

التوقيع الإلكتروني وحجته في الإثبات المدني

دكتور

أحمد محمد رفعت

مقدمة

الإثبات هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية، نظرا لما يترتب عليها من آثار قانونية^(١)؛ وتحمل قواعد الإثبات أهمية خاصة؛ إذ الحق يتجرد من كل قيمة إذا لم يقيم الدليل على الحادث الذي يستند إليه؛ فالدليل هو قوام حياته ومعقد النفع حتى صدق القول بأن الحق مجردا من دليله يصبح عند المنازعة فيه والعدم سواء^(٢)؛ لذلك يعتبر الإثبات الأداة الضرورية التي يعول عليها القاضي في التحقق من الوقائع القانونية، والوسيلة العملية التي يعتمد عليها الأفراد في صيانة حقوقهم المترتبة على تلك الوقائع^(٣)؛ وقد ظلت الكتابة على مستند ورقي مترتبة على عرش أدلة الإثبات، بإعتبارها الدليل الأقوى^(٤)؛ زمننا طويلا خاصة بعد ظهور الطباعة، إلى أن برز استخدام الحاسب الآلي بين الأفراد والمؤسسات والشركات والبنوك الأمر الذي أحدث ثورة في نظم المعلومات.

فقد شهد العالم في النصف الثاني من القرن العشرين ثورة في تقنية المعلومات بعد تطوير استخدام الحاسب الآلي الذي أصبح لديه القدرة الفائقة على معالجة البيانات والمعلومات وتخزينها واسترجاعها بسرعة هائلة وفي وقت يسير، وذلك وفقا لبرامج معينة، حيث تقوم بإجراء التحليلات الإحصائية وترجمتها، ثم تقوم بمعالجتها إلكترونيا، وهو ما يطلق عليه في اللغة الفرنسية L'informatique، أي المعالجة التقنية للبيانات مع جمع وتخزين وتصنيف سواء على شرائط أو اسطوانات^(٥)؛ وزاد من نجاح ثورة المعلوماتية التزاوج الذي تم بين المعلوماتية وأدوات الإتصال السلكية واللاسلكية والذي أثمر مولودا عملاقا يسمى "الإنترنت"؛ هذا التزاوج أحدث قفزة نوعية مهمة جعلت الكرة الأرضية تتحول

(١) عبد الرازق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات وأثار الالتزام، الجزء الثاني، تنقيح

المستشار أحمد مدحت المراغي، منشأة المعارف بالأسكندرية، ٢٠٠٤، ص ١٠، فقرة ١٠ - سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون

المدني، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المجنية، الأدلة المطلقة، الجزء الخامس، المجلد الأول، الطبعة الخامسة، ١٩٩١، ص ١،

فقرة ١ - أحمد نشأت رسالة الإثبات، الجزء الأول، بدون تاريخ نشر، ص ٢٩، فقرة ١١

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني، الجزء الثالث، ص ٣٤٩.

(٣) سليمان مرقس، الوافي، أصول الإثبات وإجراءاته، الأدلة المطلقة، المرجع السابق، ص ٣.

(٤) طوني ميشال عيسى، التنظيم القانوني لشبنة الإنترنت، دراسة مقارنة في ضوء القوانين الوضعية والاتفاقيات الدولية، الطبعة الأولى،

المنشورات الحقوقية، صادر لبنان، ٢٠٠١، ص ٣٣٠.

(٥) أحمد محمود سعد، نحو إرساء نظام قانوني لعقد المشورة المعلوماتية، المعالجة الآلية للبيانات بواسطة الحاسب الآلي، الطبعة الأولى،

دار النهضة العربية، ١٩٩٥، ص ٨.

إلى قرية صغيرة، فتلاشت المسافات ^(١)، بحيث يستطيع الانسان أن يرصد ما يجري على الطرف الآخر من الكرة الأرضية من أحداث هامة، بل يمكنه أن يتجول عبر شبكات الإنترنت في المحال التجارية لشراء السلع والخدمات وهو جالس في منزله.

ويثير موضوع التوقيع الإلكتروني في البداية مفهوم التوقيع التقليدي والتوقيع الإلكتروني في الإثبات، إذ يشمل التوقيع التقليدي عنصرين هما: عنصر مادي يتمثل في التوقيع ذاته باعتباره عملاً مادياً ظاهراً، الأمر الذي يعني حضور الموقع فعلاً للمجلس الذي يتم فيه التوقيع، وعنصر معنوي يفيد رضا الموقع على محتويات المحرر، وقد حدد المشرع المصري أشكال التوقيع التقليدي في الإمضاء أو لختم أو بصمة الأصبع.

ويتخذ التوقيع الإلكتروني عدة صور مختلفة تماماً عن أشكال التوقيع التقليدي، فما هي صور التوقيع الإلكتروني؟ وما مدى قيام التوقيع الإلكتروني، أيًا كانت صورته، بتحقيق وظائف التوقيع التقليدي، وبصفة خاصة تحديد هوية شخص الموقع، والتعبير عن رضائه بمضمون ما تم التوقيع عليه؛ وإذا كان نجاح الثورة المعلوماتية والزواج الذي تم بين المعلوماتية والاتصالات لعب دوراً هاماً في تغيير محل التجارة الإلكترونية ووسائل تحقيقها، حيث حل التوقيع الإلكتروني والوثائق الإلكترونية محل التوقيع التقليدي والوثائق المكتوبة باليد، وتضائل دور النقود الورقية والدفع التقليدي أما ازدهار النقود والدفع الإلكتروني، فإن هذا النجاح قد أدى إلى وجود تطبيقات للتوقيع الإلكتروني تتمثل في بطاقات الائتمان وأنظمة الدفع الإلكتروني عبر شبكة الإنترنت.

فبينما كانت هذه التصرفات تنشأ بواسطة الكتابة التقليدية (الخطية)، وتوقع بواسطة أحد أشكال التوقيع التقليدي على وسيط مادي محسوس، أصبحت الآن تنشأ بواسطة تقنيات حديثة تتألف من كتابة إلكترونية، وتوقع بشكل إلكتروني على وسيط غير مادي وغير محسوس، وقد أسهم الاندماج الذي حصل بين الثالث: الحاسب الإلكتروني، مجال تكنولوجيا المعلومات، وقطاع الاتصالات - والذي أفرز شبكة الاتصالات الحديثة (الإنترنت) - في زيادة استخدام التقنيات الحديثة في إبرام التصرفات القانونية، فقد أصبحت هذه الشبكة نافذة الإنسان على عالمه يمارس من خلالها - وعن بعد - معظم نشاطاته وتصرفاته دون ترحال إذ بواسطتها كسر حواجز المكان والزمان، في اتصال أطراف المعمورة في ثوان معدودة، بل في أجزاء من الثانية في بعض الأحيان، وهذا ما يعرف بالتجارة في

(١) طوني ميشال عيسى، التنظيم القانوني لشبكة الإنترنت، المرحع السابق ص ١٠ - رامي محمد علوان، التعبير عن الإرادة عن طريق

الإنترنت وإثبات التعاقد الإلكتروني، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة السادسة والعشرون، العدد الرابع، ٢٠٠٢، ص ٢٢٩ وما

بعدها.

المجال الإلكتروني؛ ولا تعد الكتابة دليلاً كاملاً في الإثبات إلا إذا كانت موقعة، فالتوقيع عو
العنصر الثاني من عناصر الدليل الكتابي المعد أصلاً للإثبات، بل إن التوقيع - لدى
البعض^(١) - هو الشرط الوحيد في الدليل الكتابي على فرض أن السند تضمن كتابة تثبت
ما تم الاتفاق عليه.

أما بالنسبة للسند الرسمي فإنه يشترط بالإضافة إلى ما تقدم، أن يصدر من موظف
عام أو شخص مكلف بخدمة عامة وفي حدود اختصاصاته وسلطاته. وطالما أن التوقيع
يمثل العنصر الثاني في الدليل الكتابي الكامل، فإن غياب هذا العنصر يفقد الدليل الكتابي
حجيته في الإثبات، بل ويفقده طبيعته كدليل كتابي، إذ إن التوقيع هو الذي ينسب الكتابة
إلى من وقعها، حتى ولو كانت الكتابة بخط غيره. فإذا لم يكن السند موقعا، فاقترنت قيمته
في الإثبات على مبدأ الثبوت بالكتابة متى كان مكتوباً بخط يد المدين.

ولقد صاحب التقدم التكنولوجي والتقني ظهور وسائل حديثة يمكن استخدامها في
تدوين البيانات ولكن بشكل إلكتروني سميت (الدعامة الإلكترونية)، ونظراً لعدم ملائمة
التوقيع التقليدي مع الدعامة الإلكترونية ابتكر مؤخراً التوقيع الذي لا يمكن القول بأنه
بديل للتوقيع التقليدي وإنما توقيع بشكل آخر يتلاءم مع طبيعة الدعامة الإلكترونية، وقد
سمى هذا الشكل الجديد (التوقيع بالشكل الإلكتروني).

وللتوقيع بالشكل الإلكتروني أشكال مختلفة تتبع من اختلاف الوسيلة التي يتم من
خلالها تشغيل منظومته، فقد أفرز التقدم التكنولوجي آليات متعددة يمكن من خلالها تطبيق
التوقيع بالشكل الإلكتروني، ومن هذه الأشكال؛ التوقيع بالرقم السري المقرون بالبطاقة
الإلكترونية، التوقيع البيومتري (وهو الذي يعتمد بيانات إنشائه على إحدى خواص الإنسان
الفيزيائية)؛ التوقيع بالقلم الإلكتروني، والتوقيع الرقمي (الذي يعتمد على مفاتيح العام
والخاص)، ويشترط لإعتبار هذه الأشكال للتوقيع بالشكل الإلكتروني من التوقيعات التي
تستخدم في توثيق التصرفات، أن تحقق الوظائف التي يحققها التوقيع التقليدي؛ كما أن
الكتابة بالشكل الإلكتروني - على عكس الكتابة التقليدية - مرئية الشكل لا مادية الوجود،
توصف بأنها رقمية حتى وإن كانت تأخذ في نهاية الأمر - على شاشة الجهاز - الصورة

(١) انظر: د. عبد الرازق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، نظرية الالتزام، مج ١، الإثبات، تنقيح المستشار
أحمد مدحت المراغي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠١٠م، ص ٢٢٢؛ كذلك د. أحمد نشأت: رسالة الإثبات، دار الفكر الجامعي،
الإسكندرية، ١٩٧٢م، ص ٢٦١، كذلك د. توفيق حسن فرج: قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الثقافة الجامعية،
الإسكندرية، ١٩٨١م، ٦٧؛ أيضاً راجع: نقض مدني مصري جلسة ١٩٥٦/٥/٣م، مجموعة أحكام النقض، السنة ٧، ص ٥٣٢، كذلك
نقض مدني مصري جلسة ١٩٦٦/١٠/٢٥م، مجموعة أحكام النقض، السنة ١٧.

التقليدية للكتابة^(١)، ومن ثم يثور التساؤل حول مدى الإعتداد بهذا النوع من الكتابة، ومدى قوتها في الإثبات؛ كذلك عدم وجود ارتباط مادي بين التوقيع بالشكل الإلكتروني والمستند الإلكتروني، وانفصال هذا التوقيع عن صاحبه، وإمكان تكرار استخدامه بدون علمه، سيجعلنا بصدد توقيع بلا سند أو سند بلا توقيع أو يمكن استخدامه مرات عديدة بدون علم أو رضا صاحبه.

يضاف إلى ما تقدم تساؤل حول إجراءات التمسك بالدليل في المجال الإلكتروني أمام القضاء، وكيفية حسم المنازعات التي تثار حول صحته، وعلى الرغم من ذلك وفي مواجهة واقع المعاملات في المجال الإلكتروني، اجتهد الفقه - قبل الإقرار التشريعي بحجية المستند الإلكتروني - في تطويع قواعد الإثبات لإسباغ الحجية القانونية على المستند الإلكتروني^(٢) النظر عما في هذه الإجهادات من استحسان، وما وجه إليها من نقد، فإن جل ما تصبو إليه هو اعتراف المشرع بحجية المستند في المجال الإلكتروني ومنحه قوة في الإثبات تعادل قوة الأدلة الكتابية طالما توافرت تقنيات متطورة تضمن وجود مستند إلكتروني مؤمن من الناحية الفنية، وتجعل صالحا كدليل معد لإثبات التصرف القانوني الذي يتضمنه. للإجابة على هذه التساؤلات، وغيرها من التساؤلات الأخرى التي تطرح نفسها أثناء

عرض أجزاء البحث، نتناول هذا الموضوع في فصلين على الوجه الآتي:

الفصل الأول: مفهوم التوقيع التقليدي والإلكتروني في مجال الإثبات.

الفصل الثاني: الضوابط التقنية للتوقيع الإلكتروني وحجيته في الإثبات في نطاق المعاملات المدنية.

(١) أنظر: د. صابر عبد العزيز سلامه: العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص ٦٩.

(٢) راجع: د. محمد حسام محمود لطفي: الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية، مرجع سابق، ص ٣٧ وما بعدها؛ كذلك د. حسن عبد

الباسط جميعي: إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠م ص ٤٩ وما

بدها؛ كذلك د. ثروت عبد الحميد: التوقيع الإلكتروني ماهيته ومخاطره وكيفية مواجهته ومدى حجيتها في الغنابات، مكتبة الجلاء

الجديدة، القاهرة، ٢٠٠٤م، ص ٩١ وما بعدها.

الفصل الأول

مفهوم التوقيع التقليدي والإلكتروني في مجال الإثبات

تحتل الكتابة المرتبة الأولى بين أدلة الإثبات، إذ اقترنت، وفقاً للمفهوم التقليدي، بالمحرر الورقي، سواء كان هذا المحرر مدوناً بخط اليد أم مطبوعاً على الآلة الكاتبة، بإعتباره يشكل ضمانه حقيقة للمتعاقدين عند إبرام التصرف القانوني، بالإضافة إلى دوام هذا المحرر ووضوحه وإمكانية حفظه، وصعوبة تغيير محتواه دون أن يترك هذا التغيير أثراً مادياً^(١). ويطلق على الكتابة المستخدمة في الإثبات المحرر - Ecrit acte أو السند Titre، إذ قد تكون الكتابة رسمية، وقد تأخذ الكتابي الشكل العرفي^(٢). فهناك فارق بين التصرف القانوني ووسيلة إثباته.

والتصرف جوهره الإرادة، سواء كانت إرادة واحدة كما هو الحال في الوصية، أم إرادتان متطابقتان كما هو الشأن في العقود، هذه الإرادة كامنة في النفس فهي أمر معنوي، أما المحرر كوسيلة إثبات فهو أمر مادي. بالإضافة إلى أنه يمكن أن يكون التصرف القانوني باطلاً رغم استيفاء المحرر كافة الشروط التي يتطلبها المشرع، كما يجوز إثبات صحة التصرف القانوني بالإقرار واليمين، إذا التوقيع يعد الشرط الوحيد لصحة الورقة العرفية المعدة للإثبات^(٣)، فإذا لم يكن المحرر موقِعاً، اقتضت حجتيه في الإثبات على مبدأ الثبوت بالكتابة إذ كان مكتوباً بخط المدين^(٤).

(١) نبيل إبراهيم سعد، الإثبات في المواد المدنية والتجارية في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٠، ص ٨٩ وما بعدها - وسيم شفيق الحجار، الإثبات الإلكتروني، مكتبة صادر ناشرون ببلنات، ٢٠٠٢، ص ١٩ - عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الإتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع بعمان، ١٩٩٧، ص ٢٠٤.

(٢) يقوم ليس في لغة القانون، في فرنسا، من شأنه أن يخلط ما بين التصرف وأداة القانون العربية، فأطلق عليهما لفظ واحد وهو لفظ Acte، وقد تسرب هذا اللفظ إلى لغة القانون العربية، فأطلق لفظ "العقد" على التصرف، ثم استعمل اللفظ عينه في أداة إثباته فقيل "عقد رسمي"، و"عقد عرفي" وقصد بذلك الورقة الرسمية أو العرفية التي تعد لإثبات التصرف. أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح تنقيح المستشار أحمد مدحت المراعي، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٩٣، فقرة ٦٦.

(٣) اشترطت المادة ١٣٢٥ من القانون المدني الفرنسي، لصحة الورقة العرفية بالإضافة إلى التوقيع، أن تحرر العقود الملزمة للجانبين من نسخ بقدر تعدد أطرافها *Conventions synallagmatique ne sont valables qu'autant qu'ils ont été faits en autant d'originaux qu'il ya de parties ayant un intérêt distinct*، أما العقود الملزمة لجانب واحد، التي تتضمن الالتزام بدفع مبلغ نقدي أو تسليم شيء مثلي، فقتلبت المادة ١٣٢٦ من ذات القانون كتابة المبلغ أو الكمية بالحروف وبالأرقام *la mention écrite de la somme ou de la quantité lettres et en chiffres*

(٤) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، الإثبات وأثر الالتزام، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص ٣٩٢ وما بعدها، فقرة ٢١٧ - سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية، الأدلة المقيدة، الجزء الخامس، المجلد الثاني، الطبعة الرابعة، القاهرة، ١٩٩١، ص ٥٣٤ وما بعدها، فقرة ٤٠٤ - عاطف عبد الحميد حسن، مبدأ الثبوت بالكتابة في ضوء التطور التكنولوجي الحديث، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢، ص ٥٣ وما بعدها.

= وأنظر في الفقه الفرنسي :

فقد أكدت محكمة النقض على هذا المعنى، فقضت بأن "الورقة العرفية تستمد حجيتها في الإثبات من التوقيع وحده، فإن خلت من توقيع أحد العاقدين فلا تكون لها أية حجية قبله بل أنها لا تصلح مجرد مبدأ ثبوت بالكتابة ضده إلا إذا كانت مكتوبة بخطه"^(١) ولهذا فإن التوقيع على المحرر يفيد قراءته وإقرار مضمونه، الأمر الذي يشكل قرينة على العلم بسائر شروطه، ولكنها قرينة بسيطة يجوز إثبات عكسها، في حالة عدم وضوح بعض الشروط التي يتضمنها المحرر أو وجود بند من البنود يحتاج إلى تفسير لغموضه^(٢). وأزاد من نجاح ثورة المعلوماتية الزواج الذي تم بين المعلوماتية والاتصالات عن بعد، والذي أثمر مولوداً جديداً يطلق عليه المعلوماتية من بعد^(٣). *Télématique*. وقد ترتب على انتشار الحاسب الآلي ظهور دعامة Support جديدة يكتب عليها التصرف القانوني تختلف عن المحرر الورقي التقليدي الذي بدأ من الناحية العلمية، في التراجع لتحل محله هذه الدعامة الجديدة للمعلومات بسبب الإستخدام المتزايد للحاسب خاصة في البنوك وشركات التأمين والشركات الكبرى والإدارات والمؤسسات الحكومية^(٤)، حيث أصبح التوقيع التقليدي غير ملائم مع هذه الدعامة الجديدة، وتحقق ذات خصائص التوقيع

Ghestin (J.), Goubeaux (G.) et fabre – Magnan: Traité de droit civil, introduction générale, 4 éme éd.,

L.G.D.J., 1994, P. 649 no668 – Chartier (Y.): Jur. Clas. Ci., art. 1341 à 1348, fasc. 5, no 85 .

(١) نقض مدني ١٦/١٦/١٩٦٩، مجموعة أحكام النقض، السنة ٢٠، ص ١١١، رقم ١٩ – وفي نفس هذا المعنى، نقض مدني

٧/١٧/١٩٨١، طعن رقم ١٢٧ لسنة ٤١، مصطفى مجدي هرجه، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار المطبوعات الجامعية بالأسكندرية، ١٩٩٤، ص ٢٣٤، رقم ٢.

وأنظر في القضاء الفرنسي: *inf.rap. P. 130* < D. 1995, IV, 1473 – Cass. Civ., 11 avril 1995, J.C.P. 1995, IV, 1473 – D. 1995 >

وقد جاء في هذا الحكم أنه " لوجود مبدأ الثبوت بالكتابة، يجب أن تصدر الكتابة من الشخص الذي يحتج بها عليه وليس من الذي يتمسك بها".

Pour vouloir commencement de preuve, l'écrit doit émaner de la personne à laquelle il est opposé et non celle qui s'en prévaut

(٢) خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني، في ضوء الاتفاقات الدولية والتشريعات العربية والقانون ١٥ لسنة ٢٠٠٤ دار الجامعة الجديدة بالأسكندرية، ٢٠٠٧، ص ٦.

(٣) محمد حسام محمود لطفي، استخدام وسائل الاتصال الحديثة في التفاوض على العقود وإبرامها، القاهرة، ١٩٩٣، ص ٣ – عاطف

عبد الحميد حسن، مبدأ الثبوت بالكتابة في ضوء التطور التكنولوجي الحديث، المرجع السابق، ص ٧٠ وما بعدها – فاروث على الحفناوي، موسوعة قانون الكمبيوتر ونظم المعلومات، قانون البرمجيات، دراسة معمقة في الأحكام القانونية لبرمجيات الكمبيوتر، الكتاب الأول، دار الكتاب الحديث، ٢٠٠١، ص ٢٤.

(٤) محمد المرسي زهرة، الحاسب الإلكتروني والقانون، دراسة حول حجية مخرجات الحاسب الإلكتروني في الإثبات في المسائل المدنية والتجارية، دراسة مقارنة، مكتبة سعد عبدالله وهبه، ١٩٩٢، ص ٢٨، فقرة ١٩ – ولنفس المؤلف، مدي حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات في المسائل المدنية والتجارية، أبحاث مؤتمر الكويت الأول للقانون والحاسب الآلي، جامعة الكويت، مؤسسة الكويت للتقدم العلمي، الطبعة الأولى، ١٩٩٤، ص ٤٣٢.

التقليدي، فظهر التوقيع الإلكتروني الذي يتم عن طريق إدخال أرقام أو شفرة معينة في أجهزة الحاسب الآلي.

ونتناول في هذا الفصل، التوقيع في شكله التقليدي (مبحث أول) ثم التوقيع الإلكتروني (مبحث ثان).

المبحث الأول

التوقيع في شكله التقليدي

يلجأ المتعاقدان إلى كتابة التصرف القانوني لتحديد ومعرفة حقوق والتزامات كل طرف تجاه الآخر، بحيث تعتبر الكتابة دليلاً للإثبات يمكن إعداده مقدماً *prevue préconstituée* منذ حدوث التصرف وقبل وقوع أية نزاع بشأنه؛ وتتم الكتابة في صورة محررات، قد تكون رسمية " وهي التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقاً للأوضاع القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه"^(١) وقد تكون محررات عرفية وهي التي فقدت الصفة الرسمية وكانت موقعة من ذوي الشأن؛ وبالتالي فإن الشرط الجوهري الوحيد في المحرر العرفي، حتى يكون دليلاً كتابياً، هو التوقيع من الشخص الذي صدر منه، إذ التوقيع يجعل المحرر منسوباً إلى موقعه، ولو لم يكن مكتوباً بخطه، ويدل على الالتزام بمضمونه، ويمنحه حجية في الإثبات. وقد أكدت محكمة النقض على هذا المعنى، فقضت بأن " التوقيع بالإمضاء أو ببصمة الختم أو ببصمة الأصبع هو المصدر القانوني الوحيد لإضفاء الحجية على الأوراق العرفية"^(٢). ويكتسب المحرر العرفي حجية كاملة في الإثبات إذا كان يحمل توقيع الطرف الذي يحتج به عليه، بحيث يأخذ التوقيع عدة أشكال، نصت عليها المادة ١٤ من قانون الإثبات، وهي التوقيع بالإمضاء أو الختم أو ببصمة الأصبع، فإذا خلى المحرر من التوقيع، فلا يتمتع بالحجية.

ونتناول في هذا المبحث، المقصود بالتوقيع التقليدي وأشكاله (مطلب أول) ثم نبين وظائف التوقيع التقليدي (مطلب ثان).

(١) الفقرة الأولى من المادة العاشرة من قانون للإثبات المصري . وأنظر الفقرة الأولى من المادة ١٣١٧ من القانون المدني الفرنسي التي تنص على ما يلي :

"L'acte authentique est celui qui a été reçu par officiers publics ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé, et avec les solennités requises".

(٢) نقض مدني ١٩٥٦/٥/٣، مجموعة أحكام النقض، السني ٧٧، ص ٥٧٢، رقم ٨٧ - وأنظر محمد حسام محمود لطفي، النظرية العامة للالتزام، المصادر - الأحكام - الإثبات دراسة تفصيلية في ضوء آراء النقض وأحكام القضاء، القاهرة، ٢٠٠٧، الكتاب الثالث، ص ٧٣ وما بعدها.

المطلب الأول

المقصود بالتوقيع التقليدي وأشكاله

التوقيع في اللغة ما يعلقه الرئيس على كتاب أو طلب برأيه فيه، وتوقيع العقد أو الصك ونحوه أن يكتب الكاتب اسمه في ذيله إمضاء له أو إقراراً به وجمعه توقييع وهو مشتق من الفعل الثلاثة وقع^(١).

وقد عرفت محكمة النقض الفرنسية التوقيع بأنه كل علامة خطية مميزة وشخصية تسمح بتفريد صاحبها بدون أي شك ممكن وتكشف عن إرادة هذا الأخيرة الواضحة بقبول التصرف^(٢). أما محكمة النقض المصرية فقد عرفت الإمضاء الخطي، فقضت بأنه " الكتابة المخطوطة بيد من تصدر منه " ^(٣).

يتضح من كل هذه التعريفات أن التوقيع يشمل عنصرين : عنصر مادي يتمثل في التوقيع ذاته بإعتباره عملاً مادياً ظاهراً، الأمر الذي يعني حضور الموقع فعلاً للمجلس الذي تم فيه التوقيع، وعنصر معنوي يفيد رضاء الموقع على محتويات المحرر^(٤).

وقد بينت الفقرة الأولى من المادة ١٤، والمادة ٤٥ من قانون الإثبات صور التوقيع التقليدي، فنصت الأولى على أنه " يعتبر المحرر العرفي صادراً ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة". ونصت المادة الثانية على أنه " يجوز لمن بيده محرر غير رسمي أن يختصم من يشهد عليه ذلك المحرر ليقر بأنه بخطه أو بإمضائه أو بختمه أو ببصمة أصبعه ولو كان الالتزام الوارد به غير مستحق الأداء ويكون ذلك بدعوي أصلية بالإجراءات المعتادة ".

ويتضح من هذين النصين أن المشرع حدد شكل التوقيع التقليدي، إذ قد يكون بالإمضاء أو بالختم أو ببصمة الأصبع، وقد أكدت محكمة النقض على هذا المعنى، فقضت بأن أشكال التوقيع تتساوي في حجية الورقة العرفية، فإن أي منها يعتبر حجة على ما ينسب

(١) المعجم الوجيز، المبسط، دار الكتاب الحديث بالكويت، الطبعة الأولى، ١٩٩٣، ص ٧٦٤. ويقصد بالتوقيع La signature في القاموس الفرنسي Petit Robert بأنه "علامة يضعها مسئولية باسمه وبشكل خاص لتأكيد صحة وسلامة المحرر ويتحمل مسئولية هذا الأخير " . Inscription qu'une personnes fait de son nom (sous une forme particulière et constant) pour . affirmer l'exactitude, la sincérité d'un écrit ou n assumer la responsabilité.

(٢) " toute marque distincte et personnelle manuscrite permettant d'individualiser son doute possible et traduisant la volonté non equivoque de celui-ci de consentir à l'acte"

Paris, 22 mai 1975, D. somm. P. 8.

(٣) نقض مدني ١٩٧٨/٣/٣١، مجموعة أحكام النقض، السنة ٢٩ق، ص ٣٥٧، رقم ٧١.

(٤) وسيم شفيق الحجار، الإثبات الإلكتروني، المرجع السابق، ص ١٣٦ - عيسى غسان عبدالله الرضي، القواعد الخاصة بالتوقيع

الإلكتروني، المرجع السابق، ص ٢٣ وما بعدها

إليه إذا ثبت صحته، وصار دليلاً ضده^(١). ولا يستطيع صاحب التوقيع أن يتحلل من نسبة الورقة العرفية إليه إلا عن طريق الادعاء بتزويرها^(٢) ويشترط أن يشتمل التوقيع، سواء كان بالإمضاء أم بالختم على اسم الموقع ولقبه^(٣)، ويكفي الاسم واللقب الذي اشتهر بهما أو الذي اعتاد التوقيع بهما، فلا يشترط الاسم واللقب المثبتين في شهادة الميلاد، وذلك للتأكد من أن التوقيع صادر من منشئة^(٤)، إذ لا يلزم أن يكون التوقيع مقروءاً وكاشفاً عن اسم صاحبه، مادام لم ينكر نسبه إليه .

ويثور التساؤل حول التوقيع بالإمضاء بالقلم الرصاص، ومدى حجية هذا التوقيع في مواجهة من نسب إليه ؟

يثير التوقيع بالقلم الرصاص مخاوف متعلقة بمحو وتعديل البيانات المسطرة بالقلم الرصاص، بالإضافة إلى أنه يجب أن يتم التوقيع بالإمضاء بوسيلة تترك أثراً مميزاً يقي ولا يزول، بحيث أن استخدام القلم الرصاص يسمح بتزوير التوقيع بسهولة التلاعب به وتغييره^(٥).

وبالرغم من هذه المخاوف، فقد أجاز الفقه الفرنسي التوقيع بالقلم الرصاص في الوصية، خوفاً من المساس بحق الشخص في التصرف في أمواله وتحديد مصيرها في كل لحظة^(٦)، كما أن الوصية تصرف بإرادة الموصي المنفردة، بحيث يجوز له أن يرجع فيها في أي وقت.

ويعتبر التوقيع بالإمضاء توقيعاً شخصياً، بحيث يجب أن يكون بخط من ينسب إليه المحرر، فلا قيمة للورقة العرفية إذا وقع عليها شخص آخر غير من يحتج بها عليه^(٧)،

(١) نقض مدني ١٩٩٤/٤/١٣، مجموعة أحكام النقض، السنة ٤٥ق، ص ٦٨٥، رقم ١٣١ - نقض مدني ١٩٩٣/١١/٢٤، مجموعة أحكام النقض، السنة ٤٤ق، الجزء الثالث، ص ٢٦٦، رقم ٣٣٧.

(٢) نقض مدني ١٩٨٦/١/٢، مجموعة أحكام النقض، السنة ٣٧ق، ص ١٥٨، رقم ٢٨ - نقض مدني ١٩٦٥/١/١٤، مجموعة أحكام النقض، السنة ١٦ق، ص ٥٧، رقم ١٠.

(٣) سليمان مرقس، الوافي، أصول الإثبات وإجراءاته، الأدلة المطلقة، المجلد الثاني، الأول، بدون تاريخ نشر، ص ٢٦٢، فقرة ١٧٥.

(٤) توفيق حسن فرج، قواعد الإثبات في المواد المدنية التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية ببيروت، ٢٠٠٣، ص ١٠٣ - نبيل إبراهيم سعد، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص ١٢٥.

(٥) توفيق حسن فرج قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص ١٠٢ - محمد المرسي زهرة، الحاسب الإلكتروني والقانون، المرجع السابق، ص ٨٢ وما بعدها - ولنفس المؤلف، مدي حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات في المسائل المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص ٤٣٨، فقرة ٩.

(٦) Mestre(J.): obs. Sous com., 8 oct. 1996, Rev. Trim. Dr. civ. 1997, P. 138.

(٧) سليمان مرقس، الوافي، أصول الإثبات وإجراءاته، الأدلة المطلقة، الجزء الخامس، المجلد الأول، المرجع السابق، ص ٢٣٤. وأنظر عكس ذلك، حسن عبدالباسط جمعي، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت، المرجع السابق، ص ٣٠ وما بعدها،

حتى وأن كان وكيلًا عن صاحب الشأن، إذ في هذه الحالة يتم التوقيع باسم الوكيل باعتباره نائباً عن صاحب الشأن.

وقد قضت محكمة النقض في هذا الصدد بأنه "يشترط أن يوقع النائب أو الوكيل بإمضائه هو بصفته نائباً أو وكيلاً عن الأصيل، فلا يجوز للنائب أو الوكيل أن يوقع على الورقة بإمضاء الأصيل لأن التوقيع عمل شخصي لا يجوز التوكيل فيه" (١).

وقد قصر المشرع الفرنسي، على خلاف نظيره المصري، التوقيع في شكل واحد، وهو التوقيع بالإمضاء، فلا يجوز أن يأتي التوقيع في صورة أخرى غير الإمضاء الشخصي (٢)، بحيث لا يغني استخدام الختم أو بصمة الأصبع عن هذا الإمضاء بالرغم من أن هذا الاستخدام يؤدي إلى تمييز الشخص وتحديد هويته ولكن القانون رقم ٣٨٠ الصادر في ١٦ يونيو عام ١٩٦٦، المعدل للمادة ٨/١١٠ من قانون التجارة الفرنسي، أجاز على سبيل الاستثناء أن يكون التوقيع باليد أو بأية وسيلة أخرى غير موقعة باليد (٣) *cette signature est apposée, soit à la main, soit par tout procedé non manuscrit.*

أما المشرع المصري فقد أضاف إلى التوقيع بالإمضاء شكلين آخرين هما التوقيع بالختم أو ببصمة الأصبع (٤)، وذلك بسبب ارتفاع نسبة الأمية في المجتمع المصري، وحرصاً من المشرع على تمكين غير القادرين على الكتابة من استخدام الأشكال الأخرى للتوقيع في حالة قيامهم بإبرام تصرفات قانونية.

وقد أكدت محكمة النقض على هذا المعنى، فقضت بأن "التوقيع بالإمضاء أو ببصمة الختم أو بصمة الأصبع هو المصدر القانوني الوحيد لإضفاء الحجية على الأوراق العرفية" (٥).

حيث ذهب إلى أنه ليس بالضرورة أن يصدر التوقيع بخط من يصدره، إذ المشرع لم يفرض التوقيع بخط اليد بنص صريح، وكذلك أن الشرط الجوهرى للتوقيع لا يتعلق بالاتصال المادي بينه وبين صاحبه وإنما يتعلق بقدرته على تحديد هوية الشخص وتمييزه عن غيره. (١) نقض مدني ١٩٧٤/٣/٢٦، مجموعة أحكام النقض، السنة ٢٥ق، ص ٥٧٥، رقم ٩٢.

وأنظر أحمد شرف الدين، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الطبعة الأولى، طبعة نادي القضاة، ٢٠٠٤، ص ٥٦، فقرة ٥١- وسيم شفيق الحجار، الإثبات الإلكتروني، المرجع السابق، ص ١٣٣.

(٢) Cass. Civ., 15 juill. 1957, D. 1957, somm., P. 143.

(٣) Gavalda (Ch.) : La signature par friffe. A propos de l'arrêt de la cour d'appel de paris du 19 décembre 1958, J.C.P. 1960, I, 1579.

(٤) أنظر المواد ٢٩، ٣٠، ٣٦، ٣٧، ٤٢، ٤٥، ٤٧ من قانون الإثبات المصري.

(٥) نقض مدني ١٩٥٦/٥/٣، مجموعة أحكام النقض، السنة ٧ق، ص ٥٧٢، رقم ٧٨- وأيضاً منشور في عز الدين الناصوري وحامد عكاز، التعليق على قانون الإثبات، الطبعة الخامسة، ١٩٩١، ص ٦١، رقم ٥.

ويوضع التوقيع عادة في آخر المحرر ليكون دليلاً على نسبته إلى الشخص الذي وقع، وعلمه بجميع البيانات الواردة فيه، ورضائه بمضمونه، بحيث أن التوقيع في موضع آخر من الورقة العرفية لا يكفي لنسبة الورقة إلى موقعها ما لم يقتزن بما يؤكد قصده الإرتباط بها^(١)؛ ولكن ليس هناك ما يمنع أن يوضع التوقيع في مطلع الورقة أو على هامشها (٢). وفي حالة تعدد صفحات المحرر الكتابي، فإنه يلزم التوقيع على كل ورقة دون الإكتفاء بالتوقيع على الورقة الأخيرة^(٣).

وإذا تعدد الأطراف في الورقة الواحدة، فلا يلزم أن يكون توقيعهم جميعاً في وقت ومكان واحد، إذ يجوز أن يوقع كل طرف في زمان ومكان مختلفين عن زمان ومكان توقيع الطرف الآخر، بحيث تعتبر الورقة حجة علة من وقعها، ولا تكون دليلاً على من لم يوقع المحرر حتى ولو ذكر فيه اسمه.

المطلب الثاني

وظيفة التوقيع التقليدي

يعتبر التوقيع عنصراً جوهرياً وضرورياً لحجية الدليل الكتابي المعد للإثبات سواء كان محرراً رسمياً أم عرفياً، لأنه يتضمن إقراراً من جانب الموقع لما تم تدوينه في السند، ودليلاً مادياً على حصول الرضا في إنشائه، فالتوقيع يكشف عن هوية صاحبه Identification وعلى انصراف إرادته إلى الالتزام بمضمون المحرر Authentification ويحقق الثقة والأمان بسلامة المحرر، ويمنح هذا الأخير صفة النسخة الأصلية^(٤)؛ وبالتالي فإن فقد التوقيع لأحد هذه العناصر، يؤدي إلى عدم تمتع الدليل الكتابي بالحجية في

(١) سليمان مرقس، الوافي، أصول الإثبات وإجراءاته، الأدلة المطلقة، الجزء الخامس، المجلد الأول، المرجع السابق، ص ٢٣٣، فقرة

٦٥ - عاطف عبدالحميد حسن، مبدأ الثبوت بالكتابة في ضوء التطور التكنولوجي الحديث، المرجع السابق، ص ٥٧.

(٢) سهير منتصر، مبدأ الثبوت بالكتابة في القانونين المصري والفرنسي، ١٩٨١، ص ٦٢.

وأنظر أيضاً:

Cass.civ., 25 fév. 1969, J.C.P. 1969, II, 15904

(٣) نقض مدني ١٩٧٣/١٢/٢٧، مجموعة أحكام النقض، السمة ٤٢، ص ١٣٧١، رقم ٢٣٥.

وأنظر عكس ذلك، أسامة أحمد شوقي المليجي، قيمة مستخرجات التقنيات العلمية الحديثة ومدى حجيتها في الإثبات، مؤتمر معالجة المعلومات القانونية في القرن الواحد والعشرين وتحدياتها، تقنيات الاتصال الحديث إلى المعلومة، بيروت، ٢٠٠١، ص ٣١، حيث ذهب إلى الاكتفاء بتوقيع واحد على الصفحة الأخيرة من المحرر الكتابي.

(٤) طوني ميشال عيسى، التنظيم القانوني لشبكة الانترنت، دراسة مقارنة في ضوء القوانين الوضعية والاتفاقيات الدولية، الطبعة

الأولى، المنشورات الحقوقية صادر بلبنان، ٢٠٠١، ص ٣٠٩ وما بعدها.

الإثبات، وقد أكدت محكمة النقض على هذا المعنى، فقضت بأنه " لا قيمة للمحرر إذا وقع عليه شخص بإسم غير اسمه أو بختم غيره" (١).

ونتناول دور التوقيع وكل وظيفة من وظائفه بشيء من التفصيل على النحو التالي: أولاً: تحديد هوية الموقع: أن أهم دور يلعبه التوقيع يتمثل في تحديد هوية الموقع، إذ التوقيع علامة شخصية يمكن من خلالها تمييز شخصية هذا الأخير، وقد أكدت المادة ١/٤ من قانون الإثبات المصري على هذا الدور، فنصت على أنه " يعتبر المحرر العرفي صادراً ممن وقع ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة ومفاد ذلك أن الطعن بإنكار التوقيع على الورقة العرفية يجب أن يبدي في صيغة صريحة جازمة تدل على إصرار المنكر على إنكاره" (٢).

وبالتالي يجب أن يكون التوقيع كاشفاً عن شخصية صاحبه ومحدداً لذاته، ويتم ذلك من خلال أن التوقيع بالإسم الحقيقي أو باسم الشهرة أو بعلامة رمزية أو بالأحرف الأولى من اسم الموقع، طالما أنه قد اعتاد على استخدام هذه الطريقة في التوقيع ولم ينكرها (٣). ولكن ذهب رأي في الفقه إلى أنه لا يكفي أن يتخذ الموقع علامة مألوفة ومميزة له، حتي يكون التوقيع قانونياً، بل يجب أن يشتمل التوقيع على اسم الموقع ولقبه كاملين، فلا يكفي التوقيع بعلامة رمزية أو بإمضاء مختصر مكونة من الأحرف الأولى للاسم واللقب (٤). ونري مع جانب آخري من الفقه أنه ليس هناك حاجة إلى كتابة اسم الموقع عند التوقيع (٥)، بحيث يكفي وضع شكل مميز يسمح بتحديد شخصيته، إذ عادة ما يحتوي المحرر المراد التوقيع عليه أسماء أطرافه، فلا داعي لإعادة ذكر الاسم عند إجراء التوقيع، فيعتبر التوقيع صحيحاً إذا تم بالأحرف الأولى من اسم الموقع كما هو الحال عند الغرب. وقد ساوى المشرع المصري في الحكم بصحة التوقيع سواء تم بالإمضاء أو بالختم أو ببصمة الأصبع، بحيث أن التوقيع بالختم أو ببصمة الأصبع له نفس قيمة التوقيع

(١) نقض مدني ١٦/١٦/١٩٦٩، مجموعة أحكام النقض، السنة ٢٠، ص ١١١، رقم ١٩.

(٢) نقض مدني ٣/٢٨/١٩٦٨، مجموعة أحكام النقض، السنة ١٩، ص ٦٢٢، رقم ٩٤.

(٣) أحمد نشأت، رسالة الإثبات، المرجع السابق، ص ٢٦٢، فقرة ١٧٥ - ثروت عبد الحميد، التوقيع الإلكتروني، المرجع السابق، ص ٣٥ - سعيد السيد قنديل، دار الجامعة الجديدة للنشر بالأسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٥١ وما بعدها.

(٤) سليمان مرقس، الوافي، أصول الإثبات وإجراءاته الأدلة المطلقة، الجزء الخامس، المجلد الأول، المرجع السابق، ص ٢٣٣ وما

بعجها - عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، نظرية الالتزام، الإثبات وأثار الالتزام، المرجع السابق، ص ١٥٨، فقرة ١٠٦، هامش ١

(٥) حسن عبدالباسط جميعي، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت، المرجع السابق/ ص ٢٩ - عيسى غسان

عبدالله الربضي، القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني، المرجع السابق، ص ٣٦ - عز الدين الدناصوري وحامد عكاز، التعليق على قانون

الإثبات، الطبعة الخامسة، ١٩٩١، ص ٥٦.

بالإمضاء، بالرغم من تعرض هذان الشكلان من التوقيع لكثير من الانتقادات، إذ الختم يمكن تقليده وتزويره بالإضافة إلى سهولة سرقة، مما يؤدي إلى وجود شك في تحديد هوية وشخصية الموقع بالختم؛ أما التوقيع ببصمة الأصبع فإنه يحقق دور التوقيع في التعرف على شخصية الموقع، إلا أن الوظيفة الثانية من وظائف التوقيع المتمثلة في انصراف إرادة الموقع إلى الالتزام بمضمون المحرر قد لا تكون متوافرة في هذه الحالة، بالرغم من ذلك فإن التوقيع ببصمة الأصبع يكون أكثر ضماناً من التوقيع بالختم، لأن العلم أثبت أن بصمة الأصبع لا تتشابه، الأمر الذي يؤدي إلى الوقوف على تحديد شخصية الموقع بالبصمة^(١).
ثانياً: انصراف إرادة الموقع إلى الالتزام بمضمون المحرر.

يعبر الشخص عن إرادته في الالتزام بمضمون المحرر وإقراره له، عندما يضع توقيعه على الورقة المثبتة لبيانات التصرف، ويمكن استخلاص النية في التوقيع من استخدام الموقع اسم مستعار (٢). وإقرار الموقع بمضمون المحرر يؤدي إلى التحقيق من الحضور الشخصي له أثناء التوقيع، بحيث يستحيل التوقيع على الورقة في حالة عدم حضوره؛ وبالتالي فإن التوقيع يحقق، من ناحية، الحضور الشخصي للموقع للمكان الذي تم فيه التوقيع، ومن ناحية ثانية، يؤدي التوقيع إلى إطلاع الموقع على المحرر وعلمه بمضمونه، ومن ناحية ثالثة، اتجاه إرادة الموقع للالتزام بمضمون المحرر ورضائه بما تم التوقيع عليه^(٣).

(١) قضت محكمة النقض أن "التوقيع بالإمضاء على المحرر ممن صدر منه لا ينفي توقيعه عليه ببصمة الأصبع أيضاً إذ قد يكون التوقيع بالبصمة بالإضافة إلى الإمضاء تلبية لطلب الطرف الآخر الذي يقصد التحفظ من الطعون التي قد توجه في النقض، السنة ٤٤ ق، ص ١٠٠٦، رقم ١٤٣. وأنظر سليمان مرقس، الوافي، أصول الإثبات وإجراءاته، الأدلة المطلقة، الجزء الخامس، المجلد الأول، المرجع السابق، ص ٢٣٧ وما بعدها، فقرة ٦٦.

(٢) وجاء في هذا الحكم ما يلي:

" Un acte notarié (notamment un contrat de mariage) est valable bien que l'une des parties ne l'ait pas signé de son nom véritable, si le nom qu'elle y a apposé est celui qu'elle avait toujours porté jusqu'alors et qu'elle n'a cessé de porter depuis, sous lequel elle a revêtu une individualité propre et une personnalité civile et civile jamais contestée, et don't l'apposition a constitué la marque distinctive et personnelle exigée pour attester sa volonté et donner à l'acte sa force légale ".

(٣) خالد فيصل أحمد الهندي، مفهوم التوقيع الإلكتروني وحمايته، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الكويت، ٢٠٠٤، ص ٤٢ وما بعدها. وأنظر:

Cass. Civ., 23 fév. 1983, J.C.P. 1983, IV, P. 149.

وجاء في هذا الحكم ما يلي:

" La photocopie d'un acte d'échange de parcelles sous seing privé, simplement revêtu du cachet de l'étude du notaire et non signée par les intéressés, ne peut constituer un acte translatif de propriété ou créatif de servitude".

وقد قضت محكمة النقض في هذا الصدد بأنه "لما كان قانون الإثبات ينص في المادة ١٤ منه على أنه (يعتبر المحرر صادراً ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة) بما مؤاده أن ثبوت صحة التوقيع يكفي لإعطاء الورقة والتزم به" (١).

وتتنفي العلاقة بين المحرر، بما ورد فين من التزامات وحقوق، والتوقيع إذا أنكر الموقع صراحة ما نسب إليه من توقيع، وفقاً لحكم المادة ١٤/١ من قانون الإثبات، بحيث يفقد المحرر، مؤقتاً، حجيته في الإثبات إلى أن يحكم بمدي صحة الإنكار. وقضت محكمة النقض في هذا الصدد بأن "للسائل الموقع عليها قيمة المحرر العرفي من حيث الإثبات، فإذا أنكر من نسب إليه هذا التوقيع توقيعه، زالت عنها مؤقتاً حجيتها في الإثبات إلى أن يثبت المتمسك بها صحة هذا التوقيع" (٢).

ثالثاً: يحقق التوقيع الثقة والأمان بسلامة المحرر: قد يتم تدوين بيانات التصرف على ورقة واحدة، فإن التوقيع في نهايتها يكفي لتحقيق سلامة المحرر وتماسكه، وذلك لنسبة التوقيع إلى صاحبه ودليل على إرادته الالتزام بمضمونه، بالرغم من أن هذا التوقيع لا يمنع من حدوث أي تزوير بالتغيير أو التحشير، لذا يكون من الأفضل توقيع هذه الإضافات قطعاً للشك (٣)؛ أما إذا تعددت صفحات المحرر، أو تم تدوين بياناته على وجهي الورقة العرفية، فإن تحقق سلامة المحرر والتماسك بين بنوده وإطلاع الموقع عليه ورضائه به يقتضي التوقيع على كل ورقة دون الاكتفاء بالتوقيع على الورقة الأخيرة وحدها (٤)، بحيث إذا تم التوقيع على الورقة الأخيرة فقط أو على أحد وجهي الورقة فإن القاضي الموضوع يتولي تحديد ما إذا كانت صفحات المحرر أو وجهي الورقة تشكل وحدة متكاملة للتصرف، فلا يشترط توقيع كل صفحة على حده، بل يجوز توقيعه مرة واحدة في أسفل الصفحة الأخيرة؛

(١) نقض مدني ١٩٨٢/١/٢٨، الطعن رقم ٦٦٤، لسنة ٤٧ قضائية، منشور في عز الدين الدناصري وحامد عكاز، التعليق على قانون الإثبات، الطبعة الخامسة، ١٩٩١، ص ٦٦، رقم ٣٨.

(٢) قضت محكمة النقض بأنه "لم يشترط قانون الإثبات طريفاً معيناً يتعين علي منكر التوقيع على المحرر العرفي اتباعه إذ يكفي إبداء الدفع بالإنكار صراحة حتى تسقط عن المحرر العرفي حجيته في الإثبات إعمالاً لنص المادة ١٤/١ من قانون الإثبات". نقض مدني ١٩٨٠/٥/١٩، الطعن رقم ١٣١٤، لسنة ٤٩ق، منشور في مصطفى كجدي هرجه، قانون الإثبات في المواد المدنية التجارية، دار المطبوعات الجامعية بالأسكندرية، ١٩٩٤، ص ٢٤٠، رقم ٢١.

(٣) عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، نظرية الالتزام، الإثبات آثار الالتزام، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص ١٥٨، فقرة ١٠٦ - خالد فيصل أحمد الهندي، مفهوم التوقيع الإلكتروني وحمايته، المرجع السابق، ص ٤٤.

(٤) نقض مدني ١٩٧٣/١٢/٢٧، مجموعة أحكام النقض، السنة ٢٤ق، ص ١٣٧١، رقم ٢٣٥. وأنظر أيضاً ما سبق ص ٣١، هامش ٤.

أما إذا انتهت محكمة الموضوع إلى عدم وجود رابطة بين صفحات المحرر، فإن الورقة غير الموقعة لا تتمتع بحجية في الإثبات^(١).

رابعاً: يمنح التوقيع للمحرر صفة النسخة الأصلية.

بمجرد قيام الموقع بالتوقيع على المحرر، فإن هذا الأخير يتمتع بالحجية في الإثبات ويكتسب صفة النسخة الأصلية، إذ لم تتناول المادة ١٤ من قانون الإثبات حجية صور النسخة الأصلية من الورقة العرفية، كما نظمته المادتان ١٣، ١٢ من ذات القانون المتعلقة بالمحررات الرسمية.

وقد استقر الفقه على أن صورة الورقة ليست لها في الأصل أية قيمة في الإثبات^(٢)، إذ أنها لا تحمل توقيع من صدرت منه الورقة، ولا قيمة لصورة الورقة العرفية إلا بمقدار ما تهدي إلي الأصل إذا كان موجوداً، فيرجع إليه، وتكون الحجية للأصل وليس للصورة، أما إذا كان الأصل غير موجود، فلا سبيل للإحتجاج بالصورة.

وبالتالي فإن عند الإنكار تنعدم أي قيمة لصورة الورقة العرفية حتى لو كان مظهرها الخارجي يدل على مطابقتها للأصل، مادام الأصل غير موجود^(٣)؛ وقد أكدت محمة النقض على هذا المعنى، فقضت بأن "صور الأوراق العرفية - خلطية أو فوتوغرافية - ليست لها حجية ولاقيمة في الإثبات إلا بمقدار ما تهدي إلي الأصل الموقع عليه إذا كان موجوداً فيرجع إليه كدليل للإثبات، أما إذا كان الأصل غير موجود فلا سبيل للإحتجاج بالصورة إذا أنكرها الخصم إذ هي لا تحمل توقيع من صدرت منه، والتوقيع بالإمضاء أو

(١) قضت محكمة النقض بأن " نص المادة ٢٤ من اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق رقم ٦٨ لسنة ١٩٤٧ فيما أشار إليه من أن توقيع ذوي الشأن على العقد العرفي يكون في ذيل المحرر - لا شأن له بطريق الإثبات في المواد المدنية التي حددها القانون، ولم يقصد به سوى تنظيم إجراءات التصديق على الإمضاءات أمام الموثق وإذا كان الحكم المطعون فيه قد استخلص في حدود سلطته الموضوعية - وبما يكفي لحمل قضائه - انتفاء الدليل على اتصال الورقة الأولى من ورقتي العقد والتي تتضمن بيان العين المباعة والثلث وما دفع منه - بتلك الموقعة من المطعون عليهم وكان ما قرره من أن الورقة الأولى من العقد والخالية من التوقيع لا يحتج بها على المطعون عليهم للتدليل على حصول بيع العقار الموضح بها ودفع مبلغ... من ثمنه استناداً إلى أن الورقة العرفية إنما تستمد حجيتها في الإثبات من التوقيع والقصور في التسبب يكون على غير أساس ". نقض مدني ١٩٧٣/١٢/١٧، مجموعة أحكام النقض، السنة ٢٤، ص ١٣٧١، رقم ٢٣٥ - وفي نفس المعنى، نقض مدني ١٩٧٦/٦/٨، مجموعة أحكام النقض، السنة ٢٧، ص ١٢٩١، رقم ٢٤٦.

(٢) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسط، نظرية الالتزام، الإثبات آثار الالتزام، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص ٢٢٣، فقرة ١٢٧ - سليمان مرقس، أصول الإثبات وإجراءاته، الأدلة المطلقة الجزء الخامس، المجلد الأول، المرجع السابق، ص ٣٣٣، فقرة ٨٩.

(٣) نقض مدني ١٩٦٨/٢/١، مجموعة أحكام النقض، السنة ١٩، ص ١٩٥، رقم ٣١ - نقض مدني ١٩٧٣/٦/٢٦، مجموعة أحكام النقض، السنة ٢٤، ص ٩٦٧، رقم ١٦٨.

ببصمة الختم أو ببصمة الأصبع هي المصدر القانوني الوحيد لإضفاء الحجية علي الأوراق العرفية (١) .

وقد يكون للمحرر أكثر من بسخة أصلية، كما في حالة وجود عدد من النسخ للعقد التي تكون متطابقة بقدر أطرافه، حيث يقوم الأطراف بالتوقيع علي جميع النسخ إذ تعتبر كل واحدة منها نسخة أصلية من المحرر العرفي .

المبحث الثاني

التوقيع الإلكتروني

La signature

إذا كان التوقيع بمفهومه التقليدي الوسيلة الوحيدة قانوناً لتصديق وإقرار المعلومات التي يتضمنها المحرر الورقي، سواء كان هذا المحرر مدوناً بخط اليد أم مطبوعاً علي الآلة الكاتبة، فإن الواقع العملي شهد حالات يعتد فيها بالمحرر دون أن يكون موقفاً عليية من مصدره، كما هو الحال في تذاكر النقل في وسائل المواصلات، مثل الطائرة والمترو والقطار، وتذاكر دخول السينما والمسارح وغيرها، إذ يجري العمل علي الإكتفاء بشكل التذكرة ومظهرها الخارجي للإقرار وصحة البيانات الواردة فيها، وتمتعها بالحجية الكاملة في الإثبات دون أن تكون موقعة .

وقد أستند الفقه في تبريره إلي هذه الحالات (٢)، من ناحية، أنها تدخل تحت الإستثناءات الواردة علي مبدأ الإثبات بالكتابة، التي تضمنتها المادة ٦٠ من قانون الإثبات (٣) ، بحيث أن هذه الحالات لا تزيد قيمة التصرف فيها عن حد معين، أو أنها تعتبر

(١) نقض مدني ١٩٨٦/٢/٢٥ ، مجموعة احكام النقض ن السنة ٣٧ق ، ص ٢٨٣ ، رقم ٦٢ - نقض مدني ١٩٧٧/٣/٢٨ ، مجموعة احكام النقض ، السنة ٢٨ق ، ص ٨٠١ ن رقم ١٤٢ - نقض مدني ١٩٦٨/٦/٤ ، مجموعة احكام النقض السنة ١٩ق ، ص ١٠٨٨ ، رقم ١٦٢ .

(٢) محمد المرسي زهرة ، الحاسب الإلكتروني و القانون ، المرجع السابق ، ص ٨٦ ، فقرة ٦١ - ولنفس المؤلف ، مدي حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات في المسائل المدنية و التجارية ، المرجع السابق ص ٤٤١ ، فقرة ١٢ - ثروت عبد الحميد ، التوقيع الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص ٤٤ ، فقرة ٣٢ .

(٣) تنص هذه المادة علي أنه "في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته علي خمسمائة جنيه أو كان غير محدد القيمة ، فلا تجوز شهادة الشهود في إثبات وجوده أو انقضائه ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك " . و قد سبق تعديل هذه الماد بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ - الجريدة الرسمية ، العدد ٢٢ (مكرر) ، الصادر في ١٩٩٢/٩/١ . ثم عدلت بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩ - الجريدة الرسمية ، العدد ١٩ مكرر (أ) في ١٩٩٩/٥/١٧ عن طريق استبدال عبارة " خمسمائة جنيه " بعبارة " مائة جنيه " . وانظر حكم المادة ١٣٤١ من القانون المدني الفرنسي التي تقرر أنه يجب إعداد ورقة ، سواء كانت رسمية أم عرفية ، لاثبات كل الاشياء التي تزيد قيمتها عن خمسة الاف فرنك ، ولو كانت وادني اختيارية ، ولا يجوز الاثبات بالبينة فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه مضمون هذه التصرفات ، ولو مانت بقيمة أقل . و هذا كاة دون إخلال بالأحكام المتعلقة بقوانين التجارة .

عملاً تجارياً بالنسبة لمن يصدرها . ومن ناحية ثانية، أن التمسك بالمحرر العرفي مذبلاً بالتوقيع يلقي علي الجهة المانزلة به عبئاً ثقيلاً، قد تعجز عن القيام به، خاصة مع تكرار هذه الحالات بكثرة يومياً، الأمر الذي يؤدي إلي تعطيل سير المرفق الذي تشرف عليه، بحيث جري العمل فعلاً علي الإكتفاء بإصدار المحرر، تذكرة النقل مثلاً، في شكل ومظهر معين دون اشتراط التوقيع عليه ؛ ولكن أدي ظهور الحاسب الألي وانتشاره في كافة مجالات الحياة، تقريباً إلي إحداث ثورة المعلوماتية L'INFORMATIQUE التي تقوم علي تكنولوجيا المعلومات، وزاد من نجاح ثورة المعلوماتية الزواج التي تم المعلوماتية والإتصالات عن بعد، والذي أثمر مولوداً جديداً يطلق عليه المعلوماتية عن بعد (1) teiematique، وقد ترتب علي انتشار الحاسب الالي ظهور دعامة support جديدة يكتب عليها التصرف القانوني تختلف عن المحرر الورقي التقليد الذي بدأ من الناحية العملية، في التراجي لتحل محله هذه الدعامة الجديدة للمعلومات بسبب الإستخدام المتزايد للحاسب خاصة في البنوك والشركات الكبرى وشركات التأمين والإدارات والمؤسسات الحكومية (2) .

ويوجد للتوقيع الإلكتروني أشكال وصور متعددة ليجاري الأنواع المختلفة من التعاملات سواء المدنية أم التجارية أم الإدارية أم غيرها من التعاملات، فقد يكون التوقيع الإلكتروني، وقد يكون بواسطة الخواص الذاتية (اليومتري)، وقد يكون عن طريق التوقيع الرقمي .

ونتناول في هذا المبحث تعريف التوقيع الإلكتروني (مطلب أول) وأشكال وصور التوقيع الإلكتروني (مطلب ثان) واخيراً تطبيقات التوقيع الإلكتروني (مطلب ثالث).

Art . 1341 (L. no 80-525 du 12 juill . 1980) " Il doit etre passé acte devant novant notaires ou sous .

signatures privees de toutes choses une somme ou une vaieur fixee par decret , meme pour depots voiontaires , et il n'est recu aucune prruve par temoins contre et outré le contenu aux actes , ni sur ce qui serait allegue avoir etre dit avant , lors ou depuis les actes , encore `u` il s`agisse d`une somme ou valeur moindre . Le tout sans prrjudice de ce qui est prescript dans les lois relatives au commerce " .

(1)محمد حسام محمود لطفي ، استخدام وسائل الاتصال الحديثة في التفافوض علي العقود و إبرامها ، المرجع السابق ، ص ٣ - فاروق علي الحفناوي ، موسوعة قانون الكمبيوتر و نظم المعلومات ، المرجع السابق ، ص ٢٤ .

(2)عاطف عبد الحميد حسن ، مبدأ الثبوت بالكتابة في ضوء التطور التكنولوجي الحديث ، المرجع السابق ، ص ٧١ .

المطلب الأول

تعريف التوقيع الإلكتروني

يعتبر التوقيع الإلكتروني مصطلحاً حديثاً بدأت الدراسات القانونية تتناولته مع التغييرات التي طرأت مؤخراً علي طريقة التعبير عن الإرادة، إذ نظراً لتطور تكنولوجيا المعلومات وظهور تقنيات حديثة يمكن استخدامها في إبرام التصرفات القانونية، أصبح من الممكن استخدام دعامة إلكترونية لكتابة المحررات عليها، ولصعوبة إبراد توقيع تقليدي علي هذه الدعامة، ظهر بديل إلكتروني يتمشي من طبيعة هذه الركييزة الجديدة أطلق عليه " التوقيع الإلكتروني ". وقد تعددت تعريفات التوقيع الإلكتروني بالنظر إلي الوسائل التي يتم بها، أو الأدوار والوظائف التي يحققها . .

تعريف التوقيع الإلكتروني في التشريعات الوطنية والأجنبية

نتناول تعريف التوقيع الإلكتروني في القانون المصري والقانون الفرنسي علي النحو التالي :

١ - تعريف التوقيع الإلكتروني في القانون المصري

عرفت الفقرة (ج) من المادة الأولى من القانون رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤، بتنظيم التوقيع الإلكتروني وبإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعومات^(١)، التوقيع الإلكتروني بأنه " ما يوضع علي محرر إلكتروني ويتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها ويكون له طابع منفرد يسمح بتحديد شخص الموقع ويميزه عن غيره ". أما الفقرة (ب) من ذات المادة من نفس القانون عرفت المحرر الإلكتروني بأنه " رسالة بيانات تتضمن معلومات تنشأ أو تدمج، أو تخزن، أو ترسل أو تستقبل كلياً أو جزئياً بوسيلة إلكترونية، أو رقمية، أو ضوئية، أو بأنة وسيلة أخرى مشابهة التوقيع الإلكتروني سواء كانت حروفاً أم أرقاماً أم رموزاً أو إشارات أو غيرها، بحيث لا تعتبر هذه الأشكال علي سبيل الحصر، وإنما جاءت علي سبيل المثال، إذ يمكن أن يستوعب هذا التعريف أشكالاً أخرى سوف تظهر في المستقبل . كما ان المشرع تطلب في مكونات التوقيع الإلكتروني أن تكون ذات طابع منفرد، من ناحية، لضمان السرية التامة فلا يتم الاعتداء علي التوقيع من قبل الغير، ومن ناحية ثانية، لتحديد هوية شخص الموقع وتمييزه عن غيره، وهي إحدوي وظائف التوقيع. ولكن أغفل التعريف الوظيفة الثانية للتوقيع الإلكتروني والمتمثلة في التعبير عن إرادة الموقع بالموافقة علي مضمون المحرر .

(١) الجريدة الرسمية، العدد ١٧ تابع (د)، في ٢٢/٤/٢٠٠٤ .

٢ - تعريف التوقيع الإلكتروني في القانون الفرنسي

لاحظ المشرع الفرنسي أن النصوص القانونية التقليدية المتعلقة بالإثبات لا تتفق مع التطور التكنولوجي الحديث، سواء من ناحية قبول المحررات الإلكترونية كوسيلة إثبات أم من ناحية حجية هذه المحررات والتوقيع الإلكتروني في الإثبات؛ ولهذا تدخل المشرع الفرنسي، بمقتضى القانون رقم ٢٣٠ - ٣٠٠٠ الصادر في ١٣ مارس عام ٢٠٠٠^(١)، بتعديل بعض نصوص التقنين المدني المتعلقة بالإثبات حتي تتلاءم مع تكنولوجية المعلومات والاتصالات، وأيضاً التوقيع الإلكتروني، فاعترف المشرع للمحررات الإلكترونية بحجية مساوية لحجية الورقة العريية، إذ نصت المادة ١٣١٦ - ١ من التقنين المدني المعدلة بالقانون سالف الذكر، علي أنه "تقبل الكتابة الإلكترونية في الإثبات بنفس قدر الكتابة علي دعامة ورقية، بشرط أن تتوافر في المحرر قد كتب وحفظ وفقاً لشروط من شأنها أن تضمن صحة وسلامة محتواه"^(٢). ونصت المادة ١٣١٦ - ٢ من ذات التقنين علي انه " يكون للمحرر الإلكتروني نفس حجية المحرر العرفي في الإثبات " ^(٣) ؛ وبالتالي فإن المشرع الفرنسي تناول تعريف التوقيع بصفة عامة، فيشمل التعريف التوقيع الإلكتروني، حيث لم يحدد المشرع الطريقة التي يتم بها إنشاء التوقيع الإلكتروني، إذ تطلب أن يتم بطريقة آمنة وموثوق بها لتحديد شخصية الموقع، وارتباط وارتباط التوقيع بالمحرر الذي يحتج به علي الموقع .

المطلب الثاني

صور التوقيع الإلكتروني ومدى قيامها بتحقيق وظائف التوقيع

بينت المواد الثلاث ٢/١٠، ١٤، ٤٥ من قانون الإثبات أشكال التوقيع التقليدي، فنصت الأولى علي أنه " فإذا لم تكسب هذه المحررات صفة الرسمية، فلا يكون لها إلا قيمة المحررات العرفية متي كان ذوو الشأن قد وقعوها بإمضاءهم أو بأختامهم أو ببصمات أصابعهم ". ونصت الثانية علي أنه " يعتبر المحرر العرفي صادراً ممن وقع ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو ببصمة أصبعه ولو كان الالتزام الوارد به غير مستحق الأداء ويكون ذلك بدعوي أصية بالإجراءات المعتادة ".

(١) J.o., 14 mars 2000 , p . 3968 – D. 2000 Leg ., p . 187 – v . aussi , internet , site , www.justice.gouv.fr.

(٢) Art . 1316 – 1 (l.no 2000 – 230 du 13 mars 2000) " L'écrit sous forme eletronique est admis en prevue que puisse etre durment indentifiee la personne de nature a en garantir l'integrite " .

(٣) Art . 1316 – 3(L.NO 2000 – 230 du 13 mars 2000) " L'écrit sur support electronique a la meme foree probante que l'écrit sur support papier " .

يتضح من هذه المواد أن التوقيع التقليدي يكون عادة بالامضاء ويجوز أن يكون بالختم أو بصمة الأصبع (١).

أما التوقيع الإلكتروني فيتخذ صوراً أخرى مختلفة تماماً عن أشكال التوقيع التقليدي، حيث أسفر استخدام وسائل التكنولوجيا الحديثة في مجال الإثبات عن عدة صور للتوقيع الإلكتروني، تختلف باختلاف الطريقة التي يتم بها التوقيع، ومدى الضمانات التي توفرها كل صورة لصاحب التوقيع (٢).

إذ يوجد توقيع يعتمد علي منظومة الأرقام أو الحروف أو الإشارات، وهناك ما يرتكن علي الخواص الفيزيائية والطبيعة للإنسان ؛ ولذا تتفاوت التوقيعات الإلكترونية بين عدم ترتيب أي أثر قانوني لها وبين حجبة مساوية للتوقيع التقليدي أو تفوق علي هذا الأخير . وإذ كان الغاية الأساسية من التوقيع الإلكتروني، أيّاً كانت صورته، تتمثل في إضفاء الحجية علي المحرر الذي يتضمن التصرف القانوني عن طريق تحديد شخصية الموقع، وانصراف إرادته إلي قبول الالتزامات الواردة في المحرر الكتابي، فهل يحقق التوقيع الإلكتروني وظائف التوقيع بصفة عامة ؟ ولهذا نتناول في هذا المطلب صور التوقيع الإلكتروني (فرع أول) ثم مدي قيام التوقيع الإلكتروني بتحقيق وظائف التوقيع التقليدي (فرع ثان) .

الفرع الأول

صور التوقيع الإلكتروني

تتعدد صور التوقيع الإلكتروني وتتخذ أشكالاً مختلفة، ولعل من أهم الصور المعروفة والأكثر شيوعاً وانتشاراً التوقيع الرقمي، والتوقيع بالقلم الإلكتروني، والتوقيع بواسطة البطاقة الممغنطة والرقم الآلي، والتوقيع بواسطة الخواص الفيزيائية والطبيعية للإنسان (التوقيع البيومترية)، وتحويل التوقيع اليدوي إلي توقيع إلكتروني، نتناول كل صورة م هذه الصور علي النحو التالي :

(١) عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط ، الإثبات و آثار الالتزام ، الجزء الثاني ، المرجع السابق ، ص ١٥٦ ، فقرة ١٠٦ أما في

القانون الفرنسي ، فالتوقيع في المواد المدنية يكون بخط اليد فقط La signature doit etre manuscrite ، أما في المواد التجارية فيجوز التوقيع بالختم La signature par griffe est admise en matiere commercial . انظر :

Ghesin (j) goubeaux (g) et fabre – magnan (m) introduction generale , op . cit . , No 688 , p . 667 .

(٢) وسيم شفيق الحجار ، الإثبات الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص ١٤١ وما بعدها – طوني ميشال عيسى ، التنظيم القانوني لشبكة

الإنترنت ، المرجع السابق ، ص ٣٠٢ وما بعدها – حسام الدين عبد الغني الصغير ، دروس في الجوانب القانونية المتعلقة وما بعدها –

أحمد عبد الرحمن الملحم ، و سائل الدفع الإلكتروني ، ندوة وزارة العدل الكويتية حول الجوانب التنظيمية و القانونية للاتصال الإلكتروني

، الكويت ٢٠٠١ ، ص ٤ وما بعدها .

أولاً : التوقيع الرقمي ^(١) Signature numerique

يستخدم التوقيع الرقمي في إبرام التصرفات القانونية التي تتم عبر الوسائط الإلكترونية، خاصة المعاملات التي تتم عن طريق الإنترنت، إذ يعتمد هذا التوقيع علي نظام التشفير Ceyptographie، ولذا أطلق عليه التوقيع الرقمي القائم علي التشفير ^(٢) ويتم التوقيع الرقمي من خلال معاملات رياضية باستخدام اللوغاريتمات يتحول بها التوقيع أو المحرر المكتوب من نمط الكتابة العادية إلي معادلة، بحيث لا يستطيع أي شخص أن يعيد المحرر الموقع لصياغته المرئية إلا من كانت لديه المعادلة الخاصة بذلك، والتي تقوم بدور المفتاح ؛ فمثلاً عندما يقوم التاجر بعرض بعض السلع والخدمات علي موقع من مواقع شبكة الإنترنت، فإنه يسمح لمستخدم الإنترنت أن يقرأ رسالة البيانات علي شاشة الحاسب الآلي عن طريق مفتاح عام يتيح له القراءة دون إمكانية إدخال ثمة تعديلات علي بنودها^(٣)؛ فإذا أراد مستخدم الإنترنت أن يشتري السلعة أو الخدمة، فإنه يضع توقيعها علي هذه الرسالة

(١) ويطلق عليه باللغة الإنجليزية Digital signature. أنظر ، عايض راشد عايض المري مدي حجية الوسائل الإلكترونية الحديثة في إثبات العقود التجارية ، المرجع السابق ، ص ٩٣ ، فقرة ٥٥ - حسام الدين عبد الغني الصغير ، دروس في الجوانب القانونية المتعلقة باستخدام الحاسبات الألية ، المرجع السابق ص ٢٨ - اباد عبد الرزاق سعد الله ، التجارة الإلكترونية بين القانون النموذجي للأونسترال و التشريع الكويتي ندوة وزارة العدل الكويتية حول الجوانب التنظيمية و القانونية للاتصال الإلكتروني ، الكويت ٢٠٠١ ، ص ٣ وما بعدها .
(٢) عرفت الفقرة التاسعة من المائدة الأولى من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني التشفير بأنه " منظومة تقنية حسابية تستخدم مفاتيح خاصة لمعالجة و تحويل البيانات و المعلومات المقروءة إلكترونياً بحيث تمنع استخلاص هذه البيانات و المعلومات إلا عن طريق استخدام مفتاح أو مفاتيح لفك الشفرة ". كما عرفت المادة ١/٢٨ من القانون الفرنسي ، رقم ٩٠ - ١١٧٠ الصادر في ٢٩ ديسمبر عام ١٩٩٠ الخاص بتنظيم الاتصالات عن بعد ، التشفير بأنه كل أعمال تهدف إلي تحويل ١٩٩٠ الخاص بتنظيم الاتصالات عن بعد ، التشفير بأنه كل أعمال تهدف إلي تحويل معلومات أو إشارات واضحة عبر اتفاقيات سرية إلي معلومات أو إشارات غامضة للغير ، أو إلي القيام بالعملية العكسية باستخدام وسائل مادية أو معلوماتية مخصصة لهذا الغرض . أنظر :

L'article 28 de loi No 90 - 1170 du 29 decembre 1990 sur la reglementions des telecommunications, " on entend par prestations de cryptographie toutes prestations visant a transformer a l'aide de conventions secretes des informations ou signaux clairs en information inverse grace a des moyens materiels ou logiciels concus a cat effet ".

ويقوم التشفير علي توافر عنصرين : العنصر الأول ، وجود بيانات يراد تشفيرها ، وتختلف هذه البيانات في شكلها فقد تكون ملفات كمبيوتر ، وقد تكون إشارات أو حرف أو أرقام . العنصر الثاني ، آلية تشفير معينة لتطبيقها علي البيانات المراد نقلها ، وهي برنامج حسابات إلكترونية مهمة تحويل البيانات من هيئة واضحة مقروءة إلي هيئة رموز أو إشارات غير مقروءة وبالعكس . أنظر : عيسى غسان عبد الله الربضي ، القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص ٧٦ وما بعدها - وسيم شفيق الحجار ، الإثبات الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص ١٩٨ وما بعدها .

(٣) محمد محمد أبو زيد ، تحديث قانون الإثبات ، المرجع السابق ، ص ١٨٤ وما بعدها ، فقرة ١٧٤ - عاطف عبد الحميد حسن ، مبادئ الثبوت بالكتابة في ضوء التطور التكنولوجي الحديث ، المرجع السابق ، ص ١٨٩ وما بعدها - خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني ، دراسة مقانة دار الفكر الجامعي بالأسكندرية ، ٢٠٠٦ ، ص ١٩٨ وما بعدها .

بواسطة مفتاح خاص به، بحيث لا يمكن للتاجر إجراء أي تعديل في هذا العقد الموقع لأنه لا يملك المفتاح الخاص بهذا التوقيع .

ثانياً : التوقيع بالقلم الإلكتروني

يتم التوقيع في هذه الصورة من صور التوقيع الإلكتروني بإستخدام قلم خاص، يعرف باسم القلم الإلكتروني وهو عبارة عن قلم إلكتروني حسابي يمكن عن طريقه الكتابة علي شاشة الحاسب الآلي الخاصة بالموقع، بإستعمال برنامج معين يقوم بوظيفتين، الأولى النقاط التوقيع، والثانية التحقق من صحة التوقيع^(١) ؛ أما فيما يتعلق بالوظيفة الأولى، فيقوم الشخص بإدخال بياناته عن طريق بطاقته الخاصة التي يتم وضعها، فتظهر علي شاشة الحاسب الآلي مجموعة من التعليمات يتبعها الشخص، ثم تظهر رسالة أخرى تطالب بتوقيعه بإستخدام القلم الإلكتروني علي مربع داخل الشاشة، وبمجرد تنفيذ الموقع هذه التعليمات يري توقيعه علي الشاشة بذات الشكل الذي كتبه، عندئذ يقوم البرنامج بقياس خصائص معينة للتوقيع من حيث الحجم والشكل والنقاط والخطوط ودرجة الضغط علي القلم، ويقوم الموقع بالضغط علي مفاتيح معينة تظهر له علي الشاشة بأنة موافق أو غير موافق علي هذا التوقيع، فإذا تمت الموافقة علي التوقيع، يتولي البرنامج جمع البيانات الخاصة بالموقع ويدمجها مع شكل التوقيع الموافق عليه ويقوم بتشفيرها والاحتفاظ بها لحين الحاجة إليها مرة أخرى^(٢) ؛ وبالنسبة للوظيفة الثانية، والمتمثلة في التحقق من صحة التوقيع، فإنه يرجع إلي البرنامج الذي تم حفظ التوقيع فيه، فيكتب توقيع علي الشاشة داخل المربع، حيث يقوم البرنامج بإجراء مقارنة بين خصائص التوقيع المكتوب علي الشاشة وبين التوقيع، يصدر الحاسب الآلي تقريراً بالنتيجة التي توصل إليها، والمتمثلة فيما إذا كان التوقيع المكتوب علي الشاشة صحيحاً ومطابقاً للتوقيع المحفوظ من عدمه؛ ويعاب علي صورة التوقيع بالقلم الإلكتروني إنها تحتاج إلي جهاز حاسب آلي ذي مواصفات خاصة تمكنه من أداء مهمته في النقاط التوقيع من من علي شاشته، بعد كتابته بالقلم الإلكتروني، والتحقق من

(١) عبد الفاتح بيومي حجازي ، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية ، الكتاب الأول ، المرجع السابق ، ١٩٨ وما بعد - عايض راشد عايض المري ، مدي حجية الوسائل التكنولوجية الحديثة في إثبات العقود التجارية ، المرجع السابق ، ص ١١٢ وما بعدها ، فقرة ٦٤ - خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص ٢٠٠ .

(٢) عيسى غسان عبد الله الرضي ، القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص ٦٧ وما بعدها - خالد فيصل أحمد الهندي ، مفهوم التوقيع الإلكتروني و حمايته ، المرجع السابق ، ص ٣٣ - علاء محمد عيد نصيرات ، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات ، المرجع السابق ، ٣٤ وما بعدها .

مطابقة التوقيع المحفوظ بقاعدة البيانات، الأمر الذي يجعل هذا الجهاز غالي الثمن^(١)، كما أن هذه الصورة تحتاج إلى جهة توثيق إضافية للتحقق مقدماً من شخصية القائم بالتوقيع لتسجيل عينات من التوقيع وتقديمها إلى خدمة التقاط التوقيع^(٢).

ثالثاً : التوقيع بواسطة البطاقة الممغنطة والرقم السري .

تعتبر هذه الصورة من صور التوقيع الإلكتروني الأكثر شيوعاً في مجال المعاملات البنكية، إذ لا تتطلب أن يكون لدى الشخص حاسب آلي، أو أن يتصل جهازه بشبكة الإنترنت، لذا فإنها تستخدم بهدف قيام العميل بسحب المبالغ النقدية، والتي تتحدد بمبلغ معين، عن طريق أجهزة الصراف الآلي، أو بهدف سداد ثمن السلع والخدمات للمحال التجارية بإدخال البطاقة في جهاز مخصص لهذا الغرض .

فهذه البطاقية يصدرها البنك أو المؤسسة الائتمانية لعملائها لغرض تخفيف النقدية، فإنه يقوم بهذه العملية عن طريق الصراف الآلي بإتباع إجراءات معينة يتم الاتفاق عليها بينه وبين الجهة المصدرة للبطاقة^(٣)؛ وتبدأ هذه الإجراءات بوضع البطاقة في فتحة خاصة في جهاز الصراف الآلي، ثم إدخال الرقم السري لصاحب البطاقة، والذي يسمى "بالتوقيع الإلكتروني"، ثم يتبع التعليمات التي تظهر على شاشة الصراف الآلي، بتحديد المبلغ الذي يريد صاحب الباقية أن يسحبه، وبعد انتهاء عملية سحب المبلغ تعود البطاقة من ذات فتحة البداية، ثم يخرج شريط ورقي مدون عليه اسم البنك وبيانات بعملية السحب التي تمت من حيث التاريخ والساعة والمبلغ المسحوب والمبلغ المتبقي في الرصيد؛ أما في حالة استخدام البطاقة لسداد ثمن السلع والخدمات للمحال التجارية، فإن المسئول عن تحصيل الثمن يتولى إدخال الرقم السري في الجهاز، فيتم سداد الثمن عن طريق البنك أم لدي بنك آخر^(٤).

(١) إبراهيم الدسوقي أبو الليل التوقيع الإلكتروني ومدى حجيته في الإثبات، دراسة مقارنة، بحث مقدم لمؤتمر القانون والحاسوب المنعقد

المنعقد من ١٢ إلى ١٤ يوليو ٢٠٠٤، كلية الحقوق جامعة اليرموك، الأردن، ص ٦ .

(٢) عايض راشد عايض المري، مدى حجية الوسائل التكنولوجية الحديث في إثبات العقود التجريبية، المرجع السابق، ص ١١٤، فقرة

٦٥ .

(٣) محمد المرسي زهرة، الحاسب الإلكتروني والقانون، المرجع السابق، ص ٩١ وما بعدها، فقرة ٦٥ وما بعدها - ونفس المؤلف

، مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات في المسائل المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص ٤٤٦، فقرة ١٦ - محمد حسين منصور،

الإثبات التقليدي والإلكتروني، دار الفكر الجامعي بالأسكندرية، ٢٠٠٦، ص ٢٧٩ .

(٤) عاطف عبد الحميد حسن، مبدأ الثبوت بالكتابة في ضوء التطور التكنولوجي الحديث، المرجع السابق، ص ١٠٧ وما بعدها - مراد

محمود يوسف مطلق، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الإلكتروني، المرجع السابق، ص ٢٨٣ وما بعدها - جلال وفاء محمدين،

التحويلات المصرفية الإلكترونية، أضواء علي القانون النموذجي للأمم المتحدة، ندوة وزارة العدل الكويتية حول الجوانب التنظيمية و

القانونية للاتصال الإلكتروني، الكويت، ٢٠٠١، ص ١ .

رابعاً : التوقيع بواسطة الخواص الفيزيائية والطبيعية للإنسان (التوقيع البيومترى)

يقوم التوقيع البيومترى علي التحقق من شخصية المتعامل من خلال الإعتماد علي الخواص والصفات الفيزيائية والطبيعية والسلوكية للإنسان، بحيث يتم استخدام الصفات الجسدية والسلوكية للفرد لتمييزه وتحديد هويته، إذ يقوم التوقيع البيومترى علي حقيقة علمية موداها أن لكل شخص صفاته الجسدية الخاصة به، والتي تختلف عن شخص آخر، وتتمتع هذه الصفات بالثبات النسبي مما يجعل لها قدراً كبيراً من الحجية في الإثبات^(١) ؛ ومن الصفات الجسدية التي يعتمد عليها التوقيع البيومترى، تقسيمات الوجه وملامحه، والبصمة الشخصية *Empreinte digitale*، والصوت من حيث طبقاته ونبراته *Reconnaissance vocale*، وشبكية العين *Retine*، وشكل اليد الهندسي^(٢) *Geometrie de la main*، ويتم التحقق من شخصية المستخدم مع هذه الصورة من التوقيع الإلكتروني عن طريق أجهزة إدخال المعلومات إلي الحاسب الآلي، حيث تقوم هذه الأجهزة بالنقاط صورة دقيقة للصفات الجسدية، مثل العين أو اليد أو الصوت، ويتم تخزينها مشفرة في ذاكرة الحاسب الآلي . حيث تقوم هذه الأجهزة بالنقاط صورة دقيقة للصفات الجسدية، مثل العين أو اليد أو الصوت، ويتم تخزينها مشفرة في ذاكرة الحاسب الآلي ليولي بعد ذلك مطابقة صفات المستخدم مع هذه الصفات المخزنة، بحيث لا يتم إجراء التصرف القانوني إلا في حالة المطابقة^(٣) . وتسعمل هذه الصورة في الشركات والبنوك والجهات الحكومية للتوقيع علي سجل الحضور والانصراف، والأماكن التي تتطلب حماية أمنية مشددة للدخول أو الخروج ؛ ويعيب صورة التوقيع البيومترى إمكان مهاجمتها أو نسخها، إذ من الممكن أن تخضع الذبذبات الحاملة للصوت أو صورة بصمة الأصبع أو شبكة الأعين للنسخ وإعادة الإستعمال، كما يمكن إدخال تعديلات عليها من جانب قرصنة الحاسب الآلي عن طريق فك الشفرة الخاصة بها، بالإضافة إلي أن هذا النوع من التوقيع ذات تكلفة عالية،

(١) عبد الفتاح بيومي حجازي ، التوقيع الإلكتروني في النظم القانونية المقارنة ، دار الفكر الجامعي بالأسكندرية ، الطبعة الأولى ، ٢٠٠٥ ، ص ٣٩٨ وما بعدها - مراد محمود يوسف مطلق ، التعاقد عن طريق وسائل الإثبات الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص ٢٨٥ وما بعدها .

(٢) وسيم صفيق الحجار ، الإثبات الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص ١٨٦ وما بعدها - خالد ممدوح إبراهيم ، إمام العقد الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص ٢٠١ .

(٣) عيسى غسان عبد الله الرضي ، القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص ٦٤ وما بعدها - عمر خالد محمد الزريقات ، عقد البيع عبر الإنترنت ، المرجع السابق ، ص ٢٣٠ .

نظراً لإرتفاع الأجهزة التشغيلية المرافق له، الأمر الذي يجعله قاصراً علي بعض الاستخدامات المحددة^(١).

خامساً : تحويل التوقيع اليدوي إلي توقيع إلكتروني

يطلق بعض الفقه علي هذه الصورة من صور التوقيع الإلكتروني تسمية التوقيع بالقلم الإلكتروني^(٢)، بالرغم من وجود اختلاف في الصورتين، إذ التوقيع بالقلم الإلكتروني، كما يدل عليه تسميته، يكون بقلم الكتروني مخصص للكتابة مباشرة علي شاشة الحاسب الالي الخاصة بالموقع^(٣)، أما تحول التوقيع اليدوي إلي توقيع إلكتروني، فتتم هذه الصورة بنقل التوقيع المحرر بخط اليد عن طريق التصوير بالماسح الضوئي scanner ثم تنقل إلي الملف الذي يراد إضافة هذا التوقيع الشخص متمناً المحرر عبر شبكة الاتصال الإلكتروني^(٤)؛ وتتميز هذه الصورة بسهولة في الإستعمال، إذ يتم من خلالها تحويل التوقيع التقليدي إلي التوقيع الإلكتروني عن طريق أنظمة معالجة المعلومات . ولكن يعيب هذه الصورة عدم توافر أي درجة من الأمان القانوني، إذ يستطيع المرسل إليه الإحتفاظ بنسخة من صورة التوقيع، ثم يعيد لصقها علي أية وثيقة أخري من الوثائق المحررة عبر الوسائط الإلكترونية^(٥).

الفرع الثاني

مدي قيام التوقيع الإلكتروني بتحقيق وظائف التوقيع التقليدي

التوقيع التقليدي هو علامة تميز شخصية الموقع وتعبّر عن إرادته في الإلتزام بمضمون التصرف القانوني الموقع وإقراره له^(٦)، إذ التوقيع الكتابي، نظراً لصدوره من صاحب التوقيع، يعتبر امتداداً لشخصيته ويدل علي الحقيقة بدرجة لا تدانيها وسيلة أخري^(٧)، وذلك

(١) عبد الفتاح بيومي حجازي ، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية ، الكتاب الأول ، المرجع السابق ، ص ١٩٩ ، هامش ١ -

علاء محمد نصيرات ، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات ، المرجع السابق ، ص ٣٢ - خالد فيصل احمد الهندي ، مفهوم التوقيع الإلكتروني و حمايته ، المرجع السابق ، ص ٣٤ .

(٢) ثروت عبد الحميد ، التوقيع الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص ٥٥ ، فقرة ٤٢ - مراد محمود يوسف مطلق ، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص ٢٨٢ - منير محمد الجببيهي و ممدوح محمد الجببيهي ، التوقيع الإلكتروني وحجبه في الإثبات ، المرجع السابق ، ص ١١ - ونفس المؤلفان ، تزوير التوقيع الإلكتروني المرجع السابق ، ص ٤٥ .

(٣) أنظر ما سبق ص ٦٧ وما بعدها .

(٤) عاطف عبد الحميد حسن ، مبدأ الثبوت بالكتابة في ضوء التطور التكنولوجي الحديث ، المرجع السابق ، ص ١٠٨ وما بعدها .

(٥) حسن عبد الباسط جميعي ، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت ، المرجع السابق ، ص ٣٥ .

(٦) أنظر ما سبق ص ٢٠ وما بعدها .

(٧) محمد المرسي زهرة ، الحاسب الإلكتروني والقانون ، المرجع السابق ، ص ٩٥ وما بعدها ، فقرة ٧٠ وما بعدها ، فقرة ٧٠ وما بعدها بعدها - ونفس المؤلف ، مدي حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات في المسائل المدنية والتجارية ، المرجع السابق ، ص ٤٤٨ ، فقرة

بسبب أن دعامة التوقيع التقليدي تتمثل في وسيط مادي هو الورقة، وأن الحضور الجسدي لأطراف التصرف، أو من يمثلهم، عند التوقيع علي المستندات الإمضاء أو ببصمة الأصبع، واحتفاظ كل واحد من الأطراف بنسخة أصلية من التصرف، تجعل المحررات العرفية المعدة للإثبات بمنأى عن العبث أو التغيير أو التحريف^(١).

ويثور التساؤل حول مدى قيام التوقيع الإلكتروني، أياً كانت صورته، بتحقيق وظائف التوقيع التقليدي، وبصفة خاصة تحديد هوية شخص الموقع، والتعبير عن رضائه بمضمون ما تم التوقيع عليه .

قبل الاجابة علي التساؤل السابق، يختلف التوقيع الإلكتروني عن التوقيع التقليدي من حيث الشكل، إذا الأخير نتاج حركة يد الموقع في صورة إمضاء أو ختم أو بصمة الأصبع عبر وسيط مادي، غالباً ما يكون دعامة ورقية، أما التوقيع الإلكتروني فيتم عبر وسيط الكتروني من خلال أجهز الحسب الآلي والإنترنت، فهو رمز أو إشارات أو أرقام أو أحادي خواص الإنسان الفيزيائية، بالإضافة إلي تقنية تكنولوجية معينة . وبالرغم من وجود هذا الفارق الجوهرى بين التوقيعين، فإنه لا ينفي اتفاقهما من حيث وظيفة ودور التوقيع، سواء التقليدي أم الإلكتروني والمتمثلة في تمييز شخصية صاحب التوقيع والتأكد من صدوره عنه، والتعبير عن إرادته في قبول الالتزام بالتصرف القانوني الذي تم التوقيع عليه^(٢)

وفيما يتعلق بتحديد شخصية صاحب التوقيع، فإن التوقيع، سواء التقليدي أم الإلكتروني، يهدف إلي تمييز هوية الموقع، إذ أكد المشرع المصري، بصدد المحرر العرفي، علي هذه الوظيفة فنصت المادة ١٤/١ من قانون الإثبات علي أنه " يعتبر المحرر العرفي صادراً ممن وقعه مما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة " مما مفاده أن عبارة " ما هو منسوب إليه " أوضحت بأن شكل التوقيع يدل ويحدد شخصية الموقع، إذ يقوم التوقيع بتحديد هوية الأطراف المتعاقدة، بحيث يؤدي التوقيع بالإمضاء أو بالختم إلي تحديد الموقع، لأن كل شخص يختار إمضاء بطريقة يصبح معروفاً بها، كما أن

(١) ثروت عبد الحميد ، التوقيع الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص ٦٦ ، فقرة ٥٦ .

(٢) محمد حسين منصور ، الإثبات التقليدي و الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص ٢٧٩ - عيسى غسان عبد الله الربضي ، القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص ٩٣ وما بعدها - عايض راسد عايض المري ، مدي حجية الوسائل الالكترونية الحديثة في إثبات العقود التجارية ، المرجع السابق ، ص ١٣١ - وسيم شفيق الحجار ، الإثبات الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص ١٤٩ وما بعدها .

و أنظر في الفقه الفرنسي :

Caprioli (E) : Le juge et la prevue electronique, V . internt, site <http://www.juriscom.net/uni/doc/20000110.htm> .

الختم علامة مميزة يحتوي علي اسم صاحبه وبعض البيانات الخاصة به، وأيضاً البصمة قادرة علي تحديد شخصية صاحبها بسبب عدم التشابه بين البصمات^(١) .

ويثور التساؤل حول قدرة التوقيع الإلكتروني في التعبير عن إرادة صاحبه في الالتزام بمضمون التصرف القانوني .

أعتقد أن التوقيع الإلكتروني قادر علي القيام بهذه الوظيفة بدرجة أكبر من التوقيع التقليدي، إذ أن بعض أشكال هذا التوقيع الأخير، كالتختم وبصمة الأصبع، لا تدل علي موافقة صاحبها علي الالتزام بمضمون المحرر، وإن استطاعت أن تحدد هوية الموقع ؛ أما التوقيع الإلكتروني، بمختلف صورته، فإنه يمكن أن يعبر عن رضا صاحبه بالموافقة علي محتوى المحرر، وعلي إجراء العمليات المختلفة عبر الوسائط الإلكترونية، المهم في التقنية التكنولوجية المستخدمة وقدرتها علي توفير الأمان والسرية .

وفي مجال التوقيع الإلكتروني بواسطة الخواص الفيزيائية والطبيعية للإنسان، التوقيع البيومتري، والتوقيع الإلكتروني بإستخدام البطاقة الممغنطة والرقم السري، فإن الشخص لا يضع توقيعته الإلكتروني المتمثل، سواء في بصمة الصوت أو البصمة الشخصية، أو في الرقم السري والقيام بالتصرف القانوني المطلوب إلا بعد موافقته علي مضمون هذا التصرف ؛ وهذا يعبر عن رضائه بالالتزام بمضمون العملية المراد إتمامها^(٢) ؛ كما أن التوقيع الرقمي، بما يقوم عليه من التقنيات المستخدمة في تأمين المحرر المدون إلكترونياً، يستطيع أن يعبر عن إرادة الموقع في الالتزام بمضمون المحرر، إذ الشخص الذي يستعمل مفتاحه الخاص ليشفّر رسالة معينة، ويقوم المرسل إليه بفك التشفير والتأكد من صحة توقيع هذا الشخص عن طريق اللجوء إلي جهة التصديق للتوقيع الرقمي، فهذا يعتبر الوسائل الامنة في التعبير عن الإرادة^(٣) .

(١) علاء محمد نصيرات ، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات ، المرجع السابق ، ص ٦٧ وما بعدها .

(٢) نجوي أبو هيبية ، التوقيع الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص ١١٠ وما بعدها - علاء محمد نصيرات ، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات ، المرجع السابق ، ص ٧٢ وما بعدها .

(٣) حسن عبد الباسط جمعي ، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الانترنت ، المرجع السابق ، ص ٤٦ وما بعدها .

المطلب الثالث

تطبيقات التوقيع الإلكتروني

يرجع ظهور التجارة الإلكترونية وانتشارها إلى التقدم العلمي في وسائل الإتصال والمعلومات، وبصفة خاصة عبر شبكة الإنترنت، إذ ترتب علي ظهور هذه التجارة بزوغ فكرة النقود الإلكترونية، حيث يتم الدفع من خلال قنوات اتصال إلكترونية ما بين حاسب آلي وإنترنت، إذ لا شك في أن استعمال النقود الإلكترونية يؤدي إلي سهولة وسرعة تسوية المدفوعات، وتقليص الحاجة إلي الإحتفاظ بالنقود السائلة (١)؛ وبالتالي فإن نجاح الثورة المعلوماتية والزواج الذم بين المعلوماتية والإتصالات لعب دوراً هاماً في تغيير محل التجارة الإلكترونية ووسائل تحقيقها، حيث حل التوقيع الإلكتروني والوثائق الإلكترونية محل التوقيع التقليدي والوثائق المكتوبة باليد، وتضاعل دور النقود الورقية والدفع التقليدي أمام ازدهار النقود والدفع الإلكتروني (٢)؛ ونبين بعض تطبيقات التوقيع الإلكتروني التي يمكن أن تتم بإستخدام هذا التوقيع لتسوية المعاملات القانونية بين الأفراد والشركات التي تعرض سلع أو خدمات عبر شبكة الإنترنت، حيث يقوم التاجر بعرض وبيع منتجاته، وبإمكان الافراد شراء حاجاتهم من السلع والخدمات دون أن يكون هناك مقابل مادي لأطراف العلاقة القانونية، وتتمثل هذه التطبيقات في بطاقات الائتمان (فرع أول) وأنظمة الدفع الإلكتروني عبر شبكة الانترنت (فرع ثان).

الفرع الأول

بطاقات الائتمان

يطلق علي بطاقات الائتمان العديد من المسميات مثل البطاقات البنكية أو النقود البلاستيكية (٣)، أو النقود الإلكترونية (٤)، أو بطاقات الدفع الإلكتروني (٥). وبطاقة الائتمان عبارة عن بطاقة مستطيلة من البلاستيك، تحمل اسم البنك المصدر لها، وشارها وتوقيع حاملها، ورقمها وأسم هذا الأخير ورقم حسابه، وتاريخ انتهاء صلاحيتها، وبمقتضى هذه

(١) عبد الفتاح بيومي حجازي ، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية ، الكتاب الأول ، المرجع السابق ، ص ١٠٦ - أحمد شريف

الدين ، أصول الاثبات في المواد المدنية و التجارية ، المرجع السابق ، ص ٨٩ فقرة ٨٤ .

(٢) محمد حسين منصور ، المسؤولية الإلكترونية ، دار الجامعة الجديدة للنشر بالأسكندرية ، ٢٠٠٣ ، ص ١١٩ وما بعدها .

(٣) عايض راشد عايض المري ، مدي حجبة الوسائل التكنولوجية الحديثة في إثبات العقود التجارية ، الرجع السابق ، ص ٤٧ وما بعدها

، فقرة ٣١ - محمد حسين منصور ، المسؤولية الإلكترونية ، المرجع السابق ، ص ١٢٥ - محمد أمين الرومي ، التعاقد الإلكتروني عبر

الإنترنت ، الطبعة الأولى ، دار المطبوعات الجامعية بالأسكندرية ، ٢٠٠٤ ، ص ١٣٠ .

(٤) عبد الفتاح بيومي حجازي ، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية ، الكتاب الأول ، المرجع السابق ، ص ١٠٦ .

(٥) عيسى غسان عبد الله الرضي ، القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص ١٠٦ وما بعدها .

البطاقة يستطيع حاملها أن يسحب مبالغ نقدية من أجهزة الصرف الآلي Las distributeurs automatiques de billets، أو أن يقدمها كأداة وفاء لما يحتاجه من سلع وخدمات لدى الشركات والتجار المتعاملين بهذه البطاقة بدلاً من الوفاء بثمنها فوراً^(١)؛ ويجب أن يكون حامل البطاقة عميلاً للبنك مصدر البطاقة، بأن يوجد لديه حساب مصرفي لدى هذا البنك، وأن يقدم ضمانات معينة للحصول على هذه البطاقة، كأن يودع العميل في حسابه مبلغاً مساوياً للحد الأقصى للإئتمان الذي توفره له البطاقة، ويعطي العميل تفويضاً للبنك بأن يخضم من هذا الحساب كل ما ينشأ في ذمته من التزامات مالية بسبب استعمال البطاقة . وتصدر البطاقة وفقاً لشروط يضعها البنك وتكون معدة سلفاً، وتكون البطاقة في حدود مبلغ مالي معين لا يجوز للعمل أن يتجاوزه^(٢).

وتتعدد بطاقات الائتمان التي تصدرها البنوك إلى الأنواع الآتية :

أولاً : بطاقة السحب الآلي Carte de prelevement automatique

تعتبر هذه البطاقة أكثر أنواع البطاقات شيوعاً وانتشاراً، إذ تستخدم البطاقة لسحب مبالغ نقدية من حساب حاملها بحد أقصى متفق عليه، مع البنك المصدر للبطاقة من خلال أجهزة خاصة، حيث يقوم العميل بإدخال بطاقته في جهاز السحب الآلي الذي يطلب منه إدخال الرقم السري^(٣) Numero de code personnel المكون من أربعة أرقام، فإذا كان الرقم صحيحاً، فإن العميل يقوم بتحديد المبلغ الذي يريد الحصول عليه بواسطة لوحة المفاتيح الموجودة على الجهاز، وبعد إتمام العملية المصرفية يسترد العميل بطاقته اليأ، ثم يخرج شريط ورقي مدون عليه اسم البنك، وبيانات بعملية السحب التي تمت من حيث التاريخ والساعة والمبلغ المسحوب والمبلغ المتبقي^(٤) ويشترط لإستخدام هذه البطاقة وجود رصيد لحاملها يكفي للمبلغ المراد سحبه، فإذا لم يكن هناك رصيد في الحساب أو كان الرصيد غير

(١) جميل عبد الباقي الصغير ، الحماية النائية و المدنية لبطاقات الائتمان المغنطة ، المرجع السابق ، ص ١٠ - كيلاني عبد الراضي محمود ، النظام القانوني لبطاقات الوفاء و الضمان ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة عين شمس ، ١٩٩٦ ، ص ٤٦ وما بعدها - فايز نعيم رضوان ، بطاقات الوفاء ، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة ، ١٩٩٠ ، ص ٨ وما بعدها .
(٢) نبيل محمد أحمد صبيح ، بعض الجوانب القانونية لبطاقات الوفاء و الائتمان المصرفية ، مجاة الحقوق ، مجلس النشر العلمي ، جامعة الكويت ، العدد الأول ، السنة السابعة والعشرون ، ٢٠٠٣ ، ص ٢٢٧ .
= وأنظر أيضاً :

Jeandidier (W) : Les truages et usages frauduleux de cartes magnetiques, J.C.P., 1986, I, 3229.

(٣) ويطلق عليه باللغة الإنجليزية Personal identification number واختصارا PIN.

(٤) كيلاني عبد الراضي محمود ، النظام القانوني لبطاقات الوفاء و الائتمان ، المرجع السابق ، ص ٣٨ وما بعدها - محمد أمين الومي ، التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت ، المرجع السابق ، ص ١٣٥ - خالد مصطفى فهمي ، النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص ٢٢٠ وما بعدها ، فقرة ٢٠٤ .

كاف، فإن العملية المصرفية لا تتم، إذ يرفض جهاز السحب الآلي هذه العملية، لأن البطاقة لا تعتبر بطاقة ائتمان، فلا تعطي للعميل تسهياً ائتمانياً^(١) وإنما يقوم البنك برد المبلغ المودع لديه إلى العميل بواسطة بطاقة السحب الآلي تفادياً للزحام الموجود في البنوك، وتسهياً على العملاء بتوفير احتياجاتهم من النقود في غير أوقات العمل الرسمي وفي أيام العطلات^(٢)

ثانياً : بطاقة الوفاء Carte de paiement

ويطلق عليها أيضاً بطاقة الخصم الفوري^(٣)، أو بطاقة الدفع^(٤) وهي بطاقة تعتمد على وجود رصيد لحاملها لدى البنك المصدر للبطاقة في صورة حساب جاري بهدف تسوية مسحوبات العميل، مثل البطاقة الزرقاء في فرنسا Carte Bleue وبطاقة الفيزا الإلكترونية في مصر Visa Electron وتخول هذه البطاقة لحاملها سداد ثمن السلع والخدمات التي يحصل عليها من بعض المحلات التجارية التي تقبل الدفع إلكترونياً بموجب اتفاق مع البنك المصدر للبطاقة، ويتم ذلك بتحويل ثمن السلع والخدمات من رصيد العميل إلى حساب البائع، وعملية التحويل تكون بإحدى طريقتين، طريقة مباشرة وأخرى غير مباشرة .

١- الطريقة المباشرة On - Line

تتم هذه الطريقة بقيام العميل المشتري بتسليم بطاقته إلى البائع الذي يقوم بتمريرها داخل جهاز للتأكد من صحة بيانات البطاقة ومن وجود رصيد يكفي لسداد ثمن السلع أو الخدمات التي يريد حامل البطاقة، ثم يقوم هذا الأخير بإدخال الرقم السري لتتم عملية التحويل مباشرة من حساب العميل إلى حساب البائع ؛ وتتميز هذه البطاقة بأنها تمثل ضماناً كافياً للبائع في الحصول على مستحقاته فور إرساله للكشوف أو الفواتير إلى البنك مصدر البطاقة . وقد أطلق رأي في الفقه على بطاقة الوفاء تسمية بطاقة الدفع المؤجل Carte de paiement differe لأنها تعطي حاملها أجلاً في الوفاء الفعلي لثمن السلع والخدمات التي حصل عليها بدلا من الوفاء الفعلي للثمن فوراً، وإنما يقوم بتجميع قيمة مشتريه وبطالبه بها دورياً، مرة كل شهر، في تاريخ معين، الأمر الذي يؤدي إلى استفادة العميل بالفترة

(١) عبد الفتاح بيومي حجازي ، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية ، الكتاب الأول ، المرجع السابق ، ص ١١١ وما بعدها -

عيسى غسان عبد الله اليضي ، القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص ١١٠ وما بعدها .

(٢) جميل عبد الباقي الصغير ، القانون الجنائي و التكنولوجيا الحديثة ، الجرائم الناشئة عن استخدام الحاسب الآلي ، الكتاب الأول ،

الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٢ ، ص ٣٧ .

(٣) جميل عبد الباقي الصغير ، الحماية الجائية و المدنية لبطاقات الائتمان المغنطة ، المرجع السابق ، ص ١٥ .

(٤) محمد حسين منصور ، المسؤولية الإلكترونية ، المرجع السابق ، ص ١٢٥ - عيسى غسان عبد الله الرضي ، القواعد الخاصة

بالتوقيع الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص ١٠٨ - محمد أمين الروبي ، التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت ، المرجع السابق ، ص ١٣٢ .

ما بين وقت الشراء وحصول الوفاء الفعلي، وهي فترة قد تصل في بعض الأحيان إلي خمسة وخمسين أو ستين يوماً^(١)

٢ - الطريقة غير المباشرة OFF-Line

تتم هذه الطريقة بترقيم العميل بطاقته، التي تحتوي علي بيانات، ويصدر فاتورة بقيمة السلع أو الخدمات من عدة نسخ يوقعها العميل، وترسل إحدي هذه النسخ إلي البنك مصدر البطاقة، وبأخذ العميل نسخة من الفاتورة، ويحتفظ التاجر بنسخة لديه^(٢)

ثالثاً : بطاقة الائتمان Carte de credit

تخول هذه البطاقة لحاملها الحق في الحصول علي تسهيل ائتماني من البنك مصدر البطاقة، حيث يقوم العميل بشراء ما يحتاجه من سلع وخدمات ويقدمها للتاجر لسداد قيمة مشترياته، فيتولي البنك السداد ثم يرجع بعد ذلك علي العميل خلال الأجل المتفق عليه، وهذا يعني أن خصم مبالغ المشتريات لا يتم مباشرة من حساب حامل البطاقة، وإنما يكون علي ضوء الإتفاق المبرم بين هذا الأخير والبنك، فيبدو الفارق الأساسي بين هذه البطاقة وبطاقة الوفاء، في أن البطاقة الأولى وسيلة ائتمان، في حين أن البطاقة الثانية أداة دفع^(٣). ويحصل البنك مصدر هذه الطاقه علي فوئد مقابل توفير اعتماد لحاملها، حيث يتأكد البنك من ملاءة هذا الأخير، فلا يمنحه البطاقة إلا بعد الحصول منه علي ضمانات عينية أو شخصية كافية^(٤).

رابعاً : بطاقة ضمان الشكات

يصدر البنك هذه البطاقة لعملائه من حاملي الشيكات، حيث تعتبر البطاقة وسيلة لضمان حصول التاجر أو مقدم الخدمة علي المقابل الذي تم تسويته عن طريق الشيك، إذ بمقتضاها يتعهد البنك لعميله حامل البطاقة بأن يضمن سداد الشيكات التي يحررها العميل، وفقاً لشروط إصدار البطاقة . ويكتب علي البطاقة، عادة، اسم العميل البطاقة للمستفيد لتدوين بياناتها علي ظهر الشيك، ثم يوقع أمامه، فإذا توافرت شروط صحة البطاقة، فإن البنك المسحوب عليه يلتزم بدفع قيمة الشيك للمستفيد بصرف النظر عن وجود رصيد كان من

(١) رفعت أبادير ، بطاقات الائتمان من الوجهة القانونية ، مكتبة سعيد رأفت ، ١٩٨٤ ، ص ١٨ .

(٢) جميل عبد الباقي الصغير ، الجرم الناشئة عن استخدام الحاسب الالي ، المرجع السابق ، ص ٣٤ وما بعدها .

(٣) عمر سالم ، الحماينة لبطاقة الوفاء ، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٥ ، ص ١٤ - خالد مصطفى فهمي ،

النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص ٢١٩ وما بعدها ، فقرة ٢٠٣ وما بعدها .

(٤) محمد حسين منصور ، المسؤولية الإلكترونية ، المرجع السابق ، ص ١٢٥ - محمد أمين الرومي ، التعقد الإلكتروني عبر الانترنت ،

المرجع السابق ، ص ١٣٨ وما بعدها - قدرى عبد الفتاح الشهوي ، قانون التوقيع الإلكتروني ولائحته التنفيذية ، المرجع السابق ، ص

٤٣٤ ، وما بعدها ، فقرة ١٣٦ .

عدمه^(١)؛ وبالتالي يبدو واضحاً الاختلاف بين هذا النوع من البطاقات وبطاقة الوفاء، إذ الأخيرة تعتبر وسيلة وفاء، أما بطاقة الضمان، فالفرض أن وسيلة الوفاء هي الشيك، وتستخدم بطاقة الضمان في الوفاء بقيمة الشيك، مما يعني أنها لا تستعمل استقلالاً عن الشيك، إنما تعمل بجانبه^(٢).

الفرع الثاني

أنظمة الدفع الإلكتروني عبر شبكة الإنترنت

لا تقتصر أعمال الدفع في التجارة الإلكترونية علي البطاقات وحدها، إذ تطور شبكة الانترنت ونموها المطرد يؤدي إلي ظهور وسائل وأساليب جديدة في الدفع لم تكن معروضة في الماضي القريب، أذ تمتع أنظمة الدفع الإلكتروني بالسرعة واليسر في تسوية المعاملات المالية، جعل من غير المقبول وجود تجارة الكترونية بدون تطور مستمر لأساليب الدفع^(٣)، بحيث أصبحت عملية تحويل ثمن السلع أو الخدمات تمثل العماد الرئيسي في نجاح وتطور هذه التجارة . ويمكن أن يتم الوفاء الإلكتروني عبر شبكة الانترنت بالنقود الالكترونية أو بالشبكات الالكترونية أو عن طريق الوسائل الالكترونية المصرفية .

(١) جميل عبد الباقي الصغير ، الجرم اناشنة عن الحسب الآلي ، المرجع السابق ، ص ٣٥ وما بعدها – عبد الفتاح بيومي حجازي ،

النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية ، المرجع السابق ، ص ١١٢ .

(٢) عمر سالم ، الحماية الجنائية لبطاقة الوفاء ، المرجع السابق ، ص ١٤ ، فقرة ١١ .

(٣) إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، الجونب القانونية عبر وسائل الاتصال الحديثة ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٩ ، ص ٥ .

الفصل الثاني

حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات المدني

يرتبط مضمون السند العادي بالدعامة التي يثبت عليها، وهي عادة ما تكون على شكل ورقة بحيث لا تتوافر مصداقية السند إلا ببقاء هذا المضمون على الدعامة الورقية الأساسية، فالمصداقية إذن تتوفر جزئياً بفعل الدعامة الورقية، إلا أن الأمر يختلف بالنسبة للمستند الإلكتروني؛ حيث يقتضي المحافظة على مصداقية المستند وإن تغيرت دعامته، كما لو نقل ملف رقمي موقع إلكتروني موجود على دعامة ممغنطة إلى قاعدة بيانات الحاسب الآلي ثم إلى قاعدة بيانات حاسب آخر عبر شبكة الإنترنت الذي يجسد رقمياً وليس مادياً مضمون المستند الإلكتروني، لذلك يجب توفير الحجية له (١).

إن العنصر الثاني الذي به يكون دليل الإثبات في المجال الإلكتروني تاماً - والذي يحدد هوية الشخص ويعبر عن قبوله للإلتزامات الواردة في المستند - هو التوقيع بالشكل الإلكتروني، فدليل الإثبات لا قيمة قانونية له إذا لم يكن موقفاً من أطرافه، فالتوقيع بالشكل الإلكتروني يعطي دليل الإثبات حجية وبالتالي يصبح دليلاً قائماً لحين تقديم دليل آخر على خلاف ذلك (٢) ولهذا رصدت التشريعات التي نظمت الإثبات في المجال الإلكتروني للتوقيع بالشكل الإلكتروني بعداً قانونياً يعادل بقوته الحجية المقررة للتوقيع التقليدي (٣).

المبحث الأول

النصوص القانونية التي أقرت حجية التوقيع بالشكل الإلكتروني ومساوتها بحجية التوقيع التقليدي

المشرع المصري: تنص المادة (١٤) من قانون تنظيم التوقيع الإلكتروني رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤م، على أنه: "التوقيع الإلكتروني، في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية، ذات الحجية المقررة للتوقيعات في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، إذا روعي في إنشائه وإتمامه الشروط المنصوص عليها في هذا القانون والضوابط الفنية والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون".

(١) انظر: وسيم شفيق الحجار: الإثبات الإلكتروني، مرجع سابق، ص ١٥٠.

(٢) PUYBAREAU (F) : la Signature Electronique en quête de reconnaissance. Op. cit. P. 1.

(٣) انظر: د. محمد حسين منصور: الإثبات التقليدي والإلكتروني، مرجع سابق، ص ٢٨٢.

المشرع الأردني: أورد قانون المعاملات الإلكترونية رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١م، مادتين ساوى فيهما بين حجية التوقيع الإلكتروني والتوقيع التقليدي، وهما المادة الأولى (٧/أ) والتي تنص على أنه: "يعتبر السجل الإلكتروني والعقد الإلكتروني والرسالة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني منتجا للأثار الثانوية ذاتها المترتبة على الوثائق والمستندات الخطية والتوقيع الخطي بموجب أحكام التشريعات النافذة من حيث إلزامها لأطرافها أو صلاحيتها في الإثبات". والمادة الثانية (١٠/أ) والتي تنص على أنه: "إذا استوجب تشريع نافذ توقيعاً على المستند أو نص على ترتيب أثر على خلوه من التوقيع، فإن التوقيع الإلكتروني على السجل الإلكتروني يفى بمتطلبات ذلك التشريع".

المشرع البحريني: تنص المادة (٦/٢) من قانون المعاملات الإلكترونية رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٢م، على أنه: "إذا أوجب القانون التوقيع على مستند، أو رتب أثراً قانونياً على خلوه من التوقيع، فإنه إذا استعمل سجل إلكتروني في هذا الشأن، فإن التوقيع الإلكتروني عليه يفى بمتطلبات هذا القانون".

المشرع الإماراتي: تنص المادة (١٠/١) من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي رقم ٢ لسنة ٢٠٠٢م، على أنه "إذ اشترط القانون وجود توقيع على مستند أو نص على ترتيب نتائج معينة في غياب ذلك، فإن التوقيع الإلكتروني الذي يعول عليه في إطار المعنى الوارد في المادة (٢٠) من هذا القانون يستوفي ذلك الشرط".

يتضح من استعراضنا للنصوص، أن التشريعات المختلفة أولت الإثبات الإلكتروني اهتماماً، وساوت بين التوقيع بالشكل الإلكتروني والتوقيع التقليدي، كما أقرت للتوقيع بالشكل الإلكتروني حجية مساوية لحجية التوقيع التقليدي^(١)، لذا لم يعد إحداث التوقيع بواسطة وسيلة إلكترونية عقبة أمام الاعتراف به وقبوله كعنصر في دليل الإثبات، فقد أصبح التوقيع بالشكل الإلكتروني - بعد مساواته بالتوقيع التقليدي - أداة تصلح لتوثيق التصرفات التي تتم بواسطة الوسائط الإلكترونية^(٢)، كما ان مساواة التوقيع بالشكل الإلكتروني بالتوقيع التقليدي أنهت سلطة القاضي في الأخذ به أو رفضه^(٣)؛ غير ان هذه الحجة المقررة للتوقيع بالشكل الإلكتروني ليست مطلقة ولا تمنح لجميع التوقيعات بالشكل الإلكتروني أي كانت مصداقيتها

(١) أنظر: د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل: توثيق المعاملات الإلكترونية ومسؤولية جهة التوثيق تجاه الغير، مرجع سابق، ص ١٨٦٧؛

كذلك أنظر: Lambert (A) : Op.p.2-

(٢) أقرت إحدى المحاكم في باريس قرار أصدرته بتاريخ ٤/٢/٢٠٠٤م، بان التوقيع الإلكتروني يجوز ذات حجية التوقيع التقليدي، وقد جاء هذا الحكم بمناسبة نزاع بين شركة (Pere-Noel) وهي شركة بيع عن بعد وأحد المستهلكين.

(٣) Vilarrubla (l) : les apports de signature électronique. www.signalec.com/News

ودرجة توثيقها، فهناك ثمة متطلبات وشروط علقّت التشريعات عليها مساواة التوقيع الإلكتروني بالتوقيع التقليدي من حيث الوظيفة والحجية^(١)، علماً بأن هذه التشريعات تمكن أي شخص من أن يثبت حجية التوقيع بالشكل الإلكتروني أو دحضها بأي وسيلة ممكنة^(٢).

المبحث الثاني

متطلبات وشروط حجية التوقيع بالشكل الإلكتروني

ميزت التشريعات التي نظمت الإثبات في المجال الإلكتروني ما بين الحجية المقررة للتوقيع الإلكتروني البسيط والحجية المقررة للتوقيع بالشكل الإلكتروني المتقدم، فبينما أقرت التشريعات صراحة حجية للتوقيعات بالشكل الإلكتروني المتقدمة مساوية لحجية التوقيع التقليدي، اختلفت فيما بينها على الجية المقررة للتوقيعات بالشكل الإلكتروني البسيطة، فمثلاً لم ينكر التوجيه الأوروبي بشأن التوقيعات الإلكترونية حجية التوقيع بالشكل الإلكتروني البسيط إذا قدم صاحبه الدليل على صحة منظومة إنشائه، بمقابل ذلك لم يقرر التشريع الإماراتي والأردني أية حجية للتوقيع بالشكل الإلكتروني البسيط^(٣). ونوجز أهم المتطلبات والشروط التي يجب أن يحققها التوقيع بالشكل الإلكتروني للإقرار له بحجية مساوية لحجية التوقيع التقليدي.

(١) على الرغم من أن المادة (٢/٥) من التوجيه الأوروبي بشأن التوقيعات الإلكترونية نصت على عدم حجب الفعالية القانونية عن التوقيع الإلكتروني لأنه غير مبني على شهادة تصديق إلكترونية رفضت بعض التشريعات إقرار حجية للتوقيع الإلكتروني الذي لا يستند على شهادة التصديق الإلكترونية كالتشريع الأردني.

(٢) راجع: المادة (٤/٦) من قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية، التي تنص على أنه: "المسائل المتعلقة بالأمور التي تنظمها هذه القواعد ولا تسويها هذه القواعد صراحة تسوى وفقاً للمبادئ العامة التي تستند إليها هذه القواعد".

(٣) في القانون الألماني الخاص بالتوقيعات الرقمية هناك ثلاث درجات للتوقيع الإلكتروني، الأول: التوقيع الإلكتروني البسيط، والثاني: التوقيع الإلكتروني المسبق وهو التوقيع الذي يستوفي الشروط التالية: ١- أن يكون مرتبطاً بحائز مفتاح التوقيع بها يسمح بكشف هويته، ٢- أن يتوقف مع الوسائل الموضوعية تحت رقابته دون سواه، ٣- أن يكون التوقيع مرتبطاً مع البيانات على نحو الذي يمكن كشف أي تعديل لاحق، الثالث: التوقيع الإلكتروني الموصوف وهو الذي يركز على شهادة إلكترونية موصوفة صحيحة لحظة إنشائه، وأن يتم وضعه وفقاً لمنظومة آمنة.

المطلب الأول

إنشاء التوقيع بالشكل الإلكتروني بواسطة وسائل خاصة بالشخص الموقع وخاضعة

لسيطرته وحده دون غيره. (١)

لكي يكون التوقيع بالشكل الإلكتروني مقبلاً يجب ان يتم إنشاؤه بواسطة ادوات تكون خاصة بالشخص الموقع (٢)، وأن تكون خاضعة لسيطرته وحده دون غيره، من ذلك مفتاح التوقيع الرقمي الخاص، ففي حال إحداث توقيع يجب أن تكون أدواته (سواء كانت منظومة (٣) هذا المفتاح مدونة على قاعدة بيانات الحاسب الآلي أو على سي دي خاص أو دسك) خاصة بالموقع حتى يضمن أن يكون التوقيع متميزاً، لذا يجب على صاحبها المحافظة عليها ويحرص من وصولها إلى الغير، كذلك - وبذات الوقت- يجب ان تكون أداة إحداث منظومة التوقيع تحت سيطرته؛ وقد نص المرسوم الفرنسي رقم ٢٣٠/٢٠٠٠م، والذي كيف قواعد الإثبات مع تكنولوجيا المعلومات في مادته (١٣١٦) على أن التوقيع بالشكل الإلكتروني حتى يكون فعالاً يجب أن يمكن في استخدام وسيلة جاهزة للتشغيل وهي (بالمعنى الفني) تعني الأداة التي مكن الثقة فيها لإحداث منظومة التوقيع بالشكل الإلكتروني وكشف هوية صاحب التوقيع وضمان سلامة المستند الإلكتروني. (٤)

(١) راجع: المادة (٣/٦)ب) من قانون الاونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية؛ كذلك المادة (٣/٢)أ) من التوجيه الأوروبي بشأن التوقيعات الإلكترونية كذلك المادة (٣/٢)أ) من التوجيه الأوروبي بشأن التوقيعات الإلكترونية؛ كذلك المادة (١/٢)أ) من المرسوم الفرنسي رقم ٢٠٠١/٢٧٢م؛ كذلك المادة (٣١)ج) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني؛ كذلك المادة ٠١٨/أ،ب) من قانون تنظيم التوقيع الإلكتروني المصري؛ كذلك المادة (١/٢٠)أ،ب) من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي.

(٢) ويتفق المشرع الفرنسي والمصري على تسميتها: "بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني"، وهي عبارة عن عناصر متفرقة خاصة بالموقع وتميزه عن غيره ومنها على الأخص مفاتيح الشفرة الخاصة به، والتي تستخدم في إنشاء التوقيع الإلكتروني المادة (٨/١) من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني، والمادة (٤/١) من المرسوم الفرنسي رقم ٢٠٠١/٢٧٢م من القانون الفرنسي.

(٣) يقصد بمنظومة إنشاء التوقيع الإلكتروني: "الآلية أو البرمجة المستخدمة بغرض تطبيق القانون بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني" المادة (١/٥) من المرسوم ٢٠٠١/٢٧٢م الفرنسي؛ كذلك المادة (١٩/١) من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني المصري.

(٤) SEDALLIAN (V): Prevue Signature Electronique. <http://www.internet-juridique.net>

المطلب الثاني

ارتباط التوقيع الإلكتروني ببيانات المستند الإلكتروني بطريقة يكشف بها أي تغيير لاحق

على بيانات المستند او على التوقيع ذاته (١)

الخاصية الثانية التي يجب على التوقيع بالشكل الإلكتروني أن يستوفيها لإعتباره توقيعاً متقدماً ضمان بيانات المستند الإلكتروني وضمان سلامة بيانات إنشائه.

إن المستند الإلكتروني (وما يحتويه من بيانات خاصة وبيانات التوقيع) وقد يتعرض للتغيير أثناء عملية نقله من المرسل إلى المرسل إليه؛ ومع أن مصطلح السلامة (Integrity) قلما يجري استخدامه في القانون، إلا أن السلامة مطلوبة في تبادل عبر شبكة الإنترنت، وتحقق سلامة بيانات المستند من خلال وسيلة التوقيع بالشكل الإلكتروني، فهذا الأخير يناط به وظيفة إضافية- على وظائف التوقيع التقليدي) تتمثل بكشف أي تغيير لاحق يمس بيانات المستند الإلكتروني أو بيانات إنشائه عقب توقيعه، ويمكن كشف التغيير من خلال منظومة فحص التوقيع بالشكل الإلكتروني (٢)، فمن اللحظة التي يستقبل المرسل إليه المستند الإلكتروني يجب عليه فحص بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني التي سوف تسمح له بالتيقن من هوية صاحب التوقيع (بفضل شهادة التصديق الإلكترونية)، وسلامة بيانات المستند الإلكتروني وبيانات إنشاء التوقيع بالشكل الإلكتروني)، وتتم عملية الفحص بفصل المفتاح العام للمرسل الذي يسمح للمرسل إليه بالعثور على ملخص المستند الإلكتروني، بعد ذلك يقوم المرسل إليه بواسطة برنامجه (الذي يجب أن يكون ذات البرنامج الذي استخدمه المرسل) بإجراء ملخص آخر للمستند الإلكتروني، وأخيراً يقوم بمقارنة الملخص الناتج مع الملخص المستلم ماذا تم التوافق بينهما فإن المستند الإلكتروني صحيح ولم يعبث به أحد.

(١) راجع: المادة (٣/٦ج) من قانون الأونسيرال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية، كذلك المادة (٣/٢ج) من التوجيه الأوروبي بشأن التوقيعات الإلكترونية؛ كذلك المادة (٢/١ج) من المرسوم الفرنسي رقم ٢٠٠١/٢٧٢م، كذلك المادة (١/٢٠د) من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي؛ كذلك المادة (١٨ج) من قانون تنظيم التوقيع الإلكتروني المصري، كذلك المادة (٣١د) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني.

(٢) منظومة فحص التوقيع الإلكتروني يقصد بها حسب المادة الثانية من التوجيه الأوروبي بشأن التوقيعات الإلكترونية: "المنظومة البرمجية أو المادية المقررة بغرض البيانات الخاصة لفحص التوقيع"، براجع المادة (٨/١) من المرسوم الفرنسي رقم ٢٠٠١/٢٧٢م، كذلك المادة (٢٠/٠١) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التوقيع الإلكتروني المصري رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤م.

المطلب الثالث

تعريف التوقيع بالشكل الإلكتروني بهوية صاحبه والتعبير عن رضائه

بمحتوى المستند الإلكتروني^(١)

المتطلب الثالث الذي يجب أن يحققه التوقيع بالشكل الإلكتروني ليكتسب صفة التوقيع المتقدم، كشف هوية الشخص الموقع والتعبير عن إرادته بالالتزام بمحتوى المستند الإلكتروني، وانتهينا إلى أن التوقيع بالرقم السري المقترن بالبطاقة الإلكترونية والتوقيع القائم على التشفير يحققان هاتين الغايتين^(٢)؛ فمثلا بواسطة المفتاح العام (العائد للمرسل) يستطيع المرسل إليه التحقق من هوية الشخص الموقع وذلك من خلال الرجوع إلى شهادة التصديق الإلكترونية المبعوثة مع المستند الإلكتروني أو المنشورة على الموقع الإلكتروني الخاص بالجهة التي أصدرتها^(٣)؛ كما أن التوقيع بالشكل الإلكتروني لا يبرهن على هوية الموقع، فهو يسمح فقط بتحديد هوية الحاسب الآلي مصدر الإرسال، دون تحديد هوية الشخص الذي يتعامل معه، وبدون التحقق من صفة المرسل، وفي رأيي هذه الفكرة ضعيفة ولا يؤيدها إلا القليل من الفقه؛ ولا بد من الإشارة إلى أن الجهة التي تصدر شهادة التصديق الإلكترونية لا توثق المستندات الإلكترونية الناتجة عن تبادل الرضاء بين أطرافه، لعدم معرفتها بالعقد ومحتواه، فكل ما تقوم به هذه الجهة هو تثبيت الصلة بين الشخص والمفتاح العام العائد له؛ وتتحقق نية التعبير عن الرضاء بالالتزام بمحتوى المستند الإلكتروني من خلال استخدام الموقع مفتاحه الخاص، فعندما يقوم هذا الأخير بتفعيل بيانات إنشاء التوقيع تتجه الإرادة إلى الالتزام بما تم التوقيع عليه، هذه هي نتيجة استخدام الوسائط الإلكترونية في كتابة المستندات، فقد أجبرتنا على استبدال القلم (هو الأداة التي تعبر عن الإرادة) بمنظومة بيانات إنشاء التوقيع.

(١) راجع: المادة (٣/٦) من قانون الأونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية؛ كذلك المادة (٢/٢) من التوجيه الأوروبي بشأن التوقيعات الإلكترونية، كذلك المادة (١/٢) (ب) من المرسوم الفرنسي رقم ٢٧٢ لسنة ٢٠٠١ م، كذلك المادة (١/٢٠) (ب) المعاملات قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي.

(٢) وهناك أشكال أخرى للتوقيع الإلكتروني، كالتوقيع بالقلم الإلكتروني والتوقيع بواسطة الخواص الفيزيائية للإنسان لها القدرة على تحقيق هاتين الغايتين، ولكنها مرتبطة بمدى توفير التقنية المستخدمة للثقة والأمان.

(٣) VIVIEN (V): la signature Electronique.

<http://www.fiscalonline.com>.

المطلب الرابع

التوقيع بالشكل الإلكتروني يتميز بشكل فريد بإرتباطه بالشخص صاحب العلاقة^(١)

المتطلب الأخير الذي يجب أن يلم به التوقيع بالشكل الإلكتروني لكي يكون توقيعاً متقدماً أن يميز الشخص موقع المستند الإلكتروني عن غيره، والحكمة من هذا المتطلب في التصرفات التي عبر الوسائط الإلكترونية هي ربط العلاقة بين الشخص الموقع والمستند الإلكتروني الصادر عنه، ففي ظل غياب التقابل الجسدي للأطراف في مثل هذه التصرفات، وعدم ثبات المستند الإلكتروني - الذي يعبر عن هوية صاحبه ويثبت محتوى المستند الإلكتروني وإن تغيرت دعامته - أن يكون مرتبطاً بشكل متميز بصاحبه؛ وعليه، إذا حقق التوقيع بالشكل الإلكتروني هذه المتطلبات الأربعة السابقة، فإن يكتسب صفة التوقيع بالشكل الإلكتروني المتقدم، ولكن هذه المتطلبات لا تحد من قدرة أي شخص القيام بأي طريقة أخرى لإثبات أن التوقيع بالشكل الإلكتروني توقيع متقدم^(٢)، أو العكس، فلاي شخص أن يثبت أن التوقيع بالشكل الإلكتروني الذي استخدمه هو توقيع متقدم وبأي طريقة أخرى غير تلك المنصوص عليها مسبقاً . فقد يتفق الأطراف فيما بينهم على أن التوقيعات المتبادلة هي توقيعات بالشكل الإلكتروني متقدمة ؛ إذ قد ينظموا فيما بينهم عقد يبين أجل وشروط التوقيعات بالشكل الإلكتروني ومستوى الأمان الذي يعتبرونه ملائماً، لكن في الحدود المعينة بموجب القانون الوطني وبدون الإعتماد على التوقيعات الإلكترونية المتقدمة.

الفرع الأول

حجية التوقيع بالشكل الإلكتروني

إن التوقيع هو علامة أو إشارة تميز شخصية الوقع وتعبّر عن إرادته بالالتزام بمضمون السند الموقع منه وإقراره بهذا الإلتزام، والتوقيع التقليدي يتميز بإرتباطه بشخصية صاحبه امتداداً لها، مما يجعل صعوبة صدور التوقيع عن شخص آخر لأنه يبعده عن الحقيقة، وبظهور التوقيع الإلكتروني ثار التساؤل حول إمكانية اعتماد هذا النوع من التوقيعات في استكمال عناصر الدليل الكتابي، ومما يزيد في صعوبة ذلك هو عدم وجود تعريف للتوقيع التقليدي في ظل القوانين وآراء الفقه، الأمر الذي أدى إلى تضارب الآراء في مدى اعتماد التوقيع بالشكل الإلكتروني والذي ظهر كبديل للتوقيع التقليدي، مما أدى اعتباره عنصراً من عناصر الدليل الكتابي الذي يصلح في إثبات التصرفات القانونية، فكل من

(١) راجع: المادة (١/٦) من قانون الأونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية؛ كذلك المادة (١/٢) من التوجيه الأوروبي بشأن

التوقيعات الإلكترونية؛ كذلك المادة (١/٢٠) من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي.

(٢) أنظر : المادة (١/٤/٦) من قانون الأونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية.

قانون الإثبات العراقي والمصري لم يقوما بوضع تعريف للتوقيع التقليدي على الرغم من أنهما قد حددا أشكال التوقيع الذي يعتد به قانونا.

فالتحول من الطريقة التقليدية للتوقيع إلى التوقيع بالشكل الإلكتروني في مجال المعاملات المدنية والتجارية يتطلب المحافظة على الدور الذي يلعبه التوقيع التقليدي ولن يتحقق ذلك إلا بوضع إجراءات جديدة تحقق الأمن والثقة في هذا النوع وتحميه قانونيا وتقنيا، ولا يتم ذلك إلا بوجود طرف أو جهة محايدة يتم بواسطتها إيداع التوقيعات لديها وتكون هي الجهة المعتمدة لهذه التوقيعات.

و الأسباب التي تؤدي إلى أضعاف قوة التوقيع بالشكل الإلكتروني في الإثبات ترجع في أساسها إلى عدم وجود فكرة الأمن القانوني، مما يمكنه أن يلعب دورا هاما وأساسيا في إضفاء الحجية على وسائل الاتصالات الإلكترونية الحديثة، ومن الأمثلة التي تضرب على ذلك إبرام العقود عبر الإنترنت الذي يعتبر مفتوحا لكافة الأفراد، الأمر الذي يؤدي إلى إمكانية دخول أشخاص بسوء نية إما لتعطيل البيانات الموجودة على الشبكة، أو من أجل تغييرها، في هذا المجال يتم إبرام العقود عن طريق شبكة الإنترنت وتوقيعها إلكترونيا من خلال إتباع إجراءات معينة تؤدي في محصلتها إلى الأمن القانوني والتقني وهذا يؤدي إلى وجود فارق بين ما يتطلبه القانون في الإثبات وما عليه الواقع في مجال إبرام هذه العقود.

الفرع الثاني

حجية التوقيع بالشكل الإلكتروني المتقدم

نصت غالبية التشريعات التي نظمت الإثبات في المجال الإلكتروني على أن كافة التوقيعات بالشكل الإلكتروني على اختلاف أشكالها مقبولة أمام القضاء؛ ولكن في حالة عدم توفر المتطلبات الضرورية لقيام قرينة مكانية أحداث التوقيع بالشكل الإلكتروني؛ يتحمل صاحبه عبء البرهنة على صلاحية بيان هذه المنظومة في حالة نشوب نزاع بين الأطراف على صحة بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني؛ فكل من يتمسك بالتوقيع بالشكل الإلكتروني عليه تقديم الدليل للقاضي يثبت به صحة بيانات انشائه بمعنى إقامة الدليل على كفايته الفنية.

ولقد وضعت التشريعات التي نظمت الإثبات في المجال الإلكتروني قرينة مفترضة للتوقيع بالشكل الإلكتروني المتقدم وهذه القرينة تعمل على زوال عبء الدليل عن كاهل الموقع؛ ولكن فقط إلى أن يقدم دليلا يقضي بعكس ذلك؛ إذ للخصم دحض هذه القرينة بإثبات أن التوقيع بالشكل الإلكتروني وقت أحداث بياناته لم يحقق المتطلبات التي تجعله توقيعاً إلكترونياً متقدماً؛ أما عن حجية التوقيع الإلكتروني البسيط أو التوقيع الإلكتروني

المعيب أي الذي لم يستوف المتطلبات السالف ذكرها؛ فعلي الرغم من أن التوجيه الأوربي بشأن التوقيعات الإلكترونية قد أوصى الدول الأعضاء بعدم رفض التوقيع الإلكتروني الذي لا يستند علي شهادة التصديق الإلكترونية؛ فإن بعض التشريعات التي نظمت الإثبات الإلكتروني لم تقر بأي حجية للتوقيع الإلكتروني البسيط .

المبحث الثالث

اتفاق الأطراف على تنظيم حجية للتوقيع بالشكل الإلكتروني في الإثبات

في الوقت الذي لم تكن به التشريعات تنظم الإثبات الإلكتروني وتعترف بعناصر الدليل الإلكتروني، وعدم استيعاب القواعد العامة للإثبات لهذا الدليل، اتبع البعض ممن يرتكزون في إبرام تصرفاتهم على الوسائط الإلكترونية طريقة عقد اتفاقيات خطية فيما بينهم يصادقون من خلالها على صحة الوسائط المستخدمة في إبرام التصرف والإقرار بالقوة الثبوتية لما يستخرج عن هذه الوسائط من أدلة؛ فمن خلال هذه الاتفاقيات يقررون بحجية التوقيع بالشكل الإلكتروني المتبادل فيما بينهم، ويعترفون بصحة الأدلة المقدمة على شكل أشرطة مغناطيسية أو ضوئية، أو المصغرات الفيلمية، أو المستندات المستخرجة عن أجهزة الفاكس أو التلكس، أو أي شكل آخر. وعلي الرغم من صدور التشريعات التي تنظم الإثبات في المجال الإلكتروني واعترافها بحجية التوقيع بالشكل الإلكتروني، إلا أنه ما زال البعض - إلى وقتنا هذا - يرون أن مصلحتهم تكمن في إبرام اتفاق يجيز لهم الإستعانة بمستخرجات الوسائط الإلكترونية لإثبات تصرفاتهم؛ أو إحلال مبدأ الثبوت الحر في إثبات التصرفات محل مبدأ وجوب الإثبات بالكتابة^(١)، أو أية شروط أخرى تهدف إلى تسهيل وصول الأطراف إلى إثبات حقوقها بشرط إلا تكون مخالفة للنظام العام، ومن الإتفاقيات الأكثر شيوعا واستخداما - في الواقع العملي - اتفاقيات البنوك؛ إذ ما زالت البنوك إلى وقتنا الحاضر تبرم اتفاقا مع العميل عند تقديم خدمة البطاقات الإلكترونية التي تمكنهم من القيام ببعض العمليات البنكية كدفع ثمن السلع والخدمات أو سحب النقود وتحويلها، يقر العميل بموجبه على أن المستندات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني المستخدم لها حجية في الإثبات تعادل السندات والتوقيعات التقليدية.

وفي تقديرنا أنه بالمستقبل القريب بعد تفعيل التشريعات التي تنظم الإثبات في المجال الإلكتروني في الواقع العملي، وصدور أحكام قضائية تعترف بحجية عناصر المستندات الإلكترونية ومساواتها بعناصر السندات التقليدية، أن البنوك سوف تبدأ بالتخلي تدريجيا عن

(١) ويمكن أن يتضمن هذا الاتفاق بندا يقرر حجية هذه المستخرجات، وسوف نرى لاحقا مدى صحة هذا البند.

تنظيم هذه الاتفاقيات^(١)؛ وبما أن هذه الاتفاقيات تعد خروجاً عن القواعد العامة للإثبات وعن التنظيم القانوني لها، فإن التساؤل الذي يطرح نفسه هو ما مدي صحة هذه الاتفاقيات؟ فهل هي مخالفة لقواعد الإثبات؟ وإذا لم تكن مخالفة لهذه القواعد، ما هو انعكاس هذه الاتفاقيات على قبول التوقيع بالشكل الإلكتروني في الإثبات؟ وأخيراً هل من تحديات تواجه هذه الاتفاقيات؟ للإجابة على هذه الأسئلة نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، المطلب الأول: نبحث فيه مدي صحة هذه الاتفاقيات من الناحية القانونية وأثرها على قبول التوقيع الإلكتروني، المطلب الثاني: نبحث فيه التحديات التي تحد من اللجوء إلى إبرام هذه الاتفاقيات، وعلى النحو الآتي:

المطلب الأول

مدي قانونية اتفاق الأطراف على منح التوقيع بالشكل الإلكتروني حجية في الإثبات

يلجأ الأشخاص إلى إبرام اتفاق يضيفي حجية على عناصر الدليل الإلكتروني، مثل هذا الاتفاق نري بأنه لم يعد له داع مع صدور تشريعات تقر بصحة أدلة الإثبات في المجال الإلكتروني ومساواتها بالأدلة التقليدية، وبالتالي فإن النقاش الذي دار بين الفقه حول صحة (قانونية) اتفاق الأطراف على تنظيم حجية للدليل الإلكتروني انتهى مع صدور هذه التشريعات، ولكن الخلاف الذي مازال موجوداً يدور حول قانونية الاتفاق ذاته، بمعنى هل أن اتفاق الأطراف على تحديد الوسائل التي يتم من خلالها إثبات التصرفات المبرمة بينهم يعد خروجاً عن قواعد الإثبات؟

ترتبط إجابة هذا التساؤل على مدي صلة قواعد الإثبات بالنظام العام^(٢)، فإذا كانت كذلك (ذي صلة بالنظام العام)، فإن أي اتفاق يقصد منه مخالفتها يعد باطلاً، فمثلاً قد يتفق الطرفان المتعاقدان على نقل عبء الإثبات من عاتق الدائن إلى عاتق الطرف المدين^(٣)؛ على فرض أن هذه القاعدة تعتبر من النظام العام فإن أي اتفاق ينص على خلاف ذلك

(١) أنظر: د. حسن عبدالباسط جميعي: إثبات التصرفات القانونية التي أبرمها عن طريق الانترنت، مرجع سابق، ص ٧٣

(٢) لم يورد المشرع العراقي والمصري في تشريعاتهما أي تعريف يحدد المقصود بالنظام العام مع أنهما استخدمتا فكرة النظام العام للتفرقة بين القواعد الأمرة والقواعد المكملة، ينظر المادتين ١٣٠-١٣١ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل النافذ؛ تقابلها المادتين ١٣٥-١٣٦ من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨م النافذ؛ كذلك تقابلها المادتين ١٣٦-١٣٧ من القانون المدني السوري.

(٣) راجع: المادة ٧/ثانياً من القانون الإثبات العراقي النافذ، والتي تنص على: "المدعي هو من يتمسك بخلاف الظاهر، والمنكر هو من

يتمسك بابقاء الأصل" كذلك المادة ١ من قانون الإثبات المصري

يعتبر غير صحيح وبحكم ببطلانه، ويمكن للقاضي أن يحكم من تلقاء نفسه بعدم صحة هذا الاتفاق في أي مرحلة من مراحل التقاضي، ولو كان ذلك أمام محكمة النقض^(١). وقواعد الإثبات تنقسم إلى قسمين قواعد إجرائية (أو القواعد الشكلية)، والثانية قواعد موضوعية، وقد أتفق الفكر القانوني (قضاء وفقها) على أن القواعد الإجرائية -التي تتعلق بإجراءات التقاضي - تتعلق بالنظام العام ولا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها^(٢)، أما عن القواعد الموضوعية فقد اختلف الفقه حول صلتها بالنظام العام، فبينما يري جانب من الفقه أنها تعتبر من النظام العام وبالتالي أي اتفاق يخالف أحكامها يعتبر باطلا، يري جانب آخر بأنها لا تتعلق بالنظام العام ويجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها^(٣). وفيما يلي توضيح مفصل لموقف الفقه من هذه المسألة:

فالجانب الأول من الفقه^(٤) يري أن القاعدة التي تقضي بوجود الإثبات بالكتابة فيما يتجاوز عن نصاب الشهادة متعلقة بالنظام العام، إلا أن هذا الجانب من الفقه يميز ما بين الاتفاق المعد سلفا للتحلل من وجوب الإثبات بالكتابة واللجوء إلى طرق الإثبات الأخرى كشهادة الشهود والقرائن، وما بين الاتفاق (أو الرضاء صراحة أو ضمنا) الحاصل بعد نشوء النزاع، ويرري أن الحالات التي يكون فيها نزول المدعي عليه عن التمسك بقاعدة وجوب الإثبات بالكتابة بعد نشوء النزاع - خاصة بعد إقامة الدعوي وتحديد موضوعها وتعيين الشهود - يكون الأمر متعلق بمصلحة المدعي عليه الشخصية من ناحية، ومن ناحية أخرى يكون المدعي عليه في موقف يسمح له بتقدير ما يتعرض له من قبول بغير الإثبات بالكتابة كتقديره لمدي مصداقية الشهود المطلوبين للإدلاء بشهادتهم؛ أما الاتفاق المعد مسبقا للتحلل من وجوب الإثبات بالكتابة يري هذه الجانب من الفقه أن فيه نوعا من المضاربة لأن كلا الطرفين يقبل هذا الاتفاق في وقت لا يعلم فيه شيئا عما سيكون موضوع النزاع بينهما ولا عمن يكون الشهود ومقدار ما يوحون إليه من ثقة.

وأخيرا يفسر هذا الجانب من الفقه عبارة (ما لم يوجد اتفاق أو قانون ينص على خلاف ذلك) الواردة في آخر الشطر الأخير من نص المادة المذكورة أعلاه، أنه قد يفهم أن المشرع قد اعتبر أن قاعدة وجوب الإثبات بالكتابة غير متعلقة بالنظام العام وبالتالي يجوز الاتفاق على التنازل عنها سواء تم هذا التنازل سلفا قبل حدوث النزاع أو أثناء سير الدعوي، إلا أن

(١) أنظر: د. سليمان مرقس: أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص ٣٦٧.

(٢) أنظر: د. طلبه وهبة خطاب: دروس في أحكام الالتزام والإثبات، مرجع سابق، ص ٢٢.

(٣) أنظر: د. جلال على العدوي: مبادئ الإثبات في المسائل المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص ٢١.

(٤) أنظر: د. سليمان مرقس: أصول الإثبات في المواد المدنية، مرجع سابق، ص ٣٧٠.

الصحيح في هذه العبارة لا يشمل الاتفاق المعد وقت إبرام التصرف وأن هذا الفرض نادر ويصعب تصوره، إذ أن الاتفاق المعد مسبقاً إما أن يتصور تدوينه كتابة وفي هذه الصورة يغلب أن يفضل الأطراف كتابة التصرف الأصلي، وإما أن يتصور عدم ثبوته بالكتابة فيكون ثبوته غير متصور لعدم جواز إثباته بالشهادة ولا يكون ثمة محل للنص في حكمه.

أما الجانب الثاني من الفقه^(١) - وهو الجانب الغالب والذي تؤيده - يري أن قواعد الإثبات الموضوعية لا تعتبر من النظام العام، وبالتالي يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفة حكمها، وهذا ما نصت عليه ٧٧/ثانياً من قانون الإثبات العراقي النافذ، حيث أجازت صراحة للأطراف الاتفاق على مخالفة القاعدة التي توجب تقديم الكتابة لإثبات التصرفات القانونية التي تتجاوز قيمتها نصاب معين، وحجة هذا الجانب من الفقه تستند على أنه إذا كان للأطراف أن يتنازلوا عن حقوقهم ذاتها أو أن يعدلوا فيها فليس من الجائز حرمانهم من النزول عن التمسك بأية قاعدة تهدف إلى حماية هذه الحقوق إلا إذ نص القانون على غير ذلك^(٢)، أو أن التنازل عن هذه القاعدة جائز على المدين، فهنا يمكن للقاضي أن يعدل شرط التنازل أو يعفيه منه^(٣).

موقف القضاء من هذا الخلاف:

لقد تطرقت محكمة النقض المصرية والتمييز العراقية في العديد من أحكامها إلى هذه المسألة، وقد استقرت على أن قواعد الإثبات الموضوعية لا تتصل بالنظام العام وأنه يجوز للأشخاص (أطراف التصرف) الاتفاق على مخالفتها أو التنازل عنها صراحة أو ضمناً سواء كان هذا التنازل تم الاتفاق عليه قبل أو بعد نشوء النزاع، وما استقر عليه القضاء أتي موالياً للجانب الثاني من الفقه^(٤).

(١) أنظر: د. أحمد نشأت: رسالة الإثبات، مرجع سابق، ص ٩٩، كذلك المرجوم د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون

المدني، ج ٢، الإثبات، ص ٣٦٧؛ كذلك أنظر: د. توفيق حسن فرج: قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص ٦٨؛ كذلك أنظر: أستاذنا الدكتور: محمد شكري سرور، موجز أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ١٢١.

(٢) أنظر: د. جميل الشرفاوي: الإثبات في المواد المدنية، مرجع سابق، ص ٣٤.

(٣) وهناك جانب آخر من الفقه يتوسط في رأيه - إن جاز لنا التعبير - بين الجانبين المذكورين أعلاه، حيث يري أن قواعد الإثبات الموضوعية بعضها يتعلق بالنظام العام والبعض الآخر لا يتعلق بالنظام العام، وأنه ليس بمنطق إطلاق القول بعدم تعلق قواعد الإثبات الموضوعية بالنظام العام وإنما يجب النظر إلى الغاية التي تحققها قاعدة الإثبات، فإذا كانت تتعلق بسلطة القاضي في الإثبات أو كانت تتعلق بالضمانات الأساسية لحق الدفاع فإنها تعد من النظام العام، أما إذا كانت هذه القواعد الموضوعية لا تتعلق بهاتين الحالتين فإنها لاتعد من النظام العام ويجوز الاتفاق على مخالفتها، أنظر: د. جلال على العدوي: مبادئ الإثبات في المسائل المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص ٢٨.

(٤) أمظر: د. توفيق حسن فرج: قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص ٦٨.

ومن أحكام محكمة النقض المصرية التي تناولت هذه المسألة نذكر الأحكام التالية: "أن قاعدة عدم جواز الإثبات بالبينة في الأحوال التي يجب فيها الكتابة متعلقة بالنظام العام، وبالتالي السكوت عن التمسك بذلك قبل البدء في سماع شهادة الشهود يعتبر تنازلاً عن الحق في الإثبات بالطريق بالذي رسمه القانون"^(١)،

الفرع الأول

صحة اتفاق الأطراف وإبطال تحديده لقوة الدليل

استقر الفكر القانوني -قضاء وفقها- على أن قواعد الإثبات الموضوعية لاتعتبر من النظام العام، وبالتالي يجوز الاتفاق على مخالفتها وتحديد الوسيلة التي يجب اللجوء إليها لإثبات التصرف القانوني، ولكن هل يجوز للأطراف الاتفاق على تحديد حجية تعدي قوتها الثبوتية تلك القوة المقررة لها من قبل المشرع، فهل مثل هذا الاتفاق جائز؟ ينظر إلى الاتفاق الذي يضيف على وسيلة الإثبات المتفق عليها قرينة غير قابلة لإثبات العكس من جانبين، الجانب الأول: أن حجية الإثبات تخضع للنظام العام، لا تتعلق حجية وسائل الإثبات التي أقرها المشرع بمصالح والأفراد الشخصية وإنما تتعلق بالأداء الوظيفي للقضاء^(٢)، وبالتالي فإن اتفاق الأطراف على تحديد القيمة الثبوتية للوسيلة اتفقا عليها يجعل منها قرينة غير قابلة لإثبات العكس وهذا من شأنه أن يعيق سير عمل القضاء الذي تقتضي به المصلحة العامة بأن يقوم بوظيفته على أحسن وجه لكي يبسط الأشخاص ثقتهم به. ولهذا يعتبر الاتفاق الذي يحدد وسيلة الإثبات باطلاً وذلك لأنه يسلب القاضي سلطته التقديرية في تحديد قيمة الوسيلة المعدة لإثبات التصرف، وأيضاً لأنه يقيد حريته في اختيار الطريقة التي يكون بها قناعته الشخصية^(٣)

الجانب الثاني: أن من ان تحديد حجية وسيلة الإثبات حرمان أحد الأطراف من الحق في إثبات ما يدعيه أو نفي ما يدعيه الطرف الآخر، إذا كان من حق الأطراف أن يتفقوا على تعديل القاعدة العامة التي تتعلق بعبء الإثبات، كأن يتفقوا على نقل عبء الإثبات عن عاتق الطرف الملمزم به قانوناً وجعله على عاتق الطرف الآخر، وهذا جائز لأن القواعد التي تنظم توزيع عبء الإثبات لا تتصل بالنظام العام وبالتالي من الجائز الاتفاق على

(١) راجع: نقض مدني مصري رقم ٥٣٧، جلسة ١٩٧٦/٢/١٩م، س ٣٩ق؛ كذلك نقض مدني رقم ٢٠٤٥، جلسة ١٩٨٥/٤/١٦م، س ٥١ق، مجموعة أحكام النقض المصرية.

(٢) أنظر: د. محمد الموسى زهرة: الحاسوب والقانون، مرجع سابق، ص ١٧٤.

(٣) أنظر: د. ثروت عبد الحميد: التوقيع الإلكتروني، مرجع سابق، ص ١٠٤.

مخالفتها^(١)، فإنه لا يجوز حرمان أحد الأطراف من حقه في إثبات ما يدعيه أو نفي ما يدعيه الطرف الآخر، إذ يتعارض هذا المبادئ الأساسية لقواعد الإثبات التي تمنح كل طرف الحق في إثبات ما يدعيه، ومما لا شك أن اتفاق الأطراف على تحديد حجية وسيلة الإثبات من شأنه أن إلى يؤدي حرمان أحد الأطراف من حقه في الإثبات الذي أكد القضاء على أنه ضمانات من ضمانات التقاضي الواجب تأكيدها والحفاظ عليها^(٢)؛ وعليه يمكن القول أنه من الجائز الاتفاق على مخالفة قواعد الإثبات التي لا تتعلق بالنظام العام، وبالمقابل لا يجوز الاتفاق على مخالفة القواعد التي تنظم حجية وسائل الإثبات أن في ذلك انتهاك للمبادئ الأساسية لقواعد الإثبات وبحجم دور القضاء في تقدير حجية الأدلة.

الفرع الثاني

صحة اتفاق الأطراف على تنظيم حجية التوقيع بالشكل الإلكتروني

- مع ظهور التوقيع بالشكل الإلكتروني واستخدامه في التعاملات في المجال الإلكتروني بشكل ملحوظ وفي الوقت الذي لم تكن به التشريعات تنظم حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، وعدم كفاية قواعد الإثبات التقليدية لاستيعاب التوقيع بالشكل الإلكتروني، لجأ الأشخاص إلى تنظم اتفاقيات فيما بينهم يقرروا بموجبها بصحة استخدام التوقيع بالشكل الإلكتروني في الإثبات تعادل حجية التوقيع التقليدي.

ويعتبر اتفاق الأشخاص الذي يحدد للتوقيع بالشكل الإلكتروني حجية صحيحة من الناحية القانونية ما دام لم يخالف ما هو متفق عليه في الفكر القانوني، وشريطة أن لا يقر هذا الاتفاق بحجية للتوقيع بالشكل الإلكتروني غير قابلة لإثبات العكس، بمعنى أن يحرم أحد أطرافه من حقه في إثبات عدم صحة منظومة بيانات التوقيع بالشكل الإلكتروني لحظة إحداثه، ولهذا يجب التمييز ما بين الكعس وما بين الاتفاق على إقامة قرينة غير قابلة لإثبات العكس، وفي مثل هذه الحالة الأخيرة يحكم ببطلان الاتفاق لأنه تم بشكل مخالف للنظام العام.

وعادة ما يلجأ الأشخاص إلى عقد مثل هذه الاتفاقيات عندما توجد علاقة قانونية مستمرة بينهما، ومن النادر أن يلجأ الأشخاص إلى إبرام مثل هذه الاتفاقيات في التعاملات التي تتم لمرة واحدة فقط، لذلك فإن هذه الاتفاقيات قليلا ما يتم إبرامها في التصرفات التي تتم عن

(١) أنظر كذلك: د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٢، الإثبات، ص ٦٥؛ كذلك راجع: نقض مدني مصري رقم ٢٦٠، جلسة ١٩٨١/٤/٢٨، س ٥٢ ق؛ كذلك نقض مدني رقم ١١٥٧، جلسة ١٩٨٠/٤/٢٨، س ٤٧ ق؛ كذلك نقض مدني رقم ٨٩، جلسو ١٩٧٦/٦/٩، س ٤١ ق.

(٢) أنظر: د. عبد المنعم فرج الصدة: الإثبات في المواد المدنية، مرجع سابق، ص ٣٧.

بعد عبر شبكة الانترنت علما بأنه من الجائز إبرام هذه الاتفاقيات إذا رغب أطراف التصرف بذلك أو إذا كانت العلاقة بينهم مستمرة^(١).

المبحث الثاني

التحديات التي تواجه اتفاق الأطراف

- يؤخذ على الاتفاق الذي يبرمه الأطراف فيما بينهم -الذي ينتهي إلى مخالفة قواعد الإثبات الموضوعية- أنه قد يتضمن شروطا تعسفه تلحق الضرر بالطرف المدعى، فقد يكون أحد أطراف الاتفاق في مكانة مهنية أو اقتصادية تمكنه من أن يملئ إرادته على الطرف الآخر عند إبرام الاتفاق، وذلك بوضع شروط في الاتفاق تتناسب مع مصالحه؛ وفي المقابل لا يكون الطرف الآخر سوى القبول بهذه الشروط مجتمعه أو رفضها دون نقاش، مثال على ذلك الاتفاق الذي يبرمه قطاع البنوك مع العملاء إذ يتضمن شرطا يعتبر بد الدليل المقدم من البنك على صحة حسابات العميل دليلا، ذ قاطعا لا يجوز للعميل إثبات عكسه، لذا فإن مثل هذا الاتفاق لا يكون في الحقيقة نتيجة لمناقشة حرة تمت بين الطرفين، وعليه فإن التحدي الأول الذي يواجه اتفاق الأطراف في تنظيم حجية للمستند الإلكتروني هو إمكانية احتوائه على شروط تعسفه تنتهي به علي اعتباره من عقود الإذعان.

ومن ناحية أخرى تقضي العدالة بأن من يدعي على شخص آخر يطالبه بحق أن يقدم الدليل لإثبات صحة ادعائه شرط أن يكون الدليل صادرا عن الشخص المدعي عليه، فتطبيقا للقاعدة التي تنص على أنه لا يجوز للمدعي أن يخلق دليلا بنفسه ليحتج به على الغير، يحي أن يكون الدليل المقدم ضد الخصم صادرا منه حتي يكون دليلا ضده. لذا فإن التحدي الثاني الذي يواجه اتفاق الأطراف هة عدم جواز اصطناع الشخص دليلا لنفسه، إذ سيطرة أحد الأطراف على التقنية التي يتم بواسطتها إحداث بيانات المستند الإلكتروني والتي تنتج عنها تجعله في ماكنة يصطنع بها دليلا لنفسه.

على ضوء ما تقدم، نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، المطلب الأول: نبحت فيه مدي صحة اتفاق الأطراف في حالة احتوائه على شروط تعسفه، المطلب الثاني: نبحت فيه مبدأ عدم جواز اصطناع الشخص دليلا لنفسه على اتفاق الأطراف، وعلى النحو الآتي

(١) أنظر: د. محمد محمد أبو زيد: تحديث قانون الإثبات، مرجع سابق، ص ١١٨.

المطلب الأول

اتفاق الأطراف والشروط التعسفية (عقد الإذعان)

- الأصل أن يسبق توقيع العقد ذي القيمة المالية العالية -سواء أكان مدنيا أم تجاريا- مفاوضات تنتهي بتوافق إرادة الأطراف، أن الأصل في العقود أنها حرة إرادية تعبر عن حرية الاختيار سواء من حيث الإقدام على إبرامها أو من حيث مناقشة شروطها بين الأطراف، إلا أن تزايد النشاط الاقتصادي في حياة الأشخاص أفرز نوعا جديدا من العقود في المجتمع قيدت من حرية أحد الأطراف في مناقشة الشروط التي تتضمنها^(١)، فنظرا لقيام أحد المتعاقدين بتنظيم عدد كبير من العقود من النوع نفسه؛ فإنه يحدد شروطا موحدة لهذه العقود ويقوم بعرضها على الأشخاص، ولا يكون أمام هؤلاء الأشخاص سوى أن يقبلوا هذه الشروط مجتمعة أو أن يرفضوها دون مناقشة؛ ولكي يوصف هذا الاتفاق أو الاتفاق الذي يبرم بين الأشخاص الذين يعتمدون على شبكة الانترنت في إتمام تصرفاتهم، بأنه عقد إذعان يجب أن تنطبق عليه خصائص عقد الإذعان، وهذه الخصائص يمكن إجمالها في النقاط التالية:

الشرط الأول: عدم التوازن الاقتصادي ما بين أطراف العقد:

- أعتقد أن القوة الاقتصادية لأحد الأطراف لا تأتي من القوة المالية المادية التي يجوزها إنما من ما يتمتع به من احتكار قانوني أو فعلي للخدمة أو السلعة أو لمرفق ما^(٢). ولما يتمتع به المحكّر من قوة اقتصادية -مهم كان مصدر هذه القوة- ينفرد بوضع شروط العقد وليس للطرف الآخر (المذعن) سوى أن يقبل هذه الشروط مجتمعة أو يرفضها دون نقاش، وهذا الشرط ينطبق بكل تأكيد على قطاع البنوك، إذ يحتكر هذا القطاع تقديم البطاقات الإلكترونية وإن اختلفت في صياغتها وإنما جوهرها واحد؛ كذلك نجد بعض العقود التي تتم عن طريق الإنترنت بأنه تتصف بعقود الإذعان. إذ لا يملك المستهلك (المشتري) مناقشة البائع في الشروط التي يضعها في العقد، بل كل ما يملكه هو أن يضغط في عدد من الخانات المفتوحة أمامه على الموقع الإلكتروني الخاص بالبائع^(٣).

(١) أنظر: د. عبد المنعم فرج الصدة: مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦م، ص ١٠٩، كذلك أنظر: د. حسن عبد

الباسط جميعي: عقود برامج الحاسب الآلي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨م، ص ١٦٦.

(٢) هناك بعض العملاء قد يتمتعون بقوة مالية تفوق عدة مرات ما يحوزه مقدم الخدمة أو السلعة.

(٣) أنظر: سمير برهان: محاضرة حول إبرام العقد في التجارة الإلكترونية، مقدمة إلى النورة التدريبية للجوانب القانونية والاقتصادية

للتجارة الإلكترونية في ظل قانون التوقيع الإلكتروني المنعقد في كلية الحقوق، جامعة عين شمس، للفترة من ٢٥-٣٠/٩/٢٠٠٤م،

الشرط الثاني: أن يكون محل العقد سلعة أو خدمة تعتبر من الضروريات الأولية بالنسبة للمستهلك:

- مما لا شك فيه أن الهاتف والغاز والكهرباء أصبحت من الضروريات الأولية في حياة الأفراد ومن الصعب عليهم الاستغناء عن إحدى هذه الخدمات، ولكن هل تعتبر البطاقات الإلكترونية التي تصدرها البنوك خدمة ضرورية في حياة الأفراد الذين لا يمكن لهم الاستغناء عنها؟

من الأهمية بمكان أن نوضح بداية أن الاتجاه الغالب في الفقه يتبنى المفهوم الموسع لعقود الإذعان، إذ يرون أن يكفي في العقد لاعتباره عقد إذعان أن يكون أحد طرفيه في موقع يتفوق فيه بالخبرة أو المكانة الاقتصادية على الطرف الآخر، وكذلك يحث هذا الجانب من الفقه على ضرورة التخلي عن اشتراط كون العقد بسلعة أو خدمة ضرورية أو أن تكونا محل احتكار فعيبي أو قانوني ليبرره من عقود الإذعان^(١).

ويري جانب آخر من الفقه^(٢) أنه يجب على القضاء أن يأتي بمفهوم مرن لعقود الإذعان، فالقاضي هو الذي يحدد ما إذا كانت السلعة المقدمة من الضروريات الأساسية في حياة الأفراد أم لا. وبالتالي فإن قناعة القاضي هي التي سوف تحدد مدى حاجة الأشخاص للتعامل بالبطاقات الإلكترونية أي وجود التوازن من حيث الخبرة أو المركز الاقتصادي بين المتعاقدين^(٣).

الشرط الثالث: أن يصدر الإيجاب بشكل عام ومستمر وبصورة قاطعة:

- لكي يعتبر العقد من عقود الإذعان يجب أن يوجه للعموم أو مجموع من الجمهو وبشروط متماثلة وليس إلى شخص معين، وكذلك يجب أن يصدر الإيجاب على نحو مستمر (دائم) فيكون ملزماً لمدة أطول بكثير مما عليه في العقود العادية، وطول الإيجاب مسألة آتية من طبيعة الإيجاب وظروفه^(٤)، ويبقى الإيجاب مستمراً أو دائماً مادام الموجب محتكراً للسلعة أو الخدمة؛ فإذا حصل ما يفقد الموجب احتكاره للسلعة أو الخدمة كظهور موجب آخر يقدم ذات الخدمة أو السلعة بإيجاب أيسر للمستهلك أو المنتفع، لا يعد العقد من عقود الإذعان لفقده إحدى خصائصه، وكذلك يجب أن يصدر في قالب نموذجي، بحيث إما يقبل بمجمله أو يرفض بمجمله، والغالب في الإيجاب أنه يكون على هيئة شروط مطبوعة تصب في

(١) أنظر: د. حسن عبد الباسط جميعي: عقود برامج الحاسب، مرجع سابق، ص ١٧١.

(٢) أنظر: د. ثروت عبد الحميد: التوقيع الإلكتروني، مرجع سابق، ص ١٠٨.

(٣) أنظر: د. ثروت عبد الحميد: المرجع السابق، ص ١٠٨.

(٤) أنظر: د. ثروت عبد الحميد: المرجع السابق، ص ١١٢.

مصلحة الموجب. وأخيرا وليس آخرا، الإيجاب في عقود الإذعان يجب أن يصدر بصورة قاطعة بحيث لا يكون الموجب على استعداد لمناقشة ما ورد به من شروط، لذا لا يحتاج عقد الإذعان لآتمامه سوى قبول للإيجاب الموجه من الموجب.

الفرع الأول

احترام اتفاق الأطراف على الوسائط الإلكترونية

- كما أنه يمكن عقد اتفاقيات بصورة تقليدية ، فإنه يمكن إجراء مثل هذه الاتفاقيات إلكترونياً ، فمع صدور تشريعات تعترف بحجية عناصر الدليل الإلكتروني ، فقد أصبح بإمكان الأشخاص عقد اتفاق إلكتروني ، إما عبر شبكة الانترنت أو على الوسائط الإلكترونية كالأقراص الضوئية أو الممغنطة أو الأشرطة الممغنطة وغير ذلك ، ولكن هل يمكن للأطراف الاتفاق على مخالفة القواعد التشريعية التي تنظم الإثبات في المجال الإلكتروني ؟

تنقسم القواعد القانونية إلى قسمين ، القسم الأول : القواعد الآمرة وهي قواعد لا يجوز الاتفاق على مخالفتها وكل اتفاق يخالف أحكامها يعد باطلاً ، القسم الثاني : القواعد المكملة وهي قواعد يجوز الاتفاق على مخالفتها وكل اتفاق يخالف أحكامها يعد صحيحاً وملزماً لطرفيه.

ومعيار التفرقة ما بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة إما أن يكون معياراً شكلياً ، وهذا المعيار يعتمد على صياغة القاعدة فإذا كانت ألفاظها أو عبارات نصها تجيز صراحةً أو ضمناً للأطراف الاتفاق على مخالفة حكمها كانت قاعدة مكملة ، أو إذا كانت الألفاظ أو العبارات تحرم الاتفاق على مخالفتها كانت القاعدة آمرة ، إلا أن هذا المعيار لا يمكن تطبيقه على جميع القواعد القانونية ، فالبعض من القواعد لا يمكن الاستنباط من ألفاظها أو عباراتها ما إذا كانت تجيز للأفراد الاتفاق على مخالفة أحكامها أم لا يجوز ، لذا يتم اللجوء إلى المعيار الثاني : وهو المعيار الموضوعي للقاعدة ، والذي يركز على مضمون القاعدة القانونية ، فإذا كانت القاعدة تنظم مسائل تخص المجتمع ونظامه الأساسي اعتبرت القاعدة آمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها ، أما إذا كانت القاعدة تنظم مسائل خاصة بمصالح الأفراد الشخصية اعتبرت القاعدة مكملة والاتفاق على حكمها صحيح وملزم لكلا الطرفين. ولما هو مستقر عليه في تقسيم القواعد القانونية فإنه إذا اتفق أطراف العقد في المجال الإلكتروني على مخالفة حكم لقاعدة آمرة اعتبر هذا الاتفاق باطلاً ، يعد كأنه لم يكن ، أما إذا انصب الاتفاق على مخالفة حكم لقاعدة مكملة ، فإنه يعتبر صحيحاً وملزماً لجميع

الأطراف ، ونذكر بعض الأمثلة من التشريعات التي نظمت الإثبات في المجال الإلكتروني لتوضيح التقسيم السابق للقواعد القانونية :

الفرع الثاني

الحماية القانونية للطرف المدعى في عقود الإذعان

- تنص المادة (٢/١٦٧) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١م المعدل النافذ ، على أنه : " إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو تعفى الطرف المدعى منها وفقاً لما تقضى به العدالة ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك " (١).

لقد أقرت التشريعات - كما هو واضح من النص السابق - سلطة للقاضي يمكن له من خلالها تعديل ما تضمنه العقد من شروطه تعسفية ، فمثلاً قد يرى أن مبلغ الفائدة في العقد مبالغ فيه فيخفضه إلى حد المعقول ، أو العكس قد يرى أن مبلغ التعويض قليل فيزيده حتى يصبح على المستوى المعقول ، وقد يعفى الطرف المدعى كلياً من الشروط التعسفية إذا كانت مخالفة للنظام العام (٢) ، ويكون تفسير العبارات الغامضة الواردة في العقد لصالح الطرف المدعى (٣) ، والطرف المدعى الذي تفسر العبارات الغامضة لصالحه قد يكون الدائن أو المدين.

المطلب الثاني

عدم جواز اصطناع الشخص دليلاً لنفسه

- التحدى الثاني الذي قد يواجه اتفاق الأطراف الذي ينظم حجية المستند الإلكتروني اصطدامه بمبدأ عدم جواز اصطناع الشخص دليلاً لنفسه ، الأصل أن يقدم من يقع عليه عبء الإثبات دليلاً صادراً عن خصمه حتى يستطيع أن يثبت ادعاءه ، فالدليل الذي يقدم إلى القاضي ضد الخصم يجب أن يكون صادراً عنه حتى يكون دليلاً ضده (٤)؛ لذا فإن الدليل المقدم ضد الخصم لا يقبل في الدعوى إذا كان من صنع المدعى ، كأن يكون الدليل مجرد أقوال تفوه بها أو ادعاءات تقدم بها كورقة من صنعه أو مذكرة دونها بنفسه ليحتج بها

(١) تقابلها المادة (١٤٩) من القانون المدني المصري النافذ ، كذلك المادة (٢١٤) من القانون المدني اليمني النافذ ، كذلك المادة (١٥٠)

من القانون المدني السوري النافذ ، كذلك المادة (١١٠) من القانون الجزائري النافذ.

(٢) انظر : د. حسن عبدالباسط جميعي : عقود برامج الحاسب الآلي ، مرجع سابق ، ص ١٧٢.

(٣) راجع : المادة (٣/١٦٧) من القانون المدني العراقي المعدل النافذ ، كذلك المادة (٢/١٥٠) من القانون المدني المصري النافذ.

(٤) انظر : د. عبدالرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني ، ج ٢ ، الإثبات ، مرجع سابق ، ص ٣٦.

على الغير^(١) ، وهذا المبدأ مكرس في الشريعة الإسلامية منذ وقت طويل ، فعن ابن عباس رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " لو يعطى الناس بدعواهم لادعى أناس دماء رجال وأموالهم " ؛ على أن المشرع المصرى - استثناءً على مبدأ عدم جواز اصطناع الشخص دليلاً لنفسه - أجاز للمدعى أن يستند على دليل من صنع نفسه فى بعض الحالات يمكن إجمالها فى النقاط التالية :

- ١- ما نصت عليه المادة (٧٠/ب) من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م ، بشأن حجية الدفاتر فى النزاعات التى تنشأ بين التجار ، فالبيانات الواردة فى هذه الدفاتر تكون حجة لصاحب هذه الدفاتر على خصمه التجار ، إلا إذا ضمنها هذا الأخير بيانات واردة بدفاتره أو أقام الدليل بأى وسيلة أخرى على صحتها.
- ٢- ما نصت عليه المادة (١/١٧) من قانون الإثبات المصرى النافذ ، والتى تنص على أنه : " دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار غير أن البيانات المثبتة فيها عما ورده التجار تصلح أساساً يجيز للقاضى أن يوجه اليمين المتممة إلى أى من الطرفين

الفرع الأول

وقوف المبدأ عائقاً أمام مستخرجات الوسائط الإلكترونية

- قد يقف مبدأ عدم جواز اصطناع الشخص دليلاً لنفسه - فى بعض الحالات - عائقاً أمام الأدلة المستخرجة عن الحاسب الآلى وبالتالى عدم الاعتراف بحجيتها بالإثبات ، وسند ذلك أن الحاسب الآلى يخضع لإرادة وأشراف الجهة التى تستخدمه وبالتالى فإن هذه الجهة يمكن إن تعده على وضعية تصب فى النهاية لمصلحتها ، فالمهام التى يؤديها الحاسب الآلى تخضع للتعليمات التى يغذيها المبرمج له ، لذا فإنه يمكن لهذا الأخير التحكم بهذه التعليمات وبالطريقة التى يريدتها ، ومن هذا المنطق قد يقال أن المستخرجات الناجمة عنه الحاسب الآلى هى من صنع من يشرف عليه وبالتالى لا يجوز له استخدام المستخرجات الناجمة عنه كدليل لإثبات تصرف قانونى معين ؛ والمثال الواقعى على ذلك يتعلق باستخدام الدليل الصادر عن جهاز الصراف الآلى (A.T.M) فالشريط الورقى الذى يستخرج من جهاز الصراف الآلى أو الذاكرة الإلكترونية التى تخزن عليها العمليات البنكية التى قام بها العميل قد يستخدمه البنك كدليل لإثبات التصرف الذى قام به العميل إلا أن هذا الدليل - الشريط

(١) انظر : د. سليمان مرقس : أصول الإثبات فى المواد المدنية ، مرجع سابق ، ص ٤٢ ، كذلك انظر : د. توفيق حسن فرج : قواعد

الإثبات فى المواد المدنية و التجارية ، مرجع سابق ، ص ٣٧ .

الورقي أو الذاكرة الإلكترونية - وأن كان موقع إلكترونيًا فقد يكون قابلاً للطعن ، فقد يدعى العميل بأن هذا الدليل من صنع البنك على أساس أن جهاز الصراف الآلي الذي استخرج عنه الدليل يخضع في استعماله لأشراف وتوجيهات البنك ، وبالتالي هو الوحيد الذي يمكن أن يتحكم بما يستخرج عنه من أدلة ، لهذا السبب لا يجوز له الاستعانة بالشريط الورقي أو الذاكرة الإلكترونية لأنهما من عمله ، وذلك تطبيقاً لمبدأ عدم جواز اصطناع الشخص دليلاً لنفسه ، وهذا ما قضت به محكمة (Sete) الفرنسية ، وسوف نتطرق لحكم المحكمة لاحقاً؛ كذلك فقد يقف هذا المبدأ عائقاً أمام العقود التي تبرم على الوسائط الإلكترونية فقد يكون طرفا العقد غير متكافئين بالخبرة في إبرام العقود الإلكترونية عموماً وتوقيعها إلكترونياً خصوصاً ، قد يكون أحد أطراف العقد محترفاً بحيث يستطيع تسجيل عقوده على دعوات إلكترونية بفضل خبرته الفنية في النظام المعلوماتي كذلك تخزينها واسترجاعها عند الحاجة إليها ، بينما قد يكون الطرف الآخر ليس بهذه المهارة الفنية والمعلوماتية وبالتالي عدم تمكنه من تخزين تصرفاته وبناءً على هذا قد يتمسك هذا الأخير في مواجهة خصمه الذي يملك الدليل الإلكتروني بمبدأ عدم جواز اصطناع الشخص دليلاً لنفسه.

الفرع الثاني

موقف القضاء

- قضت محكمة (Sete) الفرنسية في إحدى القضايا التي عرضت عليها بعدم قبول الشريط الورقي الصادر عن جهاز الصراف الآلي كدليل إثبات لاعتباره من صنع من يتمسك به ، وفيما يلي وقائع هذه الدعوى :

فتحت إحدى المؤسسات المالية في فرنسا (مؤسسة Credits) ، اعتماداً بمبلغ أربعة آلاف فرنكاً فرنسياً للسيدة (Brisson) ، وقد قامت هذه السيدة بسحب المبلغ عن طريق جهاز الصراف الآلي. وفي وقت السداد طالبت المؤسسة السيدة المذكورة بدفع المبلغ المستحق عليها ، إلا أنها تمنعت عن الدفع مدعية بأنها لم تقم بسحب المبلغ مما اضطر المؤسسة إلى إقامة دعوى ضدها لإلزامها بدفع أربعة آلاف فرنكاً ، وقد قدمت المؤسسة للقاضي الشريط الورقي الصادر عن جهاز الصراف الآلي الذي يثبت عملية السحب ومبلغها وتاريخها ومكانها. إلا أن محكمة قضت بحكمها بتاريخ ٩/مايو/١٩٨٤م برد الدعوى مسببة هذا الرد بأنه طبقاً للمادة (١٣١٥) من القانون المدني الفرنسي من يطلب تنفيذ التزام عليه إثباته ، وأنه طبقاً للمادة (١٣٢٢) من ذات القانون إن إثبات التزام المفترض بالدفع لا يكون إلا بدليل موقع من المدين يثبت استخدامه لجزء أو لكل مبلغ الائتمان المتفق عليه ، وأن

هذا الدليل الموقع من المدين لا يغنى عنه ما أطلقت عليه الشركة اسم (التوقيع المعلوماتي) الصادر عن تلك المؤسسة المسيطرة عليه ، وليس صادر عن المدعى. وكما هو واضح من قرار الحكم ، أن المحكمة رفضت دعوى المؤسسة على أساس أن دليل الإثبات المقدم هو من صنع المؤسسة ، إذ يعتبر الشريط الورقي الصادر عن جهاز الصراف الآلي أنه ناتج عن برمجة هذا الجهاز ويخضع لسيطرة المؤسسة وحدها ، ونشاط البعض (١) بأن هذا التحليل الذي انتهت إليه محكمة (Sete) شابه القصور ، لأنه أخذ بظاهر الأمور التقنية دون التمعن في عملية السحب برمتها والقول باستقلالية جهاز الصراف الآلي عن مستخدميه قول مردود من الناحيتين الفنية والقانونية.

الفصل الثالث

الاستعانة بالإستثناءات القانونية على الدليل الكتابي لقبول التوقيع بالشكل الإلكتروني في الإثبات المدني

- في الوقت الذي لم تكن به التشريعات تنظم الإثبات في المجال الإلكتروني وتعترف بحجية عناصر المستند الإلكتروني وفي ضوء صعوبة الاعتراف بها ومنحها حجية الدليل الكتابي استعان الفقه بالحالات التي يجوز فيها الاستغناء عن الدليل لقبول عناصر المستند الإلكتروني (الكتابة والتوقيع الإلكترونيين) في الإثبات.

والأصل في إثبات التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها عن نصاب معين ثمانمائة يورو (٢) أو خمسة آلاف ديناراً عراقياً أو خمسمائة جنياً مصرياً أو كانت قيمتها غير محدودة ، أو تقديم الدليل ، إلا أن المشرع في الدول المشار إليها أعلاه أجاز - في بعض الحالات - صرف النظر عن الدليل الكتابي واللجوء إلى وسائل الإثبات الأخرى كشهادة الشهود والقرائن لإثبات التصرفات القانونية ، والحالات التي يجوز الإثبات فيها بشهادة الشهود أو القرائن - حسب قواعد الإثبات - نوعين ، النوع الأول : حالات يجوز الإثبات فيها بشهادة الشهود أو القرائن بحسب الأصل ، وهذه الحالات حددتها المادة (٧٦+٧٧/أولاً) من قانون الإثبات العراقي (٣) المعدل النافذ ، وهي : ١- الوقائع المادية. ٢- المعاملات التجارية. ٣- التصرفات القانونية التي تقل قيمتها عن نصاب معين. النوع الثاني : وحسب نص المواد (١٨/أولاً ، ثانياً ، ٧٧/ثانياً ، ٧٨) من قانون الإثبات العراقي (٤) النافذ وهي : ١- مبدأ

(١) انظر : د. محمد المرسي زهرة : الحاسوب والقانون ، مرجع سابق ، ص ٧٠.

(٢) حسب المادة الأولى من المرسوم الفرنسي رقم ٤٧٦/٢٠٠٠م ، الصادر في ٣٠/مايو/٢٠٠١م.

(٣) يقابلها المادة (٦٠) من قانون الإثبات المصري النافذ ، و المادة (١/٢٨) من قانون البيئات الأردني النافذ.

(٤) يقابلها المادة (٦٢-٦٣) من قانون الإثبات المصري النافذ ، و المادة (٢-١/٣٠) من قانون البيئات الأردني النافذ.

الثبوت بالكتابة. ٢- وجود مانع يحول دون الحصول على الدليل الكتابي. ٣- فقدان السند الكتابي - بعد تكوينه - بسبب أجنبي لا يد للدائن به. ٤- وجود اتفاق أو نص قانوني يجيز الإثبات بالشهادة؛ وهذه الاستثناءات لا تؤخذ على إطلاقها ، فهناك شروط خاصة لكل حالة من الحالات السابقة يجب أن تتوفر فيها حتى يمكن استبعاد الدليل الكتابي والاستعانة بشهادة الشهود أو القرائن لإثبات التصرف القانوني ، هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى مسألة تقدير الحالة على أنها مستثناة من الإثبات بالدليل الكتابي تعود لتقدير قاضي الموضوع ، فحسب السلطة التقديرية الممنوحة له يقدر فيها إذا كانت الحالة المعروضة أمامه تستوجب الإثبات بالكتابة أم لا ، ولاستعراض الحالات المستثناة من تقديم الدليل الكتابي لإثبات وقائعها والاكتفاء بشهادة الشهود أو القرائن؛ وعليه سوف نبحث في كيفية الاستعانة بالاستثناءات القانونية على الدليل الكتابي لقبول التوقيع بالشكل الإلكتروني في الإثبات المدني من خلال ثلاثة مباحث ، المبحث الأول : نخصه لبحث الحجية القانونية للتوقيع بالشكل الإلكتروني استناداً لمبدأ حرية الإثبات ، المبحث الثاني : نبحث فيه حجية التوقيع بالشكل الإلكتروني في ضوء الاستثناءات الواردة على قاعدة وجوب الإثبات بالكتابة، المبحث الثالث : نبحث فيه حجية المستند الإلكتروني في ضوء الاتفاقيات الخاصة بالإثبات وعلى النحو الآتي :

المبحث الأول

الحجية القانونية للتوقيع بالشكل الإلكتروني استناداً لمبدأ حرية الإثبات

رغبة من المشرع في كل من العراق ومصر في تبسيط إجراءات التعاقد في المواد التجارية، بسبب ما تقوم عليها هذه المعاملات من الثقة والسرعة ، فقد تبنى المشروع مبدأ حرية الإثبات ، نصت عليها المادة (٧٦) من قانون الإثبات العراقي النافذ ، على أنه : " يجوز الإثبات بالشهادة في الوقائع المادية " ، ونصت المادة (٧٧/أولاً) من ذات القانون ، على أنه : " يجوز إثبات وجود التصرف القانوني أو انقضائه بالشهادة إذا كانت قيمته لا تزيد على خمسة آلاف ديناراً " (١).

ويتضح من نص المادتين أعلاه أن المشرع العراقي والمصري أخذاً بمبدأ حرية الإثبات في شأن المعاملات التجارية والتصرفات القانونية التي لا تزيد عن النصاب المعين ، فكل من يدعى على الغير وكان الحق المدعى به مصدره معاملة تجارية أو تصرف قانوني قيمته لا تزيد عن النصاب المعين ، له أن يثبت ما يدعى بشهادة الشهود أو القرائن ولكن ضمن

(١) يقابلها المادة (٦٠) من قانون الإثبات المصري النافذ ، و المادة (١/٢٨) من قانون البينات الأردني النافذ.

ضوابط معينة سوف نتناولها فيما بعد ، وكذلك مبدأ حرية الإثبات في هاتين الحالتين ليس من النظام العام. بمعنى أنه يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفة هذا المبدأ وجعل ما يجوز إثباته بشهادة الشهود أو القرائن مقصور إثباته بالدليل الكتابي؛ و لبيان الحجية القانونية للتوقيع بالشكل الإلكتروني استناداً لمبدأ حرية الإثبات تقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب ،
المطلب الأول : نبحث فيه حرية الإثبات في الوقائع المادية ، المطلب الثاني : نبحث فيه حرية الإثبات في المعاملات التجارية ، المطلب الثالث : نبحث فيه حرية الإثبات في التصرفات القانونية التي تقل قيمتها عن نصاب معين ، وعلى النحو الآتي :

المطلب الأول

حرية الإثبات في الوقائع المادية

- في الوقت الذي أعطى فيه المشرع للأطراف في التعاملات التجارية التامة في إثبات تصرفاتهم بالطريقة التي يتفقون عليها ويرون أنها مناسبة في إثبات هذه التصرفات والعقود التي يبرمونها فيما بينهم ، نجد أن كلا من المشرعين العراقي والمصري تبنيان المبدأ نفسه في المعاملات المدنية والتي تجرى بين الأفراد العاديين في حالة أن كانت قيمة التصرفات التي يجرونها فيما بينهم لم تتجاوز النصاب القانوني الذي حدده المشرع؛ و كان هدف المشرع من تحديد هذا النصاب الذي جعله حراً إلى التيسير على الأفراد العاديين وعدم إعاقة معاملاتهم اليومية حيث أن اشتراط الكتابة في مثل هذه التصرفات فيه إرهاق للمتعاملين ، إضافة إلى أن المشرع كما يرى البعض يراعى مستوى معيشة الأفراد والقوة الشرائية للنقود ومدى انتشار التعليم^(١).

و أعتبر كل من المشرع العراقي والمصري أن قيمة التصرف تثبت باعتبار قيمته وقت تمام العقد أي وقت إبرام التصرف لا وقت الوفاء به ، فإذا زادت قيمة التصرف عن النصاب وقت الوفاء وجاءت هذه الزيادة نتيجة لضم الفوائد ، فإنها لا تدخل في عملية الإثبات حيث أن قانون الإثبات العراقي النافذ اعتبر أن احتساب قيمة التصرف بخضوعه لقاعدة الإثبات بالشهادة هي وقت صدوره لا وقت الوفاء به^(٢) ، وجاء ذلك في نص المادة (٧٧/ ثانياً) من ذات القانون ، والتي نصت على أنه : " تقدر قيمة الالتزام وقت تمام التصرف القانوني لا

(١) انظر : د. حسن عبدالباسك جمبوعى : إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت ، مرجع سابق ، ص ٥٨ ، كذلك

د. ثروت عبدالحميد : التوقيع الإلكتروني ، مرجع سابق ، ص ١٢٥ .

(٢) انظر : د. طلبة وهبة خطاب : دروس في أحكام الالتزام ، الإثبات ، مرجع سابق ، ص ٦٨ ، كذلك د. عبدالعزيز المرسي حمود :

مبادئ الإثبات في المسائل المدنية و التجارية ، مرجع سابق ، ص ٢١٨ .

وقت الوفاء به. فإذا كانت قيمته في ذلك الوقت لا تزيد على خمسة آلاف ديناراً فتصح الشهادة لإثباته حتى لو زادت قيمته على خمسة آلاف دينار بعد ضم الفوائد والملحقات" (١). وفي تقديرنا وإعمالاً لنصوص القانون العراقي التي أجازت حرية الإثبات في التصرفات المدنية التي لا تتجاوز النصاب ، فإنه يجوز قبول المستندات الإلكترونية في هذه التصرفات كأدلة إثبات كاملة ، في حال أن كانت هذه المستندات الإلكترونية مستوفية للشروط وكانت حالتها لا تدعو إلى الشك فيها ، إضافة لعدم إنكار هذه المستندات من قبل طرفي العلاقة العقدية.

المطلب الثاني

حرية الإثبات في المعاملات التجارية

- الأصل في المعاملات التجارية أن يكون الإثبات بها بشهادة الشهود أو القرائن (٢) ، فنظراً للعنصرين اللذين تقوم عليهما التجارة وهما الثقة المتبادلة بين التجار والسرعة في الإلتجار ، فإن الإثبات بالدليل الكتابي لا محل له بل أن تتطلب به تعطيلاً للمعاملات التجارية (٣) ، فإثبات المعاملات التجارية يكون جائزاً بكافة طرق الإثبات وإن تجاوزت قيمتها النصاب الذي يشترطه القانون ، وكذلك يجوز بالمعاملات التجارية إثبات ما يخالف الدليل الكتابي بشهادة الشهود أو القرائن (٤) ، إلا أن الإثبات بشهادة الشهود أو القرائن في المعاملات التجارية ليس حقاً للخصم يجب على القاضى أن يستجيب إليه ، وإنما هو رخصة تتوقف على إذن القاضى فيجوز له أن يأذن بها أو لا يأذن تبعاً لظروف الدعوى المنظورة أمامه (٥).

ومبدأ حرية الإثبات في المعاملات التجارية مكرس في قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م ، فقد نصت المادة (١/٦٩) على أنه : "يجوز إثبات الإلتزامات التجارية أيّاً كانت قيمتها بكافة طرق الإثبات ، ما لم ينص القانون على غير ذلك" (٦) ، كذلك تنص الفقرة الثانية من ذات المادة على أنه : "فيما عدا الحالات التي يوجب فيها القانون الإثبات

(١) يقابلها المادة (٢/٦٠) من قانون الإثبات المصري النافذ ، و المادة (٢٨) من قانون البيئات الأردني النافذ.

(٢) انظر : د. حسام الدين كامل الاهواني : شرح قانون الإثبات ، بدون دار نشر ، ٢٠٠٢م ، ص ١٤٣ .

(٣) انظر : د. أحمد نشأت : رسالة الإثبات ، مرجع سابق ، ص ٢٦٢ .

(٤) انظر : د. حسن عبدالباسط جميعي : قواعد الإثبات في المواد المدنية و التجارية ، مرجع سابق ، ص ١٢٠ .

(٥) انظر : د. سليمان مرقس : أصول الإثبات في المواد المدنية ، مرجع سابق ، ص ٤٠٠ ، كذلك راجع : نقض مدني مصري جلسة ١٩٦٩م/١٠مايو ، مجموعة أحكام النقض ، السنة ٢٠ ، ص ٧٣٢ .

(٦) راجع : المادة (١٠٩) من قانون التجارة الفرنسي ، و التي تنص على أنه : " فيما يخص التجار يمكن البرهنة على العقود التجارية من خلال كافة الوسائل ، إلا إذا نص القانون على غير ذلك " .

بالكتابة فى المواد التجارية ، يجوز فى هذه المواد إثبات عكس ما اشتمل عليه دليل كتابى أو إثبات ما يجاوز هذا الدليل بكافة الطرق " ، ولا يعمل بمبدأ حرية الإثبات فى المعاملات التجارية إلا إذا كان طرفاً المعاملة التجارية من فئة التجار ، وكانت المعاملة متعلقة بالأعمال التجارية لكل منهما.

ووفقاً لنص المادة (٤) من قانون التجارة المصرى ، والتي تنص على : " يعد العمل تجارياً إذا أبرمه التاجر لحاجة تجارية أو بمناسبة ، أو كان العقد القصد منه المضاربة أو السعى لتحقيق الربح عن طريق تداول الثروات... " (١) ، وعليه إذا كان طرفاً التصرف القانونى من طائفة التجار وكان موضوع التصرف يتعلق بإحدى الأعمال التجارية ، فإنه يجوز لكلا الطرفين إثبات هذا التصرف وموضوعه بكافة طرق الإثبات كشهادة الشهود أو القرائن (٢). أما إذا كان التصرف القانونى الذى قام به التاجر موضوعه لا يتعلق بالأعمال التجارية ، فإن مثل هذا التصرف لا يعد عملاً تجارياً ، بالتالى لا يخضع لمبدأ حرية الإثبات (٣)؛ - أما إذا كان التصرف مختلطاً ، أى إذا كان التصرف حاصلًا بين شخصين وكان بالنسبة لأحدهما مدنياً وللآخر تجارياً ، فإنه فى هذه الحالة تسرى عليه قاعدة وجوب الإثبات بالكتابة على من كان التصرف مدنياً بالنسبة إليه ، بينما يسرى مبدأ حرية الإثبات على من كان التصرف تجارياً بالنسبة إليه.

- محاولة الاستعانة بمبدأ حرية الإثبات فى المعاملات التجارية لقبول المستند

الإلكترونى

- نظراً لإمكانية إثبات المعاملات التجارية بكافة طرق الإثبات كشهادة الشهود أو القرائن ، فإن لطرفى المعاملة التجارية التى تمت عبر شبكة الإنترنت أو على الوسائط الإلكترونية أو الضوئية أو المغناطيسية ، الاستعانة بالمستند الإلكتروني لإثبات العقد والالتزامات الناجمة عنه بشهادة الشهود ، وأيضاً يمكن الاستعانة بالمستند الإلكتروني لإثبات ما يخالف أو يجاوز ما هو وارد بالدليل الكتابى طالما كان التصرف تجارياً (٤).

لما كان المستند الإلكتروني لا يرقى إلى مستوى السندات التقليدية ، فإن الاستعانة به لإثبات المعاملة التجارية كان يخضع لسلطة القاضى التقديرية ، فإذا تم تحريره وتوقيعه بواسطة

(١) وقد حددت المادة (١٠) من ذات القانون متى يكون الشخص تاجراً و الطبيعة التجارية للتصرف.

(٢) انظر : عبدالعزيز المرسى حمود : مبادئ الإثبات فى المسائل المدنية و التجارية ، مرجع سابق ، ص ٢١٧.

(٣) انظر : د. محمد حسين منصور : الإثبات التقليدى و الإلكتروني ، مرجع سابق ، ص ١٣٧.

(٤) انظر : د. محمد محمد أبو زيد : تحديث قانون الإثبات ، مرجع سابق ، ص ٩٩ ، كذلك د. عبدالعزيز المرسى حمود : مدى حجية

المحرر الإلكتروني فى الإثبات فى المسائل المدنية و التجارية ، دون دار نشر ، ٢٠٠٥ م ، ص ٥٩.

تقنيات تتوافر فيها الثقة والأمان واقتنع القاضى بكفاءة هذه التقنية ، فإنه يمكن الاستعانة به إثبات مضمون والتزامات المعاملة التجارية وبذات الحجية المقررة للسندات التقليدية ، وقد لا تصل قناعة القاضى إلى منحه رتبة السندات التقليدية ، فقد يستعين القاضى به على سبيل مبدأ الثبوت بالكتابة^(١) . ويمكن الاستعانة بالمستند الإلكتروني كقرينة قضائية (وهى ما يستنبطه القاضى من وقائع وملابسات الدعوى المعروضة أمامه) لإثبات المعاملة التجارية وإظهار حقيقتها^(٢) ، والقرائن ليست أدلة مباشرة بل هى أدلة غير مباشرة تقوم على الاستنتاج ، استنتاج وقائع من وقائع أخرى ، ولا يقع الإثبات بالقرائن على الواقعة ذاتها مصدر الحق ، بل على واقعة أخرى إذا ثبت إمكانية أن يستخلص منها الواقعة المراد إثباتها^(٣) . لذلك فإن القاضى يتمتع بسلطة تقديرية بالقرائن أوسع من تلك الممنوحة له بالأدلة الأخرى ، هو - أى القاضى - بإمكانه ان يبنى قناعته على واقعة وإن لم تكن محددة بالطرق القانونية أو على وقائع لم تكن مداراً للمناقشة ما بين الخصوم^(٤) ، بل يمكن أن يستند على أدلة أخرى ما دامت متعلقة بالدعوى كالأوراق المحفوظة بها^(٥) .

(١) انظر : د. حسن عبدالباسط جميعى : إثبات التصرفات القانونية التى يتم إبرامها عن طريق الإنترنت ، مرجع سابق ، ص ٥٥ .
(٢) انظر : د. ثروت عبدالمعتمد : التوقيع الإلكتروني ، مرجع سابق ، ص ١٢٣ ، كذلك انظر : د. عبدالعزيز المرسى حمود : مدى حجية المحرر الإلكتروني فى الإثبات فى المسائل المدنية و التجارية ، مرجع سابق ، ص ٥٩ .
(٣) انظر : د. توفيق حسن فرج : قواعد الإثبات فى المواد المدنية و التجارية ، مرجع سابق ، ص ٢٠٥ .
(٤) راجع : المادة (١٠٤) من قانون الإثبات العراقى النافذ ، و التى تنص على أنه : " للقاضى أن يستفيد من وسائل التقدم العلمى فى استنباط القرائن القضائية " ، يقابلها المادة (١٠٠) من قانون الإثبات المصرى النافذ ، و المادة (٤٣) من قانون البيئات الأردنى النافذ .
(٥) انظر : د. عبدالمنعم فرج الصدة : الإثبات فى المواد المدنية ، مرجع سابق ، ص ٣٨١ ، كذلك نقض مدنى مصرى جلسة ١٩٨٢/٣/٣٠ م ، مجموعة أحكام النقض ، السنة ٤٨ ق .

المطلب الثالث

حرية الإثبات في التصرفات القانونية التي لا تزيد قيمتها عن نصاب معين

- التصرف القانوني الذي أجاز المشرع إثباته بكافة طرق الإثبات كشهادة الشهود والقرائن ، هو التصرف القانوني الذي لا تتجاوز قيمته نصاب معين ، فإذا كانت قيمة التصرف القانوني أقل من النصاب الذي حدده المشرع سواء كان معاملة تجارية أو تصرفاً قانونياً ، فإنه يجوز إثباته بشهادة الشهود أو القرائن (١) ، وسبب عدم تحميم المشرع الإثبات بالكتابة فيما نقل عن نصاب معين هو رمزية هذه القيمة ، إضافة إلى أنه في تطلب الكتابة لإثبات هذا التصرف إهدار للوقت ، إذ لا تتناسب مصاريف العقد والوقت الذي يهدر مع قيمته ، لذلك رأى المشرع عدم ضرورة الكتابة لإثبات مثل هذه التصرفات (٢)؛ وإذا كان الأصل في إثبات التصرفات التي لا تزيد قيمتها عن النصاب المحدد بكافة طرق الإثبات ، فإنه يجوز للأطراف الاتفاق على أن يكون إثبات هذه التصرفات بالكتابة ، وهذا ما نصت عليه المادة (٧٧/ ثانياً) من قانون الإثبات العراقي النافذ (٣) ، ويستثنى من قاعدة حرية الإثبات في التصرفات التي لا تتجاوز قيمتها النصاب المحدد ، التصرفات التي تطلب المشرع الكتابة بها كركن أساسي لانعقادها كما هو في عقد الصلح أو الكفالة.

(١) انظر : د. سليمان مرقس : أصول الإثبات في المواد المدنية ، مرجع سابق ، ص ٤٠٣ .

(٢) انظر : د. أحمد نشأت : رسالة الإثبات ، مرجع سابق ، ص ٣٧٥ .

(٣) انظر : د. عبدالعزيز المرسي حمود : مبادئ الإثبات في المسائل المدنية و التجارية ، مرجع سابق ، ص ٢١٨ ، كذلك د. محمد

حسام الدين لطفى : الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية ، مرجع سابق ، ص ٥٠ .

المطلب الثاني

حجية التوقيع بالشكل الإلكتروني في ضوء الاستثناءات الواردة

على قاعدة وجوب الإثبات بالكتابة

- يقصد بالحالات التي يجوز بها الإثبات بشهادة الشهود أو القرائن استثناءً هي أن الأصل يكون الإثبات بها بالدليل الكتابي ، ولكن رأى المشرع أن التمسك بالدليل الكتابي لإثبات هذه الحالات قد يكون ليس له مبرر والالتزام بالتمسك به قد يهدر حقوق الأشخاص ، لذلك استثناءها من وجوب الإثبات بالدليل الكتابي وأجاز إثباتها بشهادة الشهود أو القرائن ، غير أن هذا الاستثناء لا يؤخذ على إطلاقه بل ثمة شروط لكل حالة من الحالات يجب أن تتوفر فيها ليتم الاستغناء عن الدليل الكتابي والاستعانة بشهادة الشهود أو القرائن وهذه الحالات حددها المشرع بما يلي :

الفرع الأول

مبدأ الثبوت بالكتابة

- تنص المادة (٧٨) من قانون الإثبات العراقي النافذ ، والتي تنص على أنه : " يجوز الإثبات بالشهادة في التصرفات القانونية حتى لو كان التصرف المطلوب تزيد قيمته على خمسة آلاف ديناراً إذا وجد مبدأ الثبوت بالكتابة ، ومبدأ الثبوت بالكتابة هو كل كتابة تصدر من الخصم يكون من شأنها أن تجعل وجود الحق المدعى به قريب الاحتمال " (١) .
و حسب النص الوارد أعلاه يجب أن تتوفر ثلاثة شروط لتطبيق مبدأ الثبوت بالكتابة وهي كالاتى : أن تكون هناك كتابة ، أن تكون هذه الكتابة صادرة عن الخصم ، أن تجعل هذه الكتابة وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال . فإذا توافرت هذه الشروط الثلاثة - في وقت واحد - فإنه يجوز الإثبات بشهادة الشهود أو القرائن فيما كان يجب إثباته بالدليل الكتابي وإن زادت قيمة التصرف المدعى به عن النصاب المحدد أ كانت قيمته غير محددة ، بل إنه يجوز الإثبات بشهادة الشهود إذا وجد مبدأ الثبوت بالكتابة ما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه الدليل الكتابي (٢) ، وفيما يلي توضيح لهذه الشروط (٣) :

(١) يقابلها المادة (٦٢) من قانون الإثبات المصري النافذ ، و المادة (١/٣٠) من قانون البيئات الأردني النافذ ، و المادة (١٣٤٧) من القانون المدني الفرنسي ، و قد أتى المشرع العراقي بهذا المبدأ للتيسير على الخصوم في إثبات إدعاءاتهم و التخفيف من حدة النظام القانوني للإثبات ، انظر : د. عباس العبودي : شرح قانون الإثبات المدني ، مرجع سابق ، ص ١٨٩ .

(٢) انظر : د. طلبة وهبة خطاب : دروس في أحكام الالتزام و الإثبات ، مرجع سابق ، ص ٣٢ .

(٣) قضت محكمة النقض المصرية بأنه : " يدل نص المادة ٦٢ من قانون الإثبات الصادر بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ م ، و على ما جرى به قضاء هذه المحكمة على أن المشرع قد جعل لمبدأ الثبوت بالكتابة ما للكتابة من قوة في الإثبات متى أكمله الخصوم بشهادة الشهود و يستوى في ذلك أم يكون الإثبات بالكتابة مشترطاً بنص القانون أو باتفاق الخصوم و أن القانون لا يتطلب بيانات معينة في

الفصل الأول

أن تكون هناك كتابة

- من أجل الأعمال بمبدأ الثبوت بالكتابة لا بد من أن يكون هناك سند مكتوب فلا يكفي العمل المادى^(١)؛ أو الأقوال الشفوية^(٢)، وحسب لفظ (كل كتابة) الوارد فى نص المادة المذكورة أعلاه، لا يشترط بالكتابة أى شكل معين أو غرض، فكل كتابة أياً كان شكلها أو الغرض منها تصلح أن تكون مبدأً للثبوت بالكتابة^(٣)، وليس بشرط أن تكون كتبت من أجل الإثبات^(٤)، وألا يعتبر الإثبات بها تاماً^(٥)، فقد يكون السند مكتوباً بخط الخصم دون أن يوقع عليه^(٦)، أو ما هو ثابت فى دفتر تجارى أو مراسلات أو حسابات بين الخصوم لم يتم التوقيع عليه، أو محاضر الجرد، أو ما يرد فى محاضر الجلسات ومحاضر تحقيق الشرطة^(٧).

و يجب أن يكون السند موجوداً فعلاً ويتم تقديمه للقاضى من قبل صاحب المصلحة، فلا يجوز إثبات تحريره بشهادة الشهود أو القرائن وإلا كان الإثبات كله بذلك^(٨)، ويجب أيضاً

الورقة لاعتبارها مبدأً لثبوت بالكتابة و يكفي أن تكون صادرة من الخصم الذى يحتج عليه بها و أن تجعل التصرف المدعى به قريب الاحتمال و أن تقدير ما إذا كانت الورقة التى يراد اعتبارها كذلك من شأنها أن تجعل الأمر المراد إثباته قريب الاحتمال هو اجتهاد فى فهم الواقع يستق به قاضى الموضوع، و لا رقابة عليه فى ذلك من محكمة النقض متى كان استخلاصه سائغاً " الطعن رقم ٦٣٥، جلسة ١٩٧٨/١/١٤م، س ٥٢ق، مجموعة أحكام النقض، ص ١٠٩.

(١) قضت محكمة النقض بأن الأعمال المادية لا تصح أن تتخذ كمبدأً لثبوت بالكتابة، نقض مدنى جلسة ١٩٤٧/٣/٢٧م، أشار إليه د.

أحمد أبو الوفا: التعليق على نصوص قانون الإثبات، مرجع سابق، ص ٢٣٣.

(٢) انظر: د. سليمان مرقس: أصول الإثبات فى المواد المدنية، مرجع سابق، ص ٤٠٦، على الخلاف من ذلك اعتبرت محكمة النقض الفرنسية الوكالة الشفوية الممنوحة للمكتب العقارى مبدأً لثبوت بالكتابة،

انظر:

Cass. Ire Civ. 17 Janvier 1961, Bull, I, No 41.

(٣) انظر: د. عبدالرزاق السنهورى: الوسيط فى شرح القانون المدنى، ج ٢، الإثبات، مرجع سابق، ص ٤٢٠.

(٤) انظر: د. أحمد نشأت: رسالة الإثبات، مرجع سابق، ص ١٣٤، كذلك د. حسام الدين كامل الاهوانى: شرح قانون الإثبات، مرجع سابق، ص ١٥٩.

(٥) انظر: أسانذنا الدكتور محمد شكرى سرور: موجز أصول الإثبات فى المواد المدنية و التجارية، مرجع سابق، ص ١٣٢.

(٦) انظر: د. توفيق حسن فرج: قواعد الإثبات فى المواد المدنية و التجارية، مرجع سابق، ص ١٨٧، وقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية نسخ نص العقد على الآلة الكاتبة دون أن يوقع مبدأً للثبوت بالكتابة، للتفاصيل راجع الحكم التالى:

Cass, Ire Civ, 20 avril 1983, 2, Panor.P.251.

(٧) راجع: نقض مدنى مصرى جلسة ١٩٧٢/٣/٩م، السنة ٢٢ق، كذلك نقض مدنى جلسة الطعن ١٥٢ جلسة ١٩٤٠/١٢/٥م، مجموعة أحكام النقض فى ٢٥ سنة، ص ٤٤.

(٨) انظر: د. أحمد نشأت: رسالة الإثبات، مرجع سابق، ص ٤١٤، كذلك انظر: د. محمد حسام الدين لطفى: الإطار القانونى

المعاملات الإلكترونية، مرجع سابق، ص ٦١.

أن يكون الخصم المتمسك به ضده مقراً بوجوده فإذا أنكرها فقدت حجيتها مؤقتاً^(١) ، وتقدير ما إذا كانت هنالك كتابة أم لا مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة التمييز .

الفصل الثاني :

صدور الكتابة من الخصم المطلوب الإثبات ضده :

- يشترط إعمال مبدأ الثبوت بالكتابة أن تكون الكتابة صادرة من الخصم المطلوب الإثبات ضده ، أو من يمثله قانوناً كالوكيل أو الوصى أو القيم بشرط أن تكون صادرة بحدود السلطات الممنوحة له؛ و صدور الكتابة من الخصم لا يقتصر على الصدور المادى وإنما يشمل أيضاً الصدور المعنوى ، ويقصد بالصدور المادى للكتابة : أن تكون محررة بخط الخصم وموقع عليها أو أيهما يكفى ، أما الصدور المعنوى : فيقصد به أن الخصم الذى يوقع الكتابة ولم يكتبها بخطه يعتبرها كما لو كانت صادرة عنه^(٢)؛ كما لأقوال التى تثبت فى محاضرة التحقيقات أو جلسات نظر الدعوى ما دامت هذه الأقوال لا ترقى إلى مستوى الإقرار ، أو أن يكون الخصم أمياً فكتبت بإملائه^(٣) ، وكذلك الشأن بالنسبة لإقرارات الخصوم التى يدونها الموظف المختص فى السندات الرسمية ، فهذه الإقرارات تعتبر صادرة عن الخصم وإن لم تكن بخطه وإمضائه ، فهى تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة إذا كانت تجعل المدعى به قريب الاحتمال طالما أنه لا يمكن اعتبار أقوالهم إقراراً كاملاً^(٤) .

و لا يشترط أن يدل محتوى الكتابة على نوع التصرف ، وإنما ما هو مشروط أن تجعل هذا التصرف قريب الاحتمال^(٥) ، وتعتبر الكتابة صادرة عن الخصم إذا كانت سالفة عن سلفه حيث يجوز الاحتجاج على تصرفات السلف على الخلف ، ومسألة صدور الكتابة عن الخصم - أو من يمثله - تخضع لرقابة محكمة التمييز^(٦) .

(١) انظر : د. سليمان مرقس : أصول الإثبات فى المواد المدنية ، مرجع سابق ، ص ٤٠٧ ، كذلك انظر : د. جميل الشرفاوى : الإثبات فى المواد المدنية ، مرجع سابق ، ص ١٠١ .

(٢) انظر : د. أحمد نشأت : رسالة الإثبات ، مرجع سابق ، ص ٤١٥ ، كذلك د. عبدالرزاق السنهورى : الوسيط فى شرح القانون المدنى ، ج ٢ ، الإثبات ، مرجع سابق ، ص ٤٢٨ .

(٣) انظر : د. جميل الشرفاوى : الإثبات فى المواد المدنية ، مرجع سابق ، ص ١٠٢ ، و أيضاً أستاذنا الدكتور محمد شكرى سرور : موجز أصول الإثبات فى المواد المدنية و التجارية ، مرجع سابق ، ص ١٤٣ .

(٤) انظر : د. نوفيق حسن فرج : قواعد الإثبات فى المواد المدنية و التجارية ، مرجع سابق ، ص ١٨٠ .

(٥) انظر : د. أحمد نشأت : رسالة الإثبات ، مرجع سابق ، ص ٤١٧ .

(٦) انظر : د. نوفيق حسن فرج : قواعد الإثبات فى المواد المدنية و التجارية ، مرجع سابق ، ص ١٨٠ .

الفصل الثالث

أن تجعل الكتابة التصرف المدعى به قريب الاحتمال

- قد توجد كتابة - مادية أو معنوية - صادرة عن الخصم ولكنها لا تجعل التصرف المدعى به قريب الاحتمال ، هذه الكتابة لا تصلح أن تكون مبدأ الثبوت بالكتابة ، فيشترط لكي تكون الكتابة مبدأ ثبوت بالكتابة أن تجعل حدوث التصرف المدعى به قريب الاحتمال (١) ، أى أن تجعل التصرف المراد إثباته محتمل الوقوع ، ولكن لا يتطلب من الكتابة أن تجعل حدوث التصرف مؤكداً وإنما يكفي أن تجعله مرجح الحدوث ، وذلك لأن مبدأ الثبوت بالكتابة لا يعد دليلاً كاملاً بل يجب تكملته - بناءً على طلب الخصم - بشهادة الشهود أو القرائن (٢).

وقد هذا الشرط يعنى إهدار مبدأ الثبوت بالكتابة ، إذ هو حلقة الاتصال ما بين الكتابة المشار إليها وبين التصرف المدعى به ، وبمقابل ذلك فإن تحقق هذا الشرط يدل على أن ما تم الادعاء به غير مجرد من الصحة وإنما هناك فطنة كتابية على صحته ، أو بعبارة أخرى دليل كتابي ناقص يجوز تكملته بشهادة الشهود أو القرائن (٣) ، وليس هناك معيار يسلك لمعرفة ما إذا كان التصرف المدعى به قريب الاحتمال ، فهي مسألة موضوعية تختلف من موضوع لآخر حسب الظروف ، فقد يستنبط من الظروف الخارجية المحيطة بالسند ، فمثلاً شطب الرهن يعنى أن الدائن استوفى حقه (٤) ، ولهذا اعتبرت هذه المسألة من الأمور التي يرجح تقديرها لسلطة قاضى الموضوع (٥) ، ولا رقابة عليه بذلك من محكمة التمييز.

هذه الشروط الواجب توافرها للاستعانة بمبدأ الثبوت بالكتابة ، فإذا وجدت يمكن استكمال الكتابة الموجودة بشهادة الشهود ، إلا أن استثناء وجوب الإثبات بالدليل الكتابي واللجوء إلى شهادة الشهود أمر جوازى للقاضى ، فإذا وجد من خلال ظروف الدعوى ما يكفي لتكوين قناعته فهو غير ملزم لسلوط طريق مبدأ الثبوت بالكتابة ، على أنه يجب عليه أن يبين فى حكمه الأسباب التي دعتة إلى عدم سلوك هذا الطريق.

(١) انظر : أستاذنا الدكتور محمد شكرى سرور : موجز أصول الإثبات فى المواد المدنية و التجارية ، مرجع سابق ، ص ١٤١ ، كذلك د. عبدالعزيز المرسي حمود : مبادئ الإثبات فى المسائل المدنية و التجارية ، مرجع سابق ، ص ٢٢٣ ، كذلك د. جميل الشرقاوى : الإثبات فى المواد المدنية ، مرجع سابق ، ص ٩٧ ، كذلك د. محمد حسين منصور : المسؤولية الإلكترونية ، مرجع سابق ، ص ١٤٢ .

(٢) راجع : نقض مدنى جلسة ١٢/٢٦/١٩٩٠م ، مجموعة أحكام النقض ، سن ٣١ ، ص ٩٩٣ .

(٣) انظر : د. عبدالرزاق السنهورى : الوسيط فى شرح القانون المدنى ، الإثبات ، مرجع سابق ، ص ٤٣٥ .

(٤) انظر : د. سليمان مرقس : أصول الإثبات فى المواد المدنية ، مرجع سابق ، ص ٤١٣ .

(٥) انظر : د. طلبة وهبة خطاب : دروس فى أحكام الالتزام و الإثبات ، مرجع سابق ، ص ٣٣ .

• محاولة الاستعانة بمبدأ الثبوت بالكتابة لقبول المستند الإلكتروني في الإثبات :

- رأينا فيما سبق أن احدى شروط مبدأ الثبوت بالكتابة هو وجود كتابة صادرة من الخصم يستند إليها - كدليل ناقص يكمل بشهادة الشهود أو القرائن - لإثبات التصرف ، وبما أن احدى عناصر المستند الإلكتروني الكتابة الإلكترونية ، وهذه الكتابة لم تكن تستوعبها قواعد الإثبات التقليدية ، فإنه تم رفض قبول المستند الإلكتروني كدليل في إثبات التصرفات ، وقد ترتب على ذلك عدم قبول الكتابة الإلكترونية الصادرة عن الخصم كمبدأ الثبوت بالكتابة ، فالمشكلة تكمن إذن في عدم الاعتراف بالكتابة الإلكترونية؛و على الرغم من ذلك فقد اختلفت آراء الفقه في مدى اعتبار المستند الإلكتروني مبدأ الثبوت بالكتابة ، فبينما يرى جانب من الفقه (١) ، عدم إمكانية اعتبار المستند الإلكتروني مبدأ الثبوت بالكتابة مسبباً رأيه بأن الكتابة الإلكترونية تختلف بصفقتها عن الكتابة التقليدية مما يحول دون اعتبار المستند الإلكتروني دليلاً كتابياً ، وبالتالي عدم إمكانية اعتبار الكتابة الإلكترونية من الأشكال التي تصلح لأن تكون مبدأ الثبوت بالكتابة. في مقابل ذلك يرى جانب آخر (٢) أنه من الممكن اعتبار المستند الإلكتروني بمثابة مبدأ الثبوت بالكتابة إذا كان موقعاً من الطرفين ، واتبعت في إنشائه وحفظه واسترجاعه تقنية جديرة بالحفاظ عليه ، وبالتالي لكلا الطرفين إمكانية الاحتجاج به واستكمالها بشهادة الشهود أو القرائن حتى يصبح دليلاً كاملاً على حصول التصرف ومضمونه. إلا أن الرأي المجمع عليه من الفقه هو الرأي الأول الذي ينفي اعتبار المستند الإلكتروني مبدأ الثبوت بالكتابة (٣) ، وذلك للأسباب التالية :

أولاً : أن اعتبار المستند الإلكتروني مبدأ الثبوت بالكتابة يعني وضع عناصره في منزلة أقل من عناصر السند التقليدي.

ثانياً : السماح للقاضي بتقدير قيمة الدليل وهذا يتعارض مع مقتضيات التعاقد التي تتم عبر الوسائط الإلكترونية (٤).

ثالثاً : أنه من الناحية التقنية لا يمكن وضع توقيعين إلكترونيين على مستند إلكتروني واحد كما هو الحال في إبرام السندات التقليدية ، خاصة المستندات الإلكترونية التي يتم تبادلها

(١) انظر : د. حسن عبدالباسط جميعي : إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت ، مرجع سابق ، ص ٦٢.

(٢) انظر : د. ثروت عبدالحميد : التوقيع الإلكتروني، مرجع سابق، ص ١٣١، كذلك انظر: د. جمال عبدالرحمن محمد علي : الحجية القانونية للمستندات الإلكترونية ، مرجع سابق، ص ٥٣.

(٣) انظر : د. محمد محمد أبو زيد : تحديث قانون الإثبات ، مرجع سابق، ص ١٣١.

(٤) انظر : د. حسن عبدالباسط جميعي : إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت ، مرجع سابق ، ص ٦٣.

على شبكة الإنترنت ، وهذه هي إحدى نقاط الاختلاف بين التصرفات التي تبرم على سندات تقليدية والتصرفات التي تبرم على وسائط إلكترونية.

الفرع الثاني

وجود مانع أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي

- أجاز المشرع العراقي وكذلك في البلدان محل المقارنة ، الإثبات بشهادة الشهود أو بالقرائن فيما كان الأصل لا يجوز إثباته بالدليل الكتابي إذا وجد مانع يحول دون الحصول على الدليل الكتابي^(١) ، فقد نصت المادة (١٨ / ثانياً) من قانون الإثبات العراقي النافذ ، على أنه : " يجوز أن يثبت بجميع طرق الإثبات ما كان يجب إثباته بالكتابة في حالتين : أولاً : ثانياً : إذا وجد مانع مادي أو أدبي حال دون الحصول على دليل كتابي "^(٢).

في بعض الأحيان تحيط بالشخص ظروف من نوع خاص تمنعه من طلب دليل كتابي للتصرف الذي أبرمه مع الطرف الآخر ، وحفاظاً على الحقوق التي تنشأ عن هذا التصرف أجاز القانون للأطراف - الذي ينطبق عليهم شروط هذا الاستثناء - إثبات وجود هذا التصرف بالشهادة أو القرائن على الرغم من أن الكتابة هي الدليل الوحيد التي يمكن من خلالها إثبات التصرف ، وحسب النص المذكور أعلاه قد تكون هذه الظروف مانعاً مادياً أو مانعاً معنوياً (أدبياً).

وقد عرف جانب من الفقه^(٣) المانع على أنه : " المانع الذي ينشأ عنه استحالة الحصول على كتابة وقت التعاقد استحالة نسبية عارضة ، أي استحالة مقصورة على شخص معين وراجعة إلى الظروف الخاصة التي تم فيها التعاقد " ، ولم يبتعد القضاء عن هذا التعريف غز عرفته محكمة النقض المصرية بذات التعريف السابق^(٤) ، والمقصود بالاستحالة هنا ليس الاستحالة الناجمة عن طبيعة الواقعة محل الإثبات كما لو كانت واقعة مثلاً ، بل الاستحالة التي ترجع إلى ظروف خاصة بالمكلف بالإثبات والتي تمنعه من الحصول على

(١) نشير هنا إلى أن شهادة الشهود أو القرائن في هذه الحالة لا تعد مكملة للدليل الكتابي كما في الحالات السابقة ، وإنما تحل محله عندما يوجد مانع يحول دون الحصول عليه.

(٢) يقابلها المادة (٦٢/أ) من قانون الإثبات المصري النافذ ، و المادة (٣٠) من قانون البيئات الأردني النافذ ، المادة (١٣٤٨/١) من القانون المدني الفرنسي ، و التي تنص على أنه : " حينما لا تتاح لأحد الأطراف الإمكانية المادية أو المعنوية لتقديم دليلاً كتابياً على العقد ، أو حينما يفقد السند الذي يقوم عليه الدليل الكتابي بفعل حالة طارئة أو قوة قاهرة " .

(٣) انظر : د. سليمان مرقس : أصول الإثبات في المواد المدنية ، مرجع سابق ، ص ٤٢٨ .

(٤) راجع : نقض مدني مصري رقم ١٢٦ ، جلسة ١٢/٢٥/١٩٨١م ، مجموعة أحكام النقض ، ص ٣٢٢ ، ص ٦٥٧ .

دليل كتابي في الأحوال التي يوجب القانون فيها إعداد الكتابة لإثبات التصرفات القانونية (١) ، وكما أسلفنا يقسم المانع - حسب ما أشارت إليه قواعد الإثبات - إلى قسمين مادي ومعنوي (٢) ، وفيما يلي توضيح تفصيلي لهما :

الفصل الأول

المانع المادي

- هو الأمر الذي يمنع بطبيعته من الحصول على دليل كتابي (٣) ، أو ظرف مادي خارج عن إرادة الشخص الذي يقوم عند انعقاد التصرف يحول بينه وبين الحصول على دليل كتابي (٤) ، ومن الأمثلة على المانع المادي ما ينشأ من تصرفات عند حدوث الكوارث المفاجئة أو النكبات أو الحرائق أو حوادث الطرق (٥) ، ويشترط في المانع المادي أن يكون جسيماً وغير متوقع الحدوث بحيث لا يكون لدى الشخص الوقت الكافي لاقتضاء دليل كتابي من الشخص الآخر أو أن وسائل الكتابة غير متوفرة (٦) ، وعند المطالبة بالمبلغ المدعى به لا يجوز للدائن استثناء الدليل الكتابي والاستعانة بشهادة الشهود إلا إذا أثبت حدوث المانع واضطراره تسلّم المدين المبلغ المدعى به (٧) من الأمثلة التي يقوم بها المانع المادي الوديعة الاضطرارية ، ففي حال حصول أحوال اضطرارية كحريق مثلاً أو انهدام المبنى وأودع الشخص أمواله لدى شخص آخر ليخلصها من خطر الحريق أو الانهدام ، فإذا تمكن الشخص المودع إثبات ظروف الوديعة - وهي نشوب الحريق أو الانهدام - يباح له إثبات ما يدعى به بشهادة الشهود وإن كانت قيمته تتجاوز النصاب المحدد للإثبات بالشهادة (٨) ، كذلك من الأمثلة إيداع نزلاء الفندق ما لديهم من أمتعة إذ لا تسمح ظروف السفر جرد أمتعة كل مسافر عند نزوله في الفندق أو مغادرته له.

(١) لذلك يمكن أن توصف بأنها استحالة شخصية أو نسبية لأنها تكون قائمة بالنسبة للمكلف بالإثبات دون غيره ، و هي استحالة عرضية (غير جوهرية) لأنها لا ترتبط بطبيعة محل الإثبات ، ينظر: د. جميل الشرفاوي : الإثبات في المواد المدنية ، مرجع سابق، ص ١٠٥ .
(٢) و يضيف المشرع الفرنسي حالة ثالثة هي تقديم صورة طبق الأصل في حال عدم وجود النسخة الأصلية المادة (٢/١٣٤٨) من ذات القانون.

(٣) انظر: د. أحمد نشأت : رسالة الإثبات ، مرجع سابق، ص ٣٧٩.

(٤) انظر: د. محمد حسين منصور : قانون الإثبات ، مرجع سابق، ص ١٤٦، كذلك انظر: د. محمد حسام الدين لطفى : الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية، مرجع سابق، ص ٥٢.

(٥) راجع: مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج ٣، ص ٣١٢ و ما بعدها.

(٦) انظر: د. حسام الدين كامل الاهواني: شرح قانون الإثبات، مرجع سابق، ص ١٦٨.

(٧) انظر: د. سليمان مرقس: أصول الإثبات في المواد المدنية، مرجع سابق، ص ٤٢٩.

(٨) انظر: د. عبدالرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٢، الإثبات، مرجع سابق، ص ٤٥٠، كذلك انظر: د. طلبه و هبة خطاب: دروس في أحكام الالتزام و الإثبات، مرجع سابق، ص ٣٤.

الفصل الثاني

المانع المعنوي (الأدبي)

- وهو لا يقوم على ظروف مادية كما هو الحال في المانع المادي ، بل أساسه اعتبارات وظروف نفسية ما بين الطرفين ، أي اعتبارات معنوية تحيط بإبرام التصرف تمنع أحد الأطراف (المقرض مثلاً) من الاقتراض من الطرف الآخر (المقترض) دليلاً كتابياً^(١) ، ولذلك يعتبر تقدير الاستحالة الأدبية أكثر صعوبة من تقدير الاستحالة الناجمة عن المانع المادي ، إذ يتطلب الأمر من القاضى البحث عن الظروف التي أحاطت بإبرام التصرف وانعكاسها على نفسية الطرفين لتقدير ما إذا كانت هذه الظروف تشكل مانعاً معنوياً يمنع من اقتضاء دليل كتابي^(٢)؛ و من الأمثلة التي ذكرها المشرع العراقي فى القانون المدنى على المانع الأدبى التى تمنع طبيعتها الحصول على دليل كتابى ، صلة القرابة كالبنوة والأخوة والصلة الزوجية وعلاقة الخادم بسيدته^(٣) ، وكذلك يعتبر مانعاً معنوياً العلاقة التى تربط بين الأطراف ، وعلاقة الطبيب بمرضاه^(٤) ، ويرجع تقدير قيام المانع الأدبى من الحصول على دليل كتابى لقاضى الموضوع^(٥) ، على أن يسبب تقديره^(٦) ، وبما أن تقدير المانع الأدبى من الامور الموضوعية فإنه لا يجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة التمييز^(٧).

• محاولة الاستعانة بالمانع الذى يحول دون الحصول على دليل كتابى لقبول المستند

الإلكترونى :

- اختلفت آراء الفقه حول ما إذا كان التعاقد عبر شبكة الإنترنت أو على وسائط إلكترونية يعد مانعاً يحول دون الحصول على دليل كتابى ، يرى جانب من الفقه^(٨) أن التعاقد عبر شبكة الانترنت يمثل نوعاً من الاستحالة المادية التى يحول دون الحصول على دليل كتابى ، ومن ثم يستطيع المدعى أن يثبت التصرف بكافة طرق الإثبات ، ومن بينها القرينة

(١) انظر: أستاذنا الدكتور محمد شكرى سرور: موجز أصول الإثبات فى المواد المدنية و التجارية، مرجع سابق، ص ١٥٠.

(٢) راجع: الاعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى، ج٣، ص ٤١٣.

(٣) انظر: د. بشار طلال مؤمنى: حجية التعاقد عبر الإنترنت، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون و الحاسوب سالف الذكر، مرجع سابق، ص ١١.

(٤) انظر: نقض مدنى مصرى رقم ٧٥٩، جلسة ١٩٧٦/٣/٢م، مجموعة أحكام النقض، ص ٢٧، ص ٥٣٣.

(٥) راجع: الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى، ج٣، ص ٣١٣.

(٦) انظر: نقض مدنى مصرى رقم ١٦، جلسة ١٩٦٥/٣/٢٥م، مجموعة أحكام نقض، ص ١٦، ص ٣٨٤، كذلك نقض مدنى رقم ٦٦٩،

جلسة ١٩٧٩/٣/١٤م، مجموعة أحكام النقض، ص ٣٠، ص ٧٨٦.

(٧) انظر: د. محمد حسام الدين لطفى: الحجية القانونية للمصغرات الفيلمية، مرجع سابق، ص ٤٤، كذلك د. جمال عبدالرحمن محمد على:

الحجية القانونية للمستندات الإلكترونية ، مرجع سابق، ص ٤٧.

(٨) انظر: د. جمال عبدالرحمن محمد على: الحجية القانونية للمستندات الإلكترونية، مرجع سابق، ص ٤٨.

المستمدة من وجود المستند الإلكتروني على الوسائط الممغنطة أو النسخة المطبوعة بواسطة الطابعة؛ و يبررون ذلك بالقول بأن التعاقد عبر شبكة الإنترنت لا تتوفر به الشروط والعناصر اللازمة لإنشاء دليل كتابي بسبب الطبيعة اللامادية للوسائط الإلكترونية ، هذا من جانب ومن جانب آخر ، يرى هذا الجانب من الفقه أن التعاقد عبر شبكة الانترنت يقتضى السرعة فى التعامل لذا لا مجال به للحصول على دليل كتابي ، ومن جانب أخير ، يروا أن أطراف العقد الذى يتم عبر شبكة الانترنت غالباً ما يكونا فى أماكن مختلفة ومتباعدة مما لا يساعد على اقتضاء أو تبادل الأدلة الكتابية.

و نرد على هذا الجانب من الفقه بالقول : بعد صدور تشريعات تفر بحجية عناصر الدليل الإلكتروني لم يعد هنالك تخوف من رفض الدليل الإلكتروني ، وكذلك لم يعد عامل السرعة أو عامل اختلاف المكان أو الزمان عقبة أما اقتضاء دليل لإثبات التصرفات، إذ أصبح بإمكان أطراف العقد إبرام مستندات عبر الوسائط الإلكترونية وتبادلها فيما بينهم.

أما الجانب الغالب من الفقه (١) - والذى نؤيده - فيرى أن التعاقد عبر شبكة الإنترنت لا يشكل مانعاً مادياً يحول دون الحصول على دليل كتابي، فالمانع المادى فى التعاقدات التى تتم عبر شبكة الإنترنت لا يرقى لدرجة الاستحالة بل يرجع إلى مجرد صعوبة ، وعلى افتراض وجود استحالة فى الحصول على دليل كتابي فهى ليست استحالة من قبيل المانع المادى التى تلجأ إلى هذه الوسيلة لتوفير الوقت والجهد والمصاريف (٢). لأن القول بغير ذلك يجعل التصرفات التى تتم بواسطة الحاسب الإلكتروني عديمة القيمة، ومن ثم إجماع الأفراد عن التعامل بواسطته، وبالتالي الحيلولة دون الاستفادة من التقدم العلمى والتطور التكنولوجى فى مجال المعلوماتية. ولما لم يكن من الممكن الاستعانة بالمانع المادى لقبول المستندات المستخرجة عن الوسائط الإلكترونية، التجأ إلى المانع بحكم العادة لقبول هذه المستندات .

(١) انظر: د.حسن عبدالباسط جميعى : إثبات التصرفات القانونية التى يتم إبرامها عن طريق الإنترنت، مرجع سابق، ص ١٤٣، كذلك

انظر: د.محمد محمد أبو زيد: تحديث قانون الإثبات، مرجع سابق، ص ١٤٣ .

(٢) انظر: د. سليمان مرقس: أصول الإثبات فى المواد المدنية، مرجع سابق، ص ٤٣٨ .

الفصل الثالث

فقد الدليل الكتابي بعد تكوينه بسبب أجنبي

- الحالة الأخيرة التي أجاز المشرع بها لمكلف بالإثبات الاستعانة بشهادة الشهود أو القرائن بدلاً من الدليل الكتابي وهي الحالة التي يفقد بها الدائن دليله الكتابي بسبب أجنبي لا يد له فيه ، فإذا استطاع الدائن فقد الدليل الكتابي الذي بحوزته بسبب أجنبي يسمح له الاستعانة بشهادة الشهود أو القرائن لإثبات ما يدعى به ، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة (١٨/أولاً) من قانون الإثبات العراقي النافذ، والتي نصت على أنه : " يجوز أن يثبت بجميع طرق الإثبات ما كان يجب إثباته بالكتابة في الحالتين: أولاً - إذا فقد السند الكتابي بسبب لا دخل لإرادة صاحبه فيه " (١)؛ و يعتبر هذا الاستثناء أوسع نطاقاً من الاستثناء السابق، فهو إضافة إلى أنه يجيز للدائن (٢) الاستعانة بشهادة الشهود أو القرائن لإثبات ما يجاوز النصاب المحدد ، أو ما يخالف الكتابة ، وفي إثبات الحالات التي أوجب المشرع الكتابة بها أيًا كانت قيمة التصرف القانوني فهو يجيز أيضاً الاستعانة بشهادة الشهود أو القرائن لإثبات التصرفات القانونية التي تعتبر الكتابة ركناً أساسياً وهذا لا يمكن تحقيقه في الاستثناء السابق لعدم وجود دليل كتابي أصلاً بيد أنه للاستعانة بهذا الاستثناء يجب أن يكون الدائن قد راعى القواعد المتعلقة بالدليل الكتابي عند إنشاء التصرف القانوني (٣) ، بمعنى أن الدائن راعى حكم القانون وحصل على دليل كتابي يثبت التصرف القانوني، إلا أنه بسبب أجنبي - ودون ارتكاب أي خطأ منه - فقد هذا الدليل مما تعذر تقديمه لإثبات التصرف ويشترط للاستعانة بهذا الاستثناء وجود شرطين (٤) ، سبق وجود الدليل الكتابي ، وفقد هذا الدليل بسبب أجنبي لا إرادة للدائن في إحداثه.

الشرط الأول : سبق وجود الدليل الكتابي :

- لكي يتسنى للدائن الاستعانة بشهادة الشهود أو القرائن لإثبات التصرف القانوني يجب أن يثبت أولاً حصوله على دليل كتابي كامل (٥)؛ وللدائن أن يثبت حصوله على الدليل بكافة طرق الإثبات ، لأن سبق وجود الدليل يعتبر زاعمة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات ،

(١) ليس المقصود بالدائن الشخص الذي يدين غيره فقط ، و لكنه ينصرف إلى كل من يدعى أمراً كان ثابتاً بسند مكتوب و فقد منه بسبب

أجنبي سواء كان دائناً أو مديناً ، فقد يدعى المدين أنه أوفى دينه و حصل على سند مخالصة بذلك إلا أن هذا السند فقد بسبب أجنبي ،

انظر: د.توفيق حسن فرج: قواعد الإثبات في المواد المدنية و التجارية، مرجع سابق، ص ١٠ هامش ١ .

(٢) انظر: أستاذنا الدكتور محمد شكرى سرور: موجز أصول الإثبات في المواد المدنية و التجارية، مرجع سابق، ص ١٥٣ .

(٣) انظر: د.سليمان مرقس: أصول الإثبات في المواد المدنية، مرجع سابق، ص ٤٤٠ .

(٤) انظر: د.عبدالعزیز المرسى حمود: مبادئ الإثبات في المسائل المدنية و التجارية ، مرجع سابق، ص ٢٣٣ .

(٥) انظر: د.عبدالمعظم فرج الصدة: الإثبات في المواد المدنية، مرجع سابق، ص ١٣٢ .

وكذلك على الدائن أن يثبت مضمون الدليل الكتابي واستيفائه لجميع الشروط القانونية إذا كان التصرف المراد إثباته من التصرفات التي تتطلب الكتابة كركن لانعقادها كعقد الرهن^(١). ويشترط في الدليل الكتابي أن يكون دليلاً كاملاً ، فلا يكفي أن يثبت الدائن أن الدليل المفقود كان مجرد مبدا ثبوت بالكتابة ، ذلك لأن الهدف من هذا الاستثناء حماية من لم يقصر في الحصول على دليل كتابي^(٢) ، إلا إذا أقر الخصم بسبق وجود مبدا الثبوت بالكتابة ، فهذا الإقرار يجيز الاستعانة بشهادة الشهود أو القرائن لإكمال الدليل المستمد من مبدا الثبوت بالكتابة المقر به من الخصم.

الشرط الثاني : فقد الدليل الكتابي بسبب أجنبي لا يد للدائن به :

يقع أيضاً على عاتق الدائن - إضافة إلى إثبات سبق وجود دليل كتابي - أن يثبت أن فقد الدليل الكتابي يرجع لسبب أجنبي لا يد له في إحداثه^(٣)، كأن يكون - السبب الأجنبي - قوة قاهرة كالحريق أو الكوارث الطبيعية ، أو يرجع إلى فعل المدعى عليه كما لو كان قد سرقه^(٤)، أو حصل عليه بالإكراه أو التحايل ، أو يكون فقد بسبب الغير كما لو كان مع المحامي وفقده^(٥).

ويشترط البعض^(٦) لاعتبار سبب فقد الدليل الكتابي أجنبياً يجب أن يكون غير ممكن توقعه ولا تلافى حصوله ، بينما يكفي البعض^(٧) الآخر بأن يثبت الدائن أنه لم يقصر في المحافظة على الدليل الكتابي. وعليه إذا استطاع الدائن أن يثبت الشرطين السابقين يجوز له الاستعانة بشهادة الشهود أو القرائن لإثبات التصرف القانوني بدلاً من الإثبات بالدليل الكتابي ، أياً كانت قيمة التصرف القانوني ، كذلك يجوز له إثبات ما يخالف أو ما يجاوز ما اشتمل عليه الدليل الكتابي المقدم من الخصم^(٨).

(١) انظر: د. عبدالرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، ج٢، الإثبات، مرجع سابق، ص٤٦٧.

(٢) انظر: د. طلبه وهبه خطاب: دروس في أحكام الالتزام والإثبات، مرجع سابق، ص٣٦.

(٣) راجع: نقض منى مصرى رقم ١٣٢، جلسة ١٩٤٢/٦/١٨م، مجموعة المبادئ القانونية لمحكمة النقض في ٢٥ سنة، أشار إليه د. أحمد أبو الوفا: تعليق على قانون الإثبات، مرجع سابق، ص٢٣١.

(٤) راجع: نقض منى مصرى جلسة ١٩٦٥/٥/١٨م، مجموعة أحكام النقض، س١٢، ص٤٨٥.

(٥) انظر: د. سليمان مرقس: أصول الإثبات في المواد المدنية، مرجع سابق، ص٤٤٣.

(٦) انظر: د. عبدالرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، ج٢، الإثبات، مرجع سابق، ص٤٦٨.

(٧) راجع: نقض منى مصرى رقم ٣١٦، جلسة ١٩٩٣/٤/١م، مجموعة أحكام النقض، ص٦٢ق.

(٨) انظر: د. حسن عبدالباسط جميعي: إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت، مرجع سابق، ص٦٨، كذلك

انظر: د. محمد محمد أبو زيد: تحديث قانون الإثبات، مرجع سابق، ص١٣١.

• محاولة الاستعانة بهذا الاستثناء لقبول المستند الإلكتروني في الإثبات :

- قبل صدور تشريعات تنظم الإثبات الإلكتروني وإقرار حجية لعناصر الدليل الإلكتروني ذهب البعض^(١) إلى القول بأنه لا يمكن الاستفادة من هذا الاستثناء لقبول المستندات الإلكترونية ، وذلك لعدم استكمال المستند الإلكتروني للعناصر اللازمة لإنشاء الدليل الكتابي .

فعنصر الكتابة الإلكترونية لا تستوعبه قواعد الإثبات التقليدية وكذلك الحال بالنسبة للتوقيع الإلكتروني، إلا أنه بصدور تشريعات تقر بمبدأ التكافؤ الوظيفي بين عناصر الدليل الكتابي التقليدي وعناصر الدليل الإلكتروني ، فإنه أصبح من الممكن إثبات التصرفات القانونية التي تتم عبر شبكة الإنترنت أو على الوسائط الإلكترونية ، بشهادة الشهود أو القرائن في حال ان فقد الدليل الإلكتروني؛ وذلك إذا توافر الشرطان السابقان مع اختلاف أو التوسع في الشرط الثاني (السبب الأجنبي)، فقد يكون سبب فقد المستند الإلكتروني انقطاع التيار الكهربائي فجأة مما يؤدي إلى إتلافه، أو دخول فيروس إلى قاعدة بيانات الحاسب الآلي أو إلى القرص الممغنط أو الضوئي، أو التداخل في خطوط شبكة الإنترنت، أو بسبب عدم قدرة الوسيط الإلكتروني على الاحتفاظ بها لمدة طويلة أو بسبب حوادث استثنائية^(٢) ، حيث يعتبر اختفاء هذه المعلومات من قبيل فقد السند الكتابي بسبب أجنبي لا يد للمدعى فيه ، ومن ثم يجوز إثبات هذه التصرفات بكافة طرق الإثبات، ومن بينها النسخ المطبوعة على الآلة الطابعة من هذه الوسائط^(٣) .

(١) انظر: د. جمال عبدالرحمن محمد علي: الحجية القانونية للمستندات الإلكترونية، مرجع سابق، ص ٤٢.

(٢) انظر: د. محمد المرسي زهرة: الحاسوب والقانون، مرجع سابق، بند ١٠٧، ص ١٣٤.

(٣) انظر: د. محمد حسام الدين لطفى: الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية، مرجع سابق، ص ٦٢.

الخاتمة

يعد الإثبات الوسيلة العلمية التي بموجبها يحفظ الأشخاص علي حقوقهم ومصالحهم، كما أن الإثبات يعتبر الأداة الضرورية لتي يعول عليها القاضي عند إظهار الحقيقة، وفي الآونة الأخيرة أثبتت تساؤلات قانونية حول قبول الأدلة التي يستخدم في تكوينها وسائط الكترونية في الإثبات، فإذا تطور تكنولوجيا المعلومات واستخدامها في معالجة البيانات ظهرت للواقع العلمي وسائط حديثة في إبرام التصرفات القانونية تختلف في طبيعتها عن الوسائل التي اعتاد الأشخاص علي استخدامها؛ ومع الدخول الفعلي لهذه الوسائط حيز إبرام التصرفات، ظهرت مصطلحات جديدة في المجال القانوني الأمر الذي ترتب عليه طرح تحديات جديدة علي الصعيد القانوني تتمثل في عدم استيعاب القواعد القانونية الحالية لهذه المصطلحات المستحدثة، وانطلاقاً من ذلك وجدت الحاجة إلي ضرورة تطوير هذه القواعد لكي تستوعب المصطلحات المستحدثة

أولاً: النص علي مبدأ التكافؤ بين عناصر الدليل التقليدي والإلكتروني:

لقد ساوت التشريعات التي نظمت الإثبات في المجال الإلكتروني بالقوة الثبوتية بين عناصر دليل الإثبات الإلكتروني وبين عناصر دليل الإثبات التقليدي، فقد اعترفت التشريعات بحجية عناصر دليل الإثبات في المجال الإلكتروني ومنحتها ذات الآثار القانونية التي ترتبها عناصر دليل الإثبات التقليدي، ولكن لكي يتمتع التوقيع بالشكل الإلكتروني بذات الحجية المقررة للتوقيع التقليدي ،

ثانياً : تطور وسيلة التوقيع :

يعتبر التوقيع التقليدي - بأشكاله المختلفة - العنصر الثاني بعد الكتابة في السندات التي تدون علي دعامات ورقية، بل أن التوقيع حسب رأي المرحوم العلامة عبد الرزاق السنهوري الشرط الوحيد لصحة السندات العادية المعدة للإثبات، والسبب في جوهرية التوقيع تنبع من أنه يعبر عن إرادة الشخص الموقع في الإلتزام بما ورد في السند، كما أنه يحدد هوية هذا الشخص، إلا أنه مع تغير طبيعة الدعامة من الورق إلي طبيعة إلكترونية لم يعد استخدام التوقيع بشكله التقليدي ملائماً لهذه الدعامة، مما يستوجب البحث عن وسيلة أخرى تتلائم طبيعتها مع هذه الدعامة بشرط أن تحقق الوظائف التي يحققها التوقيع التقليدي وهذه الوسيلة تم ابتكارها وأطلق عليها التوقيع الإلكتروني.

وبما ان التوقيع بالشكل الإلكتروني واقعة مستجدة علي الفكر القانوني فقد صدرت تشريعات - دولية وإقليمية وونية - نظمت أحكامها التوقيع الإلكتروني بشكل خاص والإثبات

الإلكتروني بشكل عام، وإزالة الغموض عن هذا المفهوم الحديث اوردت هذه التشريعات أحكاماً بينت بها ماهية التوقيع بالشكل الإلكتروني، بل أن بعض هذه التشريعات - كالتشريع الفرنسي - منحت تعريفاً محدداً وواضحاً لمفهوم أو ماهية التوقيع يشتمل التوقيع التقليدي والإلكتروني وأي شكل آخر يظهر مستقبلاً.

ثالثاً ضرورة وجود طرف ثالث يصادق علي صحة المستند والتوقيع بالشكل الإلكتروني :

نظراً لغياب العلاقة المباشرة بين الأطراف في معظم التصرفات التي تتم عبر الوسائط الإلكترونية خاصة التي تتم عن طريق الإنترنت، فإن توافر عنصر الثقة والأمان في هذه التصرفات يعد عنصراً أساسياً وضرورياً لتطويرها وانتشارها، وإعمالاً لتوفير هذه العنصر عملت التشريعات التي نظمت الإثبات في المجال الإلكتروني علي إيجاد طرف ثالث وظيفته توطيد العلاقات وتوثيقها بين أطراف التصرف وذلك من خلال شهادة إلكترونية يصدرها تحتتوي علي مجموعة من البيانات وظيفتها تأكيد العلاقة ما بين الموقع وتوقيعه الإلكتروني؛ وأظهرت هذه الدراسة حجية التوقيع الإلكتروني في الحالات المدنية المستثناة من مبدأ وجوب الإثبات بالكتابة، في هذه الحالات تتمثل في مبدأ الثبوت بالكتابة، ووجود مانع يحول دون الحصول علي دليل كتابي، وفقد الدليل الكتابي بسبب أجنبي لا يد للدائن فيه.

وفي نهاية هذه الدراسة، يمكن أن نستخلص النتائج الآتية:

أولاً: لم يكن المشرع موقفاً عندما تضمن القانون رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤ سالف الذكر توسعاً في النصوص الخاصة بهيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات، إذ كان الأفضل بالمشرع أن يكتفي بوضع الأساس القانوني لعمل الهيئة، ويترك التفاصيل، مثل أهداف الهيئة وأغراضها ومواردها ومصادر تمويلها، لللائحة التنفيذية، أو أن يصدر تشريعاً آخر ينظم عمل الهيئة ويكون منفصلاً عن قانون التوقيع الإلكتروني، خاصة وأنه لا يوجد تلازم بين الموضوعين^(١).

ثانياً: أن المشرع قد جانبه الصواب عندما أصدر تشريعاً مستقلاً، عن القانون المدني وقانون الإثبات لتنظيم التوقيع الإلكتروني، علماً بأن هذه التشريع وثيق الصلة بقانون الإثبات، إذ كان من الأجدى أن يكون مكانه في هذا القانون الأخير، بدلاً من بعثرة موضوعات الإثبات بين القانونين، الأمر الذي يؤدي الي ارهاق الباحثين القانونيين والقضاة وتضييع وقتهم وجهدهم بين أكثر من قانون لمعرفة حكم مسألة معينة متعلقة بالإثبات. علي

(١) أيمن سعد سالم ، التوقيع الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص ٩٤ وما بعدها - خالد مصطفى فهمي ، النظام القانوني للتوقيع

الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص ٢٥٤.

العكس من ذلك، نلاحظ أن المشرع الفرنسي أدرج النصوص المتعلقة بالتوقيع الإلكتروني في المبحث الأول الخاص بالإثبات بالكتابة De la preuve littérale من الفصل السادس بشأن إثبات الالتزامات De la preuve des obligations في القانون المدني، فلم يفرد قانوناً خاصاً لهذا التوقيع، بل جعل قانون التوقيع الإلكتروني ضمن ثنايا القانون المدني الخاص بالإثبات.

ثالثاً: عالج المشرع حجية التوقيع الإلكتروني في أكثر من مادة، حيث قررت هذا الحجية المادة ١٤ من قانون التوقيع الإلكتروني، إذ نصت علي أنه " التوقيع الإلكتروني "، في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية، ذات الحجية المقررة للتوقيعات في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية...."، وكررت المادة ١٨ من ذات القانون نفس حكم المادة ١٤ سالفه الذكر، فنصت علي أنه " يتمتع التوقيع الإلكتروني والكتابة الإلكترونية والمحررات الإلكترونية بالحجية في الإثبات، إذا ما توافرت الشروط الآتية....."، وكان يجب علي المشرع أن يبتعد عن هذا النكرار وألا ينزلق فيه، باعتبار أن المشرع منزه عن اللغو والتزيد دون داع.

قائمة المراجع

أولاً : باللغة العربية:

(١) الكتب العامة:

- أحمد سلامة:
- مذكرات في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، الكتاب الأول، ١٩٩٦.
- أحمد شرف الدين :
- أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الطبعة الأولى، طبعة نادي القضاة، ٢٠٠٤
- أحمد نشأت :
- رسالة الإثبات، الجزء الأول، بدون تاريخ نشر.
- أشرف جابر سيد :
- موجز أصول الإثبات، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣.
- حمام الدين كامل الأهواني :
- النظرية العامة للالتزام، المصادر الإرادية للالتزام، الجزء الأول، المجلد الأول، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٠ م.
- حمدي عبدالرحمن :
- فكرة القانون، تعريف القانون أهدافه - أساسه - نظرية القاعدة القانونية، مصادر القانون، الطبعة الثانية، ١٩٧٨ م.
- الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، المصادر الإرادية للالتزام، العقد والإرادة المنفردة، الكتاب الأول، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ١٩٩٩ م.
- سليمان مرقس :
- الوافي في شرح القانون المدني، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية، الأدلة المطلقة، الجزء الخامس، المجلد الأول، الطبعة الخامسة، ١٩٩١ م.
- الوافي في شرح القانون المدني، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية، الأدلة المقيدة، الجزء الخامس، المجلد الثاني، الطبعة الرابعة القاهرة، ١٩٩١ م.
- طلبه وهبه خطاب:
- دروس في أحكام الالتزام والإثبات، ٢٠٠٥ م.
- عباس العبودي:

- شرح أحكام قانون الإثبات المدني، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع بالأردن، ١٩٩٩ م.
- عبدالرزاق أحمد السنهوري:
- الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات وآثار الالتزام، الجزء الثاني، تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي، منشأة المعارف بالأسكندرية، ٢٠٠٤ م.
- عزالدين الدناصوري وحامد عكاز:
- التعليق على قانون الإثبات، الطبعة الخامسة، ١٩٩١ م.
- عصام أنور سليم:
- قواعد الإثبات في القانون المصري واللبناني، الدار الجامعية بيروت، ١٩٩٧ م.
- محمد السعيد رشدي:
- الإثبات في المواد المدنية والتجارية وفقا للقانون المصري والكويتي، الطبعة الأولى، مؤسسة دار الكتب بالكويت، ١٩٩٥ - ١٩٩٦ م.
- محمد حسام محمود لطفي:
- النظرية العامة للالتزام، المصادر - الأحكام - الإثبات، دراسة تفصيلية في ضوء آراء النقض وأحكام القضاء، القاهرة، الكتاب الثالث، ٢٠٠٧ م.
- محمد حسين منصور:
- الإثبات التقليدي والإلكتروني، دار الفكر الجامعي بالأسكندرية، ٢٠٠٦ م.
- محمد شكري سرور:
- شرح قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية الكويتي، الطبعة الأولى، مطبوعات وحدة التأليف والترجمة والنشر، ١٩٩٤ م.
- محمد علي عمران:
- مصادر الالتزام، المصادر الإرادية وغير الإرادية، مكتبة سعيد رأفت، ١٩٨٤ م.
- نبيل إبراهيم سعد:
- الإثبات في المواد المدنية والتجارية في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف بالأسكندرية، ٢٠٠٠ م.
- نبيل إبراهيم سعد، وهمام محمد محمود زهران:
- أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠١ م.

Foreign references:**A-books:**

- An act concerning the Connecticut uniform electronic transaction act, raised Bill No. 561, February, 2002.
- Bernard d. reams. Jr: electronic contraction law, eke and business transaction, Clark board man Callaghan, 1997.
- Benjamin Wright & Jane K. Winn: The law of electronic commerce, a division of aspen publishing-INC, New York, USA, 2000.
- Herny H. PERRITT, JR: law and the information, superhighway, Wiley law, 28\12\1996.
- Harold S, Burman: United nation as, uncitral model law on electronic commerce, December, 16- 1996.
- Joan E. Feldman: collecting and preserving Electronic Media.
- Jeffrey b. titter & j. Keith Harmon: electronic data interchange, the foundation technology for electronic,1996.
- John Buzzard: Poison Evidence, Lied, London 1970.
- National office for formation Economy: Preliminary Findings from E-government Benefits Study, 2002.
- G.D. Nokes: An introduction to Evidence, London, 1967.
- Richard Van Dili zed: Guidelines for State Trial Courts Regarding Discovery of Electronically-Stored Information, August 2006.
- Wright (B): Distribution the risks of electronic signatures, practice law institute-PLI order No. G4- 3988- September 1996.

B-Foreign Statutes:**القوانين الأجنبية**

- Australian of Evidence Act 1995, Amendments up to Act No.116 of 2007.
- Colorado Revised Statues, Title 24 Government-state Electronic Transactions Act, 2005.

[Http://Www.SOS.State.co](http://Www.SOS.State.co).

- Colorado Revised Statues, Title 13 courts and court procedure, Article 25, Evidence-General provisions.
Www.Sos.state.co.us/pubs/UETA/UETA_statuteJVIenu.html.