مجلة جامعة الأزهر – غزة، عدد خاص بمؤتمر كلية الحقوق الخامس المحكَّم، المجلد 19 ص 169-200

ضوابط البريد الإلكتروني وحجيته في المواد المدنية

"دراسة تحليلية"

رامي علي وشاح

جامعة الأزهر – غزة

تاريخ الاستلام 2016/9/10 تاريخ القبول 2017/2/9

ملخص:

إن وسيلة البريد الإلكتروني أصبحت وسيلة واسعة الانتشار، وتزداد أهميتها يوماً بعد يوم نتيجةً للميزات والإيجابيات التي تتمتع بها.

وقد أصبحت هذه الوسيلة من أساسيات الحياة، لا يكاد يتوقف انتشارها ، وأصبحت جزءاً مهم في حياتنا، ولكن الأمر يتعلق بمسألة مهمة، وهي مسألة الحجية القانونية لرسائل البريد الإلكتروني، ورسائل البريد الإلكتروني في نهاية الأمر هي محررات إلكترونية سواءً، أكانت حبيسة الشاشة الإلكترونية أم تم تفريغها على الورق عبر طباعتها.

فقد استقرت التشريعات الحديثة ومنها قانون المعاملات الإلكترونية الفلسطيني رقم 6 لسنة (2013) على الاعتراف بالحجية القانونية الكاملة للمحررات الإلكترونية كمحررات عرفية إذا ما استوفت الشروط التي يتطلبها القانون، بعض هذه الشروط مطلوبة فنياً أو تقنياً، وبعضها اشترطتها التشريعات من الناحية القانونية، وهذه المتطلبات الأخيرة لا تتحقق أصلاً إلا بتحقق المتطلبات الفنية.

ولكن بقيت حالة خاصة بالمحررات الإلكترونية غير المستوفية الشروط القانونية، هذه الحالة ما زالت تثير الجدل بشأن حجيتها وقيمتها الثبوتية، فحاول الباحث الخروج بحلول لهذه الحالة، وقد خلص الباحث إلى عدة نتائج وتوصيات في هذا السياق.

Abstract:

E-mail has become a widespread means and increasingly important day by day because of its features and advantages. This means becomes one of the basics of human life and hardly fades; it becomes an important part in our life. Yet, the case belongs to an important issue manifested in the matter of legal evidence of e-mails. Eventually, these e-mails are electronic editors, whether trapped in the electronic display or uploaded on paper via printout.

Modern legislations, including the Palestinian Electronic Transactions Act No. 5 of 2013, have resided on the recognition of the full legal evidence of electronic documents as customary papers once they meet the conditions required by law. Some of these conditions are demanded technically, and some are imposed by legislations from a legal point of view, the latter requirements do not authentically materialize unless the technical requirements are attained.

However, a special case of electronic documents, which do not fulfil the legal requirements, remains unsolved. This case continues to raise controversy on its evidence and due value, so, the researcher attempted to find solutions for this case, concluding several findings and recommendations in this context.

المقدمـــة:

إن الثورة التكنولوجية الحديثة الناتجة عن تطور الحاسوب قد شكلت واقعاً حياتياً وقانونياً جديداً، فأحدثت انقلاباً في حياة البشر، فما كان ضرباً من ضروب الخيال في الماضي أصبح حقيقة وواقعاً ملموساً، وامتد أثرها الملموس إلى المفاهيم القانونية التقليدية كالتوقيع والمحرر.

فلم يعد التوقيع مقتصراً على الشكل التقليدي، ولم يعد الورق أو أوراق الشجر أو حتى الحجارة هي الحيز أو الوسط الوحيد الذي تفرغ فيه الكتابة، فظهرت الوسائط الإلكترونية.

وقد تعددت وسائل الاتصال الفورية التي انبثقت عن خدمة الإنترنت، نتيجة التزاوج ما بين تقنية الاتصال عن بعد وتقنية الكمبيوتر، والتي جعلت العالم أشبه بقرية صغيرة.

وكانت خدمة البريد الإلكتروني من بين الخدمات الأساسية المنبثقة عن خدمة الإنترنت ، إن لم تكن أهمها، والتي أصبحت في متناول الجميع، نظراً لسهولة الحصول على عنوان بريد إلكتروني ونظراً للمميزات التي تحققها هذه الخدمة.

إن مميزات خدمة البريد الإلكتروني جعلت الإنسان يستخدمها في أبسط أمور حياته وفي أكثرها أهمية على حد سواء، فأصبحت وسيلة لإبرام التصرفات القانونية في كثير من الأحيان، وحلت بذلك –وبكل جدارة– محل الرسائل التقليدية والبرقيات ووسائل المراسلات الأخرى، وهذا مما دفع إلى ضرورة تناولها بالدراسة.

ولا تخرج رسائل البريد الإلكتروني عن إطار المحررات الإلكترونية، هذه المحررات وحتى تكتسب الحجية القانونية الكافية لابدّ أن تتوافر فيها ضوابط معينة ، هذه الضوابط تهدف بالأصل إلى تحقيق أكبر قدر من مستويات الأمن القانوني للوسائل التي تمر عبرها المحررات الإلكترونية ومنها رسائل البريد الإلكتروني.

فالطبيعة التقنية للأجهزة التقنية تثير صعوبات مادية تحول–في بعض الأحيان– دون إمكانية منح المحررات الواردة عبرها الحجية المطلوبة، نظراً للطبيعة اللامادية لها هذا من ناحية، وضعف درجة الأمن القانوني من ناحية أخرى.

ولكن أسبقية ظهور الوسائل الإلكترونية على التنظيم التشريعي والقانوني لها جعل بعض الوسائل ما زالت مستخدمة بعيدة عن الشروط أو الاشتراطات القانونية، ومن بينها رسائل البريد الإلكتروني، والتي ما زال جزءاً منها يتم استخدامه بطريقة لا تتوافر فيها الشروط المطلوبة القانونية المطلوبة، وذلك إما للسبب سابق الذكر وإما لعدم تطبيق نظام جهات المصادقة على التوقيعات الإلكترونية.

منهجية البحث:

تم اعتماد المنهج التحليلي في هذا البحث حيث سيتم الوقوف على النصوص القانونية الموجودة سواءً أكان في الجانب التقليدي: (قانون البينات الفلسطيني) أم في الجانب الإلكتروني (قانون المعاملات الإلكترونية)، بالإضافة إلى مواقف بعض القوانين الأخرى والمواقف الفقهية والقضائية من باب المقارنة على نطاق ضيق.

إشكالية البحث:

تتلخص إشكالية البحث في التساؤل التالي:

– ما هي ضوابط منح الحجية القانونية لرسائل البريد الإلكتروني؟

– هل يتمتع البريد الإلكتروني في كل أحواله بالحجية القانونية الكافية؟ أو وما هي القيمة القانونية لرسائل البريد الإلكتروني؟

– ما هي الحجية القانونية لرسائل البريد الإلكتروني غير الموقع بتوقيع موثوق؟

الخطة:

المبحث الأول– ماهية البريد الإلكتروني وضوابطه.

المطلب الأول– ماهية البريد الإلكتروني.

المطلب الثاني– ضوابط البريد الإلكتروني.

المبحث الثاني– حجية البريد الإلكتروني.

المطلب الأول– البريد الإلكتروني الموثوق.

المطلب الثاني– البريد الإلكتروني غير الموقع إلكترونياً.

الخاتمة.

المراجع

المبحث الأول

ماهية البريد الإلكتروني وضوابطه

إن الحديث عن البريد الإلكتروني كأحد الخدمات المنبثقة عن الإنترنت يتطلب التعريف بهذه الخدمة، والتعريج إلى أسباب الأهمية التي تكتسبها، فهذه الأهمية جاءت من المزايا التي تتمتع بها هذه الوسيلة.

ولكن الأمر ليس بهذه السهولة والبساطة، إذ يجب وقبل كل شيء أن تتمتع خدمة البريد الإلكتروني كوسيلة أو خدمة إلكترونية ببعض الضوابط، هذه الضوابط في الأصل هي ضوابط فنية، يفترض فيها دائماً أن تجعل من الوسائل الإلكترونية وسائل تلبي المتطلبات التي يشترطها القانون لمنح الحجية الكاملة للمحررات أو البيانات الواردة عبرها.

المطلب الأول- ماهية البريد الإلكتروني:

إن الحديث عن البريد الإلكتروني يتطلب ابتداءً الوقوف على تعريف هذه الوسيلة، سواءً أكان التعريف التشريعي أم التعريف الفني أم التعريف الفقهي، كما يتطلب الأمر تناول الأهمية التي تحظى بها هذه الوسيلة واسعة الانتشار، فهذه الأهمية، وبانتشارها السريع جعلتها وسيلة للتراسل ليس فيما يتعلق بالأمور الشخصية والاجتماعية فحسبن بل أصبحت وسيلة للتعاقد وإبرام التصرفات القانونية أيضاً.

لذلك سوف يتم التطرق إلى التعريف بالبريد الإلكتروني وأهميته، وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول- التعريف بالبريد الإلكتروني:

وقد عُرف البريد الإلكتروني بأنه: " خدمة تبادل الرسائل الإلكترونية بين المستعملين" [1] أو كما عرفه قرار المجلس الدستوري الفرنسي بأنه: " أية رسالة في شكل نص صوتي أو صورة أرسلت عبر شبكة الاتصالات المفتوحة خزنت على سطح الشبكة أو في معدات مملوكة للمستقبل حتى يكتشفها هذا الأخير" [2]، أو هو " معلومة إلكترونية ترسل أو تستلم بوسائل إلكترونية أياً كانت وسيلة استخراجها في المكان المستلمة فيه" [3].

---

[1] المادة 2/2 من المرسوم التنفيذي الجزائري رقم98-257، الذي يضبط شروط وكيفيات إقامة خدمات "انترنت" واستغلالها، المؤرخ في 1998/8/25 ، ج. ر. ج العدد 63 لسنة1998، ص.5.

[2] انظر:

Conciel Constitutional, disission n° 2004, 496, consultable en ligne sous: consultable en ligne sous :www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/depuis-1958/decisions-par-date/2004/2004-496-dc/decision-n-2004-496-dc-du-10-juin2004.901.html, visite le 15/12/2016

[3] المادة 12/2 من القانون الخاص بإمارة دبي والمتعلق بالمعاملات والتجارة الإلكترونية، والتي تنص على "يكون للكلمات والعبارات التالية المعاني المبينة إزاء كل منها ما لم يقتض سياق النص خلاف ذلك:

وتقوم فكرة البريد الإلكتروني على تبادل الرسائل التي تشمل الصور والملفات المقروءة أو المسموعة، وذلك عن طريق إرسالها من المرسل إلى شخص أو أكثر باستعمال عنوان البريد الإلكتروني للمرسل إليه أو إليهم ، وهي خدمة أو وسيلة واسعة الانتشار[1].

ويعتبر البريد الإلكتروني أحد الخدمات المتعددة المنبثقة عن خدمة الإنترنت وارتبط ظهورها بظهور الخدمة نفسها [2].

والبريد الإلكتروني عبارة عن صندوق بريد شأنه في ذلك شأن صندوق البريد العادي؛ إلا أنه يزيد عليه في أنه يحتوي على الرسائل المرسلة إليك، وتلك التي قمت بإرسالها أو قمت بإلغائها. وتتم عملية الإرسال بأن يدخل المرسل إلى موقع البريد الإلكتروني، ويصدر أمراً بإنشاء رسالة ثم يقوم بكتابة عنوان المرسل إليه الإلكتروني، ثم يكتب الموضوع ويبدأ في كتابة رسالته، ثم يصدر أمر الإرسال.

فتخرج الرسالة من كمبيوتر المرسل إلى الكمبيوتر الخادم الذي يوجد به صندوق بريد المرسل إليه بعد تحديد عنوان المرسل إليه، ومن هناك تصل الرسالة إلى صندوق المرسل إليه على نحو مباشر أو غير مباشر إلى أي خادم آخر يحتوي صندوق بريد المرسل إليه [1].

...الرسالة الإلكترونية - معلومات إلكترونية ترسل أو تستلم بوسائل إلكترونية أياً كانت وسيلة استخراجها في المكان المستلمة فيه..."؛ المادة 2/أ من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية والتي تنص على"(أ) يراد بمصطلح " رسالة بيانات " المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية، أو البريد الإلكتروني، أو البرق، أو التلكس، أو النسخ البرقي؛ والمادة رقم 6/2 من القانون الأردني المتعلق بالمعاملات الإلكترونية والتي تنص على"يكون للكلمات والعبارات التالية حيثما وردت في هذا القانون المعاني المخصصة لها أدناه ما لم تدل القرينة على غير ذلك: ...رسالة المعلومات : المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو تسلمها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو بوسائل مشابهة بما في ذلك تبادل البيانات إلكترونية أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي ، ... "

[1] حيث بلغ عدد رسائل البريد الإلكتروني حول العالم في العام 2009 (90 تريليون) رسالة ، بواقع 237 مليار رسالة يومياً، منها نسبة 81% بريد مزعج. في هذه الاحصائية انظر موقع: http://www.swalif.net تحت عنوان احصائيات متنوعة 2009،وفي احصائية أخرى للعام 2011 بلغ عدد حسابات المشتركين في خدمة البريد الالإلكتروني حول العالم4.3146 مليار مشترك، انظر الرابط التالي: http://www.alriyadh.com/705255، وفي آخر احصائية آنية حسب الموقع التالي: http://www.worldometers.info/ar/ في آخر قراءة لعدد رسائل البريد الإلكتروني المتبادلة حول العالم بتاريخ 2016/11/28 على الساعة 20:18 مساءً

[2] ويعود الفضل في اكتشاف خدمة البريد الإلكتروني إلى العالم الأمريكي راي توملينستون، الذي صمم برنامج لكتابة الرسائل على الانترنت لتمكين العاملين بالشبكة من تبادل الرسائل فيما بينهم سمي (send message)، ثم تطور الأمر واخترع برنامج يمكن من نقل الملفات من جهاز كمبيوتر إلى جهاز آخر سمي (CYPNET)، وفي مرحلة أخيرة تمكن من دمج البرنامجين معا ليعلن عن ميلاد البريد الإلكتروني. في هذه الفكرة .مصطفى أحمد إبراهيم، حجية إثبات البريد الإلكتروني ومدى الحاجة إليه قانونياً وتقنياً، مجلة مصر المعاصرة، المجلد 104، العدد 508، ص.190-191؛

ولا يشترط لإرسال رسالة البريد الإلكتروني استخدام جهاز الكمبيوتر الخاص بالمرسل دون غيره، أو باستخدام اشتراكه الخاص لخدمة البريد الإلكتروني أو خدمة الإنترنت، بمعنى أنه يمكن إرسالها من أي جهاز إلى أي خادم بأي اشتراك كما يمكن أن يضمنها اسمه الحقيقي أو اسماً مستعار.

وما هي إلا ثوان معدودة حتى تنتقل الرسالة إلى نظام الشركة التي ينتمي إليها المرسل إليه، الذي ينقلها بدوره إلى العنوان المقصود، وما أن يفتح المرسل إليه صندوق بريده، ويطلب من نظام الشركة التي يتبع لها بريده الرسائل حتى تظهر له الرسالة، بحجمها وتاريخ إرسالها وموضوعها إن كان المرسل قد حدد لها موضوعاً، وما إن كان ملحقاً بها ملف أم لا، فيستطيع فتحها وقراءتها أو حفظها أو إعادة إرسالها إلى المرسل مرة أخرى، أو إلى شخص أو أشخاص آخرين كما هي أو بعد إضافة أية ملاحظات عليها أو حتى حذفها دون فتحها [2].

وعلى الرغم من مخاطر استخدام البريد الإلكتروني إلا أنها تغني عن استخدامه، لكن المطلوب في المقابل تنظيم استخدامه ضمن ما يمكن تسميته: (سياسة البريد الإلكتروني في العمل) حيث تراعي ترتيبات الاستخدام من جهة، ومن جهة أخرى تكون مدركة للمخاطر محتاطة لمواجهتها[3].

الفرع الثاني- أهمية البريد الإلكتروني:

تأتي أهمية البريد الإلكتروني نتيجة للميزات التي تتمتع بها هذه الخدمة، على الرغم من وجود عيوب تعتريها إلا أن تلك العيوب لم تحد من انتشارها، ولم تقلل من الإقبال عليها، لذلك كان لزاماً التطرق لهذه الميزات والعيوب، لأن ذلك يحمل في طياته التفسير المنطقي للأعداد المهولة لمستخدمي البريد الإلكتروني على مستوى العالم.

أولاً- المميزات:[4]

تتميز وسيلة البريد الإلكتروني بالعديد من الإيجابيات التي تجعلها وسيلة واسعة الانتشار، ومن هذه المميزات ما يلي:

---

(1) ألان سمبسون، مرجع سابق، ص.124.

(2) ألان سمبسون، مرجع سابق، ص.127.

(3) المحامي/يونس عرب، الخصوصية وأمن المعلومات في الأعمال اللاسلكية بواسطة الهاتف الخلوي،، ص.18. مقال منشور على الرابط التالي:
http://www.arab-elaw.com/show_similar.aspx?id=92

(4) لمزيد من التفاصل حول مزايا وعيوب البريد الإلكتروني. نجيب محمود نصر، البريد الإلكتروني، النشأة، المميزات، الآداب، مجلة التنمية الإدارية، نصر، السنة 28، العدد 126، ص ص. 64-67 ؛مصطفى أحمد إبراهيم، حجية إثبات البريد الإلكتروني ومدى الحاجة إليه قانونياً وتقنياً: دراسة مقارنة، مجلة مصر المعاصرة، مصر، المجلد 104، العدد 508، ص ص.198-200.

- **السرعة:** تتميز وسيلة البريد الإلكتروني بالسرعة في تأدية الغرض المرجو منها، إذ لا يتطلب الأمر – في أحسن أحواله–إلا ثوانٍ معدودة، وفي أسوأ الأحوال دقيقة أو دقيقتين، ويتوقف الأمر على جودة خدمة تزويد الإنترنت، فتنتقل الرسالة مباشرة من بريد المرسل إلى بريد المرسل إليه.
- **قلة التكلفة:** تتميز وسيلة البريد الإلكتروني بقلة تكلفتها المالية والمادية، مقارنةً بالتكلفة التي يتطلبها البريد التقليدي أو الورقي.
- **استمرارية الخدمة:** لا تتأثر خدمة البريد الإلكتروني بالظروف الشخصية، أو ظروف الخدمة كالبريد العادي، الذي يتأثر بالظروف المحيطة، كالإجازات والمناسبات وخلافه، أو الظروف الطارئة كالحروب والفيضانات، وعليه طالما أن خدمة تزويد الإنترنت متوفرة وجهاز الحاسوب متصل بالشبكة فإن خدمة البريد الإلكتروني تكون متوفرة.
- **سهولة إرسال رسائل متعددة في وقت واحد:** ومقتضى هذه الخاصية أنه بإمكان مرسل البريد الإلكتروني أن يرسل عدة رسائل وبأعداد كبيرة لأشخاص متعددين، في أماكن مختلفة وفي وقت واحد، ولا يتطلب الأمر سوى كتابة مضمون الرسالة، وتحديد الأشخاص المنوي إرسال الرسالة إليهم من ضمن قائمة الأصدقاء أو الأشخاص الموجودين لديه.
- **سهولة القراءة :** بموجب هذه الخاصية والتي تقوم على أن البريد الإلكتروني غير مرتبط بعنوان ثابت أو مكان محدد، فإن المرسل إليه يمكنه الإطلاع على فحوى الرسالة المستلمة وقراءتها من أي مكان وفي أي وقت يشاء، طالما أن هناك اتصالاً بشبكة الإنترنت.
- **الأمان:** تعتبر وسيلة البريد الإلكتروني وسيلة آمنة، إذا ما قورنت بالبريد العادي، حيث يسهل الاطّلاع–من قبل الغير– على رسائل الأخير بطريقة أو بأخرى، لما تتمتع به وسيلة البريد الإلكتروني من خاصية التشفير، التي قد يلجأ إليها بعض مزودي الخدمة تجعل من إمكانية الاطلاع على محتوى الرسالة مسألة صعبة إلى حد ما.

ثانياً– العيوب:

على الرغم من المميزات والإيجابيات التي تتمتع بها وسيلة البريد الإلكتروني، إلا أن الأمر لا ينفي وجود سلبيات ، وإن كان هذا الجانب لا يؤثر بالقدر الذي يدفع مستخدمي هذه الوسيلة إلى العزوف عن استخدامها، وتتلخص بعض هذه السلبيات في ما يلي:

- **إمكانية الاختراق:** من المعروف بحسب الواقع اليومي المعاش أن البريد الإلكتروني ليس عصياً على الاختراق ، وتتوقف هذه المسألة على مدى وقوة التشفير الذي يتمتع به ، خصوصاً وأن عملية إرسال الرسالة تستتبع المرور بالخادم الوسيط.
- **سهولة التزوير:** وتشمل عملية التزوير هذه تزوير العنوان نفسه، واصطناع عنوان شبيه وإرسال الرسالة بأي مضمون منه، وقد يصل التزوير حد تزوير الوثيقة نفسها التي هي عبارة عن

مضمون الرسالة نفسها، وخصوصاً إذا لم يكن البريد الإلكتروني بريداً موثوقاً أي لا يتمتع بخاصية عالية من التشفير.

- **قلة الوعي بإدارة البريد الإلكتروني:** غالبية مستخدمي وسيلة البريد الإلكتروني غير مدربين أو غير واعين لأهميتها، بالإضافة إلى أن غالبية مستخدميها يفتقرون إلى أساليب التعامل معها، مما يعني الإهمال في الاحتياط، والحفاظ عليها والجهل بكثير من التعليمات التي تصاحب تقديم الخدمة، الأمر الذي يفوت على مستخدميها فرصة التمتع بمزايا أفضل وأمان بدرجة أعلى.

المطلب الثاني- ضوابط البريد الإلكتروني:

إن حال البريد الإلكتروني كونه خدمة ناتجة عن الخدمة الأصلية وهي خدمة الإنترنت، وكون خدمة الإنترنت محفوفة بالمخاطر والصعوبات، فإن هذه الخدمة أو المحررات الصادرة عنها تتعرض لمخاطر كثيرة ومتنوعة.

واستتبع وجود هذه الصعوبات والمخاطر ضرورة توافر بعض الضوابط، التي من شأن توافرها تقليص فرص المخاطر وتقليل تأثير الصعوبات التي تحول دون منح الحجية القانونية لرسائل البريد الإلكتروني.

وعليه فقد تم اختيار بعض تلك المخاطر للحديث عنها، تمهيداً للحديث عن للضوابط التي يجب توافرها لتحقيق أكبر قدر من الأمن القانوني لها.

الفرع الأول- صعوبات تعيق التعامل بالبريد الإلكتروني:

إن هذه الصعوبات مرتبطة ارتباطاً أصيلاً بالطبيعة الفنية أو التقنية لهذه الخدمة،والتي تتسم بضعف البنية الأمنية لها، فطبيعتها تحول-في كثير من الأحيان- دون إمكانية القيام بالإثبات نظراً لخاصية اللامادية التي تتسم بها، وهذا مما يسهل أيضاً عملية الغش والاحتيال غير المستبعدة والمنتشرة في الوقت الحالي.

أولاً- صعوبة القيام بعملية الإثبات مادياً:

تتمثل هذه المصاعب في عدم المقدرة أو الصعوبة في التعرف إلى 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[1]، وهذا ما دفع بالمشرع

---

(1) انظر:

M.Jaccard, Problèmes juridiques liés à la sécurité des transactions sur le réseau,p.2, consultable en ligne sous: htpp// http://dit-archives.epfl.ch/FI00/fi-sp-00/sp-00-page13.html,visite le 15/12/2016

الفرنسي في المادة 1316 مكرر3 من القانون المدني إلى اشتراط التأكد من هوية الشخص الصادرة عنه الكتابة الإلكترونية، بالإضافة إلى شرط ضمان حفظها في ظروف تضمن سلامتها.

وهذه في حالة خاصة قاصرة على وسائل المنبثقة عن الكمبيوتر، وبالتحديد وسيلة الإنترنت، فمجرد استخدام الوسائل التقنية الحديثة للتراسل غير كافٍ في معظم الأحيان للدلالة على تحديد هوية المتراسلين، وذلك لاعتبارات تقنية بحتة[1].

فالتراسل عبر الإنترنت سواءً أكان بوسيلة البريد الإلكتروني أم منتديات الحوار محفوف بالمخاطر والعقبات، ففي معظم الأحيان يكون عنوان البريدي الإلكتروني لا يحمل اسم صاحبه الحقيقي، وقد لا يوحي إليه على الإطلاق، لأن 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 و يقينية من هوية المرسل أو المستلم[2].

فمن السهل أن ينكر شخص ما أنه هو من أرسل الرسالة، و تساعده في ذلك أمور كثيرة، منها عدم إمكانية استرداد الرسالة إذا ما تمت عملية الإرسال، بحيث إذا تم الرجوع إلى بريده لم نجد لها أثراً هذا من ناحية، و من ناحية أخرى يصعب الحصول على كلمة المرور الخاصة بالشخص المدعى عليه بالرسالة محل الجدل.

كما لا يمكن إجبار ذلك الشخص– في هذه الحالة– على تقديمها[3] بهدف فحص مصدر الرسالة، و ما إذا كان العنوان البريدي المراد التأكد منه له أم لا.

---

(1) انظر:

E.A. CAPRIOL, La securite technique et la cryptologie dans la commerce électronique en droitfrançais, p. 3, consultable en ligne sous: http://www.lex-electronica.org/articles /vol3/num1/securite-technique-et-cryptologie-dans-le-commerce-electronique-en-droit-francais/visite le 15/12/2016

(2) انظر:

TGI Paris , 3e ch, 1ere sec,29/1/2008. consultable en ligne sous : http://www .foruminternet .org /specialistes/veille-juridique/jurisprudence/tribunal-de-grande-instance-de-paris-3e-chambre-1re-section-29-janvier-2008-2557.html,visite le 15/12/2016; C. MANARA, Les risques juridiques liès à internet, p.1,consultable en ligne sous: http://juriscom.net/2003/02/les-risques-juridiques-lies-a-internet-chantes-par-tino-rossi/ visite le 15/12/2016

(3) كون ذلك يتنافى مع المبدأ العام في الإثبات القاضي بعدم جواز إجبار الشخص على تقديم دليلاً ضد نفسه، ولأنها ليست من المحررات التي ينطبق عليها نص المادة 28 من قانون البينات الفلسطيني التي تنص علي:"" يجوز للخصم أن يطلب إل ا زم خصمه بتقديم سندات أو أوراق منتجة في الدعوى تكون تحت يده وذلك في إحدى الحالات الآتية:

1- إذا كان القانون لا يحظر مطالبته بتقديمها أو تسليمها.
2- ذا كان السند مشتركاً بينه وبين خصمه، ويعتبر السند مشتركاً على الأخص إذا كان محر ا رً لمصلحة الخصمين أو كان مثبتاً لالت ا زماتهما وحقوقهما المتبادلة.

فالأمر لا يوحي بإمكانية قطعية نسبة العنوان أو الرسالة إلى الشخص المدعى عليه بها، إضافةً 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.

و تأخذ أساليب الاحتيال مظاهر عديدة كالتعاقد مع أشخاص أو شركات وهمية لا وجود لها من الناحية القانونية أو المادية، حيث يتم التعاقد على صفقة تجارية بمبلغ وأوصاف معينة ثم يتم التسليم بأوصاف أخرى غير مطابقة لما تم التفاهم عليه، أو قد لا يتم التسليم أصلاً. و تبدو هذه الظاهرة واضحة و جلية عند الحديث عن التعاقد عبر الإنترنت. وخير مثال على ذلك **قضية شركة "بابا نويل فرنسا"**، [1].

ثانياً– 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.

ويعتبر ضعف الطبيعة التقنية لهذه الأخيرة من أهم العوامل المساعدة على زيادة هذه المخاطر، 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.

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

3- إذا استند إليه خصمه في أية مرحلة من م ا رحل الدعوى.

[1] انظر:

TGI de Lyon ,ch. des urgences, 28 mai 2002, consultable en ligne sous: http://www. foruminternet. org/specialistes/veille-juridique/jurisprudence/tribunal-de- grande-instance-
de-lyon-chambre-des-urgences-28-mai-2002.html.visite le 15/12/2016.

و تتلخص وقائع هذه القضية في أن أحد متصفحي الإنترنت قد تعاقد مع شركة "بابا نويل فرنسا"عبر الموقع التالي www.Father-Noel.fr و قام بشراء سلعاً منها و تبين له بعد تسلمه لها بأنها غير مطابقة للمواصفات التي تم التعاقد مع الشركة على أساسها، وقد اعتبرت المحكمة وقتها أن الصعوبة المادية التي تتسم بها وسيلة الإنترنت، كانت حائلاً دون إمكانية المتعاقد من التحقق من صحة المواصفات التي سيتعاقد عليها.

كما 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، فهنا تلعب مصلحة المرسل الدور الرئيس في مضمون الوثيقة التي يمكن له أن يقدمها ليؤيد بها احتجاجه و تأكيداً لصدق ادعائه.

فهذه عملية ليست صعبة الحدوث، إذا ما تم النظر إلى سهولة اختراق النظام التقني الذي تعمل به هذه الأجهزة، فالمرسل إليه – و كذا المرسل– يستطيع و بكل سهولة التلاعب في الوثيقة الواردة إليه، بتحريف مضمونها بالزيادة أو النقصان أو بإنكار المضمون كليةً.

الفرع الثاني– الضوابط الفنية:

إن المخاطر التي يتعرض لها مستخدمي الإنترنت، والتي سبق الحديث عنها أعلاه، تدفع إلى القول بضرورة توافر أكبر قدر من عناصر الأمان لمستخدمي هذه الوسيلة، بضرورة وجود ضوابط فنية تحد من تلك المخاطر التقنية أو الفنية، وهذه الضوابط تتمثل في:

أولاً– التشفير:

تعتبر تقنية التشفير من الوسائل الفنية المتبعة في مجال الحاسوب عموماً، والإنترنت على وجه التحديد، وقد عرفت هذه التقنية بأنها:" إما استعمال رموز أو إشارات غير متداولة تصبح بمقتضاها المعلومات المرغوب تمريرها أو إرسالها، غير قابلة للفهم من قبل الغير أو استعمال رموز أو إشارات لا يمكن الوصول إلى المعلومة بدونها"[1] .

أو كما عرفها بعض الفقه[2] بأنها:"وسيلة تتمثل في"تغيير في شكل البيانات، عن طريق تحويلها إلى رموز وإشارات لحماية هذه البيانات من إطلاع الغير أو تعديلها أو تغييرها"، كما عرف التشفير بأنه:"تحويل للرسالة من صورتها الأصلية إلى رموز غير مفهومة إلا للمرسل إليه مما يضمن سريتها وخصوصيتها"،[3]وهناك نوعان من التشفير:

التشفير المتماثل: وبموجب هذا التشفير فإن الرسالة تشفر بواسطة مفتاح أو كود سري، يكون بحوزة المرسل والمرسل إليه فقط.

---

[1] الفصل الثاني الفقرة 5 من القانون التونسي الخاص بالمبادلات والتجارة الإلكترونية؛ وفي هذا المعنى كذلك نص المادة 6/2 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني المصري

[2] محمد فواز المطالقة ، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006،ط1،ص.163

[3] د.عبد الهادي العوضي، الجوانب القانونية للبريد الإلكتروني، دار النهضة العربية، 2005،، ص.169.

والتشفير اللامتماثل: حيث تعتمد هذه الطريقة على مفتاحين للتشفير، أحدهما عام يستخدم لفك التشفير، ويكون بحوزة كافة مستخدمي هذه الخدمة، والمفتاح الثاني وهو المفتاح الخاص السري ولا يعرفه إلا صاحبه، ويعتبر هذان المفتاحان متكاملان، ولا يمكن لأحدهما أن يعمل دون الآخر [1]

- استخدام تقنية تصفية البريد الإلكتروني:

وتقوم هذه التقنية على التقليل من عدد رسائل البريد الإلكتروني العشوائي أو المزعج، ويتم ذلك بواسطة عامل التصفية، الذي يعتمد بالأصل على مستوى الحماية، الذي يستطيع تحديد مضمون الرسالة، أو بواسطة تحديد مصدرها بأنها بريد عشوائي ويقوم بتوجيهها إلى مجلد البريد العشوائي أو المزعج.[2]

ثانياً- تحصين كلمات المرور:

والمقصود هنا تطوير نظام الحماية المتبع لدخول المستخدم إلى الموقع، ومن ثم إلى حسابه الشخصي، بضرورة إرشاد المستخدم إلى الطريق الأمثل لاختيار كلمة مرور آمنة، وتفعيل نظام الرقابة، بحيث يصعب على المتطفلين الوصول إليها من خلال الشبكة نفسها، ويتطلب الأمر في هذه الحالة تقوية خاصية أو تقنية الجدران النارية، التي تقوم بفصل الشبكة أو الجهاز المستخدم عن الشبكة العالمية، بمعني تحصين الجهاز من أن يكون مستباحاً من الغير.

ثالثاً- وجود جهات المصادقة على التوقيع:

وسيتم شرح هذه المسألة بتوسع عند دراسة شروط الحجية القانونية للبريد الإلكتروني الموثوق تجنباً للتكرار.

المبحث الثاني

حجية البريد الإلكتروني

تعتبر رسالة البريد الإلكتروني رسالة إلكترونية، و قد اعتبرتها القوانين التي تنظم المعاملات أو التجارة الإلكترونية [3] مرتبة لأثرها القانوني، طالما استوفت الشروط المطلوبة قانوناً، وطالما أن الإطلاع على تفاصيلها متاحاً ضمن النظام الإلكتروني الخاص بمرسلها، ولا تفقد هذه الرسالة قيمتها القانونية لمجرد ورودها في شكل إلكتروني.

ويوجد نوعين من البريد الإلكتروني وهما: البريد الإلكتروني الموقع إلكترونياً (الموثوق)، والبريد الإلكتروني غير الموقع إلكترونياً (غير الموثوق).

---

[1] عبد الهادي العوضي، مرجع سابق، ص ص.171-172.

[2] في هذه التقنية https://support.office.com/ar-sa/article/نظرة-عامة-حول-عامل-تصفية-البريد-الإلكتروني-غير-الهام

[3] المادة 3 من قانون المعاملات الإلكترونية الفلسطيني رقم 6 لسنة 2013 ، المادة 7 من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الخاص بإمارة دبي؛ المادة 7 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني.

المطلب الأول– البريد الإلكتروني الموثوق:

وهو البريد الإلكتروني الموقع إلكترونياً طبقاً للشروط التي تطلبها المشرع الفلسطيني في قانون المعاملات الإلكترونية، وباقي التشريعات الأخرى، ففي هذه الحالة فإن البريد الإلكتروني والمحررات الصادرة منه أو الواردة إليه ستتمتع بالحجية القانونية المطلوبة.

لذلك يجب معرفة ما هي هذه الشروط ، وما هي الحجية القانونية الممنوحة لمحررات البريد الإلكتروني.

الفرع الأول– شروط اكتساب البريد الإلكتروني الحجية القانونية:

لقد اشترطت معظم التشريعات المنظمة للمعاملات الإلكترونية عدة شروط في المحرر الإلكتروني لاكتسابه الحجية القانونية في مجال التعاملات، وهذه الشروط هي:

أولاً– الكتابة:

يعتبر هذا الشرط تحصيل حاصل، بما أن الورقة العرفية هي دليل كتابي للإثبات فلا بدّ إذن من وجود كتابة، إذ لا يتصور وجود محرر بدون الكتابة، واشتراط الكتابة يقصد به معنى محدداً وليس أية كتابة، وهذا المعنى يمكن تحديده على ضوء الواقعة المراد إثباتها بالمحرر[1].

وتجدر الإشارة إلى أن هذه الكتابة لا يشترط فيها شرطاً معيناً[2]، فالكتابة هي كل ما يخطه الإنسان ليثبت به أمراً له أو عليه، ولكن الناس ألفوا الكتابة عن طريق إدراكها أو لمسها عن طريق الحروف أو الرموز الموجودة على الورق.

غير أن هذا لا يمنع من أن تكون الكتابة عبارة عن رموز تعبر عن الفكر أو الإرادة، دون الحاجة إلى ضرورة وجودها على الورق [3]، فالكتابة المادية الموجودة على الورق هي نتاج لتطور نهائي بعد اكتشاف الورق في صورته الحالية، فأصبح أكثر الوسائل ملائمة لإفراغ الكتابة فيه.

هذه الكتابة هي عبارة عن رموز وحركات وأشكال مادية، تسمى حروف تشكل القالب المادي للكتابة، والتي بمجرد رؤيتها فإنها تعطي إشارات إلى خلايا الإحساس والإدراك المتواجدة في عقل الإنسان، تجعلها تدرك –معنوياً– المعنى المادي لتلك الحركات والحروف والرموز: (الكتابة)، وهي

---

(1) د. عبد العزيز المرسي، مرجع سابق، ص. 120؛ د.محمد لبيب شنب و د. حسن أبو النجا، النظرية العامة للإلتزام
- الإثبات وأحكام الإلتزام، المكتبة القانونية، القاهرة، 1994، ص.90.

(2) د.عادل حسن علي، الإثبات – أحكام الالتزام، مطابع أكاديمية الشرطة، القاهرة،1997.، ص. 74.

(3) د.رضا وهدان، الضرورة العملية للإثبات بصور المحررات في ظل تقنيات الاتصال الحديثة–دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 199، ص. 4.

وسيلة للتعبير عن إرادة كاتبها، وفي كل الأحوال فإن المشرع لم يشترط في هذه الكتابة أي شكل كان. [1]

والكتابة التي يتضمنها البريد الإلكتروني عبارة عن معادلات خوارزمية، تعد من خلال إدخال البيانات وإخراجها من خلال شاشة الحاسوب، والتي تتم من خلال تغذية الجهاز بهذه المعلومات عن طريق وحدة الإدخال. [2]

ثانياً- التوقيع:

إن أي محرر- أياً كان نوعه أو شكله- لكي يكتسب الحجية القانونية يجب أن يكون موقعاً ممن يدعى صدوره عنه، إذ أن التوقيع هو الدلالة على رضا الموقع بما وقع عليه، ويؤدي إلى التزامه أو إلزامه به.

ويعتبر التوقيع الإلكتروني حجر الأساس في المجالات القانونية المتعلقة بالتعاملات الإلكترونية بصفة عامة، و يمتاز بأهمية خاصة في مجال الإثبات الإلكتروني، فيعتبر بمثابة بطاقة التعريف أو جواز السفر الإلكتروني، فهو أحد صور التوقيع المستحدثة والذي أملته ظروف التطور التقني والثورة المعلوماتية الحديثة.

لقد عرف التوقيع الإلكتروني من الناحية الفنية على أنه :"ملف رقمي صغير: (شهادة رقمية) تصدر عن إحدى الهيئات المتخصصة والمعترف بها حكومياً، يخزن فيه الاسم ومعلومات الشخص وتاريخ ورقم الشهادة و مصدرها، و يسلم مع الشهادة مفتاحين أحدهما عام و الآخر خاص: فالمفتاح العام ينشر في الدليل لكل الناس أما الخاص فهو التوقيع الإلكتروني،والتوقيع مصور رقمياً "[3].

أما في الاصطلاح القانوني فقد عرف بأنه:"علامة شخصية تتخذ شكل حروف، أو أرقام، أو رموز، أو أصوات، أو غيرها، تكون ملحقة، أو مرتبطة بمعاملة، ولها طابع يسمح بتحديد هوية الشخص الذي وقعها، ويميزه عن غيره، ويكون معتمداً من جهة التصديق" [4]،

في حين أن المشرع الفرنسي في القانون المدني عرف المحرر أو الكتابة الإلكترونية، ولكنه لم يعرف التوقيع الإلكتروني، بل تناوله من حيث بوظيفته،[5] وفي هذا الصدد يمكن القول بأن المشرع الفرنسي اكتفى بتعريف الكتابة أو المحرر الإلكتروني، قاصداً بذلك اعتبار التوقيع شرطاً

---

[1] د.عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني، دار الثقافة النشر والتوزيع، الأردن، 1997، ص 220.

[2] د. لورنس محمد عبيات،إثبات المحرر الإلكتروني دار الثقافة النشر والتوزيع، الأردن،2005 ص.79.

[3] المهندس . سيد مصطفى أبو السعود، " 2002 سؤال في الكمبيوتر ؟ "، دار الكتب العلمية للنشر والتوزيع، نقلاً عن موقع : www.mostashar.com

[4] المادة الأولى من قانون المعاملات الإلكترونية الفلسطيني.

[5] المادة 1316-4 من القانون المدني الفرنسي

لصحة المحرر الإلكتروني، أي كأنه عندما عرف أو نظم المحرر الإلكتروني يكون قد نظم التوقيع الإلكتروني تباعاً.

و قد تعددت التعريفات الفقهية للتوقيع الإلكتروني حيث عرفه رأي من الفقه[1] بأنه: " معلومة على شكل إلكتروني، وهي مترابطة منطقياً بمعطيات أو معلومات إلكترونية ، ويكون من شأن هذه المعلومة إمكانية نسبة المحرر الموقع بهذه الطريقة إلى المدعى عليه به "، في حين عرفه رأي ثانٍ بأنه: " كود رقمي أو نوع من الرسم يثبت آلياً على وثيقة إلكترونية بواسطة برامج النقل أعدت بعناية لتسهل تحديد هوية الموقع وتربط بين الموقع وهذا الكود"[2]، ويمكن القول بأن الرأي الثاني أكثر وضوحاً لأنه يتسم بالشمول إذ تناول تعريف التوقيع الإلكتروني وشروط صحته، وتناول كذلك الجهات التي تتولى التصديق عليه.

ويشترط في التوقيع الإلكتروني الشروط التالية: [3]

- أن يكون مرتبطاً بصاحبه.
- أن يكون كافياً للدلالة والتعريف بالموقع.
- سيطرة الموقع على التوقيع الإلكتروني.
- ارتباط التوقيع الإلكتروني بالمحرر ارتباطاً وثيقاً.
- أن يكون موثقاً.

ثالثاً- التوثيق:

جهات التوثيق هي بالأصل فكرة منشؤها الفقه[4] وتبنتها الكثير من التشريعات وهي فكرة أو نظام الموثق الإلكتروني (أو التوثيق الإلكتروني غير الصّادق).

---

(1) انظر:

E. A. CAPRIOLI, Signature électronique: la loi française sur la preuve et la signature électronique dans la perspective européenne, Dir. 93/1999 CE du parlement européen et du conseil du 13 décembre1999, J.C.P. (G), 3/5/2000 , n° 18., p. 790.

(2) انظر:

F. LATRIVE , Le seing électronique bientôt légal. LA REVOLUTION DE LA CYBER-SIGNATURE. Le paraphe à la main perd son monopole d'ultime preuve . consultable en ligne sous: htpp// http://www.liberation.fr/ecrans/2000/02/25/le-seing-electronique-bientot-legal-la-revolution-de-la-cyber-signature-le-paraphe-a-la-main-perd-so_317346,visite le 15/12/2016

(3) لمزيد من التفاصيل حول مضمون هذه الشروط. لورنس عبيدات، مرجع سابق، ص ص 129-133؛

(4) انظر:

A. L. VILARRUBLA, Les apports de la signature électronique, p. 4, consultable en ligne sous: http://www.abhatoo.net.ma/maalama-textuelle/sciences-de-l-

ولا يدور الحديث هنا عن آلة إلكترونية تقوم أو تساعد الموثق في مهمته، و ليس المقصود هو أن الموثق في أعماله يتبع الأسلوب الإلكتروني، أو يستعين بمعدات من هذا النوع للقيام بوظيفته: (وهي تحرير العقود طبقاً للقواعد المقررة).

إنما الحديث يدور عن جهة تقوم بدور التأكد، وضمان نسبة التوقيع الإلكتروني المحمي إلى الموقع، وهي جهة محايدة، و تعتبر طرف ثالث في عملية ضمان مصداقية التوقيع الإلكتروني، وتجعل المتراسل واثقاً – عند توقيع العقد– من شخصية المتعاقد معه[1]، وآمناً كذلك من عدم تلف محتويات الرسالة أثناء سفرها، وهذه الجهة هي خدمات مزودي شهادات التصديق الإلكترونية[2].

وهذه العملية تتطلب وجود تقنيتين: الأولي هي تقنية المفتاح العام، والثانية هي تقنية المفتاح الخاص، ويتوجب على مزودي خدمات شهادات التصديق إبطال مفعول هذه الشهادة إذا ما فقد حاملها المفتاح الخاص أو فقد الشهادة نفسها[3]، وهذه الشهادة بمثابة جواز السفر الإلكتروني لحاملها، وهي عبارة عن ملف إلكتروني يتراوح حجمه ما بين 8 إلى 10 KB ينتقل مع كل الإرساليات[4].

information/technologies-de-l-information-et-de-la-communication-tic/applications-sectorielles-des-tic/e-commerce/les-apports-de-la-signature-electronique,visite le 15/12/2016; B. BROWN, Nature et impact juridique de la certification dans le commerce électronique sur Internet, p.1, consultable en ligne sous: https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/handle/1866/9368,visite le 15/12/2016; L. BIRNBAUM-SARCY et F. DARQUES, La signature électronique - Comparaison entre les législations française et americaine, p.3, consultable en ligne sous: htpp//www.signelec.com, visite le 15/12/2016.

(1) المشرع الفرنسي في المرسوم رقم 2001-272 المؤرخ في 2001/3/30 المتعلق بتطبيق المادة 1316-4 من القانون المدني المتعلقة بالتوقيع الإلكتروني المعدل بالمرسوم رقم 2000- 230 المؤرخ في 2000/3/13 ؛ المشرع التونسي في القانون الخاص بالمبادلات التجارية الإلكترونية؛ والمشرع الإماراتي في القانون المتعلق بالمعاملات والتجارة الإلكترونية الخاص بإمارة دبي؛ وقانون التجارةالإلكترونية البحريني.

(2) وقد عرفت هذه بأنها: " شهادة إلكترونية توصل إلى معطيات متعلقة بالتحقق من الموقع بطريقة تضمن تأكيد هويته". انظر: المادة 9/2 من التوجيهة الأوروبية المتعلقة بالتوقيع الإلكتروني؛ المادة 9/1 من مرسوم 2001_272 الفرنسي المتعلق بتطبيق المادة 4/1316 من القانون المدني، جريدة رسمية فرنسية رقم 62 الصادرة بتاريخ 2000/3/14، ص.3968.

(3) انظر:

M. Jaccard, art. préc., p.3.

(4) انظر:

G. Bordinat , Introduction à la notion de signature électronique, p. 4, consultable en ligne sous: htpp//www.signelec.com,visite le 15/12/2016 ; M. Jaccard , art. préc., p. 4.

والأمر يتطلب وجود هذا الغير في المجال المفتوح، أي مجال الإنترنت حيث تكون شخصيات المتعاقدين مبهمة وغير موثوقة، و هذه العملية تتطلب في أغلب الأحيان تنظيم على ثلاث مستويات[1]:

- **وجود سلطة مركزية:** تنحصر مهمتها في خلق أنظمة تداول ومراقبة تداول المعلومات؛
- **غير الصّادق (المؤهل):** و هم المؤهلين أو المرخص لهم بإعطاء شهادات التصديق على التوقيع الإلكتروني الدالة على هوية الموقع و الضامنة لنزاهة العقد و بالتحديد الموقع إلكترونياً؛
- **السلطات المحلية:** و هي التي يوكل لها مهمة تسجيل الطلب باشتراك هوية الشخص المعني بالحصول على شهادة تصديق إلكترونية.

و توفير خدمات التصديق يتطلب وجود عنصرين أساسيين، الأول وجود ترخيص إداري، والثاني وجود رقابة على مزودي هذه الخدمات من طرف الدولة، التي هي في الأصل مانحة هذا التفويض.

فالترخيص هو إجراء تنفرد به الدولة كصاحبة الحق الوحيد في إجراء التصديق[2]، ويتم منح هذا التفويض بناءً على طلب مقدم من مزود خدمات التصديق إلى الجهات المختصة بمنح مثل هذا التفويض، طبقاً لشروط يجب أن تكون مستوفاة في مقدم الطلب[3].

على أن يبقى للسلطة التي منحت هذا التفويض حق مراقبة مزاولته، ويبقى هذا التفويض رهن الشروط الواجب توافرها في مزود خدمات التصديق، وإلا حق للإدارة رفض الترخيص أو سحبه وإلغائه متى أخل مزود الخدمة بالتزاماته[4].

---

(1) انظر:

J-M. OUDOT, La signature numérique ,Les petites affiches, 6 mai 1998, n° 54., p.36.

(2) بعض المشرعين مهمة تسيير هذه المهمة إلى وزارات مثل وزارة الاتصالات أو المفوض عنها حسب نص المادة 21 من قانون المعاملات الإلكترونية الفلسطيني، والبعض أوكلها إلى وزارة الصناعة والتجارة حسب المادة 16 من قانون التجارة الإلكترونية البحريني، أو مراقباً يعين بقرار من الرئيس طبقاً لنص المادة رقم 23 من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الخاص بإمارة دبي، أو أن توكل المهمة لمؤسسة عمومية لا تكتسب الصبغة الإدارية كما هو الحال في القانون التونسي الخاص بالمبادلات والتجارة الإلكترونية في الفصل 8 منه.

(3) المادة رقم 2/23 من قانون إمارة دبي سابق الإشارة إليه؛ المادة رقم1/16 من القانون البحريني سابق الإشارة إليه؛ الفصل11 من القانون التونسي سابق الإشارة إليه.

(4) المادة 2 من التوجيه الأوروبي المتعلق بالتوقيع الإلكتروني؛ المادة 2/16 من القانون البحريني سابق الإشارة إليه.

رابعاً- إمكانية الاحتفاظ بالمحرر الإلكتروني في شكله الأصلي المتفق عليه:

ومضمون هذا الشرط أن يكون بالإمكان الحفاظ على ثبات المحرر الإلكتروني بالشكل والصياغة والمفردات التي استخدمت فيه أول مرة، ويمكن القول بأن الدافع وراء إقرار هذا الشرط هو التخوف من طبيعة الكتابة أو الدليل الإلكتروني، حيث إن التعديل أو التحريف فيه أو حتى التزوير لا يترك أثراً، على خلاف الدليل الورقي.

وعلى الرغم من ذهاب البعض [1] إلى القول بإمكانية استخدام تقنية تثبيت المحررات الإلكترونية بصيغة (PDF)، إلا أن هذا القول مردود عليه حيث إن المسألة ليست بحاجة إلى معجزة، فهناك من البرامج الإلكترونية ما يسهل بواسطتها تحويل هذه المحررات إلى صيغة (Word) والتعديل فيها بالحذف أو الزيادة، لذلك كان من المنطقي أن يشترط المشرع شرط الثبات هذا.

خامساً- إمكانية استرجاع المحرر المحفوظ:

ويقصد بهذا الشرط ضرورة استمرارية المحرر الإلكتروني[2]، بالشكل الذي يسمح بالرجوع إليه وقت الحاجة، والأمر ليس بصعب إذا ما تم الاحتفاظ بالمحرر الإلكتروني، وتخزينه على أحد الوسائط الإلكترونية، التي تستطيع الاحتفاظ بالمحرر لفترة طويلة، قد تفوق إمكانية الاحتفاظ بالسندات الورقية التي تتأثر بعوامل الزمن والجو، كالرطوبة والبرودة والحرارة، شريطة ألا يكون بالإمكان التغيير أو التغير التلقائي في مضمون هذا المحرر.

الفرع الثاني- حجية البريد الإلكتروني الموثوق:

لقد أقرت التشريعات المختلفة المساواة بين حجية المحررات الإلكترونية والمحررات التقليدية، شريطة معرفة هوية الموقع و ضمان أن تكون الكتابة الإلكترونية محفوظة في ظروف تضمن سلامتها، وذلك على الرغم من التباين بين التشريعات في تعريف أو تسمية المحررات الإلكترونية.[3]

نجد أن المادة 5 من قانون الأونيسترال النموذجي الخاص بالتجارة الإلكترونية قد نصت

---

(1) يوسف شندي، محاضرات في قانون الإثبات، جامعة القدس ، فلسطين، 2005،ص.2، نقلاً عن أحمد عزمي الحروب، السندات الرسمية الإلكترونية،دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن،2010، ص.61

(2) وقد اشترط المشرع الفلسطيني هذا الشرط في المادة12 من قانون المعاملات الإلكترونية؛ المشرع المصري في االمادة 15 من قانون التوقيع الإلكتروني؛ المشرع الأردني في المادة 8 من قانون المعاملات الإلكترونية.

(3) حيث اعتمد قانون الأونسيترال للتجارة الإلكترونية الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة لفظ رسالة البيانات وذلك في المادة 5 منه؛ أما المشرع الفرنسي لفظ محررات في المادة 1316-1، أما المشرع المصري في قانون التوقيع الإلكتروني في المادة 1/ب استخدم لفظ محرر إلكتروني، أما المشرع الفلسطيني في المادة 1 من قانون المعاملات الإلكترونية وكذلك المشرع الأردني في المادة 1 من قانون المعاملات الإلكترونية استخدما لفظ السجل الإلكتروني.

على:" لا تفقد المعلومات مفعولها القانوني أو صحتها أو قابليتها للتنفيذ لمجرد أنها في شكل رسالة بيانات ". كما نصت المادة 3 /1من قانون المعاملات الإلكترونية الفلسطيني على :"للسجلات الإلكترونية ذات الحجية المقررة في الإثبات للسندات العرفية، ولا ينكر الأثر القانوني للمعلومات الواردة في السجلات الإلكترونية، من حيث صحتها، وإمكان العمل بمقتضاها ،لمجرد ورودها–كلياً أو جزئياً – في شكل سجل إلكتروني أو الإشارة إليها في هذا السجل".

وبناءً عليه فإن رسالة البريد الإلكتروني المذيلة بالتوقيع الإلكتروني تتمتع بحجية كاملة في الإثبات تساوي نفس حجية المحرر العرفي الورقي المكتوب، والجدير بالذكر هنا أن اقتصار الحجية الممنوحة لرسائل البريد الإلكتروني كمحررات عرفية أي عدم إمكانية منحها حجية المحرر الرسمي راجع إلى سببين في تقديري، الأول أنه لا يمكن تطبيق شروط المحرر الرسمي على رسائل البريد الإلكتروني من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن المشرع الفلسطيني في المادة 2/2 [1]من قانون المعاملات الإلكترونية قد استبعد إمكانية إجراء المعاملات التي يتطلب القانون تصديقها من كاتب العدل(الموظف العام)، أو إصدار الأحكام القضائية.

وهذا يعني أن رسائل البريد الإلكتروني إذ تتمتع بحجية المحررات العرفية، فإنها تخضع لنفس القيود التي ترد على تلك الحجية من إنكار أو طعن بالتزوير[2]، وقد تطرق المشرع الفلسطيني في قانون البينات بصريح العبارة إلى هذه الحجية في المادة 2/19 منه والتي تنص على:" ...2. تكون للبرقيات ومكاتبات التلكس والفاكس والبريد الإلكتروني، هذه القوة أيضاً إذا كان أصلها المودع في مكتب التصدير موقع اً عليها من مرسلها، وتعتبر البرقيات مطابقة لأصلها حتى يقوم الدليل على عكس ذلك."

كما أقرت العديد من القوانين[3]حجية البريد الإلكتروني المذيل بتوقيع إلكتروني، مما يعني أنه يتوجب على القاضي– حسب تلك القوانين – الأخذ برسالة البريد الإلكتروني كدليل كامل دون الحديث عن أي سلطة تقديرية من جانبه.

---

[1] حيث نصت المادة 2/2على :"...يستثنى من تطبيق أحكام هذا القانون المعاملات التالية:
أ- أ.المعاملات التعلقة بالأحوال الشخصية.
ب- ب.المعاملات المتعلقة بسندات ملكية الأموال غير المنقولة.
ت- ج.المعاملات التي تتعلق ببيع وشراء الأوال غير المنقولة والتصرف فيها.
ث- د.أي مستندات يتطلب القانون تصديقها أمام كاتب العدل.
ج- هـ.الإعلانات القضائية ومذكرات الحضور والإحضار والتفتيش والأحكام القضائية
ح- و. أي مستندات أو معاملات يتم استثناؤها بنص القانون"

[2] راجع نصوص مواد قانون البينات الفلسطيني المواد 16 ، 17 و 18.

[3] المادة 5 من قانون الأونسيترال النموذجي الخاص بالتجارة الإلكترونية؛ المادة 6 من قانون الأونسيترال الخاص بالتوقيعات الإلكترونية؛ المادة 2/5 من التوجيه الأوروبي الخاص بالتوقيع الإلكتروني؛ المادة 7 من القانون المعاملات الإلكترونية الأردني؛ المادة 7 من قانون إمارة دبي الخاص بالتجارة الإلكترونية؛

المطلب الثاني- البريد الإلكتروني غير الموقع إلكترونياً:

وهي حالة الرسالة: (البريد الإلكتروني) المرسلة عبر الإنترنت المكتوبة بلغة ما و مقروءة، ولكنها غير مذيلة ولا تحمل أي توقيع يذكر، أو تحمل توقيع، ولكن غير مستوف لشروط الأمن والصحة القانونية المطلوبة، و في هذه الحالة تثور مسألة حجية هذه الرسالة وحجية ما ورد فيها.

وبالرجوع إلى نص المادة 1/19 من قانون البينات الفلسطيني المنظمة لحجية الرسائل، نجد أن هذه الأخيرة تساوي حجية المحرر العرفي إذا كانت موقعة [1]. وطالما أن مسألة التوقيع الإلكتروني قد حسمت نصاً، يمكن القول بأن حجية هذه الرسالة تتراوح ما بين ما يخرج عن نطاق الإثبات بالكتابة من استثناءات، وبين سلطة القاضي التقديرية.

إذ أن هناك حالات أخرجها المشرع من نطاق وجوب الإثبات بالكتابة، مثل الحالات التي لا تتعدى قيمتها النصاب القانوني الذي يتطلب الإثبات بالكتابة(200 دينار أردني) [2]، وهناك الاستثناءات على مبدأ وجوب الإثبات بالكتابة التي نص عليها المشرع الفلسطيني وهي حالات على سبيل الحصر [3].

الفرع الأول- حجية البريد في ظل القواعد الحديثة:

إن حجية البريد الإلكتروني غير الموثق أو غير مستوفي الشروط، وتحديداً شرط التوقيع الإلكتروني في ظل تباين الواقف التشريعية حجية مختلف عليها، فإذا نظرنا إلى موقف المشرع الأردني في نص المادة 32/ب من قانون المعاملات الإلكترونية نجده يسقط أية حجة لمثل هذه الحالة حيث نصت المادة المذكورة على ما يلي:"...ب. إذا لم يكن السجل الإلكتروني أو التوقيع الإلكتروني موثقاً فليس له أية حجية".

على الرغم من أن المشرعين الفلسطيني في قانون المعاملات الإلكترونية والمصري في قانون التوقيع الإلكتروني لم يدرجا مثل هذا الشرط، فلا يمكن القول بأن المشرع الفلسطيني قد قصد ضمناً ما ذهب إليه المشرع الأردني وذلك بدلالة نص المادة 2/19 من قانون سابقة الذكر.

وهنا يمكن القول بأن المشرع الفلسطيني قد جازف قليلاً في هذا الموقف، إذ أن قانون البينات سابق في الصدور على قانون المعاملات الإلكترونية بكثير، وأن الحجية الممنوحة لرسائل

المادة 5 من القانون البحريني الخاص بالتجارة الإلكترونية.

[1] حيث تنص هذه الفقرة من المادة على:" تكون للرسائل الموقع عليها قيمة الأوراق العرفية من حيث الإثبات...".

[2] المادة 68 من قانون البينات الفلسطيني التي تنص على:" في المواد غير التجارية إذا كان الالتزام تزيد قيمته على مائتي دينار أردني أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز شهادة الشهود في إثبات وجوده أو انقضائه، ما لم يوجد اتفاق صريح أو ضمني أو نص قانوني يقضي بغير ذلك."

[3] المادتين 70و71 من قانون البينات الفلسطيني.

البريد الإلكتروني إذا كانت موقعة لا ترقى إلا إلى مستوى المحررات العرفية غير المعدة مسبقاً للإثبات، إضافةً إلى أن المشرع الفلسطيني في المادة 2/19 سابقة الذكر قد منح الحجية لمكاتبات الفاكس والتلكس والبريد الإلكتروني قوة الرسائل الموقع عليها إذا كان أصلها الودع لدى مكتب التصدير موقع عليها، وهنا تتمثل المجازفة في مساواة المشرع بين البرقيات ومكاتبات الفاكس والتلكس والبريد الإلكتروني، وهذا مبالغ فيه، كون أن منح تلك الحجية للبرقيات له ما يبرره كون الذي يكتب البرقية بناءً على الأصل المودع هو موظف عام، لا مصلحة له في تغيير مضمون البرقية من ناحية، ومن ناحية أخرى فإنه وفي أدائه لعمله يقع تحت طائلة الجزاءات التأديبية والجزائية، وهذا ما لا يتوفر في مكاتبات الفاكس والتلكس والبريد الإلكتروني.

وتظهر المجازفة أيضاً على نحو آخر، وهو أن المشرع قد منح تلك المكاتبات نفس حجية الرسائل الموقع عليها دون الحديث عن الشروط والضمانات التي تطلبها المشرع في قانون المعاملات الإلكترونية، وهنا يمكن القول وبصورة قطعية أن المشرع لم يكن موفقاً وقت وضع نص المادة 2/19 من قانون البينات، سيما بعد إقرار لقانون المعاملات الإلكترونية رقم 6 لسنة 2013.

والسؤال المطروح هنا: هل المشرع كان يقصد –وقت وضع نص المادة 19 من قانون البينات– التوقيع الإلكتروني الوارد في قانون المعاملات الإلكترونية؟

الإجابة قطعاً بالنفي بحكم العامل الزمني، وكذلك بحكم الفارق الكبير بين الطبيعة الفنية والقانونية لكل وسيلة من الوسائل المذكورة في الفقرة الثانية من نص المادة 19.

ولكن يمكن القول بأن عدم نص المشرع الفلسطيني في قانون المعاملات الإلكترونية على عدم منح رسائل البريد الإلكتروني أية حجية على غرار المشرع الأردني هو توجه وموقف محمود، لأنه يفتح الباب أمام القاضي للاجتهاد، سيما وأن جهات التصديق على التوقيع الإلكتروني لم تنظم بعد ويبدو أنه لن يكون هناك تنظيم لها على المدى القريب، فليس من العدالة ولا المنطق إسقاط أية حجية لهذه الرسائل في ظل انتشارها وكثرة التعامل فيها سواءً أكان بين التجار أم بين الأفراد المدنيين.

فالمشرع الفرنسي وفي المادة 1326 من القانون المدني قبل التعديل الذي مس هذا القانون بتاريخ 2000/3/13 كانت صريحة عندما نصت على :"يمضي باليد كل من قام بعقد ....."، فاستبدلت كلمة "بيده أو باليد" بكلمة "بنفسه" والفارق كبير بين المصطلحين.

الفرع الثاني– حجية البريد في ظل القواعد التقليدية وسلطة القاضي التقديرية

وهنا الحديث يدور عن السلطة التقديرية للقاضي، وذلك لسببين:

الأول: أن الأمر يتطلب الاعتماد أو الارتكاز على الحالات المستثناة من مبدأ وجوب الإثبات بالكتابة، بحيث ترك المشرع للقاضي جواز السماح فيها بالإثبات بشهادة الشهود.

الثاني: أن الأمر يتطلب في بعض الأحيان تفهم أكبر من قبل القاضي لضرورة التغيير في بعض المفاهيم التقليدية، بحيث يعتمد على الدور الوظيفي لها وليس على الجانب الشكلي.

أولاً– الاعتماد على بعض الاستثناءات الواردة على مبدأ وجوب الإثبات بالكتابة:

وإن كانت هذه الحالات الاستثنائية قد حدت من سيادة مبدأ وجوب الإثبات بالكتابة، فلا يغيب عن البال أن الإثبات بالشهود هنا– وإن كان جائزاً– إلا أنه لا يعتبر إلزامي أو وجوبي للقاضي، بدليل استخدام المشرع الفلسطيني لكلمة "يجوز" في كل نصوص المواد المتعلقة بالاستثناءات الواردة على مبدأ الإثبات بالكتابة، وفي الإطار نفسه – دائماً– فإنه التعامل عبر الوسائل التقنية يتطلب ضرورة الإتيان بالدليل المكتوب، مستوفياً للشروط الذي تطلبها المشرع في الدليل لكي يكتسب الحجية المطلوبة.

غير أن هذه الضرورة تحول دون تحققها بعض الأمور، وتحديداً الطبيعة التقنية لتلك الوسائل ، إما لضعفها في الاستجابة لما يشترطه القانون، أو لاستحالة الحصول منها على دليل كتابي، وفي هذه الحالة يمكن القول بجواز إعمال فكرة الاستحالة أو المانع المادي، ولكن مع تكييفه على أساس مانع أو استحالة تقنية، بالإضافة إلى إمكان تطبيق فكرة مبدأ الثبوت بالكتابة على بعض هذه الوسائل ولكن مع التوسيع في مفهومه.

أ. فكرة الاستحالة:

قبل الخوض في تفاصيل هذه النقطة يجدر التنويه إلى مسألتين جديرتين بالإثارة:

المسألة الأولى:

إن الاستحالة التي يتطلبها المشرع لفتح باب الإثبات بشهادة الشهود للأطراف كاستثناء على الأحوال التي يتطلب فيها الإثبات بالكتابة – وبالتالي استبعاد ضرورة وجود السند المكتوب – تتمثل في استحالة الحصول أو استحالة طلب الدليل الكتابي، وليس استحالة تقديمه، والدليل على ذلك أن المشرع أفرد حالة خاصة باستحالة تقديم الدليل الكتابي، وهي تتعلق بحالة فقدان أو ضياع السند لسبب أجنبي، وهذا ما نصت على حكمه المادة 2/71 من البينات الفلسطيني بقولها:" يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة في الحالات التالية:2. ذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي....."

المسألة الثانية:

تتمثل في أن الاستحالة لا تعني الصعوبة، لأن الصعوبة بحد ذاتها لا تكفي للقول بوجود استحالة معفية من الحصول على سند مكتوب، مهما بلغت درجة هذه الصعوبة[1]، وتطبيقاً لذلك رفض القضاء الفرنسي اعتبار الصعوبات التقنية مانعاً معفياً لهيئة الاتصالات من التقديم الدوري لبيانات مفصلة للمشترك بالاتصالات الهاتفية المدعى قيامه بها[2].

فالصعوبة إذن – بناءً على مما سبق – هي حالة تجعل من الحصول على دليل كتابي أمراً ممكنًا ولكن فيه مشقة، في حين أن الاستحالة تحول دون الحصول على دليل كتابي.

وهذا ما دفع ببعض الفقه[3]إلى القول بان فكرة الاستحالة يمكن اعتبارها الثغرة التي تسمح بإدخال الدعامات الحديثة للمعلومات في مجال الإثبات، وبأننا نكون أمام استحالة مادية كلما كنا أمام نزاع ينشأ عن تصرف قانوني يتم إبرامه عبر شبكة الاتصالات، أو المعلومات أو أمام وسائل الإعلام الآلي.

ففي هذه الحالات فإن الطبيعة التقنية لأنظمة التشغيل تحول تقنياً: (مادياً) دون الحصول على دليل مكتوب مستوفي للشروط المطلوبة قانوناً، وبالتالي يمكن القول بإمكانية تطبيق فكرة الاستحالة المادية كاستثناء على مبدأ وجوب الإثبات بالكتابة على أساس استحالة من نوع خاص ألا وهي الاستحالة التقنية.

ب. مبدأ الثبوت بالكتابة:

يعتبر مبدأ الثبوت بالكتابة إحدى الحالات التي استثناها المشرع الفلسطيني من مبدأ وجوب الإثبات بالكتابة في نص المادة 1/71 من قانون البينات، بقولها :" يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة في الحالات التالية –1 :إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة، ويعتبر في حكم ذلك كل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال."، ويمكن القول بإمكانية تطبيق مبدأ الثبوت بالكتابة بمفهومه التقليدي الضيق على بعض حالات الوسائل التقنية، ولكن في حالات أخرى يتطلب الأمر التوسع في ذلك المفهوم .

---

(1) د. عبد المنعم فرج الصدة، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابى حلبي وأولاده، القاهرة، مصر، الطبعة الثانية 1954.، ص. 266.

(2) انظر:

Trib. adm. de Reenes 27 Nov 1985

أشار إليه: د. محمد حسام لطفي، الحجية القانونية ..، مرجع سابق، ص. 43.

(3) انظر:

F. Chamoux, La loi du 12 juillet 1980. une overtures sur de nouveaux moyens de preuve, J.C.P. 1981. I.3008. n° 29.

وبشأن البيانات الصادرة عبر الإنترنت ومنها رسائل البريد الإلكتروني، فقد اعتبرت أنها تشكل مبدأ ثبوت بالكتابة[1]، إذ إن في هذه الحالة تتوافر شروط إعمال حالة مبدأ الثبوت بالكتابة وهي:

– وجود الكتابة– فهنا توجد كتابة؛

– أن يكون من شأن الكتابة جعل الأمر المدعى به قريب الاحتمال: و هي مسألة موضوعية يرجع تقديرها إلى سلطة القاضي التقديرية؛

– صدور الكتابة من المدعى عليه: ونسبة هذه الكتابة إلى الخصم المدعى عليه قائمة على قرينة دقتها، أو عن طريق تحديد ال IP الخاص بالجهاز الذي أرسلت منه رسالة البريد الإلكتروني، وهو أمر تقني يمكن الحصول عليه من مزود الخدمة بموجب أمر قضائي.

على الرغم من رفض القضاء الفرنسي[2] في حكم له اعتبار IP طريقة أو وسيلة لتحديد صدور المحرر عن الشخص كونه وسيلة لتحديد الجهاز الذي أرسلت منه الرسالة، وليس دليلاً على هوية الشخص الذي أرسلها، ولكن تحديد الجهاز الذي أرسل منه البريد الإلكتروني يقيم مسئولية حارس الجهاز.

وقد ذهب رأي من الفقه [3] إلى القول بجواز اعتبار رسالة البريد الإلكتروني مبدأ ثبوت بالكتابة، عن طريق عمل نسخة من المحرر الإلكتروني الموجود في صندوق البريد الإلكتروني، وذلك بطباعتها، شريطة عدم إنكار المحتج عليه بها صدوره عنه أو طعنه فيها بالتزوير، و يضيف أن رسالة البريد الإلكتروني لا تتمتع بالثقة فيما يتعلق بهوية مرسلها ومدى إمكانية نسبة الرسالة إليه، وكذا سلامة محتواها.

وبالتالي فإن قوتها وحجيتها متوقفة على قناعة القاضي بها، و مدى إلمامه وفهمه للنواحي التقنية والفنية الخاصة بتقنية المعلومات، والأدوات المعلوماتية على حد تعبيره.

وعلى الرغم من أن هذا الرأي تعيقه صعوبة التمييز بين أصل الرسالة و النسخة المستخرجة عنها بالطباعة، إلا أنه يمكن القول بأن هذا الرأي استطاع تشخيص مسألة غاية في الأهمية، ألا وهي مسألة ثقافة القاضي، وضرورة إلمامه بالطبيعة الفنية للوسائل التقنية الحديثة.

---

(1) انظر:

P.LECLERCQ, réflexions sur le droit de la preuve, une société sans papiers ? rapport .préc .p.94.

(2) انظر:

C.A Paris, 13e ch, sec B,27/4/ 2007. consultable en ligne sous: http: www.foruminternet.org/ specialistes/veille-juridique/jurisprudence/cour-d-appel-de-paris-13e-chambre-section-b-27-avril-2007.html, visite le 15/12/2016

(3) د.عبد الهادي العوضي، الجوانب القانونية للبريد الإلكتروني، دار النهضة العربية، 2005، ص.54.

فالحديث عن البريد الإلكتروني يتطلب أولاً وقبل كل شيء الإلمام بهذه التقنية من حيث كيفية إنشاء حساب بريد إلكتروني جديد وكيفية التعامل مع جوانبها الفنية المختلفة.

ثانياً- الاعتماد على الدور الوظيفي لبعض المفاهيم:

ويقصد بهذه المسألة أن يلجأ القاضي أو يعتمد على الوظيفة التي يؤديها المصطلح القانوني، لا على المفهوم الذي يحمله، كون المعنى الذي يحمله غلب عليه المفهوم التقليدي الذي اتصل به مع مرور الوقت، وغابت طوال هذه الفترة النظرة الوظيفية للمفهوم نفسه. وهذه المفاهيم هي: التوقيع والكتابة.

أ. الدور الوظيفي للتوقيع:

إن فكرة التوقيع تكمن أهميتها في القيام بوظيفتين هامتين، الأولى تعيين أو تحديد صاحب التوقيع تعييناً نافياً للجهالة لكي يمكن نسبة ما وقع إليه (identification)، و الثانية انصراف إرادة الموقع إلى الالتزام بما وقع عليه وذلك بصفة قطعية (authentification)[1].

من هذا المنطلق يمكن القول بأن فكرة التوقيع رغم عدم وجود تعريف قانوني دقيق لها، تعتبر حجر الأساس في نظام أو مجال الإثبات [2]، و لا يشترط في التوقيع إلا أن يكون كافياً للدلالة على صاحبه (الموقع)[3].

فدلالة التوقيع على الموقع هو بمثابة انتقال المحرر من مرحلة الإعداد أو التهيئة إلى مرحلة الإنجاز، أي يصبح المحرر بالتوقيع –فقط– محل اعتبار بصفة أصلية في نظر القانون، هذا الأخير الذي لا يشترط التوقيع إلا في حالات خاصة، الأمر الذي يدفع إلى القول بأن

التوقيع بمثابة قاعدة عرفية أو قضائية [4].

أما القضاء الفرنسي[5] قد أقر في حكم له بحجية البريد الإلكتروني في الإثبات في حالة ما إذا توافرت فيه الظروف والشروط والملابسات التي تدل على شخصية المرسل، وفي موقف آخر

---

(1) د. رضا وهدان، مرجع سابق، ص. 08؛
H.CROZE, Informatique, preuve et sécurité, D.S.I.1987, chron.24., p.169 .

(2) انظر:
J. LARRIEU, identification et authentification, une société sans papiers ? rapport.préc, p.212.

(3) د.محمد حسام لطفي، إستخدام وسائل الإتصال الحديثة في التفاوض على العقود وإبرامها، بدون ناشر، القاهرة، 1993، ص.10.

(4) انظر:
J. LARRIEU, rapport.préc. p. 212.

(5) انظر:
Cass. Soc. 2/6/2004, consultable en ligne sous: http://www.foruminternet.org/ specialistes/ veille- juridique/jurisprudence/cour-de-cassation-chambre-

اعتمد القضاء الفرنسي على رسالة SMS مرسلة من الزوج إلى عشيقته، واستندت إليها الزوجة في طلب الطلاق[1].

فطالما أن التوقيع هو الذي يعطي للمحرر الكتابي الحجية القانونية، فيكفي فيه أن ينبئ عن صاحبه. وقد يكون هذا التوقيع باسم الشخص أو بأية حروف أو علامات تدل على اسمه أو لقبه، أو أية إشارة قاطعة الدلالة على خط يد الموقع.

ب. الدور الوظيفي للكتابة:

تعتبر الكتابة إحدى الوسائل التي يلجأ إليها الإنسان للتعبير عن أفكاره، وكل ما يدور في داخله، و إن كانت لا تعتبر الوسيلة الوحيدة لذلك، فهناك الكلام و الإشارة والإيماءات.

بيد أنها الوسيلة الوحيدة التي تترك أثراً يمكن التمسك به، فقديماً قال الرومان بأن: "الأقوال تطير والكتابة تبقى"، فهنا الدور الوظيفي للكتابة ينحصر، بل يتركز في مهمة واحدة ألا، وهي تثبيت و إثبات ما يصدر عن الإنسان من أقوال و اتفاقات.

و كما سبق تبيانه، فإنه لا يوجد نص قانوني يفرض على الإنسان الكتابة بطريقة معينة أو بشكل محدد، وإن كانت القوانين تحدد طبيعة الكتابة المستخدمة: (عرفية أو رسمية)، وسبق التوضيح أيضا بأن الوسط أو الحيز المادي التي تفرغ عليه الحركات والإشارات المكتوبة (الحروف) تعطي نفس المعنى و نفس المفهوم، إذا ما جمعت في إطار واحد مكونة كلمات أو جمل، بغض النظر سواء كتبت على ورق أم على خشب أم معدن .....إلخ.

---

sociale-2-juin-2004.html, visite le 15/12/2016.

[1] انظر:

Cass. Civ.,1ère ch. , 19/6/2009, consultable en ligne sous: http://www.courdecassation.fr/ jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/692_17_13037.html,visite le 15/12/2016.

وتتلخص وقائع هذه القضية في أن زوجة لجأت إلى المحكمة لطلب الطلاق من زوجها بسبب خيانته لها، حيث أنها شكت في علاقته بإمرأة أخرى بسبب كثرة وصول رسائل SMS إلى هاتفه المحمول، فلجأت إلى المحضر القضائي(موظف عام) وطلبت منه إثبات حالة الرسائل الموجودة على هاتف زوجها، وبحكم اختصتصه قام بذلك وأعد خطاباً موجهاً إلى المحكمة بفحوى الرسائل التي أثبتت خيانة الزوج لزوجته، إلا ان المحكمة أول درجة رفضت طلب الزوجة مستندة إلى ان هذه الراسئل لا تتمتع بالحجية القانوينة، وأن الإطلاع على الرسائل يخالف مبدا حرية المراسلات، وقد أيدتها في ذلك حكمة الاستئاف، اما محكمة النقض الفرنسة فقد نقضت الحكم المستأنف مؤكدة على أن هذه الرسائل الواردة والصادرة من هاتف الزوج تعتبر كالرسائل الموقعة منه، أما مسألة انتهاك حيرة المراسلات فليست دقيقة، سيما وأن الزوجة لم تطلع عليها بنفسها، وإنما الذي قام بذلك هو المحضر وهو موظف عام بما يعني أن حرية المراسلات لم تنتهك .

بالتالي إذا تم التسليم بضرورة أو بجدوى اللجوء إلى الدور الوظيفي للكتابة، فإن شوطاً كبيراً يكون قد قطع على طريق إقرار الحجية الثبوتية للكتابة أياً كان شكلها، بما فيها الكتابة الإلكترونية. وإذا تم التركيز على الدور.

ومن ناحية أخرى إذا اعتبرت الكتابة وسيلة للتعبير عن الإرادة، وتم الاعتماد على هذا المفهوم أو الدور الوظيفي لها يمكن القول بأن أي وسيلة تستخدم للتعبير عن الإرادة تعتبر كتابة أو على الأقل من قبيلها.

الخاتمـــة:

في نهاية هذا البحث اتضح لنا أنه كلما دار الحديث عن الوسائل التكنولوجية الحديثة كلما زاد الجدل القانوني التشريعي والفقهي، وهذا ناتج عن التغيرات والتطورات الرهيبة التي تحدثها هذه التكنولوجيا التي سبقت التشريعات بخطوات كبيرة جداً، فأصبحت جهات التشريع المختلفة تسابق الزمن لعلها تحكم السيطرة على هذه التغيرات والتطورات.

وبناءً على ما تقدم فقد خلص الباحث إلى الآتي:

النتائج:

1- إن الحديث عن الوسائل التكنولوجية الحديثة، وخدمة البريد الإلكتروني يتطلب توافر الأمن القانوني لهذه الوسيلة.
2- تتوقف الحجية الممنوحة للمحررات الإلكترونية، ومنها رسائل البريد الإلكتروني على مدى تمتعها بالضوابط الفنية والقانونية، ومدى تحقق عناصر الأمن القانوني فيها،
3- يفرز الواقع نوعين من رسائل البريد الإلكتروني ، البريد الإلكتروني الموثوق أي المستوفي للشروط القانونية ، والبريد الإلكتروني غير الموثوق أي غير المستوفي لتلك الشروط،
4- لا يمكن السيطرة على الوسائل التكنولوجية، وكم المحررات الصادر عنها بالتشريعات فقط، بل يتطلب الموضوع جهد أكبر، يجب تضافر الجهود التشريعية والتقنية في آن واحد

التوصيات:

1- ضرورة تكريس ثقافة التعامل مع البريد الإلكتروني للأفراد، وللقضاة أيضاً على حد السواء، لأن القاضي منوط به دور كبير لا يقل عن دور المشرع.
2- ضرورة إدراج فقرة ثانية في المادة 13 من قانون المعاملات الإلكترونية الفلسطيني التي تنص على:" إذا اشترط وجود توقيع خطي على أي مستند، فإن التوقيع الإلكتروني الذي يتم وفقاً لهذا القانون يعد مستوفياً لهذا الشرط، ويعد التوقيع الإلكتروني بمثابة التوقيع الخطي، وله الآثار القانونية نفسها "

لتصبح على النحو التالي:" **إذا اشترط وجود توقيع خطي على أي مستند، فإن التوقيع الإلكتروني الذي يتم وفقاً لهذا القانون يعد مستوفياً لهذا الشرط، ويعد التوقيع الإلكتروني بمثابة التوقيع الخطي، وله الآثار القانونية نفسها، أما إذا لم يكن المستند موقعاً وفقاً لهذا القانون فيترك تقدير حجيته لسلطة القاضي التقديرية**".

3- ضرورة إعادة النظر في صياغة نص المادة 2/19 من قانون البينات بحيث تصبح على النحو التالي:

أ. تكون للرسائل الموقع عليها قيمة السند العرفي من حيث الإثبات ما لم يثبت موقعها أنه لم يرسلها، ولم يكلف أحداً بإرسالها.

ب. تكون للبرقيات ومكاتبات التلكس والفاكس والبريد الإلكتروني هذه القوة أيضاً إذا كان أصلها المودع في مكتب التصدير موقع اً عليها من مرسلها، وتعتبر البرقيات مطابقة لأصلها حتى يقوم الدليل على عكس ذلك، مع مراعاة أحكام قانون المعاملات الإلكترونية رقم 5 لسنة (2013) فيما يخص مكاتبات التلكس والفاكس والبريد الإلكتروني".

المراجع باللغة العربية:

المؤلفات:

1- أحمد عزمي الحروب، السندات الرسمية الإلكترونية،دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن،2010

2- رضا متولي وهدان، الضرورة العملية للإثبات بصور المحررات في ظل تقنيات الاتصال الحديثة–دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1997.

3- سعيد السيد قنديل، التوقيع الإلكتروني ماهيته–صوره– حجيته في الإثبات بين التدويل والاقتباس، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004،

4- عادل حسن علي، الإثبات – أحكام الالتزام، مطابع أكاديمية الشرطة، القاهرة،1997.

5- عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني، دار الثقافة النشر والتوزيع، الأردن، 1997.

6- عبد العزيز المرسي، مبادئ الإثبات في المسائل المدنية والتجارية، مطبعة حمادة الحديثة،

7- القاهرة، مصر، الطبعة الأولى 1995.

8- عبد المنعم فرج الصدة، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابى حلبي وأولاده، القاهرة، مصر، الطبعة الثانية 1954.

9- عبد الهادي العوضي، الجوانب القانونية للبريد الإلكتروني، دار النهضة العربية، 2005،
10- محمد حسام لطفي، استخدام وسائل الاتصال الحديثة في التفاوض على العقود وإبرامها،
11- بدون ناشر، القاهرة، 1993
12- محمد فواز المطالقة ، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006، ط1،
13- محمد لبيب شنب و حسن أبو النجا، النظرية العامة للالتزام – الإثبات وأحكام الالتزام، المكتبة القانونية، القاهرة، 1994
14- لورنس محمد عبيات ، إثبات المحرر الإلكتروني دار الثقافة النشر والتوزيع، الأردن،2005

المقالات:

1- مصطفى أحمد إبراهيم، حجية إثبات البريد الإلكتروني ومدى الحاجة إليه قانونياً وتقنياً:
2- دراسة مقارنة، مجلة مصر المعاصرة، مصر، المجلد 104، العدد 508، ص ص.198-200.
3- المحامي/يونس عرب، الخصوصية وأمن المعلومات في الأعمال اللاسلكية بواسطة الهاتف
4- الخلوي، مقال منشور على الرابط التالي: http://www.abhatoo.net.ma
5- تمت زيارة الموقع بتاريخ 2016/1/15.
6- نجيب محمود نصر، البريد الإلكتروني، النشأة، المميزات، الآداب، مجلة التنمية الإدارية، نصر،
7- السنة 28، العدد 126.

المقالات باللغة الفرنسية:

1- L. VILARRUBLA, Les apports de la signature électronique, consultable en ligne sous: http://www.abhatoo.net.ma/maalama-textuelle/sciences-de-l-information/technologies-de-l-information-et-de-la-communication-tic/applications-sectorielles-des-tic/e-commerce/les-apports-de-la-signature-electronique, Visité le 15/12/2016.
2- BROWN, Nature et impact juridique de la certification dans le commerce électronique sur Internet, consultable en ligne sous: https://papyrus.bib .umontreal .ca/xmlui/handle/1866/9368, Visité le 15/12/2016.
3- BIRNBAUM-SARCY et F. DARQUES, La signature électronique - Comparaison entre les législations française et americaine, consultable en ligne sous: htpp//www.signelec.com, Visité le 15/12/2016.
4- MANARA, Les risques juridiques liès à internet, p.1,consultable en ligne sous: http://juriscom.net/2003/02/les-risques-juridiques-lies-a-internet-chantes-par-tino-rossi/ , Visité le 15/12/2016.

5- E.A. CAPRIOL, La securite technique et la cryptologie dans la commerce électronique en droitfrançais, , consultable en ligne soushttp://www.lex-electronica.org/articles /vol3/num1/securite-technique-et-cryptologie-dans-le-commerce-electronique-en-droit-francais/ Visité le 15/12/2016.
6- CAPRIOLI, Signature électronique: la loi française sur la preuve et la signature électronique dans la perspective européenne, Dir. 93/1999 CE du parlement européen et du conseil du 13 décembre1999, J.C.P. (G), 3/5/2000 , n° 18..
7- LATRIVE , Le seing électronique bientôt légal. LA REVOLUTION DE LA CYBER-SIGNATURE. Le paraphe à la main perd son monopole d'ultime preuve consultable en ligne sous: http://www.liberation.fr/ecrans/2000/02/25/ le-seing-electronique-bientot-legal-la-revolution-de-la-cyber-signature-le-paraphe-a-la-main-perd-so_317346, Visité le 15/12/2016.
8- Chamoux, La loi du 12 juillet 1980. une overtures sur de nouveaux moyens de preuve, J.C.P. 1981. I.3008. n° 29.
9- Bordinat , Introduction à la notion de signature électronique, consultable en ligne sous: htpp//www.signelec.com, Visité le 15/12/2016.
10- H.CROZE, Informatique, preuve et sécurité, D.S.I.1987, chron.24
11- J. LARRIEU, identification et authentification, une société sans papiers ? Nouvelles technologies de l'information et droit de la preuve, , Paris, , La Documentation Française, 1990.
12- J-M. OUDOT, La signature numérique ,Les petites affiches, 6 mai 1998, n° 54
13- M.Jaccard, Problèmes juridiques liés à la sécurité des transactions sur le réseau,p.2, consultable en ligne sous: : htpp// http://dit-archives.epfl.ch/FI00/fi-sp-00/sp-00-page13.html, Visité le 15/12/2016.
14- P.LECLERCQ, «Réflexions sur le droit de la preuve »Une société sans papier? Nouvelles technologies de l'information et droit de la preuve, , Paris, , La Documentation Française, 1990.
15- Valerine SEDALLIAN,preuve et signature electronique, revue du droit des technologies de l information, mai 2002,No 3.

القوانين :

1- قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية 16كانون اول / ديسمبر 1996
2- التوجيهة الأوروبية المتعلقة بالتوقيع الإلكتروني1996
3- القانون المدني الفرنسي المعدل بالمرسوم رقم 2000- 230 المؤرخ في 2000/3/13
4- القانون الخاص بإمارة دبي والمتعلق بالمعاملات والتجارة الإلكترونية قانون رقم (2)لسنة 2002
5- القانون الأردني المتعلق بالمعاملات الإلكترونية رقم 85لسنة 2001
6- القانون التونسي الخاص بالمبادلات والتجارة الإلكترونية قانون عدد 83 لسنة 2000 مؤرخ في 9 اوت 2000 يتعلق بالمبادلات والتجارة الالكترونية (1)-قانون المعاملات الإلكترونية الفلسطيني رقم 5 لسنة 2013
7- -القانون البحريني للتجارة الإلكترونية الصادر بتاريخ 14سبتمبر 2002م
8- -قانون البينات في المواد المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 4 لسنة 2001
9- -المرسوم التنفيذي الجزائري رقم98-257، الذي يضبط شروط وكيفيات إقامة خدمات "انترنتت" واستغلالها، المؤرخ في 1998/8/25 ، الجريدة الرسمية العدد 63 لسنة1998، ص.5.
10--اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني المصري الصادرة بالقرار رقم 109 لسنة 2005 بتاريخ 2005/5/15
11--المرسوم رقم 2001-272 المؤرخ في 2001/3/30 المتعلق بتطبيق المادة 1316-4 من القانون المدني المتعلقة بالتوقيع الإلكتروني المعدل بالمرسوم رقم 2000- 230 المؤرخ في 2000/3/13

الأحكام والقرارات القضائية:

1- Conciel Constitutional, disission n° 2004, 496, consultable en ligne sous: consultable en ligne sous :www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/depuis-1958/decisions-par-date/2004/2004-496-dc/decision-n-2004-496-dc-du-10-juin2004.901.html, Visité le 15/12/2016.
2- TGI Paris , 3e ch, 1ere sec,29/1/2008. consultable en ligne sous : http://www .foruminternet .org /specialistes/veille-juridique/jurisprudence/tribunal-de-grande-instance-de-paris-3e-chambre-1re-section-29-janvier-2008-2557.html, , Visité le 15/12/2016.

3- TGI de Lyon , ch. des urgences, 28 mai 2002, consultable en ligne sous:http://www.foruminternet.org/specialistes/veille-juridique/jurisprudence /tribunal-de-grande-instance-de-lyon-chambre-des-urgences-28-mai-2002.html, Visité le 15/12/2016.
4- Cass. Soc. 2/6/2004, consultable en ligne sous: http://www.foruminternet.org/ specialistes/ veille-juridique/jurisprudence/cour-de-cassation-chambre-sociale-2-juin-2004.html, Visité le 15/12/2016.
5- Cass. Civ.,1ère ch. , 19/6/2009, consultable en ligne sous: http://www .courdecassation.fr/ jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/692_17_ 13037.html, Visité le 15/12/2016.
6- C.A Paris, 13e ch, sec B,27/4/ 2007. consultable en ligne sous: http: www.foruminternet.org/ specialistes/veille-juridique/jurisprudence/cour-d-appel-de-paris-13e-chambre-section-b-27-avril-2007.html, , Visité le 15/12/2016.