جامعة القاهرة

كلية الحقوق

الدراسات العليا

قسم القانون المدني

التوقيع الإلكتروني وحجيته في الإثبات

بحث مقدم ضمن متطلبات الحصول درجة الدكتوراه في الحقوق

من الطالب

أحمد ضيف الله

مـقــدمــة

إن التوقيع هو الشرط الأساسي لإثبات إرادة الأطراف في أي دليل كتابي رسمي كان أو عرفي، فالورقة الرسمية يشترط لقبولها أن تتضمن أولا توقيع ذوى الشأن، ثم صدورها ثانيا من موظف عام في حدود اختصاص وظيفته، بيد أن الورقة العرفية التي لا يتدخل فيها موظف عام، فلكى يكون لها حجية في الإثبات اشترط القانون أن تكون موقعة من أصحاب الشأن التي تكون الورقة بما فيها حجة عليهم.

ومن هنا فإن التوقيع هو الشرط الأساسي والجوهري يقوم عليه إثبات ما اتجهت إليه إرادة أطراف أي محرر سواء كان رسميًا أو عرفيًا، عاديًا كان أم إلكترونيا، وعلى ذلك يمكن تقسيم دراستنا في هذا البحث إلى مباحث ثلاث، نتناول في أولهم ماهية بالتوقيع الإلكتروني، وفي الثاني شروط التوقيع الإلكتروني، وفي الثالث مدى حجية التوقيع الإلكتروني في إثبات إرادة الأطراف.

المبحث الأول

ماهية التوقيع الإلكتروني

رغم أهمية التوقيع والمكانة المتميزة التي يحتلها في عملية إثبات المحررات، فلا تثبت أى ورقة لشخص إلا بوجود توقيعه عليها، فإن المشرع والقضاء لم يتطرقوا إلى تعريف التوقيع، ومن هنا كان دور الفقه القانوني الذى حمل عبء وضع تعريف للتوقيع.

فالتوقيع في اللغة بمعنى: التأثير القليل الخفيف، يقال: جنب هذه الناقة موقع إذا أثرت فيه حبال الأحمال تأثيرًا خفيفًا، والتوقيع: أثر الكتابة في الكتاب، ومنه استعير التوقيع في القصص، والتوقيع ى الكتاب: إلحاق شيء به بعد الفراغ منه، فكان الموقع في الكتاب يؤثر في الأمر الذى كتب الكتاب فيه ما يؤكده ويوجبه(١٥٥٥).

وفى الاصطلاح :" هو كتابة الشخص أسمة في محرر بالطريقة التى يتخذها عادة موافقة على ما في المحرر"(١٥٥٦).

أما التوقيع في القانون، فقيل بأنه يطلق ويراد به معنين(١٥٥٧):

الأول: هو عملية التوقيع ذاتها، أى واقعة وضع الإمضاء أو أى إشارة أخرى على محرر يحتوى على معلومات معينة.

والثانى: هو علامة أو إشارة تسمح بتميز شخص الموقع.

وأوردت المادة (١٤) من قانون الإثبات المصرى ما نصه " يعتبر المحرر العرفى صادرًا ممن وقعة ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة".

(١٥٥٥) لسان العرب – لابن منظور (٤٠٦/٨)، مادة (وقع)، والتعريف للمناوى، ص ٧٣٢.

(١٥٥٦) د. محمد رواس قلعة جى – د. حامد صادق قنبى، معجم لغة الفقهاء، ص ١٥١.

(١٥٥٧) د. محمد المرسى زهرة، مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات - دراسة مقارنة، مجلة شؤون اجتماعية، العدد الثامن والأربعون، السنة الثانية عشر، ١٩٩٥، ص٨٥-٨٨.

كما نصت المادة (م/١٠) من قانون الإثبات المصري كذلك على أن "المحررات الرسمية هى. . . . . ، فإذا لم تكسب هذه المحررات صفة رسمية، فلا يكون لها إلا قيمة المحررات العرفية متى كان ذوى الشأن قد وقعودها بإمضاءاتهم أو بأختامهم أو ببصمات أصابعهم".

وقد قررت المادة (٨) من قانون الإثبات الكويتي نفس المبدأ العام بقولها " الأوراق الرسمية هي. . . . . ، فإذا لم تكسب هذه الأوراق صفة رسمية فلا يكون لها إلا قيمة الأوراق العرفية متى كان ذوو الشأن قد وقعوها بإمضاءاتهم أو بأختامهم أو ببصمات أصابعهم.

وعلى هذا النحو فقد أوضح كلا من المشرع المصرى والكويتى شكل التوقيع التقليدى، وهى كما نص على الترتيب: الإمضاء – الختم– البصمة، ولم يضع تعريف محدد لاى منهم، فكان حريا بالفقه القانونى بذل الجهد للوصول إلى تعريفٍ للتوقيع.

فعرفه البعض بأنه كل علامة شخصية توضع كتابة بحيث تتيح تحديد شخص محدثها على وجه لا يتطرق إليه أى شك، وتتم عن إرادته التى لا يحيطها أى غموض، في قبول مضمون المستند أو المحرر(١٥٥٨). وعرفه آخرون بأنه: علامة شخصية خاصة ومميزة، يضعها الشخص باسمه أو ببصمته أو بأى وسيلة أخرى على مستند لإقراره والالتزام بمضمونه(١٥٥٩). وقيل بأنه وضع علامة على سند، أو بصمة إبهام، للتعبير عن القبول بما ورد فيه(١٥٦٠)، أو أنه أية علامة مميزة وخاصة بالشخص الموقع تسمح بتحديد شخصيه والتعرف عليها بسهولة، وبشكل يظهر إرادته الصريحة في الرضا بالعقد(١٥٦١)؛

(1558) MARTIN(S). TESSALONIKOS(A. .) et BENSOUSSAN(A. .). la signature electronique، premieres reflexions apres la publication de la directive du 13 decembre1999 et la lio du 13 mars 2000. Gaz. Dupal. . recueiljuillet– aout 2000 . p. 1274.

(١٥٥٩) د. محمد المرسى زهرة، مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، مرجع سابق، ص٨٨.

(١٥٦٠) د. عباس العبودى، الإثبات عن طريق وسائل الاتصال الفورى وحجيتها في الإثبات المدنى– دراسة مقارنة، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع – عمان، لسنة ١٩٩٧، ص ١٣٧.

(١٥٦١) بكوش يحيى، أدلة الإثبات في القانون المدنى الجزائري والفقه الإسلامي، الجزائر- ١٩٨٠، ص١٠٣.

وقيل بأنها " كل وسيلة تقوم بوظيفتى التوقيع، وهما تعيين صاحبها وإنصراف إرادته نهائيا بالالتزام بمضمون ما وقع عليه، تعد بمثابة توقيع(١٥٦٢).

ومما سبق من تعريفات نجد أن كل التعريفات وإن كانت قد اختلفت بين التوسعة والتضييق في التعريف بالتوقيع، فمنهم من وسع بحيث ادخل كل ما يبرز شخصية الموقع كالختم وغيره، بينما نجد البعض الآخر قد ضيق في التعريف بحيث قصره على التوقيع باليد كتابة، إلا أنهم اتفقوا فيما يجب توافره في التوقيع فتطلبوا ضرورة توافر أمرين(١٥٦٣):

الأول: أن يكون التوقيع محددا لصاحبة.

الثانى: أن يدل على انصراف إرادته للالتزام بما وقع عليه.

وفي مجال التوقيع الإلكتروني فقد تشابهت التعريفات التى تناولت التوقيع الإلكتروني في كثير من التشريعات التى نظمته، رغم اختلاف الألفاظ المستخدمة فيه، فهناك بعض التشريعات التى تنظم التوقيع الإلكتروني في قانون خاص مثل قانون الأمم المتحدة النموذجى بشأن التوقيعات الإلكترونية لعام ٢٠٠١، وقانون التوقيع الإلكتروني المصرى رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٤، وقد قامت بعض التشريعات الأخرى بتنظيم التوقيع الرقمي ضمن قانون موحد للمعاملات والتجارة الرقمية: مثل القانون التجارة الإلكتروني الكويتي، وأيضا القانون التونسي رقم (٨٣) لسنة ٢٠٠٠ بشأن المبادلات والتجارة الإلكترونية، والقانون الأردني رقم (٨٥) لسنة ٢٠٠١ بشأن المعاملات الإلكترونية، والقانون الإماراتي رقم (٢) لسنة ٢٠٠٢ بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية، والقانون البحريني للتجارة الإلكترونية الصادر في (١٤) سبتمبر ٢٠٠٢، وأخيرا حاول بعض الفقه تعريف التوقيع الإلكتروني انطلاقا من عناصره التي تميزه عن التوقيع التقليدي، وسوف نتناول مفهوم التوقيع الإلكتروني لدى كل من الفقه والقوانين والأنظمة وذلك على النحو التالي:

(١٥٦٢) د. محمد حسام محمود لطفى، استخدام وسائل الاتصال الحديثة في التفاوض على وإبرام العقود، القاهرة سنة ١٩٩٣، ص٢٢.

(١٥٦٣) د. محمد حسام محمود لطفى، استخدام وسائل الاتصال الحديثة في التفاوض على وإبرام العقود، مرجع سابق، ص٢٢.

أولًا: تعريف التوقيع الإلكتروني في الفقه

عرفه البعض بأنه: "كل إشارات أو رموز أو حروف مرخص بها من الجهة المختصة باعتماد التوقيع أو مرتبطة ارتباطًا وثيقًا بالتصرف القانونى، تسمح ببيان شخص صاحبها وتحديد هويته، وتتم دون غموض عن رضائه بهذا التصرف القانوني"(١٥٦٤).

كما عرفه البعض بأنه: "تعبير شخص عن إرادته في التزام بتصرف قانوني معين عن طريق تكوين لرموز سرية يعلمها هو وحده تسمح بتحديد هويته"(١٥٦٥).

وقد عرفه آخرون بأنه (بيان مكتوب بشكل إلكتروني يتمثل في حرف أو رقم أو رمز أو إشارة أو صوت أو شفرة خاصة ومميزة ينتج من إتباع وسيلة آمنة، وهذا البيان يلحق أو يرتبط منطقيا ببيانات المحرر الإلكتروني في الدلالة على هوية الموقع على المحرر والرضاء بمضمونه)(١٥٦٦).

ورغم تعبير كل من هذه التعريفات عن مضمون وماهية التوقيع الإلكتروني إلى أنها قد شابها القصور حيث يؤخذ على بعضها الإسهاب والتطويل وعلى البعض الآخر عدم شمولها لجميع العناصر والخصائص المميزة للتوقيع الإلكتروني، ومن هنا يرى الباحث أن أفضل التعريفات التى قالها الفقهاء في التوقيع الإلكتروني هو " مجموعة من الإجراءات التقنية التى تسمح بتحديد شخصية من تصدر عنه هذه الإجراءات وقبوله بمضمون التصرف الذى يصدر التوقيع بمناسبته"(١٥٦٧).

ثانيًا: تعريف التوقيع الإلكتروني في تشريعات الدول :

عرفه القانون الفرنسي في المادة١٣١٦/٤ من التقنين المدني الفرنسي المعدلة بقانون التوقيع الإلكتروني الفرنسي رقم ٢٠٠٠/٢٣٠، وذلك بعد أن نص على قبول الكتابة الإلكترونية واعتبارها كالكتابة الورقية، وذلك في المادة (١٣١٦/١) فنص على إن التوقيع الإلكتروني هو: (التوقيع الضروري لإتمام التصرف القانوني الذي يميز هوية من وقعه، ويعبر عن رضائه بالالتزامات التي تنشأ عن هذا

(١٥٦٤) د. ثروت عبدالحميد، التوقيع الإلكتروني، مرجع سابق، ص٤٩، ٥٠.

(١٥٦٥) د. أيمن سعيد سليم، التوقيع الإلكتروني - دراسة مقارنة، دار النهضة العربية – القاهرة، ٢٠٠٤، ص٢٢.

(١٥٦٦) د. عبد العزيز المرسى حمود، مدى حجية المحرر الإلكتروني، مرجع سابق، ص٢٩-٣٠.

(١٥٦٧) د. حسن عبدالباسط جميعى، مرجع سابق، ص٣٤-٣٥.

التصرف وعندما يكون إلكترونيا فيجب أن يتم باستخدام وسيلة آمنة لتحديد هوية الموقع وضمان صلته بالتصرف الذي وقع عليه)[١٥٦٨].

أما في الدول العربية فنجد المشرع المصرى قد تناول التوقيع الإلكتروني في المادة (١/ج) من قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم ٢٠٠٤/١٥ بأنه: (ما يوضع على محرر إلكتروني ويتخذ شكل حروف أو رموز أو إشارات أو غيرها ويكون له طابع منفرد يسمح بتحديد شخص الموقع ويميزه عن غيره) [١٥٦٩]، أما القانون الكويتى فلم يوجد به نص يعرف التوقيع الإلكتروني [١٥٧٠]. إلا إن مشروع قانون التجارة الإلكتروني الكويتي في مادته الأولى فقرة "٥" قد عرفه بأنه "ما يوضع على المستند الإلكتروني ويتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غير ذلك ويكون له طابع متفرد يسمح بتحديد شخص الموقع ويميزه عن غيره".

(١٥٦٨) د. قدري عبد الفتاح الشهاوي، قانون التوقيع الإلكتروني ولائحته التنفيذية والتجارة الإلكترونية في التشريع المصري والعربي والأجنبي، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٣٢.

(١٥٦٩) الجريدة الرسمية، العدد (١٧) تابع (د) في ٢٠٠٤/٤/٢٢م.

(١٥٧٠) أما الإمارات العربية فقد صدر بها قانون المعاملات التجارية الإلكترونية رقم (٢) لسنة ٢٠٠٢، والذى ورد بمادته الثانية تعريفا للتوقيع الإلكتروني بأنه " توقيع مكون من حروف أو أرقام أو رموز أو أصوات أو نظام معالجة ذى شكل إلكتروني وملحق أو مرتبط منطقيا برسالة الكترونية وممهور بنية توثيق أو اعتماد تلك الرسالة: د. محمد حسام لطفى: الإطار القانونى للمعاملات الإلكترونية، مرجع سابق، ص١٦٨، مندى عبدالله محمود حجازى، التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنت واثبات التعاقد الإلكتروني وفقا لقواعد الفقه الإسلامي والقانون المدنى – دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه- كلية الشريعة والقانون – جامعة الأزهر، سنة ٢٠٠٩، ص٤٣٩.

وقد أشار القانون إلى التوقيع الإلكتروني المحمى بأنه التوقيع الإلكتروني المستوفى لشروط المادة (٢٠) من هذا القانون، وبالرجوع إلى نص المادة (٢٠) التى وردت تحت عنوان التوقيع الإلكتروني المحمى وجدناها تنص على ما يلى:

١- يعامل التوقيع على أنه توقيع محمى إذا كان من الممكن التحقيق من خلال تطبيق إجراءات توثيق محكمة منصوص عليها في هذا القانون أو معقولة تجاريا ومتفق عليها بين الطرفين من إن التوقيع الإلكتروني كان في ذلك الوقت الذى تم فيه: أ) ينفرد به الشخص الذى استخدمه.

ب) ومن الممكن أن يثبت هوية ذلك الشخص .

ج) وأن يكون تحت سيطرته التامة سواء بالنسبة لإنشائه أو وسيلة استعماله وقت التوقيع.

د) ويرتبط بالرسالة الإلكترونية ذات الصلة به بطريقة توفر تأكيد يعول عليه حول سلامة التوقيع، بحيث إذا تم تغير السجل الإلكتروني فإن التوقيع الإلكتروني يصبح غير محمى .

وعلى الرغم من أحكام المادة (٢١) من هذا القانون وما لم يثبت العكس يعتبر الاعتماد على التوقيع الإلكتروني المحمى معقولا ".

ومن ثم نجد في النص السابق أن المشرع الاماراتى قد اعترف بالتوقيع الإلكتروني ولكنه بالغ في ضرورة صحته، ولا يكون ذلك إلا من خلال إتباع طريقه صحيحة يمكن التثبت منها من خلال ثلاثة محاور: أولا: تطبيق إجراءات محكمة. وثانيا: معقولة تجاريا.

وثالثا: متفق عليها بين الطرفين. أما القانون الأردني: فقد عرف المشرع الأردني التوقيع الإلكتروني في المادة الثانية بأنه " البيانات التى تتخذها هيئة حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها وتكون مدرجة بشكل الكترونى أو رقمى أو ضوئى أو أى وسيلة أخرى مماثلة في رسالة معلومات أو مضافة عليها أو مرتبطة بها ولها طابع يسمح بتحديد هوية الشخص الذى وقعها ويميزه عن غيره من اجل توقيعه بغرض الموافقة على مضمونه".

ووفقا للمادة السابعة من ذات القانون فقد أعطى المشرع الأردني الحجية الكاملة للتوقيع الإلكتروني، شانه في ذلك شأن التوقيع التقليدى . انظر: الصالحين محمد العيش، الكتابة الرقمية، مرجع سابق، ص ١٧٤.

- القانون التونسى: لم يرد نص في القانون التونسى بشأن المبادلات والتجارة الإلكترونية يتضمن تعريفا للتوقيع الإلكتروني، وكتفى بتعريف العناصر المؤدية له، حيث تناولت المادة الثانية منه تعريف منظومة إحداث الإمضاء بأنها " مجموعة وحيدة من عناصر التشفير الشخصية أو مجموعة من المعدات الشخصية المهيأة خصيصًا لإحداث إمضاء الكترونى". انظر: الصالحين محمد العيش، المرجع السابق. كما ورد في ذات المادة تعريف منظومة التدقيق في الإمضاء بأنها :" مجموعة من عناصر التشفير العمومية أو مجموعة من المعدات التى تمكن من التدقيق في الإمضاء الإلكتروني".

- القانون البحريني: عرف المشرع البحريني التوقيع الإلكتروني في المادة (١) من قانون التجارة الإلكترونية بأنه: " معلومات في شكل الكترونى تكون موجودة في سجل الكترونى أو مثبته أو مقترنة به منطقيا، ويمكن للموقع استعمالها لإثبات هويته". انظر: الصالحين محمد العيش، المرجع السابق.

وما يفهم من تعريف القانون المصرى وكذا الكويتى في مشروع قانون التجارة الإلكترونية للتوقيع الإلكتروني، أنهما بعد التأني في التناول لهذا النوع من التوقيعات نجدهما قد توسعا في الأخذ بالتوقيع الإلكتروني مطلقا، حيث لم يشير أى منهما إلى أى نوع من التوقيعات أو أسلوب أفراغها بقدر ما اهتم بنسبته إلى صاحبه.

ثالثًا: تعريف التوقيع الإلكتروني وفقا لقوانين المنظمات الدولية:

نبدأ بالقانون النموذجي للأمم المتحدة، فلم يتضمن قانون الأمم المتحدة النموذجى للتجارة الإلكترونية الذى صدر عام ١٩٩٦ تعريفا للتوقيع الإلكتروني[١٥٧١]، واكتفى بتحديد الشروط الواجب توافرها في التوقيع وذلك في المادة السابعة منه والتى نصت على أنه " عندما يشترط القانون وجود توقيع من شخص، يستوفى ذلك الشرط بالنسبة إلى رسالة البيانات، إذا:

أ- استخدمت طريقة لتعيين هوية ذلك الشخص والتدليل على موافقة ذلك الشخص على المعلومات الواردة في رسالة البيانات.

ب- كانت تلك الطريقة جديرة بالتعويل عليها بالقدر المناسب للغرض الذى أنشئت أو أبلغت من أجله رسالة البيانات، في ضوء كل الظروف بما في ذلك أى اتفاق متصل بالأمر".

ولكن بعد فترة قامت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى (اليونسترال) بإصدار قانون يمثل مجموعة من القواعد التى ينبغى على الدول الأعضاء في الأمم المتحدة أن تضعها في الاعتبار عند تعديل قوانينها الحالية، أو وضع قوانين جديدة بشان تنظيم المعاملات والتوقيعات الرقمية، وذلك في دورته الرابعة والثلاثون المنعقدة في فينا في الفترة من (٢٥) يونيو إلى (١٣) يوليو ٢٠٠١.

(١٥٧١) بينما يرى البعض أن ذلك لا يخرج عن كونه تعريفا للتوقيع الإلكتروني: د. إيمان مأمون أحمد سليمان، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص٢٤٨.

وقد نص هذا القانون في المادة (٢/أ) تعريفا للتوقيع الإلكتروني بأنه " بيانات في شكل إلكتروني مدرجة في رسالة بيانات، أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقيا، ويجوز أن تستخدم لتعين هوية الموقع بالنسبة لرسالة البيانات، ولبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات ".

وقد ورد بالفقرة (د) من هذه المادة تعريف الموقع بأنه:" شخص حائز على بيانات إنشاء توقيع، ويتصرف إما بالأصالة عن نفسه، وإما بالنيابة عن الشخص الذى يمثله".

وقد قامت اللجنة الأوروبية في (١٦) يونيو ١٩٩٨ باقتراح توجيه يتعلق بالإطار العام للتوقيع الإلكتروني، وتم إقراره في (١٣) ديسمبر ١٩٩٩، فعرفت (م/٢) التوقيع الإلكتروني بأنه عبارة عن " بيانات في شكل إلكتروني متصلة أو مرتبطة منطقيا ببيانات إلكترونية أخرى وتخدم طريقة التوثيق"(١٥٧٢).

إلا إن التوجه الأوروبي ١٩٩٩/٩٣ بين نوعين من التوقيعات الإلكترونية (١٥٧٣):

– التوقيع البسيط.

– والتوقيع الإلكتروني المتقدم.

ففيما يخص بالتوقيع البسيط فقد ألزم التوجه من يتمسك به أن يثبت أمام القاضي بأن التوقيع قد تم بطريقة تقنية موثوق بها.

أما بالنسبة للتوقيع الإلكتروني المتقدم، فهو التوقيع المعتمد من أحد مقدمى خدمات التوثيق والذى يسند إليه التحقق من نسبة التوقيع لصاحبه، ويعطى لهذا النوع الأخير من التوقيع نفس قيمة التوقيع التقليدى في الإثبات.

وبعد عرضنا لمختلف التعريفات للتوقيع الإلكتروني نود أن نوضح أن معظم التشريعات تتمنى مبدأ المساواة بين كل من الكتابة الإلكترونية والكتابة التقليدية، كما أن تساوي بين التوقيع الإلكتروني والتوقيع

(١٥٧٢) المرجع السابق، ص٢٤٩.

(١٥٧٣)Directive 1999/93/CE du parliament Europeen et du 13 decembre 1999 L. 13 du 19 Janvier 2000 & 20.

التقليدي، إلا انه تصور إشكالية في حالة استلزام القانون شكلا معينا لانعقاد التصرف، فهل يتم التضحية الشكلية انسياق وراء المبدأ العام القائم على المساواة ؟ أم أن المبدأ العام وهو المتعلق بالإثبات فحسب وبالتالي فلا يتم المساس بالشكلية ؟

وفي هذا الصدد اقترحت بعض التشريعات الحلول لهذه الإشكالية القائمة، حيث أثارت الشكلية الإلكترونية حفيظة مختلف القوانين والتشريعات فبدأت تتصارع في وضع حلول لهذه الأزمة، وفي سبيل ذلك ذهبت معظم التشريعات إلى استبعاد تطبيق القواعد الخاصة بالعقود الإلكترونية على بعض التصرفات المهمة.

وقد فضلت للتشريعات أن يتم إبرام تلك تصرفات في الشكل التقليدي بدون الشكل الإلكتروني، وذلك لمراعاة إعتبارات من أهمها [١٥٧٤]:

١- عدم اتصال بعض التصرفات بالمعاملات الإلكترونية التجارية وإنما هي تصرفات توعد في أصلها شخصية أو مدنية بحته كمثل الزواج والهبة والوصية.

٢- الأهمية البالغة وخطورة بعض التصرفات مثل رهن السفن والحقوق الواردة على العقار بصفة عامة.

ومن التشريعات التي تبنت منهج استبعاد بعض التصرفات من نطاق الشكلية القانون الأمريكي الموحد للتجارة الإلكترونية، حيث نص على أن: هذا القانون لا يطبق على معاملة من المعاملات بقدر ما يخضع تنظيمها القانون يحكم إنشاء وتنفيذ الوصايا أو ملاحقها أوالائتمانات الايصائية [١٥٧٥].

كما نجد أن القانون الفيدرالي الأمريكي بشأن التوقيع الإلكتروني لسنة ٢٠٠٠، قد حدد بعض الاستثنائية التي لا ينطبق عليها هذا القانون، والتي تتمثل في أنشئ الوصية وتنفيذها وقوانين الميراث

(١٥٧٤) أ . أميرة حسن الرافعي: التحكيم في المنازعات الناشئة عن العقود الإلكتروني، مرجع سابق، ص٢٠٣.
(١٥٧٥) المادة ٣ / ب / ١ من القانون الأمريكي الموحد للتجارة الإلكترونية .

والتشريعات الخاصة بالتبني والطلاق، وكذلك الحالة الاجتماعية وأيضا أوراق المحاكم واتفاقات الائتمان وكذلك الأوراق الخاصة بالتامين الصحي واوراق اليانصيب [١٥٧٦] .

كما نص قانون كندا الموحد بشأن التجارة الإلكترونية، على أنه لا ينطبق هذا القانون في ما يتعلق بما يلي [١٥٧٧]:

١- الوصايا وملاحقها.

٢- الائتمانات المنشأة بوصايا او بملاحقة وصايا.

٣- سلطات الوكيل بقدر ما تتعلق بشؤون المالية أو الرعاية الشخصية بفرد ما.

٤- المستندات الملكية او الناقلة لفوق في أراضي.

ومن أمثلة التشريعات العربية التي نهجها ذات المنهج في استبعاد بعض التصرفات الشكلية من نطاق التعاقد الإلكتروني قانون إمارة دبي للمعاملات والتجارة الإلكترونية رقم ٢ لسنة ٢٠٠٢، حيث نص على أنه "يسري هذا القانون على السجلات والتوقيع الإلكتروني ذات العلاقة بالعلاقات والتجارة الإلكترونية، ويستثنى من أحكام هذا القانون ما يلي [١٥٧٨] :

١- المعاملات والأمور المتعلقة بالأحوال الشخصية الزواج والطلاق والوصايا.

٢- سندات ملكية الأموال غير المنقولة.

٣- السندات القابلة للتداول.

٤- المعاملات التي تتعلق بي بيع وشراء الأموال غير المنقولة والتصرف فيها وتأجيرها لمدة تزيد عن ١٠ سنوات وتسجيل اية حقوق متعلقا بها.

(١٥٧٦) أ . أميرة حسن الرافعي: التحكيم في المنازعات الناشئة عن العقود الإلكتروني، مرجع سابق، ص٢٠٣ .
(١٥٧٧) المادة ٣ من قانون كندا الموحد بشأن التجارة الإلكترونية.
(١٥٧٨) المادة ٥ من قانون إمارة دبي للمعاملات والتجارة الإلكترونية .

٥- أي مستند يتطلب القانون تصديق أمام كاتب العدل .

كما نص قانون الإمارات دبي على انه على الرغم من عدم وجود أي نص مخالف في أي قانون آخر يجوز لأي دائرة أو جهة تابعة للحكومة في أداء المهمة المناطة بها بحكم القانون أن تقوم بما يلي [١٥٧٩] :

أ-. . . . . .

ب- إصدار أي إذن او ترخيص أو قرار أو موافقة في شكلك سجلات الإلكترونية.

ويرى بعض الفقهاء ان نص المادة سالفة الذكر [١٥٨٠]، من قانون الإمارات دبي يؤدي إلى امكان اتمام بعض التصرفات القانونية التي تتوقف على الإجراءات التي أشار إليها النص من إذن أو ترخيص أو إقرار أو موافقة وذلك بطبيعة الحال مالم يكن يتمثل أي منها في إجراء رسمي [١٥٨١].

وعلى عكس ما ذهبت إليه التشريعات المختلفة من استبعاد لبعض التصرفات ما شكلي الإلكترونية يلاحظ أن البعض الآخر من هذه التشريعات قد استقر على الشكلية الأعمال الإلكترونية أصبحت أمرا لا مفر منه وأنه يجوز إبرام كافة أنواع العقود الإلكترونية سواء أن كانت شكليا او غير شكليا لا سيما وقد ظهرت مهنا جديدة في مجال المعاملات الإلكترونية هي مهنة الموثق الإلكتروني [١٥٨٢].

والموثق الإلكتروني يقصد به طرف ثالث محايد يتمثل في فرد أو شركة أو جهة مستقلة ومحايدة تقوم بدور الوسيط بين المتعاملين لتوثيق تعاملاتهم الإلكترونية والوظيفة الأساسية للمؤسسة الإلكتروني او للجهات التوثيق الإلكترونية هي تحديد هويات الأشخاص المتعاملين في التعاملات الإلكترونية وكذلك تحديد أهلية من القانونية في التعامل بالإضافة إلى التحقق من مضمون هذا العمل الإلكتروني وسلامته هي وأيضا جدية العمل وأبو عوده عن الغش والاحتيال والتدليس [١٥٨٣].

(١٥٧٩) المادة ١/٢٧/ب من قانون إمارة دبي للمعاملات والتجارة الإلكترونية .
(١٥٨٠) المادة ١/٢٧/ب من قانون إمارة دبي للمعاملات والتجارة الإلكترونية .
(١٥٨١) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص ١٢٦ .
(١٥٨٢) د. عادل أبو هشيمة حوتة: عقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤، ص ١٩٥ .
(١٥٨٣) د. خالد ممدوح، ابرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص ١٥٥ و١٥٦ .

ويتضح لنا مما سبق بيانه أن هناك اتجاهات يتخذ من فكرة التوثيق الإلكتروني حلا لأزمة الشكلية الإلكترونية، فجهة التوثيق تكون مسؤولة عن توثيق العقد الإلكتروني، الأمر الذي يجعل الوضع يبدو وكأنه تطبيقا على اعتبار أن كل منهما يعد شاهدا محايدا ومستقلا عن العقد المبرم بين الأطراف، إلا أن الأمر يظهر خلافًا بين الموثق الإلكتروني والموثق العادي، حيث إن الموثق الإلكتروني لا يعد موظفا عاما، في حين أنه الموثق العادي هو موظف عام طبقا للقانون السلطة العامة [١٥٨٤].

لذلك يمكن القول أن الأمر يتطلب تعديلات في القوانين واللوائح ذات الصلة بتوثيق حيث ويتم أدراج مهنة المؤسسة الإلكتروني أو جهات التوثيق الإلكترونية ضمن هذا الإطار، اي ضمن إطار الموظف العام، وذلك لأنها تتميز بالحيدة والنزاهة وبذلك تكون مؤتمن على حفظ وتسجيل الوثائق والمحررات الإلكترونية[١٥٨٥].

وفي النهاية يمكننا القول أنه للتوقيع الإلكتروني أهمية كبرى في شتى المجالات، منها:

١) تحويل المعلومات الشخصية بصورة سرية ومضمونة لكل مواطن.

٢) يمكن الاعتماد اعتمادًا كليًا على التوقيع الإلكتروني ضمن الإجراءات القانونية والقضائية في المنازعات بين الأشخاص والشركات الخاصة أو المؤسسات والهيئات الحكومية.

٣) توفير الهوية الرقمية لكل مواطن.

٤) التوفير في جميع إجراءات إرسال البيانات إلى المواطن والحصول على المعلومات منه (التوفير في الورق، الطلبات، الطباعة، الأحبار، إلخ. .).

٥) توفير عامل الوقت الثمين للمواطن والموظف وفي هذه الحالة لن يضطر المواطن إلا أن يذهب بسيارته أو باستخدام وسائل النقل إلى الدوائر الحكومية والانتظار مطولًا كما هو الحال في بلداننا

(١٥٨٤) د. عادل أبو هشيمة حوتة: عقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ١٩٦ .
(١٥٨٥) أ. الصالحين محمد أبو بكر العيش، بحث مقدم الى كلية الحقوق، جامعة قاريونس، بحث منشور على شبكة الإنترنت .

العربية وعلى النقيض تمامًا في البلدان الغربية، حيث أنه بالكاد أن ترى أشخاصًا يكملون معاملاتهم إلى بأضيق الحالات، وهي ظهوره الشخصي إن لزم [١٥٨٦].

المبحث الثانى

شروط التوقيع الإلكتروني

معلوم أن الكتابة في التوقيع هى الأساس، لذا كان من الضرورى أن تتوافر في الكتابة التى يتم بها التوقيع، من حيث كونها مقروءة، توافر أمرين:

الأول: أن يكون التوقيع بالكتابة على مستند مادى.

ثانيا: يجب أن يحقق التوقيع أثر واضحا يظل مستمرًا بشكل يسمح بالرجوع إليه في أى وقت.

وعلى اعتبار التوقيع شكل من أشكال الكتابة، لذا يتعين فيه لكى يحقق وظيفته في الإثبات أن تتوافر فيه شروط خاصة به هى :

١- أن يكون التوقيع دائمًا.

٢- أن يكون التوقيع مميزًا لموقع التعاقد (وهو ما يسمى بمطابقة التوقيع).

٣- أن يكون التوقيع شخصيا.

٤- أن يتصل التوقيع بالمحرر الكتابى أو (أن يكون مباشرًا).

الشرط الأول: أن يكون التوقيع دائمًا:

لكي يحقق التوقيع وظيفته في الإثبات فإنه يجب أن يدون على دعامة تحفظها لفترة طويلة من الزمن بحيث يمكن الرجوع إليه عند الحاجة ويستوي في ذلك أن تكون على دعامة ورقية أو دعامة إلكترونية مثل حفظها على ذاكرة الحاسوب أو الأقراص الممغنطة أو البريد الإلكتروني[١٥٨٧].

(١٥٨٦) د. إيمان مأمون أحمد سليمان، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص ٢٤٩.

(١٥٨٧) د. سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، دار النهضة العربية ٢٠٠٦، ص ٢٠٢.

يجب أن يتم التوقيع بوسيلة تترك آثرًا متميزًا، يبقى ولا يزول[١٥٨٨]. ويكون ذلك إذًا باستخدام المدد السائل والجاف، كما يجب أن يكون مقروءًا ومرئيًا، وذلك في التوقيع بالإمضاء، ومن ثم إذا كان مكتوب بالحبر السرى الذى يحتاج إلى وسائل خاصة لإظهاره، وكذا إذا كان مكتوب بخطوط مستقيمة ومتعرجة لا تفصح عن شىء في ماهية المحرر لا يكون حجة على الموقع، أى لا يحتج بما في المحرر على الموقع عليه[١٥٨٩]، غير أن بعض الأحكام التى صدرت من محكمة النقض قد أقرت توقيعات مخالفه لما سبق بيانه فلا تتوافر فيها ما سبق من شروط قد نص عليها، وبالرغم من خطورة هذ الحكم وغيره من الأحكام على استقرار العلاقات، إلا أن الفقه الفرنسي يبرر هذه الأحكام بالقول أن معظم الأحكام التى أجازت هذه التوقيعات ومنها التوقيع " بالقلم الرصاص" صدرت بخصوص الوصايا، وهنا يبدى القضاء الفرنسي مرونة في التناول خوفا من حدوث مساس بحق الشخص في التصرف في أمواله، وتحديد مصيرها في كل لحظة. والمثال على ذلك الحكم المتعلق بأحد الرعاة الذى يقيم في الجبل بجوار قطعانه، وقد حرر وصيته كاملة ووقعها بالقلم الرصاص، وقد أجازتها المحكمة، بحجة أن مهنته قد فرضت عليه أن يبقى بعيدا عن العمران، وجعلت من الصعب عليه في عزلته استعمال أدوات كتابية عادية، كما أن الوصية تصرف بالإرادة المنفردة يستطيع الموصى أن يرجع فيها في أى لحظة، الأمر الذى يهدئ إلى حد ما المخاوف المتعلقة بمحو وتعديل البيانات المسطرة بالقلم الرصاص، وكذا الأمر فيما يتعلق بالعقود فإن المخاوف من التعديل في البيانات المكتوبة بالقلم الرصاص تتضاءل أمام ما يتطلبه المشرع من كتابة العقد من نسختين أصليتين تسلم نسخة لكل طرف، كما أن باستطاعة الطرف المتضرر أن يطعن بالتزوير [١٥٩٠].

الشرط الثاني: أن يكون التوقيع مميزًا لموقعه (وهو ما يسمى بمطابقة التوقيع):

(١٥٨٨) د. محمد مرسى زهرة، مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، مرجع سابق، ص٨٩.

(١٥٨٩) د. ثروت عبدالحميد، التوقيع الإلكتروني، مرجع سابق، ص٢٥.

(١٥٩٠) أشار إليه د. ثروت عبدالحميد، التوقيع الإلكتروني، مرجع سابق، ص ٢٦.

فالتوقيع أيًا كانت وسيلته يجب لكى يعتد به أن يترك أثر مميزا يبقى ولا يزول مع الزمن، وهو لن يكون كذلك إلا إذا وضع على مستند مادى أيا كانت طبيعته، وقد جرى العمل على أن يكون التوقيع مستقلا ومنفصلا عن محتوى السند وغير متداخل فيه أو مختلطًا به، ولذلك فإنه عادة ما يوضع في نهاية الكتابة حتى يكون منسحبا على جميع البيانات المكتوبة والواردة في الورقة، فالمهم من الناحية القانونية أن يكون التوقيع واضحا لا لبس فيه ولا غموض، بحيث يكون مقروءًا أو مرئيا[١٥٩١].

والمقصود من ذلك أن يكون التوقيع وفقا للطريقة التى درج الشخص على استخداما للتعبير عن إرادته سواء بالموافقة أو بالرفض على محرر معين.

فالتوقيع يقوم بوظيفته في الإثبات إذا ما كان التوقيع دالا على شخصية صاحبة ومميزًا له عن غيره[١٥٩٢]. فإذا لم يكن التوقيع المشار إليه في المحرر دالا على إرادة صاحبة، فلا يعتد به وبالتالى لا يؤدى دورة في إثبات المحرر إلى صاحبه.

ومن الأمثلة على ذلك أن يتخذ التوقيع شكل حروف متعرجة أو رسم آخر، أو كان التوقيع بالأحرف الأولى من الاسم واللقب، أو بواسطة ختم مطموس لا يمكن قراءته[١٥٩٣].

ويعبر التوقيع عن شخصية صاحبة إذا تم التوقيع عن طريق استخدام إشارات ورموز تنم عن شخصية صاحب التوقيع، كاستخدام الاسم واللقب كاملين، كما هو الحال في مصر وكثير من الدول العربية، فقد جرت العادة على أن يكون التوقيع بالإمضاء ثلاثيا، وذلك حتى يكون مميزًا لشخص موقعة، وقد يكون مختصرًا أو موقع بالأحرف الأولى من الاسم أو اللقب.

أما في حالة التوقيع بالختم، فإنه يشترط في مصر، أن يكون مصحوبا بالبصمة حتى يكون أكثر تميزًا لشخص الموقع.

(١٥٩١) د. السنهورى، الوجيز في شرح القانون المدنى، ج١، نظرية الالتزامات بوجه عام، طبعة منقحة بواسطة المستشار مصطفى الفقى، ١٩٩٧، ٦٢٥.

(١٥٩٢) د. حسن عبدالباسط جميعى، إثبات التصرفات القانونية التى يتم إبرامها عن طريق الإنترنت، دار النهضة العربية ٢٠٠٠، ص٢٨.

(١٥٩٣) د. ثروت عبدالحميد، التوقيع الإلكتروني، مرجع سابق، ص٢٤.

ـ محكمة دمياط الجزئية، ٢٤ مايو ١٩٣٤، المجموعة الرسمية ٣٦ رقم ٨ ص١٩٣، المحاماة (١٥) رقم ٣/٢٩، ص٦٢، أشار إليها: د. السنهورى، الوسيط في الإثبات، مرجع سابق، ص١٧٨ هامش رقم (١٢).

الشرط الثالث: أن يكون التوقيع شخصيًا:

فالتوقيع ما هو إلا "علامة شخصية"[١٥٩٤]، وهذه العلامة من الخواص الاسمية للموقع، وهى اسمه ولقبة وقد اتجه فريق من الفقه القانونى [١٥٩٥] إلى أن التوقيع يلزم أن يكون بالاسم واللقب كاملين[١٥٩٦] دون الاكتفاء بالتوقيع المختصر أو الأحرف الأولى من الاسم واللقب، فالعلامة الرمزية أو الأحرف الأولى لا تؤكد بدرجة كافية إقرار الموقع للورقة والتزامه بمضمونها.

أى أن التوقيع يكون من الشخص نفسه، فإذا ما وقع شخص آخر باسم الموقع فلا يعتد بهذا التوقيع في مواجهة الموقع ويكون باطلا، حتى ولو تم برضا صاحب التوقيع، فالعبرة في حجية التوقيع أن يكون صادرًا من الموقع نفسه أى الذى يكون التوقيع حجة عليه[١٥٩٧]، لكن يجوز التوكيل في التوقيع ويجب على المُوَكل أن يوقع المحرر باسمة وإمضائه، مع ذكر صفته كوكيل[١٥٩٨].

وهناك اتجاه آخر في الفقه القانونى يرى أنه لا يلزم أن يكون التوقيع بالاسم الكامل، وإنما يكفى التوقيع المختصر مادام قد ثبت أن هذا هو توقيع الموقع [١٥٩٩].

وجدير بالذكر أن التوقيع لا يكون شخصيا إلا إذا كان بفعل يد الموقع، ولفظ" فعل اليد" يتسع ليشمل توقيع الشخص بيده مباشرة أى بالإمضاء أو ببصمة الإصبع أو بختمه الخاص[١٦٠٠].

ولم يقف المشرع عند ذلك ولكن بالنظر إلى الأمية وعدم انتشار التعليم إلى درجة تسمح باشتراط أن يكون التوقع مكتوبا دائما، فقد أجاز المشرع المصرى وكذا الكويتى في المادة (١/١٤) من قانون الإثبات المصرى، وكذا المادة (٨) من قانون الإثبات الكويتى بأن الختم يستوى مع التوقيع باليد، بشرط

(١٥٩٤) د. محمد مرسى زهرة، مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، مرجع سابق، ص١٥٣.

(١٥٩٥) د. سليمان مرقص، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية في القانون المصرى مقارًا بتقنيات سائر البلاد العربية، ج١، الأدلة المطلقة، عالم الكتاب –القاهرة ١٩٨٧م، ص ١٩٤، د. توفيق فرج، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، ط ١٩٨٢، ص٦٧.

(١٥٩٦). د. أحمد أبو الوفا، التعليق على نصوص قانون الإثبات، الطبعة الثانية ـ القاهرة ١٩٨١م، ص١٣٣.

(١٥٩٧) د. السنهورى، الوسيط في الإثبات، مرجع سابق، بند ١٠٦.

(١٥٩٨) د. عصام أنور سليم، قواعد الإثبات في القانون المصرى واللبنانى، دار الجامعة بيروت، ١٩٩٧، ص٢١٢، حكم محكمة النقض المصرية الصادر في (١٣ يناير ١٩٧٨م، مجموعة أحكام النقض، السنة (٢٩) رقم ٧١) ص٣٥٧.

(١٥٩٩). د. أحمد أبوالوفا، مرجع سابق، ص١٣٣.

(١٦٠٠) د. نجوى أبو هيبة، التوقيع الإلكتروني، بحث منشور ضمن بحوث مؤتمر" الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، في الفترة من ١٠-١٢ مايو ٢٠٠٣، ج١، ص٤٤٠.

أن يكون الموقع به صاحبه أو شخص آخر يقوم بالتوقيع بالختم بدلا عن صاحبه، متى تم ذلك بحضوره ورضاه، فإذا ما تم على هذا النحو كان له حجية قبل صاحب الختم على اعتبار أنه صادرًا منه(١٦٠١).

وقد أيدت ذلك محكمة النقض في حكم لها حين عرفت الإمضاء بأنه "الكتابة المخطوطة بيد من تصدر عنه" (١٦٠٢)،وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية هذا الاتجاه الأخير، واعتبرت أن النسخة الموقعة بالكربون ليست إلا مجرد صورة عن الأصل، وإن كانت لا تجردها من كل قيمة قانونية، فيمكن اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة، يجوز تكملته بعناصر ومؤشرات أخرى ليصير دليل كاملا في الإثبات(١٦٠٣).

وعلى ذلك لا يلزم أن يكون التوقيع الخطى مباشرًا، وإنما يجوز أن يتم التوقيع على عدة نسخ في ذات الوقت باستخدام الكربون، حيث تعتبر كل نسخة أصلًا لا مجرد صورة من صور المحرر(١٦٠٤).

الشرط الرابع: أن يتصل التوقيع بالمحرر الكتابى:

يجب أن يكون التوقيع على محرر، فالتوقيع والمحرر كل لا يتجزأ، أى لا بُدَّ من وجود رابطة حقيقية بينهما، فوضع التوقيع على المحرر هو الذى يجعل له قيمة قانونية، ويؤكد رضى الموقع بما يحويه المحرر.

ويعني ذلك أنه لا بد أن يكون التوقيع متصلا اتصالا ماديا ومباشر بالمحرر المكتوب، حيث تلعب الكتابة دورًا مهمًا في مجال الإثبات ويبدو أنها تُعَدُّ من الأفكار القانونية التي يصعب تعريفها، فلفظ الكتابة ينصرف إلى أوسع معانيه، فهو يشمل كل ما يحرر دون اشتراط شكل ما أو وجود توقيع، ويمكن تعريف الكتابة بأنها (مجموعة الرموز المرئية التي تعبر عن القول أو الفكر ويمكن أن تتم الكتابة بأي وسيلة أو بأي لغة)، وتحتل الكتابة المرتبة الأولى بين أدلة الإثبات وتعتبر هي وسيلة الإثبات الأكثر شيوعا بين الأفراد والأفضل لهم من أجل إثبات معاملاتهم المختلفة حيث يمكن عن طريقها تحديد مركز

(١٦٠١) نقض مدنى مصرى، ٢ يونيه ١٩٦٦ المجموعة س١٧، ص١٣١٤.

(١٦٠٢) نقض مدنى مصرى، ٣١ يناير ١٩٧٨، المجموعة س٢٩، رقم ٧١، ص٣٥٧.

(١٦٠٣) د. ثروت عبدالحميد، التوقيع الإلكتروني، مرجع سابق، ص٣١.

(١٦٠٤) د. محمد السعيد رشدى، حجية وسائل الاتصال الحديثة في الإثبات، مطبعة النسر الذهبى، بدون تاريخ، ص٣٩٩.

الشخص تحديدا واضحا على نحو يتنافى مع ما قد يطرأ من نسيان أو موت الشهود، وقد اعتمد المشرع الكويتي والمشرع المصري الإثبات بالكتابة [١٦٠٥].

وفى العموم توضع التوقيعات في نهاية الكتابة التى يحويها المحرر دائما، وذلك حتى يكون منسجمًا مع البيانات المكتوبة والواردة فيه، مما يؤكد رضى الموقع والتزامه بما تضمنه المحرر[١٦٠٦]، غير أن وجود التوقيع في مكان آخر في المحرر لا ينافى هذه الموافقة، وإن كان الأمر في هذه الحالة يخضع لتقدير القاضى، وقد أيدت ذلك محكم النقض السورية في أحد أحكامها بقولها "أن وضع البصمة بشكل مقلوب في الزاوية السفلى اليمنى للسند لا يكفى لاعتبار صاحب البصمة قد أراد الالتزام بما ورد في المتن"[١٦٠٧]. فالعبرة بدلالة التوقيع على رضى صاحب التوقيع بمضمون المحرر وقبوله له، منه أيضا ما ورد في قضاء محكمة النقض الفرنسية باعتماد التوقيع حتى وإن كان الموقع قد وضعه في أعلى الصفحة طالما يدل دلالة واضحة على إقرار الموقع بمضمون المحرر[١٦٠٨].

وفى حالة تعدد أوراق المحرر، أى انطوائه على عدة صفحات، واقتصار صاحب التوقيع على الصفحة الأخيرة من هذا المحرر، فإن تقدير ما إذا كان التوقيع ينسحب على كل أوراق المحرر أم لا يرجع فيها لتقدير قاضى الموضوع، فينظر ما إذا كان هناك ترابط مادى وفكر بين بناء المحرر بحيث يصير كورقة واحدة، فإنه لا يشترط في هذه الحالة توقيع كل ورقة منه ويكتفى بالورقة الأخيرة التى تدلل على رضى صاحب التوقيع[١٦٠٩].

أما إذا استخلصت المحكمة أنه لا يوجد أى ترابط بين عدة الأوراق المكونة للمحرر، فإنه لا يجوز أن يحتج بغير الورق الموقع على صاحب التوقيع، وقد ذهبت محكمة النقض في هذا الشأن إلى أن

(١٦٠٥) د. محمد مرسى زهرة، مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، مرجع سابق، بند (٩)، ص٩.

(١٦٠٦) د. السنهورى، المرجع السابق، رقم (١٠٦).

(١٦٠٧) محكمة النقض السورية (٢٤) فبراير ١٩٥٧، مجلة القانون، ص ٢٨٦. د. عباس العبودى، شرح قانون أحكام الإثبات، مرجع سابق، هامش (١)، ص ١٤٢.

(١٦٠٨) د. إيمان مأمون أحمد سليمان، إبرام العقد الإلكتروني وإثباته- الجوانب القانونية لعقد التجارة الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة للنشر، سنة ٢٠٠٨، ص ٢٧٧.

(١٦٠٩) نقض مدنى (٢٨) يناير ١٩٨٦، طعن رقم (١٠٢٥) س٥٢ق: " اشتمال المحرر العرفى على أكثر من ورقة، كفاية التوقيع بنهاية الورقة الأخيرة منه للاحتجاج به على من وقعه، شريطة ثبوت الاتصال الوثيق بين سائر أوراقة، تقديره مسألة واقع استقل بها قاضى الموضوع به".

"نص المادة (٣٤) من اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق رقم (٦٨) لسنة ١٩٤٧، فيما أشار إليه من أن توقيع ذوى الشأن على العقد العرفى يكون في محرر، لا شأن له بطرق الإثبات في المواد المدنية التى حددها القانون، ولم يقصد بها سوى تنظيم إجراءات التصديق على الإمضاءات أمام الموثق، وإن كان الحكم المطعون فيه قد استخلص في حدود سلطته الموضوعية، وبما يكفى لحمل قضائه، انتفاء الدليل على اتصال الورقة الأولى من ورقتى العقد، والتى تتضمن بيان العين المبيعة والثمن 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، استنادًا إلى أن الورقة العرفية إنما تستمد حجيتها في الإثبات من التوقيع وحده لا مخالفة للقانون، فإن الطعن عليه بذلك ومخالفة الثابت في الأوراق القصور التسبيب يكون على غير أساس" (١٦١٠).

وجدير بالذكر أنه لا يوجد ما يمنع من أن يعطى التوقيع مقدما أى قبل كتابة شىء في المحرر، بأن يكون التوقيع على بياض، وبعد التوقيع يتولى الشخص الذى سلمت إليه الورقة كتابة كافة البيانات التى تم الاتفاق عليها بين الطرفين، ورغم ما يشوب هذا الإجراء من خطورة على الموقع، لا سيما بعد ملىء البيانات، فيكون محررًا له حجية كاملة في مواجهة الموقع عليه، لأنه لا يمكن أن يسأل عند النظر في أى محرر هل وقع قبل كتابته أم بعدها، فالتوقيع السابق وكذا اللاحق له نفس الحجية في الإثبات طالما صدر من صاحبة بحرية واختيار، ولا يكون هذا الأمر إلا إذا كان هناك ثقة مطلقه بين الطرفين.

هذا حكم من تم حصوله على المحرر برضا ممن وقعة، أما من حصل على ذات المحرر بطريق غير مشروع، كمن تحايل أو اختلس التوقيع على بياض، فلصاحب التوقيع إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات، وعد كاتب البيانات مرتكب لجريمة التزوير، ويكون التوقيع باطلا وينسحب أثر البطلان على كافة ما وجد بالمحرر من بيانات، وهذا ما قررته محكمة النقض بقولها :" إذا كان الحكم المطعون فيه، قد انتهى في فهم الواقع من أصل الورقة التى حرر عليها عقد البيع موضوع الدعوى، إلى أنها سلمت

(١٦١٠) نقض مدنى (٢٧) ديسمبر ١٩٧٣، س٢٤، ص١٣٧١.

من مورث المطعون ضدهم إلى زوج الطاعنة، باعتباره وكيلا عنه في أعماله القضائية، وقد صدرت هذه الورقة بعبارة " طلب سماد" ثم ترك تحت هذه العبارة فراغ لملأه بالبيانات اللازمة للطلب، ووقع المورث هذا الفراغ، ثم حصلت الطاعنة على هذه الورقة، ونزعت الجزء المشتمل على العنوان، وملأت فراغ الورقة بشروط عقد البيع مثار النزاع، فإن التكيف الصحيح لهذه الورقة، كما حصلتها المحكمة – هو أنه تزوير – إذا أن العنوان الذى كان مكتوب بصدر الورقة للدلالة على طلب السماد، ثم تغيير الحقيقة بالحذف، وقد صاحب هذا الحذف إنشاء العقد المزور، الذى كتب فوق الإمضاء، فأصبح الفعلان تزويرًا اجتمع فيه طريقتان من طرق التزوير المادي (. . . . .)، أحدهما حذف بيان من المحرر، وثانيهما: اصطناع عقد بيع، ومن ثم فإن محكمة الموضوع إذا أجازت إثبات هذه الواقعة بكافة طرق لم تخالف القانون"[١٦١١].

(١٦١١) نقض مدنى (٣) يونيه ١٩٦٥، المجموعة س١٦، ص٦٧٨..

المبحث الثالث

مدى حجية التوقيع الإلكتروني في إثبات إرادة الأطراف

إننا لكي نقف على مدى حجية التوقيع الإلكتروني في إثبات إرادة الأطراف لا بد أن نتناول نقاط عدة تتمثل في الآتي:

أولًا: حجية التوقيع الإلكتروني في حالة اتفاق الأطراف :

يمكن لأطراف التعاقد الاتفاق على طريقة التعاقد ومدى حجية هذه الطريقة، ما دامت لا تتعلق بالنظام العام في الإثبات، ومن هذه الاتفاقات، الاتفاق على مدى حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات؛ لأن استخدام مخرجات الحاسب الآلى، والمحررات الإلكترونية عموما في الإثبات، ما زال محلَ شكٍ وريبة في ظل قواعد الإثبات التقليدية، ومن هنا كان للأطراف التعاقد الاتفاق مقدمًا على مدى حجية هذه المحررات، ولا شك في ضرورة وجود مثل تلك الاتفاقات مسبقًا قبل نشوء أى نزاع أى أن هناك علاقة قانونية تربط بين أطراف النزاع قبل حدوثه(١٦١٢).

وتهدف هذه الاتفاقيات في الأساس إلى التحرر من قواعد الإثبات العادية بالدليل الكتابى المسطور على دعامة مادية (الأدلة المطلقة)، والاتجاه نحو حجية الدليل الذى يتفق عليه الإطراف، وسلطة القاضى التقديرية، ويقوم هدف اتفاق الإثبات على تحديد الأدلة المقبولة في الإثبات، بغض النظر عن قيمة التصرف محل النزاع، كما قد يمتد أثر الاتفاق إلى تحديد قيمة الدليل المتفق عليه وحجيته في الإثبات، وهنا لا يقتصر الأمر على تحديد وسيلة إثبات الالتزام، بل يمتد إلى تحديد قيمتها، وما إذا كان الأطراف يعتبرونها دليل كاملا، أم أنه ينبغى تكميله بعناصر إثبات أخرى، وقد يكون موضوع الاتفاق عبء الإثبات، فينقله من الطرف الملتزم به قانونا إلى الطرف الآخر (١٦١٣).

(١٦١٢) د. محمد المرسى زهرة، مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، مرجع سابق، ص١١١.

(١٦١٣) د. ثروت عبدالحميد، التوقيع الإلكتروني، مرجع سابق، ص١٠٠، د. محمد المرسى زهرة، مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، مرجع سابق، ص١١١.

والجدير بالذكر أن البنوك والمؤسسات المصرفية هى من شاع فيها مثل تلك الاتفاقات، وخاصة في علاقاتها بعملائها[١٦١٤]، سواء فيما يتعلق بإصدار بطاقات الائتمان، أو بطاقات الصرف الآلى، فلم يعد موضوعها قاصرًا على نقل عبء الإثبات، أو تحديد وسيلته، بل تعدى ذلك بكثير فهو يوحدد ما يعتبر صالحًا للتدليل على مدى التزام العميل، من ذلك ما نص عليه البند رقم (٤) من شروط عقد البطاقة التى يصدرها بنك مصر على أنه " تعتبر كافة المبالغ المسحوبة بمعرفتى وفقا لهذا النظام، والتى تم قيدها على حسابى بدفاتر البنك، صحيحة وحجة على، ولا يحق لى الاعتراض عليها بأى وجه من وجوه الاعتراض أو المناقضة، وإسقاط حقى من الآن في الادعاء بأن ما تم قيده في الحساب يخالف ما تم تسجيله بمعرفتى على لوحة مفاتيح. . . ".

كما نص البند (١١) من ذات الشروط على أنه أوافق من الآن على الاعتداد بالبيانات التى تدون على الوسائط الممغنطة، كوسيط إثبات غير قابلة لإثبات العكس، وذلك في حالة حدوث نزاع بينى وبين البنك أمام القضاء".

أما ما ورد بشأن بطاقة ائتمان بنك الكويت الوطنى فقد ورد في البند رقم (٨) النص على أن " يقر العميل بصحة دفتر البنك وحساباته، وبأنها تُعَدُّ دليلًا قاطعًا على ما يستحق عليه من التزامات ناشئة عن استعمال العميل أو الغير للبطاقة والرقم بموافقته على المعلومات الحسابية الواردة على نسخة الشريط الورقى الذى يبقى في جهاز الصرف الآلى نتيجة السحب النقدى الذى قام به، ويعتبرها صحيحة وملزمة له، ويقر بصحة الكشوف التى ترسل إليه في ضوء ذلك".

كما نص البند رقم (٥) من شروط الإصدار والاستعمال الخاصة ببطاقة الائتمان وبطاقة فيزا البلاتينية (platinium card) التى يصدرها بنك أبو ظبى الوطنى، على أن "يقوم البنك بالخصم على

(١٦١٤) ونجد مثل تلك الاتفاقات في مجال الإثبات بوسائل تكنولوجية بصفة عامة، حيث نجد أن عقود توريد الماء والكهرباء والغاز والهاتف تنص على اعتبار ما تسجله عدادات هذه الخدمات دليل إثبات كافيا على مديونية المستهلك، وأن المديونية المدونة بالفاتورة يجب أن تدفع بمجرد تقديمها، ولا يحول دون ذلك اعتراض المستهلك على قيمتها، وان كان يستطيع المطالبة برد ما دفع دون وجه حق بعد إثبات ذلك من خلال دعوى قضائية، فإذا كان مثل هذا الشرط واردًا لأول مرة على الفاتورة أثناء تقديمها للتحصيل، فإن بإمكان المستهلك التمسك ببطلان الشرط لكونه لم يصدر عنه رضاء حقيقى بالشرط. د. ثروت عبدالحميد، التوقيع الإلكتروني، مرجع سابق، ص١٠٠، د. عبدالعزيز المرسى حمود، مدى حجية المحرر الإلكتروني، مرجع سابق، ص٦٩.

حساب البطاقة جميع المبالغ والأجور ومدفوعات البطاقة والسُلف النقدية، وأية التزامات أخرى لحامل البطاقة، وأية خسائر يتحملها البنك نتيجة استعمال البطاقة.

ويكون حامل البطاقة الرئيس مسؤولًا عن دفع جميع المبالغ التى يتم خصمها على حساب البطاقة بواسطة البنك، سواء تم التوقيع على قسائم المبيعات أو السلف النقدية من قبل حامل البطاقة الرئيسى بواسطة البنك موضحا قيمة المبالغ التى يتم خصمها على حسابه نتيجة استعمال البطاقة دليلا قاطعا للمديونية"(١٦١٥).

ورغم ما قلناه بشأن إمكانية الاتفاق على المحررات التى يكون لها حجية في الإثبات حتى قلنا بحجية المحرر الإلكتروني بناء على اتفاق، إلا أن ذلك لم يسلم من النقد؛ وسوف نجمل أوجه النقد في **نقاط ثلاث أساسية**(١٦١٦):

أولا: تعارض هذه الاتفاقات مع المبادئ المستقرة في الإثبات. وقد رد على هذا النقد من حيث إن التعارض لا يتحقق بهذه الصورة إلا إذا كانت الأداة أو الجهاز الذى يستمد منه المحرر الإلكتروني يخضع للسيطرة التامة لمقدم الدليل بحيث يكون تحت تصرفه الكامل، وهذا لا يحث كما قدما فلكل واحد من المتعاقدين مفتاحه الخاص، وكذا كوده السرى الذى لا يملك الآخر معرفته وذلك كما سبق وتكلمنا عنه.

ثانيًا: أن الاتفاق المعدل للإثبات يؤدى عملا إلى حرمان العميل من حقه في الإثبات، إما بقلب عبء الإثبات، بحيث يتحمل به العميل، وهو المدعى عليه وهو أمر بالغ الصعوبة، حيث إن التعاقد يتم عن طريق الحاسب الآلى، وبالتالى لا توجد أى محررات مكتوبة يدويا من الخصم المدعى، كما يندر وجود شهود على التعاقد في المجال الإلكتروني.

(١٦١٥) د. عبدالعزيز المرسى حمود، مدى حجية المحرر الإلكتروني، مرجع سابق، ص٦٩.

(١٦١٦) المرجع سابق، ص٦٨، د. ثروت عبدالحميد، التوقيع الإلكتروني، مرجع سابق، ص١٠٦، د. محمد المرسى زهرة، مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، مرجع سابق، ص١٠٨، د. حسن عبد الباسط جميعى، إثبات التصرفات القانونية التى يتم إبرامها عن طريق الإنترنت، مرجع سابق، ص٧٤.

ثالثا: يؤدى الاتفاق على صحة المحررات الإلكترونية عملا، إلى إعطاء هذا المحرر حجية تفوق نظيرتها بالنسبة للمحرر الكتابى التقليدى. فحين يجوز للمدعى عليه جحد المحرر العرفى بإنكار خطه أو توقيعه، نجد أن العميل أو المستهلك في التعاقد الإلكتروني لا يتيسر له ذلك، إذ الفرض أن المحرر الإلكتروني لم يحرر بخط اليد، ولا يحمل توقيعا خطيا، هذا الذى يؤدى عملًا إلى منح المحرر العرفى والتى لا تتوافر فيه عناصر الدليل الكتابى الكامل حجية مساوية لحجية المحرر الرسمى في الإثبات(١٦١٧).

ومن ثَمَّ يرى البعض أنه "وإن كان صحيح أن القواعد الموضوعية المنظمة للإثبات إن كانت لا تتعلق بالنظام العام ومن ثم يجوز الاتفاق على خلاف حكمها، إلا أن هذا الاتفاق لا يجب أن يذهب إلى حد حرمان أحد طرفيه من الحق في الإثبات عموما، وإلا كان مثل هذا الاتفاق باطلا"(١٦١٨).

ولم يقف الأمر عند الانتقاد المثار الموجه لهذا المبدأ، فقد وجه إلى هذه العقود المتضمنة شرط الإثبات بأنه تعد من قبيل عقود الإذعان، وردت في علاقات قانونية تربط بين مهنيين ومستهلكين، مما يوجب حذف هذه الاتفاقات وإبطال مفعولها، أو على الأقل تفسيرها لمصلحة الطرف المذعن، أى العميل (١٦١٩).

ويمكن أن نورد بعض شروط الإصدار التعسفية والخاصة ببطاقات الائتمان لأحد البنوك (كبطاقات ائتمان بنك أبوظبى الوطنى):

بند رقم (٥): يقوم البنك بالخصم على حساب البطاقة جميع المبالغ والأجور ومدفوعات البطاقة والسلف النقدية، وأية التزامات أخرى لحامل البطاقة، وأية خسائر يتحملها البنك نتيجة استعمال البطاقة،

(١٦١٧) وقد نصت المادة (١١) من قانون الإثبات المصرى على أن " المحررات الرسمية حجة على الناس كافة بما دون فيها من أمور قام بها محررها في حدود مهمته أو وقعت من ذوى الشأن في حضوره ما لم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانونا".
كما نصت المادة (٩) من قانون الإثبات الكويتى على أن "الورقة الرسمية حجة على الكافة بما دون فيها من أمور قام بها محررها في حدود مهمته أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره ما لم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانونا".
(١٦١٨) د. محمد المرسى زهرة، مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، مرجع سابق، ص٤٦٠-٤٦١، د. عبدالعزيز المرسى حمود، مدى حجية المحرر الإلكتروني، مرجع سابق، ص٦٩.
(١٦١٩) د. ثروت عبدالحميد، التوقيع الإلكتروني، مرجع سابق، ص١٠٦، د. عبد المنعم الصدة، عقود الإذعان في القانون المصرى، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق – جامعة القاهرة، سنة ١٩٤٦.

ويكون حامل البطاقة الرئيسى مسئولا عن دفع جميع المبالغ التى يتم خصمها على حساب البطاقة بواسطة البنك، سواء تم التوقيع على قسائم المبيعات أو السلف النقدية من قبل حامل البطاقة أم لا.

ويجوز للبنك إجراء المقاصة بين التزامات حامل البطاقة الرئيس بموجب هذه الاتفاقية وأية حسابات أخرى لحامل البطاقة الرئيس لدى البنك، ويُعَدُّ كشف الحساب الذى يتم إرساله إلى حامل البطاقة الرئيس بواسطة البنك موضحا قيمة المبالغ التى تم خصمها على حسابه نتيجة استعماله البطاقة، دليلا قاطعا للمديونية.

بند رقم (٩) ١- يقوم البنك بإصدار البطاقة، وتزويد حاملها بالرقم السرى على مسئولية حامل البطاقة الكاملة، ولن يتحمل البنك أية مسئولية أو ضرر مهما كان نوعه نتيجة سوء استعمال البطاقة أو الرقم السرى أو بسببها".

بند رقم (١١)" ١- يجوز للبنك تعديل هذه الشروط في أى وقت يشاء، ولأى عدد من المرات، سواء تم التعديل بالنسبة لأي حامل بطاقة آخر (حملة بطاقات آخرين) أم لا، ومع عدم الإخلال بمتطلبات القانون فإنه يتم إبلاغ حامل البطاقة الرئيسى بمثل هذه التعديلات بواسطة البنك، إما كتابة أو بنشرها بأى وسيلة يختارها البنك، ويصبح التعديل الذى يتم الإبلاغ عنه بهذه الطريقة ملزما لحملة البطاقات".

" ٢- إن استمرار حامل البطاقة في الاحتفاظ بها، او الاستمرار في استعمالها يعتبر قبولا منه للتعديلات المذكورة ".

"٣- في حالة عدم موافقة حامل البطاقة على تلك التعديلات، فإنه يستطيع إنهاء العلاقة بأن تقطع البطاقة إلى نصفين، ويعيدها للبنك، ويبقى حامل البطاقة ملزما بجميع المبالغ (بما في ذلك الأجور) حتى تاريخ الإلغاء".

بند رقم (١٢) " ١- لا يتم تزويد حاملى البطاقة بصورة من قسائم معاملات البطاقة الموقع عليها (قسائم المبيعات والخدمات) إلا في حالة نشوب خلاف، في هذه الحالة يتم تزويد حامل البطاقة بصورة

من القسيمة (القسائم)، مأخوذة عن الأصل، أو بصورة من الميكروفيش، شريطة أن يقوم حامل البطاقة بطلبها – كتابة خلال ٣٠ يوما من تاريخ كشف الحساب موضوع الخلاف، ولا ينظر في اى طلب بعد مرور ٩٠ يوما من تاريخ المعاملة ".

غير أن هذا النقد وما ورد عليه من صور للإذعان، يمكن الرد عليه من عدة زوايا :

أولا: يضع المشرع في الأغلب لعقد الإذعان تنظيمًا آمرًا على نحو تمتع معه الشروط الجائزة، بحيث لا يترك للاتفاقات الخاصة بطريق الإثبات أن تصل إلى حد الأضرار بالطرف المذعن.

ثانيا: كما أن المشرع قد منح القاضى في المادة ١٤٩ مدنى[١٦٢٠] مصرى سلطة تقديرية لحماية الطرف المذعن بتعديل الشروط التعسفية في عقد الإذعان أو إعفاء الطرف المذعن منها مع بطلان كل شرط يسلب هذه السلطة من القاضى.

ولما كان المشرع المصري لم يحدد الشروط التعسفية على وجه الدقة في المادة(١٤٩) منه، فإن تقدير مدى تلك التعسفات يخضع لقاضى الموضوع، فيسمح له بتقدير أثر الاتفاقات الخاصة المتعلقة بالإثبات على إهدار حق أى طرف في الإثبات، ويتيح له بالتالي تعديل هذه الاتفاقات أو إهدارها كلية وفقا لمقتضيات العدالة[١٦٢١].

وتبدو مظاهر هذا الدور الإيجابى للقاضى، ومدى ما يتمتع به من حرية في الإثبات، في أن للمحكمة من تلقاء نفسها أن تأمر بالإثبات بشهادة الشهود في الأحوال التى يجيز القانون فيها الإثبات

(١٦٢٠) نصت المادة ١٤٩ من القانون المدنى المصرى على أنه " إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضى أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفى الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضى به العدالة. ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك" .

(١٦٢١) يلعب القاضى دورًا مهما في عملية الإثبات، فبعد أن كانت الخصومة حكرًا على الخصوم يحركونها كما يشاؤون، أصبح للقاضى دورًا إيجابيا في تسييرها، ولم يعد دوره يقتصر على انتظار ما يقمه الخصوم من أدلة ووسائل إثبات، بل تخطى ذلك إلى مرحلة " حرص المشرع فيها على زيادة إيجابية القاضى وفعاليته، وبتزويده بمزيد من حرية الحركة في هذه المرحلة المهمة (مرحلة الإثبات) من مراحل الدعوى حتى لا يترك كشف الحقيقة رهينا بمبارزه الخصوم وحدهم والحرص على استقرار الحقوق وسد باب الحيلة أمام طلاب الكيد أو هواة المطل" المذكرة الإيضاحية لقانون الإثبات، د. أسامة أحمد شوقى المليجى، استخدام مستخرجات التقنيات العلمية الحديثة وأثره على قواعد الإثبات المدنى، مرجع سابق، ص١٤٣.

بشهادة الشهود، متى رأت في ذلك فائدة. للحقيقة [١٦٢٢]، وللقاضى توجيه اليمين الحاسمة من تلقاء نفسه إلى أى من الخصمين [١٦٢٣]، وله أيضا استجواب الخصوم.

ثانيًا: حجية التوقيع الإلكتروني في حالة عدم وجود اتفاق ينظم حجيته :

إن ثورة الاتصالات والمعلومات والتطور التكنولوجي الحادث في استخدام الحاسب الآلي وشبكة الإنترنت أدى إلى تطور كبير لا سيما في المعاملات التجارية، ويستخدم التوقيع الإلكتروني في العقود المبرمة عبر الفضاء التكنولوجي، إلى أن أصبحت التعاملات المالية والتجارية تتم بواسطة الإنترنت.

في غياب اتفاق بين الأطراف بشأن حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات أو في الأحوال التي يوجد فيها اتفاق بينها، ولكن القاضي أهدره، فإن تحديد قيمة المحرر الإلكتروني في الإثبات يرجع أمره إلى القواعد العامة، والتي تقضي بأن التوقيع الإلكتروني يمكن الاستعانة به كدليل إثبات في الأحوال التي لا يشترط فيها الإثبات بالكتابة، أو الحالات المستثناة من مبدأ وجوب الإثبات بالكتابة، وكل ذلك يخضع لتقدير القاضي وقناعته.

ومن الملاحظ أنه إذا لم يدور في بال الأطراف لما قد يثور من منازعات، ولم يبرموا اتفاقًا يحدد حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، فإن قبول هذا التوقيع كدليل إثبات، أو الاعتراف له بحجية تتماثل مع ذلك المعترف بها للتوقيع الكتابي، يخضع لقناعة القاضي ولسلطته التقديرية، ولا شك أن القاضي يمكن أن يقبله في الإثبات إذا تبين له أنه هو الأمر الأقرب للاحتمال أو توافرت به من شروط والضمانات ما يجعل مساواته بالتوقيع التقليدي أمرًا مقبولًا.

أ-: الاعتداد بالتوقيع الإلكتروني في الإثبات لأنه الأمر الأقرب للاحتمال

(١٦٢٢) وقد نصت المادة (٧٠) من قانون الإثبات المصرى على ذلك بقولها" للمحكمة من تلقاء نفسها أن تأمر بالإثبات بشهادة الشهود في الأحوال التى يجيز القانون فيها الإثبات بشهادة الشهود متى رأت في ذلك فائدة للحقيقة كما يكون لها في جميع الأحوال، كلما أمرت بالإثبات بشهادة الشهود أن تستدعى للشهادة من ترى لزوما لسماع شهادته إظهارا للحقيقة" .

(١٦٢٣) كما نصت المادة (١١٩) إثبات مصرى على أنه " للقاضى أن يوجه اليمين المتممة من تلقاء نفسه إلى أى من الخصمين ليبنى على ذلك حكمه في موضوع الدعوى أو في قيمة ما يحكم به . ويشترط في توجيه هذه اليمين ألا يكون في الدعوى دليل كامل وألا تكون الدعوى خالية من أى دليل" .

يستند القاضي في هذه الحالة إلى الثقة في الجهاز الذي يتم من خلاله وضع التوقيع على المحرر، ولجدارة الطريقة المستخدمة في إدخال البيانات وإرسالها وتخزينها ليقرر منح التوقيع الإلكتروني حجيته كدليل إثبات.

وقد عرضت المحاكم لهذا الموضوع في أكثر من مناسبة، لا سيما فيما يتعلق بسحب النقود أو الحصول على خدمات بوساطة بطاقات الائتمان، وبالنسبة للقضاء فإن قيام حامل البطاقة بشخصه بتمريرها داخل الجهاز، وإدخال الرقم السري الذي يحوزه وإعطاء موافقته الصريحة على سحب المبلغ المبين على شاشة جهاز الصراف الآلي، هو إقرار منه للعملية القانونية برمتها.

وعلى ذلك، فإنه يكفي المؤسسة المصرفية لإثبات حقها، أن تقدم تسجيلا للعمليات التي تمت بواسطة جهاز الكمبيوتر، الملحق بجهاز الصراف الآلي، والتي ما كان لها أن تحدث لولا قيام الشخص (حامل البطاقة) بإجرائين متعاصرين: تمرير البطاقة في الجهاز، وإدخال الرقم السري الخاص به، وطالما أن أحدا لم يتعلل بتعطل الأجهزة الداخلية للبنك أو بخلل شاب ما تسجله من بيانات، أو بفقدان البطاقة واختلاس الرقم السري الخاص بها [١٦٢٤].

كما أنه طبقا لنظام بطاقات الائتمان، فإن جميع العمليات تتم آليا بين حاملها وبين الآلة مباشرة، ودون أي تدخل بشري من العاملين بالبنك وكما أنه يمكن التعامل مع هذا النظام إلا باستخدام البطاقه المسلمة للعميل والرقم السري الخاص به [١٦٢٥]، الذي باستخدام البطاقة المسلمة لعميل والرقم السري الخاص به [١٦٢٦] الذي يوافيه البنك شخصيا به في مظروف مغلق مع البطاقة، والذي يقوم بإنشائه على الآلة بمعرفته (وبدون أي تدخل من البنك)، ولا يعلم به أي شخص غيره.

وتقع عليه المسئولية كاملة في حالة حصول الغير على البطاقة أو استخدامها دون وجه حق في سحب أي مبالغ من حسابه، ولا يمكن لحامل البطاقة، للتخلص من مسئوليته، الادعاء بأنها وصلت إلى

(1624)Montpellier ،9 avr. 1987 ،op. cit .

(1625)) paris ،29 mars 1985 op. cit .

(1626)) paris ،29 mars 1985 op. cit .

يد محتال ذي باع طويل في علوم الكمبيوتر، أو وقعت بين يدي لص محظوظ بدرجة كبيرة، استطاع أن يتوصل إلى الرقم السري أو وقع عليه مصادفة (١٦٢٧).

فطالما أن الحاسب الآلي قد أجرى تسجيلًا للمعاملة، دون تدخل بشري من جانب البنك، فمن هذه المقدمات يستطيع القاضي أن يكون منها قرينة على أن حامل البطاقة هو الذي تولى بشخصه القيام بهذه العملية، لكنها قرينة بسيطة يجوز إثبات عكسها، وذلك بإقامة الدليل على اختلال نظام تسجيل البيانات داخل المؤسسة المصرفية، أو على سرقة البطاقة واختلاس الرقم السري، وهذه الحالات لا تعدو كونها مجرد أمثلة (١٦٢٨).

ب -: الاعتراف للتوقيع الإلكتروني بحجية كاملة، إذا توافرت فيه شروط معينة:

يمتلك القاضي سلطة واسعة في تقدير قيمة الدليل المطروح أمامه، وفي حجيته في الاثبات وفي مراعاة توافر ما يتطلبه القانون من اشتراطات في المحرر والتأكد من أن الطريقة المتبعة في توقيعه هي طريقة مأمونه وجديرة بالثقة، وقد يقوده بحثه هذا إلى الاعتراف للتوقيع التقليدي، مستعينًا في ذلك برأي ذوي الخبرة.

وحتي يكون للعمل القانوني في شكله الإلكتروني نفس قيمه المحرر الكتابي في الإثبات، فإنه يجب أن يتضمن تقرير حقوق والتزامات لأطرافه، وأن يتم توقيعه من قبل هؤلاء الأطراف وأن يتم كل ذلك بطريقة جديرة بالمحافظ على سلامة البيانات، سواء عند صدورها من الشخص أو خلال إرسالها أو تخزينها أو استعادتها ثانية، ويقع عبء إثبات ذلك على الطرف الذي يتمسك بالمحرر الإلكتروني في الإثبات، فإذا تبين للقاضي بعد ذلك أن المحرر الإلكتروني يتمتع بذات المواصفات التي يتمتع بها المحرر الكتابي، من حيث توفر الثقة في طريقة إنشائه وإرساله وتخزينه، والاطمئنان إلى أن التوقيع منسوب للموقع، وأنه تم وضعه على المحرر الإلكتروني بطريقه تحقق ارتباطًا وثيقًا بينهمًا، وتتم عن

(1627) pau ،17 oct . 1984 ،op cit .

(1628) d. ammar ،op . cit et s .

قبوله لمضمونه، وقد تبنى القضاء الفرنسي هذا النظر حتى قبل صدور القانون الخاص بالتوقيع الإلكتروني، وعبرت عنه محكمة النقض الفرنسية بالقول: "إن المحررات. . يمكن تدونها وحفظها على أي وسيط بما في ذلك الوسائط الإلكترونية طالما أن المحررات تبدو ظاهرة الصحة ومكتمة العناصر لا سيما في شان انتسابها لأطرافها، وطالما لم يذكرها المدعي عليه(١٦٢٩).

بيد أن هناك مسألة تتعلق بتحديد من الطرف الذي يتحمل الإثبات، هل يجب على من ينكر صدور التوقيع الإلكتروني منه إثبات ذلك؟ إن هذا الأمر قد يكون، لأنه أولا يتعلق بإثبات واقعة سلبية، وثانيا لا الجهاز أو الآلة التي تولت استقبال التوقيع الإلكتروني وتسجيله غالبا تكون بيد الطرف الآخر، ولا يبقى أمامنا سوى القول بأن عبء الإثبات يقع على عاتق الجهة التي تقدم التسجيلات الخاصة بالتوقيع الإلكتروني حيث تلتزم بإثبات أنها تستخدم نظامًا معلوماتيًا جديرًا بالثقة وأن العملية التي قام بها الطرف الآخر تم تسجيلها بدقة وأن أي من أجهزتها لم يتعرض لأي خلل كان(١٦٣٠).

خـا تــمـة

هكذا نصل إلي خاتمة هذا البحث ،والذي تحثنا فيه عن التوقيع الإلكتروني ومدي حجيته في الإثبات وكان الهدف من وراء هذه الدراسة هو البحث عن جزئيات وفروع التعاقد الإلكتروني في القواعد العامة لنظرية العقد، وفي التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية في مختلف النظم والقوانين لمعرفة

(1629)cass . civ 2 janv . 1998 ،D . 1998 ،p 192

أشار إليه، الدكتور حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص ١٠٥ .

(1630)d ammar . op cit p 520 note 88 .

ما إذا كانت تشكل نظرية عامة مستقلة للتعاقد الإلكتروني أم أن القواعد العامة تغني عن وضع تشريع خاص يستقل بتنظيم هذه الوسيلة الجديدة في الإثبات.

وتمهيدا لبلوغ هذا الهدف تعرضت الدراسة في مباحث ثلاث ، تحدثت في أولهما عن ماهية التوقيع الإلكتروني ، وفي ثانيهما عن شروط التوقيع الإلكتروني ، وفي الثالث عن مدي حجية التوقيع الإلكتروني في إثبات إرادة الأطراف.

النتائج والتوصيات

وفي النهاية نود أن نورد بعض التوصيات تتمثل في التالي :

١- ضرورة العمل على وضع آلية للحماية المباشرة أو غير المباشرة المتعاقدين إلكترونيا في التشريع الكويتي، والذي لا يخلو تمامًا من النصوص والقواعد القانونية التي تسعي إلى توفير شيء من الحماية، إلا أنها لا تشكل قواعد عامة في حماية المتعاقدين، بل تنصب على نوع معين من المعاملات دون غيرها وعلى أنواع معينة من العقود دون غيرها، وعلى رأس هذه العقود نجد عقود البيوع بالتقسيط.

٢- ضرورة مواكبة التشريعات الكويتية لحداثة وسائل ابرام التعاقدات لتلبية حاجات المواطنين وفرض نظام حماية لطرفي العلاقة التعاقدية

٣- العمل على التوسع في إعلام طرفي العقد الإلكتروني بكل البيانات الخاصة بالمبيع، وليست الضرورية منها فقط.

قائمة المراجع

أولاً: المراجع باللغة العربية :

أ- المؤلفات القانونية العامة :

١. د. بكوش يحيى: أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، الجزائر- ١٩٨٠.

٢. د. حسام لطفي: مصادر الالتزام، بدون ناشر، ٢٠٠٢.

٣. د. حسن عبدالباسط جميعي، د. حسن عبد الباسط جميعي، شرط التخفيف أو الإعفاء من ضمان العيوب الخفية، سنة ١٩٩٣م.

٤. د. سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني، نظرية العقد الإرادة المنفردة، بدون دار نشر، ١٩٨٧.

٥. د. سليمان مرقص، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية في القانون المصرى مقارًا بتقنيات سائر البلاد العربية، ج١، الأدلة المطلقة، عالم الكتاب –القاهرة ١٩٨٧م.

٦. د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٤.

ب - المؤلفات القانونية الخاصة :

١. د. إبراهيم الدسوقي ابو الليل: الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، الكويت، طبعة ٢٠٠٣.

٢. د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل: الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، دراسة للجوانب القانونية للتعامل عبر أجهزة الاتصال الحديثة (التراسل الإلكتروني) مطبوعات جامعة الكويت، ٢٠٠٣.

٣. أ. أميرة حسن الرافعي: التحكيم في المنازعات الناشئة عن العقود الإلكترونية، منشأة المعرف، الاسكندرية، بدون تاريخ نشر .

٤. د. إيمان مأمون أحمد سليمان: إبرام العقد الإلكتروني وإثباته، الجوانب القانونية لعقد التجارة الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، طبعة ٢٠٠٨.

٥. د. أيمن سعيد سليم، التوقيع الإلكتروني – دراسة مقارنة، دار النهضة العربية – القاهرة، ٢٠٠٤.

٦. د. حسن عبد الباسط جميعي: إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠.

٧. د. حسن عبدالباسط جميعى، إثبات التصرفات القانونية التى يتم إبرامها عن طريق الإنترنت، دار النهضة العربية ٢٠٠٠.

٨. د. خالد ممدوح إبراهيم: إبرام العقد الإلكتروني، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، سنة ٢٠٠٥م.

٩. د. خالد ممدوح إبراهيم: إبرام العقد الإلكتروني، دار الفكر العربي، الإسكندرية، ٢٠٠٦.

١٠. د. خالد ممدوح إبراهيم: إبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١١.

١١. د. خالد ممدوح ابراهيم: التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٨.

١٢. د. خالد ممدوح ابراهيم: أمن المستندات أمن المستندات الإلكترونية، الطبعة الأولى، الإسكندرية، الدار الجامعية ٢٠٠٨.

١٣. د. خالد ممدوح إبراهيم: حجية البريد الإلكتروني في الإثبات، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٧.

١٤. د. عادل ابو هشيمة حوته: عقود الخدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤.

١٥. د. عبدالعزيز المرسى حمود: مدى حجية المحرر الإلكتروني في الإثبات في المسائل المدنية والتجارية في ضوء قواعد الإثبات النافذة، ٢٠٠٥.

١٦. د. قدري عبد الفتاح الشهاوي، قانون التوقيع الإلكتروني ولائحته التنفيذية والتجارة الإلكترونية في التشريع المصري والعربي والأجنبي، دار النهضة العربية، القاهرة.

١٧. د. محمد السعيد رشدي: التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة، منشأه العارف الإسكندرية، ٢٠٠٥ .

١٨. د. محمد السعيد رشدى، حجية وسائل الاتصال الحديثة في الإثبات، مطبعة النسر الذهبى، بدون تاريخ.

١٩. د. محمد السعيد رشدي: حجية وسائل الاتصال الحديثة في الإثبات، دار النهضة العربية، طبعة ٢٠١٣.

٢٠. د. محمد السعيد رشدي، الإنترنت والجوانب القانونية لنظم المعلومات، مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الكويت، ١٩٩٧.

٢١. د. محمد حسام محمود لطفى، استخدام وسائل الاتصال الحديثة في التفاوض على وإبرام العقود، القاهرة، سنة ١٩٩٣

ج- الرسائل العلمية :

١. د. خالد ممدوح إبراهيم: إبرام العقد الإلكتروني، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، سنة ٢٠٠٥م.

ثـالـثًـا : الـمـراجـع الأجـنـبـيـة

éd encyclopédie ،BOCHURBERG (L): internet et commerce électronique 1999 p116. ،DELMAS

cass. Civ 19. 2. 1969. Bull. civ. 1969. 3. 119.

،JEAN-BAPTISTE(M)crées et exploiter un commerce électronique éd liter p103. ،1998

MARTIN(S). TESSALONIKOS(A. .) et BENSOUSSAN(A. .). la premieres reflexions apres la publication de la directive ،signature electronique du 13 decembre1999 et la lio du 13 mars 2000. Gaz. Dupal. . recueiljuillet-aout 2000. p. 1274.