التوقيع الألكتروني في إثبات العقود الألكترونية دراسة مقارنة بين الإمامية والأحناف

نور رزاق عاجل
mqrnoor@mu.edu.iq
أ.د. سكينة حسين كاظم تاج الدين
sukaina.hussain@mu.edu.iq
جامعة المثنى/ كلية التربية للعلوم الانسانية

الملخص

يعد أول ظهور للتوقيع في استخدامه في المحررات الرقمية في الإسلام في السنة السادسة للهجرة النبوية بعد غزوة الحديبية، حيث أراد الرسول "صلى الله عليه وآله وسلم" أن يكاتب الملوك في البلدان المجاورة ويدعوهم إلى الاسلام قياماً بالواجب من تبليغ رسالات الله إلى الناس كافة, ودليل ذلك ما روى عن أنس أنّ نبي الله"صلى الله عليه وآله وسلم " أراد أن يكتب إلى رهط أو أناس من الأعاجم، فقيل له: إنّهم لا يقبلون كتاباً إلا عليه خاتم، فاتخذ النبي "صلى الله عليه وآله وسلم" خاتماً من فضة[١]. وفي رواية لمسلم :أنّ النبي "صلى الله عليه وآله وسلم" ((اتخذ خاتماً من فضة ونقشت فيه "محمد رسول الله" فلا ينقش أحد على نقشه)) [٢].

واستمر استخدام التوقيع بالختم بعد عصر النبي "صلى الله عليه وآله وسلم" في القرون الاسلامية الأولى، فعن أنس بن مالك أنّه قال: كان الأمر القديم إجازة الخواتيم[٣].

الكلمات المفتاحية: التوقيع الألكتروني، العقود الألكترونية .

Electronic signature in proving electronic contracts, a comparative study between

Imami and Hana

Noor Razzaq Eajil

Dr. Sakina Hussein Kazem Taj Al-Din

[١] ينظر: صفي الرحمن بن عبدالله بن محمد المباركفوري الاعظمي, ت(١٤٢٧هـ), الرحيق المختوم,د.ط, مؤسسة الاوقاف والشؤون الاسلامية, قطر,د.ت,٤٦٦.

[٢] محمد بن اسماعيل البخاري الجعفي ,صحيح البخاري,كتاب اللباس ,باب نقش الخاتم, حديث رقم ٥٥٣٤,٥/٢٢٠٤.

[٣] محمد ابن احمد بن عرفة الدسوقي, ت(١٢٣٠هـ), الشرح الكبير للشيخ الدردير, د.ط, دار الفكر ,د.ت,٤/١٦٠.

Al-Muthanna University/ College of Education for Human

Abstracr

The first appearance of the signature in its use in digital documents in Islam was in the sixth year of the Prophet's migration after the Battle of Hudaybiyyah, when the Messenger, may God bless him and his family and grant them peace, wanted to write to the kings of neighboring countries and invite them to Islam, fulfilling the duty of conveying God's messages to all people. The evidence for this is what was narrated on the authority of Anas that the Prophet of God, may God bless him and his family and grant them peace, wanted to write to a group or people from the non-Arabs, and it was said to him: They do not accept a letter unless it has a seal on it, so the Prophet, may God bless him and his family and grant them peace, took a seal

Kew words: Electronic signature,electronic contracts, a comparative study between

المطلب الأول : ماهية العقد الالكتروني

وقد بحث العلماء تأكيد المحررات بالتوقيع وأوردوا لها أسماء متعددة حسب الجهة التي تصدر منها (السلطان أو القاضي أو الأفراد) ومن تسمياتها: الحجة والسجل والوثيقة، كما بينوا تأكيدها بالاشهاد عليها خاصة إذا خيف التزوير[١]. ولابد من الإشارة إلى أن الفقهاء القدامى لم يعرفوا الكتابة بشكل مستقل ,وإنما عبروا عنها بألفاظ مختلفة وهي:الصك,الحجة,السجل, المحضر, الوثيقة,بأعتبارها دليلاً للإثبات ,وكلها تدور حول معنى واحد ,وهو اشتمالها على خط يمكن الاستناد إليه في توثيق الحقوق وما يتصل بها ,بحيث يتسنى لطالب الحق او مدعيه أن يرجع إليه عند الطلب أو الحاجة [٢]. ويمكن ان نتطرق إلى بعض تعاريف الفقهاء للكتابة منها: تعرف الكتابة على أنها مجموعة نقوش ورموز تعبر عن الفكر والقول , دون اشتراط أن تكون فوق ورقأو خشب أو جلد, او غيرها[٣],او هي ((إثبات حق بواسطة دليل كتابي معد مسبقاً))[٤].

أما مايخص إثبات الكتابة وحجيتها فهناك عدة آراء للمذاهب منها:

(١) ينظر: محمد مصطفى الزحيلي,وسائل الاثبات في الشريعه الاسلامية, مكتبة دار البيان ,دمشق,٢/٤٧٤.

(٢) ينظر: محمد مصطفى الزحيلي.أصول المحاكمات الشرعية والمدنية , د.ط ,مطابع مؤسسة الجدة, ١٩٨١م, ١٨٩.

(٣)ينظر: رضا متولي وهدان, الضرورة العلمية للإثبات بصور المحررات في ظل تقنيات الاتصال الحديثة,ط١,دار النهضة العربية, ١٩٧٧م,٤.

(٤) وهبة الزحيلي, الفقه الاسلامي وأدلته,٦/٦٨٩.

المشهور عند الإمامية هو عدم جواز إنشاء العقود بالكتابة إلا في صورة تعذر الأدوات الأخرى (الاشارة وغيرها)[١],أما العلامة الحلي فيجوز إنشاء العقد بالكتابة إختياراً مطلقاً [٢].اما المعاصرين أمثال السيد الخوئي والسيستاني فيجوزون الكتابة في الإنشاء [٣]. اما مذهب الحنفية فأنقسموا إلى رأيين

القول الأول إنها لا تعد وسيلة من وسائل الإثبات وهو المذهب المعتمد عند الأحناف[٤], ودليلهم على ذلك هو قوله تعالى: ((وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ ۚ إِنَّ السَّمْعَ وَالْبَصَرَ وَالْفُؤَادَ كُلُّ أُولَٰئِكَ كَانَ عَنْهُ مَسْئُولًا))[٥]. , اما القول الثاني فيقولون إنها وسيلة من وسائل الإثبات وهو قول أبي يوسف ومحمد بن الحسن [٦] , وأستدلوا بقوله تعالى: ((يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ))[٧]. اي ان الله أمر بالكتابة من أجل توثيق الحق وحفظه عند الإنكار والجحود.

بينا الكتابة اعلاه بأنها وسيلة من وسائل الإثبات ودليل من أدلتها وسواء كانت بشكلها التقليدي (الخط باليد) او بشكلها الإلكتروني اي تتم الكتابة بطباعة آليه وتوثيق مثل التوقيع الإلكتروني , لذا لا بد من التعرف على الكتابة الإلكترونية فقد عرفت كالكتابة التقليدية اي هي الكتابة في الشكل الإلكتروني لها نفس حجية الكتابة على الدعامة الورقية مع مراعاة قدرتها على تعريف الشخص الذي أصدرها[٨].

ولما كان المقصود من التوقيع تحديد الشخص الذي صدر منه وتمييزه عن غيره، ودلالة على رضاه بمضمونه والتزامه به، فقد تطورت صوره وأنواعه وخاصة في العصور المتأخرة، وكان من آخرها التوقيع الألكتروني بأنواعه المختلفة.

وما يثبت صحة استخدام التوقيع الإلكتروني وخاصة التوقيع الرقمي لإثبات العقود الإلكترونية في الفقه الإسلامي، لأنه يتفق مع مبادئ الإثبات في الشريعة الإسلامية وذلك لما ليأتي[٩]:

١- أنّ وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية غير محصورة في عدد معين أو شكل محدد على القول الراجح، بل تشمل كل وسيلة يبيّن فيها الحق وتوصل إلى العدل.

٢- أنّ القصد من التوقيع دلالته على صاحبه وعلمه بمضمون الكتابة التي وقع عليها، وهذا متحقق في التوقيع الألكتروني كما هو متحقق في التوقيع العادي إنْ لم يكن أكثر.

(١) الخوئي,مصباح الفقاهة,٢٩/٣.
(٢) العلامة الحلي, نهاية الأحكام,٤٥٠/٢.
(٣) منهاج الصالحين , السيد الخوئي ٢٠٨/٢, منهاج الصالحين,السيد السيستاني,٤١٦/٢/ مسألة ١٣٣٨.
(٤) ينظر: أبن عابدين, حاشية رد المحتار, ٤٣٥/٥.
(٥) سورة الاسراء, اية ٣٦.
(٦) ينظر: المصدر السابق نفسه, ١٣٨/٨.
(٧) سورة البقرة,اية ٢٨٢.
(٨) ينظر: ميكائيل زيباري,٢٧٩.
(٩) ينظر: محمد احمد عبدالله الحامد, الخيارات الشرعية وأثرها على العقود الالكترونية , جامعة ام درمان الاسلامية, كلية الشريعة والقانون, ٢٠٠٩-٢٠١٠م,١٤١.(اطروحة)

٣- إنّ الكتابة ليست محصورة بشيء معين كالورق بل تصح على الأشجار والأحجار والجلود وغيرها، وكان هذا مستخدماً في زمن الرسول "صلى الله عليه وآله وسلم"، فكذلك التوقيع ليس محصوراً بالطريقة العادية من الإمضاء باليد أو الختم أو بصمة الإصبع بل بوجود وسائل تنكولوجية متطورة[١].

لم تعد الوسيلة التقليدية في إثبات وتوثيق العقود وهي التوقيع الخطي مناسبة للمعاملات والمبادلات الألكترونية والتي يتعذر معها توافر هذا التوقيع وذلك لإحلال الوسيط الألكتروني محل الوسيط الورقي الذي يعتبر كأحد الضمانات التي تعبر عن إرادة الأطراف في اتمام تلك المعاملات عبر شبكة الانترنيت فأصبحت معظم التعاملات المالية والتجارية تتم بواسطة الكتابة الإلكترونية والمحررات الإلكترونية[٢].

اولاً: تعريف التوقيع الألكتروني

وعرف التوقيع الألكتروني في المادة ٢/أ في شأن التوقيعات الألكترونية لقانون الأونسترال النموذجي في الامم المتحدة لسنة ٢٠٠١م هو" بيانات في شكل الكتروني مدرجة في رسالة بيانات ,أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقياً يجوز أن تستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة لرسالة البيانات , ولبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات التي ترسل من قبله"[٣], وكذلك عرف على أنّه ((ما يوضع على محرر ألكتروني ويتخذ شكل حروف أو أرقام أو أو رموز أو إشارات أو غيرها ويكون له طابع منفرد يسمح بتحديد شخص الموقع ويميزه عن غيره))[٤]. وقيل: أنّه((هو التوقيع الذي يكون معتمداً من أحد مقدمي خدمات التصديق الألكتروني , الذي يمنح شهادة تفيد صحة هذا التوقيع بعد التحقق من نسبة التوقيع إلى صاحبهليكون دليلاً عليه[٥]. وقالوا أنّه عبارة عن جزء صغير مشفر من بيانات يضاف إلى رسالة ألكترونية كالبريد الألكتروني أو العقد الألكتروني أو ما شابه[٦]. ويتضح للباحثة من خلال خلال التعريفات اعلاه بأن التوقيع الالكتروني يشبه إلى حد ما التوقيع التقليدي إلا أنه يتم بواسطة أدوات تكنولوجيه حديثة يتم من خلالها معرفة الشخص الذي اصدر منه التوقيع وبرضا تام .

(١) ينظر: المصدر السابق, الصفحة ذاتها.

(٢) ينظر: ابراهيم الممدوح,إبرام العقد الالكتروني,٢٤٤.

(٣)ينظر: بلقاسم حامدي, إبرام العقد الالكتروني,٢١٠.

(٤) رشيد لكتامي, التوقيع الالكتروني وحجيته في الاثبات , الرباط ,السعودية, ٢٠٠٨م, ٢٢١.

(٥) ينظر:إلياس ناصيف , العقود الدولية , العقد االكتروني في القانون المقارن,ط١, منشورات الحلبي , بيروت, ٢٠٠٩م, ٢٣٧.

(٦)ينظر: مصطفى كافي, التجارة الالكترونية,١٣٢.

وبالنظر في مراجع الفقه وكتابات القدماء يتبين لنا أن الوقيع الإلكتروني ماهو إلا صورة من صور الكتابة في جواز التعاقد بالمراسلة وهذا ما ذهب إليه مذهب الحنفية إلى جواز انعقاد العقد بالكتابة , والخطوط مطلقاً سواء كان بين حاضرين أم لا , وقادرين على النطق ام لا[١].اما رأي الفقه الإمامي بالتوقيع الإلكتروني فقد قدمت الباحثة استفتاء إلى حوزة كربلاء في عدة اسئلة وكان للتوقيع الالكتروني نصيب منها والسؤال الذي قدم هو (ماهو رأي الفقه الإمامي بالتوقيع الالكتروني؟ وهل يجوز الاعتداد به بالعقود الإلكترونية التي تبرم عن بعد) فكانت الإجابة يجوز ولا مانع من ذلك[٢].

وعليه يخرج مفهوم التوقيع الإلكتروني في صورته المعاصرة إذ هو من حيث الشكل صورة من صورة الكتابة على وسيط كالقرطاس واللوح و.... إلخ, ومن حيث موضوعه صورة من الإقرار على النفس لذا فالتوقيع الإلكتروني حجة ويجب العمل بها شرعاً في اثبات العقود.

ثانياً: صور التوقيع الألكتروني

أدى التطور التقني الحديث في مجال نظم المعلومات والإتصالات إلى تعدد أشكال التوقيع الألكتروني , فإذا كان التوقيع التقليدي طريقة واحدة فالإلكتروني يظهر في عدة صور وتختلف هذه الصور طبقاً للطريقة التي يتم بها. ومن أهم الصور المعروفة حتى الآن والتي توصلت التكنولوجيا المتطورة إليها للتوقيع الألكتروني هي التوقيع الرقمي, التوقيع بالقلم الألكتروني, التوقيع بالنقر على مربع الموافقة, التوقيع بالخواص الذاتية البيومتري والتوقيع باستخدام البطاقة الممغنطة الذكية المقترن بالرقم السري. وسيتم بيانها بالتفصيل كما يلي[٣]:

١. التوقيع الرقمي: ((ويقصد به هو عبارة عن بيانات أو معلومات متصلة بمنظومة بيانات أخرى أو صياغة منظومة في صورة مشفرة .يتم تحويل المحرر المكتوب باستخدام العمليات الحسابية من أسلوب الكتابة العادية إلى معادلة رياضية وتحويل التوقيع إلى أرقام وحتى يكتمل المحرر من الناحية القانونية فإنّه يجب وضع التوقيع عليه وهو ما يحدث بإضافة الأرقام إلى معادلة رياضية حيث يكتمل المحرر ويتم حفظه في جهاز الكمبيوتر, ويظهر استخدام هذا النوع من التوقيع في المعاملات المصرفية والبنكية كالصرف الآلي والدفع الالكتروني, وباعتماد هذا التوقيع على نظام التشفير وكونه تقوم على رقم سري لا يكون معروفاً إلا من صاحبه, فإنّه يوفي جانب كبير من الثقة والأمان))[٤]. و((يرتبط التوقيع الألكتروني بالتشفير ارتباطاً عضوياً

(١) ينظر: ابن النجيم الحنفي, الاشباه والنظائر,٣٣٩, الكاساني, بدائع الصنائع,١٣٨/٥.

(٢) استفتاء قدمته الباحثة إلى فضيلة الشيخ فاضل الصفار , في تاريخ ٢٧_٨_٢٠٢٤م, ٢٢ صفر الخير ١٤٤٦ه.

(٣) ينظر: الممدوح,ابرام العقد الالكتروني,٢٥٣.

(٤) المصدر السابق ,غانم عادل, سيد عبد القادر جهيدة, مدى حجية التوقيع الالكتروني في عقود التجارة الالكترونية دراسة تحليلة ومقارنة, جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية, كلية الحقوق والعلوم السياسية, الجزائر, ٢٠١٤_٢٠١٥, ٢٤.

والتشفير هو عملية تغيير في البيانات بحيث لا يتمكن من قراءتها سوى الشخص المستقبل وحده باستخدام مفتاح فك التشفير وفي تقنية المفتاح العام يتوفر المفتاح ذاته لدى المرسل والمستقبل ويستخدم في عمليتي التشفير وفك التشفير والطريقة الشائعة للتشفير تتمثل بوجود مفتاحين, المفتاح العام وهو معروف للكافة ومفتاح خاص يتوفر فقط لدى الشخص الذي أنشأه, ويمكن بهذه الطريقة لأي شخص يملك المفتاح العام أن يرسل الرسائل المشفرة, ولكن لا يستطيع أن يفك شيفرة الرسالة إلا الشخص الذي لديه المفتاح الخاص , وعليه فالتوقيع الرقمي هو ختم رقمي مشفر يملك مفتاحه صاحب الختم ويعني تطابق المفتاح مع التوقيع الرقمي على الرسالة الألكترونية أنّ مرسل الرسالة هو من ارسلها فعلاً)) [١].

٢. التوقيع بالقلم الألكتروني: ((هذه الطريقة تتم بأستخدام (pen_op) أو التوقيع بالقلم الألكتروني، ويتم ذلك عن طريق قيام الموقع بكتابة توقيعه بإستخدام قلم الكتروني ضوئي خاص حساس يمكنه الكتابة على شاشة جهاز الحاسب الآلي عن طريق استخدام برنامج خاص ويقوم هذا البرنامج بوظيفتين الاولى خدمة التقاط التوقيع والثانية خدمة التحقق من صحة التوقيع, حيث يلتقي البرنامج العميل عن طريق بطاقته الخاصة التي يتم وضعها في الآلة المستخدمة وتظهر بعد ذلك التعليمات على الشاشة ويتبعها الشخص ثم تظهر رسالة تطالب بتوقيعه باستخدام قلم على مربع داخل الشاشة, ودور هذا البرنامج قياس خصائص معينة للتوقيعات من حيث الحجم والشكل والنقاط والخطوط والالتواءات ويقوم الشخص بالضغط على مفاتيح معينة تظهر له على الشاشة بأنّه موافق أو غير موافق على هذا التوقيع))[٢].

و((في حالة سرقة البطاقة والرقم السري في هذا النوع من التوقيعات فإنّه ليس من السهل قيام السارق بعملية التوقيع, التي سيكتشف البرنامج عدم مطابقتها لنفس العملية المحفوظة على قاعدة بيانات الحاسب الآلي, وبالتالي فإنّ هذا النوع من التواقيع يضفي نوعاً من الحماية للتعاملات الألكترونية المبرمجة عبر الانترنيت))[٣].

و((بالرغم من سهولة استخدام هذه الوسيلة إلا أنّ هذا النوع من التوقيع يحتاج إلى تقنية عالية ونوع خاص من الحاسبات يقبل الكتابة على شاشته مباشرةً))[٤].

(١)كافي,التجارة الالكترونية,١٣٤.

(٢) ينظر:عبد الفتاح بيومي حجازي, التوقيع الالكتروني في النظم القانونية المقارنة , دار الفكر, الاسكندرية.٢٠٠٥م,٣٥,غربي خديجة, التوقيع الالكتروني, جامعة قاصدي مرباح,كلية الحقوق والعلوم السياسية,٢٠١٤_٢٠١٥م,١٧,(رسالة).

(٣)صالحي إلياس ,عبدالمالك نوح,التوقيع الالكتروني,جامعة العربي التبسي,كلية الحقوق والعلوم السياسية, الجزائر,٢٠١٦_٢٠١٧م, ١٧.

(٤) حنان صلاح كامل, حجية صور التوقيع الالكتروني في الاثبات وفقاً للتشريعات دراسة تحليلة مقارنة,جامعة القاهرة,كلية الآداب,مجلة الروزنامة,العدد السادس عشر,٢٠١٨م,٢٢٠.

٣. التوقيع بالضغط على مربع الموافقة(ok_ box): ((كثيراً ما يحدث في العقود الألكترونية أن تتم الموافقة عن طريق النقر على زر الموافقة في المكان المخصص لذلك بلوحة مفاتيح الكمبيوتر أو الضغط على الخانة المخصصة للقبول في نموذج العقد المعروض على شاشة الكمبيوتر، ولكن هذه الطريقة لا تعتبر في حد ذاتها توقيعاً يكتسب به المحرر الألكتروني العناصر اللازمة لأعتباره دليلاً كاملاً. ولذلك تلجأ المنشآت التجارية, في الغالب الأعم إلى إضافة خانة في نموذج التعاقد الموجود على صفحة الويب يضع فيها المتعاقد الرقم السري بالإضافة إلى إمكانية استخدام المفتاح الخاص الذي تقوم على منح الشهادة الخاصة به, جهات معتمدة من قبل الدولة))[١].

٤. التوقيع بالخواص الذاتية البايومترية: ((يعتمد هذا النوع من التوقيع على الخواص الفيزيائية والطبيعية للأفراد (البصمة الشخصية أي بصمة الاصبع , وبصمة شبكية العين, ومستوى ونبرة الصوت أو ما يدعى ببصمة الصوت, وكذلك خواص اليد البشري، والتعرف على الوجه البشري إضافة إلى التوقيع الشخصي, ويتم تخزين هذه الصور بشكل رقمي مضغوط في ذاكرة الكمبيوتر، وهذه البيانات يتم تشفيرها لحمايتها من أي محاولة للعبث))[٢], و((عند رغبة الشخص صاحب الشأن استعمال هذه الصورة لإبرام تصرف معين الرجوع اليها، وتوثيق تصرفه وذلك بواسطة برنامج خاص داخل ذاكرة الحاسب الآلي يمكنه من المقارنة بين الصورة المخزنة أو المحفوظة مع الصورة الملتقطة وبالتالي فإنّ الجهاز المراد التعامل معه لا يمكنه الإستجابة إلا بعد التأكد من عملية المطابقة الكاملة))[٣].

و((لكن هذه الآلية تعترضها عدة عقبات، لإحتمال تغير بعض خصائص الإنسان بفعل الظروف كتآكل بصمات الأصابع عبر الزمن أو بفعل بعض المهن اليدوية , أو تأثير التوتر على نبرة الصوت وتشابه أشكال أوجه التوأم , لهذا فإنّ هذا النوع من التواقيع الألكترونية نادر عبر شبكات الانترنيت))[٤].

٥. التوقيع باستخدام البطاقة الممغنطة الذكية: ((وهذه الصورة هي الأكثر شيوعاً في حياتنا المعاصرة، إذ إنّها لا تستلزم خبرة فنية معينة, أو أن يمتلك الشخص حاسباً آلياً ,وقد بدأ العمل

(١) حسن عبد الباسط جميعي, اثبات التصرفات القانونية التي يت إبرامها عن طريق الانترنت,دار النهضة العربية, القاهرة,٢٠٠٠م,٣٩, الممدوح, إبرام العقد الالكتروني,٢٥٦.

(٢) عبير ميخائيل الصفدي, النظام القانوني لجهات توثيق التوقيع الالكتروني,جامعة الشرق الاوسط , كلية الحقوق,عمان,٢٠٢٠م,٥٠.

(٣) أحمد يوسف النوافلة, الاثبات الالكتروني في المواد المدنية والمصرفية دراسة مقارنة,ط١,دار الثقافة للنشر والتوزيع, الاردن, ٢٠١٢م, ٢٨٠.

(٤) محمودي سميرة, خصوصية التوقيع الالكتروني كآلية لإثبات المحررات الالكترونية , جامعة محمد البشير الابراهيمي, كلية الحقوق, الجزائر,٢٠٢٣, ٦٦.

بالبطاقات الممغنطة في مجال المعاملات البنكية, وهي إمّا أن تكون ثنائية الأطراف(العميل والبنك) بحيث يستخدمها العميل للسحب النقدي من خلال أجهزة الصرف الآلي , أو ثلاثية الأطراف (العميل والبنك والمتجر) بحيث تستخدم في سداد ثمن السلع والخدمات في المحال التجارية عن طريق إدخال البطاقة في الجهاز المخصص لذلك في المتجر , فيتم تحويل ثمن البضاعة من حساب العميل إلى حساب المتجر))[١]. و((قد اعترض البعض حول إبرام صفقات ألكترونية عن طريق البطاقة البنكية الممغنطة حيث أنّ التوقيع في هذا الشكل ينفصل مادياً عن صاحبه الأمر الذي قد يترتب عليه إمكانية حصول أي شخص من الغير على هذه البطاقة وإبرام الصفقات من خلالها عندما ينجح في الوصول إلى الرقم السري الخاص بهذه البطاقة))[٢]. و((لكن هذا الاعتراض تم الرد عليه بأنّه لا يمكن لأي شخص آخر أن يصل إلى الرقم السري الخاص ببطاقة العميل إذ أنّ إرساله يتم بشكل رسمي بخطاب مسجل لا يتسلمه أحد غيره وبالتالي فلا يعلم به أحد غيره, ومن ناحية أخرى لكي يتلافى العميل إمكانية استغلال هذه البطاقة عليه بإبلاغ البنك الذي يقوم بشكل تلقائي بإيقاف الدائرة الألكترونية الخاصة بالبطاقة بوسائله الفنية))[٣]. و((تنحصر إجراءات التوقيع بالموافقة على عمليات السحب النقدي أو السداد بالبطاقة في))[٤]:

أ- إدخال البطاقة والتي تحتوي على البيانات الخاصة بالعميل في جهاز الصرف الآلي.

ب- إدخال الرقم السري الخاص بالعميل والذي لا يعلم به سواه.

ج- إصدار الأمر بالسحب أو السداد بالموافقة على العملية بالضغط على المفتاح الذي يكتمل به التعبير عن الإرادة في قبول العملية حيث يتم صرف المبلغ المطلوب أو سداده ثم تعاد البطاقة للعميل.

المطلب الثاني: خصائص وشروط التوقيع الألكتروني

توجد العديد من الخصائص والشروط للتوقيع الألكتروني وذلك حتى تتوفر أكثر حماية للمستهلك والحفاظ على خصوصيته المالية والشخصية, تتولد الثقة في التوقيع الألكتروني لا بدّ من الإنطلاق من ضمانات آمنة يجب أن يوفرها التوقيع الألكتروني من خلال المفتاح الخاص, وكذلك من خلال الرقابة الحصرية للمالك , وأيضاً من ناحية التأكد من عدم تزوير محتوى السند

(١١)حاتم عبد الباري, حجية التوقيع الالكتروني في الاثبات ,المجلة الجنائية القومية, المجلد الثامن والاربعون, العدد الاول,٢٠٠٥م,٢٩.

(٢)سعيد السيد قنديل, التوقيع الالكتروني ماهيته وصوره وحجيته في الاثبات بين التداول والاقتباس,دار الجامعة الجديدة,الاسكندرية,٢٠٠٦م,٦٧.

(٣) قنديل, التوقيع الالكتروني,٦٨.

(٤)حامدي,ابرام العقد الالكتروني,٢١٤.

أو شهادة الإصدار ,فالتوقيع الألكتروني يمتاز بالسرية وعدم التزوير ,إضافة إلى أنّه يحدد التاريخ والساعة التي تم فيها العقد))[١].

ولعل أهم هذه الخصائص فيما يلي[٢]:

١. يتكون التوقيع الألكتروني من عناصر متفردة وسمات خاصة بالموقع تتخذ شكل أرقام أو حروف أو إشارات أو رموز أو غيره.

٢. التوقيع الألكتروني يتم عبر وسائل ألكترونية وعن طريق أجهزة الحاسب الآلي والانترنيت أو على كاسيت أو أسطوانة حيث أصبح بإمكان أطراف العقد الاتصال ببعضهم البعض والإطلاع على وثائق العقد والتفاوض بشأن شروطه وكيفية إبرامه وإفراغه في محررات ألكترونية وأخيراً إجراء التوقيع الألكتروني عليه[٣].

٣. يوفر الخصوصية , بحيث لا يسمح للأشخاص الذين لا يملكون صلاحية الوصول للبيانات بتنفيذ أي إجراء عليها, وذلك عن طريق حماية بكود سري وبواسطة التشفير ممّا يؤدي إلى حماية المؤسسات والأشخاص من تزوير التوقيعات ,خاصة في مجالي شبكة الانترنيت وعقود التجارية الألكترونية.

٤. يوفر التعرف على المستخدم , عن طريق كلمات السر والبطاقة الذكية أو أكثر ممّا ذكر سابقاً, وعن طريق شهادة التصديق الألكتروني المصدرة من جهة تصديق ألكتروني مرخص لها من الهيئة[٤].

٥. التوقيع الألكتروني يحقق أغراض ووظائف التوقيع التقليدي متى كان صحيحاً وأمكن إثبات نسبته إلى موقعه.

٦. يتميز التوقيع الألكتروني بالسرعة والمرونة في إنجاز المعاملات المصرفية وسحب الأموال وتحويلها[٥].

المطلب الثالث: الشروط الواجب توفرها في التوقيع الألكتروني

و((لا يختلف التوقيع الألكتروني عن التوقيع التقليدي من حيث الشروط الواجب توافرها لإضفاء القيمة القانونية على المستند الموقع وتعزيز الثقة فيه, وتتلخص هذه الشروط في تحديد هوية

(١)ضياء الدين مشيمش , التوقيع الالكتروني دراسة مقارنة,ط١, مكتبة صادر , بيروت,٢٠٠٣م,١٤٣.

(٢) عبد الاوي عبد الكريم , التوقيع الالكتروني, مجلة منازعات الاعمال, العدد ١٩, ٢٠١٦م, ٦٨.

(٣) المصدر السابق نفسه.

(٤)مناني فراح, العقد الالكتروني وسيلة اثبات حديثة في القانون المدني,دار الهدى ,الجزائر,٢٠٠٩م,١٩٧.

(٥)صالحي إلياس, عبدالممالك نوح, التوقيع الالكتروني,١٢.

الموقع وتمييزه عن غيره ونسبة المستند إلى الموقع والتعبير عن إرادة الموقع في الإلتزام بما وقع عليه))[١].

وجاءت في نصوص قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الألكترونية عدة شروط منها[٢]:

١- أن تكون الوسيلة المستخدمة لإنشاء التوقيع مرتبطة بالموقع دون أي شخص آخر.

٢- أن تكون الوسيلة المستخدمة لأنشاء التوقيع الألكتروني خاضعة وقت التوقيع لسيطرة الموقع دون أي شخص آخر.

٣- أن يكون أي تغيير في التوقيع الألكتروني يجري بعد حدوث التوقيع قابلاً للإكتشاف.

و((قد أشترط التوجيه الاوربي الخاص بالتواقيع الألكترونية في التوقيع المتقدم وجود رابطة قوية بين التوقيع والموقع والقدرة على تعرف شخصية الموقع ,وإنشاء التوقيع باستخدام وسائل تقع تحت سيطرة الموقع ومقدرة متلقي الرسالة على التحقق من التوقيع, وعلى اكتشاف أي تعديلات على الوثيقة الموقعة))[٣].

المطلب الرابع: الفرق بين التوقيع الالكتروني والتقليدي ومدى حجيته في الاثبات

اولاً: تعريف التوقيع التقليدي

هو ((كل علامات شخصية توضع كتابة بحيث تتيح تحديد شخص محدثها على وجه لا يتطرق إليه أي شك وتعبر عن إرادته التي لا يحيطها أي غموض في قبول المستند أو المحرر أو هو علاقة مميزة بأسمه أو بصمته توضع على مستند لإقراره وإلزامه بمضمونه))[٤].

فالتوقيع الألكتروني والتقليدي يختلفان من عدة جوانب يمكن حصرها في ما يلي[٥]:

١. حيث أداة التوقيع: التوقيع العادي رسم يقوم به الشخص عن طريق القلم بأنواعه أي أنّه فن وليس علم يسهل تزويره. أمّا بالنسبة للأداة المستخدمة في التوقيع الألكتروني لم يحصر في

(١)حنان مليكة, النظام القانوني للتوقيع الالكتروني , مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية, المجلد٢٦,العدد الثاني, ٢٠١٠م,٥٦٥.

(٢)قانون الاونسيترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية مع دليل التشريع ١٩٩٦ مع المادة ٥مكرراً الاضافية بصيغتها المعتمدة في عام ١٩٩٨م, منشورات الامم المتحدة ,نيويورك ٢٠٠٠م,

(٣)ثروت عبد الحميد , التوقيع الالكتروني زمدى حجيته في الاثبات,دار الجامعة الجديدة,الاسكندرية, ٢٠٠٧م,٥٦.

(٤) ايمان مأمون احمد سلمان , الجوانب القانونية لعقد التجارة الالكترونية , جامعة عبد الرحمن ميرة , كليةالحقوق, بجاية,٢٠٠٥م,١٤٨.

(٥)عباس العبودي, تحديات الاثبات بالسندات الالكترونية ومتطلبات النظام القانوني لتجاوزها , ط١, منشورات الحلبي,٢٠١٠م,١٤٩ .

صورة معينة إذ يمكن أن يكون حروفاً أو أرقاماً أو رموزاً أو إشارات أو غيرها ما دامت هذه الوسيلة تسمح بتحديد هوية الموقع وتمييزه عن غيره.

٢. من حيث دعامة التوقيع: يوضع التوقيع التقليدي على دعامة مادية في الغالب دعامة ورقية في هذه الحالة تذيل الكتابة بالتوقيع فتحول الدعامة إلى مستند صالح للأثبات.

أمّا التوقيع الألكتروني يتم عبر وسائل الكترونية وعن طريق أجهزة الحاسب الآلي والأنترنيت حيث أصبح بإمكان أطراف العقد الإتصال ببعضهم البعض والإطلاع على وثائق العقد والتفاوض بشأن شروطه تكيفية برامه في محررات الكترونية وأخيراً إجراء التوقيع الألكتروني عليه[١].

٣. من حيث القوة الثبوتية: إذا ما اتفق الأطراف على التوقيع وكانت طريقة التوقيع تحدد هوية صاحبه وموافقته وتمت المصادقة على التوقيع الألكتروني من قبل السلطة المختصة، وبذلك يثبت حجيته في الإثبات فيما بين أطرافه[٢]. أمّا التوقيع التقليدي لا يحتاج إلى وسيلة أخرى تثبت صحته مع مراعاة توافر ما يتطلبه القانون من اشتراطات في المحرر.

٤. من حيث الثبات والإستمرارية: إذا تم تقليد أو تزوير التوقيع التقليدي من قبل الغير فإنّ صاحبه لا يفرض عليه عند اكتشاف التزوير أو التقليد , تغيير شكل توقيعه, في مقابل ذلك يجب على صاحب التوقيع الألكتروني تغيير توقيعه إذا اكتشف توصل الغير إلى المنظومة التي تنشئه, وذلك بإبلاغ الجهة المصدرة له[٣].

ثانياً: مدى حجية التوقيع الألكتروني

لقد ثار التساؤل حول مدى استيفاء التوقيع الألكتروني للشروط المتطلبة في التوقيع بمفهومة التقليدي حتى يصلح لمنح المحرر حجية في الاثبات كذلك فإنّ التوقيع الألكتروني لا يرتبط مادياً بالمحرر, إلا إذا وجدت تقنية تكفل ذلك, إلا أنّ الاعتراف بحجية التوقيع الألكتروني في الإثبات يتوقف على مدة تحقيقه لوظائف التوقيع بمفهومه التقليدي, فالتوقيع بمفهومه التقليدي يستمد حجيته في الإثبات بقدر أدائه لوظيفته في تحديد هوية صاحبه ,وإثبات انصراف إرادته إلى قبول الإلتزام بالتصرف الموقع عليه , فإذا أمكن التوقيع الألكتروني أن يؤدي تلك الوظائف فإنّه يكون له حجية في الإثبات[٤].

فالتوقيع يكون دليلاً على نية الموقع الإقرار بتحريره نص المستند ويعتبر دليل للإثبات في حالة قيام نزاع مستقبلي بين الأطراف كما أنّه يميز شخصية صاحبه إضافة إلى ذلك ما

(١) دودين, الاطار القانوني المبرم عبر شبكة الانترنت,٢٤٧.

(٢) دودين,الاطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الانترنت,٢٤٨.

(٣) يسى غسان ريغي, القواعد الخاصة بالتوقيع الالكتروني ,ط١, دار الثقافة للنشر, عمان, ٢٠٠٩م,٨٧.

(٤) عبد الباري: حجية التوقيع الالكتروني في الاثبات,٣٣.

توفره التقنية الحديثة المستخدمة في تأمين التوقيع الألكتروني عن طريق ما يسمى نظام المعاملات الألكترونية الآمنة ويوفر هذا النظام التحقق من شخصية صاحب التوقيع, كما يوجد نظام آخر يستخدم للأشخاص في حالة زيارة موقع الويب عبر الانترنيت يسمى بروتوكول تأمين طبقة المقابس يهدف إلى تأمين نقل المعلومات والبيانات بين العميل والوحدات التجارية وبصفة خاصة تأمين بيانات بطاقات الدفع البنكية[١]. كما اعترف التوجيه الاوروبي بالتوقيع الألكتروني في عام ١٩٩٩م حيث دعى الأعضاء على منح الحجية القانونية في التعاملات الألكترونية، وقد ميز هذا التوجيه بين نوعين من التوقيع الألكتروني الأول التوقيع الألكتروني المعزز أو المؤهل والثاني التوقيع غير المعزز[٢]. أيضاً لضمان التعامل بالتوقيع الألكتروني في الإثبات فأنّه لا بدّ من الإعتراف له بالحجية القانونية في الإثبات في ظل القواعد التقليدية المبنية على حرية الأطراف في الإتفاق في تحديد وسيلة إثبات تصرفاتهم ومنحها القوة الثبوتية وكذا في الاستثناءات الواردة في الإثبات بالكتابة[٣].

ونشير هنا إلى أنّ هناك نوعين من المعاملات التي بموجبها أصدر التوجيه الاوروبي قوانين هما المعاملات التي يقبل فيها التوقيع الألكتروني، والتي وضع لها الأسس والقواعد التي تحكم التوقيع الألكتروني في جميع المجالات المعلوماتية (تجارية ,ادارية, مدنية) حيث نصت في المادة الأولى المعنونة بـ"نطاق الانطباق" على أنّه ينطبق هذا القانون حيثما يستخدم توقيعاً الكترونياً في سياق أنشطة تجارية وهو لا يلغي أي قاعدة قانونية يكون القصد منها حماية المستهلكين أي أنّه أعطى حجية مطلقة على من رغم أنّ نطاق حجية التوقيع الألكتروني كانت مقتصرة بداية على المجال التجاري حماية للمستهلك إلا أنّه سرعان ما شملت كل المجالات التجارية الأخرى أمّا المعاملات التي لا يقبل فيها التوقيع الألكتروني بمقابل إصدار التوجيه الاوروبي القوانين، والتي أعطت الضوء الأخضر لكافة المعاملات إلا أنّه هناك بعض القوانيين كقانن المعاملات الألكترونية الأردنية المقارنة وضعت إستثناءات لهذا التوقيع، وأنّه لا تسري أحكام هذا القانون على العقود والمستندات والوثائق التي تنظم وفق تشريعات خاصة كأنشاء الوصية وتعديلها إنشاء الوقف وتعديل شروطه, ومعاكلات التصرف بالأموال الغير منقولة بما في ذلك الوكالات والمعاملات المتعلّقة بالأحوال الشخصية أو الإشعارات المتعلّقة بفسخ عقود

(١) ينظر: ممدوح, ابرام العقد الالكتروني ,٢٤٦.

(٢) المصدر السابق, ٢٤٨.

(٣) سيد جهيدة, شكرون ساسية, مدى حجية التوقيع الالكتروني في عقود التجارة الالكترونية دراسة تحليلة مقارنة, جامعة عبد الرجمن ميرة بجاية, كلية الحقوق والعلوم السياسية , الجزائر, ٢٠١٤_٢٠١٥م,٥٢.

خدمات المياه والكهرباء وغيرها من التأمينات[١]. كما اشترطت القوانيين الوطنية المختلفة بشأن التوقيع الألكتروني للإحتجاج به عدة شروط منها[٢]:

١. يجب أن يكون القصد منها إثبات هوية الطرف الموقع على الرسالة الألكترونية وذلك من خلال الرجوع إلى الهيئات المتخصصة بالتصديق حيث تقوم الهيئة بمراجعة الأوراق والوثائق ومطابقة الهوية بواسطو جواز السفر أو غيره.

٢. يجب أن يتم التوقيع بوسائل خاصة به وتحت سيطرته وذلك بأستخدام مختلف الوسائل بما فيها وسائل التحليل للتعرف على الرموز والكلمات والأرقام وفك الشفرة وأي وسيلة تحقق أمان التوقيع.

٣. أن ينفرد به الشخص الذي أصدره، لأنّه يمثل علامة مميزة وخاصة بشخص واحد دون غيره لإرتباطه بمفتاح عام وخاص متعلّق بذلك التوقيع دون غيره.

٤. أن يكون التوقيع مرتبطاً بالرسالة الألكترونية ومعنى ذلك ضرورة تكامل البيانات المتعلّقة به بحيث يكون أي تغير يلحق رسالة البيانات أو المحرر الألكتروني بعد توقيعه قابلاً للكشف حيث أنّ تعديل أحدهما يؤدي إلى تعديل الآخر ولا يمكن بالتالي فك الشفرة.

٥. على الموقع بذل العناية المعقولة والحيطة اللازمة لتفادي استخدام توقيعه الألكتروني استخدام غير مأذون بحيث لا يستطيع أي شخص معرفة فك رموزه أو شفرته, وذلك باعتماد بصمة ألكترونية أو استعمال نظام تشفير[٣].

ومما سبق يتضح أنّ التوقيع الألكتروني وإن كان لا يناظر التوقيع الخطي التقليدي من حيث الشكل إلا أنّه يناظره من حيث الوظيفة والهدف والحجية وأنّ الاختلاف الجوهري بينهما في الوسيلة المستخدمة حيث يتم التوقيع الألكتروني باستخدام وسائط الكترونية.

(١) ينظر: دهليس عادل, كاسحي موسى, دور واهمية التوقيع الالكتروني في تسهيل المعاملات التجارية والمالية,جامعة وهران محمد بن احمد ,كلية العلوم الاقتصادية ,التجارية , الجزائر,دت,١١.

(٢) ينظر: ممدوح, ابرام العقد الالكتروني,٢٤٨.

(٣) ينظر: محمودي سميرة, خصوصية التوقيع الالكتروني كآلية لإثبات المحررات الالكترونية , مجلة البيان للدراسات القانونية والسياسية, المجلد٨,العدد١, ٢٠٢٣م,٦٩.