سلطة الأطراف في تنظيم حجية الدليل الإلكتروني

The authority of the parties to regulate the authenticity of the electronic signature

بوزيدي بوعلام،

كلية الحقوق جامعة طاهري محمد بشار(الجزائر)،

balgeriano@gmail.com

تاريخ الإرسال: 2022/03/15 تاريخ القبول: 2022/04/26 تاريخ النشر: 2022/06/01

****

ملخص:

يبحث المقال مدى سلطة الأطراف في تنظيم حجية الدليل الإلكتروني ضمن التعاملات المدنية والتجارية الإلكترونية المستحدثة، حيث حاولنا التطرق إلى مختلف الأحكام القانونية وكذا الآليات التقنية الواردة في القانون المدني والقوانين المتعلقة بالنظام العام للتوقيع والتصديق الإلكترونيين.وخلص هذا البحث إلى مجموعة من النتائج المهمة منها اعتبار الدليل الإلكتروني دليلا كاملا يحوز نفس حجية الأدلة الكتابية التقليدية الأخرى، وإلى أنه في حالة عدم وجود نص قانوني خاص منظم للمعاملة يجوز الاتفاق على مخالفة القواعد الموضوعية للإثبات طالما أنها لا تتعلق بالنظام العام بحيث يمكن للأفراد التنازل عنها صراحة أو ضمنا.

الكلمات المفتاحية:

التوقيع الإلكتروني، التصديق الإلكتروني، حجية قانونية، الإثبات، الدليل الإلكتروني.

Abstract:

The article examines the authority of parties to regulate the authority of electronic evidence in various new electronic civil and business transactions. We have tried to apply most of the legal provisions and technical mechanisms contained in the Civil Code and the laws relating to the general system of electronic signature and certification. This research has produced a series of important findings, including that the electronic directory is a complete guide that possesses the same authority as other traditional written evidence, In the absence of a special legal provision governing the treatment, it may be agreed that the substantive rules of evidence are violated insofar as they do not concern public order so that individuals may expressly or implicitly waive them.

Keywords: electronic signature, electronic certification, legal authority, proof, electronic evidence.

مقدمة:

يتناول الفقه وسائل الإثبات بتقسيمات متعددة بتعدد الأسس التي تتخذ للتقسيم إلى أدلة مطلقة التي تقبل لإثبات جميع الوقائع سواء أكانت تصرفات قانونية أو وقائع مادية وهي الكتابة والإقرار

واليمين،وإلى أدلة مقيدة التي تقبل لإثبات الوقائع المادية دائما وتشمل القرائن والبينة-، كما تقسم من حيث دورها في الإثبات أدلة عادية أو احتياطية...

ونجد المذهب الذي يأخذ به القانون المنظم للمسائل المدنية في الإثبات مذهب الإثبات المختلط الذي لا يتعارض مع تقييد وسائل الإثبات أو أدلته، فقد حصر الأدلة التي يجوز استخدامها للإثبات أمام القضاء فجعلها الكتابة أو ما يسمى بالمحررات والبينة والقرائن والإقرار واليمين والمعاينة والخبرة[1].

وتحت تأثير التقدم التكنولوجي وشيوع استخدام الوسائل الإلكترونية في المعاملات المدنية والتجارية لجأ الفقه والقضاء إلى محاولة تطويع القواعد القانونية القائمة من أجل استيعاب ما استجد من معاملات فقد ظهر ما يسمى بالمستند الإلكتروني والدعامات الإلكترونية والتوقيع الرقمي وغيره، ولجأ معه الفقه من أجل الاعتراف بقوة الوسائل الحديثة في الإثبات إلى تناول قواعد الإثبات التقليدية بمفهوم أوسع فمنهم من اعتبر هذه الوسائل الإلكترونية محررات عرفية ومنهم من أعطاها نفس حجية المحررات الرسمية، أما القضاء فقد طبق مبادئ الإثبات التقليدية على المنازعات التي استجدت.[2]

وبما أن دراستنا تتمحور حول حجية أدلة الإثبات في معناه المعاصر ومادام التوقيع مرتبط ارتباطا وثيقا بالكتابة كما هو معلوم، فإن دراستنا ستقتصر على أدلة الإثبات المطلقة أو على الأدلة الكتابية بالخصوص "بحيث تعتبر الأصل في إثبات التصرفات القانونية كما تمتاز بأنها دليل يمكن إعداده مقدما قبل قيام النزاع، ما جعلها تختلف عن الأدلة الأخرى التي تحصل بسبب الظروف وإن كان يمكن الاستدلال بها عند وقوع نزاع ".[3]

وتتمحور إشكالية موضوع هذا المقال حول ما مدى صحة الاتفاق على حجية التوقيع الإلكتروني؟ وما هي الشروط الواجب توافرها في الكتابة الإلكترونية حتى تؤدي نفس الوظيفة القانونية التي تقوم بها الكتابة في الشكل العادي؟.

وللإجابة على هذه الإشكالية اعتمدنا في دراستنا القصيرة على المنهج الوصفي في تعريف بعض المفاهيم القانونية والتقنية بحكم المعاملات الإلكترونية موضوع تقني، وعلى المنهج التحليلي بمناسبة تحليلنا للأحكام القانونية المختلفة للموضوع، وكذا المنهج المقارن في بعض جوانب الموضوع إذ تطرقنا للقانون الفرنسي والمصري أحيانا.

وعليه نتطرق في الدراسة إلى التوقيع بعد التطور التكنولوجي الحادث والذي أصبح لزاما علينا مواكبته وذلك من خلال معرفة مدى توافر القواعد التقليدية فيهما سواء من خلال الاتفاق بين الأفراد أو من خلال النص القانوني عليهما (**المبحث الأول**) ومعرفة الحجية المحتواة في كل من الكتابة والتوقيع الإلكترونيين (**المبحث الثاني**).

المبحث الأول

---

[1] جميل الشرقاوي، الإثبات في المواد المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1975، ص30 – 31.

[2] عابد فايد عبد الفتاح فايد، نظام الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2006، ص258.

[3] عبد المنعم فرج الصده، الإثبات في المواد المدنية، الطبعة الثانية، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، سنة1955، ص72-73.

الشروط الواجب توافرها في الكتابة الإلكترونية

جاء في قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004 تعريف الكتابة الإلكترونية على أنها كل حروف أو أرقام أو رموز أو أية وسيلة أخرى مشابهة وتعطي دلالة قابلة للإدراك. ويكون بذلك قد خالفه المشرع الجزائري في تنظيمه للكتابة حيث أعطاها مفهوم واسع وشامل. حيث أن المشرع الجزائري في تعديله للقانون المدني في 26 جوان 2005،-وهو نفس النهج الذي سلكه المشرع الفرنسي في تعديله للتقنين المدني بموجب القانون رقم 230 لسنة 2000-من خلال المادة 323 مكرر قضى ب: الكتابة تنتج من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم، مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها وكذا طرق إرسالها.فيكون بذلك قد خرج من المفهوم التقليدي الضيق إلى المفهوم الموسع1، وذلك من خلال عبارة "مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها"، فهذه العبارة قد تشمل في مضامينها الكتابة على الدعامة الإلكترونية أو أية وسيلة أخرى قد يكشف عنها الزمن.

ونجد المشرع المصري قد أورد تعريفا خاصا للمحرر الإلكتروني بالرغم من وجود تعريف عام للكتابة-خلافا للمشرع الجزائري-.فالمحرر وفقا للمادة السابقة هو رسالة تتضمن معلومات تنشأ وتدمج أو تخزن أو ترسل أو تستقبل كليا أو جزئيا بوسيلة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو بأية وسيلة أخرى مشابهة.[2]

هذا بالنسبة للتعريف، أما بالنسبة للشروط والضوابط الواجب توافرها في الكتابة، فيجب أن تتوافر في الكتابة شروط معينة حتى تتمتع بالحجية وتؤدي وظيفتها القانونية ومن أهم هذه الشروط: أن تكون الكتابة مقروءة، وأن تكون غير قابلة للتعديل أو التبديل، وأن تتصف بالاستمرارية والثبات.[3]

المطلب الأول: أن تكون الكتابة مقروءة Lissible

بمعنى أن يكون المحرر مدونا بحروف أو رموز معروفة مفهومة للشخص الذي يراد الاحتجاج عليه بهذا المحرر. وهذا الشرط إذا ما رجعنا إلى المحررات الإلكترونية نجدها لا تقرأ إلا من خلال استخدام واسطة –الحاسب الآلي-

إلا أن هذه المحررات يمكن قراءتها باستخدام هذه الواسطة، وبالتالي يتوفر المحرر الإلكتروني على هذا الشرط[4].

المطلب الثاني: استمرارية الكتابةDurabilité

بمعنى أنه ينبغي للكتابة كدليل في الإثبات أن تتم في صورة دعامة مستمرة بحيث تضمن هذه الدعامة ثبات هذه الكتابة بشكل مستمر، وقدرة الدليل على الاحتفاظ بالمعلومات والبيانات التي

---

[1]Loi n°2000-230 du 13 mars 2000, **portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique**, JORF 14 mars 2000

[2]بوربابة صورية، المرجع السابق، ص 92ص 93.

[3] ممدوح محمد علي مبروك، المرجع السابق، ص 23.

[4] حسن عبد الباسط جميعي، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2000، ص20. ممدوح محمد علي مبروك، المرجع السابق، ص24، إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص167. نجوى أبو هيبة، المرجع السابق، ص129.

يتضمنها إلى فترة طويلة من الزمن بحيث إذا دعت الحاجة إليه بأن حدث نزاع بين طرفي التصرف أمكن اللجوء أو الرجوع إليه.[1]

وعلى الرغم من الحساسية الشديدة للدعامة أو الوسيط الإلكتروني كالأقراص المدمجة أو الشرائح الممغنطة، وذلك لتعرضها لسرعة التلف جراء القوة الشديدة للتيار الكهربائي. فإنه قد أمكن التغلب على ذلك باستخدام وسائط أكثر قدرة على الحفظ لمدة أطول حتى من المحررات التقليدية التي تتأثر هي الأخرى بعوامل الزمن كأن تتآكل بفعل الرطوبة.2 ومنه تحقق شرط الاستمرارية في الدعامات الإلكترونية.

المطلب الثالث: عدم القابلية للتعديل إلا بإتلاف المحرر أو ترك أثر مادي عليه Irreversibility

يهدف هذا الشرط إلى توفير عنصر الثقة والأمان في صحة الكتابة لدى أطراف التصرف ويتحقق ذلك باستخدام دعائم مؤمنة تتميز بثبات محتوياتها وما تتضمنه من بيانات، بحيث تكون غير قابلة للتعديل بالإضافة أو الحذف إلا بإتلاف المحرر أو ترك أثر مادي واضح يدل عليه. وهذا الشرط يتوافر في الأوراق التقليدية التي تتشرب الحبر، فلا يمكن فصل الكتابة عن الورق إلا بإتلاف الورق أو إحداث تغيير مادي يسهل التعرف عليه بالمناظرة أو من خلال الرجوع إلى الخبرة الفنية.[3] أما الكتابة على الوسائط الإلكترونية من أقراص وشرائح ممغنطة تفتقد بحسب الأصل هذه القدرة، حيث تتفوق هذه المحررات من حيث قدرة كل طرف من الأطراف على تعديل مضمونها وإعادة تنسيقه بالإضافة أو الإلغاء أو المحو دون أن يظهر لذلك أي أثر مادي ملموس. وبحكم التطور التكنولوجي تمكن من حل هذا المشكل حيث تم عمل برامج تحول دون المساس بمضمون الوسيط الإلكتروني، حيث تحول النص إلى صورة ثابتة لا يمكن التدخل فيها أو تعديلها، يسمى هذا البرنامج **(Document image processing)**.[4] كذلك فإن تقنية التشفير المتطرق لها سابقا تمنع من اختراق المحرر الإلكتروني مهما كانت الدعامة الإلكترونية المثبتة عليه، وذلك من خلال المفتاح الشفري العام والمفتاح الشفري الخاص اللذان بدونها لا يمكن قراءة المحرر الإلكتروني، هذا بالإضافة إلى شهادة التوثيق الإلكتروني التي تصدر عن جهات التصديق المختصة وتثبت فيها أن المحرر الإلكتروني سليم وخال من أي تعديل أو تحريف أو محو قد طرأ عليه، وإن ثبت وحصل ذلك فإن هذه الجهة المختصة تقوم بالتنبيه إلى ذلك بتوجيه رسائل إلى صاحب المحرر الإلكتروني.

هذا، ونجد المشرع الجزائري في المادة 323مكرر1 من التقنين المدني الجزائري تقضي بـ: "يعتبر الإثبات في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على ورق بشرط إمكانية التأكد من هوية

---

[1] بورباية صورية، الرسالة السابقة، نفس الموضع السابق.

[2] حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص21. وممدوح محمد علي مبروك، المرجع السابق، ص25. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص167. أيمن سعد سليم، المرجع السابق، ص68.

[3] ممدوح محمد علي مبروك، المرجع السابق، ص 25-26. حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص22-23. نجوى أبو هيبة، المرجع السابق، ص29.

[4] حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص 23-24. ممدوح محمد علي مبروك، المرجع السابق، ص26. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص168.

الشخص الذي أصدرها، وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها".[1] وبالتالي نجد أن المشرع الجزائري قد ساوى في الحجية بين المحررات الكتابية والإلكترونية* متى توافرت في الأخيرة الشروط المبينة في المادة والتي تطرقنا إليها أعلاه.وبهذا تكون الكتابة الإلكترونية تتوافر فيها الشروط المتطلبة في الكتابة العادية، ومن ثم تؤدي إلى نفس الوظيفة التي تؤديها الكتابة العادية. وتجدر الإشارة إلى أنه بالإضافة إلى الشروط الضرورية السابقة الذكر لتأدية الكتابة وظيفتها في الإثبات، لا بد من توافر أمر آخر بالغ الأهمية قد سبق التطرق إليه، ألا وهو ضرورة توافر توقيع في المحرر الكتابي. كون الكتابة بدون توقيع لا تكون ذات قيمة قانونية.

المبحث الثاني

التوقيع الإلكتروني كدليل للإثبات في حالة عدم وجود نص قانوني خاص

القاعدة أنه "لا اجتهاد مع وجود نص صريح" ففي حالة وجود نص قانوني يقر بحجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات بصورة صريحة، في هذه الحالة لا يوجد لدينا مشكلة. لكن المشكلة تثور في حالة العكس، الأمر الذي يفعل اجتهاد القاضي والفقه بوصفهما الأداتان المساعدتان على استنباط الأحكام.[2]

وقبل صدور القانون الجديد الخاص بالتوقيع الإلكتروني[3] أثيرت العديد من التساؤلات كانت تشكل إشكاليات أمام الفقه والقضاء حول حجية التوقيع والكتابة الإلكترونية في الإثبات. من هذه الأسئلة مدى مشروعية اتفاق الأطراف على حجية التوقيع الإلكتروني في ظل القواعد العامة للإثبات؟ ومدى حجية التوقيع الإلكتروني في حالة عدم وجود هذا الاتفاق.

المطلب الأول: حالة الاتفاق على حجية الدليل الإلكتروني

من المعلوم أن قواعد الإثبات تنقسم إلى شقين أساسين، أولهما القواعد الإجرائية، وثانيهما القواعد الموضوعية المنظمة لمحل الإثبات وعبئه وطرقه وحجيته. ومما لا شك فيه أن القواعد الإجرائية في الإثبات بقسميها المدني والجنائي لها تعلق مباشر بالنظام العام، وبالتالي عدم جواز الاتفاق على مخالفة أحكامها.

أما بالنسبة للقواعد الموضوعية في الإثبات فإن الفقه مختلف فيه فجانب يرى أنه غير متعلق بالنظام العام، أي أن كل اتفاق يتناول بالتعديل لهذه القواعد يعتبر اتفاقا صحيحا نافذا.[4] بينما

---

[1] بوربابة صورية، المرجع السابق، ص94.

*وهناك من يفضل وصف المحرر العادي باللفظ الذي يعبر عنه "المحرر" وأن المحررات الإلكترونية يجب أن توصف بلفظ "المستند الإلكتروني" وحجة ومثال ذلك جريمة التزوير التي ترتبط في نظر العديد من التشريعات بوجود فكرة المحرر ويترتب على انتفاءه انتفاء الجريمة ذاتها، فلا يعد المستند الإلكتروني إذن من قبيل المحرر. وأن المحرر يتصل على وجه اللزوم بالسندات والأوراق وفق ما هو متعارف عليه بين العديد من التشريعات العربية. أنظر أشرف توفيق شمس الدين ، المرجع السابق ، ص22 وما بعدها.

[2] عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص331.

[3] Directive 1999/93/ CE du Parlement européen et du Conseil du 13 d2cembre 1999 sur un cadre communautaire pour les **signatures électroniques**, Journal officiel n° L 013 du 19/01/2000. Publié sur le site: eur-lex.europa.eu.

- Loi n°2000-230 du 13 mars 2000, **portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique**, op cit.

[4] حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص71.

يرى جانب آخر من الفقه أن قواعد الإثبات تنقسم إلى أقسام ثلاثة قبول أدلة الإثبات، وعبء الإثبات، وحجية دليل الإثبات.

الفرع الأول: مدى تعلق الاتفاق على قواعد الإثبات بالنظام العام

بالنسبة لقبول أدلة الإثبات فيفتح الباب أمام الأطراف للاتفاق على قبول الأدلة الذين ارتضوها، مثل إحلال شهادة الشهود محل الكتابة إذا كانت هذه الأخيرة هي المطلوبة، أما ما تعلق بالاتفاقات المتعلقة بعبء الإثبات وحجية دليل الإثبات وحدود هذه الحجية وطرق إنكارها وإثبات عكسها فمثلها مثل القواعد الإجرائية لا يجوز الاتفاق على مخالفتها.[1]

أما الفقهاء في فرنسا نجدهم قد اختلفوا على ذلك في ظل عدم وجود نص حاسم حول ذلك، فجانب كبير منهم يرى تعلق هذه القواعد بالنظام العام وتبطل تبعا لتلك الاتفاقات سواء ما تعلق منها بتحديد الواقعة المراد إثباتها، أو ما تعلق منها بطرق الإثبات أو تعيين الخصوم الذين يقع على عاتقهم عبء الإثبات.

بينما ذهب جانب آخر إلى إبطال الاتفاقات المتعلقة بتحديد من الذي يتحمل عبء الإثبات أو تحديد الواقعة المطلوب إثباتها.

وجانب ثالث من الفقه الفرنسي أخذ بما أخذ به المشرع ومن ثم الفقه المصري، ومعهما أحكام القضاء الفرنسي بما فيها محكمة النقض،[2] إذ قررت محكمة النقض الفرنسية أن "قواعد الإثبات لا تتعلق بالنظام العام بل تتصل بالمصالح الخاصة للأفراد".3 وهو ما أكدته نفس المحكمة حديثا بقولها أن القواعد القانونية المتعلقة بالدعوى قد ورد النص عليها في المادتين 1134 و1341 من القانون المدني، وهما تجيزان للأفراد الاتفاق على مخالفة حكمها، إذ هما يتعلقان بقواعد مكملة وليست آمرة.. ومن ثم فإن الاتفاق على قواعد الإثبات جائز ومشروع.[4]

وفي مصر وفق المادة 1/60 يجوز اتفاق الأطراف على تعديل قواعد الإثبات، وتقابلها المادة 1341 من التقنين المدني الفرنسي.[5] وهو ما يبين صراحة عدم تعلق قواعد الإثبات بالنظام العام، فيجوز الاتفاق على تعديلها أو مخالفتها.

ويرى الدكتور عبد الرزاق السنهوري بما أن قواعد الإثبات الموضوعية تتضمن حقوق فردية ومصالح خاصة، فإنه يجوز الاتفاق على مخالفتها طالما أنها لا تتعلق بالنظام العام بحيث يمكن للأفراد التنازل عنها صراحة أوضمنا، والقول بذلك لا يعني أنه مبدأ مطلق حيث توجد قواعد لا يجب الاتفاق على مخالفتها.[6]

---

[1] أنظر مقال بعنوان "الإثبات في العقد الإلكتروني " منشور بموقع La preuve dans le contrat électronique:www.e-signature.gov.eg.

[2] عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص344-345.سعيد السيد قنديل، المرجع السابق، ص113

[3] محمد بودالي، المرجع السابق، ص62. عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص345

[4] المرجع السابق نفسه.

[5] حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص72.

[6] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، المجلد الثاني، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثالثة لبنان، 1997، ص58.

إزاء عدم تعلق قواعد الإثبات بالنظام العام فقد أجيز للأطراف في المعاملات الاتفاق على إثبات معاملاتهم بكافة طرق الإثبات سواء كانت تقليدية أو وسائل اتصال تكنولوجي حديثة، وعلى هذا الأساس أعطيت الأدلة الإلكترونية نفس حجية الأدلة التقليدية.[1]

الفرع الثاني: أثر مبدأ عدم جواز الشخص اصطناع دليلا لنفسه على اتفاق الأطراف

وقد شاع اللجوء إلى الاتفاقات المتعلقة بالإثبات خاصة في مجال علاقات البنوك والمصارف بعملائها، من خلال تضمينها في عقود بطاقات الائتمان أو بطاقات السحب الآلي شروطا تهدف إلى إعطاء الحجية الكاملة للتوقيع الإلكتروني الذي يصاحب استخدام هذه البطاقات، بما يؤدي إلى إعفاء البنوك من عبء إثبات صحة ما تقوم به أجهزة الحاسب الآلي من تسجيلات للعمليات المصرفية التي تتم بواسطة تلك البطاقات.[2]

ويبدو أن البنوك قد خشيت من البداية خطورة أن يقدم العميل دليلا مقنعا يثبت ادعاؤه، لذلك حرصت على تنظيم عملية الإثبات بمقتضى اتفاق مع حامل البطاقة أدرجت فيه شرطا مقتضاه إقرار العميل بصحة المعلومات الواردة في الشريط الورقي الناتج عن عملية السحب.[3]

وقد أخذ على هذه الاتفاقات أنها تتعارض مع المبادئ المستقرة في الإثبات من نواح عدة، منها أنه لا يجوز للشخص أن يصطنع دليلا لنفسه،[4] وعلى أساس أنها تؤدي إلى قلب عبء الإثبات على عاتق العميل بأن يقوم المدعي بإثبات عكس ما ادعي به عليه مع صعوبة إثبات عكس ما في المحررات الموقعة إلكترونيا.[5]

أولا: التنافي مع مبدأ عدم جواز اصطناع الشخص دليلا لنفسه

إن الحاسب الإلكتروني وما في حكمه كالصراف الآلي-يخضع تماما لإرادة من يستعمله والبرنامج المنفذ الذي يوضع في الحاسب لصالح الجهة المستفيدة، ويخضع لإشراف وتوجيهات هذه الجهة .. ولذلك يقال أن المعلومات الناتجة عن الحاسب الآلي هي من صنع مستعمله وفق التعليمات التي وجهها إلى الحاسب. فهي إذن صادرة عنه ومن ثم لا يجوز له قانونا الاحتجاج بها كدليل إثبات.

وهذا ما انتهت إليه محكمة **sept** بفرنسا في قضية بين شركة **Credicas** ومدام **P.Brisson** وتتلخص وقائع هذه القضية في أن الشركة-المدعي- طالبت السيدة -المدعى عليها- (التي اقترضت عليها مبلغا من المال) حين حلول تاريخ الوفاء بما عليها، وقدمت الشركة تأييدا لمطالبها نسخة من الشريط الورقي الذي يبقى في جهاز الصرف الآلي نتيجة للسحب النقدي الذي

---

[1] عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص345. سعيد السيد قنديل، المرجع السابق، ص41. بوربابة صورية، الرسالة السابقة، ص115.

[2] محمد بودالي، المجلة السابقة، ص62. عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص346.

[3] محمد المرسي زهرة، الحاسب الإلكتروني والقانون "دراسة حول حجية مخرجات الحاسب الإلكتروني في الإثبات في المواد المدنية والتجارية"، طبعة2008، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة ، ص100.

[4] عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص345.

[5] بوربابة صوربة، الرسالة السابقة، ص115. محمد علاء نصيرات، المرجع السابق، ص116. محمد بودالي، المجلة السابقة، ص63.

قامت به المدعى عليها[1]. إلا أن المحكمة رفضت طلب الشركة على أساس أن من يطالب بتنفيذ الالتزام يجب عليه طبقا لنص المادة 1315 مدني إثباته، وأن إثبات التزام المقترض بالدفع لا يكون طبقا للمادة 1322 مدني إلا بدليل موقع من المدين يثبت استخدامه للمبلغ[2].

وأن الدليل المسمى التوقيع المعلوماتي الصادر عن جهاز الصراف الآلي ليس ممن يراد الاحتجاج عليه أو في مواجهته –المدعى عليه-وإنما صادر عن آلة تخضع كلية لإرادة المدعي، وهو ما يجعله دليلا مصطنعا من الجهاز الآلي التابع للشركة المدعية.[3]

ثانيا: قلب عبء الإثبات

ومن هذه الاتفاقات يتضح أن الأمر أضحى فيه قلب لعبء الإثبات بأن يقوم المدعي بإثبات عكس ما ادعي به عليه[4]، وأن هذا القلب يجعل المحررات الإلكترونية ذات حجية مطلقة مثلها مثل المحررات الرسمية، أي أن هذا الاتفاق أضفى حجية تفوق الحجية التي أضفاها القانون نفسه على هذه المحررات حيث اعتبر هذه المحررات لها حجية المحررات العرفية لا أكثر.[5]

إلا أن هذا التفسير السابق لمحكمة في نظر العديد من الفقهاء-كالدكتور محمد المرسى زهرة- معيب، إذ أنه يؤدي إلى الاعتقاد بعدم إمكانية الاحتجاج بالشريط الورقي على البنك ذاته. فالقول بأن هذا المستند يصدر عن البنك لخضوع الحاسب الآلي لسيطرته يؤدي إلى عدم إمكانية الاحتجاج بالشريط الورقي على حامل بطاقة المصرف الآلي-كما ذهبت إلى ذلك محكمة **sept-**، وبنفس المنطق فإن القول بصدور الشريط عن حامل البطاقة وحده دون البنك قد يعني عدم إمكانية الاحتجاج بالشريط على البنك، وهي نتيجة غير مقبولة عملا وقانونا.[6]

فالحق في الإثبات يقتضي تمكين المدعي من إثبات الوقائع التي يدعيها بالطرق المحددة قانونا،[7] وهو ما يعني لزوم احترام المبادئ التي جاء بها القانون كمبدأ مجابهة الخصم بالدليل، ومبدأ على المدعي إثبات حقه وعلى الخصم إثبات التخلص منه.

وبالتالي في الحكم السابق يتضح أن ما ذهبت إليه المحكمة تفسير خاطئ، كون الشريط الورقي ما هو إلا نتيجة لمجموعة من الإجراءات اشترك فيه كل من حامل البطاقة والبنك في الوقت ذاته-فالعميل قام بإجراءات السحب المتفق عليها، والجهاز تولى معالجة البيانات المدخلة معالجة إلكترونية. مما يؤدي إلى إتمام العملية وإثبات ذلك على الشريط الورقي-لذلك يبدو صحيحا في نظر الدكتور المرسي زهرة بإمكانية الاحتجاج بالشريط الورقي على الطرفين على فرض توافر الشروط الأخرى التي قد يتطلبها القانون. وبالتالي لا يعتبر أيا منهما قد اصطنع دليلا لنفسه.[8]

---

[1] محمد المرسي زهرة، قانون الإثبات المعمول به لدى العدالة ومبدأ عدم جواز الشخص لا يصطنع دليلا لنفسه، موقع aspd مؤسسة الكويت "التقدم العلمي للنشر"، 12 أكتوبر 2018، تاريخ التصفح 2021/11/22 11:14.

[2] المرجع نفسه.

[3] محمد المرسي زهرة، الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية (العقد الإلكتروني-الإثبات الإلكتروني-المستهلك الإلكتروني)، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص194.

[4] علاء محمد نصيرات، المرجع السابق، ص116. بوربابة صورية، الرسالة السابقة، ص115.

[5] حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص74-75.

[6] محمد المرسي زهرة، الحاسب الإلكتروني والقانون، المرجع السابق ،55.

[7] حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص75.

[8] محمد المرسى زهرة الحاسب الإلكتروني والقانون، المرجع السابق، ص 55.

والحقيقة أن الذي جعل البعض يذهب إلى حد اعتبار أن الشريط صادر عن البنك نفسه هو إمكانية التلاعب في أجهزة الصرف الآلي، لخضوع الحاسب في برمجته لسيطرة من يستعمله، مما يدفع إلى القول بأن من يستعمل الحاسب يستطيع أن يتلاعب في المعلومات المسجلة عليه بما يحقق مصلحته دون حامل البطاقة.[1]

ووفقا لنص المادة 110 من التقنين المدني الجزائري التي تقابلها المادة 1-م123 من قانون المستهلك الفرنسي اعتبرت الاتفاقيات المحتوية لقلب عبء الإثبات من قبيل الشروط التعسفية خصوصا إذا وردت في العقود المبرمة بين المحترفين والمستهلكين.[2]

ثالثا: موقف المشرع الجزائري

أضحى الجدل الفقهي والقضائي حول إمكانية الاعتداد بالدليل الإلكتروني في الإثبات من قبل من الماضي، حيث صدر القانون الجديد رقم 15-04 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكتروني،[3] صرح ضمن أحكامه القانونية أن الدليل الكتابي الموقع إلكترونيا يحوز حجية قانونية قوية مثل أي دليل كتابي آخر، الأمر الذي أغلق كل جدل قائم إزاءه.

وهو القانون نفسه الذي يؤكد أنه في حالة الاتفاق بين الأطراف على الأخذ بالتوقيع الإلكتروني كدليل في إثبات معاملاتهم، فإنه لا يمكن رفضه أو استبعاده تحت ذريعة أنه دليل مناف للمبدأ القائم "عدم جواز اصطناع الشخص دليلا لنفسه" أو أنه مخالف لقاعدة "عدم قلب عبء الإثبات" أثناء النزاع، كونه دليل يسهل التلاعب به من قبل البنك أو أي شخص آخر.

حيث نص بصفة مباشرة وصريحة أنه لا يمكن تجريد الوقيع الإلكتروني من فعاليته القانونية أو رفضه كدليل أمام القضاء بسبب شكله الإلكتروني أو أنه لا يعتمد على شهادة تصديق إلكتروني موصوفة، أو أنه لم يتم إنشاؤه بواسطة آلية مؤمنة لإنشاء التوقيع الإلكتروني[4].

كما أن هذا القانون المتعلق بالقواعد العامة للتوقيع والتصديق الإلكترونيين[5] عرّف بجميع الآليات والجوانب الفنية التي من شأنها حفظ التوقيع الإلكتروني وتحول دون التلاعب به نكتفي بالذكر منها:

أ)- بيانات التحقق من التوقيع الإلكتروني التي تعد رموز أو مفاتيح التشفير العمومية أو أي بيانات أخرى، مستعملة من أجل التحقق من التوقيع الإلكتروني.

ب)- آلية التحقق من التوقيع الإلكتروني الذي يقصد به جهاز أو برنامج معلوماتي معد لتطبيق بيانات التحقق من التوقيع الإلكتروني.

---

[1] محمد المرسي زهرة الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص198.

[2] محمد بودالي، المجلة السابقة، ص63.

[3] قانون رقم 15-04 مؤرخ في أول فبراير 2015، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، جريدة رسمية عدد 06 مؤرخة في 10 فبراير 2015.

[4] المادة 9 قانون رقم 15-04 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، السابق، ص8.

[5] المادة 2 جزئيات 5 و6 و11 و16 من قانون رقم 15-04 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، السابق، ص7.

ونجد إلى جانبه الأحكام المشابهة له الواردة في القانون 15-03 المؤرخ في أول فبراير 2015 يتعلق بعصرنة العدالة، ج ر عدد 06 مؤرخة 10 فبراير 2015، ص 4 وما بعدها.

ت)- الطرف الثالث الموثوق الذي يقصد به شخص معنوي يقوم بمنح شهادات تصديق إلكتروني موصوفة، وقد يقدم خدمات أخرى متعلقة بالتصديق الإلكتروني لفائدة المتدخلين في الفرع الحكومي.
ث)- التدقيق، الذي يقصد في مفهوم هذا القانون التحقق من مدى المطابقة وفقا لمرجعية ما...
ج)- وعرف القانون أيضا بالتوقيع الإلكتروني الموصوف بأنه ذلك التوقيع الإلكتروني الذي تتوفر فيه المتطلبات المتمثلة في أن ينشأ على أساس شهادة تصديق إلكتروني موصوفة وبواسطة وسائل تكون تحت التحكم الحصري للموقع وأن يرتبط بالموقع دون سواه، وأن يكون مصمما بواسطة آلية مؤمنة خاصة بإنشاء التوقيع الإلكتروني، وأن يكون مرتبطا بالبيانات الخاصة به، بحيث يمكن الكشف عن التغييرات اللاحقة بهذه البيانات[1].
ح)- استحداث العديد من السلطات الإدارية ذات الطابع المستقل[2] الموضوعة تحت وصاية الوزير الأول وهي "السلطة الوطنية للتصديق الإلكتروني"، وكذا "السلطة الحكومية للتصديق الإلكتروني" و"السلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني" المستحدثتان تحت وصاية الوزير المكلف بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية.
خ)- إصدار مرسوم تنفيذي مستقل المحدد لكيفيات حفظ الوثيقة الموقعة إلكترونيا الذي يعد من تطبيقات القانون المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين[3].

ناهيك عن تضمن القانون العديد من الأحكام القانونية ذات الطابع الجزائي والإداري وكذا الآليات الفنية الأخرى التي توفر الخصائص المتمثلة في الأمان والموثوقية والمصداقية للتوقيع الإلكتروني[4].

الفرع الثالث: اتفاقات الأطراف ضمن عقود الإذعان[5]

والاتفاقات التي من هذا النوع-في مجال المحررات الإلكترونية-يجب ألا تؤدي إلى حرمان المتعاقد من الحق في الإثبات، إذ ذلك يؤدي إلى بطلانها بطلانا مطلقا. وأن هذا النوع من الاتفاقات مثل تلك التي يتم فرضها من التاجر المحترف على المستهلك عن طريق عقود الإنترنت يعد من عقود الإذعان يخضع لسلطة القاضي في تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن[6]، أي يعمل نص المادة 149 القانون المدني المصري التي تقضي بـأنه إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي تعديل هذه الشروط أو إعفاء الطرف المذعن منها وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك. ويلاحظ على هذا النص أمرين، الأول أن القاضي هو الذي يقدر الصفة التعسفية على عاتق المدعي لأن الأصل صحة الشروط... والثاني أن المشرع

---

[1] المادة 7 قانون رقم 15-04 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، السابق، ص8.
[2] المواد 16 إلى 25 قانون 15-04 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، السابق، ص 9-10.
[3] م ت رقم 16-142 المؤرخ في 5 مايو 2016 يحدد كيفيات حفظ الوثيقة الموقعة إلكترونيا، ج ر عدد 28 مؤرخة في 8 مايو 2016، ص12 وما بعدها.
[4] المواد 10 إلى14 والمواد من 64 إلى 75 قانون رقم 15-04 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، السابق، ص8-9.
[5] المواد 26 وما بعدها، قانون رقم 15-04، ص 10 وما بعدها.
[6] حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص77-78.

قد جعل تدخل القاضي جوازي وهو ما يعني أن القاضي قد لا يعدل الشرط أو يلغيه رغم أنه تعسفي، وهو أمر مستبعد عملا.[1]

المطلب الثاني: حجية التوقيع الإلكتروني في حالة عدم وجود اتفاق ينظم حجيته

رأينا مدى حجية التوقيع الإلكتروني في حالة ما إذا وجد اتفاق ينظم حجيته، لكن سيطرح التساؤل التالي ماذا يترتب على هذه الحجية إذا لم يوجد هذا الاتفاق؟ هل يا ترى يبقى هذا التوقيع غير ذي فائدة قانونية - ذا حجية في الإثبات-؟. خاصة في وقتنا الراهن الذي أصبح يفرض علينا اللجوء إلى استخدام الوسائل التكنولوجية الحديثة بمختلف صورها وأشكالها. صار العمل على الأخذ بالقواعد العامة التي تقبل التوقيع الإلكتروني في الحالات التي لا يجب فيها إثبات بالكتابة والاستثناءات الواردة عليها.

الفرع الأول: الاعتداد بالتوقيع الإلكتروني بناء على قناعة القاضي

في حالة غياب نص قانوني ينظم حجية التوقيع الإلكتروني فإنه يجب على القاضي القيام بتفسير النصوص المتاحة له التي يراها مناسبة في إضفاء الحجية اللازمة التوقيع الإلكتروني.

ومن الاجتهادات القضائية التي اعتبرت الكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني كدليل كتابي كامل، بمعنى يعد محررا عرفيا يتمتع بذات المواصفات التي يتمتع بها المحرر الكتابي التقليدي من حيث توفير الثقة في أن التوقيع منسوب للموقع وأنه تم وضعه على الورقة المحررة إلكترونيا بما يحقق ارتباطا وثيقا بينهما ويدل على قبوله بما ورد فيها.[2]

ويجب على القاضي حتى يجعل التوقيع الإلكتروني أقرب إلى الاحتمال أن يعول على الثقة في الجهاز الذي تم إجراء التوقيع من خلاله، ويقيم مدى قدرة الإجراءات على السرية والتخزين والإرسال والحفظ وكفاءة القائمين على هذه الإجراءات... كما يجب على القاضي أن يكون ملما بهذه الأمور وأن تكون له ثقافة في مجال الحاسب الآلي والانترنت، وفي هذه الحالة يستطيع القاضي تقدير حجيته كالتوقيع التقليدي من عدمه.[3]

وقد اعترف القضاء الفرنسي بالمحررات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني كأدلة كاملة وذلك من خلال العديد من الأحكام، منها الحكم الصادر في 1998/1/2 المحررات يمكن تدوينها وحفظها على أي وسيط بما في ذلك الوسائط الإلكترونية طالما أن المحررات تبدو ظاهرة الصحة ومكتملة العناصر، خصوصا في شأن انتسابها لأصحابه ولم ينكرها المدعى عليه[4]، ما يجعلها متساوية في الحجية القانونية مع الأدلة الكتابية التقليدية.

الفرع الثاني: قبول التوقيع الإلكتروني في الحالات التي لا يجب فيها الإثبات بالكتابة

قد سبق القول أن الكتابة هي أقوى الأدلة على الإطلاق في الإثبات نظرا لما تتمتع به من توثيق المعاملات بين الأطراف ذات العلاقة، إلا أن المشرع في شتى القوانين المقارنة خرج على ذلك في القانون الخاص بالإثبات. هذا الخروج يتجسد في الحالات التالية:

أولا: مدى حجية التوقيع الإلكتروني في إثبات المعاملات التجارية

---

[1] محمد المرسي زهرة، الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص153-154.

[2] حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص50.

[3] عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص351-352.

[4] حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص51.

القاعدة هي حرية الإثبات في المواد التجارية[1] حتى بالنسبة للتصرفات والعقود التي يتطلب القانون المدني إثباتها بالكتابة بين الطرفين. لكن قد يشترط القانون التجاري الكتابة لإثبات التصرف القانوني، وقد يتفق الأطراف على ذلك، ففي هذه الحالة يصبح الدليل الكتابي ضروريا لإثبات التصرف القانوني لذلك إذا كان التصرف بين تاجرين وموضوعه أعمال تجارية فمن حق كل منهما إثباته بكافة طرق الإثبات بما فيها الإثبات بالتوقيع الإلكتروني.[2] فإذا كان العمل الذي قام به التاجر لغير صالح تجارته فإنه لا يستفيد من حرية الإثبات حتى لو كان تاجرا. لكن قد تكون الأعمال مختلطة كأن كون العمل بين تاجر وغير تاجر فهنا أيضا لا يستفيد من الحرية في الإثبات.[3]

وفي مجال التعاقد عن طريق الإنترنت التي يغلب فيها التصرفات ذات الطابع المختلط، حيث يكون العميل (متلقي الخدمة) شخصا عاديا، ويكون التاجر المحترف الذي يعرض السلعة أو الخدمة هو الطرف لآخر في المعاملة فإن مبدأ حرية الإثبات يطبق لمصلحة العميل.[4] ومن ثم يستطيع أن يثبت حقه بالتوقيع الإلكتروني. إلا أن تقدير الدليل الإلكتروني يخضع لسلطة القاضي التقديرية.[5]

ثانيا: حجية التوقيع الإلكتروني في إثبات التصرفات التي لا تجاوز قيمتها حدا معينا

من خلال تعديل القانون المدني الجزائري سنة 2005 حسم الخلاف بخصوص بإمكانية الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني، ذلك أنه أضفى مرونة على مواده لجعلها تستوعب ما طرأ في الساحة الوطنية والدولية من عقود أصبحت تبرم عن طريق وسائل الاتصال الحديثة كالإنترنت، وأصبحت تستوعب أيضا المعاملات المالية المختلفة التي تتم ببطاقات بنكية إلكترونية، حيث نص المشرع الجزائري على أنه يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها[6].

ووفقا للتعديل الأخير سنة 2005 في المادة 333 مدني جزائري فإن التصرفات التي لم تتجاوز 100000 دينار يجوز إثباتها بشهادة الشهود، أما ما يجاوز هذا النصاب أو كان غير محدد القيمة فإنه يتم إثباته بكافة طرق الإثبات[7]. ومن باب أولى في التصرفات التي لم تجاوز قيمتها هذا المقدار تثبت بكافة طرق الإثبات.[8]

---

[1] المادة 30 من الأمر رقم 59/75 المؤرخ في26سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري الجزائري المعدل والمتمم بالقانون رقم 02/05 مؤرخ في 6 فبراير 2005، الجريدة الرسمية عدد 11 بتاريخ 9 فبراير 2005، ص08.

[2] عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص354.

[3] علاء محمد نصيرات، المرجع السابق، ص81.

[4] حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص54-55.

[5] المرجع نفسه، ص56.

[6] المادة 323 مكرر 1، الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، السابق.

[7] وفي القانون المصري التصرفات التي لم تتجاوز 500 جنيه مصري-مدني، عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص355.

[8] علاء محمد نصيرات، المرجع السابق، ص86.

وطالما فتح الباب في حرية الإثبات بالنسبة لهذه التصرفات فإن الأطراف يمكنهم تقديم محررات إلكترونية لإثبات هذه المعاملات وكذلك إثبات مضمونها مثل عمليات السحب النقدي بطريق بطاقات الائتمان أو العمليات التي تتم عن طريق الإنترنت من بيع وشراء وتلقي خدمات. مستثنيا منها المعاملات التي تضمنتها عقود رسمية والمعاملات الغير محددة القيمة والمعاملات التي تجاوز قيمتها مبلغا معينا، حيث يجرى إثباتها كتابة،[1] إلا أن تحديد القيمة الإثباتية للمحرر الموقع إلكترونيا يخضع لسلطة القاضي التقديرية، في أن يمنحه ذات قوة التوقيع العادي حسب المادة 327 مدني[2]، أو يجعله قرينة من القرائن.[3]

كما أن بعض فقهاء القانون المدني تحفظ على استخدام مبدأ حرية الإثبات في شأن التصرفات القانونية التي لا تزيد عن مبلغ معين، ذلك أنها في نظرهم ليس فيها تشجيع للمعاملات التجارية[4]، القائم على مبدأ حرية الأطراف في اختيار الطرق المناسبة للإثبات تبعا لمقتضيات المعاملات التجارية.

الفرع الثالث: قبول التوقيع الإلكتروني في ظل الاستثناءات الواردة على مبدأ وجوب الإثبات بالكتابة

سنقوم من خلال هذه الجزئية بعرض لمدى إمكانية الاعتماد على الاستثناءات القانونية لإعطاء الحجية للتوقيع الإلكتروني، وذلك من خلال النقاط الثلاثة الآتية:

أولا: مبدأ ثبوت بالكتابة والتوقيع الإلكتروني

بداية حجة كتابيه أو مبدأ ثبوت بالكتابة كما تسميها بعض التشريعات العربية، نص عليها المشرع المصري في المادة 62 من قانون الإثبات: "يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة. وكل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى قريب الاحتمال تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة". فيستلزم لإعمال هذا الاستثناء شرطان، أولهما أن توجد كتابة، وثانيهما أن تكون صادرة ممن يحتج بها ضده، ثم أن يكون من شأن هذه الكتابة أن تجعل التصرف المدعى به قريب الاحتمال.[5]

وتبنى المشرع الجزائري هذا الحكم من خلال المادة 335 مدني التي أتت بنفس عبارات المادة 62 إثبات مصري. والظاهر من هذه المادة أنها أجازت إثبات التصرف بشهادة الشهود أو غيرها من طرق الإثبات إذا وجد مبدأ بداية ثبوت بالكتابة، حتى ولو زادت قيمة التصرف الذي كان يجب إثباته بالكتابة عن النصاب القانوني.[6]

فإذا توافرت الشروط المطلوبة في الورقة التي يقدمها الخصم يجوز الإعفاء من تقديم الدليل الكتابي المطلوب لإثبات التصرفات القانونية حتى لو جاوزت الحد المطلوب أو التصرف يشترط

---

[1] المواد 324 وما بعدها والمادة 333، وما بعدها، الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني، السابق.

[2] 2/327 يعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323مكرر 1.

[3] م عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص356.

[4] حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص58-59.

[5] المرجع نفسه، ص 61.

[6] بوربابة صورية، المرجع السابق، ص117.

المشرع إثباته بالكتابة حتى ولو كان أقل من النصاب القانوني كعقد الصلح وهو ما استقر عليه القضاء الجزائري في القرار الاستئنافي الصادر من مجلس قضاء وهران بتاريخ 1987/04/01.[1]

وإذا توافرت الشروط السالفة الذكر فإن هذا يفتح المجال للإثبات بكافة الطرق بما فيه التوقيع الإلكتروني والمحررات الإلكترونية، مع ملاحظة أن ذلك مرهون دائما بالسلطة التقديرية لقاضي الموضوع إذ أنه غير ملزم بقبول المحررات الموقعة إلكترونيا لاستكمال مبدأ ثبوت بالكتابة، وأنه في حالة إذا كانت الكتابة شرطا للانعقاد كما في البيوع العقارية فإن الشهادة لا تكون مقبولة لإكمال مبدأ ثبوت بالكتابة. وأنه لا يتفق مع اعتبارات العدالة عدم قبول التوقيع الإلكتروني إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة، إذ أن الأخير يعتبر الجزء الأكبر في الإثبات وما المحرر الموقع إلكترونيا إلا تكملة للدليل حتى يصل إلى مرتبة الدليل الكتابي، خاصة في ظل الثقة والأمان التي أصبح يحظى بها التوقيع الإلكتروني ما جعل البعض يعتبره يفوق الشهادة وغيرها من طرق الإثبات، فمن السهل وجود شاهد زور لكن من الصعوبة تزوير التوقيع الإلكتروني.[2]

ويرى بعض الفقه أن هذه المحررات الموقعة إلكترونيا لا تصلح لأن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة كون النصوص الواردة في هذا الشأن تشترط الكتابة، وأن هذه المحررات الإلكترونية تفتقد هذا الشرط لأنها غير مكتوبة بخط الخصم أو توقيعه ما يجعلها لا يعتد بها كدليل كتابي كامل، ولا تكون مبدأ للثبوت بالكتابة. ويرى هذا الرأي في نفس الوقت أن المشكلة تزول متى تم توفير العناصر والضمانات الكفيلة بتحقيق الثقة من خلال استخدام التقنيات المؤمنة للمحرر من التعديل والتغيير.[3]

ثانيا: وجود مانع من الحصول على الدليل الكتابي والتوقيع الإلكتروني

تنص المادة 1/63 قانون إثبات مصري وتقابلها المادة 336 مدني جزائري: يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي. والمانع المادي يتحقق في مثل الظروف الخارجة عن إرادة الأطراف مثل الحريق أو الفيضانات والحروب والهدم. أما المانع الأدبي فهو كل ظرف نفسي يربط بين المتعاقدين وقت إبرام العقد يحول دون مطالبة أيهما بالآخر بدليل كتابي. مثل صلة الأبوة أو الأخوة أو الزوجية.[4]

وفي ضوء دراستنا لمدى توافر هذا الاستثناء في المحررات الموقعة إلكترونيا ذهب بعض الفقه أن الاستحالة المادية المانعة من الحصول على الدليل الكتابي تقوم بعدم إمكان توفير الشروط والعناصر اللازمة لإنشاء دليل كتابي كامل بسبب الطبيعة المادية للوسائط الإلكترونية. وبناء على ذلك وعلى ما ورد في المادة أن يثبت المدعي لتعاقد بكافة الطرق ومن بينها التوقيع الإلكتروني.[5]

وهناك من اعترض على قبول مثل هذه المحررات في حالة التعاقد عبر الإنترنت على أساس أن صعوبة إنشاء الدليل لا تعني استحالة الحصول عليه، كما أن التعقد عبر الإنترنت ليس أمرا

---

[1] بوربابة صورية، المرجع السابق، ص118.

[2] علاء محمد نصيرات، المرجع السابق، ص96.

[3] حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص62-63. سعيد السيد قنديل، المرجع السابق، ص32. ممدوح محمد علي مبروك ، المرجع السابق ، ص41.

[4] عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق ، ص 359. بوربابة صورية، المرجع السابق، ص 120-121.

[5] حسن عبد الباسط جميعي ، المرجع السابق ، ص65.

ملجئ للتعاقد فيستطيع الشخص الاستغناء عنه[1] .وعلى الرغم من وجاهة هذا الرأي إلا أن هناك من لم يأخذ به إذ أن التعاقد عبر الإنترنت يجعل من الاستحالة بمكان حصول المتعاقد على دليل كتابي، ومن أمثلة ذلك الاشتراك في مزاد عبر الإنترنت وحجز الفنادق وشراء تذاكر السفر عن طريق الإنترنت والتحويل الإلكتروني للنقود عن طريق الصراف الآلي ...[2].

وكذا القول بأن استحالة الحصول على دليل كتابي كامل أثناء التعاقد عبر الإنترنت تعد استحالة معنوية رأي يفتقد الحجة الدامغة ولا يقوم على أساس قانوني صحيح. حيث أن الظروف النفسية لا تقوم في مثل هذه العلاقات التي تتم عبر وسائل الاتصال الحديثة، وأنه لا يوجد أي اتصال شخصي بين أطراف التعاقد. فلا يمكن إذن تصور أي علاقة شخصية تحول دون تحرير السند الكتابي. وحتى إن أمكن اعتبار العرف والعادة والسنن التجارية من قبيل الموانع الأدبية، فإن ذلك يجب تقديره بحسب كل حالة ولا يجب تعميمه في المعاملات التجارية.[3]

ويؤكد ذلك كله تقرير مجلس الدولة الفرنسي بشأن اللجوء إلى نظام الاستثناءات على مبدأ الإثبات بالكتابة في مجال الإنترنت والشبكات الرقمية، حيث قضى في آخر التقرير أنه :"لا يوجد في أي محاولات اللجوء إلى الاستثناءات السابقة ما يمكن لأن يصلح للاعتراف بالمحررات الإلكترونية كدليل في الإثبات أو في تحديد قوة هذا الدليل. [4]

ثالثا: حالة فقد الدائن الدليل الكتابي والتوقيع الإلكتروني

ورد في نص المادة 63/ب إثبات مصري وتقابلها مادة 2/336 مدني جزائري، بأنه يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيم كان يجب إثباته بالكتابة، إذا فقد الدائن سنده الكتابي لسبب أجنبي لا يد له فيه. والفرض هنا أن الدليل الكتابي سبق وأن وجد لإثبات التصرف، لكن لسبب خارج عن إرادة الدائن تم فقد هذا السند، على عكس الفرض السابق حيث تعذر على المدعي وقت التعاقد الحصول على دليل كتابي يثبت ما يدعيه.[5]

ولتوافر هذه الحالة يجب: -إثبات وجود سند كتابي يصلح كدليل كتابي كامل، -وأن يفقد هذا السند لسبب أجنبي لا يد للدائن فيه بسبب حريق أو زلزال أو فعل الغير. ومن ثم لا يكفي وجود ورقة غير موقعة من المدعى عليه، أو فقد الدليل بسبب إهمال المدعي.[6] وبخصوص تطبيق هذا الاستثناء على المحرر الموقع إلكترونيا فقد ذهب البعض إلى إمكانية ذلك على سند من الأمر أن المحرر ت الإلكتروني وارد فقده بسبب أجنبي لا يد للدائن في حدوثه كما في حالة اختفاء بيانات المحرر بسبب عدم قدرة الوسيط الإلكتروني على الاحتفاظ بالمعلومات لمدة طويلة، وكما في حالة تلف الدعامة التي تحفظ عليها الوثيقة الإلكترونية أو تغيير محتوياتها بسبب فيروسات أو تأثير

---

[1] علاء محمد نصيرات ، المرجع السابق ، ص103. و حسن عبد الباسط جميعي ، المرجع السابق ، ص66.

[2] علاء محمد نصيرات ، المرجع السابق ، ص103. وعبدالفتاح بيومي حجازي ، المرجع السابق ، ص361.

[3] حسن عبد الباسط جميعي ، المرجع السابق ، ص66-67.

[4] المرجع نفسه ، ص67-68.

[5] محمد المرسي زهرة ، الحاسب الإلكتروني والقانون ، المرجع السابق ، ص134. بوربابة صورية ، الرسالة السابقة ، ص123.وحسن عبد الباسط جميعي ، المرجع السابق ، ص68. وعلاء محمد نصيرات ، المرجع السابق ، ص107.

[6] عبد الفتاح بيومي حجازي ، المرجع السابق ، ص360.ومحمد المرسي زهرة ، الحاسب الإلكتروني والقانون ، المرجع السابق ، ص134.

الجو، وبالتالي يؤدي ذلك إلى إثبات هذه المعاملات التي تتم عبر وسائل الاتصال الحديثة بكافة وسائل الإثبات.[1]

وقد يقال بإمكانية اعتبار تخلص الإدارة من المستندات الورقية بعد تحويلها إلى ميكروفيلم سببا أجنبيا لا يد لمن يتعامل مع الإدارة فيه، ومن ثم يقبل الميكروفيلم في الإثبات كبديل للدليل الورقي المفقود.[2]

ويرى البعض بعدم إمكان اللجوء إلى هذا الاستثناء وذلك في الحالات التي لا يمكن اعتبار المحرر الإلكتروني فيها دليلا كتابيا كاملا لافتقاره إلى العناصر والشروط اللازمة لذلك، كون المؤيدين لهذا الاستثناء قد أوردو الاحتمال الخاص بالشرط الثاني الخاص بهذا الاستثناء وهو مالا يجدي نفعا منه إلا من خلال استيفاء الشرط الأول أيضا وهو المتمثل في سبق وجود دليل كتابي كامل.[3]

خاتمة:

وفي الأخير يمكننا القول بأن الدليل الكتابي في صورته العصرية سواء المتمثل في الكتابة أو التوقيع الإلكتروني يعتبر من الأدلة الكاملة في الإثبات شريطة إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها، وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها من التحريف أو التبديل وأن تتصف بالاستمرارية والثبات. غير أنه لا يساوي الكتابة الرسمية في الإثبات حيث أضفى المشرع الجزائري على التوقيع الإلكتروني حجية الأدلة الكتابية العرفية في الإثبات حسب ما ورد في المادة 327 من القانون المدني الجزائري.

كما أنه من حيث الأصل العام وفي حالة عدم وجود نص قانون خاص منظم للمعاملة يجوز الاتفاق على مخالفة القواعد الموضوعية للإثبات طالما أنها لا تتعلق بالنظام العام بحيث يمكن للأفراد التنازل عنها صراحة أو ضمنا، حيث نصت أحكام القانون المدني الجزائري بصراحة أن في حالة الاتفاق على الأخذ بالدليل الإلكتروني لا يمكن استبعاده أمام القضاء تحت أي ذريعة كانت، كونه دليل مصطنع من قبل المدين وحده، أو أنه يقلب عبء الإثبات، أو كونه دليل يسهل التلاعب به من قبل البنك. فهو دليل كامل يحوز على كل الآليات الفنية الموفرة للثقة والأمان الإلكتروني تحول دون كل ما ذُكر، والتي تضمنها القانون الجديد المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

وبالرغم من فرض الآليات الفنية الموفرة للأمان والموثوقية الإلكترونية وتحول دون المساس بالدليل الإلكتروني، إلا أن ذلك لا يعني عدم البحث على آليات حديثة وأكثر تطورا في ظل التطور المتسارع للوسائل التكنولوجية، خاصة إذا علمنا أن البعض يسعى بكل جهد لاختراق الحسابات الإلكترونية المرتبطة بالمعاملات المالية للأطراف، وهو ما يدعونا إلى القول بضرورة تطوير التشريعات الإلكترونية وتحديثها دوريا واعتماد كل آلية تقنية حديثة بما يتناسب مع التطور التكنولوجي الحاصل في العالم، لدرء كل محاولات الاختراق الإلكتروني المختلفة.

---

[1] بوربابة صورية ، المرجع السابق ، ص124

[2] محمد المرسي زهرة ، الحاسب الإلكتروني والقانون ، المرجع السابق ،ص135-136.

[3] حسن عبد الباسط جميعي ، المرجع السابق ، ص68-69.

هذه، كما أنه يرجى من المشرع الجزائري تعميم الأحكام المتعلقة بالإثبات الإلكتروني للمعاملات المدينة والتجارية على المجالات القانونية الأخرى كمجال الصفقات العمومية والعقود التوثيقية الرسمية ومختلف التعاملات الاقتصادية الأخرى، بإعطائها نفس القوة الثبوتية للمحررات الكتابية التقليدية، لإعطاء حرية أكبر للأفراد وعدم تقييدهم بمعاملات دون أخرى الأمر الذي يعيق ممارسة كامل حقوقهم الاقتصادية والاجتماعية والرقي بها، وكذا فسح المجال أمامهم والانفتاح على التطور التكنولوجي الحاصل في العالم أجمع.

قائمة المصادر والمراجع

أولا: المراجع المتخصصة

1) أيمن سعد سليم، **التوقيع الإلكتروني**، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004،
2) أشرف توفيق شمس الدين، **الحماية الجنائية للمستند الإلكتروني**، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
3) إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، **الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية**، مجلس النشر العلمي ، الكويت ، سنة 2003.
4) حسن عبد الباسط جميعي ، **إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت** ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة 2000.
5) حسن محمد بودي ، **التعاقد عبر الانترنت** دراسة فقهية مقارنة ، دار الكتب القانونية القاهرة، 2009.
6) خالد مصطفى فهمي، **النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني في ضوء التشريعات العربية والاتفاقيات الدولية**، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2007.
7) عبدالفتاح بيومي حجازي، **النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني** (دراسة تأصيلية مقارنة)، دار الكتب القانونية ، مصر، سنة 2007.
8) علاء محمد نصيرات ،**حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005 ،
9) سعيد السيد قنديل، **التوقيع الإلكتروني ماهيته، صوره، حجيته في الإثبات**، الطبعة الثانية، دار الجامعة الجديدة،الإسكندرية، 2006.
10) محمد المرسي زهرة، **الحاسب الإلكتروني والقانون "دراسة حول حجية مخرجات الحاسب الإلكتروني في الإثبات في المواد المدنية والتجارية"**، طبعة2008، دار النهضة العربية، القاهرة،بدون سنة.
11) محمد المرسي زهرة، **الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية(العقد الإلكتروني-الإثبات الإلكتروني-المستهلك الإلكتروني)**،الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
12) ممدوح محمد علي مبروك، **مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات**، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2005.

ثانيا: البحوث العلمية

13) بوربابة صورية ، **أحكام التوقيع الإلكتروني في الإثبات** –دراسة مقارنة-، رسالة لنيل شهادة الماجستير ، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي بشار، السنة الجامعية 2006-2007.

14) محمد المرسي زهرة، قانون الإثبات المعمول به لدى العدالة ومبدأ عدم جواز الشخص لا يصطنع دليلا لنفسه، موقع aspd مؤسسة الكويت "التقدم العلمي للنشر"، 12 أكتوبر 2018.

15) بودالي محمد، **التوقيع الإلكتروني**، مجلة إدارة، المجلد 13، العدد 26، الجزائر، سنة2003.

ثالثا: النصوص القانونية

أ)- باللغة العربية

16) قانون رقم 25 لسنة 1968 **الإثبات** المصري المنشور بالجريدة الرسمية العدد 22، بتاريخ 1968/05/20.

17) الأمر رقم 59/75 المؤرخ في26سبتمبر 1975 المتضمن **القانون التجاري الجزائري** المعدل والمتمم بالقانون رقم 02/05 مؤرخ في 6 فبراير 2005، الجريدة الرسمية عدد 11 بتاريخ 9 فبراير 2005.

18) الأمر رقم 74 لسنة 1975 الخاص **بإعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري**، المؤرخ في 12 نوفمبر 1975، جريدة رسمية عدد 92 مؤرخة في 18 نوفمبر 1975، المعدل والمتمم.

19) القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 المتضمن **قانون الأسرة**، جريدة رسمية عدد 24 مؤرخة في 12 جوان 1984، المعدل والمتمم.

20) القانون رقم 15 بتاريخ 21 أفريل 2004الخاص بتنظيم التوقيع الإلكتروني وبإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات، ج ر عدد17 تابع (د) في 22 أفريل 2004.

21) القانون 15-03 المؤرخ في أول فبراير 2015 يتعلق بعصرنة العدالة، ج ر عدد 06 مؤرخة 10 فبراير 2015.

22) القانون رقم 15-04 المؤرخ في أول فبراير 2015، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، ج ر عدد 06 مؤرخة في 10 فبراير 2015.

23) القانون رقم 18-05 المؤرخ في 10 مايو 2018، يتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج ر عدد 28 مؤرخة في 16 مايو 2018.

24) المرسوم التنفيذي رقم 162 لسنة 2007، الصادر في 30ماي 2007 المتعلق **بنظام استغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية**، الجريدة الرسمية الجزائرية العدد 37 بتاريخ 7 يونيو 2007.

25) المرسوم التنفيذي رقم 16-142 المؤرخ في 5 مايو 2016 يحدد كيفيات حفظ الوثيقة الموقعة إلكترونيا، ج ر عدد 28 مؤرخة في 8 مايو 2016.

رابعا- المواقع الإلكترونية:

26)- موقع مؤسسة الكويت "التقدم العلمي للنشر**aspd**.
www.e-signature.gov.eg

خامسا- باللغة الأجنبية:

27)- Loi n°2000-230 du 13 mars 2000, **portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique**, JORF 14 mars 2000.

28)- Directive 1999/93/ CE du Parlement européen et du Conseil du 13 d2cembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, Journal officiel n° L 013 du 19/01/2000. Publié sur le site :eur-lex.europa.eu.