العنوان:	القيمة القانونية والقضائية للمحررات الإلكترونية والأدلة الرقمية في القانونين المغربي واليمني: دراسة مقارنة
المصدر:	مجلة عدالة للدراسات القانونية والقضائية
الناشر:	المصطفى الغشام الشعيبي
المؤلف الرئيسي:	ميسين، محمود
مؤلفين آخرين:	الأموي، عز الدين بن أمين مرعي(م. مشارك)
المجلد/العدد:	ع41
محكمة:	نعم
التاريخ الميلادي:	2024
الصفحات:	44 - 89
رقم MD:	1535404
نوع المحتوى:	بحوث ومقالات
اللغة:	Arabic
قواعد المعلومات:	IslamicInfo
مواضيع:	الجرائم المعلوماتية، المعاملات الإلكترونية، التشريع اليمني، التشريع المغربي، دور القضاء
رابط:	http://search.mandumah.com/Record/1535404

© 2025 المنظومة. جميع الحقوق محفوظة.
هذه المادة متاحة بناء على الإتفاق الموقع مع أصحاب حقوق النشر، علما أن جميع حقوق النشر محفوظة. يمكنك تحميل أو طباعة هذه المادة للاستخدام الشخصي فقط، ويمنع النسخ أو التحويل أو النشر عبر أي وسيلة (مثل مواقع الانترنت أو البريد الالكتروني) دون تصريح خطي من أصحاب حقوق النشر أو المنظومة.

للإستشهاد بهذا البحث قم بنسخ البيانات التالية حسب إسلوب الإستشهاد المطلوب:

إسلوب APA

ميسين، محمود، و الأموي، عز الدين بن أمين مرعي. (2024). القيمة القانونية والقضائية للمحررات الإلكترونية والأدلة الرقمية في القانونين المغربي واليمني: دراسة مقارنة.مجلة عدالة للدراسات القانونية والقضائية، ع41، 44 - 89. مسترجع من http://search.mandumah.com/Record/1535404

إسلوب MLA

ميسين، محمود، و عز الدين بن أمين مرعي الأموي. "القيمة القانونية والقضائية للمحررات الإلكترونية والأدلة الرقمية في القانونين المغربي واليمني: دراسة مقارنة."مجلة عدالة للدراسات القانونية والقضائية ع41 (2024): 44 - 89. مسترجع من http://search.mandumah.com/Record/1535404

© 2025 المنظومة. جميع الحقوق محفوظة.
هذه المادة متاحة بناء على الإتفاق الموقع مع أصحاب حقوق النشر، علما أن جميع حقوق النشر محفوظة. يمكنك تحميل أو طباعة هذه المادة للاستخدام الشخصي فقط، ويمنع النسخ أو التحويل أو النشر عبر أي وسيلة (مثل مواقع الانترنت أو البريد الالكتروني) دون تصريح خطي من أصحاب حقوق النشر أو المنظومة.

القيمة القانونية والقضائية للمحررات الإلكترونية والأدلة الرقمية في القانونين المغربي و اليمني - دراسة مقارنة –

الدكتور محمود ميسين
MAISSINE MAHMOUD
أستاذ باحث في القانون الخاص، جامعة ابن زهر
أكادير

القاضي/ عزالدين بن أمين مرعي الأموي
EZALDEEN AMEEN MARE AL AMWI
قاضٍ بدولة اليمن
طالب باحث في سلك الدكتوراه بكلية العلوم القانونية بأكاير - جامعة ابن زهر

الملخص: تبرم أغلب التصـــرفات القانونية اليوم الكترونيا، بالتالي فإن اثباتها ينبغي أن يكون من البيئة نفســها التي أُبرم التصــرف فيها، أي أن يكون دليل إثبات التصــرفات الإلكترونية، هو المحرر الإلكتروني، ودليل إثبات الجرائم المعلوماتية أو الرقمية هو الدليل الرقمي، والذي قد يتخذ شكلا مكتوبا، أو صــوتا، أو صــورة، أو الجمع بين كل ماذكر، أو غير ذلك مما اســتحدثته التكنولوجيا، ومع أن المحرر الإلكتروني هو الدليل الأنســب لإثبات التصــرفات القانونية المبرمة إلكترونيا. إلا أن موضــوع قيمته القانونية والقضـائية قد تعترضـه الكثير من الإشـكاليات وكذلك الشـأن نفسـه بالنسـبة للأدلة الرقمية. بالتالي في طيات هذا البحث نعالج إشــكالية مدى تنظيم المشــرعين اليمني والمغربي للمحررات الإلكترونية والأدلة الرقمية وحجيتها في الإثبات المدني والجنائي مع تبيان موقف القضـاء، وذلك من خلال تبيان ماهية المحرر الإلكتروني بالتطرق للمقصـود به فقها وتشـريعا، وبأطرافه وخصـائصـه وعناصـره ثم تبيان حجية المحرر الإلكتروني العرفي والرســمي ودور القاضــي في الترجيح بينهما إذا تعارضــا، وكذلك تبيان القيمة القانونية والقضائية للأدلة الرقمية في الجانب الجنائي.

المفاتيح: المحرر الإلكتروني، الدليل الرقمي، الاثبات الالكتروني.

The Summary; Most legal transactions are concluded electronically today, so their proof must be from the same environment in which the transaction was concluded, i.e. the evidence of electronic transactions is the electronic document, and the evidence of cyber or digital crimes is digital evidence, which may take the form of writing, audio, image, or a combination of all of the above, or other forms of

technology. Although the electronic document is the most appropriate evidence to prove legal transactions concluded electronically, the subject of its legal and judicial value may be subject to many problems, and the same applies to digital evidence. Accordingly, in the folds of this research, we address the problem of the extent to which Yemeni and Moroccan legislators organize electronic documents and digital evidence and their validity in civil and criminal proof, while clarifying the position of the judiciary, through clarifying the nature of the electronic document by addressing what is meant by it in jurisprudence and legislation, and its parties, characteristics and elements, then clarifying the validity of the customary and official electronic document and the role of the judge in weighing between them if they conflict, as well as clarifying the legal and judicial value of digital evidence in the criminal aspect.

Keywords: electronic editor, digital evidence, electronic proof

المقدمة:

يشهد العالم تطورا تكنولوجيا في وسائل الاتصال والتواصل الرقمية، ألقى بظلاله على كافة مناح الحياة في المجتمع، فأصبح التعامل بالوسائل الرقمية الحديثة في تطور مطرد، وأمرا واقعا لا يمكن انكاره، بل أن جل التصرفات أو المعاملات القانونية أضحت تبرم بواسطة هذه الوسائل لما تتميز به من السرعة وتوفير للجهد والمال والوقت، والمحررات الإلكترونية والأدلة الرقمية أحد مظاهر هذا التقدم التكنولوجي.

إن الانتقال من الدعامة التقليدية الورقية إلى ما يسمى بالدعامة الإلكترونية الحديثة، يشكل نقلة نوعية في مجال ارتباط تطور المحررات الالكترونية بظهور الكتابة الإلكترونية، والتي لم تغير من طبيعة الكتابة التقليدية، فالكتابة وحدها لا تكفي بل تحتاج إلى دعامة يشكلان معا ما يسمى بالمحرر.

لقد عرفت العمليات التعاقدية مجموعة من التغيرات مست نظامها وبنيتها القانونية، فأصبح إبرام العقود يتم عن طريق وسائل الاتصال الحديثة، الأمر الذي أدى إلى ظهور نوع جديد من الكتابة الإلكترونية والمحرر الإلكتروني.[1] ومن هنا تنبثق أهمية موضوع البحث لتعلقه الوثيق بضمان إثبات

[1] قد يخلط البعض بين مصطلح الكتابة الالكترونية و المحرر الالكتروني، غير أنه في حقيقة الأمر الكتابة هي التي تعبر عن الفكر و القول، أما المحرر فهو محل هذا التعبير والوسيلة لدمج أو تخزين أو ارسال أو استقبال البيانات والمعلومات سواء كانت الوسيلة ضوئية أو رقمية أو أية وسيلة اخرى تؤدي نفس الغرض، ولتجنيب الوقوع في اللبس فإن الكتابة الإلكترونية عرفها المشرع اليمني تحت مسمى رسالة البيانات وذلك في المادة 2 من قانون أنظمة الدفع

الحقوق والالتزامات وحفظها من الضـــياع، وخير من يقوم بهذه المهمة هو الدليل الكتابي ســـواءً كان في شـــكله العادي أم الإلكتروني والذي يحتل الدرجة الأولى في ســـلم تدرج القوة الثبوتيه لطرق ووســـائل الإثبات[1]، ولهذا اخترنا هذا الموضوع للبحث والدراسة لأهميته الجمة في الحياة العملية والعلمية القانونية.

يضـــع المحرر الإلكتروني تســـاؤلات عديدة حوله، ابتداء بالمقصـــود به، وبأطرافه، وعناصـــره، وخصـــائصـــه، وانتهاء بحجية المحرر الإلكتروني والأدلة الرقمية في الاثبات، وهل يمكن تصـــور حضـــور الموظف الرسمي لواقعة وضع التوقيع الالكتروني؟ هل بحضوره الفعلي الملموس بذاته وصفته أو بحضور افتراضـي على الشـبكة؟ وهل يضـع توقيعه الالكتروني هو أيضـا على الوثيقة؟ وكيف يتم حفظ الوثيقة الالكترونية ؟ وكذلك يثير التســـاؤل حول حدود هذه الحجية أي هل يمكن أن ترد هذه المحررات على جميع المعاملات الإلكترونية حتى يكون لها حجيتها القانونية في الإثبات أم أنها ترد على البعض منها دون بعضـــها الأخر، وكذلك ايهما يقدم اذا ما حصـــل التعارض بين المحررات الإلكترونية والتقليدية ســـواء الرســـمية أو العرفية، وما هو دور القاضـــي في الترجيح بين المحررات الإلكترونية والتقليدية؟. **بالتالي فإن إشـــكالية البحث تتمحورحول مدى تنظيم المشـــرعين اليمني والمغربي للمحررات الإلكترونية والأدلة الرقمية وحجيتها في الإثبات المدني والجنائي.**

ولمعالجة هذه الإشـــكالية ســـيكون المنهج المتبع منهجا تحليليا مقارنا في ضـــوء التشـــريعين اليمني والمغربي، مع تعزيزه بمجموعة من المقارنات التشـــريعية من خلال التطرق لموقف بعض التشـــريعات التي كانت سباقة في هذا الإطار والتي لها موجب أو ضرورة للإدخال والإستئناس بها.

والعمليات المصـــرفية والإلكترونية رقم 40 لســـنة 2006 فعرفها بإنها: :" مجموعة من الأوامر والأرقام التي تحتاج إلى معالجة وتنظيم ، أو إعادة تنظيم لكي تتحول إلى معلومات، وقد تأخذ شكل نص أو أرقام أو أشكال أو رسومات أو صور أو تسجيل أو أي مزيج من هذه العناصر". ونشير هنا أنه إذا تحولت تلك الى معلومات تصـبح محرر إلكتروني وقد عرف المشـرع اليمني هذا الأخير في ذات القانون تحت مسـمى رسـالة المعلومات وذلك بإنها:"عبارة عن بيانات تمت معالجتها بواسطة نظام معالجة المعلومات فأخذت شكلاً مفهوماً".

[1] أنظر المادة 13 من قانون الإثبات اليمني رقم 21 لسنة 1991 وتعديلاته والمادتين 10،9 من قانون أنظمة الدفع المشار الى مراجعه أعلاه.

وبناء على ماســبق وللإجابة على الإشــكالية المطروحة ارتأيت أن أتناول الموضــوع معتمدا على التقسيم الثنائي وعلى النحو الآتي:

المطلب الأول: ماهية المحرر الإلكتروني

المطلب الثاني: حجية المحررات الإلكترونية ودور القاضي في الترجيح

المطلب الأول: ماهية المحرر الإلكتروني

ســوف نتناول في هذا المطلب المقصــود بالمحرر الإلكتروني الفرع الأول وعناصــره الفرع الثاني وخصائصه الفرع الثالث ثم عناصره الفرع الرابع.

الفرع الأول: تحديد المقصود بالمحرر الإلكتروني

أولا: التعريف الفقهي

لقد تباينت اراء الفقهاء في وضع تعريف للمحرر الالكتروني معتمــدين علــى الطبيعــة الخاصــة للبيانات الالكترونية من جهة، وعلى الطريقة التي يتم إنشائه بها من جهة أخرى.

اتجه الدكتور محمد حسام لطفي محمود في تعريف المحرر الإلكتروني إلى أنه **" ما هو مكتوب على نوع معين من الدعامات سواءً كان ورقياً أم غير ذلك من الرسائل الإلكترونية "**[1]، فيما عرفه الدكتور عبد الفتاح بيومي حجازي" **معلومات إلكترونية ترسل أو تستلم بوسائل إلكترونية أيا كانت وسيلة استخراجها من المكان المستلمة فيه**[2] **"**،ووصفه الدكتور محمد فواز المطالقة أنه **"البيانات والمعلومات التي يتم تبادلها من خلال وسائل إلكترونية سواءً أكانت من خلال شبكة الإنترنت أم من خلال الأقراص الصلبة أو شاشات الحاسب الآلي أو أي وسيلة إلكترونية "**[3]

[1] محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية،دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الطبعة الثانية، الأردن 2008، ص 205.

[2] عبد الفتاح بيومي حجازي، مقدمة في التجارة الإلكترونية العربية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،مصر 2004، ص81.

[3] محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 205

ويرى الدكتور حسن فضالة أن أفضل تعريف فقهي شامل للمحرر الإلكتروني، هو ما أورده الدكتور عباس العبودي والدكتور عصمت عبدالمجيد بكر، بأنه" **كل بيان على شكل كتابة أو صورة أو صوت يتم إنشاؤه أو إرساله أو تسلمه أو خزنه أو تجهيزه بوسائل إلكترونية**[1]."

إذن فالمحرر الالكتروني وبخلاف نظيره التقليدي، لا ينحصر فقط في الشكل المكتوب، وإنما يمكن أن يأخذ شكل الصورة أو الصوت، فيمكن أن يكون تسجيلا صوتيا أو صورة مأخوذة بجهاز التصوير الضوئي، فيمكن تعريف المحرر الالكتروني على" أنه البيان أو الخطاب أو الرسائل التي تتم بوسيلة إلكترونية سواءً في إنشائها أو تخزينها أو إرسالها".

ثانيا: التعريف التشريعي

بالنسبة للتشريعات الدولية الجديدة فقد عرفت المحرر الإلكتروني في مدى ارتباطه بالتجارة الإلكترونية والتوقيع في الشكل الإلكتروني، وتعددت تسميات المحررات الإلكترونية، منها المحرر الإلكتروني أو المستند الإلكتروني أو رسالة البيانات، أو الدعامة المستديمة، وأهم وأبرز القوانين التي تطرقت إلى تعريف المحرر الإلكتروني هي التعريفات التي وردت في المواثيق الدولية، والتي جاء من أهمها:

1- التعريف الوارد في القانونين النموذجين للأمم المتحدة بخصوص التجارة الإلكترونية والتوقعيات الإلكترونية:عرفا **رسالة البيانات**[2] في المادة 2/أ من قانون الأونسترال النموذجي والمادة 2/ج من القانون النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية بإنها:**"المعلومات التي يتم إنشاؤها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية، أو البريد الإلكتروني، أو البرق، أو التلكس أو النسخ البرقي".**

[1] حسن فضالة موسى، التنظيم القانوني للإثبات الإلكتروني، مكتبة السنهوري، بيروت لبنان،الطبعة الأولى، سنة 2016 ، ص 87.

[2] البيانات: هي معلومات الكترونية يمكن من خلالها الوصول إلى نتائج محددة، فهي عبارة عن كلمات أو أرقام أو رموز أو حقائق أو إحصائيات منفصلة عن بعضها، لكن بمجرد وضعها في منظومة معينة يمكن معالجتها آلياً، وتوصل إلى إعطاء النتائج أو المعلومات التي تستفاد منها، وهذه البيانات هي التي تشكل لنا الكتابة في لغة الكمبيوتر.

وقد عرفت الفقرة ب من المادة المذكورة أعلاه، أن تبادل البيانات الالكترونية هي: " نقل المعلومات الكترونيا من حاسوب إلى حاسوب آخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات".

وبذلك نستخلص من القانونين النموذجين للأمم المتحدة الاعتراف الصريح بالمحررات الإلكترونية خاصة في استعماله **"رسالة بيانات"**، موضحا أنه في حالة ما إذا اشترط القانون أن تكون المعلومات مكتوبة فإنها تستوفي مثل هذه الشروط متى أمكن تخزينها والاطلاع عليها عند الحاجة لذلك.[1]

2- تعريف المحرر الإلكتروني في التوجيه الأوربي: أشار التوجيه الأوربي رقم 97-07 بشأن البيع عن بعد، حيث يتضح لنا من خلال التفحص فيه و الملاحظة الدقيقة أنه يتضمن تعريف الدعامة المستديمة" **كل وسيلة بدون وجود مادي ولحظي للمورد والمستهلك يمكن أن تستخدم لإبرام العقد بين الطرفين"**، وذهبت اتفاقية فينا في 1980 بشأن النقل الدولي للبضائع في المادة 13 منها على أنه :" **فيما يخص أغراض هذه الاتفاقية ينصرف مصطلح الكتابة إلى المراسلة الموجهة في شكل برقية أو تلكس**"، ومن خلال المادة 2/أ من قانون الأونسترال النموذجي والمادة 2/ج من القانون النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية والتي ورد فيهما مصطلح بوسائل مشابهة، أنها لم تحصر الوسيلة أو الطريقة أي يمكننا أن نستخدم أية وسيلة لتبادل البيانات إلكترونيا، مثل الأنترنت والبريد الإلكتروني، والتلكس .... الخ، ويبقى حسب هذا المفهوم أن أي وسيلة إلكترونية قد تنتج عن التطورات التكنولوجية في مجال المعلوماتية فيما يخبئه لنا المستقبل .

3- أما بخصوص المشرع الفرنسي رغم صدور تعديل تشريعي حديث وجديد **إلا أنه لم يحدد تعريفا خاصا للمحرر الإلكتروني**، ففي مضمون التعريف نجد أنه ورد تعريفا متعلقا بالدليل الكتابي على وجه العموم ، بالتالي **فقد اكتفي المشرع الفرنسي بتعديل نصوص قانون الإثبات وقانون المر افعات دون أن يصدر تشريعا مستقلا في هذا الشأن**، وأقر المشرع الفرنسي حجية الكتابة الإلكترونية، فبين في تعريفه للدليل الكتابي شمولية المحرر سواء تعلق الأمر بالمحرر التقليدي أو بالمحرر الإلكتروني، وربط

[1] كريم لملوم،الاثبات فبي المعاملات الالكترونية بين التشريعات الوطنية والدولية،مذكرة لنيل الماجستير في القانون،فرع قانون التعاون الدولي،كلية الحقوق،جامعة مولود معمري،تيزي وزو،2011.ص35.

نوعية الدعامة الإلكترونية كوسيلة مشتركة لتحديد تعريفا خاصا بالمحرر الإلكتروني تاركا الباب مفتوحا لأي تطور قد يحصل في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصال.[1]

لقد نصت المادة 1316 /3 من ق.م.ف المعدلة على[2] أن:" الكتابة على دعامة إلكترونية لها نفس القوة في الإثبات المقررة للكتابة على دعامة ورقية"، وورد في نفس المادة في الفقرة الأولى منه[3] : الكتابة الإلكترونية مقبولة في الإثبات كدليل كتابي على الورق، شرط أن تكون منسوبة إلى صاحبها ودالة على شخصيته"

4- **أما المشرع الأمريكي** فقد أصدرت ولاية نيويورك الأمريكية تشريعا متعلقا بالتوقيع الإلكتروني، وكذا السجلات الإلكترونية بتاريخ 28/09/1999، ووضعت المادة الثالثة من الفصل الرابع من قانونها هذا على عاتق مكتب تقنيات الولاية تنظيم تقرير يتضمن وضع دليل منظم لعمل أفضل الوسائل والسبل للإنشاء والاستخدام والتخزين، والمحافظة على السجلات الإلكترونية.[4]

5- بالنسبة للمشرع التونسي ذهب نص المادة 453 من ق.م.ت:**" يقصد بالمحرر الإلكتروني الوثيقة المكونة من مجموعة أحرف أو أرقام أو أية إشارات أخرى رقمية، بما في ذلك المتبادلة على حامل إلكتروني يؤمن قراءتها والرجوع إليها عند الحاجة"**، فالحامل الإلكتروني الذي تحفظ عليه الوثيقة الإلكتروني، يسمح لنا الاطلاع على مضمونها، وذلك حسب ما هو خاضع لمدة صلاحيتها، أما الصفة التي تضمن لنا سلامة محتواها ومضمونها هو حفظها على شكلها النهائي، مع تاريخ ومكان إرسالها ومصدر البيانات والمعلومات الخاصة بذلك.

---

[1] بلقاسم عبد الله، المحررات الالكترونية وسيلة إثبات في العقد الالكتروني، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر،2013 ،صر10

[2] loi n°2000230 du 13mars 2000 art.3 journal officiel du 14 mars 2000: "l'écrit sur support électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier."

[3] loi n°2000230 du 13 mars 2000 art 1 journal officiel du 14 mars 2000: "P'écrit sous forme électronique est Admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dument identifiée La personne dont'il émane et qu'il soit établie et conserve dans des conditions de nature à en garantir L'intégrite."

[4] ناريمان جميل "القرة القانونية للمستند الإلكتروني"، مجلة مركز دراسات الكوفة، عدد 7 ،العراق،2007 ص173.

6- بالنسبة للمشرع الإماراتي عرف في المادة الثانية من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي[1] بأنه" **سجل أو مستند الكتروني يتم إنشاؤه أو تخزينه أو استرجاعه أو نسخه أو إرساله أو إبلاغه أو استلامه، بوسيلة إلكترونية على وسيط ملموس، أو على وسيط إلكتروني آخر ويكون قابلا للاسترجاع بشكل يمكن فهمه."**

كما عرفه القانون الاتحادي[2] رقم 2006/36 المادة 17 مكرر ف "2" **يعتبر محررا إلكترونيا كل انتقال أو إرسال أو استقبال أو تخزين لرموز أو إشارات أو كتابة أو صور أو أصوات أو معلومات أيا كانت طبيعتها تجري من خلال وسيلة تقنية معلومات".**

فنلاحظ أن المشرع في قانون الإمارات العربية المتحدة استعمل مصطلح المستند الإلكتروني مشابها للسجل.

7- تعريف المشرع المصري: عرفت المادة 1/ب من القانون رقم 15 لسنة 2004 المتعلق بتنظيم التوقيع الالكتروني المصري **المحرر الالكتروني بإنه:** "رسالة تتضمن معلومات تنشأ أو تدمج أو تخزن أو ترسل أو تستقبل كليا أو جزئيا بوسيلة الكترونية أو رقمية أو ضوئية أو بأية وسيلة أخرى مشابهة" فنلاحظ أن المشرع المصري قد أفرد قانون خاص للتوقيعات الإلكترونية و لم يضمنها لقانون الإثبات. وقد حنا منحى القانون النموذجي للـ ،Uncitral ووسع من مفهوم الكتابة الإلكترونية.

وما نلاحظه أن هناك تشابه بين تعريف الكتابة الإلكترونية[3] والمحرر الإلكتروني، و لم يعط المشرع المصري تمييزا واضحا بينهما، خاصة أنه لم يشترط وجود التوقيع على الرسالة المتضمنة المعلومات، و كما نعلم أن المحرر يتكون من كتابة و توقيع، و هما شرطان متلازمان للاعتداد بكتابة معينة كوسيلة من وسائل الإثبات.

[1] قانون ، رقم 02 لسنة 2002 بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية للإمارة دبي.

[2] القانون الاتحادي رقم 2006/36المتعلق بالإثبات في المعاملات المدنية والتجارية

[3] عرفت المادة 1/أ من قانون التوقيع الالكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004 الكتابة الالكترونية بأنها: "كل حروف أو أرقام أو رموز أو أي علامات أخرى،تثبت على دعامة الكترونية، أو رقمية، أو ضوئية، أو أي وسيلة أخرى مشابهة، و تعطي دلالة قابلة للإدراك.

8- **أما المشرع الأردني** فقد فرق بين **رسالة المعلومات الإلكترونية والمستند الإلكتروني**، حيث عرف رسالة المعلومات الإلكترونية في المادة 6/1 من قانون المعاملات الإلكترونية بإنها" **المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو تسليمها أو تخزينها بأي وسيلة إلكترونية، ومنها البريد الإلكتروني، أو الرسائل القصيرة أو أي تبادل للمعلومات إلكترونيا**" وهو نفس تعريف المشرع المصري للمحرر الإلكتروني، ووضع مصطلح السجل الإلكتروني، وعرف السند الإلكتروني في الفقرة 8 من نفس المادة بأنه **"السند الذي يتم إنشاؤه والتوقيع عليه إلكترونيا."**

و حسنا فعل إذ فرق المشرع الأردني بين رسالة المعلومات والسند الإلكتروني، لأن الرسائل الإلكترونية الغير الموقعة، سواءً كانت عن طريق الإنترنت أو أي وسيلة أخرى من وسائل الاتصال عديدة ومتعددة الأغراض فمنها رسائل الدردشة والرسائل الإخبارية، وقد تبعث هذه الرسائل على سبيل المؤانسة والحوار ، وكما يظهر فأنه وصف الكتابة الإلكترونية برسالة البيانات وتضم كل الصور الأخرى للكتابة الإلكترونية، وهي السجل والمستند

أما بخصوص معنى **المعلومات** وحسب المادة السالفة الذكر **فهي النصوص والأشكال والبيانات والصوروكذلك الرموزوالأصوات، وبرامج الحاسوب وقواعد البيانات وغيرها مما شابهها.**

9- بالنسبة للمشرع المغربي لم يعرف المحرر الإلكتروني لذاته الا أنه بين في المادة الأولى من القانون المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات رقم 53.05 مجال تطبيق هذا القانون ومن بين ذلك المعطيات القانونية للتبادل بشكل الكتروني بالإضافة الى المعادلة بين الوثائق المحررة على الورق وتلك المعدة على دعامة الكترونية ونص المادة الأولى كالاتي: " يحدد هذا القانون النظام المطبق على المعطيات القانونية التي يتم تبادلها بطريقة إلكترونية وعلى المعادلة بين الوثائق المحررة على الورق، وتلك المعدة على دعامة إلكترونية، وعلى التوقيع الإلكتروني. كما يحدد الإطار القانوني المطبق على العمليات المنجزة من قبل

مقدمي خدمات المصادقة الإلكترونية وكذا القواعد الواجب التقيد بها من لدن مقدمي الخدمة المذكورين ومن لدن الحاصلين على الشهادات الإلكترونية المسلمة".

لقد اتى المشرع المغربي بلفظ معطيات قانونية ومن خلاله يفهم ان ذلك معلق بجميع المحررات التي يمكن ان تنتج اثارا قانونية ذات طابع مدني أو تجاري أو إداري وبالتالي يمكن القول ان مجال تطبيق هذا القانون واسع جدا.

10- بالنسبة للمشرع اليمني لقد عرف المحرر الإلكتروني تحت مسمى رسالة المعلومات وذلك في المادة 2 من قانون أنظمة الدفع والعمليات المالية والمصرفية الإلكترونية رقم 40 لسنة 2006م بإن **رسالة المعلومات : "**هي عبارة عن بيانات تمت معالجتها بواسطة نظام معالجة المعلومات فأخذت شكلا مفهوما". **وعرفت السند الإلكتروني** بإنه : "هو أي بيان أو رسالة أوقيد أو عملية أو معلومة أو عقد أو توقيع أو برنامج أو سجل أو إجراء أو شهادة، أو رمز،أو توثيق أو أية أوراق مالية أو تجارية يتم الحصول عليها بوسيلة إلكترونية". **وعرفت السجل الإلكتروني** بإنه هو:"القيد أو العقد الإلكتروني أو رسالة البيانات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو تسليمها أو تخزينها بوسائل الكترونية" **وعرفت العقد الإلكتروني** بإنه:"الاتفاق الذي يتم إبرامه بوسائل إلكترونية كليا أو جزئيا".

وحسنا فعل المشرع اليمني إذ فرق بين رسالة المعلومات والسند الإلكتروني، والسجل الإلكتروني لأن الرسائل الإلكترونية الغير الموقعة، سواءً كانت عن طريق الإنترنت أو أي وسيلة أخرى من وسائل الاتصال العديدة والمتعددة الأغراض فمنها رسائل الدردشة والرسائل الإخبارية، وقد تبعث هذه الرسائل على سبيل المؤانسة والحوار ، وكما يظهر فأنه وصف الكتابة الإلكترونية برسالة البيانات، والتي تضم كل الصور الأخرى للكتابة الإلكترونية.

الفرع الثاني: أطراف المحرر الإلكترونية

لكل وثيقة إثبات مهما كانت دعامتها سـواء كانت الكترونية أو ورقية أطراف تنشـأ بهم ومن خلالهم، ومن المعلوم أن الأطراف الأسـاسـية هم منشـئ المحرر الإلكتروني والمرسـل اليه غير أن طبيعة المحرر الالكتروني تفرض وجود شخص ثالث وهو الوسيط الإلكتروني أو مايسمى بالوكيل وسنتطرق لكل طرف بالتبيان كالآتي:

1-منشئ المحرر الإلكتروني

لقد عرف المشرع اليمنيمصطلح المنشئ على خلاف المشرع المغربي بإنه: " الشخص الذي يقوم سواء بنفسه أو بواسطة من ينيبه بإنشاء أو إرسال رسالة بيانات ولا يشمل الوسيط الإلكتروني".[1]

لقد تناولت المادة 2 من فقرة ج من قانون اليونيسترال النموذجي بشأن التجارية الالكترونية لسنة 1996الصادر في الجلسة رقم 85 للجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 1996 /12/ 16 "**يراد بمصطلح منشئ رسالة البيانات الشخص الذي يعتبرأن إرسال إو أ نشاء رسالة البيانات قبل تخزينها، قد تم على يده أو نيابة عنه،ولكنه لا يشمل الشخص الذي يتصرف كوسيط في ما يتعلق بهذه الرسالة**[2] "،ويكون مرسلا أو منشأ الأشخاص التالية:

أ- يستوي من يقوم بإرسال أو إنشاء المحرر أن يتم ذلك على يد المرسل بنفسه أو أن يتم على يد شخص آخر نيابة عنه كأن يكون المنشأ هو صاحب العمل ويكلف أحد العاملين نيابة عنه بإنشاء المحرر وأن يكون شخصا معنويا كشركة مثلا.

ب-يمكن أن يكون المرسل شخصا طبيعيا وقد يكون شخصا معنويا كما يتم تشغيل نظام الحاسب الآلي نيابة عنه ومن خلال هذا النظام يمكن أن تقوم أجهزة الحاسب الآلي بإنشاء المحررات بطريقة تلقائية عن طريق برنامج أو وسيلة الكترونية مؤتمنة أخرى تستخدم للبدء في العمل أو الاستجابة كليا أو جزئيا

[1] المادة 2 من قانون أنظمة الدفع والعمليات المصرفية المالية والمصرفية الإلكترونية اليمني رقم 40 لسنة 2006

[2] قانون اليونسترال النموذجي بشان التجارة الالكترونية مع دليل التشريع 1996و مع المادة الإضافية 5مكرر بصيغتها المعتمدة في عام ،1998منشورات الأمم المتحدة رقم . 99، v4.الأمم المتحدة نيويورك، ،2000ص 4.

لرسائل البيانات و لتدابير دون مراجعة أو تدخل من شخص طبيعي في كل مرة يبدأ فيها نظام العمل وبهذا يكون الشخص الذي تتم لحسابه البرمجة هو المنشأ للمحرر الالكتروني.

ج- يكون الشخص منشأ للمحرر الالكتروني سواء قصد إبلاغه للغير أو قصد تخزينه دون تبليغ حيث يتفق **وبمفهوم المخالفة فإنه لا يعتبر مرسلا كل من:**

- الشخص الذي يقتصر دوره على مجرد إرسال المحرر فالمنشأ هو الذي يصدر عنه المحرر حتى ولو أرسل هذا المحرر شخص آخر.

- الشخص الذي تقتصر مهمته على تخزين المحرر ونسخه أثناء عملية الإرسال

- الشخص الذي يؤدي مهمة الوسيط سواء كان هذا الوسيط فني أو غير فني [1]

2- المرسل إليه

لقد عرف المشرع اليمني مصطلح المرسل إليه بإنه: " الشخص الذي قصد المنشئ أن يتسلم رسالة البيانات ولا يشمل الوسيط الألكتروني".[2]

تعرضت المادة 2/د من قانون اليونيسترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية أن المرسل إليه هو " **ذلك الشخص الذي قصد المنشئ أو المرسل أن يتسلم المحرر الالكتروني منه ولكنه لا يشمل الشخص الذي يتصرف كوسيط فيما يتعلق بهذه الرسالة".**

من خلال هذا المفهوم أن يتضح أن وصف المرسل إليه هو كل من:

أ- الشخص الذي يقصد المرسل الاتصال به عن طريق إرسال المحرر الالكتروني

ب-الأشخاص الطبيعية والمعنوية الذين استخدموا الحاسب الآلي نيابة عنه للاستجابة كليا أو جزئيا لرسائل البيانات دون مراجعة أو تدخل طبيعي في كل مرة يبدأ فيها النظام عملا أو يقدم استجابة[3] .

---

[1] بلقاسم عبد الله، المحررات الالكترونية وسيلة إثبات في العقد الالكتروني، مرجع سابق، ص 19.

[2] المادة 2 من قانون أنظمة الدفع والعمليات المصرفية المالية والمصرفية الإلكترونية اليمني رقم 40 لسنة 2006

[3] قانون اليونسترال النموذجي بشان التجارة الالكترونية مع دليل التشريع 1996و مع المادة الإضافية 5مكرر بصيغتها المعتمدة في عام ،1998منشورات الأمم المتحدة رقم . 99، v4.الأمم المتحدة نيويورك، ،2000ص 4.

وبالتالي يخرج من دائرة المرسل إليه كل:

- من يقتصر دوره على مجرد استلام أو تلقي محرر إذ قد يقوم باستلام المحررات شخص آخر ينوب عن المرسل إليه الذي قصد منشأ الرسالة الاتصال به كأن يكون المستلم أحد العمال أو الموظفين المكلفين من قبل صاحب العمل باستلام المحررات.

- من يقتصر دوره على تخزين المحرر بعث به المنشئ.

- الشخص الذي لا يتصرف كوسيط في ما يتعلق بالمحرر الالكتروني.[1]

3-الوسيط الإلكتروني

لقد تناول القانون النموذجي بشأن التجارة الالكترونية سنة 1996في المادة الثانية منه الفقرة هـ على أن الوسيط: **"الشخص الذي يقوم نيابة على شخص آخر بإرسال أو استلام أو تخزين المحرر الالكتروني أو تقديم خدمات أخرى فيما يتعلق بالمحرر"** وهذا يعني أن القانون النموذجي يعتبر أن الوسيط يمكن أن يكون:

- أن يكون أي شخص – غير المرسل أو المرسل إليه - يؤدي وظيفة من الوظائف الرئيسية التي يقوم بها الوسيط وهذه الوظائف كما ذكرها القانون النموذجي إما إرسال أو استلام أو تخزين المحرر الالكتروني نيابة عن شخص آخر

- مستغلو الشبكات الذين يؤدون ما يسمى بالخدمات ذات القيمة المضافة كإعداد صيغة محررات وترجمتها وتسجيلها وتوثيقها وحفظها.

- من يقومون بتقديم الخدمات الأمنية للمعاملات الالكترونية كجهات معتمد التوقيع الالكتروني.[2]

[1] آمنة بونجو، الإثبات في عقود التجارة الالكترونية، مذكرة ماستر في قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة أم البواقي ، 2015/2016 ،الجزئر، ص18.

[2] فوغالي بسمة، إثبات العقد الالكتروني وحجيته في ظل عالم الانترنت، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة محمد لامين دباغين سطيف، الجزائر، 2014/2015، ص13.

بالنسبة للمشرع اليمني عرف الوسيط الالكتروني بإنه:" برنامج الحاسب الآلي أو أي وسيلة إلكترونية أخرى تستعمل من أجل تنفيذ إجراء أو الاستجابة لإجراء بقصد إنشاء أو إرسال أو تسلم رسالة البيانات.[1]

أما المشرع المغربي يتبن لنا موقف تعريفه للوسيط الإلكتروني بالرجوع الى الفصل 65.3 من قانون الالتزامات والعقود الذي قضى بإنه " يمكن استخدام الوسائل الإلكترونية لوضع عروض تعاقدية أو معلومات متعلقة بسلع أو خدمات رهن إشارة العموم من أجل إبرام عقد من العقود.

يمكن توجيه المعلومات المطلوبة من أجل إبرام عقد أو المعلومات الموجهة أثناء تنفيذه عن طريق البريد الإلكتروني إذا وافق المرسل إليه صراحة على استخدام الوسيلة المذكورة".

يمكن توجيه المعلومات إلى المهنيين عن طريق البريد الإلكتروني ابتداء من الوقت الذي يدلون فيه بعنوانهم الإلكتروني".

إذا بعد الرجوع للفصل المذكور يتبين عموميته الدالة على إمكانية استخدام الوسائل الإلكترونية لإبرام العقود الإلكترونية.

وبالرجوع الى القانون 31.08 المتعلق بتحديد تدابير لحماية المستهلك نجد المادة 28 منه تنص بإنه " لا تطبق أحكام هذا الباب على العقود المبرمة في الحالات التالية: بواسطة موزعين آليين أو محلات تجارية مجهزة بالآلات.

الفرع الثالث: خصائص المحرر الالكتروني

لقد حضت المحررات الالكترونية بإقبال كبير في ساحة المعاملات القانونية والتجارة الالكترونية لما لها من خصائص تتميز بها عن المحررات التقليدية **كالآتي:**

[1] المادة 2 من قانون أنظمة الدفع والعمليات المصرفية المالية والمصرفية الإلكترونية اليمني رقم 40 لسنة 2006

1- المحررات الالكترونية تتصف بالسرعة:

تقوم الكتابة الالكترونية على التغيير الفيزيولوجي يتمثل في مغنطة المادة المحررة على خلاف المحرر المكتوب على الورق التي تقوم على التصاق الحبر بالورقة فقط وعليه تمتازالأولى بالسرعة لأنها تكتب بلغة الحاسوب ولا يمكن معرفة مضمونها الا من قبل المرسل والمرسل إليه كما يتصف التعاقد الذي يبرم عن طريق وسائل الاتصال الفورية بالفاعلية التي تسمح بحضور افتراضي وذلك بأداء بعض الخدمات وتسليمها فورا لذلك فإن وسائل الاتصال الحديثة تتميز بالسرعة في التعاقد حيث أن السندات المرسلة عن طريق الانترنت تعد من أكثر الوسائل التي تؤمن السرعة في إبرام التعاقدات.[1]

وقد أوجد العلم الحديث التقنيات والوسائل الكفيلة للحفاظ على الأمن القانوني من خلال الأمن التقني لتوفير ثقة هذه المحررات مثل نظام تشفير وجهات المصادقة وكاتب العدل الالكتروني.[2]

2- عدم ظهور المحررات الالكترونية الا بواسطة آلة الكترونية:

إن الكتابة الالكترونية مكتوبة بلغة الآلة أو الحاسوب وعليه فلا يمكن قراءتها إلا بواسطة هذا الأخير وذلك من خلال برامج خاصة يقوم بمعالجتها وتحويلها من لغة الآلة التي يفهمها المتلقي وعليه فإن كان القلم هو وسيلة كتابة تقليدية فإن الحاسوب هو وسيلة كتابة وقراءة الوثيقة الالكترونية وهذا لا يضعف قيمتها بقدر ما يجعلها تتميز بخاصية من خصائصها.[3]

3- تقلل من تكاليف الحفظ والنقل:

للمحررات الالكترونية خاصية مميزة تحل بها مشكلة كبيرة طالما كانت تعاني منها الدول وان صح القول إلى يومنا هذا هي ظاهرة الحفظ وتخزين الملفات والوثائق لفترة طويلة مادام الرجوع لها يكون عند الطلب الأمر الذي يجعل من الصعب إيجاد مكان كافي وملائم من خلال تراكم هذه الملفات مما قد يتعذر

[1] عباس العبودي، تحديات الإثبات في السندات الالكترونية ومتطلبات النظام القانوني لتجاوزها دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، ، بيروت،2010، ص 40.

[2] بلعيساوي محمد الطاهر، باطلي غنية، طرق الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر،2017، ص106.

[3] بلعيساوي محمد الطاهر، نفس المرجع، ص107.

توفير مساحات لخزنها إضافة إلى عبئ النقل الذي يحتاج إلى مصاريف ويد عاملة لذلك فقد وفرت المحررات الالكترونية قدرا كبيرا لحل هذه المشكلة وتفادي كل العقبات بما أنها تكون محفوظة في شكل دعامة الكترونية مهما كان شكلها مما استدعى ظهور فكرة الأرشيف الالكتروني والسجلات الالكترونية، حيث أن التعامل بالمحررات الالكترونية ألغى مشكلة الخزن للأوراق الأمر الذي أدى إلى تضائل استخدام السندات الورقية واستبدالها بالسندات الالكترونية.[1]

4- المحررات الالكترونية تتسم بالوضوح والإتقان

إن المحررات الالكترونية فضلا على أنها تمتاز بالسرعة إلا أنها تمتاز بالوضوح والإتقان كونها يتم إعدادها عبر دعامة الكترونية فإنها تتميز بإمكانية تصحيح الأخطاء التي تقع أثناء الكتابة دون أن تترك أي أثر لذلك والتي تكون أثناء إنشاء المحرر أما بعد اكتماله وإرساله فيجب أن تتوفر له وسائل الأمان والثبات حتى تصل إلى المرسل إليه دون التلاعب وحتى يمكن الاعتداد به في الإثبات.[2]

الفرع الرابع: عناصر المحرر الالكتروني

يتضح أنه مادامت المحررات الإلكترونية نوعا من أنواع المحررات فإن عناصرها، لا بد أن تكون مثل عناصر أي محرر، وهي الكتابة و التوقيع، والدعامة الإلكترونية ونتاولها كالآتي:

1- الكتابة الإلكترونية

الكتابة هي الوسيلة الأساسية حتى الأن لإثبات التصرفات القانونية في المسائل المدنية و الأعمال المختلطة بالنسبة للتاجر،فالنظام القانوني التقليدي للإثبات يقوم على الكتابة المدونة على محرر ورقي موقع بيد من صدرت عنه الكتابة[3]، فالكتابة و التوقيع هما عنصرا الدليل الكتابي الكامل، لكن في ضوء استخدام الدعامات الإلكترونية بدل الورق، فإن تهيئة المحرر من حيث عنصرية الكتابة والتوقيع،

[1] أمينة بومجو، الإثبات في عقود التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص 15.

[2] بلعيساوي محمد الطاهر، طرق الإثبات في المواد المدنية والتجارية،المرجع السابق، ص109.

[3] حمودي محمد ناصر، "العقد الدولي الالكتروني المبرم عبر الانترنت"، دار الثّقافة للّنشر والتّوزيع، عمان –الأردن ،2012، ص 277 .

يتخذان الشـــكل الإلكتروني حتى يحظى بالقبول الإلكتروني، والاعتراف به كدليل إثبات كامل و بالتالي تتوافر فيه الشـــروط التي يتطلبها القانون، فالكتابة هي الشـــرط الأســـاســـي و العنصـــر الأهم في المحرر الالكتروني.

2- التوقيع الإلكتروني

التوقيع هو الذي يجعل الكتابة أفضلية في الإثبات، فحتى ينتج المحرر الالكتروني لآثاره القانونية لا بد من توفر عنصـر ثان وهو التوقيع الالكتروني الذي يعتبر الشـرط الجوهري في المحرر الذي يقصـد منه إقرار الموقع لما هو موجود أو مدون في المحرر.[1]

3- الدعامة الإلكترونية

يحرر المسـتند الإلكتروني على دعامات تختلف كلية على الدعامات التقليدية، يطلق عليها مصـطلح الدعامة الإلكترونية.

وعاء أو وسيلة عرض الكتابة التقليدية هو الورق، أما بالنسبة للمحرر الإلكتروني فالوضع يختلف حيث أن الأبحاث والاكتشـافات في البيئة الرقمية أفرزت عدة وسـائط الإخراج مضـمون المحرر الإلكتروني في الصـــورة التي يمكن معها التعرف على مضـــمونه وقراءته، والمقصـــود بالدعامة كما **عرفها التوجيه الأوروبي الصـادر بتاريخ 23 سـبتمبر 2002 في المادة الثانية** منه بأنها "كل أداة تمكن المسـتهلك من تخزين المعلومات الموجه إليه شـخصـيا بطريقة تسـهل عليه الرجوع إليها في المسـتقبل خلال فترة زمنية ملائمة للأغراض التي توختها المعلومات والتي تسمح بالاستنساخ المطابق لأصل المعلومات المخزنة".

وما يلاحظ من هذا التعريف أنه شمل كل وسائل التخزين التي يمكن أن يستعملها المستخدم سواء كانت للوثائق أو الصور أو المستخرجات الفلمية.

[1] إلياس ناصيف، العقد الالكتروني في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان ،2009، 247.

وعرفتها اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني المصري[1] في المادة 1/14 " **وسيط مادي لحفظ وتداول الكتابة الإلكترونية، ومنها الأقراص المدمجة أو الأقراص الضوئية أو الأقراص المغنطة أو الذاكرة الإلكترونية أو أي وسيط آخر مماثل** "، وعرفها القانون العربي الاسترشادي للمعاملات والتجارة الإلكترونية في المادة 6/1 **"الدعامة الإلكترونية: كل وسيلة مادية تستخدم لتخزين وتداول المعلومات والبيانات الإلكترونية"**[2]

المطلب الثاني: حجية المحررات الإلكترونية ودور القاضي في الترجيح

سوف نتناول في هذا المطلب حجية المحررات الإلكترونية العرفية والرسمية الفرع الاول ثم حدود حجية الإثبات بالمحرر الإلكتروني الفرع الثاني ثم التعارض بين المحررات الإلكترونية والتقليدية ودور القاضي في الترجيح بين المحررات الإلكترونية والتقليدية الفرع الثالث ثم القيمة القانونية والقضائية للأدلة الرقمية الفرع الرابع

الفرع الأول: حجية المحررات الإلكترونية العرفية والرسمية

أولا: حجية المحررات الإلكترونية العرفية

المحررات الإلكترونية العرفية لاتطرح نفس الإشكال الذي يطرحه المحرر الالكتروني الرسمي كما سوف نلاحظ. وكما هو معلوم أن الورقة العرفية[3] هي التي يتم تحريرها من طرف من لهم مصلحة فيها دون تدخل الموظف العمومي، على خلاف الأوراق الرسمية[4] التي تعتبر بوجه عام معدة للإثبات، فان الأوراق

[1] رقم 109 لسنة 2005 المؤرخ في 2005/05/15 بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني المصري 0415.

[2] القانون العربي الاسترشادي للمعاملات والتجارة الإلكترونية، اعتمد بقرار مجلس وزراء العدل العرب رقم ، 812 بتاريخ 19/11/2009 .

تم إعداد مشروع هذا القانون من طرف المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية التابع لمجس وزراء العرب بجامعة الدول العربية، وهدفه تنظيم المعاملات والتجارة الإلكترونية تنظيما دقيقا، من أجل الاسترشاد به عند صياغة قوانين تنظم المعاملات والتجارة الإلكترونية.

[3] الورقة العرفية هي تلك التي يقوم بتحريرها الأفراد فيما بينهم دون تدخل الموظف العمومي.

[4] ينص الفصل 418 من ق ل ع " الورقة الرسمية هي التي يتلقاها الموظفون العموميون الذين لهم صلاحية التوثيق في مكان تحرير العقد، وذلك في الشكل الذي يحدده القانون. وتكون رسمية أيضا: 1 الأوراق المخاطب عليها من القضاة في محاكمهم؛2 الأحكام الصادرة من المحاكم المغربية والأجنبية، بمعنى أن هذه الأحكام يمكنها حتى قبل صيرورتها واجبة التنفيذ أن تكون حجة على الوقائع التي تثبتها".

نشير هنا الى أن الورقة الرسمية التي تستوفي شروطها القانونية تكون حجة قاطعة حتى على الغير في الوقائع والإنفاقات التي يشهد الموظف العمومي الذي حررها بحصولها في محضر وذلك إلى أن يطعن فيها بالزور، لكن الأوراق العرفية على نوعين أوراق عرفيه معدة للإثبات تكون موقعة ممن هي حجة عليه

العرفية على نوعين، أوراق معدة للإثبات و تكون موقعه ممن حجة عليهم كعقد البيع والإيجار والى غيرها من المحررات العرفية، و أوراق لاتعد للإثبات ولكن القانون يجعل لها حجية في الإثبات إلى مدى معين و أكثرها لا يكون موقعا ممن هي حجة عليه[1] كقواعد المحاسبة التي حلت محل الدفاتر التجارية و قد يكون بعضها موقعا كالرسائل و أصول البرقيات.[2]

بالنسبة للتشريع المغربي فإن المحرر الالكتروني العرفي حتى يكتسب حجية في الإثبات يشترط فيه أن يستوفي شروط الفصلين 1-417 و 2-417 من ق.ل.ع وهي كالتالي:

1ـــ معرفة الشخص الذي صدرت عنه: إذ لابد أن تدل المعلومات المحفوظة على السند المحرر الالكتروني على هوية الشخص الذي انشأ هذه المعلومات أو تسلمها، ويجب أن تدل هذه المعلومات أيضا على لحظة إرسال أو تسلم هذا السند. و لتحقيق هذا الشرط يجب أن تكون المعلومات المحفوظة على السند مفهومة وواضحة و قابلة للقراءة، حتى يمكن الاحتجاج بمضمون هذا السند، ومن المعلوم أن السندات الالكترونية تكتب بلغة خاصة ثم تترجم إلى لغة مقروءة من قبل الإنسان عن طريق برامج معدة لهذا الشأن[3].

و التعرف على الشخص الذي صدرت عنه الوثيقة يجب أن يتم بصفة قانونية ، لأن المعطيات الخاصة بالتعريف ذات طابع شخصي تستوجب الحماية، و بالتالي يمنع استعمال الوسائل غير المشروعة للتعرف على أي شخص.

2- أن تكون معدة و محفوظة ضمن شروط تضمن تماميتها: وهذا أيضا من الشروط الأساسية للاعتداء بالوثيقة الالكترونية و لمساواتها للوثيقة المحررة على الورق. فهذه الأخيرة قابلة بطبيعتها للحفظ

وأوراق غير معدة للإثبات ولكن القانون يجعل لها حجية في الإثبات إلى مدى معين، حيث نص الفصل 424 من ق ل ع "المحررات العرفية المعترف بها ممن يقع التمسك بها ضده أو المعتبرة قانونا في حكم المعترف بها منه، يكون لها نفس قوة الدليل التي للورقة الرسمية في مواجهة كافة الأشخاص على التعهدات والبيانات التي تتضمنها وذلك في الحدود المقررة في الفصلين 419 420..."

[1] أنظر المادة 111 من قانون الاثبات اليمني النافذ.

[2] ذ. المعطي الجبوجي، القواعد الموضوعية والشكلية لإثبات وأسباب الترجيح بين الحجج. مرجع سابق، ص 60.

[3] ذ.مصطفى موسى العجارمة، التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الإنترنت، دار الكتب القانونية، مصر، 2010،ص134.

مهما طال الزمن لان حامل الكتابة فيها الذي هو الورق، قابل للحفظ و التخزين و الأرشـــفة، أما الدعامة الالكترونية، أيا كان شكلها، فيجب أن تكون قابلة بدورها للحفظ بالطرق الفنية المعروفة حيث أن المشرع المغربي لم يعرف الحفظ كما لم يبين أشكاله بخلاف ما فعله القانون التونسي المتعلق بالتجارة الالكترونية في الفصل الرابع منه " يعتمد حفظ الوثيقة الالكترونية كما يعتمد حفظ الوثيقة الكتابية، و يلتزم المرسل بحفظ الوثيقة الالكترونية في الشكل المرسلة به و يلتزم المرسل إليه بحفظ هذه الوثيقة في ا لشكل الذي تسلمها به.

وعموما فإن المشـــرع المغربي اشـــترط أن تكون الوثيقة الالكترونية معدة و محفوظة ضـــمن ظروف تضمن تماميتها، و يمكن القول بان المقصود بها شمولية المضمون و تمامة دون زيادة أو نقصان ، سواء بقصد أو بغير قصد.

3- أن تحمل توقيعا مؤمنا

4- ان تحمل تاريخا ناتجا عن التوقيع الالكتروني المؤمن

أما المشـــرع اليمني لم يفرد تنظيما قانونيا للمحررات العرفية الالكترونية ولم ينص على شـــروط محددة للمحرر العرفي، ولكن مقتضـــى المواد التي نظمت المحررات العرفية من المادة 103 وما بعدها من قانون الاثبات النافذ، يقتضـــي أن يكون المحرر مكتوباً بداهةً وموقعاً، وعليه فقد اعتبر المشـــرع المحرر العرفي الموقع من الخصم حجة عليه وعلى وارثه أو خلفه ما لم ينكر صراحة ماهو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة.[1]

إذن في حالة اعتراف صاحب التوقيع بصدور المحرر العرفي منه صار المحرر في قوة المحرر الرسمي، ولا يجوز لصـــاحب التوقيع بعد ذلك أن يركن إلى الإنكار إلا أن يطعن بالتزوير، وإذا ســـكت الشـــخص المنسوبة إليه المحرر فلم يعترف به ولم ينكره ، فحجيته كسابقه على اعتبار أن السكوت بمثابه الاعتراف،

[1] المادة 104 من قان الاثبات اليمني رقم 21 لسنة 1992 وتعديلاته.

كما أن السكوت في معرض الحاجة بيان ، أما إذا أنكر الخصم صدور المحرر منه وأنكر توقيعه أو أنكر وارثه أو خلفه – بأن يحلفا على نفي العلم – كان للخصم المتمسك بالمحرر أن يثبت صدوره من خصمه بالبينة الشرعية ويجوز إثبات صدور السند من الخصم عن طريق تحقيق الخطوط بشهادة خبيرين فنيين عدلين أو أكثر.1 والملاحظ أيضا أن من احتج عليه بمحرر عرفي وناقش محتواه فلا يقبل منه بعد ذلك إنكار الخط أو الإمضاء أو الختم أو بصمة الإصبع.2

وبخصوص حجية المحرر العرفي في التنفيذ فإنه يمكن التنفيذ بموجب هذه المحررات عن طريق رفع دعاوى بها والحصول على أحكام بالحقوق الثابتة بها ،فإذا كان مثلا سند الدين محرراً عرفياً ورفض المدين تنفيذ التزاماته طوعاً فإنه لايمكن إجباره على التنفيذ حتى لو كان معترفاً بالمحرر العرفي ،إلا إذا حصل الدائن على حكم قابل للتنفيذ ،والحكم- لا الورقة- هو الذي ينفذ، وهذا على خلاف المحررات الرسمية التي يمكن التنفيذ بها مباشرة دون حاجة الى حكم.

ويكون المحرر العرفي حجة على الخصوم، وعلى ورثتهم وخلفهم بما جاء فيه صلباً وتاريخاً[3]، ويكون المحرر العرفي من حيث صحة ما ورد به من الوقائع حجية قائمة إلى أن يثبت العكس، ونشير هنا الى أن التوقيع على بياض، صحيح ويصبح المحرر العرفي بعد الكتابة في البياض الذي فوق التوقيع ذات قيمة كأية ورقة أخرى كتبت ثم وقعت ،إلا أن للطرف الأخر الحق في أن يثبت أن ما كتب لم يكن هو المتفق عليه. بالتالي فإن هذه القيمة أو الحجية تستمد من التوقيع لا من الكتابة. ويعتبر من ائتمن على ورقة موقعة على بياض فيكتب ما يخالف المتفق فيها مرتكباً لجريمة خيانة الأمانة يعاقب عليها بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات تطبيقا للمادتين 215 ،216 من قانون العقوبات اليمني، ومن الناحية المدنية ،فعبء

[1] تنص المادة 122 من قان الاثبات اليمني بإنه:" إذا أنكر الخصم صدور السند منه وأنكر توقيعه عليه أو أنكر ذلك وارثه أو خلفه على الوجه المبين في المادة104 كان للخصم المتمسك بالسند أن يثبت صدوره من خصمه بالبينة القانونية ويجوز إثبات صدور السند من الخصم عن طريق تحقيق الخطوط بواسطة خبير فني عدل أو اكثر".

[2] المادة 105 من قانون الاثبات اليمني رقم 21 لسنة 1992 وتعديلاته.

[3] المادة 107 من قانون الاثبات اليمني رقم 21 لسنة 1992 وتعديلاته.

إثبات تسليم الورقة الموقعة على بياض وخيانة من تسلمها يقع على من وضع توقيعه على بياض.ويراعى في ذلك القواعد المقررة في الإثبات.

لقد قسم المشرع المحررات العرفية الى ثلاثة أقسام، الأول منها محررات مكتوبة بخط الخصم وموقع عليها منه، والثاني محررات مكتوبة بخط الغير وموقع عليها من الخصم، والثالث محررات مكتوبة بخط الغير وليس عليها توقيع للخصم ويكون التوقيع على المحرر إما بالخط أو الختم أو بصمة الأصبع.[1]

إذا حتى يكون للمحرر العرفي حجية في الاثبات يقتضي التوقيع عليه إما بالخط أو الختم أو بصمة الأصبع.

وقد عرف المشرع اليمني المحررات العرفية في المادة 99 من قانون الاثبات النافذ بإنها:" هي التي تصدر المحررات العرفية هي التي تصدر من الأشخاص العاديين فيما بينهم ويجوز لهم تعميدها لدى الجهة المختصة في حضورهم وبعد التأكد من أشخاصهم وموافقتهم على ما جاء فيها فتأخذ حكم المحررات الرسمية".

إذا لتفادي إنكار التوقيع ينبغي للمتعامل مع آخر أن يصدق على توقيعه من مكتب التو ثيق أو الجهة المختصة واذا تمت هذه الخطوة سيأخذ المحرر حكم المحررات الرسمية.

ثانيا: حجية المحررات الإلكترونية الرسمية

من المعلوم أن الوثيقة الرسمية بشكل عام ، هي التي يتلقاها موظف عمومي له صلاحية التوثيق في مكان ابرام المحرر، فالموثق على هذا النحو يتولى مهمة الإشراف و المصادقة على تعبير الأطراف عن إرادتهم بالموافقة على التصرف و يكون بذلك مسؤولا عما شهد من وقائع و اتفاقات وقعت أمامه، و يختم

[1] المادة 103 من قانون الاثبات اليمني رقم 21 لسنة 1992 وتعديلاته.

الوثيقة يتوقيعه إلى جانب توقيع الأطراف و يحتفظ بأصلها في ديوانه ولا يسلم لهم سوى نسخة منها، و الوثيقة الرسمية بهذا الشكل تتوفر على قوة إثباتية و تنفيذية في نفس الوقت.[1]

اما الوثيقة الالكترونية فتتميز بكونها محررة بلغة رقمية تقرأ على الشاشة و تفرض النقل الالكتروني للمعطيات لوجود مسافة جغرافيا تفصل بين المتعاقدين.

ومن هذا المنطلق تأتي التساؤلات الأتية:[2] كيف نتصور حضور الموظف الرسمي لو اقعة وضع التوقيع الالكتروني؟ هل بحضوره الفعلي الملموس بذاته وصفته أو بحضور افتراضي على الشبكة؟ و هل يضع توقيعه الالكتروني هو أيضا على الوثيقة؟ وكيف يتم حفظ الوثيقة الالكترونية ؟

إن الحضور الشخصي للموثق في المعاملة الالكترونية لا يمكن أن يكون في مجلس واحد بسبب تباعد الأطراف مكانيا، إذ لو كان المجلس واحد ما كانت هناك حاجة للتعاقد الالكتروني أصلا، ومن ثم فان ما يمكن تصوره هو حضور الموثق الفعلي لوضع التوقيع الالكتروني لأحد الأطراف فقط من بعد ذلك يرسل الوثيقة الكترونيا للطرف الآخر للغرض نفسه أمام موثق آخر أو أمام نفس الموثق إذا تسنى له الانتقال لذلك الطرف، و أما اذا ما تصورنا الحضور الافتراضي للموثق فمعنى ذلك أن معاينته كذلك تكون افتراضية لوضع التوقيع الالكتروني، و هذا يتطلب معدات تقنية و برمجيات متطورة جدا لكي توفر مجالا لتلاقي الموثق بالأطراف على شبكة الانترنت على غرار الندوة الفيديو فونية أو منتدى النقاش وهي إمكانية غير متاحة حاليا للموثقين في أغلب البلدان المتقدمة.

إن الورقة الرسمية متى استوفت الشروط و تمت بالمعايير التي حددها القانون إلا و اكتسبت حجية قاطعة بالنسبة للمتعاقدين وبالنسبة للغير، يتضح أن هناك نوعان من البيانات يكسبان الورقة الرسمية حجيتها وهي:

[1] جنان العربي، التعاقد الالكتروني في القانون المغربي،دراسة مقارنة، مطبعة الوراقة الوطنية، الدادوديات مراكش، الطبعة الأولى ، 2010، ص110.

[2] ذ. محمد العروصي، التعاقد التجاري عن طريق الانترنت، المجلة المغربية للأعمال والمقاولات عدد 10، المغرب، 2006، ص19.

1- البيانات التي قام بها الموظف في حدود مهمته و بينهما في الورقة الرسمية من قبل التاريخ، مكان التلقي، توقيعه، و توقيع ذوي الشأن والإجراءات المصاحبة لذلك من تسجيل و غيره.

2- الاتفاقات والوقائع التي حصلت في محضر الموظف من طرف المتعاقدين، وهذا يتعلق بموضوع الورقة الرسمية التي حررت بمعرفة الموظف العمومي بيعا أو غير ذلك، وهذا البيانات بنوعيها تكسب الورقة الرسمية حجية لا يمكن الطعن فيها إلا بالزور لأن فيها مساس بأمانة الموظف العمومي[1].

وكخلاصة يمكننا القول أن القيمة القانونية للمحرر الالكتروني في الاثبات سواء المحررات الالكترونية العرفية او الرسمية في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية لها ذات الحجية المقررة للكتابة والمحررات الرسمية والعرفية في أحكام قانون الإثبات المدنية والتجارية متى استوفت الشروط والضوابط التي أشرنا إليها أعلاه أخذا من التشريعات والقوانين الخاصة بالمعاملات الإلكترونية، أما ماعدى ذلك من الرسائل والمبادلات التي لم تستوف هذه الضوابط ولم تكن موقعا عليها والتي تكون بطبيعتها عرضة للتحريف والتبديل دون وجود ضمانات تؤكد سلامتها فإنها حينئذ لا حجية لها إلا كمبدأ ثبوت بالكتابة تستلزم بينة أخرى وتخضع لسلطة القاضي التقديرية.

وقد تناولت قوانين الإثبات التقليدية البرقيات والرسائل التي لم يكن موقع على أصلها،فصرح قانون الإثبات اليمني بالمادة 111 أن: للرسائل الموقع عليها قيمة المحرر العرفي من حيث الإثبات وتكون للبرقيات هذه القيمة أيضا إذا كان أصلها المودع في مكتب التصدير موقعا عليه من مرسلها، وتعتبر البرقية مطابقة لأصلها حتى يقوم الدليل على عكس ذلك، وإذا عدم أصل البرقية فلا يعتد بالبرقية إلا لمجرد الاستئناس.

وإلى مثل ذلك ذهب المشرع المغربي كما ذكرنا أعلاه في الفصلين 1-417 و 2-417 من ق.ل.ع وكذلك المشرع المصري بالمادة 16 من قانون الإثبات والمشرع الإماراتي والسوري والعراقي والبحريني

[1] ذ. المعطي الجبوجي، القواعد الموضوعية والشكلية لإثبات وأسباب الترجيح بين الحجج،مرجع سابق،ص58،59.

والكـــويتي والليبـــي والسـوداني والمغربي فهذه القوانين مصـرحة باشـتراط التوقيع على أصـول الرسـائل والبرقيات لإثبات الحجية لها.

وتأخذ نفس الحكم الرسائل التي ترسل عبر الفاكس وغير ذلـك ممـا لا يتوافر فيه ضوابط وشروط الأمان.

الفرع الثاني: حدود حجية الإثبات بالمحرر الإلكتروني

لقد نظمـت مختلـف النصـوص الدوليـة و التشـريعات العربية حجيـة المحـررات الالكـتروني، بمـا يتناسب ونوعية التعامل فأجاز بعضها الرسمية في العقود الإلكترونية، إلى جانب الصيغة العرفيـة، إلا أن طبيعـة بعـض العقـود وطبيعـة المتعاقـد عليـه محـل المعاملـة، فرضـت وضـع بعـض الحـدود نظـرا لاعتبارات معينة تتعلق بحساسية التصرف في مثل بعض السلع والخدمات.

رغـم التقـدم الكبـير في مجـال الرقميـة والتنظيم الإلكـتروني للمعـاملات والتجـارة الإلكترونيـة في الـدول الغربيـة الـتي كانـت سـباقة في هـذا المجـال، حيـث شـهدت نقلـة نوعيـة في تشـريع القـوانين والتشـريعات المنظمـة لإبـرام المعـاملات والعقـود، إلا أنها ولطبيعـة بعـض المعـاملات والعقـود فقـد استثنتها من الإبرام في الشكل الإلكتروني، ونفت صحة وحجية إبرامها.

بالنسبة لقانون التوجيه الأوروبي بشأن التجارة الإلكترونية تـنص المـادة[1] 2/9 منـه علـى أنه " لا تطبق الأحكام السابقة على العقود التي تنشأ أو تنقل حقوق الملكية العقارية، فيما عدا حقوق الإيجار

[1] Article 09 / 2 : Les États membres peuvent prévoir que le paragraphe 1 ne s'appliquent pas à tous les contrats ou à certains d'entre eux qui relèvent des catégories suivantes:

a les contrats qui créent ou transfèrent des droits sur des biens immobiliers, à l'exception

des droits de :location

b les contrats pour lesquels la loi requiert l'intervention des tribunaux, des autorités publiques ou de professions exerçant une autorité publique;

c les contrats de sûretés et garanties fournis par des personnes agissant à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de leur activité professionnelle ou commerciale;

d les contrats relevant du droit de la famille ou du droit des succession"

والعقود التي تطلب تدخلا من المحاكم والسلطة العامة،والعقود التي يحكمها قانون الأسرة أو قانون الميراث، مثل عقود الوصية والهبة وإشهار الطلاق والتبني"[1]

بالنسبة لقوانين الأونسيترال النموذجية لم تضع القوانين بشأن التجارة الإلكترونية والتوقيعات الإلكترونية قيودا على إعمال الوسائل الالكترونية وحجيتها، وتركت المجال للدول لتنظيم ذلك حسب خصوصية وطبيعة نظام كل دولة، حيث نصت في المادة الأولى من قانون الأونسيترال النموذجي للتجارة الالكترونية في المادة الأولى منه على أنه " ينطبق هذا القانون على أي نوع من المعلومات يكون في شكل رسالة بيانات مستخدمة في الأنشطة التجارية، وتقابلها المادة الأولى من قانون الأونسيترال النموذجي للتوقيعات الالكترونية حيث نصت على "يُطبّق هذا القانون حيثما تُستخدم توقيعات الكترونية في سياق أنشطة تجارية، وهو لا يلغي أي قاعدة قانونية يكون القصد منها حماية المستهلكين" ، إلا أنها اقترحت على الدول التي ترغب في وضع استثناءات على هذا القانون العبارة التالية "ينطبق هذا القانون حيثما تُستخدم توقيعات الكترونية، باستثناء الأحوال التالية..." وهو نفس ما أقترحه نظيره الخاص بالتجارة الالكترونية، حيث اقترح العبارة التالية" ينطبق هذا القانون على أي نوع من المعلومات، يكون في شكل رسالة بيانات باستثناء الحالات التالية.

وبالنسبة للمشرع الفرنسي لقد استثنى بعض العقود والمعاملات في الكتابة والحفظ في الشكل الإلكتروني ويتعلق الأمر بالمعاملات التي يحكمها قانون الأسرة والميراث، وكذا المعاملات المتعلقة بالتأمينات الشخصية والعينية ذات الطبيعة المدنية والتجارية باستثناء المحررات التي يحررها الشخص لأغراض مهنته وذلك في المادة 1175من القانون المدني الفرنسي والتي تنص على"يستثنى من أحكام المادة السابقة1- :المحررات العرفية المتعلقة بقانون الأسرة والمواريث، 2-المحررات العرفية المتعلقة

LES CONTRATS CONCLUS PAR ,et Étienne MONTERO Didier GOBERT , Citant

VOIE .http://www.crid.be/pdf/public/4571 ,ÉLECTRONIQUE

[1] يوسف أحمد النوافلة، الإثبات الالكتروني في المواد المدنية والمصرفية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن،الطبعة الأولى ، 2012، ص230.

بالتأمينات الشخصية والعينية ذات الطبيعة المدنية والتجارية، إلا إذا تمت من قبل شخص لحاجات مهنته." [1]

وعلى غرار الدول الغربية، وأخذا بنماذج القوانين الدولية فقد استثنت التشريعات العربية عبر قوانينها المختلفة، بعض المعاملات والعقود في الشكل الإلكتروني، حيث أن طبيعة بعض المعاملات والتي تخضع بطبيعتها لأحكام الشريعة الإسلامية،كان من الأصح بل من اللازم أن تخص بعض المعاملات بالاستثناء من إبرامها في الشكل الإلكتروني.

بالنسبة لتشريع الإمارات لقد نظمت المعاملات والتجارة الإلكترونية بموجب القانون الاتحادي رقم 01 لسنة 2006 حيث يسري على العقود والمحررات والتواقيع الإلكترونية، والتي لها علاقة بالمعاملات والتجارة الإلكترونية، **لكنه استثنى** بعض العقود والمعاملات بصفة خاصة وعددها في المادة 5 من القانون السالف الذكر، والمتمثلة في معاملات الأحوال الشخصية، سندات الملكية والمعاملات المتعلقة ببيع وشراء العقارات وتأجيرها وتسجيلها والحقوق المرتبطة بها السندات القابلة للتداول، وأي مستند يتطلب تصديقه من كاتب العدل، والمستندات التي نظمت بنصوص خاصة حسب قواعد العرف التجاري، والمبادئ العامة للمعاملات التجارية والمدنية[2] ،لكنه ترك إمكانية التعديل أو حذف أو إضافة لهذه العقود والمعاملات، المستثناة من هذا القانون لمجس الوزراء.

---

[1] محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي باللغة العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2018 ، ص70.

Art 1175 :" Il est fait exception aux dispositions de l'article précédent pour :

1 Les actes sous signature privée relatifs au droit de la famille et des successions ;

2 Les actes sous signature privée relatifs à des sûretés personnelles ou réelles, de nature

civile ou commerciale, sauf s'ils sont passés par une personne pour les besoins de sa profession".

[2] القانون الاتحادي الاماراتي رقم 01 لسنة 2006 الجريدة الرسمية رقم 442 بتأريخ 31/01/2006 المادة 2 والتي تنص على أنه:" 1 تسري فيما لم يرد بشأنه نص خاص في هذا القانون قواعد العرف التجاري الدولي المتعلقة بالمعاملات والتجارة الإلكترونية والمبادئ العامة في المعاملات المدنية والتجارية

يسري هذا القانون على السجلات والمستندات والتوقيعات الإلكترونية ذات العلاقة بالمعاملات والتجارة الإلكترونية، ويستثنى من أحكامه ما يأتي:

أ- المعاملات والمسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية كالزواج و الطلاق والوصايا.

ب- سندات ملكية الأموال غير المنقولة

ج السندات القابلة للتداول

د المعاملات التي تتعلق ببيع وشراء الأموال غير المنقولة والتصرف فيها وتأجيرها لمدد تزيد على عشر سنوات وتسجيل أية حقوق أخرى متعلقة بها

هـ أي مستند يتطلب القانون تصديقه أمام الكاتب العدل.

فمن أحكام هذه المادة يتبين لنا أن **المشرع الإماراتي** بالإضافة إلى العقود المستثناة من الإثبات بالشكل الإلكتروني، استثنى كل العقود التي يتطلب تصديقها أمام كاتب العدل أو الموثق مما يعني أن المشرع الإماراتي لم يعترف بالعقود الإلكترونية الرسمية التي تصدر عن الموثق، في حين يمكن أن تكون الوثائق الصادرة عن موظف عام في الشكل الالكتروني. بالإضافة إلى أنه ترك الباب مفتوحا لإمكانية تعديل بالحذف أو الزيادة أو التعديل للمعاملات والعقود المستثناة، وذلك من وجهة نظر بعدية للتطورات التي من الممكن أن تحصل في هذا المجال، وترك مرونة لهذا القانون للتماشي مع المتغيرات والتطورات التي من الممكن أن تحصل مستقبلا.

بالنسبة للمشرع الأردني لقد استثنى في قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، بعض المعاملات من أحكام الإثبات الإلكتروني، وهي المعاملات التي أشار إليها المشرع الإماراتي سابقا، إضافة إلى ذلك لوائح الدعاوى والمرافعات وإشارات التبليغ وقرارات المحاكم، بالإضافة إلى الأوراق المالية إلا ما نص عليه قانون خاص، وإشعارات فسخ عقود المياه والكهرباء والتأمين الصحي والتأمين على الحياة.[1]

وما يعاب على المشرع الأردني، أنه قيد مجال المعاملات والتجارة الإلكتروني، ولم يتصف بالمرونة في تحديد مجال إعمال المعاملات الإلكترونية، حيث أنه لم يترك مجال لإمكانية إضافة بعض المعاملات

وأية مستندات أو معاملات أخرى يتم استثناؤها بنص قانوني خاص

3 لمجلس الوزراء، بقرار يصدره أن يضيف أية معاملات أو مسائل أخرى لما هو وارد في البنود السابقة من الفقرة 2 من هذه المادة،أو أن يحذف منها أو يعدل فيها.

[1] المادة 3 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني لسنة 2015 والتي تنص على أنه: " لا تسري أحكام هذا القانون على ما يلي ما لم ينص أي قانون آخر على خلاف ذلك:

1 إنشاء الوصية وتعديلها

2 إنشاء الوقف وتعديل شروطه

3 معاملات التصرف في الأموال غير المنقولة والأموال المنقولة التي تتطلب التشريعات تسجيلها بما في ذلك الوكالات المتعلقة بها وسندات ملكيتها وإنشاء الحقوق العينية عليها باستثناء عقود الإيجار الخاصة بهذه الأموال.

4 الوكالات والمعاملات المتعلقة بالأحوال الشخصية.

5 الإشعارات المتعلقة بإلغاء أو فسخ عقود خدمات المياه والكهرباء والتأمين الصحي والتأمين على الحياة.

6 لوائح الدعاوى والمرافعات وإشعارات التبليغ القضائية وقرارات المحاكم.

7 الأوراق المالية باستثناء ما تنص عليه تعليمات خاصة تصدر عن الجهات المختصة استنادا لقانون الأوراق المالية أو أي تشريع آخر.

التي استثناها بالشكل الإلكتروني، **على غرار المشرع الإماراتي والسعودي والقطري** وأعتبر البعض[1] ذلك إخلالا بالثقة من المشرع في المعاملات الإلكترونية الرسمية. وما يلاحظ أيضا في الاستثناءات التي أقرها المشرع الأردني من المعاملات الإلكترونية، أنه استثنى أيضا لوائح الدعاوى والمرافعات، وإشعارات التبليغ القضائية وقرارات المحاكم في ظل عصرنة قطاع العدالة في أغلب التشريعات وظهور المحاكم والشهادة الإلكترونية.

بالنسبة للمشرع الجزائري لقد اعترف المشرع الجزائري في قانون التجارة الإلكترونية الجديد 18- 04 بالشكلية في عقود التجارة الإلكترونية بل ألزم في المادة 10 منه على أن كل معاملة تجارية إلكترونية يجب أن توثق في عقد إلكتروني، وهو إلزام صريح بالشكلية في العقود الإلكترونية التجارية، وساوى في المادة 32 مكرر 1من ق.م.ج بين حجية الكتابة الورقية والكتابة في الشكل الإلكتروني، وأستثنى بعض المعاملات من إبرامها عبر الاتصالات الإلكترونية في المادة 03 من قانون التجارة الإلكترونية السالف الذكر[2]

وما يلاحظ على المشرع الجزائري أنه لم يشر إلى المسائل المتعلقة بمعاملات وعقود الأحوال الشخصية في حيث أنه نظم موضوع التجارة الالكترونية، ولم يعالج بنص قانوني المعاملات الأخرى.

بالنسبة للمشرع المغربي لقد سار على نهج التشريعات الحديثة وذلك بالنص الصريح على استثناء بعض المعاملات بصفة خاصة من التعامل الالكتروني وذلك بعد التعديلات الصادرة في 31 ديسمبر 2020 ،المدخلة على القانون رقم رقم 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية ، ويحدد هذا

[1] يوسف أحمد النوافلة، الإثبات الالكتروني في المواد المدنية والمصرفية، مرجع سابق،ص 230

[2] تنص المادة 323 مكرر1 من ق.م.ج على أنه:" والتي تنص على أنه "تمارس التجارة الإلكترونية في إطار التشريع والتنظيم المعمول به غير أنه تمنع كل معاملة عن طريق الاتصالات الإلكترونية تتعلق بما يلي:

لعب القمار والرهان واليانصيب.

المشروبات الكحولية والتبغ.

المنتجات الصيدلانية.

كل سلعة أو خدمة محظورة بموجب التشريع المعمول به.

كل سلعة أو خدمة تستوجب إعداد عقد رسمي.

القانون حســـب المادة الأولى منه النظام المطبق على المعطيات القانونية التي يتم تبادلها بطريقة إلكترونية وعلى المعادلة بين الوثائق المحررة على الورق، وتلك المعدة على دعامة إلكترونية، وعلى التوقيع الإلكتروني. كما يحدد الإطار القانوني المطبق على العمليات المنجزة من قبل مقدمي خدمات المصـــادقة الإلكترونية وكذا القواعد الواجب التقيد بها من لدن مقدمي الخدمة المذكورين ومن لدن الحاصـــلين على الشـــهادات الإلكترونية المسلمة.

وحيث نص في الفصـل 2.1 على: " عندما تشـترط الكتابة لصـحة تصـرف قانوني، يمكن إعدادها وحفظها بشكل إلكتروني وفق الشروط المنصوص عليها في الفصلين 1-417 و2-417 أدناه.

يمكن للملتزم، عندما يطلب منه بيان مكتوب بيده، أن يقوم بتحريره بشـــكل إلكتروني إذا كان من شأن شروط تحريره ضمان أنه الوحيد الذي يمكنه القيام بذلك.

غير أن الوثائق المتعلقة بتطبيق أحكام مدونة الأســـرة والمحررات العرفية المتعلقة بالضـــمانات الشـــخصـــية أو العينية، ذات الطابع المدني أو التجاري لا تخضـــع لأحكام هذا القانون، ماعدا المحررات المنجزة من لدن شـخص لأغراض مهنته، والمحررات المنجزة من لدن مؤسـسـات الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها".

إذن اســـتثنى المشـــرع المغربي من التعامل الالكتروني كل مايتعلق بتطبيق أحكام مدونة الأســـرة والمحررات العرفية المتعلقة بالضـــمانات الشـــخصـــية أو العينية، ذات الطابع المدني أو التجاري عدا تلك المنجزة لشخص لأغراض مهنته والتي من مؤسسات الائتمان والهيئات.

أما المشـــرع اليمني فقد جعل نطاق تطبيق قانون أنظمة الدفع والعمليات المالية والمصـــرفية الإلكترونية رقم 40 لســـنة 2006 نطاقا واســـعا إذ نصـــت المادة 4 على أنه:" أ- يســـري هذا القانون – وبما لايتعارض مع أحكام قانون الاتصـــالات الســـلكية واللاســـلكية-على جميع المعاملات التي تتناولها أحكامه وعلى وجه الخصوص مايلي :-

1. أنظمة الدفع الإلكترونية ، وسائر العمليات المالية والمصرفية التي تنفذ بوسائل إلكترونية

2. رسائل البيانات والمعلومات الإلكترونية وتبادلها ، والسجلات الإلكترونية .

3. التوقيع الإلكتروني ، والترميز والتوثيق الإلكتروني .

4. المعاملات التي يتفق أطرافها صراحةً أوضمناً على تنفيذها بوسائل إلكترونية ما لم يرد فيه نص صريح يقضي بغير ذلك .

ب- لا يعتبر الإتفاق بين أطراف معينة على إجراء معاملات محددة بوسائل إلكترونية ملزماً لهم لإجراء معاملات أخرى بهذه الوسائل .

وأجازت المادة 1/9 من ذات القانون الإثبات في القضايا المصرفية بجميع طرق الإثبات بما في ذلك البيانات الإلكترونية أو البيانات الصادرة عن أجهزة الحاسب الآلي أو مراسلات أجهزة التلكس أو الفاكس أو غير ذلك من الأجهزة المشابهة..."

وكذلك نص في المادة 10 من ذات القانون على أنه:" يكون للسجل الإلكتروني والعقد الإلكتروني ورسالة البيانات والمعلومات الإلكترونية والتوقيع مها الإلكتروني نفس لآثار القانونية المترتبة على الوثائق والمستندات والتوقيعات الخطية من حيث إلزامها لأطرافها أو حجيتها في الإثبات.

ومن وجهة نظرنا لئن كان نطاق تطبيق القانون واسعا كما نصت المادة 4 إلا أنه وكما يتبين من تسميته يضل متعلق بالمعاملات المالية والمصرفية، وبمعنى أخر لايمكن تطبيقه على العقود والمعاملات الخاصة بالأحوال الشخصية

بالتالي ينبغي على المشرع اليمني أن يحذو حذو المشرع المغربي عند تنظيمه القوانين المتصلة بهذا الشأن وأن يراعي بالنص الصريح استثناء بعض العقود والمعاملات في الكتابة والحفظ في الشكل الإلكتروني ويتعلق الأمر بمسائل الأحوال الشخصية كالميراث والوصية والهبة والطلاق ... **والمحررات العرفية المتعلقة بالضمانات الشخصية أو العينية، ذات الطابع المدني أو التجاري**، ماعدا المحررات

المنجزة من لدن شخص لأغراض مهنته، والمحررات المنجزة من لدن مؤسسات الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها.

ومما سبق يتضح إذا أن أغلب التشريعات اتجهت إلى استثناء بعض المعاملات بصفة خاصة من التعامل الإلكتروني وأجمعت على عدم جواز إبرام وتنظيم بعض المعاملات والعقود، وخاصة عقود ومعاملات الأحوال الشخصية والعقود والمعاملات العينية الواردة على الأوعية العقارية، وهو أمر مقبول وعملي نظرا لحساسية هذه العقود، وخصوصا العقود والمعاملات الخاصة بالأحوال الشخصية مثل الزواج والطلاق، فهذه العقود يترتب عليها حقوق والتزامات تمس بثوابت الدول والمجتمعات والحياة الشخصية للفرد الذي هو محور دائرة الحقوق، فإعمال الشكل الإلكتروني في مثل هذه المسائل قد تنتج عنه مسائل خطيرة قد تؤدي إلى المساس بمصداقية هذه الروابط الاجتماعية، كما أن أحكام معاملات العقار وما لها من ثقل قانوني في تشريعات الدول حيث أن جل التشريعات اشترطت لها الصفة الرسمية في العقود حفاظا على الملكية وحقوق الانتفاع من الضياع.

الفرع الثالث:التعارض بين المحررات الإلكترونية والتقليدية ودور القاضي في الترجيح بينهما

أولاً: التعارض بين المحررات الإلكترونية والتقليدية

قد يحدث أن يتعارض محرر إلكتروني مع محرر ورقي، مقدمان كدليلان أمام القضاء لتصرف قانوني أو واقعة واحدة في المضمون، فيحتوى المحرر الإلكتروني على بيانات ووقائع معينة في حين يحتوى المحرر الورقي أو التقليدي على مضمون مختلف، ففرق الفقه في هذه المسالة بين ثلاثة حالات، **الأولى:** حالة التعارض بين محرر عرفي إلكتروني مؤمن ومحرر عرفي تقليدي **والثانية:** التعارض بين محرر عرفي إلكتروني مؤمن ومحرر رسمي **والثالثة:** التعارض بين محرر رسمي إلكتروني ومحرر عرفي إلكتروني موقع توقيعا مؤمنا **والسؤال** الذي يطرح أيضا ما دور القاضي في التفاضل أو الترجيح بين المحررات الالكترونية والتقليدية، نتناول ذلك كالآتي:

1- التعارض بين محررعرفي إلكتروني مؤمن ومحررعرفي تقليدي

يتميز المحرر الإلكتروني الموقع توقيعا مؤمنا، بقرينة تفيد بصحة مضمونه والتواقيع، وذلك بما يضفيه التوقيع المؤمن أو المعزز من ثقة وآمان، مما يجعل المتمسك به محررا من إثبات سلامته المادية، أما المحرر التقليدي لا يوفر هذه الثقة وهذه الضمانات، إذ أنه حرر ووقع من أطراف العلاقة، دون توثيقه من طرف موظف أو ضابط عمومي، وتنتفي حجيته بإنكاره ممن وقع عليه أو كان له يد فيه، وعليه ومن ظاهر المقارنة ترجح كفة المحرر الإلكتروني المؤمن.[1]

إلا أن أغلب التشريعات ، ساوت بين حجية المحرر الموقع توقيعا موصوفا والمحرر العرفي التقليدي رغم الشروط الصارمة التي أقرتها هذه التشريعات للاعتراف بالتوقيع الإلكتروني المؤمن، ويرى بعض الباحثين[2] أن ذلك إنقاص من قيمة الضمانات التي تعهد للتوقيع الإلكتروني المؤمن.

ومن وجهة نظرنا نرى أن اتجاه التشريعات إلى المساواة بين المحرر العرفي الموقع توقيعا مؤمنا والمحرر العرفي الورقي، ربما مرده إلى أن طبيعة مجلس العقد في المحرر الإلكتروني تؤثر بطريقة مباشرة في حجيته، حيث أن المحررات العادية الورقية أما رسمية أو عرفية، ولا يمكن بأي حال أن نرجح كفة المحرر الإلكتروني المؤمن على كفة المحرر الإلكتروني لأننا بذلك نرقيه إلى مكانة المحرر الرسمي

2- بالنسبة للتعارض بين محررعرفي إلكتروني مؤمن ومحررررسمي:

في هذه الحالة لا جدال في حجية المحرر الرسمي لما يتمتع من قوة ثبوتية في الإثبات لإبرامه أمام موظف أو ضابط عمومي يوثق كل التصرفات التي تضمنها المحرر أو ما تمت على يديه، لذا اعتمدته التشريعات واشترطته لبعض المعاملات والعقود لطبيعتها الخاصة وتأثيرها في الحقوق، فحجية المحرر

[1] فوغالي بسمة، إثبات العقد الإلكتروني وحجيته في ظل عالم الإنترنت، رسالة ماجستير، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد لمين دباغين، سطيف ،الجزائر، السنة الجامعية 2015/2014، ص49.

[2] بلقنيشي حبيب، إثبات التعاقد عبر الإنترنت البريد المرئي راسة مقارنةرسالة دكتوراه في القانون الخاص،كلية الحقوق، جامعة وهران، 2011، ص 101.

الرسمي لا يمكن إنكارها إلا بالطعن بالتزوير، بخلاف المحرر العرفي الإلكتروني المؤمن والذي تسقط حجيته بإنكار أحد أطراف العلاقة.

3- بالنسبة للتعارض بين محرر رسمي إلكتروني ومحرر عرفي إلكتروني موقع توقيعا مؤمنا

حجية المحرر الرسمي أيا كانت الدعامة المنشئ عليها حجية كاملة،باعتراف التشريعات والفقه، إلا أن المحرر الرسمي الإلكتروني المؤمن، والموقع توقيعا إلكترونيا مؤمنا حسب الشروط والضوابط الفنية التي نصت عليها أغلب التشريعات، يكتسب كذلك حجية قوية في الإثبات ترشحه ليكون أقوى حجية من المحرر الرسمي الورقي.[1]

إلا أن المحرر الرسمي الورقي المستوفي الشروط القانونية، وخاصة الحضور المادي للضابط أو الموظف العمومي والأطراف في مجلس عقد واحد، قرينة قاطعة على حجيته الكاملة والتي لا يدحضها إلا الطعن بالتزوير، والذي يثبت الإرادة الحرة لإبرام التصرف، لذا لا يمكن تصور تفضيل للمحرر الإلكتروني الذي تم عن بعد في غير مجلس عقد واحد، بل الأصح مساواتهما في الحجية.

ثانيا: دور القاضي في الترجيح بين المحررات الإلكترونية والتقليدية

لقد عالج المشرع الفرنسي هذا الإشكال وذلك في المادة2 1368 من القانون المدني وذلك بأن للأطراف الاتفاق على اعتماد الدليل المراد الاحتجاج به، أو ترجيحه إذا لم يوجد نص ينظم ذلك، على أساس أن القواعد الموضوعية للإثبات ليست من النظام العام ويجوز الاتفاق على مخالفتها، وفي حالة عدم وجود اتفاق بين الطرفين بخصوص هذا الشأن فللقاضي السلطة التقديرية في ترجيح أحد الأدلة مراعيا في ذلك صحة الدليل ومصداقيته واكتمال عناصر.3

---

[1] بلقنيشي حبيب، إثبات التعاقد عبر الإنترنت البريد المرئي ،نفس المرجع،ص99.

[2] Art 1368 "A défaut de dispositions ou de conventions contraires, le juge règle les conflits de preuve par écrit en déterminant par tout moyen le titre le plus vraisemblable".

[3] منيرة عبيزة، أ بوبكر مصطفى، الدليل الإلكتروني والسلطة التقديرية للقاضي،مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 09 العدد 03 ديسمبر ،2018، ص579.

- **بالنسبة للاتفاق المسبق بين الطرفين على ترجيح دليل معين** قد لا يثق الأطراف في العلاقة المبرمة عبر الوسيط الالكتروني، فيلجئون إلى اتفاقات مسبقة حول مدى حجية المحرر الإلكتروني، وما هو نوع الأدلة المقبولة في الإثبات في حالة حدوث نزاع بغض النظر عن قيمة التصرف المتنازع بشأنه،كما يمكن أن يمتد أثر الاتفاق إلى تحديد قيمة وحجية الدليل المتفق عليه، وما إذاكان يعتبر بالنسبة لهم دليلا كاملا، أم يحتاج إلى تكملته بأدلة أخرى، كما قد يكون موضوع الاتفاق أيضا عبئ إثبات الالتزام أي التحديد المسبق لمن يقع عليه عبء إثبات التصرف، فينقل من الطرف الذي يقع عليه عبء الإثبات قانونا، إلى الطرف الآخر.1

- **أما عن السلطة التقديرية للقاضي في ترجيح أحد الأدلة** يمكننا القول أن وجود اتفاق مسبق بين الأطراف على ترجيح أحد الأدلة في الإثبات، لا يعني أن ينتفي دور القاضي، بل للقاضي سلطة واسعة في تقدير مدى صحة هذه الاتفاقات، فلا يجوز الاتفاق، على مسائل فصل فيها بنص القانون، فمثلا لا يمكن للأطراف الاتفاق على مجرد إنكار محرر رسمي لا يجوز الطعن فيه إلا بالتزوير، وأيضا لا يمكن الاتفاق على إثبات معاملة اشترط فيها القانون الرسمية بمحرر عرفي، فللقاضي مراعاة عدم تجاوز القانون في مثل هذه الاتفاقات،كما أن القاضي يتأكد من توافر الدليل المتفق عليه على الشروط القانونية ومدى اكتمال صحته كدليل كتابي كامل فلا يجوز الاتفاق على ترجيح دليل كتابي غير مستوفي الشروط على دليل كتابي مستوفي الشروط.[2]

وفي حالة عدم وجود اتفاق بين الطرفين على ترجيح أحد الأدلة الكتابية المتعارضة، وكان كل منهما مستوفي شروط الدليل الكتابي الكامل، فللقاضي أن يرجح الدليل الأكثر مصداقية ووضوحا والأكثر تبيان للحقيقة.

الفرع الرابع: القيمة القانونية والقضائية للأدلة الرقمية

[1] ثروت عبد الحميد،التوقيع الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة الأزاريطة، مصر،2007، ص100.

[2] منيرة عبيزة أبوبكر مصطفى، الدليل الإلكتروني والسلطة التقديرية للقاضي، المرجع السابق، ص 581.

أولاً: نظم الإثبات وموقف القانون منها

تختلف طريقة الاعتراف بالدليل الرقمي وقبوله كدليل إثبات من دولة إلى أخرى بحسب طبيعة نظام الإثبات السائد فيها، والذي لا يمكن أن يخرج عن الأنظمة التالية: أولا نظام الإثبات الحر، ووفقا لهذا النظام يتمتع القاضي الجنائي بحرية مطلقة في شأن إثبات الوقائع المعروضة عليه، فلا يلزمه القانون بأدلة للاستناد إليها في تكوين قناعته، فله أن يبني هذه القناعة على أي دليل وإن لم يكن منصوصا عليه[1]، وكل الأدلة تتساوى قيمتها في الإثبات في نظر المشرع، والقاضي هو الذي يختار من بين ما يطرح عليه ما يراه صالحا للوصول إلى الحقيقة، وهو في ذلك يتمتع بمطلق الحرية لقبول الدليل أو رفضه إذا لم يقتنع به[2]. ثانيا نظام الأدلة القانونية أو المقيد: في ظل هذا النظام لا يكون الدليل الرقمي مقبولا أمام القاضي الجنائي مالم يتم النص عليه من قبل المشرع، حيث يتوجب عليه تحديد هذا النوع من الأدلة سلفا وبدقة، والقاضي الجنائي يتوجب عليه الأخذ بهذه الأدلة متى توافرت فيها شروط الدليل الصحيح، لذلك ففي حالة توافر شروط الدليل الصحيح يلزم القاضي الجنائي أن يؤسس حكمه على أساس هذا الدليل حتى وإن لم يكن مقتنعا به، كما أنه إذا لم تتوافر الشروط المطلوبة قانونا يكون القاضي ملزما ببناء اقتناعه وتأسيس حكمه على أساس عدم قيام الدليل على الادعاء، حتى لو كان القاضي مقتنعا بثبوت الادعاء[3]. ثالثا نظام الإثبات المختلط: تقوم فكرة هذا النظام أنه يأخذ بملامح كل من نظام أدلة الإثبات الحر ونظام الأدلة القانونية وحاول التوفيق بينهما، فلكي يتسنى للقاضي إصدار حكمه ينبغي عليه أن يكون مقتنعًا إقتناعًا شخصيًا، وفي نفس الوقت يجوز القناعة القانونية كما أقرها القانون، ويقوم هذا النظام بالجمع بين النظامين، وذلك عن طريق تحديد القانون لأدلة معينة للإثبات في بعض الجرائم دون

[1] د. أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الانسان في الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية للنشر، مصر، 1995،ص94.

[2] د.محمد علي سالم الحلبي، حرية القاضي الجنائي في الاقتناع الذاتي في قوانين مصر والأردن والكويت، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، العدد3، جامعة الكويت، 31 سبتمبر 2007، ص 342.

[3] سامي جلال فقي حسين، الأدلة المتحصلة من الحاسوب وحجيتها في الإثبات الجنائي دراسة مقارنة، دار شتات للنشر والبرمجيات، ، 2011، ص 70،89.

البعض الأخر أو يشـــترط في الدليل شـــروطا في بعض الأحوال أو يعطي القاضـــي الحرية في تقدير القيمة الإثباتية للأدلة القانونية.[1]

برجوعنا للتشـريع المغربي نجده كغيره من التشـريعات المعاصـرة أخذ بالنظام المختلط تأسـيسـا على نص المادة 286 من قانون المسطرة الجنائية التي تنص على أن:"يمكن إثبات الجرائم بأية وسيلة من وسائل الاثبات، ماعدا في الأحوال التي يقتضي القانون فيها بخلاف ويحكم القاضي حسب اقتناعه الصميم...".

يمكن للقاضـي الجنائي – بخلاف القاضـي المدني – أن يلعب دورا إيجابيا في اسـتثمار مبدأ الإثبات الحر، ولاسـيما إذا اتخذ المبادرة في البحث عن الوسـائل الناجعة التي تؤدي به إلى إظهار الحقيقة، ففي ظل القانون اليمني لا وجود لأدلة يحظر المشـرع مقدما على القاضـي الجنائي قبولها، وكل دليل يمكن أن يتولد معه اقتناعه، يكون من حيث المبدأ مقبولا أمامه، فحرية الإثبات في الميدان الجنائي تبقى ضـــرورية ومنطقية في آن واحد، إذ أن الأصـــل العام هو أن الجرائم على اختلاف أنواعها يجوز اثباتها بكافة الطرق القانونية، ماعدا ما استثني منها بنص خاص في القانون.

وبرجوعنا للتشـــريع اليمني نجد أن المادة 321 من قانون الإجراءات الجزائية النافذ نصـــت على أن "...2- تقدير الأدلة يكون وفقا لاقتناع المحكمة في ضـوء مبدأ تكامل الأدلة فلا يتمتع دليل بقوة مسـبقة في الإثبات" ونصـت المادة 322 على أنه " لا يجوز إثبات أي واقعة ترتب مسـؤولية جزائية على أي شـخص إلا عن طريق الأدلة الجائزة قانونا و بالإجراءات المقررة قانونا"، وبالنظر الى المادة 323 من نفس القانون، نجد أنه جاء في صـــدر المادة " تعد من أدلة الإثبات..."وجاء في نهايتها عبارة " أو وقائع الجريمة والقرائن والأدلة الأخرى" ممايتبين لنا أن المشـرع اليمني لم يحصـر أدلة الإثبات الجنائي بل ذكرها على سـبيل المثال، وتنص المادة 367 من نفس القانون على أنه " يحكم القاضي في الدعوى بمقتضى العقيدة التي تكونت لدية بكامل حريته من خلال المحاكمة".

[1] سهام يخلف سيدي، حدود سلطة القاضي الجزائي في تقدير الدليل العلمي، رسالة ماستر، جامعة د. طاهر مولاي سعيدة، الجزائر 2016 2017 ،ص89

إذا ومن خلال نصوص المواد المذكورة يتضح جليا بأن المشرع اليمني لم يحصر أدلة الإثبات بأدلة معينة بل ترك حرية الإثبات للخصوم في الدعوى وكذلك للقاضي كمبدأ عام في الاثبات، وعمد الى تحديد بعض طرق الإثبات في جرائم معينة فقط دون البعض الأخرويتعلق الأمر بجرائم الحدود والقصاص.

لقد جعل المشرع للقاضي دورا في تقدير الأدلة وفي التحرك الذاتي والإقتناع الموصل الى الحكم العادل والحسم السريع، مما يمكن معه القول أن القانون اليمني تبنى نظام الإثبات المختلط ، كما أن في عمومية نصوص الإثبات الجنائي الوادرة أعلاه تستوعب الإثبات بالأدلة الرقمية، شريطة ان يتم استخلاصها بطرق مشروعة، والتي تنتهي بقناعة القاضي بها، ومايعزز توجه المشرع اليمني للأخذ بالأدلة الرقمية ما أخذ به قانون أنظمة الدفع والعمليات المالية والمصرفية الإلكترونية رقم 40 لسنة 2006، حيث تنص المادة 41 على أنه "يعاقب كل من يرتكب فعلاً يشكل جريمةً بموجب أحكام القوانين النافذة بواسطة استخدام الوسائل الإلكترونية..."

وهكذا فإن الإثبات الجنائي في اليمن يسيطر عليه مبدأ حرية الإثبات في المواد الجنائية – مع الإشارة الى تحديده لبعض طرق الإثبات في جرائم معينة – ولافرق بين دليل نجم عن إجراء علمي أم غيره، والقاضي يستطيع أن يستمد من أي دليل يرتاح له وجدانه، وهذه الحرية مقررة بالنظر الى ظروف وملابسات القضية.

وبتحليل موقف المشرع اليمني من خلال النصوص المذكورة أعلاه نجدها تكرس قاعدتين تكمل إحدهما الأخرى، قاعدة الإقتناع الحر للقاضي الجنائي من جهة وقاعدة حرية إختيار وسائل الإثبات الجنائي من جهة أخرى.

ونشير الى أنه تظهر أهمية الإثبات الجنائي في الدور الإيجابي الممنوح للقاضي في البحث عن الحقيقة، فالقاضي الجنائي لا يكتفي بمجرد موازنة الأدلة التي يقدمها الخصوم والترجيح بينهما، إنما دور إيجابي يفرض عليه التحري والبحث عن الحقيقة والكشف عنها، كما أنه تكمن أهميته أنه يتطلب في

الحصول على الدليل إتباع القواعد التي تحدد كيفية الحصول عليه، والشروط التي يتعين عليه تطبيقها فيه والتي توفر الثقة في الدليل الذي يقدمه، ومخالفة هذه القواعد والشروط قد يهدر الدليل ويشوب الحكم بالبطلان.

اذا يملك القاضي سلطة تقديرية واسعة، فإذا ماطرحت عليه مجموعة من الأدلة يوازي بينها مفضلا بعضها على البعض الأخرويأخذ من بينها ماإطمئن اليه، ويطرح ما سواه مما لم يطمئن إليه، ومايمكن ان نخلص اليه في الأخير ان الأدلة الرقمية بمختلف نظم الإثبات لها الحجية والقيمة القانونية، حيث قبلت الأنظمة الثلاثة الأدلة الرقمية كأدلة اثبات، الإ انها في نظام الأدلة القانونية يتطلب شروطا عديده لقبولها.

ثانيا: تقدير القضاء للدليل العلمي

تعد مرحلة المحاكمة من أهم إجراءات الدعوى باعتبارها مرحلة حاسمة، إذ تعتبر عملية تقدير الأدلة جوهر الحكم، وليس باستطاعة القاضي إدراكه والوصول إليه إلا بعد ممارسته لسلطته التقديرية للأدلة محل الوقائع[1]، فيتوقف سلامة الحكم على سلامة تقدير الأدلة، ويعتبر الدليل الرقمي كباقي الأدلة يتم تقديره من طرف القاضي الجنائي، وبالتالي اقتاعه، وفي هذا الخصوص ينبغي أن نميز بين أمرين[2]:

أ- القيمة العلمية القاطعة للدليل.

ب- الظروف والملابسات التي وجد فيها الدليل

فتقدير القاضي لا يتناول الأمر الأول، وذلك لأن قيمة الدليل تقوم على أسس علمية دقيقة، وبالتالي لا حرية للقاضي في مناقشة الحقائق العلمية الثابتة، أما الأمر الثاني والمتعلق بالظروف والملابسات التي وجد فيها الدليل، فإنها تتدخل في نطاق تقديره الذاتي، فهذا من طبيعة صميم وظيفته القضائية،

[1] زهية معمش، غانم نسيمة،الاثبات الجنائي في الجرائم المعلوماتية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص القانون الخاص والعلوم الجنائية، جامعة عبدالرحمن ميرة، الجزائر، السنة الجامعية 2012/ 2013، ص 63.

[2] د. هلالي عبدالله أحمد، حجية المخرجات الكمبيوترية في المواد الجنائية،دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، 1997،ص 46.

بحيث يكون في مقدوره أن يطرح مثل هذا الدليل - رغم قطعيته من الناحية العملية - إذا تبين بأنه لا يتفق مع ظروف الواقعة وملابساتها، حيث تولد الشبهة لدى القاضي، ومن ثم يقضي في إطار تفسير الشك لصالح المتهم.

ذلك أن مجرد توافر الدليل العلمي لا يعني أن القاضي ملزم بالحكم بموجبه مباشرة سواء بالإدانة أم بالبراءة، دون بحث ظروف وملابسات بنائه، فالدليل العلمي ليس آلية معدة لتقرير اقتناع القاضي بخصوص مسألة غير مؤكدة[1]، بل هو دليل إثبات قائم على أساس من العلم والمعرفة، وللقاضي النظر إليه في ضوء الظروف والملابسات المحيطة، فالعبرة في الميدان الجنائي هي باقتناع القاضي بادلة الإثبات المعروضة عليه، كما ان استخلاص ثبوت الجريمة أو عدم ثبوتها من وقائع القضية والظروف المحيطة بها امر موكول للسلطة التقديرية لمحكمة الموضوع، فالقضاء بإختصار يملك السلطة التقديرية بالنسبة للظروف والملابسات التي أحاطت بالدليل الرقمي من الناحية العملية لا العلمية.

الخاتمة

خاتمة الدراسة ليست موجزا لما سبق بل هي إبراز للثمرة والنتيجة التي أسفرت عنها وبيان لأهم المقترحات التي نأمل تحقيقها، وهناك العديد من النتائج التي توصلنا إليها ، وقبل عرضها لابد من إيضاح أن مانتوصل إليه من نتائج حالياً ربما يتغير مستقبلاً بحكم طبيعة المعاملات الإلكترونية ومايتعلق بحمايتها جنائيا، وذلك لإرتباطها بالتقنية الحديثة التي تتطور بشكل كبير ومتسارع.

أولا: إن المعاملات الالكترونية أصبحت واقعا ملموسا في الحياة الاجتماعية والاقتصادية وتلعب دورا مهما في الحياة الاقتصادية ومؤشرات الاستثمار، ولإضفاء نوع من الثقة والشفافية على هذه المعاملات تدخل المشرعين المغربي واليمني على غرار التشريعات المقارنة بوضع إطار قانوني ينظم هذا النوع من المعاملات.

[1] جميل عبدالباقي الصغير، الجوانب الإجرائية للجرائم المتعلقة بالإنترنت، دار النهضة العربية،القاهرة،2002، ص22.

ثانياً: لقد نظم المشـــرع اليمني في المواد 97-128 من قانون الإثبات رقم 21 لســـنة 1992 وتعديلاته، الأدلة الكتابية وقسمها الى نوعين محررات رسمية ومحررات عرفية ولكل منهما حجية في الإثبات على النحو المفصل في متن البحث، وبالرغم من هذا التنظيم الا أنه لايزال يعتريه القصور.

ثالثا: لقد نظم المشـــرع المغربي المحررات الالكترونية ضـــمن القانون 53.05 المتعلق بتبادل البيانات والمعطيات الكترونيا ونظمها المشـــرع اليمني في القانون المتعلق بأنظمة الدفع والعمليات المالية والمصـــرفية الإلكترونية رقم 40 لسنة 2006.

رابعا: لقد ساوى المشرعين بين المحررات الإلكترونية والوثائق والمستندات والتوقيعات الخطية من حيث إلزامها لأطرافها أو حجيتها في الإثبات للتســـاوي الوظيفي بينهما. بالتالي متى توافرت في المحررات الالكترونية شـــروطها القانونية المشـــار اليها في متن البحث، تتمتع بحجية مســـاوية في الإثبات للمحررات الورقية، وبالتالي يجوز إثبات المعاملات التجارية الالكترونية بهذه المحررات، استنادا لمبدأ التنظير الوظيفي بين المحررات الالكترونية والمحررات الورقية وكذا مبدأ الحياد التقني والتكنولوجي، المتمثل في عدم تفضيل أي تقنية من تقنيات الاتصـــال في إجراء العقود الالكترونية، متى توافرت هذه التقنيات على الشـــروط القانونية للاعتراف بحجية مستخرجاتها.

خامسا: لم يعرف المشـــرع المغربي المحرر الالكتروني بينما عرفه المشـــرع اليمني تحت مســـمى رســـالة المعلومات وذلك في المادة 2 من قانون أنظمة الدفع والعمليات المالية والمصرفية الإلكترونية رقم 40 لسنة 2006م وذلك بإنها: "هي عبارة عن بيانات تمت معالجتها بواســـطة نظام معالجة المعلومات فأخذت شـــكلا مفهوما".

سادسا: يعتبر مبدأ حرية الإثبات الجنائي أساس قبول الدليل الرقمي في الإثبات الجنائي عند الدول ذات الأصل اللاتيني كالمغرب، وغيرها من الدول المتأثره بها كاليمن.

ســابعاً: الأدلة الرقمية وإن كانت تتمتع بقيمة علمية قاطعة في الدلالة على الحقائق التي تتضـمنها، إلا أنه يجب أن تكون من ضمن الأدلة الجائزة قانونا كوسيلة إثبات،ويتم الحصول عليها بالطرق القانونية وتقدم للمحكمة على الهيئة نفسـها التي تم جمعها عليها، دون أن يطرأ عليها أي تغيير أو تحريف خلال فترة حفظها،وللأدلة الرقمية في مجال الجرائم المعلوماتية الإلكترونية حجية أمام القضائين المغربي واليمني.

ثامناً: إن سـلطة القاضي التقديرية للدليل لاتتناول الدليل الرقمي كدليل علمي، ذلك أن قيمة هذا الدليل تقوم على أسـس وأصـول وحقائق علمية تتميز بالثبات والاسـتقرار والثقة في مصـادرها،الأمر الذي يصـعب معه بل قد يسـتحيل على القاضي أن يتناولها بالفحص والتقدير، بينما الظروف والملابسـات التي وجد فيها الدليل تدخل بطبيعتها في نطاق التقدير الشخصي للقاضي الجنائي،بحيث يكون في اسـتطاعته أن يطرح رأيه وفق أسـباب سـائغة ومقبولة وله أن يرفض هذا الدليل – على الرغم من اقتناعه بقطعيته – إذا تبين أنه لايتفق مع ظروف الواقعة وملابســاتها، وعلى ذلك فالقاضــي ينظر إليه في ضــوء الظروف والملابسـات المحيطة به لتنقية الأدلة من شـوائب الحقيقة العلمية، ويظل القاضي هو المسـيطر على هذه الحقيقـة، وحتى نجعـل الحقيقـة العلميـة حقيقـة قضــائيـة وهـذا هو جوهر التوازن بين الاثبـات العلمي والاقتناع القضائي.

<u>وفي ضوء هذه النتائج التي تم التوصل اليها يمكن وضع عدد من المقترحات</u>

أولا: نأمل من المشرع اليمني الإسراع في إصدار قانون شامل ويتعلق بالمعاملات والتجارة الإلكترونية، بالإضــافة إلى القوانين الأخرى ذات الصــلة والمتعلقة بمكافحة الجرائم المعلوماتية، لتقليل الاســتخدام السيئ للوسـائل التقنية بشـكل عام، كما نأمل من المشـرع اليمني عند سـنه للقوانين ذات الصلة بالموضـوع الاستفادة من التجربة المغربية.

ثانيا: نأمل من المشـرع اليمني إضـافة مواد - الى الفصـلين الثاني والثالث من الباب الرابع في قانون الإثبات رقم 21 لسنة 1992 وتعديلاته - متعلقة بالمحررات الرسمية الالكترونية وكذلك المحررات العرفية الإلكترونية وتبيان شروطها للأخذ بها كمحررات معدة للإثبات.

ثالثا: نأمل من المشـرع اليمني كمرحلة أولى إضـافة الدليل الرقمي في الفقرة 9 ضـمن المادة 13 من قانون الاثبات النافذ والتي حددت طرق الاثبات على سـبيل الحصـر، على أن يتم تنظيم الأدلة الرقمية في مرحلة ثانية ضمن قانون مكافحة الجرائم المعلوماتية.

رابعاً: ضرورة وضع قواعد وآليات خاصة ومعايير لحفظ المحررات الإلكترونية، وذلك بإنشاء مرافق تعمل على القيام بهذه المهمة، على أن تنظم هذه القواعد والآليات مسـؤولية هذه المرافق عن الإخلال بسرية هذه المحررات.

خامسا: ضرورة التعاون والتنسيق بين المشرعين المغربي واليمني، واستفادة هذا الأخير من التجربة المغربية في تنظيم المعاملات الإلكترونية وحمايتها القانونية ،بالإضـافة الى تنسـيقهما مع المنظمات ومؤسسات التشريع للتعرف على السياسات التشريعية المتبعة بالعديد من دول العالم والاستفادة منها في تفعيل السياسات التشريعية المعمول بها من قبل المشرعين المغربي واليمني.

سـادسـاً: لتسـهيل مهمة القضـاة وكذا الباحثين والمهتمين التعرف على أحكام المعاملات والتجارة الإلكترونية، ينبغي تجميع النصـوص ذات الصـلة بذلك في قانون أو مجموعة واحدة بعناوين وأبواب واضـحة، على أن تتناول بداية بابا يحدد المصـطلحات والمفاهيم ذات العلاقة بالمعاملات التجارية الإلكترونية.

سـابعاً: التنسـيق المسـتمر بين الجهات القضـائية والأمنية من جهة، والجهات ذات العلاقة بالتكنولوجيا وخبراء نظم المعلومات من جهة أخرى لمسايرة ما يستجد في هذا المجال.

المراجع

أولا: المؤلفات والدراسات

1- أحمد فتحي سـرور، الشـرعية الدسـتورية وحقوق الانسـان في الإجراءات الجنائية، دار النهضـة العربية للنشر، مصر، 1995

2- إلياس ناصيف، العقد الالكتروني في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،2009.

3- آمنة بونجو، الإثبات في عقود التجارة الالكترونية، مذكرة ماسـتر في قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة أم البواقي الجزئر ، 2015/2016.

4- بلعيسـاوي محمد الطاهر، باطلي غنية، طرق الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار هومة للنشـر والتوزيع، الجزائر، 2017.

5- بلقاسـم عبد الله، المحررات الالكترونية وسـيلة إثبات في العقد الالكتروني، مذكرة ماجسـتير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، ،2013

6- بلقنيشـي حبيب، إثبات التعاقد عبر الإنترنت البريد المرئي - راسـة مقارنة-رسـالة دكتوراه في القانون الخاص،كلية الحقوق، جامعة وهران، 2011

7- ثروت عبد الحميد،التوقيع الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة الأزاريطة، مصر، بدون رقم طبعة،2007

8- جميل عبدالباقي الصغير، الجوانب الإجرائية للجرائم المتعلقة بالإنترنت، دار النهضة العربية،القاهرة،2002

9- جنان العربي،التعاقد،الالكتروني في القانون المغربي،دراسـة مقارنة،مطبعة الوراقة الوطنية، الدادوديات – مراكش، الطبعة الأولى 2010

10- حسـن فضـالة موسى، التنظيم القانوني للإثبات الإلكتروني، مكتبة السـنهوري، بيروت لبنان،الطبعة الأولى، 2016

11- حمودي محمد ناصـر، "العقد الدولي الالكتروني المبرم عبر الانترنت"، دار الثّقافة للّنشـر والتّوزيع، عمان – الأردن ،2012.

12- زهية معمش، غانم نسـيمة،الاثبات الجنائي في الجرائم المعلوماتية، مذكرة لنيل شـهادة الماسـتر، تخصـص القانون الخاص والعلوم الجنائية، جامعة عبدالرحمن ميرة، الجزائر، السنة الجامعية 2013/2012

13- سـامي جلال فقي حسـين، الأدلة المتحصـلة من الحاسـوب وحجيتها في الإثبات الجنائي دراسـة مقارنة، دار شتات للنشر والبرمجيات،مصر، 2011

14- سـهام يخلف سـيدي، حدود سـلطة القاضي الجزائي في تقدير الدليل العلمي،رسـالة ماسـتر،جامعة د. طاهر مولاي سعيدة، الجزائر 2017/2016

15- عباس العبودي ,تحديات الإثبات في السـندات الالكترونية ومتطلبات النظام القانوني لتجاوزها - دراسـة مقارن-، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ،2010.

16- عباس العبودي، التعاقد بوسائل الاتصـــال الفـــوري، وحجيتهـــا في الإثبـــات، دار الثقافة، عمان، الأردن، سنة،1997

17- عبد الفتاح بيومي حجازي، مقدمة في التجارة الإلكترونية العربية، دار الفكر الجامعي، الإسـكندرية،مصـر، الكتاب الثاني، 2004

18- فوغالي بسمة، إثبات العقد الإلكتروني وحجيته في ظل عالم الإنترنت، رسالة ماجستير، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد لمين دباغين، سطيف ،الجزائر، السنة الجامعية 2015/2014

19- كريم لملوم،الاثبات فبي المعاملات الالكترونية بين التشـــريعات الوطنية والدولية،مذكرة لنيل الماجســـتير في القانون،فرع قانون التعاون الدولي،كلية الحقوق،جامعة مولود معمري،تيزي وزو،2011.

20- محمد العروصـــي، التعاقد التجاري عن طريق الانترنت، المجلة المغربية للأعمال والمقاولات عدد 10 مارس 2006

21- محمد حســـام لطفي محمود، الإطار القانوني للتجارة الإلكترونية، دراســـة في قواعد الإثبات، ورقة عمل مقدمة إلى المؤتمر المنعقد ب مركز القاهرة الإقليمي التجاري الدولي،عام ،2000

22- محمد حســـن قاســـم، قانون العقود الفرنســـي باللغة العربية، منشـــورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، بدون رقم طبعة، سنة ،2018

23- محمد علي ســالم الحلبي، حرية القاضـي الجنائي في الاقتناع الذاتي في قوانين مصـر والأردن والكويت، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت،العدد3، 31 سبتمبر 2007

24- محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية،دراســـة مقارنة، دار الثقافة للنشـــر والتوزيع، الطبعة الثانية 2008

25- مصطفى موسى العجارمة، التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الإنترنت، دار الكتب القانونية،مصر،طبعة اولى،2010

26- المعطي الجبوجي، القواعد الموضوعية والشكلية لإثبات وأسباب الترجيح بين الحجج. مكتبة الرشاد،2002

27- منيرة عبيزة، أ بوبكر مصـــطفى، الدليل الإلكتروني والســـلطة التقديرية للقاضـــي،مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 09 العدد 03 ديسمبر ،2018

28- ناريمان جميل "القرة القانونية للمستند الإلكتروني"، مجلة مركز دراسات الكوفة، عدد 7 ،العراق،2007

29- هلالي عبدالله أحمد، حجية المخرجات الكمبيوترية في المواد الجنائية،دراســـة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية،القاهرة، 1997

30- يوسف أحمد النوافلة، الإثبات الالكتروني في المواد المدنية والمصرفية، دار الثقافة للنشر والتوزيـــع، عمـــان الأردن،الطبعة الأولى ، 2012

ثانيا: النصوص القانونية

31- قانون رقم 40 لسنة 2006 بشأن أنظمة الدفع والعمليات المالية والمصرفية الإلكترونية

32- قانون الجرائم والعقوبات اليمني رقم 12 لسنة 1994

33- قانون الإثبات اليمني رقم 21 لسنة 1992

34- القانون المغربي رقم 53.05 المتعلق بتبادل البيانات و المعطيات الكترونيا

35- قانون الالتزمات والعقود المغربي

36- قانون المسطرة الجنائية المغربي