الإثبات الالكتروني في المعاملات المدنية و التجارية

المقدمة:

الحمد لله الذي علم بالقلم، علم الإنسان ما لم يعلم، و صل اللهم على سيدنا محمد و على آله و صحابته أجمعين و سلم ... و بعد

لعل أفضل تعبير يمكن إطلاقه اليوم على هذا العالم في خضم ما أفرزته التطورات التكنولوجية هو مصطلح العالم الوهمي أو العالم الرقمي حيث صار كما يقال عنه قرية صغيرة بفعل وجود وساءل اتصالات جعلت التواصل بين أبعد نقطتين فيه أيسر مما لم يكن العقل البشري يتصوره قبل سنوات مضت، و صار من الممكن جدا أن يكون ضمن هذا التواصل إصدار كثيرا من التصرفات القانونية كإبرام العقود التي تتم بواسطة الأنظمة الرقمية بين طرفين يتواجدان في منطقتين مختلفتين في البلد الواحد أو في بلدين مختلفين.

و في غمار البحث عن وسائل تشريعية تعنى بتأطير قانوني لهذه المعاملات تعد نظرية الإثبات بوجه عام من أهم ما تطرقت إليه التشريعات القانونية المختلفة و يدخل ضمن هذا الإطار الإثبات في المعاملات التي تتم بالوسائل الإليكترونية أي المعاملات التي أضفت عليها الحداثة تطورا تكنولوجيا راقيا إلى حد أن صار من المتعذر على مختلف المشرعين في الدول تقفي أثر تطورها و تنظيمها تنظيما محكما بما لا يدع مجالا للشك في حجيتها و قوة ثبوتيتها أمام القضاء.

و في مذكرتنا هته سنحاول التطرق إلى موضوع له صلة بالأهيمة التي يكتسيها التقنين في التعاملات الحاصلة بواسطة الوسائل الإليكترونية مثل التعامل بالإنترنت و الفاكس و التلكس و بطاقات الائتمان و الحافظات الاليكترونية و بطاقات السحب الإليكترونية و غيرها من الوسائل الحديثة التي أفرزها التطور التكنولوجي في العصر الحديث، و يكتسي ذلك أهمية أكبر بالنظر إلى مدى إمكانية إثباتها في حال النزاع أمام القضاء، و هذا هو موضوع مذكرتنا التي جاء تحت عنوان: الإثبات الإليكتروني في المعاملات المدنية و التجارية دراسة مقارنة.

و يعتبر من بين أهم الأسباب و الدوافع التي أدت بنا إلى وضع أيدينا على هذا الموضوع نوعين من الأسباب:

الأول: أسباب نفسية

- و تتصل هذه الأسباب اتصالا وثيقا بحبنا للموضوع من بين الكثير من المواضيع المطروحة للنقاش و التعمق.
- كذلك حاجتنا إلى فهم أكثر توسعا و إثراء رصيدنا المعرفي فيما يخص موضوع الإثبات المتعلق بالمعاملات بواسطة الوسائل الإليكترونية.

الثاني: أسباب واقعية

- تتمثل أساسا في واجب اختتام مشوارنا الدراسي و تذييله بمذكرة.
- فإن كان و لابد فالأفضل أن نواكب التطور الحاصل في هذا العصر المسمى بعصر الرقميات و البحث فيه و التقصي في جانبه القانوني و على الأخص الجزئية المتعلقة بالإثبات الإليكتروني.
- ثم إننا في بحثنا هذا نتوخى تزويد مكتبتنا بمرجع قد يعتمد عليه لاحقا في البحوث التي سيجريها غيرنا من طلبة الأجيال القادمة.

و نشير إلى أن هذا البحث كان قد تطرق إليه بعض الباحثين بالدراسة حيث أننا نجد القاضي برني ندير قد سبقنا في مذكرته لنيل إجازة التخرج من المدرسة الوطنية للقضاء التي جاءت تحت عنوان "العقد الإليكتروني على ضوء القانون المدني الجزائري" و الباحثة مناني فرح في كتابها "العقد الاليكتروني" غير أن هذه البحوث قد جاءت بصيغة شاملة على عكس ما حاولنا نحن التفصيل فيه في مذكرتنا هته التي تناولنا فيها جزئية هامة تتمثل في الإثبات في موضوع العقود الإليكترونية.

و في أثناء دراستنا واجهتنا عدة صعوبات كان أهمها أن التفصيل في موضوع كهذا يتطلب وقتا كبيرا ثم إن عامل التطور التكنولوجي المتسارع و الذي لم تواكبه تطورات تشريعية مماثلة جعلنا نتصادم في فهمنا للمعاملات المبرمة بواسطة الوسائل التكنولوجية مع تقنين هذه المعاملات تشريعيا. و هناك صعوبة تعد من الأهمية بما كان أننا في دراستنا هته اعتمدنا المراجع الإليكترونية أكثر من اعتمادنا المراجع التقليدية.

و لعل المطلع على ما أسلفنا ذكره و المتمعن فيه سيلاحظ جليا أن ثمة إشكالية تطرح نفسها أمام الواقع الذي أحدثته العصرنة من تطورات كبيرة في ميدان الاتصالات و المعاملات بواسطة الوسائل الإليكترونية من جهة و مدى مواكبة التقنينات الحديثة لهذه التعاملات من جهة أخرى و أن هذه الإشكالية تتجزء في موضوع مذكرتنا إلى التساؤلات التالية:

الإثبات الالكتروني في المعاملات المدنية و التجارية

– إذا كانت التقنيات تعترف بالوسائل التقليدية المعروفة في الإثبات فماذا نعني بالوسائل الإليكترونية في المعاملات المدنية و التجارية و إلى أي مدى يمكن الاستدلال بالعقود المبرمة بالوسائل الإليكترونية و هل لها حجية في الإثبات أمام القضاء في التشريعات المقارنة و ما مدى استجابة المشرع الجزائري في تقنين الوسائل الإليكترونية في الإثبات في المعاملات المدنية و التجارية؟

و في محاولتنا للإجابة عن هذا التساؤل حاولنا دراسة الموضوع معتمدين في ذلك على المنهج التحليلي الوصفي في الفصل الأول من هذا البحث و ذلك لحاجتنا لتوضيح المفاهيم التي لابد من الإلمام بها حتى إذا انتقلنا إلى الفصل الثاني من هذا البحث اعتمدنا على المنهج المقارن و ذلك من أجل توضيح ما آلت إليه أهم التشريعات في بعض الدول من جهة و تبيين مدى ما وصل إليه القانون الجزائري في هذا الخصوص. حيث كانت خطة البحث قد وضعت على الشكل الآتي:

مقدمـة

الفصل الأول: الإثبات التقليدي و الإثبات الإليكتروني

المبحث الأول :الإثبات بوجه عام

المطلب الأول: ماهية الإثبات وأهميته

– الفرع الأول: تعريف الإثبات

– الفرع الثاني :أهمية الإثبات

المطلب الثاني :أدلة الإثبات

– الفرع الأول: الكتابة ،الشهادة و القرائن

– الفرع الثاني: الإقرار، اليمين،الخبرة و المعاينة

المبحث الثاني :حجية العقد الالكتروني في الإثبات

المطلب الأول: جزاء الاخلال بالالتزام قبل التعاقد والمشاكل التي يفرزها العقد الالكتروني

– الفرع الأول: جزاء الإخلال بالالتزام قبل التعاقد الالكتروني

– الفرع الثاني: التحايلات التي تنجم عن إبرام العقود الالكترونية

المطلب الثاني: إثبات العقد الالكتروني

- الفرع الأول: إثبات العقد الالكتروني بالنظر للشروط المتعلقة بالسند الكتابي

- الفرع الثاني: الأشكال المتعددة في إثبات العقد الالكتروني

الفصل الثاني: موقف التشريعات المقارنة

المبحث الأول :موقف التشريعات الغربية و العربية و القانون النموذجي الموحد

المطلب الأول: موقف بعض التشريعات الغربية و العربية

- الفرع الأول: موقف التشريعات الغربية

- الفرع الثاني : موقف التشريعات العربية

المطلب الثاني : القانون النموذجي الموحد الخاص بالتوقيع الالكتروني

- الفرع الأول: نطاق تطبيق القانون النموذجي الموحد

- الفرع الثاني: إشكالية تمييز أشكال التوقيع الإليكتروني

المبحث الثاني: موقف المشرع الجزائري

المطلب الأول: الكتابة في الشكل الإلكتروني وحجيته في الإثبات على ضوء القانون المدني الجزائري

- الفرع الأول: تحديد مفهوم الكتابة

- الفرع الثاني : القوة الثبوتية للكتابة في التشريع الالكتروني

المطلب الثاني :التوقيع الالكتروني على ضوء القانون الجزائري

- الفرع الأول: تعريف التوقيع الإليكتروني

- الفرع الثاني: حجية التوقيع الإليكتروني في الإثبات

خاتمـة

الإثبات الالكتروني في المعاملات المدنية و التجارية

المبحث الأول

الإثبات بوجه عام

تمهيد:

تعد نظرية الإثبات من النظريات القانونية البحتة التي نظمها البحث واعتمدتها مختلف التشريعات ،فنظرية الإثبات هي نظرية تقليدية ذاع صيتها في الوسط القانوني نظمها العديد من أنصار الفقه الحديث والتقليدي ،كما أن هذه النظرية تعتبر لبنة طورت القانون وزادت من المسائل التي يعالجها بصفة عامة.

في مبحثنا هذا الذي قسمناه إلى مطلبين يتعلق الأول بماهية الإثبات أما الثاني فخصصناه إلى الوسائل المختلفة للإثبات على ضوء قانوني المعاملات المدنية و التجارية نشير إلى أن مبحثنا هذا أخذناه على وجه العموم تمهيدا للموضوع الرئيس في المذكرة ألا و هو الإثبات الإليكتروني.

الإثبات الالكتروني في المعاملات المدنية و التجارية

المطلب الأول

ماهية الإثبات و أهميته

بمجرد ذكر كلمة الإثبات نلاحظ ارتباطها بكلمة "الحق" ويعد الحق من الأسس التي يقوم عليها القانون بصفة خاصة،هذا الأمر جعل الإثبات القانوني يقفز إلى المراتب الأولى في مجال الدراسات القانونية.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن مصطلح الإثبات لا يستعمل فقط في المجال القانوني بل أن الإثبات هو موضوع شامل لكل العلوم الإنسانية فهو بصفة عامة تأكيد وجود أو صحة أمر بأي دليل أو برهان ،من خلال هذا التعريف المختصر يمكننا التمييز بين الإثبات القانوني أو القضائي وبين الإثبات غير القضائي ،والذي يشمل مختلف العلوم،فالعالم في مجال الأحياء، والباحث في مختلف مجالات المعرفة كالمؤرخ ،فهو غير مقيد،بل يمكنه اللجوء إلى مختلف الأدلة والاستنتاجات والمستندات ،أو أي طريق آخر لتأكيد صحة بحثه،وقد غلب على العلم في تطوراته الأخيرة إلى وجوب أن تكون أدلته تجريبية ،فالإثبات بصفة عامة لا يخضع للقيود التي يخضع لها الإثبات القضائي والذي يتم بوسائل محددة قانونا [1].

الفرع الأول : تعريف الإثبات

إن المقصود بكلمة الإثبات هو مقصود عام متصل بمختلف العلوم يمكن تحديده في علم القانون ،وذلك بتناوله في ثلاثة معاني رئيسية من خلالها يمكن استخلاص المعنى الحقيقي لمصطلح الإثبات وعناصره الأساسية التي تساعدني في دراسته وهذه المعاني تتمثل في المعاني اللغوية والفقهية والقانونية .

الفقرة الأولى: تعريف الإثبات بمعناه اللغوي

إن مصطلح الإثبات مأخوذ من قول ثبت الشيء ثبوتا من باب دخل إذ دام واستقر.

- ويقال ثبت في المكان يثبت ثبوتا فهو ثابت إذ قام به.

-كما يقال :أثبته وثبته أو أثبت الشيء أقرّه والأمر حقّقه وصحّحه والحق أقام حجته .

- والثبت بسكون الباء:الشجاع الثابت القلب والعاقل الثابت الرأي.

-والثبت بفتح الباء: الحجة الصحيفة يثبت فيها الأدلة[2].

[1] الدكتور محمد حسن قاسم ،قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية ،منشورات حلبي الحقوقية ،الطبعة الأولى ،ص7.
[2] الدكتور أحمد فراج حسين ،أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي،دار الجامعة الجديدة للنشر،طبعة2004،ص07.

– ويقال لا أحكم بهذا إلا بتثبيت أي بحجة.

– والقول الثابت أي صحيح من قوله تعالى:" يُثَبِّتُ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا بِالْقَوْلِ الثَّابِتِ فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَفِي الْآخِرَةِ "[1].وكله من الثبات [2].

الفقرة الثانية: تعريف الإثبات بمعناه الفقهي

هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددتها الشريعة الإسلامية على حق أو واقعة تترتب عليها آثار،كما هو ذلك الفعل الصادر من المدعي،ليؤكد بمقتضاه على صحة دعواه،ومن خلال التعريف يمكن استخلاص بعض المبادئ المقيدة للإثبات :

1.إقامة الدليل وهو كل برهان يؤكد به المدعي صحة إدعائه .

2.وجوب إقامة هذا الدليل أمام القضاء فلا يؤخذ بالأدلة التي لا تقام أمام القضاء.

3. وجوب تقديم الدليل بالطرق المحددة في الشريعة الإسلامية أي بالطرق المحددة في الكتاب والسنة والإجماع والاجتهاد،فالسحر لا يجوز أن يكون دليل إثبات أو كالتسوية بين شهادة المرأة والرجل في الشريعة الإسلامية .

4.وجوب أن يقع هذا الدليل على حق أو واقعة ترتب عليها آثار[3].

الفقرة الثالثة: تعريف الإثبات بمعناه القانوني

وهو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها على وجود واقعة قانونية ترتب آثارها.

وكلمة الإثبات تعني قانونا استعمال مختلف الطرق التي يمكن أن تؤدي بالقاضي إلى الحقيقة،أو الأدلة المقدمة من طرف الخصوم أمام القضاء لإبراز صحة مواقفهم ،وهي الحجج والبراهين التي يعتمدون عليها للوصول إلى الحق الذي يدعونه[4].

ومن هنا نستخلص أن الإثبات بمعناه القانوني هو الإثبات بمعناه القضائي ينصب على الواقعة القانونية المتنازع فيها.

كما نستخلص من التعاريف السابقة والتي تطرقنا فيها إلى تعريف الإثبات من عدة نواحي النقاط التالية :

[1] الآية 27منسورة إبراهيم
[2] الدكتور يحي بكوش،أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي،الشركة الوطنية للنشر والتوزيع،الجزائر،ص11-12 .
[3] الدكتور أحمد فراج حسين ،المرجع السابق ،ص08.
[4] الدكتور عبد الرزاق السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني ،منشاة المعارف الجزء الثاني الطبعة 2004 ،ص10.

– أن الإثبات بمعناه اللغوي يحتوي على العديد من المعاني كلها تعتبر أحد الأساسات ،التي استخرجنا منها التعريف الشامل والجامع.

– أن تعريف الإثبات بمعناه الفقهي أو الإسلامي جاء بقواعد مقيدة للإثبات أمام القضاء،هذه القيود تعتبر شروطا أو قواعد إجرائية لتقديم الإثبات أمام القضاء،والتي أخذت بها العديد من التشريعات الوضعية لتحديد مسألة الإثبات .

– بالرجوع إلى معنى الإثبات الفقهي ،نلاحظ أن معنى الإثبات القانوني لا يختلف عنه كثيرا،وإن كان المعنى الفقهي أكثر تحديدا وواقعته من المعنى القانوني للإثبات،وذلك راجع إلى اشتمال المعنى الفقهي أكثر تحديدا وواقعته من المعنى القانوني للإثبات ،وذلك راجع إلى اشتمال المعنى الفقهي لعناصر الإثبات العام،كوجود أدلة الإثبات المحددة قانونا والرامية لإثبات حق معين،والعناصر الخاصة كوجوب تقديم الدليل أمام القضاء بشرط أن يكون هذه الدليل محددا في الشريعة الإسلامية .

الفرع الثاني: أهمية الإثبات

بعد تناولنا لموضوع تعريف الإثبات من الناحية اللغوية والفقهية والقانونية ،وتمييزه عن مصطلحات مشابهة له،ما يمكن استخلاصه مما سبق هو فائدة الإثبات وأهميته فهذا الأخير له أهمية بالغة في المجال القانوني والقضائي تتمثل في ما يلي :

الفقرة الأولى: أهمية الإثبات العملية

وهي أهمية تصب في فائدة الإدعاء ،فحتى يثبت المدعي صحة الواقعة التي بصددها يقف أمام القاضي أو ليفند واقعة أتى بها المدعى عليه وجب عليه أن يأتي بهذا الدليل الذي يعتبر دليل تأكيد أو تنفيذ لما يدعيه،فالحق الذي يعجز صاحبه على إثباته يعتبر هو والعدم سواء،وهذا ما يؤكده قول أحد فقهاء القانون"أن الدليل هو قوة الحق" وأنه يستوي حق معدوم وحق لا دليل عليه و"أن ما لا دليل عليه هو والعدم سواء"[1] .

وكمثال على ذلك إذا قام المدين بتنفيذ التزاماته والوفاء بما عليه من الدين فليس لقواعد الإثبات أهمية هنا،لكن عندما ينكر المدين وجود التزام أو ليس عليه دين فهنا الدائن لا يمكن أن يحصل على دينه إلا إذا أثبت عناصر الحق الذي يدعيه كوجود العقد أو الواقعة القانونية التي يستمد منها الحق[2].

[1] الدكتور أنور سلطان ،قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية،دار الجامعة الجديدة للنشر،طبعة2005،ص05.
[2] الدكتور يحي بكوش،المرجع السابق ،ص16.

الفقرة الثانية: أهمية الإثبات القضائية

لقد ولى المشرع في مختلف التشريعات للإثبات أهمية بالغة،تتمثل في الأهمية القضائية وذلك لارتباط الإثبات بحق وجب الإتيان ببرهانه،فكل شخص يلجأ إلى القضاء لتمكينه من حقه أو للاعتراف له به،إلا أن ذلك غير ممكن حتى يأتي صاحب الحق بدليل يثبت به ما يدعيه أمام القضاء.

فهذا الأخير يقف موقف حياد من المسالة،ولا يفصل إلا بإقامة الدلائل أمامه ولذلك فقد قيل أن الدليل هو"فدية الحق"كما أن الإثبات يحي الحق ويجعله مفيدا.

إن الإثبات لا يدخل في مكونات الحق،إلا أنه من الناحية العملية يؤكده ويدعم وجوده،وذلك راجع كونه موضوع عام شامل لكل المسائل القانونية سواء تعلقت هذه المسائل بالحقوق المالية أو الغير المالية ،كالحقوق الناشئة عن الزواج أو النسب والحضانة وغير ذلك من الحقوق[1].

كما أن أهمية الإثبات تظهر جليا من خلال مسألة تحقيق المصلحة ،فإذا أثبت المدعي ما ادعاه أمام القضاء،من حقوق فلقد حققت بذلك مصلحته الفردية الخاصة والمتمثلة في الحقوق المتنازع عليها.

وإلى جانب المصلحة الفردية فإن الإثبات يحقق مصلحة عامة اجتماعية المتمثلة في الفصل في النزاعات الفردية وتحقيق العدالة الاجتماعية ،ويتجسد ذلك من خلال القضاء والذي هدفه تمكين كل ذي حق من حقه وذلك لأن القضاء هو الحكم والحكم عن الشيء فرع من تصوره فالقاضي لا يمكنه الفصل في النزاع حول الحق إلا بواسطة قواعد تثبت لذي الحق حقه.

[1] الدكتور محمد حسن قاسم ، المرجع السابق ،ص9.

المطلب الثاني

أدلة الإثبـات

في هذا المطلب سنحاول التعرض إلى الوسائل المختلفة للإثبات بصفتها تقليدية بالنسبة لموضوع مذكرتنا هذه ككل، حيث سنتطرق إلى هذه الوسائل على الوجه المختصر تمهيدا للدخول في موضوعنا الأساس المتعلق بالتعاملات الإليكترونية. و سنتطرق في الفرع الأول من هذا المطلب إلى الكتابة، الشهادة و القرائن، كما سنتطرق في فرعه الثاني إلى الإقرار، اليمين، الخبرة و المعاينة.

الفرع الأول: الكتابة و الشهادة و القرائن

الفقرة الأولى: الكتابة

لقد اختلف الفقهاء المسلمين في مسألة الإثبات بالكتابة وبالأخص في مشروعية الدليل الكتابي خاصة في ظل ورود هذه المسألة في القرآن الكريم. وأصل الاختلاف بين الفقهاء هو آية الدّين الواردة في سورة البقرة الآية 282.

فيرى الفريق الأول من العلماء أن الأمر بالكتابة الوارد في الآية يدل على الوجوب ولا مجال فيه للاختيار إلا إذا تعلق الأمر بالمعاملات التجارية أو حالة السفر،وهو استثناء وارد في الآية ويأتي على رأس هؤلاء العلماء سيد قطب رحمه الله ووافقه في هذا الرأي كل من الأئمة ابن حزم والظاهري والطبري وابن جريح والشعبي والأستاذ الشيخ محمد طاهر بن عاشور ويرون هؤلاء كلهم أن الكتابة واجبة في الدّين واستثنى من ذلك حالة السفر والمعاملات التجارية التي يكفي فيها شهادة الشهود تيسيرا للعمل التجاري.

ويرى فريق آخر من العلماء وهم معظم المفسرين والفقهاء أن الأمر بالكتابة في الآية السابقة إنما هو أمر على الندب أو الاختيار فهو غير واجب وإنما هو مجرد وسيلة صلاح واحتياط للمسلمين في دينهم ودنياهم وحجتهم في ذلك أنه لا خلاف بين فقهاء الأمصار على أساس أن الكتابة أو الأشهاد المذكورة في الآية هي ندب غير واجب،كون أن المعاملات والرهون والبيوع التي يرد عليها دين نقلها الخلف عن السلف وكانت تتم من غير إشهاد أو كتابة مع علم فقهاء السلف بذلك من غير نكير منهم عليهم وهذا أمر معمول به منذ عصر الرسول صلى الله عليه وسلم والصحابة التابعين ،أما بخصوص قيمة الحجة الكتابية في الشريعة فإن أول ما يمكن استخلاصه هنا هو اتفاق الشريعة الإسلامية مع القانون في عدة نقاط أهما :

-أن كلا من الشريعة الإسلامية والقانون أمرا بكتابة الدّين لأجل الحفاظ على الحقوق وأن كيلاهما استثنيا المعاملات التجارية من الكتابة نظرا لطبيعتها المتميزة بالسرعة مع اشتراط الشريعة شرطا إضافيا هو أن يكون محل

الإثبات الالكتروني في المعاملات المدنية و التجارية

المعاملة التجارية محددا بالذات أي نقدا،ومن هنا يتضح لنا أن الشريعة الإسلامية اعتبرت الكتابة وسيلة إثبات وإن لم تتعرض لذلك صراحة[1].

أما قانونا فتعد الكتابة من أهم وسائل الإثبات لما توفره للخصوم من ضمانات لا توفرها غيرها من الأدلة.

ودور الكتابة لم يعرف إلا في العصر الحديث حيث كانت الصدارة للشهادة وهذا ما كان سائدا في الشريعة الإسلامية واغلب الشرائع ،ولما أخذت الكتابة تنتشر وساعد على ذلك اختراع الطباعة فأصبحت الكتابة في المرتبة الأولى في الإثبات وهذا راجع إلى ميزات الكتابة والتي من ميزتها :

- تسمية الكتابة الدليل المعد إذ يمكن إعدادها مقدما للإثبات من وقت نشوء الحق دون انتظار إلى وقت المخاصمة.

- الكتابة وسيلة دقيقة وذات قوة مطلقة في الإثبات عكس باقي طرق الإثبات[2].

وتجدر الإشارة هنا إلى الالتباس الذي وقع فيه المشرع الفرنسي وسار عليه المشرع الجزائري عندما أطلقا لفظ"acte" كلفظ عقد على التصرف ثم استعملا نفس اللفظ على أداة إثباته فقيل عقد رسمي وعقد عرفي وقصد بذلك الورقة الرسمية والورقة العرفية المعدة للإثبات. وعليه وجب التمييز بين التصرف القانوني ووسيلة إثباته إذ يجب عدم الخلط بين المفهومين وذلك راجع إلى عدم التلازم بين العقد وبين أداة إثباته. فقد تكون ورقة الإثبات باطلة ويكون العقد صحيحا ،وقد يكون العقد باطلا وورقة الإثبات صحيحة[3].

فمثلا العقد الشخصي الذي تفوق قيمته ألف دينار جزائري يتطلب القانون إثباته بالكتابة،فإن فقدان هذه الكتابة لا يؤثر على صحة الدّين لأنه قد يثبت بالإقرار ،وقد تستلزم الكتابة في التصرفات القانونية كشرط لانعقاده أي باعتباره ركنا شكليا من أركان التصرف القانوني،فإذا انعدمت الشكلية انعدم التصرف معها،أما الكتابة كوسيلة للإثبات فلا أثر لانعدامها على وجود العقد،بل يكون هذا الأخير موجودا ومنتجا لآثاره حيث غيابها لا يؤثر على صحة التصرف لأنه قد يثبت بالإقرار أو اليمين [4]

الفقرة الثانية: الشهادة أو البينة

تعد الشهادة من وسائل الإثبات المعتمدة قانونا وفقها والتي تحتل المرتبة الثانية من حيث القيمة والقوة بعد الكتابة في نظام الإثبات كما تعد وسيلة تكميلية للكتابة في بعض حالات الإثبات.

---

[1] الدكتور يحي بكوش،المرجع السابق،ص79.

[2] الدكتور محمد زهدور،الموجز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري وفق آخر تعديلات ،ديوان المطبوعات الجامعية،1991 ،ص24

[3] الدكتور يحي بكوش،المرجع السابق ،ص24.

[4] الدكتور محمد زهدور، المرجع السابق ،ص24

وهذه الوسيلة ذات قوة محدودة"نسبية" مصدرها الأصلي الشريعة الإسلامية وهي تحتل المرتبة الأولى في نظام الإثبات الإسلامي وهي فعّالة ومباشرة في إثبات الوقائع القانونية .

تعريف الشهادة أو البينة:

لغة:هي الإخبار بالشيء خبرا قاطعا وهي مشتقة من المشاهدة.

فقها : لقد ورد لها عدة تعاريف:

الحنفية: عرفها بأنها إخبار صادق في مجلس الحكم بلفظ الشهادة لإثبات حق ولو بلا دعوى.

المالكية: إخبار الحاكم عن علم ليقضي بمقتضاه[1].

الشافعية: إخبار حاكم أو محكم عن شيء بلفظ خاص.

الحنابلة : إخبار شخص بما علمه بلفظ خاص.

الدليل الشرعي للشهادة أو البينة : الآيات الكريمة 282،286 من سورة البقرة والآية 2من سورة الطلاق والآية 15 من سورة النساء.

قول الرسول صلى الله عليه وسلم :" ألا أنبئكم بأكبر الكبائر؟ الشرك بالله وقتل النفس التي حرم الله وقول الزور"[2].

ومن خلال هذه الأدلة الشرعية يتضح لنا أن الشريعة الإسلامية جعلت من نظام الشهادة في الإثبات نظاما قانونيا دقيقا قائما على شروط عامة وخاصة ويتم في حالات معينة وبصفة محددة،ورغم أن الشريعة الإسلامية حددت نظام الشهادة تحديدا دقيقا ومفصلا وألمت بكل عناصره الرئيسية والثانوية . إلا أن القانون الوضعي لم يأخذ بكل هذه العناصر على إطلاقها رغم دقتها،الأمر الذي جعل الشهادة تعتبر وسيلة إثبات ذات قوة نسبية.

الفقرة الثالثة: القرائن

يراد بالقرائن الأمارات والعلامات التي يستدل بها على وجود شيء أو نفيه وقد اعتبرت الشريعة الإسلامية القرائن وسيلة من وسائل الإثبات عند صدور الأحكام بحيث يصح للقاضي أن يأخذ بها وكون أن الشرع الإسلامي لا يهمل واقعا ذا دلالة معينة ولا يرفض نتيجة دلت عليها قرينة صحيحة.

وقد دلت على شرعية القرائن القرآن والسنة وأقوال السلف الصالح من علماء وفقهاء.

[1] الدكتور عبد الكريم زيدان،نظام القضاء في الشريعة الإسلامية ،الطبعة الثالثة ،2000،مؤسسة الرسالة ص 141-142

[2] الدكتور أحمد فراج حسين ،أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي،دار الجامعة الجديدة للنشر،طبعة2004،ص33.

أما بخصوص حكم القرينة الشرعي فإن الفقهاء المسلمين اعتبروا القرائن وسيلة للإثبات كسائر الوسائل الأخرى.فنجد المالكية والحنابلة اعتبروا القرائن وسائل مباشرة للإثبات وهذا ما أكده الفقيه ابن القيم الحنبلي وبيّنه في كتابه الطرق الحكمية .

أما الأحناف والشافعية لم يصرحوا بالأخذ بهذه القرائن ولكن نجدهم في الواقع يرتبون أحكاما على أساس اعتبارهم للقرائن [1].

والقرائن تعتبر أدلة بمعنى الكلمة لأن القاضي يستدل بها على واقعية يعجز المدعي عن إثباتها.

كما أنها تعد أدلة غير مباشرة في الإثبات تقوم على أساس الاستنتاج فهي تقوم على استنتاج وقائع من وقائع أخرى،فلا يقع الإثبات فيها على الواقعة ذاتها مصدر الحق ،بل على واقعة أخرى إذا أثبتت أمكن أن يستخلص منها الواقعة المراد إثباتها.

الفرع الثاني :الإقرار–اليمين –الخبرة والمعاينة

الطرق المعفية من الإثبات هي ثالث الوسائل التي اعتمد عليها المشرع تسهيلا لعملية الإثبات على الخصوم ومن خلال تصنيفها يتجلى لنا أن هذه الأدلة أقل قيمة وقوة من باقي الأدلة كالمحررات والشهادة في الإثبات،فهي في الأصل لا تعد وسائلا في الإثبات تقوم بحد ذاتها،وإنما يتم اللجوء إليها باعتبارها وسائلا مكملة لأدلة موجودة يلجأ إليها عندما يعوز الخصم أي طريق من طرق الإثبات.فإذا عجز الخصم عن تقديم الدليل على ما يدعيه، لم يبق أمامه إلا أن يلجأ إلى استجواب خصمه عساه أن يحصل على إقرار منه أو أن يوجه إليه اليمين الحاسمة محتكما إلى ضميره.

الفقرة الأولى: الإقرار .

إن الإقرار لغة هو الاعتراف. أما فقها :فهو الإخبار بثبوت حق للغير على نفس المقر،ولو في المستقبل[2]،كما عرّفه الإمام ابن رشد الإقرار بأنه"إخبار عن أمر يتعلق به حق للغير،وقد ثبتت شرعيته في القرآن[3]والسنة والإجماع والمعقول.

كما ثبتت في الصحيحين أن النبي صلى الله عليه وسلم قبل من ماعز ومن الغامدين إقرارهما بالزنا عن نفسيهما وأقام عليها الحد بناء عليه كما أجمعت الأمة الإسلامية من عهد الرسول عليه السلام في يومنا هذا حجية الإقرار على المقر.

[1] الدكتور عبد الكريم زيدان،المرجع السابق ص 185-187
[2] الدكتور عبد الكريم زيدان،المرجع السابق ص 135
[3] الآية 84من سورة البقرة .

الإثبات الالكتروني في المعاملات المدنية و التجارية

والركن الأساسي للإقرار هو اللفظ الدال على ثبوت الحق للغير على نفس المقر ويقوم مقام اللفظ ويأخذ حكمه كل من الإشارة "كالأخرس مثلا"أو الكتابة.

والإقرار في الشريعة الإسلامية نوعان :المطلق والمقيد.

المطلق :هو إقرار الغير مقترن بما يقيده أو يرفع حكمه وهو أبلغ من الشهادة.

أما المقيد فيكون مقيدا بالمحل أو بالعلم أو بالغاية أو بالخيار أو بالشرط أو بالاستثناء،وحتى يكون الإقرار مشروعا أوجبت الشريعة توفره على شروط إحداها متعلقة بالمقر حيث يشترط فيه أن يكون بالغا عاقلا مختارا أو أن يكون في حالة صحو،وأن يكون المقر متهما في إقراره.

وثانيها شروط متعلقة بالمقر به والتي يجب أن لا يكون مستحيلا استحالة شرعية وعقلية فالاستحالة العقلية كما لو أقر بان فلانا أقرضه مئة دينار في اليوم الفلاني وقد تبين أن فلانا هذا قد مات قبل هذا اليوم.

أما الاستحالة الشرعية كما لو مات شخص وترك ابنا وبنتا ،وأقر الابن بأن الميراث بينهما بالسوية .

كما يشترط في المقر له أن يكون الحق ثابتا له وأن يكون أهلا للاستحقاق[1].

ماهية الإقرار :

إن الإقرار قانونا اعتبره الفقه من الطرق المعفية للإثبات يجوز اللجوء إليها،لكن ليست كل التصريحات التي يدلي بها الخصوم أثناء المرافعة تؤدي إلى إقناع القاضي بصحة ادعائهم وبمطابقته للواقع،ورغم أن هذه التصريحات منح لها القانون قيمة استثنائية ،إلا أنه يتعين على القضاء قبل الأخذ بها مراعاة ما إن توفرت الشروط القانونية فيها.

تعريف الإقرار :

– الإقرار هو اعتراف أحد الخصوم بما يدعيه خصمه الآخر[2]. الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة[3].

إذ يصدر الإقرار من شخص من تلقاء نفسه وكثيرا ما يتم بالتصريحات التي يدلي بها الخصوم أثناء المحاكمة،فهو ليس دليلا بمعنى الكلمة وإنما هو اعتراف يصدر من شخص يترتب عليه إعفاء المدعي من إقامة الدليل على ما يدعيه.

---

[1] الدكتور عبد الكريم زيدان،المرجع السابق ص 137

[2] الدكتور محمد حسن قاسم ، المرجع السابق ،ص364.

[3] الماد 341 من القانون المدني.

وبإقرار الشخص بما يدعيه خصمه يجعل الواقعة غير متنازع فيها ويعفى الخصم من اللجوء إلى طرق الإثبات التي قررها القانون.

خصائص الإقرار :

أولا: الإقرار "إخبار" جهر الإقرار أنه إخبار بأمر من الأمور فالشخص الذي يقر بواقعة إنما يؤدي إلى كشف الحقيقة عن هذه الواقعة التي من شانها أن تنتج آثارا قانونية ضد المقر[1].

ثانيا: الإقرار عمل قانوني : يتم بإرادة منفردة للمقر ولذا يجب أن تتوافر فيه شروط التصرف القانوني،أي يجب أن تتجه إرادة المقر إلى ترتيب أثر قانوني معين وهو ثبوت حق المقرر له [2]. كما يجب أن تتوفر في المقر أهلية التصرف في حق المقر به،وأن يكون رضاه سليما من العيوب،فإذا ما صدر الإقرار عن عديم أو ناقص الأهلية كان هذا الإقرار عديم الأثر،فإذا صدر الإقرار عن الوصي أو القيم فلا بد أن يكون الإقرار بإذن من المحكمة وفي الحدود التي يجوز فيها إعطاء هذا الإذن،وإقرار الوكيل لا يصح إلا في حدود الوكالة ولا يصح إقرار الوكيل وكالة عامة.

ثالثا: الإقرار يرد على واقعة:

يجب أن يقع الإقرار على واقعة قانونية مدعى بها على المقر،ولا يشترط أن تكون هذه الواقعة تصرفا قانونيا أو واقعة مادية أو تكون الواقعة مصدر حق من الحقوق ،إذ أنه أي واقعة يمكن الادعاء بها تجوز فيها الإقرار.

كما يجب أن يكون محل الإقرار معينا تعيينا كافيا مانعا من الجهالة الفاحشة.

رابعا: الإقرار يكون من جانب واحد فهو عمل انفرادي وينتج أثره دون الحاجة إلى موافقة المقر له[3].

الفقرة الثانية: اليمين

إن الأصل في الإثبات عند فقهاء المسلمين هي البينة أما اليمين فهي بديل عنها واليمين كطريق من طرق القضاء يلجا إليها القاضي حين ينكر المدعي عليه الدعوى ويعجز المدعي عن إقامة البينة على دعواه ويطلب تحليف المدعى عليه .

والمقصود باليمين الشرعية التي تعرض على المدعى عليه وهي الحلف بالله تعالى في قول عامة أهل العلم إذ لا يجوز الحلف بغير الله تعالى وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم :"ومن كان حالفا فليحلف بالله أو

[1] الدكتور عادل حسن علي،الإثبات في المواد المدنية،زهراء الشرق ،ص107
[2] الدكتور أنور سلطان،المرجع السابق،ص203
[3] أنظر : الدكتور عادل حسن علي ،من ص 105- 115 .

ليصمت"وهذه هي اليمين الشرعية والمشروعة في حق كل مدعى عليه وكذلك المدعي يحلف بالله إذا رد عليه اليمين المدعى عليه[1].

وقد ثبت شرعية اليمين بالسنة والإجماع والمعقول،ودليله من السنة ما رواه البخاري ومسلم وغيرهما عن ابن العباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال:"لو يعطى للناس بدعواهم لادعى الناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه"وفي رواية البيهقي ولكن البينة على المدعى واليمين على من أنكر،كما عملت الأمة من المسلمين منذ عهد الرسول عليه السلام إلى يومنا هذا على تحليف المدعى عليه عند إنكاره للحق المدعى به وعجز المدعى على إثباته[2].

وفي الشريعة الإسلامية هناك نوع من القيود الواقعة على اليمين ومنها قيود عامة:

- لا يحلف أحد عن غيره فاليمين توجه للمدعي شخصيا ولو كان صغيرا أو مجنونا ويوقف في هذه الحالة الأمر حتى يبلغ الصبي ويعقل المجنون.

- لا إثم على الحالف الصادق لأن الله تعالى شرع اليمين والله لا يشرع محرما.

أنواع الحقوق التي تجري فيها اليمين هي نوعين :

- حقوق الله وقد اختلف الفقهاء في مسألة توجيه اليمين في هذه الحالة.

- حقوق الآدميين وهي نوعان حقوق مالية يجوز توجيه اليمين فيها وحقوق غير مالية يقع اختلاف فقهي فيها.

وهناك قيود خاصة متعلقة بشروط وجوب اليمين على المدعي وكذلك إجراءات أداء اليمين وحالة النزول عن اليمين[3]. فاليمين هي إشهاد الله تعالى على صدق ما يقوله الحالف أو على كذب ما يقوله الخصم وهو عمل مدني وديني[4] لذلك فإنها تؤدي بالصيغة والأوضاع المقررة في ديانة الحالف ويؤديها الحالف فيقول "أحلف بالله العظيم "واليمين ليست طريقا عاديا للإثبات ولذلك لا يلتجأ إليها إلا بعد استنفاذ الطرق الأخرى للإثبات.

الفقرة الثالثة: المعاينة والخبرة

للمحكمة في أي دور من أدوار المحاكمة أن تقرر الكشف والخبرة من قبل خبير أو أكثر على أي مال منقول أو غير منقول أو لأي أمر ترى لزوم إجراء الخبرة عليه .فإذا اتفق الفرقاء على انتخاب الخبير أو الخبراء وافقت المحكمة على تعيينهم وإلا تولت انتخابهم بنفسها ويتوجب عليها أن تبين في قرارها الأسباب الداعية

[1] الدكتور يحي بكوش،المرجع السابق ،ص338.
[2] الدكتور أحمد فراج حسين ،أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي،دار الجامعة الجديدة للنشر،طبعة2004،ص394.
[3] الدكتور عبد الكريم زيدان،نظام القضاء في الشريعة الإسلامية ،الطبعة الثالثة ،2000، ص 170-171.
[4] الدكتور محمد زهدور،الموجز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري وفق آخر تعديلات ،ديوان المطبوعات الجامعية،1991 ،ص59.

لإجراء الكشف والخبرة والغاية من ذلك مع تحديد مهمة الخبير وتأمر بإيداع النفقات وتعيين الجهة المكلفة بها ويجوز لها أن تقوم بالكشف بكامل هيئتها أو تنتدب أحد أعضائها للقيام به[1] وبعد إيداع نفقات الكشف والخبرة يدعو رئيس المحكمة أو القاضي الذي تنتدبه المحكمة من أعضائها الخبير أو الخبراء والفرقاء للاجتماع في الزمان والمكان المعينين ويبين للخبير أو الخبراء المهمة الموكولة إليهم ويسلمه الأوراق اللازمة أو صوراً عها ويحلفه اليمين بأن يؤدي عمله بصدق وأمانة ويحدد للخبير أو الخبراء ميعاداً لإيداع التقريـر وإذا لم يتمكن من إبداء الخبرة أثناء الكشف ينظم محضراً بهذه الإجراءات يوقع من الحاضرين و بعد إيداع تقرير الخبرة يبلغ كل من الفرقاء نسخة عنه ثم يتلى علنا في الجلسة وللمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم أن تدعو الخبير للمناقشة ولها أن تقرر إعادة التقرير إليه أو إليهم لإكمال ما ترى فيه من نقص أو تعهد بالخبرة إلى آخرين ينتخبون حسب الأصول إذا أنكر أحد الطرفين أو ورثته ما نسب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة إصبع في سند عادي أو أفاد الورثة بعدم العلم بما نسب للمورث وكان المستند أو الوثيقة ذا أثر في حسم النزاع فيترتب على المحكمة بناء على طلب مبرز السند أو الوثيقة أن تقرر إجراء التحقيق بالمضاهاة والاستكتاب وسماع الشهود وأي عمل فني أو مخبري أو بإحدى هذه الوسائل حسبما تكون الحالة

أولا: المعاينة

المقصود بالمعاينة (الكشف) مشاهدة المحكمة الشيء المتنازع عليه . ويتطلب ذلك في الغالب أن تنتقل المحكمة للمعاينة ,ويصدر قرار المعاينة من المحكمة بناء على طلب أحد الخصوم وللمحكمة من تلقاء نفسها أن تقرر إجراء المعاينة , وقد تتم المعاينة من المحكمة بكامل هيئتها ، وللمحكمة أن تندب أحد قضاتها للقيام . ويجوز رفع دعوى أصلية مستعجلة بطلب الانتقال للمعاينة وتسمى هذه الدعوى بدعوى إثبات الحالة ويتعين لرفعها توافر شروط الاستعجال ويتوافر هذا الشرط إذا كان المقصود بالدعوى منع ضرر محقق قد يتعذر تلافيه في المستقبل كإثبات واقعة يحتمل ضياع معالمها إذا تركت وشأنها ،أو تأكيد معا لم قد تتغير مع الزمن وقد يتطلب إثبات الحالة خبرة فنية لا تتوافر لدى قاضي الأمور المستعجلة ولذلك يجوز له أن ينتدب أحد الخبراء للانتقال[2] .

ثانيا: الخبرة

فالخبرة إجراء يقصد به الحصول على المعلومات الفنية في المسائل التي قد تعرض على القاضي ولا يستطيع العلم بها بل أنه لا يجوز للمحكمة أن تقضي في المسائل الفنية بعلمها ، بل يجب الرجوع فيها إلى رأي أهل الخبرة وتقتصر الخبرة على المسائل الفنية التي يصعب على القاضي الإلمام بها دون المسائل القانونية ,وتقدير طلب الاستعانة بالخبرة أمر متروك لتقدير المحكمة لها أن تلتفت عنها أن وجدة في الدعوى من العناصر ما يكفي لتكوين عقيدتها بغير حاجة لخبرة.

[1] الدكتور محمد حسين منصور الاثبات التقليدي والالكتروني ،دار الفكر الجامعي ،الطبعة 2006،ص 238 .
[2] الدكتور محمد حسين منصور، المرجع السابق ،ص239

تقريرالخبير:

وعلى الخبير أن يقدم تقريراً بنتيجة أعماله ويودع الخبير تقريره ومحاضر أعماله وما سلم إليه من أوراق قلم الكتاب ومتى أودع التقرير يبلغ كل من الفرقاء نسخة عنه ثم يتلى علنا في الجلسة وللمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم أن تدعو الخبير للمناقشة في تقريره ، ويبدي الخبير رأيه مؤيداً بأسبابه ، وتوجه إليه المحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم ما تراه من الأسئلة مفيداً في الدعوى ورأى الخبير لا يقيد المحكمة فلها في حدود سلطتها التقديرية أن تأخذ بتقرير الخبير كله أو ببعض ما جاء وتطرح بعضه لأنها غير مقيدة بآراء أهل الخبرة , فرأى الخبير لا يعدو أن يكون مجرد دليل في الدعوى ولمحكمة الموضوع مخالفته دون معقب وحسبها إقامة قضائها على أسباب سائغة , ولها أيضا أن تعيد التقرير إلى الخبير ليتدارك ما تبينه له من وجوه الخطأ أو النقص في عمله أو بحثه ، ولها أن تعهد بذلك إلى خبير آخر أو إلى ثلاثة خبراء آخرين ، ولهؤلاء أن يستعينوا بمعلومات الخبير السابق[1].

[1] الدكتور محمد حسين منصور، المرجع السابق ،ص240

المبحث الثاني

حجية العقد الإليكتروني في الإثبات

تمهيد:

قد بحثت النظم القانونية المقارنة حجية هذه العقود، وتباينت الاتجاهات بشأنها قبل أن يتم تنظيم حجيتها قانونا في عدد من الدول أو قبل مرحلة ما يمكن تسميته الاستعداد التشريعي تمهيدا لقبولها وإقرار حجيتها ضمن شروط ومعايير معينة.

ويمكن القول أن الاتجاه العام قبل التدخل التشريعي أجاز قبول هذه التعاقدات قياسا على تراخيص فض العبوة في حقل البرمجيات، وذلك ضمن شروط أهمها وأولها أن يكون متاحا بيسر الإطلاع على شروطها وقراءتها وتوفير خيارات الرفض والقبول وأن يتعزز القبول بإجراء أكثر من مجرد الضغط على الفأرة في حالة النوع الأول من هذه العقود المشار إليه أعلاه[1] .

وقبل التطرق لحجية العقد الالكتروني فإنه يتوجب علينا أولا دراسة جزاء الإخلال بالالتزام قبل التعاقد الالكتروني والمشاكل القانونية التي يفرزها العقد الالكتروني في المطلب الأول، وبعدها نناقش مسألة حجية العقد الالكتروني في المطلب الثاني من هذا المبحث.

[1] يونس عرب التجارة الالكترونية "ب س ط "،ص13.

المطلب الأول:

جزاء الإخلال بالالتزام قبل التعاقد والمشاكل القانونية التي يفرزها العقد الالكتروني

بعدما توضحت الرؤية حول المفاهيم العامة للإثبات و وسائله سنحاول أن نعرض في هذا المطلب الجزاء المترتب عن الإخلال بالالتزام قبل التعاقد و ما هي أهم المشاكل التي قد يفرزها العقد الإليكتروني.

الفرع الأول: جزاء الإخلال بالالتزام قبل التعاقد الالكتروني

إن الالتزام بالعقد الإلكتروني محل هذه الدراسة هو التزام يتم قبل التعاقد بصفة خاصة وبتبصير إرادة المتلقي غير المحترف أو عديم الخبرة وهو عالم بظروف التعاقد وخصائص الشيء أو الخدمة محل العقد.

إن الإخلال بالالتزام يؤثر لا محالة على رضا المتلقي الراغب في التعاقد مع المرسل ويؤدي إلى تعيب الإرادة مما يخول له المطالبة بإبطال المعاملة. أن يترتب على الإخلال بالالتزام مسؤولية المرسل في حالة حدوث ضرر للمتلقي أي الدائن من جراء ذلك الإخلال.

الفقرة الأولى: قابلية العقد للإبطال لمصلحة المتعاقد عديم الخبرة

إن الإخلال بالالتزام قبل التعاقد يؤدي إلى تعييب إرادة المتلقي عديم الخبرة بما يسمح له بالمطالبة بفسخ العقد ،حكم به القضاء في العديد من الأحكام ،خاصة في مجال التأمين على الحياة.

أولا : المطالبة بإبطال العقد لوقوع المتعاقد عديم الخبرة في الغلط

إن القواعد العامة في القانون المدني أن طلب إبطال العقد للغلط شرطه أن يكون الغلط جوهريا وأن يتصل بالمتعاقد الآخر، وفي هذه الحالة يكون لمن وقع في هذا الغلط المطالبة بإبطال العقد .

أن الشروط الواجب توافرها في الغلط التعاقدي تقيد من استعماله كعيب من عيوب الإرادة فإن الالتزام بالإعلام الإلكتروني قد يسهل كثيرا من المطالبة بهذا الحق لهذا أن الإخلال بالالتزام يعتبر قرينة لا تقبل إثبات العكس في ثبوت اتصال الغلط بالمتعاقد المحترف.

ثانيا : المطالبة بإبطال العقد للتدليس أو التغرير

إن القواعد العامة لطلب إبطال العقد أن يقوم المدلس باستخدام طرق وأساليب احتيالية، وجوب صدور هذه الأساليب الاحتيالية من المدلس أو يكون على علم بها وبقصد تضليل المتعاقد الآخر.

أن السكوت عن تقديم البيانات والمعلومات التي يجب الإفصاح عنها تزول عند حكم قانون ويعد تدليسا وهذا ما يطلق عليه " الكتمان".

أن المنتج أو المهني أو الذي يملك المعلومات المتصلة بالعقد ،بسبب وظيفته وخبرته ولا يمكن له بأي حال من الأحوال أن يجهل واقعة معينة أو حتى يجهل أهميتها للمتعاقد الآخر ويرغب في التعاقد الآخر ويرغب في التعاقد معه وتزويده بالمعلومات والوقائع التي يعرفها عند التعاقد.

ثالثا : قابلية العقد للفسخ إعمالا لخيار الرؤية في الشريعة الإسلامية

يشترط الفقه الإسلامي علم المشتري بمحل العقد ويلزم البائع بإعلام المشتري ببيانات وعيوب المبيع وإلا ثبت للمشتري الحق في الخيار ويشترط لذلك الشروط الآتية

- الشرط الأول : رؤية المشتري للشيء المبيع وقت العقد
- الشرط الثاني : أن يكون البائع عالما بأوصاف المبيع وبمدى تأثيرها على رضى المشتري بالعقد.

أن العقود التي تبرم عبر شبكة الانترنيت هي عقود تبرم عن بعد، وبالتالي فإن المشتري لا يرى البيع عند إبرام العقد، وإن هذه العقود هي المجال الخصب لتطبيق خيار الرؤية.

أن نظرية العقد غير اللازم والتي أرست قواعدها الشريعة الإسلامية كفيلة بتوفير حماية فعالة للمتعاقد غير المحترف من خلال إلزام المتعاقد المحترف بالإفضاء له بكافة البيانات والمعلومات التي تضعه على قدم المساواة في العلم والمعرفة.

الفقرة الثانية: قيام المسؤولية المدنية لمصلحة الدائن في الالتزام قبل التعاقد

احتدمت الآراء في الفقه والقضاء حول الطبيعة القانونية لهذه المسؤولية وما إذا كانت عقدية أم تقصيرية وبالتالي وجد اتجاه يقول بالطبيعة العقدية للمسؤولية وتفصيل ذلك على النحو التالي :

أولا : الرأي القائل بالطبيعة العقدية للمسؤولية عن الإخلال بالالتزام قبل التعاقد

يميل أصحاب هذا الرأي إلى نظرية الخطأ في تكوين العقد ويعني وجود عقد سابق على هذا العقد الأصلي وأن هذا السابق هو عقد ضمان مفترض بكل التعاقد.

أن هذا الاتجاه يقوم على افتراض محض حيث يستند الالتزام إلى العقد الذي لم ينشأ بعد ويفترض اتفاق ضمني بالضمان بين العاقدين ويوجب عليهما عدم القيام يعوق إبرام العقد أو يؤدي إلى بطلانه والتالي المسؤولية الناتجة عن الإخلال به ،ومما يؤكد ذلك عدم وجود دليل ملموس على قيام تعهد عقدي سابق على العقد الأصلي في كل العقود.

ثانيا : الرأي القائل بالطبيعة التقصيرية للمسؤولية عن الإخلال قبل التعاقد

إنه يترتب على قيام هذه المسؤولية نشوء حق للمتعاقد المتضرر في التعويض عن الضرر الذي أصابه وفقا لحكم القانون المدني "كل من ارتكب خطأ سبب ضررا يلزم بالتعويض .

أركان المسؤولية ،فهي فعل الأضرار غير المشروع ،والضرر السببية بينهما يتحقق فعل الأضرار في حالة كتمان المتعاقد المحترف أو خدمة محل العقد إلى المتعاقد الآخر رغم علمه بها ،ويستوي في تلك أن يكون الكتمان كليا لجميع المعلومات ،أو جزئيا لبعض هذه المعلومات.

يتحقق فعل الأضرار في حالة قيام المتعاقد المحترف بالكذب أثناء تقديم البيانات والمعلومات الجوهرية المتصلة بالعقد الذي يرغب في إبرامه.

أما ركب الضرر قد يكون ماديا أو أدبيا ويتمثل الضرر المادي بكل نقض مادي لم يحصل عليه المتعاقد عديم الخبرة أما الضرر المادي فقد نتج عن المساس بالسمعة.

الفرع الثاني: التحايلات التي تنجم عن إبرام العقود الإلكترونية

التعامل عن طريق التجارة الالكترونية يقتضي الأمان في معاملاتها المختلفة وإن كان ذلك يصعب في بعض الأحوال لذلك يتحايل البعض في ممارسة عمليات التجارة الالكترونية وقد يأتي التحايل من جانب أطرافها أي العميل أو التاجر وقد يأتي من الغير.

ولذلك قبل التطرق للمشاكل القانونية التي يفرزها العقد الالكتروني علينا أولا أن نبرز بعض النقاط الهامة لبيان التحايلات التي تنجم عن إبرام العقود الالكترونية وذلك في هذا الفرع الذي قسمناه إلى ثلاثة فقرات الأولى

منه نحدد فيه التحايل الذي يقع من جانب العميل (المشتري) ،والثاني نبرز فيه تحايل التاجر ،والثالث نبين من خلاله تحايلات الغير وذلك على التفصيل الآتي:

الفقرة الأولى: التحايل من جانب العميل

تتسم التجارة الالكترونية بخصائص تميزها عن غيرها من أنماط التجارة ،وأول هذه السمات أنها عملية تتم عن طريق استخدام وسائل الكترونية متمثلة في التعامل عبر شبكة الانترنيت، ويبدأ التعامل بمرحلة عرض المنتجات من جانب التاجر لعملائه وللغير،ثم تبادل المعلومات بينهم والتفاوض على إتمام الصفقة فإن تم الاتفاق يبدأ التاجر في إجراءات التسليم الالكتروني للسلعة أو الخدمة للعميل مقابل أداء الثمن الذي يتم أيضا عن طريق وسائل دفع الكترونية متمثلة في استخدام بطاقات الدفع les cartes de paiement .

ولكن من المتصور وقوع التحايل la fraude من جانب العميل أو بالمعنى الحقيقي بأن يستلم البضاعة المرسلة إليه من التاجر على أساس أنه العميل الحقيقي ولا يوجد لدى التاجر وسيلة للتأكد من صحة شخصية العميل،ثم يعترض لدى بنكه le banc du client،أنه لم يقم بإجراء العملية التجارية المشار إليها في حسابه والتي تم الخصم بناءا عليها فيقوم بنك العميل بإخبار بنك التاجر le banque du marchant بأنه قد خصم قيمة العملية التي قام بها العميل دون وجه حق فيقوم بدوره بنك التاجر بإخبار التاجر بعدم أحقيته في خصم قيمة العملية ويطالبه بالمستندات الدالة على أن العميل هو الذي طلب وتسلم البضاعة التي يطالب برد ثمنها فيجد بنك التاجر أن التاجر ليس لديه مستندات قانونية تدل على أن المتعامل الذي أرسلت إليه البضاعة هو العميل الحقيقي،وهنا تظهر صورة التحايل من أنه قد صدر عن عميل غير حقيقي ، وبالتالي يعجز بنك التاجر عن تقديم أي مستندات تدل على صحة شخصية العميل. لذلك يجب على التاجر أن يتأكد أولا من أنه إنما يتعامل مع العميل الحقيقي صاحب بطاقة الدفع الالكتروني وليس من قام بسرقتها أو معرفة رقمها مثلا حيث يتم التعامل عن طريق الستة عشر رقما الخارجية الموجودة على البطاقة وليس عن طريق الرقم السري المعروف للعميل الحقيقي فقط، ومن أسباب تحايل العميل أن من سمات التجارة الالكترونية أنها تتم بدون مستندات مادية شأن حركة المعاملات التجارية العادية مما يشجع العميل المتحايل على تحايله لتأكده من عدم وجود هذه المستندات[1] .

[1] د. هدى حامد قشوش ،الحماية الجنائية للتجارة الالكترونية عبر الانترنيت ،دار النهضة العربية نالقاهرة ،جمهورية مصر العربية ،ب س ط ، ص ص 33، 30

الفقرة الثانية: التحايل من جانب التاجر

من سمات التجارة الالكترونية أيضا أنها تتسم بغياب المتعاقدين حيث يتم التعاقد عن بعد، ويتم الدفع بطريقة اليكترونية لأنه لا يكون هناك لقاء بين الطرفين والدفع يتم باستخدام عدة طرق الكترونية ،فقد تستخدم طريقة FEDI أي التمويل الالكتروني، Financial électronique data inter change ،وذلك للصفقات الكبيرة أما الصفقات الصغيرة فيتم فيها التعامل بطريق الدفع عبر الانترنيت internet cash ،وهذه هي الطريقة الأخيرة تتم بين فردين وبسرعة .

كذلك توجد وسيلة الشبكات الالكترونية I. Check وهي تستخدم كبديل لبطاقات الإئتمان وتستخدم لإتمام عمليات البيع ،ويصدر هذا الشيك بعد دراسة التاريخ التجاري للعميل والتأكد من سمعته التجارية وتاريخه النظيف من خلال البنك الذي يتعامل معه ،كذلك قد يتم الدفع عن طريق الحقيبة الالكترونية electronic purse ،وهي تحول النقد المحول إلى سلسلة رقمية ويتم التوقيع الالكتروني عليها بالترقيم la signature électronique par chiffre ،والتاجر أساسا هو الجهة التي تقبل السداد بالبطاقة الإئتمانية أو بأي وسيلة الكترونية أخرى عبر الانترنيت ،وبنك التجار هو الذي يقوم بالتعاقد مع التجار لتقديم خدمة تحصيل إشعارات المبيعات مقابل عمولة يتفق عليها بمقتضى اتفاق بين التاجر والبنك وفقا لما هو متعارف عليه في القواعد العامة للتجارة.

ويتم التعامل بين بنك العميل وبنك التاجر وفقا للقواعد المتفق عليها من جانب المنظمات العالمية لعملية التعامل الالكتروني وهي هيئات الفيزا visa والماستر كارد master card واليورو كارد euro card وأمريكان اكسبريس amercan express.

والتحايل يظهر من التاجر حين يعتمد استخدام الأرقام الخاصة بكارت العميل الحقيقي مرة ثانية بحركة تجارية وهمية ويتم خصم الثمن من حساب العميل الحقيقي وبدون علم العميل الذي يعترض حين عمله على أنه لم يقم بالمعاملة التجارية التي تم الخصم بشأنها من حسابه،وأيضا من صور التحايل من جانب التاجر أن قد لا يكون جديا في عرض بضاعته عبر شبكة الانترنيت أو بعرض بضاعة مغشوشة أو غير مطابقة للمواصفات فصور الغش التقليدية في المنتجات والخدمات واردة في التجارة الالكترونية كذلك ،لذلك يجب زيادة وعي المستهلك المتعامل مع الانترنيت بدرجة تفوق وعي المستهلك العادي نتيجة لخصوصية الأداة التي يتعامل معها والمتمثلة في تكنولوجيا الالكترونيات .

وتعتمد صور تحايل التاجر في التجارة الالكترونية شأنها في ذلك شأن تعدد هذه الصور في التعامل بالبطاقات الإئتمانية حيث يمكن التلاعب من جانبه بتقديم إشعارات للتحصيل من البنك أكثر من مرة باستخدام الاشعارية مرة والصورة مرة أخرى أو أن يقوم بتحصيل أصول الإشعارات من أحد البنوك وتحصيل الصورة من بنك آخر ،وهو إذ يستخدم هذه الوسيلة إنما يستخدمها نتيجة لوجود بيانات بطاقة العميل الحقيقي لديه،وقد يقوم بتزوير توقيع العميل أو أن يأخذ أكثر من طبعة للبطاقة على أكثر من فاتورة ويتم تحصيل قيمة الفواتير جميعا في حين أنه لا يستحق إلا سداد فاتورة واحدة،كما أن التاجر قد يستغل ضعف أو جهل المتعامل نتيجة لجهله بقواعد التعامل الالكتروني وهذا يؤكد على ضرورة وعي مستخدمي الشبكة.

الفقرة الثالثة: التحايل من جانب الغير

أهم مخاطر استخدام شبكة الانترنيت في التجارة الالكترونية عدم الأمان،وقد يأتي التحايل من جانب الغير l'autruiوذلك في حالة تبادل البيانات l'echange des données بين العميل والتاجر بأن يتم التصنت عليها من جانب الغير والتقاط أرقام البطاقة واستخدامها لصالحه للاستيلاء على مبالغ من حساب العميل . كما قد يتم التحايل من الغير عن طريق تخليق أرقام بطاقات الإئتمان باستخدام برامج تشغيل تتيح إمكانية تخليق أرقام بطاقات بنك معين والسرقة من حساب العملاء وذلك بتزويد الحاسب برقم البنك الخاص لدى الهيئات الدولية BIN وهذا الرقم مطبوع على البطاقات الصادرة عن البنك لذلك فنظام الأمان المتبع هو الذي يحقق الأمن في التعامل عبر الشبكة.

ويستخدم الغير هذه البطاقات في عمليات تجارية غير حقيقية تضاف قيمتها على بطاقات أصحابها الحقيقيين بدون علم أصحابها.

كذلك قد يقوم الغير بفك الشفرة المستخدمة في عملية التجارة الالكترونية بين أطرافها وإن كان يصعب ذلك إلا أنه متصور الحدوث،ويتوقف على مدى إحكام نظام الأمان المستخدم .

كما قد يقوم بتزوير البطاقة الإئتمانية والتعامل بها إلى حين اكتشاف تزويرها من جانب البنك أو العميل الحقيقي.

المطلب الثاني

إثبات العقد الاليكتـروني

الفرع الأول :إثبات العقد الالكتروني بالنظر للشروط المتعلقة بالسند الكتابي:

يعطي نظام الإثبات في غالبية التشريعات أفضلية للكتابة على باقي طـرق الإثبات الأخرى ، وبالتالي فإن مـا يشـترطه القـانون لقيـام سند كتـابي حتى يتم قبولـه في الإثبـات يتمثـل في أن يكـون السـند مكتوبـا ،وأن يكـون موقعا.

الشرط الأول: وجوب أن يكون الدليل مكتوبا

هذا الشرط الأساسي ينص على ضرورة أن يكون الدليل مدونا كتابة،وهو ما سنحاول الإجابة عنه من خلال الإحاطة بمفهوم الكتابة،وارتباطها بالمحرر ،وما يشكله من عـائق للإقرار بحجية المحرر الالكتروني ،مع قراءة جديدة لمفهوم الكتابة وارتباطها بهذا المحرر [1]

يقصد بالكتابة اللازمة للإثبات سب الفقه،المستند الأصلي،فهذا المستند قد يكون ورقة رسمية وقد يكون ورقة عرفية ،وينحصر الفارق الرئيسي – من حيث الشكل- بين الورقة الرسمية والورقة العرفية في أن تصدر عن موظف عام وشخص مكلف بخدمة عامة،وأن يكون مختصا في إنشائها من حيث الموضوع والمكان ،أما الأوراق العرفية فهي التي لا تتوافر فيها مقومات الورقة الرسمية من حيث أنها لا تصدر عن موظف عام. أما فيما عدا هذا الفارق الشكلي ،فإن الدليل الكتابي رسميا كان أو عرفيا يجب- حتى يعتد به قانونا- أن يتضمن كتابة مثبتة لتصرف قانوني،أو أن يكون موقعا من الشخص المنسوب إليه الدليل ،فعنصر الدليـل الكتابي إذن هما :"الكتابة من جهة والتوقيع من جهة أخرى".

وعليه ،وحتى يمكن اعتبار الوثيقة الناتجة عن معاملة الكترونية دليلا كتابيا فإن ذلك يستلزم مبدئيا تركيبة للعناصر السالفة ،يظهر من الواقع الحالي للقانون أن تلك الوثيقة لا تستجيب لها،لـذا فإننا سنعرض للمفاهيم الموضوعية للكتابة والتوقيع لنرى مدى استيفاء الوثيقة المعلوماتية لها .

[1] أ. مناني فرح ،أدلة الإثبات الحديث في القانون ،دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع عين مليلة الجزائر 2008ص169

الإثبات الالكتروني في المعاملات المدنية و التجارية

لقد جرى العرف واستقر العمل على تدوين المحررات الرسمية والعرفية على الأوراق وبالحروف الخاصة بلغة المتعاقدين أو اللغة التي يعتمدانها لتحرير العقد،فإن اللجوء إلى تدوين المحررات على وسائط الكترونية من خلال ومضات كهربائية وتحويلها على اللغة التي يفهمها الحاسب الآلي يثير التساؤل عن مدى اعتبار المحرر الالكتروني من قبيل الكتابة .

فمن الجدير بالتأكيد أنه ليس هناك في القانون أو في اللغة ما يلزم بالاعتقاد في أن الكتابة لا تكون إلا على الورق،وتأكد هذا المعنى في مرجع Lamy في قانون المعلوماتية[1] حيث أشار إلى أن المشرع لم يشر إلى دعامة من نوعية معينة،هذا وتأكيدا لما سبق فإن الكثير من الاتفاقيات الدولية تتبنى هذا الرأي ومنها على سبيل المثال،اتفاقية الأمم المتحدة الموقعة فيها بشأن النقل الدولي للبضائع لسنة 1981التي تنص المادة 13منها على أنه: 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 يمكن الأطراف من الرجوع إليه في حالة نشوب خلاف وقد اتفق الفقه أنه وحتى تقوم الكتابة بهذا الدور فلا بد أن يكون الوسيط مقروءا وأن تتصف الكتابة المدونة عليه بالاستمرارية والثبات.

لذلك وحتى يمكن الاحتجاج بمضمون المحرر المكتوب في مواجهة الآخرين فغن المحرر يجب أن يكون مقروءا وبالتالي يجب أن يكون مدونا بحروف أو رموز معروفة ومفهومة للشخص الذي يراد الاحتجاج عليه بهذا المحرر

فإذا ما رجعنا إلى المحررات الالكترونية نجد أنه يتم تدوينها على الوسائط بلغة الآلة لا يمكن أن يراها الإنسان بشكل مباشر وإنما لا بد من إيصال المعلومات في الحاسب الذي يتم دعمه ببرامج لها القدرة على ترجمة لغة الآلة إلى اللغة المقروءة للإنسان،وعلى الرغم من ذلك،وبالنظر إلى أنه 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.

[1] نور الدين الناصري،"المحررات الالكترونية وحجيتها في إثبات التصرفات المدنية والتجارية"مجلة الفقه والقانون www.majalah.new.ma.

ورغم ذلك فإن بعض مخرجات الحاسب الآلي لا تثير أية صعوبة من هذه الناحية فالبطاقة والأشرطة المثقبة ،والدعامات الورقية المتصلة ،تتضمن دون شك"كتابة" بالمعنى التقليدي في قواعد الإثبات إلا أن هناك في المقابل بعض المضرجات التي تبدو محل شك كالأشرطة الممغنطة والأسطوانات الممغنطة والميكروفيلم.

فبالنسبة للميكروفيلم يمكن القول أنه يأخذ قانونا حكم الكتابة التقليدية ،فالفارق الوحيد بينهما كما يرى البعض،يكمن في مادة وركيزة الدليل فهي من الورق بالنسبة لكتابة العادية ومن مادة بلاستيكية للميكروفيلم .

أما بالنسبة للأشرطة الممغنطة وما في حكمها،فالأمر لا يبدو بهذه البساطة ،فهي تحتوي على معلومات تم تخزينها مباشرة على ذاكرة الحاسب الالكتروني دون أن يكون لها أصل مكتوب ولا يمكن والأمر هكذا الإطلاع عليها إلا من خلال عرضها على شاشة الحاسب،وقد يقال لذلك أنها لا تتضمن كتابة على الإطلاق بل هي أقرب على التسجيلات الصوتية،ورغم ذلك وتأكيدا لما سبق ذكره فإن منظمة المواصفات العالمية iso،وبخصوص المواصفات الخاصة بالمحررات أكدت أن المحرر هو:

"مجموعة المعلومات والبيانات المدونة على دعامة مادية... يسهل قراءتها عن طريق الإنسان أو باستخدام آلة مخصصة لذلك ". وكذلك من أجل حسم هذه المسألة فقد أضاف المشرع الفرنسي في شأن الإثبات عن طريق الوسائل الالكترونية نص المادة 1316من القانون المدني والذي تم تعريف المحرر المستخدم في الإثبات بأنه :

"كل تتابع للحروف أو الرموز أو الأرقام أو أي إشارة أخرى تدل على المقصود منها ويستطيع المغير أن يفهمها..." أما المشرع الجزائري أورد في المادة 323مكرر من القانون المدني تعريفا للكتابة بالنص على أنها[1]: "ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف وأوصاف وأرقام وأية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها ،وكذا طرق إرسالها "فقد استعمل المشرع الجزائري في تعريف الكتابة عبارة "أيا كانت الوسيلة التي تتضمنها "والصحيح هو "أيا كانت الدعامة التي تتضمنها" حسب الترجمة الفرنسية للنص : quels que soient leur support.... " و سيأتي تفصيل ذلك في المبحث الثاني من الفصل الثاني الخاص بموقف المشرع الجزائري

[1] أ. مناني فرح ،المرجع السابق 174

فالكتابة في الشكل الالكتروني على خلاف الكتابة التقليدية معرضة للتبديل وللتحوير اللاحق مما يمس قوتها الثبوتية ،الشيء الذي جعل التشريعات تحيطها بعدة ضمانات مخصصة للقوة الثبوتية للكتابة في الشكل الالكتروني والتي سنتطرق إليها لاحقا[1].

وتطبيقا لذلك فإن الأحكام المتعلقة بالكتابة العرفية هي التي تطبق على الكتابة التي تكون في الشكل الالكتروني،لذا يمكن إثبات العقود والتصرفات القانونية التي تفوق قيمتها مائة ألف دينار جزائري بالكتابة المبرمة في الشكل الالكتروني،تطبيقا لنص المادة 333من القانون المدني من جهة،ولا يمكن معارضة الكتابة في الشكل الالكتروني بشهادة الشهود تطبيقا من جهة أخرى ،غير أن اليمين الحاسمة قد تفوض الدليل الثابت بالكتابة في الشكل العرفي.

شروط قبول الكتابة في الشكل الالكتروني كدليل إثبات:

وضع المشرع شرطين لقبول الكتابة في الشكل الالكتروني للإثبات وهما ،إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها،وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها ،وسبب وضع المشرع لهذين الشرطين يرجع إلى طبيعة المحيط الذي تتم فيه المعاملات الإلكترونية كونه محيط افتراضي وليس محسوس virtuel et dématérialisé، ،مما يفرض عوائق ناتجة عن طبيعة المحيط نفسه وهي :

- صعوبة التعرف على هوية الطرف الآخر في العلاقات العقدية
- اصطدام استخراج الكتابة في الشكل الالكتروني للتغير من دون أن يترك هذا التبديل أثرا محسوسا .

وسنتطرق للشرطين المذكورين أعلاه فيما يلي :

أ- إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها:

إن التعاقد الالكتروني ،لا سيما الذي يتم عن طريق الانترنيت يثير مسألة هامة تتعلق بإمكانية تأكد المتعاقد من هوية المتعاقد معه،أي توثقه من أن الشخص الذي يخاطبه هو فعلا ذلك الذي قدم له اسمه وعنوان بريده الالكتروني وغير ذلك من المعلومات ،وقد يمتد هذا الإشكال في حالة المنازعة حول حجية هذا العقد،فما الذي يضمن للقاضي أن الوثيقة الالكترونية المقدمة له كدليل إثبات صادرة أو متعلقة بذلك الشخص أو ذاك ،وتعد

هذه المقدمة له كدليل إثبات صادرة أو متعلقة بذلك الشخص أو ذاك،وتعد هذه الإشكالية من بين أهم الإشكاليات التي تواجه العقود الالكترونية.

في هذا المجال حاول المختصون إيجاد بعض الحلول التقنية لهذه الإشكالية باستعمال وسائل تعريف الشخصية عبر كلمة السر أو الأرقام السرية،وكذا وسائل التشفير أو ما يعرف بوسيلة المفتاح العام والمفتاح الخاص و وسائل التعريف البيولوجية للمستخدم ،كبصمات الأصابع المنقولة رقميا أو تناظريا وسمات الصوت أو حدقات العين أو غيرها. وهي وسائل أريد منه ضمان تأكيد الاتصال من جهة وإثبات هوية الشخص الذي أصدر الوثيقة الالكترونية من جهة أخرى ،لكن تأكد بعد تجربتها أن لكل منها ثغرات أمنية ولذلك تعد غير كافية. وهذا ما استدعى اللجوء إلى فكرة الشخص الوسيط بالعلاقة العقدية أو ما يسمى سلطات الموثوقية prestataire de service de certification électronique أو autorités de certification،وهي عبارة عن شركات ناشطة في ميدان خدمات التقنية تقدم شهادات تتضمن تأكيدا بأن الطلب أو الجواب قد صدر من الموقع المعني وتحدد تاريخ صدور الطلب أو الجواب ،وحتى تضمن هذه الجهات تأكيد شخصية المخاطب،تستعمل تقنيات التعرف على الشخص بدءا بكلمة السر وانتهاء بتقنيات التشفير.

وقد أخذت معظم التشريعات التي اعترفت بحجية الكتابة في الشكل الالكتروني في الإثبات بهذه الوسيلة للتأكد من هوية الشخص الذي صدر منه الإيجاب أو القبول ،ومنها القانون الفرنسي الذي أنشأ ما يسمى بهيئة خدمات التصديق،prestataire de service de certification ،وكذلك القانون التونسي الذي أنشأ ما يسمى بجهات المصادقة وسماها الوكالة الوطنية للمصادقة الالكترونية وبالرجوع إلى القانون الجزائري ،نجده لم يحدد إلى يومنا هذا كيفيات تطبيق هذا الشرط المقرر بالمادة 323مكرر من القانون المدني المتعلق بكيفيات التأكد من هوية الشخص الذي صدرت منه الكتابة في الشكل الالكتروني أو الوثيقة الالكترونية ،وفي انتظار صدور المرسوم التنفيذي الذي يحدد كيفيات تطبيق هذه المادة فإن تطبيقها يبقى معلقا،كونه يصعب على القاضي التثبت من هوية من صدرت عنه الكتابة ،لذا يبقى إنشاء مثل هذه الهيئات أفضل حل لهذا المشكل في الوقت الحاضر.

ب- أن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها:

مع تطور التقنيات الالكترونية وتحركها المستمر أصبح من الصعب ضمان الوجود المستمر للوسائط الالكترونية اللازمة لقراءة السند الالكتروني المنظم منذ مدة وفقا لتقنيات قديمة،كما أن السندات الالكترونية هي عمليا

معرضة للتلف بعد مدة،حتى ولو حفظت في شروط ملائمة وهنا وجه الاختلاف بين السند المادي والسند الالكتروني ،فالأول يمكن إعادة إنشاؤه من الأصل عند تغيب الورقة،بينما التغيب يمحي السند الالكتروني كليا،فمشكلة الحفظ تساوي فيها السند الالكتروني والسند الرسمي ،ولذلك اوجب المشرع ضرورة حفظ الوثيقة الالكترونية من أجل الحفاظ على حقوق الأفراد الذين يتعاملون بها أو من كان لهم حقوق ثابتة بها. ويمكن حفظ الوثيقة الالكترونية على حامل الكتروني، ويسمى الوسيط أيضا، وهو وسيلة قابلة لتخزين وحفظ واسترجاع المعلومات بطريقة الكترونية كأن تحفظ في ذاكرة الحاسب الآلي نفسه في اسطواناته الصلبة disque durs ،أو على الموقع في شبكة الانترنيت أو على شبكة داخلية تخص صاحب الشأن،وقد تتمثل في قرص مدمج CD-ROM ،أو قرص مرن DISQUETTE INFORMATIQUE ،أو قرص فيديو رقمي DVD .

وفي كل الأحوال يجب أن يكون الحامل الالكتروني من الوسائط المتاحة حاليا أو التي يكشف عنها العلم مستقبلا ،فنص المادة323مكرر يحتمل توسيع مجال الدعائم الالكترونية ووسائط جديدة تعد بمثابة الحامل الالكتروني ،كما سبقت الإشارة إلى ذلك عند تعريف الكتابة في الشكل الالكتروني.

ويتعين حسب الفقه أن يتوافر في الحامل الالكتروني الذي تحفظ عليه الوثيقة الالكترونية خصائص معينة تتعلق بهذه الرسالة أو الوثيقة وهي:

– إمكانية الإطلاع على الوثيقة الالكترونية طيلة مدة صلاحيتها وذلك أن هذه الوثيقة تماما كالوثيقة المكتوبة ،لها فترة صلاحية ،وطالما فقدت هذه الصلاحية يكون من المتعذر استرجاع البيانات المدونة بها والاستفادة منها،وهذا ما يقتضي أن يكون للحامل صفة القابلية للاستمرار support durable .

– حفظ الوثيقة الالكترونية في شكلها النهائي طوال مدة صلاحيتها بحيث يمكن الرجوع دائما لهذا الشكل النهائي عند الحاجة إليها.

– يتعين كذلك حفظ المعلومات المتعلقة بالجهة التي صدرت عنها الوثيقة الالكترونية سواء كان شخصا طبيعيا أو اعتباريا ،وكذلك الجهة المرسلة إليها.

– حفظ المعلومات المتعلقة بتاريخ ومكان إرسال الوثيقة واستقبالها، وذلك لأن هذه المعلومات ترتب آثارا قانونية في حق طرفي الرسالة أو الوثيقة متى تعلقت بعقد من العقود الالكترونية ،إذ يمكن عن طريق هذه البيانات تحديد مكان وزمان انعقاد العقد،وما إذا كان طرفا العقد قد جمعهما مجلس عقد واحد أم لا ،والتوصل إلى معلومات

تتعلق بسداد الثمن أو الأجرة وكيفية ذلك ومكانه ولا شك أن كل هذه الأمور من العناصر الجوهرية في التعاقد بالطريق الالكتروني ،لأن الهدف النهائي هو الحفاظ على حقوق الأطراف وحقوق كل من له علاقة بهذه الوثيقة.

وفي القانون المقارن نلاحظ أن المشرع التونسي قد فرض التزامات إضافية تتعلق بحفظ الوثيقة الالكترونية وهي :

– التزام المرسل بحفظ الوثيقة الالكترونية في ذات الشكل الذي أرسلها به،حتى تكون حجة عليه متى تعلق حق للغير بهذه الوثيقة ،فإذا ادعى خلاف ذلك،كانت الصورة المسلمة إليه،حجة عليه وحجة للطرف الآخر الذي يتمسك ضده بهذه الوثيقة الالكترونية.

ونشير في الأخير إلى أن تخزين أدلة الإثبات في الآلات وعبر المواقع المؤقتة التي يمكن أن لا تتمتع بصفة الدوام والاستقرار جعل الفقيه caprioli يقترح إنشاء جهات ثالثة تضمن سلامة الوثائق الالكترونية من التبديد والتحريف أو ما يسمى :"service d'archivage أو tiers archiver " [1].

فتخزين المعلومات في الكمبيوتر الخاص بأحد المتعاقدين يمكن أن يعرضها للتبديل أو التحريف كون هذا الجهاز يخضع لإرادة وإشراف وتوجيهات مستعملية، وإذا كان هذا الكمبيوتر يؤدي مهمته تنفيذا للتعليمات ولإيعاز الشخص الذي يخزنها فإنه يقال بأن هذه المعلومات التي سوف تقدم كدليل إثبات يمكن أن تكون من صنع هذا المستعمل ،فهي إذن صادرة عنه وبالتالي لا يجوز له أن يحتج بها كدليل إثبات ،تطبيقا لمبدأ عدم جواز اصطناع الشخص دليلا لنفسه، ومن هنا تظهر القيمة القانونية لوجود الوسيط لحفظ هذه الوثائق.

3– التنازع بين الكتابة في الشكل الالكتروني والكتابة على الورق في الإثبات :

لم تكن تثار مسألة تنازع أدلة الإثبات قبل تعديل القانون المدني بموجب الأمر 05-10الذي اعترف بموجبه المشرع الجزائري بحجية الكتابة في الشكل الالكتروني في إثبات العقود والتصرفات القانونية التي توازي في قيمتها القانونية حجية الكتابة الورقية ،وذلك لسبب بسيط هو أن قانون الإثبات لم يكن يعترف قبل هذا التاريخ إلا بالكتابة التي تكون على دعامة ورقية أو مادية ،كما أشرنا إليه أعلاه. و بالتالي لم يكن من الممكن تصور حدوث تنازع بين أدلة الإثبات الكتابية فيما بينها، فلكل منها قوتها الثبوتية ودرجتها المحددة قانونا ،فكانت المحررات الرسمية الأقوى ثم الكتابة العرفية المعدة للإثبات فالمحررات العرفية غير المعدة للإثبات.

[1] أ. مناني فرح ،المرجع السابق ،ص 182

لكن وبظهور الوسائط التقنية الجديدة التي تختلف في طبيعتها عن الوثائق الكتابية ،وتوزيعها في نفس الوقت في قوتها الثبوتية أصبح من الممكن حدوث التنازع فيما بينها، وبات الأمر ضروريا بالنسبة للمشرع الفصل في هذا التنازع، فلو وقع التنازع حول تنفيذ عقد أو تصرف قانوني ما سواء كان مبرما بطريقة تقليدية وتمسك أحد الأطراف بالوثيقة الورقية بينما تمسك الآخر بالوثيقة الالكترونية المعدة للإثبات ،فأي الدليلين يرجع القاضي؟ لم يتطرق المشرع لمسألة تنازع أدلة الإثبات عندما قام بتعديل القانون المدني وأدخل الكتابة في الشكل الالكتروني كدليل إثبات، وهذا عكس القانون الفرنسي الذي عالج هذه النقطة بمناسبة تعديله للقانون المدني. بموجب قانون 230-2000 المؤرخ في 13مارس 2000 ،المتعلق بإصلاح قانون الإثبات لتكنولوجيات المعلومات والتوقيع الالكتروني ،وتحديدا في المادة 1316 -2 التي تنص على أنه" عندما لا ينص القانون على قواعد مخالفة أو عندما لا يكون هناك اتفاق متكافئ في إثبات الالتزامات والحقوق بين الأطراف يثبت القاضي في النزاعات القائمة حول الإثبات بالكتابة عبر تحديد السند الأكثر مصداقية ،أيا كانت دعامته، وذلك عن طريق استخدام كافة الطرق المتوفرة لديه".

وما يمكن ملاحظته حول هذا الحل التشريعي الذي اعتمده المشرع الفرنسي أنه:

- أعطى للقاضي سلطتين ،الأولى صلاحية البث في النزاعات القائمة حول وسائل الإثبات وتحديد السند الأكثر مصداقية ،والثانية هي سلطة تقديرية واسعة في عملية التحديد، فهو الذي يرجح واسطة إثبات دون أخرى، بمعزل عن الدعامة ورقية كانت أو الكترونية،وذلك باستخدام الطرق المتوفرة لديه.
- إمكانية وضع اتفاقات بين المتعاقدين تخالف قواعد الإثبات الموجهة للقاضي ،وبالتالي الاعتراف بأن هذه القواعد يمكن الاتفاق على خلافها وهذه قواعد التي جاء بها القانون الفرنسي يمكن الاستعانة بها في الجزائر كونها لا تخرج عن القواعد العامة المتعلقة بالإثبات، فالقاضي الجزائري في غياب النص الذي يفصل في تنازع أدلة الإثبات بإمكانه استعمال سلطته التقديرية لترجيح أحد الأدلة على غيرها ،كما في حالة ما إذا عرض عليه محرران عرفيان ورقيان، إلا إذا اتفق طرفا العقد على ترجيح إحدى الوثائق على الأخرى ،كأن يتفقا على ترجيح وثيقة الكترونية على الوثيقة الخطية ،وهذا اتفاق جائز لأن قواعد الإثبات الموضوعية ليست من النظام العام .

وفي هذا يقول الأستاذ يحي بكوش :"تبقى القواعد الموضوعية الخاصة بالإثبات التي تنص للحقوق الخاصة الخاضعة لإرادة الخصوم يتصرفون فيها طبقا لرغباتهم".

وفي واقع الأمر فإنه يصعب على القاضي ترجيح الوثيقة الالكترونية على الوثيقة الورقية لسببين:

أولهما نفسي : فالقاضي الذي تعود على الوسائل الورقية والتوقيع باليد في إثبات العقود والتصرفات ،سيكون منحازا عفويا إلى الوسيلة التي تعودها ،فيكون في الأمر قرينة في ترجيح المستند الورقي حتى إثبات العكس ،وقد يصعب أخذ القاضي به للسبب نفسه.

ثانيهما واقعي : هو أن معرفة القاضي متصلة بالقانون وليس بالآلة أو بالتقنية ،وهي متميزة وفي غاية الدقة في هذا المجال المتطور،مما سيلغي واقع التوازن الوظيفي بين الوسائل الالكترونية والتقليدية في الإثبات ،التي أقرها المشرع في المادة 323مكرر1 من القانون المدني[1].

بالإضافة على اشتراك كون المحرر الكتابي مقروءا ،يشترط أيضا الاعتداء الكتابة في إثبات ان يتم تدوين على وسيط يسمح بثبات الكتابة عليه واستمرارها بحيث يمكن الرجوع إلى المحرر كلما كان ذلك لازما لمراجعة بنود العقد أو لعرضه على قضاء عند حدوث خلاف بين أطرافه فإذا كانت الوسائط الورقية بحكم تكوينها المادي تسمح بتحقيق هذه الشروط فإن استخدام الوسائط الالكترونية يثير التساؤل عند مدة تحقق هذا الشرط فيها حتى يمكن اعتبارها من قبيل المحررات الكتابية [2].

وفي هذا الصدد فإن الخصائص المادية للوسيط الالكتروني قد تمثل عقبة في سبيل تحقق هذا الشرط، ذلك أن التكوين المادي والميكانيكي لشرائح الممغنطة وأقراص التسجيل المستخدمة في التعاقد عن طريق الانترنيت تتميز بقدر من الحساسية بما يعرضها للتلف السريع عند اختلاف قوة التيار الكهربائي أو الاختلاف الشديد في درجة الحرارة تزين هذه الوسائط،وهي بذلك تعد أقل قدرة من الأوراق على الاحتفاظ بالمعلومات لمدة طويلة

ومع ذلك فإن هذه الصعوبة الفنية قد أمكن التغلب عليها باستخدام أجهزة ووسائط أكثر قدرة وبالتالي يمكننا 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 مما يعني أن المحرر العرفي يستوفي بذاته ومتى استخدمت هذه التكنولوجيات شرط استمراريته الكتابة على الوسيط.

[1] القاضي برني نذير ،العقد الالكتروني على ضوء القانون الجزائري المدرسة العليا للقضاء د 14الفترة التكوينية 2003-2006الجزائر ص 55

[2] نور الدين الناصري حجية وسائل الاتصال الحديثة في الإثبات www.eastlaws.com

ويجب أيضا حتى يعتد بالدليل الكتابي في الإثبات بالإضافة إلى كونه مقروءا ،ومميزا بالثبات واستمرارية ،يجب كذلك أن لا تكون هذه الكتابة قابلة للتعديل أو بإتلاف المحرر أو ترك أثر مادي عليه وبخصوص المحررات المدونة على الورق فإنه لا يمكن تعديلها أو بإتلافها أو إحداث تغيرات مادية يسهل التعرف عليها سواء بواسطة القراءة العادية أو من خلال الرجوع على الخبر الفنية ،على أنه وبخلاف الاوراق التي تتحقق فيها هذه المواصفات ،فإن الكتابة على الوسائط الالكترونية من أقراص وشرائط ممغنطة تفتقد بحسب الأصل لهذه القدرة،بل إن افتقادها هو سبب تفوقها على الوراق من ناحية الاستخدام العملي لها.

فالأصل في التدوين على الوسائط الالكترونية هو قدرة تكون طرف من الأطراف على تعديل مضمون المحرر وإعادة تنسيقه بالإضافة أو الإلغاء أو المحو بدون أن يظهر لهذا التعديل أي أثر مادي يمكن ملاحظته أو اكتشافه ،ويترتب على هذا الاختلاف المادي بين الأوراق والوسائط الالكترونية أن المحرر الالكتروني يفتقر بحسب الأصل على شرط من اهم الشرط التي تتصل بوظيفة المحرر الكتابي في الإثبات والتي تهدف إلى تحقيق الثقة في البيانات المدونة في المحرر .

ومع ذلك فإن التطور التكنولوجي قد أدى إلى حل هذه المشكلة أيضا عن طريق استخدام برامج حاسب آلي لتحويل النص الذي يمكن التعديل فيه إلى صورة ثابتة لا يمكن التدخل فيها أو تعديلها ويعرف النظام باسم * document image processing

كذلك فقد أمكن حفظ المحررات الالكترونية في صيغتها النهائية وبشكل لا يقبل التبديل من خلال حفظها في الصناديق الالكترونية لا يمكن فتحها إلا بمفتاح خاص يهيمن عليه الجهات المعتمدة من قبل الدولة ،بحيث تؤدي محاولة أطراف التعامل تعديل الوثيقة الإلكترونية إلى إتلافها أو محوها تماما.

ومما لا شك فيه أن ترك تقييم مدى إمعان قبول المحرر الالكتروني الذي يتم تأمين بياناته بواسطة نوع معين من المحررات بإثبات بالمقارنة بالمحررات المدونة على الأوراق والتي يلتزم القاضي بقبولها كدليل كامل متى كانت موقعة من أطرافها وحيث أن ذلك من شأنه إضعاف الثقة في المحررات الالكترونية،فإننا نعتقد بوجوب تدخل المشرع بالنص صراحة على التكنولوجيا المعتمدة في تأمين بيانات المحررات بما يجعلها تستوفي شرط "عدم القابلية للتعليل " وبدون حاجة إلى تدخل القاضي في تقدير مدى توفر هذا الشرط.

الشرط الثاني: أن يكون الدليل موقعا:

يشكل التوقيع العنصر الثاني من عناصر الدليل الكتابي المتطلب قانون لمصلحة المهمة العرفية وكذلك بالنسبة للورقة الرسمية و هذا العنصر سيرد تبيانه بتفصيل أكثر عند تطرقنا إلى موقف المشرع الجزائري في المبحث الثاني من الفصل الثاني. و نفس الأهمية يؤكدها التشريع المغربي في المادة 426 من قانون الالتزامات والعقود المغربي الذي ينص على انه:

"يسوغ أن تكون الورقة العرفية مكتوبة بيد شخص الملتزم بها بشرط أن تكون موقعة منه ويلزم ان يكون التوقيع بيد الملتزم وأن يرد في أسفل الورقة ولا يقوم الطابع او الختم مقام التوقيع ،ويعتبر وجوده كعدمه"[1].

يذهب الأستاذ Gerve Croze إلى أن اصطلاح التوقيع يستعمل بمعنيين: الأول أنه عبارة عن علامة أو إشارة تسمح بتمييز الشخص الموقع ، والثاني هو فعل أو عملية التوقيع ذاته بمعنى وضعه على مستند يحتوي معلومات معينة ويعتبر المعنى الأول هو المعنى المقصود بالتوقيع في نطاق الإثبات ومن هذا التعريف يمكن استخلاص عناصر التوقيع الجوهرية وهي أن يكون علامة خطية وشخصية لمن ينسب إليه المحرر ،ثم أن يترك أثرا متميزا يبقى ولا يزول والتوقيع إما أن يكون بالبصمة خاتما أو إصبعا ،فالتوقيع الخطي يكون بيد من ينسب إليه المحرر بحيث يقوم محدد لشخصية الموقع حتى ولو لم يكتب المحرر بخط يده ،و تجدر الإشارة على أن المشرع المغربي قد حصرا التوقيع في الإمضاء باليد على خلاف بعض التشريعات الأخرى التي أتاحت إمكانية التوقيع باليد أو بالختم أو ببصمة الأصبع كالمشرع المصري .

الفرع الثاني : الأشكال المتعددة لإثبات العقد الالكتروني .

الفقرة الأولى :نقل التوقيع الخطي للماسح الضوئي scanner :

لقد أشيء هذا الماسح خصصا لنقل الصور الفوتوغرافيا من الوثائق الأصلية كما هي على الدعامات الالكترونية الموجودة على جهاز الكمبيوتر ،تحقيقا لنفس هذا الهدف العملي أمكن نقل التوقيعي الخطي كما هو على وثيقة موجودة على الجهاز لكي يتم توقيعها لإقرار مضمونها وإذا كان الأمر يبدوا سهلا هكذا من الناحية النظرية إلا أن مثل هذا التوقيع لا يحقق الأمان الكافي من الناحية العملية فلا يوجد دون أدنى شك من إمكانية وضع هذا التوقيع على أية وثيقة عندما يقوم المتعاقد لسوء النية بحفظ نسخة من التوقيع المصور من الماسح وهذا يوجد عملية التزوير

[1] أ. مناني فرح ،المرجع السابق ،ص 187

حيث إن الوثيقة الالكترونية المذيلة بتوقيع خطي مصور لا علاقة لأي منهما للآخر ذلك انه يمكن دائما من الناحية العملية وضع التوقيع على أي محتوى موجود على دعامات الكترونية ولذلك استقر وضع على عدم الاعتداد بمثل هذا التوقيع لكي يصبح دليلا ذو حجية قانونية في الإثبات[1] .

الفقرة الثانية :التوقيع باستخدام بطاقات الائتمان الممغنطة ذات الرقم السري .

قد اعترض البعض حول إبرام صفقات الكترونية عن طريق "الدفع الالكتروني لبطاقات البنكية الممغنطة حيث أن التوقيع في هذا الشكل ينفصل ماديا عن صاحبه الأمر الذي قد يترتب عن إمكانية الحصول على أي شخص من الغير على هذه البطاقة وإبرام صفقات من خلالها عندما ينجح في الوصول إلى الرقم السري الخاص بهذه البطاقة ولكن هذا الاعتراض تم الرد عليه مع الاعتراف بقيمة ما يبرم من صفقات بهذا الطريق بالإضافة إلى وجود وسائل أمان كافية لإتمامها وعدم التلاعب فيها،فمن ناحية لا يمكن لأي شخص آخر أن يصل إلى الرقم السري الخاص ببطاقة العميل إذ أن إرساله يتم بشكل رسمي بخطاب مسجل لا يستلمه أحد غيره،وبالتالي فلا يعلم به أحد غيره،وإذا افترضنا جدلا فقد هذه البطاقة أو سرقتها فإن من يعثر عليها لا يتمكن بسهولة من معرفة الرقم هذا من ناحية،ومن ناحية أخرى لكي يتلافى العميل بأسرع وقت إمكانية استغلال هذه البطاقة في سحب مبالغ من البنك أو في شراء مستلزمات بواسطتها،عليه أن يبادر على وجه السرعة بإبلا غ البنك الذي يقوم بشكل تلقائي بإيقاف الدائرة الالكترونية الخاصة بالبطاقة بوسائل الفنية ،أضف إلى ذلك أن عادة البنوك قد جرت على إدخال برمجة ذاتية داخل ماكينات السحب النقدي الخاص بها مفادها إمكانية إعطاء حامل البطاقة ثلاثة محاولات لإدخال رقمه السري الصحيح فإن لم يتمكن تقوم الماكنة بسحب البطاقة تلقائيا ولا يجوز لأي شخص سوى صاحبها أن يحصل عليها من الفرع الذي يوجد به حسابه حيث يتم إرسال البطاقة لكل فرع صدرت منه،ولمنح المستخرجات الالكترونية الناتجة عن التعامل بالبطاقات البنكية الممغنطة الحجية القانونية ،فقد استقر القضاء الفرنسي على قبول كل التعاملات التي تتم عن طريق التوقيع الالكتروني بالبطاقة الممغنطة كما ولو أنها تمت بتوقيع خطي، بل الأكثر من ذلك أن البنك يعد ضمانا لسلامة التوقيع الالكتروني في مواجهة كل من يدخل مع العميل في صفقات الكترونية بواسطة البطاقة البنكية .

[1] د.سعيد السيد قنديل التوقيع الالكتروني دار الجامعة الجديدة للنشر طبعة 2004 ،ص 66

الفقرة الثالثة : التوقيع باستخدام القياسات البيومترية "BIOMETRIE SIGNATURE "

إن الإقبال على إبرام تعاملات بشكل عام وفي مجال المعاملات التجارية والبنكية بشكل خاص يتوقف على مدى ما توفره الجهات من وسائل أمان تكفل السرية والثقة في التعامل.

وتحقيقا لهذا الهدف توصلت البنوك العالمية الكبرى إلى الاعتماد على الخواص الذاتية للإنسان والتي لا يمكن أن تشابه من الناحية الإكلينيكية بدلا من الانتقادات التي وجهت لنظام التعامل بالبطاقات الممغنطة المقترنة بالرقم السري ،فالبديل الآن هو البصمة الصوتية للشخص أو بصمة إصبعه أو بصمات الشفاه،ووفقا لهذه الطريقة يتم تخزين بصمة الشخص داخل الدائرة الالكترونية للجهاز الذي يتم التعامل معه أو من خلاله بحيث لا يتم الدخول إلا عندما ينطق الشخص كلمات معينة أو يضع بصمة الإصبع المتفق عليه أو بصمة شفتاه بحيث يتم التعامل عندما يتأكد الجهاز من عملية المطابقة الكاملة.

وعلى الرغم من مساعي القائمين على هذه العمليات بالبحث عن الوسائل الأكثر أمانا إلا أن أحد الفقهاء ونؤيده في ذلك،يورد تحفظا على إبرام صفقات من خلال التوقيع بهذه الطريقة ومفاد تحفظ سيادته هو أنه من الممكن أن تخضع الذبذبات الحاملة للصوت أو صورة بصمة الإصبع للنسخ وإعادة الاستعمال بالإضافة إلى إمكانية إدخال تعديلات عليها خصوصا إذا أخذنا في الاعتبار سرعة التطور التقني المذهل في عالم الالكترونيات وأمام ذلك لا يكون من حل سوى البحث عن النصوص التشريعية التي تقر فكرة التوقيع الالكتروني بشكل ثابت مع الاعتراف له بالحجية القانونية عندما يتم تأمينه من خلال التصديق عليه من جهات معتمدة ومرخص لها بممارسة هذا العمل بما يكفل التحقق من هوية الموقع وصلاحيته لإبرام الصفقة الالكترونية محل التعامل وذلك على التفصيل الذي سنبحثه من خلال المبحث الثاني من هذا الفصل.

الفقرة الرابعة :التوقيع الرقمي "SIGNATURE NUMERIQUE "

يقوم التوقيع الرقمي على فكرة الرموز السرية والمفاتيح غير المتناسقة "المفاتيح العامة،المفاتيح الخاصة"،ويعتمد هذا التوقيع في الوصول إليه على فكرة اللوغاريتمات والمعادلات الرياضية المعقدة من الناحية الفنية كإحدى وسائل الأمان التي يبحث عنها المتعاقدون عن إبرام صفقات الكترونية ،وقد قمنا في المطلب الأول من المبحث بالعرض

التفصيلي للفارق بين التوقيع الرقمي والتوقيع الالكتروني بأشكاله المحددة في التشريعات المختلفة وكذلك للتطبيقات الخاصة لفكرة الرموز السرية المتناسقة وغير المتناسقة [1].

[1] د.سعيد السيد قنديل التوقيع الالكتروني المرجع السابق ،ص72

المبحث الأول

موقف التشريعات الغربية و العربية و القانون النموذجي الموحد

تمهيـد:

تعتبر التعاملات الإليكترونية حديثة النشأة و تتسارع تطوراتها ميدانيا بصفة عجزت الكثير من التشريعات عن مواكبتها، و في هذا المبحث سنحاول التعرض لأهم ما وصلت إليه بعض التشريعات الحديثة، و قد احتوى المبحث على مطلبين، أولهما تطرقنا فيه إلى موقف بعض التشريعات الغربية و العربية دون التشريع الجزائري الذي أفردنا له مبحثا خاصا، ثانيهما تطرقنا فيه إلى القانون النموذجي الموحد للتوقيع الإليكتروني في المعاملات التجارية.

الإثبات الالكتروني في المعاملات المدنية و التجارية

المطلب الأول

موقف بعض التشريعات الغربية و العربية

في هذا المطلب سنسلط الضوء على موقف بعض التشريعات المقارنة نخص بالذكر التشريعات التي كانت مسايرة إلى حد كبير التطور التكنولوجي في مجال المعاملات الإليكترونية لاسيما التشريع الفرنسي و موقف الإتحاد الأوروبي في الفرع الأول أما الفرع الثاني من هذا المطلب تطرقنا فيه إلى التأخر الحاصل في هذا المجال لدى التشريعات العربية و قد وقع اختيارنا على التشريع المصري، اللبناني، الأردني و المغربي.

الفرع الأول: موقف التشريعات الغربية

الفقرة الأولى: التشريع الفرنسي

استجابة منه لمتطلبات التعامل بوسائل الاتصال الحديثة تدخل المشرع الفرنسي بموجب القانون 525/80 المدني خاصة الجانب المتعلق بوسائل إثبات الوسائل القانونية فتبنى مفهوما جديدا للصورة من جهة، واعتبر المحررات الالكترونية دليلا كتابيا من جهة ثانية.

ولقد اعتبر ذلك بمثابة ارتقاء تشريعي بقواعد الأدلة الالكترونية إلى مستوى القواعد العامة، مع وجود استثناءات، وإذا كان القانون الفرنسي قد أقام التكافؤ بين المحررات الالكترونية والمحررات الورقية فإنه في المقابل تدخل ليضع حدودا وشروطا لهذا الاعتراف، فبمقتضى المادة 1/1316 اشترط أن تكون الرموز أو الأرقام أو العلامات على وضع يسمح بقراءتها[1]، بمعنى أن تكون مكونات الكتابة ذات دلالة تعبرية مفهومة، كما اشترط كذلك لزوم ارتباط المحرر بتوقيع الالكتروني استوفى الشروط التي تجعله مؤديا لوظائف التوقيع بصفة عامة، وعلى نحو يمكن من الكشف على أي تلاعب في الكتابة، هذا وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي قد قيد قبول الدليل الكتابي الالكتروني في الإثبات بقيد: تحديد سلامتها[2].

أما بالنسبة لصورة فقد أخضع المشرع الفرنسي عن منحها حجية في الإثبات متى توافر على شرطين أساسيين **هما:**

- **التطابق:** معناه أن تأتي الصورة مطابقة للأصل مطابقة تامة، بمعنى أن تكون المطابقة في الشكل والمضمون.
- **الدوام:** من خلال التعريف الوارد في الفقرة 2 من المادة 1348 من التقنين الفرنسي، يتضح أن المقصود

[1] www.bahrainlaw.net

[2] د.محمد سعيد رشدي ،تعاقد وسائل الاتصال الحديثة ومدى حجيتها في الإثبات،توزيع منشأة المعارف الاسكندرية ،ص234.

بالدوام، الإثبات، وعدم القابلية للزوال، وعدم صلاحية الدعمات المستخدمة لإعادة استخدامها مرة أخرى. وهكذا فمتى استوفت الصورة هذين الشرطين إلا واعتبرت ذات حجية في الإثبات إذا كان الأصل غير موجود، مع العلم أن هذه الحجية تبقى خاضعة للسلطة التقديرية للقاضي دون الرقابة عليه من محكمة النقض فإن شاء أخذ بها وإن شاء طرحها جانبا[1].

الفقرة الثانية:مشروع التوجيه الأوروبي بشأن المحررات الموقعة إليكترونيا

استلهم المشرع الأوربي الإطار العام للتدخل التشريعي في شأن تنظيم الإثبات في هذا المجال من مشروع القانون الموحد من التجارة الإليكترونية الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة لقانون تجارة الدول و الذي تبنته منظمة التجارة العالمية wto في الإطار العام الذي وضعته بشأن تيسير المعاملات التجارية. و بناءا على ذلك قد أصدر الإتحاد الأوروبي عام 1999 توجيها أو إرشادا حول التوقيع الإليكتروني الذي عرفته المادة الثانية من هذا التوجيه بأنه:" التوقيع الحاصل في شكل رقمي المندمج أو الملتصق أو المرتبط منطقيا ببيانات إليكترونية أخرى، الذي يستخدم كوسيلة في المصادقة"

و يجب أن يخضع التوقيع الإليكتروني لشروط التالية:

1- أن يكون التوقيع مرتبطا بشخص الموقع وحده.

2- أن يسمح بتعريف هوية الموقع.

3- أن يكون قد وجد بوسائل تمكن الموقع من إبقاءها تحت رقابته حصريا.

4- أن يكون التوقيع مرتبطا بالبيانات التي يحمل إليها بشكل يسمح بكشف كل تعديل لاحق عليها[2].

و لقد ورد في المادة 1/3 من ذات التوجيه ما يلزم الدول الأعضاء بإصدار قوانين تجيز قيام جهات خاصة تكون تحت رقابة دولة مهمتها إصدار شهادات تفيد استيفاء التوقيعات الإليكترونية للشروط المطلوبة حتى تمنح الثقة في التوقيع الإليكتروني بحيث لا يصبح عرضة للتغير و التبديل وزيادة في الإسهاب فإن التوجيه الأوربي أورد

[1] أ. مناني فرح ،المرجع السابق ،ص 139

[2] د .عبد الله مسفر الحيان ، د .حسن عبدالله عباس ،مجلة العلوم الاقتصادية والادارية يونيو 2003 ،ص 34-35

بعض التعريفات لبعض المصطلحات الفنية وذلك حتى لا تكون صعوبة في فهمها . و قد جاءت على النحو التالي:

"أدوات إصدار التوقيع: كل أداة مادية أو برنامج حاسوبي يسمح بتحويل الكود أو الشفرة إلى توقيع إليكتروني"

"أدوات تأمين التوقيع : يقصد بها كل أداة أو برنامج حاسوبي يسمح بتأمين التوقيع الإليكتروني على النحو الذي يؤدي استيفاء الشروط التالية:

1- تكون الشفة أو الكود المستخدم في التوقيع غير متكرر، و إنما منفرد ، و إنما يتم وضع ضوابط كفيلة بالحفاظ على حريتها لتحقيق إنفراد صاحب التوقيع بالسيطرة عليها و الاستئثار به دون غيره من الأشخاص

2- يكون وضع الشفرة الخاصة بالتوقيع مراعيا عدم إمكان استخلاصه عن طريق الاستنتاج المنطقي، و أن تتخذ الضمانات الكافية وفقا لأحدث ما توصلت إليه التكنولوجيا ضد تزويره

3- أن يتم تمكين صاحب التوقيع من حماية الشفرة في حالة محاولة الغير في استخدامها حال تعرفه عليها."

و يلاحظ هنا أن التوجه الأوروبي يعتبر من أوائل التشريعات التي أفردت تعريفا خاصا للشهادة الإليكترونية التي تبدو أهميتها في أنها الرابط بين الأداة التي لا يتم بدونها التوقيع و شخصية صاحب التوقيع و تكون هناك جهة مختصة لإصدار هذه الشهادات و يجب أن تكون هته الجهة مخولة و مختصة بهذا النوع من الخدمات[1].

و من جانب آخر فإن المشرع الأوروبي قد أخلى مسؤولية أي شخص تعامل بالتوقيع الإليكتروني في مواجهة كل شخص أولى ثقته في المحررات و التوقيعات الإليكترونية بناءا على الثقة المشروعة في الشهادات الصادرة من هذه الجهة و بصفة خاصة في شأن:

1- ما ورد في هذا الاعتماد من تحديد لشخصية صاحب التوقيع.

2- صحة البيانات التي تضمنها الشهادة في تاريخ تسليمها.

3- الارتباط بين معطيات إصدار التوقيع ومعطيات التحقق منه ومراجعة صحته.

[1] د. محمد حسين منصور،الاثبات التقليدي الالكتروني،دار الفكر الجامعي ،طبعة 2006نص 209.

لقد أبرء المشرع الأوربي مسؤولية هيئة إصدار الشهادات أو إعتمادات التوقيعات من المسؤولية المترتبة على أية أخطاء ناتجة عن عدم صحة البيانات الواردة في الشهادة متى ما أثبتت هذه الجهة أنها اتخذت كافة الوسائل للتحقق من صحة البيانات المقدمة من صاحب التوقيع[1].

بالإضافة إلى أن المشرع نظم فقط المحررات التجارية دون المدنية الموقعة إلكترونيا متأثرا في ذلك بمشروع قانون لجنة الأمم المتحدة، فإنه توجد بعض الانتقادات بصفة خاصة للمشروع حيث أنه رفع نصاب حرية الإثبات من 5000 فرنك بالنسبة للمحرر الموقع بالكتابة إلى قيمة أعلى(من1000إلى15000 بنسبة للتوقيع الإلكتروني).ولقد ساوى أيضا مشروع القانون الأوربي بين المحررات العرفية العادية والموقعة إليكترونيا من حيث القيمة القانونية في الإثبات شريطة استفاء الشروط الخاصة بصحة التوقيع الإليكتروني والتصديق و الاعتماد من الجهة المختصة التي تشرف عليها الدولة[2].

الفرع الثاني: موقف التشريعات العربية

الفقرة الأولى: موقف المشرع المصري

في ظل القانون الحالي أبى المشرع المصري إلا أن يمنح لوسائل الاتصال الحديثة حجية قانونية في الإثبات، فمعلوم أن القانون المصري يتطلب الكتابة في إثبات بعض التصرفات القانونية. بيد أنه في نطاق هذه التصرفات القانونية أورد بعض الاستثناءات التي لا يلزم فيها وجود الدليل الكتابي الكامل، ثم أن المشرع المصري أخذ بمبدأ الإثبات الحرفي مواجهة التجار في المادة التجارية، وسمح للأطراف باستبعاد نظام الإثبات والاتفاق عل تنظيم حجية المستندات والوثائق التي يتعاملون بها، فقواعد الإثبات قواعد مكملة وليس آمرة، ومن تم يجوز الاتفاق على مخالفة أحكامها. ثم إن المشرع قد أجاز بنص صريح الإثبات بكافة الطرق والوسائل ما دام هناك مانع يتعذر معه إعمال الدليل الكتابي أيا كان نوع هذا المانع. ويدخل في ذلك المانع بحكم عادة فمتى اعتاد الأفراد مثلا التعامل فيما بينهم دون الحصول على دليل كتابي كما هو الحال في التعامل بوسائل الاتصال الحديثة يستسيغ الأخذ بهذه الوسائل حجة في الإثبات[3].

والمانع سيان أكان مانعا ماديا ناشئا من الظروف الخارجية لإبرام التصرف والتي تمنع ماديا من الحصول على

---

[1] أ. مناني فرح ،المرجع السابق ،ص 141.

[2] د .عبد الله مسفر الحيان ، د .حسن عبدا لله عباس ،مجلة العلوم الاقتصادية والإدارية يونيو 2003 ،ص 36

[3] أ. مناني فرح ،المرجع السابق ،ص 139

دليل كتابي أو مانعا أدبيا ناشئا عن اعتبارات معنوية دون المطالبة بالكتابة، فإن تحقق المانع بنوعيه يسعف الأخذ بوسائل الاتصال الحديثة في الإثبات كالحاسب مثلا خصوصا النسخة الالكترونية و المشفرات الفيلمية وموقع الويب وهي الصفحة التي تظهر على شاشة الحاسب الالكتروني.

الفقرة الثانية: موقف المشرع الأردني

أولا: الاعتراف بحجية الوسائل الالكترونية في الإثبات:

تماشيا مع اتجاهات الاعتراف بحجية مستخرجات الحاسوب والمراسلات الالكترونية ظهرت في الأردن دعوات عديدة إلى وجوب التنظيم التشريعي لوسائل الإثبات الالكترونية وإعادة النظر بقانون البيانات وغيره من التشريعات ذات العلاقة لتحقيق هذا الغرض ، غير أن المشرع الأردني لم يتيسر له الوقوف بشكل شمولي أمام هذه المسالة ، وجاءت استجاباته لهذه الدعوات جزئية في حدود عدد ضيق من التشريعات الحديثة التي استلزمتها ظروف تحرير التجارة واستحقاقات عضوية منظمة التجارة الدولية ، ومن خلال استقراء التشريعات الأردنية الجديدة وإخضاعها لعملية المسح من زاوية تبين احتكامها المستحدثة في حقل الإثبات ، يلحظ أن ثمة اتجاه تشريعي لقبول حجية المستخرجات الالكترونية في الإثبات بالنسبة لطائفتين من التشريعات ، تشريعات الخدمات المالية (ان جاز الوصف) ، وتشريعات الملكية الفكرية ، ففي الطائفة الأولى ، نص المشرع الأردني في المادة 72 / ج من قانون الأوراق المالية رقم 23 لسنة 1997 على انه (على الرغم مما ورد في اي تشريع آخر يجوز الإثبات في قضايا الأوراق المالية بجميع طرق الإثبات بما في ذلك البيانات الالكترونية أو الصادرة عن الحاسوب وتسجيلات الهاتف ومراسلات أجهزة التلكس والفاكس ميلي)) ، كما نصت المادة 92 / ب من مشروع قانون البنوك الجديد على انه ((على الرغم مما ورد في أي تشريع آخر يجوز الإثبات في القضايا المصرفية بجميع طرق الإثبات بما في ذلك البيانات الالكترونية أو البيانات الصادرة عن أجهزة الحاسوب أو مراسلات أجهزة التلكس .)) ونصت الفقرة ج من ذات المادة على أن ((للبنوك ان تحتفظ للمدة المقررة في القانون بصورة مصغرة (ميكروفيلم أو غيرة من أجهزة التقنية الحديثة)) بدلا من أصل الدفاتر والسجلات والكشوفات والوثائق والمراسلات والبرقيات والإشعارات وغيرها من الأوراق المتصلة بأعمالها المالية وتكون لهذه الصورة المصغرة حجية الأصل في الإثبات .)) ونصت الفقرة د. من المادة نفسها على ان ((تعفى البنوك التي تستخدم في تنظيم عملياتها المالية الحاسب الآلي أو غيرة من أجهزة التقنية الحديثة من تنظيم دفاتر التجارة التي يقتضيها قانون التجارة النافذ المفعول وتعتبر المعلومات المستفادة من تلك الأجهزة أو غيرها من الأساليب الحديثة بمثابة دفاتر تجارية .))

وقررت الفقرة هـ من هذه المادة انه ((تعتبر جميع الأعمال المصرفية والنشاطات المالية تجارية بحكم ماهيتها الذاتية بغض النظر عن صفة العميل المتعاقد أو المتعامل مع البنك سواء كان مدنيا أو تجاريا ,وتسري عليها أحكام قانون التجارة الساري المفعول كما لا تخضع لأحكام نظام المرابحة .))[1]

ثانيا: في ميدان تشريعات الملكية الفكرية

أما في ميدان تشريعات الملكية الفكرية فقد نصت المادة 3 / ج من قانون الرسوم والنماذج الصناعية رقم 14 لسنة 2000 على انه ((يجوز استعمال الحاسب الآلي لتسجيل الرسوم الصناعية والنماذج الصناعية والبيانات المتعلقة بها وتكون للبيانات والوثائق المستخرجة منه المصدقة من المسجل حجة على الكافة ما لم يثبت صاحب الشان عكسها .)) وذات النص ورد في المادة 3/ج من قانون حماية التصاميم للدوائر المتكاملة رقم 10 لسنة 2000 ، كما نصت المادة 3/ب/3 من قانون العلامات التجارية رقم 33 لسنة 1952 المعدل بالقانون رقم 34 لسنة 1999 على انه ((يجوز استعمال الحاسب الآلي لتسجيل العلامات التجارية وبياناتها وتكون البيانات والوثائق المستخرجة منه المصدقة من المسجل حجة على الكافة)) وذات النص ورد في المادة 7/ج من فانون براءات الاختراع رقم 32 لسنة 1999 .

ثالثا: مدى حجية البيانات المخزنة إليكترونيا في الإثبات

أما عن الأحكام الجديدة المقررة في المادة 92 مدار البحث ، فهي الاعتراف بحجية البيانات الالكترونية او البيانات الصادرة عن أجهزة الحاسوب او مراسلات أجهزة التلكس (م 92/ب) والاعتراف بحجية الميكروفيلم أو الصور المصغرة عن البرقيات والإشعارات والمراسلات والسجلات والكشوف وحسم الجدل حول طبيعتها بإنزالها منزلة الأصل لا باعتبارها صورة مستنسخة عن الأصل المدخل أو المعالج بطريقة الميكروفيش . (م 92 / ج) ، وكذلك إنزال البيانات المخزنة في نظم المعلومات منزلة الدفاتر التجارية والاعفاء من مسك الدفاتر والسجلات التجارية التقليدية (م 92 /د) ، وأخيرا اعتبار أية علاقة مع البنك تجارية ليتحقق مبدأ جواز الإثبات فيها بكافة طرق الإثبات بما فيها الوسائل الالكترونية للإثبات (م 92/ هـ[2]).

[1] www.flaw.net
[2] www.bahrainlaw.net

الإثبات الالكتروني في المعاملات المدنية و التجارية

موقف القضاء اللبناني من مسألة الإثبات الإلكتروني

عالج القضاء اللبناني مسألة الإثبات الإلكتروني في قرار حديث صادر عن محكمة التمييز اللبنانية رقم 2001/4 تاريخ 2001/2/6, في قضية تفليسة الغزاوي .فبعد أن تذرع طالبو النقض بأن مفهوم الدفاتر التجارية قد تغيّر عرفاً بنتيجة الثورة الإلكترونية, وتجاوز الملفات الخطية إلى بيانات إلكترونية في أقراص مدمجة, رفضت محكمة التمييز الاعتداد بالبيانات المحاسبية المعلوماتية ومساواتها بالدفاتر التجارية الورقية, واعتبرت أنه لا يمكن الاستعاضة عن القواعد التي ترعى تنظيم ومسك الدفاتر التجارية أصولاً, بأي عرف مخالف قائم على البرمجة الالكترونية.

بذلك تكون محكمة التمييز قد أطلقت قاعدتين أساسيتين, القاعدة الأولى :أن الواقع التشريعي المرعي الإجراء لم يكرس بعد الوسائط الحديثة القائمة على البرمجة الالكترونية بذاتها كوسائل إثبات كاملة .والقاعدة الثانية :أن العرف التجاري القائم على اعتماد البرمجة الالكترونية لا يرجح القواعد القانونية المفروضة .فالإثبات الالكتروني, لا يمكن الأخذ به عندما لا يسمح القانون بذلك[1].

الفقرة الثالثة: قبول بعض القوانين المغربية الخاصة للتقنيات الحديثة

في خضم التطور الحادث في مجالات الاتصالات الالكترونية، مع ما صاحب ذلك من تغيرات جذرية على الطرق التي أصبحت تتم بها المعاملات التجارية. عرف التشريع المغربي بروز مجموعة من النصوص التي تجيز اعتماد بعض التقنيات الحديثة في الاثبات، وإن كان الأمر يحتاج إلى تدخل فعلي عبر قانون ينظم التجارة الالكترونية بشكل عام، والإثبات في المعاملات الالكترونية بشكل خاص، وسنحاول من خلال هذه الفقرة الوقوف قدر الإمكان عند بعض التطبيقات المتناثرة في بعض النصوص والقوانين الخاصة، محاولين استجلاء موقف التشريع المغربي من التقنيات الحديثة ومدى حجيتها في الإثبات، ومن بين هذه القوانين نجد:

أولا: القانون المتعلق بنشاط مؤسسات الائتمان ومراقبتها

ثانيا: قانون حرية الأسعار والمنافسة

ثالثا: مدونة الشغل الجديدة

[1] مجلة الجيش العدد 233 -2004 نوفمبر موقع الجيش اللبناني.

الإثبات الالكتروني في المعاملات المدنية و التجارية

أولا :القانون المتعلق بنشاط مؤسسات الائتمان ومراقبتها

باستقراء القانون المتعلق بنشاط مؤسسات الائتمان ومراقبتها، نستشف أن من بين المهام المسندة لمؤسسة الائتمان كما أشارت إلى ذلك المادة الأولى وضع مختلف وسائل الدفع رهن تصرف العملاء والقيام بإداراتها[1]، من دون أن تحدد هذه المادة ما إذا كانت هذه الوسائل تقليدية أو آلية حديثة، وهو الأمر الذي تجاوزته المادة 4 من نفس القانون أكدت صراحة بأن: " وسائل الدفع هي جميع الوسائل التي تمكن أي شخص من تحويل الأموال حينما كانت الطريقة أو الخطة التقنية المستعملة لذلك."

فهذه المادة جاءت على صيغة العموم دون تحديد أكانت هذه الوسائل شيكا أو كمبيالة أو سند لأمر أو إذن بالتحويل أو فاكسا أو بطاقة ائتمان أو وفاء أو وثيقة معلوماتية أو بيانات الكترونية، ولعل في ذلك أخذ صريح لمستجدات التقنيات الحديثة والأكثر من ذلك المادة 106 من نفس القانون اعترفت صراحة بالحجية القانونية لكشوف الحسابات والتي نعلم أنها أحد مستخرجات التقنيات الحديثة، وهو ما كرسه العمل القضائي في أحد قراراته حينما اعتبر الكشوف الحسابية البنكية لها حجيتها[2].

ولأجل ذلك فإن القانون المتعلق بنشاط مؤسسات الائتمان و مراقبتها، قانون رائد وإطارا قانونيا وتجريبيا لمدى نجاعة وسائل الإثبات الحديثة، خاصة وأنه يمس شريعة عريضة وحساسة من المجتمع.

ثانيا: قانون حرية الأسعار والمنافسة

جاء القانون 06.99 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة بأحكام لا غنى عنها لتحقيق التنمية الاقتصادية، وضمان رفاهية المستهلك، وتتجسد هذه الأحكام في تنظيم حرية الأسعار من جهة وتنظيم المنافسة الحرة من جهة ثانية. والهدف بطبيعة الحال هو ضمان الشفافية والنزاهة في العلاقات التجارية.

ومن الأمور التي تحسب لهذا القانون الجديد حرصه على التلائم مع مستجدات التقنيات الحديثة، وهو ما نلمسه من قراءة بعض مواده.

فقد جاء في المادة 47: " يجب على كل من يبيع منتوجات أو يقدم خدمات أن يعلم المستهلك عن طريق وضع علامة أو ملصق أو إعلان أو بأي طريقة مناسبة أخرى بالأسعار والشروط الخاصة للبيع أو لا تجاز خدمة."

فإعلام المستهلك بأسعار المنتوجات والخدمات وغيرها كما جاء في صريح المادة يمكن أن يتم بأي طريقة أخرى مناسبة، والتي قد تكون فاكس أو إنترنيت وغيرها من التقنيات الحديثة.

[1] www.bahrainlaw.net
[2] www.bahrainlaw.net

كما جاء قي المادة 48 على أنه: " يجب على من يبيع منتوجات أو يقدم خدمات أن يسلم فاتورة أو تذكرة صندوق أو أي وثيقة أخرى يقوم مقامها على كل مستهلك بطلب ذلك "فالفاتورة قد تقوم مقامها أي وثيقة أخرى، حتى ولو كانت أحد مستخرجات التقنيات الحديثة[1].

فالواضح إذن أن الصياغة العامة لهذه النصوص، تمنح لمستجدات التقنيات الحديثة إمكانية المساهمة في حماية المستهلك من جهة، وإضفاء الشفافية على العلاقات التجارية بين المهنيين من جهة أخرى. خاصة وأنها تمكن هؤلاء الأطراف من مجموعة من الوسائل التقنية التي تسهل عملية التعامل فيما بهم[2].

ثالثا: مدونة الشغل الجديدة

من خصوصيات القانون الاجتماعي أنه لم يكتف بالقواعد العامة في الإثبات الواردة في قانون العقود و الالتزامات المغربي فهكذا ومراعاة منه للمركز الاقتصادي الضعيف للأجير في مواجهة المشغل فإنه حرص على تنظيم إثبات الأجر بمقتضى وسائل خاصة تسير عمل القضاء وتتمثل هذا الوسائل في ثلاثة وهي: ورقة الأداء، دفتر الأداء، وتوصيل تصفية كل حساب.

والملاحظ أن المشرع المغربي في المدونة الجديدة للشغل، اعتبر بعض التقنيات الحديثة وسائل الإثبات واقعة أداء الأجر، فقد جاء في المادة 372: " يمكن بطلب من المشغل الاستعاضة عن دفتر الأداء، باعتماد أساليب المحاسبة الميكانوغرافية أو المعلوماتية أو أية وسيلة أخرى بين وسائل المراقبة التي يراها العون المكلف بتفتيش الشغل كفيلة بأن تقوم ذلك الدفتر."

فمن هنا، يجب على المشغل أن يحتفظ بمستندات المحاسبة الميكانوغرافية والمعلوماتية أو بوسائل المراقبة الأخرى التي تقوم مقام دفتر الأداء هذه لا تقل عن سنتين من تاريخ اعتماد ترك المستندات أو الوسائل مع وجوب وضعها رهن إشارة عون التفتيش ومفتشي الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي الذين يمكنهم طلب الإطلاع عليها في أي وقت[3].

و الواقع أن هذه المقتضيات إن دلت فإنها تدل على معنى واحد، وهو انفتاح التشريع المغربي على التقنيات الحديثة، واعتبارها ذات حجية في الإثبات.

---

[1] أ. مناني فرح ،المرجع السابق ،ص 141

[2] www.bahrainlaw.net

[3] د.يونس عرب ،ندوة التقاضي في بيئة الانترنيت،المركز العربي للقانون والتقنية العالية ،المركز العربي للملكية الفكرية ،الأردن،2002،ص4

المطلب الثاني

القانون النموذجي الموحد الخاص بالتوقيع الالكتروني

قررت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارة الدولي في دورتها التاسعة والعشرين "1996"أن تدرج في جدول أعمالها مسألة التوقيع الإلكتروني وطلب من الفريق العامل المعني بالتجارة الإلكترونية أن يبحث مدى جدوى إعداد نموذج قانون موحد بشأن هذا الموضوع و هو ما يطلق عليه الأونسترال unistral .

وكان معروضا على اللجنة في دورتها الثلاثين A/CN.9/437 "والذي أفاد أهمية وضرورة العمل من أجل تنسيق القانون في هذا المجال وانه من المجدي إعداد مشروع قانون موحد بشأن مسألة التوقيع الإلكتروني يكون عونا للدول عند وضع التشريعات الخاصة بها في مجال اتعاملات الإليكترونية وذلك للعمل على توحيد مصدر تلك التشريعات التي تعالج نفس الموضوع. وعليه فقد أقرت اللجنة تلك النتائج وعهدت إليه إعداد مشروع قانون موحد بشأن التوقيع الالكتروني.

وقد كرس الفريق العامل المعنى بالتجارة الالكترونية COMMERCE ELECTRONIQUE اعمال دورية لإعداد مشروع قواعد الأنسترال الموحدة بشان التوقعيات الالكترونية ولاحظ الفريق العامل أنه سيكون من المفيد أن تقدم مذكرة تفسيرية معلومات إضافية عن القواعد الموحدة وكان هناك تأهيل عام بان يكون مشروع قانون النموذجي UNIFIED LAW– قانون الأنسترال UNCTTRAL – الخاص بالتوقيعات الالكترونية ELECTRONIC signature ملحقا به دليل يساعد الدول على تشريع القواعد الموحدة وتطبيقها ورئي أن الجزء الكبير من الدليل يمكن أن يستمد من الأعمال التحضيرية عند أعداد هذا القانون.

على أننا نلاحظ قبل التعرض لمواد هذا القانون ان القواعد التي وضعها تطبق على جميع أنواع رسائل البيانات DATA MESSAGES التي تمهر بتوقيع إلكتروني ذي أثر قانوني.

الفرع الأول: نطاق تطبيق القانون النموذجي الموحد

وقد نص هذا القانون النموذجي في الفقرة الأولى من مادته الأولى على نطاق التطبيق على أن تلك القواعد تنطبق حيثما تستخدم توقيعات إلكترونية في سياق أنشطة تجارية وذكر تفسيرا لذلك أنه ينبغي تفسير مصطلح "تجاري" تفسيرا واسعا على أن يشمل كافة المسائل الناشئة عن جميع العلاقات ذات الطابع التجاري سواء كانت تعاقدية أو غير تعاقدية دون أدنى اعتبار لتقنية التوقيع الالكتروني المستخدم على أن تشمل العلاقات ذات الطابع التجاري المعاملات التالية على سبيل الحصر لا المثال :

- أي معاملة تجارية لتوريد أو تبادل السلع أو الخدمات.
- اتفاق التوزيع.
- التمثيل التجاري أو الوكالة التجارية.

- البيع الايجاري و تشييد المنشآت.
- الأعمال الهندسية
- منح الرخص.
- الاستثمار والتمويل.
- الأعمال المصرفية.
- التأمين.
- اتفاق أو امتياز الاستغلال.
- المشاريع وغيرها من أشكال التعاون في المجال الصناعي أو الأعمال.
- نقل البضائع أو الركاب جوا أو بالسكك الحديدية أو بالطرق البرية.

هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن هذا القانون لا يوجد به ما يمنع من توسيع نطاق تطبيقه ليشمل استخدام التوقيعات الإلكترونية خارج المجال التجاري فمثلا يمكن توسيع نطاق التطبيق ليشمل العلاقات بين مستعملي التوقيعات الإلكترونية والسلطات العامة.

وعليه فكون المادة الأولى من هذا القانون النموذجي UNIFIED MODEL LAW تنص على أن تطبيق قواعد هذا القانون تنطبق حيثما تستخدم توقيعات إلكترونية في سياق أنشطة تجارية فهذا لا يحد من إمكانية قيام أي دولة من توسيع نطاقه عندما تشرع في وضع قانون خاص بها مستلهمة إياه من هذا القانون النموذجي[1].

هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن نص الفقرة الأولى من المادة من القانون تعطى أيضا كافة أنواع التوقيعات الإلكترونية دون أدنى اعتبار لتقنية التوقيع الإلكتروني ELECTRONIC SIGNATURE أو التوثيق المستخدمة وقد رئي لدى إعداد هذا القانون النموذجي الموحد MODEL LAW UNIFED أن استبعاد أي شكل من الأشكال أو وسيط من الوسائط سيؤدي إلى صعوبة عملية وسيتنافى مع الغرض المتمثل في توفير قواعد محايدة من حيث الوسائط حيادا حقيقيا بيد أنه وجهت عناية خاصة لدى إعداد القواعد الموحدة إلى التوقيعات الرقمية أي التوقيعات الإلكترونية التي يتحصل عليها بتطبيق الترميز بواسطة زوج مفاتيح والتي اعتبرها فريق الانسترال العامل المعنى بالتجارة الالكترونية تكنولوجيا واسعة الانتشار.

وعليه نجد أن هذا القانون النموذجي تنطبق قواعده على جميع أنواع رسائل البيانات DATA MESSAGE التي تمهر بتوقيع إلكتروني ذي أثر قانوني ولا يوجد في هذا القانون الموحد ما يمنع أي دولة تقوم بتشريع القانون الخاص بها من خلال هذا القانون النموذجي كما أن توسيع نطاق التطبيق ليشمل استخدام التوقيع الالكتروني خارج المجال التجاري أن يشمل مثلا المعاملات بين مستعملي التوقيعات الالكترونية و السلطات العامة فتوسيع نطاق أو الحد منه التطبيق يتوقف على رؤية الدولة التي تشرع القانون الخاص بها[2].

[1] أ. منير محمد الجنبهي ،ا. ممدوح الجنبهي الطبيعة القانونية العقد الالكتروني دار الفكر الجامعي ص200
[2] د.نور الدين الناصري،المرجع السابق ،ص139

وقد أوصى الفريق العامل على إعداد هذا القانون الموحد النموذجي على العمل على نشر تطبيق التوقيع الالكتروني سواء على الصعيد الداخلي لكل دولة أو على الصعيد العالمي بين الدول. وان قيام أي دولة بتقييد استخدامه على المجال الداخلي دون الخارجي لأغراض السياسية العامة لها أو وضع نظامين يحكمان استخدام التوقيعات الالكترونية فإن ذلك يؤدي إلى إيجاد عقبات خطيرة أمام استخدام تلك التقنية[1].

الفرع الثاني: إشكالية تمييز أشكال التوقيع الإليكتروني

نص القانون النموذجي الموحد في المادة الثالثة منه على عدم التمييز ضد أي طريقة للتوقيع الالكتروني أي أن جميع التكنولوجيات ستنال نفس المعاملة ونتيجة ذلك فلا ينبغي أن يكون هناك اختلاف في المعاملة بين الرسائل الموقعة إلكترونيا و الموقعة توقيعا تقليديا .

ومن حيث التمييز بين أشكال التوقيع الالكتروني فهو ما تناولته المادة الثالثة من هذا القانون النموذجي فقد تم النص فيها على عدم التمييز بين أي شكل من أشكال التوقيع الالكتروني وشكل أخر طالما توافرت الشروط المطلوبة أي اختلاف بين أي تقنية توقيع الكتروني و أخرى وأيضا عدم التمييز بين التوقيع الالكتروني وبين التوقيع التقليدي طالما توافرت الشروط المطلوبة والتي سيتم النص عليها في المواد اللاحقة .

كما تم النص على أن للأطراف الحق بحسب ما يبيح القانون الاتفاق على استخدام تقنية معينة للتوقيع الالكتروني دون غيرها.

فالمقصود هنا أن يطبق المبدأ الأساسي الخاص بعدم التمييز تطبيقا عاما غير أنه ينبغي أن يلاحظ أن ذلك المبدأ ليس مقصودا منه أن يمس بحرية التعاقد المسلم بها وعليه ينبغي أن تبقى للأطراف فيما بينهم وإلى المدى الذي يسمح به القانون حرية أن يستبعدوا باتفاق فيما بينهم استخدام تقنية توقيع الكتروني معينة وبالنص على انه (لا تنطبق أية قاعدة من هذه القواعد بما يشكل استبعادا أو حرمانا من أثر قانوني لأية طريقة لإنشاء توقيع الكتروني)[2].

ويقصد بها أن تقدم إرشادا يساعد هيئات التحكيم والمحاكم والسلطات الأخرى الوطنية أو المحلية على تفسير قواعد القانون الموحدة والأثر المتوقع من نص المادة الرابعة تلك هو تقييد المدى الذي إليه لا يمكن تفسير النص الموحد بعد إدراجه في التشريع المحلي إلا بالرجوع إلى مفاهيم القانون الدولي أي أن تفسر التشريعات المحلية بالرجوع إلى قواعد القانون الموحد .

أي أن القواعد القانونية التي تسنها الدول بخصوص التوقيعات الالكترونية فهذه الدول تسن تلك القواعد القانونية باعتبارها جزء من التشريع الداخلي لتلك الدولة أي أن تلك القواعد هي داخلية في طبيعتها إلا أنه عند

[1] أ. منير محمد الجنبهي ،ا. ممدوح الجنبهي ،المرجع السابق، ص 2002
[2] د.يونس عرب ،المرجع السابق ،ص10

تفسير تلك القواعد ينبغي أن تفسر بالرجوع إلى منشئها الدولي بغية كفالة الاتساق في تفسير القواعد الموحدة في مختلف البلدان .

وبالنسبة للفقرة الثانية من المادة فإن من بين المبادئ العامة التي يستند إليها هذا القانون النموذجي يمكن أن يوجد أن القائمة غير الحصرية التالية قابلة للانطباق:

- تيسير التجارة الالكترونية ELECTRONIC COMMERCE بين البلدان وبعضها البعض .
- إقرار صحة المعاملات التي تجري بواسطة تكنولوجيا المعلومات الجديدة.
- ترويج وتشجيع استخدام تكنولوجيا المعلومات الجديدة عموما و التوقيعات الالكترونية خصوصا وذلك بطريقة محايدة إزاء التكنولوجيا.
- تعزيز توحيد القانون .
- دعم الممارسات التجارية .

وفي حين أن الغرض العام من القانون النموذجي الموحد MODEL LAW UNIFIED هو تيسير استخدام التوقيعات الالكترونية فإنه لا ينبغي على أي نحو أن القانون النموذجي الموحد يفرض استخدام التوقيعات الالكترونية فرضا وإنما هو يعمل على تعزيز تفضيل استخدام الحكومات و الأفراد لها[1].

الفقرة الأولى: مدى إلزامية القانون النموذجي الموحد للدول

أما المادة الخامسة من هذا القانون النموذجي فقد تم النص فيه على أنه يجوز الخروج عن هذه القواعد أو تغيير أثرها باتفاق ما لم يكن من شأن ذلك الاتفاق أن يكون غير صحيح أو غير ساري المفعول بمقتضى قانون الدولة التي ستشرع القانون الخاص بها.

وكان قرار الاضطلاع بإعداد القانون النموذجي الموحد متسندا إلى إدراك أن الحلول للصعوبات القانونية التي يثيرها استخدام تقنيات الاتصال الحديثة تلتمس في معظم الأحيان في الممارسة العملية في إطار العقود ولذلك يقصد من القانون الموحد أن تدعم مبدأ حرية الأطراف بيد أن القانون المنطبق قد يضع حدود لتطبيق ذلك المبدأ .

فلا ينبغي تفسير تلك المادة خطأ بأنها تسمح للأطراف بالخروج على القواعد الإلزامية مثل القواعد التي تعتمد لأسباب تتعلق بالسياسة العامة كما لا ينبغي تفسير تلك المادة خطأ على أنها تشجع الدول على وضع تشريع إلزامي يحد من أثر حرية الأطراف فيما يتعلق بالتوقيعات الالكترونية أو يدعو الدول بطريقة أخرى إلى تقييد حرية الأطراف في الاتفاق فيما بينهم على مسائل اشتراطات الشكل التي تنظم اتصالاتهم.

ومن المبادئ التي تم الاعتراف بها عموما لدى إعداد هذا القانون النموذجي الموحد أن التغيير بالاتفاق يمكن أن يعرب عنه صراحة أو ضمنا .ومن حيث مدى الانطباق فالمقصود من تلك المادة أن تنطبق ليس فقط في سياق العلاقات بين موقعي رسائل البيانات والمرسل إليهم تلك الرسائل بل أيضا في سياق العلاقات مع الوسائط [1].

[1] أ. مناني فرح ،المرجع السابق ،ص 145

"الوسيط INTERMEDIARY فيما يتعلق برسالة البيانات هو الشخص الذي يقوم نيابة عن شخص آخر بإرسال أو استلام أو تخزين رسالة البيانات أو بتقديم خدمات أخرى فيما يتعلق برسالة البيانات هذه"وعليه يمكن تغيير أحكام هذا القانون النموذجي أما باتفاقات ثنائية او متعدد الأطراف تبرم بين الأطراف أو بواسطة قواعد النظام التي يتفق عليها الأطراف.

ونموذجيا يخص القانون المنطبق حرية الأطراف في الحقوق والالتزامات الناشئة بينهم وذلك بغية تفادي أن ينطوي القانون المنطبق على أي تأثير في حقوق الأطراف والتزاماتها[2].

الفقرة الثانية: موثوقية التوقيع الإليكتروني في ظل القانون النموذجي الموحد

أما المادة السادسة من هذا القانون النموذجي الموحد فقد نصت على مصداقية التوقيع الالكتروني وشروط صحته بالقول:

"1- عندما يشترط القانون وجود توقيع من شخص ،يستوفى ذلك الشرط بالنسبة إلى رسالة بيانات إذا استخدم توقيع الكتروني موثوق بالقدر المناسب للغرض الذي أنشئت أو أبلغت من أجله رسالة البيانات ،بما في ذلك أي اتفاق ذي صلة .

2- تسري الفقرة (1) سواء كان الشرط المشار إليه في شكل إلتزام أو كان القانون يكتفي بالنص على النتائج التي تترتب على عدم وجود توقيع.

3- يعتبر توقيع الكتروني موثوقا لغرض الوفاء بالشرط المشار إليه في الفقرة (1):

-أ- إذا كانت الوسيلة المستخدمة لإنشاء التوقيع الالكتروني مرتبطة، في السياق الذي تستخدم فيه بالموقع دون أي شخص آخر.

-ب- إذا كانت الوسيلة المستخدمة لإنشاء التوقيع الالكتروني خاضعة في وقت التوقيع لسيطرة الموقع دون أي شخص آخر.

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

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

4- لا تحد الفقرة الثالثة من قدرة أي شخص على:

---

[1] د.سعيد سيد قنديل ،المرجع السابق،ص 7

[2] أ. منير محمد الجنبهي ،ا. ممدوح الجنبهي،المرجع السابق ،ص207

-أ- على القيام بأي طريقة أخرى بإثبات موثوقية التوقيع الالكتروني بغرض استيفاء الشرط المشار إليه في الفقرة "أ".

-ب- على تقديم دليل على عدم موثوقية التوقيع الالكتروني :"[1]

وأهمية تلك المادة السادسة تتجلى باعتبارها إحدى الأحكام الأساسية في القانون النموذجي الموحد ويقصد بها توفير إرشاد بشأن الكيفية التي يمكن بها استيفاء معيار الموثوقية (الجدارة بالتعويل) (الموجودة بالمادة السابعة الفقرتان أ و ب).

وينبغي أي يوضع في الاعتبار لدى تفسير المادة السادسة أن الغرض من ذلك الحكم هو ضمان أنه إذا كانت هناك أي نتيجة قانونية ستترتب على استخدام التوقيع الخطي فينبغي أن تترتب نفس النتيجة على استخدام التوقيع الالكتروني الموثوق .

ويلاحظ أن الفقرات"1"و"2"و"5"من المادة السادسة هي أحكامها مستمدة من المادة السابعة الفقرات "1"و"2"و"3" من قانون الأنسترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية .

وقد تم النص في الوثيقة A/CN.9WG.IV/WP.86/ADD.41 أنه عند إعداد هذا القانون النموذجي الموحد أعرب عن رأي مفاده أن مشروع المادة"6"ينبغي أن يكون له (أما من خلال إشارة إلى مفهوم التوقيع الالكتروني (المعزز أو من خلال ذكر مباشر لمعايير لإثبات الموثوقية التقنية لطريقة توقيع معينة) غرض مزدوج هو إثبات ما يلي :

-1- انه ستترتب إثارة قانونية على تطبيق طرق التوقيع الالكتروني المسلم بموثوقيتها.

-2- من الناحية الأخرى أنه لن تترتب تلك الآثار القانونية على استخدام طرق أقل موثوقية .

غير أنه رأى عموما انه قد يلزم تميز أدق بين مختلف طرق التوقيع الالكتروني الممكنة لأن القانون الموحد ينبغي أن يتفادى التميز ضد أي شكل من أشكال التوقيع الالكتروني مهما بدا دلك الشكل في ظروف معينة ساذجا أو غير مأمون .

[1] د.سعيد سيد قنديل ،المرجع السابق،ص 9

ولذلك ستترتب أثار قانونية على أي طريقة توقيع الكتروني تطبيق بغرض التوقيع على رسالة بيانات بموجب المادة(8)(1)(أ) من هذا القانون النموذجي شريطة أن تكون تلك الطريقة ذات موثوقية كافية في ضوء جميع الظروف بما فيها أي اتفاق بين الطرفين [1].

بيد أنه بموجب المادة(8) من هذا القانون النموذجي فإن تقرير ماهية ما يشكل طريقة توقيع ذات موثوقية في ضوء الظروف لا يمكن أن يتم إلا بواسطة محكمة أو جهة أخرى تبت في الوقائع وتتدخل بأثر رجعي وربما بعد وقت طويل من استخدام التوقيع الالكتروني .

وخلافا لذلك فإن هذا القانون الموحد يتوقع أن تنشأ ميزة لصالح تقنيات معينة معترف بأنها ذات موثوقية بوجه خاص أيا كانت الظروف التي تستخدم فيها وهذا هو الغرض من الفقرة الثالثة التي يتوقع منها أن تنشئ اليقين (أما من خلال افتراض أو من خلال قاعدة موضوعية) في الأول قبل الوقت الذي تستخدم فيه أي تقنية توقيع الكتروني كهذا مسبقا بأن استخدام التقنية المعترف بها ستنتج عنه أثار قانونية مكافئة للآثار التي تترتب على التوقيع الخطي وعليه فالفقرة الثالثة هي حكم ضروري لتحقيق هدف القانون الموحد المتمثل في توفير يقين أكثر[2].

ويتبقى سؤال عما إذا كان ينبغي أن يترتب أي أثر قانوني على استخدام تقنيات التوقيع الالكتروني التي قد يستخدمها الموقع دون أن تكون لديه أية نية واضحة للالتزام القانوني بالموافقة على المعلومات التي يجري التوقيع عليها الكترونيا وفي أي ظرف كهذا لا تستوفى الوظيفة الثانية من وظائف التوقيع لأنه لا توجد نية لإبداء أية موافقة على المعلومات الواردة في رسالة البيانات .

والنهج المتبع في القانون الموحد هو أن الآثار القانونية المترتبة على استخدام التوقيع الخطي ينبغي أن تتكرر في البيئة الالكترونية وعليه فينبغي أن يفترض أن الموقع بقيامه بتذييل معلومات معينة بتوقيع(سواء خطيا أو الكترونيا)قد وافق على ربط هويته بتلك المعلومات والبت في ما إن كان ينبغي أن تترتب على ذلك الربط أثار قانونية (تعاقدية أو غير تعاقدية)سيتوقف على طبيعة المعلومات التي توقع وعلى أي ظروف أخرى، وتقيم هذه الظروف وفقا للقانون المنطبق خارج نطاق القواعد الموحدة وفي ذلك السياق لا يقصد من القانون الموحد أن يتدخل في القانون العام للعقود والالتزامات[3].

[1] د.محمد سعيد رشدي ،المرجع السابق ،ص239.
[2] أ. مناني فرح ،المرجع السابق ،ص 147
[3] أ. منير محمد الجنبهي ،ا. ممدوح الجنبهي،المرجع السابق ،ص215

وبالنسبة لمعايير الموثوقية التقنية فإنه يقصد من الفقرات الفرعية "أ"إلى"د"من الفقرة الثالثة التعبير عن معايير موضوعية للموثوقية التقنية للتوقيعات الالكترونية وتركز الفقرة الفرعية "أ"على الخصائص الموضوعية لأداة إنشاء التوقيع التي يجب أن تكون مرتبطة بالموقع دون أي شخص آخر ومن الوجهة التقنية يمكن أن تكون أداة إنشاء التوقيع مرتبطة بالموقع ارتباطا فريدا دون أن تكون هي فريدة في حد ذاتها والارتباط بين البيانات المستخدمة لإنشاء التوقيع الالكتروني وبين الموقع هو العنصر الرئيسي [1] .

وفي حين أن مستعملين مختلفين أن يشتركوا في استعمال أداة لإنشاء التوقيعات الالكترونية التي تملكها إحدى المؤسسات فإن تلك الأداة يجب أن تكون قادرة على تحديد هوية مستعمل واحد تحديدا لا لبس فيه سياق كل توقيع الكتروني على حدة .

أما الفقرة الفرعية (ب)فتتناول الظروف التي تستخدم فيها أداة إنشاء التوقيع فيجب أن تكون أداة إنشاء التوقيع في وقت استعمالها تحت سيطرة الموقع وحده.

ينشأ سؤال عما إن كان الموقع سيحتفظ بقدرته على الإذن لشخص آخر باستعمال أداة التوقيع نيابة عنه؟ و يمكن أن ينشأ هذا الحال إذا كانت أداة التوقيع تستخدم في سياق المؤسسات حيث تكون المؤسسة هي الموقع ولكنها تحتاج إلى أن يكون عدد من الأشخاص قادرين على التوقيع نيابة عنها .

وهناك مثال آخر في الاستعمالات الأعمالية وهو أن تكون أداة التوقيع موجودة في شبكة ويستطيع عدد من الناس استعمالها وفي ذلك الحال تكون الشبكة على الأرجح مرتبطة بكيان معين هو الموقع وهو يحتفظ بالسيطرة على أداة إنشاء التوقيعات أما إذا كان الأمر على خلاف ذلك وكانت أداة التوقيع متاحة على نطاق واسع فينبغي أن يتناولها القانون النموذجي الموحد [2] .

وتقتضي الفقرتان الفرعيتان (أ)و(ب)مجتمعين إلى ضمان أن يكون استخدام أداة التوقيع في أي وقت معين وهو أساس الوقت الذي ينشأ فيه التوقيع بوسع شخص واحد فقط وليس بوسع أي شخص آخر أيضا.

أما مسألة الوكالة أو استخدام أداة التوقيع استخداما مأذونا به فينبغي تناولها في تعريف عبارة الموقع وليس في مضمون هذه القاعدة [3].

---

[1] www.bahrainlaw.net

[2] www.bahrainlaw.net

[3] أ. مناني فرح ،المرجع السابق ،ص 149

وتتناول الفقرتان الفرعيتان (ج)و(د) مسائل سلامة التوقيع الالكتروني وسلامة المعلومات التي يوقع عليها إلكترونيا وكان بالإمكان دمج الحكمين معا بغية التشديد على أنه إذا مهر مستند بتوقيع تكون سلامة المستند وسلامة التوقيع مرتبطتين ارتباطا يبلغ من الوثاقة أن يصعب تصور إحداهما دون الأخر وإذا استخدم توقيع لإمضاء مستند فإن فكرة سلامة المستند تكون أصلية في استخدام التوقيع غير أنه تقرر أن يتبع القانون الموحد التمييز المقرر في القانون النموذجي بين المادتين السابعة والثامنة فعلى الرغم من أن بعض التكنولوجيات توفر كلا من التوثيق (المادة السابعة من القانون النموذجي) والسلامة (المادة الثامنة من القانون النموذجي)فإن ذلك المفهومين يمكن أن يعتبرا مفهومين قانونيين متمايزين وأن يعاملا على ذلك الأساس.

وبما أن التوقيع الخطي لا يوفر ضمانا لسلامة المستند الذي يمهر به ولا ضمانا بأن أي تغيير يجري في المستند سيتسنى اكتشافه فإن نهج التناظر الوظيفي يقتضي بعدم تناول ذلك المفهومين في حكم واحد.

والغرض من الفقرة "3" "ج" هو وضع معيار يتعين استفاؤه من أجل إثبات أن أي طريقة توقيع الكتروني معينة هي طريقة موثوقة بما يكفي للوفاء باشتراط القانون بأن يكون هناك توقيع ويمكن الوفاء بذلك الاشتراط القانوني دون حاجة إلى إثبات سلامة المستند في مجمله.

أما الفقرة الفرعية "د" فيقصد بها أساسا أن تستخدم في البلدان التي تكون فيها القواعد القانونية الراهنة الناظمة لاستخدام التوقيعات الخطية غير قابلة لاستيعاب تمييزا بين سلامة التوقيع وسلامة البيانات التي يجرى التوقيع عليها وفي البلدان الأخرى يمكن أن تؤدي الفقرة الفرعية "د" إلى إنشاء توقيع أكثر موثوقية من التوقيع الخطي وبذلك تتعدى مفهوم النظير الوظيفي للتوقيع وفي أية ظروف سيكون أثر الفقرة الفرعية"د" هو إنشاء نظير وظيفي للمستند الأصلي .

كما أن الفقرة الفرعية"د" تعبر عن الارتباط الضروري بين التوقيع وبين المعلومات التي يجري التوقيع عليها وذلك لتفادي الإيحاء بأن التوقيع الالكتروني لا يمكن أن يطبق إلا على كامل محتويات رسالة البيانات .

والواقع أن المعلومات التي سيوقع عليها ستكون في كثير من الحالات جزءا من المعلومات الواردة في رسالة البيانات فمثلا يمكن أن يكون التوقيع الالكتروني غير متعلق إلا بمعلومات مرفقة مع الرسالة لأغراض البث .

وبالنسبة للمادة السابعة من القانون النموذجي الموحد الخاص بالتوقيع الالكتروني فقد نصت على الآتي:

1- يجوز لشخص مختص أو هيئة أو سلطة مختصة سواء أكانت عامة أو خاصة تعينها الدولة المشرعة تحديد التواقيع الالكترونية التي تفي بأحكام المادة السادسة.

2- يتعين أن يكون أي تحديد يتم بموجب الفقرة "1" متسقا مع المعايير الدولية المعترف بها.

3- ليس في هذه المادة ما يخل بسريان قواعد القانون الدولي الخاص .

التحديد المسبق لوضعية التوقيع الالكتروني :تبين المادة السابعة الدور الذي تؤديه الدولة المشترعة في إنشاء أي كيان يؤكد صحة استعمال التوقيعات الالكترونية أو يشهد بنوعيتها على نحو آخر أو الاعتراف بذلك الكيان

وتستند المادة السابعة مثلها مثل المادة السادسة إلى فكرة إنما يلزم لتسيير تطوير التجارة الالكترونية هو توفر عنصر اليقين و القابلية للتنبؤ عند قيام الأطراف التجاريين لاستخدام تقنيات التوقيع الالكتروني وليس عندما يوجد نزاع أمام المحكمة وحيثما تكون تقنية توقيع معينة قادرة على الوفاء باشتراطات وجود درجة عالية من الموثوقية والأمن ينبغي أن تكون هناك وسيلة لتقييم الجوانب التقنية للموثوقية والأمن ومنح تقنية التوقيع شكلا من أشكال الاعتراف[1] .

هذا والغرض من تلك المادة هو توضيح انه يجوز للدولة المشرعة أن تسمى هيئة أو سلطة تكون لها صلاحية إصدار قرارات بشان ماهية التكنولوجيات المحددة التي يمكن أن تنطبق عليها الافتراضات أو القاعدة الموضوعية المقررة بموجب المادة السادسة[2] وليست المادة السابعة حكما تخويليا يمكن بالضرورة أن تشرعه الدولة في شكله الراهن غير أن المقصود منها هو ان توجه رسالة واضحة فحواها أن اليقين والقابلية للتنبؤ يمكن تحقيقهما بتحديد ماهية تقنيات التوقيع الالكتروني التي تفي بمعايير الموثوقية الوارد في المادة السادسة شريطة ان يجري ذلك التحديد وفقا للمعايير الدولية ولا ينبغي تفسير المادة السابعة بطريق ة التقرر أثارا قانونية إلزامية استخدام أنواع معينة من تقنيات التوقيع أو تحصر استخدام تكنولوجية في التقنيات التي يقرر أنها تفي بمقتضيات الموثوقية الواردة في المادة السادسة فينبغي أن تكون للأطراف مثلا حرية استخدام تقنيات لم يقرر أنها تفي بمقتضيات المادة السادسة إذا كان ذلك ما اتفقوا عليه وينبغي أن تكون لهم أيضا حرية أن يبرهنوا أمام محكمة أو هيئة تحكيم على أن طريقة التوقيع التي اختاروا استعمالها تفي فعلا بمقتضيات المادة السادسة حتى وإن لم تكن تلك التقنيات موضوع قرار سابق[3].

أما نص المادة الثامنة من القانون النموذجي فتنص على الآتي:

-1- على كل موقع :

-أ- أن يمارس عناية معقولة لتفادي استخدام أداة توقيعه استخداما غير مأذون به.

-ب- أن يخطر دون تأخير لا مسوغ له أي شخص يكون معقولا من خدمات دعما للتوقيع الالكتروني وذلك في حالة:

-1-معرفة الموقع بأن أداة التوقيع تعرضت لما يثير الشبه أو التقليد

-2-تسبب الظروف المعروفة لدى الموقع في احتمال كبير بأن تكون أداة التوقيع قد تعرضت لما يثير الشبهة .

-ج-في حالة استخدام شهادة لدعم التوقيع الالكتروني أن يمارس عناية معقولة لضمان دقة واكتمال كل التأكيدات الجوهرية المقدمة من الموقع والتي تكون ذات صلة بالشهادة طيلة دورة سريانها أو التي يتوخى إدراجها في الشهادة

(2)تقع على الموقع تبعة تخلفه عن استيفاء اشتراطات الفقرة (1)

---

[1] أ. منير محمد الجنبهي ،ا. ممدوح الجنبهي، المرجع السابق ،ص215

[2] www.bahrainlaw.net

[3] د.سعيد سيد قنديل ،المرجع السابق،ص 12

الإثبات الالكتروني في المعاملات المدنية و التجارية

كان المقصود في البداية من المادة الثامنة أن تحتوي على قواعد معينة بشأن التزامات ومسؤوليات الأطراف المختلفة المعينة (الموقع والطرف المرتكن ومقدم خدمات التصديق)غير أن التغيرات السريعة المتعلقة بالجوانب التقنية والتجارية للتجارة الالكترونية وكذلك الدور الذي يؤديه التنظيم الذاتي حاليا في مضمار التجارة الالكترونية في بلدان بعينها كل ذلك جعل من الصعب تحقيق توافق أراء بشأن محتويات تلك القواعد وقد صيغت تلك المواد بحيث تحتوي على(مدونة قواعد سلوك) مصغرة لمختلف الأطراف والبث في الآثار التي ينبغي أن تترتب على عدم الامتثال لقواعد السلوك متروك للقانون المنطبق خارج نطاق القواعد الموحدة .

أما بالنسبة للفقرة الأولى فإن الفقرتان الفرعيتان "أ" و"ب" تنطبقان عموما على جميع التوقيعات الالكترونية بينما لا تنطبق الفقرة الفرعية "ج" إلا على التوقيعات الالكترونية المدعومة بشهادات وعلى وجه الخصوص فغن الالتزام في الفقرة"1""أ" بممارسة عناية معقولة لتفادي استخدام أداة التوقيع لتستخدما غير مأذون به هو التزام أساسي يرد عموما مثلا في الاتفاقات المتعلقة باستخدام بطاقات الائتمان وبموجب السياسة المتبعة في الفقرة"1"ينبغي أن ينطبق مثل ذلك الالتزام أيضا على أي أداة توقيع إلكتروني يمكن استخدامها لأغراض التعبير عن نية ذات أثر قانوني فيرى أن الحكم الخاص بالتعيير بالاتفاق الوارد في المادة الخامسة يسمح بتغيير المعايير المبنية في المادة الثامنة في المجالات التي يرى أنها غير ملائمة فيها أو أنها تؤدي إلى نتائج غير مقصودة[1].

[1] أ. منير محمد الجنبهي ،ا. ممدوح الجنبهي،المرجع السابق ،ص219

المبحث الثاني

إثبات العقد الإلكتروني على ضوء القانون المدني الجزائري

تمهيد:

إن التطور التقني لوسائل الاتصال الحديثة وتقنيات المعلومات أتاح التعامل بنوع جديد من الدعامات،وخلق نوعا جديدا من الكتابة والتوقيع اللذين أصبحا يتمان إلكترونيا، حيث يتم تبادل رسائل البيانات وإبرام العقود عبر شبكات اتصالات، وتحميلها على دعامات غير ورقية داخل أجهزة الكمبيوتر وخارجها مصحوبة بتوقيع إلكتروني لصاحب الرسالة عن طريق التشفير، مما جعل الكتابة الخطية بصورتها التقليدية ليست هي الوسيلة الوحيد في الإثبات بل أصبح يعتد أيضا بالكتابات التي تكون على دعامات غير ورقية مادامت هذه التقنيات تسمح بحفظ الكتابة وقراءتها، وهذا ما كرسه المشرع الجزائري من خلال تعديل قواعد الإثبات المنصوص عليها في القانون المدني، من خلال القانون رقم05/10

و في هذا المبحث سنحاول تسليط الضوء على ما جاء به المشرع الجزائري بخصوص الإثبات في المعاملات بالوسائل الإليكترونية و إلى أين وصل التقنين الجزائري في هذا الخصوص، حيث قسمنا مبحثنا هذا إلى مطلبين الأول يعنى بالكتابة في الشكل الإليكتروني و حجيتها في الإثبات، أما الثاني فقد حاولنا توضيح مفهوم التوقيع الاليكتروني على ضوء القانون المدني الجزائري.

الإثبات الالكتروني في المعاملات المدنية و التجارية

المطلب الأول

الكتابة في الشكل الإلكتروني وحجيتها في الإثبات

نتطرق في هذا المطلب إلى تحديد مفهوم الكتابة في الشكل الإلكتروني في الفرع الأول من هذا المطلب أما الفرع الثاني فسنحاول دراسة القوة الثبوتية لهذه الكتابة.

الفرع الأول: تحديد مفهوم الكتابة في الشكل الإلكتروني.

نتعرض أولا إلى التعريف الجديد للكتابة الذي جاء به القانون المدني ثم نتطرق ثانيا إلى خصائص هذا التعريف.

الفقرة الأولى: تعريف الكتابة

لقد أورد المشرع في المادة 323 مكرر من القانون المدني تعريفا للكتابة بالنص على أنها: " **ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف وأوصاف وأرقام وأية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها، وكذا طرق إرسالها**"[1] فالمقصود بالكتابة في الشكل الإلكتروني حسب هذا النص ، ذلك التسلسل في الحروف أو الأوصاف أو الأرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم، المكتوبة على دعامة إلكترونية ومهما كانت طرق إرسالها، ومثال ذلك تلك المعلومات والبيانات التي تحتويها الأقراص الصلبة أو المرنة، أو تلك التي يتم كتابتها بواسطة الكمبيوتر وإرسالها أو نشرها على شبكة الإنترنيت.

الملاحظ أن نص المادة 323 مكرر من القانون المدني، يعتبر أول نص عرف من خلاله المشرع الكتابة التي يمكن استعمالها كوسيلة إثبات للتصرفات القانونية بصفة عامة، والتصرفات الإلكترونية بصفة خاصة، وذلك لتفادي الجدل الذي قد يثور حول الاعتراف بالكتابة الإلكترونية كدليل إثبات، كون الكتابة بمفهومها "التقليدي" كان مرتبطا بشكل وثيق بالدعامة المادية أو الورقية، إلى درجة عدم إمكانية الفصل بينهما، وبالتالي لم يكن القانون يعترف بالكتابة المدونة على دعامة إلكترونية افتراضية، والتي لا تترك أثرا ماديا مدونا له نفس الأثر المكتوب على الورق في الإثبات.

[1] القانون المدني الجزائري المادة 323 مكرر

الفقرة الثانية: خصائص التعريف الجديد للكتابة.

إن مفهوم الكتابة الذي جاءت به المادة 323 مكرر قابل للتوسع، ذلك أن صياغتها بالنص على أنه ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها" يفهم منه أن المشرع يعتد لإثبات التصرفات القانونية بأية دعامة كانت عليها الكتابة سواء كانت على الورق أو على القرص المضغوط أو على القرص المرن، ويتسع المفهوم إلى كل الدعائم التي يمكن أن تفرز عنها التطورات التكنولوجية في المستقبل، وهذا المبدأ الذي أخذ به المشرع الجزائري في هذه المادة هو مبدأ عدم التفرقة بين الدعامات الالكترونية سماه الفقيه :Caprioli « Principe de neutralité technique et de non discrimination à l'encontre d'un support ou d'un média »[1]

ويعتد المشرع أيضا في مفهوم الكتابة بأية وسيلة من وسائل نقلها، فيشمل بذلك تعريف الكتابة في الشكل الإلكتروني التي تكون منقولة عن طريق اليد، والتي تكون منقولة على شبكات الاتصال المختلفة.

اشترط المشرع أن تكون هذه الكتابة مفهومةsignification intelligible وبالتالي يجب أن تكون هذه الأحرف أو الأشكال أو الإشارات أو الرموز أو الأرقام لها دلالة قابلة للإدراك وللقراءة،

والمقصود بذلك أنه لو كان هذا التتابع للعلامات أو الرموز، وبمعنى آخر هذا المحتوى المعلوماتي للكتابة المعبر عنها في الشكل الإلكتروني مشفرا بحيث لا يمكن إدراك معانيه من قبل الإنسان بل من قبل الحاسوب فقط فإن هذه الكتابة لا تصح لتكون دليل إثبات، لأنه لا يمكن للقاضي إدراك محتواها في حالة النزاع[2].

من خلال هذه الخصائص يتضح أن هذا المفهوم الجديد للكتابة كما يقول الأستاذ كمال العياري" أدخلت مسحة من التطور على مفهوم الكتابة مما آل إلى التخلي عن التعريف التقليدي المرتكز على المفهوم الورقي والمادي، فالاعتراف بالكتابة في الشكل الالكتروني قد أدى في الحقيقة إلى تقويض ثنائية المحتوى

[1] أ. مناني فرح ،المرجع السابق ،ص 155
[2] د.عبد الفتاح بيومي حجازي ،www.jernnal-officiel.gov.fr

المحتوى والوعاء، (contenu – support) التي كانت تشكل إحدى أهم خصائص الكتابة التقليدية، ولكن الفصل بين مضمون الكتابة والشكل الذي ترد فيه يثير مسألة الثقة في هذا النوع من الكتابة، ويصيب قيمتها القانونية بالنقصان" ، فالكتابة في الشكل الإلكتروني على خلاف الكتابة التقليدية معرضة للتبديل وللتحوير اللاحق مما يمس قوتها الثبوتية، الشيء الذي جعل المشرع يحيطها بعدة ضمانات نتطرق إليها ضمن الفرع الثاني المخصص للقوة الثبوتية للكتابة في الشكل الالكتروني[1].

الفرع الثاني: القوة الثبوتية للكتابة في الشكل الإليكتروني

نصت المادة 323 مكرر1 من القانون المدني على أنه: "**يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإليكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها أن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها.**"

لقد أسس المشرع من خلال هذا النص **مبدأ التعادل الوظيفي** L'équivalent fonctionnelبين الكتابة في الشكل الإلكتروني والكتابة على الدعامة الورقية. وهو نفس المبدأ الذي كرسه قانون الأمم المتحدة للتجارة الالكتروني في مادته 09 ، والتشريع الفرنسي في مادته 1316 من القانون المدني الفرنسي التي تقابل المادة 323 مكرر1 من القانون المدني الجزائري، والمادة 7 من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الأردني. وهو نفس المبدأ الذي كرسه القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية في المادة السادسة منه التي تنص: "**عندما يشترط أن تكون المعلومات مكتوبة، تستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط إذا تيسر الإطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليها لاحقا**"

غير أن المشرع الجزائري لم يأخذ به على إطلاقه بل قيده بشرطين هما:

-إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي صدرت عنه هذه الكتابة.

-أن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها.

[1] د. يونس عرب حجية الإثبات بالمستخرجات الالكترونية www.arablaw.org

الإثبات الالكتروني في المعاملات المدنية و التجارية

الفقرة الأولى: مبدأ التعادل الوظيفي بين الكتابة في الشكل الإلكتروني والكتابة على الورق

لقد اعترفت المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني بالكتابة الإلكترونية في إثبات التصرفات والعقود

من جهة، وجعلتها معادلة في حجيتها للوثيقة المخطوطة على دعامة ورقية، أي لهما نفس الأثر والفعالية من حيث حجية وصحة الإثبات، لكن السؤال الذي يطرح في هذا الصدد حول نوع الكتابة التي يمكن أن تعادل في حجيتها الكتابة في الشكل الإلكتروني، وبمعنى آخر هل يمكن إثبات التصرفات والعقود التي يتطلب القانون في إثباتها الكتابة الرسمية بالكتابة في الشكل الإلكتروني[1]؟

إن موقع المادة 323 مكرر من القانون المدني المقابلة لنص المادة 1316 من القانون المدني الفرنسي المتعلقة بتعريف الكتابة الواردة ضمن الباب المخصص بإثبات الالتزام وتحديدا في الفصل الأول الخاص بالإثبات بالكتابة قد أثار جدلا فقهيا، خاصة في فرنسا عما إذا كانت الكتابة في صورتها الحديثة في الشكل الإلكتروني تعادل في حجيتها حجية الكتابة الرسمية، وبالتالي يمكن من خلالها إثبات عكس التصرفات والعقود المثبتة بكتابة رسمية فقد انقسم الفقه حول هذه المسألة إلى فريقين، ذهب جانب منه في تفسير أحكام هذه المادة إلى أن نطاقها يتسع ليشمل الكتابة التي تكون في الشكل الرسمي، نظرا لعمومية تعريف الكتابة الواردة بنص المادة 1316 من القانون المدني الفرنسي، المقابلة للمادة 323 مكرر من القانون المدني، وموقعها ضمن قواعد الإثبات في مقدمة الفصل الخاص بالإثبات بالكتابة من جهة أخرى، وبالتالي بإمكانها معادلة الكتابة الرسمية في

الإثبات. بينما ذهب الفريق الثاني للقول بأن هذا التدخل التشريعي يجب أن يحصر مجال إعماله في العقود

العرفية، وبالتالي فإن الكتابة التي تكون في الشكل الإلكتروني لا يمكن لها أن تكون إلا عرفية، كون المشرع

أراد حماية رضا المتعاقدين لما اشترط إثبات بعض العقود بالكتابة الرسمية التي يشترط لصحتها حضور

الضابط العمومي وتوقيعها، وهذا الأخير هو الذي يمنحها رسميتها، والذي لا يمكن حضوره إذا ما تعلق الأمر

بالكتابة في الشكل الإليكتروني.

وإننا نميل إلى الرأي الثاني في عدم قابلية إثبات التصرفات والعقود التي يشترط فيها المشرع لإثباتها

الكتابة الرسمية، كون المادة 324 من القانون المدني تشترط حضور الضابط العمومي والحضور المادي

[1] الدكتور محمد حسن قاسم ،المرجع السابق ص107.

لأطراف العقد أمامه لصحته ، ويقول في هذا الشأن الأستاذ العياري " في الحقيقة يعود هذا الاحتراز إلى أن المشرع مازال محتفظا ببعض الخشية إزاء هذه المعاملات ولا يروم ضمن منظومة لم تستكمل بعد فترة التجربة ، وتطبيقا لذلك فإن الأحكام المتعلقة بالكتابة العرفية هي التي تطبق على الكتابة التي تكون في الشكل الإلكتروني، لذا يمكن إثبات العقود والتصرفات القانونية التي تفوق قيمتها مائة ألف دينار بالكتابة المبرمة في الشكل الإلكتروني، تطبيقا لنص المادة 333 من القانون المدني من جهة، ولا يمكن معارضة الكتابة في الشكل الإلكتروني بشهادة الشهود تطبيقا من جهة أخرى، غير أن اليمين الحاسمة قد تقوض الدليل الثابت بالكتابة في الشكل العرفي[1].

الفقرة الثانية: شروط قبول الكتابة في الشكل الإلكتروني كدليل إثبات

وضع المشرع شرطين لقبول الكتابة في الشكل الالكتروني للإثبات، وهما، إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها، وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها، وسبب وضع المشرع لهذين الشرطين يرجع إلى طبيعة المحيط الذي تتم فيه المعاملات الإلكترونية كونه محيط افتراضي وليس محسوس virtuel et dématérialisé مما يفرض عوائق ناتجة عن طبيعة المحيط نفسه وهي:

-صعوبة التعرف على هوية الطرف الآخر في العلاقات العقدية.

-اصطدام استخراج الكتابة في الشكل الإلكتروني من ذاكرة الحامل ببعض العوائق التقنية.

-إمكانية تعرض الكتابة الإلكترونية للتغيير من دون أن يترك هذا التبديل أثرا محسوسا.

وسنتطرق للشرطين المذكورين أعلاه فيما يلي:

[1] د.القاضي نذير، العقد الاكتروني على ضوء القانون المدني الجزائري،ص51

الإثبات الالكتروني في المعاملات المدنية و التجارية

أولا: إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها

إن التعاقد الإلكتروني، لاسيما الذي يتم عن طريق الانترنيت يثير مسألة هامة تتعلق بإمكانية تأكد المتعاقد من هوية المتعاقد معه، أي توثقه من أن الشخص الذي يخاطبه هو فعلا ذلك الذي قدم له اسمه وعنوان بريده الإلكتروني، وغير ذلك من المعلومات، وقد يمتد هذا الإشكال في حالة المنازعة حول حجية هذا العقد، فما الذي يضمن للقاضي أن الوثيقة الإلكترونية المقدمة له كدليل إثبات صادرة أو متعلقة بذلك الشخص أو ذاك، وتعد هذه الإشكاليات من بين أهم الإشكاليات التي تواجه العقود الالكترونية.

في هذا المجال حاول المختصين إيجاد بعض الحلول التقنية لهذه الإشكالية باستعمال وسائل تعريف الشخصية عبر كلمة السر أو الأرقام السرية، و كذا وسائل التشفير أو ما يعرف بوسيلة المفتاح العام والمفتاح الخاص وقد حسم الأمر في فرنسا في ما يخص هذه الإشكالية بصدور المرسومين الذين يسمحان بإبرام العقود التي تتطلب الكتابة الرسمية في الشكل الالكتروني وهو نفس المبدأ والشروط التي أخذت بها معظم التشريعات التي اعترفت صراحة بالإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني، و وسائل التعريف البيولوجية للمستخدم، كبصمات الأصابع المنقولة رقميا أو تناظريا وسمات الصوت أو حدقات العين أو غيرها، هي وسائل أريد منها ضمان تأكيد الاتصال من جهة وإثبات هوية الشخص الذي أصدر الوثيقة الإلكترونية من جهة أخرى، لكن تأكد بعد تجربتها أن لكل منها ثغرات أمنية ولذلك تعد غير كافية. وهذا ما استدعى اللجوء إلى فكرة الشخص الوسيط بالعلاقة العقدية أو ما يسمى سلطات الموثوقية Prestataire de service de certification électronique[1]

وهي عبارة عن شركات ناشطة في ميدان خدمات التقنية تقدم شهادات تتضمن تأكيدا بأن الطلب أو الجواب قد صدر من الموقع المعني وتحدد تاريخ صدور الطلب أو الجواب، وحتى تضمن هذه الجهات تأكيد شخصية المخاطب، تستعمل تقنيات التعرف على الشخص بدءا بكلمة السر وانتهاء بتقنيات التشفير. وقد أخذت معظم التشريعات التي اعترفت بحجية الكتابة في الشكل الإلكتروني في الإثبات بهذه الوسيلة للتأكد من هوية الشخص الذي صدر منه الإيجاب او القبول، ومنها القانون الفرنسي الذي أنشأ ما يسمى بهيئة وكذلك القانون التونسي

[1] أ. مناني فرح ،المرجع السابق ،ص 160

الذي أنشأ ما يسمى بجهات المصادقة وسماها الوكالة الوطنية للمصادقة الإلكترونية، prestataire de service de certification[1]

وبالرجوع إلى القانون الجزائري، نجده لم يحدد إلى يومنا هذا كيفيات تطبيق هذا الشرط المقرر بالمادة 323مكرر من القانون المدني المتعلق بكيفيات التأكد من هوية الشخص الذي صدرت منه الكتابة في الشكل الإلكتروني أو الوثيقة الإلكترونية، وفي انتظار صدور المرسوم التنفيذي الذي يحدد كيفيات تطبيق هذه المادة، فإن تطبيقها يبقى معلقا، كونه يصعب على القاضي التثبت من هوية من صدرت عنه الكتابة، لذا يبقى إنشاء مثل هذه الهيئات أفضل حل لهذا المشكل في الوقت الحاضر[2].

ثانيا: أن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها

مع تطور التقنيات الإلكترونية وتحركها المستمر أصبح من الصعب ضمان الوجود المستمر للوسائط الإلكترونية اللازمة لقراءة السند الإلكتروني المنظم منذ مدة وفقا لتقنيات قديمة، كما أن السندات الإلكترونية هي عمليا معرضة للتلف بعد مدة، حتى ولو حفظت في شروط ملائمة وهنا وجه الاختلاف بين السند المادي والسند الإلكتروني، فالأول يمكن إعادة إنشاؤه من الأصل عند تغيب الورقة، بينما التغيب يمحي السند الإلكتروني كليا، فمشكلة الحفظ تساوى فيها السند الإلكتروني والسند الرسمي، ولذلك أوجب المشرع ضرورة

حفظ الوثيقة الإلكترونية من أجل الحفاظ على حقوق الأفراد الذين يتعاملون بها أو من كان لهم حقوق ثابتة بها. ويمكن حفظ الوثيقة الإلكترونية على حامل إلكتروني، ويسمى الوسيط أيضا، وهو وسيلة قابلة لتخزين وحفظ واسترجاع المعلومات بطريقة إلكترونية كأن تحفظ في ذاكرة الحاسب الآلي نفسه في أسطواناته أو على الموقع في شبكة الانترنيت أو على شبكة داخلية تخص صاحب الشأن، كالأقراص الصلبة أو قرص فيديو رقمي ، أو قرص مرن أو قرص مدمج وفي كل الأحوال يجب أن يكون الحامل الإلكتروني من الوسائط المتاحة حاليا أو التي

[1] د.مساوي عمار ،الاثبات الالكتروني في القانون منتدى الجزائري للقانون

[2] القاضي برني نذير العقد الالكتروني على ضوء القانون المدني الجزائري ص 51

يكشف عنها العلم مستقبلا، فنص المادة 323 مكرر يحتمل توسيع مجال الدعائم الإلكترونية ووسائط جديدة تعد بمثابة الحامل الإلكتروني، كما سبقت الإشارة إلى ذلك عند تعريف الكتابة في الشكل الإلكتروني.

ويتعين حسب الفقه أن يتوافر في الحامل الإلكتروني الذي تحفظ عليه الوثيقة الإلكترونية خصائص معينة تتعلق بهذه الرسالة أو الوثيقة و هي :

-إمكانية الإطلاع على الوثيقة الإلكترونية طيلة مدة صلاحيتها وذلك أن هذه الوثيقة تماما كالوثيقة المكتوبة، لها فترة صلاحية، وطالما فقدت هذه الصلاحية يكون من المتعذر استرجاع البيانات المدونة بها والاستفادة منها، وهذا ما يقتضي أن يكون للحامل صفة القابلية للاستمرار.

-حفظ الوثيقة الإلكترونية في شكلها النهائي طوال مدة صلاحيتها، بحيث يمكن الرجوع دائما لهذا الشكل النهائي عند الحاجة إليها[1].

-يتعين كذلك حفظ المعلومات المتعلقة بالجهة التي صدرت عنها الوثيقة الإلكترونية سواء كان شخصا طبيعيا أو اعتباريا، وكذلك الجهة المرسلة إليها.

-حفظ المعلومات المتعلقة بتاريخ ومكان إرسال الوثيقة واستقبالها، وذلك لأن هذه المعلومات ترتب آثارا قانونية في حق طرفي الرسالة أو الوثيقة متى تعلقت بعقد من العقود الإلكترونية، إذ يمكن عن طريق هذه البيانات تحديد مكان وزمان انعقاد العقد، وما إذا كان طرفا العقد قد جمعهما مجلس عقد واحد أم لا، والتوصل إلى معلومات تتعلق بسداد الثمن أو الأجرة وكيفية ذلك ومكانه، ولاشك أن كل هذه الأمور من العناصر الجوهرية في التعاقد بالطريق الإلكتروني، لأن الهدف النهائي هو الحفاظ على حقوق الأطراف وحقوق كل من له علاقة بهذه الوثيقة. فتخزين المعلومات في الكومبيوتر الخاص بأحد المتعاقدين يمكن أن يعرضها للتبديل أو التحريف كون هذا الجهاز يخضع لإرادة و إشراف وتوجيهات مستعمليه، وإذا كان هذا الكمبيوتر يؤدي مهمته تنفيذا للتعليمات ولإيعاز الشخص الذي يخزنها فإنه يقال بأن هذه المعلومات التي سوف تقدم

[1] القاضي برني نذير العقد الالكتروني المرجع السابق ص 51

كدليل إثبات يمكن أن تكون من صنع هذا المستعمل، فهي إذن صادرة عنه وبالتالي لا يجوز له أن يحتج بها كدليل إثبات، تطبيقا لمبدأ عدم جواز اصطناع الشخص دليلا لنفسه، ومن هنا تظهر القيمة القانونية لوجود الوسيط لحفظ هذه الوثائق.

الفقرة الثالثة: التنازع بين الكتابة في الشكل الإلكتروني والكتابة على الورق في الإثبات

لم تكن تثار مسألة تنازع أدلة الإثبات قبل تعديل القانون المدني بموجب الأمر 10/05 ، الذي اعترف بموجبه المشرع بحجية الكتابة في الشكل الإلكتروني في إثبات العقود والتصرفات القانونية التي توازي في قيمتها القانونية حجية الكتابة الورقية، وذلك لسبب بسيط هو أن قانون الإثبات لم يكن يعترف قبل هذا التاريخ إلا بالكتابة التي تكون على دعامة ورقية أو مادية، كما أشرنا إليه أعلاه، وبالتالي لم يكن من الممكن تصور حدوث تنازع بين أدلة الإثبات الكتابية فيما بينها، فلكل منها قوتها الثبوتية ودرجتها المحددة قانونا، فكانت المحررات الرسمية الأقوى ثم الكتابة العرفية المعدة للإثبات فالمحررات العرفية غير المعدة للإثبات.

لكن وبظهور الوسائط التقنية الجديدة التي تختلف في طبيعتها عن الوثائق الكتابية، وتوازيها في نفس الوقت في قوتها الثبوتية أصبح من الممكن حدوث التنازع فيما بينها، وبات الأمر ضروريا بالنسبة للمشرع الفصل في هذا التنازع ، فلو وقع نزاع حول تنفيذ عقد أو تصرف قانوني ما سواء كان مبرما بطريقة تقليدية وتمسك أحد الأطراف بالوثيقة الورقية بينما تمسك الآخر بالوثيقة الإلكترونية المعدة للإثبات، فأي الدليلين يرجح القاضي ؟

لم يتطرق المشرع لمسألة تنازع أدلة الإثبات عندما قام بتعديل القانون المدني وأدخل الكتابة في الشكل الإلكتروني كدليل إثبات، وهذا عكس القانون الفرنسي الذي عالج هذه النقطة بمناسبة تعديله للقانون المدني بموجب القانون 230/2000 المؤرخ في 13 مارس 2000 المتعلق بإصلاح قانون الإثبات لتكنولوجيات المعلومات والتوقيع الإلكتروني، وتحديدا في المادة 2/1316 التي تنص على انه: "**عندما لا ينص القانون – على قواعد مخالفة أو عندما لا يكون هناك اتفاق متكافئ في إثبات الإلتزامات والحقوق بين الأطراف يبت**

القاضي في النزاعات القائمة حول الإثبات بالكتابة عبر تحديد السند الأكثر مصداقية، أيا كانت دعامته، وذلك عن طريق استخدام كافة الطرق المتوفرة لديه".

وما يمكن ملاحظته حول هذا الحل التشريعي الذي اعتمده المشرع الفرنسي أنه[1]:

-أعطى للقاضي سلطتين، الأولى صلاحية البت بالنزاعات القائمة حول وسائل الإثبات وتحديد السند

الأكثر مصداقية، والثانية هي سلطة تقديرية واسعة في عملية التحديد، فهو الذي يرجح واسطة إثبات دون أخرى، بمعزل عن الدعامة ورقية كانت أو إلكترونية، وذلك باستخدام الطرق المتوفرة لديه

-إمكانية وضع اتفاقات بين المتعاقدين تخالف قواعد الإثبات الموجهة للقاضي، وبالتالي الاعتراف بأن هذه القواعد يمكن الاتفاق على خلافها وهذه القواعد التي جاء بها القانون الفرنسي يمكن الاستعانة بها في الجزائر كونها لا تخرج عن القواعد العامة المتعلقة بالإثبات، فالقاضي الجزائري في غياب النص الذي يفصل في تنازع أدلة الإثبات بإمكانه استعمال سلطته التقديرية لترجيح أحد الأدلة على غيرها، كما في حالة ما إذا عرض عليه محرران عرفيان ورقيان، إلا إذا اتفق طرفا العقد على ترجيح إحدى الوثائق على الأخرى، كأن يتفقا على ترجيح وثيقة إلكترونية على الوثيقة الخطية، وهذا الاتفاق جائز لأن قواعد الإثبات الموضوعية ليست من النظام العام، وفي هذا يقول الأستاذ يحي بكوش: " تبقى القواعد الموضوعية الخاصة بالإثبات التي تمس بالحقوق الخاصة خاضعة لإرادة الخصوم يتصرفون فيها طبقا لرغباتهم"[2].

وفي واقع الأمر فإنه يصعب على القاضي ترجيح الوثيقة الإلكترونية على الوثيقة الورقية لسببين:

أولهما نفسي، فالقاضي الذي تعود على الوسائل الورقية والتوقيع باليد في إثبات العقود والتصرفات،

سيكون منحازا عفويا إلى الوسيلة التي تعودها، فيكون في الأمر قرينة هي ترجيح المستند الورقي حتى إثبات

العكس، وقد يصعب أخذ القاضي به للسبب نفسه ثانيهما واقعي، هو أن معرفة القاضي متصلة بالقانون وليس بالآلة أو بالتقنية، وهي متميزة وفي غاية الدقة في هذا المجال المتطور، مما سيلغي واقع التوازن الوظيفي بين الوسائل الإلكترونية والتقليدية في الإثبات، التي أقرها المشرع في المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني.

[1] د.القاضي برني نذير،المرجع السابق،ص85
[2] الأستاذ يحي بكوش المرجع السابق ،ص53

المطلب الثاني

التوقيع الإلكتروني على ضوء القانون المدني الجزائري

لا تعد الكتابة سواء كانت في الشكل الإلكتروني أو على دعامة مادية دليلا كاملا في الإثبات إلا إذا كانت موقعة، فالتوقيع هو العنصر الثاني من عناصر الدليل الكتابي المعد أصلا للإثبات، وهو شرط أساسي لصحة الوثيقة سواء كانت إلكترونية أو ورقية .

لذا نص المشرع في المادة 327 فقرة 2 من القانون المدني على أنه: " يعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة أصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه، أما ورثته أو خلفه فلا يطلب منهم الإنكار ويكفي أن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون أن الخط أو الإمضاء أو البصمة هو لمن تلقوا منه هذا الحق"[1]. ويعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1 أعلاه. وبذلك يكون المشرع قد اعترف صراحة بالتوقيع الإلكتروني استكمالا باعترافه بحجية الكتابة في الشكل الإلكتروني، وذلك تماشيا مع إفرازات عهد المعلومات الذي أدخل وسائل حديثة في إبرام العقود والتوقيع عليها إلكترونيا[2].

وسوف يتم التطرق في هذا المطلب إلى تحديد مفهوم التوقيع الالكتروني في فرع أول، ثم دراسة حجيته في الإثبات ضمن الفرع الثاني.

الفرع الأول: تحديد مفهوم التوقيع الإلكتروني

في هذا الفرع، نتطرق إلى تعريف التوقيع الإلكتروني وبيان الخصائص التي تميزه عن التوقيع العادي ثم بيان أنواعه في النقاط التالية[3]:

الفقرة الأولى: تعريف التوقيع الإلكتروني

[1] القانون المدني الجزائري
[2] أ. مناني فرح ،المرجع السابق ،ص 164
[3] د.القاضي برني نذير،المرجع السابق،ص90

لم يعرف المشرع التوقيع الإلكتروني، غير أنه بالرجوع إلى التعريفات التي تم اعتمادها من قبل القوانين المقارنة والفقه ، والتي نجدها اهتمت إما بالوسائل التي يتم بها التوقيع وإما بالوظائف والأدوار التي يضطلع بها التوقيع، ومنها من يجمع بين الوظائف والأدوار في نفس الوقت.

-فلجنة التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة عرفته بأنه " **مجموعة أرقام تمثل توقيعا على رسالة معينة** "، يتحقق هذا التوقيع من خلال اتباع بعض الإجراءات الحسابية المرتبطة بمفتاح رقمي خاص بالشخص المرسل، ومن ثمة فإنه بالضغط على هذه الأرقام الخاصة بمستخدم الانترنيت، يتكون التوقيع الإلكتروني، ويمكن أن يتم تحديد هذه الأرقام الخاصة من خلال اتفاقيات جماعية لمستخدمي الانترنيت في المعاملات التجارية أو من خلال عقد مبرم بين الطرفين يحدد الرقم السري الخاص بكليهما، بحيث أن اقتران الرسالة المرسلة بهذه الأرقام، يستطيع الشخص أن يحدد شخصية المتعاقد الذي أرسل الرسالة، وهذا يعني إمكانية تعدد التوقيع الإلكتروني، بتعدد المعاملات التي يقوم بها الشخص.

ومن التعاريف التي اقترحها الفقهاء التعريف القائل بأن: "**التوقيع الإلكتروني هو إتباع مجموعة من الإجراءات أو الوسائل التقنية التي يتاح استخدامها عن طريق الرمز أو الأرقام أو الشفرات ، بقصد إخراج علامة مميزة لصاحب الرسالة التي نقلت إلكترونيا**"[1]

الفقرة الثانية: خصائص التوقيع الإلكتروني

كما هو واضح من خلال هذه التعاريف فإن التوقيع الإلكتروني يتميز عن التوقيع التقليدي من خلال خصائصه التي نوردها فيما يلي :

-إن التوقيع الإلكتروني، وعلى العكس من التوقيع الكتابي لا يقتصر على الإمضاء أو بصمة الأصابع بل يشمل صورا لا يمكن حصرها منها الحروف والأرقام والصور والرموز والإشارات وحتى

[1] د.عبد الفتاح بيومي حجازي،النظام القانوني لحماية التجارة الالكترونية ،ص 72.

الأصوات، كل ذلك بشرط أن يكون لها طابع فردي، يسمح بتمييز الشخص صاحب التوقيع وتحديد هويته،

وإظهار رغبته في إقرار العمل القانوني والرضا بمضمونه، فالتوقيع الإلكتروني على رسالة ما أو وثيقة هو عبارة عن بيانات متجزئة من الرسالة ذاتها (جزء صغير من البيانات) يجرى تشفيره[1] وإرساله مع الرسالة، بحيث يتم التوثق من صحة صدور الرسالة من الشخص عند فك التشفير، وانطباق محتوى التوقيع على الرسالة:

– إن التوقيع الإلكتروني يتميز بأنه لا يتم عبر وسيط مادي، أي دعامة ورقية، بحيث تذيل به الكتابة، كما هو الحال بالنسبة للتوقيع الكتابي، وإنما يتم كليا أو جزئيا عبر وسيط إلكتروني من خلال أجهزة الكمبيوتر، أو عبر الانترنيت، بحيث يكون بإمكان أطراف العقد الاتصال ببعضهم البعض والإطلاع على وثائق العقد، والتفاوض بشأن شروطه وإفراغ هذا العقد في محررات إلكترونية، وأخيرا التوقيع عليها

– لزوم تدخل طرف ثالث إلكترونيا الذي يقوم بدور الوسيط بين أطراف العقد، حيث استلزمت ضرورة الأمن القانوني وجوب استخدام تقنية آمنة في التوقيع الإلكتروني تسمح بالتعرف على شخصية الموقع، وسوف يتم تفصيل هذه الخاصية عند معالجة حجية التوقيع الإلكتروني.

الفقرة الثالثة: أنواع التواقيع الإلكتروني

للتوقيع الإلكتروني صورتان شائعتان إحداهما التوقيع الرقمي وآخر بيومتري.

أولا: التوقيع الرقمي La signature numérique

تقوم هذه التقنية بتزويد الوثيقة يطلق عليه أيضا اسم التوقيع الكودي الإلكترونية بتوقيع مشفر Key based signature يمكنه تحديد الشخص الذي قام بتوقيعها والوقت الذي قام فيه بتوقيعها، ومعلومات أخرى خاصة بصاحب التوقيع ثم يسجل التوقيع الرقمي بشكل رسمي عند جهات تعرف بسلطات التوثيق، ويتم هذا التوقيع بوجود مفتاحان، مفتاح العام وهو معروف للكافة،ومفتاح خاص يتوفر فقط لدى الشخص الذي أنشأه ويمكن بهذه الطريقة لأي شخص يملك المفتاح العام أن يرسل الرسائل المشفرة، ولكن لا يستطيع أن يفك شفرة الرسالة إلا الشخص الذي لديه المفتاح الخاص، ويستخدم هذا النظام خاصة في التعاملات البنكية وأوضح مثال على ذلك بطاقة الإئتمان التي تتضمن رقما سريا لا يعرفه إلا الزبون، الذي يدخل بطاقته في آلة السحب، عندما يطلب الاستعلام عن حسابه أو يبدي رغبته في صرف جزء من رصيده.

[1] فاروق محمد الأباصيري ،عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الانترنيت ، ص 82- 83

ويمكن تلخيص مزايا هذا التوقيع في الآتي:

-أنه يؤدي إلى إقرار المعلومات التي يتضمنها السند أو التي يهدف إليها صاحب التوقيع.

-يسمح بإبرام العقود عن بعد، وذلك دون حضور المتعاقدين جسديا في ذات المكان، الأمر الذي يساعد في ضمان وتنمية التجارة الإلكترونية.

-هو وسيلة مأمونة لتحديد هوية الشخص الذي قام بالتوقيع.

أما أكبر سلبية من سلبيات التوقيع الرقمي فتتمثل في أن احتمال تعرض الرقم السري أو الكودي للسرقة أو الضياع أو التقليد، مما يجعل صاحبه ملزما بسرية رقمه، وفي حالة تسرب الرقم للآخرين فيعد هو المسئول عن الآثار المترتبة على ذلك طالما أنه لم يراعي قواعد الحيطة والحذر، إلا إذا قام بالإبلاغعن سرقته أو فقدانه إلى سلطات التوثيق أو البنك.

.ثانيا: التوقيع البيومتري Signature biométriques

يعتمد التوقيع البيومتري على تحديد نمط خاص تتحرك به يد الشخص الموقع أثناء التوقيع، إذ يتم توصيل قلم إلكتروني بجهاز كمبيوتر، ويقوم الشخص بالتوقيع باستخدام هذا القلم الذي يسجل حركات يد الشخص أثناء التوقيع كسمة مميزة له آخذا في الاعتبار بأن لكل شخص سلوك معين أثناء التوقيع ويتم التحقق من صحة هذا التوقيع، عن طريق قيام نفس البرنامج، الذي تم التوقيع بواسطته، بفك رموز الشفرة البيومترية، ومقارنة المعلومات مع التوقيع المخزن، ثم إرسالها إلى برنامج كمبيوتر الذي يعطي الإشارة فيما إن كان التوقيع صحيحا أم لا[1].

الفرع الثاني: حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات

نص المشرع في المادة 327 فقرة 2 على أنه: " **يعتد بالتوقيع الإلكتروني وفقا للشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1 أعلاه** "

[1] د.عبد الفتاح بيومي حجازي،المرجع السابق ص 99.

ويكون بذلك المشرع قد سوى في الحجية بين التوقيع التقليدي والتوقيع الإلكتروني، وهو ما يسمى بالتعادل الوظيفي بين التوقيع التقليدي والتوقيع الإلكتروني، أي أن التوقيع الالكتروني يمكن أن يقوم بذات الوظائف التي يقوم بها التوقيع الخطي من حيث تحديد هوية صاحبه و إقراره بمضمون التعامل الذي استخدم هذا التوقيع في إنجازه في نفس الوقت أحال المشرع على الشروط المنصوص عليها في المادة 323 مكرر 1 للإعتداد بهذا التوقيع وهي:

-إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدره.

-أن يكون معدا ومحفوظا في ظروف تضمن سلامته.

فكما سبقت الإشارة إليه أعلاه فإنه يصعب تحقق هذين الشرطين إلا بوجود جهات وسيطة تصادق على صحة هذا التوقيع، وضمان أن صدوره كان من الشخص المنسوب إليه، وتأكيد أنه لم يحدث أي تحريف أو تعديل فيه. وفي غياب نص تنظيمي للمسألة، تظل مشكلة تحديد الشخص الذي يصدر عنه هذا التوقيع قائمة في كيفية تعيين المتعاقد حتى مع وجود التوقيع الإلكتروني، وفي هذا الصدد تظهر أهمية تحديد هذا التوقيع من خلال شخص آخر يسمى بهيئة الإقرار والتي تقدم خدمة التصديق، وهذا يعني ضرورة إنشاء هذه الوظيفة بالنسبة للمعاملات التي تتم من خلال شبكة الانترنيت، وهذه الجهة الموثقة أو هذا الشخص المصدق يجب أن يقدم وثيقة إلى مستخدم الانترنيت في إبرام العقود تتضمن اسمه، عنوانه، وإذا كان شخص معنوي يتم تحديد سلطاته، ورقمه السري، وهذه الشهادة تحمل التوقيع الإلكتروني للجهة الصادرة عنها، وهذا من شأنه أن يؤكد العلاقة بين الشخص والرسالة الإلكترونية الصادرة عنه، وإن بث الرسالة مقترنة بهذه الإجراءات المكونة للتوقيع الإلكتروني يؤكد نسبتها لشخص محدد من جهة، وأنه لم يحدث تلاعب أو تحريف أو تعديل في الرسالة من جهة أخرى، وهذا من شأنه إضفاء نوع من الثقة في التعامل الذي يتم من خلال شبكة الانترنيت، إذ يضمن للمستقبل سلامة المعلومات المرسلة من الطرف الآخر كما صدرت عنه تماما دون تحريف ناتج عن تدخل شخص آخر على الشبكة، وفي سبيل إضفاء الثقة على هذه الوسيلة يجب على هذه الهيئة أن تخلق لديها نظاما رقميا خاصا بالتوقيع الإلكتروني بما يمنع الخلط بين مستخدمي الانترنيت وكذلك خلق أرشيف إلكتروني، يتضمن التوقيعات الإلكترونية الصادرة عنها هذا وقد أبدت أغلب التشريعات التي اعترفت بالتوقيع الإلكتروني في إثبات التصرفات القانونية مجموعة من الضوابط الصارمة، وتدخلت الدولة في هذا الخصوص بإنشاء هيئة عامة يناط بها مهمة التوثيق بما

يؤدي إلى نوع من التنظيم الرسمي لاستخدام الانترنيت في المعاملات التجارية وإبرام العقود بصفة عامة، .وبالتالي إضفاء نوع من الثقة على التعامل الذي يتم عبر شبكة الانترنيت.

أما في الجزائر، وبسبب غياب إطار منظم لهذه الوظيفة، فلأطراف العقد الحرية في اختيار النظام الإلكتروني الذي يضمن للإمضاء موثوقيته، وذلك بإنشاء الجهة الموثقة باتفاق مستخدمي الانترنيت في تعاملاتهم، ومن ثمة تكون هذه الهيئة خاصة.

الخاتمـــة:

وبذلك و من خلال دراستنا هذه نكون قد حاولنا في هذه المذكرة المقاربة بين قواعد النظرية العامة للعقد، وبين ما يثيره العقد الإلكتروني من خصوصيات من حيث إثبات، فقد تناولنا من خلال هذه النظرة الإثبات بوجه عام في البداية ثم التطرق لحجية العقد الإليكتروني في الإثبات، استنادا لما جاء في النصوص القانونية لعدد من التشريعات الدولية المختلفة والوطنية المقارنة والفقه، مع تحديد الخصوصية فيه، وتبيان نطاق إبرامه ثم دراسة كيفية انعقاده وتنفيذه وإثباته، وتوصلنا إلى مايلي:

ففيما يخص الإثبات، رغم غياب نصوص صريحة ضمن قواعد القانون المدني تتعلق بمدى مشروعية إثبات التعاقد بالوسائل الإلكترونية، غير أن مبدأ الرضائية في التعاقد، يعطى للطرفين الحرية الكاملة لاختيار الطريقة التي يعبران فيها عن إرادتيهما، وبالتالي لا يوجد ما يحول دون إمكانية استعمال الوسائل المقررة في النظرية العامة لإثبات العقد بعد التعاقد إلكترونيا، إلا أن عدم تنظيم المشرع للوسائل الإلكترونية في التعبير عن الإرادة يثير الكثير من الصعاب، بالنظر إلى المخاطر المتعلقة بالثقة التي توفر للمتعاقدين خاصة تلك التي قد يتعرض إليها المستهلك الذي أولاه المشرع بحماية خاصة، لذلك نقترح النص صراحة في القانون المدني على الاعتراف الصريح برسالة البيانات في التعبير عن الإرادة وتنظيمها كما فعلت ذلك التشريعات المقارنة ووضع قواعد صريحة من شانها توفير حماية خاصة للمتعامل في العقود الالكترونية التي يبرمها.

و فيما يخص إثبات إبرام العقد الإلكتروني، فاستنتج أن هناك صعوبة كبيرة في تحديده بسبب الطبيعة اللامادية والعالمية لوسيلة إبرام العقد الإلكتروني، والتي تجعل من الصعوبة بمكان تحديد القانون الواجب التطبيق والجهة القضائية المختصة في نظره، أي أن قواعد القانون الدولي الخاص عاجزة عن مواكبة هذه الطبيعة. و تزداد الأهمية في وضع بناء قانوني لإدارة البنوك في الجزائر يتيح لها التعامل مع تحديات الدفع الإلكتروني الذي يتطلب جاهزية تتفق مع مخاطره التقنية والقانونية.

وبشأن الإثبات على ضوء التشريع الجزائري، فإنه على الرغم من أن المشرع قد نص صراحة على مبدأ التعادل الوظيفي بين الكتابة في الشكل الالكتروني من جهة، والتوقيع الالكتروني من جهة أخرى، إلا أن هناك الكثير من النقائص تعتري هاته النصوص، أهمها المتعلقة بشروط قبول هذه الكتابة والتوقيع كوسيلة للإثبات، وهو شرط التأكد من شخصية من صدر منه الكتابة أو التوقيع، وهذا نظرا لغياب الجهة التي تؤكد ذلك، أو ما يسمى

بالجهات الوسيطة، وغياب نص ينظم المنازعة بين أدلة الإثبات الورقية وأدلة الإثبات التي تكون على دعامة إلكترونية.

وفي الأخير يمكن القول أن إثبات العقد الالكتروني بكل ملابساته القانونية التي تطرقنا اليها في هذه المذكرة قد كشف بالفعل عن قصور القواعد القانونية الكلاسيكية الحالية في نظرية العقد عن حلها، وهذا ما لا يكاد يختلف عليه الباحثون في مجال قانون التجارة الالكترونية، وذلك ما يستدعي إلى سن إما قانون مستقل ينظم المعاملات الالكترونية أو تعديل قواعد القانون المدني كي لا تتصادم مع التقنية الحديثة، و من خلال دراستنا هته يمكننا الخروج بالتوصيات الآتية:

- منح المحررات الإليكترونية و التوقيع الإليكتروني الحجية في الإثبات أمام المحاكم و الجهات الحكومية و إعطاؤه حجية المحررات الورقية في الإثباتت.
- إيجاد الوسائل اللازمة في تحقيق الثقة و الأمان بين المتعاقدين لإيجاد الضمانات اللازمة لتنفيذ العقود الإليكترونية.
- لابد من قيام المشرع الجزائري بإقرار قانون ينظم المبادلات و التوقيع الإليكتروني و القيام بتطبيقه مع ضرورة إيجاد الوسائل الكفيلة بذلك على غرار الدول الأخرى.
- محاولة إيجاد و تكوين محاكم متخصصة في مجال التجارة الإليكترونية و التعاقد الإليكتروني على وجه العموم.
- عقد دورات تدريبية للقضاة في هذا المجال.

و بهذا نكون قد أتينا على نهاية هذه المذكرة نرجو من الله تعالى أن يعلمنا بما ينفعنا و ينفعنا بما يعلمنا ، هو ولي ذلك و القادر عليه.

الإثبات الالكتروني في المعاملات المدنية و التجارية

قائمة المصادر والمراجع

1- الكتب :

- القرآن الكريم
- الدكتور محمد حسن قاسم ،قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية ،منشورات حلبي الحقوقية ،الطبعة الأولى
- الدكتور أحمد فراج حسين ،أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي،دار الجامعة الجديدة للنشر،طبعة2004
- الدكتور يحي بكوش،أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي،الشركة الوطنية للنشر والتوزيع.
- الدكتور عبد الرزاق السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني ،منشاة المعارف الجزء الثاني الطبعة 2004
- الدكتور أنور سلطان ،قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية،دار الجامعة الجديدة للنشر،طبعة2005
- الدكتور محمد زهدور،الموجز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري وفق آخر تعديلات ،ديوان المطبوعات الجامعية،1991
- الدكتور عبد الكريم زيدان،نظام القضاء في الشريعة الإسلامية ،الطبعة الثالثة ،2000،مؤسسة الرسالة.
- الدكتور عادل حسن علي،الإثبات في المواد المدنية،زهراء الشرق
- الدكتور عبد الكريم زيدان،نظام القضاء في الشريعة الإسلامية ،الطبعة الثالثة ،2000
- الدكتور محمد زهدور،الموجز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري وفق آخر تعديلات ،ديوان المطبوعات الجامعية.
- الدكتور محمد حسين منصور الاثبات التقليدي والالكتروني ،دار الفكر الجامعي ،الطبعة.
- أ. مناني فرح ،أدلة الإثبات الحديث في القانون ،دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع عين مليلة الجزائر 2008.
- د.سعيد السيد قنديل التوقيع الالكتروني دار الجامعة الجديدة للنشر طبعة 2004
- د.محمد سعيد رشدي ،تعاقد وسائل الاتصال الحديثة ومدى حجيتها في الإثبات،توزيع منشأة المعارف الاسكندرية
- د. محمد حسين منصور،الاثبات التقليدي الالكتروني،دار الفكر الجامعي ،طبعة 2006

2- الكتب الالكترونية:

- د .عبد الله مسفر الحيان ، د .حسن عبدالله عباس ،مجلة العلوم الاقتصادية والادارية يونيو 2003

القاضي برني نذير ،العقد الالكتروني على ضوء القانون الجزائري المدرسة العليا للقضاء د الفترة التكوينية 2003- 2006الجزائر

- يونس عرب التجارة الالكترونية "ب س ط "
- د. هدى حامد قشوش ،الحماية الجنائية للتجارة الالكترونية عبر الانترنيت ،دار النهضة العربية القاهرة ،جمهورية مصر العربية ،ب س ط.
- محمد بودالي التوقيع الإلكتروني ،مجلة الإدارة العدد رقم 2 سنة 2003
- القانون المدني الجزائري
- د.مساوي عمار ،الاثبات الالكتروني في القانون منتدى الجزائري للقانون
- فاروق محمد الأباصيري ،عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الانترنيت
- د.يونس عرب ،ندوة التقاضي في بيئة الانترنيت،المركز العربي للقانون والتقنية العالية ،المركز العربي للملكية الفكرية ،الأردن،2002

3- المواقع و المجلات الالكترونية :

- د. يونس عرب حجية الإثبات بالمستخرجات الالكترونية www.arablaw.org
- نور الدين الناصري،"المحررات الالكترونية وحجيتها في إثبات التصرفات المدنية والتجارية"مجلة الفقه والقانون www.majalah.new.ma
- د.عبد الفتاح بيومي حجازي ،www.jernnal-officiel.gov.fr
- مجلة الجيش العدد 233 -2004 نوفمبر موقع الجيش اللبناني.

2-القوانين :

- القانون المدني الجزائري رقم 10- 05

الإثبات الالكتروني في المعاملات المدنية و التجارية

الفهـــرس

الموضوع	الصفحة
مقدمـة	1
الفصل الأول: الإثبات التقليدي و الإثبات الإليكتروني	**5**
المبحث الأول :الإثبات بوجه عام	**5**
المطلب الأول: ماهية الإثبات وأهميته	**6**
– الفرع الأول: تعريف الإثبات	**6**
– الفرع الثاني :أهمية الإثبات	**8**
المطلب الثاني :أدلة الإثبات	**10**
– الفرع الأول: الكتابة ،الشهادة و القرائن	**10**
– الفرع الثاني: الإقرار، اليمين،الخبرة و المعاينة	**13**
المبحث الثاني :حجية العقد الالكتروني في الإثبات	**19**
المطلب الأول: جزاء الاخلال بالالتزام قبل التعاقد والمشاكل التي يفرزها العقد الالكتروني	**20**
– الفرع الأول: جزاء الإخلال بالالتزام قبل التعاقد الالكتروني	**20**
– الفرع الثاني: التحايلات التي تنجم عن إبرام العقود الالكترونية	**22**
المطلب الثاني: إثبات العقد الالكتروني	**26**
– الفرع الأول: إثبات العقد الالكتروني بالنظر للشروط المتعلقة بالسند الكتابي	**26**
– الفرع الثاني: الأشكال المتعددة في إثبات العقد الالكتروني	**36**

الفصل الثاني: موقف التشريعات المقارنة	39
المبحث الأول :موقف التشريعات الغربية و العربية و القانون النموذجي الموحد	39
المطلب الأول: موقف بعض التشريعات الغربية و العربية	40
– الفرع الأول: موقف التشريعات الغربية	40
– الفرع الثاني : موقف التشريعات العربية	43
المطلب الثاني : القانون النموذجي الموحد الخاص بالتوقيع الالكتروني	49
– الفرع الأول: نطاق تطبيق القانون النموذجي الموحد	49
– الفرع الثاني: إشكالية تمييز أشكال التوقيع الإليكتروني	51
المبحث الثاني: إثبات العقد الإليكتروني على ضوء القانون المدني الجزائري	60
المطلب الأول: الكتابة في الشكل الإلكتروني وحجيته في الإثبات على ضوء القانون المدني الجزائري	61
– الفرع الأول: تحديد مفهوم الكتابة	63
– الفرع الثاني : القوة الثبوتية للكتابة في التشريع الالكتروني	63
– المطلب الثاني :التوقيع الالكتروني على ضوء القانون الجزائري	71
– الفرع الأول: تعريف التوقيع الإليكتروني	71
– الفرع الثاني: حجية التوقيع الإليكتروني في الإثبات	74
خاتمــة	76
قائمة المراجع	78
الفهـرس	80