جامعة عبد الرحمان ميرة – بجاية

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص

عنوان المذكرة

وسائل الإثبات الحديثة في القانون المقارن

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في الحقوق/شعبة: القانون الخاص، تخصص: القانون الخاص الشامل

من إعداد الطالبة: **تحت إشراف الأستاذ:**

بن سعدي فريدة **حمادي زوبير**

لجنة المناقشة:

الأستاذة: لحذيري وردية.....رئيسة

الأستاذ: حمادي زوبير.....مشرفا

الأستاذ: إرثن عبد الله.....ممتحنا

2013/2012

إهداء

أهدي ثمرة جهدي المتواضع

إلى

من أوصانا الله ورسوله الإحسان إليهما وطاعتهما

إلى

والدتي ووالدي حفظهما الله

إلى

من لا أستطيع الاستغناء عنهم إخوتي وأخواتي وفّقهم الله

إلى

أستاذي الفاضل حمادي زوبيرالذي يستحق كل شكري لمساعداته وإرشاداته

مع خالص المحبة.

قائمة المختصرات

أولا: اللغة العربية

- ص: صفحة
- ج.ر: الجريدة الرسمية
- ج.ر.م : الجريدة الرسمية المصرية
- ع : عدد
- د.س.ن : دون سنة النشر
- ط : الطبعة

ثانيا: اللغة الفرنسية

- E-mail : Electronic Mail
- Yahoo : Yet Another Hierarchical Officious Orale
- Com : Commercial
- Org : Organisation
- Edu : Education
- Gov : Governement
- CNUDCI : Commission de Nation Unies pour le Droit Commercial International.

مقدمة

نظرا لما تشهده الحقبة الأخيرة من الزمن من تطور علمي وتقني منقطع النظير في شتى مناحي الحياة فقد أدخلت هذه الثورة التكنولوجية العالم إلى نهضة في كل المجالات، فأفرزت تقنية حديثة تعرف بتقنية المعلومات والإنترنيت التي أصبحت لغة ووسيلة العصر؛ حيث رتبت آثارا على مختلف النشاط الإنساني سواء الاقتصادي أو الاجتماعي أو السياسي أو الثقافي أو القانوني، وبذلك أصبحت تكنولوجيا المعلومات تشكل الجهاز العصبي للمجتمعات الحديثة.

فقد عرف الإنسان منذ القدم وسائل الإثبات العادية والمعروفة له في إثبات كافة التصرفات القانونية التي يجريها، لكن بسبب التقدم العلمي والتكنولوجي فان العالم يشهد الآن تطورا هائلا وبشكل لم يكن معهودا من قبل، حيث تعدّ وسائل الاتصال الفورية من أبرز وسائل الاتصالات المعاصرة التي أصبح استخدامها يتزايد بشكل كبير في المعاملات بين الأفراد.

نتيجة لتلك التطورات العلمية أصبح العالم بمثابة قرية صغيرة يمكن من خلالها لأيّ شخص أن يحاور أو يبرم تصرفا مع شخص آخر في أي مكان في العالم في لحظات من خلال الحاسب الآلي مستغنيا كلية عن استخدام الورق في تعاملاته، وهذا ما أدى إلى تراجع المستندات الورقية لتحل محلها المستخرجات الجديدة للكمبيوتر كالأشرطة الممغنطة والأقراص المدمجة والبريد الإلكتروني والتجارة الالكترونية التي لها ميزة ايجابية جدّا في التعامل والتثقيف على المستوى العالمي ككل، إلاّ أنّ ذلك من شأنه أن يلقي عبء كبير على من يتولى تهيئة الحياة القانونية لمختلف صور التعاملات التي تجرى عن طريقها؛ والتي أصبحت تثير اهتمام رجال القانون والقاضي على السواء، فباتت اليوم تطرح مجموعة من الإشكالات القانونية لاسيما الشق المتعلق بالإثبات[1].

وإزاء هذا التطور الهائل والسريع كان لابد من الإحاطة بجوانب الموضوع وملامسة أهم الإشكالات التي يطرحها الإثبات بالوسائل الحديثة، وهذا ما دفعنا إلى طرح الإشكالية التالية:

ما مدى نجاعة أدلة الإثبات الحديثة في القانون؟

ولتحقيق غايات البحث فقد رأينا أن نقوم بمحاولة تحليل هذا الموضوع من خلال دراسته كي نتمكن من الوصول إلى الإشكالات الأساسية في هذه المذكرة، ولذلك سوف نقوم بدراسة الموضوع من خلال فصلين وهما:

1- مناني فراح، أدلة الإثبات الحديثة في القانون، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص55.

الفصل الأول: خصصناه لبيان أنواع أدلة الإثبات الحديثة في القانون، والذي قسمناه إلى ثلاث مباحث على الترتيب التالي: المبحث الأول يتناول ماهية البريد الإلكتروني، المبحث الثاني يتضمن ماهية التوقيع الإلكتروني أما المبحث الثالث خصصناه لدراسة ماهية العقد الإلكتروني.

الفصل الثاني: خصصناه لدراسة حجية أدلة الإثبات الحديثة في القانون، والذي قسمناه بدوره إلى ثلاث مباحث على التوالي: المبحث الأول بينّا حجية البريد الإلكتروني في الإثبات، ويليه المبحث الثاني الذي يتناول حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، وأخيرا جاء المبحث الثالث لدراسة حجية العقد الإلكتروني في الإثبات[2].

2- مناني فراح، المرجع السابق، ص56.

الفصل الأول

ماهية أدلة الإثبات الحديثة

في القانون

الفصل الأول

ماهية أدلة الإثبات الحديثة في القانون

كان المعتقد السائد أنّ الوثيقة تكون في شكل ورق ملموس لا غير، مما جعل رجال القانون في البداية لا يعترفون بالوسائل الحديثة في المعاملات، فتمسكت جميع التشريعات بهذه الوثيقة الورقية وتفوقها حيث تأسست أنظمة قانونية في مادة الإثبات على هذا المبدأ، فظل يحكم المعاملات على امتداد فترات معينة.

غير أنّ هذا الاعتقاد لم يصمد طويلا فسرعان ما اضمحل أمام التقدم العلمي، حيث ظهرت محررات إلكترونية[3] تضمن درجة عالية من الدقة والوضوح تفوق الكتابة الورقية التي قد تكون عرضة للتدليس بأيسر السبل[4]، لكن مع شرط إعادة استنساخ دائم للوثائق مع تغيير الأنظمة وضرورة الترتيب الفني والتقني على الحواسيب وعلى اعتماد التوقيع الإلكتروني أمرا قانونيا تتعامل معه المصارف والمؤسسات[5].

ونحن بصدد معالجتنا لهذا الموضوع يتوجب علينا التطرق إلى كل من ماهية البريد الإلكتروني (المبحث الأول)، تليه ماهية التوقيع الإلكتروني (المبحث الثاني)، وأخيرا ماهية العقد الإلكتروني (المبحث الثالث).

المبحث الأول

ماهية البريد الإلكتروني

يعتبر البريد الالكتروني من أهم تطبيقات الإنترنيت وأكثرها استخداما من الناحية العملية، دون المبالغة في القول بأنّه العمود الفقري لشبكة الإنترنيت، ويرجع السبب في ذلك إلى سرعته الفائقة وسهولة استخدامه وتكلفته البسيطة مقارنة بوسائل الاتصال الفورية الأخرى[6].

3- المحررات الإلكترونية هي:" البيانات والمعلومات التي يتم تبادلها من خلال وسائل إلكترونية، سواء أكانت من خلال شبكة الإنترنيت أم من خلال الأقراص الصلبة أو شاشات الحاسب الآلي أو أية وسيلة إلكترونية، فهي متمثلة في البيانات التي يتم تبادلها من خلال المراسلات التي تتم بين طرفي العلاقة لتوصيل المعلومة بينهما أو إثبات حق، أو القيام بعمل. فهي الوسيلة التي من خلالها يتمكن المتلاقون عبر الإنترنيت من توصيل المعلومة لبعضهم البعض".

4- مناني فراح، المرجع السابق، ص57.

5- يونس عرب، العالم الإلكتروني، الوسائل والمحتوى والمزايا والسلبيات، اتحاد المصارف العربية، 2001.

الموقع: www.arablaw.org

6- خالد ممدوح إبراهيم، التقاضي الإلكتروني:الدعوى الإلكترونية و إجراءاتها أمام المحاكم، دار الفكر الجامعي مصر، 2008، ص98.

ولتوضيح وتبسيط مصطلح البريد الإلكتروني، كان لابد من التطرق إلى مفهومه (المطلب الأول) إضافة إلى تبيان طريقة عمله وملكيته (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مفهوم البريد الإلكتروني

إن التعرض إلى مفهوم البريد الإلكتروني يقتضي منّا، أن نبيّن نشأته (الفرع الأول)، تعريفه (الفرع الثاني)، وفي الأخير نتطرق إلى أشكاله (الفرع الثالث).

الفرع الأول

نشأة البريد الإلكتروني

لقد ظهرت شبكة الإنترنيت في الولايات المتحدة الأمريكية، وتم استحداث البريد الإلكتروني وانتشر في جميع أنحاء العالم تحت التسمية الانجليزية "Email"، والوضع الغالب في فرنسا هو استخدام مصطلح "▪❶⑧⓪⑤⑥⑨⓿❸☛ ⑨❶⓪⑨r❶⑥☞"، أما في مصر فان مصطلح البريد الإلكتروني هو المستخدم ولكن من الناحية العملية يستخدم لفظ الايميل، ويعتبر هذا الأخير من أهم الخدمات التي تقدمها شبكة الإنترنيت، حيث تم تطويرها عام 1972 على يد الباحث الأمريكي " Ray Tomlinson" الذي صمم على شبكة الإنترنيت برنامج لكتابة الرسائل يسمى "Send message"[7]، وذلك بهدف تمكين العاملين بالشبكة من تبادل الرسائل فيما بينهم. بعد ذلك تم اختراع جهاز آخر سمي Cypnet الذي يسمح بنقل الملفات من جهاز كومبيوترالى جهاز آخر، وبدمج البرنامجين معا نتج ما يسمى بالبريد الإلكتروني[8].

ومن المشاكل التي صادفت "Ray Tomlinson" أن الرسالة لا تحمل أي دليل على مكان مرسلها، هذا ما جعله يفكر في ابتكار رمز لا يستخدمه الأشخاص في أسمائهم، والذي يوضع بين اسم المرسل والموقع الذي ترسل منه الرسالة، وكان هذا الاختيار في عام 1971 الذي يتمثل في الرمز@[9]، وبهذا أصبح أول عنوان بريد إلكتروني في التاريخ هو: "bbn@Tomlinson-tenexa". ومن بين التطورات التي شهدها البريد الإلكتروني في وسائل تنظيمه وإرساله وربطه التفاعلي بالوسائل التقنية الأخرى، تطوير البريد الإلكتروني الصوتي الذي يمكن من خلاله ترك رسالة صوتية أو استقبال رسائل مكتوبة بشكل صوت. إضافة إلى ذلك تم ربط البريد بمواقع شركات عبر الإنترنيت لتسهيل عمليات الإرسال والاستقبال أثناء الوجود على مواقع الإنترنيت، كما طورت تقنية استقبال البريد الإلكتروني بواسطة

7- محمود عبد الرحيم الشريفات، التراضي في تكوين العقد عبر الإنترنيت (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع الأردن، 2009، ص31.

8- مناني فراح، المرجع السابق، ص66.

9- هذا الرمز ينطق بالانجليزية at و بالفرنسية chez وبالعربية آت.

الكمبيوترات المفكرة المحمولة باليد، وأيضا عن طريق الهاتف النقال كنصوص مكتوبة أومسموعة مع إمكانية التحويل من شكل إلى آخر.

كما حدث تطور هائل في تقنيات تنظيم وإدارة صندوق البريد الإلكتروني وربطه بقوائم العملاء والجهات المرسل إليها البريد بانتظام وتنظيم عناوينها داخل برنامج الإرسال الخاص بالمرسل واستخدام وسائل الأمن والحماية التقنية لرسائل البريد الإلكتروني في كافة مراحلها بما في ذلك التشفير وفك التشفير وتوثيق مواعيد الإرسال والاستقبال والتحميل إلى غير ذلك[10].

الفرع الثاني

تعريف البريد الإلكتروني

يعتبر البريد الإلكتروني إحدى الخدمات المتاحة على شبكة الإنترنيت، التي تسمح لشخص بإنشاء بريد إلكتروني له يستقبل فيه رسائله الخاصة، بحيث تتم هذه الخدمة في الغالب مجانا وهذا ما يميزه عن البريد العادي، إضافة إلى أن المراسلة تتم في بضع ثوان بينما تستغرق في البريد العادي عدة أيام وقد تطور استخدام البريد الإلكتروني، فلم يعد فقط وسيلة لتبادل المعلومات والمراسلات وإنما أصبح وسيلة لإبرام العقود الإلكترونية[11].

لقد عرف جانب من الفقه البريد الإلكتروني بأنه:" طريقة تسمح بتبادل الرسائل المكتوبة بين الأجهزة المتصلة بشبكة المعلومات "[12]. بينما عرفه البعض الآخر بأنه " مكنة التبادل الإلكتروني غير المتزامن للرسائل بين أجهزة الحاسب الآلي "[13]. كما عرفه البعض الآخر بأنه:" تلك المستندات التي يتم إرسالها أواستلامها بواسطة نظام اتصالات بريدي إلكتروني وتتضمن ملحوظات مختصرة ذات طابع شكلي حقيقي،ويمكنه استصحاب مرفقات به مثل معالجة الكلمات وأية مستندات أخرى يتم إرسالها رفقة الرسالة ذاتها "[14].

وفقا لما عرفه القانون العربي النموذجي الموحد فان البريد الإلكتروني أو ما يعرف باللغة الأجنبية"Email": هو نظام للتراسل باستخدام شبكات الحاسب كمستودع لحفظ المستندات والأوراق والمراسلات التي تمت معالجتها رقميا في صندوق خاص وشخصي للمستخدم دون الدخول إليه إلا عن طريق كلمة مرور، غير انه إذا تم معرفة هذه الأخيرة من طرف شخص غير صاحبه سواء كان ذلك

10- خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص100 و101.

11- إيهاب فوزي السقا، جريمة التزوير في المحررات الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر،2008، ص41.

12- P.Breese et G.Kaufman, guide juridique de l'internet et du commerce électronique Vuibert, 2000, p 77.

13- F.Colantonio, La protection du secret des courriers électroniques en Belgique : Aspect Technique des criminology, 2002, p 9.

14- خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص101و102.

عن إهمال صاحبه بتسريب كلمة المرور منه دون قصد متعمد أو إهماله فنيا أدى ذلك إلى معرفة أسراره ومن ثم قد يصيبه ضرر.

كما عرّف البريد الإلكتروني بأنه:" وسيلة اتصال يتم بواسطتها نقل المراسلات الخاصة عبر شبكة خطوط تليفونية عامة أو خاصة، وغالبا يتم كتابة الرسالة على جهاز الكمبيوتر ثم يتم إرسالها الكترونيا إلى كمبيوتر مورد الخدمة الذي يتولى تخزينها لديه حيث يتم إرسالها عبر نظام خطوط التليفون إلى كمبيوتر المرسل إليه"[15].

وعرفه القانون الفرنسي بشأن الثقة في الاقتصاد الرقمي الصادر في 22 يونيو2004 بأنه:" كل رسالة سواء كانت نصية أو صوتية أو مرفق بها صور أو أصوات ويتم إرسالها عبر شبكة اتصالات عامة، وتخزن عند احد خوادم تلك الشبكة أو في المعدات الطرفية للمرسل إليه ليتمكن هذا الأخير من استعادها"[16].

وقد جاء القانون المصري رقم 15 لسنة 2004 بشأن التوقيع الإلكتروني خاليا من أي تعريف لماهية البريد الإلكتروني، لكن نجد في حديثه عن ماهية المحرر الإلكتروني قد عرفه بقوله:" أنه رسالة بيانات تتضمن معلومات تنشأ أو تدمج أو تخزن أو ترسل أو تستقبل كليا أو جزئيا بوسيلة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية، أو بأية وسيلة أخرى مشابهة "[17].

الفرع الثالث
أشكال البريد الإلكتروني

بعدما تم التطرق إلى نشأة البريد الإلكتروني وتعريفه، فانه ثمة عدة أشكال للبريد الإلكتروني ويمكن حصرها في أربعة أشكال: البريد الإلكتروني المباشر(أولا)، البريد الإلكتروني الخاص (ثانيا) مزود خدمات الخط المفتوح (ثالثا)، مقدم خدمة الدخول إلى الإنترنيت (رابعا).

أولا-البريد الإلكتروني المباشر

هذا النوع من البريد الإلكتروني يتطلب من الشخص المرسل الاتصال مباشرة بجهاز مودم المستقبل، حيث يقوم مودم المرسل بتحويل الرسالة الإلكترونية من لغة رقمية إلى نبضات تتجاوب مع خطوط الهاتف ويتم تخزينها من طرف مقدم خدمة البريد الإلكتروني، والذي يقوم بتوصيلها إلى مودم المستقبل حيث يقوم هذا الأخير بتحويل هذه النبضات إلى صيغة رقمية ويقوم كمبيوتر المستقبل بمعالجة هذه الرسالة وتحويلها إلى صيغة مقروءة.

15-خالد ممدوح إبراهيم، حجية البريد الإلكتروني في الإثبات، البوابة القانونية، شركة خدمات المعلومات التشريعية ومعلومات التنمية، مصر، الموقع:www.tashreaat.com

16- مناني فراح، المرجع السابق، ص60 و61.

17- قانون رقم 15-04، المتعلق بتنظيم التوقيع الالكتروني وإنشاء هيئة صناعة تكنولوجيا المعلومات، ج.ر.م.ع.17 المؤرخة في 22 أفريل 2004.

ثانيا- البريد الإلكتروني الخاص

هذا النوع يوجد على هيئتين: الأولى نظم البريد الإلكتروني الداخلية المشتركة، حيث يسمح فقط بالتعامل الداخلي للعاملين داخل المؤسسة الواحدة أي عبارة عن شبكة داخلية مغلقة خاصة بموظفي الشركة فقط، أما الهيئة الثانية فتسمى شبكة اكسترانت، التي تعني إمكانية وجود اتصال شبكي خاص بين فروع المؤسسة الواحدة والإدارات المتنوعة. ومثال ذلك: البنوك حيث توجد شبكة ربط بين الفرع الرئيسي وفروع الإدارات المختلفة[18].

ثالثا- مزود خدمات الخط المفتوح

يقصد بهذا النوع وجود نظام بمقتضاه يقوم مزود الخدمات بتقديم كلمة عبور للمشترك، حيث يمكنه الدخول إلى النظام البريدي لدى مزود الخدمات الذي يقدم هذه الخدمة بمقابل مالي.

رابعا- مقدم خدمة الدخول إلى الانترنيت

يقصد بهذا النوع أن الاتصال بالانترنيت يكون عبر شبكات محلية تتصل بدورها بشبكات اكبر حيث يكون لكل منهما دور في حركة توزيع أو إرسال البريد الإلكتروني ويجعل الرسالة قابلة للتوصيل طالما هناك مزود خدمة الدخول إلى شبكة الإنترنيت في مناطق الإرسال[19].

المطلب الثاني

طريقة عمل البريد الإلكتروني و ملكيته

بعدما تمّ التطرق إلى مفهوم البريد الإلكتروني فانه يتعين علينا توضيح طريقة عمله (الفرع الأول)، إضافة إلى ملكيته (الفرع الثاني).

الفرع الأول

طريقة عمل البريد الإلكتروني

يتم الحصول على العنوان الإلكتروني للمستخدم بإحدى الوسيلتين: الأولى هي المنح (أولا)، أما الثانية فتعرف بالاختيار (ثانيا).

أولا- المنح

في هذه الحالة لا يكون للمستخدم الحرية في اختيار مكونات عنوان بريده الإلكتروني كون أن العنوان في الغالب يتكون من اسم المستخدم إلى جانب اسم مورد الخدمة، وتتوفر هذه الخدمة لدى الجهات

18- خالد ممدوح إبراهيم، التقاضي الإلكتروني: الدعوى الإلكترونية وإجراءاتها أمام المحاكم، المرجع السابق ص110و111.

19- مناني فراح، المرجع السابق، ص62.

الحكومية والمنظمات الدولية والجامعات والأكاديميات العلمية وكذا الشركات والتي تتولى تخصيص عنوان الكتروني للعاملين بها.

ثانيا- الاختيار

في مثل هذه الطريقة نجد أن مورد الخدمة يترك للمستخدم الحرية الكاملة في تكوين العنوان و بالطريقة التي يرغبها،غير أنه هناك بعض المقتضيات الفنية والتقنية التي تتعلق بعمل الشبكة والتي تحد من حرية المستخدم في تشكيل عنوانه الإلكتروني ومنها عدم السماح بتسجيل اسم سبق تسجيله من طرف احد المستخدمين.

فالاشتراك في هذه المواقع قد تكون بمقابل وقد تكون مجانا وذلك بغرض الدعاية لجلب الأشخاص إليها مثل موقع " yahoo، Hotmail،Google ". كما أن العناوين البريدية تتماثل في شكلها، فيمكن أن تتكون من مقطعين يفصل بينهما الرمز@ فتكون على الشكل التالي com.yahoo@66Judgekh. فالجزء الأول من العنوان الذي يقع على يسار الرمز@ يدل على اسم المستخدم وهو صاحب الصندوق البريدي والذي قد يكون عبارة عن اسمه الحقيقي أو مجرد رمز له أو اسما مستعارا فهذا الجزء هي الميزة التي تفصل المستخدم عن غيره من المستخدمين لدى مقدم خدمة البريد الإلكتروني. وتليه الإشارة @ وتنطق بالعربية (آت).

أما الجزء الأخير وهو الجزء الواقع يمين الرمز@ فيشير دائما إلى مقدم الخدمة، فهذا القسم يتكون دائما من اسم المضيف واسم الدومين، كما قد نصادف بعد اسم الدومين اسم النطاق الأعلى والذي يشير إلى نوع النشاط الذي يمارسه الدومين. فالرمز com يدل على النشاط الخاص بالشركات التجارية، والرمز "edu" يرمز للجامعات، بينما الهيئات الحكومية فيشار إليها بالرمز "gov"، بينما يدل الرمز "org" على المنظمات العالمية[20].

وبمجرد أن يتملك الشخص عنوان بريد إلكتروني فباستطاعته تبادل الرسائل الإلكترونية مع أشخاص آخرين في ثوان معدودة، كما له إلحاق ملفات ووثائق بتلك الرسالة وإرسالها إلى أي مكان في أرجاء المعمورة واستقبال مثلها، كما أنه باستطاعة صاحب البريد الإلكتروني أيضا القيام بالعديد من التصرفات القانونية وإبرام العقود الإلكترونية وكذا إتمام بعض الإجراءات القضائية وترسل الرسالة بعد ذلك إلى شخص واحد أوأكثر، كما يمكن للمرسل إليه إعادتها إلى المصدر أو إرسالها إلى جهات أخرى بذات محتواها أوبإضافة ملاحظة بشأنها.

إن الشكل الاعتيادي لرسالة البريد الإلكتروني تتضمّن بيان الشخص المرسل والمرسل إليه إضافة إلى تاريخ تصدير الرسالة وحجمها مقياسا بوحدة التخزين GB كما تتضمن الرسالة موضوعا إن حدده المرسل. ومن ناحية أخرى فالرسالة تتضمن مادة مكتوبة أو صورا كما قد يلحق بها ملفات مكتوبة أو

20- مناني فراح، المرجع السابق، ص63 و64.

أفلام أو وثائق أو ملفات صوتية أو برامج أو موسيقى..الخ، وليس من الضروري إرسال رسالة البريد الإلكتروني من كمبيوتر المرسل الخاص به أو باستخدام اشتراكه الخاص لخدمة البريد الإلكتروني أي أنه يمكن أن ترسل من أي جهات إلى أي خادم وبأي اشتراك[21].

وتتم عملية الإرسال بأن يدخل المستخدم إلى موقع البريد الإلكتروني ويصدر أمرا بإنشاء رسالة جديدة بالضغط على الأيقونة "Compose"، فيكتب عنوانه الخاص وعنوان المرسل إليه وكذا موضوع الرسالة، كما قد يلحق بالرسالة "attachement" أحد الملفات أو غيرها والمخزنة مسبقا بجهاز الكمبيوتر الخاص به ثم يضغط على زر أيقونة الإرسال "send" وبعد ثوان تنتقل الرسالة إلى نظام الشركة التي يتبعها المرسل إليه أي مقدم الخدمة "server".

عند وصول الرسالة الإلكترونية إلى نظام المعلومات الخاص بالشركة فإننا نكون أمام فرضين: الفرض الأول: أن يكون الشخص المرسل إليه متصل بالخادم في ذات التوقيت "on line" عبر شبكة الإنترنيت، هنا تنتقل الرسالة الإلكترونية فورا إلى المستخدم المحدد بالعنوان وبإمكان المرسل إليه استرجاع محتوى صندوقه من الرسائل واستعراض ما أرسل إليه وكذا قراءتها، تخزينها في نظامه إلغاءها أو طباعتها على الورق وغير ذلك من التقنيات ويسمى هذا الاسترجاع بالتحميل التحتي "Downloading".

بينما الفرض الثاني: أن يكون الشخص المرسل إليه غير متصل بشبكة الإنترنيت "off line" أو كان جهاز الكمبيوتر الخاص به مغلقا. فتبقى الرسالة الإلكترونية لدى مقدم الخدمة إلى حين اتصال المرسل إليه بصندوق بريده الإلكتروني، ويطلب جلب الرسالة المرسلة إليه من نظام الشركة التي يتبعها فتصل الرسالة ضمن قائمة يظهر فيها اسم المرسل والموضوع وكذا التاريخ والحجم، وما إذا كان بالرسالة ملف ملحق أم لا. بعد ذلك بإمكان المرسل إليه فتح الرسالة، قراءتها، طباعتها، حفظها في ملف معين، إلغاءها وغيرها من الأمور[22].

الفرع الثاني
ملكية البريد الإلكتروني

إنّ فكرة الحصول المشترك على عنوان بريد إلكتروني خاص به تثير مشكلة ملكية هذا البريد حال حياة المستخدم وماهية مصيره بعد الوفاة. فهناك رأي أول يرى أن البريد الإلكتروني يكون ملكا لصاحب هذا العنوان الإلكتروني سواء كان شخصا طبيعيا أم اعتباريا، فوفاة صاحب البريد الإلكتروني ينتقل إلى الورثة باعتباره عنصرا من عناصر التركة ويخضع للأحكام القانونية الخاصة بانتقال التركات وهذا قياسا بالأوراق العائلية والأشياء المتعلقة بعاطفة الورثة نحو المتوفى كمذكراته الشخصية وشهاداته وأوسمته وصوره الفوتوغرافية وكذا ملابسه الرسمية.

21- مناني فراح، المرجع السابق، ص64.

22- خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص109 و110.

فإذا اتفق الورثة على كيفية اقتسام هذه الأشياء فان الاتفاق هو الذي يسري، أما إذا لم يتفقوا على طريقة للتقسيم فان المحكمة المختصة تتولى النظر في القضية والبت فيها مستندة في ذلك بالعرف وظروف الأسرة إضافة للظروف الشخصية للمورث. فيمكن للمحكمة أن تأمر ببيعها وتوزيع ثمنها على الورثة، كما يمكن أن تعطيها لوارث معين دون غيره بعد استنزال قيمتها من نصيبه في الإرث أو دون استنزال إذا تمحضت قيمتها في عنصرها المعنوي[23].

بينما يرى اتجاه ثان عدم جواز انتقال البريد الإلكتروني إلى الورثة مستندين في ذلك إلى أن البريد الإلكتروني من المراسلات الخصوصية وبالتالي يخضع للقواعد المنظمة لسرية للمراسلات والتي تحظر على غير المرسل إليه الاطلاع عليه أو التعرف على محتواه.

واتجاه ثالث يرى أن الحق على عنوان البريد الإلكتروني ليس حق ملكية وإنما يعتبر حق استعمال محدد بمجال معين كونان مستخدم البريد الإلكتروني لا يستطيع حوالته كما انه ملزم في بعض الأحيان بدفع مبالغ نقدية إلى الجهة المختصة بالتسجيل وإلا فان حقه باستخدام العنوان يسقط ويصبح متاحا للجميع. ومن المعتاد انه في الشروط العامة لاستعمال البريد الإلكتروني لبعض المواقع الهامة مثل:"Hotmail،Yahoo" أن تنص على حق هذه المواقع في إلغاء الحساب البريدي في حالة عدم الاستخدام وعدم الاتصال بالبريد الإلكتروني فترة معينة من الزمن، وهذا متعارض مع طبيعة حق الملكية[24].

المبحث الثاني
ماهية التّوقيع الإلكتروني

بعدما تم التطرق إلى النوع الأول من أنواع أدلة الإثبات الحديثة في القانون، فيأتي النوع الثاني تحت تسمية التوقيع الإلكتروني، فحتى يتم الاعتداد بالمحرر الإلكتروني كدليل إثبات لا بد أن يكون مذيلا بتوقيع إلكتروني، وهذا ما يجعل البحث فيه أمرا ملحا[25]، بالتالي سوف نتطرق إلى مفهومه (المطلب الأول)، بالإضافة إلى تبيان ضوابطه الفنية والتقنية (المطلب الثاني).

المطلب الأول
مفهوم التّوقيع الإلكتروني

23- مناني فراح، المرجع السابق، ص67 و68.

24- خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص108.

25- ناهد فتحي الحموري، الأوراق التجارية الإلكترونية (دراسة تحليلية مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن 2009، ص79.

يقتضي التعرض لمفهوم التوقيع الإلكتروني تبيان نشأته (الفرع الأول)، تعريفه وتمييزه عن التوقيع التقليدي (الفرع الثاني)، بالإضافة إلى توضيح الشروط الواجب توافرها فيه (الفرع الثالث) وأخيرا دراسة أشكاله (الفرع الرابع).

الفرع الأول
نشأة التّوقيع الإلكتروني

منذ أن بدأت الشعوب تتواصل عبر التجارة وبدأ الإنسان يبرم العقود نشأ ما يسمى بالتوقيع، غير أنه ظهر بشكله المادي من خلال وضع رسم أو شكل معين على قطعة خزف أو جلد أو مخطوطة ورقية. ففي العصور الرومانية كان التوقيع عبارة عن رمز أو خاتم مطبوع على شمع باسم مالك الختم، لكن التحول العميق للمجتمع في القرن الثاني عشر أدى إلى تطور التوقيع بشكل تدريجي[26] فأصبح يتم عن طريق الإمضاء بخط اليد، ثم توسع ليشمل بصمة الأصبع لما لها من قدرة على تحديد هوية الموقع نظرا لما أثبته العلم في ذلك. وبتطور وسائل الاتصال وظهور الحواسيب وبعد ربطها بالهاتف برزت الشبكة الإلكترونية التي أحدثت بدورها ثورة هائلة، فظهر ما يسمى بالتجارة الالكترونية والتي كانت بحاجة إلى تواقيع تتلاءم مع طبيعتها فنتج ما يسمى بالتوقيع الإلكتروني الذي يقدم أمنا وحماية عاليين بالنسبة للتجارة الإلكترونية[27].

الفرع الثاني
تعريف التّوقيع الإلكتروني وتمييزه عن التّوقيع التقليدي

إن ظهور التوقيع الإلكتروني كمصطلح يقتضي منا محاولة تعريفه (أولا) وتمييزه عن التوقيع التقليدي (ثانيا).

أولا- تعريف التّوقيع الإلكتروني

يعرف التوقيع الإلكتروني بأنه مصطلح تقني عام يتعلق بكافة الطرق التي تسمح للشخص بالتوقيع على الوثيقة الإلكترونية[28]. فاعتبره بعض الفقه بأنه حروف أو أرقام أو إشارات أو رموز لها طابع منفرد، تسمح بتحديد شخص صاحب التوقيع وتمييزه عن غيره، ويتم اعتماده من الجهة المختصة[29]. فكافة

26- نادر شافي، التوقيع الإلكتروني:الاعتراف التشريعي به وتعريفه القانوني وشروطه وأنواعه والمصادقة عليه الجيش اللبناني سنة 2007، الموقع: www.lebarmy.gov.lb

27- علاء محمد النصيرات، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن 2005، ص15.

28- عبد الفتاح بيومي حجازي، التوقيع الإلكتروني في النظم القانونية المقارنة، دار الفكر الجامعي، مصر، (د.س.ن) ص11.

29- الياس ناصيف، العقود الدولية: العقد الإلكتروني في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،2008 ص235.

القوانين المنظمة للتوقيع الإلكتروني والتجارة الإلكترونية أدرجت تعريفا للتوقيع الإلكتروني مختلف الألفاظ وبمضمون واحد.

– لقد عرف قانون الأونسيترال (CNUDCI) النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية هذا الأخير على أنه: "*بيانات في شكل الكتروني مدرجة برسالة أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقيا، حيث يمكن أن تستخدم لبيان هوية الموقّع بالنسبة لهذه الرسالة، ولبيان موافقته على المعلومات الواردة في الرسالة*"[30].

– كما أورد التوجيه الأوروبي في نصوصه مستويين للتوقيع الإلكتروني: المستوى الأول؛ يعرف بالتوقيع الإلكتروني البسيط، وهذا التوقيع نصت عليه المادة الثانية من التوجيه الذي يعرف بأنه: "*معلومة تأخذ شكلا الكترونيا تقرن أو ترتبط بشكل منطقي ببيانات أخرى الكترونية والذي يشكل أساس منهج التوثيق*". أما المستوى الثاني يعرف بالتوقيع الإلكتروني المسبق أو المتقدم، وهو توقيع مرتبط بالنص الموقع مقترنا بالشروط التالية:

*أن يرتبط و بشكل منفرد بصاحب التوقيع
*أن يتيح كشف هوية صاحب التوقيع
*أن ينشا من خلال وسائل موضوعه تحت رقابة صاحب التوقيع
*أن يرتبط بالبيانات التي وضع عليها التوقيع إلى درجة أن أي تعديل لاحق للبيانات يمكن كشفه[31].

لم يعرف المشرع الجزائري التوقيع الإلكتروني، على خلاف المشرعين المصري والفرنسي اللذان اعتمدا على تعريف قانوني يوضح المقصود من مصطلح التوقيع الإلكتروني. فطبقا لما ورد في القانون المصري رقم 15 لسنة 2004 الخاص بالتوقيع الإلكتروني وبإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات، نصت المادة 1/1 منه على أنه: "*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*"[32].

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فإنه قد أخذ على عاتقه مهمة تعديل نصوص القانون المدني الخاصة بالإثبات في 13 /03 /2000 ، مرتكزا على وظائف التوقيع المعروفة في المادة 1316 /4 من القانون المدني الفرنسي ، فتبنى تعريفا للتوقيع الإلكتروني في التعديل على أنه: "*التوقيع الذي ينتج عن استخدام أي وسيلة مقبولة موثوق بها لتحديد هوية الموقع وتكفل اتصال التوقيع بالعمل أو المستند المرتبط به*[33]".

30– أنظر نص المادة الثانية من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية، الصادر سنة 2001.

31– عيسى غسان ربضي، القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص49.

32– لورنس محمد عبيدات، إثبات المحرر الإلكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن،2005، ص126.

33– أنظر نص المادة 2/1316 قانون رقم 230، المتعلق بإدخال تكنولوجيا المعلومات المتعلقة بالتوقيع الإلكتروني الصادر بتاريخ 13 مارس 2000، المعدل للقانون المدني الفرنسي.

إلى جانب الدول السالفة الذكر تطرقت كل من الأردن، الإمارات المتحدة، البحرين، تونس، سويسرا، الصين ماليزيا إلى تعريف التوقيع الالكتروني[34].

ثانيا- تمييز التوقيع الإلكتروني عن التوقيع التقليدي

يتميز التوقيع الإلكتروني عن التوقيع التقليدي بعدة فروق، وهي مبينة في النقاط التالية:

1- من حيث الصورة:

فالتوقيع التقليدي يقتصر على الإمضاء وقد تضاف إليه بصمة الختم وبصمة الأصبع، بينما التوقيع الإلكتروني قد يأتي على شكل حرف أو رمز أو صوت أو حتى إشارة[35].

2- من حيث الوسيط أو الدعامة:

فالتوقيع الإلكتروني يوضع على دعامة مادية وهي دعامة ورقية، أما التوقيع الإلكتروني فيتم من خلال وسيط الكتروني عبر شبكة الإنترنيت باستخدام الحاسوب[36].

3- من حيث المهام:

فالمهام الرئيسية التي يضطلع بها التوقيع التقليدي هي تمييز شخصية صاحبه وتحديد هويته والتعبير عن قبوله بمضمون التصرف القانوني، بينما مهام التوقيع الإلكتروني تتمثل بالإضافة إلى تمييز الشخص صاحب التوقيع وتحديد هوية القائم بالتوقيع، ثم دلالته للتعبير عن إرادته بمضمون التصرف القانوني، تتمثل بتحقيق الوظيفة الرئيسية المهمة بالتوقيع الإلكتروني وهي الاستثاق من مضمون المحرر الإلكتروني وتأمينه من التعديل بالإضافة أو الحذف وذلك عن طريق الربط بين المحرر الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني.

4- من حيث حرية الشخص في اختيار التوقيع وصفته:

ففي التوقيع التقليدي للشخص الحرية الكاملة لاعتماد الإمضاء طريقا للإقرار بما ورد في المحرر أو استبداله ببصمة الأصبع أو الختم أو أن يقوم بالجمع بين طريقتين دون الحاجة إلى ترخيص من الغير، أما بالنسبة للتوقيع الالكتروني فيتوجب إجراء تقنية آمنة تسمح بالتعرف على شخصية الموقع وتضمن

34- علاء محمد نصيرات، المرجع السابق، ص26 و27.

35- كميني خميسة ومنصور عزالدين، الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني، مذكرة التخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2008، ص40.

36- ثروت عبد الحميد، التوقيع الإلكتروني: ماهيته، مخاطره، وكيفية مواجهتها، مدى حجيته في الإثبات، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2007، ص51 و52.

سلامة المحرر من التحريف، وذلك بتدخل طرف ثالث وهو مقدم خدمات التوثيق أو ما يعرف بسلطة التوثيق[37].

الفرع الثالث
شروط التوقيع الإلكتروني

وقد نص المشرع الجزائري صراحة على أنّه:"... *ويعتد بالتوقيع الإلكتروني وفقا للشروط المذكورة في المادة323 مكرر1 أعلاه*"[38]. وعليه هذه الشروط تتمثل في: إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدره (أولا) وأن يكون معد ومحفوظ في ظروف تضمن سلامته (ثانيا)، لكن اغفل المشرع ذكر كافة الشروط الواجب توافرها في التوقيع الإلكتروني والمتمثلة في أن يكون التوقيع مقروءا بصورة مستمرة (ثالثا)، اتصال التوقيع بالسند (رابعا).

أولا- تحديد هوية الموقع

يعتبر التوقيع أو بصمة الأصبع عنصرا جوهريا في السند العادي لأنه تصرف إرادي يكشف عن هوية صاحبه ويميزه عن غيره، وفي جميع الأحوال فان موقع السند يلتزم بتوقيعه، أما بالنسبة للتوقيع الإلكتروني الذي يتم باستخدام رموز أو أرقام معينة أو إشارات، يعتبر بمثابة توقيع بالختم وتتحقق به الحجية في الإثبات، وبالتالي لا بد أن يكون التوقيع الالكتروني خاصا بصاحبه ومعرفا به أي دالا ومحددا للشخص الموقع.

ثانيا- أن يكون التوقيع معد ومحفوظ في ظروف تضمن سلامته

ويقصد بهذا الشرط، حفظ التوقيع دون أدنى تعديل أو تغيير من حذف أو محو أو تحشير ليتسنى بذلك الاعتداد به[39].

ثالثا- أن يكون التوقيع مقروءا بصورة مستمرة

فالتوقيع بشكل عام لا يخرج عن كونه شكلا من أشكال الكتابة، ومن ثم فهو يخضع لما تخضع له الكتابة من شروط لتقرير مدى صحتها. وأمّا وجوب أن يكون مقروءا فيتحقق الشرط سواء كان مقروءا بشكل مباشر أو باستخدام آلة معينة مع استمرارية إمكانية القراءة.

37- بشار محمد دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الإنترنيت، ط 2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن 2010، ص247 و248.

38- أنظر نص المادة 2/327 من الأمر رقم 75-58 مؤرخ في20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج. ر.ع 78 مؤرخة في 30 سبتمبر 1975.

39- الياس ناصيف، المرجع السابق، ص247 و248 .

رابعا- اتصال التوقيع بالسند

بمعنى ارتباط التوقيع بالمحرر الكتابي بشكل مباشر، دون الفصل بينهما[40].إلا أن التوقيع الإلكتروني قد يكون عرضة للتلاعب من جراء إمكان إحداث تعديل وإدخال بيانات أخرى تتفق مع مصالح مستعمل جهاز الحاسب دون ترك أي اثر مادي يمكن أن يستدل عليه، غير انه يمكن التغلب عليه في ظل التطور التقني في مجال نظم المعلومات والاتصالات[41].

الفرع الرابع
أشكال التوقيع الإلكتروني

إن اختلاف التقنية المستخدمة في تشغيل منظومة التوقيع الإلكتروني أدت إلى ظهور أشكال مختلفة له. فقياس مستوى الأثر القانوني الذي يتركه التوقيع الإلكتروني يرتكز على قدرة منظومة تشغيل التوقيع الإلكتروني على تحقيق وظيفتيه وهما هوية الشخص الموقع ومدى التعبير عن إرادته في الالتزام بمضمون المحرر الإلكتروني، وللبحث عن مستويات التوقيع الإلكتروني نتطرق إلى أشكاله
المتمثلة في كل من التوقيع اليدوي المرقم (أولا)، التوقيع الالكتروني بواسطة الرقم السري في البطاقات الممغنطة (ثانيا)، التوقيع البيومتري (ثالثا)، التوقيع الرقمي (رابعا)، وأخيرا التوقيع بالقلم الالكتروني (خامسا).

أولا- التوقيع اليدوي المرقم

يتم هذا التوقيع بواسطة الموقع نفسه الذي ينقل المستند الموقع عليه يدويا إلى جهاز الماسح الضوئي فيقوم بقراءة وتصوير ونقل التوقيع كمجموعة رسوم بيانية تحفظ داخل جهاز الكمبيوتر فيتحول إلى توقيع إلكتروني، يمكن إضافته إلى الوثيقة المراد توقيعها. هذه الآلية للتوقيع تظهر سهلة إلا أنها غير آمنة على الإطلاق لأنها قد تكون في متناول كل من يستطيع استعمال ذلك الجهازاو الاستيلاء عليه لذلك هذا التوقيع غير مستعمل على نطاق واسع وغير معترف به كتوقيع قانوني موثوق[42].

ثانيا- التوقيع الإلكتروني بواسطة الرقم السري في البطاقات الممغنطة

هذا النوع من البطاقات تستخدم أكثر في القطاع المصرفي وأصبح لدى معظم البنوك خدمة الصراف الآلي والتي تعتمد أساسا على وسائل تقنية حديثة تستخدم من اجل سحب أو إيداع النقود في بطاقات ممغنطة حيث تحتوي هذه الأخيرة على بيانات خاصة بشخص معين وهذه البيانات موجودة في دائرة إلكترونية مغلقة ومثبتة على البطاقة.

40- ناهد فتحي الحموري، المرجع السابق، ص87 .

41- الياس ناصيف، المرجع السابق، ص249 .

42- نادر شافي، التوقيع الإلكتروني: الاعتراف التشريعي به وتعريفه القانوني وشروطه وأنواعه والمصادقة عليه المرجع السابق.

يتم إدخال البطاقة داخل جهاز الصراف الآلي، ثم كتابة الرقم السري وهو بمثابة التوقيع فيتعرف الجهاز على صاحب البطاقة مما يفسح المجال أمامه لإصدار الأمر لتتم العملية المطلوبة، إذا استخدم الجهاز في المتاجر. ويمكن استخدام مثل هذه البطاقات في شبكة الإنترنيت عبر بطاقة الائتمان المعروفة عالميا مثل Visa؛ حيث يحدد لصاحب البطاقة رقم سري يستعمله كتوقيع الكتروني، ولا بد من تشفير الرقم السري عند استعماله في عمليات الدفع عبر الشبكة، وبالتالي لا يمكن معرفته حتى لو تم اعتراضه[43].

ثالثا- التوقيع البيومتري

هذا النوع من التوقيع يعتمد على خواص كيميائية وطبيعية للأفراد وتشمل كل من البصمة الشخصية مسح العين البشرية، التحقق من مستوى ونبرة الصوت، خواص اليد البشرية، التعرف على الوجه البشري والتوقيع الشخصي.

وهو ما يعني انه يتم تعيين الخواص الذاتية للعين مثلا عن طريق اخذ صورة دقيقة لها وتخزينها في الحاسب الآلي لمنع أي استخدام من شخص آخر بخلاف الشخص المخزنة الخواص الذاتية لعينه. وهكذا الحال بالنسبة للخواص المذكورة سابقا، ففي كل حالة يتم اخذ صورة دقيقة ومحددة ومن ثم تخزينها في الحاسب الآلي، وذلك بطريق التشفير ويعاد فكه للتحقق من صحة التوقيع[44].

رابعا- التوقيع الرقمي

في هذه الصورة من التوقيع يتم استخدام أرقام ورموز خاصة، حيث يقوم الشخص بكتابة توقيعه على شاشة الحاسب الآلي، وبعد تأكده من توقيعه المعهود أو المحفوظ لديه تماما، يقوم بالضغط على مفاتيح معينة بجهاز الكمبيوتر فيظهر له مربعان، في احدهما كلمة موافق وفي الأخر غير موافق على التوقيع فإذا ضغط على مربع موافق تم حفظ وتخزين توقيعه بطريقة التشفير[45] بكل ما في التوقيع من خصائص.

ومهمة التشفير تتمثل في الحفاظ على امن وسرية التوقيع، وتستعمل هذه الشفرة للتحقق من صحة التوقيع ومدى مطابقته لذات الخطوط الحاصلة في التوقيع المشفر، وكذلك تستخدم طريقة التشفير في تخزين وحفظ المراسلات الإلكترونية والمعاملات التجارية التي تبرم بين ذوي الشأن. حيث يتم تحويل تلك البيانات المدونة بالمراسلات إلى بيانات وأرقام غير مقروءة أو غير مفهومة بالنسبة للغير.

43- محمود عبد الرحيم الشريفات، المرجع السابق، ص194 و195.

44- منير محمد الجنبيهي و ممدوح محمد الجنبيهي، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، مصر، (د. س.ن)، ص196.

45- التشفير هو: " فرع الرياضيات التطبيقية الذي يعني بتحويل الرسائل إلى أشكال تبدو غير مفهومة ثم إعادتها إلى أشكالها الأصلية ".

وعليه فالتوقيع الرقمي من أكثر التوقيعات الإلكترونية شيوعا وأهمها على الإطلاق لما يتمتع من مستوى عال من الثقة والأمان[46].

خامسا- التوقيع بالقلم الإلكتروني

يقوم مرسل الرسالة بكتابة توقيعه الشخصي باستخدام قلم إلكتروني خاص على شاشة الحاسب الآلي عن طريق برنامج معين، ويقوم هذا الأخير بالتقاط التوقيع والتحقق من صحته، ولكن يحتاج هذا النظام إلى جهاز حاسب بمواصفات خاصة ويستخدم هذه بواسطة أجهزة الأمن والمخابرات كوسيلة للتحقق من الشخصية، وهذا النوع أفضل من التوقيع اليدوي والذي يتم على شاشة جهاز الكمبيوتر أو على لوحة معدة لذلك باستعمال قلم خاص عند ظهور المحرر الإلكتروني على الشاشة، وهذا النوع لا يتمتع بأي درجة من الأمان، كذلك لا يتضمن حجية في الإثبات[47].

المطلب الثاني
الضوابط الفنية و التقنية للتّوقيع الإلكتروني

إنّ التعرض لضوابط التوقيع الإلكتروني يقتضي منّا ذكر مميزاته (الفرع الأول) وهي ضوابط فنية، بالإضافة إلى سلطات المصادقة عليه (الفرع الثاني) وهي ضوابط تقنية.

الفرع الأول
مميزات التوقيع الإلكتروني

ينفرد التوقيع الإلكتروني بأربعة ميزات أساسية نلخصها في كل من الخصوصية (أولا)، التعرف على المستخدم (ثانيا)، وحدة البيانات (ثالثا)، عدم القدرة على الإنكار (رابعا).

أولا- الخصوصية

ويعني ذلك حماية البيانات ضد الاستخدام غير المشروع، أي تحديد صلاحيات الوصول وكذا تحديد مسؤولية كل من مستخدمي هذه البيانات وعدم السماح لبعض الأشخاص بتنفيذ إجراء معين عليها والذين لا يملكون الصلاحيات الكافية لتنفيذه. وتتم هذه العملية بتفعيل صلاحية الوصول أثناء حفظ بيانات التوقيع الإلكتروني الموجود على البطاقة الذكية ولا يغادرها ويبقى محميا برمز سري وبواسطة التشفير أثناء إرسال البيانات.

ثانيا- التعرف على المستخدم

46- محمد حسن رفاعي العطار، البيع عبر شبكة الإنترنيت (دراسة مقارنة في ضوء قانون التوقيع الإلكتروني رقم 15 لسنة 2004)، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2008، ص- ص177-179.

47- نسرين عبد الحميد نبيه، الجانب الإلكتروني للقانون التجاري : النقود الإلكترونية، التجارة الإلكترونية، العقود الإلكترونية، التوقيع الإلكتروني والبصمة الالكترونية، منشاة المعارف، مصر، 2008، ص344.

وهي عملية التحقق من هوية الأشخاص أو اكتشاف مصادر البيانات، وتتم عن طريق كلمات السر والبطاقات الذكية وعن طريق شهادة التصديق الإلكتروني المصدرة من جهة تصديق إلكتروني مرخص لها من الهيئة وكلما زادت الحاجة لدقة تجديد الهوية يتم اللجوء إلى جمع عدة وسائل وزيادة تعقيد وسيلة التحقق من هوية المستخدم[48].

ثالثا- وحدة البيانات

وهي عملية حماية البيانات ضد التغيير أو التعويض عنها ببيانات أخرى، وتتم هذه العملية باستخدام تقنية تشفير البيانات ومقارنة بصمة الرسالة المرسلة ببصمة الرسالة المستقبلة.

رابعا- عدم القدرة على الإنكار

أي عدم إمكانية الشخص الموقع إلكترونيا أو الشخص الذي قام بإرسال رسالة إلكترونية معينة على إنكار قيامه بهذا الفعل[49].

الفرع الثاني
سلطات المصادقة على التوقيع الإلكتروني

يفرض استخدام التوقيع الإلكتروني بطريقة آمنة وموثوق بها تدخل شخص ثالث يسمى سلطة المصادقة وذلك لإعطاء التوقيع الإلكتروني فعالية كاملة.

فسلطات المصادقة هي هيئات عامة أو خاصة مستقلة وحيادية تصدر شهادات إلكترونية للمصادقة على صحة التوقيع الإلكتروني. وتعرف صاحب التوقيع وتمنع التلاعب به أو بمضمون الرسالة الإلكترونية[50]. إذن لابد من التطرق إلى كل من الشروط القانونية لمزودي خدمات التصديق (أولا) إضافة إلى مسؤولية سلطات التصديق (ثانيا).

أولا- الشروط القانونية لمزودي خدمات التّصديق

يعرف التوجيه الأوروبي رقم 93-1999 للتوقيعات الإلكترونية مزود خدمات التصديق بأنه:
" هو الشخص الطبيعي أو الكيان القانوني الذي يصدر شهادات أو يوفر الخدمات الأخرى المتعلقة بالتوقيعات الالكترونية"[51].

ويشترط التوجيه الأوروبي بالنسبة لمزودي خدمة التصديق الذين يصدرون شهادات مصادقة إلكترونية عدة شروط ينبغي توافرها وهي كالآتي:

48- مناني فراح، المرجع السابق، ص103.

49- المرجع نفسه، ص103.

50- نادر شافي، التوقيع الإلكتروني: الاعتراف التشريعي به وتعريفه القانوني وشروطه وأنواعه والمصادقة عليه المرجع السابق.

51- التوجيه الأوروبي للتوقيعات الإلكترونية رقم 93-1999، الصادر في 13 ديسمبر 1999.

– تمنح الثقة الضرورية لتزويد خدمات التصديق.
– يضمن عملية تقديم المعلومات الفورية مباشرة وبشكل امن، وخدمة إلغاء آمنة وفورية.
– يضمن بأنّ التاريخ والوقت لصدور الشهادة أو إلغاؤها يمكن أن يحدد بالضبط.
– التحقق من الهوية الشخصية بالنسبة للشخص الذي ستصدر له الشهادة.
– يجب أن يمتلك الموظفون المستخدمون المؤهلات الضرورية لمزودي خدمات التصديق وبشكل خاص الخبرة في تقنية التوقيع الإلكتروني.
– استعمال أنظمة ومنتجات جديرة بالثقة وتمنع إدخال أي تعديل وتضمن الأمن وعملية التشفير التقني المزودة من قبله.
– توفير المعايير الضرورية للحماية من تزوير الشهادات.
– تسجيل كل المعلومات ذات الصلة بشهادة التصديق الإلكترونية، ولفترة زمنية مناسبة وبشكل خاص لأغراض الإثبات.
– المحافظة على مصادر تمويل كافية للعمل طبقا للمتطلبات وبشكل خاص لتحمل مخاطر المسؤولية عن الأضرار أي حصول المضرور على التامين المناسب[52].

ثانيا- مسؤولية سلطات التّصديق

من المفترض أن المعلومات التي يتم الحصول عليها من قبل سلطات التصديق صحيحة وموثقة ومن ثم فهي جديرة بالتعويل عليها تجاه أطراف عقود التجارة الإلكترونية، غير انه إذا كانت هذه البيانات غير صحيحة وأدى ذلك إلى أضرار لعدم صحة الشهادة فان التوجيه الأوروبي رقم 93–1999 للتوقيعات الإلكترونية نظم مسؤولية جهات سلطات التصديق على النحو الآتي:" تضمن الدول الأعضاء كحد أدنى مسؤولية مزودي خدمات التصديق عن الأضرار التي تحدث لأي شخص طبيعي أو قانوني يعول على الشهادات المصدقة التي تصدرها في الأحوال التالية:
– عدم صحة المعلومات و الوقائع التي تتضمنها شهادات المصادقة في وقت صدورها، باعتبارها تحتوي على كل التفاصيل الدقيقة.
– عدم صحة البيانات المميزة للشهادة و المتعلقة بتحديد شخصية الموقع.
– عدم وجود ارتباط بين بيانات إصدار التوقيع وبيانات التحقق منه لتامين صحته، وذلك عندما يكون مزود الخدمة هو المنشئ لهذه البيانات.
وذلك ما لم يثبت مزود الخدمة بأنه لم يتصرف بشكل مهمل"[53].

ويتبين من النص السابق أن تقييم المسؤولية القانونية لسلطات التصديق تكون في حالات محددة كعدم صحة البيانات أو غير ذلك، وتعفيهم من المسؤولية في حالات أخرى كعدم احترام صاحب الشهادة

52– عيسى غسان ربضي، المرجع السابق، ص119.
53– أنظر نص المادة 1/6 من التوجيه الأوروبي، المرجع السابق.

لشروط استعمالها. أو أنها تتطلب اشتراط المعقولية في التعويل على الشهادة الصادرة عن سلطات التصديق. ففي جميع الأحوال فان مزودي خدمات التصديق يخضعون للمسؤولية القانونية التي تقررها القواعد العامة في المسؤولية التعاقدية أو التقصيرية[54].

المبحث الثالث

ماهية العقد الإلكتروني

يعدّ العقد أول مصادر الالتزام وأهمها، حيث يحظى بتنظيم تشريعي في مختلف بلدان العالم فقد عرف المشرع الجزائري العقد بصفة عامة على أنه:" العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما "[55].

في خضم الثورة الرقمية، والصحوة المعلوماتية التي يعرفها العالم اليوم، عرفت العمليات التعاقدية مجموعة من التغيرات حيث مست نظامها وبنيتها القانونية، فأصبح إبرام العقود يتم عن طريق وسائل الاتصال الحديثة، وبالتالي فهذا التغير أثار اهتمام رجال القانون والقاضي على السواء حيث ظهر ما يسمى بالعقود الالكترونية.

ونحن بصدد معالجتنا لهذا العنصر يتوجب علينا التطرق إلى مفهومه (المطلب الأول)، إضافة إلى انعقاده (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مفهوم العقد الإلكتروني

يرتبط العقد الالكتروني ارتباطا وثيقا بالتجارة إلكترونية، بحيث يعتبر الأداة الأساسية لهذه التجارة،إذ لا يختلف في أساسياته عن العقد التقليدي من حيث ضرورة توافر أركانه (الرضا، المحل والسبب) وكذلك شروط صحته، وبالتالي تنطبق عليه أحكام العقود،غير انه هناك بعض الاختلافات بين العقد الالكتروني والعقد التقليدي، وذلك يقضي التطرق إلى مفهوم العقد الإلكتروني من خلال التطرق إلى كل من نشأته (الفرع الأول)، تعريفه وخصائصه (الفرع الثاني)، طبيعته القانونية (الفرع الثالث) أشكاله (الفرع الرابع)[56].

الفرع الأول

نشأة العقد الإلكتروني

54- محمد سعيد احمد إسماعيل، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الإلكترونية، منشورات الحلبي الحقوقية لبنان، 2009، ص283 و284.

55- أنظر نصّ المادة 54 من الأمر 75-58، المرجع السابق.

56- الياس ناصيف، المرجع السابق، ص35 .

لعل التنافس العلمي بين الولايات المتحدة الأمريكية والاتحاد السوفياتي سابقا هو السبب الرئيسي في وجود شبكة الإنترنيت، فهذه الأخيرة تختلف عن الانترانيت وشبكة الاكسترانيت، فشبكة الإنترنيت تعني سلسلة من شبكات المعلومات يتملكها مشروع أو مؤسسة واحدة للربط بينهم في نفس المكان أو خارجه، أما شبكة الاكسترانيت هي عبارة عن شبكة خاصة تمتلكها منشاة معينة بهدف الربط بينهما وبين موزعيها أو مورديها...الخ، أما الإنترنيت عبارة عن شبكة عالمية لتبادل المعلومات والبيانات وقد تم ربط الحاسبات بهذه الشركة، فقد زاد عدد المستخدمين لها فلم تعد وسيلة اتصال فقط، بل وسيلة لإبرام العديد من العقود، إلى أن تطور الأمر إلى وجود ما يسمى بالمحررات الإلكترونية لاستخدامها في الإثبات.

لقد بدأت المعاملات التجارية على شبكة الإنترنيت في التسعينات، فوصل عدد المواقع التجارية على الشبكة إلى أكثر من مائة ألف موقع عام 1995، وكذلك ارتفع حجم التجارة على الشبكة إلى أكثر من 85 مليار دولار، ووصل عدد المستخدمين إلى 151 مليون مستخدم مع توالي الزيادة من قبلهم وهذا ما أدى إلى مناداة البعض بضرورة وضع الأطر القانونية التي تحكم هذه المعاملات والتعاقدات وضرورة حماية هؤلاء المستفيدين والمتعاملين عبر شبكات الإنترنيت[57].

الفرع الثاني
تعريف العقد الإلكتروني و خصائصه

سنتطرق في هذا الفرع إلى تعريف العقد الإلكتروني (أولا)، إضافة إلى ذكر الخصائص التي تميزه عن غيره من العقود (ثانيا).

أولا- تعريف العقد الإلكتروني

لم يتعرض المشرع الجزائري ولا المصري إلى تعريف العقد الإلكتروني حيث لم يصدرا حتى الآن قانون ينظم المعاملات الإلكترونية، لكن تعرضت العديد من التشريعات العربية والغربية إلى تنظيم التعاقد عن بعد ووضعوا تعريفات للعقد الإلكتروني.

وعلى الرغم من تعدد تعريفات العقد الإلكتروني، طبقا للمنظور المستخدم فيها، فإنها جميعا تتفق على ان هذا العقد يحدث بين شخصين أو أكثر لا يتواجدون في مكان واحد، ويتم إبرامه عبر الوسائل الإلكترونية ومن هذه التعريفات نذكر:

57- شحاته غريب شلقامي، التعاقد الإلكتروني في الدول العربية (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة مصر،2008 ص14 و15 .

العقد الإلكتروني هو:" تنفيذ أو إبرام كل المعاملات التجارية في السلع والخدمات التي تتم بين مشروع تجاري وآخر أو بين تاجر ومستهلك، وذلك باستخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات ".

كما عرفه البعض بأنه:" اتفاق يبرم وينفذ جزئيا وكليا عبر شبكة اتصالات دولية باستخدام التبادل الالكتروني للبيانات، بقصد إنشاء التزامات تعاقدية، وذلك بإيجاب قبول يمكن التعبير عنهما من خلال ذات الوسط "[58].

بعبارة أخرى العقد الإلكتروني هو:" عقد متعلق بالسلع والخدمات يتم بين مورد ومستهلك من خلال الإطار التنظيمي الخاص بالبيع عن بعد أو تقديم الخدمات التي ينظمها المورد والذي يتم باستخدام واحدة أو أكثر من وسائل الاتصال الإلكترونية حتى إتمام العقد ".

كما عرفه جانب من الفقه الأمريكي بأنه:" ذلك العقد الذي ينطوي على تبادل للرسائل بين البائع والمشتري والتي تكون قائمة على صيغ معدة سلفا ومعالجة إلكترونيا وتنشئ التزامات تعاقدية ".

أما الفقه اللاتيني عرف العقد الإلكتروني بأنه:" اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب والقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد وذلك بوسيلة مسموعة مرئية، وبفضل التفاعل بين الموجب والقابل ".

ويأخذ بعض الفقه على هذا التعريف أنه جاء ناقصا حيث لم يبين النتيجة المترتبة على التقاء الإيجاب والقبول، وهي إحداث اثر قانوني وإنشاء التزامات تعاقدية[59].

ثانيا- خصائص العقد الإلكتروني

يتضح من التعاريف السابقة أن العقد الإلكتروني يتسم بعدة سيمات تتمثل في:

- إبرام العقد عن طريق الإنترنيت أو عبر وسائل الاتصالات الحديثة :

أن خصوصية العقد الإلكتروني تتمثل في الطريقة أو الوسيلة التي يتم من خلالها إبرامه، حيث يتم عبر شبكات الإنترنيت، فهو لا يختلف من حيث الموضوع عن العقد التقليدي، فهو يرد على كل شيء، و أطراف هذا العقد هم أفراد أو أشخاص اعتبارية، وكون هذا العقد يتم عن طريق الإنترنيت يحقق للأطراف المتعاقدة العديد من المزايا، كسهولة الاتصال وسرعته، ودراسة البنود والشروط الموضوعة بحرية كاملة وبهدوء دون ضغط[60].

- شمولية التعاقد الإلكتروني لكل المعاملات:

يتسم العقد غالبا بالطابع التجاري، لذا يطلق عليه عقد التجارة الإلكترونية وهذا الأخير يعنى المعاملات التجارية في السلع والخدمات، التي تتم بين مشروع تجاري وآخر أو بين تاجر ومستهلك عن طريق

58- إيهاب فوزي السقا، المرجع السابق، ص36 .

59- مناني فراح، المرجع السابق، ص152 و153.

60- برني نذير، العقد الإلكتروني على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2006، ص8.

الوسائل الإلكترونية، هذا من جهة ومن جهة أخرى عدم اتسام هذا العقد بالطابع التجاري فقط بل يشمل كافة المعلومات التجارية والمدنية التي تتم بين المشروعات أو حتى بين الأفراد أنفسهم[61].

– السمة الداخلية والدولية للعقد الإلكتروني:

التعاقد الإلكتروني الذي يتم عبر شبكة الانترنيت يتصف بالطابع الداخلي وأيضا الدولي، واتسام هذا التعاقد بالطابع الداخلي عندما يبرم العقد بين طرفين في داخل البلد الواحد، أما دولية العقد فتكون في حالة الخروج عن حدود الدولة، فقد تتم المعاملات بين أشخاص منتمين لدول مختلفة.

– العقد الإلكتروني عقد مبرم عن بعد:

أي بدون التواجد المادي للأطراف المتعاقدة، فتبادل التراضي يكون عبر شبكة الإنترنيت من خلال مجلس عقد حكمي افتراضي فلا وجود لحضور مادي للأطراف وبالتالي فالعقد الإلكتروني يعتبر بين غائبين من حيث المكان، وبين حاضرين من حيث الزمان، أي عقد فوري متعا صر رغم انه يتم عن بعد[62].

– السرعة في انجاز الأعمال:

تعد إحدى الميزات الأساسية التي عملت على انتشار التعاقد الكترونيا فمثلا لو ذكرنا أن طرفي العقد من جنسيتين مختلفتين فيمكن لكل منهما التفاوض وهو في مكتبه دون أن يتحمل عناء السفر إلى دولة الطرف الآخر[63].

– يمكن إثبات العقد الإلكتروني عن طريق الكتابة داخل المحرر الإلكتروني، وتوقيع أطرافه الكترونيا فالمحرر الإلكتروني هو المرجع بالنسبة لما اتفق عليه الطرفان وتحديد التزاماتهما القانونية، والتوقيع هو الذي يضفي الحجية على هذا المستند[64].

الفرع الثالث

الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني

حتى نتمكن من معرفة الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني لا بد من معالجة إشكاليتين، الأولى تتمثل في:

هل العقد الإلكتروني عقد إذعان أم عقد رضائي؟ أما الثانية تتعلق بموضوع العقد الإلكتروني.

– هل العقد الإلكتروني عقد إذعان أم عقد رضائي: العقد الإلكتروني طالما كان محل البيع فيه سلعة عادية غير محتكرة من قبل شخص أو جهة وطالما كان هناك تفاوض على بنود العقد وشروطه كان العقد الإلكتروني رضائي. أما إذا كان محل العقد الإلكتروني سلعة استهلاكية يحتكرها شخص أو

61– محمد حسين منصور،المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2003 ، ص19 و20.

62– شحاته غريب شلقامي، المرجع السابق، ص41 و42.

63– منير محمد الجنبيهي وممدوح محمد الجنبيهي ، المرجع السابق، ص156.

64– إيهاب فوزي السقا، المرجع السابق، ص38 .

جهة ما وطالما كان هذا الشخص أو تلك الجهة قد وضعت عقدا على الطرف الآخر إما أن يقبله أو يرفضه دون أن يكون له حق مناقشة أو تعديل أيا من بنوده،فان العقد في هذه الحالة هو عقد إذعان[65].

– موضوع العقد الإلكتروني: هو مثله مثل أي عقد آخر، يتم بالطرق التقليدية، لكن الفارق الوحيد هو في طريقة التعاقد وإتمام العقد، فموضوع العقد الإلكتروني في غالب الأحيان يكون إما عقد توريد خدمة وفي هذه الحالة يكون العقد عقد إذعان يتم بين محتكر توزيع تلك السلعة من جهة حكومية، كما يمكن أن يكون عقد بيع سلعة وفي تلك الحالة يكون في غالب الأحيان عقد رضائي يتم بين بائع السلعة ومن يريد شرائها[66].

الفرع الرابع
أشكال العقود الإلكترونية

تتعدد أنواع العقود الإلكترونية بتعدد أطرافها وكذا تعدد وسائل الاتصال وتطورها، حيث نشير إليها فيما يأتي :

المجموعة الأولى هي عقود الدخول الفني إلى الإنترنيت، ومن أهمها عقد الدخول إلى الشبكة الذي يعتبر أهم العقود الإلكترونية وأكثرها شيوعا ، ويعرف بأنه تصرف قانوني بين طرفي العلاقة العقدية يكون موضوعه السماح للطرف الآخر بالانتفاع من شبكة الإنترنيت واستخدامها من خلال إتاحة كافة الوسائل التي تمكن المستخدم من دخول الشبكة وإجراء التصفح للمواقع والتعامل مع هذه المواقع.

بالإضافة إلى عقد التوطين أو عقد الإيواء أو عقد الإيجار المعلوماتي، الذي يعرف بأنه التقاء إرادتين على إبرام عقد محل معلوماتي، أي بيانات ورسائل يتم تداولها بين مستخدمي هذه المعلومات وإرسالها إلى الغير بأية وسيلة كانت، وأخيرا عقد المؤسسة الافتراضية أو المتجر الافتراضي الذي يمكن التاجر من عرض بضائعه، ومن إجراء الصفقات والتعاقد مع عملائه بشأنها وذلك عن طريق إنشاء موقع تجاري إلكتروني على الشبكة، وعن طريق هذا الموقع يمكن للعميل التاجر أن يعرض بضائعه بشكل يصل إلى مختلف أرجاء العالم.

المجموعة الثانية هي عقود التجارة على الخط ومن هذه العقود نجد عقد البيع على الخط الذي يتميز بان البيع فيه يتم عن بعد، عبر وسائل مختلفة كالهاتف أو الانترنيت أو الكاتالوغ الإلكتروني، وفيما عدا ذلك فهو عبارة عن عقد بيع تقليدي وتنطبق عليه إحكام البيع بشكل عام، بالإضافة إلى العقود التي تجرى على أموال معلوماتية التي تعرف بأنها نوع من عقود تقديم الخدمات ، وهو عبارة عن التقاء إرادتين على

65– عقد الإذعان هو:« العقد الذي يضع احد أطرافه بنوده وما يتحمل فيه كل من طرفي العقد من التزامات وما لكل من طرفي العقد من حقوق دون أن يكون للطرف الآخر في العقد حق مناقشة تلك البنود أو ما وضع عليه من التزامات أو ما يستحق له من حقوق ».

66– منير محمد الجنبيهي و ممدوح محمد الجنبيهي ، المرجع السابق ، ص182 و183.

إبرام عقد ذو موضوع معلوماتي، أي بيانات ووسائل يتم تداولها بين مستخدمي هذه المعلومات وإرسالها إلى الغير بأية وسيلة كانت تقليدية أو إلكترونية.

المجموعة الثالثة هي عقود الإعلانات التجارية التي تبرم بقصد بث إعلانات معينة ذات طبيعة تجارية أو مهنية عبر الإنترنيت، حيث يتم تقديم مواقع يجرى عرض إعلانات التجار عليها بقصد اطلاع كل مستخدم للشبكة. حيث تتعدد أشكال عقود الإعلانات على الإنترنيت ولكن الأكثر تداولا فيها هي عقد الإشارة أو عقد تحديد المرجع، وهو عقد يلتزم بمقتضاه مقدم الخدمة بالإشارة إلى موقع التاجر أو العميل على الإنترنيت لمدة معينة وبمقابل معين[67].

إضافة إلى ذلك العقد نجد كذلك عقد المدخل وهذا الأخير يؤمّن الدخول إلى كل المواقع الأخرى المرتبطة به، بحيث يهدف هذا العقد إلى الحصول على موقع على الإنترنيت يكون بمثابة مدخل إلى المواقع الأخرى، بمعنى أن العميل أو التاجر يمكنه من خلال هذا الموقع أن يستفيد من الإعلان عن نفسه في بقية المواقع التي يتضمنها هذا الموقع ويتيح الدخول إليها، وأخيرا نجد عقد الإعلان الإلكتروني الذي بدا بفرض نفسه بقوة في مجال التجارة الإلكترونية، ويوجد نوعان منه هما عقد شراء مساحة إعلانية ، وهو عقد يقوم بمقتضاه تاجر أو عميل، يبحث عن مساحة إعلانية معينة بالتعاقد مع وسيط ليبحث له عن المواقع التي تسمح بتوفير مساحة إعلانية للتاجر، وذلك لمدة معينة وبقابل معين، إضافة إلى عقد بيع مساحة إعلانية الذي يقوم بمقتضاه مقدم الخدمة بالتعاقد مع وسيط ليبحث له عن عملاء يرغبون في الإعلان على هذه المساحات الإعلانية. تجدر الإشارة إلى أن ما أتينا على ذكره من عقود إلكترونية ليست سوى أمثلة عن هذه العقود فهي لم ترد على سبيل الحصر بل على سبيل المثال[68].

المطلب الثاني

انعقاد العقد الإلكتروني

العقود الإلكترونية هي العقود التي يتم عقدها عبر شبكة الإنترنيت، ولذلك يطلق عليها إلكترونية كتبعية للطريقة التي تبرم بها، والعقد الإلكتروني شانه شان العقد التقليدي، إذ يشترط توافر الإيجاب و القبول بعدة طرق قد تكون سمعية أو بصرية من خلال الشبكة، حيث لا يشترط توافر الطرفين في المكان نفسه ، إذن لا بد من التطرق في هذا الفرع إلى كل من الإيجاب (الفرع الأول)، والقبول في العقد الإلكتروني (الفرع الثاني)، بالإضافة إلى زمان (الفرع الثالث)، ومكان إبرام العقد الإلكتروني (الفرع الرابع)[69].

الفرع الأول

67- الياس ناصيف، المرجع السابق، ص- ص47 - 65.

68- الياس ناصيف، المرجع السابق ، ص- ص65-67.

69- نسرين عبد الحميد نبيه، المرجع السابق، ص278.

الإيجاب في العقد الإلكتروني

يعد الإيجاب الأساس في انعقاد أي عقد، ويتم صدوره في مجلس العقد – في العقود التقليدية – كالبيع والإيجار وغيرها من العقود، وهذا هو شان القبول إذ أن كل من الإيجاب والقبول هما الركيزة في انعقاد العقد، فلقد نص المشرع الجزائري في المادة 59 من القانون المدني على ذلك بقوله:" *يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية* ".

فالإيجاب هو التعبير البات عن إرادة موجهة إلى الطرف الآخر معينا كان أم غبر معين بهدف إنشاء عقد بين الطرفين، وبصفة عامة فانه لانعقاد العقد سواء كان بوسائل تقليدية أو بوسائل إلكترونية لا بد من صدور عرض أو إيجاب من احد الأطراف يعبر فيه الشخص على وجه جازم عن نيته في إبرام عقد معين وبالشروط التي يحددها هذا الإيجاب.

كما أن الإيجاب قد لا يكون باتا وإنما دعوة للتفاوض، كان يقوم احد الأفراد أو الشركات بوضع إعلان بيع سلعة أو عقار دون أن يحدد أوصاف هذا المبيع أو الثمن المراد البيع به، فهنا لا يعتبر هذا العرض إيجابا و إنما دعوة للتعاقد.

أما بالنسبة للإيجاب الإلكتروني فقد رأينا أن العقود تتم عبر شبكة الإنترنيت وهي شبكة عالمية ومفتوحة للجميع، إضافة لكونها سوقا ضخمة تتنافس بإمكانياتها الأسواق التقليدية وبالتالي فانه لا عجب أن تزدحم هذه الشبكة بالمواقع الدعائية التي يعلن بها عن السلع والخدمات التي يدعو أصحابها العامة إلى التعامل معهم من خلال إبرام العقود، وهناك من يعتبر أن المواقع المعروضة على الشبكة هي أشبه بواجهات المحلات التجارية، إذ أن صاحب الموقع لا يتوجه في عرضه إلى شخص محدد بذاته أو أشخاص معينين بذاتهم إنما يكون إيجابا موجها للكافة.

وللإيجاب عبر الإنترنيت صور متعددة فقد يأخذ صورة الإيجاب عبر البريد الإلكتروني أو عبر صفحات الواب، وأما عن طريق المشاهدة والمحادثة عبر شبكة الإنترنيت، والإيجاب الإلكتروني كما قلنا سالفا قد يكون موجه إلى شخص أو موجه للعامة، وقياسا على القواعد العامة في التعاقد فان الإيجاب الموجه إلى شخص معين بالذات عبر الشبكة، الأصل فيه أنه غير ملزم للموجب إلا إذا حدد هذا الأخير مدة الإيجاب، فانه يبقى ملتزما بإيجابه طوال المدة المحددة، كما أن الإيجاب غير الملزم يمكن أن يتم به العقد متى كان الإيجاب مستوفيا لشروطه، أي أن يكون محددا وباتا وجازما[70].

الفرع الثاني
القبول في العقد الإلكتروني

70– لورنس محمد عبيدات، إثبات المحرر الإلكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن،2005 ص– ص43–44.

إذا اصدر الموجب إيجابه وكان هذا الإيجاب مستوفيا لجميع الشروط التي يتطلبها القانون وكان موجها إلى شخص معين بالذات أو إلى العامة، فلا بد أن يقابل هذا الإيجاب قبولا أو رفضا من الطرف الآخر.

يعرّف القبول بأنه:" التصرف الذي يصدر من الموجب له ويعبر من خلاله عن إرادته في إتمام التعاقد وفقا للإيجاب الموجه إليه "، وهذا يعني انه لا يشترط أن يكون القبول على شكل معين فيصح أن يصدر كتابة أو شفاهة من خلال أي تصرف أو وسيلة تؤدي إلى انعقاد العقد، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري بقوله :" التعبير عن الإرادة يكون باللفظ ،أو بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه.
ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا، إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا"[71]. إذا نص المادة المذكورة تنطبق على القبول والإيجاب على السواء.

كل ما ذكرناه أعلاه ينطبق على القبول الإلكتروني والذي ينتج آثاره إذا تطابق مع الإيجاب دون إعطاء أهمية للوسيلة المستخدمة في التعبير، سواء كان التعبير عن القبول جاء من خلال التوقيع الالكتروني بمختلف أنواعه أو من خلال التعرف على المكان الذي يخصصه الموجب على شاشة الحاسب لإبداء القبول. إذ لا بد أن يحتوي القبول على كافة الأمور المتوافرة في الإيجاب[72].

هناك حالة تقررها القواعد العامة حينما اعتبرت انه يمكن أن يعد السكوت قبولا وهذا ما أشار إليه المشرع الجزائري بنصه: " *ويعتبر السكوت في الرد قبولا، إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين، أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه*".

هذا بالنسبة للعقود التقليدية؛ أما بالنسبة للعقود الإلكترونية فانه لا يكفي السكوت لإبداء القبول، بل لا بد من صدور تصرف ايجابي من الموجب له، يبدي رغبته في قبول الإيجاب الموجه إليه بطريقة إلكترونية وذلك ليتم العقد وينتج آثاره القانونية، إضافة إلى أنه لا يكفي مجرد قيام القابل بالضغط على أيقونة القبول بل إن القضاء يشترط أن يكون القبول واضحا وجازما ومحددا، لذا يجري التعامل على وجوب أن يؤكد القابل موافقته من خلال رسالة البيانات التي تزود إلى نظام المعلومات والتي تعبّرعن رغبة جادة في هذا القبول، فإذا لم يقم من وجهت إليه رسالة البيانات بالرد عليها ولم يعرها ايّ اهتمام فانه لا يعد قابلا لها حتى لو كانت تتضمن بأنّ عدم الرد يعتبر قبولا للإيجاب[73].

الفرع الثالث
زمان انعقاد العقد الالكتروني

71- أنظر نص المادة 60 من الأمر 75-58، المرجع السابق.
72- لورانس محمد عبيدات، المرجع السابق، ص45.
73- لورنس محمد عبيدات، المرجع السابق، ص47 و48 .

تنص المادة 67 من القانون المدني الجزائري على أنّه: " *يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك.*

ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان اللذين وصل إليه فيهما القبول ".

إن تطابق الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين مع القبول الصادر من المتعاقد الآخر يؤدي إلى إبرام العقد، إلا أنه قد تكون هناك فترة زمنية تفصل بين الإيجاب والقبول، وفي الواقع يوجد أربعة نظريات لتحديد لحظة أو وقت انعقاد العقد وهي:

أولا- نظرية إعلان القبول:

تقوم على أساس انّ العقد يتم بمجرد إعلان من وجّه إليه الإيجاب عن القبول ففي العقود التي تتم عبر شبكات الإنترنيت، اللحظة التي ينعقد فيها العقد هي اللحظة التي يحرر فيها من وجّه إليه الإيجاب رسالة إلكترونية تعبّرعن قبوله لما وجه إليه، وإذا كانت طريقة التعاقد هي البريد الإلكتروني، فان لحضة انعقاد العقد هي اللحظة التي يعلن فيها المرسل إليه قبوله للعرض المرسل له من الموجب حتى قبل الضغط على مفتاح الإرسال، فإذا تم تحديد رسالة البيانات التي تتضمن القبول دون إرسالها إلى الموجب لا تنتج أثارها لكونها إرادة فردية وهذه الأخيرة ليس لها اثر قانوني في إبرام العقود.

ثانيا- نظرية تصدير القبول:

تصدير القبول يعني أن وقت إبرام العقد يتأخر إلى الوقت الذي يقوم فيه القابل بإرسال قبوله إلى الموجب، فلحضة انعقاد العقد لا تكون بمجرد إعلان القبول، ولكن يجب إرساله إلى الموجب، كقيام من وجه إليه الإيجاب بالضغط على الأيقونة المخصصة للإرسال، فلحضة هذا الإرسال هو وقت انعقاد العقد. لكن يؤخذ على هذه النظرية إمكانية استرداد القابل لرسالته قبل وصولها إلى الموجب وإن كان هذا أمرا من الصعب تصوره في العقود الإلكترونية التي تتم بالبريد الإلكتروني لان الرسالة تصل فورا إلى من وجهت إليه، لكن رغم ذلك فالمشكلة تكمن في عدم علم الموجب بهذه الرسالة أو عدم فتحه لصندوق بريده الإلكتروني لمدة معينة، وبالتالي لا يتوافر لديه العلم بقبول من وجه إليه الإيجاب[74].

ثالثا- نظرية تسلم القبول:

تعني أن وقت انعقاد العقد هو الوقت الذي يصل فيه القبول إلى الموجب، ففي مجال التعاقد الإلكتروني يعني الأخذ بهذه النظرية أن وقت انعقاد العقد هو الوقت الذي يتسلم فيه من وجه الإيجاب رد القابل في بريده الإلكتروني حتى ولو لم يطلع على هذا البريد، لان وصول الرسالة وتسلمها في الصندوق

74- شحاته غريب شلقامي، المرجع السابق، ص- ص120-123 .

البريدي الإلكتروني يعني أن الموجب يعلم بها، فبغض النظر عن علم الموجب أو عدم علمه العبرة بتسلم ووصول الرسالة في البريد الإلكتروني للموجب. إلا أنه يؤخذ على هذه النظرية، فإذا تم إرسال تلك الرسالة إلى الموجب وتم إعطاء تقرير بتسلمها من قبل الموجب فعلا، وقيام هذا الأخير بفتحها وتبين أنها تحتوي على رموز لا يمكن فكّها، وبالتالي هذه الرسالة لا تعد قبولا لعدم احتوائها على أيّ شيء خاص بالقبول.

رابعا- نظرية العلم بالقبول:

تعني هذه النظرية أن انعقاد العقد لا يكون لمجرد إعلان القبول أو تسلمه، إنما في اللحظة التي يعلم فيها الموجب بالقبول، وفي مجال العقود الإلكترونية التي تتم عن طريق البريد الإلكتروني، فانّ لحظة انعقاد العقد هي الوقت الذي يعلم فيه الموجب بقبول من وجه إليه الإيجاب كان يطلع على بريده الالكتروني ويعلم برسالة القابل التي وافق فيها على ما تم توجيهه إليه، لكن انتقد البعض النظرية على أساس أن علم الموجب بالقبول ليس شرط انعقاد بل هو شرط لزوم و نفاذ. إذن إن تحديد وقت إبرام العقد الإلكتروني لا يختلف عن العقد التقليدي، فكلاهما لا يخرجان عن القواعد العامة لنظرية العقد.

الفرع الرابع
مكان انعقاد العقد الإلكتروني

تبرز أهمية تحديد مكان إبرام العقد في تحديد المحكمة المختصة بالنظر في المنازعات التي تنتج من العقد، سواء كانت تتعلق بإبرام الاتفاق أو آثاره، ووفقا لقواعد نظرية العقد فالأصل في تحديد الاختصاص القضائي يكون لمحكمة الدولة التي تم إبرام العقد فيها، أو اتفاق الأطراف، إلا أن الصعوبة تثور في العقود التي تبرم عبر شبكة الإنترنيت حيث يصعب تحديد مكان إرسال الرسالة ومكان استلامها، فكلاهما عبارة عن إشارات رقمية عبر الشبكة يتم إرسالها من خلال أقمار صناعية[75].

وبالرجوع غالى قانون الأونسيترال النموذجي وبعض التشريعات العربية التي صدرت بشان التجارة الالكترونية نجد أنها عالجت تحديد مكان إبرام العقد، وذلك بتحديدها مقر عمل منشئ الرسالة ومستلمها الموجب وتم اعتبار مكان إرسالها هو المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ ومكان استلامها هو مكان عمل المرسل إليه وذلك في حالة عدم وجود اتفاق على تحديد النطاق المكاني من قبل طرفي العلاقة العقدية، إضافة إلى أن التشريعات الخاصة اعتبرت هن العقد الإلكتروني ينعقد في المكان الذي يقع ضمن النطاق الإقليمي لمقر عمل الموجب دون إعطاء أية أهمية لمكان نظام المعلومات الذي تم تلقي الرسالة من خلاله كون هذا النظام عالميا لا يمكن حصره ضمن مكان محدد.

75- لورنس محمد عبيدات، المرجع السابق، ص50 و51

أما إذا كان للموجب أكثر من مقر عمل فان المشرع في هذه الحالة يأخذ بمقر العمل الرئيسي في حالة عدم وجود مقر عمل مختص بموضوع العقد وفي حالة عدم وجود مقر عمل للموجب فان هذه التشريعات تأخذ بمكان الإقامة المعتاد كون الموجب لا يملك مقر عمل[76].

الفصل الثاني

الحجية القانونية لأدلة الإثبات الحديثة في القانون

76- المرجع نفسه، ص52 و53.

الفصل الثاني

الحجية القانونية لأدلة الإثبات الحديثة

نظرا لتطور وانتشار شبكة الإنترنيت وتزايد استخدام وسائل الإثبات الحديثة في المعاملات في المعاملات التجارية والتصرفات القانونية، كان لا بد من الوقوف على كيفية إثبات هذه التصرفات و معرفة مدى حجيتها في الإثبات، لاسيما في ظل القواعد القانونية الحالية للإثبات، وهو ما سوف نتعرض له من خلال التطرق إلى حجية البريد الإلكتروني (المبحث الأول)، ويليه حجية التوقيع الإلكتروني (المبحث الثاني)، وأخيرا حجية العقد الإلكتروني (المبحث الثالث).

المبحث الأول

الحجية القانونية للبريد الإلكتروني

حتى يتم تحديد الحجية القانونية للبريد الإلكتروني وكذلك القيمة القانونية لرسائل البريد الإلكتروني ومدى قدرة هذه الرسائل على تحديد شخص مرسلها ومدى إمكانية نسبة هذه الرسائل إلى مصدرها، فان الأمر يتطلب التعرض لحجية البريد الإلكتروني في الإثبات في حالة ما إذا كان غير موقع (المطلب الأول)، وحالة ما إذا كان مذيل بتوقيع إلكتروني بالإضافة إلى الحالة الموصى عليه بعلم الوصول (المطلب الثاني).

المطلب الأول

حجية البريد الإلكتروني غير الموقع

البريد غير الموقع هو البريد التقليدي المستخدم في الحياة اليومية بحيث أن باختلاف مجالات استخدامه تختلف حجيته[77]، ولذلك سوف نتطرق إلى كل من حجية البريد الإلكتروني في المواد التجارية والمختلطة (الفرع الأول)، إضافة إلى حجيته في المواد المدنية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

77- مناني فراح، المرجع السابق، ص76.

حجية البريد الإلكتروني في المواد التجارية و المختلطة

بداية سندرس حجية البريد الإلكتروني في المواد التجارية (أولا)، ثم تليها الحجية في المواد المختلطة (ثانيا).

أولا- في المواد التجارية

فيما يخص المعاملات والمواد التجارية، يأخذ المشرع الجزائري والمصري والفرنسي بمبدأ حرية الإثبات في شانها أيا كانت قيمتها، وبموجب هذا المبدأ يستطيع المدعي إثبات التصرفات القانونية التجارية بما فيها العقود التجارية، ولقد نص المشرع الجزائري صراحة على انه:" *يثبت كل عقد تجاري:*

1- بسندات رسمية

2- بسندات عرفية

3- بفاتورة مقبولة

4- بالرسائل

5- بدفاتر الطرفين

6- بالإثبات بالبينة أو بأية وسيلة أخرى إذا رأت المحكمة وجوب قبولها "[78].

بالرجوع إلى نص المادة السابقة الذكر نجد أن المشرع الجزائري لم يحدد نوع الرسائل المعدة لإثبات العقود التجارية ما إذا كانت رسائل عادية أو إلكترونية وبالتالي يمكن اعتبار رسائل البريد الالكتروني وسيلة لإثبات العقود التجارية.

وعليه؛ فانه في نطاق المعاملات التجارية القائمة على مبدأ حرية الإثبات، يمكن اعتبار رسالة البريد الإلكتروني قرينة قضائية لإثبات وجود التصرف الذي يتم عبر شبكة الإنترنيت حتى ولو زادت قيمة التصرف عن النصاب المقرر للإثبات بالبينة، ففي جميع الأحوال فالأمر يخضع للسلطة التقديرية للقاضي في الأخذ بالمحرر الإلكتروني إذا ما اقتنع به أو تركه إذا لم يطمئن عليه وساوره الشك في ذلك.

ثانيا- في المواد المختلطة

المواد المختلطة هي تلك التصرفات التي يكون فيها احد طرفيها تاجر يتعاقد لأغراض تجارته أما الطرف الثاني غير تاجر يتعاقد لأغراضه الشخصية، فلا يستفاد من حرية الإثبات إلا غير التاجر في حين يتقيد التاجر بطرق الإثبات المدنية.

78- أنظر نص المادة 30 من الأمر رقم 75-59 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم، ج.ر.ع 101 مؤرخة في 09 فبراير 2005.

وبناءا على ذلك يمكن مثلا: للمستهلك أي غير التاجر المتعاقد مع تاجر عبر شبكة الإنترنيت التمسك بالبريد الإلكتروني في الإثبات باعتباره قرينة قضائية، أما بالنسبة للتاجر فلا يكون أمامه قبل المستهلك إلا إتباع القواعد المدنية في الإثبات، ومن ثم يمتنع عليه أن يتمسك برسالة البريد الإلكتروني في الإثبات.

الفرع الثاني

حجية البريد الإلكتروني في المواد المدنية

هناك حالات تخرج عن قاعدة وجوب اشتراط الكتابة وبالتالي جواز إثباتها بجميع الوسائل بما في ذلك البينة والقرائن والخبرة، بحيث يكون لرسالة البريد الإلكتروني حجية في هذا النطاق، وذلك في حالة الاتفاق المسبق بين الأطراف (أولا)، إضافة إلى التصرفات القانونية التي لا تتجاوز النصاب القانوني (ثانيا)، وأخيرا الاستثناءات على قاعدة وجوب الدليل الكتابي (ثالثا).

أولا- الاتفاق المسبق بين الأطراف على حجية رسائل البريد الإلكتروني

يتفق غالبية الفقه على إمكانية وجواز اتفاق الأطراف على الخروج عن القواعد الموضوعية للإثبات لعدم تعلّقها بالنظام العام، دون المساس بالقواعد الإجرائية للإثبات كون هذه الأخيرة تنظم الإجراءات التي يتم إتباعها أمام المحاكم، ومن ثم لا يمكن للخصوم تغييرها أو الاتفاق على مخالفتها نظرا لتعلقها بالنظام العام[79].

مثل هذه الاتفاقات تعتبر من قبيل الإعداد المسبق للدليل والاحتياط لما يمكن أن يثور بين الأطراف من النزاع يتعلق بحجته، كما تهدف هذه الاتفاقات إلى التعديل في وسائل الإثبات وطرقه وفي حجيتها وقوتها الثبوتية.

وإذا اعتبرنا رسائل البريد الإلكتروني أدلة إثبات، إلا أنّ حجيتها تبقى خاضعة للسلطة التقديرية للقاضي من حيث كونها دليلا كاملا أو ناقصا، فقواعد حجية الأدلة الكتابية متعلقة بالنظام العام كون أنها ترتبط بأداء القضاء لوظيفته، وهو ما يعني أنّ رسالة البريد الإلكتروني لا تعتبر دليل قاطع في النزاع، فهي حجية نسبية، بحيث يستطيع قاضي الموضوع التحقق من عدم وقوع أي تحريف أو تلاعب في الرسالة الإلكترونية، وفي حالة عدم اقتناعه يمكنه عدم الأخذ بهذه الرسالة.

ثانيا- التصرفات القانونية التي لا تتجاوز النصاب القانوني

إذا كان المشرعان الجزائري و المصري قد تبنيا مبدأ حرية الإثبات في التصرفات التجارية فقد تبنيا ذات المبدأ في شان التصرفات المدنية التي لا تتجاوز قيمتها النصاب القانوني[80]وهو مئة ألف دينار

79- خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص- ص124-127.

80- مناني فراح، المرجع السابق، ص79 و80.

جزائري، وهذا ما نصّ عليه المشرع الجزائري:" في غير المواد التجارية،إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته عن 100·000 دينار جزائري أو كان غير محدد القيمة، فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو انقضائه، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك..."[81].

أما نصاب الإثبات بالنسبة للمشرع المصري هو 500 جنيه، وعليه يمكن لطرفي هذه التصرفات إقامة الدليل على حصولها و على مضمونها بالبينة والقرائن حتى يكون الإثبات في نطاقها حرا، وفيما يجاوزها مقيدا بالكتابة أو ما يقوم مقامها، والهدف من ذلك هو عدم إعاقة المعاملات اليومية للأطراف كون أن اشتراط الكتابة لإثبات التصرفات عديمة القيمة من شانه إرهاق الناس وزعزعة الثقة في المعاملات.

ولما سبق قوله يمكن للأطراف تقديم رسالة البريد الإلكتروني كدليل إثبات حصول هذه التصرفات أو لإثبات مضمونها، إذا كانت قيمة التصرف في حدود النصاب المقرر، فالاعتماد على هذا المحرر الإلكتروني بوصفه احد وسائل الإثبات، يعني انه يخضع في شان قبوله وتقدير قيمته وحجيته في الإثبات للسلطة التقديرية للقاضي، وبالتالي فان ذلك لا يحقق الاستقرار في المعاملات الإلكترونية عبر الانترنيت.

ثالثا- الاعتداد برسالة البريد الإلكتروني في الإثبات من خلال الاستثناءات على قاعدة وجوب الدليل الكتابي

الأصل هو مبدأ حرية الإثبات بالنسبة للمسائل التجارية أيا كانت قيمتها والتصرفات المدنية التي لا تزيد النصاب القانوني، وفي المقابل فان كافة التصرفات المدنية التي تزيد قيمتها النصاب المذكور سابقا تخضع لمبدأ وجوب الإثبات بالكتابة[82]. فهذا الأخير ينتج من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها وكذا طرق إرسالها[83].و هذا ما جعل الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق[84]. ومع ذلك فان المشرع قد عاد إلى مبدأ حرية الإثبات وذلك في حالات استثنائية وردت على سبيل الحصر وهي:

– مبدأ الثبوت بالكتابة: نص القانون المدني الجزائري من خلال المادة 335/1 على انه:" *يجوز الإثبات بالشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة، إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة* "، وهو نفس المفهوم الذي استخدمه المشرع المصري في المادة 62 من قانون الإثبات.

81– أنظر نص المادة 333 /1 من الأمر 75–58، المرجع السابق.

82– خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص– ص129–131.

83– تنص المادة 323 مكرر من القانون المدني الجزائري على انه:" *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* ".

84– تنص المادة 323 مكرر1 من القانون المدني الجزائري على انه:" *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* ".

ويذهب البعض إلى جواز اعتبار رسالة البريد الإلكتروني مبدأ ثبوت بالكتابة إذا استنسخت من صندوق البريد الإلكتروني عن طريق الطباعة وعدم إنكار من يتمسك ضده بها أو يطعن عليها بالتزوير غير أن هذا الرأي يصطدم بعقبة، كون انه من الصعب التمييز بين أصل الرسالة الإلكترونية والنسخ المستخرجة منها عن طريق الطباعة، وهذا ما يجعل قوتها في الإثبات تخضع للسلطة التقديرية للقاضي ومدى إلهامها وتفهمه للنواحي التقنية الخاصة بتكنولوجيا المعلومات والأدوات المعلوماتية.

– الحالات التي يستحيل فيها الحصول على دليل كتابي كامل بسبب وجود مانع مادي أو أدبي: نص المشرع الجزائري في المادة 336 /1 من القانون المدني على إجازة الإثبات بشهادة الشهود، إذا استحال تقديم سند كتابي[85] سواء كانت الاستحالة مادية راجعة لظروف أحاطت بإجراء التصرف كتلف الاسطوانة المدمجة أو القرص المرن أو الهجوم الفيروسي، أو كانت استحالة أدبية كوجود علاقة بين الطرفين تمنع من طلب الحصول على الدليل كالعلاقة الزوجية أو القرابة.

– حالات فقد السند الكتابي: هذه الحالة تطرق إليها المشرع الجزائري في المادة 336 /3 من القانون المدني حيث تنص على انه: "... – *إذا فقد الدائن سنده الكتابي لسبب أجنبي خارج عن إرادته*".
فيفترض أن الشخص قد راع القواعد الخاصة بالدليل الكتابي وتحصل عليه غير انه لم يستطع الإثبات به لفقده إياه وهو أمر كثير الحدوث في المعاملات الالكترونية بحيث تتعرض المحررات الالكترونية للمحو بطريق الخطأ أو تحريف ما بها أو نتيجة أعمال القرصنة...الخ.

المطلب الثاني

حجية البريد الإلكتروني المذيل بتوقيع إلكتروني و الموصى عليه

بعدما تطرقنا إلى حجية البريد الإلكتروني غير الموقع، فانه يتعين علينا دراسة حجية البريد المذيل بتوقيع إلكتروني (الفرع الأول)، إضافة إلى حجية البريد الإلكتروني الموصى عليه (المطلب الثاني).

الفرع الأول

حجية البريد الإلكتروني المذيل بتوقيع إلكتروني

من أجل زيادة مستوى الأمن والخصوصية في التعاملات الإلكترونية تم التفكير في تطبيق تكنولوجيا التوقيع الإلكتروني نظرا لقدرة هذه التقنية على حفظ سرية المعلومات والرسائل المرسلة وعدم قدرة على شخص آخر على تعديل أو تحريف أو الاطلاع على هذه الرسالة، إضافة إلى إمكانية تحديد هوية المرسل والمستقبل إلكترونيا مما يسمح بكشف أيّ تحايل أو تلاعب.

لعل هذا ما دفع الأمم المتحدة ممثلة في لجنة القانون التجاري الدولي، الاونسيترال، إلى إصدار القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية سنة 1996، والقانون النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية

85– تنصّ المادة 336/1و2 من القانون المدني الجزائري على انه:" *يجوز الإثبات بالشهود أيضا فيما يجب إثباته بالكتابة: . إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي...*".

الصادر سنة 2001، ومعاهدة استخدام وسائل الاتصال الإلكتروني في العقود الدولية لسنة 2005 كما اصدر الاتحاد الأوروبي التوجيه الأوروبي رقم 93 /1999 في 13 ديسمبر 1999 في شأن التوقيع الإلكتروني. كما أصدرت عدة دول قوانين تنظم التوقيع الالكتروني ومنها أمريكا انجلترا، سنغافورة، مصر، الإمارات العربية المتحدة، الأردن، تونس، البحرين[86].

وعليه فرسالة البريد الإلكتروني الممهورة بتوقيع إلكتروني تتمتع بحجية كاملة في الإثبات نظرا للمساواة في حجية القانونية بين الكتابة على محرر إلكتروني والكتابة التقليدية على محرر ورقي بحيث يتعين على القاضي الاعتداد بالرسالة الإلكترونية كدليل كتابي كامل دون أن يكون له سلطة تقديرية حياله. غير أنه قد يحدث تعارض في مضمون المستندين "الورقي والإلكتروني" وبالتالي تثور مسالة الترجيح بينهما، ولأي منهما تكون الأفضلية كدليل إثبات حاسم في النزاع، فترك لقاضي الموضوع السلطة التقديرية في تقرير أي من الدليلين أولى بالترجيح أيا كانت الدعامة التي يثبت عليها المحرر وهذا ما تطرق إليه المشرع الفرنسي.

على أن سلطة القاضي التقديرية في الترجيح بين الدليلين يحدها بعض الضوابط من بينها عدم وجود اتفاق بين الأطراف، أو نص قانوني ينظم و يحدد الدليل المقبول في الإثبات (حيث يجب ترجيح المحرر الرسمي على غيره)، بالإضافة إلى وجوب توافر في المحررات المتعارضة الشروط المتطلبة قانونا لاعتبارها دليلا كتابيا كاملا، فمثلا إذا لم يحمل احد المحررين توقيع فيتم استبعاده وبالتالي فلا مجال للترجيح بينهما، ولعل السبب في ثقة المتعاملين عبر الانترنيت في اللجوء إلى التوقيع الإلكتروني وجود طرف ثالث أو وسيط بين الطرفين موثوق فيه.هذا ما دفع البعض إلى التساؤل عن نوع المحرر المكتوب الذي يشكله البريد الإلكتروني، هل هو محرر رسمي أو محرر عرفي؟

فبالنسبة للمحرر الرسمي فهو الذي يصدر عن موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة في حدود اختصاصه، أما المحرر العرفي فهو الذي يتم بين الأفراد طبقا للعادات ودون تدخل من قبل موظف رسمي وبالتالي فرسالة البريد الإلكتروني التي تحمل توقيع صاحبها عبارة عن محرر عرفي في مجال الإثبات[87].

الفرع الثاني

حجية البريد الألكتروني الموصى عليه

لقد عرف التوجيه الأوروبي الصادر في 15 ديسمبر1997 بشأن القواعد التي تحكم تنمية السوق الداخلي للخدمات البريدية وتحسين جودتها في المادة 2/9 منه البريد الموصى عليه بأنه:

86- مناني فراح، المرجع السابق، ص82.

87- المرجع نفسه، ص83 و84.

" خدمة تتم وفق إجراءات تكفل ضمان الإرسال ضد مخاطر الفقد أو السرقة أو التلف، وتوفى للمرسل لقاء مبلغ جزافي يدفعه، الدليل على إيداع الإرسال لدى هيئة البريد وكذلك عند الضرورة وبناءا على طلبه لإثبات استلام المرسل إليه له".

ولا شك أن استخدام البريد الموصى عليه يقدم العديد من الفوائد منها: إثبات عملية الإرسال عن طريق موظف عام، بالإضافة إلى إثبات عملية الاستلام من خلال الحصول على توقيع المرسل إليه بطلب من موظف البريد المختص الذي يقوم بإثبات ذلك في سجلاّته، كما يفيد في إثبات هوية الأطراف.

ويمكن تطبيق هذه المبادئ على البريد الإلكتروني الموصى عليه شريطة وجود علاقة بين ثلاثة أشخاص هم: المرسل، المرسل إليه، مقدم الخدمة. حيث يقوم المرسل بتعيين هويته لدى مقدم الخدمة الذي يقوم بدور مصلحة البريد وذلك إما باختيار اسم الدخول وكلمة دخول سرية، أو الحصول على شهادة مصادق عليها من مقدم الخدمة، وبعد ذلك يبلغ هذا الاختيار للمرسل إليه وذلك في علم الوصول الذي يقدم إليه للتوقيع عليه حتى يرد إليه مرة أخرى للمرسل، ويقوم مقدم الخدمة بإرسال إيصال للمرسل يثبت حقيقة الإرسال وهوية المرسل وعنوان المرسل إليه وساعة وتاريخ الإرسال البريدي.

وبعد ذلك يرسل مورد الخدمة رسالة إلكترونية إلى المرسل إليه يخطره فيها بان له رسالة يمكن تحميلها من الموقع الإلكتروني الخاص بمورد الخدمة ويقوم المرسل إليه بالدخول على هذا الموقع و يبدأ الإجراءات المطلوبة لتعيين هويته،ويتم إخطار المرسل باختيار المرسل إليه، ثم يقوم هذا الأخير بالضغط على أيقونة معينة فيتم تحميل الرسالة، عندئذ يقوم مقدم الخدمة بإرسال علم الوصول إلى المرسل مبينا فيه تاريخ وساعة اطلاع المرسل إليه على الرسالة.

وفقا لهذا التصور فان البريد الإلكتروني الموصى عليه يؤدي نفس وظائف البريد التقليدي، بل انه أفضل منه نظرا لعدم وجود الدليل على قيام المرسل إليه بقراءته بالبريد التقليدي بالرغم من تسلمه له في حين أن البريد الإلكتروني الموصى عليه يمكن إثبات أن المرسل إليه تسلمه وقام بقراءته وساعة وتاريخ القراءة.

وإعمالا لما سبق ذكره فقد تم الاعتراف من الناحية التشريعية بالبريد الإلكتروني الموصى عليه في دولة فرنسا، وقد قامت بإصدار قوانين ومراسيم تقرر ذلك، أما بالنسبة للمشرع المصري ولاسيما المشرع الجزائري فلم يتدخلا في تنظيم البريد الإلكتروني الموصى عليه وبيان حجيته القانونية وقوته الثبوتية رغم تزايد استخدام الأفراد له في التعامل واتجاه الدولة نحو نظام الحكومة الإلكترونية[88].

88- خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص- ص136-139.

المبحث الثاني
الحجية القانونية للتّوقيع الإلكتروني

للتوقيع أهمية كبيرة في الإثبات حيث أن قواعد الإثبات بوجه عام لا تقبل المستندات العرفية إلا إذا كانت موقعة، ولا تقبل المستندات غير الموقعة إلا كمبدأ ثبوت بالكتابة يستلزم بينة أخرى، فان قبول القضاء للتعاقد الالكتروني يتطلب إقرار حجية التوقيع الإلكتروني وموثوقيتها كبينة في المنازعات[89].

ولكي تضفى الحجية على التوقيع الإلكتروني لابد من شروط (المطلب الأول)، إضافة إلى إلزامية التطرق لأثر التوقيع الإلكتروني في الإثبات (المطلب الثاني).

المطلب الأول
شروط إضفاء الحجية على التّوقيع الإلكتروني

بالرجوع إلى نص المادة 327 من القانون المدني الجزائري المذكورة سابقا التي تبين وتعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق شروط مذكورة في المادة 323 مكرر1 من نفس القانون، وبالتالي فحتى يكتسي التوقيع الإلكتروني الحجية القانونية في الإثبات لابد له من شروط وهي نفس الشروط المطلوبة في الكتابة والمتمثلة في كل من إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها.

بالإضافة إلى الشروط المذكورة أعلاه، فقد قررت بعض قوانين الدول شروط إضافية موضوعية (الفرع الأول)، وشروط أخرى شكلية (الفرع الثاني).

الفرع الأول
الشروط الموضوعية المطلوبة في التّوقيع الإلكتروني

المقصود بالشروط الموضوعية تلك الشروط القانونية التي يتطلبها القانون في التوقيع ذاته حتى يكون له الحجية القانونية الكاملة، فلابد من توافر شروط في إجراءات توثيق التوقيع الإلكتروني (أولا) وكذلك توافر صفات معينة في التوقيع الإلكتروني بعد تطبيق إجراءات التوثيق عليه (ثانيا).

أولا- التوثيق

89- نضال إسماعيل برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن 2005، ص176.

التوثيق عبارة عن مجموعة من الإجراءات المختلفة حيث يتم تحديدها من قبل الأطراف ، وذلك بهدف التحقق من أن التوقيع الإلكتروني قد تم تنفيذه من شخص معين، من خلال استخدام مختلف الوسائل[90].

وبعبارة أخرى؛ يقصد من التوثيق تمكين التوقيع الإلكتروني من توثيق السجل الإلكتروني والتحقق من أن القيد الإلكتروني لم يتعرض إلى أي تعديل أو تلاعب منذ تاريخ معين (تاريخ إجراء التوثيق) الأمر الذي يؤدي إلى إعطاء ذلك القيد الإلكتروني (الكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني) الحجية القانونية في مواجهة أطرافه والغير من تاريخ ثبوت تاريخه بالتوثيق.

أما عن أهمية التوثيق؛ فوفقا لما نص في قانون المعاملات الإلكترونية الأردني فانه:" *إذا لم يكن السجل الكتروني و التوقيع الالكتروني موثقا فليس له أي حجية* "[91].
إذن يتبين من هذا النص أن المشرع الأردني لا يمنح أية حجية للتوقيع الإلكتروني إلا إذا كان موثقا، ومن هنا تنبع أهمية التوثيق[92].

أما بالنسبة لإجراءات التوثيق فالغرض منها التحقق من عدم تعرض القيد الالكتروني إلى التعديل أو التلاعب منذ تاريخ إتمام إجراءات التوثيق، فليس كل الإجراءات قادرة على توثيق التوقيع الالكتروني فالمشرع الأردني اعترف بإجراءات توثيق معينة دون غيرها والمتمثلة في:

– الإجراءات المعتمدة: وهي إجراءات التوثيق المعتمدة من قبل جهة حكومية أو غير حكومية التي تعمل على توثيق التوقيع الإلكتروني والقيود الإلكترونية المراد استخدامها في إنشاء التصرفات القانونية والمعاملات الإلكترونية، فقانون الأونسيترال النموذجي بشان القواعد الموجهة الخاصة بالتواقيع الالكترونية لا يميز بين طرق إصدار التوقيع الإلكتروني من حيث قبول بعض التواقيع ورفض تواقيع إلكترونية أخرى، وعليه لا تكون الإجراءات المتبعة في إنشاء وتوثيق التوقيع الإلكتروني عائقا أمام قبوله.

– الإجراءات المقبولة تجاريا: هي تلك الإجراءات التي يتم عند تطبيقها لتوثيق التوقيع الإلكتروني الأخذ بعين الاعتبار الظروف التجارية الخاصة التي يخضع لها أطراف المعاملة (طبيعة المعاملة، درجة دراية كل طرف من أطراف المعاملة، حجم المعاملات التجارية، توافر الإجراءات البديلة التي رفض أي من الأطراف استعمالها، كافة الإجراءات البديلة، الإجراءات المعتادة لمثل هذه المعاملة).

– الإجراءات المتفق عليها بين الأطراف: هي تلك الإجراءات التي يتفق الأطراف على إتباعها فيما بينهم من اجل توثيق القيود والتواقيع الإلكترونية، فيكون لهم الحرية الكاملة في إتباع الإجراءات التي يرونها ملائمة من اجل توثيق المعاملة الإلكترونية، وبالتالي تكون هذه الإجراءات ملزمة لأطرافها ويجوز

90– كميني خميسة ومنصور عزالدين، المرجع السابق، ص25.

91– أنظر نص المادة 32/ب من القانون رقم 85، المتضمن قانون المعاملات الأردني، المؤرخ في 11 ديسمبر 2001.

92– علاء محمد نصيرات، المرجع السابق، ص– ص124–126.

لهم الخروج عن إجراءات التوثيق المعتمدة المقبولة تجاريا إذا رأوها غير ملائمة لتوثيق التوقيع الالكتروني المستخدم في توثيق معاملاتهم[93].

– إن إجراءات التوثيق سواء تلك المعتمدة أو المقبولة تجاريا أو المتفق عليها بين الأطراف لابد من أن تتبع وسائل معينة لتوثيق التوقيع الإلكتروني وهذه الوسائل نص عليها قانون المعاملات الالكترونية الأردني في المادة 2 منه والمتمثلة في:

* التحليل للتعرف على الرموز والكلمات والأرقام المتعلقة بالشخص الموقع.

* فك التشفير والتأكد من البيانات والمفاتيح المستخدمة في عملية التشفير وأنها تعود للشخص طالب التوثيق.

ثانيا- الصفات الواجب توافرها في التوقيع الإلكتروني

إذا كانت الإجراءات المتبعة في توثيق التوقيع الإلكتروني هي إجراءات معتمدة أو مقبولة تجاريا أو متفق عليها بين الأطراف ، فان التوقيع الإلكتروني حتى يعتبر موثقا لابد أن يتصف بمايلي:

* تميز التوقيع بشكل فريد بارتباطه بالشخص صاحب العلاقة، وهذا ما اشترطته المادة 6 /3 /ا من القواعد الموحدة الخاصة بالتواقيع الإلكترونية.

* أن يكون كافيا للتعريف بشخص صاحبه.

* أن يتم إنشاؤه بوسائل خاصة بالشخص وتحت سيطرته.

* أن يرتبط التوقيع بالسجل الذي يتعلق به بصورة لا تسمح بإجراء تعديل على القيد بعد توقيعه دون إحداث تغيير في التوقيع، وهذا ما جاء في نص المدة 6 /3 /ج . د من القواعد الموحدة الخاصة بالتواقيع الالكترونية[94].

الفرع الثاني

الشروط الشكلية المطلوبة في التوقيع الإلكتروني

حتى يستطيع التوقيع الإلكتروني القيام بدوره وتوثيق السجل الإلكتروني لابد من توافر شروط شكلية بمعنى أنها خارجة عن ذات التوقيع الإلكتروني، بحيث يجب ان يتم التوقيع خلال سريان شهادة التوثيق (أولا)، أن تكون الشهادة معتمدة (ثانيا).

أولا- أن يتم التوقيع خلال سريان شهادة التوثيق

لابد أن يتم التوقيع خلال مدة سريان شهادة توثيق معتمدة، ومطابقة رمز التوقيع الإلكتروني مع رمز التعريف المبين في تلك الشهادة حتى يستطيع التوقيع الإلكتروني الموثق من القيام بمهمته بتوثيق السجل الالكتروني أو جزء منه، وسنحاول إعطاء بعض الإيضاحات عن شهادة التوثيق:

93– ناهد فتحي الحموري، المرجع السابق، ص98 و99 .

94– نضال إسماعيل برهم، المرجع السابق، ص181 و182.

شهادة التوثيق هي تلك الشهادة التي تصدر عن جهة مختصة مرخصة أو معتمدة، لإثبات نسبة توقيع إلكتروني إلى شخص معين استنادا إلى إجراءات توثيق معتمدة.

أما عن أنواع الشهادات الإلكترونية[95]، فالشهادة الإلكترونية لا تعني بالضرورة شهادة التوثيق، وإنما هناك شهادات أخرى أصدرت من اجل تحقيق غايات معينة، فهناك ما يعرف بالشهادات المعرّفة التي تعمل على التعريف بالشخص من خلال تخزين الأسماء على شبكة الانترنيت، بالإضافة إلى شهادات المعاملات وهي شهادات مصممة للاستخدام مرة واحدة، إذ أنها تؤكد على أن معاملة معينة قد تم مشاهدتها من قبل أشخاص معينين، وتكون هذه الشهادة عبارة عن دليل على أن المرسل قد ثبت توقيعه بوجود الطرف الآخر.

وفيما يخص بيانات شهادة التوثيق، فقد نصت توجيهات الاتحاد الأوروبي على وجوب احتواء الشهادة على بيان أن الشهادة هي تاهيلية، التعريف بمصدر هذه الشهادة ومكان إصدارها واسم صاحب الشهادة، معلومات عن صاحب التوقيع حسب الغاية المطلوبة، التحقق من أن التوقيع يخضع لسيطرة صاحب التوقيع عند استخدام الشهادة، صلاحية الشهادة من حيث البداية والنهاية، رقم الشهادة المتسلسل، التوقيع الإلكتروني المعزز لمصدر الشهادة، محددات استخدام هذه الشهادة، تحديد قيمة الصفقات المستخدمة فيها الشهادة.

ثانيا- أن تكون شهادة التوثيق معتمدة

لكي تكون شهادة التوثيق شهادة معتمدة لابد من توافر مايلي:

– أن تكون صادرة عن جهة مرخصة أو معتمدة؛ فبالنسبة للقانون الأردني فمجلس الوزراء هو الذي يصدر الأنظمة اللازمة والإجراءات المتعلقة بإصدار شهادات التوثيق، والجهة المختصة بذلك والرسوم التي يتم استفاؤها لهذه الغاية.

– أن تكون صادرة عن جهة مرخصة من سلطة مختصة في دولة أخرى معترف بها.

– أن تكون صادرة عن دائرة حكومية أو هيئة مفوضة قانونيا بذلك، ففي هذه الحالة القانون الأردني أجاز للدوائر والمؤسسات والهيئات الحكومية إصدار شهادات التوثيق إذا كان ذلك بناءا على تفويض من القانون يخولها إصدار مثل هذه الشهادات.

– أن تكون صادرة عن جهة وافق أطراف المعاملة على اعتمادها، وفي هذا إطلاق لحرية الأطراف في اختيار الجهة التي يرونها مناسبة من اجل إصدار شهادة التوثيق التي يعتمدونها فيما بينهم والتي يرونها

95– الشهادة الإلكترونية هي:" سجل إلكتروني صادرة عن سلطة توثيق معتمدة تحتوي على معلومات عن الشخص الذي يحملها والجهة المصدرة وتاريخ صلاحيتها، والمفتاح العام للشخص، وهي بمثابة الهوية التي يصدرها شخص محايد لتعرف عن الشخص الذي يحملها، وتصادق على توقيعه الإلكتروني خلال فترة معينة وتصادق كذلك على المعاملات التي يجريها عبر الشبكات المفتوحة كالإنترنيت ".

تحقق غاياتهم في توثيق معاملاتهم الالكترونية، والجهة التي تصدر مثل هذه الشهادات في عالم التجارة الإلكترونية يطلق عليها سلطات التوثيق أو التصديق أو الإشهار أو الطرف الثالث المصادق[96].

المطلب الثاني

أثر التوقيع الإلكتروني في الإثبات

بعد أن يتم توثيق التوقيع الإلكتروني بصورة كاملة و استفاءه لكافة متطلبات القانون من شروط وأوضاع، فما هو الأثر القانوني المترتب على استخدام التوقيع الإلكتروني الموثق ؟ لذلك سوف نتطرق إلى كل من الأثر القانوني العام للتوقيع الإلكتروني (الفرع الأول)، إضافة إلى اثر التوقيع الإلكتروني على المحرر الإلكتروني (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الأثر القانوني العام للتوقيع الإلكتروني

بالرجوع إلى مختلف تشريعات الدول فللتوقيع الإلكتروني الموثق نفس الآثار القانونية المترتبة على التوقيع التقليدي الخطي وذلك من حيث: إلزام التوقيع الإلكتروني لصاحبه (أولا)، ثم نتطرق إلى موقف بعض القوانين من اثر التوقيع الإلكتروني (ثانيا).

أولا- إلزام التوقيع الإلكتروني لصاحبه

الأصل أن مجرد وضع التوقيع على أي ورقة أو سجل أو مستند، سواء كان هذا التوقيع إمضاءا أو ختما أو بصمة، يجعل صاحبه ملزما بما ورد في الورقة من حقوق والتزامات. فالذي يعطي الكتابة المدونة على الورقة العادية القيمة القانونية هو التوقيع عليها، وكذلك الحال في المعاملات الإلكترونية فالمحرر الإلكتروني المجرد من توقيع إلكتروني لا تكون له أي حجة أو قيمة قانونية في الإثبات، لذا فوجود التوقيع الإلكتروني يلزم صاحبه بما ورد في المحرر الإلكتروني من حقوق والتزامات[97].

ثانيا- موقف بعض القوانين من أثر التوقيع الإلكتروني

– قواعد الأونسيترال الموحدة بشان التوقيعات الإلكترونية: المادة السابعة تعتبر قاعدة عامة ومهمة من بين قواعد الأونسيترال مفادها انه إذا كانت هناك أية نتيجة قانونية ستترتب على استخدام التوقيع العادي فينبغي أن تترتب نفس النتيجة على التوقيع الإلكتروني الموثق، دون تمييز بين كلا نوعي التوقيع لان احدهما ورد بوسائل إلكترونية.

96– علاء محمد النصيرات، المرجع السابق، ص– ص148–150.

97– المرجع نفسه، ص151 و152.

– توجيهات الاتحاد الأوروبي: المادة الخامسة من التوجيه الأوروبي رقم 99/93 الخاص بالتجارة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني تلزم دول الأعضاء بان تعمل على أن يكون التوقيع الإلكتروني الموثق المستند إلى شهادة التوثيق والذي يتم إصداره من خلال تقنيات تضمن له الثقة والأمان.

1– تتوفر فيه المتطلبات القانونية للتوقيع بالنسبة للمعطيات الإلكترونية، بنفس الطريقة التي يوفرها التوقيع الكتابي المكتمل الشروط بالنسبة للمحرر الكتابي.
2– يكون مقبولا كدليل إثبات كامل أمام القضاء حيث يمنح الحجية المقررة للتوقيع الخطي.

– القانون الفرنسي: ادخل قانون 13– مارس 2000 تعديلات جذرية وضرورية على مواد القانون المدني المتعلقة بالإثبات، وفي مجال اثر التوقيع الإلكتروني فقد جاء التعديل على المادة 1326 في عبارة التوقيع بخط اليد لتصبح التوقيع بواسطة الشخص وذلك ليلغي كل تفرقة بين التوقيع الخطي والتوقيع فالإمضاء هو الذي يمكن إصداره بخط اليد لكن التوقيع الالكتروني بواسطة الشخص بحيث يشمل التوقيع الخطي والتوقيع الإلكتروني بكافة أشكاله، وهذا يعني أن التوقيع الإلكتروني له نفس الآثار القانونية المترتبة على الإمضاء الخطي دون تمييز بينهما من حيث الآثار القانونية.

– القانون المصري: بالنسبة لمشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري فالمادة الرابعة منه تنص على انه:" *يعتبر التوقيع الالكتروني توقيعا في مفهوم قانون الإثبات و يتمتع بالحجية المقررة للتوقيع العادي على أن يستوفي الشروط والأوضاع المقررة في اللائحة التنفيذية* "[98].

الفرع الثاني
أثر التوقيع الإلكتروني على المحرر الإلكتروني

في هذا الفرع نبين أثر التوقيع الإلكتروني على المحرر الإلكتروني من حيث قدرته على إيفاء متطلبات التشريعات النافذة التي ترتب آثارا على وجود التوقيع على المستندات من حيث الوجود (أولا) والعدم (ثانيا).

أولا– في حالة وجود التوقيع

بعض التشريعات النافذة قد ترتب أثرا معينا على وجود التوقيع العادي أيا كانت صورته على أيّ مستند كان مثل إلزام الشخص بذلك التوقيع وبالتالي إقراره بمضمون السند وبما فيه من حقوق والتزامات وكذلك قد ينصرف أثره، بحيث يكون ملزما للغير بما ورد فيه ويرتب أثره في مواجهته. إذا كان التشريع يرتب أثرا على وجود التوقيع على السند فان هذا التوقيع يعطي أثرا واضحا فبالتوقيع يكون لهذا المستند قوة السند العادي في الإثبات وتكون له الحجية القانونية المترتبة له. وبناءا على ذلك فان أي محرر الكتروني يحمل توقيعا إلكترونيا حسب الشروط والأوضاع المنصوص عليها يرتب نفس الأثر القانوني ويفي بمتطلبات التشريع النافذ الذي يرتب أي اثر على التوقيع العادي الموجود على المستند العادي.

98– مناني فراح، المرجع السابق، ص– ص123–147.

ثانيا- في حالة خلو المحرر من التوقيع

بالإضافة إلى ترتيب اثر على وجود التوقيع على المحرر الإلكتروني فانه قد يرتب اثر على عدم وجود التوقيع على المحرر، وذلك بعدم قبوله دون التوقيع وبالتالي عدم إعطاءه أية قيمة قانونية في الإثبات، أو إعطاء حجية معينة في الإثبات رغم خلوه من التوقيع.

وعليه إذا نصّ تشريع نافذ على اثر معين لخلو المستند من التوقيع فانّ هذا الأثر يتوافر في حالة المحرر الإلكتروني الذي يخلو من التوقيع الإلكتروني، إذ يمكن اعتبار مبدأ ثبوت بالكتابة وغير ذلك من الآثار.

لابد من الإشارة إلى أن الأحكام الواردة في هذا المطلب هي أحكام غير ملزمة ويجوز الخروج عنها حسب قانون المعاملات الإلكترونية الأردني حيث أنه:" *يجوز عدم التقيد بأحكام المواد من7 . 11 من هذا القانون في أي من الحالات التالية:*

1- إذا كان تشريع نافذ يقضي إرسال أو تقديم معلومات معينة بصورة خطية إلى شخص ذي علاقة وأجاز هذا التشريع الاتفاق على غير ذلك.

2- إذا اتفق على إرسال أو توجيه معلومات معينة بالبريد الممتاز أو بالبريد العادي "[99].

المبحث الثالث

الحجية القانونية للعقد الإلكتروني

قبل مرحلة الاستعداد التشريعي من قبل عدد من الدول تمهيدا لقبولها وإقرار حجية العقد الإلكتروني ضمن شروط ومعايير معينة، بحثت العديد من المحاكم في النظم القانونية المقارنة حجية هذه العقود بحيث اختلفت الاتجاهات بشأنها[100]، وبالتالي ليكتسب أي محرر إلكتروني الحجية الكاملة بالإثبات وإمكانية مساواته بالمحررات التقليدية من حيث القوة القانونية، لابد من توافر هذا النوع من المحررات شروط معينة[101]. إذن سوف نتطرق إلى إثبات العقد الإلكتروني بالنظر للشروط المتعلقة بالسند الكتابي (المطلب الأول)، إضافة إلى إثباته بواسطة الاستثناءات القانونية المقررة على السند الكتابي (المطلب الثاني).

99- أنظر نص المادة 12 من قانون المعاملات الأردني، المرجع السابق.

100- مناني فراح، المرجع السابق، ص179.

101- محمد فواز محمد المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية: أركانه، إثباته، القانون الواجب التطبيق حمايته " التشفير"، التوقيع الإلكتروني (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن،2008، ص206.

المطلب الأول

إثبات العقد الإلكتروني بالنظر للشروط المتعلقة بالسند الكتابي

يعطي نظام الإثبات في القانون المدني أفضلية للكتابة على باقي طرق الإثبات الأخرى، وبالتالي ما يشترطه القانون لقيام سند كتابي حتى يتم قبوله في الإثبات يتمثل في أن يكون السند مكتوبا (الفرع الأول)، وأن يكون موقعا (الفرع الثاني)[102].

الفرع الأول

وجوب أن يكون الدليل مكتوبا

تعد الكتابة إحدى الأساليب المستخدمة في التعبير عن التعبير عن إرادة طرفي العلاقة، فهي تتضمن تسطير الحروف في شكل مادي ظاهر ويعبر عن معنى كامل أو فكرة مترابطة صادرة من الشخص الذي نسبت إليه[103].

يقصد بالكتابة اللازمة للإثبات حسب الفقه، المستند الأصلي. فهذا الأخير قد يكون ورقة رسمية وقد يكون ورقة عرفية، وينحصر الفارق الرئيسي من حيث الشكل، فالأولى تصدر عن موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة وان يكون مختصا في إنشاءها من حيث الموضوع والمكان، أما الثانية فهي التي لا تتوافر فيها مقومات الورقة الرسمية من حيث أنها لا تصدر عن موظف عام.

وعليه، حتى يمكن اعتبار الوثيقة الناتجة عن معاملة إلكترونية دليلا كتابيا فان ذلك يستلزم مبدئيا تركيبة لعنصري الكتابة والتوقيع، فلقد جرى العرف كما قلنا سابقا واستقر العمل على تدوين المحررات الرسمية والعرفية على الأوراق وبالحروف الخاصة بلغة المتعاقدين أو اللغة التي يعتمدانها لتحرير العقد فان اللجوء إلى تدوين المحررات على وسائط الكترونية من خلال ومضات كهربائية وتحويلها على اللغة التي يفهمها الحاسب الآلي يثير التساؤل عن مدى اعتبار المحرر الإلكتروني من قبيل الكتابة؟

بالتأكيد انه ليس هناك في القانون أو في اللغة ما يلزم بالاعتقاد في أن الكتابة لا تكون إلا على الورق، وتأكيدا لما سبق فإن الكثير من الاتفاقيات الدولية تتبنى هذا الرأي ومنها على سبيل المثال اتفاقية الأمم المتحدة الموقعة فيها بشان النقل الدولي للبضائع لسنة 1981 التي تنص المادة 13 منها على انه: فيما يخص أغراض هذه الاتفاقية ينصرف مصطلح الكتابة أيضا على المراسلات الموجهة في شكل برقية أو تلكس، لذلك يتضح أن الكتابة لا ينظر إليها من حيث ارتباطها بالدعامة أو الوسيط المستخدم في التدوين على دعامة مادية محددة، بل بوظيفتها في إعداد الدليل على وجود التصرف القانوني وتحديد مضمونها بما يمكّن الأطراف من الرجوع إليه في حالة نشوب خلاف وقد إتفق الفقه أنه حتى تقوم الكتابة

102- نور الدين الناصري، المحررات الإلكترونية وحجيتها في إثبات التصرفات المدنية والتجارية، مقال منشور في مجلة الفقه والقانون على الموقع الإلكتروني:.www.majalah.new.ma

103- محمد فواز محمد المطالقة، المرجع السابق، ص206.

بهذا الدور فلابد أن يكون الوسيط مقروءا وأن تتصف الكتابة المدونة عليه بالاستمرارية والإثبات. لذلك وحتى يمكن الاحتجاج بمضمون المحرر المكتوب في مواجهة الآخرين فان المحرر يجب أن يكون مقروءا[104] وبالتالي يجب أن يكون مدونا بحروف أو رموز معروفة ومفهومة للشخص الذي يراد الاحتجاج عليه بهذا المحرر.

فإذا ما رجعنا إلى المحررات الإلكترونية نجد انه يتم تدوينها على الوسائط بلغة الآلة لا يمكن أن يراها الإنسان بشكل مباشر وإنما لابد من إيصال المعلومات في الحاسب الآلي الذي يتم دعمه ببرامج لها القدرة على ترجمة لغة الآلة إلى اللغة المقروءة للإنسان، وعلى الرغم من ذلك، وبالنظر إلى انه يضمن قراءة هذه المحررات في جميع الأحوال باستخدام الحاسب الآلي وهو ما يعني استيفاءها للشرط المتعلق بإمكان القراءة والفهم طالما أن اللغة التي تظهر على الشاشة هي لغة مفهومة ومقروءة لأطراف العقد.

بالإضافة إلى اشتراط أن يكون المحرر الكتابي مقروءا، يشترط أيضا للاعتداد بالكتابة في الإثبات أن يتم التدوين على وسيط يسمح بثبات الكتابة عليه واستمرارها بحيث يمكن الرجوع إلى المحرر كلما كان ذلك لازما لمراجعة بنود العقد أو لعرضه على القضاء عند حدوث خلاف بين أطرافه، فإذا كانت الوسائط الورقية بحكم تكوينها المادي تسمح بتحقيق هذه الشروط فان استخدام الوسائط الالكترونية يثير التساؤل عن مدة تحقق هذا الشرط فيها حتى يمكن اعتبارها من قبيل المحررات الكتابية، وفي هذا الصدد فان الخصائص المادية للوسيط الإلكتروني قد تمثل عقبة في سبيل تحقق هذا الشرط، ذلك أن التكوين المادي والميكانيكي للشرائح الممغنطة وأقراص التسجيل المستخدمة في التعاقد عن طريق الإنترنيت تتميز بقدر من الحساسية بما يعرضها للتلف السريع عند اختلاف قوة التيار الكهربائي أو الاختلاف الشديد في درجة حرارة تزين هذه الوسائط، وهي بذلك تعد اقل قدرة من الأوراق على الاحتفاظ بالمعلومات لمدة طويلة[105].

ومع ذلك فان هذه الصعوبة الفنية قد أمكن التغلب عليها باستخدام أجهزة ووسائط أكثر قدرة وبالتالي يمكنها الاحتفاظ بالمعلومات لمدة طويلة ربما تفوق قدرة الأوراق العادية التي تتأثر هي الأخرى بعوامل الزمن وقد تتآكل بفعل الرطوبة نتيجة لسوء التخزين، ويعني ذلك أن عقبة الاحتفاظ بالمحرر المكتوب لفترة طويلة من الزمن تسمح بالرجوع إليه كلما كان ذلك لازما أمكن للتكنولوجيا الحديثة أن تتغلب عليها[106].

ويجب أيضا حتى يعتد بالدليل الكتابي في الإثبات بالإضافة إلى كونه مقروءا، ومتميزا بالثبات والاستمرارية، يجب كذلك أن لا تكون هذه الكتابة قابلة للتعديل إلا بإتلاف المحرر أو ترك اثر مادي عليه فبخصوص المحررات المدونة على الورق فانه لا يمكن تعديلها إلا بإتلافها أو إحداث تغيرات مادية يسهل التعرف عليها سواء بواسطة القراءة العادية أو من خلال الرجوع على الخبرة الفنية بخلاف الأوراق التي

104- مناني فراح، المرجع السابق، ص180 و181.

105- نور الدين الناصري، المحررات الإلكترونية وحجيتها في إثبات التصرفات المدنية والتجارية، المرجع السابق.

106- مناني فراح، المرجع السابق، ص182 و183.

تتحقق فيها هذه المواصفات، فان الكتابة على الوسائط الالكترونية من أقراص وشرائط ممغنطة تفتقد بحسب الأصل لهذه القدرة، بل أن افتقادها هو سبب تفوقها على الأوراق من ناحية الاستخدام العملي لها فالأصل في التدوين على الوسائط الإلكترونية هو قدرة كل طرف من الأطراف على تعديل مضمون المحرر وإعادة تنسيقه بالإضافة أو الإلغاء أو المحو بدون أن يظهر لهذا التعديل أي اثر مادي يمكن ملاحظته.

ويترتب على هذا الاختلاف المادي بين الأوراق والوسائط الإلكترونية أن المحرر الإلكتروني يفتقر بحسب الأصل على شرط من أهم الشروط التي تتصل بوظيفة المحرر الكتابي في الإثبات والتي تهدف إلى تحقيق الثقة في البيانات المدونة في المحرر، ومع ذلك فان التطور التكنولوجي قد وجد حلا عن طريق استخدام برامج حاسب آلي بتحويل النص الذي يمكن التعديل فيه إلى صورة ثابتة لا يمكن التدخل فيها أو تعديلها. كذلك قد أمكن حفظ المحررات الإلكترونية في صيغتها النهائية وبشكل لا يقبل التبديل من خلال حفظها في صناديق الكترونية لا يمكن فتحها إلا بمفتاح خاص يهيمن عليه جهات معتمدة من قبل الدولة، بحيث عند محاولة أطراف التعامل تعديل الوثيقة الالكترونية يؤدي ذلك إلى إتلافها أو محوها تماما.

الفرع الثاني
وجوب أن يكون الدليل موقعا

حتى يكون للسند التقليدي الحجية الكاملة في الإثبات فانه لابد أن يشتمل على توقيع من صدر عنه فالتوقيع هو الشرط الجوهري في السند الذي يقصد به إقرار الموقع لما هو موجود أو مدون في المحرر ولقد بينت القوانين العربية أنواع التوقيع التقليدي، سواء كان بالإمضاء أو الختم أو بصمة الأصبع ولم يكن التوقيع الإلكتروني من ضمن أنواع التوقيع التي أوردها المشرع العربي في قوانين الإثبات وقت إصدار تلك التشريعات. إلا انه مع التطور التكنولوجي ظهر التوقيع الإلكتروني الذي تمّ اشتراطه في مجال العقود والمحررات الإلكترونية حتى تنتج آثارها القانونية[107].

إن وجه الاختلاف الوحيد بين التوقيع العادي وبين التوقيع الإلكتروني يكمن في مدى تحقيق التوقيع للثقة التي يبني عليها المشرع حجية التوقيع في الإثبات، فان توافرت ذات الثقة في التوقيع الإلكتروني فانه يتساوى مع التوقيع التقليدي في حجيته في الإثبات، وتتعدد هذه الثقة في نوع التكنولوجيا المستخدمة في تامين التوقيع، وذلك بالاعتماد على أدوات ووسائل التشفير بالمفتاح العمومي، وعلى إصدار شهادات مصادقة إلكترونية من هيئات معترف بها تتمثل في أفراد أو شركات أو جهات مستقلة محايدة تقوم بدور الوسيط بين المتعاملين لتوثيق تعاملاتهم الإلكترونية.

107- محمد فواز محمد المطالقة، المرجع السابق، ص210 و211.

لهذا فان التوقيع الإلكتروني يتفوق على التوقيع التقليدي بالنظر إلى أن استيفاء من شخصية صاحب التوقيع يتم بشكل روتيني في كل مرة يتم فيها استخدام الرقم السري أو المفتاح الخاص، وبالتالي فانه لا مجال للانتظار حتى يحدث النزاع للبحث في مدى صحة التوقيع كما هو الشأن في اغلب الأحوال بالنسبة للمحررات الموقعة بخط اليد.

إضافة إلى ذلك، يتم اللجوء إلى التقنية المستخدمة في تامين التوقيع الرقمي عن طريق الرقم الخاص المعتمد من طرف جهة التوثيق التي تتولى إصدار المفتاح الخاص للربط بين التوقيع وبين المحرر وتأمينها من التعديل حتى يختلط المحرر بالتوقيع على نحو لا يمكن فصله ولا يمكن لأحد غير صاحب المحرر المدون على هذا النحو من التدخل بتعديل مضمونه، وبهذا يكون في يد كل طرف من أطراف العقد النسخة المحررة والموقعة من الطرف الآخر والتي يمكنه تقديمها كدليل كتابي كامل في الإثبات.

بالرغم من إمكانية الربط بين المحرر وبين التوقيع وتأمينها من التلاعب فيهما فإننا نتحفظ على ذلك بان قبول المحرر الالكتروني كدليل كتابي يقتضي في بادئ الأمر أن يقرر القاضي مدى كفاءة التقنية المستخدمة في استيفاء الشروط التي تؤهل التوقيع للقيام بدوره في الإثبات، وهو ما يضعف من قوة المحرر الإلكتروني ويؤدي إلى تهديد الثقة التي يجب توفيرها للمتعاملين به[108].

المطلب الثاني

إثبات العقود الإلكترونية بواسطة الاستثناءات القانونية المقررة على السند الكتابي

تعرفنا في المطلب السابق على الشروط الواجب توافرها في الدليل الكتابي حتى يمكن الاعتداد به في الإثبات، وعلى الرغم من أن القاعدة العامة في إثبات التصرفات القانونية المدنية تقيد وجوب إثباتها كتابة إذا تجاوزت قيمة التصرف نصاب محدد ب100.000 دينار جزائري وفقا لنص المادة 333 من القانون المدني الجزائري المنصوص عليها سابقا، وهذا الحال بالنسبة للمشرع المغربي بقيمة 250 درهم حسب مقتضيات القانون المغربي في الفصل 443 منه.

إلا أن كل من المشرع الجزائري والمغربي قد أوردا استثناءات على هذه القاعدة، بحيث يمكن الاستغناء عن ضرورة توافر دليل كتابي كامل والاكتفاء بأية وسيلة أخرى من وسائل الإثبات هذا بالنسبة للمشرع المغربي، أما المشرع الجزائري فاكتفى بالإثبات بالشهود فيما يجب إثباته بالكتابة وهذا بالرجوع إلى نص المادة 336 من القانون المدني. وهذه الاستثناءات قانونية من جهة (الفرع الأول)، ومن جهة أخرى اتفاقية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الاستثناءات القانونية على مبدأ وجوب الإثبات بالكتابة

108- مناني فراح، المرجع السابق، ص- ص186-188.

سنقوم من خلال هذه الفرع بعرض مدى إمكانية الاعتماد على الاستثناءات القانونية لإعطاء الحجية للعقد الالكتروني، وذلك من خلال دراسة ثلاث نقاط متمثلة في مبدأ الثبوت بالكتابة (أولا)، حالة فقدان الدليل الكتابي (ثانيا)، وأخيرا استحالة الحصول على الدليل الكتابي (ثالثا).

أولا- مبدأ الثبوت بالكتابة

يستلزم لإعمال مبدأ الثبوت بالكتابة شرطان، أولهما أن توجد كتابة وأن تكون هذه الأخيرة الموجودة على الدعامة لا تقبل التعديل أو التغيير، فإذا ما توافر كل هذا يمكن الحديث عن شرط الكتابة، أما الشرط الثاني يتمثل في وجوب صدور تلك الكتابة عمن يحتج بها عليه، فان طبيعة التعاملات الالكترونية والتي تتم عن طريق وسائط ليس لها وجود مادي، فانه تبرز صعوبة نسبة هذه الكتابة إلى الشخص المراد الاحتجاج بها ضده بالإضافة إلى الحالة التي ينكر فيها الشخص الكتابة التي صدرت منه، فلا يوجد من الوسائل ما يمكن أن تبرهن على أن هذه الكتابة قد صدرت منه فعلا وذلك بخلاف الكتابة التقليدية التي تتم على محرر مادي ملموس يمكن أن يحتج به بكل سهولة إذا ما كان موقعا منه أو مكتوبا بخط يده أو ينوب عنه.

لهذا نؤيد بعض الفقه الذي يذهب إلى استبعاد التعاملات الإلكترونية من إعطاءها صفة بداية حجة كتابية، وتفنيدا لما ذهب إليه بعض الفقه من إمكان إعطاء المحررات الإلكترونية تلك الصفة بشرط أن تكون موقعة الكترونيا ممن صدرت عنه[109].

ثانيا- حالة فقدان الدليل الكتابي

نص المشرع الجزائري على هذه الحالة من خلال نص المادة 3/336 من القانون المدني المنصوص عليها أعلاه وكذا المشرع المغربي ضمن مقتضيات الفقرة الأولى من الفصل 448 من القانون المغربي[110] وباستقراء مقتضيات هذا الفصل نتوصل إلى الشروط المتطلبة لإعطاء التعاملات الإلكترونية حجية في الإثبات، فينبغي بداية أن يثبت الشخص انه قد حصل على الدليل الكتابي الذي يقتضيه القانون مسبقا ثم ضياع هذا السند لسبب أجنبي خارج عن إرادته، إذن نستخلص أن المشرع قد تطلب وجود دليل كتابي كامل وأن كلا الطرفين قد بذلا جهدهما من اجل هذا ولم يتوانا عن توفير الشروط المتطلبة قانونا لهذا ومع عدم توافر شروط الدليل الكتابي في المحرر الإلكتروني أصلا لا يمكننا الحديث هنا عن إعمال هذا الاستثناء[111].

ثالثا- استحالة الحصول على الدليل الكتابي

109- نور الدين الناصري، المحررات الإلكترونية وحجيتها في إثبات التصرفات المدنية والتجارية، المرجع السابق.

110- الفقرة الأولى من الفصل 448 من قانون الالتزامات والعقود المغربي.

111- مناني فراح، المرجع السابق، ص190.

أشار المشرع الجزائري إلى هذه الحالة في الفقرة الثانية من المادة 336 من القانون المدني، أما المشرع المغربي تطرق إلى ذلك في مقتضيات الفقرة الثانية من الفصل 448 ، ويتضح لنا أن القانون حينما يفترض الكتابة في الإثبات إنما يفترض إمكان الحصول على دليل كتابي، فإذا كانت هناك ظروف تحول دون ذلك، فان الشهادة تجوز في الإثبات نزولا على ما يقتضيه العقل وتوجب العدالة، وتعتبر هذه الحالة تطبيقا للقاعدة العامة"انه لا يكلف شخص بمستحيل".

وينبغي أيضا لإعمال هذا الاستثناء أن يكون السبب المانع خارج عن إرادة الشخص وليس له دور في حدوثه و أن يعمل كل ما في وسعه للحصول على الدليل لكن كل محاولاته قد باءت بالفشل.

وبالرجوع لبعض المواقف الفقهية التي اعتبرت أن الطبيعة المادية للوسائط الإلكترونية قد تكون مانعا يجيز الإثبات بكافة الوسائل، فإنها تبقى محل نظر لعدة أسباب أهمها أن العادة أو الطبيعة المادية للوسائط الالكترونية لا تصل إلى درجة الاستحالة، لأن الانترنيت لا يعتبر الطريق للتعاقد، وإرادة المتعاقد تبقى بارزة ومحل اعتبار مع علمها المسبق ووعيها التام بصعوبة الحصول على دليل يثبت التعاقدات التي سيقوم بإبرامها.

نستخلص مما سبق أن اللجوء إلى الاستثناءات الواردة على مبدأ الإثبات الكتابي والتسلل منه يؤدي إلى إهدار المبدأ الأصيل لتعميم الاستثناء ليحل محل هذا المبدأ في جميع المعاملات التي تتم عبر وسائل الاتصال الحديثة[112].

الفرع الثاني

الاستثناءات الاتفاقية على مبدأ وجوب الإثبات بالكتابة

من المعلوم أن قواعد الإثبات تنقسم إلى شقين أساسيين، أولهما القواعد الإجرائية وثانيهما القواعد الموضوعية المنظمة لمحل الإثبات وعبئه وطرقه وحجيته.

ولا شك أن القواعد الإجرائية في الإثبات بقسميها المدني والجنائي متعلقة بالنظام العام، فلا يجوز الاتفاق على مخالفة أحكامها، أما فيما يتعلق بالقواعد الموضوعية في الإثبات فهناك اختلاف فقهي فيه فجانب يرى أنه غير متعلق بالنظام العام أي أن كل اتفاق بتعديل هذه القواعد يعد اتفاقا صحيحا نافذا. وهناك جانب آخر يرى أن قواعد الإثبات تنقسم إلى ثلاث أقسام: أولا قبول أدلة الإثبات ثانيا عبء الإثبات وثالثا حجية دليل الإثبات، فهذا يفتح المجال للأطراف بالاتفاق على قبول الأدلة التي يرتضونها كإحلال شهادة الشهود محل الكتابة إذا كانت مطلوبة، وبخصوص عبء الإثبات وحجية دليله وحدود هذه الحجية وطرق إنكارها وكذا إثبات عكسها مع ضرورة وصلها بالنظام العام وإخضاعها للسلطة التقديرية للقاضي بهدف إحقاق الحق وإبطال الباطل وإعطاء الحق لأهله، وما يؤيد به هذا الاتجاه هو انعدام بيض المبادئ العامة في ميدان الإثبات كعدم جواز اصطناع الشخص دليلا لنفسه كما أن الاتفاق لا ينبغي أن

112- نور الدين الناصري، المحررات الإلكترونية وحجيتها في إثبات التصرفات المدنية والتجارية، المرجع السابق.

يصل إلى درجة حرمان احد طرفيه من حقه في ما يدعيه كليا أو إعطاء دليلا يملكه احد الأطراف حجة قاطعة.

وتعقيبا على رأي الجانب المعارض لفكرة تعلق قواعد الإثبات الموضوعية بالنظام العام محيلا في ذلك على رأي غالبية الفقه والقضاء في فرنسا ومصر بالرغم من صراحة النص في كلا التشريعين من خلال المادة 1341 من التقنين المدني الفرنسي ويقابلها نص المادة 60 من قانون الإثبات المصري والذي ينص على ما يلي: " في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على مائة جنيه، أو كان غير محدد القيمة، فلا تجوز شهادة الشهود في إثبات وجوده أو انقضائه، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك "[113].

بالرغم من عدم ربط قواعد الإثبات الموضوعية بشكل عام في مصر وفرنسا بالنظام العام، إلا أنها تمتلك من القواعد القانونية ما تستطيع به حماية إرادة الطرف الضعيف وإرادة المستهلك بشكل عام يجنبها التعسف في فرض الشروط. فجاء مضمون المادة 149 من القانون المدني المصري والتي تعطي للقاضي سلطة تقدير مدى تعسفية الشرط من عدمه مع إمكانية تعديل هذه الشروط أو إعفاء الطرف الضعيف منها، كما أن نص المادة 443 من القانون المغربي توحي بأن مقتضياتها تتعلق بالنظام العام باعتبار أن المشرع أورد كلمة يلزم و هي توحي بالوجوب[114].

ومن كل ما سبق ذكره نخلص إلى تبني الرأي الفقهي الذي يربط قواعد الإثبات الموضوعية بالنظام العام نظرا لما تحققه من حماية للطرف الضعيف، بحيث يمكن للقاضي تعديل أو إلغاء الشروط التعسفية التي يتضمنها العقد. فعلى سبيل المثال التعامل عن طريق الشبابيك الأوتوماتيكية والتي تشترك البنوك في عقودها مع زبائنها على إعطاء ذلك الشريط الورقي حجية قاطعة ومطلقة تفوق حجية المحررات العرفية وهذا ما يسلب القاضي سلطته في تقدير قيمة الأدلة المتنازع فيها[115].

خاتمة

113- نور الدين الناصري، المحررات الإلكترونية وحجيتها في إثبات التصرفات المدنية والتجارية، المرجع السابق.

114- أنظر نص المادة 443 من قانون الالتزامات والعقود المغربي.

115- مناني فراح، المرجع السابق، ص193.

في مجال الإثبات، المدعي مطالب بإثبات الحق المدعى به، والمدعى عليه مطالب بنفي الدعوى المقامة ضده، وعليه يسعى القاضي جاهدا لإثبات ذلك الحق أو نفيه للفصل في الخصومة، ونظرا للتطور العلمي الذي شهده العالم وما نتج عنه من أدلة إثبات حديثة، تبين مدى تأثير التقنية الحديثة على القانون.

ومع ظهور المعلومات الإلكترونية كان لابد على التشريعات المختلفة أن تتماشى وتتواكب مع هذا التطور الملحوظ نتيجة بروز أدلة إثبات حديثة ولاسيما التشريع الجزائري الذي وقف ساكنا دون سد الفراغ الذي تكتسيه قوانيننا.

إنّ وسائل الإثبات الحديثة المشار إليها أنفا، تتناسب وتتشارك من حيث أنّ كل منها عبارة عن دليل جاهز ذو فعالية في مجال الإثبات، إذ أنّها تعتبر حجة على الغير، مع اعتبار أنّ هذه الوسائل أو الأدلة (البريد الإلكتروني، التوقيع الإلكتروني، العقد الإلكتروني) ثمرة من ثمار التقدم العلمي السريع.

كان على المشرع الجزائري التعامل مع هذه الأدلة من خلال سنّ قواعد قانونية تنظمها بشكل عصري وهذا نظرا لإلتزاميه التعامل بالإثبات الإلكتروني مستقبلا وتطوير التعامل القانوني والقضائي وسد الفراغ التشريعي لتحديات العصر الرقمي وإقرار نظام إثبات يعالج حجية مستخرجات الكمبيوتر والرخص المخزنة إلكترونيا وحجية البريد الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني والعقد الإلكتروني وحماية التقنية واستخدامها، والقبول بها كحجة في المنازعات القضائية عن طريق وضع نصوص صريحة في القوانين المنظمة للإثبات سواء الجنائي أو المدني حتى يتسنى للقاضي بدوره الإستناد إلى تلك الأدلة المستخرجة من الكمبيوتر أو الإنترنيت في الإثبات، طالما أنّ هذه الأدلة جاءت وليدة إجراءات مشروعة.

وآمل و في الأمل رجاء، أن يأخذ مشرعنا الجزائري هذا النقص التشريعي وتذييله بنصوص تخص إمكانية الإثبات والإعتماد على وسائل الإثبات الحديثة في القانون، إضافة إلى ذلك نرجو أن تنشأ أقسام جديدة بكليات الحقوق بالجزائر لدراسة الحماية القانونية للمعلوماتية و أدلة إثباتها.

قائمة المراجع

باللّغة العربية:

أولا – الكتب

1- الياس ناصيف، العقود الدّولية: العقد الإلكتروني في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.

2- إيهاب فوزي السقا، جريمة التزوير في المحررات الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر مصر، 2008.

3- بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الإنترنيت، ط2، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2010.

4- ثروت عبد الحميد، التوقيع الإلكتروني: ماهيته، مخاطره، وكيفية مواجهتها، مدى حجيته في الإثبات، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2007.

5- خالد ممدوح إبراهيم، التقاضي الالكتروني: الدعوى الالكترونية وإجراءاتها أمام المحاكم، دار الفكر الجامعي، مصر،2008.

6- شحاته غريب شلقامي، التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008.

7- عبد الفتاح بيومي حجازي، التوقيع الإلكتروني في النظم القانونية المقارنة، دار الفكر الجامعي مصر، (د.س.ن).

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

9- عيسى غسان ربضي، القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع الأردن 2009.

10- لورنس محمد عبيدات، إثبات المحرر الإلكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن،2005.

11- محمد حسن رفاعي العطار، البيع عبر شبكة الإنترنيت (دراسة مقارنة في ضوء قانون التوقيع الالكتروني رقم 15 لسنة 2004)، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2007.

12- محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2003.

13- محمد سعيد احمد إسماعيل، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الإلكترونية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.

14- محمد فواز محمد المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية: أركانه، إثباته، القانون الواجب التطبيق، حمايته"التشفير"، التوقيع الإلكتروني (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع الأردن، 2008.

15- محمود عبد الرحيم الشريفات، التراضي في تكوين العقد عبر الإنترنيت (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.

16- مناني فراح، أدلة الإثبات الحديثة في القانون، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2008.

17- منير محمد الجنبيهي وممدوح محمد الجنبيهي، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، مصر، (د. س. ن).
18- ناهد فتحي الحموري، الأوراق التجارية الإلكترونية (دراسة تحليلية مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.
19- نسرين عبد الحميد نبيه، الجانب الإلكتروني للقانون التجاري: النقود الإلكترونية، التجارة الإلكترونية، العقود الإلكترونية، التوقيع الإلكتروني والبصمة الإلكترونية، منشاة المعارف، مصر 2008.
20- نضال إسماعيل برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن 2005.

ثانيا: المذكرات

1- برني نذير، العقد الإلكتروني على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2006.

2- كميني خميسة ومنصور عزالدين، الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني، مذكرة التخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2008.

ثالثا: النصوص القانونية

1- الأمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر1975، يتضمن القانون المدني المعدل و المتمم، ج.ر.ع 78 مؤرخة في 30 سبتمبر1975.
2- الأمر رقم 75-59 مؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر1975، يتضمن القانون التجاري المعدل و المتمم، ج.ر.ع101 مؤرخة في 9 فبراير2005.
3- قانون الأنسيترال النموذجي بشان التوقيعات الإلكترونية، الصادر سنة 2001.
4- التوجيه الأوروبي للتوقيعات الالكترونية رقم 93-1999، الصادر في 13 ديسمبر1999.
5- قانون رقم 230، المتعلق بإدخال تكنولوجيا المعلومات المتعلقة بالتوقيع الالكتروني، الصادر بتاريخ 13 مارس 2000، المعدل للقانون المدني الفرنسي.
6- قانون رقم 15-04، المتعلق بتنظيم التوقيع الإلكتروني وإنشاء هيئة صناعة تكنولوجيا المعلومات ج.ر.م.ع.17 المؤرخة في 22 أفريل 2004.
7- قانون رقم 85، المتضمن قانون المعاملات الأردني، المؤرخ في 11 ديسمبر 2001.
8- قانون الالتزامات والعقود المغربي.

رابعا: مواقع الانترنيت

1- خالد ممدوح إبراهيم، حجية البريد الإلكتروني في الإثبات، البوابة القانونية، شركة خدمات المعلومات التشريعية ومعلومات التنمية، مصر، الموقع: ④⑥ 0 ⑩ ⑨ 0 3 3 3

2-نادر شافي، التوقيع الإلكتروني : الاعتراف التشريعي به وتعريفه القانوني وشروطه وأنواعه والمصادقة عليه، الجيش اللبناني سنة 2007، الموقع : www.lebarmy.gov.lb
3- نور الدين الناصري، المحررات الإلكترونية وحجيتها في إثبات التصرفات المدنية والتجارية، مقال منشور في مجلة الفقه والقانون على الموقع الإلكتروني : www.majalah.new.ma
4- يونس عرب، العالم الإلكتروني، الوسائل والمحتوى والمزايا والسلبيات، اتحاد المصارف العربية 2001، الموقع : www.arablaw.org

باللّغة الفرنسية:

1- F.Colantonio, La protection du secret des courriers électroniques en Belgique Aspect technique des criminology, 2002.
2- P.Breese et G.kaufman, guide juridique de l'internet et du commerce Électronique, vuibert, 2000.

الفهرس

إهداء

قائمة المختصرات

مقدمة.....1

الفصل الأول: ماهية أدلة الإثبات الحديثة في القانون.....**3**

المبحث الأول: ماهية البريد الإلكتروني.....**3**

المطلب الأول: مفهوم البريد الإلكتروني.....4
الفرع الأول: نشأة البريد الإلكتروني.....4
الفرع الثاني: تعريف البريد الإلكتروني.....5
الفرع الثالث: أشكال البريد الإلكتروني.....6
أولا: البريد الالكتروني المباشر 6
ثانيا: البريد الالكتروني الخاص.....7
ثالثا: مزود خدمات الخط المفتوح.....7
رابعا: مقدم خدمات الدخول إلى الإنترنيت.....7
المطلب الثاني: طريقة عمل البريد الإلكتروني وملكيته.....7
الفرع الأول: طريقة عمل البريد الإلكتروني.....7
أولا: المنح.....7
ثانيا: الاختيار 7
الفرع الثاني: ملكية البريد الإلكتروني.....9
المبحث الثاني: ماهية التوقيع الإلكتروني.....10
المطلب الأول: مفهوم التوقيع الإلكتروني.....11
الفرع الأول: نشأة التوقيع الإلكتروني.....11
الفرع الثاني: تعريف التوقيع الإلكتروني و تمييزه عن التوقيع التقليدي.....11
أولا: تعريف التوقيع الإلكتروني.....11
ثانيا: تمييز التوقيع الإلكتروني عن التوقيع التقليدي.....13
الفرع الثالث: شروط التوقيع الإلكتروني.....14
أولا: تحديد هوية الموقع.....14
ثانيا: أن يكون التوقيع محدد و محفوظ في ظروف تضمن سلامته.....14
ثالثا: أن يكون التوقيع مقروءا بصورة مستمرة.....15
رابعا: اتصال التوقيع بالسند 15
الفرع الرابع: أشكال التوقيع الإلكتروني.....15
أولا: التوقيع اليدوي المرقم.....15
ثانيا: التوقيع الإلكتروني بواسطة الرقم السري في البطاقات الممغنطة.....16
ثالثا: التوقيع البيومتري 16
رابعا: التوقيع الرقمي.....16

خامسا: التوقيع بالقلم الإلكتروني.....16
المطلب الثاني: الضوابط الفنية والتقنية للتوقيع الإلكتروني.....17
الفرع الأول: مميزات التوقيع الإلكتروني.....17
أولا: الخصوصية.....18
ثانيا: التعرف على المستخدم.....18
ثالثا: وحدة البيانات.....18
رابعا: عدم القدرة على الإنكار.....18
الفرع الثاني: سلطات المصادقة على التوقيع الإلكتروني.....18
أولا: الشروط القانونية لمزودي خدمات التصديق.....19
ثانيا: مسؤولية سلطات التصديق.....19
المبحث الثالث: ماهية العقد الإلكتروني.....20
المطلب الأول: مفهوم العقد الإلكتروني.....21
الفرع الأول: نشأة العقد الإلكتروني.....21
الفرع الثاني: تعريف العقد الإلكتروني وخصائصه.....22
أولا: تعريف العقد الإلكتروني.....22
ثانيا: خصائص العقد الإلكتروني.....22
الفرع الثالث: الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني.....24
الفرع الرابع: أشكال العقود الإلكترونية.....24
المطلب الثاني: انعقاد العقد الإلكتروني.....26
الفرع الأول: الإيجاب في العقد الإلكتروني.....26
الفرع الثاني: القبول في العقد الإلكتروني.....27
الفرع الثالث: زمان انعقاد العقد الإلكتروني.....28
أولا: نظرية إعلان القبول.....28
ثانيا: نظرية تصدير القبول.....29
ثالثا: نظرية تسلم القبول.....29
رابعا: نظرية العلم بالقبول.....29
الفرع الرابع: مكان انعقاد العقد الإلكتروني.....30

الفصل الثاني: الحجية القانونية لأدلة الإثبات الحديثة.....31

المبحث الأول: الحجية القانونية للبريد الإلكتروني.....31
المطلب الأول: حجية البريد الإلكتروني غير الموقع.....31
الفرع الأول: حجية البريد الإلكتروني في المواد التجارية والمختلطة.....31
أولا: في المواد التجارية.....32
ثانيا: في المواد المختلطة 32
الفرع الثاني: حجية البريد الإلكتروني في المواد المدنية.....33
أولا: الاتفاق المسبق بين الأطراف على حجية رسائل البريد الإلكتروني.....33
ثانيا: التصرفات القانونية التي لا تتجاوز النصاب القانوني.....33
ثالثا: الاعتداد برسالة البريد الإلكتروني في الإثبات من خلال الاستثناءات على قاعدة وجوب الدليل الكتابي.....34
المطلب الثاني: حجية البريد الإلكتروني المذيل بتوقيع إلكتروني والموصى عليه.....35
الفرع الأول: حجية البريد الإلكتروني المذيل بتوقيع إلكتروني.....35
الفرع الثاني: حجية البريد الإلكتروني الموصى عليه.....36
المبحث الثاني: الحجية القانونية للتوقيع الإلكتروني.....38
المطلب الأول: شروط إضفاء الحجية على التوقيع الإلكتروني.....38
الفرع الأول: الشروط الموضوعية المطلوبة في التوقيع الإلكتروني.....38
أولا: التوثيق.....38
ثانيا: الصفات الواجب توافرها في التوقيع الإلكتروني.....40
الفرع الثاني: الشروط الشكلية المطلوبة في التوقيع الإلكتروني.....40
أولا: أن يتم التوقيع خلال سريان شهادة التوثيق.....40
ثانيا: أن تكون شهادة التوثيق معتمد.....41
المطلب الثاني: أثر التوقيع الإلكتروني في الإثبات.....42
الفرع الأول: الأثر القانوني العام للتوقيع الإلكتروني.....42
أولا: إلزام التوقيع الإلكتروني لصاحبه.....42
ثانيا: موقف بعض القوانين من اثر التوقيع الإلكتروني.....42
الفرع الثاني: أثر التوقيع الإلكتروني على المحرر الإلكتروني.....43
أولا: في حالة وجود التوقيع في المحرر 43
ثانيا: في حالة خلو المحرر من التوقيع.....44
المبحث الثالث: الحجية القانونية للعقد الإلكتروني.....44

المطلب الأول: إثبات العقد الألكتروني بالنظر للشروط المتعلقة بالسند الكتابي.....**45**
الفرع الأول: وجوب أن يكون الدليل مكتوب.....**45**
الفرع الثاني: وجوب أن يكون الدليل موقعا.....**47**
المطلب الثاني: إثبات العقود بواسطة الاستثناءات القانونية المقررة على السند الكتابي.....**48**
الفرع الأول: الاستثناءات القانونية على مبدأ وجوب الإثبات بالكتابة.....**49**
أولا: مبدأ الثبوت بالكتابة.....**49**
ثانيا: حالة فقدان الدليل الكتابي.....**49**
ثالثا: استحالة الحصول على دليل كتابي.....**50**
الفرع الثاني: الاستثناءات الاتفاقية على مبدأ وجوب الإثبات بالكتابة.....**51**

الخاتمة.....**52**
قائمة المراجع.....**53**
الفهرس.....**56**