فقد وضعت لها التعليمة الأوروبية مجموعة من الشروط حتى تكتسب هذه الصفة ، وقد أحالت في ذلك للملحق رقم 1 الذي يحدد بشكل دقيق محتويات شهادة التصديق الإلكتروني المؤهلة ، أما الملحق رقم 2 من التعليمة الأوروبية فقد أوضح الشروط الواجب توافرها في مزود الخدمات

[1] كامران الصالحي، المرجع السابق ،ص639

[2] B. CHANIKIRE, op.cit, p .82.

المؤهل، وهي عبارة عن شهادة في شكل إلكتروني تثبت العلاقة ما بين معطيات مراقبة التوقيع والموقع[1].

كما تعتبر الشهادة وفق التشريع الألماني الرابط المادي بين الموقع والتوقيع[2]، فالتعليمة الأوروبية مثلا لا تقر بالمساواة بين التوقيع الخطي والإلكتروني إلا إذا كان هذا الأخير مرتكزا على شهادة معتمدة[3]، والتي يجب أن تتوفر فيها بعض المعلومات حتى تكتسب هذه الصفة.

لقد سار المشرع الفرنسي في نفس نهج التعليمة الأوروبية فعرف أولا شهادة التصديق بصفة عامة (البسيطة) ثم شهادة التصديق الإلكتروني المتقدم وذلك بموجب الرسوم رقم 272 – 2001 في المادة الأولى فقرة 9 وفقرة 10 اللتان تنصان : "شهادة إلكترونية": وثيقة في شكل إلكتروني تثبت الصلة بين معطيات مراقبة التوقيع الإلكتروني والموقع ؛ " شهادة إلكترونية مؤهلة ": مستوفية لمتطلبات المحددة في المادة 6 ؛ " .

وفقا للقانون الفرنسي فشهادة التصديق يكون الهدف منها الربط بين الموقع والمفتاح العام بحيث يستطيع المرسل إليه التأكد من هوية الموقع[4] ، كما أن تعريف شهادة التصديق المؤهلة قد أحالته إلى المادة 6 من نفس المرسوم التي تحدد بوجه الدقة العناصر التي يجب ذكرها في هذا النوع من الشهادة .

عكس ذلك فإن المشرع التونسي لم يميز بين شهادة التصديق البسيطة والمؤهلة بل عرفها فقط في الفصل 2 من قانون المبادلات والتجارة الالكترونية بقولها :" – شهادة

---

[1] A. Bensoussaan, op.cit., p. 216.

[2] B. jaluzot :« Transposition de la directive «signature électronique» :comparaison franco- allemande», D.2004.chron.

[3] E.A. .caprioli :"Régime juridique du prestataire de services de confiance au regard de la directive du 13 décembre 1999", www.caprioli-avocats.com, Date de la mise a jour : mai 2003

[4] سامح عبد الواحد التهامي ، المرجع السابق ، ص 476 .

المصادقة الالكترونية : الوثيقة الالكترونية المؤمنة بواسطة الإمضاء الالكتروني للشخص الذي أصدرها والذي يشهد من خلالها اثر المعاينة، على صحة البيانات التي تتضمنها."

وهو ما سار عليه مشرع إمارة دبي الذي عرف فقط شهادة التصديق بصفة عامة وذلك في المادة 1 من قانون المبادلات والتجارة الالكترونية :" شهادة المصادقة الالكترونية . شهادة يصدرها مزود خدمات التصديق يفيد فيها تأكيد هوية الشخص أو الجهة الحائزة على أداة توقيع معينة، ويشار إليها في هذا القانون بـ "الشهادة".

فيما يخص المشرع المصري فقد عرفها في المادة الأولى من قانون رقم 15 لسنة 2004 الخاص بتنظيم التوقيع الالكتروني بأنها : "... (و) شهادة التصديق الالكتروني: الشهادة التي تصدر من الجهة المرخص لها بالتصديق وتثبت الارتباط بين الموقّع وبيانات إنشاء التوقيع. ".

يتضح لنا جليا من خلال هذا التعريف أن شهادة التصديق الإلكتروني يشترط فيها شرطان:

أولا: أن تصدر من مزود خدمات مرخص له من طرف هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات، وثانيا : أن تثبت هذه الشهادة الارتباط بين الموقع وبيانات إنشاء التوقيع، يمكن القول بأن هذا التعريف لم يخرج عن التعريفات الواردة عند بقية التشريعات، فارتكزت على البعد الوظيفي المتمثلة في إقامة الدليل على الصلة ما بين معطيات فحص التوقيع الإلكتروني والموقع .

لم يذكر المشرع الجزائري في المرسوم التنفيذي 07- 162 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي 01 –123 الشروط والمتطلبات الضرورية لشهادة تصديق موصوفة (المؤهلة)، عكس معظم التشريعات المنظمة للتوقيع الإلكتروني التي بينت بشكل دقيق محتويات هذا النوع من الشهادة .

ولكنه صحح الأمر في القانون 15-04 الذي يحدد القواعد العامة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، حيث أنه عرف في البداية شهادة التصديق الإلكتروني بصفة عامة في المادة 2/ 7 بقوله: "7- شهادة التصديق الإلكتروني: وثيقة في شكل إلكتروني تثبت الصلة بين بيانات التحقق من الإمضاء الإلكتروني والموقع." ثم حدد محتوياتها في المادة 15 من نفس القانون[1] .

الفرع الثاني: محتويات شهادة التصديق في التشريعات العربية

لقد حددت معظم التشريعات العربية المنظمة للتوقيع الإلكتروني المعلومات التي يجب أن تحتويها شهادة التصديق الصادرة من طرف مزود الخدمات، وهو ما سنتعرض إليه بالتفصيل في هذا الفرع بحيث نبين موقف كل تشريع على حده.

أولا: محتويات شهادة التصديق الإلكتروني في تونس

لقد وردت في الفصل 17 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية حيث تنص الفقرة الأولى من هذا الفصل على ضرورة إصدار شهادة تصديق إلكترونية من طرف مزود الخدمات تستجيب لمقتضيات السلامة والوثوق بها، وتضبط المعطيات التقنية لهذه الشهادة بموجب قرار من الوزير المكلف بالاتصالات.

أما الفقرة الثانية من نفس المادة فقد حددت محتويات شهادة التصديق وهي :

هوية صاحب الشهادة، هوية الشخص الذي أصدرها وإمضاء الكتروني، عناصر التدقيق في إمضاء صاحب الشهادة، مدة صلاحية الشهادة، مجالات استعمال الشهادة .

[1] أنظر: المادة 15 من القانون 15-04 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، وسنعالج محتويات شهادة التصديق الإلكتروني بتفصيل في ص 302 وما يليها من هذه الرسالة .

ثانيا: محتويات شهادة التصديق الإلكتروني في إمارة دبي

لقد حددت المادة 24 / 3 من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية البيانات التي يجب أن تتضمنها شهادة المصادقة وهي:

هوية مزود خدمات التصديق، أن الشخص المعينة هويته في الشهادة لديه السيطرة في الوقت المعني على أداة التوقيع المشار إليها في الشهادة، أن أداة التوقيع كانت سارية المفعول في أو قبل تاريخ إصدار الشهادة، ما إذا كانت هناك أية قيود على الغرض أو القيمة التي يجوز أن تستخدم من أجلها أداة التوقيع أو الشهادة، ما إذا كانت هناك أية قيود على نطاق أو مدى المسئولية التي قبلها مزود خدمات التصديق تجاه أي شخص.

ثالثا: محتويات شهادة التصديق الإلكتروني في مصر

لقد نصت المادة 20 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني[1] البيانات الواجب ذكرها في شهادة التصديق وهي:

ما يفيد صلاحية هذه الشهادة للاستخدام في التوقيع الإلكتروني، موضوع الترخيص الصادر للمرخص له، موضحا فيه نطاقه ورقمه وتاريخ إصداره وفترة سريانه، اسم وعنوان الجهة المصدرة للشهادة ومقرها الرئيسي وكيانها القانوني والدولة التابعة لها إن وجدت، اسم الموقع الأصلي أو اسمه المستعار أو اسم شهرته وذلك في حالة استخدامه لأحدهما، صفة الموقع، المفتاح الشفري العام لحائز الشهادة المناظر للمفتاح الشفري الخاص به، تاريخ بدء صلاحية الشهادة وتاريخ انتهائها، رقم مسلسل للشهادة، التوقيع الإلكتروني لجهة إصدار الشهادة، عنوان الموقع الإلكتروني (Web Site) المخصص لقائمة الشهادات الموقوفة أو الملغاة .

[1] أنظر: المادة 20 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني المصري

ويجوز أن تشتمل الشهادة على أي من البيانات التالية عند الحاجة : 1- ما يفيد اختصاص الموقع والغرض الذي تستخدم فيه الشهادة . 2- حد قيمة التعاملات المسموح بها بالشهادة.3- مجالات استخدام الشهادة.

رابعا: محتويات شهادة التصديق الإلكتروني في الجزائر

نلاحظ أن المشرع الجزائري قد اهتم فقط ببيانات شهادة التصديق الإلكترونية الموصوفة ولم يتطرق إلى محتويات شهادة التصديق الإلكترونية البسيطة، لأن شهادة التصديق الإلكترونية الموصوفة وحدها التي تتمتع بالحجية الكاملة في الإثبات.

يجب القول في البداية أن قانون التوقيع والتصديق الإلكترونيين الجزائري قد خصص الفصل الأول المعنون ب "شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة" من الباب الثالث المعنون ب "التصديق الإلكتروني" في المادة 15 التي تنص على ما يلي: "شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة هي شهادة تصديق إلكتروني تتوفر فيها المتطلبات الآتية:

1- أن تمنح (شهادة التصديق الإلكترونية الموصوفة) من قبل طرف ثالث موثوق أو من قبل مؤدي خدمات تصديق إلكتروني، طبقا لسياسة التصديق الإلكتروني الموافق عليها.

2- أن تمنح للموقع دون سواه .

3- يجب أن تتضمن على الخصوص :

أ- إشارة تدل على أنه تم منح هذه الشهادة على أساس أنها شهادة تصديق إلكتروني موصوفة، والمقصود بها أن تكتب في شهادة التصديق الإلكتروني عبارة صريحة تنص على أن هذه الشهادة هي شهادة تصديق إلكترونية موصوفة .

ب- تحديد هوية الطرف الثالث الموثوق أو مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني المرخص له المصدر لشهادة التصديق الإلكتروني وكذا البلد الذي يقيم فيه .

ج- اسم الموقع أو الاسم المستعار الذي يسمح بتحديد هويته.

د- إمكانية إدراج صفة خاصة للموقع عند الاقتضاء، وذلك حسب الغرض من استعمال شهادة التصديق الإلكتروني .

هـ-بيانات تتعلق بالتحقق من التوقيع الإلكتروني وتكون موافقة لبيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني.

و- الإشارة إلى بداية ونهاية مدة صلاحية شهادة التصديق الإلكتروني .

ح- التوقيع الإلكتروني الموصوف لمؤدي خدمات التصديق الإلكتروني أو للطرف الثالث الموثوق الذي يمنح شهادة التصديق الإلكتروني.

ط- حدود استعمال شهادة التصديق الإلكتروني عند الاقتضاء.

ي- حدود قيمة المعاملات التي قد تستعمل من أجلها شهادة التصديق الإلكتروني، عند الاقتضاء.

ك- الإشارة إلى الوثيقة التي تثبت تمثيل شخص طبيعي أو معنوي أخر عند الاقتضاء".

الفرع الثالث: محتويات شهادة التصديق الإلكتروني في الاتحاد الأوروبي وفرنسا.

إن التعليمة الأوروبية بشأن التوقيعات الإلكترونية قد خصصت الملحق رقم 1 لتبيان العناصر الواجب ذكرها في شهادة التصديق المؤهلة وهي:

علامة توضح بأن الشهادة قد منحت باعتبارها شهادة مؤهلة ، هوية مزود خدمات التصديق وكذلك البلد الذي تمت فيها ، اسم الموقع أو اسم الشهرة الذي حدد على هذا النحو، إمكانية إدراج إذا لزم الأمر الصفة المحددة للموقع اعتمادا على الغرض من الشهادة، البيانات المتصلة بمراقبة التوقيع والتي تتناسب مع المعطيات من أجل إنشاء توقيع تحت مراقبة الموقع، الإشارة إلى بداية ونهاية فترة صلاحية الشهادة؛ رمز هوية الشهادة ، التوقيع الإلكتروني المتقدم لمزود خدمات التصديق الذي منح الشهادة ، حدود استعمال الشهادة إذا لزم الأمر و حدود على قيمة المعاملات التي يمكن أن تستخدم الشهادة ، إذا لزم الأمر.

أما في فرنسا فقد تم ذكر بيانات شهادة التصديق المؤهلة في المادة 6 من المرسوم 2001-272 ، وهي مطابقة لما ورد في التعليمة الأوروبية .

على العموم يمكن تقسيم بيانات شهادة التصديق الإلكتروني إلى نوعين وهي : أولا المعلومات المتعلقة بشهادة التصديق الإلكتروني .ثانيا المعلومات المتعلقة بصاحب التوقيع.

أولا: المعلومات المتعلقة بشهادة التصديق الإلكتروني

وتتضمن ما يلي :

1- الإشارة إلى ما يفيد صلاحية هذه الشهادة للاستخدام في التوقيع الإلكتروني:

أي يجب عند إصدار شهادة التصديق الإلكتروني، أن تذكر أن هذه الشهادة مؤهلة .

لقد تم وضع هذا الشرط حتى يتم منح موثوقية أكبر في التوقيع الإلكتروني، فلكي يكون التوقيع الإلكتروني له الحجية الكاملة من الضروري أن تكون شهادة التصديق مؤهلة كذلك .

يعتبر هذا البيان جوهريا ليس فقط لصاحب التوقيع الإلكتروني بل كذلك لكل شخص معول على الشهادة، لذلك نجد أن معظم التشريعات المتعلقة بالتوقيع الإلكتروني قد أدرجته ضمن نصوصها القانونية.

فنجد أن التعليمة الأوروبية نصت عليه في الملحق رقم 1 / أ وسار على نهجها المشرع الفرنسي الذي عليه في المادة 6/ 2 من المرسوم 2001- 272، أما المشرع المصري في المادة 20 / 2 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني فقد اشترط أن تحتوي شهادة التصديق التي يصدرها مزود الخدمات ما يفيد بصلاحية الشهادة للاستخدام في التوقيع الإلكتروني، إضافة إلى اشتمالها على موضوع الترخيص الصادر لمقدم خدمات المرخص له موضحا فيه نطاقه ورقمه وتاريخ إصداره وفترة سريانه.

أما المشرع التونسي فقد نص على هذا البيان في الفصل 17 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية[1].

2-مدة صلاحية الشهادة : غالبا ما تكون صلاحية شهادة التصديق محددة بسنة قابلة للتجديد ، ويعتبر هذا البيان مهم جدا لإضفاء الشفافية والأمان عند استعمال التوقيع الإلكتروني، إذ يجب على مزود الخدمات أن ينبه تنبيه المستخدمين قبل انتهاء مدة صلاحية الشهادة وذلك إما لإعادة تجديدها أو وقف العمل بها.

كما أن هناك من الفقه من جعل لهذا البيان عدة وظائف وهي :

- بمجرد انتهاء صلاحية شهادة التصديق، فإن ذلك يسمح بتجديد هذه الشهادة وبالتالي منح الفرصة لتغيير المفاتيح سواء تعلق الأمر بصاحب الشهادة أو المرسل إليه، هذه الآلية تسمح بحماية التوقيع الإلكتروني في حال كشف المفتاح الخاص للموقع.

- الشهادات التي تحتوي على استعمالات موسعة غالبا ما تكون محددة المدة مثال ذلك : شهادة تصديق تتيح الدخول إلى موقع انترنيت يوفر خدمة الدفع لن تكون هذه الأخيرة صالحة إلا في فترة الدفع التي تتم بواسطة حامل الشهادة ،ولكن يجب أن تكون هذه الشهادة المستعملة صالحة وهو شرط ضروري ولكنه غير كافي ،فإذا ما اكتشف صاحب الشهادة أن مفتاحه الخاص قد تم كشفه أثناء فترة الصلاحية ،فكل الشهادات الموقعة يجب أن تلغى أي تصبح غير صالحة[2].

3-حدود استعمال الشهادة : غالبا ما يكون استعمال التوقيع الإلكتروني محددا في مجالات معينة دون سواها وبالتالي يجب على مزود الخدمات أن يذكر في شهادة التصديق على وجه الدقة المجالات التي يمكن لموقع استعمال شهادة التصديق الإلكتروني .

[1] أنظر: الفصل 17 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي.

[2] Arnaud-f .Fausse ;op.cit. ,p 107 .

كما أن على مزود الخدمات أن يذكر الحد الأقصى للمبلغ الذي يمكن التعامل به خاصة إذا كانت هذه الشهادة محددة المدة أو معلقة على أجل[1].

ثانيا: المعلومات المتعلقة بصاحب التوقيع: يمكن حصر هذه المعلومات فيما يلي :

1-هوية صاحب التوقيع: أي ذكر البيانات الشخصية للموقع من اللقب والاسم المذكور في بطاقة الهوية، وكذلك اسم الشهرة أو الاسم المستعار إذا استلزم الأمر ذلك، يمكن تعريف الاسم المستعار بأنه اسم وهمي اختاره شخص ليخفي عن الجمهور اسمه الحقيقي[2].

مع التأكيد على أن هذه المعلومات يجب أن يستقيها مزود الخدمات إما عن طريق الموقع شخصيا أو عن طريق أشخاص آخرين بموافقة الموقع، وأن تكون هذه المعلومات ضرورية[3].

2- صفة صاحب التوقيع : إن هذا البيان لا يعتبر إلزاميا وفق التعليمة الأوروبية والقانون الفرنسي، إلا انه يكون ضروريا في حالة ما إذا كان الموقع شخصا معنويا، فيجب في هذه الحالة أن يوضح الشخص الطبيعي الموكل له التوقيع الصفة القانونية التي بموجبها تم منحه هذا الاختصاص.

كما يمكن للشخص الطبيعي أن يوضح صفته إذا كان ذلك يزيد من ثقة الأشخاص المتعاملين معه، كأن يكون مثلا رجل أعمال معروف أو محاميا إلخ ...

3-بيانات التحقق من صحة التوقيع الإلكتروني : المقصود بها العناصر أو السبل الفنية التي تضمن التأكد من صحة التوقيع الإلكتروني وهي مفتاح التشفير العام التي تقابلها بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني (مفتاح التشفير الخاص)، وقد نص عليها المشرع الفرنسي في المادة 6 أولا بند 5 من المرسوم 2001- 272.

---

[1] محمد رضا أزرو ، المرجع السابق، ص 92 .

[2] C. A. Paris, 20 octobre 1961 ,JCP,éd.G.,1961,II, 12377.

[3] V. Sédaillian :Art prec «Preuve et signature électronique».

ومن أجل حماية شهادة التصديق والمفتاح الخاص بالموقع لا يجب تخزينهما مباشرة في ذاكرة الحاسوب بل يجب أن يتم ذلك في دعامة خارجية مثلا CD أو مفتاح USB إلخ ...[1]

المطلب الثاني: حجية شهادة التصديق الإلكتروني

تلعب شهادة التصديق الإلكتروني أهمية بالغة في مجال التوقيع الإلكتروني فهي من جهة تحدد علاقة الموقع بالتوقيع الإلكتروني وتحدد هويته بشكل دقيق ، ولذلك فإنه هذه الشهادة تعتبر حجر الزاوية في عملية التصديق وأي شك في محتواها، قد يؤدي في الكثير من الأحيان إما إلى تعليق العمل بها أو إلغائها وهذا بقصد حماية الأطراف المعتمدة على الشهادة حتى لا يفاجئوا فيما بعد أن هذه الشهادة أنها غير صالحة أو موقوفة العمل بها، وهذا بهدف إضفاء الثقة والأمان أثناء استعمال التوقيع الإلكتروني (الفرع الأول).

زيادة على ذلك فإن المشرع الجزائري لم يغفل في قانون التوقيع والتصديق الإلكترونيين على ذكر حالات إلغاء شهادة التصديق الإلكتروني، وهو ما سنعالجه بالتفصيل في الفرع الثاني .

غالبا ما يتم استعمال التوقيع الإلكتروني في عقود دولية وهذا ما يستوجب بالضرورة الاعتراف الدولي بشهادات التصديق الإلكتروني الصادرة من طرف مزود الخدمات وهو ما عنيت به معظم التشريعات(الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعليق و إلغاء شهادة التصديق الإلكتروني

قد تفقد شهادة التصديق قيمتها القانونية في حال ما إذا تعرض المفتاح الخاص بالموقع لما يثير الشبهة، كفقدان الموقع سيطرته على مفتاحه الخاص، وبالتالي يجب على

[1] C.F SCHUHL,op.cit , p.634.

مزود الخدمة في هذه الحالة إما تعليق العمل بالشهادة إلى غاية التأكد من صحتها أو إلغائها إن اقتضى الأمر ذلك علما أن هذا الالتزام هو التزام بتحقيق نتيجة[1]، وهو ما سندرسه إتباعا في هذا الفرع .

أولا: تعليق العمل بشهادة التصديق

لقد نص المشرع التونسي على هذه الحالات في الفصل 19 من قانون المبادلات والتجارة الالكترونية، وهي كالتالي :

1-بناءا على طلب صاحب الشأن

يقصد بصاحب الشأن هو الشخص الطبيعي المرخص له باستخدام الشهادة سواء كان ذلك بصفة أصلية أو باعتباره ممثلا قانونيا لأحد الأشخاص المعنوية الذي يكون مفوضا قانون من قبل مجلس الإدارة .

غير أن الاستجابة لطلب صاحب الشهادة يجب أن يكون مبررا، ذلك أن شهادة التصديق بمجرد صدورها فإنها ترتب حقوقا اتجاه الغير ويعتمد عليها في إتمام الصفقات التجارية سواء كان البائع أم المشتري [2].

من بين الأسباب التي يمكن لصاحب الشهادة الارتكاز عليها لطلب إيقاف العمل بشهادة التصديق اكتشاف تلاعب في منظومة إحداث التوقيع الإلكتروني أو أن عناصر تشفير هذا التوقيع تم اكتشافها، وغير ذلك من الأسباب التي تواجه صاحب الشهادة وتدفعه إلى هذا الطلب.

[1] زهيرة كيسي، المرجع السابق، ص 216.

[2] لينا إبراهيم يوسف حسان، التوثيق الإلكتروني ومسؤولية الجهات المختصة به "دراسة مقارنة"، الطبعة الأولى، دار الراية للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص 119 .

نلاحظ أن الغير ليس له الحق في طلب تعليق العمل بالشهادة، لكن يستطيع أن يبلغ بالواقعة التي تبرر التعليق لمزود الخدمات، ويقوم هذا الأخير بتقدير الموقف ثم اتخاذ القرار المناسب[1] .

2-أن تكون الشهادة سلمت بالاعتماد على معلومات مغلوطة أو مزيفة

يجب على مزود الخدمات أن يتأكد من صحة المعلومات الواردة في شهادة التصديق وأنها غير مغلوطة أو مزيفة، غير أنه يجب علينا التمييز بين المعلومات المغلوطة والمزيفة، فالمعلومات المغلوطة هي معلومات صحيحة ولكن تخص شخصا أخر، كأن يقوم مزود الخدمات بتسليم شهادة إلى شخص له ذات الاسم الثلاثي لصاحب الشهادة الأصلي[2].

في هذه الحالة يجب على مزود الخدمات أن يقوم بتعليق الشهادة من تلقاء نفسه وإلا يكون ملزما بالتعويض عن الضرر قبل الغير، لأن الغير الذي يحوز على هذه الشهادة قد يكون سيء النية ويقوم بإبرام تصرفات تسيء لصاحب الشهادة كما لو دخل في مفاوضات تتعلق بعقد من العقود أو أبرم هذا العقد فعلا .

أما المعلومات المزيفة فهي معلومات غير حقيقية تم بموجبها إصدار شهادة التصديق كأن يزيف أحدهم بطاقته الشخصية أو جواز سفره، يؤدي هذا الأمر إلى تحمل صاحب الشاهدة المسؤولية الجنائية، كما تقوم المسؤولية العقدية اتجاه مزود الخدمات نظرا لوجود عقد بينهما والمسؤولية التقصيرية في مواجهة الغير الذي اعتمد على هذه الشهادة وسبب ضررا له.

في هذه الحالة يجب على مزود الخدمات تعليق العمل بالشهادة تمهيدا لإلغائها سواء علم من تلقاء نفسه أو أخطره أحد بذلك .

---

[1] عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 175.

[2] لينا إبراهيم يوسف حسان، المرجع السابق، ص176.

نلاحظ أن المشرع المصري قد نص على هذه الحالة مع استعماله عبارة "العبث " دون تحديد صورها أو مجالاتها، فتنص المادة 12 /ط –1 على ما يلي: "نظام لإيقاف الشهادة في حالة ثبوت توافر حالة من الحالات الآتية : 1- العبث ببيانات الشهادة أو انتهاء مدة صلاحيتها..."، المقصود بالعبث هو التغيير الحاصل في بيانات شهادة التصديق من دون علم مزود الخدمات أو صاحب الشهادة.

3-انتهاك منظومة إحداث الإمضاء

طبقا للقانون التونسي[1] فإن منظومة إحداث الإمضاء هي :" مجموعة وحيدة من عناصر التشفير الشخصية أو مجموعة من المعدات المهيأة خصيصا لإحداث إمضاء الكتروني"، هذه المنظومة يتم ضبط مواصفاتها التقنية بقرار من وزير الاتصالات، فإن صدرت هذه المنظومة مطابقة للمواصفات والشروط كانت صحيحة، أما إذا صدرت مخالفة لهذه الشروط فإن هذه المنظومة تكون قد تم انتهاكها وعلى مزود الخدمات تعليق العمل بالشهادة فورا، إلا قامت مسؤوليته المدنية اتجاه صاحب التوقيع والغير عن الضرر اللاحق بهما جراء هذا الانتهاك.

4-أن تستعمل الشهادة لغرض التدليس

في هذه الحالة فإن الشهادة تصدر صحيحة وتستعمل من قبل صاحبها، إلا أنها استخدمت في إبرام تصرف قانوني شابه التدليس أو لغرض غير مشروع، كأن يقوم أحدهم استعمال الشهادة لإقناع الغير بملائمة مركزه المالي، أو حتى يتحصل على قرض بناء على هذه الشهادة .

[1] منصوص عليها في الفصل 2 من قانون لخاص بالمبادلات و التجارية الإلكترونية التونسي.

كما يتصور كذلك أن تفقد الشهادة وتستعمل من قبل الغير على أساس أنه صاحب الحق فيها ، بحيث يؤدي ذلك إلى التعاقد مع غير الشخص المذكور في الشهادة وهو ما يعتبر تدليسا في إرادة الغير .

5-تعليق الشهادة بسبب تغيير البيانات المتضمنة فيها

يفترض في مزود الخدمات أن يصدر شهادة تصديق صحيحة في بياناتها طوال مدة سريانها، وأن يتأكد كذلك من أن هذه البيانات لم يطرأ عليها أي تغيير خاصة في بياناتها الجوهرية كمجالات استعمال الشهادة .

كما ألزم المشرع التونسي في الفصل 16 مزود الخدمات أن يجمع المعلومات الخاصة بصاحب الشهادة، وأن لا يتحصل عليها إلا عن طريق صاحب الشهادة شخصيا أو بموافقته الكتابية أو الالكترونية [1]، وأن يحافظ على سرية المعلومات ولا يستعملها إلا بترخيص من صاحب الشهادة أو وفق ما ينص عليه القانون[2].

إضافة إلى ذلك فإن صاحب الشهادة يجب أن يلتزم بما يلي :

- الحرص على مصداقية كل المعطيات التي صرح بها لمزود الخدمات، ولكافة الأطراف التي تثق في توقيعه.

- إعلام مزود خدمات المصادقة الالكترونية بكل استعمال غير مشروع لإمضائه.

-اتخاذ الاحتياطات الدنيا التي يتم ضبطها في القرار المنصوص عليه بالفصل 5 من هذا القانون لتفادي كل استعمال غير مشروع لعناصر التشفير أو المعدات الشخصية المتعلقة بإمضائه[3].

---

[1] الفصل 16 من قانون المبادلات التونسي .

[2] ينص الفصل 15 من نفس القانون على ما يلي: "يتعين على مزودي خدمات المصادقة الكترونية وأعوانهم المحافظة على سرية المعلومات التي عهدت إليهم في إطار تعاطي أنشطتهم باستثناء تلك التي رخص صاحب الشهادة كتابيا أو الكترونيا في نشرها أو إعلام بها أو في الحالات المنصوص عليها في التشريع الجاري به العمل" .

[3] الفصل 6 من قانون المبادلات التونسي .

بمجرد علم مزود الخدمات بتغيير بيانات الشهادة أن يخطر ذوي الشأن بذلك ثم يعلق العمل بهذه الشهادة حتى يتأكد من صحة المعلومات، قد تكون المعلومات التي طرأ عليها التغيير متعلقة بشخص صاحب الشهادة أو بموضوع ومجالات استعمال هذه الشهادة[1] .

عندما يصدر مزود الخدمات قراره بتعليق شهادة التصديق فإنه يجب عليه إخطار صاحب الشهادة بهذا القرار[2]، فهذا التعليق قد يمس بالمركز وسمعة صاحب الشهادة وهناك من اعتبره عقوبة له .

لذلك أقر المشرع التونسي لصاحب الشهادة والغير الحق في الاعتراض على هذا القرار ويبدأ من تاريخ نشر قرار التعليق المؤقت في السجل الالكتروني الذي يمسكه مزود الخدمات[3] .

إذا ما تبين أن أسباب تعليق الشهادة صحيحة وجب على مزود الخدمات أن يلغي هذه الشهادة وفق ما ينص عليه الفصل 20 من هذا القانون [4]، أما إذا تبين عدم صحة أسباب تعليق الشهادة فإن مزود الخدمات في هذه الحالة يلغي قرار تعليق الشهادة حالا .

ثانيا: إلغاء شهادة التصديق

إلى جانب حالات تعليق شهادة التصديق الإلكتروني، قد يستلزم الأمر في بعض الحالات إلغاء هذه الشهادة واعتبارها كأنها لم تكن، هذه الحالات نص عليها المشرع التونسي في الفصل 20 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية ، وهذه الحالات هي :

---

[1] عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 181 .

[2] الفصل 19 /3 من قانون المبادلات التونسي .

[3] أنظر: الفصل 19 /4 من نفس القانون .

4 ينص الفصل 20 من نفس القانون على ما يلي : " ... –عند القيام باختبارات دقيقة، بعد تعليقها، تبين أن المعلومات مغلوطة أو مزيفة أو أنها غير مطابقة للواقع أو أنه قد تم انتهاك منظومة إحداث الإمضاء أو الاستعمال المدلس للشهادة ."

1-إلغاء الشهادة بناء على طلب صاحبها:

تعتبر شهادة التصديق وثيقة شخصية تصدر بناء على إرادة صاحبها، وبالتالي يكون له الحق في أن يطلب إلغاء هذه الشهادة، مع توضيح أسباب طلبه كأن يفقد مفتاحه الخاص أن يتم انتهاك منظومة إنشاء التوقيع الإلكتروني وغيرها من الأسباب .

تجدر الإشارة أن الشهادة التي ارتبطت بحقوق الغير، فإن ذلك لا يمنح لهذا الغير أن يطلب إلغائها بل يحق له أن يضع الواقعة سبب الإلغاء تحت تصرف مزود الخدمات الذي بدوره يقدر إلغاء الشهادة من عدمه، كما يكون للغير الرجوع على صاحب الشهادة إذا ما لحقه ضرر .

2-وفاة الشخص الطبيعي وانحلال الشخص المعنوي

إن التوقيع الإلكتروني دائما ما يصدر باسم شخص طبيعي سواء كان هذا التوقيع خاص بالشخص الطبيعي نفسه أو بصفته ممثلا عن الشخص المعنوي؛ فإذا ما توفي هذا الشخص فإنه يجب إلغاء التوقيع الإلكتروني وشهادات المصادقة المرتبطة بهذا التوقيع.

كما أن انحلال الشخص المعنوي لأي سبب كان مثل حل الشركة أو تصفيتها أو إلغاء أحد الهيئات العامة أو المؤسسات العامة أو إعادة إدماجها، فإن ذلك يؤدي بالضرورة إلى انعدام الممثل القانوني لهذا الشخص المعنوي وبالتالي وجب إلغاء شهادات التصديق الصادرة باسم هذا الشخص.

3- إلغاء الشهادة إذا ثبت صحة السبب المؤدي إلى تعليقها مؤقتا:

لقد أوضحنا سابقا أنه يجب على مزود الخدمات تعليق العمل بشهادة التصديق إذا ما اتضح أن المعلومات المقدمة مزيفة أو مزورة أو كان الغرض من لإصدار الشهادة التدليس أو إذا حدث انتهاك لمنظومة التوقيع الإلكتروني ، وفي هذه الحالة يقوم مزود الخدمات بالتأكد من صحة سبب تعليق الشهادة، فإذا ما ثبت أن السبب صحيح وأن قرار

التعليق في محله فإنه يتعين إلغاء العمل بالشهادة واعتبارها كأنها لم تكن، أما إذا ثبت أن سبب التعليق غير صحيح فإنه يجب على مزود الخدمات إلغاء قرار التعليق .

يحق لصاحب الشهادة أو الغير الذي تضرر من إلغاء الشهادة من طرف مزود الخدمات الاعتراض على هذا القرار من تاريخ نشره في السجل الإلكتروني، مع ضرورة وضع أرقام الشهادات الموقوف العمل بها أو الملغاة في لائحة مؤرخة وموقعة من قبل مزود الخدمات[1].

الفرع الثاني: إلغاء شهادة التصديق الإلكتروني في التشريع الجزائري

إن المشرع الجزائري في ظل القانون القديم لم يتطرق إلى حالات إلغاء شهادة التصديق الإلكترونية على الرغم من أهميتها الكبيرة، إلا أنه قد سد هذا الفراغ التشريعي في القانون الجديد رقم 15-04 الخاص بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، لقد اعتبرت المادة41 من هذا القانون أن إلغاء شهادة التصديق الإلكترونية من ضمن الواجبات المتعددة التي تقع على عاتق مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني، بشرط أن يتم هذا الإلغاء وفقا لسياسة التصديق الإلكتروني الخاصة بمؤدي خدمات التصديق الإلكتروني، وموافقة السلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني، لأنه يدخل ضمن مهامها المنصوص عليها في المادة 30 من نفس القانون .

ثم بعد ذلك خصص نصوص قانونية منفردة وهما المواد 45 و 46 و47 لتحديد طرق وكيفيات إلغاء شهادات التصديق الإلكترونية من طرف مؤدي خدمات التصديق الإلكترونية.

نجد أن المادة 45 /1 من هذا القانون قد أعطت لصاحب الشهادة الحق في طلب إلغاء شهادة التصديق الخاصة به ضمن شروط معينة وهي:

[1] لمزيد من المعلومات راجع: لينا إبراهيم يوسف حسان، المرجع السابق، ص 125 .

– يجب أن تكون شهادة التصديق المراد إلغائها موصوفة وهذا أمر بديهي، لأنه قد قلنا سابقا أن المشرع الجزائري منح لشهادة التصديق الموصوفة الحجية الكاملة للإثبات دون سواها من شهادات التصديق الإلكترونية الأخرى.

– أن يكون ضمن الآجال المحددة في سياسة التصديق .

– أن يتم تحديد هوية صاحب الشهادة الموصوفة ، سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا وفق أحكام المادة 44 فقرة 2 و فقرة 3 ، فبالنسبة للشخص الطبيعي يتم تحديد هويته عن طريق تقديم طلب من طرفه ثم التحقق من هويته وأخيرا التحقق من صفاته إن اقتضى الأمر ذلك، أما الشخص المعنوي يجب على مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني التأكد من هوية الممثل القانوني لهذا الشخص ويدون ذلك في سجل خاص .

ألزمت المادة 2/61 ق.ت.ت.إ[1] صاحب شهادة التصديق أن يطلب إلغاء الشهادة من طرف مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني، في حالة الشك في الحفاظ على سرية بيانات إنشاء التوقيع، أو أصبحت هذه البيانات غير مطابقة للمعلومات المتضمنة في شهادة التصديق الإلكتروني .

زيادة على ذلك فإن الفقرة الثالثة من نفس المادة[2]منعت صاحب الشهادة الملغاة أو المنتهية الصلاحية من استعمال بيانات إنشاء التوقيع الموافقة لها ممن أجل توقيع أو تصديق هذه البيانات من طرف مؤدي آخر لخدمات التصديق الإلكترونية .

يحق كذلك لمؤدي خدمات التصديق الإلكترونية أن يلغي شهادة التصديق الإلكترونية الموصوفة وفق ثلاث حالات منصوص عليها في الفقرة 2 من المادة 45 وهي:

[1] أنظر: المادة 26 ق.ت.ت.إ

[2] تنص المادة 3/61 ق.ت.ت.إ على ما يلي :" لا يجوز لصاحب شهادة التصديق الإلكتروني عند انتهاء صلاحيتها أو عند إلغائها استعمال بيانات إنشاء التوقيع الموافقة لها من أجل توقيع أو تصديق هذه البيانات نفسها من طرف مؤد آخر لخدمات التصديق الإلكتروني ."

الحالة الأولى: 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.

الحالة الثانية: أنها لم تصبح مطابقة لسياسة التصديق، والمقصود بها أن شهادة التصديق الإلكترونية الموصوفة لم تصبح تواكب القواعد والإجراءات التنظيمية والتقنية المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

الحالة الثالثة: أنه تم إعلام مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني بوفاة الشخص الطبيعي أو بحل الشخص المعنوي صاحب شهادة التصديق الإلكتروني.

بعد ذلك حدد المشرع الجزائري الإجراءات المتبعة لإلغاء شهادة التصديق الإلكترونية الموصوفة في نفس المادة بحيث أنه أجبر مؤدي خدمات التصديق الإلكترونية إخطار صاحب الشهادة بإلغاء هذه الأخيرة، سواء كان الإلغاء بطلبه أو من طرف مؤدي خدمات التصديق الإلكترونية، مع تسبيب قرار الإلغاء .

اعتبر المشرع الجزائري أن انتهاء صلاحية شهادة التصديق الإلكترونية من ضمن حالات إلغاء شهادة التصديق الإلكترونية التي تستلزم بالضرورة تبليغ صاحب الشهادة ضمن الآجال والمحددة وسياسة التصديق.

وأخيرا يعتبر قرار إلغاء شهادة التصديق الإلكترونية الموصوفة قرارا نهائيا لا يمكن الطعن فيه أمام أي جهة سواء كانت قضائية أو غير قضائية، عكس المشرع التونسي الذي منح حق الاعتراض لصاحب الشهادة أو الغير الذي تضرر من إلغاء الشهادة من طرف مؤدي خدمات التصديق الإلكترونية ابتداء من تاريخ نشره في السجل الإلكتروني.

كان من المفترض على المشرع الجزائري أن ينتهج نفس أسلوب المشرع التونسي في أن يعطي الحق في الاعتراض على هذا الإلغاء سواء بالنسبة لصاحب الشهادة أو الغير الذي تضرر من هذا الإلغاء، ومن المفترض أن يتم هذا الاعتراض إما على مستوى السلطة

الاقتصادية باعتبارها الهيئة المشرفة على تنظيم عمل مؤدي خدمات التصديق أو عن طريق السلطة أو مجلس الدولة الجزائري بموجب المادة 31 و 32 ق.ت.ت.إ التي تنص على طرق الطعن في القرارات المتخذة من طرف السلطة الاقتصادية أو السلطة.

نصت المادة 46 / 1من نفس القانون[1] على أن يتخذ مؤدي خدمات التصديق الإلكترونية كافة الإجراءات الضرورية من اجل الرد على طلب الإلغاء وذلك طبقا لسياسة التصديق المتبعة من طرفه والتي وافقت عليها السلطة الاقتصادية، في المادة 2/46 من هذا القانون اعتبرت أن قرار إلغاء شهادة التصديق الإلكترونية الموصوفة لا يكون ساري المفعول إلا من تاريخ النشر طبقا لسياسة التصديق الإلكتروني .

وأخيرا أجبرت المادة 47 مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني بعد انتهاء صلاحية شهادة التصديق الإلكترونية أن تحول المعلومات الخاصة بها إلى السلطة الاقتصادية من اجل حفظها، وبالتالي لا يحق لمؤدي خدمات التصديق الإلكتروني الاحتفاظ بهذه المعلومات مخافة أن يستغلها بعد ذلك في أغراض أخرى غير مشروعة .

الفرع الثالث : حجية شهادة التصديق الأجنبية

غالبا ما يستعمل التوقيع الإلكتروني في إبرام عقود إلكترونية تتم عبر شبكة الأنترنيت التي تتصف بالطابع الدولي، وبما أن التوقيع الإلكتروني مرتبط بشهادة التصديق فإن عدم اعتراف دولة من الدول بصحة الشهادة لمجرد أنها غير صادرة على أرض دولتها يشكل عائقا وحاجزا لتطور المعاملات الإلكترونية[2]، لهذا نجد أن معظم الدول حرصت بشكل كبير على وضع الأسس القانونية للمساواة بين شهادة التصديق الوطنية والأجنبية .

[1] تنص المادة 1/46 ق.ت.ت.إ على ما يلي: "يتخذ مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني ، التدابير اللازمة من أجل الرد على طلب الإلغاء وفقا لسياسته للتصديق التي وافقت عليها السلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني".

[2] محمد رضا أزرو، المرجع السابق،ص 93 .

أول من نظم هذه المسألة هو قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية في المادة 12، حيث وضعت هذه المادة أسس الاعتراف بشهادة التصديق الأجنبية وهي كالتالي :

أولا : عدم الاهتمام بالموقع الذي صدرت فيه الشهادة أو تم فيه التوقيع الإلكتروني، طالما أن كلا منهما ساري المفعول لم يوقف أو يلغى أو يعطل ، والوجه الأخر لهذا المبدأ هو عدم أهمية الموقع الجغرافي لمكان عمل مصدر الشهادة أو الموقع في التوقيع الإلكتروني ، طالما أنه سيتم الاعتراف بالشهادة والتصديق الإلكتروني من طرف أجنبي والعمل بها ، وذلك من اجل تسيير المعاملات الإلكترونية الدولية [1]

ثانيا : الاعتراف بشهادة التصديق الأجنبية ومساواتها مع شهادة التصديق الوطنية إذا كان يتوافر لها نفس لضمانات المقررة في شهادة التصديق الوطنية .

ثالثا: المساواة بين التوقيع الإلكتروني الوطني والأجنبي، متى توافر فيه الثقة والأمان المنصوص عليه في الدولة المطلوب استخدام التوقيع الإلكتروني فيها [2].

رابعا: الاعتراف بصحة الاتفاقيات التي يبرمها الأطراف لاستعمال بعض أنواع التوقيعات أو الشهادات ويعتبر ذلك كافيا إذا ما تم على المستوى الدولي، إلا إذا كان ذلك الاتفاق غير صحيح أو ساري المفعول بمقتضى قانون الدولة الوطني كأن يكون مخالفا للنظام أو الآداب العامة .

يمكن أن نستنتج من خلال هذه القواعد أن قانون الأونيسترال النموذجي لم يشترط في شهادة التصديق أن تكون صادرة من مزود خدمات مرخص له من تلك الدولة ، إنما يكفي أن تكون صادرة من جهة يتوافر فيها قدر من الموثوقية [3].

---

[1] طارق كميل ، المرجع السابق، ص 596 .

[2] عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 450 .

[3] لينا إبراهيم يوسف حسان، المرجع السابق، ص91

أما المشرع التونسي فقد اعترف بشهادة التصديق الأجنبية واعتبر أن لها نفس القيمة القانونية لشهادة التصديق الوطنية ، متى تم ذلك ضمن اتفاقيات متبادلة بين الوكالة الوطنية للمصادقة الإلكترونية والدول الأخرى، وأن يكون مضمون هذه الاتفاقية الاعتراف المتبادل لشهادات المصادقة الأجنبية في تونس، وسريان شهادة المصادقة التونسية في ذلك البلد الأجنبي وهو ما نص عليه صراحة الفصل 23 من قانون المبادلات والتجارة الإلكتروني.

غير أنه يعاب على المشرع التونسي عدم اشتراطه في مزود الخدمة الأجنبي أن يكون نشاطه موثوقا به على نحو يوازي ما يشترطه المشرع التونسي في مزود الخدمة الوطني .

كما عمل مشرع إمارة دبي على معالجة هذه المسألة، حيث اعتبر أن الاعتراف بشهادة التصديق والتوقيع الإلكتروني الصادر من دولة أجنبية لا يجب أن يرتبط بأي حال من الأحوال بالمكان أو الاختصاص القضائي الذي يوجد فيه مقر عمل الجهة التي أصدرت الشهادة أو التوقيع الإلكتروني[1] ، غير أن ذلك يبقى مرهونا بتوافر شروط وهي:

– أن تكون ممارسات أو أعمال مزود الخدمة على درجة من الوثوق تعادل تلك المنصوص عليها في المادة 24 من هذا القانون، ومن خلال استقراء هذه المادة يمكن أن نستخلص الشروط التي يجب أن تتوافر في مزود الخدمة الأجنبي، وهي قيام مزود الخدمة الأجنبي بجميع الالتزامات المنصوص عليها في الفقرة الأولى من هذه المادة، ضرورة استخدام نظم أو إجراءات أو موارد بشرية جديرة بالثقة وفقا للقرة الثانية من نفس المادة، يجب أن يصدر مزود الخدمة الأجنبي شهادة تصديق إلكترونية تحتوي على مجموعة من البيانات كالشهادة الصادرة من مزود خدمة وطني، تحمل مزود الخدمة الوطني والأجنبي للمسؤولية المدنية عن أي أضرار نتيجة لعدم صحة الشهادة أو نتيجة لأي عيب فيها .

[1] نصت الفقرة الأولى من المادة 26 من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي على أنه : "لتقرير ما إذا كانت الشهادة آو التوقيع الالكتروني نافذاً قانوناً، لا يتعين إيلاء الاعتبار إلى المكان الذي صدرت الشهادة أو التوقيع الالكتروني".

كما يجوز للأطراف في المعاملات التجارية أن يحددوا وجوب اللجوء إلى مزودي خدمات معينين أو فئة منهم أو فئة معينة من الشهادات، ويعتبر ذلك كافيا للاعتراف به أمام الجهات القضائية إلا إذا كان هذا الاتفاق غير مشروع [1].

أما المشرع المصري فإنه حرص على الاعتراف بشهادات التصديق الأجنبية التي تصدرها الجهات الأجنبية في المادة 22 من قانون التوقيع الإلكتروني، بشرط حصولها على الاعتماد من هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات، وذلك نظير المقابل الذي مجلس إدارة الهيئة وفقا للقواعد والإجراءات التي تقررها اللائحة التنفيذية لهذا القانون .

نلاحظ أن هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات – وهي سلطة الترخيص– يقتصر دورها فقط في اعتماد الترخيص الصادر للجهة الأجنبية وليس إصدار ترخيص لها، إذ من المفترض أن الترخيص قد تم من قبل جهة الترخيص في بلدها[2].

بالرجوع إلى اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني المصري، نجد أن المادة 21 منه قد أوضحت بشكل دقيق الحالات التي يمكن لمزود الخدمة الأجنبي الحصول على الاعتماد وهي:

– أن تتوافر لدى الجهة الأجنبية القواعد والاشتراطات المبينة في هذه اللائحة بالنسبة للجهات التي ترخص لها الهيئة بمزاولة نشاط إصدار شهادات التصديق الإلكتروني.

المقصود بهذه الحالة ضرورة أن يستوفي مزود الخدمة الأجنبي الشروط المنصوص عليها في المادة 12 من التي تشير إلى المتطلبات التي يجب أن تتوافر في مزود الخدمة حتى يتحصل على الترخيص ، وكذلك يجب أن يحترم هذا المزود أحكام المادة 13 من هذه اللائحة التي تمنع على مزود الخدمات إبرام أي عقد مع العملاء إلا بعد اعتماد نموذج هذا العقد من الهيئة، وكذلك المادة 14 من اللائحة التنفيذية التي تلزم مزود الخدمات أن يقدم

[1] سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 330.

[2] تامر سليمان الدمياطي ، المرجع السابق، ص 573.

الضمانات والتأمينات التي يحددها مجلس إدارة الهيئة لتغطية أي أضرار أو أخطار تتعلق بذوي الشأن.

– 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.

يمكن لمزود الخدمات الأجنبي أن يتنازل عن شرط حصوله على الاعتماد إذا ما كان له وكيل في جمهورية مصر العربية حاصل على الترخيص وتتوافر فيه كل المقومات المطلوبة للتعامل بالشهادات وهو شرط بديهي .

بشرط أن يكفل الوكيل تلك الجهة فيما تصدره من شهادات وفيما هو مطلوب من اشتراطات وضمانات.

– أن تكون الجهة الأجنبية ضمن الجهات التي وافقت جمهورية مصر العربية بموجب اتفاقية دولية نافذة فيها على اعتمادها باعتبارها جهة أجنبية مختصة بإصدار شهادات التصديق الإلكتروني.

تنص هذه الحالة صراحة على إمكانية أن يمارس مزود الخدمات الأجنبي مهامه في مصر إذا ما كانت هناك اتفاقية دولية نافذة تقر صراحة باعتماد مزود الخدمات الأجنبي ، إلا أنه يبقى التساؤل قائما هل من الممكن الاستغناء عن الشروط المذكورة في اللائحة التنفيذية أم لا؟ وهو ما سيجيب عنه الواقع العملي .

– أن تكون الجهة الأجنبية ضمن الجهات المعتمدة أو المرخص لها بإصدار شهادات تصديق إلكتروني من قبل جهة الترخيص في بلدها، وبشرط أن يكون هناك اتفاقا بين جهة الترخيص الأجنبية وبين الهيئة على ذلك، ويكون اعتماد تلك الجهات الأجنبية بناء على طلب مقدم منها أو من ذوى الشأن على النماذج التي تعدها الهيئة.

كما يكون للهيئة في الحالات المشار إليها اعتماد تلك الجهات من تلقاء نفسها، وفى حالة التقدم بطلب للاعتماد، تقوم الهيئة بعد تسلمها للمستندات والبيانات المطلوبة بفحصها والتأكد من سلامتها ويبت مجلس إدارة الهيئة في طلب الاعتماد خلال مدة لا تجاوز ستين يوما من تاريخ استيفاء الجهة الأجنبية لكل ما تطلبه الهيئة، وفى حالة انقضاء هذه المدة دون إصدار الاعتماد يعتبر الطلب مرفوضا ما لم تخطر الهيئة كتابة الجهة الطالبة بمد هذه المدة، ويصدر قرار اعتماد الجهة الأجنبية من مجلس إدارة الهيئة بعد سداد المقابل الذي يحدده المجلس للاعتماد، ويحدد في القرار مدة الاعتماد وأحوال تجديده، وللهيئة دائما، بقرار مسبب الحق في إلغاء الاعتماد أو وقفه.

تتيح المادة 22 من اللائحة التنفيذية لمزود الخدمات الأجنبي أن يطلب اعتماد شهادات التصديق الإلكتروني التي يصدرها وفق للقواعد والضوابط التي يضعها مجلس إدارة الهيئة في هذا الشأن، وكذلك تحديد المقابل لاعتماد هذه الشهادات.

ألزمت التعليمة الأوروبية في المادة 7 المعنونة ب " الجوانب الدولية " الدول الأعضاء أن تحرص بأن تكون الشهادات الممنوحة بصفتها شهادات مؤهلة لصالح الجمهور عن طريق مزود خدمات يقع في بلد غير عضو معترف بها، وتعادل على المستوى القانوني الشهادات الصادرة عن طريق مقدم خدمات مقيم في إحدى دول الاتحاد الأوروبي إذا توافرت أي من الشروط التالية:

– أن يكون مزود الخدمات مستوفيا للشروط المنصوص عليها في التعليمة، وتم اعتماده في إطار نظام اختياري ثابت في دولة عضو،أو أن يكون مزود الخدمات مقيما في الاتحاد ومستوفيا للشروط المنصوص عليها في التعليمة، أو أن تكون الشهادة الصادرة من مزود الخدمات معترفا بها في التطبيق وفقا لاتفاق أحادي أو متعدد الأطراف بين دول الاتحاد ودول من الغير أو منظمات دولية .

بالتالي فأن التعليمة الأوروبية قد أرست مبدأ عدم إقصاء التوقيعات الإلكترونية الأجنبية لمجرد انها من خارج الاتحاد الأوروبي، ويمكن للشخص في هذه الحالة أن يثبت للقاضي موثوقية إجراءات استخدام التوقيع الإلكتروني[1].

نهج المشرع الفرنسي في المادة 9 من المرسوم 2002-535 نفس منهج التعليمة أسس الاعتراف، فميزت بين حالتين في الاعتراف بشهادة التصديق الأجنبية :

الحالة الأولى : إذ ما صدرت شهادات التصديق من مزود خدمات خارج الاتحاد الأوروبي، فإنه يمكن للجنة المركزية لأمان أنظمة المعلومات DCSSI عقب أخذ رأي اللجنة الرئيسية للتصديق أن تعقد اتفاقيات خاصة بالاعتراف المتبادل مع هيئات أجنبية مماثلة من خارج دول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي[2] .

قد تنص هذه الاتفاقيات على أن الشهادات الصادرة من المنظمات الأجنبية والخاضعة لنفس الإجراءات المنصوص عليها في هذا المرسوم لها نفس حجية شهادة التصديق الصادرة في فرنسا ، إلا أن هذا الاعتراف المتبادل يمكن أن يبقى معلق على شرط توافر مستوى معين من الأمان لشهادة التصديق الإلكتروني الأجنبية [3].

الحالة الثانية : إذ ما صدرت شهادات التصديق من مزود خدمات داخل الاتحاد الأوروبي، فإن رئيس الوزراء تعهد له مهمة الإقرار بهذه الشهادات تطبيقا لأحكام هذا المرسوم ، متى صدرت في إطار إجراءات مماثلة تنطوي على ضمانات مناظرة للشهادات الصادرة في فرنسا، مع عدم الإخلال بالقواعد المنظمة للتصديق الواردة في المادة 3 من هذه المرسوم.

[1] E.A. Caprioli, op.cit., p.199.
[2] Voir: Art 9 /1 de décret 2002- 535 .
[3] Voir : Art 9/2 de même décret

يمكن أن نستنتج أن المشرع الفرنسي قد ركز على شرط مهم لقبول شهادة التصديق الأجنبية سواء كانت صادرة داخل الاتحاد الأوروبي أو خارجه، وهو ضرورة أن تتوافر في هذه الشهادة نفس الشروط والضمانات المقررة لشهادة التصديق الصادرة من فرنسا.

في حال ما إذا صدرت شهادة التصديق من مزود خدمات داخل الاتحاد الأوروبي فيكفي في هذه الحالة أن تكون شهادة التصديق التي يصدرها مستوفية للشروط المنصوص عليها في القانون الفرنسي.

أما في الجزائر فإنه يجب التمييز بين مرحلتين أساسيتين في هذا المجال، المرحلة الأول هي الاعتراف بحجية شهادة التصديق الإلكترونية الأجنبية في ظل القانون القديم، والمرحلة الثانية الاعتراف بحجية شهادة التصديق الإلكترونية الأجنبية في ظل القانون الجديد.

أولا: الاعتراف بحجية شهادة التصديق الإلكترونية الأجنبية في ظل القانون القديم

لقد اعترف المشرع الجزائري بحجية شهادة التصديق الإلكترونية التي يقدمها مزود خدمات أجنبي ومساواتها بشهادة التصديق الوطنية في المادة 4 من المرسوم التنفيذي 07-162 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي 01 – 123[1] ، حيث على ضرورة وجود اتفاقية للاعتراف المتبادل تبرمها سلطة ضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية.

إلا انه يعاب على هذه المادة إغفالها لشرط مهم وهو ضرورة أن تخضع شهادة التصديق الأجنبية لنفس أحكام شهادة التصديق الوطنية الواردة في هذا المرسوم.

[1] تنص هذه المادة على ما يلي : "تكون للشهادات التي يسلمها مؤدي خدمات تصديق إلكتروني مقيم في بلد أجنبي، نفس قيمة الشهادات المسلمة بموجب أحكام هذا المرسوم إذا كان هذا المؤدي يتصرف في إطار اتفاقية للاعتراف المتبادل أبرمتها سلطة ضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية"

كما أن هذه المادة قد استبعدت الاتفاقيات التي يبرمها الأطراف المتعاقدة التي تنصب على الاعتراف بحجية شهادة التصديق الأجنبية المنصوص عليه في قانون الأونيسترال النموذجي للتوقيعات الإلكترونية، وهو ما يعتبر عاملا معرقلا لاستعمال التوقيع الإلكتروني.

ثانيا: الاعتراف بحجية شهادة التصديق الإلكترونية الأجنبية في ظل القانون الجديد

لقد جاء قانون التوقيع والتصديق الإلكترونيين رقم 15-04 لينزع مهمة الاعتراف بشهادة التصديق الإلكتروني الأجنبية من سلطة ضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية ويمنحها للسلطة بموجب المادة 18 إذ أنه من ضمن مهام السلطة إبرام اتفاقيات الاعتراف المتبادل على المستوى الدولي[1].

لم يكتف المشرع الجزائري بذلك بل خص شهادة التصديق الأجنبية الفصل الرابع من الباب الثالث والمعنون ب "الاعتراف المتبادل " وفيها مادة وحيدة وهي المادة 63 ، حيث أنه يمنح لشهادة التصديق الإلكترونية الصادرة من مؤدي خدمات تصديق إلكتروني أجنبي نفس قيمة شهادة التصديق الإلكتروني لمؤدي خدمات التصديق المقيم في الجزائر ، إلا أنه وضع شرطا وحيدا لذلك وهو أن يتم هذا التصرف ضمن اتفاقية للاعتراف المتبادل التي أبرمتها السلطة .

يمكن أن نستنتج من ذلك أن التشريع الجزائري لم يشترط على مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني الحصول على الترخيص لكي تكون شهادة التصديق الإلكتروني الصادرة منه لها نفس حجية شهادة التصديق الإلكترونية الوطنية، بل يجب في هذه الحالة فقط أن تكون هناك اتفاقية قد أبرمتها السلطة مع الدولة التي يقيم فيها مؤدي خدمات التصديق الإلكترونين تنص على أن شهادات التصديق الإلكترونية الصادرة من كلا البلدين لها نفس الحجية .

[1] أنظر: المادة 18 ق.ت.ت.إ .

كما انتقد بعض الفقه عدم نص معظم التشريعات على مساواة التوقيع الإلكتروني الأجنبي بالتوقيع الإلكتروني الوطني، خاصة إذا ما علمنا أن التوقيعات الإلكترونية الأجنبية قد تكون لازمة بالنسبة للعقود الإلكترونية، وهذا فإن الاعتراف بآثار التوقيع الإلكتروني الأجنبي له أهمية بالغة[1] .

[1] تامر سليمان الدمياطي ، المرجع السابق، ص 572 و عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 459.

ملخص الباب الثاني :

لقد عالجنا في الفصل الأول من هذا الباب التوقيع بصفة عامة سواء كان إلكتروني أم خطي، حيث عرفنا في البداية التوقيع الخطي وتبيان أنواعه كالإمضاء والتوقيع بالبصمة إلخ ...، ثم تحدثنا عن وظائف التوقيع، وهل هي مستوفية في التوقيع الإلكتروني .

بعد ذلك تطرقت إلى التوقيع الإلكتروني من حيث تعريفه وأنواعه، ومجالات استعماله واتضح لنا أن للتوقيع الإلكتروني من حيث الحجية ينقسم إلى نوعين توقيع إلكتروني بسيط ومتقدم وهذا الأخير له الحجية الكاملة في الإثبات، وهو يرتبط بشهادة تصديق إلكترونية موصوفة يجب تحتوي على مجموعة من البيانات وفق ما تنص عليه مختلف القوانين المنظمة لهذا النوع من الشهادات .

يشترط كذلك حتى يكون التوقيع الإلكتروني ذو حجية كاملة أن يتم إنشاء بواسطة مزود خدمات حاصل على الترخيص أو الاعتماد، وتقع على عاتقه مجموعة من الالتزامات وأي إخلال بها يترتب عليها المسؤولية، مع ضرورة تخفيفها أو إعفائه منها في بعض الحالات، مع التركيز على تبيان موقف المشرع الجزائري من هذه المسائل.

توصلنا كذلك في هذا الباب إلى ضرورة أن يصدر مزود الخدمات شهادة تصديق إلكترونية قد تكون موصوفة أو بسيطة، وتبرز أهمية التمييز بين النوعين من أن شهادة التصديق الإلكترونية الموصوفة تكون مرتبطة بالتوقيع الإلكتروني المتقدم فقط.

يجب أن تحتوي شهادة التصديق الإلكترونية الموصوفة على مجموعة من البيانات كاسم الموقع ووظيفته إلخ...، مع ضرورة إلغاء هذه الشهادة من طرف مزود الخدمات وفق الحالات المنصوص عليها قانونا، مع ضرورة منح الطابع الدولي للتوقيع الإلكتروني لأنه عادة ما يستعمل في معاملات ذات طابع دولي وهو ما يستلزم بالضرورة أن تمنح مختلف الدول الحجية الكاملة لشهادة التصديق الإلكترونية الأجنبية وفق شروط معينة تنص عليها مختلف التشريعات المنظمة للتوقيع والتصديق الإلكترونيين .

خاتمة

الخـــاتمـــــة

أشارت مقدمة الدراسة إلى أن الهدف الرئيسي منها هو محاولة صياغة نظرية عامة لإثبات العقد الإلكتروني تتكيف مع مختلف التطورات التكنلوجية الحاصلة في هذا المجال، مستعينا في ذلك بجهود الفقه خاصة المصري والفرنسي، والتشريعات المنظمة لهذه المسألة، سواء كانت تشريعات وطنية أو تشريعات دولية، مع التركيز على التشريع الجزائري والمصري والفرنسي والاستعانة ببعض التشريعات العربية الأخرى كالتشريع الأردني وكذلك قانون الأونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية والتعليمة الأوروبية بشأن التوقيعات الإلكترونية .

عالجت في بداية الدراسة القواعد العامة للإثبات ومدى قدرتها على استوعاب إثبات العقود الإلكترونية، أي هل يمكن للقواعد العامة للإثبات أن تثبت العقود الإلكترونية؟، فتوصلت الدراسة إلى أنه يمكن الاستعانة بهذه القواعد لإثبات العقود الإلكترونية إلا أن فعاليتها تبقى محدودة، وبالتالي كان من اللازم سن القوانين المنظمة للإثبات الإلكتروني عموما وإثبات العقود الإلكترونية خصوصا.

ثم حاولت في هذه الدراسة التطرق بالتفصيل إلى التوقيع الإلكتروني باعتباره أهم وسيلة لإثبات العقود الإلكتروني، نظرا لكون التشريعات قد أولته أهمية كبرى وجعلت منه الوسيلة الأمثل لإثبات العقود الإلكترونية، خاصة مع وجود طرف ثالث يسمى مزود الخدمات يعتبر وسيطا بين الموقع والمرسل إليه ويتحمل المسؤولية المدنية في حال وقوع أضرارا للمرسل إليه أو الغير.

فيما يخص مذاهب الإثبات يعتبر المذهب المختلط هو أنسب المذاهب لإثبات العقود الإلكترونية، لكون أن هذا المذهب يأخذ بمزايا المذهبين الحر والمقيد، فيستلزم على القاضي متى عرض أمامه نزاع في مجال الإثبات الإلكتروني أن يستعين بالنصوص القانونية الموجودة دون إهمال اجتهاده الشخصي ما لم توجد هذه القواعد القانونية .

أما مسألة محل الإثبات الإلكتروني فقد تبين من خلال الدراسة أنه لا اختلاف بين العالم الورقي و العالم الإلكتروني، فكلاهما يخضع لنفس الشروط سواء كانت بديهية أو أساسية، إلى جانب ذلك ظهر من خلال لدراسة أن عبء إثبات العقد الإلكتروني يختلف عن القواعد العامة

المقررة في هذا المجال التي تقر بأن الإثبات عموما يقع على المدين، أما إثبات العقد الإلكتروني فيقع على عاتق المدعي سواء كان دائنا أو مدينا، كما أن التوقيع الإلكتروني المؤمن يعتبر موثوقا فيه إلى أن يثبت عكس ذلك .

ثم تطرقت الدراسة بعد ذلك إلى تحديد وسائل الإثبات في العالم الورقي وهي بالخصوص الكتابة وشهادة الشهود والقرائن والإقرار وأخيرا اليمين، ثم ركزنا بعد ذلك على الكتابة الخطية، حيث تبين لنا أن المشرع الجزائري قد اخلط بين التصرف القانوني وأداة إثباته، ثم تم التمييز بين الكتابة كركن شكلي وكطريقة للإثبات، مع محاولة التركيز بعد لك على إعطاء مفهوم دقيق للكاتبة سواء كان ذلك من جانب الفقه أو القضاء .

انتقلت الدراسة بعد ذلك إلى قدرة القواعد التقليدية لإقرار حجية الكتابة الإلكترونية، مع التركيز على الاتفاقات كأهم وسيلة لذلك، حيث يمكن الاستعانة بها في إطار القواعد الموضوعية للإثبات فقط دون القواعد الإجرائية لتعلقها بالنظام العام، مع تبيان العقبات التي تواجه هذا النوع من الاتفاقات كالشروط التعسفية وتعارضها مع مبدأ عدم جواز اصطناع الشخص دليلا لنفسه غير أنه تم تجاوز هذه الصعوبات بفضل جهود الفقه والقضاء –خصوصا الفرنسي– في هذا المجال.

بعد ذلك تطرقنا إلى إثبات العقود الإلكترونية في ظل القانون المدني وبالخصوص الاستثناءات الواردة على الإثبات بالكتابة كالمانع المادي والأدبي وتوضيح شروطها، والتصرفات القانونية التي لا تتجاوز نصابا معينا ومبدأ الثبوت بالكتابة، وأخيرا الاستعانة بحرية الإثبات المنصوص عليها في القانون المدني لإثبات العقد الإلكتروني وقد توصلت الدراسة إلا أن هذه القواعد والنصوص تعتبر غير كافية في هذا المجال .

كان لزاما بعد ذلك التطرق إلى النصوص التشريعية المنظمة للكتابة الإلكترونية، فأدى ذلك إلى إعادة النظر من جديد في مفهوم الكتابة بصفة عامة مع التركيز على تعريف الكتابة الإلكترونية في التشريع الفرنسي والمصري والجزائري، اوضحت هذه الدراسة وظائف الكتابة، وهي سهولة القراءة و الثبات و أخيرا عدم القابلية للتحريف، مع ضرورة توافر هذه الشروط في الكتابة الإلكترونية .

لقد كان من نتائج الاعتراف التشريعي بالكتابة الإلكترونية تساويها مع المحررات الورقية من حيث حجيتها في الإثبات، وهو ما بينته هذه الدراسة بالتفصيل من حيث تحديد مجال هذه المساواة والاستثناءات الواردة عليها، واخير توضيح موقف القاضي في حال عرضت أمامه محررات إلكترونية وورقية متعارضة فيما بينها، إذ يجب عليه في هذه الحالة تغليب المحرر المستوفي للشروط القانونية سواء وقع هذا التعارض بين محررات إلكترونية وورقية أو بين محررات إلكترونية فيما بينها.

بعد ذلك وضحنا مكانة المحرر الإلكتروني في الإثبات، فتطرقا أولا إلى المحرر الرسمي الإلكتروني، الذي يجب أن يستوفي نفس الشروط المقررة في المحرر الرسمي التقليدي، مع توضيح كيفية إنشاء هذه المحررات التي تختلف عن المحررات الورقية والحلول التشريعية التي جاء بها المشرع الفرنسي في هذه المسألة، ثم عالجنا مسألة صور المحررات الرسمية الإلكترونية سواء كان ذلك في التشريع المصري و الفرنسي، والتي تطبق فيها القواعد العامة المتعلقة بهذه المسألة، والنقطة الأخيرة هي مشكلة حفظ المحررات الإلكترونية الرسمية والحلول المناسبة لها، مع تبيان موقف المشرع الفرنسي بالتفصيل في هذه النقطة، أما المشرع الجزائري فلم يولي الأهمية لهذه المشكلة وتطرق إليها بصفة عرضية في مادتين فقط وهما ، المادة 323 مكرر 1 ق.م.ج والمادة 4 ق.ت.ت.إ.

ثم تطرق البحث بعد ذلك إلى المحرر العرفي الإلكتروني، فتبين لنا أنه يجب أن تتوافر فيه نفس شروط المحرر العرفي الورقي وهو الكتابة والتوقيع، كما يجب أن تكون له الحجية من حيث صدوره ممن وقعه ويمكن لصاحب التوقيع الإلكتروني في المحرر العرفي الإلكتروني أن يطعن في حجيته بالتزوير، أما بالنسبة لحجية المحرر العرفي الإلكتروني بالنسبة للغير فتطبق عليه القواعد العامة المنصوص عليها في المادة 328 ق.م.ج، مع ضرورة إنشاء سجل إلكتروني خاص تدون وتسجل فيه المحررات العرفية، وبالنسبة لمشكلة التاريخ الثابت للمحرر الإلكتروني فيمكن حلها بإنشاء جهات متخصصة تحدد لنا تاريخ إنشاء هذه المحررات عن طريق تقنية البصمة الزمنية.

وأظهرت الدراسة أن للمحرر العرفي قيدين وهما عدم وجود عيب مادي وعدم إنكار الخصم الذي تنسب إليه المحرر، مع ضرورة انطباق هذان القيدان على المحرر العرفي الإلكتروني ، مع

وضع المشرع الفرنسي لأحكام خاصة في حالة الإنكار وهو ما لم يهتم به المشرعان المصري والجزائري، كما وضع المشرع الفرنسي قيدان أخران وهما شكلية تعدد الأصول وضرورة كتابة التصرف القانوني الذي فيه دفع مقابل مالي بواسطة الشخص نفسه مع تكييفه مع التطورات الحاصلة في هذا المجال، وأخر مسألة عالجتها الدراسة في مجال المحررات العرفية الإلكترونية مسألة حجية البريد الإلكتروني سواء كان عادي أو موصى عيه ، مع التمييز هل رسالة البريد الإلكتروني موقعة أم غير موقعة .

بعد ذلك انتقلت الدراسة إلى الباب الثاني الذي عالجت فيه حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات عموما وفي العقد الإلكتروني خصوصا، فتطرقت في البداية إلى التوقيع الخطي باعتباره امتداد للتوقيع الإلكتروني، فتم تعريف التوقيع عموما مع التركيز على جهود الفقه و القضاءفي هذا المجال وكذلك موقف المشرع الفرنسي خاصة المادة 1316 المعدلة، ثم بعد ذلك عالجت الرسالة أشكال التوقيع ومدى حجية كل نوع منه خاصة التوقيع بالختم الذي كان محل جدل كبير فاستعماله يجب أن يكون محدودا إلا في المعاملات التجارية فقط اعتمادا على مبدأ حرية الإثبات في المعاملات التجارية .

ثم انتقلت الدراسة إلى تحديد وظائف التوقيع وهي رضا الموقع بمحتوى السند الكتابي وتحديد هوية الموقع مع الاعتماد على الفقه عموما والقضاء الفرنسي في هذا المجال، وتوصلت الدراسة إلى ضرورة إلى استيفاء التوقيع الإلكتروني لهاتين الوظيفتين مهما كان نوع هذا التوقيع .

تم تخصيص حيز مهم لتعريف التوقيع الإلكتروني، فتم أولا تبيان موقف الفقه من هذه المسألة سواء كان ذلك الفقه المصري أو الأردني أو الفرنسي، وبعد ذلك تم تحديد موقف التشريعات من تعريفها للتوقيع الإلكتروني سواء تشريعات عربية كتونس ومصر والجائر وفرنسا أو تشريعات دولية كقانون النموذجي للتاجرة الإلكترونية أو التعليمة الاوروبية المتعلقة بالتواقيع الإلكترونية، وبينا بعد ذلك الشروط التي يجب أن تتوافر في التوقيع الإلكتروني باعتباره يحوز على الحجية الكاملة في الإثبات، مع شرح كل شرط بالتفصيل مع التركيز على المشرع الجزائري في هذا المجال.

بينت الدراسة بعد ذلك أن التوقيع الإلكتروني لديه العديد من الصور وهي التوقيع بالقلم الإلكتروني ونقل التوقيع الخطي بالماسح الضوئي والتوقيع البيومتري والتوقيع الكودي والتوقيع الرقمي، مع التوصل إلى نتيجة مهمة هي أن التوقيع الرقمي المرتكز على التشفير اللاتماثلي وحده لديه الحجية الكاملة للإثبات لكونه تتوفر فيه كل الشروط القانونية المنظمة للتوقيع الإلكتروني، ثم بينت الدراسة أن للتوقيع الإلكتروني العديد من التطبيقات التي يمكن أن يستفيد منها الإنسان في حياته العملية وممن بينها على سبيل المثال بطاقات السحب الآلي والشيك الإلكتروني .

في الفصل الأخير من الرسالة عالجت مشكلة الأمان القانوني في مجال التوقيع الإلكترونين حيث تتميز هذه الوسيلة الحديثة بوجود طرف ثالث يعتبر وسيطا ما بين الموقع والمرسل إليه يسمى مزود الخدمات، فتم أولا تحديد ما المقصود بهذا المصلح من الجانب التشريعي، ثم التركيز على الترخيص في الدول العربية كوسيلة ضرورية لكي يمارس مزود الخدمات نشاطه في إقليم الدولة، مع التركيز على موقف المشرع الجزائري في هذا المجال خاصة قانون التوقيع والتصديق الإلكترونيين أما التعليمية الأوروبية وفرنسا فإنها اعتمدت على التفويض الإرادي كطريق للممارسة مزود الخدمات نشاطه على إقليم الدولة مع تبيان مراحلها بالتفصيل.

انتقلت الدراسة بعد ذلك إلى تحديد التزامات مزود الخدمات بشكل دقيق على مستوى مختلف التشريعات وتوصلت الدراسة إلى أن أهم التزام يقع على مزود الخدمات إنشاء شهادة تصديق إلكترونية خالية وسليمة من العيوب، مع تحمل مزود الخدمات المسؤولية العقدية والتقصيرية في حال إخلاله بالتزاماته المنصوص عليها في مختلف القوانين مع القول أن مزود الخدمات ملزم بتحقيق نتيجة وذلك نظرا للإمكانيات البشرية والتقنية التي يحوزها .

عالجت الدراسة كذلك شهادة التصديق الإلكتروني ودورها في التوقيع الإلكتروني، فتم أولا تحديد مفهومها بشكل دقيق، مع محاولة تبيان محتويتها لدى مختلف التشريعات الوطنية والدولية دون نسيان موقف المشرع الجزائري من هذه المسألة في إطار قانون التوقيع والتصديق الإلكترونيين، كما توصلت الدراسة في الأخير إلى انه يمكن تعليق وإلغاء شهادة التصديق في حالات محددة وفق ما نص عليه المشرع التونسي والجزائري، وتبين لنا أن هذه الشهادة لا تقتصر

حجيتها فقط على المستوى الوطني بل تمتد إلى المستوى الدولي وهو ما أقرته صراحة مختلف التشريعات الوطنية والدولية .

من خلال هذه الدراسة يمكن أن نتوصل إلى التوصيات التالية:

– ضرورة تعديل المادة 323 من القانون المدني الجزائري بتغيير عبء الإثبات من الدائن إلى المدعي لأن المعاملات الإلكترونية في وقتنا الحاضر أصبح يتحكم فيها المدعي، ومن الصعوبة على المدعي عليه إثبات دعواه في مجال المعاملات الإلكترونية عموما والعقود الإلكترونية خصوصا.

– ضرورة تغيير مصطلح العقد بمصطلح المحرر المنصوص عليه مثلا في المادة 324 ق.م.ج، حتى لا يقع الخلط ما بين التصرف القانوني واداة إثباته.

– على المشرع الجزائري أن يعترف صراحة بحجية اتفاقات الإثبات والمتعلقة بالقواعد الموضوعية للإثبات، وتنظيمها إما بنص قانوني منفصل أو أن يدمجها ضمن قواعد الإثبات المنصوص عليها في القانون المدني الجزائري مثلما فعل ذلك المشرع المصري والفرنسي.

– على المشرع الجزائري أن يساوي ما بين الكتابة الخطية والإلكترونية، وأن يستثني بعض التصرفات من أن تتم بشكل إلكتروني، كالتصرفات الواقعة على العقارات والمنقولات ذات القيمة الكبيرة كالسفن و وعقود الزواج والطلاق والهبة، وأن يبين موقف القاضي في حال وجود تعارض ما بين المحررات الإلكترونية والورقية أو ما بين المحررات الإلكترونية، وذلك بأن يغلب المحرر الأكثر مصداقية مع إمكانية الاستعانة بالخبراء لتحديد هذه المسألة.

– فيما يخص حجية المحررات الرسمية الإلكترونية ضرورة اعتراف المشرع الجزائري بحجيتها، خاصة مع اتجاه الدولة الجزائرية للإدارة الإلكترونية، وذلك بأن يعدل النصوص القانونية المنظمة لها، خاصة قواعد الإثبات المذكورة في القانون المدني وقانون الإجراءات المدنية والإدارية وقانون التوثيق وقانون المحضر القضائي، وإصدار المراسيم التنظيمية الخاصة بها.

– إصدار مرسوم تنظيمي يعالج مشكلة حفظ المحررات الإلكترونية عموما والمحررات الرسمية الإلكترونية خصوصا، نظرا لأهمية هذه المسألة في مجال الإثبات الإلكتروني .

–ضرورة حل إشكالية التاريخ الثابت بالنسبة للمحرر العرفي الإلكتروني من خلال إنشاء هيئة خاصة تقوم بهذه المهمة، وتفعيل تقنية البصمة الزمنية في هذا المجال، وإجراء تعديل في قانون الإجراءات المدنية والإدارية حتى يستوعب فكرة إنكار المحررات العرفية الإلكترونية و عدم وجود كشط أو تحشير فيها.

– يمكن للمشرع الجزائري أن يعرف التوقيع عموما ويحدد وظائفه بشكل دقيق خاصة مع ظهور التوقيع الإلكتروني ولا يترك هذه المهمة للفقه والقضاء فقط، وكان من الضروري أن يخصص مادة منفردة تعترف بحجية التوقيع الإلكتروني، لا أن يعدل المادة 327 من القانون المدني، لأنه وبشكل ضمني فقد اعترف بحجية هذا النوع الجديد من التوقيعات في مجال المحررات العرفية فقط ولم يشمل المحررات الرسمية وهذا من الناحية العملية غير صحيح.

–يمكن للمشرع الجزائري أن يغير من مصطلح الطرف الثالث الموثوق المنصوص عليه في المادة 13/2 و مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني المنصوص عليه في المادة 2 / 12من نفس القانون، وذلك بأن يطلق تسمية واحدة على مزود الخدمات ثم بعد ذلك يميز بين مزود الخدمات الذي يعمل لصالح المتدخلون في الفرع الحكومي و الذي يعمل لصالح الأشخاص العادية الأخرى، أو يسمي النوع الأول بمؤدي خدمات التصديق الإلكتروني الحكومي والثاني مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني العادي .

–الإسراع في إصدار المراسيم التنظيمية المتعلقة بقانون التوقيع والتصديق الإلكترونيين، ومن بينها المرسوم التنظيمي الذي يحدد مقر السلطة الوطنية للتصديق الإلكتروني المنصوص عليه في المادة 1/16 من قانون التوقيع والتصديق الإلكترونيين، وسير المصالح التقنية والادارية للسلطة المنصوص عليها في المادة 20 من نفس القانون، والمرسوم التنظيمي الذي يحدد الرواتب الخاصة برئيس مجلس السلطة وأعضائها ومديرها العام المقررة في المادة 24 من هذا القانون، والإسراع في إصدار المرسوم التنظيمي الذي يحدد طبيعة السلطة الحكومية للتصديق الإلكتروني وتشكيلها وتنظيمها وفق ما هو منصوص عليه في المادة 27 من نفس القانون .

– من الضروري على المشرع الجزائري عند صياغته لهذا القانون أن يتجنب الخلط بين كل من مسؤولية مؤدي الخدمات وواجباته، زيادة على ذلك فإن النصوص القانونية المتعلقة بمؤدي

خدمات التصديق الإلكتروني لا تشمل الطرف الثالث الموثوق، لكونه لم يذكر في هذا المجال، وبالتالي يجب على المشرع الجزائري أن يصدر نصوصا قانونية توضح بشكل دقيق واجبات الطرف الثالث الموثوق.

– من المفترض على المشرع الجزائري أن يعطي الحق في الاعتراض على إلغاء شهادة التصديق الإلكتروني سواء بالنسبة لصاحب الشهادة أو الغير الذي تضرر من هذا الإلغاء، ومن المفترض أن يتم هذا الاعتراض إما على مستوى السلطة الاقتصادية باعتبارها الهيئة المشرفة على تنظيم عمل مؤدي خدمات التصديق أو عن طريق السلطة أو مجلس الدولة الجزائري بموجب المادة 31 و 32 ق.ت.ت.إ التي تنص على طرق الطعن في القرارات المتخذة من طرف السلطة الاقتصادية أو السلطة.

في الأخير لا يسعني في أخر هذا البحث إلا أن ثمن الجهود الجبارة التي تبذله الدولة الجزائرية لتفعيل الإدارة الإلكترونية وتسهيل استخراج الوثائق بالنسبة للمواطنين كجواز السفر وبطاقة التعريف البيومتريين، أحثها في هذا المجال إلى الإسراع في إصدار القوانين المناسبة في هذا المجال وكذلك المصادقة على مختلف المعاهدات التي تسهل المعاملات الإلكترونية في الجزائر.

قائمة المراجع

باللغة العربية

1-الكتب العامة

1. أحمد أبو الوفا، التعليق على نصوص قانون الإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط 4، 1994.
2. أحمد نشأت، رسالة الإثبات، الجزء الأول ، دون دار نشر ، 2008.
3. أشرف جابر سيد، موجز أصول الإثبات، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.
4. أنور سلطان، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، 2005.
5. توفيق حسن فرج، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، 2003.
6. جلال علي العدوي، أصول أحكام الالتزام والإثبات، منشأة المعارف الإسكندرية، 1996.
7. جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في المادة التجارية و البحرية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، منشورات كليك، الجزائر، 2013.
8. حسام الدين الأهواني، نظرية الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
9. حسام الدين كامل الأهواني، شرح قانون الإثبات، دون دار نشر، 2002.
10. حمزة خشاب، مدخل إلى العلوم القانونية ونظرية الحق، دار بلقيس، دار البيضاء، الجزائر، 2014.
11. رمضان أبو السعود، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الدار الجامعية، الاسكندرية، 1985.
12. سليمان مرقس، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري، الجزء الثاني، الطبعة 4، من دون دار نشر، 1986.

13. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني "أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية"، المجلد الأول، الأدلة المطلقة، دار الكتب القانونية، الطبعة الخامسة ، القاهرة، 1991.
14. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للإثبات، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997.
15. عادل حسن علي، الإثبات "أحكام الالتزام"، مكتبة زهراء الشرق، 1997.
16. عبد الرحمن حمدي، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، المصادر الإرادية للالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 1999.
17. عبد الرحمن محمد شريف، عقود الإذعان، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1998.
18. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، نظرية الالتزام بوجه عام ،مصادر الالتزام ،المجلد الثاني ،منشورات الحلبي الحقوقية 2000 .
19. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثاني "نظرية الالتزام بوجه عام"، الإثبات – أثار الالتزام، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000.
20. عبد العزيز المرسي حمود ، مبادئ الإثبات في المواد المدنية والتجارية "دراسة مقارنة"، دون دار نشر، 1984.
21. علي فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، 2008.
22. عمر بن سعيد، الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام القانون المدني، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2001.
23. عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية النظرية المعاصرة ، الطبعة الأولى، دار هومة للنشر والتوزيع ، الجزائر، 2007.
24. الغوثي بن ملحة، قواعد وطرق الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري، الطبعة الأولى، مطبوعات الديوان الجزائري للأشغال التربوية ،2001.
25. محمد حسن قاسم، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية،2007.

26. محمد شكري سرور ، موجز أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1968.
27. محمد صبري سعد، الواضح في شرح القانون المدني " الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، دار الهدى، عين مليلة ، 2009.
28. محمود جمال الدين زكي ، نظرية الالتزام في القانون المصري، دون دار نشر، 1974.
29. محمود عبد العزيز المرسي، مبادئ الإثبات في المسائل المدنية والتجارية، دون دار نشر ، 1995.
30. مفلح عواد القضاة، البيانات في المواد المدنية والتجارية "دراسة مقارنة " ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ،2007
31. نبيل سعد إبراهيم، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000.
32. يحي عبد الودود، دروس في الإثبات، دون دار نشر وسنة نشر.

2-الكتب المتخصصة

1. أحمد المهدي، الإثبات في التجارة الإلكترونية، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2006.
2. أحمد شرف الدين ، عقود التجارة الإلكترونية، دروس الدكتوراه لدبلومي القانون الخاص وقانون التجارة الدولية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة ، بدون دار نشر، 2000.
3. أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط في قانون المعاملات الإلكترونية، "وفقا لأحدث التشريعات في فرنسا، مصر الأردن دبي البحرين " الكتاب الأول "المدخل لقانون المعاملات الإلكترونية – العقد الإلكتروني – الإثبات الإلكتروني"، دار النهضة العربية ، القاهرة، 2007.
4. أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني(دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2008 .

5. أسامة أحمد شوقي المليجي، استخدام مستخرجات التقنيات العلمية الحديثة وأثره على قواعد القانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة،2000.
6. إلياس ناصيف ، العقود الدولية –العقد الإلكتروني في القانون المقارن–، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2009.
7. إيمان مأمون أحمد سليمان، إبرام العقد الإلكتروني وإثباته "الجوانب القانونية لعقد التجارة الإلكترونية"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2008.
8. تامر سليمان الدمياطي، إثبات التعاقد الإلكتروني عبر الأنترنت "دراسة مقارنة"، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2009.
9. ثروت عبد الحميد، التوقيع الإلكتروني ،مكتبة الجلاء الجديدة،القاهرة، الطبعة الثانية، 2003.
10. حسام الدين كامل الأهواني، الحق في احترام الحياة الخاصة ، الحق في الخصوصية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1978.
11. حسن عبد الباسط جميعي، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
12. حميد سليمان داديار، دور المستندات المستخرجة عن طريق الانترنت لإثبات المسائل المدنية "دراسة تحليلية مقارنة–"، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2010.
13. خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني في ضوء التشريعات العربية والاتفاقيات الدولية، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية، 2007.
14. خالد ممدوح ابراهيم، التقاضي الإلكتروني "الدعوى الإلكترونية وإجراءاتها أمام المحاكم "، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ، مصر ، 2007.
15. سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الانترنيت "دراسة مقارنة"، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2008.
16. سحر البكباشي ، التوقيع الإلكتروني "دراسة تحليلية لأحكام قانون رقم 15 لسنة 2004 مدعمة بالتشريعات المقارنة "، منشأة المعارف ، القاهرة، 2009.
17. سعيد سيد قنديل، التوقيع الالكتروني ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2004.

18. سهير منتصر، مبدأ الثبوت بالكتابة، في القانونين المصري والفرنسي ، من دون دار نشر، 1981.
19. شحاته غريب شلقامي، التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2008.
20. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،2008 .
21. ضياء مشيمش ، التوقيع الإلكتروني "دراسة مقارنة"، المنشورات الحقوقية صادر، 2003.
22. عاطف عبد الحميد حسن، مبدأ الثبوت بالكتابة في ضوء التطور التكنولوجي الحديث، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
23. عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني"دراسة مقارنة"،مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع،عمان ، 1997.
24. عبد الفتاح بيومي حجازي، التوقيع الإلكتروني في النظم القانونية المقارنة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2005.
25. عبد الله أحمد عبد الله غرايبة ، حجية التوقيع الإلكتروني في التشريع المعاصر، دار الراية للنشر والتوزيع، الطبعة الاولى ، 2008.
26. عبد الهادي فوزي العوضي، الجوانب القانونية للبريد الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
27. عزة حمد الحاج سليمان ، النظام القانوني للمصارف الإلكترونية– الشيك – الصورة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى ، 2005.
28. عصام عبد الفتاح مطر، التجارة الإلكترونية في التشريعات العربية والأجنبية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2009.
29. علاء محمد عيد نصيرات، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات "دراسة مقارنة"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005.
30. علي كحلون : الجوانب القانونية لقنوات الاتصال الحديثة والتجارة الإلكترونية، دار إسهامات في أدبيات المؤسسة ،تونس ، 2002.

31. عمر خالد زريقات، عقود التجارة الإلكترونية –عقد البيع عبر الأنترنت –"دراسة تحليلية"، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، 2008.
32. عمرو عيسى ، وسائل الاتصال الحديثة وحجيتها في الإثبات، المكتب الجامعي الحديث ،الإسكندرية 2006.
33. عيسى غسان الربضي، القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2009.
34. لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكتروني، دار هومه، الجزائر، 2012.
35. لورنس محمد عبيدات، إثبات المحرر الإلكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009.
36. لينا إبراهيم يوسف حسان، التوثيق الإلكتروني ومسؤولية الجهات المختصة به «دراسة مقارنة» ، الطبعة الأولى ،دار الراية للنشر والتوزيع ، 2009.
37. محمد المرسي زهرة ، الحاسوب والقانون ، مؤسسة الكويت للتقدم العلمي، الكويت، ، الطبعة الأولى،1995.
38. محمد المرسي زهرة ، الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية "العقد الإلكتروني– الإثبات الإلكتروني– المستهلك الإلكتروني"، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، من دون سنة نشر.
39. محمد أمين الرومي ،التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت، دار الكتب الجامعية، الاسكندرية، 2006.
40. محمد حسام محمود لطفي، الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية، دراسة في قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية مع إشارة خاصة لبعض قوانين البلدان العربية، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، 2002.
41. محمد حسن رفاعي عطار، البيع عبر شبكة الأنترنيت دراسة مقارنة في ضوء قانون التوقيع الإلكتروني رقم 15 لسنة 2004 ، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية ، الطبعة الأولى ، 2007.

42. محمد حسن، قاسم، التعاقد عن بعد "قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع إشارة لقواعد القانون الأوروبي"، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، بدون سنة نشر.
43. محمد حسين منصور ، الإثبات التقليدي والإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ، 2006.
44. محمد سعيد محمد الرملاوي، التعاقد بالوسائل المستحدثة في الفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2007.
45. محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية– دراسة مقارنة–، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008.
46. محمد محمد أبو زيد ، نحو اتساق القواعد الفرعية في الإثبات مع مبدأ الاعتراف التشريعي بحجية الكتابة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
47. محمود عبد الرحيم الشريفات ، التراضي في التعاقد عبر الانترنت "دراسة مقارنة"، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، 2005.
48. مصطفى أبو مندور موسى، الجوانب القانونية لخدمات التوثيق الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة نشر.
49. مناني فرح، أدلة الإثبات الحديثة في القانون، دار الهدى، عين مليلة، 2008.
50. منير محمد الجنبيهي و ممدوح محمد الجنبيهي ، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، من دون تاريخ نشر.
51. نضال إسماعيل إبراهيم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005.
52. هاني دويدار، الوفاء بالأوراق التجارية إلكترونيا، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003 ،
53. وسيم شفيق الحجار، الإثبات الإلكتروني، منشورات صادر، بيروت، 2002.
54. يوسف أحمد النوافلة ، الإثبات الإلكتروني في المواد المدنية والمصرفية "دراسة مقارنة"،دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012.

1 الرسائل والأطروحات

1. إياد محمد عارف عطا سده، مدى حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات "دراسة مقارنة"، أطروحة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، 2009.
2. سعدية البدوي السيد أحمد بدوي، نحو نظرية عامة للدفاتر التجارية الإلكترونية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2012.
3. سمير عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2005.
4. صالح بن شنات، الكتابة كدليل إثبات في المواد المدنية ، ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة وهران، 2002 .
5. عايض راشد المري، مدى حجية الوسائل التكنلوجية الحديثة في إثبات العقود التجارية، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، 2005.
6. عثمانية سيفي، الإثبات في المواد المدنية ودور القاضي فيه، "دراسة مقارنة "، ماجستير في القانون العام المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان ، 2014.
7. فتحي بن جديد، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت "دراسة مقارنة "، مذكرة ماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية سيدي بلعباس، جامعة جيلالي ليابس سيدي بلعباس، 2007
8. كوثر زهدور ، التوقيع الإلكتروني وحجيته في الإثبات في القانون المدني الجزائري مقارنا، ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة وهران ، 2008.
9. محمد رضا أزرو ، التوقيع الإلكتروني كوسيلة من وسائل الإثبات، ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2007.
10. مريم خليفي، الرهانات القانونية للتجارة الإلكترونية، شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان ، 2012.

11. موسى الزين قروف، سلطة القاضي المدني في تقدير أدلة الإثبات، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، 2014.
12. مولود قارة ، التوقيع الإلكتروني كدليل إثبات في القانون الخاص،ماجستير في القانون الخاص،جامعة فرحات عباس سطيف(الجزائر)،سنة 2004.
13. مولود قارة ، التوقيع الإلكتروني كدليل إثبات في القانون الخاص،ماجستير في القانون الخاص،جامعة فرحات عباس سطيف(الجزائر)،سنة 2004.
14. نذير برني ، العقد الإلكتروني على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء ، المدرسة العليا للقضاء، الدفعة الرابعة عشر، الفترة التكوينية 2006/2003.
15. وهيبة بلباقي، الإثبات في المواد الإدارية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة تلمسان، 2010.
16. يوسف زروق، حجية وسائل الإثبات الحديثة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2013.

2 المقالات

1. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، إبرام العقد الإلكتروني في ضوء أحكام القانون الإماراتي والقانون المقارن، مقال منشور على موقع Arablawinfo,com
2. أسامة روبي عبد العزيز الروبي ، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات والادعاء مدنيا بتزويره ، مؤتمر المعاملات الإلكترونية ، (التجارة الإلكترونية – الحكومة الإلكترونية)، ا كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، ماي 2009.
3. أشرف توفيق شمس الدين ، الحماية الجنائية للمستند الإلكتروني "دراسة مقارنة"، المجلد الثاني، بحوث مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون ، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المنعقد بتاريخ 10-12 ماي 2003.

4. أمجد حمدان الجهني، جرائم بطاقات الدفع الإلكتروني عبر شبكة الأنترنيت ، مؤتمر المعاملات الإلكترونية (التجارة الإلكترونية – الحكومة الإلكترونية)، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الحقوق والشريعة ، 19و 20 ماي 2009.
5. ثروت عبد الحميد، مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات على ضوء القواعد التقليدية للإثبات، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون ، كلية الشريعة والقانون ، جامعة الإمارات العربية المتحدة ، المنعقد بتاريخ 10- 12 ماي 2003.
6. حسن طالبي، التوقيع الإلكتروني في القانون الجزائري والتشريعات المقارنة ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق الجزائر، العدد 04، ديسمبر 2013
7. سرحان عدنان إبراهيم، الوفاء (الدفع) الإلكتروني، المجلد الأول، مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة ، 10 إلى 12 ماي 2003.
8. الصالحين محمد العيش، دور الدليل الإلكتروني في إثبات المعاملات المصرفية "عرض وتقييم لموقف القانون الليبي"، بحث منشور في مؤتمر المعاملات الإلكترونية (التجارة الإلكترونية – الحكومة الإلكترونية)، المقام في كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة ،ماي 2009.
9. صلاح زين الدين ، دراسة اقتصادية لبعض مشكلات وسائل الدفع الإلكترونية ، المجلد الأول، مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة ، 10 إلى 12 ماي 2003.
10. طارق كميل، حجية شهادات المصادقة الالكترونية الأجنبية دراسة مقارنة ، مؤتمر المعاملات الإلكترونية (التجارة الإلكترونية – الحكومة الإلكترونية)، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الحقوق والشريعة، ماي 2009.
11. الطاهر برايك عبء الإثبات بين القانون المدني الجزائري والشريعة الاسلامية، مجلة العلوم الإنسانية، كلية العلوم الإنسانية، جامعة بسكرة، الجزائر، العدد 30، ماي 2013.
12. عابد فايد عبد الفتاح فايد، الكتابة الإلكترونية في القانون المدني "الفكرة والوظائف"، مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد 18 ، يناير–يوليو 2008.

13. عبد العزيز المرسي محمود ، مدى حجية المحرر الإلكتروني في الإثبات في المسائل المدنية والتجارية في ضوء قواعد الإثبات النافذة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق بجامعة المنوفية، العدد الحادي والعشرون، السنة الحادية عشر، أفريل 2002.
14. عبد الله الخشروم'حماية المستهلك في العقود الدولية الإلكترونية وفق مناهج القانون الدولي الخاص، منشور على موقع : arablawinfo.com
15. عبد الله الخشروم، عقود التجارة الإلكترونية عبر شبكة الانترنت وفقا لأحكام الشريعة الأردنية، منشور على الموقع : Arablawinfo .com
16. عبد المجيد ميلاد، تشفير البيانات والتوقيع الإلكتروني ، مقال منشور على موقع www,Abdel-Magid,M,Rad,com:
17. العيدسعادنة،عبءالإثباتفيالقانونالوضعيالجزائري،مجلةالمفكر،كليةالحقوقوالعلومالسياسية،جامعةبسكرة،الجزائر،العدد 11،سبتمبر 2014.
18. القضاة فياض مغلي، مسؤولية البنوك الناتجة عن استخدام الكمبيوتر كوسيلة وفاء ، مؤتمر القانون والكمبيوتر والأنترنيت، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الحقوق والشريعة، 2000.
19. كامران الصالحي، الطبيعة القانونية لمسؤولية مزود خدمات التصديق ، مؤتمر المعاملات الإلكترونية (التجارة الإلكترونية – الحكومة الإلكترونية)، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الحقوق والشريعة، ماي 2009.
20. كوثر زهدور، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات والمسؤولية المدنية المتولدة عنه في التشريع الجزائري، مجلة الدفاع، العدد الثاني، مارس 2014.
21. محمد المرسي زهرة ، الدليل الكتابي وحجية مخرجات الكمبيوتر في الإثبات في المواد المدنية والتجارية "دراسة تطبيقية على منافذ السحب الآلي"، المجلد الثالث، مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت، كلية الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة ، من 1 إلى 3 ماي 2000.
22. محمدالمرسي زهرة ، مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات في المسائل المدنية والتجارية، أبحاث مؤتمر الكويت الأول للقانون والحاسب الألي ، الطبعة الأولى ، 1994.
23. محمد بودالي ، التوقيع الإلكتروني، مجلة الإدارة ، العدد 26 ،الجزائر، 2003.

24. محمود أحمد إبراهيم الشرقاوي ، مفهوم الأعمال المصرفية الإلكترونية وأهم تطبيقاتها ، المجلد الأول، مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة ، 10 إلى 12 ماي 2003,
25. موسى عيسى لبعامري، مفهوم الشيك الإلكتروني وكيفية تطبيق نظامه وتحديد أنواعه ، المجلد الأول، مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة ، 10 إلى 12 ماي 2003.
26. مولود قارة ، شكل التعبير عن الإرادة في عقود التجارة الإلكترونية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المسيلة، من دون سنة نشر .
27. نبيل صلاح محمود العربي، الشيك الإلكتروني والنقود الإلكترونية " دراسة مقارنة"، المجلد الأول، مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة ، 10 إلى 12 ماي 2003.
28. نجوى أبو هيبة،" التوقيع الإلكتروني" تعريفه –مدى حجيته في الإثبات ، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية بين الشريعة والقانون ، الجزء الأول، غرفة تجارة وصناعة دبي ، من 1 إلى 12 ماي 2003.
29. نوري حمد خاطر ، وظائف التوقيع في القانون الخاص ، في القانون الأردني والقانون الفرنسي "دراسة مقارنة" ، 1997، منشور على الموقع www.arablawinfo.com
30. هاني دويدار، مستقبل مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية في ظل أحكام الإثبات الإلكتروني، مؤتمر المعاملات الإلكترونية (التجارة الإلكترونية – الحكومة الإلكترونية)، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الحقوق والشريعة، ماي 2009.

باللغة الفرنسية

I– Ouvrages généraux

1. Baudry-Lacantinerie (G.), Précis de droit civil,5^{e} éd,1895,Tome 2.
2. Carbonnier(J.) , Introduction en droit civil , 17^{é} éd ,édition Thémis,. 1988,

3. F. terré , P.Simler et Y.Lequette, Droit Civil – Les obligations , 9em édition , Dalloz, 2005
4. Flour(J .) et autres , Droit civil, Les obligations , Le rapport d'obligation, 8éd , Sirey, 2013 .
5. FLOUR(J.) et AUBERT(J-L.), Les obligations, Le rapport d'obligation, Armand Colin, 2eéd, 2001.
6. GHESTIN(J.) et GOUBEAUX(G.), Traité de droit civil , introduction générale, L.G.D.J, 3ém éd, 1990.
7. Ghestin(J.), et autres, Traité de droit civil, Introduction générale, 4éméd.,L,G.D.J,,1994.
8. Henri et Léon et Jean Mazeaud , Leçons de Droit Civil , Tome 2 , 5èm édition , édition montchrestien.
9. J.P. Levy et A.Castaldo, Histoire de droit Civil, 2eédition, Dalloz, 2010
10. Majdanski(D.) ;La signature et les mentions manuscrites dans les contrats , P U de Bordeaux, 2000.
11. Mougenot (R.), La preuve, tiré a part du «Répertoire Notarial», Bruxelles, Larcier, 2e éd,1997.
12. Ripert(G.) et Roblot(R.) : Traité élémentaire de Droit commercial , Tome I, LGDJ, Paris , 17o éd, 1998
13. Roland(H.) et Boyer(L.), introduction au droit, édition litec, 2007.
14. Starck(B.) , Droit civil introduction ,édition Librairies Techniques, paris , 1972
15. Voirin(P.) , Droit civil, Tome 1, 34e éd, Lextenso éditions.

II- **Ouvrages Spéciaux**

1. A. Penneau, Les nouveaux défis du commerce électronique"Les nouveaux défis du droit de la preuve : contentieux contractuel et preuve de faits électroniques", édition alpha, 2011.
2. A-f .Fausse , La signature électronique "Transaction et confiance sur internet", Dunod, 2002.

3. barbry(E.) , le droit de commerce électronique: de la protection à la confiance, Droit de l'informatique et des télécommunications,1998
4. Bensoussaan(A.), Informatique Télécoms Internet, éditions Francis Lefebvre, 2008.
5. Bensoussan(A.) et le roux(Y.) :« Cryptologie et signature électronique aspects juridiques», Hermes Science Publication, Paris, 1999.
6. Bisciari(R.), Les contrats et la preuve dans l'environnement électronique, édition UGA, Bruxelles, 2004.
7. Bresse(P .) et Kaufman, guide Juridique de l'internet et du commerce électronique, Vuibert, paris
8. C.ROUAINIA, La numérisation de la justice en france"Aspects et preuves électroniques",Edition baghdadi.
9. Castets- Renard(C.), Droit de l'internet, Lextenso édition , 2010.
10. Catala(P.) et Gautier(P.Y.), L'audace technologique de la cour de cassation, JCP éd.E .,1998.
11. Commission Des Nations Unies Pour Le Droit Commercial International , Promouvoir la confiance dans le commerce électronique: questions juridiques relatives à l'utilisation internationale des méthodes d'authentification et de signature électroniques ; publications des nations unies , Vienne, 2009.
12. coudol(T. P.) ;échanges électroniques Certification et sécurité , édition litec ,2001
13. Coudol(T.P.), La signature électronique, introduction technique et juridique a la signature électronique sécurisée, preuve et écrit électronique, édition litech, 2001.
14. E.A Caprioli, Le droit international de l'internet "Les Aspects internationaux du commerce électronique",édition Bruylant , Bruxelles, 2002.
15. ELLOUMI(A.), Le formalisme électronique, Centre de publication universitaire, Tunis , 2011.

16.F. J. PANSIER, Initiation à l'Internet juridique, 2 ème édition, Paris, LITEC, 2000.
17.Féral- SCHUHL(C.), Cyberdroit, Le droit a l'épreuve de l'internet, 5e éd, Dalloz,2010.
18.Froger(D.), Le droit International de l'internet "L'authencité électronique", édition Bruylant, Bruxelles, 2002.
19.GHAZOUANI(C.), , Le contrat de commerce électronique International , Tunis , Latrach édition , 1er éd , 2011.
20.Grynbaum (L) et autres , Droit des activités numériques, Dalloz, paris, 2014.
21.GUINOTTE(L.) ,La signature électronique après les lois du 20 octobre 2000 et du 9Juillet 2001 Journal des tribunaux , edition Larcier , 121e année ,14 septembre 2002.
22.Huet(J.), Libres propos sur la protection des consommateurs dans le commerce électronique, Mélanges J. Calais-Auloy, 2010 .
23. J.D. Malafosse, Histoire du droit privé, P.U.F. , paris , 1969,.
24.Joly- Passant(E.), L'écrit confronté aux nouvelles technologies, L.G.D.J., 2006.
25.L.Bochunrberg , Internet et commerce électronique , 2em édition, , Delmas, 2001.
26.LECLERQ(J .F.) ,Unité et diversité de droit privé « Essai de solution d'une adaptation du régime des preuves en droit privé », édition de l'université de bruxelles.
27.Linant de Bellefonds(X.) et Hollande(A.), Pratique du droit de l'informatique, 4éme éd.,Paris, Delmas1998.
28.Renard(I.) , Vive la signature électronique, édition Delma, 2002.
29.Siguoirt(L.), La preuve du paiement des obligations monétaires, LGDJ Lextensoédion, 2010.
30.T. Verbiest,É. Wéry , Le droit de l'internet et de la société de l'information: droits européen , belge et français , édition larcier , 2001.
31.Tortello(N.) et Lointier(P.) , Internet pour les juristes, Dalloz, paris, 1996.

III- **Thèses et mémoires**

1. B. Chankire, Problémes juridique posée par l'internet dans la vente internationale de marchandises , DESS Droit des Affaires,. des université D'Abomey-Calavi (République de Bénin), 2004.
2. Bettini(S.), L'acte authentique électronique, Mémoire DESS de droit du multimédia et de l'informatique, Paris II, 2002-2003.
3. Caidi(S.) : «La preuve et la conservation de l'écrit dans la société de l'information» ; université de Montréal, Faculté des études supérieures, Décembre 2002.
4. Esnault(J.) :« la signature électronique» ;université de droit, d'économie et de science sociales paris II pantheon-assas , Année universitaire 2002-2003, disponible sur le site :www.signelec.com
5. Granier(L.), L'authenticité notariale électronique, mémoire pour l'obtention du Diplôme Superieur de notariat, faculté de droit .université de montpellier. 2000-2001 . disponible sur www. Ntic.com
6. Mostefa-Kara née Settouti(F .),La preuve écrite en droit civil algérien, mémoire pour le diplôme de magistère en droit, université d'Alger , Institut des Sciences Juridiques et administratives , 1982.
7. Senecal(F.), L'écrit électronique, Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures et postdoctorales en vue de l'obtention du grade LL.M, Centre de recherche en droit public, Faculté de droit, Université de Montréal, Août 2009
8. Shandi(Y.) , La Formation du contrat adistance par voie électronique, Thèse de Doctorat ; université Robert Schuman Strasbourg III ,2005
9. Tailliez(A.), La signature électronique face au droit prive, thèse pour l'option du doctorat en droit , Faculté de droit et de science politique d'aix-marseille , université paul Cézanne, 2005.

IV- **Articles ,Chroniques et Doctrines et rapports**

1. Agosti(P.), Le régime juridique des actes authentiques électroniques ; publier sur www.caprioli-avocats.com
2. ATURK(M.), Rapport devant le sénat, présenté au nom de la commission des loi,Doc.Sénat no351,S, session 2002-2003.
3. Béatrice jaluzot :« Transposition de la directive «signature électronique» :comparaison franco- allemande, D.2004.
4. CAPRIOLI(E.A) & CANTERO(A.), Aspects légaux et réglementaires de la signature électronique, art disponible sur www.caprioli-avocats.com.
5. caprioli(E.A), «le juge et la preuve électronique», publier sur le site : juriscom.net, 10 janvier 2000.
6. caprioli(E.A), Aspect légaux et règlementaires de la signature électronique ,art disponible sur le site : www.caprioli-avocats.com.

7.Catala(P.),Le formalisme et les nouvelles technologies, Défrénois,2000.

8.CE, Internet et les réseaux numériques, Doc.fr,1998 ; synthèse.

9. Chartier(Y.), La preuve commerciale après la loi du 12 Juillet 1980,D.,

10.Chevier(E.)conservation des contrats électroniques ,D, 2005.

11.Dargent(L.), Actes authentiques électroniques, Dalloz actualité 30 octobre 2008.

12.Decorps(J-P.), La loi sur la signature électronique ne modifie aucun critère de l'authencité, PA, 11 avril 2000 .

13.E. Montero, "Du recommandé traditionnel au recommandé électronique : vers un sécurité et une force probante renforcé, disponible sur le site : www.droit–technologie.org,

14.E.A caprioli, Régime juridique du Prestataire de services de confiance au regard de la directive du 13 décembre 1999, http://www.caprioli-avocats.com ,Date de la mise à jour : mai 2003.

15.F.-guyTrébulle , La réforme du droit de la preuve et le formalisme, PA, 20 avril 2000.

16.FLOUR(J.), Sur une notion nouvelle de l'authenticité, Defrénois, 1972.

17.G. Bordinat, Introduction a la notion de signatureélectronique, publier sur le site :www.signelec.com
18.GAUTIER(P-Y.), Révolution internet , le dédoublement de l'écrit juridique , D. 2000.
19.Gobert(D.) et Montero(é .), La signature dans les contrats et les paiements : l'approche fonctionnelle, Consult and training , 2000,disponible sur le site : www.consultandtrading.com_daor.pdf
20.Grynbaum(L.), «la loi du 13 mars 2000 : la consécration de l'écrit et de la preuve au prixde la chute de l'acte authentique », Commu.Comm.élec , avril 2000, chron
21.Grynbaum(L.), La Preuve Littérale . - Dispositions générales . P. Hauss, La valeur juridique des télécopie et e-mails dans les relations entre professionnels ? disponible sur , www.clic-droit.com– Écrit électronique, JCP décembre 2011.
22.HUET(J.), La problématique du commerce électronique au regard du projet de directive communautaire du 23 décembre 1998, Les journées d'étude des éditions Juris-classeur,8 juin 2000.
23.Huet(J.), "Le code civil et les contrats électronique", contribution à l'ouvrage pour le bicentenaire du code civil, université de paris II, D. , 2004, disponible sur le site : www.jeromehuet.com.
24.Le Goueff(S.), La preuve dans un monde dématérialisé, disponible sur le site ; www.avocats.com.
25.Leroyer(A.-M.), L'épreuve d'Internet, in Faut-il recodifier le droit de la consommation ? Economica 2002.
26.MOULY-GUILLEMAUD(C.), LA sentence « nul ne peut se constituer de preuve a soi-même » ou le droit de la preuve a l'épreuve de l'unilatéralisme , RTD Civ. ,avril 2007.
27. Olivier(J. M.),« L'authenticité en droit positif français », PA, 28juin 1993.
28.Passa(J.), Commerce électronique et protection du consommateur, D. 2002.

29.Penneau(A.), Contrat électronique et protection du cyber contractant, Du code de la consommation au code civil, PA, 13 mai 2004.
30.Raynouard(A.), Le droit de l'écrit électronique, P A, no65, 2 avril 2001.
31.Saillard(J –p.), La réforme du droit de la preuve et les nouvelles technologie : position de la CCI de paris, rapport présenté par D.morenoJCP,éd N, no5,3février 20000
32.Sédaillian(V.), l'archivage de l'acte électronique ,Art disponible sur : www.clic-droit.com**.**
33.Sedaillian(V.); Preuve et signature électronique : www.internet- juridique.net
34.STOFFEL-MUNCK,LCEN(Ph.), La réforme des contrats du commerce électronique, Commu.Comm.élec.,09 /2004.
35.Thessalonikos(M) et Bensoussane(A.), informatique ; la signatureélectronique, première réflexions après la publication de la directive du 13mars 2000, Gaz. pal, 2000.
36.Vasseur(M.), Le paiement électronique, aspecte juridiques, JCP,1985.
37.E.Wery, Le recommandé électronique est totalement libéralisé : le législateur corrige son erreur, disponible sur le site www.droit-technologie.org.
38. Vivant(M.), La protection du cyber consommateur entre tentations, tentions et hésitations, in Mélanges, J. Calais-Auloy,Dalloz, 2004.

فهرس الموضوعات

الموضوع	رقم الصفحة
المقدمة	1
الباب الأول: إثبات العقود الإلكترونية في ظل التطور التكنولوجي	12
الفصل الأول: إثبات العقود الإلكترونية بواسطة قواعد الإثبات التقليدية	14
المبحث الأول: الاعتداد بالعقود الإلكترونية في ظل قواعد الإثبات التقليدية	15
المطلب الأول: مدى تلائم العقد الإلكتروني مع المبادئ العامة للإثبات	15
الفرع الأول: نظرة عامة في الإثبات	16
الفرع الثاني : محل الإثبات الإلكتروني	24
الفرع الثالث : عبء الإثبات الإلكتروني	30
المطلب الثاني : طرق الإثبات في البيئة الورقية	34
الفرع الأول: بيان وسائل الإثبات وحصرها	34
الفرع الثاني : تقدير وسائل الإثبات التقليدية في إثبات العقود الإلكتروني	41
الفرع الثالث : ماهية الكتابة الخطية	42
المبحث الثاني: حجية الكتابة الإلكترونية في القواعد التقليدية للإثبات	47
المطلب الأول: دور الاتفاقات في إثبات العقود الإلكترونية	48
الفرع الأول : مدى تعلق اتفاقات الإثبات بالنظام العام	49
الفرع الثاني: التحديات التي تواجه اتفاقات الإثبات	57
المطلب الثاني: إثبات العقود الإلكترونية في حالة عدم وجود الاتفاقات	66
الفرع الأول: الكتابة الإلكترونية في قواعد القانون المدني	67
الفرع الثاني : الاستعانة بحرية الإثبات للاعتداد بالكتابة الإلكترونية	78
الفصل الثاني : الاعتراف التشريعي بالكتابة الإلكترونية	83
المبحث الأول : المحرر الإلكتروني	85
المطلب الأول: إعادة النظر في مفهوم الكتابة	85
الفرع الأول: مفهوم الكتابة في ظل قواعد الإثبات الحديثة	86

الفرع الثاني: الخصائص الوظيفية للكتابة	91
المطلب الثاني : تكافؤ المحررات الإلكترونية والورقية	97
الفرع الأول : مضمون مبدأ التكافؤ بين المحررات الإلكترونية والورقية	98
الفرع الثاني: حالات عدم الاعتداد بالمحررات الإلكترونية	103
الفرع الثالث: موقف القاضي في حال تعارض بين المحررات	108
المبحث الثاني: مكانة المحرر الإلكتروني في الإثبات	111
المطلب الأول: مكانة المحرر الرسمي الإلكتروني في الإثبات	112
الفرع الأول: الشروط العامة لصحة المحرر الرسمي	112
الفرع الثاني : إنشاء المحررات الرسمية الإلكترونية	120
الفرع الثالث: حجية صور المحررات الرسمية الإلكترونية	126
الفرع الرابع: حفظ المحررات الرسمية الإلكترونية	130
المطلب الثاني: مكانة المحرر العرفي الإلكتروني في الإثبات	134
الفرع الأول: حجية المحرر العرفي الإلكتروني المعد للإثبات	135
الفرع الثاني: القيود الواردة على المحرر العرفي الإلكتروني	141
الفرع الثالث: حجية رسائل البريد الإلكتروني	150
ملخص الباب الأول	158
الباب الثاني : التوقيع الإلكتروني كوسيلة لإثبات العقد الإلكتروني	159
الفصل الأول : مكانة التوقيع في الإثبات	161
المبحث الأول : حجية التوقيع في الإثبات	163
المطلب الأول: ماهية التوقيع الخطي	163
الفرع الأول: تعريف التوقيع	164
الفرع الثاني: أشكال التوقيع الخطي	168
المطلب الثاني: وظائف التوقيع	174
الفرع الأول: رضا الموقع بمحتوى السند الكتابي	174
الفرع الثاني: تحديد هوية الموقع	176

الفرع الثالث: البعد الوظيفي للتوقيع الإلكتروني	178
المبحث الثاني: القوة الإثباتية للتوقيع الإلكتروني	183
المطلب الأول: تعريف التوقيع الإلكتروني	183
الفرع الأول: التعريف الفقهي للتوقيع الإلكتروني	184
الفرع الثاني: التعريف التشريعي للتوقيع الإلكتروني	187
الفرع الثالث: التوقيع الإلكتروني المتقدم (الموصوف)	198
المطلب الثاني: صور التوقيع الإلكتروني وتطبيقاته	208
الفرع الأول: صور التوقيع الإلكتروني	208
الفرع الثاني: تطبيقات التوقيع الإلكتروني	219
الفرع الثالث: تطبيقات التوقيع الإلكتروني في الجزائر	225
الفصل الثاني: التوقيع الإلكتروني ومقتضيات الأمان القانوني	229
المبحث الأول : مزود الخدمات كأساس للأمان القانوني	231
المطلب الأول: قواعد ممارسة التصديق الإلكتروني	232
الفرع الأول: تعريف مزود الخدمات	232
الفرع الثاني: الترخيص كوسيلة لممارسة التصديق في الدول العربية	238
الفرع الثالث: التفويض الإرادي لممارسة التصديق في التشريع الأوروبي والفرنسي	245
المطلب الثاني : قواعد ممارسة التصديق الإلكتروني في الجزائر	251
الفرع الأول: قواعد ممارسة التصديق الإلكتروني الجزائري في ظل المرسوم التنفيذي07-162 الملغى	251
الفرع الثاني: قواعد ممارسة التصديق الإلكتروني في ظل القانون 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين	253
المطلب الثالث: التزامات مزود الخدمات	260
الفرع الأول: التزامات مزود الخدمات على المستوى الدولي	261
الفرع الثاني: التزامات مزود الخدمات على مستوى التشريعات الوطنية	266

الفرع الثالث : التزامات مزود الخدمات في الجزائر	273
المطلب الرابع: المسؤولية المدنية لمزود الخدمات	275
الفرع الأول: القواعد العامة لمسؤولية مزود الخدمات	276
الفرع الثاني: القواعد الخاصة بمسؤولية مزود الخدمات	281
الفرع الثالث: مسؤولية مؤدي الخدمات وصاحب شهادة التصديق الإلكتروني في التشريع الجزائري	286
المبحث الثاني: شهادة التصديق الإلكتروني	290
المطلب الأول: محتويات شهادة التصديق الإلكتروني	290
الفرع الأول: تعريف شهادة التصديق الإلكتروني	290
الفرع الثاني: محتويات شهادة التصديق في التشريعات العربية	294
الفرع الثالث: محتويات شهادة التصديق الإلكتروني في الاتحاد الأوروبي وفرنسا	297
المطلب الثاني: حجية شهادة التصديق الإلكتروني	301
الفرع الأول: تعليق و إلغاء شهادة التصديق الإلكتروني	301
الفرع الثاني: إلغاء شهادة التصديق الإلكتروني في التشريع الجزائري	308
الفرع الثالث : حجية شهادة التصديق الأجنبية	311
ملخص الباب الثاني	321
الخـاتمـــة	322
قائمة المراجع	330
الفهرس	349