المملكة المغربية

المعهد العالي للقضاء
مديرية تكوين الملحقين القضائيين
والقضاة

بحث نهاية التدريب بالمعهد العالي للقضاء بعنوان:

الإثبات بالوسائل الالكترونية

إعداد الملحقة القضائية:

اسية الحراق

الفوج: 41

الأستاذ المشرف:

د. يونس الزهري

مدير التكوين بالمعهد العالي

للقضاء

فترة التدريب

2017-2015

كلمة شكر وتقدير

تتسابق الكلمات وتتزاحم العبارات لتنظيم عقد الشكر الذي لا يستحقه إلا أنتم.

إن قلت شكرا فشكري لن يوفيكم حقكم

شكري وإمتناني للأستاذ الفاضل الدكتور يونس الزهري

الذي أشرف على إنجاز هذا البحث وتتبع مراحله ولم يبخل علي بملاحظاته وتوجيهاته القيمة.

إلى السيد المدير العام للمعهد العالي للقضاء عبد المجيد غميجة فلك مني كل الثناء والتقدير على جهودكم الثمينة واخلاقكم الرفيعة و أسأل الله تعالى أن يديم عليكم الصحة والعافية فأنتم من الأساتذة الذين يصعب أن نقول في حقهم كلمة شكر وعرفان.

شكري موصول كذلك لكل أطر المعهد العالي للقضاء كل باسمه وصفته على ما بدلوه من جهد في سبيل ضمان حسن سير التدريب سواء بالمعهد أو في المحاكم.

كما أتوجه بالشكر الجزيل لكافة الأساتذة الأجلاء وجميع القضاة بمحاكم التدريب بكل من وزان وطنجة الذين سهروا على تكويننا وتأطيرنا.

جزاهم الله الف خير.

إهـــــــــداء

أهدي ثمرة هذا البحث:

إلى ملاكي في الحياة.. إلى معنى الحب والحنان

إلى بسمة الحياة وسر الوجود.. إلى من كان دعائها سر نجاحي وحنانها

بلسم جراحي... إلى أغلى الحبايب أمي الحبيبة

إلى من كلله الله بالهيبة والوقار... إلى من علمني العطاء بدون انتظار...

إلى من أحمل اسمه بكل افتخار والدي العزيز

إلى القلوب الطاهرة الرقيقة والنفوس البريئة إخوتي حفظهم الله ورعاهم

فاطمة وهشام ومحمد وعائلتي الغالية

إلى من عرفت كيف أجدهم وعلموني أن لا اضيعهم

إلى من تذوقت معهم أجمل اللحظات أصدقائي كل باسمه وصفته وزملائي في

الفوج 41

إلى كل محب للحق والعدالة.

مقدمة:

يعيش عالمنا اليوم ما بات يعرف بثورة المعلومات التي نشأت نتيجة اجتماع تقنيتين هامتين وهما: تقنية الاتصالات وتقنية المعلومات، فتقنية الاتصالات أزالت الحدود الجغرافية بين الدول وساعدت في تحويل العالم إلى قرية وربطت بين الشعوب المختلفة، فبات التواصل بين تلك الشعوب سهلا ومتيسرا رغم بعد المسافات الجغرافية، أما تقنية المعلومات فبرزت أساسا بعد اختراع وتطوير الحاسب الآلي الذي خول للإنسان قدرات هائلة على الاحتفاظ بالمعلومات ومعالجتها بسرعة خيالية.[1]

وقد أدت هذه الثورة إلى إنشاء بيئة افتراضية تضاهي الواقع الملموس في عدة مجالات، حيث أصبحت قادرة على استيعاب جل الأنشطة الاقتصادية والاجتماعية وممارستها عن بعد، خاصة أمام رغبة الجميع أشخاصا وإدارات وشركات في الاستفادة من خدمات التكنولوجيا الحديثة واستثمار ما توفره من إمكانيات هائلة، فالأفراد وجدوا أن بإمكانهم إبرام مختلف العقود التي يحتاجونها في حياتهم اليومية بشكل الكتروني، أما الإدارة فقد وجدت في الوسائل الحديثة فرصة سانحة لتطبيق الإدارة الالكترونية التي تتيح للإدارة تقديم خدماتها للمواطنين بشكل سريع وتكلفة اقل، ومن دون أن يضطروا للحضور بشكل شخصي للإدارة، في حين أن الشركات وجدت في الوسائل التكنولوجية آليات فعالة لترويج سلعها وخدماتها على الصعيد العالمي، والوصول إلى أسواق جديدة بعيدا عن العراقيل الجمركية وبأقل التكاليف.

وهو ما كان له عدة أثار إيجابية تمثلت أساسا في إمكانية إبرام عقود الكترونية بين الفاعلين الاقتصاديين المختلفين، ناهيك عن المساهمة في ازدهار التجارة الالكترونية وتعدد مجالاتها وميادينها، وكسر الارتباط الوقتي بالعمل الرسمي حيث بات بالإمكان الحصول على الخدمات في كل وقت وحين، كما لم يعد لعنصر المكان نفس ذلك الاعتبار

1 - عبد الله أدعول، الدليل الإلكتروني في الإثبات الجنائي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مراكش، السنة الجامعية:2012/2011، ص1.

الهام الذي كان يتمتع به سابقا، بفضل ما وفرته الوسائل التكنولوجية الحديثة من مزايا تمثلت أساسا في تقليص حجم النفقات وتحقيق أرباح اكبر واستثمار الوقت عن طريق استغلال ما توصل إليه العلم من وسائل الحفظ والاسترجاع. [2]

لكن إلى جانب تلك المزايا فقد طرح إشكال يتعلق بمدى حجية تلك الوسائل الالكترونية عندما يرغب الأطراف في التمسك بها، ذلك أن عدم الأخذ بالوسائل الالكترونية في الإثبات من شأنه أن يحرم الأطراف المتعاقدة من امتلاك الأدلة التي تثبت تصرفاتهم التعاقدية، كما ستدخلهم في متاهات البحث عن أدلة تقليدية يقبلها المشرع مما يضيع عليهم الوقت والمال، فكيف نتصور سندا افتراضيا لا يتوفر على أي كيان مادي، ليكون حجة على قيام معاملة مادية ملموسة على ارض الواقع، بل قد تكون هذه المعاملة بدورها افتراضية تبرم وتنفذ وينتهي أمرها على شبكة الانترنيت دون أن تترك أي أثر مادي، وهو ما أثار العديد من الإشكاليات التي لم تكن موجودة بظل القواعد التقليدية للإثبات التي تتجسد أساسا بالمستند الورقي الحامل للتوقيع اليدوي.[3]

فمن الصعب التسليم بالمستندات الالكترونية كأدلة مساوية للمحررات الورقية التقليدية في قوتها الثبوتية على النحو الذي قرره المشرع، حيث أن الميزة التي يتمتع بها تدوين مستندات على الوسيط الالكتروني وسهولة تعديلها دون أن تترك أي أثر عليها تنقلب إلى عقبة حينما يرغب أطراف التصرف القانوني في الاستعانة بالوسائل الالكترونية في إثبات واقعة قانونية معينة، قد تتعلق بنصوص العقد وبنوده، وقد تهم تحديد تاريخ إبرام العقد.[4]

بالإضافة إلى ذلك طرح إشكال أخر يتعلق بحصر وسائل الإثبات فالفصل 401 من ق.ل.ع ينص على أنه: "لا يلزم لإثبات الالتزامات أي شكل خاص إلا في الأحوال التي

2- مصطفى ابيت الحاج، الحماية القانونية و التقنية للعقد الالكتروني، م س، ص:2.

3 - العربي جنان، الأنظمة المعلوماتية و الانترنيت بين التنظيم القانوني وأحكام المسؤولية –النظرية والتأصيل- أطروحة ليل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مراكش، السنة الجامعية: 2010/2009، ص: 271.

4 - سمير دنجن، العقود الالكترونية في إطار تنظيم التجارة الالكترونية، مطبعة المؤسسة الحديثة، لبنان، الطبعة الأولى، 2012، ص: 75.

يقرر القانون فيها شكلا معينا"، والإشكال الذي طرحته هذه المادة هو هل المشرع فتح المجال أمام جميع وسائل الإثبات في إطار إعمال مبدآ حرية الإثبات أم أن المقصود بهذا الفصل هو إثبات الالتزام بجميع الوسائل التي حددها المشرع في المادة 404 من ق ل ع.

لذلك فقد بات من الواضح أن المصلحة العامة تقتضي ضرورة انسجام النصوص القانونية مع الوسائل التكنولوجية بدلا من التمسك بالمفاهيم التقليدية للإثبات التي صيغت أساسا في ظل بيئة لم تكن تعرف هاته التقنيات الحديثة، وكان من الطبيعي أن تطرح مجموعة من المشكلات التقنية والقانونية التي تتعلق بعدم ملائمة العناصر التقليدية للدليل الكتابي مع طبيعة التصرفات التي تتم عبر الوسائط الالكترونية.

ومن الأسباب التي حثت على هذا التعديل أيضا نجد درجة الوثوق التقني والاجتماعي في وسائل الاتصال الحديثة، التي وصلت إلى حد كاف يجعل بإمكان الإرادات المعبر عنها عن طريق الوسائل الالكترونية، ترتب التزامات وحقوق لا ينقصها إلا الاعتراف القانوني، وبالتالي لم يعد بإمكان القانون أن يسقط "الشرعية الاجتماعية" عن الوسائل التكنولوجية الحديثة، وبات من الضروري أن يعطي ثقته للمعاملات الرقمية بسن وإدماج مقتضيات قانونية جديدة تعترف بالقيمة القانونية للوسائل الالكترونية وتضفي عليها حجية في إثبات التصرفات والوقائع القانونية،[5] خاصة بعد أن أصبحت غالبية الالتزامات و المعاملات والعقود تتم بالوسائل الالكترونية، تبعا لما توفره الانترنيت كوسيلة سهلة وفعالة ومتوافرة للعموم، تتيح الحصول على المعلومات وحفظها وتبادلها، من دون أن تعترضها الحدود الجغرافية، كما تستخدم في ترويج السلع والخدمات وتبادل العروض وإبرام الاتفاقات والعقود.

5 - عبد الحميد أخريف، عقود الاستهلاك: البيع في الموطن - التعاقد عن بعد - العقد الالكتروني، الطبعة الأولى: 2006، ص:53.

تعريف الإثبات:

• الإثبات لغة : تأكيد أمر/ حق معين بالدليل والحجة، أو إقامة الدليل على حقيقة أمر مشكوك فيه، يقال ثبّت الشّيء أي جعله راسخًا مستقرًّا، وعرفه حق المعرفة وأكده بالبنيات.[6]

وفي القانون نجد الفقيه السنهوري قد عرف الإثبات بكونه: " إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية ترتبت عليها أثارها"،[7] كما عرفه ذ/مرقس بقوله : " الإثبات هو إقامة الدليل على حقيقة أمر مدعى به نظرا لما يترتب عليه من أثار قانونية".[8]

هكذا نرى بان التعريف القانوني للإثبات واضح حيث يقصد به إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي يجيزها القانون لتأكيد حق متنازع فيه، تترتب عنه أثار معينة، فالإثبات في جوهره هو إقناع المحكمة بادعاء أو أخر من جانب هذا الخصم أو ذاك.

تعريف وسائل الإثبات الإلكترونية:

لم يعط المشرع المغربي تعريفا محددا للوسائل الالكترونية المعتد بها في الإثبات بشكل نستطيع من خلاله فهمها بشكل واضح ودقيق، أما بالنسبة للفقه فالملاحظ أنه لم يستقر على تعريف محدد لها، فقد عرفها البعض بأنها "الدليل المأخوذ من أجهزة الكمبيوتر ويكون في شكل مجالات أو نبضات مغناطيسية أو كهربائية يمكن تجميعها وتحليلها باستخدام برامج وتطبيقات وتكنولوجيا خاصة، وهو مكون رقمي لتقديم معلومات في أشكال متنوعة كالنصوص المكتوبة أو الصور أو الأصوات أو الأشكال".[9]

6 - محمد بن يعقوب الفيروز آبادي مجد الدين، القاموس المحيط، المحقق: محمد نعيم العرقسوسي، طبعة 1426 – 2005، مطبعة مؤسسة الرسالة، ص 144.

7- عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام – الإثبات، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، طبعة 1987، ص 14.

8 - سليمان مرقس، موجز أصول الإثبات في المواد المدنية، مطبعة دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، طبعة سنة: 1957م، ص 5.

9- محمود عبد الحميد عبد المطلب، البحث و التحقيق الجنائي الرقمي في جرائم الكمبيوتر و الانترنيت، مطبعة دار الكتب القانونية، الطبعة الأولى، 2006، ص: 88.

وعرفها آخرون بكونها: "أي معلومات سواء كانت من صنع الإنسان أو تم استخلاصها من الحاسوب بشكل يمكن قراءته أو تفسيره من أشخاص لديهم مهارات في إعادة تشكيل المعلومات بمساعدة من برامج الكمبيوتر"،[10] كما عرفته المنظمة العالمية لدليل الكمبيوتر بأنه: " المعلومات ذات القيمة المحتملة والمخزنة أو المنقولة في صورة رقمية، والتي يمكن الاعتماد عليها أمام المحكمة".

وتبعا لكل تلك التعريفات يمكننا القول بأن الوسائل الالكترونية هي أدلة ذات طبيعة تقنية خاصة لأنها تعيش وتتكون في بيئة رقمية مرتبطة بالحاسوب وشبكات الانترنيت المتصلة به، وهي أدلة متنوعة تشمل كافة أشكال وأنواع البيانات الإلكترونية الممكن تداولها الكترونيا من نصوص أو صور أو سمعيات أو بصريات أو مرئيات، كما أنها أدلة متطورة يصعب إن لم نقل يستحيل حصرها لأن العالم الإلكتروني في تطور مستمر وبالتالي نشهد بين كل فترة وأخرى ظهور أشكال جديدة من الوسائل الإلكترونية التي يمكن الاعتداد بها كأدلة للإثبات.

وعلى العموم فان الوسائل الالكترونية المعتمد عليها في مجال الإثبات يمكن تقسيمها إلى ثلاثة أنواع هي المخرجات الورقية: وهي المقروءة على الورق وتستخرج عن طريق آلة الطابعة، أو عبر الراسم، والمخرجات الإلكترونية: وهي عبارة عن أشرطة أو أقراص مغناطيسية أو ضوئية أو ليزرية، ومخرجات معالجة البيانات المعروضة على شاشة الحاسب الآلي: وهي المقروءة مباشرة من على شاشة الحاسب الآلي.[11]

10 - خالد ممدوح إبراهيم، البرائم المعلوماتية، مطبعة دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2009، ص:178.

11- عبد الله أوهايبية، الدليل الإلكتروني في الإثبات الجنائي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مراكش، السنة الجامعية:2012/2011، ص:6.

التطور التاريخي للموضوع

ظلت وسائل الإثبات التقليدية مسيطرة على قناعات القاضي لمدة طويلة، ومعلوم أن الإثبات هو نظام قانوني لا يقبل من طرقه ووسائله إلا تلك التي حددها المشرع، وقد اعتبر القانون بأن بعض هذه الوسائل يتمتع بقوة ثبوتية كاملة لإثبات جميع التصرفات القانونية والوقائع المادية، مثل الكتابة التي احتلت من بين الأدلة القانونية منزلة متقدمة وتحديدا في المسائل المدنية والتصرفات العقدية، ففي النظام اللاتيني تمثل الكتابة أقوى الأدلة، في حين بقي للشهادة منزلة متقدمة في النظام الانجلو أمريكي مع اتجاه إلى إعلاء شأن الكتابة والتضييق من شأن الشهادة، وبالنسبة للنظام القانوني المغربي فإن وسائل الإثبات التي يقررها القانون هي إقرار الخصم والحجة الكتابية وشهادة الشهود والقرينة إضافة إلى اليمين والنكول عنها "الفصل 404 من ق ل".

لكن بدخول العالم في مجال تكنولوجيا المعلومات، وفي خضم الثورة الرقمية والصحوة المعلوماتية التي يعرفها العالم اليوم، حيث تكنولوجيا المعلومات أصبحت تشكل الجهاز العصبي للمجتمعات الحديثة بفعل قيام ثورة علمية عالمية في مجال نقل المعلومات وتبادلها عبر الأنظمة الالكترونية وأهمها الانترنيت، تغير مفهوم الإثبات تبعا لإمكانية إنشاء الحقوق والالتزامات بطرق إلكترونية، والاستغناء في غالبية الأحيان عن الكتابة الورقية، وسارعت العديد من التشريعات المقارنة إلى ملائمة قوانينها مع التطورات التكنولوجية الحديثة، والاستفادة منها في ميدان الإثبات لضمان حماية اكبر لحقوق الأفراد.

جدير بالذكر أن رجال القانون لم يعترفوا في البداية بهاته الوسائل الحديثة في المعاملات كوسائل للإثبات، وكان الاعتقاد السائد هو أن تكون الوثيقة في شكل ورق ملموس لا غير، لذلك تمسكت مختلف التشريعات بتفوق الوثيقة الورقية وتأسست الأنظمة القانونية في مادة الإثبات على هذا المبدأ الذي ظل يحكم المعاملات على امتداد فترات تاريخية معينة، لكن هذا الاعتقاد لم يصمد طويلا أمام التقدم العلمي الذي

أظهر أن الوثائق الالكترونية تضمن درجة عالية من الدقة والوضوح، تفوق الكتابة الورقية التي تكون عادة عرضة للتدليس بأيسر الطرق، وبالتالي دفع هذا التقدم العلمي التشريعات الدولية وكذا الوطنية إلى خلق بيئة قانونية مناسبة، خاصة بعد أن أصبحت القوانين المنظمة للإثبات قاصرة على تنظيم مسائل الإثبات في المعاملات الإلكترونية أمام تنامي الدور الذي بدأت تلعبه الوسائل الحديثة للاتصال في مجال المعاملات المدنية والتجارية وظهور وسائل إثبات جديدة افرزها التطور التكنولوجي الحالي.

وقد كانت المبادرة من طرف لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي سنة 1985 عندما طلبت من الدول الأعضاء والمنظمات الدولية إعادة صياغة الجوانب القانونية الخاصة بالتسجيلات الالكترونية والمعلوماتية لغاية استعمال الوسائل الالكترونية في الإثبات، ثم أصدرت لجنة القانون التجاري الدولي التابعة لمنظمة الأمم المتحدة قانون الأنسترال النموذجي للتجارة الالكترونية، تلاه القانون النموذجي للتوقيع الالكتروني، وضمن هذا التوجه سارت العديد من التشريعات في أوربا وأمريكا وشرق أسيا.

أما بالنسبة للمغرب فقد تم وضع خطة عمل أطلق عليها إستراتيجية المغرب الالكتروني، والتي من ضمن عناصرها إصدار قانون رقم 53-05 المتعلق بالتبادل الالكتروني للمعطيات القانونية، حيث اقتضت صياغته اعتماد مقاربة قانونية تقوم على تعديل وتتميم بعض النصوص المتعلقة بق ل ع، وكانت أهم المقتضيات التي نص عليها تضمنه القاعدة العامة التي تكون بموجبها الوثيقة المكتوبة والوثيقة الالكترونية على قدم المساواة من حيث قوة الإثبات ما لم يتعلق الأمر بمنع استخدام هذه الأخيرة في انجاز التصرفات التي يحددها القانون على سبيل الحصر، فطبقا لمقتضيات الفصل 417-1 من ق.ل.ع: "تتمتع الوثيقة المحررة على دعامة إلكترونية بنفس قوة الإثبات التي تتمتع بها الوثيقة المحررة على الورق"، كما تم اقتراح إضافة مجموعة من المواد الجديدة لق ل ع مع إدخال تعديلات على فصول أخرى تتعلق بالحجة الكتابية، إضافة إلى سن قواعد جديدة تتعلق بالتوقيع الالكتروني والتشفير ومقدمي خدمات المصادقة الالكترونية.

هكذا يمكن أن نقول بأنه بصدور قانون 05-53 تحقق التطابق بين الأمان التقني والأمان القانوني، إذ بات هناك إطار تشريعي يوفر الأمن ويعطي الثقة للمعاملات التي تتم بطريقة الكترونية، إذ تمت إعادة تحديد مفهوم الدليل الكتابي، ولم يعد للدعامة الورقية دور مؤثر، حيث أصبح بالإمكان أن تكون الدعامة لامادية أي دعامة إلكترونية،[12] وبات الدليل المكتوب ينتج أيضا حسب الفصل 417 من ق ل ع عن أي إشارات أو رموز أخرى ذات دلالة واضحة كيفما كانت دعامتها وطريقة إرسالها، مما يعني أن الكتابة الالكترونية تقبل في الإثبات بنفس قيمة الكتابة على الورق، شريطة أن تبرز بوضوح الشخص الصادرة عنه وأن يكون إعدادها وحفظها قد تم بشروط تضمن تمامها وكليتها.[13]

أهمية الموضوع:

تتحدد أهمية هذه الدراسة من خلال عدة جوانب يمكن إجمالها فيما يلي:

أهمية نظرية: باعتبار المكانة المرموقة التي يحتلها عنصر الإثبات في كافة العلاقات والمعاملات الشخصية والمدنية والتجارية فهو الوسيلة الأساسية للحصول على الحقوق وإلزام الآخرين بالواجبات، فمن الناحية العملية ليس للحق أية قيمة عندما يعجز صاحبه عن إثباته، إذ أن إثبات الفعل المولد للحق هو الذي يعطي هذا الحق فعاليته كاملة، ويتجرد الحق من قيمته إذا لم يقم الدليل على وجوده أو على الحادث أو الفعل المولد له، سواء كان هذا الحادث أو الفعل قانونيا أو ماديا.

فالإثبات يلعب دورا حاسما في تكوين قناعة القاضي، و في تحقيق العدالة حيث انه يرتبط بشكل وثيق بالقاعدة التي بمقتضاها انه لا يجوز للإفراد اقتضاء حقوقهم بأنفسهم كما كان عليه الوضع بالمجتمعات البدائية، فمادام أن هناك قوانين قد وضعت أساسا

12 - غزلان البركي، عقد البيع المبرم عبر شبكة الانترنيت، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مراكش، السنة الجامعية:2013/2012، ص: 124.

13 - عبد الحميد أخريف، عقود الاستهلاك: البيع في الموطن - التعاقد عن بعد - العقد الالكتروني، الطبعة الأولى: 2006، ص: 60 وما بعدها.

لضمان حقوق الأفراد فعليهم بالضرورة إتباع تلك القوانين لاقتضاء حقوقهم أمام القضاء، وبالتالي يتعين عليهم توفير الحجج والأدلة الكافية لإقامة الدليل على الحق المتنازع حوله.[14] مادام أن الحق المجرد من أدلة إثباته هو والعدم سواء، فالقاضي لا يمكن له الوصول إلى الحقيقة من بين ما يقدم له من ادعاءات متعارضة، إلا بواسطة الأدلة والحجج التي يدعم بها كل طرف موقفه، فبواسطة هذه الحجج ومن خلال المقارنة فيها بينها يتم التمييز بين الصحيح والمزيف، ويصدر تبعا لذلك حكما عادلا.[15]

أهمية اقتصادية: تبرز في كون التكنولوجيا الحديثة هي أداة ضرورية لتحقيق التنمية الاجتماعية والاقتصادية المنشودة، فتقدم أي مجتمع يقاس اليوم بما وصل إليه أفراده من كفاءة في المجال المعلوماتي، كما أن نجاح الأوراش الاقتصادية الكبرى التي قرر المغرب فتحها رهين بمدى توفق المشرع في وضع ترسانة تشريعية مواكبة وحاضنة للتطورات التكنولوجية، ذلك أن وجود قصور تشريعي عاجز عن استيعاب التطورات الحديثة يؤثر بشكل سلبي على جلب رؤوس الأموال الداخلية والأجنبية التي ترغب في الاستثمار في بيئة قانونية ملائمة ومتقدمة، ويؤدي إلى إحجام الشركات الأجنبية عن الاستثمار بالمغرب لعدم وضوح المعالجة القانونية للضمانات التي يوفرها المشرع للمتعاقد الالكتروني والحلول التي يقترحها بخصوص مشاكل التعاقد الالكتروني، والتي باتت مختلف تلك الشركات تعتمد عليه، في حين أن الإثبات الالكتروني من شأنه أن يساهم في ازدياد الثقة في المعاملات الإلكترونية، مما سيشجع المستثمرين الراغبين في الاستثمار في عالم التجارة الالكترونية على إنشاء مقاولاتهم و شركاتهم، كما سيشجع المواطنين على التعامل مع تلك الشركات بفضل الأمان القانوني الذي يوفره لهم القانون.

14 - إدريس الفاخوري، المدخل لدراسة القانون –نظرية القانون والحق-، مطبعة دار النشر المسور، وجدة، طبعة 2000، ص: 10 وما بعدها.

15 - سعيد كوكبي، الإثبات و سلطة القاضي في الميدان المدني، دراسة بين الفقه الإسلامي والقانون المغربي، مطبعة دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 2006، ص5.

الأهمية العملية: تتجلى في أن هذا البحث سيوضح كيف أن الإثبات بالوسائل الإلكترونية سوف يعمل على تعزيز أمال القضاء والعدالة، في الوصول إلى درجة عليا من الدقة و السرعة، وذلك بفضل التطور التقني وما يمنحه من إمكانية الكشف عن حقائق عدة، بفضل دقة الأجهزة الحديثة والوسائل العلمية المختلفة، كما سيحاول الوقوف على أهم الصعوبات التي تحول دون الأخذ بالوسائل الإلكترونية حجية للإثبات عبر إبراز مكامن الخلل الموجودة في التشريع المغربي، ومحاولة إعطاء حلول لها عن طرق الاستعانة بالتجارب المقارنة الناجحة.

دوافع اختيار الموضوع:

إن اختياري لموضوع الإثبات بالوسائل الالكترونية يعود لمجموعة من الدوافع التي تتراوح بين ما هو ذاتي وما هو موضوعي، و يمكن إيجازها فيما يلي:

دوافع ذاتية: تكمن في رغبتي في البحث في هذا الموضوع لكوني مؤمنة بأن الوسائل الالكترونية في الإثبات أصبحت تفرض نفسها بقوة خاصة في ظل التطورات التكنولوجية و الاجتماعية المتسارعة، إضافة إلى رغبتي في وضع بصمة شخصية على هذا الموضوع، فوجود بحوث سابقة تتناول موضوع الحجية القانونية للمحررات الالكترونية وكذا التوقيع الالكتروني طرح أمامي تحدي هام يتمثل في البحث عن إطار متميز يتم فيه تناول الموضوع بشكل يختلف عن باقي الأبحاث التي تناولته، حيث سأحاول أن ابتعد عن الدراسة النظرية المحضة واعزز البحث بالاجتهادات القضائية المختلفة، التي تبرز بشكل أوضح مدى تقبل المجتمع للوسائل الالكترونية.

صعوبات البحث:

من المعلوم أن أي بحث علمي تواجهه صعوبات ويمكن إجمال الصعوبات التي تعترض هذا البحث فيما يلي:

الصعوبات المرتبطة بطبيعة للموضوع: والتي تفرض على الباحث أن يكون متوفرا على إلمام كاف بالجوانب التقنية للحاسوب والشبكة العنكبوتية، حتى تكون هناك إحاطة قانونية شاملة بالموضوع .

حداثة قانون 53.05: إذ أنه من القوانين التي لم تجد لحد الآن –رغم مرور قرابة 10سنوات على صدوره- الأرضية التي يطبق عليها، ويرجع ذلك لأسباب متعددة منها انتشار الجهل، وتخوف المجتمع من الوسائل الالكترونية، وأسباب أخرى سنحاول إبرازها أثناء البحث.

ندرة العمل القضائي: فمازالت المحاكم المغربية تعتمد الوسائل التقليدية في الإثبات بشكل رئيسي، وقلما نجد قرارا يتم من خلاله الأخذ بوسيلة الكترونية في الإثبات.

إشكالية البحث:

تتحدد الإشكالية الرئيسة لموضوع البحث فيما يلي:

إلى أي حد استطاع المشرع المغربي عن طريق مختلف النصوص القانونية التي تناولت موضوع المعاملات الالكترونية أن يضع مقاربة قانونية لتفعيل وسائل الإثبات الالكترونية في الواقع العملي والقضائي؟

وهذه الإشكالية المحورية تتفرع عنها إشكاليات ثانوية تتمثل في ما يلي:

كيف هيأ المشرع المحرر الالكتروني؟ وما هي ضمانات اعتماده في ظل البنى التحتية التقنية للمغرب ؟ وما هي الشروط التي يتعين توفرها في الوسائل الالكترونية حتى يتم الاعتماد عليها كدليل وحجة أمام القضاء؟

وما مدى صحة القول بتكافئ وتساوي المستندات الورقية والالكترونية خاصة أمام اختلاف طابعهما، إذ انه لا يمكن قراءة المستند الالكتروني إلا إذا طبع على الورق أو عرض على الشاشة؟

وإذا كان المشرع المغربي قد سوى بين المحررات الورقية والالكترونية في خطوة جريئة تحسب له، فما هو العمل في حال تضارب وتنازع المحرر الورقي والالكتروني؟ وكيف سيتم التعامل في حالة تضارب محررين الكترونيين؟

ما هي الصعوبات التي تحول دون الأخذ بالوسائل الالكترونية في الإثبات؟ وكيف يمكن تجاوزها؟

منهجية البحث:

سوف أعتمد في معالجة ودراسة الموضوع على منهجين أساسيين هما:

المنهج التحليلي والمنهج المقارن، حيث سأعتمد على المنهج الأول في تحليل موقف المشرع المغربي من الإثبات القانوني، ودراسة مختلف المقتضيات التشريعية المتعلقة بالإثبات الإلكتروني.

أما المنهج المقارن فسوف اعتمد عليه في دراسة أراء الفقهاء القانونيين حول الإشكاليات التي يثيرها الموضوع، وكذا تبيان التوجهات التي تبنتها التشريعات المقارنة كالتشريع الفرنسي والمصري لبيان أوجه الاختلاف والتوافق بين مختلف هذه التشريعات وبين التشريع المغربي وبحث أسباب تبنيهم لموقف معين على حساب أخر.

خطة البحث:

من أجل الإجابة على الإشكاليات المختلفة التي يطرحها الموضوع سأعتمد على التقسيم التالي:

الفصل الأول: موقع الوسائل الإلكترونية ضمن منظومة الإثبات

الفصل الثاني: الإثبات الالكتروني على ضوء العمل القضائي

الفصل الأول: موقع الوسائل الإلكترونية ضمن منظومة الإثبات

تأثرت المبادئ الأساسية المنظمة للإثبات بالتطور التكنولوجي الذي شهده العالم في مختلف المجالات، حيث أدى الانتشار المتنامي لوسائل الاتصال الحديثة إلى شيوع ما يسمى بالعقود والمعاملات الالكترونية، مما ساهم في الكشف عن أدلة جديدة تصلح لإثبات مختلف التصرفات القانونية نظرا لقابليتها الاحتفاظ بالمعلومات الواردة بها، وإمكانية تخزينها بحيث يمكن الرجوع إليها في أي وقت،[16] ومن أبرز هذه الأدلة نجد الكتابة والتوقيع الالكترونيين.

وقد طرحت هذه الأدلة الالكترونية جملة من الإشكاليات القانونية وذلك بالنظر لتعقد العلاقات الناجمة عن مثل هذا النوع من العقود والمعاملات الالكترونية، واختلاف الوسيط المادي الذي يتم من خلاله تحرير العقد وتدوين بنوده، فبما أن المعاملات الحديثة تتم خارج الأوعية الورقية وتقوم بطريقة آلية يصعب حصرها فكيف يمكن الربط بين التصرف أو الواقعة القانونية وبين الحق المتنازع عليه، وكيف لهذه الوسائل أن تساهم في إثبات وقائع غير واضحة أمام القاضي وهي نفسها يكتنفها الغموض، وكيف يمكن مناقشة الأدلة الالكترونية وهي تصب في أوعية الكترونية كالأقراص والأشرطة المغنطيسية التي يصعب الإحاطة بها من طرف الفاعلين في قطاع العدل.[17]

كل هذه الإشكاليات كان من الصعب الإجابة عنها في ظل المقتضيات القانونية التقليدية لذلك كان من الضروري خضوع القواعد القانونية المنظمة للإثبات إلى عملية تقييم في ضوء ما أفرزته وسائل الاتصال الحديثة وذلك من أجل ملائمة النصوص القانونية مع هذه الوسائل المستجدة، وهذا ما تحقق بصدور قانون 53.05 المتعلق بالتبادل الالكتروني للمعطيات القانونية، الذي وسع مفهوم الكتابة ليشمل الكتابة الالكترونية، ونفس الشيء بالنسبة لمفهوم التوقيع الذي اتسع كذلك ليستوعب التوقيع

---

[16] - حسين بن محمد المهدي، القوة الثبوتية للمعاملات الإلكترونية، م س،ص:56.

[17] - محمد بن سليمان، وسائل الإثبات الحديثة في المعاملات المدنية و التجارية، م س، ص: 83.

الالكتروني، كما اعترف بحجية الوثيقة الالكترونية وساواها بالوثائق العادية وحدد الشروط اللازمة للاعتداد بالدليل الالكتروني في الإثبات،[18] وما شجع المشرع المغربي على مواكبة مستجدات العصر هو قانون التجارة الدولية –الأونسترال- الذي دعى الحكومات والمنظمات الدولية للتحرك السريع لضمان الأمن القانوني فيما يتعلق بمنح العقود المبرمة بوسائل الاتصال الالكترونية حجية في الإثبات، وقبول القضاء لوسائل الإثبات الرقمية مع اعتبار كل إخبار أنشئ أو أستقبل أو سجل أو أرسل بجميع الوسائل الإلكترونية والبصرية، وكافة الوسائل الأخرى له حجية الكتابة على سند ورقي.[19]

ومن اجل فهم أفضل لموقع وسائل الإثبات الالكترونية ضمن منظومة الإثبات في التشريع المغربي يتعين علينا البحث عن مدى حجية الكتابة الالكترونية من جهة "المبحث الأول"، ومعرفة مدى حجية التوقيع الالكتروني من جهة أخرى "المبحث الثاني".

[18] - محمد بوعمامة، حجية وسائل الاتصال الحديثة في الإثبات المدني على ضوء قانون 05-53، م س، ص: 32

[19] - محمد بن سليمان، وسائل الإثبات الحديثة في المعاملات المدنية و التجارية، م س، ص:75.

المبحث الأول: الإثبات بالكتابة الإلكترونية

مع التطور التكنولوجي المضطرد بدأ الإنسان يتخلى عن ضرورة استعمال الورق، واستبدله باستعمال الوسائل الالكترونية في الكتابة، خاصة أمام التسهيلات التي توفرها التكنولوجيا الحديثة، إذ أصبح بالإمكان حمل المعلومة على أقراص مغناطيسية، أو أقراص ضوئية، أو أقراص فيديوية رقمية ونقلها بصفة يدوية من مكان إلى أخر، و حفظها وتوثيقها بشكل إلكتروني.

وهذا التطور العلمي الهائل في وسائل الكتابة انعكس من الناحية القانونية على الكتابة كدليل إثبات،[20] فإذا كانت هذه الأخيرة تقوم -كقاعدة - على عدة شروط يرتبط معظمها بوجود كتابة خطية موقعة على ورق، فإن هذه الأفكار أصبحت متجاوزة أمام ظهور المعاملات والعقود الالكترونية والتي تتم من خلال تبادل الرسائل الكترونيا بواسطة البريد الالكتروني أو الفاكس أو الهاتف، أو أية وسيلة الكترونية أخرى، والتي سيتسبب تجاهلها في تهديد مصالح الأطراف المتعاملة بواسطة الوسائل الإلكترونية.[21]

لذا عمد المشرع المغربي من خلال قانون 05-53 إلى الاستجابة للتحديات التي فرضتها الساحة العالمية، حيث حاول أن يلاءم بين النصوص القانونية القائمة وما أفرزته الوسائل التكنولوجية الحديثة، حيث أن النصوص التي كانت قائمة سابقا تتحدث جميعها عن عناصر الكتابة والمحرر والتوقيع والصورة طبق الأصل وغيرها من المفاهيم ذات المدلول المادي، إذ كان هناك خلط بين السند الكتابي والركيزة الورقية لهذا السند، حيث لم يكن أحد يتصور ظهور وسائط جديدة تصلح للكتابة، على اعتبار أن الورق هو المحور الشائع للكتابة،[22] فما المقصود بالكتابة الإلكترونية؟ و هل لها حجية مطلقة في الإثبات شأنها شأن الكتابة العادية؟ أم أن هناك خصوصيات تميزها وتحد من استعمالها كحجة في إثبات التعاملات والعقود؟

---

[20] - محمد بوعمامة، حجية وسائل الاتصال الحديثة في الإثبات المدني على ضوء قانون 05-53، م س، ص:31.

[21] - حسين بن محمد المهدي، القوة الثبوتية للمعاملات الإلكترونية، م س،ص: 45

[22] - محمد بن سليمان، وسائل الإثبات الحديثة في المعاملات المدنية و التجارية، م س، ص:51.

المطلب الأول: ماهية الكتابة الالكترونية

الكتابة هي أسلوب للتعبير عن الإرادة يتضمن تسطير وجمع الحروف والكلمات في شكل مادي ظاهر يعبر عن معنى مكتمل أو فكرة مترابطة صادرة من الشخص الذي نسبت إليه،[23] وهي تحتل مكانة الصدارة بين طرق الإثبات بوجه عام، ويرجع ذلك إلى كونها دليل يتم إعداده مقدما، أي قبل حدوث الواقعة محل النزاع، وهي بذلك تسمى الدليل المعد أو المهيأ، كما أن الكتابة تعد الدليل الأقرب للحقيقة، حيث أنها تنشأ غالبا في وقت معاصر للواقعة محل الإثبات، وهي ملزمة للقاضي مادام معترفا بها والأهم من ذلك أن الكتابة كدليل إثبات تترك أثرا مقروءا ومرئيا يمكن الاحتفاظ به لمدة طويلة وليست دليلا مؤقتا يزول بسرعة،[24] وتزداد أهميتها إذا علمنا أن كل التصرفات القانونية التي يتجاوز مبلغها أو قيمتها عشرة ألاف درهم لا يجوز إثباتها بشهادة الشهود بل لابد أن يحرر بشأنها دليل كتابي وهذا ما يسمى بالإثبات المقيد.[25]

وعلى الرغم من أهميتها نجد بأن غالبية القوانين لم تعرف الكتابة ولم تحدد المادة أو الركيزة الأساسية التي يمكن استعمالها للكتابة عليها، لوجود اعتقاد راسخ بالارتباط الوثيق بين الكتابة ومستندها الورقي، حيث لم يكن احد يتصور ظهور مادة جديدة تصلح للكتابة، على اعتبار أن الورق هو المحرر الشائع للكتابة،[26] لكن مع تزايد استخدام الأفراد للمحرر الالكتروني تمت إعادة التفكير في مفهوم الكتابة الالكترونية، بحيث تم التوسع فيه ليشمل أيضا الكتابة الالكترونية، مادام لا يوجد ما يوجب قانونا إخراج هذه الكتابة الالكترونية من نطاق الدليل الكتابي طالما بمقدورها أن تستوفي الشروط

---

[23] - عباس العبودي ، مس، ص: 57.

[24] - محمد بوعمامة، حجية وسائل الاتصال الحديثة في الإثبات المدني على ضوء قانون 05-53، م س، ص:32.

[25] - جواد الرجواني، المركز القانوني لمقدمي خدمة المصادقة الإلكترونية، م س، ص:36.

[26] - عباس العبودي، م س، ص: 54.

والعناصر المطلوبة في الدليل الكتابي،[27] ولتوضيح الأمر أكثر سنحاول تحديد مفهوم الكتابة الالكترونية بالفقرة الأولى، وتوضيح شروطها بالفقرة الثانية.

الفقرة الأولى: مفهوم الكتابة الالكترونية

ميز الفقه بين مفهومان للكتابة وهما المفهوم الضيق والمفهوم الواسع، فبالنسبة للمفهوم الضيق للكتابة المعتبرة في الإثبات فيتمثل في الأوراق المكتوبة التي تستخدم بوصفها أداة للإثبات، على اعتبار أن الورق هو المحرر الشائع للكتابة، وقد استقر الفقه إلى عدم وجود شروط معينة في الكتابة أو اتخاذ شكل خاص أو استخدام لغة معينة أو تحديد الوسيلة المادية التي يتم عليها تدوين الكتابة، لكن الشائع المعتاد أن السند يكون محررا بأداة كتابة ثابتة بالمداد السائل أو الجاف على الورق أو على الآلة الطابعة، وان كان بالإمكان أن تكون الكتابة بغير الحبر كالنقش أو استعمال قلم الرصاص أو على مادة أخرى غير الورق كالمقوى والخشب والقماش، كما يجوز أن تكون الكتابة برموز واصطلاحات معينة معروفة لذوي الشأن، كما في طريقة برايل للمكفوفين.[28]

وفي ضوء المفهوم التقليدي للكتابة، يصعب مساواة الكتابة الالكترونية بالكتابة العادية، التي تتمثل في كيان مادي ملموس يتسم بصفة الدوام والثبات، وبالتالي لا يمكن تكييف الكتابة الالكترونية بالكتابة العادية لأن لكل منهما مفهوم مغاير عن الأخر.

أما الكتابة بالمفهوم الواسع فلا تقتصر على الكتابة الورقية وإنما تشمل أيضا الكتابة الالكترونية التي تتضمنها السندات المستخرجة عن طريق وسائل الاتصال الفوري كالتلكس والفاكس والانترنيت أو أي وسيلة أخرى، ويعتبر أنصار هذا المفهوم بأن الكتابة ارتبطت بالورق بفعل العادة، أما موضوعيا فإن الكتابة شيء و دعامتها الورقية أو

---

[27] - محمد بن سليمان، وسائل الإثبات الحديثة في المعاملات المدنية و التجارية، م س، ص: 26.

[28] - عباس العبودي، م س، ص:58 وما بعدها.

الالكترونية شيء أخر، ومتى تحققت السلامة التقنية في تلك الدعامة إلا وعدت حائزة لحجيتها ومرتبة للآثار القانونية المرتبطة بها.[29]

وبالنسبة للتشريعات فنجد أن أغلبها ومن ضمنها المشرع المغربي قد أحجمت عن وضع تعريف للكتابة الإلكترونية تاركة ذلك للفقه والقضاء ليتسنى تفسيرها وفق التطور التكنولوجي المتسارع الذي يطرأ عليها، لكن المشرع المصري عرفها كالأتي: "يقصد بالكتابة الإلكترونية: كل حروف أو أرقام أو رموز أو أي علامات أخرى تثبت على دعامة إلكترونية أو ضوئية أو أي وسيلة أخرى مشابهة وتعطي دلالة قابلة للإدراك".[30]

وبذلك سجل قصب السبق بالنسبة للتشريعات العربية، ولم يترك الباب مفتوحا على مصراعيه لاجتهاد الفقه والقضاء، وإن كان الأصل هو ترك التعريفات للفقه و القضاء، غير أنه بالنظر لحداثة الموضوع وتشعبه وتعلقه بالمخرجات الالكترونية فإن ترك الباب مفتوحا يؤدي حتما إلى تعدد تفسير الفقه والقضاء ويترتب عن ذلك تضارب وربما تعارض في الأحكام،[31] ورغم أن المشرع المغربي لم يقدم تعريفا للكتابة الالكترونية إلا أن ذلك لا يعني أنه لا يعتد بها ولا يزال متشبثا بالمفهوم الضيق للكتابة ذلك أن إصداره لقانون05-53 يعد دليلا على أنه قد أعاد تحديد مفهوم الكتابة، حيث لم تعد منحصرة في الورق ولا في طريقة تبادله، ولم يعد للدعامة الورقية دور مؤثر و أصبح بالإمكان أن تكون الدعامة لامادية أي دعامة إلكترونية.[32]

هكذا فقد نص في المادة 417 من ق.ل.ع على أن: "الدليل الكتابي ينتج من ورقة رسمية أو عرفية، ويمكن أن ينتج كذلك من المراسلات أو البرقيات أو عن أي إشارة أو رموز أخرى ذات دلالة واضحة كيفما كانت دعامتها وطريقة إرسالها"، وهذا الاعتراف

---

[29] - عمر أنجوم: الحجية القانونية لوسائل الاتصال الحديثة (دراسة تحليلية في نظام الإثبات المدني) أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، شعبة القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني عين الشق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الدار البيضاء، السنة 2003- 2004، ص: 142.

[30] - الفقرة الأولى من المادة 1 من قانون التوقيع الالكتروني المصري.

[31] - حسين بن محمد المهدي، القوة الثبوتية للمعاملات الإلكترونية، م س،ص: 54.

[32] - جواد الرجواني، ال55مركز القانوني لمقدمي خدمة المصادقة الإلكترونية، م س، ص:40.

بالكتابة الالكترونية يرجع بالأساس إلى المكانة المهمة والمتزايدة التي تحتلها في مجال الإثبات المدني، حيث أن ظهورها أدى إلى اهتزاز الكتابة الورقية التقليدية لاسيما في مجال المعاملات و التجارة الالكترونية، إذ تزايد استعمال الكتابة الالكترونية بشكل كبير بين الأفراد لأهمية هذه الكتابة ودورها في تحقيق مبدأ الاقتصاد في التعاقد، ذلك أن إبرام التصرفات القانونية أصبح يتم بأقصر وقت واقل جهد وأدنى نفقات، بالرغم من المسافات الكبيرة التي تفصل بين الأطراف المتعاقدة، وبذلك يتاح للأفراد السرعة والدقة في إبرام العقود وسهولة إثباتها عن طريق إعداد وسائل الإثبات اللازمة لها.[33]

وعلى العموم يمكن تعريف الكتابة الالكترونية بأنها: مجموعة من الحروف أو الأرقام أو الكلمات أو حتى الرموز التي تعبر عن معنى محدد دقيق، أيا كانت مادتها وشكلها وأيا كانت وسيلة نقلها، حتى لو لم تظهر بصورة مادية محسوسة أو مجردة للقارئ ودون الاستعانة بوسائط أخرى.

الفقرة الثانية: الشروط المتطلبة في الكتابة الالكترونية

من أجل معادلة الوثيقة الالكترونية بالوثيقة الورقية يتعين توفر شرطين أساسيين أتى على ذكرهما المشرع المغربي في الفصل 1-417 ق.ل.ع هما :

1 - التحقق من هوية الشخص مصدر الوثيقة الالكترونية:

والهدف من هذا الشرط هو جعل الشخص الذي صدرت عنه الوثيقة مسئولا عنها قانونا وواقعا، لكن مادامت هناك إمكانية أن تصدر الوثيقة عن شخص وتنسب إلى أخر في حالة التزوير مثلا فإن المشرع المغربي وكحل لهذه الإشكالية، استعمل عبارة " الشخص الذي صدرت عنه" وليس عبارة "الشخص الذي نسبت إليه"، لكن الإشكال يظل قائما عندما يقوم صاحب التوقيع بتسليم مفتاح التشفير لغيره، ويصدر هذا الأخير وثيقة إلكترونية بواسطة ذلك المفتاح فهنا تنسب الوثيقة من الناحية القانونية إلى صاحب

[33] عباس العبودي، م س، ص: 44.

التوقيع، وتعتبر مصادق عليها من الناحية الواقعية من طرف شخص أخر، فهل يمكن اعتبار صاحب التوقيع القانوني مصدرا للوثيقة هو أيضا، وللجواب على هذا الإشكال يلزم طرح فرضيتين:

الفرضية الأولى: كون صاحب التوقيع الالكتروني سلم مفتاح التشفير بإرادته، فهنا يعتبر مصدرا للوثيقة إلى جانب مصدرها الواقعي لان الشخص عندما يكون حرا يكون مسئولا.

الفرضية الثانية: كون صاحب التوقيع القانوني لم يسلم بإرادته مفتاح التشفير كما في حالة إكراهه ماديا أو معنويا، وعليه لا تنسب الوثيقة في هذه الحالة لصاحب التوقيع القانوني وننسبها فقط لمصدرها الواقعي مع إمكانية مقاضاته ومطالبته بالتعويض إذا اقتضى الحال.

-2- إعداد الوثيقة وحفظها بما يضمن تماميتها:

لم يوضح المشرع المغربي المقصود بالتمامية، بل اكتفى باشتراط كون الوثيقة الالكترونية معدة ومحفوظة ضمن ظروف تضمن تماميتها، لكن بالرجوع لقانون الأونسترال النموذجي نجده في المادة الثامنة منه يبين بأن المقصود بالتمامية هي سلامة المعلومات الواردة في المحرر الالكتروني دون أن يلحقها أي تغيير في شكلها الأصلي الذي نشأت به، ويتم الاحتفاظ بمعلومات المحرر الالكتروني، ويمكن حفظ هذه المحررات إما في الشريط المغناطيسي أو داخل الأقراص المرنة، أو داخل الأقراص الصلبة.[34]

المطلب الثاني: حجية الكتابة الإلكترونية

أثار موضوع حجية الكتابة الالكترونية جدلا واسعا بين الفقهاء القانونيين فهناك اتجاه فقهي عارض منحها الحجية القانونية، على اعتبار أنه من الصعب القبول بالكتابة

[34] - جواد الرجواني، المركز القانوني لمقدمي خدمة المصادقة الإلكترونية، م س، ص:39.

الالكترونية بوصفها أدلة كتابية مساوية للسندات الكتابية الورقية، لأن قيمة السند الالكتروني لا ترقى إلى مرتبة اليقين بل تقف عند مجرد الاحتمال، لوجود مخاطر تحريف البيانات التي تتضمنها، مما يشكل إضرارا بمصالح المتعاملين بها، لاحتمال احتوائها على الأخطاء وتعرضها للغش، فالومضات الالكترونية وحساسية الدعامات المادية للأجهزة المستخرجة منها تتناقض مع الاستمرارية والثبات، ناهيك على أن الإثبات بالوسائل الالكترونية يتعارض مع قاعدة عدم جواز اصطناع الخصم دليلا لنفسه، وهي احد القواعد الأساسية التي تحكم النظام القانوني للإثبات المدني حيث تقضي بان يكون الدليل صادرا عن الخصم الأخر وليس الخصم المكلف بالإثبات، ذلك أن الشخص لا يستطيع أن يصطنع لنفسه سببا لحق يكسبه، ولا أن يتخذ من عمله دليلا لنفسه ليحتج به على الغير، فإذا كان الدليل الذي يقدمه الخصم سندا كتابيا أو أوراق مذكراته التي كتبها بنفسه فيجب أن تكون هذه الورقة أو السند صادرا من خصمه الذي يحتج بالسند أو الورقة في مواجهته، ويجب أن تكون بخط هذا الخصم أو تحمل توقيعه لكي يمكن التمسك بها ضده في الإثبات، وفي هذا الإطار يشير الفقيه الفرنسي جوسران أنه: "لا قيمة لما يصنعه الشخص بنفسه من وسائل، يدعي أنها أدلة ثم يحتج بها على خصمه".[35]

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن: "كل مدع صنع لنفسه واقعة، فلا تقوم دليلا على خصمه".[36] وهذه القاعدة تم إقرارها من طرف الفقه الإسلامي حيث روي عن الرسول ﷺ قوله: " لو يعطى الناس بدعواهم، لادعى أناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعي"، لأنه لو أجيز للشخص اصطناع دليل لنفسه ضد شخص أخر لما امن الناس على أنفسهم ولا على أموالهم ولتعرض الإنسان لادعاءات لا حصر لها.[37]

---

[35] - Josserand cours de droit civile positif français, T .1933. p: 87.

أورده عباس العبودي م س، ص 81.

[36] - طعن رقم 29 لسنة 38 جلسة 1973/06/11، أشار إليه عباس العبودي، م س، ص: 81.

[37] - عباس العبودي ، م س، 83.

ولأن الكتابة الالكترونية تصدر بالغالب عن حاسب ألي يكون في حوزة الخصم الذي يقع عليه عبئ الإثبات.[38] فإن إمكانية التلاعب والتزوير يمكن افتراضها في الشخص المكلف بالإثبات الذي تكون هذه الآلة في حيازته، ومن هنا تصطدم قاعدة عدم جواز اصطناع الخصم دليلا لنفسه مع الأدلة الالكترونية، وهذا ما أكدت عليه محكمة الاستئناف الفرنسية "ست Sete" في قرار لها صدر ب 1984/05/09 جاء فيه: " أن البنك المدعي لا يستطيع إثبات السحب، بالاستناد إلى توقيع الكتروني، لم يكن صادرا ممن يحتج عليه به البنك بالتوقيع وإنما من خلال آلة يمتلكها بنك المدعي والذي يملك السيطرة عليه".

و في قرار أخر لنفس المحكمة صادر ب1986/05/14 صرحت فيه بأنه: "حتى ولو كان الإثبات حرا بالنسبة للديون الأقل من خمسة ألاف فرنك فانه من الضروري أيا كانت اتفاقات الخصوم، أن تقدم عناصر الإثبات اللازمة لإقناع القاضي وليس مجرد سندات مطبوعة من خلال آلة تملك المؤسسة المدعية كامل السيطرة عليها".[39]

لكن هذه الانتقادات في نظر اتجاه فقهي أخر لا يمكن أن تحول دون حصول الكتابة الالكترونية على حجية في الإثبات لأنه يمكن تلافي مختلف المخاطر المذكورة أو التخفيف من أثارها عن طريق إيجاد الضمانات القانونية والتقنية التي تسمح بتحديد كفاءة هذه السندات، كما انه يستحيل تجاهل الكتابة الالكترونية بل يتعين على القواعد القانونية التي تنظم السلوك والمعاملات الإنسانية أن تواكب التطور الذي يشهده الواقع العلمي إذ بتنا نعيش ما يسمى بثورة معلوماتية في مجال نظم وتكنولوجيا المعلومات، لاسيما بعدما تم تسخير هذه التكنولوجيا مع تكنولوجيا الاتصالات فأصبح بالإمكان نقل وتبادل البيانات عن بعد من حاسوب إلى أخر، و بالتالي أصبحت الكتابة الالكترونية واقعا مفروضا لا

---

[38] - عباس العبودي، تحديات الإثبات بالسندات الالكترونية و متطلبات النظام القانوني لتجاوزها، م س، ص: 11 وما بعدها.

[39] - أشار إلى هذين القرارين عباس العبودي، تحديات الإثبات بالسندات الالكترونية و متطلبات النظام القانوني لتجاوزها م س، ص: 87.

يمكن تجاهله، وهو ما دفع بأغلب التشريعات إلى إقرار حجيتها بوصفها دليلا كاملا في الإثبات مساو للكتابة التقليدية" الفقرة الأولى"، إلا أن هناك مقتضيات قانونية تحول دون منح الحجية المطلقة لها "الفقرة الثانية".

الفقرة الأولى: المساواة القانونية بين المستند الورقي والالكتروني

تماشيا مع المفهوم الواسع للكتابة فقد سارعت عدة دول إلى تعديل تشريعاتها من أجل استيعاب الكتابة الالكترونية، وإعطائها القوة الثبوتية بشكل يتساوى مع الكتابة التقليدية، وقد كان التشريع الفرنسي سباقا لذلك حيث لم يقيد الكتابة بدعامة أو حامل معين وتبعا لذلك يمكن أن تختلف حوامل الكتابة بين السند الورقي والالكتروني، كالأقراص اللينة والمضغوطة أو أية وسائط إلكترونية أخرى، فلا ينظر عندئذ إلى وسائل الاتصال أو تبادل تلك البيانات بقدر ما ينظر إلى الكتابة و قابليتها للقراءة، وحفظها بشكل أمن ودائم مع إمكانية التصرف فيها بطلبها والاستدلال بها،[40] كما بادر بموجب قانون المعاملات الالكترونية رقم 230 لسنة 2000 إلى إقرار مبدأ التكافؤ في الحجية القانونية بين المستند الكتابي والمستند الالكتروني.

وبخصوص المشرع المصري فقد صرح بالمادة 15 من قانون تنظيم التوقيع الالكتروني المصري بأن: " للكتابة الالكترونية و للمحررات الالكترونية في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية ذات الحجية المقررة للكتابة والمحررات الرسمية والمحررات العرفية في أحكام قانون الإثبات"، أما المشرع الأردني فقد قرر سنة 2000 معادلة الوثيقة الالكترونية بالوثائق الخطية التقليدية، واعتبر بأن المحررات الإلكترونية من قبيل المحررات غير الرسمية، وأضفى عليها نوعا من الحجية من خلال اعتبارها من المحررات العرفية.[41]

[40] - محمد بن سليمان، وسائل الإثبات الحديثة في المعاملات المدنية و التجارية، م س، ص: 86.

[41] - محمد بن سليمان، وسائل الإثبات الحديثة في المعاملات المدنية و التجارية، م س، ص: 73.

وبالنسبة للمشرع المغربي فعلى غرار المشرع الفرنسي أشار صراحة إلى مبدأ المساواة بين الكتابة العادية والكتابة الالكترونية من حيث الحجية، حيث أصبحت الوثيقة الالكترونية تتمتع بقوة توازي قوة الإثبات التي تتمتع بها الوثيقة المحررة على الورق، فالعبرة إذن ليست بشكل النسخة ورقية كانت أو الكترونية، وإنما الأهم هو التأكد من أخذ تلك النسخة وحفظها بوسائل تضمن سلامتها من كل تغيير قد يدخل عليها.

فالكتابة الالكترونية لكي تقوم بوظيفة الكتابة الورقية التقليدية ولكي تتمتع بالحجية يجب أن تتوفر فيها شروط الكتابة المعتبرة قانونا، وهي أن تكون مقروءة وتتصف بالاستمرارية والثبات، وعدم قابليتها للتلاعب والتعديل.

الشرط الأول: أن تكون الكتابة الالكترونية مقروءة:

أي أن تكون مفهومة ومدونة بحروف أو رموز معروفة ومفهومة للشخص الذي يراد الاحتجاج عليه بالسند الالكتروني الذي تضمن هذه الكتابة، وقراءة الكتابة الالكترونية تتم بصورة غير مباشرة، إذ تحتاج إلى تدخل جهاز الحاسب الآلي لقراءتها بالنظر إلى طريقة التدوين والرموز المستخدمة فيه[42].

الشرط الثاني: أن تتصف الكتابة الالكترونية بالاستمرارية والثبات:

إذ يجب أن تدون على وسيط يسمح بثبات الكتابة عليها واستمرارها بحيث يمكن الرجوع إلى السند الكتابي كلما كان ذلك لازما لمراجعة بنود العقد، فأي تغييرات في السند يجب أن تثبت بالكتابة أيضا، وهذا الشرط يثير عدة تساؤلات لأن الوسائط الالكترونية التي تثبت عليها الكتابة الالكترونية تكون عرضة للتلف السريع فالتكوين المادي و الكيمائي لهذه الوسائط لاسيما في السندات المستخرجة من الانترنيت يتميز بالحساسية التي تتعرض للتلف عند اختلاف قوة التيار الكهربائي أو الاختلاف الشديد في

[42] - عباس العبودي، م س،ص: 131.

درجة حرارة تخزين هذه الوسائط مما يجعلها ذات كفاءة اقل من السندات الكتابية التقليدية في الاحتفاظ بالمعلومات لمدة طويلة.

لكن كل هذه الإشكاليات تبدو مبالغا فيها، لأنه كما للوسائط الالكترونية مسببات للتلف فإن الوسائط الورقية التقليدية أيضا تتعرض للتلف، فضلا عن ذلك فانه تم التغلب على هذه الصعوبات التقنية باستخدام وسائط متطورة ذات قدرة أكثر في الاحتفاظ بالمعلومات لمدة طويلة ربما تفوق قدرة الأوراق التقليدية التي تتأثر هي الأخرى بعوامل مرور الزمن أو قد تتآكل بفعل الرطوبة والماء أو الحشرات نتيجة سوء التخزين، وعليه فان شرط الاستمرارية و الثبات أصبح بإمكان الكتابة الالكترونية أن تتوفر عليه بفضل التطور التكنولوجي المتسارع الذي أدى إلى المحافظة على استمرارية الكتابة على الوسيط الالكتروني لمدة طويلة .

الشرط الثالث: أن تكون الكتابة الالكترونية غير قابلة للتعديل:

أي أن لا يطرأ على الكتابة مند إنشائها لأول مرة في الشكل النهائي أي تغيير أو تعديل أو تلاعب بالبيانات التي من شأنها التأثير على المراكز القانونية لأصحاب الحقوق المتنازع فيها، وهذا الشرط بدوره يثير عدة إشكاليات لان الكتابة الالكترونية قابلة للمحو والتعديل والتلف دون ترك اثر ملحوظ يكشف التلاعب بها لاسيما إذا قام بذلك خبير متخصص في الحاسب والمعلوماتية، عكس الكتابة الورقية التي يسهل اكتشاف عيوبها والتغييرات التي تطرأ عليها.

لكن إذا كان المشرع المغربي قد حسم في مسألة حجية الكتابة الإلكترونية وساوى بينها وبين الوثيقة الورقية من حيث قوة الإثبات، فما هو الحكم في حالة تعارض المحرر الالكتروني مع المحرر الورقي؟

وفي إطار معالجة هذه الإشكالية يلاحظ بان المشرع المغربي لم يضع أي معيار أو مفاضلة للترجيح بينهما، ولذلك يعتبر بعض الفقه بان الكتابة الالكترونية لديها حجية اقل

من حجية الكتابة الورقية على اعتبار أن هذه الأخيرة تعد من أفضل وسائل الإثبات لذلك لا يجوز لوسيلة إثبات أخرى أن تخالف أو تتجاوز ما تتضمنه الكتابة الورقية استنادا للقاعدة التي تقضي بعدم جواز نقض الدليل القوي بدليل اضعف منه.[43]

في حين يعتبر اتجاه فقهي أخر بان الأمر متروك للسلطة التقديرية للقضاء للبت في مثل هذه المنازعات المثارة، مستعينا بجميع وسائل الإثبات، وهذا الرأي يبدوا الأقرب إلى الصواب سيما وان قبول أي دليل كتابي سواء كان ورقي أو الكتروني، ومنحه الحجية يتوقف بالضرورة على توافر مجموعة من الشروط كأن يتضمن ما يفيد إنشاء التصرف القانوني، وان تكون هذه الكتابة موقعة من الشخص المنسوب إليه ذلك السند وهذه الشروط يمكن للكتابة الالكترونية أن تستوفيها وبالتالي لا يكون هناك أي مفاضلة بينها وبين الكتابة العادية.

الفقرة الثانية: المقتضيات القانونية التي تحول دون منح الحجية المطلقة للدليل الالكتروني

اعتبر قانون 05-53 الأدلة الإلكترونية أداة أساسية لإثبات مختلف التصرفات القانونية، حيث ارتقى بها إلى مستوى القواعد العامة إلا أنه تدخل في المقابل ليضع حدودا تشكل استثناء من القاعدة، إذ جعل الإثبات بالوسائل الإلكترونية مشروطا بعدم وجود مانع طبيعي أو قانوني. "ف 415 ق ل ع"

ويقصد بالمانع الطبيعي كل ما من شأنه أن يجعل الواقعة القانونية المراد إثباتها غير جائز قبولها، كما هو الشأن في طلب إثبات بنوة شخص لأخر أصغر منه سنا، ذلك أن المستحيل إثباته لا يجوز قبول إثباته لأن القاعدة تقضي بأنه لا التزام بمستحيل، وقد

[43] - عباس العبودي، م س، ص:53.

أشار المشرع إلى ذلك بصريح العبارة في الفصل 415 من ق ل ع الذي ينص على أنه: " لا يعتد بالإقرار إذا انصب على واقعة مستحيلة استحالة طبيعية.."[44].

أما المانع القانوني فهو كل واقعة غير جائز قبولها لاعتبارات قانونية فالمشرع بظل قانون 05-53 استبعد جملة من التصرفات من نطاقه، وذلك إما لارتباطها بالنظام العام، كما هو الشأن بالنسبة لمدونة الأسرة، وإما لطبيعة التصرف نفسه كالضمانات الشخصية والعينية في المجالين المدني و التجاري.

ففيما يخص أحكام الأسرة فالمشرع استبعد استعمال وسائل تكنولوجية لإثبات الحقوق في قضايا الأسرة كالزواج والطلاق والنسب، لارتباط مثل هذه القضايا بالشريعة الإسلامية وأعراف المجتمع. ويرى البعض بأن المشرع المغربي كان صائبا في اتجاهه هذا على اعتبار أن العلاقة الزوجية هي علاقة مقدسة لا يمكن أن تتم إلا في قالبها الشرعي، وهو ما لا يمكننا تصوره في ظل استخدام وسائل الاتصال الحديثة، إلى جانب غياب عنصر الأمن القانوني الذي يشكل أحد أهم الركائز الأساسية في بناء العلاقات القانونية.[45]

لكن هناك اتجاه أخر يعتبر بأن الكتابة الالكترونية لا يجب أن يتم استبعادها بشكل كامل من قضايا الأسرة، إذ يمكن استخدامها كآلية إثبات ثانوية، مثلا في قضايا النفقة إثبات مدخول الزوج الذي يعمل في المجال المعلوماتي، أو في قضايا إثبات البنوة، والمشاكل التي تتم أثناء الخطوبة مثلا الهدايا التي يتم شرائها عبر مواقع الانترنيت.

و بالنسبة للضمانات الشخصية والعينية في المجالين المدني و التجاري، فقد عمد المشرع إلى استبعادها من نطاق الإثبات بالوسائل الإلكترونية حرصا على ضمان استقرار المعاملات، وحماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، إلا أن المشرع المغربي أورد استثناءا على هذه القاعدة حيث أجاز إمكانية اعتماد المحررات الإلكترونية

---

[44] - محمد بوعمامة، حجية وسائل الاتصال الحديثة في الإثبات المدني على ضوء قانون 05-53، م س، ص: 19.

[45] - محمد بوعمامة، حجية وسائل الاتصال الحديثة في الإثبات المدني على ضوء قانون 05-53، م س، ص:20.

في الضمانات الشخصية والعينية بالنسبة لذوي الخبرة من المهنيين أو المحترفين، غير أن الإشكال المطروح في هذا الخصوص هو ما المقصود بذوي الخبرة، علما بأن غالبية المتعاملين في الحقل المعلوماتي يكونون على دراية بهذا الميدان.

والحقيقة أنه لم يكن على المشرع استبعاد هذه الضمانات من نطاق التعاملات الإلكترونية خاصة وان هناك عقودا أكثر أهمية يتم إبرامها بواسطة وسائل الكترونية وبالتالي كان على المشرع وضع آليات لضمان الأمن المعلوماتي خلال التعامل بهذه الضمانات بدل أن يعمد إلى استبعادها.[46]

وعلى العموم فإن اعتبار الكتابة الالكترونية دليلا كاملا في الإثبات يتطلب بالضرورة أن تكون الكتابة على السند موقعة من طرف الشخص الذي تنسب إليه الكتابة، لان ذلك يعد دليلا مباشرا على حصول الرضا في إنشائه ودالا على شخصيته ومميزا له عن غيره من الأشخاص، وهذا ما يتطلب منا التطرق إلى التوقيع الالكتروني باعتباره دليلا في الإثبات.

[46] - محمد بوعمامة، حجية وسائل الاتصال الحديثة في الإثبات المدني على ضوء قانون 05-53، م س، ص:21.

المبحث الثاني: حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات

التوقيع هو تعبير عن إرادة الموقع ويعد أهم عنصر في الدليل الكتابي الكامل سواء كان ورقة رسمية أو عرفية،[47] فهو الشرط الجوهري المتطلب لصحة المحررات المعدة للإثبات، حيث أنه يسمح بنسبة الكتابة إلى موقعها ولو كانت بخط غيره، كما يبرز رضا صاحبه ونيته في التعاقد و ينسب الورقة إلى من يراد الاحتجاج عليه بها، وبدونه لا يمكننا الحديث إلا عن مجرد مشروع ورقة يمكن الاعتداد بها كما يمكن التخلي عنها، خاصة وأن الكتابة بذاتها ولو كانت بخط صاحبها لا تلزمه في شيء ولا تصلح في أحسن الأحوال إلا كبداية حجة كتابية يتعين البحث عن دليل أخر يعضدها.[48]

وقد كان التوقيع المعتد به في الإثبات هو التوقيع الخطي الوارد على دعامات ورقية مادية، ومن ثمة لم يكن يستوعب أساليب التعامل الحديثة، فهو لا يسمح باستعمال مخرجات الحاسوب كالميكروفيلم والشريط الممغنط والاسطوانات الممغنطة، وغيرها...، وهذا الأمر خلق فجوة بين الواقع والقانون، ذلك أن هذا الأخير يتطلب حتى تكون الكتابة دليلا كاملا أن تكون موقعة وأن يكون التوقيع بيد الموقع، في حين يتجه الواقع إلى معالجة المعلومات معالجة الكترونية بالحاسوب، وإدخال الوسائل التكنولوجية الحديثة لنقل المعلومات والبيانات، وهي وسائل لا تتكيف بسهولة مع التوقيع المكتوب، لذلك كان من الضروري إعادة التفكير في القواعد القانونية الموجودة حتى تنسجم مع المتغيرات التكنولوجية المستجدة، ومن دون إلغاء فكرة التوقيع بحد ذاتها لأن لا أحد ينكر

47- محمد اوزيان، مدى إمكانية استيعاب نصوص الإثبات في ظهير الالتزامات والعقود للتوقيع الالكتروني، مقال منشور في مجلة القضاء والقانون، العدد 155، سنة 2008، ص: 37.

48 - عزيز جواهري، التوقيع الالكتروني والإثبات، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، شعبة القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، أكدال، السنة الجامعية 2004-2005، ص:7.

الدور العلمي الهام الذي تلعبه،[49] إذ أن وضع التوقيع على المحرر هو الذي يضفي على هذا الأخير قيمته الثبوتية ويمنحه حجيته القانونية.

المطلب الأول: ماهية التوقيع الإلكتروني

لم يعرف المشرع المغربي التوقيع غير انه كان يحصره في الإمضاء باليد، واشترط فيه أن يرد في أسفل الورقة كما أكد بأن الطابع أو الخاتم لا يقوم مقام التوقيع ويعتبر وجوده كعدمه، وقد كان الفقه يعرفه بأنه تلك العملية اليدوية التي تعطي دلالة معبرة بشكل واضح على الموافقة بما جاء في المستند من بنود، والمؤكدة على شخص صاحبها حيث تفيد صدور المستند من الموقع شخصيا، فالعنصر المادي للتوقيع التقليدي إذن هو تلك الحركة التمييزية لليد التي تمكن خبير الخطوط، أو عالم الاستدلال الخطي من إجراء تحليل لوثيرة أو إيقاع التوقيع، لتصديق وإقرار الموقع،[50] ونظرا لحرص الأشخاص على وضوح التوقيع فإنه يوضع عادة مستقل عن محتوى المستند الذي وقع عليه، إذ يوجد عقب آخر سطر في أي مستند، وفي حالة تعدد الأوراق في المستند الواحد، يتم التوقيع على كل ورقة حتى يمكن القول بنسبة هذا المستند لمن وقع عليه.[51]

وهذه المقتضيات كانت محكومة بالتصور الذي كان سائدا عند صياغة تلك النصوص حيث لم تكن التوقيعات الالكترونية قد ظهرت بعد، فجاء الإطار القانوني للتوقيع مقتصرا على التوقيع بخط اليد، مما لم يسعف في قبول التوقيعات الالكترونية، لذلك أصبحت الحاجة ماسة إلى توسيع مفهوم التوقيع لاستيعاب هذه التقنيات التكنولوجية

---

49 - عمر أنجوم: الحجية القانونية لوسائل الاتصال الحديثة (دراسة تحليلية في نظام الإثبات المدني) أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، شعبة القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني عين الشق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الدار البيضاء، السنة 2003- 2004، ص: 148.

50 - عمر أنجوم: الحجية القانونية لوسائل الاتصال الحديثة، م س، ص: 150.

51 - زينب غريب، إشكالية التوقيع الالكتروني وحجيته في الإثبات، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، وحدة قانون الأعمال والمقاولات، جامعة محمد الخامس، السويسي، الرباط، السنة الجامعية 2010/2009، ص:11.

الحديثة[52] وهو ما تأتى بصدور قانون 05.53، ولتوضيح الأمر أكثر يتعين توضيح مفهوم التوقيع الالكتروني "الفقرة الأولى"، وبيان صوره "الفقرة الثانية".

الفقرة الأول: مفهوم التوقيع الالكتروني

من أجل الإحاطة بمفهوم التوقيع الالكتروني سنعمل على وضع تعريف له، ونميز بينه وبين التوقيع اليدوي التقليدي، ونوضح أهم وظائفه.

أولا- تعريف التوقيع الالكتروني

قبل صدور القوانين المنظمة للتوقيع الالكتروني لم يكن هناك تعريف قانوني يوضح المقصود بمصطلح "التوقيع"، لكن مع تطور الآلية التي يتم بها التوقيع وظهور التوقيع الالكتروني، وكونه واقعة مستجدة تحتاج إلى البحث والتوضيح دفع بالعديد من التشريعات إلى تحديد مفهوم التوقيع الالكتروني إسهاما منها في إزالة ما يواجه هذا المفهوم المستحدث من عقبات قانونية ولبت الأمان والثقة في المتعاملين به.[53]

وعلى الرغم من اختلاف الأساليب التي تم وضعها للتعريف بالتوقيع الالكتروني، إلا أنه لم يكن هناك أي تغيير في المضمون، حيث تم التوحد على تعريفه في جميع التشريعات التي وضعت لتنظيمه وتقنينه، باعتباره مجموعة من الرموز أو الأرقام أو الحروف الإلكترونية التي تدل على شخصية الموقع دون غيره،[54] فعلى سبيل المثال عرف قانون "الأونيسترال" النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية التوقيع الالكتروني بكونه عبارة عن "بيانات في شكل الكتروني مدرجة برسالة أو مضافة إليها أو مرتبطة

52 - عزيز جواهري، التوقيع الالكتروني والإثبات، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، شعبة القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، أكدال، السنة الجامعية 2004-2005، ص:1.

53 - عبد الفتاح صبري، القيمة القانونية للمحررات الالكترونية، رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون والمقاولة، جامعة المولى إسماعيل، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مكناس، السنة الجامعية: 2011/2010.

54 - مولاي حفيظ علوي قادوري، القوة الثبوتية للتوقيع الالكتروني، مقال منشور في الموقع الالكتروني: http://www.alkanounia.com.

بها منطقيا، بحيث يمكن أن تستخدم لبيان هوية الموقع على الرسالة وتبيان موافقته على المعلومات الواردة في تلك الرسالة".

والملاحظ من خلال هذا التعريف أن قانون "الأونيسترال" لم يقيد مفهوم التوقيع الالكتروني بحيث يمكن أن يستوعب أية تكنولوجيا تظهر في المستقبل وتفي بإنشاء توقيع الكتروني.[55]

أما على صعيد التشريعات الوطنية، فنجد بأن المشرع المصري عرف التوقيع الإلكتروني بأنه " كل ما يوضع على المحرر الالكتروني ويتخذ شكل إشارات أو غيرها، ويكون له طابع منفرد يسمح بتحديد شخص الموقع ويميزه عن غيره".[56]

أما قانون التجارة الإلكترونية لإمارة دبي فقد تضمن تعريفا صريحا للتوقيع الإلكتروني، وذلك في المادة 21 حيث عرفته بكونه " توقيع مكون من حروف أو أرقام أو رموز أو صوت أو نظام معالجة ذو شكل إلكتروني وملحق أو مرتبط منطقيا برسالة إلكترونية وممهور بنية توثيق أو اعتماد تلك الرسالة "، وعرف التوقيع الإلكتروني المحمي الذي يتمتع بحماية القانون بأنه " ذلك التوقيع الذي استوفى الشروط المنصوص عليها في المادة 20 من القانون المذكور ".[57]

كما عرفه قانون التجارة الإلكترونية البحريني بكونه: "معلومات في شكل إلكتروني تكون موجودة في سجل إلكتروني أو مثبتة أو مقترنة به منطقيا ويمكن للموقع استعمالها لإثبات هويته، كما جاء في نفس القانون تعريف بيانات التحقق من التوقيع

55 - زينب غريب، إشكالية التوقيع الالكتروني وحجيته في الإثبات، م س، ص:19.

56 - المادة 1 الفقرة الثانية من القانون رقم 15 لسنة 2004 الخاص بتنظيم التوقيع الالكتروني.

57 - مولاي حفيظ علوي قادير، القوة الثبوتية للتوقيع الالكتروني، مقال منشور في الموقع الالكتروني: http://www.alkanounia.com.

الإلكتروني بأنها" بيانات تستعمل للتحقق من صحة توقيع إلكتروني، كالرموز أو مفاتيح التشفير العامة ".[58]

وبالنسبة للمشرع الفرنسي فقد عرف التوقيع الالكتروني بأنه: " استخدام طريقة موثوق بها تضمن اتصال بالمحرر الملحق به وتفصح بالعمل المرتبط به عن هوية الموقع".[59]

أما المشرع المغربي فلم يعرف التوقيع الالكتروني واكتفى في قانون 53.05 المتعلق بالتبادل الالكتروني للمعطيات القانونية بتبيان المقصود بآلية إنشاء التوقيع الالكتروني وحصرها في معدات أو برمجيات يكون الغرض منها توظيف معطيات إنشاء التوقيع الالكتروني التي تتضمن العناصر المميزة الخاصة بالموقع كمفتاح الشفرة الخاصة بالمستخدم، كما قام بتحديد الشروط التي يجب توافرها في التوقيع الالكتروني حتى يتم الاعتداد به.[60]

وبالنسبة للفقه فقد تنوعت التعريفات التي أعطيت للتوقيع الالكتروني بحسب الزاوية التي ينظر منها إلى ذلك التوقيع فهناك اتجاه يعرفه بالنظر إلى الوسائل التي يتم بها، وهناك اتجاه أخر يحدده بحسب الوظائف التي يضطلع بها، أو بحسب تطبيقاته العملية.[61]

فالاتجاه الأول ركز على الكيفية أو الطريقة التي ينشأ من خلالها التوقيع الالكتروني وأهمل الدور أو الوظيفة التي يقوم بها، ومن هذه التعريفات نجد تعريف التوقيع الإلكتروني بأنه " ذلك التوقيع الناتج عن إتباع إجراءات محددة، تؤدي في النهاية إلى نتيجة معروفة مقدما، يكون مجموع هذه الإجراءات هو - الدليل الحديث - للتوقيع

58 - الفقرة 10 من المادة الأولى من قانون التجارة الإلكترونية البحريني الصادر بتاريخ 14 سبتمبر 2002.

59 - المادة 2/1316 من القانون المدني الفرنسي.

60 - المادة 6 من قانون 53/05.

61 - زينب غريب، إشكالية التوقيع الالكتروني وحجيته في الإثبات، م س، ص: 16.

بمفهومه التقليدي أو ما يسميه البعض توقيع إجرائي أو إلكتروني "،[62] وكذلك تعريفه بكونه: "ما يوضع على محرر الكتروني ويتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها".[63]

أما الاتجاه الثاني فلم يحدد كيفية إنشاء التوقيع الالكتروني وغنما جعل الباب مفتوح أمام أي إجراء قد يستجد ويكون قادرا على تحقيق وظائف التوقيع الالكتروني، وبالمقابل ركز على وظائف التوقيع الالكتروني التي يجب أن تحققها الإجراءات التقنية المعتمدة، وهي تحديد هوية الموقع والتعبير عن إرادته بالموافقة على مضمون المحرر الذي تم التوقيع عليه،64 ومن هذه التعريفات نجد: "التوقيع الالكتروني هو مجموعة من الإجراءات التقنية التي تسمح بتحديد شخصية من تصدر عنه هذه الإجراءات وقبوله بمضمون التصرف الذي يصدر التوقيع من أجله.[65]

ويبدوا أن الاتجاه الثاني هو الأقرب للصواب لكون كيفية إنشاء التوقيع الالكتروني تختلف وتتغير بحسب التطور التكنولوجي وظهور وسائل جديدة لإنشاء التوقيع الالكتروني.

وبناءا على كل ما سبق يمكن تعريف التوقيع الالكتروني بكونه مجموعة من الإجراءات التقنية المعتمدة والمؤمنة، والتي ترتبط بالدليل الإلكتروني ارتباطا وثيقا يسمح بتحديد هوية الموقع وإبراز رضائه وموافقته على ما جاء في ذلك الدليل.

ثانيا- تمييز التوقيع الالكتروني عن التوقيع التقليدي

التوقيع التقليدي هو كل عملية مميزة شخصية ومرسومة بخط اليد، حيث تسمح بتفريد شخص الموقع بدون أي شك، وتعكس الإرادة الواضحة لهذا الأخير في إبرام

62 - محمد المرسي زهرة .الدليل الكتابي وحجية مخرجات الكومبيوتر في الإثبات . دار الفكر الجامعي. الإسكندرية . 2000. ص14.

63 - نسرين عبد الحميد نبيه، الجانب الإلكتروني للقانون التجاري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008، ص: 353.

64 - عبد الفتاح صبري، القيمة القانونية للمحررات الالكترونية، م س، ص: 19.

65 - محمد فواز محمد، الوجيز في عقود التجارة الالكترونية، دار الثقافة، الطبعة الأولى،2008، ص: 18.

التصرف دون غموض أو لبس،[66] ويتميز هذا التوقيع الخطي التقليدي عن التوقيع الالكتروني في مجموعة من الأمور تتمثل أساسا في ما يلي:

دعامة التوقيع: يمكن القول بأن الدعامة الالكترونية هي أهم ما يميز التوقيع الالكتروني حيث تحل محل الدعامة المادية التي يرتبط بها التوقيع التقليدي، وهذا أمر منطقي مادام أن التوقيع الالكتروني يتعلق أساسا بالمعاملات والعقود الالكترونية التي تتميز بكونها تبرم عبر وسيط الكتروني غير محسوس وفي ظل الغياب المادي للأطراف، لذلك لم يعد هناك مجال للإجراءات اليدوية،[67] في حين أن التوقيع التقليدي يتم على وسيط مادي هو في الغالب محررات ورقية ذات طبيعة مادية تحاكي الشكل الذي تم به التصرف القانوني، وذلك بالحضور المادي لأطراف التصرف ومقابلتهم وجها لوجه في مجلس عقد واحد.[68]

صور التوقيع: فإذا كانت صور التوقيع التقليدي في التشريع المغربي تقتصر على الإمضاء، عكس التشريعات المقارنة كالقانون المصري والعراقي الذي أضاف إليه التوقيع ببصمة الأصبع و الختم، فإن التوقيع الالكتروني يتخذ صور متعددة حيث يمكن أن يأتي في شكل حرف أو أرقام أو إشارات أو شفرة أو أصوات أو صور أو رموز.

وظائف التوقيع: يقوم التوقيع الالكتروني بوظيفتين أساسيتين تتجلى في تمييز صاحب التوقيع وتحديد هويته، والتعبير عن إرادته وقبوله للالتزام القانوني الوارد في المستند الموقع عليه، أما بالنسبة للتوقيع التقليدي فإنه بالإضافة إلى قيامه بتلك الوظيفتين فإنه يؤدي وظيفة أخرى تتمثل في كونه دليل على الحضور المادي لأطراف التصرف أو من ينوب عنهم.

---

66 - زينب غريب، إشكالية التوقيع الالكتروني وحجيته في الإثبات، م س، ص:15.

67 - مولاي حفيظ علوي قادير، القوة الثبوتية للتوقيع الالكتروني، مقال منشور في الموقع الالكتروني: http://www.alkanounia.com.

68 - زينب غريب، إشكالية التوقيع الالكتروني وحجيته في الإثبات، م س، ص: 25

وعلى كل حال يمكن القول بأن التوقيع الالكتروني ورغم اختلافه عن التوقيع التقليدي فإنه يؤدي نفس الدور الذي يلعبه هذا الأخير، حيث تتوافر فيه إمكانية تحديد هوية الشخص الموقع كما يصلح للتعبير عن رضائه للالتزام بمضمون التصرف، ويحافظ على تمامية التصرف القانوني وذلك بفضل التقنيات المستخدمة في تأمين مضمون المحرر الالكتروني، وضمان ارتباطه بشكل لا يقبل الانفصال عن التوقيع، مما يضفي الأمان على المعاملات الالكترونية ويساعد على ازدهارها وتطورها.[69]

ثالثا- وظائف التوقيع الإلكتروني

1- تحديد هوية الشخص الموقع:

إن أهم وظيفة يقوم بها التوقيع تتمثل في التعريف بمن أبرم التصرف القانوني، وقد جعل المشرع من هذه الوظيفة شرطا للاعتداد بالتوقيع، فإذا كان هذا الأخير قاصرا عن تحديد هوية الموقع عد توقيعا غير صحيح ولا ينتج أثاره القانونية،[70] ويستفاد ذلك من الفقرة الأولى من الفصل 417-2 من ق ل ع التي تنص على أنه: "يتيح التوقيع الضروري لإتمام وثيقة قانونية التعرف على الشخص الموقع ويعبر عن قبوله للالتزامات الناتجة عن الوثيقة المذكورة".

وكذا الفصل 3/417 في فقرته الثانية والذي جاء فيه ما يلي: "يعتبر التوقيع الإلكتروني مؤمنا إذا تم إنشاؤه وكانت هوية الموقع مؤكدة وتمامية الوثيقة القانونية مضمونة، وفق النصوص التشريعية والتنظيمية المعمول بها في هذا المجال".

---

69 - عبد الفتاح صبري، القيمة القانونية للمحررات الالكترونية، م س، ص: 28.

70 - عزيز جواهري، التوقيع الالكتروني والإثبات، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، شعبة القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، أكدال، السنة الجامعية 2004-2005، ص: 13.

لكن التساؤل الذي يطرح في هذا الصدد هو مدى قدرة التوقيع الإلكتروني على تحقيق هذه الوظيفة، فإذا كان التوقيع التقليدي يسمح بالكشف عن هوية الموقع عن طريق العلامة اليدوية المميزة له فكيف يمكن للتوقيع الالكتروني أن يحدد هوية الموقع؟.

وكإجابة عن هذا التساؤل انقسم الفقه إلى اتجاهين الأول يميز بين التوقيع المؤمن والتوقيع البسيط،[71] ويعتبر بأن التوقيع المؤمن له القدرة على تحديد هوية الموقع بشكل مساو للتوقيع التقليدي، وذلك بالنضر إلى حداثة ودقة التقنيات المستخدمة في تشغيل منظومة هذا التوقيع، أما التوقيع البسيط فهو عاجز عن تحديد هوية صاحبه لأنه يسهل نسخه وتزويره دون أن يترك ذلك أي أثر.[72]

أما الاتجاه الثاني فيعتبر بأن التوقيع الالكتروني بجميع صوره قادر على تحقيق هذه الوظيفة،[73] مادام مدعوما بوسائل توفر الثقة الكافية به مما يسمح بتحديد هوية الشخص الموقع بصورة ممتازة تفوق أحيانا قدرة التوقيع العادي.[74]

2 - التعبير عن إرادة الموقع

من المعلوم أن إنشاء تصرف قانوني معين يتطلب بالضرورة اتجاه الإرادة الحرة إلى التعبير عنه، لكن الإشكال يتمثل في كون هذه الإرادة عبارة عن حقيقة نفسية يصعب إثباتها ما لم تظهر إلى العالم الخارجي، لذلك كانت الحاجة ضرورية وملحة إلى وسيلة متعارف عليها يتم استعمالها في العقد ويفهم منها أن الشخص قد عبر عن رغبته الأكيدة في الالتزام، وهذه الوسيلة هي التوقيع الذي يساهم في التعبير الخارجي عن الإرادة من خلال التجسيد المادي لرضى الشخص، فالتوقيع يعد بمثابة وسيلة للتعبير الكتابي عن

71 - سنعمل على سنعمل على توضيح الفرق بين التوقيع المؤمن والتوقيع البسيط في المطلب الثاني من هذا المبحث.

72 - عبد الفتاح صبري، القيمة القانونية للمحررات الالكترونية، م س، ص: 26.

73 - حسن عبد الباسط جميعي، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الانترنيت، مطبعة دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 2000، ص: 45.

74 - زينب غريب، إشكالية التوقيع الالكتروني وحجيته في الإثبات، م س، ص: 41.

الإرادة، ولغة قانونية لترجمة حقيقة نفسية معناها أنا موافق، وإقرار صريح بنية الشخص في التحمل بالالتزامات القانونية الناتجة عن التصرف القانوني الذي وقعه.[75]

وقد ثار إشكال حول قدرة التوقيع الالكتروني على التعبير عن إرادة صاحبه في الموافقة على مضمون المحرر، وفي هذا الإطار اعتبر البعض بأن التوقيع الالكتروني لا يحقق هذه الوظيفة، لأن لا مجال فيه للعامل النفسي الذي ينشأ استعداد للارتباط القانوني ووعي بأهمية الالتزام لحظة التوقيع عليه، ذلك أن المجال الالكتروني لا يترك فرصة للرابطة المادية بين التوقيع وشخصية صاحبه بحيث يجد نفسه ملتزما بمجرد نقرة على لوحة المفاتيح، لكن هناك رأي أخر يعتبر بأن اللجوء إلى وسيلة التوقيع الالكتروني يعد في حد ذاته بمثابة اختيار ومؤشر على الانتباه وحث للملتزم على اتخاذ الحيطة والحذر قبل التوقيع،[76] وعليه يمكن اعتبار التوقيع الالكتروني قادر على تحقيق هذه الوظيفة الإقرارية انطلاقا من وجود علاقة خاصة تجمع الموقع بتوقيعه وتجعلنا متأكدين بأن الشخص لم يضع توقيعه إلا وهو على بينة من أمره وعالم بمضمون الورقة التي وقع عليها قاصدا إجازة ما ورد بها وإلزام نفسه بكل ما ينشأ عنها من تعهدات.[77]

الفقرة الثانية: صور التوقيع الإلكتروني

تختلف التقنيات المستخدمة في تشغيل منظومة التوقيع الالكتروني فهناك تقنيات تعتمد على منظومة الأرقام أو الحروف أو الإشارات وأخرى تعتمد على الخواص الفيزيائية والطبيعية والسلوكية للأشخاص، وقد أدى هذا الاختلاف إلى ظهور صور

---

75 - عزيز جواهري، التوقيع الالكتروني والإثبات، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، شعبة القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، أكدال، السنة الجامعية 2004-2005، ص: 14.

76 - عبد الفتاح صبري، القيمة القانونية للمحررات الالكترونية، م س، ص: 28.

77 - عزيز جواهري، التوقيع الالكتروني والإثبات، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، شعبة القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، أكدال، السنة الجامعية 2004-2005، ص: 15.

مختلفة للتوقيع الالكتروني يبقى أبرزها التوقيع الرقمي والتوقيع البيومتري والتوقيع بالقلم الالكتروني، التوقيع بالبطاقة الممغنطة المقترنة بالرقم السري.

أولا: التوقيع الرقمي

التوقيع الرقمي هو عبارة عن رقم سري أو رمز ينشئه صاحبه بحيث لا يمكن لأحد كشف الرسالة إلا الشخص الذي يحمل مفتاح فك التشفير والتحقق من أن تحويل الرسالة تم باستخدام المفتاح الخاص إضافة إلى التحقق من أن الرسالة الواردة لم يلحقها أي تغيير أو تعديل، ويستخدم هذا التوقيع في المراسلات الإلكترونية بين التجار أو بين الشركات، ومن مزاياه أنه يعد دليلا على الحقيقة بدرجة أكثر من التوقيع التقليدي باعتبار التقنية العالية المستخدمة فيه والتي تفوق في ذكائها وجاهزيتها العقل البشري بأضعاف كثيرة وهو ما يجعل هامش الخطأ أو التزوير قليل وإلى أبعد الحدود، كما يسمح بإبرام الصفقات عن بعد، دون الحضور المادي لطرفي العلاقة وهو بذلك يساعد في تنمية وتوسيع مجال معاملات التجارة الإلكترونية.

وهذا التوقيع الرقمي أو الكودي، مثل سائر البيانات المعلوماتية يمكن تشفيره حفاظا على سريته، والتشفير هو إجراء يؤدي إلى توفير الثقة في المعاملات الالكترونية وذلك باستخدام أدوات أو أساليب لتحويل المعلومات بهدف إخفاء محتوياتها والحيلولة دون تعديلها أو استخدامها غير المشروع، ويسمح نظام التشفير بتلافي بعض المخاطر المتوقعة من استخدام الطرق الالكترونية في المعاملات التجارية، حيث يتم التأكد عن طريقه من أن المعلومات التي تسلمها المرسل إليه هي تلك البيانات التي قام المرسل بالتوقيع عليها، بحيث يتأكد المرسل إليه الذي يستطيع عن طريق استخدام وسائل فنية الإطلاع على محتوى المعلومة،[78] لكن يعاب على هذا التوقيع أنه في حالة حصول أحد

78 - مولاي حفيظ علوي قادير، القوة الثبوتية للتوقيع الالكتروني، مقال منشور في الموقع الالكتروني: http://www.alkanounia.com.

الأشخاص على الرقم السري مثلا وقيامه بتصرفات معينة دون أن ينتبه لها صاحب التوقيع فإن هذا الأخير يتعرض للضرر.

ثانيا: التوقيع البيومتري

يقوم هذا التوقيع على حقيقة علمية مفادها أن سمات الإنسان الفزيائية والطبيعية والسلوكية تختلف من شخص لأخر، وتتميز بالثبات النسبي الذي يجعل لها قدرا من الحجية في التوثيق والإثبات، وعليه يعمل التوقيع البيومتري على التحقق من شخصية الفرد وتحديد هويته باستخدام صفاته الفيزيائية والطبيعية والسلوكية، وهذه الصفات متعددة لكن أهمها يبقى البصمة الشخصية، التعرف على الوجه، مسح العين، خواص اليد، التحقق من نبرة الصوت،...إلخ.[79]

ويتم التحقق من شخصية الفرد في هذه الطرق البيومترية عن طريق إدخال المعلومات إلى الحاسوب وتخزينها بطريقة مشفرة في ذاكرته، ويقوم بعد ذلك بمطابقة صفات المستخدم مع الصفات المخزنة ولا يسمح له بالتعامل إلا في حالة المطابقة.[80]

وهذه الصورة من التوقيعات الالكترونية تتميز بتوفير درجة عالية من الثقة والأمان وتستخدم عادة في الدخول إلى الأماكن السرية الخاصة بالشركات الكبرى والبنوك، لكن ما يعاب عليها هو تغير الخواص الفيزيائية للإنسان مع مرور الزمن وفي حالات المرض والإرهاق الشديد، إضافة إلى تكلفتها الباهظة حيث تتطلب توافر تقنيات تكنولوجية من نوع خاص قادرة على حفظ سمات الإنسان واسترجاعها عند الحاجة ومنع الغير من اختراقها أو العبث بها،[81] كما أن الصورة البيومتري توضع على القرض الصلب لجهاز الحاسب وبالتالي يمكن مهاجمتها أو نسخها بواسطة الطرق المختلفة المستخدمة في القرصنة الإلكترونية أو فك نظم التشفير أو الترميز، ومن عيوبها أيضا

79 - زينب غريب، م س، ص: 34.

80 - زينب غريب، م س، ص: 34.

81 - عبد الفتاح صبري، القيمة القانونية للمحررات الالكترونية، م س، ص 27.

عدم التمكن من استخدام هذه التقنية الحديثة في كل الحاسبات المتوفرة نظرا لاختلاف نظم التشغيل وأساليب التخزين وخصوصيات حزم البرامج المتنوعة، وفقدان السرية والكفاءة الضامنة لهذه التقنية نظرا لمحاولة الشركات المصنعة للنظم البيومترية، الاتفاق على طريقة موحدة لهذه التقنية، ورغم أن معظم الشركات المصنعة للنظم البيومترية ترى أن دقة هذا النظام في تحقيق الشخصية تتراوح ما بين 99% و99,9% إلا أنه من الصعب التأكد من صحة هذه النسب المرتفعة أصلا، لأنه في الوقت الحالي تجد حالات احتيال باستخدام البصمة الشخصية المقلدة ببصمة بلاستيكية أو مقلدة وكذا عدم استطاعة بعض أجهزة التحقق البصري المصنوعة من رقائق السليكون من كشفها أو تمييزها وقد يقوم أحدهم بوضع قطرة من محلول معين في عينه قبل التقاط البصمة، حيث تتسع حدقة العين وتتغير خواص القزحية أو قد يرتدي عدسات لاصقة، وبالتالي تختلف خواص قزحية العين المخزنة عن تلك الحقيقية وهذه الجريمة من جرائم الغش الإلكتروني.[82]

ولهذا ينبه الفقه القانوني إلى أن هذا التوقيع الإلكتروني، في صورته البيومترية لازال في مراحله الجنينية الأولى، وأن سرعة التطور العلمي في هذا الميدان تنبئ عن اقتراب العمل به، ومع ذلك فإنه يجب التحوط من هذا النوع من التوقيع، ذلك أن الذبذبات الحاملة للصوت أو الصورة أو بصمة الإصبع أو شبكة العين يمكن أن تخضع للاستنساخ وإعادة الاستعمال. لذلك فإن هذا النوع من التوقيع مثله مثل كل أنواع التوقيع الإلكتروني رهين في شأن تأمين الثقة به من ناحية أولى بتوفير التكنولوجيا التي تؤمن انتقاله بدون القدرة على التلاعب فيه ومن ناحية أخرى باعتراف القضاء أو المشرع بكفاءة هذه التكنولوجيا في تأمين هذا التوقيع وبالتالي إمكانية الاعتداد به في الإثبات.[83]

---

82 - عبد الفتاح بيومي حجازي. التجارة الإلكترونية في القانون العربي النموذجي، م س،ص 248 .

83 - مولاي حفيظ علوي قادير ي، القوة الثبوتية للتوقيع الالكتروني، مقال منشور في الموقع الالكتروني: http://www.alkanounia.com.

ثالثا: التوقيع بالقلم الالكتروني

في هذا التوقيع يتم استخدام قلم الكتروني حساس يمكن عن طريقه الكتابة على الشاشة وذلك عن طريق استخدام برنامج خاص للكومبيوتر، ويقوم هذا البرنامج بوظيفتين الأولى هي خدمة التقاط التوقيع، والثانية خدمة التحقق من صحة هذا التوقيع. حيث يتلقى البرنامج في البداية بيانات العميل عن طريق بطاقته الخاصة التي يتم وضعها في الآلة المستخدمة، وتظهر بعد ذلك التعليمات على الشاشة التي يقوم الزبون بإتباعها، ثم تظهر رسالة تطالب بتوقيعه عن طريق استخدام قلم على مربع في داخل شاشة الحاسب الآلي، ودور هذا البرنامج هو قياس خصائص بالضغط على مفاتيح معينة تظهر له على الشاشة بأنه موافق أو غير موافق على هذا التوقيع، ويقوم البرنامج بتخزينها، بعد ذلك تأتي مرحلة التحقق من صحة التوقيع، ويقوم بها البرنامج عن طريق فك الشفرة البيومترية، ثم تقارن المعلومات مع التوقيع المخزن وترسلها إلى برنامج الكومبيوتر الذي يعطي الإشارة فيما إذا كان التوقيع صحيحا أم لا.[84]

وهذه الصورة من التوقيع وعلى الرغم من الأمان الذي توفره إذ ليس من السهل تزوير التوقيع، إلا أنها تواجد مجموعة من العراقيل التي تحد من انتشارها أهمها ضرورة التوفر على حاسوب ذي مواصفات خاصة، إذ يجب أن يحتوي على وحدة القلم الالكتروني والشاشة الحساسة،[85] كما يجب أن تكون التقنية المستخدمة في هذا التوقيع ذات درجة عالية من الأمان.[86]

رابعا: التوقيع بالبطاقة الممغنطة المقترنة بالرقم السري

يعد هذا التوقيع الأكثر انتشارا بين الناس، ويستخدم أساسا في التعاملات البنكية والمعاملات المالية المماثلة، وأوضح مثال عليه هو بطاقة الائتمان التي تحتوي على رقم

84 - مولاي حفيظ علوي قادير، القوة الثبوتية للتوقيع الالكتروني، م س.

85 - زينب غريب، م س، ص: 37.

86 - عبد الفتاح صبري، القيمة القانونية للمحررات الالكترونية، م س، ص: 27.

سري لا يعرفه سوى صاحب البطاقة الذي يدخل بطاقته في المكان المخصص لها بالشباك الأتوماتيكي، حين يطلب الاستعلام عن حسابه أو صرف جزء من رصيده.[87]

وهو نوعان النوع الأول: يجمع بين طرفين هما البنك والعميل، ويستخدم للسحب النقدي من أجهزة الصرف الآلية، وتتم عملية السحب من خلال إدخال البطاقة التي تحتوي بيانات متعلقة بالعميل في فتحة خاصة بجهاز الصرف الآلي وإدخال الرقم السري الخاص بالعميل لتأكيد العملية، والنوع الثاني يجمع بين ثلاثة أطراف هم العميل والبنك وطرف ثالث غالبا ما يكون تاجرا أو محلا تجاريا يسمح باستخدام البطاقة الممغنطة في الوفاء بثمن السلع والخدمات التي يقدمها للعميل.[88]

وهذه الصورة من التوقيع تتميز بالبساطة حيث تؤدي إلى إقرار المعلومات التي يتضمنها السند أو يهدف إليها صاحب التوقيع، بمجرد إتباع الإجراءات المتفق عليها بين حامل البطاقة والبنك، فيحصل الأول على المبلغ الذي يريده بدلا من اللجوء للسحب اليدوي، كما يكون البنك مطمئنا للقيد الذي أجراه في حساب الزبون،[89] بالإضافة إلى ذلك يوفر هذا التوقيع للعميل مجموعة من الضمانات التي تضفي نوع من الثقة والأمان إذ بمجرد قيام العميل بعملية سحب أو شراء فإنه يحصل على ورقة تثبت المبلغ الذي تم سحبه و تاريخ العملية، وعند سرقة البطاقة يقوم البنك بإيقاف كل العمليات التي تتم بواسطة البطاقة المفقودة أو المسروقة.[90]

لكن يعاب عليه احتمال تعرض الرقم السري للسرقة أو الضياع، إلا أن سرية الرقم تكفى للدلالة على صدوره عن صاحبه الذي يملك التوقيع به، كما أن صاحب التوقيع ملتزم بسرية رقم البطاقة حسب اتفاقه مع البنك وإلا تعرض للمساءلة القانونية إن ثبت إساءته استخدام هذا الرقم، كأن يكون هو الذي سرب ذلك الرقم للغير، ولا تنتفي

87 - مولاي حفيظ علوي قادير، القوة الثبوتية للتوقيع الالكتروني،م س.

88 - زينب غريب، م س، ص:32.

89 - مولاي حفيظ علوي قادير، القوة الثبوتية للتوقيع الالكتروني،م س.

90 - زينب غريب، م س، ص: 33.

مسؤولية صاحب التوقيع إلا ابتداء من التاريخ الذي يقوم فيه بالإبلاغ عن حالة السرقة أو الفقدان، كما يعاب عليه أيضا إمكانية تقليد الشريط الممغنط الموجود على البطاقة الائتمانية إلا أن تقليد البطاقة ذاتها لا يجدي ما لم يكن الشخص قادرا على معرفة الرقم السري الذي يمكن عن طريقه استعمال هذه البطاقة.

المطلب الثاني: حجية التوقيع الإلكتروني

أثار موضوع حجية التوقيع الالكتروني جدلا كبيرا في بداية ظهور هذه التقنية حيث كان الفقه ينقسم إلى اتجاهين الأول يجرد التوقيع الالكتروني من قوته الثبوتية وقيمته القانونية، ويرى بأن التوقيع يجب أن يكون في شكله التقليدي لكي يعبر عن شخصية القائم به، ولا يمكن أن يكون في شكل الكتروني لأنه مجرد أرقام لا يمكن من خلالها تحديد الموقع، كما أن هناك احتمال لضياع الرقم السري أو سرقته من صاحبه، أما الاتجاه الأخر من الفقه فقد اعتبر بأن تلك الحجج لا تكفي للقول بعدم حجية التوقيع فكما يمكن للتوقيع الالكتروني أن يضيع أو يسرق، فإن التوقيع العادي أيضا يمكن تزويره أو تقليده كما أن سرية التوقيع الالكتروني تكفي للقول بأن التوقيع صدر عن صاحبه كمبدأ.[91]

وبصدور قانون 53.05 الذي قنن التوقيع الالكتروني تم تجاوز هذا النقاش، حيث اعترف المشرع بحجيته، إلا أن هذه الحجية لست مطلقة بل هي مرتبطة ارتباطا وثيقا بدرجة الأمان التي يتمتع بها التوقيع، إذ يتعين أن يتوفر التوقيع الالكتروني على مجموعة من الشروط "الفقرة الأولى" حتى يمكن له اكتساب الحجية "الفقرة الثانية".

الفقرة الأولى: شروط اكتساب التوقيع الالكتروني للحجية

لكي يتم إضفاء الحجية القانونية على التوقيع الالكتروني فلابد من أن يستوفي شروط معينة، وقد نصت المادة 6 من القانون رقم 53.05 على هذه الشروط بالقول: "

[91] - مليكة بومخلد، النظام القانوني للتوقيع الالكتروني في القانون المغربي والمقارن، م س، ص:138.

يجب أن يستوفي التوقيع الالكتروني المؤمن، المنصوص عليه في الفصل 3-417 من الظهير الشريف المعتبر بمثابة قانون الالتزامات والعقود الشروط الآتية: أن يكون خاص بالموقع، وأن يتم إنشائه بوسائل يمكن للموقع الاحتفاظ بها تحت مراقبته الخاصة بصفة حصرية، وأن يتضمن وجود ارتباط بالوثيقة المتصلة به بكيفية تؤدي على كشف أي تغيير لاحق أدخل عليها، وأن يوضع التوقيع بواسطة آلية لإنشاء التوقيع الالكتروني تكون صلاحيتها متينة بشهادة للمطابقة."

الشرط الأول: أن يكون التوقيع خاصا بالموقع

وهذا الشرط يتطلب أن يكون التوقيع الالكتروني كالتوقيع التقليدي دالا على شخصية الموقع ومميزا له عن غيره، وكافيا للتعريف به حتى وان لم يكن مشتملا على اسمه، وذلك من خلال الرجوع إلى جهات إصدار التوقيعات الالكترونية وشهادة التصديق المعتمدة التي تبين شخصية مستخدم التوقيع الالكتروني،[92] وقد أكد المشرع المغربي على هذا الشرط في الفصل 3-417 من ق.ل.ع،[93] ونقصد بالموقع حسب قانون "الأونسترال" المتعلق بالتوقيع الالكتروني، الشخص الحائز على بيانات إنشاء توقيع وينصرف إما بالإحالة عن نفسه وإما بالنيابة عن الشخص الذي يمثله".[94]

وتحديد هوية الموقع أمر في غاية الأهمية خاصة في مجال الوفاء بالالتزامات التعاقدية، إذ لا يتصور منح شخص عديم الأهلية أو ناقصها توقيعا الكترونيا لأن هذا الأمر ينطوي على التزامات كثيرة يتوجب على صاحب التوقيع أن يكون كامل الأهلية للقيام بها،[95] كما أنه بتوافر هذا الشرط يكون التوقيع شاهدا على نية الموقع من خلال

---

[92] - زينب بنعومر، الحجية القانونية للمستندات الالكترونية، م س، ص:132.

[93] - ينص الفصل 3-417 من قانون الالتزامات والعقود على ما يلي: "يجب أن يكون التوقيع عبارة عن علامة مميزة لشخصية الموقع تضمن تحديد هويته وذاتيته بما يؤكد رغبته في إبرام التصرف القانوني ورضاه بمضمونه".

[94] - انظر المادة الثانية من قانون "الأونسترال" المتعلق بالتوقيع الالكتروني.

[95] - زينب غريب، م س، ص: 47 وما يليها.

تحريره العقد وإقراره بما ورد فيه، وعلى نية الطرف الأخر الالتزام بمضمون العقد الموقع عليه، وبالتالي إمكانية ترتيب نتائج قانونية على عملية التوقيع بالنسبة للموقع.[96]

والملاحظ أن التوقيع الالكتروني -بصوره المختلفة- إذا تم إنشائه بصورة صحيحة، فإنه يعد من العلامات المميزة والخاصة بالموقع وحده، لأن كل توقيع يتضمن علامات مميزة للشخص عن غيره، فمثلا التوقيع بالرقم السري في بطاقات الصراف الآلي، يتم عبر قيام حامل البطاقة بإدخال الرقم السري الخاص به في جهاز الصراف وتعرف هذا الأخير على الرقم السري وإدخال الشخص إلى حسابه، لتكون هذه الإجراءات بمجملها كافية للدلالة على شخصه وإتمام جميع عمليات البطاقة.[97]

الشرط الثاني: أن يتم إنشاء التوقيع بوسائل يمكن للموقع الاحتفاظ بها تحت مراقبته الخاصة بصفة حصرية.

يقصد بهذا الشرط سيطرة الموقع على الوسيط المدون عليه التوقيع الالكتروني حتى يضمن أن يكون صاحب التوقيع منفردا به بحيث لا يستطيع أي شخص فك رمز التوقيع الخاص به أو الدخول عليه، ويتطلب هذا الشرط تواجد إجراءات تقنية تسمح بالسيطرة على التوقيع واكتشاف أي تعديل يطرأ عليه،[98] وقد أشار قانون "الأونسترال" المتعلق بالتوقيع الالكتروني لهذا الشرط في المادة 6 منه بالقول: "يجب أن تكون بيانات إنشاء التوقيع خاضعة وقت التوقيع لسيطرة الموقع دون أي شخص أخر ".

كما أكد القضاء الفرنسي على ضرورة سيطرة الموقع على وسيلة التوقيع وذلك في حكم صادر في 20 أكتوبر 2000، جاء فيه أن التوقيع الالكتروني يكون له قيمة قانونية إذا كانت الوسائل التي يتم بها تقع تحت السيطرة المباشرة للموقع وحده دون غيره، كما يجب أن تكون هناك صلة بين هذا التوقيع وبين التصرف المتضمن لهذا التوقيع، وأن

---

96 -زينب بنعومر، الحجية القانونية للمستندات الالكترونية، م س، ص:132 وما بعدها.

97 - زينب غريب، م س، ص:46.

98 - جواد الرجواني، المركز القانوني لمقدمي خدمة المصادقة الالكترونية، م س، ص: 102.

يكون هذا التصرف صحيحا، وإن لم تتوفر هذه الشروط فلا ينتج التوقيع أي أثر قانوني ولا يكون له حجة في الإثبات لأنه لا يعبر عن هوية الموقع.[99]

وتبرز أهمية هذا الشرط في كونه يساهم في حماية التوقيع من الاستخدام غير المشرع، مما يترتب عنه مسؤولية المستخدم وحده وعدم إمكانية السماح لغيره باستخدامه، لأن هذا التوقيع يكون موجود على بطاقة ذاتية ولا يغادرها ويكون محمي،[100] والملاحظ أن هذا الشرط يرتبط بشكل كبير بمدى كفاءة التقنيات المستخدمة في تأمين مضمون المحرر المدون الكترونيا وبالتالي تأمين ارتباطه بشكل لا يقبل الانفصال عن التوقيع.

الشرط الثالث: ارتباط التوقيع بالدليل الالكتروني

يجب أن يكون التوقيع الالكتروني مرتبطا ومتصلا بالدليل الالكتروني الذي يتم إلحاقه به بحيث يكون الاثنان كل لا يتجزأ، وتكون هناك رابطة حقيقية بينهما فوضع التوقيع على المحرر الالكتروني هو الذي يجعل له أثر، واشتمال المحرر الالكتروني على توقيع هو الذي يمنحه قيمته القانونية ويجعله مهيأ لأداء وظيفة التعريف بشخص الموقع والتعبير عن رضائه بمضمون الدليل.[101]

ويرتبط التوقيع بالدليل الالكتروني بشكل يستحيل فصله عنها باستعمال تقنية التشفير وهي منظومة تسمح لكل شخص طبيعي أو معنوي بأن يكون لديه مفتاحين أحدهما عام وهو متاح إلكترونيا والثاني خاص يحتفظ به الشخص ويحفظه بدرجة عالية من السرية، بحيث يكون من المستحيل قراءة المحرر الالكتروني أو الاطلاع عليه،[102]

---

[99] - حكم صادر عن محكمة استئناف Besançon في 20 أكتوبر 2000، أوردته زينب غريب، م س، ص:48.

[100] - جواد الرجواني، المركز القانوني لمقدمي خدمة المصادقة الالكترونية، م س، ص: 101.

[101] - عزيز جواهري، التوقيع الالكتروني والإثبات، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، شعبة القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، أكدال، السنة الجامعية 2004-2005، ص: 11.

[102] - جواد الرجواني، المركز القانوني لمقدمي خدمة المصادقة الالكترونية، م س، ص: 102

كما يمكن الكشف عن أي تعديل أو تبديل في البيانات الالكترونية من خلال الاستعانة بخدمات سلطة التصديق وشهادات التصديق الالكتروني التي تصدرها، والتي تؤدي إلى توفير الأمان والثقة في التوقيع الالكتروني وتضمن صحته وسلامته وتؤكد حجيته في الإثبات.[103]

الشرط الرابع: أن يوضع التوقيع بواسطة آلية لإنشاء التوقيع الالكتروني تكون صلاحيتها متينة بشهادة للمطابقة

تتمثل آلية إنشاء التوقيع الالكتروني في معدات أو برمجيات أو فيهما معا، ويشترط في هذه الآليات أن تكون صلاحيتهما مثبتة بواسطة شهادة المطابقة، وهذه الشهادة هي عبارة عن بطاقة تعريف الكترونية تمكن من إقامة علاقة بين الموقع و توقيعه،[104] تسلمها السلطة الوطنية المكلفة باعتماد ومراقبة المصادقة الالكترونية على التوقيع، بعد أن تتأكد بأن آلية إنشاء التوقيع تتوفر فيها المتطلبات التالية وهي: أن يتم إعدادها مرة واحدة وتكون سريتها مضمونة، وأن لا يكون بالإمكان الوصول إليها عن طريق الاستنباط، وأن يكون التوقيع محميا من أي تزوير، وأن يكون بالإمكان حمايتها من قبل الموقع بشكل كاف يحول دون أي استعمال من طرف الغير، زأن تحول دون أي تغيير أو تبديل لمحتوى الوثيقة المراد توقيعها وألا تشكل عائقا يحول دون إلمام الموقع بالوثيقة قبل توقيعها إلماما تاما.[105]

الفقرة الثانية: الاعتراف القانوني بالتوقيع الالكتروني

نصت معظم التشريعات الحديثة على منح التوقيع الالكتروني نفس الحجية المقررة للتوقيع التقليدي في مجال الإثبات، فقانون الأونسترال النموذجي[106] اعتبر بأن التوقيع

---

[103] - زينب بنعومر، الحجية القانونية للمستندات الالكترونية، م س، ص:132.

[104] - مليكة بومخلد، النظام القانوني للتوقيع الالكتروني في القانون المغربي والمقارن، م س، ص:147.

[105] - المادة 9 من قانون 53.05 المتعلق بالتبادل الالكتروني للمعطيات القانونية.

[106] - يعد قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية والصادر في 1996/06/21، أول تنظيم دولي للإثبات بالوسائل الالكترونية، حيث اعترف بعناصر الدليل الالكتروني، وهما الكتابة والتوقيع الالكترونيين، وقد جاء

الالكتروني يتمتع بالحجية بمجرد استيفائه للشروط المتطلبة فيه، حيث اعترفت المادة 7 من القانون النموذجي للتجارة الالكترونية بحجية التوقيع الالكتروني بشرط أن يكون التوقيع دالا على هوية الشخص الموقع، وفي نفس الاتجاه نصت المادة 1/5 من التوجيه الأوروبي على ما يلي: "تلزم الدول الأعضاء بأن تعمل على أن يكون التوقيع الالكتروني المستند إلى شهادة توثيق والذي يتم إصداره من خلال تقنيات تضمن له الثقة والأمان، مقبولا كدليل إثبات كامل أمام القضاء".

والملاحظ من خلال هذا المقتضى أن التوجيه الأوروبي أراد من الدول الأعضاء إلغاء كل تمييز بين التوقيع التقليدي والتوقيع الالكتروني، بغية خلق إطار قانوني متناسق داخل دول الاتحاد الأوروبي، وهذا التناسق من شأنه تدعيم الثقة في وسائل الاتصال الحديثة وتدليل العقبات التي تعترض استخدام الآليات التكنولوجية داخل الأسواق الأوروبية.

وبالنسبة للتشريعات الوطنية فقد استجابت بدورها لتوجيهات الأمم المتحدة وحذت حذو التشريعات الدولية وساوت بين التوقيع التقليدي والتوقيع الالكتروني، هكذا نجد المشرع الفرنسي قد اعتبر في المادة 1316 من القانون رقم 2000/230 بأن الثقة في وسيلة إنشاء التوقيع مفترضة حتى يتم إثبات العكس، وبعبارة أخرى فإن التوقيع الالكتروني يتمتع بالحجية الكاملة إلى أن يثبت الطرف المحتج عليه بهذا التوقيع انتفاء أحد الشروط المتطلبة في التوقيع الالكتروني.

المشرع المصري كذلك نص في المادة 14 من القانون رقم 15 لسنة 2004 والمتعلق بالتوقيع الالكتروني على ما يلي: " للتوقيع الالكتروني في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية ذات الحجية المقررة للتوقيعات في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية".

اعتماد هذا القانون نتيجة للجهود التي قامت بها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، والتي كانت تهدف إلى إزالة العوائق التشريعية من أمام التجارة الالكترونية وإثبات صحة وصلاحية الوسائل الالكترونية في إنشاء الالتزامات التعاقدية، وذلك في ضوء سكوت التشريعات الوطنية عن تنظيم هذه القضايا التي كانت مستجدة آنذاك.

المشرع التونسي بدوره نص في الفقرة الأولى من المادة 4 من قانون التجارة الإلكترونية التونسي على المساواة في الحجية ما بين التوقيع التقليدي والتوقيع الإلكتروني، سيما وأن هذا التوقيع يدل على شخصية صاحبه ويضمن علاقته بالواقعة التي أجراها ويؤكد شخصية صاحب وصحة الواقعة المنسوبة إليه.

وبالنسبة للمشرع المغربي فقد اعترف بدوره بحجية التوقيع الالكتروني المؤمن في الإثبات شأنه في ذلك شأن التوقيع الخطي، إذ نص في الفصل 3-417 من ق ل ع بالفقرة الأخيرة على ما يلي: " تتمتع كل وثيقة مذيلة بتوقيع إلكتروني مؤمن والمختومة زمنيا بنفس قوة الإثبات التي تتمتع بها الوثيقة المصادق على صحة توقيعها والمذيلة بتاريخ ثابت".

ومن خلال ما سبق يمكن القول بأن المشرع أنهى كل نقاش حول حجية التوقيع الالكتروني وأصبح هذا الأخير متمتعا بنفس حجية التوقيع التقليدي مادام قد استوفى الشروط القانونية، وأصبح صالحا لإثبات جميع المعاملات التي يتم إجرائها بوسائل الكترونية كيفما كانت طبيعة المعاملة تجارية أو مدنية.[107]

لكن وعلى الرغم من اتفاق مختلف التشريعات على منح التوقيع الالكتروني حجية فإن الملاحظ هو أن هذه الحجية تتفاوت درجتها بحسب ما إذا كان الأمر يتعلق بتوقيع الكتروني مؤمن أو توقيع الكتروني بسيط.

أولا: حجية التوقيع الالكتروني المؤمن

ويسمى أيضا التوقيع المعزز أو المحمي، وهو يتخذ هيئة بيان في شكل الكتروني متصل برسالة بيانات يحقق وظائف ومزايا تزيد عن التوقيع الالكتروني البسيط، فبالإضافة لتحققه من هوية الشخص القائم به وتحديد شخصيته والتزامه بمضمون

[107] - مليكة بومجلد، النظام القانوني للتوقيع الالكتروني في القانون المغربي والمقارن، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مراكش، السنة الجامعية: 2010/2009، ص 179.

المحرر الموقع عليه، فإنه يحقق ربطا بين الموقع والتوقيع ويسمح له بالسيطرة على التوقيع بحيث يصعب تعديله بعد إجرائه كما لا يمكن إنتاج نفس التوقيع من شخص أخر.[108]

وهو يستفيد من كل مزايا الحجية التي سبق أن ذكرناها مثله مثل التوقيع التقليدي، لكونه يفيد صدور التوقيع من صاحبه فمثلا بالتوقيع الكودي المرتبط بالبطاقة الممغنطة عندما يتم وضع البطاقة في الطرف الآلي، وإدخال الرقم السري، فإن الحاسوب الآلي يسجل المعاملة دون تدخل بشري من جانب البنك وعلى هذا الأساس يستطيع القاضي أن يقيم قرينة على أن حامل البطاقة هو الذي قام بهذه العملية لكن هذه القرينة بسيطة ويجوز إثبات عكسها وذلك بإقامة دليل على اختلال نظام تسجيل البيانات داخل المؤسسة البنكية أو أن البطاقة مسروقة وسبق التصريح بذلك لدى البنك.[109]

وفي هذا الإطار نورد حكم لقضاء الموضوع الفرنسي جاء فيه: في ظل وجود عملية سحب غير مشروعة منفذة بواسطة الغير، على إثر حدوث قصور في النظام المتعلق بالأمان في الموزعات، فلا يحق للبنك أن يضع على عاتق حامل البطاقة خسارة المبلغ الذي تم سحبه بطريقة غير مشروعة".[110]

ثانيا: حجية التوقيع الالكتروني البسيط

ويقصد بالتوقيع الالكتروني البسيط أو -التوقيع غير المعزز- مجموعة البيانات الالكترونية التي تتخذ هيئة حروف أو رموز أو إشارات، والتي تستخدم للتوقيع على رسالة بيانات عادية بغرض تحديد هوية صاحبها والدلالة على شخصيته والتزامه بمضمون ما قام بالتوقيع عليه، وهذا النوع من التوقيع تقتصر وظيفته على ما يقوم به التوقيع التقليدي من وظائف، كما أن درجة الأمان التي يتمتع بها ليست بالدرجة العالية

---

[108] - زينب غريب، م س، ص:112 وما يليها.

[109] - عبد الفتاح بيومي، التوقيع الالكتروني في النظم القانونية المقارنة، م س، ص: 352.

[110] - C.A. de Paris 1 Dec 1980. D .1980. IR. P332 أوردته مليكة بومخلد، النظام القانوني للتوقيع الالكتروني في القانون المغربي والمقارن، م س، ص 139.

مما يجعل حجيته في الإثبات لا ترقى إلى درجة اليقين التام، وإنما تخضع للسلطة التقديرية للقاضي الذي يبحث في مدى تحقيق هذا التوقيع لوظائفه.[111]

وعلى الرغم من كونه يتمتع بحجية أقل من حجية التوقيع الالكتروني المؤمن إلا أن التوجيه الأوربي كرس بالفقرة الثانية في المادة الخامسة منه مبدأ عدم إهدار قيمته في الإثبات والاعتداد به كدليل واعتباره حجة حتى وان لم يكن مستوفيا لكل شروط التوقيع الالكتروني المعزز أو المؤمن، كما فرض على الدول الأعضاء الالتزام بعدم إنكاره كوسيلة إثبات لمجرد كونه في شكل الكتروني،[112] ويجب على من يتمسك بالتوقيع الالكتروني الذي لا تتوافر فيه المتطلبات القانونية أن يقيم الدليل أمام المحكمة على توافر الثقة في الوسيلة المستخدمة في إنشاء التوقيع الالكتروني وإصداره.[113]

---

111 - زينب غريب، م س، ص:112.

112 - مليكة بومخلد، النظام القانوني للتوقيع الالكتروني في القانون المغربي والمقارن، م س،ص: 180.

113 - زينب غريب، م س، ص: 114.

الفصل الثاني: الإثبات الالكتروني على ضوء العمل القضائي

من المعلوم أنه لا يمكن للشخص الحصول على حقه بنفسه كما كان عليه الحال في المجتمعات البدائية،[114] بل يتعين عليه اللجوء إلى القضاء الذي يقوم بالبحث في مدى استحقاقه لذلك الحق من عدمه، فطالما أن القوانين الحديثة تكفل حماية الحقوق، وتحدد سبل الحصول على هذه الحماية فإنه يجب على الأفراد عدم اقتضائها أو الحصول عليها بأنفسهم وإنما يلزمهم الالتجاء إلى القضاء للحصول عليها أو لحمايتها، وذلك عن طريق إقامة الدليل أمام المحكمة على الحق المتنازع فيه حتى يتمكن من إقناعها بأحقيته في الحصول على مطالبه.

ولقد حدد القانون سلفا مجموعة من الإجراءات التي تلزم مراعاتها عند اللجوء إلى القضاء، والتي تهدف إلى تحقيق العدالة بين الخصوم لينال الحكم الصادر فيها ثقة المتقاضين، ومن هنا يقال إن الحكم القضائي عنوان الحقيقة، لكونه يصدر بعد مراحل تمر فيها الدعوى تعطي لكل طرف فيها إمكانية طرح مطالبه وإبداء دفوعه، وتقديم الأدلة المؤكدة على صحة إدعاءاته ومناقشة وتفنيد الإدعاءات التي أثارها الطرف الأخر في الدعوى.

---

114 - كان الإنسان في المرحلة البدائية يأخذ حقه بنفسه ولا يعتمد في سبيل ذلك إلا على ما يملكه أو تملكه عائلته من بأس وسلطة، إلا أن هذه العدالة الخاصة لم تحقق الغرض المطلوب منها بل كانت وسيلة يستعين بها القوي لأخذ ما لدى الضعيف، ثم جاءت بعد ذلك فترة سميت بمرحلة الدليل الإلهي حيث كان الناس يمارسون بعض الطقوس التي تنسب إلى الدين ويعتقدون بأن الإله ينصر المظلوم وينتقم من الظالم بقوة خفية، فيعطون السم للمتهم أو يلقونه في النهر، أو يضعون النار على لسانه فإذا لم تؤثر عليه هذه المحاولات ثبتت براءته وإلا ثبت عليه الجرم. وكان الكهنة في هذه الفترة يتلاعبون بالغش والهوى، فيعطون كمية قليلة من السم أو كمية كبيرة بحسب هواهم، ولاحقا رأى الإنسان أن لا يجنح إلى الآلهة بشكل كلي وإنما يجمع بين القوة والعقيدة عن طريق المصارعة المبنية على القوة الجسدية للمتهم إلى جانب استمداد العون من الله لتأييد الحق ونصره، حيث تقع المصارعة بين الخصوم أو بين النوائب عنهم، وفي دول أخرى مثل الصين والهند والفلبين كانوا يلجئون إلى الانتحار لتأكيد حقوقهم واستنزال السخط الرباني على خصومهم.

لكن هذه الطرق جميعها لم تؤت أكلها فكان من الضروري ظهور سلطة تضطلع بتطبيق القانون تمثلت في السلطة القضائية التي احتكرت مهمة تحقيق العدالة، ومن ثمة أصبح من اللازم على كل من يدعي حقا على غيره أن يلجأ إلى القضاء، وبدلا من القوة أو الخرافات التي كانت وسيلة للاعتراف بالحق، فانه حاليا لابد من إقامة الدليل لأخذ الحق وتمكين صاحبه من الاستئثار به.

للمزيد من المعلومات انظر: إدريس العلوي العبدلاوي، وسائل الإثبات في التشريع المدني المغربي، د س ، ومحمد مصطفى الزحيلي، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية، د س.

فالقضاء هو ميزان عدل ترجح إحدى كفتيه بقوة ما يلقيه أطراف الدعوى من أدلة وتبعا لذلك يخسر الطرف الذي يعجز عن إقامة الدليل على ما يدعيه من حقوق، لأن القاضي لا يمكن أن يتوصل إلى الحقيقة من بين ما يقدم إليه من ادعاءات إلا بواسطة الحجج و البراهين، وبالمقارنة بينهما يستخرج الحق من الباطل ويصدر تبعا لذلك حكما عادلا، ولن نبالغ إذا قلنا إن مهمة القاضي تقتصر على أن يكون اللسان المعبر عما تشير إليه وسائل الإثبات، لأن وسائل الإثبات هي التي تدفعه إلى إصدار حكمه تبعا لما تدل عليه تلك الوسائل.[115]

وأمام الاعتراف القانوني بالإثبات الإلكتروني أصبح القاضي المدني ملزما بالتدخل في الإثبات ليكون دوره إيجابيا، وذلك بفتح الباب أمامه للاجتهاد في أحكامه وقراراته القضائية، عن طريق الأخذ بالأدلة الحديثة للإثبات، لكن سلطته التقديرية في الأخذ بتلك الأدلة ليست مطلقة وإنما مقيدة بالرقابة القضائية، كما أن الواقع العملي طرح مجموعة من الإشكاليات المتعلقة بالإثبات الالكتروني، والتي أدت إلى ندرة الاجتهادات القضائية التي أخذت بالدليل الالكتروني، ومن أجل التفصيل أكثر في هذا الموضوع سنعمل على تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين على الشكل التالي:

المبحث الأول: دور القاضي في تطويع وسائل الإثبات وفقا لمقتضيات العصر

المبحث الثاني: ندرة الاجتهادات القضائية في مجال الإثبات الإلكتروني

115 - محمد بن معجوز، وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، طبعة 1995، ص5.

المبحث الأول: دور القاضي في تطويع وسائل الإثبات وفقا لمقتضيات العصر

إن الحديث عن دور القاضي في منظومة الإثبات يختلف تبعا للمجال المخصص لإثارة النقاش بصدده، فعند الحديث عن القاضي في المادة التجارية ينصرف الذهن إلى حرية الإثبات، وعند الحديث عن القاضي الجنائي نستحضر معيار اقتناع القاضي بأدلة الإثبات المتوفرة لديه حسب قناعاته الشخصية، أما عند الحديث عن القاضي المدني فإننا نأخذ بعين الاعتبار تقييد مجال تحركه تجاه وسائل الإثبات، حيث يراعي مجموعة من المقتضيات القانونية المشار إليها في قانون الالتزامات والعقود وقانون المسطرة المدنية.

إذ أن القاعدة الأساسية هي تقييد الإثبات، إلا أن المشرع المغربي خفف من حدة هذه القاعدة وذلك بتخويل القاضي مجموعة من السلطات في هذا المجال، فالمشرع وإن كان قد حدد طرق الإثبات وبين الحالات التي يتخذ فيها كلا من هذه الطرق، إلا أنه جعل للقاضي من ناحية أخرى حرية مطلقة في تقدير هذه الأدلة والاستناد إليها بصرف النضر عن التمسك بها من أحد الخصوم، فبما أن القاضي غالبا ما تطرح عليه مجموعة من الأدلة، فإنه يملك السلطة التقديرية في أن يوازي بينها مفضلا بعضها على البعض الأخر فيأخذ من بينها ما اطمئن إليه، ويطرح ما سواه مما لم يطمئن إليه، علما بأنه لا يجوز له أن يغض الطرف عن بعض الأدلة وإلا عد حكمه منعدم الأساس و يتعين نقضه.[116]

ومع التنظيم التشريعي للدليل الالكتروني فإن القاضي أصبح له مجال أكبر للترجيح بين مختلف الأدلة التي تطرح أمامه عند مناقشة ملف معين، دون أن يأخذ بعين الاعتبار ما إذا كان ذلك الدليل ماديا أو إلكترونيا، حيث يتمتع القاضي بسلطة تقديرية في الأخذ بالأدلة الحديثة "المطلب الأول" كما أن له سلطات هامة تهم تسيير الإثبات في النزاعات المرتبطة بالدليل الالكتروني "المطلب الثاني".

[116] - محمد بوعمامة، حجية وسائل الاتصال الحديثة في الإثبات المدني على ضوء قانون 05-53، م س، ص:23.

المطلب الأول: السلطة التقديرية للقاضي في الأخذ بالأدلة الحديثة

يتمتع قاضي الموضوع بسلطة تقديرية واسعة في مجال تقدير الأدلة والموازنة بينها، حيث تبقى له الحرية الكاملة في تقدير وسيلة الإثبات المعروضة عليه، واعتبارها كافية أو غير كافية للأخذ بها أو استبعادها كلها أو جزء منها بما يفيد تكوين قناعاته.[117]

وبالمقابل فإنه من غير المتصور أن يترك الأمر لمطلق تقدير القاضي وهو كأي إنسان قد تختلف طريقته في التقدير والإدراك، لذلك فقد كان من الضروري وجود رقابة قضائية على تقدير الأدلة الالكترونية.

الفقرة الأول: مراقبة القضاء لشروط الأخذ بالدليل الالكتروني

كما سبق الذكر فإن المشرع المغربي ساوى بين الدليل الورقي والالكتروني، وذلك بموجب المادة 1-417 من ق.ل.ع التي استلزمت توافر شرطين أساسيين من أجل إعمال هذه المساواة وهما: التعرف على هوية الشخص مصدر الوثيقة الالكترونية وإعداد الوثيقة الالكترونية وحفظها بما يضمن تماميتها.

هكذا فإن القضاء أصبح ملزما بالأخذ بالأدلة التي تطرح أمامه بغض النظر عن دعامتها هل هي ورقية أم إلكترونية، بحيث ينحصر دور القاضي في البحث عن مدى توفر الشروط المتطلبة للأخذ بالدليل الالكتروني، لكن الإشكال يطرح في حالة تعارض وتضارب بين وثيقة تقليدية وأخرى إلكترونية، فقد يجد القاضي في ملف النازلة المعروضة عليه مجموعة من الأدلة في قوة واحدة يشهد بعضها بضد ما يشهد به البعض الأخر، وكل دليل منها يقتضي حكما يخالف ما يقتضيه الدليل الأخر.[118]

وهنا نجد أن القاضي يتعين عليه فحص تلك الأدلة من ناحية توفرها على الشروط الشكلية والموضوعية المقررة قانونا ومقارنتها، فإذا كانت صحيحة ولكنها متعارضة

---

[117] - محمد بوعمامة، حجية وسائل الاتصال الحديثة في الإثبات المدني على ضوء قانون 05-53، م س، ص: 25 و26.

118 - محمد بوعمامة، حجية وسائل الاتصال الحديثة في الإثبات المدني على ضوء قانون 05-53، م س، ص: 27.

كـان علـى القاضـي أن يجمعهمـا و يعمـل بهمـا، وإذا لـم يمكـن الجمـع بـين الحجتـين المتعارضتين نظر في ترجيح إحداهما على الأخرى، وإذا أظهر البحث رجحـان الواحـدة على الأخرى عمل بما اقتضاه الدليل الأرجح ويرد الدليل المرجوح، بغض النظر عما إذا كان ورقيا أو الكترونيا.

ومن أهم وسائل الترجيح بين الحجج نجد الشكل لأن كل رسم أو بينة حسب القواعد المعمول بها في علم التوثيق يجب أن تكون قائمة بذاتها ومتوافرة على جميع الشكليات لإنتاج أثارها القانونية فما كان منها تاما شكلا يكون أرجح مما اختلت بعض شروطه الشكلية.[119]

وإذا ما تساويا فإنه لا مجال لأي جمع بينهما وإنما يتعين إسقاط الدليلين معا، وهو ما سار عليه الاجتهاد القضائي إذ جاء في قرار للمجلس الأعلى انه: " لما اعتبرت المحكمة أن حجج الطرفين متساويتان تعين عليها إسقاطهما معا، وعدم العمل بأي واحدة منها."[120]

جدير بالذكر أن القضاء وتفعيلا منه لسلطته التقديرية فقد اعترف بحجية الأدلة الالكترونية وذلك قبل صدور التشريعات المنظمة لها، ويعد حكم المحكمة الابتدائية ب"مونبليه" أول حكم قضائي فرنسي يعترف بصحة التوقيع الالكتروني وحجيته، من خلال الاعتراف بالعمليات البنكية التي تتم بالبطاقة البنكية المقرونة بالرقم السري،[121] وقد أيدت محكمة النقض الفرنسي الحكم نفسه معترفة بالقيمة القانونية للدليل الالكتروني

---

[119] - محمد بوعمامة، حجية وسائل الاتصال الحديثة في الإثبات المدني على ضوء قانون 05-53، م س، ص: 29.

120 - قرار للمجلس الأعلى عدد 148 صادر بتاريخ 11-03-1975، ملف 43203، أورده محمد بوعمامة، حجية وسائل الاتصال الحديثة في الإثبات المدني على ضوء قانون 05-53، م س، ص: 28.

[121] - C.P.I Montepllier, 9 avr 1987, JCP Ed, 61988, أوردته مليكة بومخلد، النظام القانوني للتوقيع الالكتروني في القانون المغربي والمقارن، م س، ص: 140.

من خلال قبول الإثبات بالبطاقة البنكية وبصحة الاتفاق عليها بين الزبون والجهة المصدرة لها.[122]

كما اعترف القضاء بحجية التوقيع بالبطاقة الممغنطة حتى قبل صدور القانون المنظم للتوقيع الالكتروني حيث اعتبرت محكمة النقض الفرنسية في إحدى قراراتها بأن التوقيع الالكتروني الذي يتم عبر البطاقة البنكية صحيحا، إذ يتكون من رقم سري لا يعلمه سوى الموقع، كما أن البطاقة البنكية لا توجد إلا في حوزته، وبذلك يتحقق فيه عناصر التوقيع الضرورية للاعتراف بمضمون الالتزام القانونية.[123]

كما قبلت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 2007/5/23 الرسائل النصية SMS كدليل في الإثبات و لكن *بشرط أن يكون الحصول عليها قد تم بطريقة لا خداع فيها و بشرف*.

وفي نفس الاتجاه نجد أن محكمة الاستئناف في مدينة Angers قد قررت في حكمها بتاريخ 2003/06/10 *أن البريد الالكتروني يتشابه مع البريد العادي من حيث أنه له من الحماية الشخصية بالدخول اليه عبر كلمة السر و التي تستعمل عادة فقط من قبل صاحب هذا البريد لحظة اتصاله بالشبكة، و أن صاحب كلمة المرور هو فقط من يمكنه الدخول الى البريد الالكتروني الخاص به*، وبالتالي يمكن اعتباره مسؤولاً عما يصدر من هذا البريد إلا إذا ثبُت و جود الغش.[124]

وبالنسبة للقضاء المغربي فقد أقر بدوره بحجية الدليل الالكتروني، هكذا نجد قرارا لمحكمة النقض المغربية صادر بتاريخ 2013/06/06 استندت فيه على الفصل 417 من

---

122 - C. Cass, 15 déc, 1992, Bull civ, N 419. أوردته مليكة بومخلد، النظام القانوني للتوقيع الالكتروني في القانون المغربي والمقارن، م س، ص: 140.

123- C.Cass, 1995, JCP, G 1995, أوردته مليكة بومخلد، النظام القانوني للتوقيع الالكتروني في القانون المغربي والمقارن، م س، ص: 140.

124 - قرارات أشار إليها : محمد عصام حزيمة، دليل الإثبات الالكتروني و سلطة القاضي التقديرية، مقال منشور بالموقع الالكتروني لوزارة العدل السورية.

ق ل ع للقول بأن التوقيع الالكتروني لا يكون بنفس طريقة التوقيع التقليدي بل يكون بكل ما يتيح التعرف على شخص الموقع ويعبر عن قبوله للالتزامات الواردة بالوثيقة الإلكترونية، وليس من الضروري أن يتم التوقيع على هذه الوثيقة بخط يد الملتزم ولا وضع خاتمه عليها، [125] حيث جاء في هذا القرار ما يلي:

"... وبخصوص ما أثارته الوسيلة بشأن القوة الثبوتية للوثيقتين الصادرتين بشكل الكتروني استنادا إلى عدم توقيعها من طرف الطالبة، وكونهما لا تحملان طابعها، فإنه لئن كان التوقيع هو المجسد لإرادة الملتزم ويتم في الحالات العادية بوضع علامة بخط يد الملتزم نفسه طبقا لأحكام الفصل 426 من ق ل ع، فإن التوقيع الإلكتروني لا يكون بنفس طريقة التوقيع التقليدي، بل إنه وبمقتضى الفصل 417 من نفس القانون يكون بكل ما يتيح التعرف على الشخص الموقع ويعبر عن قبوله للالتزامات الناتجة عن الوثيقة الالكترونية، ومن ثمة لا يشترط توقيع هذه الوثيقة بيد الملتزم، ولا وضع خاتمه عليها.

والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه التي ثبت لها أن الرسالتين المنازع فيهما تحملان اسم الطالبة ومجموعة من البيانات التي تعرف بها، واكتفت هذه الأخيرة - الطالبة- بالدفع بأنهما غير صادرتين عنها دون أن تطعن فيهما بالطرق المخولة لها قانونا، ردت وعن صواب الدفع المذكور بقولها: " إن المشرع المغربي أضفى على مثل هذه الوثائق الحجية في الإثبات بمقتضى الظهير الشريف بتنفيذ القانون رقم 05.53 المؤرخ في 2007/11/30 المتعلق بالتبادل الالكتروني، تتميما للفصل 417 من ق ل ع حيث اعتبرها دليلا كتابيا بعد أن عرف الدليل الالكتروني بأنه الدليل الناتج عن الوثائق المحررة على الورق أو الوثائق الخاصة أو عن أية إشارات أو رموز أخرى ذات دلالة واضحة كيفما كانت دعامتها وطريقة إرسالها..." ولم توضح الوسيلة وجه خرق القرار لمقتضيات الفصل الثالث من قانون المسطرة المدنية، وبذلك لم يخرق القرار أي مقتضى

125 - القرار عدد 250 الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 2013/06/06 في الملف رقم 2012/13/894.

ولم يحرف مضمون الوثائق، وجاء معللا تعليلا سليما، ومرتكزا على أساس، والوسيلتان على غير أساس...".

الفقرة الثانية: الرقابة القضائية على تقدير الأدلة الإلكترونية

إن حرية اقتناع القاضي لا تعني التحكم والحرية المطلقة دون ضابط ولا رقيب، فالاقتناع هو الاتجاه النفسي للقاضي لكنه يختلف عن مجرد الاعتقاد الشخصي فهذا الأخير يقوم على المشاعر والانطباعات العابرة، بينما يحتاج القاضي في تكوين اقتناعه من خلال تقديره لقيمة الأدلة إلى الاعتماد على المنطق لفرز الحقيقة من الأدلة المتوفرة لديه.

لذلك فإن السلطة التقديرية المخولة للقاضي في مجال تحديد قيمة الأدلة العلمية تتطلب منه أن يقدم في حكمه أسبابا يشرح فيها وجه التقييم الذي انتهى إليه، كما أن القاضي عند قيامه بترجيح الأدلة يكون عمله مراقبا من قبل محكمة النقض، لذلك يتعين عليه تعليل حكمه تحت طائلة تعريض قراره للنقض.

ويرى جانب من الفقه[126] أن رقابة جهة الطعن بالنقض ليست رقابة على رأي القاضي، وإنما رقابة على طريقة تكوين ذلك الرأي، ويمكن القول أن محكمة النقض لا تملك وسيلة منضبطة للتحقق من صحة هذا الرأي، لذا يتدخل القانون في طريقة تقدير القاضي للوقائع ويضع كمعيار لصحتها سلامة أسباب الحكم ويجعل منها وسيلة لبلوغ نتيجة صحيحة من الناحية الواقعية.

126 - محمد الكشبور، رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع في المادة المدنية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، الدار البيضاء، السنة الجامعية: 1986.

و بالنسبة لوسائل الرقابة على إعمال القاضي لسلطته التقديرية فنجد مجالها أساسا في الرقابة على أسباب الحكم القضائي،[127] أي استيثاق جهة الطعن بالنقض من أن تقدير القاضي الذي قام عليه اقتناعه الذاتي كان تقديرا صحيحا.

وعلى أية حال فإن تسبيب الأحكام القضائية يعتبر ضابطا لحصر نطاق العمل القضائي وتجنب كل تعسف محتمل قد يحصل في دائرة اقتناع القاضي وهو بصدد ممارسة حريته في تقدير الأدلة الالكترونية المعروضة أمامه، فبالرغم من أن القاضي غير ملزم بتبرير موقفه الذهني وإعطاء وصف عنه فإنه مدعوا إلى العناية بحكمه وذلك بتسبيب وذكر مؤدى الأدلة التي استمد منها اقتناعه الذاتي.

وبالإضافة إلى ذلك فإن الرقابة القضائية على تقدير الأدلة الالكترونية تبرز بوضوح في مراقبة محكمة النقض لمدى احترام القاضي لحق أطراف الدعوى في الإثبات إذ أن كل دليل يقدمه أحد أطراف الدعوى يتعين أن يعرض على الطرف الأخر لمناقشته والإدلاء برأيه فيه، بحيث لا يجوز الأخذ بدليل لم يعرض على الأطراف، حتى ولو كان قد عرض عليهم في قضية أخرى ولم يناقشوه في القضية القائمة، وهذا أمر جوهري لأنه يعطي لأطراف الدعوى فرصا متكافئة، ولذلك يحق لكل طرف أن يطلب الحصول على مهلة للاطلاع على الوثائق المدلى بها من طرف خصمه والرد عليها،

كما يحق للأطراف تقديم جميع ما تحت أيديهم وكل ما يستطيعون إبرازه من الأدلة للقضاء، وإذا لم يمكنهم القاضي من ذلك فإن ذلك يعد إخلالا بحقهم وسببا للطعن في الحكم بالنقض.

إذ أن كل وسيلة إثبات يتقدم بها احد الأطراف لإثبات إدعائه، يكون للطرف الأخر الحق في دحضها واثبات عكسها، فمثلا إذا كان الدليل الذي قدمه الطرف الأول رسالة الكترونية يجوز للطرف الأخر أن ينكر صدورها عنه أو يثبت أن بريده الالكتروني قد

---

[127] - نصت المادة 13 من الظهير المؤسس لمحكمة النقض الصادر في 27 شتنبر 1957 على أن الطعن بالنقض يمكن أن ينبني على عدم ارتكاز الحكم على أساس قانوني أو عدم وجود الموجبات.

تعرض للاختراق إذا لم يكن يريد الاعتراف بها، وإذا كان وثيقة الكترونية رسمية كان للطرف الأخر أن يطعن فيها بالزور شأنها شأن الوثيقة الورقية.

المطلب الثاني: خصوصية تسيير الإثبات في النزاعات المرتبطة بالدليل الإلكتروني

حتى يتم التقاضي في جو من العدالة والمساواة بين الخصوم، منح المشرع للقاضي سلطات واسعة في تسيير إجراءات الدعوى بحيث لا يترك الأمر للخصوم وفق أهوائهم وإنما تكون هناك إجراءات مسطرية محددة يتعين إتباعها.[128]

وبموجب تلك الإجراءات أصبح للقاضي دور كبير في قطع دابر المماطلة من أطراف الدعوى، حيث أن دوره لا يقتصر على مراقبة سير الدعوى، وإنما له دور مؤثر في تسييرها، وهذا التسيير يتميز بخصوصية عندما يتعلق الأمر بالنزاعات المرتبطة بالدليل الالكتروني، وتتجلى تلك الخصوصية في توزيع عبء الإثبات بين الأطراف من جهة "الفقرة الأولى"، وكذا الدور المحوري الذي تلعبه الخبرة في هذه النزاعات من جهة أخرى "الفقرة الثانية"

الفقرة الأولى: توزيع عبء الإثبات في النزاعات المتعلقة بالدليل الإلكتروني

اعتمدت مختلف التشريعات على مبدأ حياد القاضي الذي يعني أن يتخذ القاضي موقف سلبي في النزاع، بحيث يمتنع عليه أن يبحث عن الأدلة بنفسه، بل يجعل القضاء ميزان عدل ترجح إحدى كفتيه على الأخرى بقوة ما يلقيه فيها أحد الأطراف من أدلة، ومن أجل تفعيل هذا المبدأ يتعين أن يتم تكليف أحد الخصمين بتقديم الدليل فإذا قام بذلك حكم له وإذا تعذر عليه ذلك خسر حقه رغم احتمال صدقه،[129] ومن هذا المنطلق تبرز

---

128 - رائد زيدات، سلطة القاضي في إدارة الخصومة المدنية في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني، دراسة مقارنة، رسالة لاستكمال متطلبات درجة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، جامعة بير زيت، 2013، ص: 139.

129 - محمد مصطفى الزحيلي، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، م س، ص 646

أهمية تحديد الطرف الذي يقع عليه عبء الإثبات لأن هذا الأخير هو الذي يتعين عليه القيام بأمر ايجابي تتوقف عليه نتيجة الدعوى بينما يكتفي خصمه بان يقف في الدعوى موقفا سلبيا.

الطرف الملقى عليه عبء الإثبات:

تقضي قاعدة الإثبات الفقهية الإسلامية بأن البينة على المدعي واليمين على من أنكر،[130] ولقد كرس ق ل ع وسائر القوانين الوضعية الحديثة هذه القاعدة، فالمدعي هو الملزم بإثبات ادعائه سواء كان دائنا يدعي ثبوت الدائنية أو مدينا يدعي التخلص من المديونية، وهنا نورد قرار لمحكمة النقض جاء فيه: "القاعدة الأساسية هي أن البينة على المدعي فلا يجوز نقل عبئها إلى المدعى عليه".[131]

لكن قبل التفصيل في موضوع عبء الإثبات الملقى على المدعي يتعين علينا في البداية أن نحدد مفهوم المدعي والمدعى عليه، لما ينطوي عليه الأمر من أهمية قصوى فقد روي عن سعيد بن المسيب قوله: " أيما رجل عرف المدعي من المدعى عليه لم يلتبس عليه ما يحكم بينهما ".[132] وليس من السهل على القاضي معرفة المدعي من المدعى عليه فليست العبرة بمن يرفع الدعوى أو يطالب خصمه بحق لان ذلك قد يتوفر في كلا الطرفين.[133]

وحسب الفقهاء فالمدعي هو كل من كان قوله مخالفا للوضع الثابت سواء كان هو الذي رفع الدعوى أو أنها رفعت في مواجهته، والوضع الثابت إما أن يكون ثابتا أصلا أو عرضا أو أن يكون تابتا حكما.[134]

والوضع الثابت أصلا هو الوضع العادي الذي يتفق مع الحقيقة لأنه يوافق طبيعة الأشياء ويمثل العادي والمألوف، وهو ما يظهر للناس بصفة عامة لذلك يطلق عليه

130 - يقول الرسول صلى الله عليه وسلم: "لو يعطى الناس بدعواهم لادعى أناس دماء رجال وأموالهم ولكن البينة على المدعي".

131 - قرار المجلس الأعلى سابقا محكمة النقض حاليا عدد 1960/30 صادر بتاريخ 1960/10/21 ملف 2372 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى 1964.

132 - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، الموسوعة الفقهية الكويتية، منشور بالموقع الالكتروني www.islam.gov.kwص286

133- محمد مصطفى الزحيلي، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، م س، ص: 648.

134 - محمد بن يوسف الكافي، إحكام الأحكام على تحفة الحكام، مطبعة دار الفكر، بيروت، الطبعة الثالثة، 1973، ص 8.

الظاهر، ويعتمد الناس عليه في معاملاتهم في أكثر الأحوال،[135] فالأصل الصحة والعقل ومن يزعم المرض أو الجنون فهو مدع خلاف الأصل وعليه البينة، والأصل في الحقوق الشخصية هو براءة الذمة والتزامها يعتبر أمرا طارئا وعليه فإن مدعي الدين يكون ملزما بإثبات هذا الأمر الطارئ، والأصل في العقود الصحة فإذا طعن فيها أحد بالصورية أو الزور يتعين عليه إثبات ما يدعيه لأن ذلك أمر طارئ.

أما الوضع الثابت عرضا فيتحقق في الحالة التي يدعي فيها شخص انه دائن لآخر ويستطيع إثبات إدعائه وانشغال ذمة المدين بالدين، فهنا الوضع الثابت أصلا يصبح لا يمثل الحقيقة، وإنما يصبح الظاهر أن المدعى عليه مدين، وهو الظاهر عرضا، وإذا ما أدعى المدين انه وفى الدين فعليه يقع عبء إثبات دعواه.[136]

وبالنسبة للوضع الثابت حكما فهو الذي يفترض المشرع ثبوته بناء على قرينة قانونية يقيمها لصالح المدعي ليعفيه مؤقتا من عبء الإثبات لحكمة يقدرها المشرع، وغالبا ما يلجأ المشرع إلى هذه الوسيلة عندما يتبين له أن جعل عبء الإثبات على عاتق المدعي سيحمله ما لا طاقة له به نظرا لوجوده في ظروف معينة تجعل من الصعب عليه تحمل عبء الإثبات، كما هو الشأن في مسؤولية حارس الحيوان وحارس البناء ومسؤولية التابع عن أعمال المتبوع ، ففي كل هذه الحالات يكتفي المتضرر بإثبات وقوع الضرر لتنهض قرينة قانونية على خطا المدين ويكون على هذا الأخير أن يدفع المسؤولية الملقاة على عاتقه.

وعلى كل حال فإن الثابت أصلا في كل دعوى لا يكون إلا أمرا واحدا، أما ما يثبت عرضا فيمكن أن تكون أمورا متعددة تثبت بالتوالي أثناء سير الدعوى فكلما أثبت

135 - عصمت عبد المجيد بكر، شرح قانون الإثبات، مطبعة المكتبة القانونية، بغداد، طبعة 2006، ص: 67.

136 - عصمت عبد المجيد بكر، شرح قانون الإثبات، م س، ص: 70

أحد الأطراف أمرا لصالحه كان على الطرف الأخر أن يثبت عكسه، وهكذا ينتقل عبء الإثبات بينهما إلى أن يعجز أحدهما عن إثبات خلاف الثابت عرضا فيحكم عليه.[137]

جدير بالذكر أن القاضي لا يكون ملزما بأن يوضح للأطراف على من يقع عليه عبء الإثبات، لكنه يحكم مراعيا من كان من الخصمين مدعيا ومن كان منهم مدعى عليه، وهذا الأمر يعتبر نقطة قانونية تخضع لرقابة المجلس الأعلى.

علاقة عبء الإثبات بالنظام العام:

اختلف الفقه حول ما إذا كانت القواعد المتعلقة بعبء الإثبات من النظام العام أم لا،[138] وهذه المسألة تعد من الأهمية بمكان ذلك أن القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام يمكن للقاضي إثارتها من تلقاء نفسه، كما يمكن للأطراف التمسك بها في أي مرحلة من مراحل التقاضي ولو للأول مرة أمام محكمة النقض، ولا يمكن الاتفاق على مخالفتها لتعلقها بالمصلحة العامة ونظام المجتمع.[139]

وقد اعتبر اتجاه فقهي بأن قواعد عبء الإثبات من النظام العام، لأن المشرع وضعها بغية تنظيم القضاء وحسن سير العدالة، لذلك فإن الأفراد لا يملكون حرية تغييرها لكونها وثيقة الصلة بالنظام القضائي، وهذا التوجه تبناه القضاء البلجيكي.

في حين يعتبر اتجاه فقهي أخر بأن هذه القواعد غير مرتبطة بالنظام العام لكونها وضعت أساسا لحماية مصلحة الخصوم، وليس لإرشاد القضاة، وعليه إذا كان من حق الأشخاص أن يتنازلوا عن حقوقهم ذاتها فإن بإمكانهم التنازل عن القواعد القانونية التي تهدف إلى حماية هذه الحقوق، كما أن الأطراف أحرار في تقديم الأدلة التي أباحها المشرع، وقد تبنى هذا الرأي القضاء المصري حيت جاء في إحدى القرارات الصادرة

137 - سليمان مرقس، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية، مطبعة دار الجيل، القاهرة، الطبعة الرابعة، 1986. ص 120.

138 - يعرفه د/السنهوري النظام العام بقوله: "هو كل ما يرتبط بمصلحة عامة تمس النظام الأعلى للمجتمع سواء كانت هذه المصلحة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية أو خلقية وهي التي يعبر عنها بقواعد الآداب" عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، مطبعة دار إحياء التراث العربي، طبعة 1997، ص: 99.

139 - محمد مصطفى الزحيلي، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، م س، ص 647.

عن محكمة النقض المصرية ما يلي: "إن قواعد عبء الإثبات لا تتصل بالنظام العام ولذا يجوز الاتفاق على مخالفتها".[140]

وبالنسبة للتشريع والقضاء المغربي فلم يتناول هذه المسألة بالدراسة، لكن الفقه المغربي يعتبر بأنه يتعين العمل بالرأي السائد بفرنسا ومصر واعتبار كل اتفاق يتعلق بتعديل قواعد الإثبات الموضوعية اتفاق صحيح نافذ.[141]

الفقرة الثانية: الدور المحوري للخبرة في النزاعات المتعلقة بالدليل الإلكتروني

إذا كان للقاضي الصلاحية الكاملة في الأخذ والموازنة بين الحجج المدلى بها من طرف الخصوم واستخلاص ما بها، وإعطائها ما تستحق من قوة ثبوتية في ظل وسائل الإثبات العادية، فإن الإشكال يبقى مطروحا بخصوص الموازنة بين وسائل الإثبات العادية ووسائل الإثبات الالكترونية،[142] وكذا في الحالة التي يدعي فيها أحد الأطراف أن الدليل الالكتروني المدلى به غير صادر عنه أو انه لا يتوفر على الشروط القانونية المتطلبة للاعتداد به، فكيف يمكن للقاضي أن يستخدم سلطته التقديرية في ظل مجال يغلب عليه الطابع التقني مع العلم أن الإطار المعرفي للقاضي بهذا الشأن يبقى ناقصا؟

إذ أن التطور العلمي الهائل والمتسارع للتكنولوجيا يجعل من الصعب على القاضي مهما كان تكوينه العلمي أو المعرفي أن يلم بكافة المسائل ذات الطبيعة التقنية أو الفنية.[143]

ولتجاوز نقص الخبرة والمعرفة بالوسائل الالكترونية فإن المشرع المغربي خول للقاضي سلطة تقديرية للأمر بإجراء خبرة،[144] وتعيين الخبير الذي يقوم بهذه المهمة، إما

140 - قرار لمحكمة النقض المصرية صادر بتاريخ 1967/11/21 أشار إليه محمد مصطفى الزحيلي، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، م س، ص 238.

141 - إدريس العلوي العبدلاوي، وسائل الإثبات في التشريع المدني المغربي، م س، ص: 97.

142 - محمد بوعمامة، حجية وسائل الاتصال الحديثة في الإثبات المدني على ضوء قانون 05-53، م س، ص:24.

143 - إدريس النوازلي، الإثبات الجنائي لجرائم الأعمال بالوسائل الحديثة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية و الاجتماعية، وجدة،السنة الجامعية 2013/2012، ص:374.

تلقائيا أو باقتراح أحد أطراف النزاع أو باتفاقهم، للاستعانة به من أجل استكمال معلوماته وتسليط الضوء على ما غمض من الدليل الالكتروني المعروض عليه، وعلى المحكمة أن تبين دواعي إجراء الخبرة، وفي حالة رفض الطلب إجرائها وجب عليها تعليل ذلك، والأصل في الخبرة أن المحكمة غير ملزمة بإجابة طلب تعيين الخبير وأن الأمر متروك لسلطتها التقديرية، حيث أن محكمة النقض قد قررت في هذا الشأن أن عدم الرد على طلب إجراء خبرة يفسر بأنه رفض ضمني لا يفسد الحكم، ما لم يتعلق الأمر بطبيعة الحال بإجراء قد يترتب على إغفاله إضرار بالخصم تطبيقا لمقتضيات الفصل 49 من قانون المسطرة المدنية، وفي هذا الاتجاه جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 07 مارس 1995: "يجب على المحكمة أن تبني حكمها على اليقين فإذا طلب أحد ألأطراف إجراء تحقيق للتأكد من واقعة ما وكان هذا الإجراء ضروريا للكشف عن الحقيقة، فيجب عليها الرد بشأنه إما بقبوله أو برفضه ."[145]

ونظرا للطابع العلمي للخبرة فإنها تحتل مكانة مرموقة في ظل نظام الإثبات الالكتروني إذ لا يمكن للمحكمة الاستغناء عنها بأي حال من الأحوال وقد نص المشرع المغربي في المادة 59 من قانون المسطرة المدنية على صلاحيات القاضي في الأمر بإجراء الخبرة، من طرف خبير محلف أو استثناء من طرف خبير غير مسجل بالجدول شريطة أدائه اليمين أمام الهيئة القضائية التي عينته، على أن يقوم بأمانة وإخلاص بالمهمة المسندة إليه وأن يعطي رأيه بكل تجرد واستقلالية وتبرز أهمية اليمين في كونها تحمل الخبير على على الصدق والأمانة في عمله، وتبث الطمأنينة في آرائه التي يقدمها،

---

144 -الخبرة القضائية هي " الإستشارة الفنية التي يستعين بها القاضي لمساعدته في تكوين عقيدته نحو المسائل التي يحتاج تقديرها إلى معرفة أو دارية علمية خاصة لا تتوافر لديه والخبرة الفنية تعتبر إجراء من إجراءات التحقيق بحسب الأصل"، وقد نظمها المشرع المشرع المغربي في المواد من 59 إلى 66 من قانون المسطرة المدنية . والخبرة هي مهنة حرة تشارك في أداء خدمة عمومية وتنوير القضاء، وقد اعتنى المشرع المغربي بهذه المهنة ونظمها بمقتضى القانون رقم 00 – 45 المتعلق بالخبراء القضائيين.

145 -محمد اوراغ، الخبرة القضائية في المواد المدنية والجنائية، عرض منشور بالموقع الالكتروني، ص: 4

سواء بالنسبة لتقدير القاضي أو لثقة بقية أطراف الدعوى، لكن يمكن الاستغناء عن هذا اليمين باتفاق الأطراف.[146]

تجدر الإشارة إلى أن المشرع المغربي ألزم على القاضي تحديد النقط المعروضة على الخبير للحسم فيها والتي تكون عبارة عن أسئلة فنية لا علاقة لها مطلقا بالقانون، والهدف الذي توخاه المشرع من هذا المقتضى يكمن في مواجهة ظاهرة تجاوز بعض الخبراء القضائيين أثناء مزاولات مهامهم لما هو محدد في الأمر التمهيدي إما تلقائيا أو بحجة غموض ولبس النقط المطلوب التعرض لها.[147]

كما أوجب بالمادة 60 من ق م م تحديد أجل معقول لوضع تقرير الخبرة، والغرض من هذا المقتضى هو تجاوز التأخير المتكرر للملف إلى حين حصول المحكمة على التقرير والذي كان يؤدي على البطء في تصريف القضايا، وفي حالة ما إذا استجدت ظروف طارئة تحتم تغيير الخبير الذي سبق للمحكمة أن عينته بكيفية قانونية كوفاته أو عزله من منصبه أو رفضه للمهمة التي أنيطت به، أو مرض ألم به وأقعده عن تنفيذ المأمورية الموكولة إليه، أو تجريحه بكيفية قانونية، فإن المحكمة تعين خبيرا أخر بدلا منه بدون استدعاء الأطراف حيث يتم إشعارهم فقط بالتغيير الحاصل.

والخبير هو كل شخص له دراية خاصة بمسألة من المسائل ويتعين أن يكون الخبير المعين في نزاع متعلق بالدليل الالكتروني مؤهلا علميا، ومهنيا، وذلك بحصوله على شهادة جامعية، بل ودراسات عليا في فرع التخصص، فضلا عن حصوله على التدريب المهني والقانوني المناسب، نظرا لعظم الدور الموكـــــل إليه، ليس هـــــذا فحسب بل

146 - عبد الناصر محمد محمود فرغلي، محمد عبيد سيف سعيد المسماري، الإثبات الجنائي بالأدلة الرقمية من الناحيتين القانونية والفنية، دراسة تطبيقية مقارنة، المؤتمر العربي الأول لعلوم الأدلة الجنائية والطب الشرعي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 12-2007/11/14.

147 - محمد اوراغ، الخبرة القضائية في المواد المدنية والجنائية، م س، ص:5.

واستمراره في عمليتي التدريب والتعليم المستمرين خلال حياته الوظيفية، حتى يتمكن من مواكبة كل ما هو جديد في مجال تخصصه لحظة بلحظة.

هكذا يجب أن يكون الخبير ملما بتركيب الحاسوب وصناعته ونظم تشغيله الرئيسية والفرعية، كما يجب أن يكون على علم بطبيعة البيئة التي يعمل في ظلها الحاسوب من حيث تنظيم ومدى تركيز أو توزيع عمل المعالجة الآلية وتحديد أماكن التخزين والوسائل المستخدمة في ذلك.

وان يكون قادرا على إتقان مهمته دون أن يترتب على ذلك أعطاب أو تدمير الأدلة المتحصل عليها من الوسائل الالكترونية، وأن يتمكن من نقل أدلة الإثبات غير المرئية وتحويلها إلى أدلة مقروءة والمحافظة على دعامتها إلى حين القيام بأعمال الخبرة بغير أن يلحقها تدمير أو إتلاف مع إثبات أن المخرجات الورقية لهذه الأدلة تطابق ما هو مسجل على دعامتها الممغنطة.

وعلاوة على ما تقدم فإن الخبير المعلوماتي لكي يكون قادرا على القيام بمهمته على أكمل وجه، يجب أن يكون ملما بوسائل وبرامج وطرق فحص الحاسب الآلي كبرامج كشف وإزالة الفيروسات، وبرامج استرجاع البيانات والمعلومات وإصلاح التالف منها وإظهار المخفي منها وبرامج فك الشفرات وكلمات السر، ...إلخ، وكيفية الربط بين الدليل المادي والدليل الرقمي في الوقائع محل البحث، من أجل استخلاص نتائج ذات دلالة علمية وقضائية.[148]

وعلى كل حال فإن الخبير المعلوماتي المعين يقوم بعد الانتهاء من أبحاثه وفحوصاته، بإعداد تقرير يضمنه خلاصة ما توصل إليه من نتائج بعد تطبيق الأسس والقواعد العلمية الفنية على المسائل محل البحث، وإذا لم يجد القاضي في تقرير الخبرة الأجوبة على النقط التي طرحها على الخبير يمكن له بموجب المادة 64 من ق م م أن

148 - عبد الناصر محمد محمود فرغلي، محمد عبيد سيف سعيد المسماري، الإثبات الجنائي بالأدلة الرقمية من الناحيتين القانونية والفنية، م س، ص: 33

يأمر بإرجاع التقرير إليه قصد إتمام المهمة، كما يمكنه تلقائيا أو بطلب من أحد الأطراف استدعاؤه لحضور الجلسة التي سيستدعي لها جميع الأطراف لتقديم الإيضاحات والمعلومات اللازمة التي تضمن في محضر يوضع رهن إشارة الأطراف.

وفي جميع الأحوال فإن تقرير الخبرة يكون دائما محلا لمناقشة أطراف النزاع وموضوعا لطعونهم ولذلك يمكن مثلا لمن قدم التقرير في مصلحته أن يستند إلى ما تضمنه من أبحاث وحجج وآراء وما توصل إليه الخبير من نتائج وما اشتمل عليه محضر الأعمال من الأقوال والملاحظات للتدليل على صحة ادعائه وسندا له كما يكون لهذا الخصم أن يفسر ما غمض من عبارات التقرير بما يتفق مع مصلحته في الدعوى المثارة أمام المحكمة.

أما الخصم الآخر فله الحق أيضا في مناقشة مضامين هذا التقرير فيفند ما جاء فيه مبرزا ما يحتوي عليه من تناقض بين أجزائه، أو خطأ في بياناته، أو فساد في الرأي أو الاستدلال أو في الاستنباط، وله أن يطعن في المقدرة العلمية أو الفنية للخبير انطلاقا من الهفوات التي يشملها تقريره، ولمحكمة الموضوع كذلك الحق في مناقشة تقرير الخبرة على النحو الذي أشارت إليه المادة 64 من قانون المسطرة المدنية.[149]

حيث يصدق على رأي الخبير ما يصدق على غيره من الأدلة فالمحكمة غير مقيدة بتقرير الخبير فلها أن تأخذ به أو تستبعده، وإن كان الواقع يظهر أن القاضي غالبا ما يسلم بما خلص إليه الخبير في تقريره، ويبني حكمه على أساسه، وهذا التصرف منطقي من القاضي، فلا شك في أن رأي الخبير ورد في موضوع فني لا اختصاص للقاضي به، وليس من شأن ثقافته أو خبرته القضائية أن تتيح له الفصل فيه، بالإضافة إلى ذلك فهو الذي انتدب الخبير ووثق فيه ورأى أنه مناسب لمهمته.

لكن المحكمة بما لها من سلطة تقديرية قد لا تقتنع بما ورد في تقرير الخبير، كما قد ينتابها شك بخصوصه، أو قد يتبين لها بأن الخبير لم يحترم الإجراءات الشكلية الواجب

149 - محمد اوراغ، الخبرة القضائية في المواد المدنية والجنائية،م س، ص:12.

توافرها في الخبرة لذلك يمكن لها استبعاد تلك الخبرة،[150] لكن هذا الاستبعاد يجب أن يكون مبررا وفي هذا الصدد جاء في قرار لمحكمة النقض " المجلس الأعلى سابقا "حيث إن الحكم المطعون فيه عندما استبعد رأي الخبير المعين لتقدير التعويضات الممنوحة لطالب النقض كان عليه أن يأتي بأسباب واضحة كافية ليعرب عن رأيه المخالف رأي الخبير وحيث لم يفعل فقد خالف بذلك اجتهاد المجلس الأعلى ولم يمكنه من ممارسة رقابته وتعرض بذلك للنقض".[151]

كما أن دحض القاضي لما هو تقني أو علمي لا ينبغي أن ينبني على معلومات شخصية أو تصريحات مجردة مدلى بها بل يكون الاستبعاد عند الشك في التقدير أو تعارض تقريرين، فهنا للقاضي الصلاحية في انتداب خبير ثان أو ثالث لرفع اللبس.

150 - يرى بعض الفقه المصري ضرورة إعطاء قوة إلزامية لتقرير الخبير، وذلك على أساس أن القاضي إذا رفض رأي الخبير فقد تعارض مع نفسه، إذ يعني ذلك أنه أراد أن يفصل بنفسه في مسألة سبق أن اعترف في بادئ الأمر بأن الخبير يتمتع فيها بمعرفة ودراية تفوق معرفته الشخصية.

انظر أمال عبد الرحمان عثمان، الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات الجنائي، منشأة المعارف، الإسكندرية طبعة 2005، ص: 307.

151 - قرار للمجلس الاعلى عدد 889 صادر بتاريخ 1972/7/27.

المبحث الثاني: ندرة الاجتهادات القضائية في مجال الإثبات الإلكتروني

يشكل الاجتهاد القضائي محرك القاعدة القانونية، فهو الذي يعمل على خلق الموازنة بين مضمون النص القانوني ومتطلبات الواقع بما يخدم مصالح المجتمع ويضمن حسن التطبيق شكلا ومضمونا.

وعندما يكون هناك ندرة في إعمال نص قانوني معين فإن ذلك يدل على وجود خلل ما في ذلك النص، فإما أنه متجاوز وغير مواكب للعصر الذي وضع فيه، أو أنه غير ملائم للبيئة أو المجتمع الذي يتوجه لهما ذلك النص.

وبالرجوع إلى موضوع بحثنا وهو الإثبات بالوسائل الالكترونية فإننا لاحظنا قلة إن لم نقل ندرة وشح الاجتهادات القضائية التي تهم الأدلة الالكترونية رغم أن المشرع المغربي يعرف انفتاحا متزايدا على الوسائل التكنولوجية الحديثة، حيث يكثر استخدامها في التعاملات والعقود المبرمة بين الأفراد والشركات.

ويمكن القول بأن أهم أسباب ندرة الاجتهاد القضائي في مجال الإثبات الالكتروني يتمثل في: تقييد صلاحيات القاضي المدني في الإثبات "المطلب الأول"، إضافة إلى قلة المنازعات المثارة بشأن المعاملات الالكترونية "المطلب الثاني".

المطلب الأول: تقييد صلاحيات القاضي المدني في الإثبات

خول المشرع للقاضي مجموعة من السلطات المتعلقة بإدارة الدعوى واستكمال عناصر الإقناع، مثل توجيه اليمين المتممة في بعض الحالات والأمر بإجراء بحث بين الأطراف، وإجراء خبرة لتوضيح أمر تقني، غير أن هاته السلطات ليست مطلقة وإنما مقيدة تارة بنص قانوني وتارة بمجموعة من المبادئ القانونية التي تنظم العمل القضائي والذي يظل أبرزها مبدأ حياد القاضي، ولتوضيح الأمر أكثر سنقسم هذا المطلب إلى فقرتين نتناول في الأولى "طغيان مبدأ الإثبات المقيد في المجال المدني"، ونتحدث في الفقرة الثانية عن "مبدأ حياد القاضي المدني".

الفقرة الأولى: طغيان مبدأ الإثبات المقيد في المجال المدني

إن مختلف التشريعات التي نظمت وسائل الإثبات لم تخرج عن أحد المذاهب الثلاثة التالية: مذهب الإثبات الحر أو المطلق، مذهب الإثبات المقيد أو القانوني، مذهب الإثبات المختلط.

1- مذهب الإثبات الحر أو المطلق:

يعتبر هذا المذهب بأن الأصل في الإثبات الإباحة حيث يحق للمدعي إثبات دعواه بجميع طرق الإثبات، ويحق للقاضي تكوين قناعته من أي دليل يطلع عليه، كما يملك سلطة مطلقة في تحري الوقائع التي تعرض عليه، وبعد ذلك يقضي حسب القناعة التي تكونت لديه.

ومن مزايا هذا المذهب انه يجعل الحقيقة القانونية اقرب إلى الحقيقة الواقعية، ويسهل على الخصوم إثبات دعواهم ويتيح المجال للقاضي لتطبيق العدالة،[152] لكن يؤخذ عليه انه يطلق يد الخصوم في محاولة الإثبات بمختلف الأدلة القوية والضعيفة، مما يؤدي إلى تضارب الأدلة وتهاتر الأقوال والبينات، كما أن مصير الأطراف يكون رهين

152 - محمد مصطفى الزحيلي، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، م س، ص 618.

بوجهة نظر القاضي ويكون حل النزاع مجالا واسعا للاختلاف، ومن شأن ذلك أن يزعزع ثقة المتقاضين بالقضاء، وقد أخذت جميع التشريعات القديمة بهذا المذهب، ولا يزال مطبقا في بعض تشريعات مثل التشريع السويسري والانجليزي والأمريكي.[153]

2 مذهب الإثبات المقيد أو القانوني:

يقوم هذا المذهب على أساس الحد من سلطة القاضي في التدخل بالخصومة، وذلك عن طريق تعيين وسائل إثبات لا يجوز للخصم إثبات الحق الذي يدعيه إلا بها، وتحديد قوة كل دليل وحجيته، وإلزام القاضي بالوقوف في الدعوى موقف الحياد بحيث يمتنع عليه الحكم بعلمه الشخصي أو قناعته المجردة كما لا يجوز له أن يستجمع الأدلة وإنما يقتصر على ما يعرض عليه منها، حيث يبقى دور القاضي في هذا المذهب سلبيا.[154]

ومن مميزات هذا المذهب انه يحقق استقرار المعاملات نظرا لما ينتج عنه من استقرار في الأحكام،[155] لكنه من جهة ثانية كثيرا ما يجعل الحقيقة القانونية بعيدة عن الحقيقة الواقعية ذلك أن الخصوم يعجزون أحيانا عن إثبات حقوقهم بالطرق التي حددها القانون وذلك لعدة أسباب من بينها الجهل بالقانون والثقة في المعاملات.[156]

3 مذهب الإثبات المختلط:

حاول هذا المذهب الأخذ بمزايا المذهبين السابقين وتجنب سلبياتهما عن طريق تبني مبدأ حياد القاضي، وحصر وسائل الإثبات المقبولة قانونا وترتيبها حسب قوتها الثبوتية، وتخويل القاضي سلطة واسعة في تقدير قيمة ما يعرض عليه من الأدلة خاصة تلك التي لم يحدد لها القانون قوة معينة.

153 - إدريس العلوي العبدلاوي، وسائل الإثبات في التشريع المدني المغربي، م س، ص: 22.

154 - إدريس العلوي العبدلاوي، وسائل الإثبات في التشريع المدني المغربي، الجزء الأول، القواعد العامة لوسائل الإثبات، شهادة الشهود، القرائن، المطابع الفرنسية والمغربية، الرباط، الطبعة الأولى 1971، ص11.

155 - محمد مصطفى الزحيلي، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، م س، ص 619

156 - إدريس العلوي العبدلاوي، وسائل الإثبات في التشريع المدني المغربي، م س، ص: 24.

ونظرا لما حققه هذا المذهب من تقريب بين الحقيقة القانونية والحقيقة الواقعية إلى جانب الحفاظ على الثقة اللازمة لاستقرار المعاملات فقد أخذت به جل التشريعات الحديثة كما هو الشأن بالنسبة للقانون الفرنسي والايطالي والسوري.[157]

جدير بالذكر أن نظام الإثبات المختلط يختلف من نظام قانوني إلى أخر، حيث يتفاوت بين الأنظمة شدة وضيقا، فهناك من ذهب بعيدا في تقييد حرية القاضي في تلمس الدليل من اجل تحقيق استقرار المعاملات وهناك من ترك له الحرية الواسعة في هذا المجال من اجل تجسيد فكرة الأحكام القضائية عنوان الحقيقة، كما يتفاوت نظام الإثبات من مجال إلى أخر فتبلغ القيود أعلى نسبتها في المدني، وتنخفض في الجنائي.[158]

وبالنسبة للمشرع المغربي فإننا نجد بأنه بقراءة الفصل 443 من ق ل ع يتبين بأن المشرع المغربي تبنى مذهب الإثبات الحر وكذا الإثبات المقيد، فالمذهب الأول يطبق في حالة إثبات الالتزامات والحقوق التي تتجاوز قيمتها عشرة ألاف درهم، أما المذهب الثاني فيتعلق بكل ما يتجاوز عشرة ألاف درهم إذ أن المشرع اشترط لإثبات الحقوق والالتزامات التي تتجاوز هذا المبلغ أن تحرر بها حجة كتابية.

وكما نعرف فإن القضايا التي تكون محل نزاع أمام القاضي المدني غالبا ما تتجاوز 10 ألاف درهم، لذلك فإنه يبقى ملزما بمبدأ الإثبات المقيد وهذا ما يمنعه من أن يأخذ بعين الاعتبار مجموعة من الأدلة الالكترونية التي يمكن أن تشكل دليلا يوصله إلى الحقيقة مثل الرسائل الالكترونية الغير موقعة أو الصادرة من حسابات بأسماء مستعارة.

وفي هذا الصدد نورد قرارا صادرا عن محكمة الاستئناف بالدار البيضاء، الغرفة المدنية، صادر بتاريخ 2015/03/05، جاء فيه: " لا يعتد بالتبليغ عن طريق البريد

157 - محمد مصطفى الزحيلي، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، م س، ص: 618.

158 - إدريس العلوي العبدلاوي، وسائل الإثبات في التشريع المدني المغربي، م س، ص: 26

الالكتروني إلا إذا كان يتضمن إمكانية التحقق بصفة قطعية من هوية المرسل والمرسل إليه".[159]

ومعلوم بأن القضاء لطالما كان مقيدا بالنصوص القانونية لذلك نجد بأنه في بداية ظهور الأدلة الالكترونية وقبل صدور القوانين المنظمة لهذه الأخيرة فقد كان القضاء يحجم عن الاعتراف بحجية تلك الأدلة وفي هذا الصدد نجد حكم صادر عن محكمة فرنسية جاء فيه: على من يطالب بتنفيذ موجب يستوجب عليه إثباته، كما وأن إثبات الموجب لا يمكن أن ينجم إلا بالاستناد إلى المواد 1322 وما يليها من القانون المدني الفرنسي،.... فإن إثبات الالتزام لا يمكن أن ينتج عن ما يسمى التوقيع المعلوماتي الصادر عن آلة يتحكم المدعي ويتصرف فيها بكامل الحرية".[160]

الفقرة الثانية: مبدأ حياد القاضي المدني

يقصد بمبدأ الحياد أن القاضي لا يحكم بعلمه الشخصي في الدعوى كما لا يسعى لجمع الأدلة بنفسه لاستكمال قناعته، بل يقتصر دوره على أن يتلقى الأدلة التي يقدمها الخصوم سواء للإثبات أو للنفي وفقا للقواعد التي حددها القانون، حيث يقف متفرجا على مقارعة الحجج وتبادل الوثائق والأدلة دون أن يتدخل لمساندة أحد الأطراف، أي انه يأخذ موقف سلبي من كلا الخصمين على حد سواء.[161]

ولا يجوز للقاضي تبعا لهذا المبدأ أن يعول على أدلة وصلت إلى علمه الشخصي فقط،[162] أو أن يقضي بعلمه لأن علم القاضي يكون دليلا في النازلة المطروحة أمامه، ولما كان من حق الأطراف مناقشة ذلك الدليل فإن القاضي ينزل منزلة الخصوم فيكون

---

159 - قرار عدد 1/1928 صادر عن محكمة الاستئناف بالدار البيضاء، الغرفة المدنية، بتاريخ 2015/03/05، في الملف رقم 2014/1201/5436.

160 - Tribunal sete, 9 mai 1984, JCP 1986, Ed, 15/13 أوردته مليكة بومخلد، النظام القانوني للتوقيع الالكتروني في القانون المغربي والمقارن، م س، ص: 139.

161 - عفيفة البقالي، القاضي المدني واستثناءات مبدأ الحياد، مقال منشور بالموقع الالكتروني http://www.marocdroit.com/.

162 - ادريس العلوي العبدلاوي، م س، ص 39.

خصما وحكما وهذا لا يجوز،وقد شرعت هذه القاعدة حتى لا يترك للقضاة الحرية في إصدار الأحكام كما يشاءون ويعللونها بأنهم استندوا إلى معلوماتهم.[163]

لكن هذا المبدأ على الرغم من إيجابياته الكثيرة، فإنه من جانب أخر ضيق كثيرا من السلطة التقديرية للقاضي المدني وجعل دوره سلبيا بالرغم من أن مهمة الولاية تلزم القاضي أن يكون دوره إيجابيا، ولن يتأتى هذا إلا من خلال فتح الباب أمامه للاجتهاد والإبداع الشيء الذي من شأنه تفعيل السلطات المخولة له.[164]

كما أن تفعيل دور القاضي في مجال الإثبات من شأنه أن يساعده على مواجهة التحديات التي تفرزها التطورات التي يشهدها العالم في مختلف المجالات، وابرز مثال على ذلك ما نتج عن التعامل بواسطة وسائل الاتصال الحديثة وما واكبه من إشكاليات تتعلق أساسا بكيفية تعامل القاضي مع هذه الوسائل وربطها بالحق المتنازع فيه.

المطلب الثاني: قلة المنازعات المثارة بشأن المعاملات الالكترونية

عند البحث عن أحكام قضائية تتعلق بالأدلة الالكترونية فإننا نلاحظ بأن الفاعلين في القطاع من قضاة ومحامون وموظفون، قلما صادفوا ملفا من هذا القبيل، ويرجع الأمر أساسا إلى قلة المنازعات المثارة بشأن المعاملات الالكترونية.

إذ أن التعامل بالوسائل الالكترونية لا يزال في بداياته بالمغرب،كما لا يزال هناك جهل عند غالبية المجتمع المغربي بالمقتضيات القانونية المنظمة للإثبات والتعامل عبر الوسائل الالكترونية، لذلك يتم اللجوء إلى حل النزاعات التي تحدث بين الأشخاص في البيئة الرقمية بعيدا عن القضاء.

كما أن التعاملات الالكترونية وعلى الرغم من انتشارها المتزايد إلا أنها تتعلق بالغالب بمعاملات مالية زهيدة، لمعرفة الأشخاص بالمخاطر العديدة التي تواجههم في

163 - محمد بن معجوز، وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي، ص 6 وما بعدها.

164 - محمد بوعمامة، حجية وسائل الاتصال الحديثة في الإثبات المدني على ضوء قانون 05-53، م س، ص: 24

البيئة الرقمية مثل كتغيير المعلومات المرسلة أو إلغائها أو الإطلاع عليها من قبل الغير وانتهاك سريتها، أو نشر المعلومات غير الصحيحة وسرقة الأجهزة الالكترونية ووسائط التخزين، وإنكار إرسال الأمر و الأخطاء في الاتصال.[165]

لأجل كل ذلك يمكن القول بأنه يتعين توفير ثقة وأمان قانوني أكبر في المعاملات والعقود الالكترونية، لأن من شأنهما إعطاء ضمانات مهمة لازدهار المعاملات الالكترونية واطمئنان الناس لما تتمتع به الوسائل الالكترونية من القوة الثبوتية التي تحفظ بها حقوقهم وتسمو بها تعاملاتهم، سواء كان ذلك يتعلق بالتجارة الالكترونية أو بعقود البيع والشراء والمضاربة التي تتم بواسطة المراسلات الالكترونية، أو بغير ذلك من المعاملات التي أفرزتها ضرورة الحياة كنتيجة للتطور المتزايد لوسائل التكنولوجيا وهيمنتها على كافة جوانب الحياة و في مختلف المؤسسات.[166]

165 - عباس العبودي، م س، ص:42

166 - حسين بن محمد المهدي، القوة الثبوتية للمعاملات الإلكترونية، م س،ص:8.

خاتمة

جاءت وسائل الإثبات كنتيجة للواقع العملي وتعبيرا عما تعارف عليه الأفراد في معاملاتهم، ولم يفرضها المشرع وإنما اكتفى بتنظيم هذه الأدلة وإقرارها، وفي خضم التطور الهائل لتكنولوجيا المعلومات ظهرت وسائل وأدلة علمية حديثة فرضت نفسها على الساحة وساهمت في إثراء الواقع العملي للتصرفات القانونية وهي تختلف في طبيعتها عن الوسائل التقليدية المعروفة للإثبات.

ورغم ذلك فقد أصبحت لتلك الوسائل الالكترونية مكانة مهمة ومتزايدة في مجال الإثبات المدني وأدى ظهورها إلى اهتزاز الأدلة الكتابية التقليدية لاسيما في مجال المعاملات والتجارة الالكترونية، إذ أن استخدام السندات الالكترونية أصبح يتزايد بشكل كبير في معاملات الأفراد لأهمية هذه السندات في تحقيق مبدأ الاقتصاد في التعاقد، حيث إن إبرام التصرفات القانونية يتم بأقصر وقت وأقل جهد وأدنى نفقات بالرغم من المسافات الكبيرة التي تفصل بين الأطراف المتعاقدة، وبذلك يتاح للأفراد السرعة والدقة في إبرام العقود وسهولة إثباتها عن طريق إعداد وسائل الإثبات اللازمة لها.

ويرى بعض المختصين أن السندات الالكترونية ستفرض تغييرات عميقة على أدلة الإثبات التقليدية وستكون هذه الأخيرة أخر مخلفات العصر الحالي من وجهة اعتمادها بوصفها دليلا كتابيا لإثبات التعاقد، وما يدعم هذا الرأي هو أن المشرع ساوى بين المستندات الورقية والمستندات الالكترونية من حيث قيمتهما الإثباتية، هكذا فإن القاضي المدني عندما تعترضه بعض الصعوبات المتعلقة بتنازع الحجج، كما هو الشأن في حالة وجود تضارب بين وثيقة ورقية ووثيقة إلكترونية، فإنه لا يرجح بين الحجج المتنازعة اعتمادا على شكلها أو وسيلة حفظها، فلا فرق في هذا المجال بين الكتابة الورقية والكتابة الإلكترونية، وإنما المعيار الوحيد هي عناصر المصداقية التي يبحث عنها القاضي بكل الوسائل .

المراجع المعتمدة

المراجع باللغة العربية

الكتب

- ✓ احمد أدريوش،تأملات حول قانون التبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، عناصر لمناقشة مدى تأثير القانون رقم 53.05 على قانون الالتزامات والعقود، منشورات سلسلة المعرفة القانونية، الطبعة الأولى، 2009.
- ✓ أحمد شرف الدين :عقود التجارة الإلكترونية (تكوين العقد وإثباته)، دروس الدكتوراه دبلومي القانون الخاص وقانون التجارة الدولية، جامعة عين شمس،بدون طبعة.
- ✓ إدريس العلوي العبدلاوي، وسائل الإثبات في التشريع المدني المغربي.
- ✓ إدريس الفاخوري، المدخل لدراسة القانون –نظرية القانون والحق-، مطبعة دار النشر الجسور، وجدة، طبعة 2000.
- ✓ حسن عبد الباسط جميعي :إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الانترنيت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- ✓ حسن عبد الباسط جميعي: إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الانترنيت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000
- ✓ خالد سعيد، الإثبات في المنازعات المدنية، مطبعة دار السلام، الطبعة الأولى، 2014.
- ✓ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دار الفكر العربي، الإسكندرية 2006.
- ✓ سعيد كوكبي، الإثبات و سلطة القاضي في الميدان المدني، دراسة بين الفقه الإسلامي والقانون المغربي، مطبعة دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 2006.

- ✓ سليمان مرقس، موجز أصول الإثبات في المواد المدنية، مطبعة دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، طبعة سنة: 1957.
- ✓ سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة 2000.
- ✓ عبد الرزاق احمد السنهورى، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام – الإثبات، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، طبعة 1987.
- ✓ لوزيس محمد عبيدات، إثبات المحرر الالكتروني، مطبعة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى ،سنة 2005.
- ✓ محمد السعيد رشدي :التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة (ومدى حجتها في الإثبات) منشأة المعارف بالإسكندرية، 2005.
- ✓ محمد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت، الطبعة الأولى، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 2004.
- ✓ محمد علي الشوكاني، الفتح الرباني من فتاوى الإمام الشوكاني، حققه أبو مصعب محمد صبحي، مطبعة مكتبة الجيل الجديد ، اليمن صنعاء.
- ✓ محمد مصطفى الزجيلي، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية، مطبعة دار البيان دمشق، الطبعة الأولى، 1982.

الأطروحات

- ✓ عبد الحكيم الحكماوي، الإثبات الالكتروني، دراسة تحليلية في بنية الدليل الالكتروني على ضوء القانون رقم 05-53، بحث لنيل أطروحة الدكتوراه الوطنية، جامعة محمد الخامس السويسي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية سلا، وحدة البحث والتكوين في أنظمة التحكيم، السنة الجامعية 2012-2013.

- ✓ العربي جنان، الأنظمة المعلوماتية و الانترنيت بين التنظيم القانوني وأحكام المسؤولية –النظرية والتأصيل- أطروحة ليل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مراكش، السنة الجامعية: 2010/2009.
- ✓ عمر أنجوم: الحجية القانونية لوسائل الاتصال الحديثة (دراسة تحليلية في نظام الإثبات المدني) أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، شعبة القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني عين الشق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الدار البيضاء، السنة 2003- 2004.
- ✓ محمد بوشيبة: الإثبات بين القواعد التقليدية ومستجدات التقنيات الحديثة، أطروحة لنيل شهادة الدكتورة في الحقوق، شعبة قانون الأعمال، جامعة الحسن الثاني عين الشق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الدار البيضاء، السنة الجامعية 2003-2004.

رسائل الماستر

- ✓ عبد الله أدعول، الدليل الإلكتروني في الإثبات الجنائي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مراكش، السنة الجامعية:2012/2011.
- ✓ عزيز جواهري، التوقيع الالكتروني والاثبات، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، شعبة القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، أكدال، السنة الجامعية: 2005/2004.
- ✓ غزلان البركي، عقد البيع المبرم عبر شبكة الانترنيت، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مراكش، السنة الجامعية:2013/2012.

- ✓ محمد صالح احمد، شرعية الوسائل العلمية في الإثبات الجنائي، دراسة مقارنة رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية و الاجتماعية، طنجة، السنة الدراسية 2009.
- ✓ محمد عارف عطا سده، مدى حجية المحررات الإلكترونية، رسالة لاستكمال درجة الماجستير في القانون الخاص، بكلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلي، فلسطين، 2009.
- ✓ مليكة بومخلد، النظام القانوني للتوقيع الالكتروني في القانون المغربي والمقارن، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مراكش، السنة الجامعية: 2010/2009.
- ✓ نور الدين شكردة، منازعات التكنولوجيا المعلوماتية، بحث لنيل دبلوم الماستر في القانون العام، ماستر قانون المنازعات العمومية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية و الاجتماعية، ظهر المهراز، فاس، السنة الجامعية: 2014-2013.
- ✓ ياسين زوباير، قصور الدليل الالكتروني الجنائي في إثبات الجريمة الالكترونية، رسالة لنيل دبلوم الماستر المتخصص "العلوم والمهن الجنائية"، جامعة محمد الخامس السويسي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، سلا، السنة الجامعية؟؟؟: 2014/2013.

المقالات

- ✓ أحمد فراق، دور الإعلاميات في ميدان القضاء، الملحق القضائي، العدد الثاني، مارس 1979.
- ✓ انور بن ماجد عشقي، التجسس الالكتروني و المصادر المفتوحة، مجلة الأمن و الحياة، العدد280، اكتوبر 2005.

- ✓ جبريل بن حسن العريشي، النشر الإلكتروني، مجلة المعلوماتية العدد 2، 1434 هجرية.
- ✓ الحسين القمري: القيمة القانونية للوثائق الصادرة عن الحاسوب، مجلة رسالة الدفاع العدد الرابع، السنة 2003.
- ✓ الحسين القمري :القيمة القانونية للوثائق الصادرة عن الحاسوب، مجلة رسالة الدفاع العدد الرابع، السنة 2003.
- ✓ حسين فريجة، الجرائم الالكترونية و الانترنيت، مجلة المعلوماتية، العدد 36، اكتوبر 2011.
- ✓ خالد الشرقاوي، مكافحة الجريمة الإلكترونية على ضوء التشريعين الوطني والدولي، المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية، العدد 102، يناير، فبراير 2012.
- ✓ خلدون كراز، تقنية التبادل الإلكتروني للبيانات والوثائق وتطبيقاتها في قطاعات النقل، سلسلة الدراسات الفنية، العدد 10، أيار 2010.
- ✓ سليمان مصطفى محمد بحث بعنوان جرائم الحاسوب وأساليب مواجهتها، مجلة الأمن والحياة، العدد ،199 سنة 1999 .
- ✓ عبد السلام التازي، دور المعلوميات في تحديث كتابة الضبط، العدد 2 غشت 1998.
- ✓ عبد المجيد غميجة، تحديث الإدارة القضائية و جودة خدمات العدالة، مجلة القضاء والقانون، السنة الواحدة والثلاثون، العدد 147، 2003.
- ✓ محمد أخياط: بعض التحديات القانونية التي تثيرها التجارة الالكترونية، مجلة الإشعاع، العدد 25، السنة 2002.
- ✓ محمد سامي الشوا، الغش المعلوماتي، مجلة الأمن و الحياة، العدد280، اكتوبر 2005.

النصوص القانونية:

- ✓ قانون الالتزامات و العقود المغربي
- ✓ القانون رقم 53.05 المتعلق بالتبادل الالكتروني للمعطيات القانونية الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.07.129 صادر في 19 من ذي القعدة 1428/ 30 نونبر ، 2007 منشور بالجريدة الرسمية عدد5584 بتاريخ 6 دجنبر 2007.
- ✓ القانون رقم 07.03 المتعلق بجرائم نظم المعالجة الآلية للمعطيات الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 197.03.1 بتاريخ 11 نوفمبر ، 2003 منشور في الجريدة الرسمية عدد 5171 بتاريخ 22 دسمبر 2003.
- ✓ القانون رقم 65.99 المتعلق بمدونة الشغل الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.03.194 بتاريخ 11 شتنبر 2003 منشور في الجريدة الرسمية عدد5167 بتاريخ 8 ديسمبر 2003
- ✓ ظهير شريف رقم 1.93.147 صادر في 6 يوليو 1993 معتبر بمثابة قانون يتعلق بنشاط مؤسسة الائتمان و مراقبتها ، منشور في الجريدة الرسمية عدد 4210 بتاريخ 07-07-1993.
- ✓ القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.03 بتاريخ 14 من ربيع الأول 1432 (18 فبراير 2011)، الجريدة الرسمية عدد 5932 بتاريخ 3 جمادى الأولى 1432 (7أبريل 2011)،
- ✓ قانون رقم 30.08 المغير والمتمم بموجبه القانون رقم 06.99 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة ، الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.09.237 صادر في 4يناير 2010المنشور في الجريدة الرسمية عدد 5814 بتاريخ 18 فبراير 2010.

مراجع باللغة الفرنسية

- ✓ Dominique Mougenot : droit des obligation la preuve de bock et larcier, 2002
- ✓ M.fontaise la preuve de actesjuridique et technique nouvelles in la preuve commeque, UCL 1987
- ✓ Jérome chouraqui, théorie juridique de la électronique 4 edition anvers mkla 2002
- ✓ Franklin kuty et dominique mougenot la preuve questions spéciales volume 99, janvier 2008
- ✓ Thibault verbiest le nouveau droit du commerce électronique 2edition larcier 2004
- ✓ Aboudramane ouattara, la preuve électronique etude de droit comparé a afrique, europe, canada, presses universitaires d'aix Marseille 2011
- ✓ Raphail biscari les contrat et la preuve dans l'environnement électronique U.G.A 2004
- ✓ Albin laigo le pors droit de la preuve et commerce électronique, 2 édition 2000.
- ✓ Carolin chan meng hime la preuve et l'écris électronique université de la réunion UFR de droit et sciences économiques 2001.

الفهرس

مقدمة .....ص: 1

الفصل الأول: موقع الوسائل الإلكترونية ضمن منظومة الإثبات .....ص: 13

المبحث الأول: الإثبات بالكتابة الإلكترونية .....ص: 15

المطلب الأول: ماهية الكتابة الالكترونية.....ص:16

الفقرة الأولى: مفهوم الكتابة الالكترونية..... ...ص:17

الفقرة الثانية: الشروط المتطلبة في الكتابة الالكترونية ص:19

المطلب الثاني: حجية الكتابة الإلكترونية..... ص:20

الفقرة الأولى: المساواة القانونية بين المستند الورقي والالكتروني .....ص: 23

الفقرة الثانية: المقتضيات القانونية التي تحول دون منح الحجية المطلقة للدليل الالكتروني.....ص: 26

المبحث الثاني: حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات.....ص:29

المطلب الأول: ماهية التوقيع الإلكتروني.....ص:30

الفقرة الأول: مفهوم التوقيع الالكتروني.....ص:31

الفقرة الثانية: صور التوقيع الإلكتروني.....ص:38

المطلب الثاني: حجية التوقيع الإلكتروني.....ص:43

الفقرة الأولى: شروط اكتساب التوقيع الالكتروني للحجية ص:44

الفقرة الثانية: الاعتراف القانوني بالتوقيع الالكتروني.....ص:48

الفصل الثاني: الإثبات الالكتروني على ضوء العمل القضائي.....ص:53

المبحث الأول: دور القاضي في تطويع وسائل الإثبات وفقا لمقتضيات العصر...ص:55

المطلب الأول: السلطة التقديرية للقاضي في الأخذ بالأدلة الحديثة.....ص:56

الفقرة الأول: مراقبة القضاء لشروط الأخذ بالدليل الالكتروني.....ص:56

الفقرة الثانية: الرقابة القضائية على تقدير الأدلة الإلكترونية ص:60

المطلب الثاني: خصوصية تسيير الإثبات في النزاعات المرتبطة بالدليل
الإلكتروني.....ص:62

الفقرة الأولى: توزيع عبء الإثبات في النزاعات المتعلقة بالدليل الإلكتروني.....ص:62

الفقرة الثانية: الدور المحوري للخبرة في النزاعات المتعلقة بالدليل الإلكتروني..ص: 66

المبحث الثاني: ندرة الاجتهادات القضائية في مجال الإثبات الإلكتروني.....ص:72

المطلب الأول: تقييد صلاحيات القاضي المدني في الإثبات .....ص: 73

الفقرة الأولى: طغيان مبدأ الإثبات المقيد في المجال المدني.....ص:73

الفقرة الثانية: مبدأ حياد القاضي المدني.....ص:76

المطلب الثاني: قلة المنازعات المثارة بشأن المعاملات الالكترونية ص:77

الخاتمة.....ص:79

قائمة المراجع.....ص:80