الدليل الإلكتروني والسلطة التقديرية للقاضي

Electronic Evidence and the Judge's Discretionary Power (Under Algerian legislation)

طالبة الدكتوراه/ منيرة عبيزة
جامعة لونيسي علي البليدة 2، الجزائر
noureddine.hafidi@yahoo.com
الأستاذ / بوبكر مصطفى
جامعة لونيسي علي البليدة 2 ، الجزائر
boubekeurmostafa@hotmail.Fr

تاريخ الاستلام: 2018/06/08 تاريخ القبول للنشر: 2018/07/26

❖❖❖❖❖❖❖

ملخّص:

لقد عرف التعامل بالوسائط الإلكترونية انتشارا واسعا فظهر ما يُعرف بالدليل الإلكتروني، الذي يتمتع القاضي حيالهُ بسلطة تقديرية واسعة في ظل القواعد التقليدية التي تبقى غير كافية لاستيعاب هذا الشكل الجديد من الأدلة، فسنت التشريعات –كالتشريع الجزائري- قوانين حديثة تقّر بحجية الدليل الإلكتروني كالدليل التقليدي وهو ما يقلص من السلطة التقديرية للقاضي، لكن بقيت الكثير من الإشكالات لم يتصدّ المشرع الجزائري لتنظيمها أهمها مسألة الترجيح بين دليلين أحدهما محرر على دعامة ورقية والآخر على دعامة إلكترونية على خلاف غيره من التشريعات كالتشريع الفرنسي.

الكلمات المفتاحية: الدليل الإلكتروني؛ المعاملات الالكترونية؛ السلطة التقديرية للقاضي؛ الكتابة الإلكترونية؛ التوقيع الإلكتروني.

Abstract:

Electronic usage has spread widely in such a way it has paved the way to what is called the electronic evidence by means of which the judge is endowed with a large discretionary power in respect of traditional rules that remain insufficient to grasp this new form of evidence. Legislations such as the Algerian one have enacted new acts acknowledging the electronic evidence as traditional evidence which reduces the judge's discretionary power. However, several difficulties neglected by the legislator, remain unsolved. The most important of which is the question of opting for one of both evidences: the first supported by an electronic device or chip, the second supported by an electronic device conversely to other legislations such as the French.

Keys words: *Electronic evidence; electronic transactions; the judge's discretionary power; Electronic writing; Electronic signature.*

مقـدّمـة:

إنَّ التطور التكنولوجي الذي عرفته مختلف المجتمعات في نظم الاتصالات أفرز شكلا جديدا من الأدلة جعل القواعد القانونية التقليدية غير كافية لاستيعابها، فسارعت الكثير من الدول لسن تشريعات لتنظيمها وإيجاد الوسط القانوني المناسب لتحقيق الأمن القانوني وحماية الأطراف، فقامت منظمة الأمم المتحدة بوضع قانون نموذجي للتجارة الإلكترونية، وكذا التوقيع الإلكتروني، وقد سار المشرع الجزائري على هداه واعترف لأول مرة - وبصورة صريحة- بالإثبات الإلكتروني من خلال تطويع نصوص الإثبات في القانون المدني، فاعتد بالكتابة والتوقيع الإلكترونيين وساوى بينهما وبين الكتابة والتوقيع التقليديين، كما أكّد قانون التوقيع والتصديق الإلكترونيين رقم 04/15 على مبدأ التكافؤ الوظيفي بين الأدلة الإلكترونية والأدلة الورقية ممَّا يعني عدم جواز المنازعة في صحة الدليل الإلكتروني أو في حجية ما يتضمنه، لكن قد يتعارض مضمونه مع ما هو وارد في الدليل الورقي، وهو ما لم يعالجه القانون الجزائري لا في نصوص قانون الإثبات، ولا في رزنامة القوانين التي أصدرها في المجال الإلكتروني.

وانطلاقا ممَّا سبق نطرح الإشكالية التالية:

ما هو نطاق السلطة التقديرية للقاضي في تقديره للأدلة الإلكترونية؟

وتتطلب معالجة هذا الموضوع، تقسيمه إلى مبحثين، نخصص أولهما لتحديد الإطار المفاهيمي للدليل الإلكتروني من خلال التعرض لمفهومه وإجراءات جمعه في مطلبين، ونفرد المبحث الثاني للقيمة القانونية للدليل الإلكتروني، فنتطرق لمبدأي التعادل والتنازع الوظيفي بين الدليل التقليدي والدليل الإلكتروني، ثم نبين دور القاضي في الترجيح بين أنواع الأدلة وذلك في مطلبين.

المبحث الأول

الإطار المفاهيمي للدليل الإلكتروني

يختلف الدليل الإلكتروني عن الدليل التقليدي في كونه ناجما عن استخدام تقنيات حديثة، وهو ما يستلزم تواجد أنظمة الحوسبة والاتصالات لاعتماد هذه الأدلة، ويعد الدليل الإلكتروني من المصطلحات الحديثة في الإثبات التي أثارت عدة إشكالات قانونية وعملية، تتعلق أساسا بمدى مصداقية هذا النوع من الأدلة لكونها المجال الخصب للتحايل والتزوير، وهو ما يقتضي التطرق لمفهوم الأدلة في الشكل الإلكتروني (المطلب الأول)، علاوة على ذلك فإنَّ الجريمة الإلكترونية تستلزم إجراءات تتلاءم وخصوصيتها خاصة فيما يتعلق بجمع الأدلة، لابد أن تمتاز هذه الإجراءات بالسرعة والسرية وهو ما لا تحققه الإجراءات التقليدية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم الدليل الإلكتروني

يقتضي التطرق لمفهوم الدليل الإلكتروني تبيان المقصود بهذا المصطلح وتحديد أهم الخصائص التي تميزه عن الدليل التقليدي المادي (الفرع الأول)، ولكي يكون مفهوم الدليل في الشكل الإلكتروني أوضح يتعين تحديد أهم تقسيمات هذا الدليل (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف الدليل الإلكتروني وخصائصه

نتطرق في هذا الفرع إلى تعريف الدليل الإلكتروني، وبيان خصائصه على النحو الآتي:

أولاً- تعريف الدليل الإلكتروني:

لقد تعددت التعريفات الواردة في بشأن الدليل الإلكتروني ومن أهمها تعريف المنظمة الدولية لأدلة الحاسوب (IOCE: International Organization of Computer Evidence)[1]، والتي تعرفه بأنَّه المعلومات المخزنة أو المتنقلة في شكل ثنائي، ويُمكن أن يُعتمد عليها في المحكمة[2].

وقد عرفه بعض الفقهاء بأنَّه: «الدليل المشتق من أو بواسطة النظم البرامجية المعلوماتية الحاسوبية، وأجهزة ومعدات وأدوات الحاسب الآلي، أو شبكات الاتصال من خلال إجراءات قانونية وفنية، لتقديمها للقضاء بعد تحليلها علميا أو تفسيرها في شكل نصوص مكتوبة أو رسومات أو صور وأشكال وأصوات لإثبات وقوع الجريمة لتقرير البراءة أو الإدانة فيها» [3]، أو هو: «برامج الحاسوب وبياناته التي تستخدم للإجابة عن الأسئلة الهامة حول الحادثة الأمنية»، أمَّا الأستاذ (CASEY) فقد عرف الأدلة الجنائية الرقمية بأنَّها: «تشمل جميع البيانات الرقمية التي يمكن أن تثبت أنَّ هنالك جريمة قد أُرتكبت، أو توجد علاقة بين الجريمة والجاني أو بين الجريمة والمتضرر منها، والبيانات الرقمية هي مجموعة الأرقام التي تمثل مختلف المعلومات بما فيها النصوص المكتوبة، الرسومات، الخرائط، الصوت والصورة»[4].

يلاحظ أنَّ تعريف الأستاذ (CASEY) أوسع حيث شمل المعلومات التي تتضمنها جميع الوسائل الإلكترونية الموجودة أو التي ستستجد في المستقبل، بخلاف غيره من التعريفات الفقهية التي حصرت الأدلة الإلكترونية في الأدلة التي يتم الحصول عليها عن طريق النظام المعلوماتي للحاسب أو للاتصالات في حين أنَّ الوسائل الإلكترونية لا تقتصر على هذه الأنظمة فحسب، كما وقع بعض الفقهاء في خلط عند تعريف الدليل الإلكتروني بمفهوم برنامج الحاسب الآلي الذي تتلخص وظيفته في تشغيل الحاسوب وتوجيهه إلى حل المشاكل وهو ما يميزه عن الدليل الإلكتروني الذي يبين كيفية حدوث الحادثة في البيئة الإلكترونية[5].

وعليه يمكن تعريف الدليل الإلكتروني أنّه: مجموعة من المعلومات والبيانات المرسلة أو المخزنة على شكل حروف أو أرقام أو أصوات أو فيديوهات بأية وسيلة من وسائل التكنولوجيا الحديثة.

ثانياً- خصائص الدعامة الإلكتروني:

إنَّ الطبيعة الخاصة والمتطورة للبيئة الرقمية التي يوجد فيها الدليل الإلكتروني تنعكس على طبيعة هذا الدليل ممَّا يجعله يتصف بخصائص تميزه عن الدليل التقليدي، وهي على النحو التالي:

1- الصفة العلمية:

إنَّ أهم ما يميز الدليل الإلكتروني عن الدليل التقليدي نشأته في بيئة الكترونية غير ملموسة لا يدرك بالحواس العادية، وإنَّما تتطلب الاستعانة بأجهزة ومعدات وأدوات الحاسبات الآلية، فهو يحتاج إلى مجال تقني يتعامل معه.

كما أنَّ الدليل العلمي له منطقه الذي لا يجب أن يخرج عليه، فيستبعد تعارضه مع القواعد العلمية السليمة، ولا يختلف الأمر في الدليل الإلكتروني فلا بد ألا يخرج هذا النوع من الأدلة عما توصل إليه العلم الرقمي وإلاَّ فقد معناه[6].

2- الثبات والدوام:

تعَّدُ من أهم الخصائص التي يتمتع بها الدليل الإلكتروني بل هي ميزة تميزه عن نظيره الدليل التقليدي، في كونه قابلا للنسخ والتخزين والنقل إذ يمكن استخراج نسخ من الأدلة الرقمية مطابقة للأصل ولها نفس القيمة العلمية، ويمكن إجراء التحقيق عليها ممَّا يحفظ النسخ الأصلية من التلف والتغيير، كما يمكن للوسائل الإلكترونية حفظ كم هائل من المعلومات بكلّ أشكالها ولمدة طويلة من الزمن، ونقلها من مكان إلى آخر في ثوانٍ معدودة دون أن تتعرض لأي تلف أو تغيير، وإذا ما تعرضت إلى مثل هذه الاعتداءات فإنَّه يمكن الكشف عنها باستخدام برمجيات تقنية مخصصة لهذا الغرض[7] ، أي تسترد كافة الملفات التي تم إلغاؤها أو إزالتها سواء تم هذا الإلغاء بالأمر (DELETE) أو عن طريق إعادة تهيئة أو تشكيل للقرص الصلب باستخدام الأمر (FORMAT) مهما كان شكل هذه البيانات المحذوفة بل يمكن اكتشاف نشاط الجاني لحذف الدليل واستخدامه كدليل إدانة ضده[8].

بهذا يُستوحى أنَّ الدليل الإلكتروني يختلف عن الدليل التقليدي لسهولة التخلص من الأوراق والأشرطة العادية التي تحمل إقرارا بارتكاب الشخص لجريمة ما، بحرقها أو تمزيقها، كما يمكن التخلص من الشاهد بقتله أو تهديده أو دفع رشوة له مقابل الإدلاء بشهادة الزور، كما يمكن التخلص من بصمات الأصابع أو بقع الدم بمسحها من موضع الجريمة وفي جميع هذه الأحوال يصعب استرجاع هذه الأدلة بخلاف ما هو عليه في الأدلة الرقمية[9].

3- الطبيعة الرقمية الثنائية:

يتكون الدليل التقني من تعداد غير محدود لأرقام ثنائية موحدة في (1-0) التي تتميز بعدم تشابهها فيما بينها رُغم وحدة الرقم الثنائي، وهو عبارة عن نبضات متواصلة الإيقاع تستمد حيويتها وتفاعلها من الطاقة.

4- الدليل الإلكتروني متواجد بين كم هائل من البيانات الإلكترونية:

يصعب عمليا الوصول إلى الدليل الرقمي لوجوده بين كم هائل من المعطيات الموجودة في كم هائل من الملفات المخزنة على الدعائم الإلكترونية، كما أنَّ فحص جميع هذه البيانات أمر مكلف يستغرق الكثير من الوقت، ممَّا يؤدي لإقناع المحقق بعدم جدوى ذلك، ناهيك عن أنَّ الملفات المخزنة تتشكل من ملفات بريئة وملفات مجرمة يتطلب بحث المحقق فيها جميعا وهو ما يثقل كاهل هذا الأخير، كما يعتبر ذلك تهديدا لخصوصية معطيات مستخدمي الحاسب الأبرياء[10].

5- الدليل الإلكتروني محاط بوسائل الحماية الفنية:

إنَّ وسائل الحماية التقنية التي كرستها معظم التشريعات –ومنها التشريع الجزائري-[11] هي ذات وجهين، وجه إيجابي وهو الغرض الذي وُضعت من أجله أي حماية للبيانات والأدلة الإلكترونية، ووجه سلبي

يتمثل في استغلال مجرمي المعلوماتية هذه الأنظمة لستر وإخفاء جرائمهم، خاصة وأنَّ هؤلاء الجُناة هم على مستوى عال من الذكاء، فيستخدمون تقنية التشفير حول مواقعهم تمنع الوصول إليها من أجل إعاقة كل المحاولات الرامية للوصول إليها والاطلاع عليها ويقومون بذلك قبل تنفيذ الجريمة، وبعد تنفيذهم للجريمة يعمدون لمحو الدليل وتدميره كليا في زمن قصير جدا من خلال أنظمة معدة خصيصا لذلك، حتى وإن استخدم المحقق برمجيات الاسترداد يمكن لهذا المجرم التنصل من المسؤولية بحجة أنَّ هذه البيانات موجودة لوجود خطأ في نظام الحاسب[12].

يتضح ممَّا سبق ذكره أنَّ الدليل الإلكتروني يتصف بمجموعة من الخصائص جعلته يتميز بطبيعة خاصة تختلف عن الدليل التقليدي، وهو ما يقودنا لدراسة الأدلة المختلفة للدليل الإلكتروني.

الفرع الثاني: تقسيمات الدليل الإلكتروني

يختلف الدليل الإلكتروني عن الدليل التقليدي في كون الأول يتم في بيئة غير مادية عبر حاسب آلي أو شبكة الإنترنيت أو غيرها من الوسائل الحديثة وهو ما يجعل الدليل الإلكتروني يعرف عدة تقسيمات وهو ما حاول الفقه وكذا التشريعات توضيحه.

أولاً- المحاولات الفقهية لتقسيم الدليل الإلكتروني

ظهرت محاولات فقهية قسمت الدليل الإلكتروني إلى ثلاثة أقسام تتمثل فيما يلي:

- أدلة تقنية خاصة بأجهزة الحاسب الآلي وشبكاتها.
- أدلة تقنية خاصة بالشبكة العالمية للإنترنيت.
- أدلة تقنية خاصة ببرتوكولات تبادل المعلومات بين أجهزة الشبكة العالمية للمعلومات.

ولقد أُنتقد هذا التقسيم باعتباره ميّز بين شبكات الكمبيوتر والإنترنت وبرتوكولات تبادل المعلومات التي هي في الأصل واحدة، فاختلاف المصطلحات لا يعني اختلاف المعنى[13]، ناهيك عن كون هذا التقسيم لا يستوعب ما قد تفرزه التكنولوجيا مستقبلا من وسائل الاتصال الجديدة.

ويمكن أيضا تقسيم الدليل الإلكتروني حسب الفقه بناء على نوع المعلومة وتتمثل فيما يلي[14]:

1- **الصور:** يشمل ذلك جميع أنواع الصور والأشكال والرسومات الثابتة وما في حكمها.

2- **الفيديو:** ويشمل جميع أنواع تسجيلات الدعائم المختلفة، والتي عادة ما تكون عبارة عن صور متحركة قد تكون مقرونة بالصوت أو الصورة أو بهما معا.

3- **الصوت:** تشمل جميع الأصوات أيا كان مصدرها المخزنة والمسجلة بواسطة الأجهزة الإلكترونية.

4- **البيانات النصية:** تشمل جميع أنواع النصوص والأرقام المكتوبة.

يلاحظ أنَّ هذا التقسيم لم يرتكز على نوع الدعامة المخزن أو المسجل فيها الدليل الإلكتروني لتحديد تقسيمات هذا الأخير، وهو ما يسمح باستيعاب أي دليل آخر قد تفرزه التكنولوجيا مستقبلا ضمن أيَّة مجموعة من هذه المجموعات.

ثانياً- المحاولات التشريعية والقضائية لتقسيم الدليل الإلكتروني:

تُعَّد الدولة الجزائرية من بين الدول التي تصدت للجريمة الإلكترونية، وذلك بإصدار قوانين تُجَرم هذا النوع المستحدث من الإجرام أهمها قانون 15/04 المتضمن تعديل قانون العقوبات[15] الذي سعى من خلاله إلى حماية الأطراف المتعاملة بالوسائل الإلكترونية من الاعتداء على حقوقهم، حيث أضاف القسم السابع مكرر تحت عنوان "المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات" ، وكذا القانون رقم 04/09 [16]وأهم ما تضمنه هذا القانون هو إنشاء هيئة وطنية خصيصا للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها، وتم تفعيل الحماية على المعاملات الإلكترونية، بنص قانون 04/15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين على جهات التصديق الإلكتروني التي تتولى توثيق المعاملات الإلكترونية بشكل يضمن صحة المحررات والأدلة الإلكترونية، لكن رغم المحاولات الفعالة من المشرع الجزائري في ميدان المعاملات الإلكترونية بشكل عام والجريمة الإلكترونية بشكل خاص سعيا إلى نشر الأمان والثقة لدى المتعاملين إلكترونيا، إلاَّ أنَّه لم يتعرض إلى أنواع الأدلة الإلكترونية التي يعرفها العالم الرقمي[17].

لقد قسمت وزارة العدل الأمريكية الدليل الإلكتروني لسنة 2002 كالآتي:

- السجلات المحفوظة في الحاسوب وهي الوثائق المكتوبة والمحفوظة مثل البريد الإلكتروني ورسائل غرف المحادثة على الإنترنت.

- السجلات التي تم حفظ جزء منها وتم إنشاؤها بواسطة الحاسوب وبالتالي لم يلمسها الإنسان مثل (log files) وسجلات الهاتف وفواتير أجهزة السحب الآلي (ATM)

- السجلات التي تم حفظ جزء منها، وتم إنشاء جزء بواسطة الحاسوب.

وما يقتضي التنويه إليه أنَّ الاختلاف الموجود بين الأدلة الإلكترونية تظهر أهميته في مجال الإثبات باعتبار هذه الأنواع من الأدلة الإلكترونية ليست على درجة واحدة من القوة الثبوتية أمام المحاكم الأمريكية[18]، كما يمكن أن نستشف ذلك من خلال التمعن في نصوص قانون التصديق والتوقيع الإلكتروني الجزائري الذي منح للآليات المعتمدة بتدخل من قبل مؤديي خدمات التصديق الإلكتروني حجية قانونية كاملة تضاهي حجية الأدلة التقليدية[19].

يتضح ممَّا تقدم أنَّه لابدَّ أن يراعى في تحديد أنواع الأدلة الإلكترونية التطور المستمر الذي يعرفه العالم الرقمي حتى يمكن استيعاب أي نوع جديد من الأدلة قد تفرزه التكنولوجيا مستقبلا، لذا لا يمكن حصر أنواع الأدلة الإلكترونية.

المطلب الثاني: إجراءات جمع الدليل الإلكتروني

إذا أردنا إثبات تهمة شخص فلابد من جمع عناصر تثبت تلك التهمة، وتقديمها إلى سلطة التحقيق الابتدائي التي تحقق فيها وإذا اقتنعت بحجية هذه العناصر تقدمها للمحكمة لإعادة دراستها واثبات إدانة المتهم من عدمه (الفرع الأول)، غير أنَّ الطبيعة الخاصة للجرائم الكترونية باعتبارها تجري في عالم افتراضي تعتمد على أدلة غير مرئية جعل من الإجراءات التقليدية كالمعاينة والشهادة قاصرة في تحقيق دورها، وهو ما استلزم إيجاد نوع جديد من الإجراءات تتلاءم وطبيعة هذا العالم (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الإجراءات التقليدية لجمع الدليل الإلكتروني

نص المشرع الجزائري من خلال قانون الوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال على قواعد إجرائية تقليدية لجمع الأدلة الإلكترونية، وتتمثل هذه القواعد في إجراءات التفتيش والحجز للجرائم الإلكترونية، واستوجب أن تراعي هذه القواعد ما تضمنه قانون الإجراءات الجزائية، وعليه نتعرض إلى مجموعة هذه القواعد على النحو الآتي:

أولاً- المعاينة:

تعتبر المعاينة عملا من أعمال التحقيق للحصول على أدلة مادية تثبت قيام الجريمة، وتتطلب انتقال المحقق لمكان اقتراف الجريمة، لمعاينة حالة المكان والأشخاص والأشياء وكل ما يلزم لإثبات الجريمة قبل أن يكون أي منهما عرضة لمؤثرات خارجية[20]، فهذا الإجراء يتطلب السرعة للانتقال إلى موقع الجريمة، وقد نصت على هذا الإجراء المادة 42 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، والأصل في المعاينة أنَّها إجراء من إجراءات التحقيق يترك أمر تقدير مدى ضروراته للمحقق ويلزم أن يقوم بذلك بنفسه أو ينتدب مأمورا للقيام بذلك، ويقتضي ذلك تحضير محضر بها عن طريق كاتب [21]، كما يمكن للمحكمة أن تقوم بإجراء المعاينة إذا ما رأت ذلك سبيلا للكشف عن الحقيقة سواء كان ذلك من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم[22].

إذا كان للمعاينة أهمية كبيرة في نطاق الجرائم التقليدية لكشف الغموض الذي يعتريها فإنَّ هذه الأهمية تقّل بالنسبة للجريمة الإلكترونية وذلك راجع إلى أسباب متعددة[23]:

- إنَّ المعاينة محلّها الأدلة المادية في حين أنَّ الجريمة الإلكترونية تنتج عنها أدلة غير مرئية.

- مشكلة محو الدليل الإلكتروني أو تغييره في ثوان معدودة بالاعتماد على البرامج المخصصة لذلك الغرض، لهذا أجاز القانون الأمريكي لعضو النيابة العامة أن يعجّل بإجراء المعاينة خشية من ضياع الأدلة بالتواصل مع مزود خدمة الانترنت وإلزامه على تتبع السجلات المطلوبة إلى حين صدور أمر المحكمة باتخاذ هذا الإجراء أو غيره.

- مراعاة الطبيعة الذاتية التي تتميز بها الجريمة الإلكترونية، فبإمكان المحقق أو مأمور الضبط القضائي الاستعانة بالخبراء للفحص وإبداء الرأي في الأمور التي يُستعصى عليهم فهمها، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في قانون 04/09 المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها، حيث أعطى للسلطات المكلفة بالتفتيش إمكانية تسخير كل شخص مختص بعمل النظام المعلوماتي محل البحث، أو بالتدابير المتخذة لحماية المعطيات المعلوماتية التي تتضمنها قصد مساعدتها لإنجاز مهامها، بتزويدها بكل المعلومات اللازمة لذلك[24]، كما نص على إيجاد هيئة وطنية للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها تتولى مهمة مساعدة السلطات القضائية ومصالح الشرطة القضائية في التحريات التي يجريها بشأن الجريمة الإلكترونية من خلال تجميع المعلومات وإنجاز الخبرات القضائية الضرورية[25].

والجدير بالذكر أنَّه عند إجراء المعاينة للجرائم المرتكبة إلكترونيا لابدَّ من مراعاة طبيعتها الافتراضية، فينبغي التعامل مع مسرح الجريمة على أنَّه مسرحان، مسرح تقليدي وآخر افتراضي.

ولكي تكون عملية جمع الأدلة الإلكترونية صحيحة وموثوقا فيها لابدَّ من إتباع مجموعة من الإجراءات أثناء عملية المعاينة:

- القيام بتصوير جهاز الحاسب الآلي محل الجريمة بكلّ أجزائه الأساسية والثانوية وأوضاع المكان الذي يوجد به.

- عدم التسرع في نقل أي مادة معلوماتية من مكان وقوع الجريمة قبل إجراء الاختبارات اللازمة للتيقن من عدم وجود أي مجالات مغناطيسية في العالم الخارجي حتى لا يحدث أي إتلاف للبيانات المخزنة.

- حفظ مخرجات الحاسوب الورقية ذات الصلة بالجريمة.

- حفظ محتويات سلة المهملات مع فحص كل الأوراق والأقراص الممغنطة المتواجدة فيها ورفع البصمات التي قد تكون له صلة بالجريمة الالكترونية.

ثانياً- التفتيش

تعدُّ من أهم إجراءات التحقيق الابتدائي لكشف الحقيقة باعتباره ينصب على أدلة مادية تؤيد نسبة الجريمة إلى المتهم، وفي الأصل يخوله القانون لقاضي التحقيق إلاَّ أنَّه أورد استثناءات حرصا منه على عدم ضياع الحقيقة، فخوله لضباط الشرطة القضائية للجرائم المتلبس بها، ولابدَّ أن ينصب التفتيش على جريمة وقعت فعلا، لأنَّ الغرض من التفتيش هو البحث عن دليل جريمة وقعت، وليس الكشف عن جريمة قد تقع مستقبلا، كذلك يجب أن تكون الجريمة متلبسا بها، وبالتالي على وكيل الجمهورية إذا ما رأى داع للتفتيش أن يقدم طلبا لقاضي التحقيق المختص، وهو صاحب الاختصاص في اختيار الإجراء الذي يراه مناسبا للكشف عن الحقيقة[26].

وتقتضي الإشارة إلى أنَّ التفتيش في الوسط الافتراضي من الأمور التي تطرح عدة إشكالات وصعوبات، لذا اتجه جانب من الفقه إلى ضرورة إخضاع التفتيش في العالم الافتراضي إلى إجراءات مستقلة تتلاءم والطبيعة الخاصة بالجريمة الإلكترونية وما ينجم عنها من أدلة باعتبارها تجري في عالم رقمي غير مادي، في حين يعتبر التفتيش التقليدي وسيلة للإثبات المادي تستهدف ضبط أشياء مادية تتعلق بالجريمة أو تفيد في كشف الحقيقة، لكن رغم ذلك أجاز الفقه والتشريعات بأن يرد التفتيش على هذه البيانات المعنوية عن طريق الوسائط الإلكترونية لحفظها وتخزينها[27]، وهو ما أقرَّه المشرع الجزائري من خلال قانون 04/09 المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها بموجب المادة الخامسة منه، التي نصت أنَّه: «يجوز للسلطات القضائية المختصة وكذا ضباط الشرطة القضائية في إطار قانون الإجراءات الجزائية وفي الحالات المنصوص عليها في المادة 4 أعلاه، الدخول بغرض التفتيش، ولو عن بعد إلى:

- منظومة معلوماتية أو جزء منها وكذا المعطيات المعلوماتية المخزنة فيها

- منظومة تخزين معلوماتية.

ولقد راعى المشرع الجزائري خصوصية التفتيش في نطاق الجريمة الإلكترونية، فكان الهدف الأساسي من وراء إصدار القانون الخاص بالوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها- وضع قواعد خاصة للوقاية من الجرائـم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها[28]، حيث أجاز للسلطات المكلفة بالتفتيش في مجال المنظومات المعلوماتية الاستعانة بأي شخص له خبرة ودراية بعمل المنظومة المعلوماتية محل البحث أو بالتدابير المستخدمة لحماية المعطيات المعلوماتية التي تتضمنها قصد مساعدتها لإنجاز مهامها[29] كما أجاز لها استعمال الوسائل التقنية اللازمة لتشكيل وإعادة تشكيل المعطيات المخزنة قصد جعلها قابلة للاستغلال لأغراض التحقيق، بشرط المحافظة على محتويات المعطيات[30].

يتضح ممَّا تقدم أنَّ المنظومة المعلوماتية تمتاز بطبيعة خاصة، وهو ما يدعونا إلى التساؤل عن مدى انطباق شروط التفتيش المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية على نظام المعالجة الآلية للمعطيات.

1- سبب التفتيش:

يشترط في الأصل وقوع الجريمة فعلا للقيام بإجراء التفتيش بوصفها جناية أو جنحة لأنَّ الهدف من وراء عملية التفتيش هو الحصول على الأدلة للكشف عـن الحقيقة لذلك لا يجوز إجراء التفتيش لمجرد ورود معلومات تُشير إلى إمكانية وقوع الجريمة مستقبلا[31].

2- محل التفتيش:

يكون محل التفتيش في الجرائم الإلكترونية نظام الحاسب الآلي بكلّ مكوناته المادية (Hard Ware)والمعنوية (SOFT Ware)، وإنَّ تفتيش المكونات المادية للحاسب الآلي بحثا عن شيء ما يتصل بجريمة إلكترونية وقعت، يخضع للقواعد الإجرائية الخاصة بالتفتيش طبقا لطبيعة المحل الموجود فيه، فإذا كانت موجودة في مكان خاص كمسكن المتهم فيطبق على تفتيشه نفس القواعد التي يخضع لها تفتيش المسكن فلا يجوز تفتيشه إلاَّ في الحالات التي يجوز فيها تفتيش مسكنه وبنفس الضمانات المقررة قانونا (32)[32]، إلاَّ أنَّ المشرع الجزائري استثنى تطبيق هذه الضمانات على بعض الجرائم المذكورة في المادة 3/47 من القانون رقم 22/06 ومنها الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات فأخضعها المشرع إلى أحكام خاصة بها، فجاء في المادة 64 على أنَّه: «عندما يتعلق الأمر بتحقيق جار في إحدى الجرائم المذكورة في المادة 3/47 من هذا القانون، تطبق الأحكام الواردة في تلك المادة وكذا أحكام المادة 47 مكرر» وبالرجوع إلى أحكام هاتين المادتين نجد أنَّ المشرع الجزائري أجاز لقاضي التحقيق عملية التفتيش في أي وقت وأي مكان على امتداد التراب الوطني بناء على إذن مسبق من وكيل الجمهورية وله أن يأمر ضابط الشرطة القضائية المختصين بذلك، فيلاحظ أنَّ المشرع الجزائري أخذ في الحسبان خصوصية الجريمة الإلكترونية التي تكون قابلة للمحو والتعديل في ثوان معدودة ممَّا يستدعي تجنب تلك الإجراءات التي من شأنها تعطيل عملية التفتيش وضياع الأدلة.

أمَّا إذا كان المكان عاما كالطرق العامة والمقاهي والسينما وغيرها، فإنَّ إجراءات التفتيش لا تكون إلاَّ في الحالات التي يجوز فيها تفتيش الأشخاص وبنفس القيود والضمانات المنصوص عليها في هذا المجال[33].

ولقد أثارت مسألة تفتيش المكونات المعنوية للحاسوب جدلا فقهيا وتشريعيا، فمثلا في فرنسا يرى بعض الفقهاء أنَّ النبضات الإلكترونية أو الإشارات إلكترونية الممغنطة لا تعدُّ من قبيل الأشياء المحسوسة لذا لا يعدُّ شيئا ماديا بالمعنى المألوف، فعدل المشرع الفرنسي نصوص التفتيش بالقانون رقم 2004/545 المؤرخ في 21جوان 2004، بإضافة عبارة "المعطيات المعلوماتية" في المادة 94 من قانون الإجراءات كالآتي :«يُباشر التفتيش في جميع الأماكن التي يمكن العثور فيها على أشياء أو معطيات معلوماتية يكون كشفها مفيدا لإظهار الحقيقة»[34]، وهو نفس المنهج الذي سلكه المشرع الجزائري فأجاز تفتيش نظام الحاسوب وذلك من خلال المادة 5 القانون 04/09 السالف الذكر حيث نصت على أنَّه: «يجوز للسلطات القضائية المختصة وكذا ضباط الشرطة القضائية، في إطار قانون الإجراءات الجزائية، وفي الحالات المنصوص عليها في المادة 4 أعلاه، الدخول بغرض التفتيش ولو عن بعد إلى:

- منظومة معلوماتية أو جزء منها وكذا المعطيات المعلوماتية المخزنة فيها
- منظومة تخزين معلوماتية.

ومن أهم الصعوبات القانونية التي يطرحها التفتيش في مجال الجرائم الإلكترونية هي الخاصية الدولية التي تتميز بها هذه الأخيرة، فقد يقع الفعل الإجرامي في دولة ما وتظهر نتائجه في دولة أخرى ممَّا يؤدي إلى امتداد الأدلة الإلكترونية عبر شبكات الحاسوب في أماكن بعيدة عن الموقع المادي للتفتيش وقد تمتد حتى خارج إقليم الدولة، وهو ما يطرح تساؤلا حول إمكانية تفتيش الأنظمة المتصلة بالنظام المأذون بتفتيشه سواء كانت موجودة داخل إقليم الدولة أو خارجه؟

بالنسبة لفرضية اتصال النظام المأذون بتفتيشه بنظام آخر موجود داخل الدولة، أجاب عنها المشرع الجزائري بموجب المادة 5 من قانون الوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها، حيث أجازت للسلطات القضائية المختصة وكذا ضباط الشرطة القضائية الدخول بغرض التفتيش ولو عن بعد إلى منظومة معلوماتية أو جزء منها وكذا المعطيات المخزنة فيها، وإذا كانت هناك أسباب تدعو إلى الاعتقاد أنَّ المعطيات المبحوث عنها مخزنة في منظومة معلوماتية أخرى فإنَّ هذه المعطيات يمكن الدخول إليها انطلاقا من المنظومة الأولى، ويجوز تمديد التفتيش بسرعة إلى هذه المنظومة أو جزء منها بعد إعلام السلطة القضائية المختصة بذلك بشكل مسبق[35]، والملاحظ أنَّ المشرع الجزائري انتهج ذات المبدأ الذي انتهجه المشرع الفرنسي من خلال القانون رقم 239 لسنة 2003 بشأن الأمن الداخلي المؤرخ في 2003/03/18 بموجب المادة 17 منه.

ومن الإشكاليات القانونية التي تواجه سلطات التحقيق في جمع الأدلة الإلكترونية أيضا تخزين مرتكبي الجرائم بياناتهم في أنظمة تقنية خارج الدولة، وهو ما دفع التشريعات إلى إدخال تعديلات على قوانينها لإجازة تفتيش الأنظمة المتصلة حتى لو كانت موجودة خارج إقليم الدولة، ومنها القانون الجزائري حيث أجازت المادة 3/5 من قانون 04/09 السالف الذكر الحصول على المعطيات المخزنة في منظومة معلوماتية تقع خارج الإقليم الوطني بمساعدة السلطات الأجنبية المختصة طبقا للاتفاقيات الدولية ذات الصلة ووفقا لمبدأ المعاملة بالمثل، كما نصت المادة 16 من ذات القانون على مبدأ المساعدة القضائية

الدولية بين السلطات المختصة لجمع الأدلة الخاصة بالجريمة الإلكترونية، ولتعزيز المساعدة الدولية أوجد القانون الجزائري هيئة وطنية للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحته، تتولى تبادل المعلومات مع نظيراتها في الخارج قصد جمع كل المعطيات الضرورية للتعرف على مرتكبي الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال وتحديد مكان تواجدهم[36].

وهكذا نخلص إلى أنَّ أساليب البحث والتحري التقليدية غير فعالة بما يكفي للكشف عن الجريمة الالكترونية وهو ما دفع القوانين إلى استحداث إجراءات تتلاءم وخصوصية هذا النوع من الجرائم، ممَّا يسمح للكشف عن الجريمة الالكترونية ومرتكبيها.

الفرع الثاني: الإجراءات الحديثة لجمع الدليل الالكتروني

استحدث المشرع الجزائري كغيره من التشريعات مجموعة من الأساليب والتقنيات للكشف عن الجرائم المستحدثة ومكافحتها وتتمثل هذه الإجراءات أساسا في: التسرب واعتراض المراسلات، وحفظ البيانات المخزنة.

أولاً- التسرب:

استحدث المشرع الجزائري إجراء التسرب بموجب القانون رقم 22/06 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، حيث أفرد له الفصل الخامس المعنون: "في التسرب" الذي تضمن ثماني مواد من المادة 65 مكرر11 إلى المادة 65 مكرر 18، فعرفته المادة 65 مكرر 12 أنَّه: «قيام ضابط عون الشرطة القضائية تحت مسؤولية ضابط الشرطة القضائية المكلف بتنسيق العملية، بمراقبة الأشخاص المشتبه في ارتكابهم جناية أو جنحة بإيهامهم أنَّه فاعل معهم أو شريك لهم أو خاف»، ويلجأ هذا الإجراء في جرائم معينة منها الجريمة الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات عندما تقتضي ضرورات التحري والتحقيق ذلك[37].

ويمكن أن يُتصور التسرب في نطاق الجرائم الإلكترونية في دخول المتسرب للنظام المعلوماتي واشتراكه في محادثات غرف الدردشة أو حلقات النقاش، متخذا في ذلك أسماء مستعارة، ويظهر بمظهر عادي كما لو كان فاعلا مثلهم ويحاول الاستفادة من معرفتهم حول كيفية اقتحام الهاكر لموقع ما، أو الحصول على الدعامات المزورة التي هي بحوزتهم وغيرها من الأمور[38].

وبما أنَّ إجراء التسرب يُعدُّ من أخطر الإجراءات الماسة بحرمة الحياة الخاصة للمتهم وضع له المشرع الجزائري ضوابط وقيودا تكون بمثابة ضمانات يتعين مراعاتها عند القيام بهذا الإجراء، وتتجلى هذه الشروط فيما يلي:

صدور الإذن من وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق بعد إخطار وكيل الجمهورية، وهو ما نصت عليه المادة 65 مكرر 11.

يجب أن يكون الإذن مكتوبا ومسببا وذلك تحت طائلة البطلان، ويجب أن يتضمن التسبيب الجريمة موضع التسرب وهوية ضابط الشرطة القضائية الذي تتم العملية تحت مسؤوليته، وهو ما جاء في المادة 65 مكرر 15.

يحدد في الإذن مدة عملية التسرب التي لا يُمكن أن تتجاوز أربعة أشهر، ويمكن أن تحدد حسب مقتضيات التحري والتحقيق ضمن نفس الشروط الشكلية والزمنية، كما يجوز للقاضي الذي رخص بإجرائها أن يأمر في أي وقت بوقفها قبل انقضاء المدة المحددة، وهو ما نص عليه المشرع في المادة 65 مكرر 15 في الفقرات 3-4-5.

ثانياً- اعتراض المراسلات:

يجيز التشريع الجزائري بموجب المادة 65 مكرر 5 من القانون 22/06 السالف الذكر في اعتراض المراسلات في جرائم محددة منها الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات التي حددت في قانون العقوبات[39] بموجب الفصل السابع مكرر أو أي جريمة أخرى ترتكب أو يُسهل ارتكابها عن طريق منظومة معلوماتية[40] أو نظام الاتصالات الإلكترونية[41]، وهو ما أقرَّه المشرع بموجب المادة 2/أ من القانون المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها.

ويجب التمييز بين نوعين من البيانات المعلوماتية محل الاعتراض، بين البيانات المتعلقة بالمرور والبيانات المتعلقة بمحتوى الاتصال، وهو ما نصت عليه اتفاقية بودابست، حيث عرفت في المادة الأولى منها البيانات المتعلقة بالمرور أنَّها: «كل البيانات التي تعالج الاتصالات التي تمر عن طريق نظام معلوماتي، والتي يتم إنتاجها بواسطة هذا النظام المعلوماتي بوصفه عنصرا في سلسلة الاتصال، مع تعيين المعلومات التالية: أصل الاتصال، الجهـة المقصودة بالاتصال، خط السير، ساعة وتاريخ حجم وفترة الاتصال، أو نوع الخدمة »[42]، في حين أنَّها لم تورد تعريفا للبيانات المتعلقة بمحتوى الاتصال، ويُقصد بها مضمون الاتصال أو الرسالة أو المعلومات المنقولة عن طريق الاتصال، فيما عدا البيانات المتعلقة بالمرور.

يتضح مما سبق أنَّ معيار التمييز بين هذين النوعين من البيانات يتجلى في درجة المساس بالحق في الخصوصية، حيث يظهر بشكل جلي في مراقبة محتوى الاتصال أو المراسلة، وقد أكدت اتفاقية بودابست هذا التمييز حيث أدرجت كل إجراء على حدة تحت عنوان خاص، فخصت تجميع حركة البيانات بعنوان" التجميع في الزمن الفعل لبيانات المرور، أمَّا تجميع محتوى البيانات فجاء تحت عنوان "اعتراض محتوى البيانات[43]، لكن تضع بعض الدول مفهوم موحد لهذين النوعين من البيانات ومن ثم يسري عليهما نفس الضمانات والضوابط المقررة لاتخاذ هذين الإجراءين دون مراعاة حساسية البيانات المتعلقة بمحتوى الاتصالات فهو حق لصيق بالإنسان[44]، وشخصية الإنسان تنطوي على مجموعة من القيم المعنوية كالشرف والكرامة والسرية، فتشكل هذه القيم عناصر أساسية لشخصية الإنسان فيمنع التعدي عليها وهي من حقوق الشخصية الأساسية التي نصت عليها دساتير الدول المختلفة، ومنها الدستور الجزائري الذي منع انتهاك حرمة الحياة الخاصة للمواطن وشرفه والذي ضمن سرية المراسلات والاتصالات بكل أشكالها[45] لكن مع التطور العلمي الذي شهده العالم تزايد نطاق المخاطر التي تتعرض لها حرمة الإنسان فظهرت أجهزة مراقبة تلتقط أحاديث الإنسان دون أن يشعر، فيتم نشر أمور شخصية دون الحصول على الموافقة من المعني خاصة مع ظهور شبكة الانترنيت التي تسمح أكثر من أيَّة وسيلة أخرى بنشر المعلومات المتعلقة بحقوق الشخصية، وعرفت المادة 2/أ من التوجيه الأوربي البيانات الشخصية أنَّها: «كل المعلومات التي تتيح التعرف

على الشخص الطبيعي وتتمثل في الاسم، العنوان، البريد الإلكتروني، الدين الأخلاق، وغيرها من الأمور»[46]، وحماية لحرمة الحياة الخاصة حرصت معظم التشريعات على توفير قدر من الحماية على سرية الاتصالات بين الأفراد كالتشريع الجزائري الذي حظر تسجيل مكالمات الأشخاص باعتباره تهديدا لخصوصية الأفراد، وهو ما نصت عليه المادة 303 مكرر من القانون رقم 02/06 المعدل لقانون العقوبات.

فحظرت تسجيل مكالمات الأشخاص الخاصة أو السرية، إلاَّ أنَّه يستلزم لكي يُشكل ذلك الفعل جريمة ويُعاقب عليها، أن يكون التسجيل بطريقة غير مشروعة أي بدون إذن ورضا صاحبه، كما أنَّ المشرع عاد وشرع ذلك بموجب نصوص خاصة في حالات معينة، ونصَّ عليها المشرع على سبيل المثال لا الحصر كأن يكون التسجيل مثلا بدافع حماية النظام العام أو لمستلزمات التحريات أو التحقيقات القضائية الجارية، أو الوقاية من الأفعال الموصوفة بجرائم الإرهاب أو التخريب أو الجرائم الماسة بأمن الدولة، أو عند توفر معلومات عن احتمال اعتداء على منظومة معلوماتية على نحو يهدد النظام العام أو الدفاع الوطني أو مؤسسات الدولة أو الاقتصاد الوطني، أو كان من الصعب الوصول إلى الأبحاث الجارية دون اللجوء إلى المراقبة الإلكترونية، أو اقتضى ذلك المساعدة القضائية الدولية المتبادلة[47].

ثالثاً- حفظ البيانات المخزنة:

نصت اتفاقية بودابست في المادة 16 على ضرورة كل طرف السماح لسلطاته المختصة أن تأمر أو تقرض بطريقة أخرى على مزود الخدمة التحفظ الفوري على البيانات المعلوماتية المخزنة بما في ذلك البيانات المتعلقة بحركة السير المخزنة بواسطة نظام معلوماتي، عندما تكون هناك أسباب تدعو للاعتقاد أنَّ هذه البيانات معرضة للفقد والتغيير، وذلك من خلال مدة 90 يوما كحد أقصى، وهي مدة قابلة للتمديد[48].

ولقد تبنت هذا الإجراء بعض الدول العربية كالجزائر وهو إجراء مستحدث في إطار مكافحة الجريمة الإلكترونية، ونص عليه المشرع الجزائري في الفصل الرابع من القانون 04/09 السالف الذكر تحت عنوان "التزامات مقدمي الخدمات"، وهو ما يستدعي بداية توضيح المقصود بمقدمي الخدمات والمعطيات المتعلقة بحركة السير، لنتطرق بعدها إلى التزامات مقدمي الخدمات.

1- مفهوم مقدمي الخدمات:

شهدت البشرية في الآونة الأخيرة ثورة تكنولوجية انعكست على الظروف الاجتماعية والاقتصادية والثقافية للأفراد، فظهرت صور جديدة للتصرفات القانونية كالتعاقد الإلكتروني، بحيث أصبحت معظم المعاملات التجارية والمالية تتم بواسطة المحررات الإلكترونية، وإن كانت التكنولوجية الحديثة تلعب دورا هاما لإلغاء المسافات وتوفير الوقت، غير أنَّها تبقى عبءا على رجال القانون لكيفية ملاحقة هذا التطور والتصدي له بالقواعد القانونية التي تتلاءم معه، ومن أبرز المشكلات التي تطرحها المعاملات الحديثة هي سهولة التلاعب والتزوير فيها، فاقتضى ذلك تدخل طرف ثالث حيادي لتوثيق السندات الإلكترونية، وظهرت مهنة مقدمي الخدمات حيث عرفه قانون الوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها بموجب المادة 2/د كما يلي:

1- «أي كيان عام أو خاص يقدم لمستعملي خدماته القدرة على الاتصال بواسطة منظومة معلوماتية و/أو نظام للاتصالات.

2- وأي كيان آخر يقوم بمعالجة أو تخزين معطيات معلوماتية لفائدة خدمة الاتصالات المذكورة أو لمستعمليها ».

يتبين من نص المادة أنَّ صفة مقدم الخدمة تنطبق على كل من يقوم بخدمات الاتصال أو خدمات معالجة المعطيات المعلوماتية أو خدمات تخزين المعطيات المعلوماتية ويستوي في ذلك أن تكون الجهة التي تقدم الخدمة عامة أو خاصة، وهو أيضا ما نصت عليه اتفاقية بودابست في المادة 1/ج[49].

2- مفهوم المعطيات المتعلقة بحركة السير:

عرف المشرع الجزائري المعطيات المتعلقة بحركة السير في المادة 2/ه من القانون المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها كالآتي: «أي معطيات متعلقة بالاتصال عن طريق منظومة معلوماتية تنتجها هذه الأخيرة باعتبارها جزءا في حلقة الاتصالات، توضح مصدر الاتصال، والوجهة المرسل إليها، والطريق الذي يسلكه، ووقت وتاريخ وحجم ومدة الاتصال ونوع الخدمة»، وهو نفس التعريف الوارد في المادة 1/د من اتفاقية بودابست وأوضحت المذكرة الإيضاحية الاتفاقية بودابست أنَّ بيانات المرور تنشأ عن طريق أجهزة الحاسب في سلسلة من الاتصالات من أجل توجيه الاتصال من منبعه أو أصله إلى مكان وصوله[50].

3- التزامات مقدمي الخدمات:

نص قانون 04/09 المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها على التزامات مقدمي الخدمات المتمثلة في مساعدة السلطات طبقا للمادة 10 من نفس القانون، وفي حفظ المعطيات المتعلقة بحركة السير وفقا للمادة 11، كما أضاف المشرع التزامات أخرى في المادة 12 خاصة بمقدمي خدمة الانترنيت، وسيتم التطرق بمجموعة هذه الالتزامات كالآتي:

أ- مساعدة السلطات:

نظرا لطبيعة مهنة مقدمي الخدمات التي تسمح له بمراقبة ومعرفة جميع الخطوات التي يتبعها المستخدم من حيث المواقع المستعملة والاتصالات التي قام بها، ألزمه قانون الخاص بالوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال بموجب المادة 10 منه بجمع وتسجيل المعطيات المتعلقة بمحتوى الاتصال بشكل فوري، وبوضع المعطيات التي يتعين عليهم حفظها وفقا للمادة 11 من نفس القانون، تحت تصرف السلطات المكلفة بالتحريات القضائية.

كما ألزمتهم الفقرة الثانية من المادة بكتمان سرية العمليات التي ينجزونها بطلب من المحققين وكذا المعلومات المتصلة بها.

ب- حفظ المعطيات المتعلقة بحركة السير:

رغم أنَّ المشرع الجزائري كرس مبدأ حرمة الحياة الخاصة في دساتيره المتوالية إلاَّ أنَّه أورد استثناءات على هذا المبدأ تتجلى أساسا في حفظ البيانات المتعلقة بحركة السير نظرا لقابليتها للتلف والتغيير في ثوان

معدودة، وهذا بهدف مكافحة الجرائم المستحدثة وهو ما نصت عليه المادة 11 من قانون الوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها.

وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى أنَّ إجراء الحفظ، إجراء خاص ووقتي فهو خاص لأنَّه لا يُمكن تعميمه على جميع المعلومات مثلما هو الحال بالنسبة للمعلومات التي تعتبر من أسرار المهمة والمتواجدة في أجهزة المعالجة الآلية، وقد راعى المشرع الجزائري خصوصية هذا النوع من المعلومات وهذا ما يُستشف من العبارة التي أوردها في المادة 11 من القانون 04/09 السالف الذكر كالآتي: «مع مراعاة طبيعة ونوعية الخدمات...»[51].

ويعدُّ إجراء وقتيا لأنَّ المشرع الجزائري حدده في الفقرة الثالثة من نفس المادة لمدة سنة واحدة ابتداء من تاريخ التسجيل، وهو ما يدل على احترام المشرع الحق في الخصوصية إذا ألزم مقدمي الخدمات بمسح المعطيات التي تم حفظها خلال مدة معينة.

ج- التزامات خاصة بمقدمي خدمة الأنترنيت:

أورد المشرع الجزائري التزامات خاصة بمقدمي خدمة الانترنيت بموجب المادة 12 من قانون الوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها إلى جانب الالتزام بالحفظ.

يتضح من ذلك أنَّ المشرع الجزائري ميز بين نوعين من مقدمي الخدمات: النوع الأول مقدمي الخدمات السلكية واللاسلكية ويقع على عاتقهم الالتزامات المنصوص عليها في المادتين 10-11، والنوع الثاني هم مقدمو خدمات الاتصالات الإلكترونية إذ يقع على عاتقهم الالتزامات المنصوص عليها في المادتين 11-12 وهو ما أقرَّته المادة 12 عندما نصت: «زيادة على الالتزامات المنصوص عليها في المادة 11 أعلاه، يتعين على مقدمي خدمات الانترنيت ...».

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن مقدمي خدمات الاتصالات الالكترونية لا يمكنهم القيام بإجراء الحفظ المنصوص عليه في المادة 11 إلا بعد تجميع وتشغيل المعطيات، لوضعها في النهاية تحت تصرف السلطات المكلفة بالتحريات القضائية وهو ما نصت عليه المادة 10، ويفهم من ذلك أن مقدمي خدمات الاتصالات الالكترونية يقع على عاتقهم الالتزامات المنصوص عليها في المواد (10-11-12).

المبحث الثاني

القيمة القانونية للدليل الإلكتروني

ونتيجة ذيوع التعاملات بالوسائل الحديثة ظهرت مصطلحات جديدة كمصطلح "الدليل الإلكتروني" فأوجدت فراغات قانونية استوجبت إيجاد إطار قانوني لتنظيمها فصدرت قوانين على المستوى الدولي والداخلي لتنظيم هذا النوع الجديد من المعاملات، حيث كرست مبدأ التعادل الوظيفي بين الدليل الالكتروني والدليل التقليدي، ولقد عرف هذا المبدأ تكريسا ملحوظا من خلال لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (C.N.U.D.C.I)[52] وبالأخص في القانون النموذجي المعتمد عام 1996[53] حيث نصت المادة الخامسة من قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لعام 1996 أنَّـه: «لا تفقد المعلومات مفعولها القانوني أو صحتها أو قابليتها للتنفيذ بمجرد أنَّها في شكل رسالة بيانات»[54].

كما أكدت المادة التاسعة منه على حجية الدليل الإلكتروني وجاء فيها: «في أية إجراءات قانونية، لا يُطلق أي حكم من أحكام قواعد الإثبات من أجل الحيلولة دون قبول رسالة البيانات كدليل إثبات:

أ- لمجرد أنَّها رسالة بيانات، أو

ب- بدعوى أنَّها ليست في شكلها الأصلي، إذا كانت هي أفضل دليل يتوقع بدرجة معقولة من الشخص الذي يستشهد بها أن يحصل عليه» (المطلب الأول)

وقد سارت التشريعات الداخلية على نهج قانون الأونسترال وكرست نظرية التعادل الوظيفي بين الأدلة الإلكترونية والأدلة التقليدية من خلال اعترافها بالكتابة والتوقيع الإلكترونيين، وهو ما أدى إلى طرح تساءل حول الدليل الأفضل في حالة حدوث تنازع بينهما، ومحل السلطة التقديرية للقاضي في مجابهة هذه الإشكالية؟ (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التعادل والتنازع الوظيفي بين الدليل الإلكتروني والدليل التقليدي

أمام ذيوع المعاملات الالكترونية ظهرت أدلة إلكترونية تقدم أمام القاضي لإثبات واقعة ما، لكن طرح هذا النوع من الأدلة إشكالات عديدة لكونها يتميز بالطبيعة الغير مادية وهو ما جعل الكثير من القضاة يستبعدونها مَّا يحط من قمة المعاملات الإلكترونية.

وفي ظل هذه الجدال حول القيمة القانونية للدليل الإلكتروني ظهرت قوانين حديثة كرست نظرية التعادل الوظيفي بين الدليل الإلكتروني والدليل التقليدي، واكتفت في البداية بتحرير القواعد الخاصة بالكتابة الخطية والتوقيع التقليدي لاستيعاب الدليل الإلكتروني وكان من الأفضل سن قواعد خاصة تنظم الكتابة والتوقيع الإلكترونيين، وبانتشار المعاملات الإلكترونية سارعت التشريعات إلى إصدار قواعد خاصة بها ومن الأمور التي أجمعت عليها مبدأ المساواة الوظيفية بين أشكال الكتابة بصرف النظر عن الدعامة المعتمدة وهو ما يُحتم على القاضي الاعتماد على الدليل الإلكتروني في الإثبات (الفرع الأول).

وباعتراف التشريعات بحجية الكتابة والتوقيع الإلكترونيين ظهر إشكال آخر يتمثل في الدليل الأفضل في حالة حدوث تنازع بينهما خاصة وأنَّ المشرع الجزائري لم يعالج هذه الإشكالية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مبدأ التعادل الوظيفي بين الدليل الكتابي والإلكتروني

سبق الذكر آنفا على أنَّه توجد عدة تقسيمات للدليل الإلكتروني لكن يرد معظمها في شكل بيانات نصية، وحتى يعتدّ بها كدليل إثبات لابدَّ أن تكون مستوفية لشروط الدليل الكتابي (الكتابة والتوقيع).

وفي غياب التحديد الحصري للمقصود بالكتابة والتوقيع، فإنَّه يُصبح من الممكن من خلال التفسير الواسع للنصوص قبول الكتابة والتوقيع الإلكترونيين كدليل كتابي كامل، لذلك يتمتع الدليل الإلكتروني بذات القوة المقررة في الإثبات لكلّ دليل تقليدي طالما تتوافر فيه شروط الثقة والأمان التي تضمن سلامته وعدم التلاعب فيه[55]، خاصة وأنَّ المشرع الجزائري اعترف من خلال تحويره لنصوص قواعد الإثبات بحجية الكتابة الإلكترونية مثلها مثل الكتابة العادية في المادة 323 مكرر 1 التي تنص على أنَّه: «يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها»، كما اعتد بالتوقيع الإلكتروني في المادة

2/327 التي تنص: «ويُعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر أعلاه»، ولقد أكدَّ المشرع على حجية الكتابة والتوقيع الإلكترونيين من خلال نصوص خاصة أهمها قانون 04/15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الالكترونيين الذي ألزم القاضي الاعتداد بالتوقيع الإلكتروني كدليل ورفض تجريده من قيمته القانونية بحجة أنَّه ورد[56]:

- شكله الالكتروني أو،
- أنَّه لا يعتمد على شهادة تصديق إلكتروني موصوفة أو،
- أنَّه لم يتم إنشاؤه بواسطة آلية مؤمنة لإنشاء التوقيع الإلكتروني.

وبهذا يكون المشرع الجزائري قد كرس نظرية التعادل الوظيفي بين الدليل الإلكتروني والدليل التقليدي، وحذا في ذلك حذو المشرع الفرنسي الذي كرس هذا المبدأ من خلال اعترافه بالكتابة والتوقيع الإلكترونيين[57] بموجب قانون 13 مارس 2000 المتعلق بالتوقيع الإلكتروني[58].

كما أنَّه بالرجوع للمادة 1326 من القانون المدني الفرنسي يُلاحظ أنَّه كان ينص على كتابة المبالغ يدويا بالحروف والأرقام، وبعد التعديل استبدل مصطلح "اليد" "de sa Maun" بمصطلح الشخص نفسه "par lui même"[59]، وبذلك يكون قد سمح للأفراد بكتابة المبلغ بأية وسيلة بواسطة الشخص وهو ما يدل على اعتداده بالدليل الإلكتروني مثله مثل الدليل التقليدي.

الفرع الثاني: التنازع الوظيفي بين الدليل الإلكتروني والدليل التقليدي

إنَّ مسألة التنازع بين أدلة الإثبات لم تكن موجودة من قبل فكانت لكلّ منها حجية معينة في الإثبات بحيث كانت المحررات الرسمية في قمة الهرم، وذلك راجع إلى أنه لم يتوفر إلاَّ الأدلة التقليدية، لكن بظهور الوسائل الإلكترونية وانتشار التعامل بها حتم على التشريعات بما فيها التشريع الجزائري[60] الاعتداد بالدليل الإلكتروني من خلال اعترافها بحجية الكتابة والتوقيع الإلكترونيين في إثبات العقود والتصرفات القانونية، وبهذا أصبح من الممكن حدوث تعارض في حين يقدم الخصم الآخر محرر تقليدي ويكون مضمون المحررين متعارضين، كما يمكن أن يكون لدى الخصم الواحد مستند إلكتروني ومستند ورقي ويكون مضمونهما متعارضا، ومثال ذلك أن يقوم أحد الأطراف بإبرام العقد إلكترونيا إلاَّ أنَّه يقوم إضافة إلى ذلك بإرسال خطاب بريدي يحمل الإيجاب الصادر منه أو قبول الإيجاب الذي تلقاه[61]، وفي الحالة يتعين الترجيح بين الدليل الإلكتروني والدليل الورقي لاعتماده كدليل إثبات لحسم النزاع.

وتتجلى أهم حالات التعارض التي يمكن أن تثور أمام المحاكم بين الدليل الورقي والدليل الإلكتروني على النحو الآتي:

أولاً- التنازع بين محرر رسمي ورقي ومحرر رسمي إلكتروني

إنَّ أهم شرط يجب توافره في المحرر التقليدي والعادي حتى يتمتع بالطابع الرسمي هو صدوره من موظف عام أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة في حدود سلطته واختصاصه، وهو ما أقرَّته المادة 20 من مرسوم 26 نوفمبر 1971 المتعلق بالعقود المحررة من قبل الموثقين[62]، وقد تباينت التشريعات

في مجال المعاملات الإلكترونية بالتسمية التي تطلق على هذا الموظف، حيث أطلق عليه المشرع الجزائري اسم مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني، فيعتبر تدوين المحرر بمعرفته بمثابة إدخال للصفة الرسمية، وإذا انتفت صفة الرسمية للقائم بالعمل فلا يعتبر ذلك المحرر رسميا، كأن يكون الموظف موقوفا أو معزولا عن العمل وقت كتابة المحرر[63].

وما يستحق التنويه إليه هو أنَّ المشرع الجزائري رغم أنَّه اعترف بحجية المحررات الإلكترونية من خلال إقراره بمبدأ المساواة بين الكتابة الإلكترونية والكتابة التقليدية، وبين التوقيع التقليدي والتوقيع الإلكتروني، لكن تبقى هذه المساواة يكتنفها نوع من الغموض فالمشرع الجزائري لم يقسم المحررات الإلكترونية لمحررات عرفية ورسمية، كما أنَّه لم يبين حدود هذه المساواة إن كانت تشمل المحررات الرسمية أم لا، لكن رغم ذلك يمكن أن نستشف موقف المشرع الجزائري وتقّر باعترافه بالمحررات الإلكترونية الرسمية بدليل إصداره لقانون خاص بالتوثيق الإلكتروني يُنظم عمل الموثق الإلكتروني وهو القانون رقم 04/15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، فيعدُّ الشخص الثالث المصادق على التوقيعات بمثابة الموثق بالمفهوم التقليدي، وبهذا يكتسي المحرر الإلكتروني صفة الرسمية ولا يمكن إنكاره إلاَّ بادعاء التزوير، وذلك في حالة ما كان المحرر مستوفيا للشروط المنصوص عليها في المادة 323 مكرر1 من القانون المدني، وبالإضافة لشرط التوقيع، وأنّ يتم المصادقة على البيانات الواردة في المحرر من قبل جهة التصديق حتى يضفي عليها قوة المحرر عليها المحرر الرسمي، ونتيجة لذلك فإننا نكون أمام محررين متساويين من حيث القيمة القانونية في الإثبات، وبهذا يثور تساؤل، حول المعيار الذي يمكن الاعتماد عليه للترجيح بينهما ولحسم النزاع؟ خاصة وأنَّ المشرع الجزائري لم يعالج هذه الإشكالية لا في قواعد الإثبات العام ولا في رزنامة القوانين التي أصدرها في المجال الالكتروني.

وبهذا يكون للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تقدير الدليل الأفضل مع العلم أنَّ المحرر الالكتروني يعدُّ دليل ومصطلح جديد أمام القاضي ليخشى بذلك انحيازه النفسي للدليل الورقي وهو ما يتناقض ومبدأ التكافؤ الوظيفي الذي أقرَّه المشرع الجزائري بموجب القانون 10/05 في المادة 323 مكرر1[64]، كما أنَّ ذلك من شأنه إضعاف المعاملات الإلكترونية بالتقليل من نطاق استعمال المحررات الإلكترونية، لذا نهيب بالمشرع الجزائري أن يدرج نصا ضمن قانون التوقيع والتصديق الإلكترونيين يعالج فيه مسألة تنازع الدليل الكتابي والدليل الإلكتروني للوقوف أمام الصعوبات التي قد تطرحها هذه المسألة كما هو الحال في التشريع الفرنسي الذي عالج هذه المسألة في قانون التوقيع الإلكتروني رقم 230/2000 بموجب المادة 2/1316 وهو ما سيتم التعرض إليه بالتفصيل لاحقا في المطلب الموالي.

وما يجب الإشارة إليه في هذا الصدد هو في حالة إذا ما كان الدليل الإلكتروني مقترنا بتوقيع إلكتروني مؤمن، هل يتمتع في هذه الحالة الدليل الإلكتروني بقيمة تضاهي المحرر الرسمي الورقي أو بقيمة تفوقه؟

إذا نظرنا إلى الشروط والضوابط الفنية والتقنية التي استلزم المشرع توافرها في التوقيع الإلكتروني المؤمن[65]، يمكن القول أنَّه يحظى بدرجة عالية من الثقة والأمان تكفل سلامة الدليل وصحته

ويشهد على ذلك شهادة تصديق يصدرها مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني، ومن ثم يكسب حجية في الإثبات تفوق نظيره الورقي، يعني أنَّ المشرع الجزائري منحه حجية تضاهي حجية التوقيع الكتابي، ولربما راعى في ذلك طبيعة المجتمع الجزائري الذي يفضل التعامل بالمحسوس دون ما هو افتراضي، حيث تنص المادة الثامنة من قانون التوقيع والتصديق الإلكترونيين يعتبر التوقيع الإلكتروني الموصوف وحده مماثلا للتوقيع المكتوب سواء كان لشخص طبيعي أو معنوي.

ثانياً- التنازع بين محرر رسمي ورقي ومحرر إلكتروني بسيط:

المحرر الإلكتروني البسيط هو محرر إلكتروني مستوفٍ للشروط الواردة في المادة 323 مكرر1 من القانون المدني، بالإضافة إلى شرط التوقيع الإلكتروني إلاَّ أنَّه غير مصادق عليه، وبالتالي لم تتوفر فيه الضوابط والشروط اللازمة للتحقق من سلامته، لذا يعدُّ هذا النوع من المحررات الإلكترونية الأقل موثوقية من المحررات الرسمية الورقية باعتبارها تكون بمعية موظف عام أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة يضمن صحته وسلامته.

ثالثاً- التنازع بين محرر عرفي ورقي ومحرر إلكتروني بسيط:

المحرر العرفي هو محرر لم يتدخل في تحريره موظف عام وقد يُشترط فيه شرطي الكتابة والتوقيع، وهناك من يرى أنَّ العبرة بشرط التوقيع فقط، لكن لا يمكن التسليم بذلك لأنَّ التوقيع ما وُجد إلاَّ لاعتماد الكتابة والإقرار بها[66]، والمحررات العرفية على نوعين:

1- **محررات عرفية معدة للإثبات:** وهي أدلة مهيأة للإثبات ولذلك لا بدَّ أن تتوافر على شرطي الكتابة والتوقيع.

2- **المحررات العرفية غير المعدة للإثبات:** وهي أوراق عرفية لم تعد مقدما للإثبات، ولا يشترط فيها أن تكون موقعة ومع ذلك يُمكن قبولها في الإثبات.

أمام التطور المذهل الذي عرفته وسائل الاتصال ظهرت المحررات الإلكترونية التي طرحت عدة إشكالات قانونية، تتعلق أساسا حول إمكانية اعتماد القاضي على المحرر الإلكتروني البسيط (المستوفي لشروط الدليل الكتابي) كدليل كامل في الإثبات أو اعتباره مجرد مبدأ ثبوت بالكتابة.

بالرجوع إلى قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، نجد أنَّه وضع المبدأ الذي يجب أن تلتزم به الدول في تشريعاتها الداخلية لتحديد نطاق حجية المحررات الإلكترونية، حيث ألزم القاضي قبول المحررات الإلكترونية في الإثبات ومنحها حجية تماما مثل المحررات التقليدية أي تكون كالمحرر الرسمي أو العرفي التقليدي في الإثبات، وذلك بحسب الطريقة المعتمدة عليها في إنشاء أو تخزين أو إبلاغ الرسالة وبحسب الطريقة المعتمدة عليها في المحافظة على سلامة المعلومات أو التي حددت بها هوية مصدرها[67].

لقد سار القانون الجزائري على هدى قانون الأونسيترال فمنح الدليل الإلكتروني المستوفي لشرطي الكتابة والتوقيع ذات حجية الدليل العرفي المعد للإثبات، وما يدل على قبوله الإثبات بالمحررات العرفية الإلكترونية كدليل إثبات كامل هو غياب التحديد الحصري للمقصود بالكتابة، حيث أخذ بالمفهوم الحديث والواسع للكتابة بموجب المادة 323 مكرر من القانون المدني، أمّا الشرط الثاني الذي يجب أن يتضمنه

المحرر العرفي هو شرط التوقيع، وقد اعترف المشرع الجزائري بالتوقيع الإلكتروني عند تعديله للقانون المدني بموجب الأمر 10/05 من خلال المادة 2/327، وتم التأكيد على حجية التوقيع الإلكتروني ،إمكانية الاعتماد عليه كدليل إثبات أمام القضاء بموجب المادة 09 من قانون التوقيع والتصديق الإلكترونيين وبذلك يعدُّ محررا عرفيا معدّا للإثبات كل وثيقة إلكترونية تستوفي المواصفات المتطلبة في المحرر الكتابي التقليدي، وبالتالي يكون للمحرر الإلكتروني البسيط حجية تضاهي المحرر العرفي المعدّ للإثبات في حين تكون له درجة أعلى من المحررات العرفية غير المعدّة للإثبات.

المطلب الثاني: دور القاضي في الترجيح بين أنواع الأدلة

إنّ تكريس التشريعات لمبدأ التكافؤ الوظيفي بين المحررات التقليدية والإلكترونية في إثبات العقود والتصرفات القانونية، طرح تساؤلا حول الدليل الأفضل في حالة حدوث التنازع بينهما، وقد وضحنا سابقا أنّ المشرع الجزائري لم يُعالج هذه الإشكالية بخلاف المشرع الفرنسي الذي جابه هذه الإشكالية بإضافة المادة 2/1316 بالقانون رقم 230 لعام 2000[68] فاعتمد في حل هذا النزاع على مبدأ اتفاق الطرفين في حالة عدم وجود نص ينظم ذلك خاصة وأنَّ قواعد الإثبات الموضوعية ليست من النظام العام فيجوز الاتفاق على مخالفتها (الفرع الأول)، وفي حالة غياب هذا الاتفاق ترجح السلطة التقديرية للقاضي ويستند في ذلك للمبدأ مصداقية الدليل من حيث صحته واكتمال عناصره (الفرع الثاني).

الفرع الأول: وجود اتفاق بين الأطراف

نظرا لانتشار التعامل بوسائل الاتصال الحديثة لإبرام التعاقدات ظهر نوع جديد من الأدلة لإثبات المعاملات تتمثل في الدليل الإلكتروني الذي لا تستوعبُه النصوص التقليدية المتعلقة بالإثبات في الشكل الكتابي، وهو ما دفع الأطراف إلى الاتفاق مسبقا لتحديد مدى الحجية التي تتمتع بها هذه المحررات، وذلك بهدف التحرر من مبدأ الإثبات بالدليل الكتابي المثبت على دعامة مادية[69]، لكن سرعان ما تفطنت التشريعات لأهمية التصدي لهذه الإشكالية، فتبنى قانون الأونسيترال المبدأ التكافؤ الوظيفي بين المحررات الإلكترونية والتقليدية[70]، وسارت على هداه العديد من التشريعات الوطنية[71]، لكن طرح هذا المبدأ أيضا إشكال قانوني وهو تعارض مضمون محررين يتمتعان بنفس القوة الثبوتية في الإثبات، وقد تصدى المشرع الفرنسي لهذه الإشكالية-بخلاف المشرع الجزائري- بموجب المادة 2/1316 من القانون رقم 230 لعام 2000، إذا نصت المادة 2/1316 على: «متى لم يكن القانون قد حدد مبادئ أخرى، ومع عدم وجود اتفاق صحيح بين الأطراف فإنَّ القاضي يُسوي منازعات الدليل الكتابي بفعل تحديده للدليل الأقرب إلى الحقيقة بالوسائل كافة ودون النظر إلى الدعامة»[72].

وحسب النص المذكور أعلاه يتمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة في الترجيح بين الدليل الكتابي والدليل الإلكتروني، كما أعطى له حرية الاستعانة بكافة وسائل المتاحة بصرف النظر عن الدعامة المثبت عليها الكتابة لأنَّ ذلك يتعارض مع مبدأ المساواة بين الكتابة الخطية والكتابة التقليدية الذي أقرّه القانون[73]، إلاَّ أنَّه قيد سلطة القاضي ببعض الضوابط[74]:

1- وجود نص ينظم تنازع المحررات:

إذا وُجد نص قانوني يُعطي الأفضلية لأحد المحررين على الآخر يتعين على القاضي التقيد بالنص[75] كأن يكون أحد المحررين محررا رسميا والآخر عرفيا وهناك تعارض بينهما يكون المحرر الرسمي حجة على المحرر العرفي طبقا للقانون لذا يتعين على القاضي الأخذ بالمحرر الرسمي أمَّا إذا وجد تعارض بين محرر عرفي ورقي ومحرر رسمي إلكتروني يستند القاضي للمحرر الإلكتروني لحسم النزاع[76].

2- وجود اتفاق بين الأطراف:

لقد أعطى المشرع الفرنسي للأطراف إمكانية الاتفاق على تقديم دعامة على أخرى وقد يكون هذا الاتفاق أثناء تنظيم التصرف أو لاحقا له، فإذا وُجد هذا الاتفاق يلزم القاضي ترجيح الدليل الذي انتهت إليه إرادة الطرفين[77]، لأنَّ تحديد القواعد الموضوعية في الإثبات ليست من النظام العام، ويجوز الاتفاق على خلافها عكس القواعد الإجرائية التي تتعلق بالنظام العام فلا يجوز الاتفاق على مخالفتها[78]، لكن حتى إن كان المشرع الفرنسي منح للأطراف الحرية في تحديد الدليل الأفضل لحسم النزاع، إلاَّ أنَّه يتعين أن يراعي ذلك الاتفاق عدة مبادئ أهمها:

أولاً- مبدأ المساواة:

يفترض أن تكون المحررات المتعارضة في مضمونها متساوية من حيث اعتبارها أدلة إثبات أي تتوافر فيها الشروط القانونية لاعتبارها دليلا كتابيا كاملا في الإثبات، فمثلا لا يجوز للأطراف الاتفاق على ترجيح محرر عرفي على محرر رسمي.

ثانياً-مبدأ المشروعية:

قد يكون الدليلان متعارضين في مضمونها ومتساويين من حيث القوة الثبوتية، لكن ثبت أنَّ الدليل الذي اتفق الأطراف على ترجيحه تم الحصول عليه خفية، فذلك ممنوع قانونا، لأنَّه يعدُّ من قبيل الاحتيال والغش وهما من وسائل التدليس المعيب للإرادة[79].

وتطبيقا لذلك فإنَّ القانون يمنع كل وسيلة تتسم بالاحتيال والغش، وهو ما نصت عليه المادتين (3-4) من القانون 04/09 المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها، فأجاز الاعتماد على التسجيل الصوتي كدليل إثبات بشرط أن يكون بطريقة مشروعة، أمَّا إذا كان قد سجل ذلك خفية أو استولى عليه بطريق التحايل أو الإكراه فلا يجوز حينها الاعتماد عليه في الإثبات ووجب على القاضي استبعاده.

فإذا كان الأصل وفق القانون حماية المراسلات والاتصالات الهاتفية فيمنع مراقبتها إلاَّ في الحالات الاستثنائية التي أقرَّها القانون، فإنَّ ذلك يمتد إلى كل وسائل المراسلات الأخرى كالبريد الإلكتروني أو أي ووسيلة من وسائل الاتصال الحديثة، فالقاعدة العامة تقتضي عدم جواز انتهاك سرية هذه المراسلات، فلا يجوز مراقبة سرية هذه المراسلات أو التنصت عليها بأيّ طريقة كانت سواء تقليدية أو إلكترونية إلاَّ في الأحوال التي ينص عليها القانون[80]، وبذلك يكون لمن تعرض لمثل هذا الاعتداء الحق في مطالبة التعويض

عند الضرر الذي لحقه من جراء ذلك سواء كان ماديا أو معنويا، وذلك وفقا للقواعد العامة في المسؤولية المدنية[81].

ولم يكتف القانون الجزائري برفض الاعتداد بالدليل المتحصل عليه وإنَّما جرم ذلك الفعل وأتبعه بعقوبات جزائية، حيث نصت المادة 303 مكرر من قانون العقوبات الجزائري أنَّه: «يُعاقب بالحبس من ستة (6) أشهر إلى ثلاث (3) سنوات وبغرامة من 000 50 دج إلى 000 300 دج كل من تعمد المساس بحرمة الحياة الخاصة للأشخاص بأية تقنية كانت وذلك:

1- بالتقاط أو تسجيل أو نقل مكالمات أو أحاديث خاصة، أو سرية، بغير إذن صاحبها أو رضاه.

2- بالتقاط أو تسجيل أو نقل صورة لشخص في مكان خاص بغير إذن صاحبها أو رضاه»

ونظرا للتطور الذي عرفه العالم مؤخرا تزايد نطاق المخاطر التي تتعرض لها حرمة الإنسان، فيتم نشر أمور شخصية دون الحصول على الموافقة من المعني خاصة مع ظهور شبكة الإنترنيت التي تسمح أكثر من أية وسيلة أخرى بنشر المعلومات المتعلقة بالحقوق الشخصية، وبالأخص الحق في الاسم وعرفت المادة 2/أ من التوجيه الأوربي البيانات الشخصية أنَّها كل المعلومات التي تُتيح التعرف على الشخص الطبيعي وتتمثل في الاسم، عنوان البريد الإلكتروني، الدين، الأخلاق، وغيرها من الأمور[82]،وفي هذا المقام أضاف المشرع الجزائري القسم السابع مكرر إلى قانون العقوبات تحت عنوان "المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات"[83] حماية الأطراف المتعاملة بالوسائل الإلكترونية من الاعتداء على حقوقهم وبالأخص المستهلك الإلكتروني الذي يتحتم عليه الكشف عن بياناته الشخصية للتاجر بهدف تأكيد عملية البيع.

الفرع الثاني: السلطة التقديرية للقاضي

إذا كان اتفاق الأطراف في تحديد حجية الدليل وتسوية المنازعات التي قد تعرض أمام القاضي من شأنه تقليص السلطة التقديرية للقاضي، فهذا لا يعني أنَّ القاضي دوره سلبي اتجاه اتفاق الأطراف، بل تكون له سلطة تقديرية واسعة في تحديد مدى صحة هذه الاتفاقات من عدمها[84]، فمثلا لا يجوز للأطراف الاتفاق على إنكار ما ورد بالمحرر الرسمي بطريق غير طريق التزوير، أو يعطي المحرر الإلكتروني البسيط حجية تفوق حجية المحرر الرسمي الورقي أو المحرر الإلكتروني المؤمن، بالتالي اتفاق الأطراف لا يُمكن أن يسلب دور القاضي في التحقق من توافر الشروط المطلوبة في الدليل فله الأخذ بما يراه يتفق مع القانون واستبعاد ما يراه مخالفا للقانون، كما أنَّه يتمحص الدليل الذي ترجحه الأطراف من حيث توافره على الشروط المتطلبة قانونا لاعتباره دليلا كتابيا كاملا[85]، فإذا كان المحرران متساويين من حيث القوة الثبوتية واستوفى كل منهما شروط اعتباره دليلا كتابيا كاملا، وكان مضمون أحدهما متعارضا مع الآخر، ولم يوجد نص قانوني أو اتفاق يرجح بينهما يتعين على القاضي أن يرجح أحد المحررين على الآخر اعتمادا على معيار المصداقية، إلاَّ أنَّ القاضي لا يقدر إلاَّ الدليل المقبول قانونا، ولا يكون مقبولا إلاَّ إذا راعى مبدأ المشروعية، ومن دونه لا يرتب الدليل سواء كان تقليديا أو إلكترونيا أيُّ أثار قانونية[86] وهو ما سبق ذكره آنفا.

لكن الإشكال المثار في هذا المقام يتمثل في الوسائل التي يستخدمها القاضي الجزائري لحسم النزاع بين دليلين متساويين من حيث القيمة القانونية في الإثبات، ومتعارضين في مضمونهما مع العلم أنَّ القانون الجزائري لم يعالج هذه المسألة.

إنَّ الوسائل التي يتمكن من خلالها القاضي الجزائري من حسم نـزاع بين الدليل التقليـدي والدليل الإلكتروني لا تخرج عن الوسائل المذكورة في التشريع الفرنسي وهي الأخذ بإرادة الطرفين[87] وفي حالة انعدام ذلك يعتمد على مبدأ الدليل الأقرب إلى الحقيقة، ويلاحظ أنَّ المشرع الفرنسي قد سهل على القاضي حل النزاعات المحتملة بين الدليل الورقي والإلكتروني من خلال منحه مسبقا سلطة الأخذ بالوثيقة الأكثر مصداقية من حيث صحتها واكتمال عناصرها بغض النظر عن الدعامة المعتمدة[88] مستعينا في ذلك بكافة الوسائل القانونية المتاحة لتقييم المحرر الأقرب إلى الحقيقة كأن يستعين بمن لهم خبرة تقنية كجهة المصادقة الإلكترونية المعتمدة في ذلك لتحديد صحة المحرر الإلكتروني من حيث دقة البيانات الواردة فيه[89] خاصة إذا كان الدليل إلكترونيا فله التأكد من جدارة الجهاز المستخدم لحفظ المحرر الإلكتروني ومدى كفاءة وأمان التقنية المعتمدة لحفظه ومنع التلاعب فيه سواء فيما يخص عملية التخزين أو الإرسال أو الاسترجاع عند الحاجة[90].

الخاتمة:

لقد عرف المشرع الجزائري قفزة نوعية في مجال المعاملات الإلكترونية من خلال تعديله لبعض النصوص القانونية سواء في القانون التجاري أو أحكام الإثبات في القانون المدني وغيرها، وخاصة أنَّه بادر إلى إصدار قانون التوقيع والتصديق الإلكترونيين وأكد من خلاله على حجية الكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني كالكتابة التقليدية والتوقيع التقليدي، ممَّا يعني المساواة بين الدليل الكتابي والدليل الإلكتروني في الإثبات إذا توافرت فيه الشروط المتطلبة قانونا، وهو ما يعرف "بمبدأ التكافؤ الوظيفي" الذي يسمح فعلا بازدهار التجارة الإلكترونية، لأنَّه لو يفتح المجال دائما للسلطة التقديرية للقاضي في تحديد القيمة القانونية للدليل الإلكتروني يؤدي ذلك حتما إلى التقليل من شأنه، وبالتالي إضعاف المعاملات الإلكترونية.

كما أنَّ مبدأ التكافؤ الوظيفي يثير إشكالا يتمحور أساسا في تعارض مضمون الدليل الكتابي والدليل الإلكتروني وكيفية الترجيح بينهما، وهو ما لم يعالجه المشرع الجزائري بخلاف التشريع الفرنسي الذي منح في ذلك سلطة واسعة للقاضي لتحديد الدليل الأكثر مصداقية بين المحررات المقدمة أيا كانت دعامته، وذلك في حالة انعدام نص قانوني ينظم ذلك أو اتفاق الأطراف.

بعد أن تم الإلمام بمختلف جوانب الموضوع، نطرح ما توصلنا إليه من نتائج:

1- أنَّ الدليل الإلكتروني ينشأ في بيئة افتراضية غير ملموسة ممَّا يجعله يتسم بسمات خاصة تميزه عن الدليل الورقي، وتختلف الأدلة الالكترونية عن بعضها البعض في القوة الثبوتية حسب درجة أمان النظام التقني المعتمد لإعطاء مصداقية للسندات الإلكترونية، وهو ما راعاه المشرع الجزائري في نصوص قانون التصديق والتوقيع الإلكترونيين لتحديد قيمتها القانونية في الإثبات.

2- لا يمكن الاعتماد على الإجراءات التقليدية كالمعاينة والشهادة لجمع الأدلة الإلكترونية باعتبارها تجري في عالم افتراضي يعتمد على أدلة غير مرئية.

3- أنَّ الدولة الجزائرية من بين الدول التي سعت للتصدي للجريمة الإلكترونية، وذلك بإصدارها مجموعة من القوانين تسعى إلى التخفيف من نطاق هذه الجريمة، أهمها قانون 15/04 المتضمن تعديل قانون العقوبات الذي سعى من خلاله إلى حماية الأطراف المتعامل بالوسائل الإلكترونية من الاعتداء على حقوقهم وكذا القانون 04/09 المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها الذي نص على إيجاد هيئة وطنية خصيصا للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها، وقد راعى في مجمل هذه القوانين الطبيعة الخاصة للجريمة الإلكترونية فاعتمد على إجراءات خاصة لجمع الأدلة الالكترونية منها إجراء حفظ البيانات المخزنة الذي استحدثه المشرع بموجب القانون 04/09.

4- أدى ذيوع المعاملات الإلكترونية إلى تكريس التشريعات مبدأ التعادل الوظيفي بين الدليل الورقي والدليل الإلكتروني، وهو ما حتم على القاضي الاعتماد على الدليل الإلكتروني في الإثبات، فتولد عنه عدة إشكالات قانونية وعملية تتجلى في تحديد الدليل الأفضل في حالة التعارض بينهما، ومحل السلطة التقديرية للقاضي في ذلك.

وانطلاقا من كل ما سبق نوصي بـ:

1- أن يدرج نص ضمن نصوص الإثبات في القانون المدني يبين فيه حدود المساواة التي أقرها التشريع الجزائري بين المحرر الإلكتروني والمحرر الورقي إن كانت تشمل المحررات الرسمية، وهو ما يسمح باستخدام المحررات الإلكترونية في التصرفات القانونية التي تُعد فيها الرسمية ركنا للانعقاد، خاصة وأنَّ المشرع الجزائري أوجد بموجب القانون 04/15 جهة التصديق الإلكتروني التي تتولى تأمين المستندات الإلكترونية.

2- نهيب بالمشرع الجزائري أن يدرج نصا ضمن نصوص الإثبات في القانون المدني يعالج فيه مسألة تنازع الدليل الكتابي والدليل الورقي-خاصة أنَّه أقرَّ مبدأ المساواة في الإثبات بين الدليلين- للوقوف أمام الصعوبات التي قد تطرحها هذه المسألة من الناحية العملية.

الهوامش:

(1) نشأت المنظمة الدولية لأدلة الحاسوب سعيا إلى توحيد الجهود الدولية لتخفيف في الجرائم الإلكترونية وتبادل المعلومات، وهذا راجع إلى خصوصية هذه الجريمة الحديثة فهي واسعة النطاق، فعادة ما يرتكب فعل هذه الجريمة في دولة ما وتترتب أثارها في دولة أخرى.

(2) عائشة بن قارة مصطفى، حجية الدليل الإلكتروني في مجال الإثبات الجنائي، دار الجامعة الجديدة، دون طبعة، الإسكندرية 2010 ص 55.

(3) المرجع نفسه، ص 54.

(4) عائشة بن قارة مصطفى، المرجع السابق، ص 54.

(5) عائشة بن قارة مصطفى، المرجع السابق ، ص 57-58.

(6) المرجع نفسه، ص 62.

[7] إلهام بن خليفة، الحماية الجنائية للمحررات الإلكترونية من التزوير، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه وعلوم في العلوم القانونية والإدارية، جامعة الحاج لخضر باتنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2015-2016، ص 255-256

[8] عائشة بن قارة مصطفى، المرجع السابق، ص 63.

[9] إلهام بن خليفة، المرجع السابق، ص 256.

[10] المرجع نفسه، ص 257-258.

[11] راجع في ذلك القانون 04/15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، المؤرخ في 01 فبراير 2015، ج. ر. ج. ج عدد 06 الصادرة في 10 فبراير 2015.

[12] إلهام بن خليفة، المرجع السابق، ص 259.

[13] عائشة بن قارة مصطفى، المرجع السابق، ص 73.

[14] إلهام بن خليفة، المرجع السابق، ص 253.

[15] قانون 15/04 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004، المتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم للأمر 156/66 المؤرخ في 8 يونيو 1966 ج .ر. ج. ج عدد 71 الصادرة في 2004/11/10.

[16] قانون رقم 04/09 المؤرخ في 05 أوت 2009 المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها، ج. ر .ج. ج عدد 47 الصادرة في 16 أوت 2009.

[17] نشير أنَّ المشرع الجزائري أحسن ما فعله هو عدم تعرضه في رزنامة القوانين التي أصدرها في ميدان المعاملات الإلكترونية إلى أنواع الأدلة الإلكترونية نظرا يتطور المستمر الذي يطرأ على البيئة الرقمية التي يعيش فيها الدليل الرقمي، وبالتالي يكون من غير السهل احتواء هذه الأدلة وحصرها.

[18] عائشة بن قارة مصطفى، المرجع السابق، ص 74-75.

[19] راجع في ذلك المادة 08 -09 من قانون 04/15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

[20] عبدالله أوهايبية، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، دار هومة، الطبعة الخامسة، الجزائر، 2013-2014، ص 357.

[21] راجع المادة 79 من قانون رقم 155/66 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن الإجراءات الجزائية المتمم بالأمر 02/11 المؤرخ في 23 فبراير 2011، ج .ر .ج. ج عدد 12، الصادرة في 23 فبراير 2011.

[22] عائشة بن قارة مصطفى، المرجع السابق، ص80.

[23] المرجع نفسه، ص 82-83.

[24] اجع المادة 5 الفقرة الأخيرة من القانون 04/09 المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها.

[25] راجع المادة 02/14 من قانون 04/09 السالف الذكر.

[26] عبد الله أوهايبية، المرجع السابق، ص 266-267.

[27] إلهام بن خليفة، المرجع السابق، ص 279.

[28] راجع المادة 01 من قانون 04/09 السالف الذكر.

[29] راجع المادة 4/5 من قانون 04/09 السالف الذكر.

[30] راجع المادة 06 من قانون 04/09 السالف الذكر.

[31] إلهام بن خليفة، المرجع السابق، ص 281-282.

[32] راجع في ذلك المواد: 44-45-47-64 من القانون رقم 22/06 المعدل والمتمم للأمر رقم 155/66 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية.

[33] عائشة بن قارة مصطفى، المرجع السابق، ص 90.

[34] المرجع نفسه ، ص 91.

[35] بمفهوم المخالفة لنص المادة 3/5 من قانون الوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها، يستخلص أنَّ المشرع الجزائري منع الدخول إلى نظام معلوماتي آخر غير النظام المعلوماتي المثبت في الأماكن التي يتم فيها التفتيش إذا لم يكن هناك مجالا للدخول إليها عن طريق النظام المعلوماتي الآخر.

[36] راجع المادة 14/ج من قانون 04/09 السالف الذكر.

[37] راجع المادتين (65 مكرر 11-65 مرر 5) من القانون رقم 22/06 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية.

(38) إلهام بن خليفة، المرجع السابق، ص 306.

(39) قانون رقم 15/04 المتضمن تعديل قانون العقوبات .

(40) عرفت المادة 2/ب المنظومة المعلوماتية أنَّها: «نظام منفصل أو مجموعة من الأنظمة المتصلة ببعضها البعض أو المرتبطة، يقوم واحد منها أو أكثر بمعالجة آلية للمعطيات، بتنفيذ البرنامج المعين»

(41) عرفت المادة 2/والاتصالات الإلكترونية: «أي تراسل أو إرسال أو استقبال أو علامات أو إشارات أو كتابات أو صور أو أصوات أو معلومات مختلفة بواسطة أي وسيلة إلكترونية».

(42) وهو نفس التعريف الذي أخذ به المشرع الجزائري بموجب القانون رقم 04/09 من خلال المادة 2/هـ .

(43) عائشة بن قارة، المرجع السابق، ص 166-167.

(44) ومن هذه الدول الجزائر التي سمحت بموجب القانون 02/06 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية اعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والصور بشكل عام دون التمييز في اجراء اعتراض المراسلات بين بيانات المرور والبيانات الخاصة بمحتوى الاتصال.

(45) راجع المادة 46 من الدستور الجزائري.

(46) J.M.Mosseron, les premieres Journeés Internationales du droit du commerce électronique, Litec édition, p114.

(47) راجع المادتين (3-4) من القانون رقم 04/09 المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها.

(48) عائشة بن قارة، المرجع السابق، ص 154.

(49) إلهام بن خليفة، المرجع السابق، ص 323.

(50) إلهام بن خليفة، المرجع السابق، ص 324.

(51) يلاحظ أنَّ المشرع الجزائري راعى من خلال المادة 11 من قانون الوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الاعلام والاتصال ومكافحتها خصوصية المعلومات، فجعل من إجراء الحفظ إجراء خاص ولم يعمم على جميع المعلومات المتواجدة في الأنظمة المعلوماتية أو أي أجهزة للمعالجة الآلية، لكن كان الأجدر على المشرع أن يحدد نوع هذه المعلومات التي لا يمكن أن يحتويها إجراء الحفظ أو على الأقل يضع معايير معينة يعتمد عليها لتحديد المعلومات التي لا يمكن أن تكون محل للحفظ من قبل مقدمي الخدمات.

(52) Jean Marc Mousseron, Les deuxièmes journées internationales du droit du commerce électronique, litec, 2000, p 188.

(53) قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية الصادر بموجب القرار رقم 162/51 في 11 ديسمبر 1996.

(54) عرفت المادة 2/أ من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية رسالة بيانات أنَّها: «المعلومات التي يتم إنشاؤها أو ارسالها أو استلامها تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية، أو البريد، أو البرق، أو التلكس، أو النسخ البرقي.»

(55) أبو الخير عبد الونيس الخويلدي، حق المشتري في فسخ العقد المبرم بوسائل الاتصال الحديثة، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص 397.

(56) راجع المادة 8 من القانون 04/15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

(57) Art. 1316-3 de la LOI no 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique :«L'écrit sur support électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier. »

(58) Chiheb Ghazouani, Le Contrat de Commerce électronique International, Latrach éditions, 2011, p 68.

(59) Art 1326 nouveau de code civil : «l'acte juridique par le quel une seul partie s'engage envers une autre à lui payer une somme d'argent ou à lui livrer une bien fongible doit être constaté dans un titre qui comporte de celui qui sous crit cet engagement ainsi que la mention écrite par lui –même, de la somme ou de la quantité en toutes lettres et en chiffres ».

(60) لقد اعترف المشرع الجزائري لأول مرة بحجية الكتابة والتوقيع الإلكترونيين من خلال تطويع نصوص القانون المدني، الذي أضفى فيه على المحررات الإلكترونية ذات القوة الثبوتية التي تتمتع بها المحررات التقليدية متى توافرت الشروط والضوابط المنصوص عليها في المواد 323 مكرر 1، من حيث القدرة على تحديد هوية الموقع الذي أصدره وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها بهدف ضمان نسبة وصحة المحرر الالكتروني من أي تعديل أو تحريف وبث الثقة في المعاملات الإلكترونية وحماية المتعاملين الإلكترونيين.

(61) عبد العزيز المرسى حمود، مدى حجية المحرر الإلكتروني، دون طبعة، دون دار النشر، دون بلد النشر، 2005، ص 96.

(62) Chiheb Ghazouani, Op. Cit.,p 39.

(63) أحمد عزمي الحروب، السندات الرسمية الإلكترونية، دار الثقافة، الطبعة الأولى، عمان، 2010، ص 79.

(64) هدار عبدالكريم، مبدأ الثبوت بالكتابة في ظل ظهور المحررات الإلكترونية، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الجزائر 1، بن عكنون، 2013-2014، ص 84.

(65) يستلزم المشرع الجزائري بموجب المادة 07 من قانون التوقيع والتصديق الإلكترونيين لكي يكون التوقيع الإلكتروني موصوفا، أن يكشف عن هوية الشخص الموقع وأن يميز الشخص موقع المحرر الإلكتروني عن غيره من خلال ارتباطه بالشخص صاحب العلاقة وأن يتم إنشاؤه بواسطة وسائل تكون تحت التحكم الحصري للموقع كمفتاح التشفير الخاص، ولم يكتف المشرع بهذه الشروط للقول أنَّ التوقيع الإلكتروني موصوفا، وإنَّما أوجب أن يكون معززا بشهادة تصديق إلكتروني موصوفة، وأن تكون آلية إنشائه مؤمنة (المادة 10 من القانون المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، وحددت المادة 11 من ذات القانون المتطلبات الواجب توافرها في آلية إنشاء التوقيع الإلكتروني حتى تكون مؤمنة، والتي تهدف في مجملها إلى تحقيق الضمان والسلامة والحفظ من أي تغيير.

(66) ماجد محمد سليمان أبا الخيل، العقد الإلكتروني، الطبعة الأولى، مكتبة الرشد، الرياض، 2009، ص 112-113.

(67) راجع المادة 09 من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لعام 1996.

(68) LOI no 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique (1), JORF n°62 du 14 mars 2000 page3968, texte n° 1 disponible sur(https://www.legifrance.gouv.fr).

(69) ثروت عبد الحميد، التوقيع الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، دون طبعة، الإسكندرية، 2007، ص 99.

(70) راجع المادتين (5-9) من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لعام 1996.

(71) تبنى المشرع الجزائري مبدأ التكافؤ الوظيفي بين المحررات التقليدية والمحررات الإلكترونية من خلال تطويع نصوص القانون المدني بموجب الأمر 10/05 لاستيعاب الشكل الجديد من الكتابة والتوقيع بموجب المواد (323 مكرر-323 مكرر 1-2/327).

(72) Art. 1316-2du loi n° 2000-230 :«Lorsque la loi n'a pas fixé d'autres principes, et à défaut de convention valable entre les parties, le juge règle les conflits de preuve littérale en déterminant par tous moyens le titre le plus vraisemblable, quel qu'en soit le support. »

(73) Art. 1316-3du loi n° 2000-230 :«L'écrit sur support électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier. »

(74) عبد العزيز المرسى حمود، المرجع السابق، ص 97.

(75) وهو ما أكده المشرع الفرنسي من عبارة "Lorsque la loi n'a pas fisce d'autres principes" الواردة في المادة 2/1316 من القانون المدني.

(76) بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه في العلوم القانونية، جامعة الحاج لخضر باتنة كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2015-2024، ص 205.

(77) عيسى غسان ربضي، القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني، الطبعة الثانية، دار الثقافة، 2012، ص 209.

(78) يمينة حوحو، عقد البيع الإلكتروني في القانون الجزائري، دار بلقيس، الطبعة الأولى، 2016، ص 223.

(79) رامي وشاح، الصعوبات التي تتعرض الإثبات عبر الوسائل التكنولوجية الحديثة، مجلة جامعة الأزهر، المجلد 11، العدد 1، 2009، ص 251.

(80) خالد حسن أحمد، الحجية القانونية للمستندات الإلكترونية بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مراكز الدراسات العربية، الطبعة الأولى، مصر، 2015، ص 334-335.

(81) راجع المادة 124 من القانون 10/05 المتضمن القانون المدني المؤرخ في 2005/06/20، ج.ر.ج.ج عدد 11 الصادرة في 09 فيبراير 2005.

(82) Jean Marc Mousseron, Les premières journées internationales du droit du commerce électronique, Op.cit.,p114.

(83) قانون 15/04 المؤرخ في 2004/11/10 المتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم للأمر 156/66، السالف الذكر.

(84) يوسف أحمد النوافلة، الإثبات الإلكتروني في المواد المدنية والمصرفية، دار الثقافة، الطبعة الأولى، ص 223.

(85) عبد العزيز المرسى حمود، المرجع السابق، ص 97.

(86) عائشة بن قارة مصطفى، المرجع السابق، ص 179.

(87) لمّا كان الأصل في القانون الجزائري وفق القواعد العامة أنَّ العقد شريعة المتعاقدين، فجاء في المادة 106 من القانون المدني: «العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلاَّ بإتفاق الطرفين، وللأسباب التي يقررها القانون»، فإنَّه يمكن الاعتماد على ذات القاعدة في السندات الإلكترونية، استنادا إلى المساواة القائمة بينهما في الإثبات، التي أقرها المشرع من خلال تحويره لنصوص القانون المدني (323 مكرر1-327).

(88) يمينة حوحو، المرجع السابق، ص 223.

(89) عيسى غصان ربضي، المرجع السابق، ص 179.

(90) ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص 115.