حجية التوقيع الإلكتروني إستناداً إلى القواعد العامة للإثبات وضرورة التدخل التشريعي

Authentic electronic signature based on the general rules of evidence and the necessity of legislative intervention

باهة فاطمة*

مخبر البحث تشريعات حماية النظام البيئي

كلية الحقوق / جامعة إبن خلدون تيارت / الجزائر

bahafatma87@yahoo.com

تاريخ الاستلام: 2020/02/25 تاريخ القبول: 2020/08/30 تاريخ النشر: 2020/09/15

الملخص :

إن الإعتراف التشريعي بحجية التوقيع الإلكتروني كدليل إثبات قد سبقه محاولات عديدة من الفقه والقضاء للإحتجاج به، بمجرد تأويل القواعد العامة للإثبات دون الحاجة إل تعديلها أو إقرار قواعد قانونية جديدة تلائم طبيعته الإلكترونية، وهو ما يثير التساؤل حول مدى كفاية القواعد العامة للإعتداد بالتوقيع الإلكتروني و إقرار الحجية القانونية الكاملة له؟ وهو ما سيتم الإجابة عليه في هذا البحث بالتركيز على أهم العوائق التي جعلت من محاولات الفقه والقضاء قاصرة عن منح الحجية الكاملة

* المؤلف المرسل

للتوقيع الالكتروني، مما أدى إلى ضرورة الإقرار التشريعي الصريح له كدليل إثبات مساوي للتوقيع الخطي من حيث الحجية القانونية.

الكلمات المفتاحية : التوقيع الإلكتروني، الحرية في الإثبات، الثبوت بالكتابة، إتفاق الإثبات، الحجية، التدخل التشريعي.

Abstract:

Legislative recognition of the probative value of the electronic signature as evidence before the judge has been preceded by attempts by the courts and the doctrine to use it, and only by the interpretation of general rules of evidence. proof without modifying them or setting up new rules that adapt with its electronic nature. This raised the question about the meaning of the general legal rules that allow the recognition of the electronic signature? Thus, this intervention aims to find an answer to this question by focusing on the significant obstacles that prevented the electronic signature from having probative force. This led to the need to expressly recognize this signature as means of proof and its equality with the written signature.

Keywords: general rules, freedom of proof, principle of beginning of proof, convention of proof, authentic, legislative interference.

المقدمة :

إنّ التوقيع الإلكتروني كشكل مستحدث للتوقيع التقليدي يعرف بأنّه: "أي علامات أو حروف او أرقام أو إشارات مكتوبة في شكل إلكتروني تسمح بتمييز هوية صاحبها وتكشف عن إرادته الصريحة بالرضا بمحتوى ما وقع عليه"، والحقيقة أنّ العديد من التشريعات - وفي مقدمتها التشريع الجزائري- قد تأخرت نسبيا في الإعتراف به وتنظيم الإثبات به أمام

القضاء، مما دفع بالفقهاء والقضاة إلى محاولة إيجاد ثغرات وإستثناءات قانونية منبثقة من القواعد العامة التقليدية لمعالجة الإشكاليات التي تتعلق بقبول التوقيع الإلكتروني وقيمته في الإثبات، وذلك قبل صدور تشريع ينظم أحكامه، وقد إعتمد كل من الفقه والقضاء على مجرد التأويل الواسع للقواعد العامة للإثبات القائمة دون الحاجة الى تعديلها أو إقرار قواعد قانونية جديدة تتلائم مع الطبيعة اللامادية للتوقيع الإلكتروني، وهو ما يثير التساؤل معه حول ما مدى كفاية القواعد العامة لإقرار الحجية القانونية الكاملة للتوقيع الالكتروني بالموازاة مع التوقيع التقليدي وحاجتها للتعديل التشريعي؟.

وقد حاول كل من الفقه والقضاء لغرض بحث الحجية القانونية الممكن منحها للتوقيع الإلكتروني في الإثبات في البداية الإستعانة بالتفسير الواسع لكل قاعدة قانونية عامة مرنة يمكن أن تتضمن في طياتها إمكانية الإحتجاج بالتوقيع الإلكتروني، وإعتمد الفقه بالدرجة الأولى لتحقيق هذا الأمر على الحالات التي يجوز فيها الإستغناء عن الدليل الكتابي لقبول التوقيع الإلكتروني إستنادا إلى مبدأ حرية الإثبات، وإستنادا كذلك على الإستثناءات الواردة على قاعدة وجوب الإثبات بالكتابة، ولم يعتمد الفقه والقضاء على تفسير القواعد التقليدية المرنة للتوقيع التقليدي وتأويلها لغرض الإحتجاج بالتوقيع الإلكتروني فقط، بل كذلك أخذ بإتفاقات الإثبات التي يبرمها أطراف المعاملات الإلكترونية لمنح التوقيع الإلكتروني حجية قانونية مساوية للتوقيع الخطي.

غير أن هذه المحاولات سرعان ما كشفت عن قصورها في منح الحجية الكاملة للتوقيع الإلكتروني، كما أنها كانت تعتمد بشكل كلي على قناعة القاضي وإستخدامه لسلطته التقديرية لمنح التوقيع الإلكتروني القيمة القانونية الثبوتية التي يراها مناسبة لذلك، مما أدّى إلى ضرورة الإقرار التشريعي الصريح للتوقيع الإلكتروني كدليل إثبات ومساواته من حيث الحجية القانونية بالتوقيع الخطي.

وعلى ضوء ذلك فإنّه سيتم تباعاً في المباحث التالية تناول محاولات كل من الفقه والقضاء المقارن في الإعتداد بالتوقيع الإلكتروني إستناداً للحالات التي لا تجب الكتابة فيها للإثبات، وإستنادا لإتفاقات الإثبات المبرمة فيما بين الخصوم، وكيف كشفت هذه المحاولات عن قصور القواعد العامة للإثبات عن الإعتداد بالتوقيع الإلكتروني كدليل كامل في الإثبات وضرورة الإعتراف التشريعي به.

المبحث الأول: الإعتداد بالتوقيع الإلكتروني إستناداً للقواعد العامة للإثبات قبل الإقرار التشريعي

إعتبر الفقه والقضاء بأنّه يمكن منح التوقيع الإلكتروني الحجية القانونية الثبوتية إستنادا لتفسير الحالات التي لا يوجب فيها القانون ضرورة إثباتها كتابةً في إطار القانون المدني، كما تم الإستعانة كذلك بإتفاقات الإثبات المبرمة فيما بين أطراف المعاملات الإلكترونية لمنح الحجية

القانونية التي يرونها مناسبة للتوقيع الإلكتروني، وسيتم شرح هذه الحالات تباعاً فيمايلي:

المطلب الأول: الإعتداد بالتوقيع الإلكتروني إستناداً للحالات التي لا تجب الكتابة فيها للإثبات

إستند الفقه والقضاء لمنح التوقيع الالكتروني الحجية القانونية الثبوتية على التفسير الواسع للحالات التي لا يوجب فيها القانون ضرورة ثباتها كتابةً ، وتشمل أساساً الحالات التي يسودها من حيث الاصل مبدأ الحرية في الإثبات في شأن المعاملات التجارية والتصرفات القانونية التي لا تزيد قيمتها عن النصاب المحدد.

الفرع الأول: الإعتداد بالتوقيع الالكتروني في إثبات التصرفات القانونية التجارية

إنّ أغلب تشريعات الإثبات المقارنة قد إعتدت بمبدأ الحرية في إثبات المعاملات التجارية نظرا لما تقوم عليه التجارة من سرعة وثقة متبادلة فيما بين التجار، لذلك إعتر الفقه والقضاء بأنه مادام أنّ إثبات المعاملات التجارية يتم بكافة طرق الإثبات وإن تجاوزت قيمتها النصاب المحدد قانوناً ، كما أنه يجوز فيها إثبات ما يخالف الدليل الكتابي بشهادة الشهود والقرائن، ما لم يستثنى منها بنص خاص أو وجد بشأنها إتفاق إثبات أبرمه أطرافها يقضي بغير ذلك[1]، فإنه يمكن لهؤلاء أن يستندوا لإثبات

تصرفاتهم التجارية على توقيعاتهم الإلكترونية الموضوعة على المحررات التي تضمنتها، وكذلك الحال بالنسبة للتصرفات القانونية المختلطة، حيث يجوز لمن كان التصرف مدنياً بالنسبة له في مواجهة خصمه التاجر أن يثبته بكافة طرق الإثبات بما في ذلك الإثبات بطريق التوقيع الإلكتروني[2].

إلا أنّ تقدير قيمة الدليل المستمد من التوقيع الإلكتروني يرجع لى كامل السلطة التقديرية لقاضي الموضوع الذي له أنّ يقدر مدى كفاءة التقنية المستخدمة في إنشاء التوقيع الإلكتروني وما يمكنها أن توفره من ضمانات الموثوقية والأمان[3]، فإذا إقتنع بها القاضي جاز له الأخذ به في الإثبات ومنحه الحجية القانونية ذاته التي يتمتع بها التوقيع الخطي[4]،مأّ ا إذا لم تصل قناعته إلى درجة منحه حجية قانونية مساوية للتوقيع الخطي، فيمكنه أن يستعين به على سبيل مبدأ الثبوت بالكتابة، أو الإقتصار على إعتباره قرينة قضائية يستخلص منها وجود الواقعة أو العلاقة القانونية المراد إثباتها، لكون أنّ القاضي يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في مجال الإثبات بالقرائن القضائية تفوق تلك الممنوحة له في الأدلة الأخرى، أو أن لا يأخذ به مطلقاً ويهدر كل قيمة قانونية له[5].

الفرع الثاني: الإعتداد بالتوقيع الإلكتروني في إثبات التصرفات القانونية التي تقل قيمتها عن نصاب معين

يسود مبدأ حرية الإثبات كذلك نوع آخر من التصرفات القانونية أشارت اليه أغلب تشريعات الإثبات المقارنة[6]، ويتعلق الأمر بالتصرفات

القانونية التي تقل قيمتها عن نصاب محدد قانوناً ، حيث أقرت هذه التشريعات جواز إثباتها بكافة طرق الإثبات ما لم يوجد نص أو إتفاق فيما بين الأطراف يقضي بوجوب الإثبات بالكتابة، أمّا ما يجاوز هذا النصاب المحدد فإنّه يكون مقيد بإثباته بالكتابة أو ما يقوم مقامها.

ومن ثمة إعتبر الفقه بأنّه بالإمكان الإستعانة بهذه القاعدة الثبوتية، بحيث يمكن لأطراف المعاملات الإلكترونية التي لا تتجاوز قيمتها النصاب المحدد قانوناً تقديم محررات عليها توقيعاتهم الإلكترونية كدليل لإثبات حصول ومضمون تعاقداتهم الإلكترونية المبرمة فيما بينهم، ويستدل الفقه على هذا النوع من التعاقدات بواسطة التوقيعات الإلكترونية عمليات السحب المالية بواسطة بطاقات الإئتمان[7].

إلاّ أنّ تحديد القيمة الإثباتية لهذه التوقيعات الإلكترونية يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع بحسب درجة إقتناعه بجدارة الوسيلة المستخدمة في إنشائها ونقلها وحفظها وإسترجاعها بطريقة آمنة موثوق بها، وعلى ضوء ذلك يمكنه منحها ذات قوة التوقيعات الخطية وإعتبارها كدليل كامل في الإثبات، أو أن يعتبره مبدأ ثبوت بالكتابة أو يستند إليها كمجرد قرائن، كما له أن لا يأخذ بها كلية في الإثبات[8].

المطلب الثاني: الإعتداد بالتوقيع الإلكتروني إستنادا للإستثناءات الواردة على قاعدة وجوب الإثبات بالكتابة

إستثنت أغلب تشريعات الإثبات المقارنة بعض التصرفات القانونية من تطبيق قاعدة وجوب الإثبات بالكتابة بالرغم من تجاوز قيمتها للنصاب القانوني المحدد، وأجازت إثباتها بالشهادة والقرائن حفاظاً على حقوق الخصوم، وتتعلق هذه الإستثناءات في حالة توافر مبدأ الثبوت بالكتابة وحالة تعذر الحصول على الدليل الكتابي لمانع مادي أو معنوي، أو لفقدانه بسبب أجنبي، لذلك حاول الفقه والقضاء الإستعانة بهذه الإستثناءات لقبول التوقيع الإلكتروني في الإثبات.

الفرع الأول: محاولة الإستعانة بمبدأ الثبوت بالكتابة للإعتداد بالتوقيع الالكتروني

ثار خلاف بين الفقه رأينا عند بحث إمكانية الإستعانة بمبدأ الثبوت بالكتابة للإعتداد بالكتابة الموقعة في الشكل الإلكتروني، حيث إعتبر البعض منهم عدم إمكان إعتبار الكتابة الموقعة في الشكل الإلكتروني بداية ثبوت بالكتابة، بسبب إختلافها عن الكتابة التقليدية مما يحول دون إعتبارها دليلاً كتابياً [9]، فحتى لو تمّ الأخذ بالمفهوم الواسع للكتابة الذي يشمل في مضمونه الكتابة المتخذة لدعامة إلكترونية، لضمان توافر الشرط الأول لمبدأ الثبوت بالكتابة المتعلق بضرورة وجود كتابة أي كان شكلها، إلاّ أنّه يبقى من الصعب إكتشاف منشئها ونسبتها إليه وتحديد هويته، ممّا يؤدي إلى عدم توافر الشرط الثاني من شروط مبدأ الثبوت بالكتابة المتعلق

بضرورة صدور الكتابة من الخصم المطلوب الإثبات ضده أو ممن يمثله قانوناً مما يحول دون إمكانية إعتبارها بداية ثبوت بالكتابة.

إلاّ أنّ جانب آخر من الفقه إعتبر بأنّه يمكن ذلك متى كانت الكتابة في الشكل الإلكتروني تجعل التصرف المدعى به قريب الإحتمال، وثبت أنها قد صدرت من الخصم الذي يراد الإحتجاج به ضده[10]، وخاصةً إذا كانت تحمل توقيعاً إلكترونياً لمنشئها قد إتبع في إنشائه وحفظه وإسترجاعه وسيلة تقنية جديرة بالحفاظ عليه، ففي هذه الحالة يساهم التوقيع الإلكتروني في تحديد هوية مصدرها والكشف عن رضاه بمحتواها، وعند ذلك يمكن إعتبارها بداية ثبوت بالكتابة، إلاّ أنّه ينبغي مع كل ذلك أنّ يتم تعزيزها بدليل آخر كالشهادة أو القرائن أو الخبرة حتى تكون دليل كامل في الإثبات[11].

ويستند هذا الجانب من الفقه [12] لتدعيم هذا الرأي على أحكام القضاء الفرنسي في مجال البطاقات البنكية الإلكترونية للسحب الآلي التي إعتبرت محاكم الإستئناف الفرنسية وجودها في يد حاملها وقيامه بتمريرها داخل جهاز الصرف الآلي، وإدخاله للرقم السري الخاص بصاحب البطاقة لوحده وضغطه على أيقونة الموافقة الصريحة على سحب المال الظاهر على شاشة الجهاز هو قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس تكمل المحرر المقدم من البنك المبين لجميع العمليات التي تمت بواسطة جهاز الصرف والحامل للتوقيع الإلكتروني لصاحب البطاقة، وعدته بمثابة مبدأ الثبوت بالكتابة[13].

الفرع الثاني: محاولة الإستعانة بحالة وجود المانع من الحصول على الدليل الكتابي للإعتداد بالتوقيع الإلكتروني

في ظل غياب النص التشريعي الذي يقر بالتوقيع الإلكتروني في الإثبات، حاول بعض الفقه الإستناد على حالات المانع المادي والأدبي التي تحول دون الحصول على الدليل الكتابي أو فقدانه للإعتداد بالكتابة الموقعة إلكترونياً في الإثبات، وذلك في بعض التعاقدات الإلكترونية التي تتم عبر شبكة الإنترنت ويصعب الحصول فيها على دليل كتابي كامل، فيجوز لأطرافها في مثل هذه الحالات إثبات معاملاتهم الإلكترونية بشتى طرق الإثبات بما فيها الكتابة الموقعة إلكترونياً [(14)].

كما إلتجأ بعض الفقه إلى المانع بحكم العادة أو العرف التجاري لقبول التوقيعات الإلكترونية في الإثبات، حيث إعتبر بأنّه يمكن تصور عادة عامة تجمع طائفة من التجار تجعلهم يعتادون على التعامل فيما بينهم إلكترونياً ويكتفون في إبرام تصرفاتهم بوضع توقيعاتهم الإلكترونية عليها، ومن ذلك مثلا حجز وكالات السفر للفنادق وتذاكر الطائرات بطريق الإنترنت وكذلك التعامل ببطاقات الإئتمان[(15)].

وعلى كل حال فإن جميع حالات المانع التي تحول دون الحصول على الدليل الكتابي يبقى قبولها وتقديرها خاضع للسلطة التقديرية الواسعة لقضاة الموضوع بحسب كل حالة على حدى حتى لا يصبح الإستثناء قاعدة عامة.

المطلب الثالث: الإعتداد بالتوقيع الإلكتروني إستنادا لإتفاقات الإثبات المبرمة فيما بين الخصوم

في الوقت الذي إتسع فيه إستخدام التوقيعات الإلكترونية في مختلف المعاملات، ولم تكن فيه تشريعات الإثبات الإلكتروني المقارنة تنظم حجيتها في الإثبات، ولم تكن قواعد الإثبات التقليدي كافية لإستيعابها، إستعان أطراف المعاملات الإلكترونية بإتفاقات الإثبات فيما بينهم على منح الحجية القانونية التي يرونها مناسبة للتوقيع الإلكتروني، وعادة ما يتم إبرام هذه الإتفاقات بينهم بشكل مسبق تحسباً لأي نزاع قد يطرح بينهم في شأن حجية التوقيعات الإلكترونية التي وضعها الأطراف لإبرام تعاقداتهم الإلكترونية، وسيتم فيما يلي مناقشة أهمية إتفاقات الإثبات بالتوقيع الإلكتروني، ومدى صحته ومشروعيته:

الفرع الأول: أهمية إتفاقات الإثبات بالتوقيع الإلكتروني

تعد إتفاقات الإثبات الوسيلة الأكثر فاعلية للتغلب على ما يحيط بالإعتراف بحجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات من عقبات قانونية، حيث أنّ العقد شريعة المتعاقدين، وتبرز أهمية هذه الإتفاقات بالنسبة للمتعاملين بالوسائط الإلكترونية على وجه العموم وللبنوك والمؤسسات المالية بالنسبة للعمليات والخدمات المصرفية التي تقدمها لعملائها عن طريق وسائل الإتصال الحديثة على وجه الخصوص، حيث تلجأ عادة إلى تضمين

عقودها مع العملاء مثل هذه الإتفاقات لكي تكون بمنأى عن أي إحتجاج أو إعتراض من بالهم مما يسمح لهذه المؤسسات بأداء مهامها بفاعلية وسرعة [16].

ومن النصوص القانونية الإسترشادية التي أفادت بصحة إتفاق الإثبات بمنح التوقيع الإلكتروني حجية تعادل حجية التوقيع الكتابي ما نصت عليه الفقرة 4 من المادة 06 ذاتها من قانون الأونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية لعام 2001 على أنّه :" لا تحدُّ الفقرة 3 من قدرة أي شخص:

أ- على القيام بأي طريقة أخرى بإثبات قابلية التعويل على التوقيع الالكتروني، لغرض الوفاء بالاشتراط المشار إليه في الفقرة 1؛ أو

ب- على تقديم دليل على عدم قابلية التعويل على التوقيع الالكتروني".

حيث تفيده هذه الفقرة عدم تقييد حرية الأطراف في إدراج إتفاقات إثبات فيما بينهم تمنح أي تقنية توقيع إلكتروني معينة حجية قانونية موازية لحجية التوقيع الخطي، حتى ولو لم تكن تستجيب لأحد معايير الموثوقية التقنية الواردة في هذا القانون في الفقرة 03 من ذات المادة [17].

ومن أمثلة إتفاقات الإثبات المتعلقة بحجية التوقيع الإلكتروني ما درجت عليه البنوك والمؤسسات المصرفية منذ وقت طويل على تضمين عقود إصدار بطاقات الإئتمان أو السحب الآلي للنقود من بنود تتضمن في فحواها إعتبار التوقيع الإلكتروني بمثابة الدليل الكامل في الإثبات، وإعفاء

البنوك من عبء إثبات صحة ما تقوم به أجهزة الحاسب الآلي من تسجيلات للعمليات المصرفية التي تتم بواسطة تلك البطاقات[18].

ولقد درجت أحكام قضاء النقض الفرنسي على إجازة مثل هذه الإتفاقات وإعتدت بها في الإثبات، ومنها القرار الذي صدر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 23 مارس 1994[19]، الذي نقض حكم المحكمة الإبتدائية Noisy-le-sec لأنّها لم تقضي بتطبيق مواد إتفاق الإثبات المبرم فيما بين طرفي الدعوى والذي يقضي بالإعتداد بتسجيلات الدين الناجمة عن إستخدام بطاقة الدفع التي تحمل بيانات حساب العميل وتوقيعه[20].

وكذلك أكدت المحكمة التجارية لباريس paris أهمية الإتفاقات حول الإثبات ودورها في حل المنازعات التي تتم بين التجار في العديد من قراراتها، ومنها القرار الصادر بتاريخ 03 سبتمبر 2007 والذي من خلاله إلتجأت لأجل حل النزاع إلى إتفاق الإثبات المبرم فيما بين أطراف الدعوى بتاريخ 30 نوفمبر 2005 والمتضمن في فحواه أنّ أحد أطراف الإتفاق هو المسؤول الوحيد عن تعداد النقرات على الموقع الإلكتروني و على شبكة الطرف الآخر وتعد رسمية ونهائية فيما بينهما[21].

الفرع الثاني: مدى مشروعية إتفاقات الإثبات بالتوقيع الإلكتروني وحدودها

إنّه في بعض الأحيان قد يتجاوز مضمون إتفاقات الإثبات المتعلقة بمنح الحجية القانونية للتوقيع الإلكتروني إلى ما هو أشد وذلك بتقرير الحجية الكاملة له وغير القابلة لإثبات العكس، الأمرلناي يمسّ من مشروعية وصحة هذه الإتفاقات.

لذلك إتفق الفقه والقضاء على قبول مشروعية إتفاقات الإثبات المتعلقة بتعيين التوقيع الإلكتروني كوسيلة للإثبات، بشرط أن لا تمس هذه الإتفاقات بالمبادئ الأساسية للإثبات، وبالسلطة التقديرية المخولة لقضاة الموضوع بشأن تقدير التوقيعات الإلكترونية المقدمة إليهم وحجيتها المتفق عليها وكذلك وسائل الإثبات المقدمة لهم لإثبات عكس ما هو متفق عليه، حيث إعتبر الفقه بأنّ إتفاقات الإثبات ينبغي أن لا تفترض صحة التسجيلات التي قامت بها أجهزة الصراف الآلي وتحرم العميل من إثبات العكس، وإلاكان ذلك مساساً بقواعد الإثبات[22].

كما ينبغي كذلك لإتفاقات الإثبات بأنّ لا تقر للتوقيعات الإلكترونية بحجية غير قابلة لإثبات العكس، بمعنى أن تحرم هذه الإتفاقات صراحة أو ضمناً أحد أطرافها من حقه في إثبات عكس الدليل المتفق عليه، أو التشكيك في حجيته على الأقل[23].

لذلك جعل المشرع الفرنسي - كما أشرنا سابقا عند دراسة حدود إتفاقات الاثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني-، تقدير مدى صحة ومشروعية إتفاقات الإثبات الإلكتروني ومنها المتعلقة بتعيين التوقيع الإلكتروني كوسيلة للإثبات وتحديد حجيته، يبقى دائماً مرهوناً بالسلطة

التقديرية لقضاة الموضوع، وذلك من خلال المادة **(1316-2)** التي إعترف من خلالها المشرع الفرنسي بصحة إتفاقات الاثبات عموماً دون أن يحدد شروط صحتها[24]، ومنح في المقابل للقضاة السلطة التقديرية الواسعة في تسوية المنازعات المتعلقة بالدليل الكتابي، وفي ذات الوقت سلطة في مباشرة رقابته على صحة إتفاق الإثبات الإلكتروني، فإذا ما إقتنع بعدم مساسه بالمبادئ الأساسية للإثبات أسبغه وصف المشروعية وإعتد بالتوقيع الإلكتروني محل الإتفاق كوسيلة في الإثبات، وفي حالة العكس فإنه لا يبقى في متناول الأطراف إلاّ اللجوء للقواعد العامة لإثبات تعاقداتهم[25].

ويميل جانب كبير من الفقه إلى أنّ إتفاقات الإثبات المتعلقة بمنح التوقيع الإلكتروني الحجية الكاملة في الإثبات، بإمكانها أن تتضمن شروطاً تعسفية تلحق الضرر بأحد أطرافها[26]، الذي عادة ما يكون في مكانة مهنية أو إقتصادية أقل بكثير من الطرف الآخر الذي له أن يملي كل ما يريده عليه من خلال وضع الشروط المناسبة لمصالحه في الإتفاق[27]، ولا يكون للطرف المذعن غير القبول بهذه الشروط كلها أو رفضها دون نقاش[28]، الأمر الذي يقتضي من القاضي ضرورة إبطالها أو على الأقل تفسيرها لمصلحة الطرف المذعن، وذلك تطبيقاً للأحكام التي أوردتها التشريعات المقارنة بشأن تنظيمها لعقود الإذعان، حيث إعتبرت بأن للقاضي إمكانية تعديل العقود التي تتضمن شروط تعسفية كما يمكن له

إعفاء الطرف المذعن منها وفقاً لما تقضي به العدالة، ويقع باطلاً كل إتفاق يقضي بغير ذلك[29].

وعليه كلما تضمنت إتفاقات الإثبات على شروط من شأنها الإخلال بتوازن المصالح والإلتزامات بين المتعاقدين مثل إهدار حق أحدهما في الإثبات بشكل يلحق الضرر به عدت شروط تعسفية وجاز للقاضي إستبعادها أو إلغائها[30].

إلاّ أنّ الاجتهادات القضائية المقارنة كانت متضاربة بشأن مدى إعتبار عقود منح بطاقات الإئتمان التي تمنحها عادة البنوك لعملائها في ما إذا كانت تمثل عقود إذعان توجب حماية الطرف الضعيف فيها أم أنّها غير ذلك، فمنها من رأت بأنّه لا مجال لإعتبار العقد بين البنك والعميل بمثابة عقد إذعان وذلك لأنّ العميل لم يكن في موقف من البنك لا يملك فيه إلاّ أن يأخذ أو يدع، وإنّما هو مخير وله أن يلجأ إلى أي من المصارف أو المؤسسات المالية الأخرى، كما أنّه غير ملزم بإقتناء بطاقة الإئتمان إذ هي مجرد وسيلة يمكن الإستعاضة بها عن النقود في سداد قيمة بعض الأغراض والإلتزامات الخاصة والمشتريات الشخصية[31]، إلاّ أنّ جانب آخر من الإجتهادات القضائية قضت بأن موضوع التعاقد على بطاقات الإئتمان يعد عقد إذعان ويجب أن يفسر لمصلحة الطرف الأضعف أي المذعن[32].

ومن كل ما سبق يتضح بأنّ إتفاقات الإثبات بالرغم من جواز قبولها للإعتداد بالتوقيع الإلكتروني ومنحه الحجية القانونية في الإثبات، إلاّ أنّها

تبقى غير مطلقة ومقيدة ببعض الحدود التي تضمن مشروعيتها وعدم مخالفتها للنظام العام والمبادئ الأساسية في الإثبات، والتي تكون مرتبطة بتقدير قضاة الموضوع بحسب كل حالة على حدى.

المبحث الثاني: الإقرار التشريعي الصريح للتوقيع الإلكتروني كدليل إثبات ومساواته من حيث الحجية القانونية بالتوقيع الخطي

مع الإنتشار المتنامي للتجارة الإلكترونية والمعاملات التي تتم عبر شبكة الإنترنت، سارعت العديد من التشريعات الدولية والإقليمية و الوطنية إلى بذل جهود متتالية للإعتراف بالتوقيع الإلكتروني كدليل كامل لدى الخصوم في الإثبات لتدعيم الثقة فيه، ومنحته القوة القانونية المعادلة للقوة المقررة للتوقيع في الشكل التقليدي، لذلك سيتم في مايلي التعرض لمختلف الجهود المبذولة للإقرار بالتوقيع الإلكتروني في الإثبات دوليا وإقليميا ووطنيا، مع تبيان موقف المشرع الجزائري من الأمر، وذلك كله وفق المطالب التالية:

المطلب الأول: الإعتراف التشريعي الدولي بحجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات

سعت العديد من التشريعات الإسترشادية الدولية للإقرار بالحجية القانونية للتوقيع الإلكتروني في إثبات المعاملات الإلكترونية وشروط توثيقه وتأمينه، وكان أولها قانون الأونسترال النموذجي في شأن التجارة الإلكترونية

رقم **162/51** الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي"**CNUDCI**" بتاريخ **16** جانفي **1996**[33]حيث كرّ س في المادة السابعة منه مبدأ التكافؤ بين التوقيع الإلكتروني والتوقيع الخطي وحدد الشروط الواجب توافرها فيه حتى يعتد به في الإثبات، ونصت على أنّه: "عندما يشترط القانون وجود توقيع من شخص، يستوفي ذلك الشرط بالنسبة إلى رسالة البيانات إذا:

أ- إستخدمت طريقة لتعيين هوية ذلك الشخص والتدليل علي موافقة ذلك الشخص علي المعلومات الواردة في رسالة البيانات؛

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

وتسري الفقرة **(1)** سواء إتخذ الشرط المنصوص عليه فيها شكل إلتزام أو إكتفي في القانون بمجرد النص على العواقب التي تترتب على عدم وجود توقيع...".

كما أعدت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي قانون الاونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية وإعتمدته الجمعية العامة للأمم المتحدة في **12** ديسمبر **2001** [34]، وكان بمثابة الإطار التشريعي الموحد الذي يهدف إلى التمكين والتيسير من إستخدام التوقيعات الإلكترونية، وحث الدول الأعضاء على أن تجعل منه نموذجاً يحتذى به عند الإقرار بحجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات وتنظيمها، ونصت المادة

(1/06) منه على أنّه: "حينما يشترط القانون وجود توقيع من شخص، يعد ذلك الاشتراط مستوفي بالنسبة إلى رسالة البيانات إذا إستخدم توقيع إلكتروني يعول عليه بالقدر المناسب للغرض الذي أنشئت أو أبلغت من أجله رسالة البيانات، في ضوء كل الظروف، بما في ذلك أي اتفاق ذي صلة" كما قررت المادة 03 من ذات القانون بأنه ينبغي عدم تجريد أو تقييد أي طريقة من طرق إنشاء التوقيع الإلكتروني من مفعولها القانوني إذا كانت هذه الطريقة يعول عليها بالقدر المناسب للغرض الذي أنشئت أو أبلغت من أجله الكتابة الإلكترونية الممهورة بهذا التوقيع.

ومؤخراً في عام 2014 صدر التنظيم الأوروبي رقم 910-2014 المتعلق بتحديد الهوية الإلكترونية وخدمات التوثيق للمعاملات الإلكترونية في السوق الداخلية عن البرلمان الأوروبي بتاريخ 23 جويلية 2014، وتناول هذا التنظيم مختلف الجوانب القانونية للتوقيعات الإلكترونية وتقنين المسائل المرتبطة بها مثل طرق إنشائها وتأمينها والتحقق من صحتها وإصدار شهادات بإعتمادها، وإعتبر هذا التنظيم بأن التوقيعات الإلكترونية هي مقبولة أمام القضاء كأدلة إثبات، ولا يمكن إستبعادها لمجرد أنّها في الشكل الإلكتروني[35]، وحرص على تحديد مفهوم التوقيع الإلكتروني في المادة (10/3) منه والتي تقضي بأنّه: "معطيات في شكل إلكتروني مضافة أو مرتبطة منطقياً بمعطيات أخرى في شكل إلكتروني، والتي يستعملها الموقع للتوقيع"، وهو بذلك قد أكّد على مبدأ عدم التمييز بين أي من

تقنيات التوقيع الالكتروني، كما نصت المادة 2/25منه صراحة على أنّ : "الأثر القانوني للتوقيع الإلكتروني الموصوف يعادل التوقيع بخط اليد"[36].

المطلب الثاني: الإعتراف التشريعي الوطني بحجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات

أقرت العديد من التشريعات الوطنية بحجية التوقيع الإلكتروني متأثرة بذلك بالتشريعات الإسترشادية الدولية في هذا المجال، وإعتبر البعض بأنّ أول إعتراف تشريعي وطني بالتوقيع الإلكتروني والتسجيلات المعلوماتية كانت قد أجرته مدينة كيبك الكندية وذلك عندما قامت بتعديل أحكام القانون المدني في عام 1993 أمّا عن أول قانون خاص بالتوقيع الإلكتروني صدر بشكل منفرد فقد أصدرته ولاية يوتاه "ytah" الأمريكية في عام 1996 والذي نظم المعاملات الإلكتروني التي تتم عن بعد (37)، وإعتبرت الولايات المتحدة الأمريكية كذلك من أوائل الدول التي وضعت تشريعات خاصة بالتجارة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني مثل ولايات "Californie, Illinois, Missouri"[38].

وعلى مستوى التشريعات الأوروبية، فقد عمدت العديد منها إلى الإعتراف بحجية التوقيع الإلكتروني وشروط ذلك، إستجابة لأحكام التوجيه الأوروبي رقم 93-1999 التي قضت بضرورة تطوير الدول الأعضاء لتشريعاتها لتتناسق مع ما جاء به من أحكام خاصة بتطوير التجارة الإلكترونية في السوق الأوروبية، ومنها التشريع البريطاني بموجب قانون

الإتصالات الإلكترونية للمملكة المتحدة لعام 2002[39]، الذي صدر لمعالجة الأحكام الخاصة بالتوقيع الإلكتروني.

ومن التشريعات الأوروبيةكذلك التشريع الفرنسي الذي عدّل بموجب القانون رقم 230-2000 الصادر في 13 مارس 2000 الأحكام القانونية المتعلقة بالإثبات والواردة في القانون المدني كما أضاف إليها نصوص، ونظم بها إضافة إلى قوانين أخرى[40] حجية التوقيع الإلكتروني ومنحه الحجية القانونية ذاتها الممنوحة للتوقيع التقليدي إذا ما تمّ إنشاءه بموجب وسيلة آمنة تضمن تحديد هوية الموقع وصلته بالتصرف القانوني الذي وضع عليه، وفي ظروف من طبيعتها أن تضمن سلامته من التحريف أو التزوير أو التعديل[41]، كما حدد الإطار القانوني لوسائل إنشاء التوقيع الإلكتروني المؤمنة وإفترض موثوقيتها إلى أن يثبت العكس، كلّما تم إستخدام تواقيع إلكترونية مؤمنة منشأة بواسطة منظومة إنشاء توقيع إلكتروني مؤمنة وصدرت بشأنها شهادات تصديق إلكترونية موصوفة لإثبات صحتها.

وإعتبر المشرع الفرنسي بموجب المرسوم رقم 2017- 1416 الصادر بتاريخ 28 سبتمبر 2017في مادته الأولى أنّ : "موثوقية وسيلة التوقيع الإلكتروني تكون مفترضة حتى يثبت العكس عدما تكون الوسيلة منفذة بتوقيع إلكتروني موصوف، وهذا الأخير هو التوقيع الإلكتروني المتقدم الذي يستجيب لشروط المادة 26 من التنظيم الأوروبي، والمنشأ بواسطة آلية موصوفة لإنشاء التوقيع الإلكتروني تفي بمتطلبات المادة 29

من هذا التنظيم، وتستند على شهادة موصوفة للتوقيع الإلكتروني تستجيب لمتطلبات المادة 28 من هذا التنظيم"[42].

وبذلك يكون المشرع الفرنسي قد إشترط ثلاث شروط لإقرار المساواة بين التوقيع الإلكتروني والتوقيع الخطي، أولها ضرورة أن يكون التوقيع الإلكتروني متقدماً، وثانيها أن يكون منشأً بواسطة آلية موصوفة لإنشاء التوقيع الإلكتروني، وثالثها ضرورة أن يكون التحقق من هذا التوقيع يستند على إستعمال شهادة إلكترونية موصوفة، وهي الشروط الثلاث ذاتها التي إشترطها المشرع الاوروبي في التنظيم الاوروبي رقم 910-2014[43].

كما عملت كذلك الغالبية العظمى من التشريعات العربية على التدخل لتنظيم معاملات التجارة الإلكترونية والإعتراف بحجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، وكان التشريع التونسي من بين السباقين لذلك بموجب القانون رقم 57 لسنة 2000 المؤرخ في 13 جوان 2000 والذي تضمن تعديل وإتمام بعض الفصول من مجلة الإلتزامات والعقود التونسية، ومن بينها الفصلين 453 و453 مكرر اللذين أضافهما لها المشرع التونسي وإعترف من خلالهما بإمكانية إتخاذ التوقيع للشكل الإلكتروني ومنح للكتابة الممهورة به ذات الحجية الممنوحة للكتابة العرفية الورقية كلما كانت محفوظة في شكلها النهائي بطريقة موثوق بها ومدعمة بتوقيع إلكتروني[44].

كما يعد التشريع الأردني ثاني التشريعات العربية السباقة لتنظيم التبادل الإلكتروني للبيانات كبديل عن المستندات الورقية، وذلك بإصداره

لقانون المعاملات الإلكترونية المؤقت رقم **85** بتاريخ **11** ديسمبر **2001**، والذي حل محله فيما بعد القانون رقم **15** لعام **2015** المتعلق بالمعاملات الإلكترونية، وعمل المشرع الأردني من خلالها على الإعتراف بالتوقيع الإلكتروني كدليل إثبات ومنحه الحجية القانونية ذاتها التي يتمتع بها التوقيع الخطي والمقررة في تشريع الإثبات النافذ من حيث إلزامه لأطرافه أو صلاحيته في الإثبات إذا ما توافرت فيه المتطلبات المحددة لذلك[45].

وتوالت فيما بعد العديد من التشريعات العربية الأخرى في تنظيم حجية التوقيعات الإلكترونية في الإثبات، ومنها التشريع المصري بموجب القانون رقم **15** الصادر بتاريخ **21** أفريل **2004** والمتضمن الأحكام الخاصة بالتوقيع الإلكتروني وبإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات، والذي أضفى على التوقيع الإلكتروني الحجية في الإثبات ونص على أنّ له ذات الحجية القانونية التي تتمتع بها التوقيعات التقليدية في قانون الإثبات إذا ما روعي في إنشاءه وإتمامه الشروط المنصوص عليها في القانون رقم **15** لعام **2004**، والضوابط الفنية والتقنية التي حددتها لائحته التنفيذية والتي تضمن صحة وسلامة التوقيع الإلكتروني وتأكد صحة نسبته لصاحبه[46].

المطلب الثالث: الإعتراف التشريعي الجزائري بحجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات

لم يكن التشريع الجزائري بعيداً عن التطور المعلوماتي المتسارع الذي فرض عليه ضرورة تعديل الأحكام والقواعد القانونية الموجودة لمواكبته، لذلك تدخل المشرع الجزائري لأول مرة للإقرار بحجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات من خلال تعديله لقواعد الإثبات في القانون المدني بموجب القانون رقم 05- 10 الصادر في 20 جوان 2005[47]، وأضاف من خلاله للمادة 327 من القانون المدني فقرة إضافية تقضي بأن: "يعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1"، وهي الشروط المتطلبة لقبول الكتابة في الشكل الإلكتروني في الإثبات من ضرورة أن تتيح إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها حتى يمكن منحها الحجية القانونية ذاتها الممنوحة للكتابة على الورق.

وكانت هي المادة الوحيدة التي كان يعتمد عليها في الحديث عن الأحكام القانونية للإثبات بالتوقيع الإلكتروني، والتي لم تكن كافية لتغطية جميع الجوانب القانونية والتقنية للإثبات به، وحاول المشرع الجزائري أن يستدرك النقص وأصدر لذلك المرسوم التنفيذي رقم 07-162 المتعلق بنظام الإستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية والكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية المؤرخ بتاريخ 30 ماي 2007[48]؛ محاولاً فيه أن يقدم مفهوما للتوقيع الإلكتروني من خلال الفقرة الأولى من المادة 03 مكرر منه التي نصت على أنّ: "التوقيع الإلكتروني هو معطى ينجم عن إستخدام

أسلوب عمل يستجيب للشروط المحددة في المادتين 323 مكرر و323 مكرر 1 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975؛ وإن كان هذا التعريف يشوبه الكثير من الغموض واللبس كون أن المشرع الجزائري لم يقدم من خلاله تعريفاً محدد المعالم للتوقيع الإلكتروني، وإكتفى بالإحالة مجدداً للنصوص الخاصة بالكتابة في الشكل الإلكتروني والواردة في القانون المدني.

كما قام المشرع الجزائري من خلال هذا المرسوم بتبيان المقصود ببعض المفاهيم التقنية المتعلقة بالتوقيع الإلكتروني (الموقع، معطيات إنشاء توقيع إلكتروني، معطيات فحص التوقيع الالكتروني، الشهادة الإلكترونية، الشهادة الإلكترونية الموصوفة، مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني...)، غير أنّه لم يحدد الهدف من وراء إدراجها في هذا المرسوم ولا ماهية آثارها القانونية على حجية التوقيع الالكتروني.

وأمام هذه الإنتقادات التي وجهت لهذا المرسوم عمل المشرع الجزائري على الإسهاب والتفصيل نوعا ما في معالجة الأحكام القانونية والتقنية للإعتداد بالتوقيع الإلكتروني في الإثبات، وذلك بإصداره للقانون 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين بتاريخ 01 فيفري 2015،الذي نصّ فيه صراحة على مبدأ الإعتراف بالتوقيع الالكتروني ومنحه الحجية القانونية ذاتها الممنوحة للتوقيع الخطي والواردة في قانون الإثبات، وذلك ما أشار إليه من خلال عنوان الفصل الأول من الباب الثاني من أحكام القانون رقم 15-04 والذي سماه المشرع الجزائري بـ"مبادئ

المماثلة وعدم التمييز تجاه التوقيع الإلكتروني"، كما نصت المادة 08 منه على أنّ: "يعتبر التوقيع الإلكتروني الموصوف وحده مماثلاً للتوقيع المكتوب سواء كان لشخص طبيعي أو معنوي".

و قد عرف المشرع الجزائري من خلال المادة (07) من القانون ذاته التوقيع الإلكتروني الموصوف بأنّه: "التوقيع الإلكتروني الذي تتوافر فيه المتطلبات التالية:

1- أن ينشأ على أساس شهادة تصديق إلكترونية موصوفة؛

2- أن يرتبط بالموقع دون سواه؛

3- أن يمكن من تحديد هوية الموقع؛

4- أن يكون مصمماً بواسطة آلية مؤمنة خاصة بإنشاء التوقيع الإلكتروني؛

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

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

وهي ذات الشروط التي تبناها المشرع الأوروبي من خلال التنظيم رقم 910-2014كما كرّس المشرع الجزائري أيضاً مبدأ عدم التنكر لحجية التوقيع الإلكتروني غير المستوفي لجميع الشروط المتطلبة قانوناً، من خلال المادة 09 من القانون رقم 15-04 التي نصت على أنّه: "بغض النظر عن أحكام المادة 08 أعلاه، لا يمكن تجريد التوقيع الإلكتروني من فعاليته القانونية أو رفضه كدليل أمام القضاء بسبب:

1- شكله الإلكتروني؛

2- أو أنّه لا يعتمد على شهادة تصديق إلكتروني موصوفة؛

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

وقد عمل المشرع الجزائري من خلال القانون رقم 15-04 الاحاطة بالعديد من الجوانب القانونية والفنية الهامة والمتعلقة بالإعتراف بالتوقيع الإلكتروني في الإثبات، من خلال تحديده لمستويات الإعتراف به والشروط القانونية والفنية الواجبة التوافر فيه للإعتداد به كدليل إثبات والمساواة بينه وبين التوقيع الخطي،وحدد كذلك الأحكام القانونية لآليات إنشاءه والتحقق منه والتصديق عليه، وفي ذات الإتجاه صدر كذلك المرسوم التنفيذي رقم 16-142 بتاريخ 05 ماي 2016 المحدد لكيفيات حفظ الوثيقة الموقعة إلكترونياً [(49)].

الخاتمـة:

تبين من دراسة مختلف الحالات التي حاول الفقه والقضاء الإستناد إليها لمنح الحجية القانونية للتوقيع الإلكتروني أنها كانت محدودة النطاق وغير كافية لشمول جميع التصرفات القانونية الإلكترونية، ثم أنّها جعلت للتوقيع الإلكتروني قوة محدودة في الإثبات وقاصرة عن منحه الحجية القانونية الكافية كدليل كامل في الإثبات، مما يؤدي في آخر المطاف إلى فقدان الثقة فيه وإحجام المتعاملين إلكترونياً عن إستخدامه في تعاقداتهم والإعتداد به في الإثبات، الأمر الذي يمس من الإستقرار المأمول توفيره للمعاملات الإلكترونية.

حيث رأيا كيف أنّ الاعتداد بالتوقيع الإلكتروني إستناداً إلى الإستثناءات التي أوردتها القواعد العامة في الإثبات بقى مقصوراً على حالات معينة فقط مثل التصرفات القانونية التي إتفق أطرافها على الإعتداد بالتوقيع الإلكتروني لإثباتها بشكل مسبق درءاً لكل نزاع بينهما، والتصرفات التجارية التي يحكمها مبدأ الإثبات الحر من حيث الأصل، والتصرفات القانونية التي لا يوجب القانون إثباتها كتابة كالتصرفات التي لا تزيد قيمتها عن النصاب المحدد، وهو ما يؤدي إلى إستبعاد التصرفات القانونيةالمدنية التي تفوق النصاب القانوني المحدد، فضلاً عن أنّه في نطاق التصرفات القانونية التجارية التي يوجب القانون ضرورة إثباتها كتابة، فإنه لا يجوز فيها الإستناد إلى الكتابة الموقعة إلكترونياً في ظل عدم الإعتراف التشريعي بها في القواعد العامة للإثبات.

كما أنّ إعتبار التوقيع الإلكتروني كقرينة قضائية من طرف القضاة يصطدم بكثير من المعوقات منها عدم جواز لجوء القاضي إلى القرائن القضائية في جميع التصرفات، حيث أنّ ذلك يكون مقصور فقط على التصرفات القانونية التي يجوز إثباتها بشهادة الشهود والتي لا تزيد عن نصاب معين ولا يجوز اللجوء إليه في المعاملات الثابتة بموجب دليل كتابي، ثم أنّ القرائن تقوم على الإحتمال والترجيح وتستند على عمليات الإستنباط والإستنتاج العقلي الذي تتفاوت فيه المدارك والآراء، فما قد يراه قاض منتج في الدعوى قد لا يراه قاض آخر كذلك، وكل ذلك يحد من إمكانية الإعتداد بالتوقيع الإلكتروني في جميع التصرفات القانونية.

ومن ناحية ثانية يظهر بأنّ مجال الأخذ بالتوقيع الالكتروني وفقاً للقواعد العامة للإثبات يمنحه قوة محدودة في الإثبات كدليل ناقص يحتاج إلى تكملته بأدلة أخرى في الإثبات، مثل ما هو عليه الحال عند الإستعانة بمبدأ الثبوت بالكتابة للإعتداد بالتوقيع الإلكتروني الذي يحتاج إلى أدلة أخرى كالبينة والقرائن ليصبح دليل كامل في الإثبات.

يضاف إلى ذلك أنّ تقدير قيمة التوقيع الإلكتروني في الإثبات إستناداً للقواعد العامة للإثبات يبقى دائماً مرهون بقناعة وسلطة القضاة التقديرية بحسب ظروف وملابسات كل حالة على حدى، فلهم أن يأخذوا به إن إقتنعوا بموثوقية وجدارة التقنية المستخدمة في إنشاءه وحفظه وإسترجاعه بوصفه قرينة قضائية تدل على وجود التصرف وتحدد مضمونه، أو أن لا يأخذوا به إذا ما إنتابهم شك حوله، وهذه السلطة التقديرية تبقى قائمة على الإحتمال والترجيح والإستنتاج الذي يختلف فيما بين القضاة، فما يراه قاض قرينة منتجة في الدعوى قد يراه آخر غير ذلك إذا ما إقتنع بقرينة أخرى يكون قد إستنبطها من ظروف وملابسات الدعوى، خاصة إذا كان موضوع النزاع كبير القيمة، الأمر الذي يحول دون إمكان إعتبار التوقيع الإلكتروني حجة قاطعة ودليل كامل في الإثبات، وهذا ما يؤدي إلى فقدان الثقة في التعامل به.

وأمام هذا الوضع ومع زيادة حجم المبادلات والتعاملات الإلكترونية وتزايد إستخدام التوقيعات الإلكترونية في إبرامها كانت الحاجة ماسة لضرورة الاقرار التشريعي بالتوقيع الإلكتروني كدليل كتابي كامل في الإثبات

شأنه شأن التوقيع الكتابي التقليدي من أجل توفير الإستقرار اللازم في المعاملات الإلكترونية وتحقيق الآمان القانوني للمتعاملين به.

وهو ما عمدت إلى تكريسه العديد من المؤسسات التشريعية على المستوى الدولي، و الإقليمي، و الوطني كما رأينا ذلك في الدراسة والتي كان من بينها التشريع الجزائري بموجب ترسانة هامة من القوانين التي عملت على تنظيم الأحكام القانونية والفنية المتعلقة بالإعتراف بالتوقيع الإلكتروني في الإثبات، من خلال تحديد مستويات الإعتراف به والشروط القانونية والفنية المتطلبة للإعتداد به كدليل إثبات مساوي في الحجية لتوقيع الخطي، كماحدد كذلك الأطر القانونية لآليات إنشاءه والتحقق منه والتصديق عليه.

الهوامش:

1. لتفصيل أكثر في احكام مبدأ حرية الاثبات في المواد التجارية ينظر: سليمان مرقس، أصول الوافي في شرح القانون المدنى (أصول الاثبات وإجراءاته في المواد المدنية)، رقم **5**، المجلد الأول، الأدلة المطلقة، الطبعة الخامسة، دون دار نشر، القاهرة، **1991**، ص **335** و ما بعدها.

2. علاء حسين مطلق التميمي، التوقيع بالشكل الالكتروني ومدى حجيته في الاثبات المدني (دراسة تحليلية مقارنة في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء)، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، القاهرة، **2014**، ص **347-348.**

3. Ivan Mokanov, La teneur du standard de fiabilité des moyens électroniques de signature, Mémoire présenté à la Faculté des études supérieuresen vue de l'obtention du grade LL.M. dans le programme de maîtrise en droit, Université de Montréal, octobre, 2002, p72 et 73.disponible sur : http://www.lex-electronica.org/files/sites/103/9-1_mokanov.pdf

4. عبد الفتاح بيومي حجازي، التوقيع الالكتروني في النظم القانونية المقارنة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، **2010**، ص **354-355.**

5. ثروت عبد الحميد، التوقيع الالكتروني (ماهيته ومخاطره وكيفية مواجهته وحجيته في الاثبات)، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، **2007**، ص **124.**

6. المادة (333)من القانون المدني الجزائري، المادة (77) من قانون الاثبات العراقي، والمادة (60) من قانون الاثبات المصري، والمادة (1/28) من قانون البينات الأردني، المادة (387/)1 من القانون المدني الليبي.

7. ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص 127.

8. حسن عبد الباسط جميعي، اثبات التصرفات القانونية التي يتم ابرامها عن طريق الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 59.

9. حسن عبد الباسط جميعي، المرجع نفسه، ص 62 وما بعدها.

10. ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص132-133؛ وسند حسن سالم صالح، التنظيم القانوني للتوقيع الالكتروني وحجيته في الاثبات، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص 146.

11. ذلك لأنّ مبدأ الثبوت بالكتابة وفقاً للقواعد العامة للإثبات لا يؤدي بذاته إلى اثبات التصرف القانوني أو مضمونه، بل ينبغي تكملته بأدلة اثبات أخرى كشهادة الشهود أو القرائن.ينظر:

Dalloz ainé, armand Dalloz ,jurisprudence générale recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine en matière civile, commerciale, criminelle, administrative et de droit public, paris 1862, p 113. Disponible sur :https://books.google.dz/books

12. عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 358.

13. ca. Pau 17 oct. 1984, ca Paris 29 mars 1985, ca Montpellier 9 avril 1987. les arrêts suivant Christian Pisani, l'acte dématérialisé, Archives de Philosophie du Droit 43, 1999, p 159.disponible sur : http://www.philosophie-droit.asso.fr/APDpourweb/196.pdf

14. عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص361.

15. علاء مطلق التميمي، المرجع السابق، ص 372.

16. رمضان ابو السعود، اصول الاثبات في المواد المدنية والتجارية، الدار الجامعية، بيروت، 1985، ص92.

17. عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 346.

18. Cass, Chambre civile 1, du 23 mars 1994, 91-21.242, Publié au bulletin, 1994 I N° 102 p. 77. Disponible sur :
https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007031889

19. Delphine Majdanski, La signature et les mentions manuscrites dans les contrats, presses universitaire de bordeaux, 2000, p 65 et 66. disponible sur :
https://books.google.dz/books.

20. t.com.paris 03 sept. 2007 juris data n°2007-358424, Éric A.CAPRIOLI, signature électronique et dématérialisation, Lexis Nexis, Paris, 2014, p124 , note 172.

21. علاء حسين مطلق التميمي، المرجع السابق، ص 314.

22. محمد المرسي زهرة، الحاسوب والقانون، الطبعة الأولى، مؤسسة الكويت للتقدم العلمي، سلسلة الكتب المتخصصة، الكويت، 1995، ص 176- 177.

23. Article 1316-2 : « Lorsque la loi n'a pas fixé d'autres principes, et à défaut de convention valable entre les parties, le juge règle les conflits de preuve littérale en déterminant par tous moyens le titre le plus vraisemblable, quel qu'en soit le support ». Créé par Loi n°2000-230 du 13 mars 2000 - art. 1 JORF 14 mars 2000.

24. وهو ما أكده القضاء المقارن في أحكامه حيث اعترفت محكمة النقض الفرنسية بصحة التوقيع الالكتروني الناشئ عن اتفاقات الاثبات وذلك عند الوفاء ببطاقة الائتمان، وكان ذلك التوقيع الالكتروني مشفراً بكود سري ومرقم على بطاقة ذكية. ينظر:

Cass, Chambre civile 1, du 8 novembre 1989, 86-16.197, Publié au Bulletin 1989 I N° 342 p. 230, disponible sur : https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007023680

25. كأن تتضمن مثلاً عدداً من البنود التي تتيح للبنوك والمؤسسات المالية المصدرة للبطاقات الائتمانية فعل ما تشاء في صاحب البطاقة دون إخطار أو موافقة صاحب البطاقة، سواء في تغيير معدل أو طريقة حساب الرسوم أو إيداع شيك غير مؤرخ، أو دفع مبلغ نقدي إضافي أو التوقيع على أي وثيقة أخرى قد تطلبها المؤسسة المصدرة للبطاقة من وقت إلى آخر.

26. علاء حسين مطلق التميمي، المرجع السابق، ص**319** وما بعدها.

27. يعتبر بعض الفقه بشأنّ الطبيعة القانونية للعلاقات فيما بين المؤسسة المصرفية و حاملي بطاقات الائتمان بأنها عقود إذعان، ينظر:

Réa-Constantina, Économides-Apostolidis, La nature juridique des relations issues de l'utilisation d'une carte de crédit dans le droit des États membres de la C.E.E, Revue internationale de droit comparé ,Année 1994 ,Volume 46 ,Numéro 4, p 1066. Disponible sur : http://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1994_num_46_4_4963

28. المادة **(110)** من القانون المدني الجزائري، المادة **(149)** من القانون المدني المصري، المادة **(214)** من القانون المدني اليمني، المادة **(150)** من القانون المدني السوري، المادة **(167)** من القانون المدني العراقي.

29. ينظر نصي المادتين **L212-1** و **L621-8** من قانون الاستهلاك الفرنسي لعام **2016** .

30. محكمة تمييز دبي، **28** افريل **1991** مشار اليه عند ثروت عبد الحميد ، المرجع السابق، ص **108.** واعتبر كذلك القضاء المصري بأنّ أن العلاقة بين البنوك وعملائها تخضع بحسب الأصل لمبدأ سلطان الإرادة مؤداه تحديد حقوق طرفيه بالشروط الواردة في العقد ما لم تكن مخالفة للنظام العام. الطعن رقم **1607** لسنة **48** ق جلسة **27/6/1983** س **34** ص**1481** منشور على موقع لوزارة العدل المصرية ، قاعدة التشريعات والاجتهادات المصرية:

http://www.arablegalportal.org/egyptverdicts/VerdictShortTextResult.aspx?SP=AID&SIndex=&VerdictTypeID=1&VerdictID=V2M48_1607_2761983

31. :" تبطل المعاملة التنفيذية تبعا لتسديد رصيد الحساب الجاري الناشئ عن استخدام بطاقة ائتمان بحيث يعتبر موضوع التعاقد على بطاقات الائتمان عقد اذعان ويجب ان يفسر لمصلحة الفريق الاضعف اي المذعن ويجب اعتبار المعترض بريء الذمة من المبالغ موضوع المعاملة التنفيذية المعترض عليها**".** القاضي المنفرد المدني، بيروت رقم **237** تاريخ **2012/08/28**، منشور بمجلد العدل اللبنانية، رقم **02**، لعام **2014.** متوافر على موقع لمركز الابحاث والدراسات في المعلوماتية القانونية - الجامعة اللبنانية:

http://www.legallaw.ul.edu.lb/RulingRefPage.aspx?id=164240&SeqID=1842

32. ينظر المادة **340** من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه **:"** يترك لتقدير القاضي استنباط كل قرينة لم يقررها القانون ولا يجوز الاثبات بهذه القرائن إلاّ في الأحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات بالبينة" تقابلها المادة **(100)** من قانون الاثبات المصري، المادة **2/43** من قانون البينات الاردني**.**

33. Stephen Mason, Barrister, Electronic signatures in practice, journal of high technology law , 2006,Vol. VI, No. 2 , p 150.available at :
https://www.suffolk.edu/documents/jhtl_publications/mason.pdf.

34. يراجع دليل تشريع قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب القرار رقم **80/56** المؤرخ بتاريخ **12** ديسمبر **2001.** متاح على الموقع الالكتروني التالي**:**

http://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/electcom/ml-elecsig-a.pdf

35. voir l'article 25 du règlement 910-2014 : « L'effet juridique et la recevabilité d'une signature électronique comme preuve en justice ne peuvent être refusés au seul motif que cette signature se présente sous une forme électronique ou qu'elle ne satisfait pas aux exigences de la signature électronique qualifiée ».

36. L'article 25/2 d u règlement 910-2014 : « L'effet juridique d'une signature électronique qualifiée est équivalent à celui d'une signature manuscrite ».

37. علاء حسين مطلق التميمي، المرجع السابق، ص **78** و **79.**

38. منير محمد الجنبيهي و ممدوح محمد الجنبيهي، التوقيع الالكتروني وحجيته في الاثبات، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، **2005**، ص **79.**

39. Electronic Communications Of The United Kingdom, The Electronic Signatures Regulations, coming into force in 8th march 2002, n° 318, Available at :
Http://www.legislation.gov.uk/uksi/2002/318/regulation/2/made

40. Décret n°2001-272 du 30 mars 2001 pris pour l'application de l'article 1316-4 du code civil et relatif à la signature électronique, JORF n°0077 du 31 mars 2001 page 5070 texte n° 19. Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique JORF n°0143 du 22 juin 2004, page 11168, texte n° 2.,.

41. المادتين **1366** و**1367** من القانون المدني الفرنسي**.**

42. المادة الأولى من المرسوم **2017-1416.**

43. يراجع الفقرة **12** من المادة **03** من التنظيم الاوروبي رقم **910-2014.**

44. الفصل **02** المعدل للفصل **453** مكرر**/02** من القانون عدد **57** لسنة **2000** مؤرخ في **13** جوان **2000** يتعلق بتنقيح وإتمام بعض فصول من مجلة الالتزامات والعقود التونسية، المنشور بالرائد التونسي الصادر بتاريخ **2000/06/16**، العدد **48**، ص **1485** .

45. يرجع للمادتين **08** و**31** من قانون المعاملات الالكترونية الاردني المؤقت رقم **85** الملغى، والمواد **15** و**16** و**17** من قانون المعاملات الالكترونية الاردني رقم **15** لعام **2015.**

46. تعرضت المادة **18** من قانون التوقيع الالكتروني المصري رقم **15** لعام **2004** لبيان الشروط اللازمة لتمتع التوقيع والكتابة في الشكل الالكتروني بالحجية في الاثبات، وصدرت اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الالكتروني المصري بقرار من وزير الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات رقم **109-2005**، ونشرت بالوقائع المصرية، العدد **115**، بتاريخ **2005/05/15.**

47. القانون رقم **05-10** المؤرخ في **20** جوان **2005** يعدل ويتمم الأمر رقم **75-58** مؤرخ في **26** سبتمبر **1975** المعدل والمتمم والمتضمن القانون المدني.الجريدة الرسمية رقم **44** الصادرة بتاريخ **26** جوان **2005**، الجزائر، ص **24.**

48. المرسوم التنفيذي رقم **07-162** الصادر بتاريخ **30** ماي **2007**، المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من انواع الشبكات بما فيها اللاسلكية والكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية، الجريدة الرسمية رقم **37**، الصادرة بتاريخ **07** جوان **2007**، الجزائر، ص **12.**

49. المرسوم التنفيذي رقم **16-142** الصادر بتاريخ **05** ماي **2016**، المحدد لكيفيات حفظ الوثيقة الموقعة إلكترونياً ، الجريدة الرسمية رقم **28**، الصادرة بتاريخ **08** ماي **2016**، الجزائر، ص **12.**

قائمة المصادر و المراجع المعتمد عليها:

أولاً - قائمة المراجع باللغة العربية:

الكتب

1. ثروت عبد الحميد، التوقيع الالكتروني (ماهيته ومخاطره وكيفية مواجهته وحجيته في الاثبات)، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، **2007.**

2. حسن عبد الباسط جميعي، اثبات التصرفات القانونية التي يتم ابرامها عن طريق الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، **2000.**

3. رمضان ابو السعود، اصول الاثبات في المواد المدنية والتجارية، الدار الجامعية، بيروت، **1985.**

4. سليمان مرقس، أصول الوافي في شرح القانون المدنى (أصول الاثبات وإجراءاته في المواد المدنية)، رقم **5**، المجلد الأول، الأدلة المطلقة، الطبعة الخامسة، دون دار نشر، القاهرة، **1991.**

5. سند حسن سالم صالح، التنظيم القانوني للتوقيع الالكتروني وحجيته في الاثبات، دار النهضة العربية، القاهرة، **2010.**

6. عبد الفتاح بيومي حجازي، التوقيع الالكتروني في النظم القانونية المقارنة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، **2010.**

7. علاء حسين مطلق التميمي، التوقيع بالشكل الالكتروني ومدى حجيته في الإثبات المدني (دراسة تحليلية مقارنة في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء)، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، **2014.**

8. محمد المرسي زهرة، الحاسوب والقانون، الطبعة الأولى، مؤسسة الكويت للتقدم العلمي، سلسلة الكتب المتخصصة، الكويت، **1995.**

منير محمد الجنبيهي و ممدوح محمد الجنبيهي، التوقيع الالكتروني وحجيته في الاثبات، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، **2005.**

النصوص القانونية:

1. قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب القرار رقم **80/56**، المؤرخ بتاريخ **12** ديسمبر **2001.**

2. القانون عدد **57** لسنة **2000** مؤرخ في **13** جوان **2000** يتعلق بتنقيح وإتمام بعض فصول من مجلة الالتزامات والعقود التونسية، المنشور بالرائد التونسي الصادر بتاريخ **2000/06/16**، العدد **48**، ص **1485** .

3. القانون رقم **05-10** المؤرخ في **20** جوان **2005** يعدل ويتمم الأمر رقم **75-58** مؤرخ في **26** سبتمبر **1975** المعدل والمتمم والمتضمن القانون المدني.الجريدة الرسمية رقم **44** الصادرة بتاريخ **26** جوان **2005**، الجزائر.

4. المرسوم التنفيذي رقم **07-162** الصادر بتاريخ **30** ماي **2007**، المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من انواع الشبكات بما فيها اللاسلكية والكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية، الجريدة الرسمية رقم **37**، الصادرة بتاريخ **07** جوان **2007**، الجزائر، ص **12.**

5. المرسوم التنفيذي رقم 16-142 الصادر بتاريخ 05 ماي 2016، المحدد لكيفيات حفظ الوثيقة الموقعة إلكترونياً ، الجريدة الرسمية رقم 28، الصادرة بتاريخ 08 ماي 2016، الجزائر، ص 12.

ثانياً : قائمة المراجع باللغة الأجنبية:

A- Les livres :

1- Christian Pisani, l'acte dématérialisé, Archives de Philosophie du Droit 43, 1999 .disponible sur : http://www.philosophie-droit.asso.fr/APDpourweb/196.pdf

2- Dalloz ainé, armand Dalloz ,jurisprudence générale recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine en matière civile, commerciale, criminelle, administrative et de droit public, paris1862 . Disponible sur :

3- Delphine Majdanski, La signature et les mentions manuscrites dans les contrats, presses universitaire de bordeaux, 2000 .disponible sur : https://books.google.dz/books.

4- Éric A.CAPRIOLI, signature électronique et dématérialisation, Lexis Nexis, Paris, 2014.

https://www.suffolk.edu/documents/jhtl_publications/mason.pdf.

5- Ivan Mokanov, La teneur du standard de fiabilité des moyens électroniques de signature, Mémoire présenté à la Faculté des études supérieuresen vue de l'obtention du grade LL.M. dans le programme de maîtrise en droit, Université de Montréal, octobre, 2002 .disponible sur : http://www.lex-electronica.org/files/sites/103/9-1_mokanov.pdf

6- Réa-Constantina, Économides-Apostolidis, La nature juridique des relations issues de l'utilisation d'une carte de crédit dans le droit des États membres de la C.E.E, Revue internationale de droit comparé ,Année 1994 ,Volume 46 ,Numéro 4.

7- Stephen Mason, Barrister, Electronic signatures in practice, journal of high technology law , 2006,Vol. VI, No. 2 , p 150.

B- Les textes légaux :

-le règlement (ue) n° 910/2014 du parlement européen et du conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur et abrogeant la directive 1999/93/ce, journal officiel de l'union européenne L 257/73, 28/8/2014, disponible sur : https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex%3A32014R0910.

1- Electronic Communications Of The United Kingdom, The Electronic Signatures Regulations, coming into force in 8th march 2002, n° 318, Available at : Http://www.legislation.gov.uk/uksi/2002/318/regulation/2/made

2- Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique JORF n°0143 du 22 juin 2004, page 11168, texte n° 2.

3- Décret n°2001-272 du 30 mars 2001 pris pour l'application de l'article 1316-4 du code civil et relatif à la signature électronique, JORF n°0077 du 31 mars 2001 page 5070 texte n° 19.