

الصعوبات التي تعترض الإثبات عبر الوسائل التكنولوجية الحديثة

رامي وشاح

باحث في القانون

تاريخ الاستلام ٢٠٠٩/٤/٢٣ تاريخ القبول ٢٠٠٩/٦/٢٥

Abstract: The research had discussed the difficulties which exposed the proof of input issues through the technological means that do not confess with these issues as a complete evidence, and had explained its sources and bases.

The research ended having many results, and the most important is necessity of the combined co operation of the legal and technical side to find the suitable solutions, and necessity of putting the legal texts which are more flexible to make the judge mission easier when conflicts are shown to him.

الملخص: لقد تناول البحث الصعوبات التي تعترض الإثبات بالمحررات الواردة عبر الوسائل التكنولوجية، والتي تحول دون الاعتراف بتلك المحررات كأدلة إثبات مقبولة، موضحاً مصدر تلك الصعوبات وأساسها.

و قد انتهى البحث إلى عدة نتائج أهمها ضرورة التعاون المشترك على الصعيد القانوني والتقني لوضع الحلول الملائمة، وضرورة وضع نصوص قانونية أكثر مرونة بما يسهل مهمة القاضي عند عرض النزاعات عليه.

مقدمة

لقد أوجدت الوسائل التكنولوجية وضعا يفرض نفسه على الفكر القانوني بإلحاح، الأمر الذي أوجد في نفس الوقت فراغا ونقصا في القواعد القانونية المناط بها تنظيم الحجية القانونية الممنوحة للمحررات التي تنتج عن التعامل عبر تلك الوسائل، أو حتى الوسائل التي لا ينتج عنها أثرا مكتوبا.

-----رامي وشاح-----

وما يدفع إلى القول بوجود هذا الفراغ والنقص هو الطبيعة التقنية لهذه الوسائل بالدرجة الأولى، ويعبر عنها بالصعوبات المادية أو الفنية التقنية، فوجود صعوبات فنية أو مادية تجعل من الصعوبة وضع الثقة في تلك الوسائل وهي أسباب في الأغلب ترجع إلى الأنظمة التقنية للوسائل المذكورة، هذه الأنظمة من الناحية القانونية_ أنظمة ضعيفة تفتقر إلى وسائل أمان كثيرة مما يضعف مصداقيتها وبلوغها الشروط المعتمدة قانوناً لاكتساب الحجية الكافية للاحتجاج بها في أي نزاع أو خلاف يثور بشأنها.

الأمر الذي أفرز وضعاً يتسم في معظم ملامحه بعجز وقصور القواعد القانونية الحالية عن مواجهة هذه المعضلة.

وترتب عن هذا الوضع أن أصبحت القواعد القانونية الموجودة هي في حد ذاتها عقبة أمام منح هذه المحررات الحجية القانونية الكافية، بمعنى أصبح أصبحت الوسائل التكنولوجية مشكلة الفكر القانوني، في الوقت ذاته أصبحت القواعد القانونية هي نفسها مشكلة أمام منح هذه الوسائل الحجية المطلوبة بعدم مقدرتها على احتواء هذه الأزمة.

بالتالي هناك جدل ومعضلة تتعلق بمسألة منح الوثائق الصادرة عبر هذه الأجهزة الحجية القانونية المطلوبة أو الكافية على أقل تقدير.

هذه المعضلة ذات شقين، فمن ناحية فإن هذه الوسائل لا تتوفر فيها العناصر المعتمدة قانوناً كشرط للصحة أو بالأحرى للاعتراف بها كوسائل ناجعة في عملية الإثبات، ومن ناحية أخرى فإن القواعد القانونية سارية المفعول في أغلب القوانين لا تتوافق مع هذه الحالات بالشكل المرين المطلوب.

لذلك توجب التطرق إلى هذه المشكلة والمعضلة عبر محورين المحور الأول يتناول الصعوبات المادية (غير القانونية) التي تواجه الإثبات عبر الوسائل التكنولوجية، أما المحور الثاني فيتطرق إلى الصعوبات القانونية.

أهمية البحث:

تكمن أهمية البحث في محاولة الوقوف أكثر على الطبيعة القانونية للوسائل التكنولوجية وبالتحديد فيما يتعلق بالحجية الثبوتية للتعاملات التي تتم بواسطتها، وإلقاء

----- الصعوبات التي تعترض الإثبات عبر الوسائل التكنولوجية الحديثة
الضوء على مسألة النقص في القوانين التي قد تحول في كثير من الأحيان دون إقرار
الحجية القانونية للتعاملات التي تتم باستعمال تلك الوسائل، وفي أحسن أحوالها تحوز
حجية بسيطة تتراوح ما بين القرائن الدالة على واقعة ما، وبين دليل منقوص يتطلب تكملته
بأدلة أخرى.

منهجية البحث:

استند البحث إلى المنهج التحليلي القائم على تحليل وشرح طبيعة أنظمة التشغيل التقنية
لبعض الوسائل التكنولوجية محل الدراسة، وتطبيقها على الجانب القانوني الذي يمكن أن
يحكم التعاملات عبر هذه الوسائل.

وقد استند البحث إلى دراسة بعض حالات تلك الوسائل على سبيل المثال لا
الحصر، لأن الغاية هي الوقوف على العوائق التي تحول دون إقرار الحجية القانونية
للمحركات المقصودة، وما لم يذكر من وسائل في هذا البحث لن يبتعد كثيراً عن النقاط التي
يثيرها هذا البحث.

وتحليل تلك الصعوبات انطلاقاً من نقطتين، الأولى قائمة على فهم طبيعة عمل تلك
الوسائل من الناحية الفنية، ومطابقتها مع الواقع القانوني الموجود بالنصوص القانونية
الحالية، بحيث تم الرجوع إلى مراجع ومقالات متخصصة أو مراجع قانونية أخذت عن
مراجع متخصصة، وفي أحيان أخرى تم الاعتماد على المعرفة الشخصية المقترنة بتجربة
فعلية لبعض تلك الوسائل، حيث تم الإشارة إليها في الحواشي بالوسيلة كمرجع (مثال
: الحواشي التي تحمل عنوان internet).

أما النقطة الثانية فتقوم على أساس تجسيد الأفكار القانونية المعتمدة والمطبقة على فهم
الطبيعة الفنية لتلك التقنيات، كمحاولة لدمج الفهم النظري الفني مع النص والأفكار
القانونية.

تقسيم البحث:

وقد تم تقسيم هذا البحث إلى مطلبين، تطرق المطلب الأول إلى الصعوبات المادية غير
القانونية التي تعيق إقرار الحجية القانونية للمحركات الواردة عبر الوسائل التكنولوجية

رامي وشاح -----
في حين تناول المطلب الثاني الصعوبات والعوائق القانونية في هذا المجال، ثم الخاتمة ونتائج وتوصيات البحث.

وتجدر الإشارة إلى أن هذه الصعوبات لا تواجه كافة الوسائل التكنولوجية المقصودة، بمعنى قد توجد هذه الصعوبات والعوائق في وسيلة دون أخرى وقد تلتقي أكثر من وسيلة في عوائق مشتركة، بمعنى أصبح لا ينطبق حكم الجزء على الكل، فقد تنفرد وسيلة منها بخصوصية ما دون باقي الوسائل، ولكن اقتضت الضرورة الإشارة إلى أغلب الصعوبات قدر الإمكان، للإحاطة بالموضوع أكثر فأكثر.

المطلب الأول الصعوبات المادية

المقصود هنا بالصعوبات المادية هي تلك الصعوبات التي تنيرها الطبيعة التقنية للوسائل الحديثة محل الدراسة، والتي تعبر عن نفسها بمظهر تقني دقيق يصعب في ظله التعامل مع هذه الوسائل والمحركات الصادرة عبرها قانوناً.

ويمكن القول بأن السبب في هذه المشاكل والصعوبات يرجع إلى أن هذه الثورة الهائلة والضخمة من التطور التقني لم تكن وليدة يوم وليلة، بحيث يكون هناك نشاط قانوني متواصل ومتابع لهذه الظاهرة بالتحليل والتقييم، بل جاءت نتيجة لتضافر جهود علمية دامت واستغرقت مدة زمنية طويلة، منذ اللحظة التي بدأت فيها فكرة الاختراع مروراً بعملية التطبيق وصولاً إلى مرحلة التطوير التي نلمسها اليوم.

وترجع أسباب وجود هذه الصعوبات أساساً إلى الطبيعة الفنية للأجهزة التكنولوجية ذاتها، حيث تحول طبيعة الأخيرة دون إمكانية الإثبات من الناحية المادية، بالإضافة إلى سهولة حدوث عمليات الغش المصاحبة للتعاملات التي تتم عبر هذه الوسائل والأجهزة، ناهيك عن عدم تمتعها بالقدر الكافي من الأمان الذي يسمح بقبول التعاملات التي تتم عبرها من الناحية القانونية، وتأخذ هذه الصعوبات عدة صور منها:

(٢٢٨) ----- مجلة جامعة الأزهر بغزة، سلسلة العلوم الإنسانية ٢٠٠٩، المجلد ١١، العدد ١-B

الفرع الأول

صعوبة القيام بعملية الإثبات مادياً

تتمثل هذه الصعوبات في عدم المقدرة أو الصعوبة في التعرف على هوية المتراسلين أو المتعاقدين، ذلك أن شخصيتهما تبقى إلى حد ما غير أكيدة هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن محتويات العقد في أغلب الأحوال غير مجسدة على ورق ولا موقعة باليد.^(١)

وهذه حالة خاصة قاصرة على وسائل الحاسوب وبالتحديد وسيلة الإنترنت، ويمكن إضافة حالة التيلكس الذي يستحيل تقنياً وضع التوقيع على المحررات المرسلة عبره.

فمجرد استخدام الوسائل التكنولوجية للتراسل غير كافٍ في معظم الأحيان للدلالة على تحديد هوية المتراسلين، وذلك لاعتبارات تقنية بحتة^(٢)، فالتراسل عبر الإنترنت سواء بوسيلة البريد الإلكتروني أو منتديات الحوار محفوف بالمخاطر والعقبات، ففي معظم الأحيان يكون العنوان البريدي الإلكتروني لا يحمل اسم صاحبه الحقيقي بحيث لا يوحى إليه على الإطلاق.

وقد تصدت المادة ١٨ من قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم ١٤ لسنة ٢٠٠٤ لهذه المسألة بالإيضاح^(٣)، وكذلك فعل المشرع البحريني في قانون التجارة الإلكترونية في

^(١) Michel Jaccard ,Problèmes juridiques liés à la sécurité des transactions sur le réseau, page.02. consultable en ligne sous : <http://www.signelec.com>

^(٢) Eric A. CAPRIOL ;La securite Technique et la cryptology dans la commerce électronique en droit Francaise, page.03, consultable en ligne sous : <http://www.lex-electronica.org>.

^(٣) حيث نصت على : " يتمتع التوقيع الإلكتروني والكتابة الإلكترونية والمحررات

الإلكترونية بالحجية في الإثبات إذا ما توافرت فيها الشروط الآتية :

أ) ارتباط التوقيع الإلكتروني بالموقع وحده دون غيره.

ب) سيطرة الموقع وحده دون غيره على الوسيط الإلكتروني.

ج) إمكانية كشف أي تعديل أو تبديل في بيانات المحرر الإلكتروني أو التوقيع الإلكتروني "

مجلة جامعة الأزهر بغزة، سلسلة العلوم الإنسانية ٢٠٠٩، المجلد ١١، العدد ١-B----- (٢٢٩)

رامي وشاح -----
المادة ٦ الفقرات ١ و ٢ و ٣ التي أقرت بأن حجية التوقيع الإلكتروني شأنه شأن التوقيع الخطي، ويعتبر صحيحاً إذا اقترنت به شهادة معتمدة إلى أن يثبت العكس^(٤)، ونفس الموقف تبنته التوجيه الأوروبية المتعلقة بالتوقيع الإلكتروني والصادرة عن مجلس الاتحاد الأوروبي بتاريخ ٢٢/١٢/٢٠٠٢م في الفقرتين الأولى والثانية من المادة الخامسة.^(٥)

(٤) 1. لا ينكر الأثر القانوني للتوقيع الإلكتروني ، من حيث صحته وإمكان العمل بموجبه ، لمجرد وروده -
كلياً أو جزئياً - في

شكل إلكتروني .

2. 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 يفرض متطلبات هذا القانون .

٣. إذا عرض بصدد أية إجراءات قانونية توقيع إلكتروني مقرون بشهادة معتمدة ، قامت القرينة على صحة ما يأتي ما لم

يثبت العكس أو يتفق الأطراف على خلاف ذلك :

أ - أن التوقيع الإلكتروني على السجل الإلكتروني هو توقيع الشخص المسمى في الشهادة المعتمدة .

ب أن التوقيع الإلكتروني على السجل الإلكتروني قد وضع من قبل الشخص المسمى في الشهادة المعتمدة بغرض توقيع

هذا السجل الإلكتروني .

ج. أن السجل الإلكتروني لم يطرأ عليه تغيير منذ وضع التوقيع الإلكتروني عليه .

(٥) حيث نصت الفقرتين الأولى والثانية على:

١ . يجب على الدول أن تؤكد أن التوقيعات الإلكترونية المتطورة التي تستند على شهادة موصوفة والتي يتم إنشائها بواسطة أداة

توقيع آمنة ،تفي بتحقيق المتطلبات القانونية لارتباط التوقيع الإلكتروني بالبيانات المتخذة شكل الإلكتروني ، بذات الطريقة

التي يحققها التوقيع بخط اليد بالنسبة للبيانات الواردة على الورق.

٢. تلتزم الدول بتأكيد أن التوقيع الإلكتروني المتطور والمنشأ بأداة تأمين إنشاء التوقيع و الذي يؤيد ه شهادة موصوفة ، لا يجحد

فاعليته القانونية أو الاعتراف به كدليل في المرافعات القانونية تأسيساً على أنه متخذاً شكلاً إلكترونياً أو أنه غير مستند على

(٢٣٠) ----- مجلة جامعة الأزهر بغزة، سلسلة العلوم الإنسانية ٢٠٠٩، المجلد ١١، العدد ١-B

----- الصعوبات التي تعترض الإثبات عبر الوسائل التكنولوجية الحديثة

أما موقف المشرع الفرنسي فقد كان واضحاً في المادة (١٣١٦.١) التي ساوت بين حجية الكتابة الإلكترونية والكتابة على الورق، بشرط إمكان بيانها للشخص الصادرة عنه وأن تنشأ وتحفظ في أحوال وأوضاع من طبيعتها ضمان اكتمالها أو وحدتها.^(٦)

لأن معظم مستعملي هذه الوسيلة في معظم الأحيان يلجأون إلى استخدام أسماء مستعارة أو جزء من الاسم، ففي هذه الحالة لا يمكن بأي حال من الأحوال التأكد بصورة قطعية ويقينية من هوية المرسل أو المستلم.^(٧)

ولا يقل الأمر تعقيداً في حالة ما إذا كان المرسل إليه هو المتمسك بالرسالة، ذلك أن المرسل إليه قد يستلم الرسالة عند وصولها إلى بريده الإلكتروني، ثم يقوم بالإطلاع على مضمونها بعد فتحها، ثم يقوم بطباعتها حيث يظهر عنوان المرسل وتفاصيل الرسالة^(٨)، فمن السهل أن ينكر شخص ما أنه هو من أرسل الرسالة، ويساعده في ذلك أمور كثيرة، منها عدم إمكانية استرداد الرسالة إذا ما تمت عملية الإرسال،^(٩) بحيث إذا تم الرجوع إلى بريده لم نجد لها أثراً، هذا من ناحية ومن ناحية أخرى يصعب الحصول على كلمة المرور الخاصة بالشخص المدعى عليه بالرسالة محل الجدل، كما لا يمكن إجبار ذلك الشخص على تقديمها^(١٠)، بهدف فحص مصدر الرسالة وما إذا كان العنوان البريدي المراد التأكد

شهادة غير موصوفة أو أنه لا يستند علي شهادة موصوفة صادرة من مقدم معتمد لتقديم إصدار تلك الشهادات أو أنه علي ينشأ بأداة مؤمنة لإنشاء توقيع مؤمن.

(6) Art. 1316-1. - L'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conserve dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité.

(7) Cedric MANARA & Tino ROSSI, Les risques Juridiques liés à internet, consultable en ligne sous

: www.juriscom.net .

(8) Internet

(9) Internet

(10) كون ذلك يتنافى مع المبدأ العام في الإثبات القاضي بعدم جواز إجبار الشخص على تقديم دليلاً ضد نفسه.

مجلة جامعة الأزهر بغزة، سلسلة العلوم الإنسانية ٢٠٠٩، المجلد ١١، العدد ١-B----- (٢٣١)

رامي وشاح -----

منه هل هو له أم لا.

فالأمر لا يوحى بإمكانية قطعية نسبة العنوان أو الرسالة إلى الشخص المدعى عليه بها، إضافة إلى أن الرسالة مطبوعة بحروف إلكترونية بحيث يمكن التلاعب بمضمونها بكل سهولة، ناهيك عن إمكانية إنكارها ممن يدعى عليه بها كما يمكن له الطعن فيها بالتزوير أو إنكار صدورها عنه.

وليس الحال بأفضل إذا ما كان الحديث يدور عن التراسل بالفاكس، إذ إن وجود رقم فاكس المرسل على الورقة محل النزاع لا يجزم بشأن نسبتها إلى شخص ما بحيث يكون هذا الشخص هو أحد أطراف العلاقة أو العقد، فالمرسل سيئ النية قد يلجأ إلى استعمال جهاز فاكس غير الجهاز المملوك له تحت ذرائع كثيرة، في هذه الحالة لا يمكن نسبة الوثيقة الواردة إلى ذلك الشخص.

وما ينطبق على جهاز الفاكس ينطبق على جهاز الهاتف لنفس السبب تقريباً وإن كان هناك فارق. ففي كل الأحوال تبقى شخصية المتعاقدين مجهولة إلى حد ما، رغم وجود حالة الهاتف المرئي إلا أن هذه حالة استثنائية ولا يجوز القياس عليها كما لا يجوز تعميم حكمها.

إن الحديث عن هذه المشكلة يدفع إلى الحديث عن مشكلة أكبر، تعتبر نتيجة حتمية لها؛ ألا وهي عملية الاحتيال، فقد انتشرت هذه الظاهرة على المستوى الدولي بشكل يثير القلق فيما يتعلق بمستقبل التجارة عموماً والدولية منها على وجه الخصوص، وتثور هذه المشكلة ويزداد تفاقمها كلما دار الحديث عن التعاقد عبر وسائل الاتصال الحديثة.

وقد اعتبرت دول العام الثالث بما فيها الدول العربية أكبر ضحية لمثل هذه العمليات حيث بلغت خسائرها نحو ثلاثة مليارات دولار في العام ١٩٨٤ فيما يتعلق بالنقل البحري، نتيجة للصفاقات تم إبرامها بواسطة هذه الوسائل.^(١١)

وتأخذ أساليب الاحتيال مظاهر عديدة كالتعاقد مع أشخاص أو شركات وهمية لا وجود

^(١١) د/سمير المنقبادي، التداول الإلكتروني لوثائق النقل البحري، مجلة الأكاديمية العربية للنقل، العدد ٢٩ فيفري ١٩٩٠، ص ٢٣.

..... الصعوبات التي تعترض الإثبات عبر الوسائل التكنولوجية الحديثة لها من الناحية القانونية أو المادية، حيث يتم التعاقد على صفقة تجارية بمبلغ وأوصاف معينة ثم يتم التسليم بأوصاف أخرى غير مطابقة البتة لما تم التفاهم عليه، وقد لا يتم التسليم أصلاً.

وتبدو هذه الظاهرة واضحة وجلية عند الحديث عن التعاقد عبر الإنترنت، وخير مثال على ذلك قضية شركة "بابا نويل فرنسا"، وتتلخص وقائع هذه القضية في أن أحد متصفحي الإنترنت قد تعاقد مع شركة "بابا نويل فرنسا" عبر الموقع التالي -www.Father-Noel.fr، وقام بشراء سلع منها وتبين له بعد تسلمه لها بأنها غير مطابقة للمواصفات التي تم التعاقد مع الشركة على أساسها، فقام برفع قضية ضدها على أساس الإثراء بلا سبب؛ أمام القضاء الذي قضى بأن شرعية العقد منجزة في جميع نصوصه، وأن الزبون لا يمكن أن يسلم بتأخير ولا يمكن أن يحمل على قبول شيء آخر غير الذي تعاقد عليه.^(١٢)

الفرع الثاني

مخاطر الغش

تتنوع مخاطر الغش تبعاً لتنوع مصدره، فقد يصدر الغش من المرسل أو من المرسل إليه، كما قد يصدر من الغير، أي من طرف خارج عن العلاقة الأصلية كمستخدمي أي من الطرفين.

وما يساعد على زيادة وتنامي هذه المخاطر ضعف الطبيعة التقنية لهذه الأجهزة، والتي تسمح باستعمالها في الكثير من العمليات المتسمة بالغش والتزوير هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن الطبيعة التقنية لبعض هذه الأجهزة تسمح بإزالة كل أثر أو دليل على حدوث التراسل والاتصال فيما بين المرسل والمرسل إليه.

مثلاً في التعاقد عبر الفاكس يستطيع المرسل تقديم تاريخ الإرسال، كما يمكنه عدم

^(١٢) Tribunal de Grand instance de Lyon, Chambre des urgences, 28 mai 2002, consultable en ligne sous :

www.juriscom.net.

مجلة جامعة الأزهر بغزة، سلسلة العلوم الإنسانية ٢٠٠٩، المجلد ١١، العدد ١-B----- (٢٣٣)

رامي وشاح -----
القيام بعملية الإرسال أصلاً مع إمكانية طباعة وصل إشعار الوصول، كونه ورقة منفصلة
عن الورقة أو الوثيقة المرسله، وذلك دون الحاجة إلى القيام بالإرسال فعلاً. (١٣)

كما قد يقوم المرسل إذا ما التزم تجاه المرسل إليه في إطار صفقة أو التزام ما
بإرسال وثيقتين تتضمن كل واحدة مواصفات وأسعار تختلف كل منهما عن الأخرى، ثم يبدأ
بالتلاعب بقيمة ومواصفات الالتزام حسب ارتفاع أو انخفاض قيمة أو أرباح الصفقة، بحيث
يقدم الرسالة التي تتناسب مع وضعه وحاجته، وعند الاحتجاج عليه يدفع الأصل مناقضاً
للوثيقة المرسله. (١٤)

ونفس الوضع ينطبق على المرسل إليه ، إذ يستطيع التلاعب في الوثيقة الواردة
بالتحريف في مضمونها سواء بالزيادة أو النقصان ، أو حتى بإنكار المضمون كلية ، كذلك
يمكن للمرسل إليه إنكار وصول أي من المستندات التي يدعي المرسل إرسالها، لأنه على
الرغم من حيازة المرسل لوصل إشعار الوصول، قد يستند الطرف الثاني إلى أن ذلك
الوصل لا يمكن بأي حال من الأحوال اعتباره قرينة قاطعة على صحة الاستلام لأنه من
الممكن تزوير ذلك الوصل وبكل سهولة، وهذا ما دفع البعض إلى القول بأن المرسل دائماً
يكون في حالة أقل ارتياحاً من المرسل إليه. (١٥)

ونفس العملية قد يقوم بها المرسل إذا ما كان ينوي إرسال رسالة عبر البريد
الإلكتروني، إذ يمكنه أن يكتب الرسالة ويتلاعب بمضمونها قبل إرسالها، فيستطيع أن يضمن
الرسالة اتفاقاً ما، ويحدد مسبقاً الجزء الذي يريد التلاعب به، ويقوم بطباعة الرسالة، ثم يعدل
أو يجري التعديلات التي يريد أن يجريها ثم يعيد المضمون الأصلي الذي يرغب في

(١٣) Benoit DUTOIR , Convention et preuve et télécopieurs, Recueil

Dalloz, 2000, page. 16; Laurance

LAUTRETE téléx, télécopie, télégramme, valeur juridique et force probante,
Les Pitites Affiches, 10

Mai 1996, page. 07

(١٤) Benoit DUTOIR , op.cit , page. 17; Jerome HUET, la valeur Juridique de telecopie
(ou fax) comparee au

telex, Recueil Dalloz siery, 1992, page 35

(١٥) Jerome HUET, , op.cit, page. 35.

----- الصعوبات التي تعترض الإثبات عبر الوسائل التكنولوجية الحديثة
إرساله (١٦)، فهنا تلعب مصلحة المرسل الدور الرئيسي في مضمون الوثيقة التي يمكن له
أن يقدمها ويؤيد بها احتجاجة وتأكيداً لصدق ادعائه.

فهذه عملية ليست صعبة الحدوث إذا ما تم النظر إلى سهولة اختراق النظام التقني
الذي تعمل به هذه الأجهزة، فالمرسل إليه _ مثل المرسل _ يستطيع وبكل سهولة التلاعب في
الوثيقة الواردة إليه بتحريف مضمونها بالزيادة أو النقصان أو حتى بإنكار المضمون
كليةً، ونفس الوضع نجده في مجال الرسائل الإلكترونية، إذ يستطيع المرسل إليه إنكار
وصول الرسالة حتى ولو قدم المرسل ما يفيد إرساله لها لأنه من الصعب التأكد من
وصول الرسالة إلى صندوق البريد الإلكتروني الخاص بالمرسل إليه.

وقد يأخذ الغش هنا صورة أخرى، فلو افترضنا على سبيل المثال أن شخصاً ما قد
أصدر إجابة متعلقاً برغبته في بيع منزله لشخص آخر وحدد أجلاً للقبول الأمر، الذي
يوجب عليه البقاء على إيجابه إلى أن يصدر الموجب له قبوله أو رفضه فيتم العقد أو
يسقط الإيجاب، ثم أراد هذا الموجب أن يعدل عن إيجابه الذي أصدره، وكان قد علم
الموجب له بالإيجاب ولم تنته مهلة الإيجاب، هنا يستطيع الموجب سيئ النية إذا ما رغب
في العدول عن إيجابه القيام بإصدار أمر إلى صندوق بريده الإلكتروني بعدم استقبال أي
رسالة من البريد الإلكتروني الخاص بالموجب له، وبالتالي يستطيع التذرع بعدم وصول
الرد من الموجب في الفترة المحددة له للرد.

وكما سبق الإشارة إليه فإن الغش قد يصدر من عمال أو مستخدمي أي من طرفي
العلاقة، هؤلاء يستطيعون أيضاً القيام بكل عمليات الغش التي يمكن أن يقوم بها المرسل أو
المرسل إليه بصفة أصلية، كموظفي البنوك والشركات الكبرى وخصوصاً المكلفين بالعمل
على متابعة تلك الاتصالات عبر الأجهزة المخصصة بذلك. (١٧)

(١٦) Internet

(١٧) وخير مثال على ذلك قيام مكتب التحقيقات الفيدرالية الأمريكية المعروف بال F.B.I بإلقاء القبض على
ثلاثة أشخاص من ضمنهم أحد

العاملين في شركة لبرامج الكمبيوتر المزودة للبنوك بالنظام التقني لبطاقات الدفع المصرفية، وقاموا _
بمساعده _ بالحصول على

مجلة جامعة الأزهر بغزة، سلسلة العلوم الإنسانية ٢٠٠٩، المجلد ١١، العدد ١-B----- (٢٣٥)

رامي وشاح -----

وإن كانت هذه الحالة لا تنفي مسؤولية المرسل كمسئولية متبوع عن تابعه أو مسؤولية حارس الأشياء عن الأجهزة الموجودة في حيازته، إلا أن الحديث هنا لا يدور عن المسؤولية بل عن الإثبات وإمكانية التلاعب بالوثائق الصادرة عبر أجهزة الاتصالات الحديثة، سواء كان التلاعب متعلقاً بمضمون الوثيقة أو من حيث وجود تلك الوثيقة من عدمه.

والغش غير قاصر على وسائل الاتصال سابقة الذكر، بل يشمل كذلك الوسائل الصوتية من تسجيل صوتي إلى حوار هاتفي، وإمكانية دمج وتقليد الأصوات اليوم هي إمكانية واردة وكبيرة ومتاحة، نظراً للتطور التكنولوجي الهائل الذي يسمح بكل سهولة بتقليد وإعادة تركيب الأصوات، بحيث يكون من الصعب جداً كشف تلك العملية بالوسائل المتاحة دون اللجوء إلى وسائل تقنية متطورة (١٨)، لأن عمليات قص وتركيب حوار كان قد سجل لشخص ما وأعيد تركيبه بحيث تحذف منه بعض المقاطع وتضاف أخرى هو أمر وارد، بحيث يسجل لشخص ما حوار كامل متكامل بشأن التزام ما بتفاصيل معينة، فيعاد قص وتركيب وإعادة التركيب، بحيث يبدو وكأن ذلك الشخص قد التزم بشيء في حقيقة الأمر هو لم يلتزم به بالكيفية التي يظهرها التسجيل.

الفرع الثالث

الأخطار والصعوبات التقنية

يختلف مصدر هذه الأخطار، فمنها ما يمكن رده أساساً إلى الخطأ، ومنها ما يجد

معلومات لبطاقات بنكية لأكثر من ٣٠٠٠٠ شخص خلال الفترة الممتدة من ١٩٩١ حتى ٢٠٠١، وقد

وصفت هذه الجريمة بأنها أسهل

قضية سرقة في تاريخ الولايات المتحدة الأمريكية في هذه القضية: د/حسني عبد الصبور، سلبات التوقيع

الإلكتروني، الأهرام

الاقتصادي، العدد ١٧٧٢ الصادر بتاريخ ٢٣/٧/٢٠٠٢ م، ص. ٣٩٠.

(١٨) د/رضا المزغني، أحكام الإثبات، مطابع معهد الإدارة العامة، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى

١٩٨٥، ص. ٣١٦.

(٢٣٦) ----- مجلة جامعة الأزهر بغزة، سلسلة العلوم الإنسانية ٢٠٠٩، المجلد ١١، العدد ١-B

..... الصعوبات التي تعترض الإثبات عبر الوسائل التكنولوجية الحديثة
أساسه في التدليس (١٩)، وأياً كان مصدر هذه الأخطاء أو الصعوبات فإن إمكانية وجود
مثل هذه الأخطاء يزرع الثقة في المحررات والوثائق الصادرة عبر هذه الوسائل إلى حد
كبير، وهذه الأخطاء تتمثل في:

أولاً: الأخطار المرتبطة بالخطأ

هذه الأخطار متعددة قد يكون مصدرها بشرياً أو تقنياً أو يرجع إلى عوامل خارجية،
فالأخطار البشرية نادرة الوقوع، وتتمثل في الخطأ الذي يقع من الموظفين أو المكلفين
باستخدام الجهاز وذلك عند إدخال المعلومات أو البيانات إلى الجهاز، أو عند القيام
بعمليات تحويل رؤوس الأموال من حساب إلى آخر على سبيل المثال.

أما الأخطار التي تجد أساسها في العوامل الخارجية فهي تتمثل في عوامل البيئة، من
رطوبة وحرارة أو تغير في ذبذبات أو شحنات الكهرباء الممونة للجهاز المستعمل، مما
ينجم عنه مسح كلي أو جزئي للمعلومات، أو اضطراب في عملية التخزين، ويتعلق مدى
حدوث مثل هذه الأخطار من عدمه على مدى نجاعة وفاعلية النظام التقني الذي يتمتع به
الجهاز.

فهناك دائماً مخاطرة أو شك في التشوه الإرادي أو اللاإرادي للمعطيات والمعلومات
التي تغذى بها ذاكرات الحاسوب، وهذا في جميع مراحل التعامل مع الجهاز، (٢٠) وأكثر
ما يكون مجال هذه الأخطاء هو مجال الشبكات الرقمية، نظراً لوجود عدد كبير من
الحواسيب وعدد هائل من المستخدمين، بالإضافة إلى ضعف الوسائل الرابطة لهذه
الأجهزة.

(١٩) Bernard AMORY et Y. POULLET, Le droit de la preuve face à l'informatique et à la télématique :

approche droit comparée, Droit L'informatique & télécom, DOCTRINE. 1988, page. 11

(٢٠) Hervé CROZE, Informatique, preuve et sécurité, Recueil Dalloz

siery, 1987, 24 eme CAHIER-

CHRONIQUE, page. 166 ; Jean-Maurice OUDOT, La signature numérique, Les Pitet Affiches, 6 MAI

1998 No54, page. 36.

مجلة جامعة الأزهر بغزة، سلسلة العلوم الإنسانية ٢٠٠٩، المجلد ١١، العدد ١-B----- (٢٣٧)

رامي وشاح -----
ويثور التساؤل الأكثر إلحاحاً ما هي الاحتياطات الواجب أخذها بالحسبان لمنع وقوع
مثل هذه الأخطاء، من أجل الوصول إلى تحقيق بنية معلوماتية آمنة؟

هنا لا بد من التحقق وذلك باستخدام كل الوسائل الممكنة والمعقولة لتأمين النظام
المعلوماتي من الاستخدام غير المشروع، وذلك بالنظر إلى ما هو مألوف واعتيادي في
صناعة التقنيات، ويتحدد هذا المعيار بتصنيف صناعات التقنيات المختلفة، فإذا كان ٨٠%
من الأشخاص يستعملون التقنية (أ)، والعشرون الباقون موزعين بين مستعمل للتقنية (ب)
و(ج)، إذن فإن هذا الاستعمال للتقنية (أ) يعني أن استعمالها هو الوسيلة الملائمة (٢١)، وقد
بلغت الخسائر الناتجة عن الكوارث المترتبة عن الأخطاء في فرنسا ١١.٥٦ بليون فرنك
في عام ١٩٩٥ مقارنة ب ١١.٢ بليون في عام ١٩٩٧. (٢٢)

ثانياً: الأخطار المتعلقة بالتدليس

إن خطر التدليس يمكن وقوعه بفعل البشر ولا يكون فعل البشر مصدره، ويعتبر هذا
الخطر ذو أثر وتأثير كبير النطاق على مجالات الحاسوب كمشكل هام وحيوي، فعملية
الغش المعلوماتي أو التدليس تخلف وتتسبب في خسائر مالية معتبرة، إذ بلغت خسائرها في
الولايات المتحدة الأمريكية ٣٠ مليون دولار وفي اليابان ١٠٠ مليون دولار. (٢٣)

تجدر الإشارة هنا أن عملية الغش والتدليس هذه قد تقع من موظفي الشركة أو
المؤسسة المطلعين على مفاتيح وطرق التشغيل، والذين قد يستغلون وضعهم هذا لتحقيق
أغراض شخصية، كالقيام بعملية تحويل رؤوس أموال من حسابات أصحابها إلى أشخاص
آخرين، وقد يحدث ذلك الغش بفعل أشخاص آخرين غير موظفي الشركات الذين

(٢١) Nicolas VERMEYS "Computer Insecurity " And Viral Attacks:Liability
Issues Regarding Unsafe
Computer System Under Quebec Law page.03.. consultable en ligne sous:
www.lex-electronica.org

(٢٢) المقدرة بواسطة CLUSIF نادي امن الكمبيوتر الفرنسي انظر:

Eric A. CAPRIOL ;La securite Tcnique et la cryptology dans la commerce
electronique en droit
Francaise ,op.cit.page.05.

(٢٣) Bernard AMORY et Y .POULLET ,op.cit , page

..... الصعوبات التي تعترض الإثبات عبر الوسائل التكنولوجية الحديثة
يستطيعون بطريقةٍ أو بأخرى الدخول والتدخل في برامج جهاز الحاسوب، خاصة عبر
شبكة الاتصالات الرقمية إذ أن نظام الإرسال يسمح بمثل هذا الدخول. (٢٤)

الفرع الرابع

ضعف الأمن القانوني للوسائل التكنولوجية

لقد أصبحت الوسائل التكنولوجية ذات نمو وتطور متزايد، وأصبحت تغطي على كافة
جوانب الحياة اليومية، وأمام هذا التطور أصبح الأمر يشكل وضعية قانونية صعبة ومقلقة
في نفس الوقت.

فمن ناحية لا يجوز إهدار مزايا وفوائد نتاج مثل هذا التطور التقني، وإلا أصبحنا من
دعاة التخلف والرجعية، ومن ناحية أخرى لا يمكن منح مثل هذه الوسائل الحجية الثبوتية
دون دراسة عملية ميدانية تتسم بالتريث والتمهل، كون الأمر لا يخلو من
الصعوبات والعقبات الجادة.

أولاً: مفهوم فكرة الأمن القانوني وانعكاسها على الوسائل التكنولوجية

إن هذه الوسائل أصبحت تتسم بالصفة العمومية والعالمية بحيث يتعدى مجال معالجتها
حدود التشريعات الوطنية والمحلية (٢٥)، الأمر الذي يتطلب وقفة تشريعية عالمية موحدة
، وبالتالي تطرح مسألة الاتفاقيات الدولية التي يمكن لها تنظيم مثل هذه الوسائل بحيث
تتعكس هذه الاتفاقيات على التشريعات الوطنية والمحلية.

قبل الحديث عن وجود مثل هذه التشريعات والاتفاقيات لا بد من البحث عن

(٢٤) د/ محمد حسام لطفي، استخدام وسائل الاتصال الحديثة في التفاوض على العقود وإبرامها، طبعة
١٩٨٨، ص. ٤١.

(٢٥) Eric A.CAPRIOLI ،Signature Electronique La Loi Française sur la preuve et la
signature électroniques

dans la perspective européen Dir ٩٣/١٩٩٩ CE DU parlement européen et du
conseil du 13 Décembre

1999, La Semaine Juridique Edition General 2000: page.787

مجلة جامعة الأزهر بغزة، سلسلة العلوم الإنسانية ٢٠٠٩، المجلد ١١، العدد ١-B----- (٢٣٩)

رامي وشاح -----
الضمانات الكافية والكفيلة بمنح مثل هذه الوسائل الحجية الكافية واللازمة، وهذا ما يعبر عنه بفكرة الأمن القانوني.

وبناءً على ما تقدم يمكن القول بأن فكرة الأمن القانوني يمكن تعريفها على أنها " المعايير والمواصفات التي يجب أن تتوفر في الوسائل التقنية التعاملاتية بحيث تجعل من هذه الوسائل محل اعتبار واعتراف من طرف القانون ".

فمشكلة الأمن القانوني يزداد طرحها يوماً بعد يوم تزايداً مرافقاً لتطور هذه الوسائل التكنولوجية، مثلما هو الحال في الكتابة الإلكترونية، على خلاف الكتابة على ورق رغم عدم خلو هذه الأخيرة من أية مخاطر (٢٦)، فأدلة الإثبات الورقية ليست بمنأى عن الخطر مقارنةً مع الأدلة الكتابية التكنولوجية، والأمر بينهما يتعلق بصعوبة ومخاطر التغيير.

فالكتابة على ورق هي جزء من تراث قديم لا يمكن التخلي عنه مرة واحدة، على الرغم أن التزوير في الأدلة التكنولوجية يحتاج إلى أشخاص متمرسين، فهي إذن أقل خطورةً من مثيلاتها الورقية (٢٧)، وتطرح كذلك بصدد مسألة التوقيع الإلكتروني الذي هو مناط التعبير عن الإدارة فيستوجب أن نكون على ثقة بأن التوقيع لصاحبه وليس لشخص آخر قلده.

والقول بعلاج هذه المعضلة بأدوات ووسائل قانونية حالية كإقامة القرائن أمر يمكن القول بأنه غير مجدٍ، فحسب ما يوحي به مصطلح الأمن القانوني من دلالة يمكن القول أنه يتوجب وضع ضوابط قانونية من أجل إضفاء الحجية المطلوبة على الوثائق أو التعاملات عبر هذه الوسائل.

فالقانون هو إطار اجتماعي ينظم العلاقات الفردية والجماعية، فهو ليس بمعزل عن

(٢٦) Pierre – Yves GAUTIER ،le bouleversement du droit de la preuve : vers un mode Alternatif de

conclusion des conventions, Les Petites Affiches, ٠٧ FEVRIER ,2000, page 06.

(٢٧) د/ رضا متولي وهذان، الضرورة العملية للإثبات بصور المحررات في ظل تقنيات الاتصال الحديثة -

دراسة مقارنة، دار

النهضة العربية، القاهرة، طبعة ١٩٩٧، ص. ٦١.

(٢٤٠) ----- مجلة جامعة الأزهر بغزة، سلسلة العلوم الإنسانية ٢٠٠٩، المجلد ١١، العدد ١-B

----- الصعوبات التي تعترض الإثبات عبر الوسائل التكنولوجية الحديثة
هذه الوسائل وليس بمنأى عنها، ولا يرفض بتاتاً إعطاءها الحجية الكافية للاعتراف بها
كوسائل معتمدة في الإثبات (٢٨)، ولكن في الوقت ذاته لا يمكن منحها الحجية القانونية
بطريقة عشوائية، فهذه الوسائل بوضعها الحالي ليست بمنأى عن الضرر أو الخطر، إذ قد
يحدث وأن تتعرض ذاكرتها أو برامجها وأنظمة تشغيلها التقنية إلى خطأ أو عطل (سواء
متعمد أو غير متعمد)، ينشأ عن هذا الخطأ إصابة هذه الوسائل والأجهزة بفيروسات، قد
تتسبب في إزالة أو محو كلي أو جزئي للمعلومات والبيانات الواردة فيها أو بواسطتها.
(٢٩)

هذا الأمر يثير مشكلة أخرى أكثر تعقيداً من مشكلة الأمن القانوني؛ ألا وهي مشكلة
تحديد التزوير واكتشافه ووسيلة إثباته (٣٠)، وخير مثال على ذلك مجال السرقة والقرصنة
المعلوماتية التي أكثر ما نجدها في مجال البنوك وتحويل الأموال من بنوك إلى أخرى، أو
في إطار نفس البنك؛ ولكن من حسابات أشخاص إلى حسابات أشخاص آخرين، وذلك
بطريقة يصعب معها تحديد الخطأ، وفي بعض الأحيان حتى اكتشافه يكون أمراً في غاية
الصعوبة. (٣١)

الأمر يزداد تعقيداً في هذا المجال يوماً بعد يوم في ظل تنامي وتزايد ظاهرة أصبحت
تعرف بظاهرة قطاع الطرق الإلكترونيين أو قراصنة المعلومات، مما يزيد من تعقيد
وتصعيب دور رجال القانون يوماً بعد يوم، الأمر الذي يسمح بالقول أنه أمام مثل هذه

(٢٨) André LUCAS, Le droit de L'informatique, Esses uneversitaires de France, 1ere
edition ، ١٩٨٧ page.371.

(٢٩) وهذا الفيروس عبارة عن برنامج أيضاً يصمم بعض المخربين ويتم إدخاله في نظام وسائل الاتصال
وخاصة الحسابات الإلكترونية

في مجال البنوك. د/ طاهر الشيخ، فيروسات الحاسب الإلكتروني وتأثيرها على أمن البيانات في البنوك،
صحيفة الأهرام

المصرية. عدد ٣٩٧٨٨ السنة ١٢٠، بتاريخ ١٣/١١/١٩٩٥.

(٣٠) د/ سميحة القليوبي، القانون لا يعرف الفاكس، تحقيق الأهرام تحقيق الأهرام المصرية، أجراه أيمن
مهدي، السنة ١١٨ عدد

٣٩١٨٥ في ٢٠/٣/١٩٩٤..

(٣١) د/ رضا متولي وهدان، مرجع سابق، ص. ٥٧.

مجلة جامعة الأزهر بغزة، سلسلة العلوم الإنسانية ٢٠٠٩، المجلد ١١، العدد ١-B----- (٢٤١)

رامي وشاح -----
المعطيات فإن القانون اليوم يقف عاجزاً عن التصدي لمثل هذه الظواهر بحالته ووسائل
الحالية.

ثانياً: إمكانية حدوث خلل ما يؤثر على أمن البيانات

إن استخدام اصطلاح أمن المعلومات وإن كان استخداماً قديماً سابقاً لولادة وسائل
تكنولوجيا المعلومات، إلا أنه وجد استخدامه الشائع بل والفعلي، في نطاق أنشطة معالجة
ونقل البيانات بواسطة وسائل الحوسبة والاتصال، بل ربما أمسى أحد الهواجس التي تؤرق
مختلف الجهات. (٣٢)

أمن البيانات هو مصطلح تقني بالدرجة الأولى يعبر عنه بالأمر التالية:

١. السرية أو الموثوقية:

وتعني التأكد من عدم إطلاع أشخاص غير مخولين على المعلومات.

٢. التكاملية وسلامة المحتوى:

التأكد من عدم التعديل أو العبث بمحتوى المعلومات في أية مرحلة من مراحل
المعالجة أو التبادل، سواء في مرحلة التعامل الداخلي مع المعلومات، أو عن طريق تدخل

(٣٢) أمن البيانات من زاوية أكاديمية هو العلم الذي يبحث في نظريات واستراتيجيات توفير الحماية
للمعلومات من المخاطر التي تهددها
ومن أنشطة الاعتداء عليها، من زاوية تقنية، هو الوسائل والأدوات والإجراءات اللازمة لتوفيرها
لضمان حماية المعلومات من
الأخطار الداخلية والخارجية، من زاوية قانونية، فإن أمن المعلومات هو محل دراسات وتدابير حماية
سرية وسلامة محتوى
وتوفر المعلومات ومكافحة أنشطة الاعتداء عليها أو استغلال نظمها في ارتكاب الجريمة، وهو هدف
وغرض تشريعات حماية
المعلومات من الأنشطة غير المشروعة وغير القانونية التي تستهدف المعلومات ونظمها (جرائم
الكمبيوتر والإنترنت)
، المحامي/يونس عرب أمن المعلومات ماهيتها وعناصرها وإستراتيجيتها، ص. ٠١، مجموعة عرب
للقوانين، على الموقع:

..... الصعوبات التي تعترض الإثبات عبر الوسائل التكنولوجية الحديثة
غير مشروع.

٣. استمرارية توفر المعلومات أو الخدمة:

التأكد من استمرار عمل النظام المعلوماتي، واستمرار تقديم الخدمة لمواقع المعلوماتية
وإن مستخدم المعلومات سيكون بوسعه في أي وقت الدخول والإطلاع على تلك البيانات
أو المعلومات.

٤. عدم إنكار التصرف المرتبط بالمعلومات ممن قام به:

ويقصد به ضمان تحديد الشخص الذي قام بتصرف ما متصل بالمعلومات وسد
الطريق على أي محاولة من جانبه لإنكار قيامه بالتصرف.

وآخر ما يمكن الحديث عنه في مسألة أمن البيانات هي النطاق أو الحيز المادي لأمن
البيانات، ويتحدد أمن البيانات بالأوجه التالية:

١. أمن الاتصالات: ويراد بأمن الاتصالات حماية المعلومات خلال عملية تبادل البيانات من
نظام إلى آخر.

٢. أمن الكمبيوتر: ويراد به حماية المعلومات داخل النظام بكافة أنواعها وأنماطها كحماية
نظام التشغيل و حماية برامج التطبيقات وحماية برامج إدارة البيانات وحماية قواعد البيانات
بأنواعها المختلفة. (٣٣)

وقد تنبّهت بعض التشريعات إلى مسألة أمن البيانات عندما عالجت مسألة الوسائل
التكنولوجية، لا سيما مسألة التوقيع الإلكتروني ومدى توافر وسائل وعناصر الأمن
المطلوبة فيه، ومن هذه التشريعات القانون المصري في اللائحة التنفيذية للقانون رقم ١٤
لسنة ٢٠٠٤ المتعلق بالتوقيع الإلكتروني في المادة ٢ من اللائحة المذكورة والتي حددت
الضوابط والمعايير الأمنية القانونية الواجب توافرها من الناحية _ الفنية والتقنية _ لاعتبار

(٣٣) المحامي/ يونس عرب الخصوصية وأمن المعلومات في الأعمال اللاسلكية بواسطة الهاتف

الخلوي، مجموعة عرب للقوانين، مرجع

سابق، ص. ٢٢.

مجلة جامعة الأزهر بغزة، سلسلة العلوم الإنسانية ٢٠٠٩، المجلد ١١، العدد ١-B----- (٢٤٣)

رامي وشاح -----

التوقيع الإلكتروني آمناً وذو مصداقية." (٣٤)

(34) حيث نصت المادة ٢ من اللائحة التنفيذية المذكورة على: "تكون منظومة تكوين بيانات إنشاء التوقيع

الإلكتروني مؤمنة متى

استوفت ما يأتي :

(أ) الطابع المتفرد لبيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني.

(ب) سرية بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني.

(ج) عدم قابلية الاستنتاج أو الاستنباط لبيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني.

(د) حماية التوقيع الإلكتروني من التزوير ، أو التقليد ، أو التحريف ، أو الاصطناع أو غير ذلك من صور التلاعب ، أو

من إمكان إنشائه من غير الموقع.

(هـ) عدم إحداث أي إتلاف بمحتوى أو مضمون المحرر الإلكتروني المراد توقيعه.

(و) ألا تحول هذه المنظومة دون علم الموقع علماً تاماً بمضمون المحرر الإلكتروني قبل توقيعه له.

في حين نصت المادة ٣ على: " يجب أن تتضمن منظومة تكوين بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني المؤمنة الضوابط الفنية

والتقنية اللازمة ، وعلى الأخص ما يلي:

(أ) أن تكون المنظومة مستندة إلى تقنية شفرة المفاتيح العام والخاص وإلى المفتاح الشفري الجذري

الخاص بالجهة المرخص

لها والذي تصدره لها الهيئة ، وذلك كله وفقاً للمعايير الفنية والتقنية المشار إليها في الفقرة (أ) من

الملحق الفني والتقني

لهذه اللائحة

(ب) أن تكون التقنية المستخدمة في إنشاء مفاتيح الشفرة الجذرية لجهات التصديق الإلكتروني من التي

تستعمل مفاتيح تشفير

بأطوال لا تقل عن ٢٠٤٨ حرف إلكتروني.(bit)

(ج) أن تكون أجهزة التأمين الإلكتروني (Hardware Security Modules) المستخدمة معتمدة طبقاً

للضوابط الفنية

والتقنية المشار إليها في الفقرة (ب) من الملحق الفني والتقني لللائحة.

(د) أن يتم استخدام بطاقات ذكية غير قابلة للاستساح ومحمية بكود سرى ، تحتوى على عناصر

متفردة للموقع وهى بيانات

إنشاء التوقيع الإلكتروني وشهادة التصديق الإلكتروني ، ويتم تحديد مواصفات البطاقة الذكية

وأنظمتها ، وفقاً للمعايير

(٢٤٤) ----- مجلة جامعة الأزهر بغزة، سلسلة العلوم الإنسانية ٢٠٠٩، المجلد ١١، العدد ١-B

----- الصعوبات التي تعترض الإثبات عبر الوسائل التكنولوجية الحديثة

المطلب الثاني

الصعوبات القانونية

المقصود هنا بالصعوبات القانونية هو عدم تكيف القواعد والنصوص القانونية الموجودة مع التطور التكنولوجي الهائل والذي يعبر عن نفسه من خلال الأجهزة التكنولوجية هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن مشكلة عدم ملائمة هذه الوسائل للشروط والمواصفات المعتمدة قانوناً؛ يقف عقبة كبيرة أمام منح هذه الوسائل والمحركات الصادرة عبرها أية حجية ثبوتية في أي نزاع يثور ويستند فيه إلى مثل هذه الوثائق، وتتمثل هذه الصعوبات في:

الفرع الأول

عدم استجابة معظم الوسائل التكنولوجية لضرورات وشروط معتبرة قانوناً

على الرغم من المميزات التي تتمتع بها هذه الوسائل، ورغم الجهد الكبير والوقت الذي توفره، إلا أن طبيعتها التقنية تشكل الصعوبة والعقبة الأولى في سبيل منح أية حجية أو اعتراف للوثائق الصادرة والواردة عبرها، بحيث يمكن الاستناد إليها في حالة حدوث أي نزاع بشأنها، وتأخذ عدم الاستجابة هذه صور منها:

الفنية والتقنية المبينة في الفقرة (ج) من الملحق الفني والتقني للاتحة.

هـ) أن تضمن المنظومة لجميع أطراف التعامل إتاحة البيانات الخاصة بالتحقق من صحة التوقيع

الإلكتروني، وارتباطه

بالموقع دون غيره، وأن تضمن أيضاً عملية الإدراج الفوري والإتاحة اللحظية لقوائم الشهادات

الموقوفة أو الملغاة

وذلك فور التحقق من توافر أسباب تستدعي إيقاف الشهادة، على أن يتم هذا التحقق خلال فترة

محددة ومعلومة

للمستخدمين حسب القواعد والضوابط التي يضعها مجلس إدارة الهيئة.

مجلة جامعة الأزهر بغزة، سلسلة العلوم الإنسانية ٢٠٠٩، المجلد ١١، العدد ١-B----- (٢٤٥)

رامي وشاح -----

أولاً: القضاء على الطبيعة المادية للوثائق

والحديث هنا يدور حول أجهزة الحاسوب وما انبثق عنها من اتصالات مثل الإنترنت أو شبكات الاتصال الداخلية في المؤسسات والشركات الكبيرة، في هذه الحالة هناك بيانات مدونة ومكتوبة ولكن هناك حاجزاً يحول دون لمس هذه البيانات وان كان يمكن تغييرها وتعديلها بسهولة بل عبر وسيط.

والحديث هنا لا يدور عن مسألة إحساس أو حاسة اللمس، وإنما الحديث يدور حول كتابة إلكترونية والتي تحمل في طياتها الكثير من الجدل والنقاش، وان كان بالإمكان تحويلها إلى شيء ملموس وذلك بإفراغها في حيز مادي ملموس عبر طباعتها بالطريق المعدة لذلك (الطابعة).

بيد أن الطبيعة المادية تتعلق بأمر أكثر أهمية، تتمثل في حساسية القانون للتعامل مع مثل هذا النوع من الكتابة، فقد اشترط القانون ضرورة أن يكون الدليل مكتوباً وموقعاً من المدعى عليه.

فقد نصت القوانين على ضرورة أن يكون الدليل الكتابي موقعاً من المدين به (٣٥) على الرغم من أن أغلب مواد القوانين التي لم تفر التوقيع الإلكتروني لم تشترط صراحة أن يكون التوقيع باليد، فإن هذا لا يعني أنها قد أخذت بالتوقيع الإلكتروني، ولكن ما دفع إلى إثارة هذه النقطة هو موقف المشرع الفرنسي، فقد كانت المادة ١٣٢٦ من القانون المدني الفرنسي صريحة عندما قالت " أنه يمضي باليد كل من قام بعقد ولكن الجديد في الأمر أن المشرع الفرنسي استبدل كلمة " يده " بكلمة بنفسه (٣٦)، ويبدو جلياً

(٣٥) المادة ٩ من قانون البينات الفلسطيني رقم ٤ لسنة ٢٠٠١ الخاصة بالسندات الرسمية، والمادة رقم ١٥

من ذات القانون الخاصة

بالسندات العرفية، المادة ٣٢٤ من القانون المدني الجزائري الخاصة بالمحركات الرسمية والمادة ٣٢٧

الخاصة بالمحركات

العرفية، وعلى هذا النحو سارت كل التشريعات العربية

(٣٦) وقد جاء هذا التعديل في القانون رقم ٢٣٠/٢٠٠٠ الصادر في ٢٠٠٠/٣/١٣ المعدل للقانون المدني

الفرنسي. في المادة رقم ٥ منه.

(٢٤٦) ----- مجلة جامعة الأزهر بغزة، سلسلة العلوم الإنسانية ٢٠٠٩، المجلد ١١، العدد ١-B

----- الصعوبات التي تعترض الإثبات عبر الوسائل التكنولوجية الحديثة
واضحاً ما بين اللفظيين أو الاصطلاحيين من فرق بحيث أصبح هناك تحولاً وإمكانية لقبول
التوقيع الإلكتروني طالما أنه تم الاستغناء عن التوقيع اليدوي.

إن هذه العوائق أو الصعوبات التي تواجه الإثبات الآلي أو الحديث وتشكل عقبة في
طريق قبوله والاعتراف بفاعليته كوسيلة في الإثبات، هذه العوائق لا يمكن ردها إلى خطأ
ماء، سواء كان خطأً بشرياً يتمثل في الغش والتدليس اللذين يصاحبان عملية تخزين
المعلومات، ولا يمكن كذلك ردها إلى عوامل خارجية.

إن يمكن القول أن هذه العوائق مرتبطة أصلاً بالنظام التقني لهذه الأجهزة، حيث أن
طبيعة هذه الأجهزة (الحاسوب) تقف حائلاً دون تحقيق الغرض المرجو من الإثبات
عبرها، لكونها تقضي على المادية التي سندها الورق.

وقد تم التطرق إلى هذه الأخطار أو الصعوبات، حيث تم ردها إلى صعوبات أو خلل
يصيب نظام التشغيل كون هذه الوسيلة ليست بمنأى عن الخطر، إذ قد يحدث وأن تتغذى
برامجها بطريق الخطأ أو تصاب بفيروس يضيع ما بها أو جزءاً منها. (٣٧)

ثانياً: عدم وجود أثر مكتوب معتبر قانوناً

خير دليل على ذلك حالة الاتصال الهاتفي أو التسجيل الصوتي على شريط
مغناطيسي (الكاسيت)، ففي هذه الحالة فإن الحديث يدور عن استحالة وجود أثر مكتوب أو
دليل مكتوب على فحوى الحوار الشفهي (الهاتفي أو التسجيل)، وهو ما يفتح باب التوسع
في بعض المفاهيم مثل مفهوم مبدأ الثبوت بالكتابة، كدليل مكتوب غير مكتمل، وإن كانت
الآراء والمواقف التشريعية والفقهية والقضائية متباينة ومختلفة في هذا الشأن.

ففيما يخص بعض المواقف التشريعية فقد ذهبت إلى حد منح القاضي سلطة جواز
اعتبار تخلف الخصم عن حضور الاستجواب مبدأً ثبوت بالكتابة. (٣٨)

أما فيما يخص المواقف القضائية هناك البعض منها ذهب إلى حد إلى اعتبارها من

(٣٧) د/سميحة القليوبي، مرجع سابق.

(٣٨) المشرع الفلسطيني في قانون البينات في المادة ٥٦.

رامي وشاح -----
قبيل مبدأ الثبوت بالكتابة قياساً على الأقوال التي يدلي بها الأشخاص في المحكمة وتدون
في محاضر الجلسات. (٣٩)

ومثل هذا النوع من الصعوبات يرجع إلى الطبيعة التقنية لجهاز الهاتف، والتي يستحيل
مع طبيعتها الحالية الحصول على أثر مكتوب للمحادثة فيما بين المتراسلين فيما يخص
الحديث الذي كان دائراً فيما بينهما، طالما الحديث يدور عن الحالات التي يوجب فيها
القانون الإثبات بالكتابة.

أما الانجرار وراء القول الداعي إلى إتباع الحوار الهاتفية أو إلحاقه برسالة أو برقية
حتى تؤكد على ما تم الاتفاق عليه هاتفياً هذا قول غير عملي، لأنه في هذه الحالة نكون
بصدد الحديث عن حجية دليل كتابي متكامل وهو الرسالة أو البرقية، لأن الحجية في هذه
اللحظة تكون للدليل المكتوب أياً كان، وليس للحوار الهاتفية أو التسجيل الصوتي، وهذا أمر
غير مقبول طالما أن الحديث يدور حول الحجية القانونية للمحادثة الهاتفية، لا سيما وأنه قد
لا يتبادر إلى ذهن المتراسلين مسألة القيام بعملية تأكيد المحادثة الهاتفية برسالة أو برقية
فما العمل وقتئذ...؟

ثالثاً: عدم ارتقاء المحررات الصادرة عبر بعض الوسائل التكنولوجية إلى المستوى المطلوب قانوناً

رغم توافر عناصر أمان فيها بقدر أكبر، بعض الوسائل قد تترك أثراً مكتوباً ولكن
هذا الأثر المكتوب غير معتبر قانوناً، وخير دليل على ذلك حالة التيلكس، فبالرغم من
مزايا التيلكس وقوته في بعض نواحي وعناصر الأمان القانوني، وقدرته على تجنب
العيوب الموجودة في غيره من الأجهزة لا سيما الفاكس.

إلا أن الأثر المكتوب الذي يمكن الحصول عليه عبر التيلكس يفتقر إلى أهم عنصر
ممكن أن يقوي من حجية الوثيقة الصادرة عنه ألا وهو عنصر التوقيع، لأن الورقة تصل
عبر جهاز التيلكس تكون مقسمة إلى بيانات المرسل والتي تظهر باللون الأحمر، وبيانات

(٣٩) محكمة ديجو الفرنسية، قرارها المؤرخ في ١٩٥٥/٦/٢٦، انظر: د/رضا المزغني، مرجع

سابق، ص. ٢٢٤.

..... الصعوبات التي تعترض الإثبات عبر الوسائل التكنولوجية الحديثة المرسل إليه والتي تظهر باللون الأسود، وذلك دون وجود أية إمكانية تقنياً لإضافة توقيع أي من الطرفين.

وبالتالي فإن وثيقة التيلكس في أحسن الأحوال لا يعتد بها إلا كقرينة على بعض الأمور المحددة (٤٠)، وليس على كل ما يتعلق بالواقعة المطلوب إثباتها كوحدة واحدة لا تنجزاً، وليس الأمر بأحسن حال إذا ما دار الحديث عن غيرها من الوسائل كوسيلة الفاكس مثلاً أو المحررات الواردة عبر الإنترنت.

فإذا ما تحدثنا عن المحررات الصادرة عبر جهاز الفاكس، فإن الطبيعة القانونية للمحررات المرسلة أو المستلمة بالفاكس ليست بأفضل حال من سابقتها، لأنها لا تمثل إلا صورة لأصل قد لا يكون في يد من يحتج بالصورة، إضافة إلى أن عملية تزويرها ليست بالعملية الصعبة، إذ لا تتعدى العملية مسألة القص واللصق، ووجود رقم فاكس المرسل على الوثيقة المرسلة لا يقطع بنسبة محتوى الوثيقة المقدمة للشخص المدعى صدورها من جهاز الفاكس الخاص به.

ولا يختلف الأمر كثيراً فيما يخص المحررات الواردة أو المستخرجة من الإنترنت، بل قد يزداد الأمر تعقيداً أكثر، لعدم إمكانية نسبة المحرر للشخص المعني، نظراً لصعوبة ثبوت نسبة البريد الإلكتروني للشخص المقصود، لاسيما إذا لم يكن هذا الشخص قد سجل بياناته الحقيقية عند بدء استعماله لذلك البريد، ناهيك عن حجية التوقيع الإلكتروني وما تثيره من إشكاليات.

على الرغم من أن التوجهات التشريعية الحديثة الخاصة بالقوانين المنظمة للتوقيع الإلكتروني أو التجارة الإلكترونية، قد حاولت جاهدة تجاوز هذه الإشكالية بدءاً بالقانون الفرنسي رقم ٢٣٠/٢٠٠٠ الصادر في ١٣/٣/٢٠٠٠ المعدل للقانون المدني الفرنسي في المادة الخامسة منه، والتي فتحت باب قبول التوقيع غير الموقع باليد حيث استبدلت عبارة "...يوقع باليد" بعبارة "...يوقع بنفسه.."(٤١)، وتعريفاً من المشرع لمفهوم التوقيع على

(40) د/محمد حسام لطفي، استخدام وسائل الإتصال مرجع سابق، ص. ٤٤

(41) وهذا هو النص الفرنسي للمادة المذكورة:

مجلة جامعة الأزهر بغزة، سلسلة العلوم الإنسانية ٢٠٠٩، المجلد ١١، العدد ١-B----- (٢٤٩)

رامي وشاح -----

غرار السياسة التشريعية السائدة في النظام الفرنسي التي تترك أمر التعريفات للفقهاء، وكذلك المادة ١٣١٦ / ٢ من القانون المعدل للقانون المدني الفرنسي والصادر بتاريخ ٢٠٠٠/٣/١٣ حيث نصت على "إذا لم يكن هناك نص أو اتفاق بين الأطراف يحدد أساساً أخرى فإنه على القاضي مستخدماً كل الوسائل أن يفصل في التنازع القائم بين الأدلة الكتابية عن طريق ترجيح السند الأقرب إلى الاحتمال أيّاً كانت الدعامة المستخدمة في تدوينه". (٤٢)

ومروراً بالقوانين العربية الصادرة بهذا الخصوص ومنها القانون المصري رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤ المتعلق بالتوقيع الإلكتروني حيث نصت المادة ١٤ منه القانون المصري الجديد رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤ على أنه : للتوقيع 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 " (٤٣)، وكذلك المادة ١٥ من ذات القانون التي نصت على أنه : "للكتاباة الإلكترونية وللمحررات الإلكترونية ، في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية ، ذات الحجية المقررة للكتاباة والمحررات الرسمية والعرفية في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، متى استوفت الشروط المنصوص عليها في هذا القانون وفقاً للضوابط الفنية والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون ".

A l'article 1326 du code civil, les mots : « de sa main » sont remplacés par les mots : « par lui-même ».

(٤٢) وهذا هو النص الفرنسي للمادة المذكورة:

« Art. 1316-2. - Lorsque la loi n'a pas fixé d'autres principes, et à défaut de convention valable entre les parties, le juge règle les conflits de preuve littérale en déterminant par tous moyens le titre le plus vraisemblable, quel qu'en soit le support. »

(٤٣) د/سامي صادق الملا، اعتراف المتهم، بدون ناشر، الطبعة الثانية ١٩٧٥، ص. ١١٥.

(٢٥٠) ----- مجلة جامعة الأزهر بغزة، سلسلة العلوم الإنسانية ٢٠٠٩، المجلد ١١، العدد ١-B

الصعوبات التي تعترض الإثبات عبر الوسائل التكنولوجية الحديثة

الفرع الثاني

وجود قيود قانونية تحد بدرجة كبيرة من حجية بعض الوسائل التكنولوجية

المقصود هنا أن القانون فرض حظراً أو منعاً يصعب مع هذا الحظر الاستناد إلى هذه الوسائل وعلى وجه التحديد اللجوء لتسجيل الحوار الصوتي في عملية الإثبات وهذا الحظر مزدوج يتمثل في القيد التالين:

أولاً: مبدأ شرعية الدليل المقدم

ومقتضى هذا المبدأ (القيد) أن الحقيقة القانونية المستندة على معلومات صادرة عن المتحدثين يجب أن تبنى على أدلة قانونية مشروعة، بمعنى أنه تم الحصول عليها بطريق مشروع، أما الحصول عليها خلسةً فذلك ممنوع قانوناً، لأنه يعد من قبيل الاحتيال والغش وهما من وسائل التدليس المعيب للإرادة الذي بدوره يوقع المتعاقد الخصم في غلط يعيب الإرادة. (٤٤)

وتطبيقاً لذلك فإن القانون يمنع كل وسيلة تتسم بالاحتيال والغش وسوء النية، وهي تنطبق على كل من سجل لشخص حواراً له ودون علمه (٤٥)، وبالتالي فإنه وبموجب هذا القيد أو الحظر قد تنتفي الحكمة التي من ورائها قد يتم اللجوء إلى التسجيل الصوتي، فاشتراط موافقة الطرفين عقبة أمام إتمام تلك الغاية، لأن وجود الموافقة لن يدفع إلى الإنكار، لأن كلا الطرفين يعلم بحدوث عملية التسجيل، والإنكار في الأغلب يكون ارتكازاً على العيوب التقنية التي تلحق بعملية التسجيل في حد ذاتها.

ثانياً: مبدأ الحق في الخصوصية

يكاد يكون من الصعب وضع تعريف جامع ومانع لمفهوم الحق في الخصوصية، وذلك

(٤٥) Cass. Civ ٢٤، Jan 1996, note Christophe LEGUEVAQUES et Véronique

DOUYSET

L'enregistrement téléphonique Comme mode de preuve dans L'contentieux Du divorce, Gazzete

du Palais, 30 Mars 2000, page. 12

مجلة جامعة الأزهر بغزة، سلسلة العلوم الإنسانية ٢٠٠٩، المجلد ١١، العدد ١-B----- (٢٥١)

رامي وشاح -----

لاختلاف الظروف والملابسات، في الغالب فإن مفهوم الخصوصية يختلط ويرتبط بمفهوم حماية البيانات، وعليه فقد تم تعريف الخصوصية على أنه الحق في احترام سرية وخصوصية الأشخاص من أي تدخل مادي أو معنوي" (٤٦)

ومسألة الخصوصية ذات تأثير كبير على التعاقدات عبر الوسائل التكنولوجية ، فقد أظهرت التقارير الصادرة عن هيئات ومنظمات حماية الخصوصية أن معلومات الأفراد والمؤسسات ليست آمنة من الاطلاع عليها وإفشائها في ظل الوسائل التكنولوجية.

ولست الخطورة فقط فيما يمكن الوصول إليه من معلومات في وقت معين، إذ الخطورة الأكبر فيما يمكن جمعه من معلومات وتحليلها كحزمة واحدة؛ للوصول إلى حقائق عن الفرد، تساهم في تنفيذ أنشطة المساس به أو الاعتداء على حقوقه الأخرى. (٤٧)

وابرز مثال في هذا الحقل ، قدرة أنماط من البرمجيات والنظم على تجميع عادات الشخص وحقائق عن نشاطه، قد يتيح في أي وقت الاعتداء على سمعته أو كرامته أو اعتباره المالي أو يساهم في توفير فرصة حقيقة لاختراق نظامه أو هاتفه الخليوي واستخدام بياناته السرية للوصول إلى حساباته البنكية ومباشرة أفعال اعتداء مختلفة عليها. (٤٨)

فاحترام الحياة الخاصة هو أحد الحقوق الشخصية للصيقة بشخص الإنسان، إذ لا يجوز تعريض أحد لتدخل تعسفي لأي حياته أو في شئون أسرته أو مسكنه أو مراسلاته ولا لحملات تمس شرفه وسمعته ولكل شخص أن يحميه القانون من مثل ذلك التدخل أو تلك الحملات. (٤٩)

(٤٦) المحامي/ يونس عرب، الخصوصية وأمن المعلومات في الأعمال بواسطة الهاتف الخليوي، مجموعة عرب للقوانين، ص. ٠٧.

(٤٧) Isabelle de LAMBERTERIE, Ethique et régulation sur internet, page.02: consultable en ligne sous: <http://www.lex-electronica.org>.

(٤٨) في هذه الفكرة: المحامي/ يونس عرب، الخصوصية وأمن المعلومات في الأعمال بواسطة الهاتف الخليوي، مجموعة

عرب للقوانين، مرجع سابق، ص. ٠٩.

(٤٩) المادة رقم ١٢ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة عام ١٩٤٨. (٢٥٢) ----- مجلة جامعة الأزهر بغزة، سلسلة العلوم الإنسانية ٢٠٠٩، المجلد ١١، العدد ١-B

..... الصعوبات التي تعترض الإثبات عبر الوسائل التكنولوجية الحديثة
ويعتبر الحق في الخصوصية حقاً دستورياً^(٥٠) وبالتالي لا يجوز الاعتداء عليه وأي
دليل يستند إليه يكون بمثابة اعتداء على حرمة الحياة الخاصة ولا يمكن الاستناد عليه
لإثبات حق مدعى به، إضافة إلى ذلك فإن القيام بتسجيل مكالمات لشخص ما دون علمه
يعرض القائم به إلى مقابلة الدليل بالرفض من قبل القاضي.^(٥١)

الفرع الثالث

إشكاليات تتعلق بالعقد كواقعة قانونية

المقصود بهذا النوع من الصعوبات أن الحديث يدور حول إشكاليات تنثور وتنثر إلى
حد كبير مسألة وجود العقد من عدمه، وإذا ما تم تجاوز هذه المشكلة تنثور مشاكل أخرى
متعلقة بمسائل وأمور غاية في الأهمية ووثيقة الصلة بوجود العقد نفسه.

فإذا ما ثبت وجود العقد يمكن القول بأنه تم تجاوز العقبة الكبرى، وهذا لا يعني على
الإطلاق بأنه تم حل المشكلة بصورة نهائية، وهذا النوع من الإشكاليات يمكن التعبير عنه
في النقاط التالية:

أولاً: إثبات وجود العقد في حد ذاته

لا شك ولا جدال في كون العقد واقعة قانونية، بمعنى أن القانون هو الذي ينظم هذه
الواقعة وكيفية حدوثها وآثارها وشروطها، وخصوصاً عندما يتعلق الأمر بالتعاقد عبر
الإنترنت، لوجود ما يعرف بالتعبير الآلي عن الإرادة.^(٥٢)

لابد لإبرام أي عقد من تقابل إرادتين وتطابقهما، فالأصل في العقود الرضائية إلا ما
استثناه المشرع بنص صريح وأخضعه لقالب شكلي معين، وأهم المسائل التي يثيرها هذا

^(٥٠) المادة ٤٠ من دستور ١٩٩٦ الجزائري.

^(٥١) Christophe LEGUEVAQUES et Véronique DOUYSET , op.cit, page.13.

^(٥٢) Michel Jaccard ,Problèmes juridiques liés à la sécurité des

transactions.....,page.01, consultable en ligne

sous :<http://www.signelec.com>

مجلة جامعة الأزهر بغزة، سلسلة العلوم الإنسانية ٢٠٠٩، المجلد ١١، العدد ١-B----- (٢٥٣)

رامي وشاح -----
الموضوع هي مسألة التعبير عن الإرادة عبر الوسائل التكنولوجية، والحديث هنا يخص التعبير عن الإرادة بالكتابة واللفظ.

بعض الفقه^(٥٣) يذهب إلى القول بأن التعاقد على الهواء غير جائز وبالتالي لا ينعقد العقد، وهنا المقصود التعاقد عبر وسائل الاتصال الحديثة، في حين يذهب بعض الفقه^(٥٤) إلى القول بأن هذه الكتابة جائزة وصالحة لإبرام عقد مرتباً لآثار قانونية، ويستند هذا الجانب من الفقه إلى أن فهم الأطراف لهذه الكتابة واتفاقهم عليها كفيلاً بأن يجعل منها وسيلة جائزة للتعبير عن الإرادة، وقد لقي هذا القول تأييد الكثير من الفقه^(٥٥)، فالمسألة التي تنثور في هذا المجال هو هل أن هذه الكتابة تصلح لأن تكون أحد طرق التعبير عن الإرادة؟.

بطبيعة الحال يمكن اعتبارها كذلك إذا ما تعدينا نطاق القيود الموجودة في النصوص القانونية الحالية، فيمكن اعتبار الكتابة الصادرة عبر التيلكس كتابة معبرة عن إرادة الطرفين طالما أنها تمت بين طرفين يملك كل منهما جهاز تيلكس والذي يترك أثراً مكتوباً.

وليس أدل على وجاهة هذا الرأي الفقهي وقربه إلى الصواب من تبني بعض التشريعات العربية المتعلقة بالتجارة الإلكترونية^(٥٦) لهذا الموقف، إذ اعتبرت أن التعبير عن

(٥٣) د/دبران أبو العينين بدران، الشريعة الإسلامية، تاريخها ونظرية الملكية والعقود، منشأة دار المعارف بالإسكندرية، بدون سنة نشر، ص. ٣٨٤.

(٥٤) د/صلاح الدين الناهي، مصادر الحقوق الشخصية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان طبعة ١٩٨٤، ص. ٤٥.

(٥٥) د/ محمد حسام لطفي، الحماية القانونية لبرامج الحاسب الإلكتروني، القاهرة طبعة ١٩٨٩، ص. ٢٠٠.

(٥٦) المادة ١/١٣ من القانون رقم ٢ لسنة ٢٠٠٢ الخاص بإمارة دبي والمتعلق بالمعاملات والتجارة الإلكترونية؛ المادة ١٣ من القانون

رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١ الأردني المتعلق بالمعاملات الإلكترونية؛ المادة ١٠ من قانون التجارة الإلكترونية البحريني؛ المادة ١١ من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية .

----- الصعوبات التي تعترض الإثبات عبر الوسائل التكنولوجية الحديثة
الإرادة عبر الوسائل التكنولوجية هو أسلوب جائز وله حجية التعبير عن الإرادة بالوسائل
التقليدية.

ويثور هنا تساؤل آخر وهو: هل اللفظ عبر جهاز الهاتف هو اللفظ الذي يعتد به
للتعبير عن الإرادة؟.

قبل الإجابة على هذا السؤال تجدر الإشارة إلى أنه يشترط في اللفظ الذي يعتد به
للتعبير عن الإرادة أن يصدر صراحة عن الشخص المعني، ويؤديه بلسانه مباشرة دون
وسيط بين الطرفين وإلا اعتبر تعاقد بالمراسلة، ففي حالة الهاتف ما الذي يضمن أن يكون
اللفظ قد خرج مباشرة من الشخص المعني فهنا لا يوجد ضمانه لذلك؛ اللهم إلا إذا كان
التعاقد عبر جهاز الهاتف المزود بجهاز لنقل الصورة، فالأمر إذن بالنسبة لمسألة التعبير
عن الإرادة سواء بالكتابة أو اللفظ - فيما يخص التعاقد عبر الوسائل الحديثة - هي مسألة
نسبية إذا ما اصطدمت بحقيقة واقع النصوص القانونية الموجودة حالياً وبالتالي لا مجال
للحديث عن وجود العقد أصلاً.

ثانياً: اعتبار التعاقد في بعض الحالات من قبيل عقود الإذعان

والمقصود هنا أن هناك بعض التعاقدات عبر بعض الوسائل التكنولوجية تتم بطريقة
أقرب إلى الإذعان منها إلى الرضائية، بحيث تخلق هذه الوضعية مركز قانوني غير
متكافئ بين الطرفين المتعاقدين، مما يؤدي بدوره إلى الخلل في مركز الطرفين
، وخصوصاً فيما يتعلق بمسألة الإثبات.

والحديث يدور عن التعاقد عبر الإنترنت تحديداً، على اعتبار أنه يعد أحدث الوسائل
التكنولوجية للاتصال، فإن العقد الموقع عبر الإنترنت لا يمكن أن يناقش أو يتم التفاوض
حوله من قبل الزبون؛ الذي لا يملك سوى اختيار الضغط أو عدم الضغط إن صح
التعبير، فمجرد الضغط يعني الموافقة مسبقاً على التعاقد، وهو ما يفسر عدم المساواة والخلل
في المراكز القانونية للأطراف المتعاقدة.

فطرف يستعد مسبقاً ويضمن وسيلة الإثبات التي تحصنه وتضمن حقه، وطرف آخر لا

رامي وشاح -----

يمتلك هذه الميزة، وخير مثال على هذه الحالة قضية "بابا نويل فرنسا" (٥٧)، وتتلخص وقائع هذه القضية في أن أحد متصفحي الإنترنت قد تعاقد مع شركة "بابا نويل فرنسا" عبر الموقع التالي www.Father-Noel.fr وقام بشراء سلع منها، وتبين له بعد تسلمه لها بأنها غير مطابقة للمواصفات التي تم التعاقد مع الشركة على أساسها، فقام برفع قضية ضدها على أساس الإثراء بلا سبب أمام محكمة Saint-Etienne والتي قضت بأن شرعية العقد منجزة في جميع نصوصه، وأن الزبون لا يمكن أن يسلم بتأخير ولا يمكن أن يحمل على قبول شيء آخر غير الذي تعاقد عليه.

والمحكمة اعتبرت أن هذا التعاقد يعتبر بمثابة تعاقد متضمناً لشروط تعسفية، يستطيع بموجبها المحترفون بتكليف شروط العقد بصورة منفردة وأحادية دون ذكر أسباب قانونية ومفصلة عن العقد المنوي إبرامه أو الاتفاق عليه مع المتعاقد متصفح موقع الشركة عبر الإنترنت.

الخاتمة

كما تبين فإن الثورة التكنولوجية لم تترك مجالاً في حياتنا إلا وطرقته، ولم يستثن منها حتى أمور الحياة اليومية والمعيشية، ولم يعد بإمكان القانون كنظام يحمي ويعالج كل أمور الحياة أن يبقى بعيداً عن مثل هذه المتغيرات.

على الرغم من أن الكثير من هذه الوسائل والتقنيات قد ظهر في سهو من المشرعين إن صح التعبير، فبدأ هنا الصراع الحتمي بين القانون بمتطلباته وبين طغيان هذه الثورة التكنولوجية على شتى مناحي حياتنا، فأصبح من الصعوبة من الناحية القانونية على أقل تقدير احتواء طغيان هذه الثورة التكنولوجية وضبطها.

فبدأ الحديث يدور عن إبرام العقود والمعاملات عبر هذه الوسائل، لما لها من ميزات توفر الجهد والوقت والنفقات، غير أن هذا يأتي على حساب أمور أخرى تتطلب في كثير

(٥٧) للإطلاع على تفاصيل هذه القضية انظر:

Cedric MANARA & Tino ROSSI, note site: <http://www.juriscom.net>.

----- الصعوبات التي تعترض الإثبات عبر الوسائل التكنولوجية الحديثة
من الأحيان الروية والتريث، وأهم هذه المسائل ألا وهي إثبات مثل هذه التعاملات.

أي التزام أو حق يحتاج إلى البرهان أو الدليل على وجوده، فطبيعة هذه الوسائل تثير إشكاليات تعيق من الناحية القانونية منح الحجية القانونية المطلوبة، فالسؤال المطروح كيف يمكن التغلب على مثل هذه المشكلة؟.

فالأمر لا يخلو من تقصير تشريعي؛ لا يخص مشرع بذاته دون الآخر، فقد أغفل المشرعين هذه الثورة المخيفة في عالم التكنولوجيا وإن لم يكن هذا الإغفال عمداً بحيث تسللت إلى شتى مناحي حياتنا وأصبحت الخطوات التشريعية تلحق بهذه التطورات بخطى لاهثة.

الأمر الذي أحدث فجوة بين الأنظمة القانونية السائدة أو ما يمكن تسميتها التقليدية، وبين الأنظمة القانونية التي بدأت تأخذ جسماً وإطاراً يلحق بوصف التكنولوجيا، فأصبحت مسألة تعديل بعض القوانين أو بعض النصوص لا يكفي في أغلب الأحيان، لأن الأمر يمتد ليمس قوانين أخرى، بل وأحياناً يتعارض مع قوانين لدول أخرى إذا ما تحدثنا عن مسألة تنازع القوانين من حيث المكان.

إذن المسألة تتخطى حدود القانون لوحده وحدود التكنولوجيا لوحدها، الأمر يتعلق بنقص وخلل وقصور لا يغطيه إلا تضافر جهود حثيثة على كل الأصعدة والميادين، ويتخطى حدود الدولة الواحدة ليصبح التزام دولي جماعي لمواجهة هذه المعضلة.

وقد خلصت في نهاي هذا البحث إلى بعض الحلول والتوصيات أجمالها فيما يلي:

الحلول والتوصيات:

الحل ليس بالسهولة التي يمكن تصورها، وليس بالصعب المستحيل، ولكن يمكن إيجازه في عدة نقاط:

- ضرورة تضافر الجهود القانونية والتكنولوجية بحيث يساير القانون ويتتبع هذه الاختراعات منذ بدايتها، والوقوف على برامج تشغيلها وأنظمة عملها، وليس الانتظار مجلة جامعة الأزهر بغزة، سلسلة العلوم الإنسانية ٢٠٠٩، المجلد ١١، العدد ١-B----- (٢٥٧)

رامي وشاح -----

- حتى تصبح شائعة الاستعمال ثم يبدأ العمل لسن القوانين والتشريعات لتنظيمها.
- وضع تشريعات دقيقة تراعي خصوصية ودقة هذه التقنيات من ناحية، ووضع قواعد قانونية مرنة بالقدر الذي يسمح أو يسهل عملية ضبط التعاملات عبرها، وفي ذات الوقت ليس على حساب المبادئ الثابتة في القوانين الموجودة.
- ضرورة تضافر الجهود القانونية والجهود التقنية الفنية للوصول إلى أفضل مستوى وقدر من الأمن القانوني الذي ينبغي أن تتمتع به هذه الوسائل.
- يمكن القول بأنه يتوجب إعطاء سلطة تقديرية ومرنة للقاضي، بحيث يستطيع تغطية القصور الذي قد يعتري النصوص القانونية التي قد يتم تشريعها أو سنّها، لكون القاضي أقرب من المشرع في معرفة ومعالجة احتياجات أفراد المجتمع، وبحكم أن النظام العام القضائي أكبر وأشمل من النظام العام التشريعي، كون أن مهمة الأول تطبيق القانون بهدف تحقيق العدالة، ولا تقتصر مهمته على تطبيق التشريع، فالفرق شاسع ما بين المصطلحين هذا من جهة.
- وجوب خلق قضاء متخصص وظيفياً في النزاعات التي تنشأ بخصوص التعاملات التي يتم إبرامها بواسطة هذه التقنيات، فلا يعقل أن ينظر القاضي في نزاعات من هذا القبيل دون أن يتمتع بتكوين يؤهله على الأقل لفهم الطبيعة التقنية لهذه الوسائل التكنولوجية.
- ضرورة تضافر وتوحيد الجهود على المستوى الدولي لضبط الأمور وإحكام السيطرة على الفراغ القانوني الذي يعصف بهذه المسألة، لأن الأمور تتخطى حدود الدولة الواحدة، وإن كانت هناك جهود حثيثة في هذا الشأن تم التعبير عنها بعدة اتفاقيات دولية، منها قانون الأونسيترال النموذجي الخاص بالتجارة الإلكترونية وآخر خاص بالتوقيع الإلكتروني والصادرين عن الجمعية العامة للأمم المتحدة، وكذلك التوجيه الأوروبية الصادرة عن الإتحاد الأوروبي المتعلقة بالتوقيع الإلكتروني وملاحقها.

المراجع

أولاً: المؤلفات

(٢٥٨) ----- مجلة جامعة الأزهر بغزة، سلسلة العلوم الإنسانية ٢٠٠٩، المجلد ١١، العدد ١-B

..... الصعوبات التي تعترض الإثبات عبر الوسائل التكنولوجية الحديثة

١. بدران، أبو العينين بدران، الشريعة الإسلامية، تاريخها ونظرية الملكية والعقود، منشأة دار المعارف بالإسكندرية، بدون سنة نشر.
٢. المزغني، رضا، أحكام الإثبات، مطابع معهد الإدارة العامة، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى ١٩٨٥.
٣. الملا، سامي صادق، اعتراف المتهم، بدون ناشر، الطبعة الثانية ١٩٧٥.
٤. الناهي، صلاح الدين، مصادر الحقوق الشخصية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.
٥. طبعة ١٩٨٤.
٦. لطفي، محمد حسام، استخدام وسائل الاتصال الحديثة في التفاوض على العقود وإبرامها، طبعة ١٩٨٨.
٧. لطفي، محمد حسام، الحماية القانونية لبرامج الحاسب الإلكتروني، القاهرة طبعة ١٩٨٩.
٨. وهدان، رضا متولي، الضرورة العملية للإثبات بصور المحررات في ظل تقنيات الاتصال الحديثة - دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة ١٩٩٧.

ثانياً: المصادر

أ. المصادر باللغة العربية:

٨. الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة عام ١٩٤٨.
٩. الدستور الجزائري لسنة ١٩٩٦.
١٠. قانون البينات في المواد المدنية والتجارية الفلسطينية رقم ٤ لسنة ٢٠٠١.
١١. القانون المدني الجزائري.

مجلة جامعة الأزهر بغزة، سلسلة العلوم الإنسانية ٢٠٠٩، المجلد ١١، العدد ١-B----- (٢٥٩)

----- رامي وشاح
١٢. القانون رقم ٢ لسنة ٢٠٠٢ الخاص بإمارة دبي والمتعلق بالمعاملات والتجارة الإلكترونية، موقع عرب للقوانين،
www.arablaw.org

١٣. القانون رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١ الأردني المتعلق بالمعاملات الإلكترونية، موقع عرب للقوانين (مرجع سابق).

١٤. قانون التجارة الإلكترونية البحريني. موقع عرب للقوانين مرجع سابق

١٥. قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم ١٤ لسنة ٢٠٠٤.

١٦. اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم ١٤ لسنة ٢٠٠٤.

١٧. قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية الصادر عن الأمم المتحدة،

ب. المصادر باللغة الأجنبية:

18. Code civil Francaise 1990 Edition 90_91 ,Le tac cour de casation, par André LUCAS

19. LOI 2000-230 du 13 Mars 2000, Loi portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique , www.Legifrance.gouv.fr

20. REGLEMENT (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000
www.Legifrance.gouv.fr

ثالثاً: المقالات والدوريات

أ. المقالات والدوريات باللغة العربية:

21. د. حسني عبد الصبور، سلبيات التوقيع الإلكتروني، الأهرام الاقتصادي، العدد ١٧٧٢ الصادر بتاريخ ٢٣/٧/٢٠٠٢م.

22. د. سميحة القليوبي، القانون لا يعرف الفاكس، تحقيق الأهرام تحقيق الأهرام المصرية، أجراه أيمن مهدي، السنة ال ١١٨ عدد ٣٩١٨٥ في ٢٠/٣/١٩٩٤.

23. د. سمير المنقبادي، التداول الإلكتروني لوثائق النقل البحري، مجلة الأكاديمية العربية

(٢٦٠) ----- مجلة جامعة الأزهر بغزة، سلسلة العلوم الإنسانية ٢٠٠٩، المجلد ١١، العدد ١-B

الصعوبات التي تعترض الإثبات عبر الوسائل التكنولوجية الحديثة

لنقل، العدد ٢٩ فيفري ١٩٩٠.

24. د. طاهر الشيخ، فيروسات الحاسب الإلكتروني وتأثيرها على أمن البيانات في البنوك، صحيفة الأهرام المصرية. عدد ٣٩٧٨٨ السنة ١٢٠، بتاريخ ١٣/١١/١٩٩٥.

٢٥. المحامي يونس عرب، أمن المعلومات ماهيتها وعناصرها وإستراتيجيتها مجموعة عرب للقوانين، مرجع سابق

٢٦. المحامي يونس عرب، الخصوصية وأمن المعلومات في الأعمال اللاسلكية بواسطة الهاتف الخليوي، مجموعة عرب للقوانين، مرجع سابق.

ب. المقالات و الدوريات باللغة الإنجليزية:

27. Nicolas VERMEYS "Computer Insecurity " And Viral Attacks: Liability Issues, Regarding Unsafe Computer System Under Quebec Law page.02.. consultable en ligne sous: www.lex-electronica.org.

ج. المقالات والدوريات باللغة الفرنسية

28. André LUCAS, Le droit de L'informatique, Esses uneversitaires de France, 1ere edition, ١٩٨٧

29. Benoit DUTOIR , Convention et preuve et télécopieurs, Recueil Dalloz, 2000.

30. Bernard AMORY et Y. POULLET, Le droit de la preuve face à l'informatique et à la télématique : approche de droit comparée, Droit L' informatique & télécom, DOCTRINE. 1988

31. Cedric MANARA & Tino ROSSI, Les risques Juridiques liés à internet, consultable en ligne sous : www.juriscom.net

32. Christophe LEGUEVAQUES et Véronique DOUYSET, L'enregistrement téléphonique Comme mode de preuve dans L'econtentieux Du divorce, Gazzete du Palais, 30 Mars 2000

33. Eric A. CAPRIOL ; La securite Technique et la cryptology dans la commerce électronique en droit Francaise consultable en ligne

مجلة جامعة الأزهر بغزة، سلسلة العلوم الإنسانية ٢٠٠٩، المجلد ١١، العدد ١-B----- (٢٦١)

----- رامي وشاح
sous: [http:// www.lex-electronica.org](http://www.lex-electronica.org).

34. Eric A. CAPRIOLI ,Signature Electronique La Loi Française sur la preuve et la signature électroniques dans la perspective européen
Dir ٩٣/١٩٩٩CE DU parlement européen et du conseil du 13
Décembre 1999, La Semaine Juridique Edition General. 2000

35. Hervé CROZE, Informatique, preuve et sécurité, Recueil
Dalloz siery, 1987, 24^{eme} CAHIER- CHRONIQUE

36. Isabelle de LAMBERTERIE, Ethique et régulation sur internet,
consultable en Ligne sous: <http://www.lex-electronica.org>

37. Jean-Maurice OUDOT, La signature numérique, Les Petites
Affiches, 6 MAI, 1998 No 54.

38. Jerome HUET, la valeur Juridique de telecopie (ou fax) comparee
au telex, Recueil Dalloz siery, 1992.

39. Laurance LAUTRETE téléx, télécopie, télégramme, valeur
juridique et force probante, Les Petites Affiches, 10 Mai 1996.

40. Michel Jaccard , Problèmes juridiques liés à la sécurité des
transactions sur le réseau , consultable en ligne sous
:<http://www.signelec.com>

41. Pierre – Yves GAUTIER , le bouleversement du droit de la
preuve: vers un mode Alternatif de conclusion des conventions, Les
Petites Affiches, ٠٧ FEVRIER , 2000.

رابعاً: الأحكام القضائية

42. Tribunal de Grand instance de Lyon, Chambre des
urgences, 28 mai, 2002, consultable en ligne sous:
www.juriscom.net