مقدمة

إن التطور التكنولوجي المذهل في مجال المعلوماتية, و مدى ارتباطها الوثيق بشبكة الاتصالات الحديثة, أدى إلى التغيير في أنماط المعاملات ومختلف سلوكات التواصل بين الأفراد عبر الانترنت باعتبارها أهم وسيلة لإبرام العقود و الوفاء بالالتزامات, الأمر الذي أدى إلي انتعاش التجارة محليا ودوليا في خضم التجارة الإلكترونية, التي أفرزت نوع جديد من الوسائط في التعامل يعرف بالمستندات الإلكترونية ,فبعد هبوب رياح التغيير التي شنتها النهضة الرقمية , في مختلف مجالات الحياة بما فيها الجانب القانوني وبعد أن كانت أدلة الإثبات في ظل المستندات الورقية تسير في إطار قانوني مغلق ولفترة طويلة من الزمن دون تجديد , حيث اعتاد الأفراد على استخدام المستندات الورقية , نظرا لثقتهم فيها و لسهولة اكتشاف أي تغيير أو تعديل فيها, وبعد ضبط التشريعات للأدلة الورقية من حيث القوة والحجية تيسر لأجهزة القضاء العمل وفق هذا النمط المتكرر , ولكن بظهور المعاملات الإلكترونية التي تتميز بطبيعة خاصة مغايرة للمعاملات التقليدية المعبر عنه بالمستند التقليدي, كان لزاما على رجال القانون العمل على تكييف التشريع حسب المستجدات الراهنة بواسطة التعديل والاجتهاد القضائي , لغاية تحديد النظام القانوني الذي يكفل الحماية القانونية للمتعاملين بهذه الوسائط الإلكترونية , خاصة فيما يتعلق بقواعد الإثبات , مادامت هذه المستندات تمثل حقوقا محددة فلا قيمة لهذه الحقوق ما لم يتسن إثباتها قانونيا , ومن ثمة استلزم وضع قواعد الإثبات المتعلقة بها لسد الفراغ القانوني وتحريرها من عجز قواعد الإثبات التقليدية المتصلة بالسند الورقي عن مواكبة التطور , ولاسيما إذا تعلق الأمر بالجريمة المعلوماتية التي بلغت حدا من التطور فاق كل التصورات لذا يجب مقابلتها بالمثل , بتحديث التشريعات المتعلقة بالإثبات والبحث عن مدى حجية هذه المستندات خاصة بالنسبة للدول الراغبة في الانضمام لمنظمة التجارة الدولية.

وفي خضم هذا التطور والحضور العولمي في كل المجالات اشتد انتباهي معرفة مكانة المستند الإلكتروني في التشريعات خاصة التشريعات العربية باعتبارها جزء من هذا العالم لا تنفصل عنه , فاطلعت على الندوات والمؤتمرات التي طرحت هذا الموضوع من حيث حجية المستند الإلكتروني ومساواته بالمستند التقليدي وتنظيمه بأحكام تشريعية فوجدت أنه مادام مجتمعنا ملزم بتبني هذه المستجدات والمستند الإلكتروني بات العمود الفقري في مختلف العمليات والمعاملات الحياتية شعرت أنه من الضروري أن نرسم طريقا في هذا المسلك الجديد ولا نزعم أننا مجددين في هذا الموضوع وإنما هو الشعور بالحاجة إلي عصرنه طرق اتصالنا وتواصلنا كأفراد أو كمؤسسات ، وجدنا أنفسنا أمام الإشكالية التالية :

- **هل للمستند الإلكتروني حجية في مجال الإثبات القانوني تعادل حجية المستند الورقي ؟**

تفرعت عنها الأسئلة الآتية:

- **ما مدي توفر شرطا الكتابة والتوقيع في المستند الإلكتروني؟**
- **ما السبيل لتجاوز كافة العوائق والتحديات التي تعترض مسألة الإثبات بالمستندات الإلكترونية؟**
- **هل قواعد الإثبات المتعلقة بالمستند الورقي كفيلة بإثبات مختلف المعاملات الإلكترونية أم أنها عاجزة عن التكيف مع التكنولوجيات الحديثة؟**
- **كيف يمكن للتشريعات أن تتبنى فكرة المستند الإلكتروني الذي أصبح واقعا مفروضا بالرغم من المخاطر والصعوبات التي تكتنفه و ما هي الحلول الممكنة لتجاوز ذلك؟**

– **كيف عالجت التشريعات حجية المستند الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني ؟**

هذا، ولقد ارتبطت خطة البحث ب ثلاثة فصول استهللتها بمقدمة وذيلتها بخاتمة , إذ تناولت في الفصل الأول : مفهوم المستند الإلكتروني وتمييزه عن المستند التقليدي بالوقوف على الخصائص التي يتميز بها كل واحد منهما

وفي الفصل الثاني تناولت مختلف التحديات والعوائق التي أثارتها مسألة الإثبات بالمستندات الإلكترونية

أما في الفصل الثالث استعرضت حجية المستندات الإلكترونية , التوقيع الإلكتروني ,ومختلف الجهود الدولية للاعتراف بحجية المستند الإلكتروني حاولت من خلالها تسليط الضوء على التشريعات العربية ومن بينها الجزائر ,ثم خلصت إلى جملة من النتائج و أردفتها بجملة من التوصيات التي خصصت لها مطلبا مستقلا

هذا , واتبعت في تحليلي لهذه الخطة المنهج الاستقرائي المقارن الذي يتفق وخصائص الموضوع وتتبعه واقعيا وتوثيقا .

ولما كان البحث لا يخلو من المشاكل فلقد اصطدمت في طريقي هذا بجملة من الصعوبات والمشاكل أجملها فيما يلي أبدؤها بقلة المصادر والمراجع المتوفرة حول هذا الموضوع ,بالإضافة إلى ضحالة استعمال المستند الإلكتروني في واقعنا بالإضافة إلى ضيق الوقت المخصص لإنجاز هذه الدراسة في أحسن الأحوال .

الفصل الأول : المستند الإلكتروني وتمييزه عن المستند التقليدي

تطرقت في هذا الفصل إلى ضبط مفهوم المستند الإلكتروني ونظيره التقليدي, بتبيان خصائصهما مسلطين الضوء علي حجية المستند التقليدي في القانون المدني الجزائري

ثم انصرفنا إلى تحديد شرطا الكتابة والتوقيع الإلكتروني , ثم خلصت إلي التمييز بين

كل من المستند التقليدي والمستند الإلكتروني .

المبحث الأول : المستند التقليدي مميزاته وحجيت

المطلب <u>الأول</u> : المستند التقليدي .

المستند الخطي الورقي يُعرّف بـ " أنه محرر له قيمة في إثبات أمور معينة سواء كان قد أعد منذ تحريره لإثبات هذه الأمور أم لم يكن كذلك منذ البداية ويستوي في ذلك أن يكون سندا رسميا أو عرفيا ولا يشترط في السند أن يكون مثبت لحق له قيمة مادية فقد تكون للسند قيمة أدبية أو اعتبارية" [1]

وهناك من عرفه بقوله هو:" السندات الخطية الورقية ,على أنها كل كتابة يمكن أن يستند عليها أحد الخصوم في إثبات حقه أو نفيه ,بوصفها دليلا كاملا."[2]

---

[1] - محمد أمين الرومي , المستند الإلكتروني , دار الكتب القانونية , دار الشتات للنشر والبرمجيات,\ طبعة 2008 مصر, ص42و43. و انظر، فتوح عبد الله الشاذلي, جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال , دار المطبوعات الجامعية, طبعة 2002, ص512

[2]– عباس العبودي , تحديات الإثبات بالسندات الإلكترونية ومتطلبات القانوني لتجاوزها , منشورات الحلبي الحقوقية, طبعة 2010 , ص53 .

هذا، وقد حددت أغلب التّشريعات السّندات الخطية بالسّندات الرّسمية والسندات العادية وسائر السندات الأخرى المعتمدة في الإثبات , كالرسائل والبرقيات والدفاتر التجارية والأوراق الخاصة والتأشيرات على المستندات، ويشترط في هذه المستندات أن تكون مكتوبة وموقعة من الشخص المنسوبة إليه.

أ –المستند التقليدي الرسمي:

هو الورقة الرسمية التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن، طبقا للأوضاع القانونية وفي حدود سلطته و اختصاصه.

هذا، و يعرف المستند الرسمي في القانون الجزائري طبقا للمادة 324 قانون المدني الجزائري: " أن العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو شخص مكلف بخدمة عامة, ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه"[1]، والذي يستفاد من هذا النص، هو أنه يجب توفر ثلاثة شروط في المستند الرسمي :

الشرط الأول: يجب توفر صفة الموظف أو الضابط العمومي من طرف القائم بتحرير المستند.

الشرط الثاني : أن يثبت في المستند ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن في حدود سلطته واختصاصه

الشرط الثالث: أن يتم ذلك طبقا للأشكال القانونية .

وبالتالي ، فإنّ تخلف أحد الشروط اللازمة لوجود المحرر الرسمي ، سيُبطلُه كورقة رسمية , ويفقده رسميته إذا صدر من غير موظف عام أو ضابط عمومي أو كان خارج حدود سلطته و اختصاصه , أو لم يتم طبقا للأشكال القانونية.

---

[1] -ا المادة 324 من الأمر 75–58 – المؤرخ في 09/26/ 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم لقانون المدني الجزائري

وفي القانون المصري المادة10من قانون الإثبات 25 لسنة 1968 يعرف المحرر الرسمي على أنه الورقة الرسمية التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن طبقا للأوضاع القانونية وفي حدود سلطته و اختصاصه . ويشترط لصحة المحرر التقليدي أن:

1- يصدر من موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة، والموظف هو الشخص الذي تُعيّنه الدولة للقيام بمهام معينة فيحرره باسمه ويوقعه بإمضائه.

2- صدور المُحرَّر في حدود سلطة الموظف واختصاصه .

3- أن يراعى في تحريره؛ الأوضاع والإجراءات المحددة في التشريع المعمول به

ب . المستند التقليدي العرفي

هو مستند غير رسمي لا يتدخل في تحريره موظف عام بحكم وظيفته ويشترط في صحته عند غالبية الفقه، الكتابة والتوقيع , وشرط الكتابة ترتبط بإثبات واقعة أو تصرّف قانوني سواء أكان المستند مُعَداً للإثبات أو غير معد لذلك، بمعنى إعداد الدليل الكتابي في الإثبات , والمستندات العرفية ، هي مستندات مكتوبة ويجب أن تكون موقعة من صاحبها .

أما في ما يخص الكتابة في المحرر الورقي الرسمي أو العرفي , فيتعين علينا أن نميز بين الكتابة كدليل لإثبات التصرف أو الوقائع القانونية, وبين الكتابة كركن من أركان التصرف القانوني عندما يشترطها المشرع كركن لانعقاد التصرف, و أن نميز بين التصرف القانوني ووسيلة إثباته, إذ إنّ كثيرا ما يقع الخلط بين المستند المتمثل في الدعامة الورقية الرسمية أو العرفية المثبِة للتصرف، وبين التصرف في حد ذاته كعقد البيع كتصرف، ووثيقة عقد البيع كأداة لإثبات .

وفي القانون المدني الجزائري نصت المادة: 1/327 من القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو2005:على أنه "يعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه ووقعه أو وضع عليه بصمة إصبعه.."[1] ويستنتج من هذا النص المستند العرفي لا يصدر من موظف عام أومن

[1] المادة 327 من الأمر 75-58 – المؤرخ في 09/26/ 1975 و المتضمن القانون المدني المعدل المتمم .

في حكمه , فلا يتدخل في كتابته ولا توقيعه وإنما يكون مكتوبا من الشخص الذي صدر عنه, ويعد حجة عليه .

أما في التشريع الفلسطيني، فنجد في المادة 15 من قانون البيانات الفلسطيني رقم 4 لسنة 2001، قد اتجه إلى نفس ما اتجه إليه التشريع الجزائري في تحديده للمستند العرفي، فنَصّ على أن "السند العرفي هو الذي يشتمل على توقيع من صدر منه أو على خاتمه أو بصمته , ولا تتوفر فيه الشروط المنصوص عليها في المادة 9 من هذا القانون "

المطلب الثاني : مميزات المستند التقليدي

أ-المستند التقليدي مستند مكتوب

يُشترَط في المستند التقليدي أن يكون مكتوبا ,وتتألف الكتابة فيه من الحروف و عند بعض الفقهاء يصح أن تتألف الكتابة من علامات اصطلاحية , تم الاتفاق على استعمالها وفهم معناها من أطراف الاتفاق؛ حتى ولو لم تكن من الحروف المعهودة، وإنما عبارة عن كتابة مختزلة والشفرة السرية، ولا يهم نوع المادة التي تضمنت الكتابة ، فقد تكون ورق أو جلد أو خشب أو نحوه وقد يكون المستند بسيط أو مركب لاشتماله على عدة أجزاء تختلف من حيث المحتوى .

ب- المستند التقليدي مستند مقروء:

المقصود بأن يكون المستند التقليدي مقروءا، أن تكون الكتابة فيه مفهومة وبلغة واضحة عن طريق النظر أو السمع أو اللمس, بحيث يتمكن القارئ من إدراك محتوى المستند ومعناه , وإلا لا يمكن عده من وسائل الإثبات .

ج-المستند التقليدي يتضمن مجموعة من الأفكار والمعاني المترابطة :

يشترط في المستند أن يحتوى على جملة من الأفكار والمعاني المترابطة تشير في مجملها إلي معنى محدد لإضفاء صفة المستند عليه، وحتى يتسنى الاحتجاج به في مواجهة الغير كما ينبغي أن يدون بحروف أو رموز معروفة من طرف الشخص المتمسك بحجيته, فيؤيد هذه الفكرة الأستاذ محمود نجيب حسني هذا الرأي مركزا على حاسة العين فهي التي تكشف الفكرة والدلالة المعبر

عنها لغويا , ومعتبرا أن ما يدخل ضمن شريط التسجيل أو الأسطوانة المسجل عليه عبارات أيا كانت أهميتها القانونية لا تعتبر محررا له تأثير بالغ في المعاملات الاجتماعية والقانونية ولا يمكننا إضفاء وصف مستند لمجرد وجود ألفاظ لا تشير في مجموعها إلي جملة من الأفكار المترابطة "[1] .

د-عدم قابلية الكتابة للتعديل إلا بإتلاف المحرر :

ويقصد بذلك أنه لا يتصور التغيير والتعديل في المحرر دون ترك أثر مادي واضح عليه, ومن السهل اكتشافه , كذلك فإن المادة المحرر بها المستند الورقي تتصل كيمائيا بالتركيب المادي لهذه الأوراق إلى درجة عدم إمكانية الفصل بينهما إلا بإتلاف الدعامة الورقية, أو إحداث تغيرات من السهل اكتشافها , عن طريق الخبرة.

المطلب الثالث: حجية المستند التقليدي

1-حجية المستند الرسمي:

أ-حجية أصل المستند الرسمي

إنّ المستند الرسمي إذا استوفى شروطه كان حجة على أطراف التصرف القانوني, وكذا خلفهم العام والخاص ، وحجة على الكافة .وبالتالي يصبح المستند المحرر من طرف موظف عام في حدود سلطته واختصاصه وفقا لما تلقاه من ذوي الشأن وتم التوقيع عليه من طرفهم حجة لا يمكن دحضها إلا بالطعن بالتزوير في حجّيتة .

إذْ نصت المادة 324 مكرر5 على أن " ما ورد في العقد الرسمي؛ حجة حتى يثبت تزويره ويعتبر نافذا في كامل التراب الوطني." [2]

كما نصت المادة 324مكرر6 للقانون المدني " يعتبر العقد الرسمي حجة لمحتوى الاتفاق المبرم بين الأطراف المتعاقدة وورثتهم وذوي الشأن ".[3]

---

[1]- محمد أمين الرومي مرجع سبق ذكره ص 47.

[2] المادة 324 مكرر 5 من الأمر75-58 – المؤرخ في 09/26/ 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

[3]المادة 324 مكرر 6 من نفس الأمر.

هذا، ويُستفَاد من هاتين المادتين، أن للمستند الرسمي حجية في الإثبات أمام القضاء وفي مواجهة الأطراف و الغير ؛ في كافة التراب الوطني ، ولا يمكن إدحاض هذه الحجّية ؛ إلا عن طريق الطعن بالتزوير في المستند الرسمي، ذلك أن المستند الرسمي يكتسب صفة الرّسمية بمجرد وضع موظف عام؛ أو من في حكمه إمضاء هـ . كما للعقد الرسمي حجّية تسري على أطرافه وفقا لما تم الاتفاق عليه ، كما يكون له نفس الحجية بالنسبة للورثة وذوي الشأن امام القضاء .

ب- حجية صور المستند الرسمي :

- **في حالة إذا كان أصل الورقة موجودا**، فإنه سيكون كالآتي :

نصت المادة325 من القانون المدني الجزائري علي أنه "إذا كان أصل الورقة الرسمية موجودا , فإن صورتها الرسمية خطية كانت أو فوتوغرافية؛ تكون حجة بالقدر الذي تكون فيه مطابقة للأصل ، وتعتبر الصورة مطابقة للأصل ، ولكن إذا نازع أحد الطرفين في ذلك تراجع الصورة على الأصل."[1] ويستخلص من هذا النص أن صورة المستند الرسمي لها حجية سواء كانت خطية أو فوتوغرافية، ولكنها حجّية مقرونة بمدى مطابقتها للأصل , وأنه في حالة منازعة أحد الأطراف في حجيتها , يتم مراجعة الصورة على الذي يجب أن يكون موجودا أي الأصل.

- في حالة إذا كان أصل الورقة غير موجود :

فإنه طبقا لنص المادة 326 من القانون المدني ، فإنه في حالة عدم وجود أصل الورقة الرسمية كانت الصورة حجة كالآتي :

1- يكون للصورة الرسمية تنفيذية كانت أو غير تنفيذية ، حجية الأصل متى كان مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك في مطابقتها للأصل .

2-كما يكون للصورة الرسمية المأخوذة من الصورة الأصلية الحجية ذاتها، ولكن يجوز لكل من الطرفين مراجعتها على الصورة الأصلية المأخوذة منها .

[1] – المادة 325 من نفس الأمر.

3-أما ما يؤخذ من صور رسمية للصورة المأخوذة من النسخ الأولى، فلا يعتد به إلا لمجرد الاستئناس" [1]

ويستخلص من هذه المادة ثلاث حالات :

1- الحالة الأولى : وهي حالة التي يكون فيها للصورة الرسمية والتي تأخذ عن الصورة الأصلية , سواء كانت تنفيذية كسند الدين أو حكم قضائي نهائي ممهور بالصيغة التنفيذية أو كانت غير تنفيذية كالكفالة والوكالة تكون لها نفس حجية الأصل إذا كان مظهرها الخارجي لا يدعو للشك كأن تكون خالية من المحو والشطب أما إذا كانت محل شك، ، سقطت حجيتها في الإثبات . ولكن المظهر الخارجي لا يعكس دائما الحقيقة, فقد تكون الصورة الرسمية سليمة في الظاهر، ولكنها غير مطابقة للصورة الأصلية.

2- أما الحالة الثانية : والتي يجب فيها أن يكون أصل الورقة موجودا ففي حالة منازعة أحد الطرفين في حجية الصورة الرسمية، أمكن مراجعتها على الصورة الأصلية , وبالتالي استبعاد الصورة الرسمية لعدم مطابقتها للأصل .

3- الحالة الثالثة : هي حالة الصورة الرسمية المأخوذة من النسخ الأول، فلا حجية لها. ويتم الأخذ بها على سبيل الاستئناس.

2 - حجية المحرر العرفي :

أما بالنسبة لحجية المحرر العرفي نصت المادة : 327 من القانون المدني الجزائري على أنه "يعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة إصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه , أما ورثته أو خلفه فلا يطلب منهم الإنكار ويكفي أن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون أن الخط والإمضاء أو البصمة هو لمن تلقوا منه هذا الحق."[2] وما نستنتجه من هذا النص، هو أن حجية المستند العرفي تختلف عن حجية المستند الرسمي الذي يكون صادرا من موظف عام أو من في حكمه، و بشهادته ولا يمكن إدحاض

[1] - المادة 326 من نفس الأمر.

[2] - المادة 327 من نفس الأمر .

حجيته إلا عن طريق الطعن بالتزوير. أما المستند العرفي فيكون صادرا ممن كتبه أو وقّعه، دون أن يشهد عليه موظف عام أومن في حكمه , والشخص الذي يحتج عليه بالمستند العرفي , قد يعترف أو ينكر الخط والإمضاء كل أو بعض ما جاء في المستند , وعند إنكاره يلجأ المحتج بالمستند العرفي إلي إجراءات مضاهاة الخطوط , وتنطبق أحكام هذا النص على المستندات العرفي المعدة للإثبات والتي تكون موقعة ممن هي حجة عليه , فتصبح بذلك أداة مهيأة للإثبات .

كما نصت المادة 328 من الأمر 75- 58 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم على" أنه لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت ويكون تاريخ العقد ثابتا ابتداء:

- من يوم تسجيله

- من يوم ثبوت مضمونه

- من يوم ثبوت مضمونه في عقد أخر حرره موظف عام مختص

- من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط و إمضاء , غير أنه يجوز تبعا للظروف رفض تطبيق هذه الأحكام فيما يتعلق بالمخالصة ." و الذي يُستفاد من هذا النص هو أن المستند العرفي لا يكون حجة على الغير؛ إلا إذا كان له تاريخ ثابت، وهذا بالنسبة للأوراق العرفية المعدة للإثبات ،غير أنه يجوز عدم وجود تاريخ ثابت إذا تعلق الأمر بالمخالصة .

أما المستندات العرفية غير المعدة للإثبات؛ والتي غالبا ما تكون خالية من التوقيع وقد حددها المشرِّع الجزائري في القانون المدني كما يلي:

1-الرسائل والبرقيات

2-الدفاتر التجارية

3-الدفاتر والأوراق المنزلية

4-التأشير على سند الدين بما يفيد براءة ذمة المدين

إذ نصت المادة:329 من الأمر 75 – 58 المؤرخ في 1975/09/6 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم من القانون المدني الجزائري على" أنه تكون الرسائل الموقع عليها قيمة الأوراق العرفية من حيث الإثبات وكذا البرقيات إذا كان أصلها المودع في مكتب التصدير موقعا عليها من مرسلها وتعتبر البرقية مطابقة لأصلها حتى يقوم الدليل على عكس ذلك وإذا تلف أصلها فلا تعتبر نسختها إلا لمجرد الاستئناس"[1] ويستخلص من هذه المادة ، أن المشرع أعطى للرسائل الموقع عليها قيمة الأوراق العرفية في الإثبات وكذا البرقيات , بشرط أن يكون أصلها محفوظ بمكتب البريد وموقع عليه من مرسلها , ويفترض مطابقتها للأصل ؛ ولذوي الشأن إثبات عكس ذلك , وإذا تلف أصلها لا تعد كدليل في الإثبات ولا يؤخذ بها إلا لمجرد الاستئناس.

أما الدفاتر التجارية الإجبارية حسب المادة 330* لا تكون دفاتر التجار حجة على غير التجار، غير أن هذه الدفاتر عندما تتعلق بتوريدات قام بها التجار , يجوز للقاضي توجيه اليمين المتممة لأحد الطرفين فيما يكون اثباته بالبينة وتكون دفاتر التجار حجة على هؤولاء التجار ولكن إذا كانت هذه الدفاتر منتظمة فلا يجوز لمن يريد استخلاص دليلا لنفسه أن يجزىء ما ورد فيها واستبعاد منه ما هو مناقض لدعواه* .[2] ويستخلص من هذا النص أن الدفاتر التجارية لا تكون حجة إلا بين التجار، فكل ما قام التاجر بتدوينه من بيانات، تعد حجة عليه , أما إذا تعلق الأمر بتوريدات قام بها التاجر جاز للقاضي أن يوجه اليمين المتممة لأحد الطرفين فيما يكون إثباته بالبينة , ولا يجوز لمن يريد أن يستخلص من الدفاتر التجارية دليلا لنفسه أن يجزّئ ما جاء فيها ، وهذا بقبول واقعة دون أخري , كواقعة التسليم دون واقعة سداد الدين، وهي تُأخذ بأكملها أو تُترك كليا .

أما بالنسبة للدفاتر والأوراق المنزلية نصت المادة331 من القانون المدني الجزائري على أنه : " لا تكون الدفاتر والأوراق المنزلية حجة على من صدرت منه إلا في الحالتين الآتيتين:

- إذا ذكر فيها صراحة أنه استوفى دينا

[1] – المادة 329 من نفس الأمر.

[2] –المادة 330 من نفس الأمر .

- إذ ذكر فيها صراحة أنه قصد بما دونه في هذه الدفاتر والأوراق وأن تقوم مقام السند لمن أثبتت حقا لمصلحته" .[1] والدفاتر والأوراق المنزلية هي ما يدونه الشخص فيما يتعلق بشؤونه الخاصة و لا يلزمه القانون بذلك.فقد أعطاها المشرع حجية على من صدرت منه , وهذا في حالتين إذا ورد فيها صراحة سداد الدين أو قصد من خلال تدوينها أنها تقوم مقام السند لمن أثبتت حقا لمصلحته .

أما بالنسبة للتأشير على السند بما يفيد براءة المدين، فقد نصّت المادة 332 على أن" التأشير على سند بما يستفاد منه براءة ذمة المدين حجة على الدائن إلى أن يثبت العكس ولو لم يكن التأشير موقعا منه مادام السند لم يخرج قط من حيازته . وكذلك الحكم إذا أثبت الدائن بخطه دون توقيع يستفاد منه براءة ذمة المدين في نسخة أصلية أخرى , أو في مخالصة وكانت النسخة أو المخالصة في يد المدين." [2] ويستخلص من هذه المادة أن سند الدين المؤشر عليه ببراءة ذمة المدين في حيازة الدائن يعتبر حجة على الدائن ولو لم يكن التأشير موقعا مادام لم يخرج من حيازته, ولكنها حجية قابلة لإثبات العكس , كذلك الأمر إذا أثبت الدائن بخطه دون توقيع براءة ذمة المدين, في نسخة أصلية أو مخالصة كانت بحوزة المدين .

هذا ، وقد نصت1320 من القانون المدني الفرنسي على أن تكون الورقة رسمية أو عرفية؛ حجة على الطرفين؛ حتى فيما لم تذكره إلا على سبيل الإخبار، مادام الإخبار متصلا اتصال مباشر بما ذكر على سبيل الإخبار مادام الإخبار مباشر بما ذكر على سبيل التقرير .أما إذا كان الإخبار أجنبيا عن التقرير فلا يصلح إلا مبدأ الثبوت بالكتابة.[3]

---

[1] المادة 331 من نفس الأمر

[2] – المادة 332 من نفس الأمر

[3] -محمد أمين الرومي، المستند الإلكتروني، دار الكتب القانونية – دار الشتات للنشر والبرمجيات ،طبعة 2008, مصر المحله الكبرى، ص38

المبحث الثاني : مفهوم المستند الإلكتروني

المطلب الأول : تعريف المستند الإلكتروني

هناك من يعرف المستند الإلكتروني " المستندات الإلكترونية , بيانات ثبوتية ,يقع خزنها ونقلها بشكل رقمي والمقصود فيها ، هو ذلك الشكل الإلكتروني أو الرقمي وليس الشكل الورقي اللاحق حينما يتم استخراج هذه السندات وطباعتها على الورق"[1] ونظرا لحداثة اصطلاح المستند الإلكتروني , اختلفت التشريعات بشأن تسميته –كتابة, محرر إلكتروني ,مستند ,توقيع إلكتروني ,وثيقة , سند أصلي , نسخة مطابقة, نشر ,ختم سجل ,ملف, طبعة"[2]ورغم اختلاف الفقه حول هذه التسميات إلا أن الدلالة والمعنى المقصود هو واحد , و اختلاف التسميات؛ هو خلاف لفظي محض أما اصطلاحا تؤدي الألفاظ معناها العلمي المتفق عليه , طالما كان المقصود بالسند الإلكتروني هو الشكل الإلكتروني أو الرقمي .[3]

أما المشرّع الأمريكي، فقد عرف المستند الإلكتروني(كل مستند ينشأ أو يرسل أو يستقبل بوسائل الكترونية .* [4]

أما المشرع المصري فقد عرف المشرع المصري المستند الإلكتروني على أنه : رسالة بيانات تتضمن معلومات تنشأ أو تدرج أو تخزن أو ترسل أو تستقبل كليا أو جزئيا بوسيلة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو بأية وسيلة أخرى .[5]

---

[1] -عباس العبودي , تحديات الإثبات بالسندات الإلكترونية , منشورات الحلبي الحقوقية , الطبعة الأولى '2010 بيروت لبنان,ص33

[2]– عباس العبودي المرجع سبق ذكره , ص33.

[3]– عباس العبودي , مرجع سبق ذكره , ص 35 – أنظر حسام البطوشي ،والدكتور جعفر المغربي ،حجية البريد الإلكتروني في القانون الأردني , مجلة روح القوانين العدد 33ج 2 ,آب 2004 ص654 .

[4]-- عباس العبودي ,مرجع سبق ذكره , ص37

[5]– محمد أمين الرومي سبق ذكره ص53

يمكن تعريف المستند الإلكتروني بأنه "سند يتضمن معلومات قابلة للاسترجاع بشكل مفهوم، يتم إنشاؤه أو تخزينه أو استخراجه أو نسخه أو إرساله أو إبلاغه أو استلامه أو حفظه بوسائل إلكترونية".[1] نلاحظ أن التعريف تضمن مصطلح سند، وهو مفهوم واضح ومستقر في ذهن الحقوقيين ارتبط بالسند الورقي، فالسند الإلكتروني هو رسالة بيانات، تتضمن معلومات قابلة للقراءة والفهم البشري.

وقد عرف قانون الاونسترال للتجارة الإلكترونية لعام 1996 السند الإلكتروني بأنه "المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة , بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر, تبادل البيانات الإلكترونية أو التلكس أو النسخ البرقي"[2]

كما عرفته المادة الثانية من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي بأنه :* سجل أو مستند يتم إنشاءه أو تخزينه أو استرجاعه أو نسخه أو إرساله أو إبلاغه أو استلامه بوسيلة إلكترونية على وسيط ملموس أو على وسيط إلكتروني أخر ويكون قابلا للاسترجاع بشكل يمكن فهمه * [3]

[1]– التعريف هو التعريف المقدم في المادة الثالثة من إقتراح قانون تكنولوجيا المعلومات اللبناني.

[2]– 2–22 قانون الاونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية لسنة 1996 والصادر في جلسة رقم 85 للجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 16–ديسمبر 1996عباس العبودي , تحديات الإثبات بالسندات الإلكترونية , منشورات الحلبي الحقوقية , الطبعة الأولى '2010,ص36

[3]– عباس العبودي المرجع سبق ذكره ,ص37

المطلب الثاني :مميزات الإثبات بالمستندات الإلكترونية

أ- السرية والأمن القانوني:

لعل أهم خاصية من خصائص الإثبات بالمستندات الإلكترونية ,أنه يتسم بالسرية والأمن القانوني ويتمتع بنظام تأميني , يأمّن له الحماية اللازمة من الإطلاع على محتواه والعبث فيه بحيث يتعذر معرفة ما فيه إلا من طرف المرسل الذي أرسلها أو الشخص المخول له إرسالها ,ذلك أن تواجد المستند الإلكتروني على شبكة الأنترنت تتيح لأي شخص فرصة الإطلاع عليه ,والمستند الإلكتروني يتميز بسريته عن البرقية المتداولة بين عدة أشخاص إلى غاية وصولها إلى المرسل إليه ,ويعد إحاطة المستند الإلكتروني بالأمن ضمانة حقيقية لها من الضياع ,خاصة المستندات المستخرجة من الأنترنت والفاكس ميل لكون هذه التقنيات توفر أمنية عالية , خاصة نظام التشفير الذي عرفته اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني المصري " التشفير منظومة تقنية حسابية تستخدم مفاتيح خاصة لمعالجة وتحويل البيانات والمعلومات عن طريق استخدام مفتاح أو مفاتيح فك الشفرة* بالإضافة لنظام التشفير,يمكن استخدام أحد النظم لتأمين شبكة الانترنت كاستخدام تكنولوجيا الجدران النارية وطريقة طبق العسل ونظام كاتب العدل الإلكتروني[1]

ب-السرعة في إبرام التعاقد :

يحقق المستند الإلكتروني فائدة كبيرة في مجال إبرام التعاقد عبر الأنترنت ,بحيث من السهل تبادل الإيجاب والقبول بين أطراف متباعدة من حيث المكان باختزال كل المسافات وتحقيق السرعة الزمنية المطلوبة , ولاسيما فيما يتعلق بالتجارة الإلكترونية التي اقتضت استخدام وسائط إلكترونية تتناسب وطبيعتها الإلكترونية من خلال تأمين وصول إيجاب شخص في بلد معين لشخص أخر في البلد الأجنبي وتلقى القبول أو الرفض في ثوان معدودة,وأمكن بذلك تجنب كثير من الأوراق المكتبية المتعلقة بالبيع والشراء والشحن التي أصبحت تتم عبر

[1]- محمد أمين الرومي المستند الإلكتروني مرجع سابق , ص67

الوسائط الإلكترونية في كل ما يتعلق بتبادل الالتزامات والوفاء عن طريق بطاقة الائتمان أو النقود الرقمية أو البطاقات الذكية .[1]

ج- طبيعة الدليل المستخرج من المستند الإلكتروني :

إن الدليل المستخلص من المستند الإلكتروني ,ذو طبيعة مادية سواء كانت عبارة عن مخرجات ورقية ملموسة أو أدلة إلكترونية , وفي هذه الحالة كذلك تكون على شكل دعامات مادية كالأشرطة الممغنطة والأقراص المغناطيسية على اختلافها , وكل ما يعرض على شاشات الحاسوب يعد ذو طابع مادي محض .[2]

د – السجلات الإلكترونية يصعب العبث بها :

ومن بين الميزات التي يتسم بها المستند الإلكتروني , أن السجلات الإلكترونية المخزن فيها المستندات يصعب العبث فيها وتغييرها وهذا لاعتمادها على تكنولوجيا التأمين والتشفير وهذا لوجود شفرة سرية تحفظ هذه السجلات بحيث لا يمكن الإطلاع عليها إلا باختراق الشفرة , وبالتالي يصبح للدليل الإلكتروني قوة ثبوتية في مجال الإثبات القانوني .

هـ- الإتقان والوضوح :

المستندات الإلكترونية دقيقة وواضحة ,و معدة إعدادا متقن قبل إرسالها ,لذا ينعدم فيها الخطأ وبالخصوص المستند الإلكتروني المرسل عن طريق الفاكس ميل لأن هذه المستندات تحتاج للتدقيق , فهي تصل بنفس الحجم والصورة والشكل ذاته والخطأ في هذه الحالة يكاد يكون معدوما , وهذا يبعث الإطمئنان في نفوس المتعاملين بها والإقبال عليها أكثر وهجر المستند التقليدي , الذي أصبح لا يتلاءم ومتطلبات العصر والتطور التكنولوجي فبعد دخول الرقمنة في مختلف المجالات الحياتية أصبح من الصعب تكييف ما هو تقليدي يخطو

---

[1]- عباس العبودي , التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني , دار الثقافة عمان, 1997 ص27و30 أنظر عباس العبودي , تحديات الإثبات بالسندات الإلكترونية, مرجع سابق , ص 40.

[2]– سامي جلال االفقي , الأدلة المتحصلة من الحاسوب وحجيتها في الإثبات الجنائي , دار الكتب القانونية ,دار شتات للنشر والبرمجيات ,2011 مصر ص 59–65.

بخطوات متثاقلة مع ما هو حديث وبالتالي فإن المستند الإلكتروني يتصف بالإتقان والوضوح في زمن قياسي يتناسب في سرعته الزمنية وحركية التطور التكنولوجي.

المطلب الثالث :شرطا الكتابة والتوقيع الإلكتروني

أ- الكتابة الإلكترونية :

لقد أخذت أغلب التشريعات بالمفهوم الواسع للكتابة بعد تبنيها للكتابة الإلكترونية ,ومن بينها القانون الفرنسي الذي عرف الكتابة في المادة 1316 من التقنين المدني بأنها * كل تتابع للحروف أو العلامات أو الأرقام أو أي إشارات أو رموز أخرى ذات دلالة تعبيرية مفهومة من الآخرين , أيا كان نوع الوسيط أو الدعامة التي تقع عليها, وأيا كانت طريقة نقلها"[1]

كما تنص المادة 1312 من التقنين المدني الفرنسي وبمقتضى القانون 230 لسنة 2000على أن "الدليل الكتابي أو الإثبات عن طريق الكتابة يتكون من مجموعة من الحروف أو الأشكال أو الأرقام أو من إشارات أو غيرها من العلامات والرموز التي لها مدلول يسهل إدراكه, أيا كانت الدعامة التي تحملها وطرق أو وسائل نقلها"[2]

وفي القانون المصري رقم 15لسنة 2004 المتعلق بالتوقيع الإلكتروني وبإنشاء هيئة صناعة تنمية المعلومات,نص في المادة الأولى فقرة أ على أنه* المقصود بالكتابة الإلكترونية : كل حروف أو أرقام أو رموز أو أي علامات أخرى تثبت على دعامة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أية وسيلة أخرى مشابهة وتعطى دلالة قابلة للإدراك".[3]

هذا، ولقد أخذ المشرع الجزائري بالكتابة الإلكترونية في مجال الإثبات فنص في المادة 323 مكرر من القانون المدني05 -10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 على أنه"

---

[1]-عابد فايد عبد الفتاح فايد , الكتابة الإلكترونية في القانون المدني بين التطور القانوني والأمن التقني ,دار الجامعة الجديدة الإسكندرية مصر,2014 ,ص33.

[2] - عايد فايد عبد الفتاح , مرجع يبق ذكره ,ص 50 .

[3] -عابد فايد عبد الفتاح , مرجع سبق ذكره , ص 50 .

ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات مفهوم مهما كانت وسيلة التي تضمنتها وكذا طرق إرسالها" .

كما نصت المادة 323مكرر 1 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 تصمن سلامتها".[1]

ومن هذه النصوص نستنتج أن **المشرع الجزائري أخذ بالمعنى الواسع للكتابة مهما كانت الوسيلة التي تضمنتها, ويقصد بالوسيلة المستعملة القرص الصلب أو القرص المرن أو في شكل رسائل إلكترونية وطرق إرسالها,وهذا في المادة323 مكرر, كما ساوى بين الكتابة العادية الورقية والكتابة الإلكترونية من حيث الحجية في مجال الإثبات وفقا للمادة 323 مكرر1**, (يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة .....) واشترط أن تكون الكتابة ذات مفهوم وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها مع إمكانية التأكد من هوية صاحبها .[2]

ب –شروط الكتابة الإلكترونية :

1– الكتابة الإلكترونية ممكنة القراءة :

والمقصود بذلك أن تكون مدونة بحروف أو رموز معروفة ومفهومة لدى الشخص المتمسك بحجية المستند الإلكتروني ذلك أن قراءة المستند الإلكتروني تتم بصورة غير مباشرة عبر الوسيط الإلكتروني على خلاف المستند الورقي الذي تتم قراءته مباشرة من المحرر الورقي , ومع ذلك وبفضل المفهوم الواسع والحديث للكتابة أصبح بإمكان اعتبار الكتابة الإلكترونية مقروءة ومفهومة رغم حاجتها للوسائل التقنية لبروزها على شاشة الحاسوب ومع التطور التقني والتكنولوجي أصبح من الأمور اليسيرة .[3]

---

[1] – المادة323 والمادة 323 مكرر1 من الأمر 75 – 58 المؤرخ في 1975/09/6 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم

[2]– المؤتمر العلمي لمغاربي حول المعلوماتية والقانون المنعقد في الفترة 29/28 أكتوبر 2009, ناجي الزهراء, مداخلة بعنوان التجربة التشريعية الجزائرية في تنظيم المعاملات الإلكترونية المدنية والتجارية ,ص 11–12 .

[3]– عابد فايد عبد الفتاح فايد , مرجع سبق ذكره , ص47.

2- **الكتابة الإلكترونية ثابتة ومستمرة:**

يشترط في الكتابة الإلكترونية الثبات والاستمرارية , وهما صفتان ملازمتان للمستند الورقي وهو أمر صعب التحقق بالنسبة للمستند الإلكتروني وليس مستحيل التحقق بالرغم من أن الكتابة الإلكترونية تكون عرضة للتلف بسبب اختلاف في قوة التيار الكهربائي , أو تخريبها بسبب الفيروسات أو الاعتداء عليها بالمحو أو التعديل الكلي أو الجزئي عمدا من الغير, وعليه تمت مقابلة كل هذه المخاطر بوسائل أمنية وتقنية من أجل ضمان ثباتها و استمراريتها وبتحقق هذا الشرط يصبح المستند الإلكتروني يعادل المستند الورقي من حيث اعتباره كدليل من أدلة الإثبات ,بحيث يمكن الرجوع للمستند الإلكتروني بسهولة عند الحاجة إليه في الإثبات.[1]

3- **الكتابة الإلكترونية غير قابلة للتعديل :**

والقصد من ذلك أن لا يطرء على الكتابة منذ إنشاءها أول مرة في شكلها النهائي أي تغير أو تعديل أو تلاعب في البيانات أو بنود العقد مثلا المتفق عليها بين الطرفين فيؤثر هذا التغيير على إلتزامات الأطراف وبالتالي على المراكز القانونية لأصحاب الحقوق, والمقصود بعدم قابلية التعديل هو عدم القدرة على التغيير في بيانات المحرر إلا باء تلافه أو ترك أثر مادي عليه , ويسهل الكشف عن التعديل في المحرر الورقي بمجرد النظر أو الإستعانة بذوي الخبرة في هذا الشأن , أما في ما يتعلق بالكتابة الإلكترونية , فاءن هذا الشرط يعتمد على الدعامات المثبة عليها معلومات , فاءذا كانت الدعامة غير دائمة , والمقصود بها المتكررة في الاستعمال كالدسك والقرص المرن يمكن إزالة الكتابة فيها ووضع كتابة أخرى ,أما الدعامة الدائمة فهي لا تستعمل إلا مرة واحدة كالأسطوانة أو السي دي (CD لايمكن محو ما كتب عليها إلا باءتلافها أو ترك أثر مادي عليها , وتستعمل وسيلتي التشفير والتوثيق لمنع التلاعب والتعديل .[2]

[1] -عابد فايد عبد الفتاح فايد , مرجع سبق ذكره ص51

[2] عابد فايد عبد الفتاح، مرجع سبق ذكره , ص65

-ب التوقيع الإلكتروني :

1- مفهوم التوقيع الإلكتروني

عرف البعض التوقيع الإلكتروني على أنه* وحدة قصيرة من البيانات التي تحمل علاقة رياضية مع البيانات الموجودة في محتوى الوثيقة *[1]

وقد عرف المشرع الفرنسي التوقيع الإلكتروني على أنه توقيع يتكون من مجموعة من الأرقام يرتبط بالمعلومات التي يرغب المرسل في إرسالها إلي الطرف الأخر واحتواء التوقيع على هذه المعطيات يدل على ارتباط صاحبه واعترافه بما ورد في الوثيقة الإلكترونية المرسلة *[2]

وتعرف أعمال لجنة التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة CNUDCI في قانون التجارة الإلكترونية الصادر عنها عام 1996 ، على أن التوقيع الإلكتروني هو عبارة عن مجموعة أرقام تمثل توقيعا على رسالة معينة , يتحقق هذا التوقيع من خلال إتباع بعض الإجراءات الحسابية المرتبطة بمفتاح رقمي خاص بالشخص المرسل ومن ثمة فإنه بالضغط على هذه الأرقام الخاصة بالشخص يتكون التوقيع الإلكتروني"[3] ويقصد بالتوقيع الإلكتروني في مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري بأنه : "حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات لها طابع منفرد تسمح بتحديد شخصية صاحب التوقيع وتمييزه عن غيره "مما يستفاد من نص المادة على أنه ينبغي أن يكون للتوقيع طابع متميز يتم من خلاله تحديد هوية الموقع وتمييزه عن الغير.[4]

أما المادة 327 فقرة أخيرة نصت على أنه :" .....ويعتد بالتوقيع الإلكتروني وفقا للشروط المذكورة في المادة 323 مكرر أعلاه ." ونستنتج من هذا، أن المشرع الجزائري

---

[1]- فيصل سعيد الغريب ,لتوقيع الإلكتروني وحجيته في الإثبات , منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية مصر ,2005 , ص216 أنظر نجوى أبو هيبة ,التوقيع الإلكتروني ومدى حجيته في الإثبات ,دار النهضة العربية 2002.

[2] – فيصل سعيد الغريب , سبق ذكره ص216 .-9.2853 Opcit Le Stanc .Metch .Vivant .

[3] - فيصل سعيد الغريب ,لتوقيع الإلكتروني وحجيته في الإثبات , منشورات المنظمة ة العربية للتنمية الإدارية,2005 , ص217

[4] – عبد الفتاح بيومي الحجازي , إثبات المعاملات الإلكترونية عبر الانترنت ,مصر, طبعة 2009 , ص 16 .

أخذ بالتوقيع الإلكتروني واعترف له بالحجية في مجال الإثبات, و القانون الجزائري يميز بين التوقيع الإلكتروني المؤمن وذلك بموجب المادة 3 من المرسوم التنفيذي 07-162[1] " التوقيع الإلكتروني هو أسلوب عمل يستجيب للشروط المحددة في المادتين 323 مكرر و323 مكرر 1.

التوقيع الإلكتروني المؤمن: هو توقيع إلكتروني يفي بالمتطلبات الآتية:

- يكون خاصا بالموقع.
- يتم بوسائل يمكن أن يحتفظ بها الموقع تحت مراقبته الحضرية.
- يضمن مع الفعل المرتبط به صلة ببحث يكون كل تعديل لاحق للفعل قابلا للكشف عنه.

وينبغي التمييز بين تشفير التوقيع الإلكتروني و تشفير الرسالة الإلكترونية ذلك أن التشفير في التوقيع الإلكتروني يقتصر فقط على التوقيع بينما تشفير الرسالة الإلكترونية يقتضي تشفير الرسالة بأكملها رغم اتفاقهما في كون كلاهما عملية حسابية .

والكتابة الإلكترونية لوحدها غير كافية بالنسبة للمستند الإلكتروني المعد للإثبات بل يشترط توفر عنصر التوقيع الذي أصبح كبديل عن التوقيع التقليدي الذي بات لا يتلاءم مع نظم المعالجة الإلكترونية للمعلومات والتوقيع الإلكتروني يقوم على إتباع إجراءات معينة تؤدي إلي نتيجة معروفة مقدما وقد عرفته المادة الأولى من القانون المصري بشأن التجارة الإلكترونية التوقيع الإلكتروني على *أنه حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات لها طابع منفرد يسمح بتحديد شخص صاحب التوقيع وتمييزه عن غيره 2" [2]

[1]--المرسوم 07-162 يعدل ويتمم المرسوم 01-123 المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية. المؤتمر العلمي لمغاربي حول المعلوماتية والقانون المنعقد في الفترة 29/28 أكتوبر 2009, ناجي الزهراء, مداخلة بعنوان التجربة التشريعية الجزائرية في تنظيم المعاملات الإلكترونية المدنية والتجارية ,ص.12

[2] فيصل سعيد الغريب , مرجع سبق ذكره, ص 218 .

2- وظائف التوقيع

يتحدد دور التوقيع الإلكتروني في ثلاثة وظائف أساسية :

1-تمييز هوية صاحب التوقيع :

ويقصد بذلك أنه من التوقيع يمكننا معرفة الشخص المنسوب إليه وتحديد هذا الشخص بالذات دون غيره , وهي وظيفة التوقيع التقليدي , وبالتالي فإن التوقيع سواء كان توقيع الكتابي أو إلكتروني يؤدي نفس الوظيفة في تمييز هوية صاحب التوقيع.

2-التعبير عن إرادة صاحب التوقيع :

إن وجود التوقيع الإلكتروني على المستند الإلكتروني يدل على رضاء صاحب التوقيع وقبوله الالتزام بمضمون التصرف القانوني وإقراره له كما يستفاد منه قبول البيانات المدرجة في المستند الإلكتروني , وهذا له أهمية كبيرة في مجال الإثبات أمام القضاء ونسبة التوقيع لموقعه .

3- التوقيع يدل على حضور صاحب التوقيع :

ويقصد بحضور صاحب التوقيع , أن يكون الموقع موجودا بنفسه أو من ينوب عنه قانونا لوضع التوقيع على المستند , وهذا الشرط بمفهومه الضيق يكون أكثر تناسب مع التوقيع التقليدي , لكون التوقيع الإلكتروني لا يتصور فيه الحضور المادي للأشخاص, ومع ذلك أمكن تحقق هذا الشرط وفقا للحضور الحكمي وليس المادي للأشخاص من خلال التوقيع لمعلوماتي والتوقيع السري الذي لا يخص إلا صاحبه لا يمكن نسبته لغيره لارتباطه بتقنيات تكنولوجيا مؤمنة , ومما يفيد حضور الموقع حتى ولو كان يتعاقد عن بعد مثلا[1]

3-صور التوقيع الإلكتروني:

أ- التوقيع الرقمي أو الكودي :

عرفته المواصفات القياسية رقم 2-7498 ISO الصادر عن المنظمة الدولية للمواصفات والمقاييس لعام 1988 أنه* بيان أو معلومة , تتصل بمنظومة بيانات أخرى أو

[1]- فيصل سعيد الغريب مرجع سبق ذكره,ص , 226

صياغة منظومة في صورة شفرة *كود* والذي يسمح للمرسل إليه , إثبات مصدرها و الإستيثاق من سلامة مضمونها وتأمينها ضد أي تحريف أو تعديل)"[1]

ويقصد بالتوقيع الرقمي تحويل الكتابة والتوقيع , المكتوبين بالكتابة العادية إلى أرقام سرية ومعادلات رياضية , لا يعرفها إلا صاحب التوقيع ويتم تشفير ذلك بمفتاحين , الأول يكون عام يستطيع المتعاقد الأخر وكل من يرغب في قراءة المستند عبر الأنترنت من الإطلاع عليه .

أما المفتاح الثاني: " يكون خاص وسري لا يعلمه إلا صاحب التوقيع فلا يمكن لأحد أن يعيد المستند في نصه المقروء إلا من يحتفظ بالمعادلة الخاصة , كما لا يمكن استنتاج المفتاح الخاص من المفتاح العام"[2] ويعد هذا التوقيع ضمانة للمستند من التعديل والتحريف وكذا ضمانة من عدم إنكار المستند من طرف موقعه الذي تحددت به هويته , وللتأكد من صحة التوقيع الرقمي ، عملت العديد من الدول على وضع جهة محايدة متخصصة عرفت بالكاتب العدل الإلكتروني .

ويستخدم هذا النظام في التعاملات البنكية وغيرها كاستخدامه في بطاقة الائتمان التي تحتوي على رقم سري لا يعرفه إلا العميل , وكذا في المراسلات الإلكترونية التي تتم بين الموردين والمصدرين وبين الشركات والتجار من خلال الصفقات [3]

ب-التوقيع البيوميتري :

ويتعلق التوقيع البيومتري بالخواص والصفات الذاتية المتصلة بالشخص كبصمة الإصبع أو بصمة العين أو نبرة الصوت من خلال العلم البيومترلوجي يتولى دراسة الخواص الذاتية اللصيقة بالإنسان وهي تختلف من شخص لأخر ,بحيث يتم تخزين بصمة الشخص وصفاته داخل الدائرة الإلكترونية للجهاز المراد التعامل معه وبالتالي لاستجيب الجهاز إلا للشخص المعنى [4],وقد تعرض هذا التوقيع للانتقاد بدعوى أن

---

[1] – عباس العبودي , مرجع سبق ذكره, ص154 .

[2] – عباس العبودي , مرجع سبق ذكره ,ص154

[3] – عبد الفتاح بيومي الحجازي ,مرجع سبق ذكره ,ص23 .

[4] – عباس العبودي , مرجع سبق ذكره ص156

هذا النوع من التوقيع لا يحقق الأمان والسرية التي يتطلبها المستند الإلكتروني وهذا بسبب إمكانية فك شفرة التوقيع من طرف القراصنة والمحترفين , وبالرغم هذا الإدعاء لا يمكننا إنكار فضل العلم والتقنية الحديثة , بحيث يبقى التوقيع البيومترى من أعقد التوقيعات التي يصعب اختراقها ,وفي المقابل يوجد خبراء ومتخصصين في هذا المجال باء مكانهم كشف هذه الاختراقات والاستعمال الغير المشروع لهذا التوقيع من غير صاحبه ,بحيث يتم تخزين بصمة الشخص وصفاته داخل الدائرة الإلكترونية للجهاز المراد

ج-التوقيع بالقلم الإلكتروني:

ويتم هذا التوقيع عن طريق قلم الكتروني حسابي يمكن من خلاله الكتابة على الحاسب الآلي من خلال استعمال برامج معينة ,تقوم هذه البرامج بالتقاط التوقيع الرقمي والتأكد من صحته وهذا من خلال لوحة وقلم رقميين يقوم صاحب التوقيع بكتابة توقيعه بواسطتهما , ويتم تخزين البيانات عن طريق خوارزمية التشفير"[1],ويتم مقارنة التوقيع المدخل مع التوقيع المخزن والذي يحتوي على الصفات البيولوجية للموقع وبالتالي يمكن كشف أي تغيير من خلال برنامج خاص يتولى فحص سلامة التوقيع .

المطلب الرابع : اختلاف المسندات الإلكترونية عن المستندات التقليدية

إن الفرق بين المستند الإلكتروني والمستند التقليدي يكمن في الدعامة التي يكون عليها كل منهما فالمستند التقليدي دعامته ورقية , بينما المستند الإلكتروني دعامته إلكترونية كبرامج الكمبيوتر , والوسائط الإلكترونية المختلفة ووسائل التقنية الحديثة .

كما أن هناك من رأى أن المستند التقليدي أكثر دوام واستقرار من المستند الإلكتروني وهذا بسبب دعامته الورقية الثابتة والغير قابلة للمحو والتعديل إلا بترك أثار واضحة يسهل كشفها أما المستند الإلكتروني فإنه نظرا لدعامته الإلكترونية لا يتسم بمثل هذا الثبات والاستقرار، إذ يسهل التعديل والعبث فيه دون ترك أثار واضحة , إلا أن هذه المشاكل أمكن حلها بوضع برامج الأمان والحماية ومن خلال كاتب العدل الإلكتروني .

[1] – ,عباس العبودي مرجع سبق ذكره, ص158

كما أن المستند الإلكتروني يحتاج إلى وسائط إلكترونية لقراءته ونقله أما المستند الورقي يسهل قراءته من الدعامة الورقية مباشرة دون الحاجة لوسيط كما يسهل نقله من مكان لأخر , وفي كثير من الأحيان يكون المستند الإلكتروني غير قابل للقراءة والإطلاع عليه بوجود الوسيط الإلكتروني , وهذا بسبب تغير التقنيات وعلي وجه التحديد التقنيات البرمجية النصية (OFFECE) والبرامج التشغيلية المتجددة , في إطار المنافسة والاحتكار لسوق البرمجيات من بعض الشركات الكبرى مثل شركة مايكروسوفت .

لقد وضعت بعض الحلول لهذه المشكلة, وذلك بإدخال بعض برامج المعالجة الموافقية النصية والبرمجية , لدى شركات البرمجيات , وذلك وفقا لخصائص كل برنامج على حده , يساعد على عرض النصوص الإلكترونية .[1]

وبالرغم من حاجة المستند الإلكتروني إلي وسيط إلكتروني إلا أن المستند الإلكتروني وفقا لركيزته الإلكترونية ، يستوعب كماً هائلاً من المعلومات؛ وفقا لحجم الوسيط ومقدار المعلومة ، وبالتالي يمكن تخزين وعرض عدد غير محدود من المستندات في مساحة صغيرة , كما يسهل في حالة المستند الورقي نقله بحمله إذا كان حجمه معقول ولكن كيف يمكننا حمل ألاف المستندات الورقية من مكان لأخر وأنا أرى أن الوسيط الإلكتروني بإمكانه حملها ونقلها بسهولة بعد أن أصبحت الحاسبات الآلية بحجم الكتب .

بالإضافة إلى أن المستند الإلكتروني يتشابه مع المستند التقليدي في تضمنهما للكتابة قابلة للقراءة والفهم مباشرة أو بواسطة وكذا احتواءهما على التوقيع .

كما أن المستند الإلكتروني يسهل البحث فيه وإدارته والتعديل فيه وتخزينه واسترجاعه , باستعمال خصائص البرمجة الإلكترونية عكس المستند التقليدي الذي يصعب تبويبه وتنظيمه بحيث يأخذ مساحات كبيرة و ألاف الرفوف , كما يصعب استرجاعه والتعديل فيه وكل ذلك يتطلب جهد وعناء حمله ونقله وترتيبه ويضيع الجهد والوقت أثناء عملية البحث عن المستندات الورقية ,والمستند الإلكتروني معرض للخلل التقني بسبب التعدي على برامج

[1] – عثمان الصديق أحمد ورقة عمل السودان بعنوان المستند الإلكتروني وأهميته وضرورة إصدار تشريع يكفل حجيته ويضع ضابط له , الندوة العلمية حول أهمية السند الإلكتروني ومساواته بالسند الورقي المنعقدة بجامعة الدول العربية, المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية , بيروت لبنان .

أو الأجهزة بواسطة البرمجيات الضارة أي فيروسات بخلاف المستند التقليدي الورقي الذي يكون ثابت غير معرض للخلل .

المبحث الثالث: صور المستند الإلكتروني :

المطلب الأول : الشيك الإلكتروني

الشيك الإلكتروني يعرفه مصطفى كمال طه ووائل أنور بندق *على أنه محرر ثلاثي الأطراف معالج إلكترونيا بشكل كلي أو جزئي يتضمن أمرا من شخص يسمى الساحب إلي البنك المسحوب عليه بأن يدفع مبلغا من النقود لإذن شخص ثالث يسمى المستفيد .* [1]

ويعرفه منير محمد الجنيبهي وممدوح محمد الجنبهي أنه* المكافئ الإلكتروني للشيكات الورقية التقليدية التي اعتدنا التعامل بها , والشيك الإلكتروني هو رسالة إلكترونية موثقة ومؤمنة يرسلها مصدر الشيك إلى مستلم الشيك (حامله) ليعتمده ويقدمه للبنك الذي يعمل عبر الانترنت ليقوم البنك بتحويل قيمة الشيك المالية إلى حساب حامل الشيك وبعد ذلك يقوم بإلغاء الشيك وإعادته إلكترونيا إلي مستلم الشيك (حامله) ليكون دليلا على أنه قد تم صرف الشيك فعلا ويمكن لمستلم الشيك أن يتأكد إلكترونيا من أنه قد تم بالفعل تحويل المبلغ إلى حسابه.[2]

ومن مزايا الشيك الإلكتروني , أنه عزز الثقة بين المتعاملين لاشتماله على بيانات تبعث الاطمئنان والثقة بحيث يقوم البنك بالتحقق من بيانات الشيك ثم القيام بعملية المقاصة كما أنه يعد أداة وفاء تجاوزت الكثير من الأخطار والمشاكل التي أفرزها التعامل بالشيك الورقي , وهذا بسبب اصطدام المتعاملين مع عدم وجود رصيد للشيكات وبالتالي أصبح

[1] مصطفى كمال طه ووائل أنور بندق , الأوراق التجارية ووسائل الدفع الإلكترونية الحديثة , دار الفكر الجامعي , الطبعة الأولى 2006 – – محمد محبوبي , أساسيات في أدوات الدفع والإئتمان ص 150.

[2] منير محمد الجنيبهي وممدوح محمد الجنبهي , الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني , دار الفكر الجامعي , ص159 –– محمد محبوبي , مرجع سابق ص151 .

الشيك الإلكتروني أكثر أمانا من نضيره التقليدي , بالإضافة إلي تخفيف الأعباء المالية الملقاة على عاتق التاجر , بحيث لا يلزم التاجر بالبقاء على اتصال دائم بالبنك , إذ يكفي اتصال واحد يمكنه من الإطلاع على كافة الشيكات التي تلقاها .

هذا، ولقد أدت مزاياه إلى انتشاره الواسع, لذا قامت الولايات المتحدة الأمريكية بدراسات ,نتج عنها استبدال الشيكات الورقية بالشيكات الرقمية وهذا لتخفيض النفاقات إذ بينت الإحصائيات أن البنوك تستخدم أكثر من 500 مليون شيك ورقي , وأن عدد الشيكات الورقية في زيادة مستمرة , وأن استخدام الشيكات الرقمية سيحقق وفرا قدر بـ 250 مليون دولار سنويا في الولايات المتحدة الأمريكية وحدها , وقد قامت عدة شركات بتوفير البرامج والنظم الخاصة باء دارة وإصدار الشيكات الإلكترونية , وأهمها مؤسسة نت Net 1 وأريزونا [1]

.-استخدام الشيك الإلكتروني :

تتم عملية استخدام الشيك الإلكتروني كالآتي :

1-يشترك كل من البائع والمشتري لدى جهة التخليص , ويقوم المشترى باختيار السلعة التي يرغب في شراءها من البائع المشترك لدى شركة التخليص نفسها ويتم تحديد السعر الكلي والاتفاق على أسلوب الدفع .

2-يقوم بملء نموذج الشراء والفاتورة حيث ترسل إلي البائع مباشرة عبر البريد الإلكتروني بعد ملئها

3-تقوم جهات التخليص بمراجعة الشيك والتحقق من صحة الأرصدة والتوقيعات بناء على ذلك تقوم بإخطار كل من المشتري والبائع بتمام إجراء المعاملة المالية وهي خصم الرصيد من المشتري وإضافته إلي البائع .[2]

---

[1] – محمد محبوبي , مرجع سابق , ص155 أنظر صليحة حاجي , الوفاء الرقمي عبر الأنترنت : المظاهر القانونية , أطروحة دكتوراه في القانون الخاص جامعة محمد الأول , كلية العلوم القانونية والإقتصادية سنة 2006/2005 ص81 –

[2] - محمد محبوبي , مرجع سابق ص156و155- أنظر عبد الفتاح بيومي الحجازي، جرائم غسل الأموال , أساسيات في أدوات الدفع والائتمان ص89 .

المطلب الثاني :السفتجة الإلكترونية والسند لأمر الإلكتروني

يعرفها مصطفى كمال طه ووائل أنور بندق أنها :" محرر شكلي ثلاثي الأطراف معالج إلكترونيا بصورة كلية أو جزئية يتضمن أمرا صادرا من شخص يسمى الساحب إلى شخص أخر يسمى المسحوب عليه بأن يدفع مبلغ من النقود لشخص ثالث يسمى المستفيد لدى الإطلاع أو في تاريخ معين".[1]

ويستخلص من هذا التعريف , أن بيانات وأطراف السفتجة الإلكترونية هي نفس السفتجة العادية والاختلاف الوحيد هو الدعامة التي تكون عليها السفتجة إلكترونية أم ورقية ويضاف بعض البيانات بالنسبة للسفتجة الإلكترونية مثل اسم المؤسسة المالية(المسحوب عليه) واسم الفرع الذي يوجد لديه الحساب .

. أنواع السفتجة الإلكترونية :

ا-السفتجة المعلوماتية الورقية:

هي السفتجة التي تصدر في نموذج مطبوع مستخرج من الحاسوب ظهرت في فرنسا، في 02 جويلية 1973 , من خلال الممارسات البنكية دون تنظيمها بنص قانوني , تتوفر على نفس شروط السفتجة العادية بالإضافة إلى المعلومات البنكية الخاصة بالمسحوب عليه .

أما بالنسبة لطريقة استخدامها ,فيتم نقلها للبنك الذي يقوم بتسجيل المعطيات على شريط ممغنط من بنك الساحب ثم إرساله للبنوك المواطنة عن طريق بنك المقاصة لفرنسا ,محدد للسفاتج التي ينبغي أداءها بالنسبة لزبائن كل بنك , ويقوم البنك باء عداد كشف

[1] مصطفى كمال طه ووائل أنور بندق , الأوراق التجارية ووسائل الدفع الإلكترونية الحديثة ,مرجع سابق ص345 – محمد محبوبي , مرجع سابق ص 140 .

السفاتج المعلوماتية الواجب أداءها من طرف كل مسحوب عليه وعندما يقبل المسحوب عليه الأداء يقوم بإرسال جزء من الكشف مؤرخ وموقع عليه ويحتفظ بالجزء الأخر .[1]

ب-السفتجة المعلوماتية الممغنطة :

يقوم هذا النوع من السفاتج على دعامة مغناطيسية لا ورقية تلجأ إليها الشركات والمقاولات الكبرى في فرنسا , وتقوم هذه الشركات بتسجيلها على شريط ممغنط وتسلم إلى البنك وتجمع بعد ذلك كل الأشرطة الممغنطة على الصعيد الوطني وتسلم لحاسوب المقاصة لبنك فرنسا الذي يقوم بدوره بترتيب المعلومات ونقلها للبنوك , التي تتولى أمر معالجتها وبالرغم من أن السفتجة المعلوماتية الورقية تجاوزت المشاكل المتعلقة بالشكلية المادية إلا أنه يصعب الأمر بالنسبة للسفتجة الممغنطة فهي عاجزة عن أداء دور السفتجة العادية بسبب عدم قابليتها للتداول وتقديمها للقبول , وهذا لعدم وجود محرر ورقي وعدم وجود نظام لتتبع مسار نظام التوقيع الإلكتروني , وكذا صعوبة التظهير, والقبول والضمان الاحتياطي وبالتالي لا يمكن تطبيق قواعد القانون التجاري عليها وأحكام قانون الصرف مما جعلها مجرد أداة تحصيل الديون وأنها تخضع للقواعد التي تحكم كل من الوكالة والتحويل , ويرى جانب من الفقه أنها تشبه نظام الإشعار بالاقتطاع , من خلال قيام البنك باقتطاع مبلغ من حساب الزبون بناء على رخصة منه"[2]

. السند لأمر الإلكتروني:

عرفه كل من مصطفى كمال طه ووائل أنور بندق على أنه :" أنه محرر شكلي الأطراف معالج إلكترونيا بصورة كلية أو جزئية يتضمن تعهدا من محرره بدفع مبلغ من النقود في تاريخ معين لإذن شخص أخر هو المستفيد . وهو صورة متطورة للسند لأمر التقليدي و يختلف عنه في كونه معالج إلكترونيا بينما السند لأمر العادي يكون على دعامة ورقية ويتفق معه في كونه يتضمن تعهدا من محرره بدفع مبلغ من النقود في تاريخ معين لإذن المستفيد"

[1] – محمد الشافعي, الأوراق التجارية المطبعة ,والوراقة الوطنية , طبعة 2 ,2002 ص27 – أنظر محمد محبوبي , مرجع سابق ص 142

[2] – نقلا عن ، محمد محبوبي , مرجع سابق ص142

كيفية استخدامه :

1 – يقوم المحرر بتحرير السند في صورة ورقية ثم يسلمه إلى المستفيد

2– يسلمه المستفيد بدوره إلى المصرف الذي يتعامل معه .

3– بعد ذلك يتم تحويل مجموعة المعلومات المضمنة في السند إلى الشريط الممغنط ثم يتم تداول الشريط الممغنط الذي يتضمن بيانات السند من بنك المستفيد إلى الحاسب الآلي للمقاصة ثم إلى بنك المحرر الملتزم بالوفاء وبهذا يتم تحديد السندات التي يتم الوفاء بها وغيرها التي لا وفاء بها و إشعار بنوك محرري السندات بذلك .

المطلب الثالث :العقود الإلكترونية

هناك من عرف العقد الإلكتروني على أنه* العقد الذي يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول عبر شبكة اتصالات دولية باستخدام التبادل الإلكتروني للبيانات أو بقصد إنشاء التزامات تعاقدية وهو تطابق للإيجاب والقبول عبر شبكة الإتصالات ."[1]

كما عرفه البعض على أنه عقد يخضع في تنظيمه للقواعد والأحكام العامة التي تنظمها النظرية العامة للعقد فهو يتم بالاتفاق والتراضي بين طرفيه , الموجب والقابل ولكنه يتميز بأنه عقد يبرم عن بعد بين غائبين وليسا حاضرين , باستخدام وسائط إلكترونية من أجهزة وبرامج معلوماتية و غيرها من الوسائل لتقنية الحديثة التي تعمل أليا وتلقائيا بمجرد إصدار أوامر التشغيل إليها [2]

وقد عرفت **المادة 2 من التوجيه الأوروبي الصادر في 1990/05/20** المتعلق بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد , عرف التعاقد عن بعد بأنه* عقد متعلق بالسلع والخدمات يتم بين مورد و مستهلك من خلال الإطار التنظيمي الخاص بالبيع عن بعد أو تقديم الخدمات التي ينظمها المورد, والذي يتم باستخدام واحدة أو أكثر من وسائل الاتصال الإلكترونية حتى إتمام العقد .* المستند الإلكتروني[3]

---

[1] -محمد أمين الرومي , مرجع سبق ذكره ,ص59

[2]-محمد أمين الرومي, , مرجع سبق ذكره ص59 .

[3] محمد أمين الرومي , مرجع سبق ذكره ص62.

وجاء تعريف معنى التعاقد الإلكتروني بأنه " التصرف القانوني الذي يتم عن بعد , عن طريق وسيلة إلكترونية ,وذلك حتى إتمام العقد" [1]

يتم إبرام العقد الإلكتروني بتلاقي الإيجاب والقبول في مجلس عقد حكمي يتم بين الحواسيب التي تكون في حوزة كل متعاقد من خلال تبادل المعلومات حول العقد ويشترط في العقد الإلكتروني ما يشترط في العقد التقليدي من أهلية التعاقد والتعبير عن التراضي بإرادة خالية من العيوب وتبادل الإيجاب والقبول, ويتم إبرام العقد عبر شبكة الانترنت .

والعقد الإلكتروني يتم من خلال استخدام وسائط إلكترونية , كما أن طريقة الوفاء في العقود الإلكترونية تختلف عن طريقة الوفاء في العقود التقليدية إذ تتم عن طريق وسائل الدفع الإلكترونية كالنقود والشيكات الإلكترونية.....الخ [2] كما أن العقد الإلكتروني يغلب عليه الطابع التجاري وهو عقد عابر للحدود الذي يتم ابرمه بين طرفين أو أكثر قد يتواجدون في بلدان مختلفة , كما أنه عقد مقترن بحق العدول بسبب أن المستهلك في العقد لا يتمكن من المعاينة الفعلية لخصائص السلعة أو الخدمة.

[1]– رضا المتولي وهدان , النظام القانوني للعقد الإلكتروني والمسؤولية عن الاعتداءات الإلكترونية ,دار الفكر والقانون المنصورة ,الطبعة الأولى 2013,ص24 .

[2]محمد أمين الرومي, سبق ذكره ص62.

الفصل الثاني : العوائق والصعوبات التي تثيرها مسألة الإثبات بالمستندات الإلكترونية وإمكانية تجاوزها .

بالرغم من المزايا التي ينفرد بها الإثبات بالمستندات الإلكترونية , إلا أنها تواجه العديد من الصعوبات والتحديات التي تحول دون قبولها في مجال الإثبات ومساواتها بالمستندات التقليدية من حيث الحجية , وقد تكون هذه العوائق تشريعية أو ناجمة عن الأخطاء أو مرتبطة بكفاءة جهاز العدالة أو أفعالا عمدية تمس بسلامة المستند الإلكتروني وأمنه التقني تستدعي تجريمها وتنظيمها بأحكام تشريعية , إلي جانب هذه العوائق تطرقت لبعض الحلول التشريعية والتقنية المقترحة من الحقوقيين والتقنيين , التي تتيح إمكانية تجاوز هذه العوائق .

المبحث الأول : العوائق النا بعة من طبيعة الدليل الإلكتروني

المطلب الأول : شروط قبول الدليل المستخرج من المستند الإلكتروني

أ- شرط الكتابة وإمكانية تطبيقه على المستند الإلكتروني:

إذا رجعنا لتحديد المفهوم التقليدي للكتابة , نجد أنه يقصد به الأوراق المكتوبة , باعتبار المحرر المكتوب هو أحد الوسائل المعول عليها في الإثبات من قبل التشريعات ,والكتابة هي أسلوب للتعبير يتضمن تسطير وجمع الحروف والكلمات في شكل مادي ظاهر يعبر عن معنى مكتمل أو فكرة مترابطة صادرة عن الشخص الذي نسبت إليه .[1]

ولقد ذهبت بعض التشريعات ومن بينها التشريع العراقي, لمعالجة مسألة الإثبات في المستند الإلكتروني إلي تطبيق القواعد الخاصة بالاستثناءات الواردة على مبدأ الإثبات الخطي , وهي كالآتي:

1-قبول المستندات الإلكترونية بوصفها مبدأ ثبوت بالكتابة :

المقصود بقبول المستند الإلكتروني ضمن وصف مبدأ ثبوت الكتابة , إذا ثبت أن الكتابة الإلكترونية المتضمنة في المستند الإلكتروني تجعل الحق المدعى به قريب الاحتمال, متى تأكد أن المستند قد صدر من الخصم الذي يراد الاحتجاج به ضده .

فقد نصت المادة 78 من قانون الإثبات العراقي رقم 107 لسنة 1979 المعدل بالقانون رقم 46 لسنة2000على أنه *الإثبات بالشهادة, في حالة وجود مبدأ ثبوت بالكتابة وهو كل كتابة تصدر من الخصم , يكون من شأنها , أن تجعل من وجود الحق المدعى به قريب الاحتمال"[2]ويستخلص من هذه المادة ,أن المشرع العراقي أخذ بالكتابة الإلكترونية

[1] عباس العبودي , مرجع سبق ذكره , ص68.

[2] عباس العبودي, مرجع سبق ذكره ,ص69 .

ضمن وصف مبدأ الثبوت بالكتابة , وقرنها بالإثبات بالشهادة , واشترط أن تكون الكتابة صادرة من الخصم المراد الاحتجاج ضده , وأن تجعل الحق المدعى به قريب الاحتمال .

وفي هذه الحالة تصبح الكتابة الإلكترونية كالكتابة في محاضر الإستجواب ولا يمكن مساواتها بالكتابة الورقية من حيث الحجية في مجال الإثبات .

2- قبول السندات الإلكترونية في حالة فقدان السند الكتابي:

نصت المادة 1/18 من قانون الإثبات العراقي على أنه يجوز أن يثبت بجميع طرق الإثبات , وما كان يجب إثباته بالكتابة إذا فقد السند الكتابي بسبب لا دخل لإرادة صاحبه فيه .ويستفاد من هذا النص أنه يجوز الإثبات بجميع طرق الإثبات والتي يندرج ضمنها المستند الإلكتروني وهذا في حالة فقدان السند الخطي , ويشترط في ذلك :

أ- سبق وجود سند كتابي لدى طالب الإثبات بغير الدليل الكتابي

ب- فقدان السند الكتابي بسبب أجنبي لا يد للمدعى فيه كما هو الحال في القوة القاهرة[1]

3- قبول الإثبات بالمستندات الإلكترونية في حالة وجود مانع من الحصول على الدليل الكتابي :

والمعنى المراد بعدم الحصول على المستند الخطي الورقي , هو الاستحالة العارضة النسبية لا الاستحالة المطلقة بوجود مانع من الحصول على الدليل الخطي ولا يمكن الأخذ بمجرد الصعوبة في الحصول عليه ويقصد بذلك أيضا استحالة الحصول على الكتابة وقت التعاقد استحالة عارضة , سواء كانت مقصورة على شخص معين أم ترجع إلى الظروف الخاصة التي يتم بها التعاقد .

وقد أجازت المادة 18 فقرة2 من قانون الإثبات العراقي, قبول جميع طرق الإثبات فيما يجب إثباته بالدليل الكتابي إذا وجد مانع مادي أو أدبي حال دون الحصول على دليل كتابي .[2]

---

[1] عباس العبودي , سبق ذكره ,ص71.

[2] عباس العبودي , مرجع سبق ذكره , ص73

و إذا لجأنا للتفسير الضيق للمادة، لا يمكن إدراج المستند الإلكتروني ضمن هذا الاستثناء لصعوبة إنشاء الدليل الكامل أثناء التعاقد بالسندات الإلكترونية ولكن لا يعني هذا استحالة الإثبات , بينما لجأ بعض الفقهاء للتفسير الواسع للنص وأجازوا تطبيق الاستثناء

على المستندات الإلكترونية , وأكدوا على أن عدم تطبيق هذا الاستثناء يؤدي إلى بقاء التعاقد الإلكتروني دون دليل إثبات .

4-قبول السندات الإلكترونية في حالة وجود اتفاق أو قانون يجيز الإثبات بغير الدليل الكتابي

يلجأ الكثير من الأفراد إلي إبرام عقود خاصة مع الشركات بشأن الاتفاق على جواز الإثبات بالمستندات الإلكترونية وبالتالي تجاوز مشكلة قبول الدليل الإلكتروني ,والخروج عن مبدأ وجوب الإثبات بالدليل الكتابي وإحلال مكانه مبدأ الإثبات الحر وذلك بإثبات التصرف القانوني بكافة طرق الإثبات وبالتالي يجوز الاتفاق بين الأطراف على اتخاذ المستند الإلكتروني كدليل كامل في الإثبات , وبالرغم من أن جانب من الفقه وجد في هذه الاتفاقات قلبا لعبء الإثبات من خلال افتراض صحة المستند الإلكتروني إلى غاية إثبات العكس من المشتري أو طالب الخدمة وبالتالي يصطدم من يقع عليه عبء الإثبات بحقيقة عدم وجود سند خطي ولا شهود إذ نادرا ما يحدث ذلك وهذا ما يؤدي إلى إهدار حق الخصم وهناك من رأى في هذا الاتفاق عقد إذعان , ويحق للقاضي القيام بدور حماية الطرف الضعيف في عقد الإذعان وأن يقوم بإبطال الشروط التعسفية لهذه الاتفاقات.

ومن خلال المفهوم الضيق والمحدود للكتابة يصعب المساواة بين الكتابة العادية والإلكترونية باعتبارها عنصر هام من عناصر الدليل في مجال الإثبات , لذا تعذر تكييف المفهوم الحديث للكتابة مع المفهوم الكلاسيكي للكتابة المرتبطة بالمستند الورقي , فكان من الضروري الأخذ بالمفهوم الواسع للكتابة لاشتماله على مدلول مغاير ينسجم مع متطلبات المستند الإلكتروني و يتلاءم مع تطور التقنية الحديثة ومقتضيات الحداثة و العصرنة, ولقد أصبح المستند الإلكتروني واقعا يجب التسليم به , والأجدر بدلا من رفضه البحث عن قواعد تتلاءم وطبيعته وإصدار تشريع قادر على استعابه , ونستنتج مما سبق أن الحلول الاستثنائية تزيد من حجم العوائق في مجال الإثبات بالمستند الإلكتروني بدلا عن حل المسألة زيادة تعقيدها, لذا يبقى السبيل الوحيد لتجاوز هذه التحديات هو تدخل الدول بوضع

قوانين خاصة تنظم الأحكام المتعلقة بالمستند الإلكتروني ومسألة حجيته في الإثبات بشكل مستقل عن أحكام المستند الورقي التقليدي .

ت- شرط التوقيع وإمكانية تطبيقه على المستند الإلكتروني:

إذا حاولنا تكييف المفهوم التقليدي للتوقيع مع المستند الإلكتروني , نصطدم بعائق تطبيقه وانسجامه مع طبيعة المستند الإلكتروني والتي تختلف تمام الاختلاف مع المستند الورقي التقليدي بسبب دعامته الإلكترونية ,والتوقيع يستلزم وجود عنصرين:

1 – ا لعنصر المادي : وهو الكتابة الخطية أو الإشارة أو العلامة الظاهرة التي يكتب بها التوقيع سواء كان إمضاء أو بصمة إبهام أو أصبع أو ختم .

2– العنصر الثاني : هو العنصر المعنوي وهو اتفاق إرادة الموقع مع مضمون المستند وإقراره على التصرف القانوني الوارد فيه .[1]وبناء على ذلك مادام لا يمكن الفصل بين العنصر المادي والمعنوي لا يمكن توفر هذان العنصران في المستند الإلكتروني و بالتالي لا يمكن مساواة المستند الإلكتروني بالمستند التقليدي من حيث الحجية والقوة الثبوتية , هذا ما يعتقده بعض المتشبثين بقوة الدليل المستخلص من المستند الورقي التقليدي .

أما التوقيع بالمفهوم الحديث فاتسع ليشمل التوقيع الإلكتروني , فأصبح من السهل توفر شرط التوقيع في المستند الإلكتروني وقد اتجه الفقه إلى تعريفه على أنه " كل ما يوضع على المستند الإلكتروني ويتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها ويكون له طابع منفرد يسمح بتحديد شخصية الموقع ويميزه عن غيره".[2] ومن الصعوبات التي واجهت التطبيق والاعتراف بالتوقيع الإلكتروني , هي التشكيك في مصداقيته وقد دعم الرافضين له موقفهم, في كون التوقيع الإلكتروني يكون صادرا عن الحاسب الآلي بينما التوقيع التقليدي يكون صادرا عن الموقع مما يعبر عن شخصيته كما أن التوقيع الإلكتروني معرض للضياع والسرقة , وبالرغم من هذه الإدعاءات, لا يمكن استبعاد التوقيع الإلكتروني , فقد يواجه التوقيع التقليدي نفس المخاطر من خلال تقليد وتزوير التوقيع , والتوقيع الإلكتروني لا يعد صادرا عن الحاسب الآلي كما يزعم المتشددون أنصار المستند التقليدي , بل يعد

[1] عباس العبودي ,مرجع سابق ,ص64 .

[2] عباس العبودي ,مرجع سبق ذكره , ص65

الحاسب الآلي مجرد أداة يستعملها الموقع لاتخاذ إجراءات محددة وبحصوله على رقمه السري يتعين الحفاظ على أمنه وسريته .[1]وقد نتج عن الرقي بمفهوم التوقيع وتوسيعه ليتلاءم و متطلبات الحداثة والتطور وينسجم مع طبيعة المستند الإلكتروني, قبول المستند الإلكتروني كدليل في مجال الإثبات بتوفر شرط التوقيع الذي كان مستبعدا من إمكانية تطبيقه على المستند الإلكتروني .

إن الاختلاف الواضح والجوهري للتوقيع التقليدي عن التوقيع الإلكتروني نتج عنه أنه من غير الممكن تطبيق القواعد القانونية المتعلقة بالتوقيع التقليدي على التوقيع الإلكتروني وإنما توجب إحداث تعديلات في التشريع وتنظيم التوقيع الإلكتروني بأحكام خاصة .

[1] عباس العبودي , مرجع سبق ذكره , ص62–67 .

المطلب الثاني : طبيعة الدليل الإلكتروني المستخلص من المستند الإلكتروني

أ- مفهوم الدليل الإلكتروني:

عرف الدليل الإلكتروني المستخرج من المستند الإلكتروني على أنه " تلك الأدلة التي يمكن الحصول عليها من الحاسوب بإحدى وسائل الإخراج"-[1]ونلاحظ من هذا التعريف أنه حدد أدلة الحاسوب على سبيل المثال لا الحصر وبناء عليه يمكن أن نحدد أنواع الأدلة الإلكترونية إلى ثلاثة :

1-الأدلة الورقية : وهي تلك الأدلة المطبوعة على الورق , واستخراج المعلومات المخزنة في ذاكرة الحاسوب عن طريق الطابعة التي تتولى نسخ البيانات الموجودة فيه [2]

2-الأدلة الإلكترونية : هي تلك الأدلة المتحصل عليها بواسطة الأقراص الممغنطة و الأشرطة المغناطيسية أو غيرها من الوسائط الإلكترونية , من الحاسب الآلي والشريط المغناطيسي هو عبارة عن شريط بلاستيكي مغطى بمادة قابلة للمغنطة ويستخدم في تخزين البرامج والملفات المتتالية , أما لأقراص المغناطيسية تعتبر من وسائط الخزن تستخدم للتخزين المباشر أو العشوائي وهذا نظرا لقدرتها الاستيعابية العالية وإمكانية القراءة والتسجيل أو التعديل لأي ملف دون الحاجة لإنشاء ملف فيتم تعديل السجل وهو في موضعه وتتضمن 1-لقرص المرن 2-القرص 3- القرص الخرطوش 4-المصغرات الفيلمية

3-أدلة العرض المرئي : وهي الأدلة التي تعرض على شاشة الحاسب الآلي ومن خلالها يتم استعراض البيانات أو المعلومات المكتوبة على لوحة المفاتيح بواسطة المستخدم كما يتم استعراض البيانات المدخلة أو المعلومات الناتجة عن معالجة البيانات في وحدة المعالجة المركزية والتعليمات الموجهة للمستخدم بواسطة البرامج التطبيقية .[3]

---

[1] هلالي عبد الله أحمد حجية المخرجات الكمبيوترية في المواد الجنائية , دار النهضة العربية , القاهرة , 2003 ص14 – انظر سامي جلال فقي حسين , مرجع سابق , ص55.

[2] سامي جلال فقي حسين, نفس المرجع ,ص 57.

[3] سامي جلال فقي حسين ,مرجع سبق ذكره ,ص 63 .

ب-طبيعة الدليل الإلكتروني

بالنسبة لطبيعة الدليل عامة, فهو لا يخرج عن كونه مادي محسوس كضبط الشيء المسروق بحوزة السارق أو معنوي كاستخلاص الدليل من القول أو الكتابة , أو إدلاء الشهود باعتراف الجاني وهي أقوال تؤثر في قناعة القاضي.

- وإذا تساءلنا عن طبيعة الدليل الإلكتروني , أهو ذو طبيعة مادية أم معنوية ؟

لكانت الإجابة أن طبيعة الدليل المستخرج من المستند الإلكتروني , هو ذو طبيعة مادية [1] سواء كانت ورقية أو إلكترونية فالدعامة الإلكترونية والمغناطيسية هي ذات طبيعة مادية وكذا بالنسبة لأدلة العرض المرئي التي تعرض على شاشات ذات طبيعة مادية وباستعراضنا لطبيعة الدليل الإلكتروني نقضي على كل الشكوك والإدعاءات الرامية إلي رفض الدليل الإلكتروني ,باعتباره غير مرئي وقابل للتعديل والتغيير بمحوه في لمح البصر ولمجرد لمسة خاطفة على لوحة المفاتيح ,ومادام الدليل الإلكتروني ذو طبيعة مادية أمكن السيطرة عليه والوصول إليه واستخراجه من طرف الخبراء والمختصين الذين يقدمون خبرتهم بشأن صحة الدليل وعدم المحو والتعديل فيه , وهذا يمنحه القوة والحجية القانونية في مجال الإثبات .

المطلب الثالث : مشروعية الدليل الإلكتروني في القانون الجنائي ووجوب مناقشته

يقصد بالمشروعية صحة تصرفات الأفراد والمؤسسات في نظر السلطة من القانون في تحليله الاجتماعي وهو التعبير عن إرادة القابضين على السلطة.[2] والفقه الفرنسي يميز بين المشروعية والشرعية التي يقصد بها فكرة سياسية تتعلق بمدى تقبل السلطة ومدى صحة تصرفاتها بنظر المجتمع , أما أغلب الفقهاء العرب لا يميزون بين المصطلحين ويغلب استخدام مصطلح الشرعية وفق مبدأ : لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص .والمقصود بمشروعية الدليل الإلكتروني , هو أن لا يتحصل عليه بطريقة غير مشروعة ومن ضمنها الأدلة المتحصلة من الحاسوب .

وقد نصت المادة : 191 من قانون الإجراءات الجنائية الإيطالي :

---

[1] سامي جلال فقي حسين ,مرجع سبق ذكره , ص65.

[2] – سامي جلال فقي حسين , مرجع سبق ذكره , ص 101

-لا يجوز استخدام الأدلة التي يتم الحصول عليها بالمخالفة مع نصوص القانون .

2- يتم الكشف عن الأدلة الغير مشروعة بواسطة القاضي من تلقاء نفسه في أي حالة أو درجة كانت عليها الدعوى [1].

كما يتوجب مناقشة الأدلة المستخرجة من المستند الإلكتروني , إذ يعد وجوب مناقشة الدليل الإلكتروني من لقواعد الأساسية في مجال الإثبات , فالقاضي ملزم بمناقشة الدليل مهما كان نوعه عاديا أو إلكترونيا بين أطراف الدعوى وفي مواجهة بعضهم البعض , وفقا لمبدأ الوجاهية, الذي يقتضي أن يطلع الأطراف الحاضرين كل طرف على أدلة الطرف الأخر بمناقشتها , وهذا احتراما لحقوق الدفاع وحتى يتسنى للقاضي الوصول إلي قناعة قانونية وحكم عادل ومؤسس قانونا , .وقد أشار المشرع العراقي في قانون أصول المحاكمات الجزائية أنه لا يجوز للمحكمة أن تستند في حكمها إلي دليل لم يطرح للمناقشة , أو لم يشر إليه في الجلسة ولا إلى ورقة قدمها أحد الخصوم من دون أن يتمكن باقي الخصوم من الإطلاع عليها وليس للقاضي أن يحكم في الدعوى بناء على علمه الشخصي [2]كما أن عرض الأدلة للمناقشة بما فيها الدليل الإلكتروني تؤدي إلى صدور حكم غير مشوب بعيب مما يزيد في قوة وحجية الدليل الذي تم الاستناد عليه في الحكم ,ولما كان الدليل العادي بحاجة لفحص ومناقشة فإن الدليل الإلكتروني يستلزم التدقيق أكثر من خلال المناقشة وتقصي الحقيقة بالاستعانة بخبراء في مجال المعلوماتية نظرا لطبيعة الدليل الإلكتروني المختلفة عن الدليل العادي .

[1] – عباس العبودي نفس المرجع , ص 105 .

[2] عباس العبودي نفس المرجع , ص 117 .

المبحث الثاني: العوائق الناتجة الفعل العمدي والمخاطر الناجمة عن الأخطاء

المطلب الأول: التزوير والإحتيال المعلوماتي

من بين التحديات التي تواجه الإثبات بالمستند الإلكتروني هما التزوير والاحتيال لمعلوماتي, أما بالنسبة للتزوير فيقصد به تغيير الحقيقة بقصد الغش في سند أو وثيقة أو أي محرر أخر بإحدى الطرق المادية والمعنوية التي بينها القانون تغييرا من شأنه إحداث ضرر بالمصلحة العامة أو بشخص من الأشخاص .[1] وهذا التعريف هو للأستاذ (جارسون) الذي درج غالبية الفقه الفرنسي والمصري على اعتماده , وتضمنته المادة 286 من قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 .[2]

أما التزوير المعلوماتي , فيقصد به تغيير الحقيقة في السندات الإلكترونية المستخرجة من الحاسب الآلي سواء كانت هذه السندات على هيئة أوراق مكتوبة أو شرائط ممغنطة .[3]

وقد اختلف الفقه والقضاء حول مدى جواز تطبيق النصوص القانونية المتعلقة بالتزوير في المستند التقليدي على التغيير في حقيقة البيانات المخزنة إلكترونيا وكان الرأي الراجح فقها وقضاء يشير إلى تعديل أحكام القوانين وإدراج أحكام خاصة بالتزوير لمعلوماتي والذي يختلف عن التزوير في المستندات الورقية العادية , رغم أنه يتفق معه في تغيير الحقيقة إلا أنه يعد أكثر خطورة منه ذلك أن التغيير والتعديل في المستند الإلكتروني لا يترك أثار واضحة يسهل كشفها كما هو الحال في المستند التقليدي إذ يصعب اكتشافه كما أن التغيير في حد ذاته سهل وبمجرد لمسات على لوحة المفاتيح قد يتغير معنى الحقيقي للمستند كما أن عملية البحث والتقصي عن أصل المستند ومدى صحته تتعلق بالجانب التقني لا الورقة المطبوعة كما أنه يستلزم تجنيد خبراء فنيين وتقنيين لهم دراية بالجانب التقني ومواكبة كل

---

[1]– عباس العبودي مرجع سبق ذكره , ص104 .

[2]– عباس العبودي نفس المرجع,ص 104

[3] –عباس العبودي نفس المرجع ص104

جديد في مجال المعلوماتية. أما الاحتيال لمعلوماتي يقصد به إساءة استخدام الحاسبات الآلية والتلاعب في نظم المعالجة الإلكترونية للبيانات والمعلومات للحصول بغير حق على أموال أو أية منفعة أخرى .[1]

وغالبا ما يكون الهدف من الاحتيال المعلوماتي هو اختلاس الأموال من المؤسسات المالية أو الشركات , سواء من طرف أحد العاملين بها أو من الغير الذي نجح في اختراقه من خلال القرصنة , وتجدر الإشارة أن أخطر أنواع الاحتيال المعلوماتي هو الاحتيال الذي يقع بهدف التحويل الإلكتروني للأموال والودائع المصرفية من خلال النظم المعلوماتية والتلاعب فيها للحصول على الأموال والخدمات بطريقة غير مشروعة اعتداء على الغير باستخدام المستند الإلكتروني بطريقة غير مشروعة مما ينقص من القوة الثبوتية للمستند في التعاملات المصرفية وفي الإحتجاج به في مواجهة الغير .

ولكن تم مواجهة مخاطر التزوير و الاحتيال باستعمال وسائل الحماية التقنية الفعالة كاعتماد مفتاح التشفير الطويل ذلك أن طول مفتاح التشفير يؤدي لمنع اختراقه .

المطلب الثاني: مخاطر إطلاق الفيروسات داخل أجهزة الحاسب الآلي و المساس بسرية المستند الإلكتروني

أ- مخاطر إطلاق الفيروسات داخل أجهزة الحاسب الآلي

يجب أن نشير للمخاطر التي تنجم عن إطلاق الفيروسات وقدرتها على التغير والتكيف مع مختلف البرامج المعلوماتية ,وتعتبر في حد ذاتها برامج تم إعدادها بهدف التخريب والتدمير للبيانات والبرامج المخزنة في الحاسب الآلي , مما يؤدي إلى القضاء على المستند الإلكتروني بتدميره كليا أو بتشويهه, كما تلحق أضرار بنظام الحاسب الآلي , و تتميز الفيروسات بقدرتها على الاختفاء , تفوق قوتها أحيانا قوة برامج الحماية والأمن التقني الموضوعة لحماية الحاسب الآلي ونظرا لما تسببه هذه الفيروسات من مخاطر تضر بسلامة

[1] عباس العبودي مرجع سبق ذكره , ص101 .

المستند الإلكتروني, مما يؤدي بالبعض إلى التخلى عن التعامل بها والتمسك بالمستند الورقي التقليدي على اعتبار أنه أكثر أمان لكونه لا يكون عرضة لمثل هذه المخاطر .

وقد رأى الأستاذ(هانوكاري) : أستاذ علوم الكمبيوتر أن *انهيار مادي سيكون في استخدام هذه السندات بسبب كثرة إطلاق الفيروسات"[1]

ب- المساس بسرية المستند الإلكتروني:

من بين المخاطر التي تهدد أمن المستند الإلكتروني , هي تلك التي تستهدف إفشاء وإذاعة ما يحتويه من معلومات قد تكون هذه المعلومات غاية في السرية لارتباطها بأمن الدولة أو لكونها تتعلق بأحد المشاريع الضخمة أو الصفقات لأحدى الشركات , فيكون إفشاء سر مستنداتها الإلكترونية ضارا بمصالحها ويؤدي إلى تحقيق المنافسة الغير المشروعة .

ولاشك أن المساس بسرية المستند الإلكتروني من أهم الأخطار التي تهدده , إذ ينجر عن المساس بالمستند والكشف عن محتواه مختلف الجرائم الأخرى كالتزوير و الاختلاس والإحتيال والإتلاف.....الخ وهذا بخلاف المستند التقليدي الورقي الذي يقوم صاحبه بحفظه في مكان أمين .

ووفقا لشروط تضمن سلامته بحيث لا يمكن الإطلاع عليه من الغير بالرغم من إمكانية تعرضه لنفس المخاطر إلا أن احتمالات وقوعها تكون أقل بالنسبة للمستند الورقي ذلك أن الدعامة الإلكترونية للمستند الإلكتروني تتيح لأي مخترق من الوصول إلى المستند والمساس بسريته وهذا ما يفقد المستند الإلكتروني حجيته مقارنة مع المستند الورقي في مجال الإثبات .لذا اتجهت الكثير من التشريعات للتخفيف من حدة هذه المخاطر فنص القانون المصري لسنة 1994 الخاص بالأحوال المدنية في المادة : 76 * على عقاب كل من اخترق أو حاول اختراق سرية البيانات أو المعلومات أو الإحصاءات المجمعة بأية صورة من الصور وتكون العقوبة بالأشغال الشاقة المؤقتة وتكون العقوبة بالأشغال الشاقة المؤبدة إذا وقعت الجريمة في زمن الحرب . [2]

[1] عباس العبودي, مرجع سبق ذكره, ص98.

[2] محمد أمين الرومي , مرجع سبق ذكره , ص 123 .

أمـاّ المشـرع الفرنسـي فقد أنشـأ هيئـة عامـة لحمايـة المعلومـات التـي يحتويهـا المسـتند الإلكتروني سماها بهيئة المعلومات والحريات العامة وفقا لتشكيل خاص وحظر على الكافة جمع المعلومات أو حفظها أو نقلها أو الإطلاع عليها أو إذاعتها أو إفشائها للغير بدون الحصول على الترخيص المطلوب , من صاحب الشأن وحضر جمع المعلومات على أساس عرقي أوديني أو فلسفي أو سياسي.

أما المشرع الجزائري فقد نص في المادة 394 مكرر من قانون العقوبات رقم 11-14 المؤرخ في 02 غشت سنة 2011 على أنه *يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلي سنة وبغرامة من 50.000دج الي 100.000دج كل من يدخل ويبقي عن طريق الغش في كل أوجزء من منظومة المعالجة الألية للمعطيات أو يحاول ذلك .

تضاعف العقوبة إذا ترتب على ذلك حذف أو تغيير لمعطيات المنظومة.

وإذا ترتب على الأفعال المذكورة أعلاه تخريب اشتغال المنظومة تكون العقوبة الحبس من ستة أشهر إلي سنتين والغرامة من 50.000دج إلي 150.000 دج [1]

وما يستخلص من هذه المادة أن المشرع أقر العقوبة لمجرد الدخول والبقاء في كل أو جزء من منظومة المعالجة الألية للمعطيات بنية الغش وعلى محاولة الدخول والبقاء بنية الغش وتشدد العقوبة إذا ترتب على الدخول والبقاء حذف أو تغيير , كما عاقب علي الأفعال المذكورة إذا ترتب عليها تخريب اشتغال المنظومة.

كما نص في المادة 394 مكرر1 على أنه *يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلي ثلاثة سنوات وبغرامة من 500.000دج إلي 2.000.000 دج , كل من أدخل بطريق الغش معطيات في نظام المعالجة الألية أو أزال أو عدل بطريق الغش المعطيات التي يتضمنها *.[2]

ويستفاد من هذه المادة أن المشرع الجزائري عاقب على الإعتداء العمدي على المعطيات التي تمت معالجتها أليا والموجودة داخل النظام ,وهذا بإدخال ويقصد بها إضافة معطيات جديدة بإدخال فيروسات مثلا , أما المحو يقصد به إزالة جزء من المعطيات المسجلة , أما لعمدي التعديل هو تغيير المعطيات الموجودة داخل النظام واستبدالها بمعطيات أخرى , كما

[1] المادة 394 مكرر من قانون العقوبات المعدل بالقانون رقم 11-14 المؤرخ في 02 أوت 2011 .

[2] المادة 394 مكرر 1 من قانون العقوبات الجزائري المعدل بالقانون رقم 11-14 المؤرخ في 02 أوت 2011

عاقب على المساس العمدي بالمعطيات الموجودة خارج النظام وهذا في المادة 394 مكرر 2 من قانون العقوبات الجزائري.

المطلب الثالث : المخاطر الناجمة عن الأخطاء

أ- المخاطر الناجمة عن الخطأ الفني والبشري

الخطأ البشري في أفعال الإنسان اللاإرادية التي تمس بأمن المستند الإلكتروني وسلامته مما يؤثر عليه باء تلافه وتدميره نهائيا بالقضاء على البرامج والمعلومات أو بتشويه وإعاقة تدفق البرامج والمعلومات مقللا من كفاءتها وصحته مما يؤثر على المستند الإلكتروني وقوته الثبوتية مقارنة مع المستند الورقي التقليدي , فيؤدي ذلك إما لفقدان الدليل الإلكتروني أو تشويهه لأسباب خارجة عن إرادة صاحبه , وقد يكون الخطأ صادرا من صاحب المستند في حد ذاته والمتمسك بحجيته, أومن طرف تصرف غير مدرك لعواقب الفعل صادر من طفل قد يؤدي إلى العبث بالمستند وإتلافه, والخطأ وارد أثناء عملية إدخال البيانات المدرجة في المستند خاصة من خلال نقل الإرسال أو الاستقبال في الوسائل المستخرج منه المستندات الإلكترونية وكذا من خلال إدخال البيانات يدويا فالخطأ البشري ينصب على البيانات والمعلومات المدخلة في المستند الإلكتروني مباشرة .[1] ونظرا لصعوبة إثبات الخطأ البشري بإقامة الدليل على صحة إدخال البيانات , ذهب جانب من الفقه إلى نقل عبء الإثبات إلى المدعى عليه , وهذا يتعارض مع القاعدة الفقهية البينة على من ادعى واليمين على أنكر.

أما الخطأ الفني هو الخطأ المتعلق بالاستخدام السيئ لبرامج الحاسوب مما يؤثر على حجية وقوة المستند الإلكتروني في الإثبات ويقع الخطأ الفني على الأجهزة الفنية المستخرج منها المستند الإلكتروني بعكس الخطأ البشري الذي ينصب على البيانات والمعلومات المدخلة في المستند الإلكتروني مباشرة , وقد تم معالجة هذه المشاكل بتصميم برامج من أجل حماية البيانات وعدم محوها لمجرد الخطأ ,كبرنامج دسك ووتشر.[2]

---

[1] عباس العبودي , مرجع سبق ذكره , ص 95

[2] عباس العبودي مرجع سبق ذكره, ص 94 .

ب-العوائق الناجمة عن الخطأ الخارجي:

ويرتبط هذا النوع من الخطأ بالبئة الخارجية عن الحاسب الألي وملحقاته المستخرج منه المستند الإلكتروني فتؤثر فيه هذه العوامل الناتجة عن التأثير البيئي والمتمثل في سوء الأحوال الجوية كاختلاف في درجة الحرارة والرطوبة وانتشار الأتربة والرمال أو الاهتزازات الخارجية والى جانب هذه العوامل البيئية يمكن إضافة عامل أخر يتعلق بانقطاع التيار الكهربائي الذي يؤدي بدوره إلي المساس بسلامة المستند الإلكتروني نظرا لما تخلفه اختلال تقني أو عطب فني يهدد أمن البيانات والمعلومات المتضمنة في المستند الإلكتروني . [1]

[1] عباس العبودي مرجع سبق ذكره , ص 92 .

المبحث الثالث: العوائق المتعلقة بالتشريعات وعدم كفاءة القائمين بالإستدلال

المطلب الأول: تعارض الإثبات بالمستندات الإلكترونية مع عدم جواز اصطناع الخصم دليلا لنفسه .

يقصد بقاعدة عدم جواز اصطناع الخصم دليلا لنفسه , أنه لا يسمح للخصم الذي يقع عليه عبء الإثبات أن يصنع دليلا للإثبات بنفسه , فيتدخل باء رادته في إنشاءه من أجل الاحتجاج به في مواجهة الغير, وتعد هذه القاعدة بمثابة الحجر الأساس للنظام القانوني للإثبات المدني كما تعد عقبة قانونية في وجه الإثبات بالمستند الإلكتروني .

ذلك أنه يشترط في الدليل أن يكون صادرا من المدعى عليه وليس الخصم الذي يقع عليه عبء الإثبات وبما أن المستندات الإلكترونية تصدر عن الحاسب الآلي , الذي يكون تحت تصرف الخصم الواقع عليه عبء الإثبات والذي باء مكانه أن يغير في المستند وإضافة ما هو في صالحه بتزييف الحقيقة, وهذا ما أدى إلى استبعاد الإثبات بالمستند الإلكتروني الذي تتدخل فيه إرادة الخصم المكلف بالإثبات , عندما يتعارض مع القاعدة القانونية في الإثبات فمن غير المعقول أن يصطنع الخصم دليلا لنفسه ويخدم مصلحته الشخصية وهذا قد يحيد عن المنطق وعن تكريس العدالة وبالرغم من أن القانون يجيز للمدعى أن يثبت ما يدعيه وفقا للقاعدة الفقهية البينة على من ادعى واليمين على من أنكر , بل يقع عليه واجب ذلك وإلا خسر دعواه , فله أن يقدم ما شاء من الأدلة والحجج لإثبات حقه , ولا يجوز للقاضي إنكار هذا الحق وإلا كان حكمه مشوب بعيب يستوجب النقض ويتعين على المدعي الاحتجاج بمستندات أو بيانات خاصة بالمدعى عليه , صادرة منه دون غيره مما يدعم ادعائه ويقويه فلو اعتبرنا وثيقة معينة كدليل يحتج به في مجال الإثبات يجب أن تكون مكتوبة وموقعة من الخصم الآخر لتتأكد نسبة هذه الوقائع إليه .

ويقول الفقيه الفرنسي (جوسران) أنه لا قيمة لما يصنعه الشخص بنفسه من وسائل يدعي أنها أدلة ثم يحتج بها على خصمه"[1]

[1] عباس العبودي , مرجع سبق ذكره , ص 81.

وتنص المادة 1160 فقرة 1من القانون المدني العراقي على أنه : ليس لأحد أن يحتج بالتقادم على خلاف مقتضى سنده فلا يستطيع أن يغير بنفسه لنفسه سبب حيازته والأصل الذي تقوم عليه هذه الحيازة"[1]

وهذه المادة تم اقتباسها من المادة 1/972 من القانون المدني المصري وهي تطبيق لمبدأ عام يتمثل في أن الشخص لا يستطيع أن يخلق بنفسه سببا لحق يكسبه لأنه من استعجل شيئا قبل أوانه عوقب بحرمانه"[2] كمن يقوم بقتل أحد أصوله من أجل الحصول على الميراث فيعاقب بحرمانه من الميراث إلى جانب عقوبته عن جريمة القتل العمدي وفقا للقاعدة الفقهية القاتل لا يرث أو كمن يحرق سيارته عمدا بعد التأمين عليها, من أجل الحصول على التعويض .

كما جاء في قرار محكمة التمييز العراقية : أنه لا يحق للمدعي أن يعد الدليل بنفسه وإنما يترتب عليه تقديم البينة على ما يدعيه" [3] وقد أوردت بعض الاستثناءات على هذه القاعدة من بعض التشريعات , كاستثناء تمسك التاجر بدفاتره التجارية ضد خصمه التاجر إذا كانت منتظمة غير أن المشرع العراقي لم يخرج عن هذه القاعدة ورفض حجية الدفاتر التجارية كأدلة إثبات في مواجهة الغير في المادة 29 من قانون الإثبات إلا في حالة قبول الخصم ما تحتويه .[4]

لقد حاول الفقه تكييف قاعدة عدم جواز اصطناع الخصم دليلا لنفسه , والتي تتعلق بالإثبات المدني مع طبيعة المستندات الإلكترونية , لذا تم اقتراح بعض الحلول التالية :

1- عدم التشديد بتطبيق قاعدة عدم جواز اصطناع الخصم دليل إثبات لنفسه والإفراط في تطبيق هذه القاعدة , والأخذ بالتفسير الواسع للقاعدة كما أنه بوسع المحكمة التحقق من مسألة التلاعب واصطناع الدليل من الحاسب الآلي من خلال الخبراء

---

[1] عباس العبودي , مرجع سبق ذكره ,ص82

[2] عباس العبودي , مرجع سبق ذكره82

[3] عباس العبودي مرجع سبق ذكره , ص 82.

[4] عباس العبودي مرجع سبق ذكره, ص83 .

وتقنين متخصصين في مجال المعلوماتية و بالتالي قبول الدليل الإلكتروني أو رفضه.

2- تعديل قواعد توزيع عبء الإثبات ووسائله للقضاء على التعارض بين قاعدة عدم جواز اصطناع الخصم دليل إثبات لنفسه وطبيعة المستندات الإلكترونية ولتحقيق ذلك ينبغي الأخذ باتفاق الخصوم مسبقا على قبول المستندا ت الإلكترونية في الإثبات , ومن بين هذه الاتفاقات على سبيل المثال , الاتفاق الذي يتم بين البنك والعميل بإدراج شروط في عقد البطاقة الإلكترونية الصادرة عن البنك مثبتة فيها كل التعاملات يتسنى عن البنك مثبتة فيها كل التعاملات يتسنى للعميل إثبات عكس ما تضمنته.كأن يدرج البنك مثلا صيغة : أوافق من الآن على اعتداد البيانات التي تدون على وسائط مغناطيسية كوسيلة إثبات غير قابلة لإثبات العكس وذلك في حالة حدوث نزاع بيني وبين البنك أمام القضاء وقد رفض جانب من الفقه هذا الرأي لكونه يؤدي إلي قلب قواعد الإثبات بين الخصوم بحيث يصعب نقض المستند الإلكتروني وهذا يؤدي إلى ضياع الحق خاصة بالنسبة للخصم المستهلك وأن هذا الاتفاق يتعارض مع المبادئ الأساسية ومن بينها الحق في الإثبات والذي يعد من النظام العام .

هذا، ولحل هذه المسألة تم تقييد الاتفاق حتى لا يحرم الخصم الآخر من حقه في إثبات عكس ما تضمنته المستندات الإلكترونية لأن ذلك سيؤدي إلى قلب الأمور فنصبح أمام قاعدة موضوعية وليس قاعدة إثبات .

3-التدخل التشريعي بوضع نص صريح في قانون الإثبات بقبول المستندات الإلكترونية كدليل كامل للإثبات شأنه شأن المستندات الورقية .[1]

ولقد كان المشرع الأردني رائدا في تكريس هذا الحل بوضع نص قانوني يعطي للمستند الإلكتروني نفس القوة الثبوتية والحجية المقررة للمستند التقليدي شرط توفر الأمان والدقة لهذه المستندات .

[1] عباس العبودي مرجع سبق ذكره , ص 183-187 .

المطلب الثاني : مدى قدرة وكفاءة القائمين بالتحقيق والاستدلال

إن التحقيق في الجرائم المعلوماتية يحتاج لمعرفة خاصة ودراية أكثر بالعلوم التكنولوجية الحديثة , كما يجب على المحقق أن يتسلح بالثقافة والعلوم القانونية والجنائية والعلوم المساعدة للقانون الجنائي كعلم النفس وعلم الاجتماع بل أكثر من ذلك عن المستندات الإلكترونية يجب أن يكون ضليع بعلوم التكنولوجيا وكل ما يتعلق بخبايا التقنية الحديثة و يثار التساؤل حول :

هل يجوز لوكيل النائب العام أو لقاضي التحقيق إصدار إذن بضبط وتحريز أحد أجهزة الحاسب الآلي والاطلاع على المستندات المتضمنة فيها؟ , ويسمى هذا بالنفاذ إلى النظم المعلوماتية . [1] كما أن إصدار مثل هذا الأمر ,هل يتقيد بأحكام التفتيش وضوابطه للمستند الورقي وهل تتناسب طبيعة المستند الإلكتروني مع أحكام التفتيش التقليدية؟ هذا ما يخلق نوع من التردد في الأوساط التشريعية والقضائية ولدى كافة الحقوقيين, وفيما يخص عملية تطبيق قواعد الاستدلال والتحقيق يصبح الأمر أكثر خطورة عندما يتعلق الإذن بالتفتيش يتعلق بالدخول إلي نظم معلوماتية لا ترتبط بمكان محدد , مما يؤدي إلي صدور أمر باختراق موقع على شبكة الآنترنت يؤدي إلى ارتكاب جرائم يعاقب عليها القانون الوطني لإحدى الدول, كما أنه هل بوسع الموكل إليه مهام التحقيق من أن يضبط مستندا إلكترونيا من خلال ضبط موقع معين أثار اضطرابات سياسية في أحد البلدان بسبب ما ينشر على الموقع من تحريض وإشاعات مغرضة كإلحاق الشعوب بالشعور بالظلم اتجاه حكامها مما يترتب عليه ملايين الجرائم ناهيك عن اللاإستقرار والعنف وما يحدث اليوم في الدول العربية في سوريا و ليبيا...الخ اليوم لدليل قاطع على ذلك .

وتزداد صعوبة التفتيش تعقيدا عندما يصطدم المحققين مع ألاف الملفات التي يستغرق فحصها وقتا طويلا مما يتطلب منهم البقاء فترات طويلة في مكان تواجد الحاسوب مما يجعل رجال الأمن والمحققين يصرفون النظر عن البحث نظرا لتخزين الحواسيب لما يوازي مئات الألوف من الصفحات الورقية , كما أن التفتيش قد يؤدي إلي انتهاك حرمة الحياة

[1] سامي جلال فقي حسين ,مرجع سبق ذكره , ص 135

الخاصة أثناء عملية البحث عن الدليل الإلكتروني قد تتعرض معلومات سرية وخاصة بالمتهم لا علاقة لها بالجريمة محل البحث للإتلاف . وتبرز هذه الخصوصية والسرية أكثر في مجال المؤسسات المصرفية و الحفاظ على السر المصرفي

كما أن الدساتير تقدم ضمانات تكفل للمتهم لمعلوماتي سلامة إجراء الملاحقة الجزائية في الدعاوى , ومنها حق الخبرة المقابلة والحق في عدم إجراء أية عملية ضبط وتفتيش على نظم الكمبيوتر دون حضور المعنى بالأمر أو من يمثله قانونا .

ويرى البعض أنه يمكن تطبيق قواعد التفتيش والضبط بالرغم من الصعوبات التي تعترض المحقق , ذلك أن التفتيش ينصب على البيانات الإلكترونية وهي عبارة عن ذبذبات الكترونية و إشارات وموجات كهرومغناطيسية قابلة للخزن على وسائط وأوعية مادية كالأسطوانات و الأقراص و الأشرطة المغنطة ومختلف مخرجات الحاسب الآلي التي تعد ذات طبيعة مادية محسوسة تسهل عملية التفتيش فيها والضبط.[1]

أما الرأي الرافض لتطبيق أحكام التفتيش على المستند الإلكتروني يدعم موقفه بحجة أن المستند الإلكتروني لا يتمتع بطبيعة مادية وهذا يصدق أيضا على برامج وبيانات الحاسب الآلي مادامت لا تظهر في العالم المادي المحسوس ينبغي إخضاعها لنظام خاص .

وبالرغم من أن طبيعة برامج الحاسوب والأدلة المستنبطة منها هي ذات طبيعة مادية محضة كما سبق بيانه إلا أن كثير من القانونيين والفقهاء في مجال القانون يدعون إلى سن نصوص تشريعية تتناسب وطبيعة المستند الإلكتروني ونظام المعالجة الألية .

وهذا يفسر فشل وعجز القواعد القانونية التقليدية التي تم سنها في ظروف وأوضاع تتلاءم مع الجريمة آنذاك وتنسجم وطبيعة المستند الورقي التقليدي الذي كان رائدا في دائرة التعامل .

وفي الحقيقة مازال جهاز العدالة الجنائية يعاني من نقص في كفاءة القائمين بالتحقيق و الاستدلال بحيث يفتقرون للتأهيل الكافي في الميدان التقني ولاسيما الدول النامية وهذا يجعلهم يقعون في أخطاء جسيمة تؤدي إلى محو الدليل في حد ذاته كإتلاف الأقراص

[1] - محمد أمين الرومي , مرجع سبق ذكره , ص 199

الممغنطة وأوعية المعلومات التي تخزن فيها البيانات , وبالمقابل يتمتع الجناة بذكاء خارق ومهارات عالية , كالقراصنة الذين يواكبون كل جديد في مجال المعلوماتية, إذ أطلق بعض المجرمون على أنفسهم اسم النخبة أما رجال الشرطة اسم الضعفاء .

وقد اتجهت بعض الدول مثل كندا وفرنسا وانجلترا وفلندا إلي إعطاء دورات تدريبية للمحققين عن كيفية التحقيق في جرائم الحاسوب, أما الدول العربية خاصة الجزائر تبقى بعيدة عن أية مبادرة في هذا المجال .[1]

المطلب الثالث: تنازع القوانين الإجرائية

لقد أفرز التطور التكنولوجي من خلال شبكة الانترنت ظهور نوع جديد من الجرائم يعرف بالجريمة العبر وطنية ,والتي تمتد أثارها خارج حدود الدول بل وتتجاوز حدود القارات وهذا ما يثير الكثير من التحديات بشأن متابعة الجناة ومشكلة الاختصاص القانوني والقضائي, مما يضع العديد من العقبات القانونية والعملية أمام أجهزة العدالة أثناء عملية البحث عن القانون الإجرائي المطبق , كما تثار مسألة وصف السلوك الذي يعد جريمة في بلد ولا يعد جريمة في البلد الآخر, كالمقامرة التي تعد جريمة في بلد ولا تعد كذلك في بلد أخر وإذا أخذنا على سبيل المثال جريمة نسخ المصنفات والمستندات القانونية الإلكترونية بتقليدها فهذا يعد جريمة تقليد أو تغيير الحقيقة في المستند الإلكتروني الذي يعد تزويرا قد يرتكب شخص الفعل في دولة لا يحمل جنسيتها, هنا يتنازع قانونان مجال التطبيق, قانون الدولة المرتكب فيها الفعل وفقا لمبدأ الإقليمية وقانون دولة الجنسية أي دولة الجاني وفقا لمبدأ الشخصية, وقد ينازعهما قانون ثالث وهو قانون الدولة التي تضررت مصالحها وفقا لمبدأ العينية .[2]

وحتى لو أمكن تحديد القانون الواجب التطبيق , فإن هذا يتطلب إجراءات طويلة ومعقدة إلى غاية صدور الحكم النهائي, وحتى بالنسبة لتنفيذ الحكم الصادر في الخارج فانه غالبا ما يصطدم مع مبدأ عدم جواز محاكمة الشخص عن ذات الفعل مرتين وعدم جواز تسليم

---

[1]– سامي جلال فقي حسين ,مرجع سابق , ص 136

[2]- موسى مسعود أرحومة , الإشكالية الإجرائية التي تثيرها الجريمة المعلوماتية عبر الوطنية , المؤتمر المغاربي الأول حول المعلوماتية والقانون طرابلس 28–29 /2010 ص17–18

الوطنيين , وبالنسبة للفقه والقضاء فقد حاولوا يجاد حلول متباينة في هذا الشأن , فالقضاء الأمريكي أخذ في الكثير من الدعاوى بمبدأ الشخصية لكون القانون الأمريكي متسع النطاق , وقد أخذت بهذا المبدأ المحكمة العليا لنيويورك , بشأن جريمة انتهاك قانون المستهلك , وبناء عليه ينبغي على التشريعات التدخل بوضع معايير لتحديد الإختصاص وتوسيع نطاقه بالأخذ بالمبدأ الذي يتناسب وطبيعة هذه الجرائم بالإضافة إلي عقد اتفاقات دولية وتكثيف الجهود وسبل التعاون لمحاربتها .

الفصل الثالث: حجية المستندات الإلكترونية في الإثبات

بعد تطرقنا لمجمل المخاطر , التي يمكن أن تعترض مسألة الإثبات بالمستندات الإلكترونية , تعين علينا أن نتطرق إلي تبيان الأحكام القانونية المنظمة لحجية المستند الإلكتروني بنوعيه الرسمي والعرفي , ومناقشة مسألة حجية صورهما في مختلف التشريعات , التي لم تقف عند مجرد الاعتراف بحجية المستند الإلكتروني , وإنما قامت بجهود في مجال التشريع لتنظيم أحكامه , ومن خلال ذلك تعرضنا لحجية التوقيع الإلكتروني ,وتبيان الخلاف حول حجية صوره , ومسألة الإتفاق على قبول حجيته. .

المبحث الأول : حجية المستندات الإلكترونية الرسمية والعرفية

المطلب الأول : شروط حجية المستند الإلكتروني

لقد ارتبطت شروط حجية المستندات الإلكترونية باعتبارها دليل كامل في الإثبات شأنها شأن المستند التقليدي بما نصت عليه تشريعات الدول في هذا الصدد من شروط لقبول الدليل الإلكتروني والكتابة الإلكترونية .

فنصت المادة : 1/1316 من القانون المدني الفرنسي على : أنه تقبل الكتابة في الشكل الإلكتروني في الإثبات شأنها شأن الكتابة على دعامة ورقية شرط أن يكون في الإمكان تحديد هوية الشخص الذي صدرت عنه , وأن تنشأ وتحفظ في ظروف من طبيعتها ضمان سلامتها [1] ولقبول المستند الإلكتروني في الإثبات يتطلب توفر شرطان:

1-تحديد هوية منشئ الكتابة

2-نشأة وحفظ الكتابة الإلكترونية في ظروف تكفل سلامتها.

وبالنسبة لشرط تحديد هوية منشئ المحرر, وهذا حتى يتسنى نسبة المحرر لمنشىءه أما الفقه الفرنسي فرأى لا حاجة لتحديد هوية منشأ المستند لارتباط هذا الشرط بالتوقيع الإلكتروني والعبرة في نظرهم بتحديد هوية موقع المستند وليس تحديد هوية منشئ المستند, أما بالنسبة لنشأة الكتابة يجب استخدام بوسائل تقنية تضمن سلامتها وأمنها ويتم تأمين المستند الإلكتروني , باستخدام المفتاح العام والمفتاح الخاص .

عند قيام الطرف الأول باء عداد المستند الإلكتروني يقوم بوضع مفتاح خاص لتشفير بوضع التوقيع الرقمي ثم يرسل المستند الإلكتروني مشفر إلى الطرف الثاني ويمكن إرسالهما معا أو كل منهما في رسالة منفصلة , وهذا لضمان عدم تعرضه

[1] محمد محمد السادات , حجية المحررات الموقعة إلكترونيا في الإثبات , دار الجامعة الجديدة , الا سكندرية , 2011 , ص 203

للقرصنة ذلك أن انتقال المستند بين أطراف المعاملة الإلكترونية , كثيرا ما يتعرض للتعديل العمدي أو التحريف بالحذف والإضافة أثناء إنشائه أو نقله أو استرجاعه وكذا حفظه , والغاية من عدم التعديل والتغيير في المستند الإلكتروني هي لتحقيق مصداقيته وإمكان الاحتجاج به أمام القضاء.

المطلب الثاني : حجية المستندات الإلكترونية الرسمية والعرفية

أ- حجية المستند الرسمي الإلكتروني :

لقد سبق وأن حددنا مفهوم المستند الرسمي التقليدي في القانون الجزائري والقانون المصري ويتفق التشريعان على أن المستند الرسمي التقليدي هو الورقة التي يثبت فيها موظف عام أو ضابط عمومي ما تم لديه وما تلقاه من ذوي الشأن في حدود سلطته واختصاصه وهذا طبقا للأوضاع القانونية المقررة في التشريع .

أما المستند الإلكتروني الرسمي عرفه بعض الفقهاء *على أنه عبارة عن كتابة إلكترونية مثبتة لواقعة قانونية أو تصرف قانوني يترتب عليه أثار قانونية يتدخل في تحريرها موظف عام في حدود سلطته واختصاصه طبقا للأوضاع والإجراءات القانونية المقررة في التشريع المعمول به* أما بالنسبة لحجية المحرر الإلكتروني الرسمي فقد أصبغت المادة 15 من قانون التوقيع الإلكتروني حجية كاملة للمحرر الإلكتروني والكتابة الإلكترونية في نطاق المعاملات المدنية والتجارية و الإدارية نفس حجية المحررات التقليدية, سواء كان المحرر الإلكتروني رسميا أو عرفيا ,وقد كرس المشرع المصري حجية المستند الإلكتروني الرسمي في المواد 15-17 [1]من قانون التوقيع الإلكتروني وهي نفس الحجية المقررة للمستند التقليدي , إذ تسري أحكام قانون الإثبات في غياب النص القانوني لقانون التوقيع الإلكتروني أو اللائحة التنفيذية فيما يتعلق إثبات صحة المستندات الإلكترونية , ويعتبر قانون الإثبات رقم 25/ لسنة 1968 المنظم لأغلب أحكام المحررات الإلكترونية الرسمية ولا سيما في مجال الإثبات , أما اللائحة المتعلقة بقانون التوقيع الإلكتروني فتهتم بتنظيم الجوانب الفنية والتقنية لصحة المحررات الإلكترونية دون التطرق لمسألة الحجية في مجال الإثبات, لذا يتعين الرجوع لقواعد الإثبات المتعلقة بالمحررات الرسمية التقليدية سدا للفراغ القانوني.

[1] محمد محمد السادات مرجع سابق, ص 236 .

ويترتب على تطبيق أحكام قانون الإثبات على المستند الرسمي الإلكتروني:

1-بقاء صفة الرسمية ملازمة للمستند الإلكتروني الرسمي إلى غاية إثبات ذوي المصلحة انتفاء الرسمية عنه ,عن طريق الطعن بالتزوير أو الطعن بالبطلان لعيب فيه كأن يكون الشخص الموقع على المستند إلكترونيا ليس موظفا عاما أو كان غير مختص مكانيا أو نوعيا بإصداره.

2-كما يترتب على بطلان المستند الإلكتروني الرسمي تحوله إلى محرر عرفي ,شريطة أن يكون أطرافه قد وقعوه وتسري عليه أحكام المحرر العرفي

3-بيانات المستند الإلكتروني المحررة من طرف الموثق بعد التأكد منها من طرفه لا يمكن إنكارها إلا عن طريق الطعن بالتزوير ومن بين هذه البيانات توقيعات ذوى الشأن والشهود ,والموثق ,و تاريخ المستند الإلكتروني , وكل هذه البيانات لها قرينة قانونية على صحتها لكونها صادرة عن الموثق , لا يجوز دحضها إلا عن طريق الطعن بالتزوير .

4 . البيانات المتعلقة بالأطراف ولشهود المرتبطة باء قرارهم أمام الموثق, لا يكون الطعن فيها إلا عن طريق الطعن بالتزوير, أما البيانات المتعلقة بصحة التصرف القانوني الذي أقروا به فيمكن إثبات عكسه بالوسائل المقررة قانونا .[1]

وقد أقر المشرع الفرنسي حجية المستندات الإلكترونية الرسمية في المادة 2/1317 "يمكن وضعه على دعامة إلكترونية إذا تم إنشاؤه وحفظه وفقا للشروط التي يضعها مرسوم من مجلس الدولة"[2]وهذا يعتبر قبولا للمستندات الرسمية المحررة على دعامات إلكترونية واعتبارا لحجيتها .

[1] -محمد محمد السادات , مرجع سابق , ص 236-237.

[2] - محمد محمد السادات , مرجع سابق , ص 235

2-حجية المستند الإلكتروني العرفي

المستند الإلكتروني العرفي أو المحرر العرفي كما يسميه القانون المصري ,هو محرر غير رسمي لا يحرره موظف عام ,و يشترط فيه التوقيع والكتابة كما أجمع عليه غالبية الفقهاء ,والهدف من إنشاء المحرر هو إثبات التصرف القانوني أو واقعة معينة , كما لا يشترط شكلا معينا ويتم إنشاءه بوسيلة إلكترونية كالحاسب الآلي وملحقاته .[1]وبتوفر الكتابة والتوقيع في المحرر الإلكتروني العرفي تثبت له حجية مؤقتة على النحو التالي:

1-يعتبر المحرر العرفي صادرا ممن وقع , طالما أن لم ينكره صراحة أو ينكر ماهو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة ,ويسري هذا على التوقيع التقليدي والإلكتروني .

2-الوارث والخلف لصاحب المستند الإلكتروني الموقع من طرفه لا يطلب منهم الإنكار مثل الموقع , وإنما يكفي أن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلموا أن الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة هي لمن خلفوه في هذا الحق .

3-من احتج عليه بمحرر عرفي وناقش موضوعه, لا يقبل منه إنكار الخط أو الإمضاء أو الختم أو بصمة الأصبع .[2] والمستندات الإلكترونية سواء كانت رسمية أو عرفية لها حجية تعادل حجية المستندات التقليدية وهذا حسب ما حددته المادة 15 من قانون التوقيع الإلكتروني المصري وقانون الإثبات للمعاملات المدنية المصري رقم 25 لسنة 1968 حسب الإحالة عليها بمقتضى المادة 17 من قانون التوقيع الإلكتروني [3]

[1] – عبد الفتاح بيومي الحجازي ,إثبات المعلومات الإلكترونية عبر الأنترنت طبعة 2009 ,ص419-.420

[2]– عبد الفتاح بيومي الحجازي , مرجع سبق ذكره , ص422

[3] – عبد الفتاح بيومي الحجازي , مرجع سبق ذكره , ص 423 .

المطلب الثالث :حجية صور المستندات الإلكترونية الرسمية والعرفية

إن التمييز بين أصل المستند وصورته, أمر بالغ الأهمية في مجال الإثبات وتثار صعوبة التمييز بينهما فيما يخص المستندات الإلكترونية وصورتها لاختلاط الصورة بالأصل , فالنسخة الأصلية للعقد لا يمكن تمييزها عن صورتها

أ- حجية صور المستندات الإلكترونية الرسمية

من بين القوانين التي نصت على حجية صور المستند الإلكتروني الرسمي القانون المصري المادة 16 من قانون التوقيع الإلكتروني على أن * الصورة المنسوخة على الورق من المحرر الإلكتروني الرسمي حجة على الكافة ,بالقدر الذي تكون فيه مطابقة لأصل هذا المحرر وهذا مادام المحرر الإلكتروني الرسمي والتوقيع الإلكتروني موجودين على دعامة إلكترونية .

1- حجية صورة المستند الإلكتروني الرسمي في حالة وجود أصل المحرر الإلكتروني الرسمي حسب نص المادة 12 من قانون الإثبات المصري المنظمة لحجية صور الصورة الرسمية للمحررات الورقية, ويحال عليها لتطبيق نفس الأحكام على صور المستندات الإلكترونية الرسمية وتنص المادة 12 على أنه: إذا كان أصل المحرر الرسمي موجودا فان صورته الرسمية كانت أو فوتوغرافية تكون حجة بالقدر الذي تكون فيه مطابقة للأصل , ما لم ينازع في ذلك أحد الطرفين وفي هذه الحالة تراجع الصورة على الأصل ' ومهما تعددت الصور المنسوخة من المستند الأصلي مباشرة أم من صورة منسوخة عن المستند الأصلي فإن مصداقيتها تستمد من مطابقتها للأصل وبمجرد المطابقة تعد حجة على الكافة ' ويمكن المنازعة في عدم مطابقة الصورة للأصل فهي قرينة قابلة لإثبات العكس .[1]

[1]- محمد محمد السادات , مرجع سبق ذكره ,ص 253

والمشرع المصري أغفل تنظيم حالة عدم وجود أصل المحرر الإلكتروني وهذا بالنسبة لبعض الفقهاء يدل على أنه لا حجية لمثل هذه الصور في غياب المحرر الرسمي ولا تعد بذلك دليلا كامل في الإثبات, أما البعض الأخر فيرى أن هذا يعد قصورا في التنظيم ولتجنب الفراغ التشريعي تتم الإحالة على المادة 17 من التوقيع الإلكتروني إلى القواعد العامة في قانون الإثبات في شأن، لإثبات صحة المحررات الإلكترونية الرسمية والعرفية والتوقيع الإلكتروني فيما لم يرد فيه نص .

ب –حجية صور المستندات الإلكترونية العرفية

لم يتعرض المشرع في قانون التوقيع الإلكتروني المصري لحجية صور المحررات الإلكترونية العرفية , وقد قضت محكمة النقض المصرية بشأن صور المحررات العرفية التقليدية, أن تلك الصور لا قيمة لها في مجال الإثبات إلاّ بالقدر الذي تهدي به للأصل إذا كان موجودا يرجع إليه وإن لم يكن موجودا فلا يمكن الاحتجاج بالصورة , وراح الفقه إلى قياس ذلك على صور المستندات الإلكترونية العرفية انطلاقا من المساواة بين المستند العرفي التقليدي والمستند العرفي الإلكتروني في الحجية والقيمة الثبوتية .[1]

[1] محمد محمد السادات ,مرجع سبق ذكره , ص 261 –262

المبحث الثاني : حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات

المطلب الأول : شروط حجية التوقيع الإلكتروني

بالنسبة لشروط حجية التوقيع الإلكتروني فقد اختلفت التشريعات في وضع هذه الشروط فالتوجيه الأروبي رقم 193/999 في 1999/12/13 التوقيع الإلكتروني الحجية القانونية التي يتمتع بها التوقيع الخطي ليعد كدليل في الإثبات أمام القضاء وهذه الشروط هي كالآتي:

1-أن يكون التوقيع مرتبطا بشخص مصدره .

2 - أن يكون محددا لشخصية الموقع ومميزا له عن غيره من الأشخاص.

3- أن تتبع بالنسبة له الإجراءات التقنية التي تمكن مصدره من السيطرة عليه.

4-أن يكون مرتبطا بالمعلومات التي يتضمنها المستند الإلكتروني بطريقة تسمح باكتشاف أي تعديل يطرأ عليه أو على مضمون المستند ذاته.[1]

وبالنسبة للقانون النموذجي للأمم المتحدة في شأن التجارة الإلكترونية في فصلها الثالث وضمن المواد الثالث وضمن المواد (11-15) تحت عنوان تبادل رسائل المعطيات الإلكترونية حيث أضفت حجية على رسائل البيانات من المرسل إلى المرسل إلى المرسل إليه ، بالإضافة لبيانات أخرى تتعلق بعقود التجارة الإلكترونية والتي هي من قبيل المحررات الإلكترونية أمام بالنسبة لشروط حجية التوقيع الإلكتروني في قانون التوقيع الإلكتروني النموذجي للأمم المتحدة الواردة للأمم المتحدة الواردة في المادة 3/6 كالآتي:

1- ارتباط التوقيع الإلكتروني بالموقع دون غيره ومعناه أن يعكس التوقيع شخصي صاحبه ويكون دالا عليه دون سواه فالتوقيع دال على إرادة الموقع في الالتزام بمضمون ما وقع عليه

- [1] فيصل سعيد الغريب , مرجع سيق ذكره , ص220

في المستند الإلكتروني ' والتوقيع الإلكتروني ينبغي أن يؤدي هذا المقصد شأنه شأن التوقيع التقليدي في أن يعبر عن هوية صاحبه.

2- سيطرة الموقع وحده دون غيره على الوسيط الإلكتروني ومعناه أن يستحوذ الموقع على الوسيط الإلكتروني المخزن به منظومة إحداث التوقيع الإلكتروني وهذا لمنع الحصول على التوقيع واستعماله من الغير.

3- إمكانية كشف أي تبديل أو تعديل في بيانات التوقيع الإلكتروني ولتوفر هذا الشرط يتعين على الموقع الاحتفاظ بمنظومة إحداث التوقيع سرا , كما سبق وأن أشرنا لمنع استعمالها من الغير أو تعديل البيانات المتعلقة بالتوقيع وهذا حفاظا على حقوق الأطراف وحتى يكون التوقيع حجة قاطعة لا يمكن دحضها ,يجب أن يسهل على الموقع كشف أي تعديل أو تغيير في منظومة إحداث التوقيع الإلكتروني وبسهولة تامة و إلا فقد التوقيع الإلكتروني حجيته القانونية بين الأطراف وفي مواجهة الغير[1]

وقد نص القانون المصري على نفس الشروط وهذا الفصل الثالث من قانون التجارة الالكترونية والمادة 12 من قانون التوقيع الالكتروني المصري.[2]

أما المادة 327 فقرة أخيرة نصت على أنه :" .....ويعتد بالتوقيع الإلكتروني وفقا للشروط المذكورة في المادة 323 مكرر أعلاه ."[3] ونستنتج من هذا، أن المشرع الجزائري أخذ بالتوقيع الإلكتروني واعترف له بالحجية في مجال الإثبات, و القانون الجزائري يميز بين التوقيع الإلكتروني المؤمن وذلك بموجب المادة 3 من المرسوم التنفيذي 07-162[(4)] "

---

[1]- فيصل سعيد الغريب , مرجع سيق ذكره , ص 221

[2]- فيصل سعيد الغريب , مرجع سبق ذكره , ص221

[3] - المادة 327 من الأمر 75-58 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم للقانون المدني الجزائري.

[4]--المرسوم 07-162 يعدل ويتمم المرسوم 01-123 المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية. المؤتمر العلمي لمغاربي حول المعلوماتية والقانون المنعقد في الفترة 29/28 أكتوبر 2009, ناجي الزهراء, مداخلة بعنوان التجربة التشريعية الجزائرية في تنظيم المعاملات الإلكترونية المدنية والتجارية ,ص.12

التوقيع الإلكتروني هو أسلوب عمل يستجيب للشروط المحددة في المادتين 323 مكرر و323 مكرر 1

التوقيع الإلكتروني المؤمن: هو توقيع إلكتروني يفي بالمتطلبات الآتية:

- يكون خاصا بالموقع.
- يتم بوسائل يمكن أن يحتفظ بها الموقع تحت مراقبته الحضرية.
- يضمن مع الفعل المرتبط به صلة ببحث يكون كل تعديل لاحق للفعل قابلا للكشف عنه.

المطلب الثاني : الاتفاق على حجية التوقيع الالكتروني

إن الاتفاق على حجية التوقيع الالكتروني من قبل أطراف المعاملة ولاسيما إذا تعلق الأمر بإبرام العقود, ذلك أن هناك من اعتبر أن مثل هذه الاتفاقات التي يتم إبرامها في الغالب مع المؤسسات المصرفية , والتي تقوم بإدراج شروطها التي قد تكون مجحفة في حق الزبون الذي يصبح طرفا ضعيفا خاضعا للشروط حتى ولو كانت تعسفية ولا يمكنه منا قشتها مما يجعله عقد إذعان وهذا حسب رأي بعض الفقهاء ,أما البعض الآخر فيرفض اعتبار العقد بين البنك والعميل عقد إذعان , ذلك أن للزبون الاختيار في التعاقد أو الرفض مادام أن ما يتعاقد عليه لا يعد ضروريا بحيث يستحيل اقتناء السلعة أو الخدمة إلا من خلال شروط هذا البنك , وبالتالي يمكنه أن يلجأ لأي مصرف أخر قد تكون شروطه أكثر ملائمة مع رغبات الزبون , أما بالنسبة لمدى صحة هذه الاتفاقات بين أطراف المعاملة في التشريعات الداخلية, فيرتبط أخذ التشريعات الداخلية بهذه الاتفاقات بقواعد الإثبات ومدى تعلقها بالنظام العام , ففي القانون المصري يرى غالبية الفقه جواز اتفاق الأطراف على تعديل قواعد الإثبات طبقا لنص المادة 1/60 المتعلقة بالإثبات بالكتابة في حالات محددة إلا إذا اتفق الأطرف أو نص على غير ذلك .[1]

[1]– عبد الفتاح بيومي الحجازي , مرجع سبق ذكره , ص 344

وبناء عليه يتأكد في قانون الإثبات المصري لسنة1968 عدم ارتباط قواعد الإثبات بالنظام العام ويجوز للأطراف الاتفاق على ما يخالفها , وفي التشريع الفرنسي لا نجد نص يدل الارتباط بين قواعد الإثبات والنظام العام , ولكن أغلب الفقه يرون وجود ارتباط بينهما ويترتب على ذلك بطلان كل الاتفاقات المخالفة لقواعد الإثبات , ومنها المتعلقة بطرق الإثبات أو الواقعة المطلوب إثباتها أو الخصوم الواقع عليهم عبء الإثبات.

أما البعض الآخر من الفقهاء الفرنسيون , فيرون إبطال الاتفاقات المخالفة لقواعد الإثبات والمغيرة لها, إلا فيما يخص على من يقع عبء الإثبات أو الواقعة المطلوب إثباتها, وفي مقابل هذا الموقف الرافض يتجه بعض الآخر إلى قبول الاتفاقات على اعتبار أن قواعد الإثبات ليست من النظام العام , إلا في ما يتعلق بموضوع يمس بالنظام العام بعينه كالنظام القضائي وسير الخصومة ...الخ

وأحكام القضاء الفرنسي تتجه لهذا الرأي , مشيرة لعدم وجود ارتباط بين قواعد الإثبات والنظام العام وأغلب تشريعات الدول اتجهت إلى الأخذ بالاتفاقات على أساس عدم تعلق قواعد الإثبات بالنظام العام.[1]

المطلب الثالث : الاختلاف حول حجية صور التوقيعات

اختلفت التشريعات بشأن حجية صور التوقيعات وسبب هذا الاختلاف يعود إلى الاختلاف في مستويات التوقيع ,وقد فرقت بعض التشريعات بين التوقيع البسيط الذي يستخدم في إنشاءه تكنولوجيا لا تعتمد على وسيلة حماية وتأمين لذلك التوقيع من التلاعب مما يثير نوعا من عدم الثقة والشك في نسبته لصاحبه[2] , والتوقيع الرقمي الذي تستخدم فيه تكنولوجيا تحقق الترابط بين هوية الموقع وتوقيعه وتقنيات عالية , كالتشفير وكذا وجود طرف ثالث معتمد وموثوق فيه ومحايد يتولى إصدار شهادات التصديق , ويعد أكثر حماية وتأمين من التوقيع البسيط ,إذ يطلق عليه التوقيع المحمي ويتمثل في التوقيع بالرمز أو استخدام كلمة السر ,والتوقيع باستخدام القياسات الخواص الحيوية, ومن بين التشريعات التي أخذت

[1]–عبد الفتاح بيومي الحجازي, مرجع سبق ذكره , ص –345–344

[2] – محمد محمد السادات ,حجية المحررات الموقعة إلكترونيا في الإثبات , مرجع سابق 56 .

بهذه التفرقة التوجيه الأوربي, والقانون الإماراتي , وانعكست هذه التفرقة على درجة حجية التوقيعات.

أما التشريعات الأخرى, كالقانون المصري والأمريكي ,لم تأخذ بتلك التفرقة لعدم معرفتها بها , وقامت بوضع شروط لاكتساب التوقيع الحجية القانونية , إذ تبين للفقهاء من خلال دراستهم لهذه الشروط , أنها تتناسب أكثر مع التوقيع الرقمي المحمي أو المتقدم كما يسمونه .

ومن التشريعات التي اعترفت بحجية التوقيع الرقمي, ومساواته بالتوقيع الخطي , قانون التوجيه الأوربي , في المادة 1/5 منه والتي نصت على أنه *يجب على الدول الأعضاء أن تضمن أن التوقيعات الالكترونية المتقدمة والتي تعتمد على شهادة مؤهلة, و التي تم إنشاؤها بواسطة أداة إنشاء توقيع آمنة :

أ- تستوفي ذات المتطلبات القانونية التي يحققها التوقيع الكتابي .

ب-تكون مقبولة كدليل في الإجراءات القانونية *.[1]

أما التشريع الفرنسي رقم 230 لسنة 2000 ,لم ينص صراحة على المساواة بين التوقيع والتوقيع الخطي كما نص عليه التوجيه الأوربي, بل اكتفى في التقنين المدني وفي مرسوم مجلس الدولة رقم 272 لسنة 2001 ,بالنص على موثوقية التشريع مفترضة إلى أن يثبت العكس , متى اعتمد على شهادة أداة إنشاء توقيع إلكتروني مؤمنة ,وعلى شهادة تصديق معتمدة . [2] , وبعد أن كان أطراف المعاملة الإلكترونية يعقدون اتفاقات سابقة على التعاقد ,الهدف منها هو الاتفاق على قبول التوقيع الالكتروني والمستند الالكتروني في الاحتجاج به كدليل إثبات أمام القضاء ,وهذا تخوفا من طبيعة التعاقد الالكتروني الذي يتم إبرامه وتنفيذه عبر شبكة افتراضية , وحتى بالنسبة لطريقة الدفع وانتقال الأموال بين أطراف متباعدة من حيث المكان , ولكن بصدور بعض التشريعات المنظمة لحجية التوقيع الالكتروني ومساواته بالتوقيع الخطي , تيسر للتجار والمتعاملين بالمستند الالكتروني عامة إجراء معاملاتهم من خلاله بعد اكتسابه القيمة والقوة الثبوتية .

8- محمد محمد السادات ,حجية المحررات الموقعة إلكترونيا في الإثبات , مرجع سابق ص143

[2]- المرجع السابق ص 144

أ-حجية التوقيع المحمي:

لقد أصبح للتوقيع المحمي حجية تعادل حجية التوقيع التقليدي , أضافت لها التشريعات قرينة قانونية على سلامته بسبب تأمينه ,ومن التشريعات التي أخذت بهذا الاتجاه قانون الاونسترال النموذجي للتوقيعات الالكترونية , والقانون الفرنسي ,والقانون الأردني والقانون البحريني ,أما القوانين الأخرى فقد اتجهت إلى تطبيق القواعد العامة في الإثبات كالتوجيه الأوروبي للتوقيعات الإلكترونية ."[1]

إن أخذ هذه التشريعات بقرينة الإثبات للتوقيع المحمي بافتراض صحته يعد استثناء عن القواعد العامة وعن عبء الإثبات الذي يقع على من يدعي خلاف ذلك .

ب-حجية صورا لتوقيع الأخرى :

إن التوقيع الالكتروني البسيط يختلف في حجيته عن التوقيع الالكتروني المحمي ,ذلك أنه لا يتوفر على الشروط المراد تحققها فيه التي وضعتها التشريعات , والتي توجد في التوقيع المحمي , من حيث تأمين المستند الإلكتروني وحمايته , فهو لا يتمتع بالحجية الكاملة في مجال الإثبات , كما أنه لا يرتبط بقرينة قانونية ومع ذلك لا يتجرد عن كل أثر قانوني فيكون خاليا من أية قيمة قانونية , ولقد دعا التوجيه الأوروبي للتوقيع الإلكتروني في مادته الخامسة الدول الأعضاء , إلي جانب الاعتراف بحجية التوقيع المحمي ومساواته بالتوقيع الخطي التقليدي, قبول التوقيع البسيط وعدم تجريده من قيمته وأثره القانوني لمجرد أنه في الشكل الإلكتروني ,أو لكونه لا يتوفر على نفس الشروط المتوفرة في التوقيع المحمي كعدم اعتماده على شهادة مؤهلة صادرة من عن مقدم خدمات التصديق أو لم يستند في إنشاءه إلي أدوات إنشاء توقيع مؤمنة .* [2].

أما بالنسبة للتشريعات التي لم تأخذ بالتفرقة بين التوقيعات الإلكترونية في مجال الإثبات, واعتبرت أن كل التوقيعات مقبولة أمام القضاء ,و من بينها القانون الفرنسي رقم 230 لسنة 2000 ,ويرى بعض الفقهاء أنه لإثبات حجية المستند الحامل للتوقيع البسيط ,

[1]- محمد محمد السادات , مرجع سبق ذكره , ص 152

[2]-محمد محمد السادات ,مرجع سبق ذكره , ص 163 .

يتعين عليه إثبات الأمان والموثوقية في الأداة المستخدمة في إنشاء التوقيع البسيط المتضمن في المستند الإلكتروني [1].

المبحث الثالث : المساعي الدولية للإعتراف بحجية المستندات الإلكترونية في الإثبات .

المطلب الأول: التشريعات الداخلية :

1-التشريعات العربية :

أ- الأردن

من بين الدول العربية التي أخذت بحجية المستند الإلكتروني في الإثبات , الأردن من خلال إصدار قانون المعاملات الأردني رقم 58 لسنة 2001 والذي جاء متزامنا مع توقيع الأردن لاتفاقية التجارة الحرة مع الولايات المتحدة الأمريكية والتي تضمنت بنودا خاصة عن التجارة الإلكترونية والبدء في مشروع الحكومة الإلكترونية , وانضمام الأردن لمنظمة التجارة العالمية وكذا توقيعها لاتفاقية الشراكة الأردنية الأوربية , فكان لزاما عليها لدفع عجلة التطور التكنولوجي , وتماشيا مع متطلبات التجارة العالمية والإلكترونية وما تقتضيه ضرورة التعاقد الإلكتروني , أدى إلى إصدار قانون يتولى مهمة تنظيم المعاملات الإلكترونية وكل جديد في مجال المعلوماتية , وهذا بتكييف الجانب القانوني مع الجانب التقني والتكنولوجي وقد نص قانون المعاملات الأردني 58 لسنة 2001 في المادة 7 منه على أنه : يعتبر السجل الإلكتروني والعقد الإلكتروني والرسالة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني منتجا للآثار القانونية

[1] -محمد محمد السادات , مرجع سبق ص 165 .

ذاتها المترتبة المترتبة على الوثائق والمستندات الخطية والتوقيع الخطي بموجب أحكام التشريعات النافذة من حيث إلزامها لأطرافها أو صلاحيتها في الإثبات" .[1]

ويستخلص من هذه المادة أن المشرع الأردني اعترف بحجية المستند الإلكتروني ,إذ يرتب نفس الأثار القانونية التي يرتبها المستند الورقي الخطي وكذا التوقيع الإلكتروني ومساواته بالتوقيع الخطي , ونفس الحجية بالنسبة للعقد الإلكتروني باعتباره صورة من صور المستند الإلكتروني .

ب- الكويت

أما في القانون الكويتي في مادة التاسعة من مشروع قانون التجارة الإلكترونية نص على أنه* في أية إجراءات قانونية لا يجوز تطبيق أي حكم قواعد الإثبات للحيلولة دون قبول *المستند الإلكتروني * كدليل إثبات لمجرد كونه "مستند إلكتروني " أو بدعوى أنه ليس في شكله الأصلي , إذا كان هذا المستند هو أفضل دليل متوقع أن يحصل عليه الشخص الذي يتشهد به .

وتحوز المعلومات التي تكون على شكل مستند إلكتروني حجية في الإثبات على أن يؤخذ في تقدير هذه الحجية جدارة الطريقة التي استخدمت في انشاء أو تخزين المستند الإلكتروني , أو الطريقة التي استخدمت في المحافظة على سلامة المعلومات أو الطريقة التي حددت بها هوية منشئها أو لأي عمل آخر يتصل بالأمر , على أن تكون هذه الطريقة جديرة بالتعويل عليها"[2] .

ويستخلص من نص هذه المادة , أن الاعتراف بحجية المستند الإلكتروني في مجال الإثبات , كان بالنص على عدم تطبيق أي نص في قانون الإثبات من شأنه أن يمنع قبول المستند الإلكتروني كدليل في مجال الإثبات , إذا كان هذا المستند أفضل دليل وهذا

[1] -محمد أمين الرومي , مرجع سبق ذكره ص 23

[2] محمد أمين الرومي , مرجع سبق ذكره,ص 28 .

يؤدي إلى الاعتراف بحجية المعلومات المتضمنة في المستند الإلكتروني, و لكن لتقدير حجية المستند الإلكتروني ينبغي فحص طريقة إنشاءه وتخزينه , وكذا طريقة الحفاظ على سلامة المعلومات , وطريقة تحديد هوية منشئها وكل ما يتعلق بذلك , وبهذا تعد الطريقة المستخدمة هي المعيار الذي يقاس به مدى حجية المستند الإلكتروني في الإثبات .[1]

ث-القانون التونسي :

بالنسبة للقانون التونسي أقر قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي رقم 83 لسنة 2000 يعد من أول التشريعات التي نظمت أحكام المعاملات التجارية, كما ساوى القانون بين المستندات الإلكترونية والمستندات التقليدية في مجال الإثبات وقد نص في الفصل الأول من هذا القانون على أنه "يجري على العقود الإلكترونية , نظام العقود الكتابية من حيث التعبير عن الإرادة ومفعولها القانوني وصحتها وقابليتها للتنفيذ فيما لا يتعارض وأحكام هذا القانون "

أما في الفصل الرابع أكد على المساواة بين الوثيقة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني مع الوثيقة التقليدية والإمضاء التقليدي فنص على أنه : *يعتمد قانونا حفظ الوثيقة الإلكترونية كما يعتمد حفظ الوثيقة الكتابية"[2] وكذا نص على شروط حفظ الوثيقة الإلكترونية إذ نص على أنه* يتم حفظ الوثيقة الإلكترونية على حامل إلكتروني يمكن من الإطلاع على محتواها طيلة مدة صلاحيتها , حفظها في شكلها النهائي بصفة تضمن سلامة محتواها , حفظ المعلومات الخاصة بمصدرها ووجهتها ومكان إرسالها واستلامها.

[1] - محمد أمين الرومي، تحديات الإثبات بالسندات ص132

[2] عباس العبودي , مرجع سبق ذكره , ص 132

2- في التشريعات الأخرى:

و- التشريع الفرنسي :

إن التعديل التشريعي المرقم 230 في 03/13 2000 المعدل لنص المادة 1316 من القانون المدني الفرنسي تمت من خلاله إعادة صياغة هذه المادة , لتحتوي كل طرق الكتابة التقليدية والإلكترونية , كما اعترفت بحجية المستند الإلكتروني وجعلته مساويا للمستند التقليدي في الإثبات بشرط أن تقدم الضمانات الكافية لجهة التعرف عن هوية من يصدر عنه وأن يحفظ وفق شروط تضمن سلامته ولقد جاء هذا في فقرة جديدة أضيفت للمادة 1316 , بالإضافة إلى التعديل في الفقرة الثالثة منه على أنه :"تتمتع الكتابة الإلكترونية , بنفس قوة الإثبات للكتابة الورقية [1]

-هـ التشريع الأمريكي :

إن الولايات المتحدة الأمريكية أول من اعترف بالتوقيع الإلكتروني وهذا في التشريع الفيدرالي بشأن التوقيع الإلكتروني في التجارة الداخلية في أكتوبر سنة 2000 , تم من خلالها توثيق الوثائق الإلكترونية المملوكة للجهات الحكومية وحفظها كما تضمن وضع أحكام لحماية الأفراد قانونا وخاصة المستهلك في مثل هذه المعاملات , وقامت الولايات بوضع تشريعات محلية للاعتراف بالقوة القانونية للتوقيع الإلكتروني فنصت المادة 104 من قانون التوقيع الإلكتروني والسجلات الإلكترونية لولاية نيويورك , على أن* التوقيع الإلكتروني يكون له ذات الصلاحية والأثر المقرر لاستعمال التوقيع الموضوع بخط اليد" كما نصت المادة 105 على أن * السجل الإلكتروني يكون له ذات القوة والأثر المقرر للسجلات المحررة بغير الوسائل الإلكترونية"[2]ويتفاد من هذه المادة قبول المستندات

---

[1] عباس العبودي , مرجع سبق ذكره , ص 121

[2] إياد عارف عطا السده , مدى حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات , أطروحة ماجستير , جامعة النجاح الوطنية فلسطين 2009/6/5,ص140-141

الإلكترونية المشتقة من السجلات الإلكترونية . إقرار عدة دول قوانين خاصة بتنظيم التجارة الالكترونية والسندات والتواقيع الالكترونية، أهمها بريطانيا عام 1995، وألمانيا وايطاليا عام 1997، والولايات المتحدة الأمريكية وفرنسا عام 2000، وتونس عام 2000، ومصر عام 2004، وغيرها الكثير. وفرنسا عام 2000

المطلب الثاني : الاتفاقيات والمؤتمرات الدولية

لقد اتجهت الجهود الدولية إلى الحث على الأخذ بالمفهوم الواسع والمتطور للكتابة حتى تتيح لتشريعات الدول استيعاب الكتابة الإلكترونية ,بالتالي الاعتراف بحجية المستند الإلكتروني بعد توفر الشروط المطلوبة والمتمثل في الكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني فيصبح بذلك مقبولا في مجال الإثبات أمام القضاء شأنه شأن الكتابة والتوقيع التقليدي .

أ- الاتفاقيات الدولية :

من بين الاتفاقيات التي أخذت بالمستندات الإلكترونية والشكل المعاصر للكتابة هي اتفاقية فينا بشأن البيع الدولي للبضائع لعام 1980 فلم تضع أي قيود تحول دون قبول الكتابة الإلكترونية ذلك لارتباط التجارة الدولية بالتجارة الإلكترونية ووسائلها الحديثة , فلا يمكنها استبعاد العقد الإلكتروني ووسائل إبرامه إلكترونيا وكذا وسائل الدفع الإلكتروني في مجال البيوع الدولية , ولا يمكنها تقييد الكتابة في مفهومها التقليدي الضيق الذي لا يتناسب ومتطلبات العصر .وقد نصت المادة 11 أن على أن* عقد البيع لا يستلزم إبرامه أو إثباته بالكتابة ولا يخضع لأية متطلبات شكلية ويمكن إثباته بأية وسيلة بما فيها الشهود .

أما بالنسبة لقانون الاونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لعام 1996 في المادة السادسة من هذا القانون جاء فيها: "عندما يشترط القانون أن تكون المعلومات مكتوبة

, تستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط إذا تيسر الاطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها والرجوع أليها لاحقا"[1]

والمقصود من عبارة تيسر* الإطلاع عليها * بمعنى قابلية المستندات الإلكترونية للقراء والفهم والتفسير إلي جانب الاحتفاظ ببرمجيات الحاسب الآلي [2] كما نصت المادة 8 من القانون النموذجي على " عندما يشترط القانون تقديم المعلومات أو الاحتفاظ بها في الشكل الأصلي , تستوفي السندات الإلكترونية هذا الشرط إذا توافرت الأمور الآتية :

1- إذا وجد ما يعول عليه لتأكيد سلامة المعلومات منذ الوقت الذي أنشأت فيه للمرة الأولى في شكلها النهائي , بوصفها سندا إلكترونيا أو غير ذلك

2- إذا كانت تلك المعلومات ,مما يمكن عرضها على الشخص المقرر أن تقدم إليه وذلك عندما يشترط تقديم تلك المعلومات . [3]

ومن الاتفاقيات التي عقدت بشأن الجرائم المعلوماتية ,الاتفاقية الأوروبية للجرائم المعلوماتية التي تم عقدها في بودابست في 23 تشرين الثاني عام 2001 والتي ركزت على الجوانب الموضوعية والإجرائية بتطوير قواعد القانون الإجرائي والموضوعي لمكافحة الإجرام التكنولوجي الجديد , بعد عجز قواعد قانون العقوبات الموضوعي والإجرائي عن التكيف مع الإجرام لمعلوماتي ولذلك يتعين تحديث هذه القواعد لذا نظمت هذه الاتفاقية الكثير من الجوانب الإجرائية كالتحري وتفتيش الحواسيب ,وضبط البيانات المعلوماتية .....الخ [4]

---

[1] عباس العبودي , مرجع سبق ذكره , ص 124

[2] عباس العبودي , مرجع سبق ذكره , ص 124

[3]-عباس العبودي , مرجع سبق ذكره ,ص 124

[4]- سامي جلال فقي حسين مرجع سبق ذكره , ص 173و 174

ب- المؤتمرات الدولية :

من بين المؤتمرات التي تم عقدها بجامعة الدول العربية مجلس وزراء العدل العرب المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية بيروت لبنان, الندوة العربية العلمية حول أهمية السند الالكتروني ومساواته بالسند التقليدي وكانت توصيات الندوة كالآتي:

1/ العمل علي وضع اتفاقية عربية لاعتماد شهادات التوثيق للتوقيعات الالكترونية والرقمية العربية , للسند الالكتروني في المحيط العربي,وخلق مصداقية جماعية للتوقيعات الالكترونية العربية

2/وضع آلية عربية تعمل مجلس وزراء العدل العرب علي التأكد والتحقق, من صحة شهادات التوثيق للتواقيع الأجنبية وتقديم النصح للمتعاملين معها ,وصياغة ذلك في شكل برنامج الكتروني يتم تجديده وفقا للموثوقية المتحقق منها ,

3/ العمل علي جبهة توحيد البرمجة الالكترونية المستخدمة في قاعدة البيانات العربية والحكومات الالكترونية جامعة الدول العربية وشيكات الاتصال المحلية(intra net) بغرض تكوين قاعدة بيانات عربية موحدة, ومتكاملة, والعمل علي وضع أسس الحماية لها

4/التوصية بتبني الدول العربية لمشروع القانون العربي للمعاملات الالكترونية,

5/ التوصية بتبني الدول العربية للقانون العربي الاسترشادي للإثبات بالتقنيات الحديثة خاصة اعتماد السند الالكتروني كوسيلة إثبات وإعطاؤه الحجية الكاملة ومساواته بالسند الورقي الرسمي والعادي كل حسب طبيعته وحجيته , وإعطاء المستند الالكتروني أولوية في إثبات التعاملات الالكترونية,دون المعاملات العادية

6/العمل علي توحيد المصطلحات القانونية العربية الخاصة بتشريعات تقنية المعلومات بصفة عامة, وتشريعات السند الالكتروني بصفة خاصة .

7/العمل علي تبادل المعلومات العربية بشان مدى مصداقية بعض التوقيعات الرقمية أو الالكترونية في مجال التجارة الالكترونية العالمية.

8/وضع إستراتيجية عربية موحدة لمكافحة القرصنة الالكترونية وجرائم المعلوماتية ,خاصة المتعلقة منها بالسند الالكتروني, وذلك بالعمل علي تجريم كافة الأفعال التي تشكل جرائم معلوماتية ووضع العقوبات الرادعة لها , وتبادل المعلومات بشان مرتكبيها. [1]

المؤتمر الثاني المنعقد بجامعة الدول العربية مجلس وزراء العدل العرب المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية بيروت لبنان للمتخصّصين في أمن وسلامة الفضاء السيبراني (الإنترنت) بيروت 19-2013/8/21الموافق 12 – 14 شوال 1434 هـ.

ومن بين توصياته :

1-متابعة دراسة مسودة مشروع القواعد والضوابط الأخلاقية لاستخدام الفضاء السيبراني التي أعدّها د. حسين الغافري من قبل اللجنة المشكّلة من المؤتمر على ضوء الملاحظات الواردة من الدول العربية الأعضاء.

2- إيجاد آلية لتفعيل التعاون العربي وتبادل الخبرات والزيارات في مجال حماية أمن وسلامة الفضاء السيبراني.وضع خطط لتفعيل التدريب من خلال التعاون العربي.

3- دعوة الدول العربية لإنشاء هيئة مركزية وطنية مختصة بحماية أمن وسلامة الفضاء السيبراني في الدول التي ليس لها مثل هذه الهيئة تكون من مهماتها تطبيق إجراءات التنظيم والحماية وخاصة البيانات واسترجاعها والتعاون فيما بينها وصولاً إلى تشكيل هيكلية عربية موحدة تؤمن حماية أمن وسلامة الفضاء السيبراني.

---

[1] - الندوة العربية العلمية حول أهمية السند الالكتروني ومساواته بالسند التقليدي ,المنعقدة بجامعة الدول العربية , من 4أوت -6 أوت 2009 ببيروت لبنان .

4- دعوة الدول العربية إلى استكمال الأطر التشريعية والبني التحتية تمهيداً لتشكيل هيئات أو لجان المصادقة والتوقيع الإلكتروني والاستفادة من التجارب العربية في الدول العربية في هذا المجال[1]

التوجيه الصادر عن البرلمان الأوروبي بتاريخ 1999/12/13 حول التوقيع الالكتروني وتسهيل استعماله من أجل حسن سير العمل في السوق و القانون النموذجي حول التجارة الالكترونية الصادر عن لجنة القانون التجاري الدولي لدى الأمم المتحدة بموجب القرار رقم 162/51 تاريخ 1996/1/16، الذي أقرَّ بالقوة الثبوتية للسند والتوقيع الإلكتروني.

-التوجيه الداخلي الأوروبي. كما أقرَّ البرلمان الأوروبي توجيهاً آخر بتاريخ 2000/6/8 حول التجارة الالكترونية وأكد على الاهتمام بتوقيع العقود بالطرق الالكترونية.

-قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية، الذي اعتمدته لجنة القانون التجاري الدولي لدى الأمم المتحدة في دورتها ال34 بتاريخ 2001/7/5، لتنظيم التوقيع الالكتروني في سياق العلاقات ذات الطابع التجاري. ويعتبر هذا القانون قانوناً استرشادياً في مجاله، لكنه لا يتضمن كل التفاصيل المتعلقة بالتوقيع الالكتروني، بل يفسح المجال لإصدار قوانين خاصة به[2].

[1]- المؤتمر الثاني المنعقد بجامعة الدول العربية للمتخصصين في أمن وسلامة الفضاء السيبراني في 19-21 أوت 2013 بيروت لبنان .

[2] نادر شافي,التوقيع الإلكتروني الاعتراف التشريعي به وتعريفه القانوني وشوطه وأنواعه مجلة الجيش العدد 294 – أذار 2006 ,بعنوان نحن والقانون .

المطلب الثالث : الاستنتاجات والتوصيات

أ- الإستنتاجات :

مختلف المجالات, بات من الضروري تكييفه مع المنظومة التشريعية لتحقيق التطور – المستند الإلكتروني مفهوم قانوني استجد بفعل التطور التكنولوجي , أفرزته العولمة في الرقي الحضاري .

-بفضل تبنى المفهوم الواسع للكتابة والتوقيع , تمكنت الدول من وضع قوانين أو التعديل في قوانين الإثبات ,لتنظيم أحكام المعاملات الإلكترونية , مقتدية في ذلك بالتشريعات التوجيهية الاسترشادية .

– تأكد فشل معالجة مسألة الإثبات في المستند الورقي بتطبيق الاستثناءات الواردة على مبدأ الإثبات الخطي , مما يؤكد عدم توافق القواعد التقليدية لإثبات المستند التقليدي مع المستند الإلكترونية لكونه لم يكن موجودا عند سن القوانين المعمول بها .

-الكثير من العوائق التشريعية , تحول دون الإثبات بالمستندات الإلكترونية ,وكذا العوائق الناتجة عن الأفعال العمدية والمخاطر الناجمة عن الخطأ التي تؤدي إلي الإنتقاص من قيمته الثبوتية, كل ذلك يحتاج لاستحداث حلول جازمة .

-أغلب التشريعات العربية لم تنظم حجية المستند الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني في قانون مستقل , عن قانون الإثبات , ورغم تنظيم المشرع المصري لحجية في المادة 15 و17 من قانون التوقيع الإلكتروني المتعلقة بحجية المستند الإلكتروني الرسمي , إلا أنه أحال على قانون الإثبات في مسائل كثيرة لم تحظى بتنظيم أحكامها , بل أكثر من ذلك اكتفت الكثير من التشريعات بمجرد الإعتراف بحجية المستند الإلكتروني دون تنظيم لهذه الحجية

ب-التوصيات :

- تبني المفهوم الواسع للكتابة والتوقيع الإلكتروني والاعتراف بحجية المستند الإلكتروني بالنسبة للدول التي مازالت مترددة حول مسألة قبول الإثبات بالمستند الإلكتروني ومساواته بالمستند الورقي من حيث الحجية .

- ضبط المصطلحات الإلكترونية وإعادة توصيفها ,قانونا ,وربطها بالمنظومة التشريعية بصياغتها في قالب قانوني .

- يقتضي من الدول خاصة الدول العربية وضع تشريعات مستقلة عن قوانين الإثبات التقليدية , لتنظيم أحكام المعاملة الإلكترونية , ولاسيما فيما يتعلق بحجية الإثبات بالمستد الإلكتروني العرفي والرسمي وصوره وكذا التوقيع الإلكتروني وصوره ,وحل مسألة النسخ للمستند الإلكتروني التي تؤدي إلي اختلاط الأصل بصورته .

-حل مسألة تنازع القوانين الإجرائية بتدخل الدول من خلال معايير لتحديد الإختصاص و إبرام الاتفاقيات الدولية .

-وضع الضوابط الفنية والتقنية المبتكرة لتأمين وضمان حجية المستند الإلكتروني

تجريم الأفعال التي تهدد سلامة المستند الإلكتروني , بالتعديل والتخريب في للبيانات والبرامج المعلوماتية وتؤدي إلى الإنتقاص من حجية المستند الإلكتروني في مجال الإثبات .تطوير كفاءة الحقوقيين والقائمين بالإستدلال من خلال تكوينهم في مجال المعلوماتية .

-فتح ورش عمل لدراسة مختلف التحديات التشريعية التي تواجه الإثبات بالمستند الإلكتروني ووضع الحلول التشريعية المناسبة لها

خـــــاتمة

مـن خـلال هـذا الشـوط الطويـل الـذي قطعنـاه بجسـوره وأنفاقـه تبـين لنـا أن المستند الإلكتروني هو ظاهرة حتمية فرضها التطور العلمي والتكنولوجي المعاصر وأفرزتـه العولمـة الاقتصـادية والإداريـة , بـات مـن الـلازم سـعي الـدول والمؤسسـات لاستعماله في مختلف المعاملات وتكييفه مع المنظومة التشريعية والقضائية على حد سواء , للضمان على الأقل مواكبة العصر لتحقيق التجاوز التام لكل ماطوي من المستند التقليدي بعد تقلص دوره , وعجز أحكامه عن مواكبة التطور , بالنسبة للدول التـي تتطلـع للرقـي الحضـاري والتقـدم التكنولـوجي , ولتحقيـق ذلـك يتعينعلـى الـدول تطوير تشريعاتها بسن قوانين جديدة مستقلة عن القواعد التقليدية خاصة فيما يتعلق بالإعتراف بحجية المستند الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني في مجال الإثبات , وكذا تنظيم حجية صور المستند الإلكتروني وتجاوز مشكلة اختلاط الصورة بالأصل .

كمـا يتعـين علـى الـدول فتح ورش عمـل للتصـدي لكـل العوائـق التشـريعية والتقنية والأخطار الناتجة عن الفعل العمدي ، أوالناجمة عن الخطأ , بوضـع الحلول القاطعـة وتحديـد الضـوابط التشـريعية لهـا , كمـا يتعـين حـل مسـألة تـأمين المسـتند الإلكتروني وتجريم الأفعال التي تهدد سلامته , وكذا من خلال وضع نظام قانوني لمقدمي خدمات التصديق كما يستلزم ايجاد الحل التشريعي فيما يخص تعارض الإثبات مع قاعدة عدم جواز اصطناع الخصم دليلا لنفسه , ولإنجاح هذا العمل الجليـل يجـب تطـوير كفـاءة الحقـوقيين والقـائمين بالإسـتدلال والتحقيـق مـن خـلال الـدورات التكوينيـة فـي مجـال المعلوماتيـة , كمـا يتعين إحداث تغييرات جذريـة فـي المنظومة التشريعية والقضائية , وهذا بدءا بضبط المصطلحات

الإلكترونية وإعادة توصيفها قانونا وربطها بالمنظومة التشريعية ولحل مسألة تنازع القوانين الإجرائية , يتعين وضع المعايير المناسبة لتحديد الإختصاص

التشريعي وعقد الاتفاقيات الدولية كما يتوجب تنظيم صور المستند الإلكتروني ,وكذا طبيعة وصور الدليل الإلكتروني وتحديده من حيث حتى المشروعية يتسني للقاضي فهمه وقبوله في مجال الإثبات , بنصوص تشريعية ضمن قانون المعاملات الإلكترونية .

ونحن ندعو التشريعات العربية إلي تقبل فكرة الإثبات بالمستندات الإلكترونية من خلال تبنى المفهوم الواسع للكتابة والتوقيع وتنظيم حجيتهما في قانون مستقل عن قانون الإثبات , تنظيما شاملا وملما بكل التفاصيل وأحكام المعاملات الإلكتروني , والإقتداء في ذلك بالتشريعات الاسترشادية , و الإستفادة من المؤتمرات الدولية و الاتفاقيات الدولية المتعلقة بتطوير التشريع المعلوماتي سواء كانت دولية أو عربية وهذا بأخذ ما يتلاءم مع منظومتها التشريعية , وظروفها الاجتماعية والإقتصادية .

قائمة المصادر و المراجع:

أ . المصادر:

1. عبد الفتاح بيومي حجازي, إثبات المعاملات الإلكترونية عبر الأنترنت, طبعة 2009

2 . محمد أمين الرومي , المستند الإلكتروني , دار الكتب القانونية مصر, سنة النشر 2008

3 . القانون المدني الجزائري ،

ب . المراجع :

1 – محمد محمد سادات, حجية المحررات الموقعة إلكترونيا في الإثبات دراسة مقارنة, دار الجامعة الجديدة الإسكندرية ,طبعة 2011 .

2– محمد محبوبي , أساسيات في أدوات الد فع والائتمان , دار أبي رقراق للطباعة والنشر الطبعة الأولى 2012

3. سامي جلال فقي حسين , الأدلة المتحصلة من الحاسوب وحجيتها في الإثبات

الجنائي دار الكتب القانونية , دار الشتات للنشر والبرمجيات ,مصر طبعة .2012

4. عابد فايد عبد الفتاح فايد , الكتابة الإلكترونية في القانون المدني بين التطور القانوني والأمن التقني , دار الجامعة الجديدة للنشر 2014 .

5.. عباس العبودي تحديات الإثبات بالسندات الإلكترونية ومتطلبات النظام القانوني لتجاوزها , دراسة مقارنة معززة بآخر التعديلات التشريعية والتطبيقات القضائية منشورات الحلبي الحقوقية, الطبعة الأولى سنة 2010

6–.فيصل سعيد الغريب , التوقيع الإلكتروني وحجيته في الإثبات , المنظمة العربية للتنمية ,

طبعة 2005 . .

7- رضا المتولي وهدان , النظام القانوني للعقد الإلكتروني و المسئولية عن الإعتداءات الإلكترونية , دراسة مقارنة في القوانين الوطنية وقانون الإونسيترال النموذجي والفقه الإسلامي , دار الفكر والقانون المنصورة الطبعة الأولى سنة 2013.

ج . الدوريات و الندوات و المؤتمرات

1. نادر شافي ، التوقيع الإلكتروني الإعتراف التشريعي به وتعريفه القانون وشروطه وأنواعه , مجلة الجيش العدد 294 آذار 2006 بعنوان نحن والقانون

2. المؤتمر الثاني المنعقد بجامعة الدول العربية للمتخصصين في الفضاء السيبراني 19-21 أوت 2013 بيروت لبنان .

3. الندوة العربية العلمية حول أهمية السند الإلكتروني ومساواته بالسند التقليدي المنعقد بجامعة الدول العربية من 4 -6 أوت 2009 بيروت لبنان

4. إياد عطا عارف الصده , مدى حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات , أطروحة ماجستير , جامعة النجاح الوطنية فلسطين في 2009/06/05 .

5. عثمان الصديق, ورقة عمل السودان بعنوان المستند الإلكتروني وأهميته وضرورة إصدار تشريع يكفل حجيته ويضع ضابط له , الندوة العلمية المنعقدة بجامعة الدول العربية المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية بيروت لبنان بدون تاريخ . 3. موسى مسعود أرحومة , الإشكالية الإجرائية التي تثيرها الجريمة المعلوماتية عبر وطنية المؤتمر المغاربي الأول حول المعلوماتية والقانون , طرابلس 28- 29 / 2010

فهرس المحتويات

المقدمة : .....1 -3

الفصل الأول : المستند الإلكتروني وتمييزه عن المستند التقليدي.....4 -33

المبحث الأول المستند التقليدي مميزاته وحجيته.....4 -13

المطلب الأول : المستند التقليدي . .....4 -7

المطلب الثاني:مميزات المستند التقليدي .....7 - 8

المطلب الثالث:حجية المستند التقليدي.....8 -13

المبحث الثاني : مفهوم المستند الإلكتروني .....14 -27

المطلب الأول: تعريف المستند الإلكتروني.....14 -15

المطلب الثاني:مميزات الإثبات بالمسندات الإلكترونية .....15 - 17

المطلب الثالث: شرطا الكتابة والتوقيع الإلكتروني .....18 -26

المطلب الرابع :اختلاف المستندات الإلكترونية عن المستندات التقليدية .....26 -27

المبحث الثالث :صور المستند الإلكتروني .....27 -33

المطلب الأول:الشيك الإلكتروني .....27 -29

المطلب الثاني:االسفتجة الإلكترونية والسند الأمر الإلكتروني.....29 -32

المطلب الثالث : العقود الإلكترونية .....32 -33

الفصـل الثـانـي:العوائق والصعوبات التي تثيرها مسألة الإثبات بالمستندات الإلكترونية وإمكانية تجاوزها 33-53

المبحث الأول: عوائق نابعة من طبيعة الدليل الإلكتروني.....33 -41

المطلب الأول: شروط قبول الدليل المستخرج من المستند الإلكتروني.....33 -38

المطلب الثاني:طبيعة الدليل الإلكتروني المستخلص من المستند الإلكتروني..... 38-40

المطلب الثالث : مشروعية الدليل الإلكتروني في القانون الجنائي ووجوب مناقشته.....40 -41

المبحث الثاني :العوائق الناتجة عن الفعل العمدي والمخاطر الناجمة عن الأخطاء .....41 -46

المطلب الأول: التزويرالمعلوماتي.....41 -42

المطلب الثاني: مخاطر إطلاق الفيروسات داخل أجهزة الحاسب الآلي و المساس بسرية المستند الإلكتروني .....43 - 45

المطلب الثالث : المخاطر الناجمة عن الأخطاء .....45 -46

المبحث الثالث : العوائق المتعلقة بالتشريعات وعدم كفاءة القائمين بالاستدلال47 -53

المطلب الأول : تعارض الإثبات بالسندات الإلكترونية مع عدم جواز اصطناع الخصم دليلا لنفسه .....47 -50

المطلب الثاني : مدى قدرة و كفاءة القائمين بالتحقيق و الاستدلال.....50 -52

المطلب الثالث : تنازع القوانين الإجرائية .....52 - 53

الفصل الثالث: حجية المستندات الإلكترونية في الإثبات.....54 –

المبحث الأول:حجية المستندات الإلكترونية الرسمية والعرفية.....54 –6

المطلب الأول :شروط حجية المستند الإلكتروني.....54 –55

المطلب الثاني: حجية المستندات الإلكترونية الرسمية و العرفية.....55 –57

المطلب الثالث : حجية صور المستندات الإلكترونية الرسمية و العرفية.....57 –59

المبحث الثاني : حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات .....59 –64

المطلب الأول : شروط حجية التوقيع الإلكتروني.....59 –60

المطلب الثاني : الاتفاق على حجية التوقيع الإلكتروني.....61 –62

المطلب الثالث : الاختلاف حول حجية صور التوقيعات الإلكترونية.....62 –64

المبحث الثالث : المساعي الدولية للاعتراف بحجية المستندات الإلكترونية في الإثبات.....65 –

المطلب الأول : التشريعات الداخلية.....65 –68

المطلب الثاني: الاتفاقيات والمؤتمرات الدولي.....68– 73

المطلب الثالث : الاستنتاجات والتوصيات.....73 – 75

الخاتمة.....76 –77

فهرس المصادر و المراجع .....78 –79

. فهرس المحتويات .....80 – 82