التنازع بين الأدلة الكتابية أمام القضاء بين الشكل الإلكتروني والورقي دراسة مقارنة

د. حبارة فواتحية

كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي – أم البواقي، sedratihebara@hotmail.com

تاريخ الإيداع: 2017/02/21 **تاريخ المراجعة:** 2017/06/21 **تاريخ القبول:** 2018/12/13

ملخص

شكل جديد من أشكال التنازع بين الأدلة الكتابية لم يكن موجودا من قبل أو موضوعا لأي نص قانوني، وذلك لعدم وجود غير تلك المحررات التقليدية المرتكزة على دعامات ورقية. إلا أنه في ظل ظهور الوسائط والدعائم الإلكترونية والتي يمكن من خلالها إبرام التصرفات القانونية بالإضافة إلى تدخل المشرع المعاصر تبعا لذلك بمنح وسائل الإثبات الإلكتروني ذات الثقة والحجية الخاصة بالأساليب التقليدية مع اشتراط عدة ضوابط لضمان سلامتها، أصبح من الممكن حدوث تعارض بين المحررات التقليدية ونظيرتها الإلكترونية، وهذا ما من شأنه إحداث صعوبات أمام القضاء بحثا عن الترجيح والضوابط لذلك.

الكلمات المفاتيح: دليل كتابي، محرر إلكتروني، توقيع إلكتروني، إثبات.

Conflict between Written Proof before the Court : A Comparative Study of Electronic and Paper Document

Abstract

If previously there were only writings on paper, now it is possible that these writings take an electronic form which has been accepted by the legislator as a means of proof in the same way as writing on paper. However, this could only be possible if certain conditions, linked mainly to the authenticity of the writing, its reliability, and its integrity, are met. Thus, it is now conceivable that a conflict will arise between the written evidence: evidence written on paper and written in electronic form.A conflict that could create difficulties to the judge in his work of comparison between these two means to prevail over one another.

Key words: Written evidence, electronic document, electronic signature, evidence.

Le conflit entre les moyens de preuves écrites devant la justice «entre le support électronique et papier» Etude comparative

Résumé

Si auparavant il n'existait que des écrits sur support papier, désormais il est possible que ces écrits prennent une forme électronique qui a été admise par le législateur comme moyen de preuve au même titre que l'écrit sur support papier. Mais, elle ne pourrait l'être que si certaines conditions, liées principalement à l'authenticité de l'écrit, sa fiabilité, et son intégrité, sont réunies. Ainsi, il est désormais envisageable qu'un conflit apparaisse entre les preuves écrites: écrits sur le support papier et écrits sous forme électronique. Un conflit qui pourrait poser des difficultés au juge dans son travail de comparaison entre ces deux moyens afin de prévaloir l'un sur l'autre.

Mots-clés: Preuve écrite, document électronique, signature électronique; preuve.

المرسل المؤلف: حبارة فواتحية، sedratihebara@hotmail.com

مقدّمة:

يعتبر الدليل الكتابي من أهم الأدلة القانونية في الإثبات يقوم على ثلاثة أفكار رئيسية وهي: المحرر، والكتابة والتوقيع. فعندما يتداول الحديث عن المحررات، يأتي إلى الذهن لأول مرة الورق. هذا الأخير الذي لا يزال يأخذ المقام الأول في معاملاتنا اليومية المتكررة، رغم ما سرى عليه العالم نحو تقنية الرقميات نتيجة التطور التقني لوسائل الاتصال الحديثة وتقنيات المعلومات، والتي تأتي في مقدمتها شبكة الإنترنت.

فآثار الإنترنت لم تقتصر على المجالات الثقافية، والاجتماعية والاقتصادية فحسب، بل شملت كذلك العلاقات القانونية، من خلال إجراء العقود عن بعد بواسطة الشبكة العالمية وهذا ما يطلق عليه: التعاقد الإلكتروني (التعاقد عبر الإنترنت)، والذي يعد أهم وسيلة من وسائل التجارة الإلكترونية المتصاعد الحديث عنها يوما بعد يوم. والتي لا تختلف عن التجارة التقليدية من حيث مضمونها أو محترفيها وإنما في وسائل مباشرتها، خصوصا الطريقة التي تنعقد بها العقود ووسائل تنفيذها.

كمالا يخفى علينا ما حظيت به التجارة الإلكترونية من ازدهار وتطور في هذه الآونة الأخيرة، إذ على الدولة الراغبة في تشجيع تجار الدول المتقدمة على التعامل الاقتصادي والتجاري معها، تأسيس تشريعات تضاهي الموجودة لديها وتحمي عقودها وما يتبع ذلك من وسائل إثبات وغيرها.

فإذا ما جئنا إلى المسائل المدنية والتجارية، نجد أن المعاملات الإلكترونية شكلت انقلابا على القواعد التقليدية خصوصا ما تعلق بالإثبات منها، إذ إن هذه الأخيرة تعتبر من أهم النظريات القانونية وأكثرها تطبيقا من الناحية العملية، فالحق يتجرد من كل قيمة إذا لم يقم الدليل على الحادث الذي يستند إليه: "فما لا دليل عليه هو والعدم سواء".

فالقاضي المطروح أمامه نزاع بشأن إثبات عقد إلكتروني، عليه مراعاة التطبيق الصحيح للمواد، حتى يحفظ حقوق الخصوم في ذلك، وهو في ذلك إما أن يلجأ إلى القواعد العامة الكلاسيكية وما ينجم عن ذلك من سلبيات، أو يذهب إلى النصوص الخاصة شبه الجامدة في ظل غياب مراسيم وأوامر تبين كيفية تطبيقها. ذلك أن تبادل رسائل البيانات، وإبرام العقود عبر شبكات الاتصال، وتحميلها على دعامات غير ورقية داخل أجهزة الكمبيوتر وخارجها، مصحوبة بتوقيع إلكتروني لصاحب الرسالة عن طريق التشفير: كلها مستجدات جعلت من الكتابة الخطية بصورتها التقليدية، ليست هي الوسيلة الوحيدة في الإثبات، بل أصبح أيضا يعتد بالكتابات التي تكون على دعامات غير ورقية، وهو ما يعرف بالمحررات الإلكترونية، مما نتج عنها مشاكل قانونية أهمها تنازع الأدلة الكتابية أو تعارضها.

فتعارض البينتين يعني اختلافهما بحيث تثبت كل منهما ما نفته الأخرى، بشكل لا يمكن من خلاله الجمع بينهما، كأن يقدم كل طرف في الخصومة دليلا يؤيد دعواه وينفي دعوى الآخر بحيث لو انفرد دليل أحدهم لحكم له به[1].

وهذا ما يمكن تصوره في مثل هذه الوضعية، حيث نكون أمام تعاقد عبر وسيلة إلكترونية، المهم أن يكون ناتج التعاقد محررا إلكترونيا يتمتع بحجية كاملة في الإثبات لاستيفائه جميع الشروط المنصوص عليها قانونا. لكن أحد أطراف التعاقد أو كليهما لم يكتف بتبادل الإيجاب والقبول عبر وسيط رقمي، وقام بإرسال محرر ورقي يتضمن إحدى الحالتين، فنكون أمام تعاقد تم تدوينه في محرر إلكتروني ومحرر ورقي.

فإذا حدث نزاع بين الأطراف وتم تقديم المحرر الإلكتروني من أحدهم والمحرر الورقي من الطرف الآخر، ثم تبين حدوث اختلاف بينهما. فعلى القاضي إحداث الترجيح بين الأدلة الكتابية المعروضة أمامه في شكليها الورقي والإلكتروني أمام النص التشريعي الذي يقضي بالمساواة بين الدليلين. مما يستلزم وضع ضوابط وشروط لإمكانية إحداث التدرج بين الشكلين.

فكيف عالج المشرع الجزائري إشكالية التنازع بين الأدلة الكتابية الورقية والإلكترونية في ظل اعترافه بالمساواة بين الشكلين في الحجية؟ وعلى أي أساسيرجح القاضي أحد الدليلين على الآخر؟

ولا يخفى على أحد ما لموضوع التعارض والترجيح في وسائل الإثبات من أهمية على مستوى القضاء، ولهذا وضعت القواعد والأسس عند تعارض البينات وترجيحها.

إلا أنه وقبل التعرض لسلطة القاضي في الترجيح، يلزمنا توضيح ما للمحررات الإلكترونية من قوة ثبوتية وإمكانية إحداث التدرج فيها، حتى يمكن فيما بعد سهولة معرفة وتقييم أسس ترجيح القاضي للدليل المقبول في الإثبات.

وهذا ما سيتم تناوله في مطلبين:**الأول** بعنوان **القوة الثبوتية للدليل الكتابي في الشكل الإلكتروني، والثاني** بعنوان **سلطة القاضي التقديرية في الترجيح بين الدليل الإلكتروني والورقي.** مستعملين في ذلك المنهج التحليلي كأساس لبحث موقف المشرع الجزائري إلى جانب المنهج الوصفي والمقارن في بعض الآراء الفقهية النظرية والاستعانة بموقف المشرع الفرنسي عند الحاجة.

المطلب الأول: القوة الثبوتية للدليل الكتابي في الشكل الإلكتروني

صار قبول المحرر الإلكتروني كدليل كامل في الإثبات من الأمور المؤكدة بمقتضى النص التشريعي، نتيجة تبني المشرع الجزائري لمبدأ التعادل الوظيفي[2]من خلال المواد 323، و323 مكرر1، و327 من القانون المدني. حيث عادل بين المحرر الإلكتروني والورقي في الحجية.

لكن نظرا لاختلاف طبيعة المحررات الإلكترونية عن المحررات التقليدية فإن ثمة شروطا يجب على المحررات الإلكترونية استيفاؤُها لإضفاء الحجية عليها.مما ينجر عنها تباين وتدرج في القوة الثبوتية بين كلٍّ من المحرر الإلكتروني وأنواع المحررات الورقية الرسمية والعرفية.

وهذا ما سيتم تناوله في:الفرع الأول: التمييز بين الدليل الكتابي الإلكتروني والورقي، والفرع الثاني:شروط المساواة بين الدليل الكتابي الإلكتروني والورقي، أما الفرع الثالث فيتناول: علاقة الدليل الإلكتروني بالعالم الورقي.

الفرع الأول: التمييز بين الدليل الكتابي الإلكتروني والورقي

أصبح للكتابة في الشكل الإلكتروني مكانٌ ضمن قواعد الإثبات في القانون المدني الجزائري من خلال نص المادة 323 مكرر، إذ يعد أول نص عرف من خلاله المشرع الكتابة المستعملة كوسيلة إثبات للتصرفات القانونية بصفة عامة والإلكترونية بصفة خاصة، كالمعلومات والبيانات التي تحتويها الأقراص الصلبة أو المرنة أو تلك التي يتم كتابتها بواسطة الكمبيوتر وإرسالها أو نشرها على شبكة الإنترنت. لكن الملاحظ عدم وجود أدنى اهتمام من الفقهاء إزاء مصطلحي المحرر الإلكتروني والكتابة الإلكترونية، والتبادل بينهما بكل سلاسة دون الانتباه لتبيان الفاصل بينهما باعتبار الكتابة الإلكترونية عنصرا من عناصر دليل الإثبات الإلكتروني (المحرر الإلكتروني). فالمشرع الجزائري لم يفصل بين الكتابة الإلكترونية والمحرر الإلكتروني.

أما إذا ما أتينا إلى التمييز بين المحرر الإلكتروني ونظيره التقليدي نجدهما يتماثلان في عدة أمور، ويختلفان في أمور أخرى حيث أن كلا منهما يحمل ملامح وخصائص يتميز بها.

فكلا المحررين الإلكتروني والورقي يحتوي على مجموعة من الرموز، هذه الأخيرة التي تعبر عن مجموعة مترابطة من الأفكار والمعاني الإنسانية، يسعى المشرع لحمايتها من خلال الأحكام التشريعية المنظمة وما تتضمنه من شروط وضوابط.

أما أوجه الاختلاف بين الشكلين فهي كثيرة حسب رأينا ولا يمكن حصرها وذلك لتعدد زوايا إحداث الفروقات. فقد يكون التمييز بين المحررين من باب الدعامة، والشروط وعناصر الدليل الكتابي من كتابة، وتوقيع وما يتعلق بهما من خصائص. فالمحررات الإلكترونية – مثلا– تحمل الصفة الإلكترونية، مما يعني أن العمليات التي يمر بها هذا المحرر كالكتابة، والضغط، والتخزين أو الاسترجاع أو النقل والنسخ متصلة بتقنية تكنولوجية إلكترونية، ولا يمكن استخدامه خارج هذا الوسيط الإلكتروني. أما المحرر الورقي فلا تخرج خصائصه[3]عن الشروط التي تطلبها القانون في الدليل الكتابي التقليدي وهي في مجملها ترتبط بالعامل النفسي الذي يربط الكتابة بالورق لا غير.

ولهذا سنحاول ذكر البعض من هذه الفروقات[4]وذلك على سبيل المثال لا الحصر:

- تعتمد فكرة المحرر الورقي على تسطير محتواه في صورة كتابة المعاني والأفكار على مادة ورقية، بخلاف المحرر الإلكتروني الذي يحمل على دعامات إلكترونية أو مغناطيسية.
- يعتبر المحرر الورقي من الأشياء المادية التي يمكن حسها ماديا، بينما المحرر الإلكتروني يحمل الطابع المعنوي للأشياء – مادام داخل الوسيط الإلكتروني الذي يحمله– بما يمكن افتراضها دون وجودها ماديا.
- المحرر التقليدي الورقي يمكن الاطلاع على محتواه بمجرد النظر إليه، بينما المحرر الإلكتروني يلزم وضعه في وسيط إلكتروني قابل لقراءته وفك رموز شفراته[5].
- المحرر الورقي له أصل ورقي، حتى وإن تم إرساله عبر أجهزة شبكات الحاسب الآلي مثل الفاكس والبريد الإلكتروني بعد إجراء عملية المسح الضوئي له. بينما المحرر الإلكتروني مخزن ومحفوظ إلكترونيا.
- إذا كانت فكرة تحديد شخصية محرر المحرر الورقي تعتمد على استكتاب هذا الشخص ومضاهاة خطه بالكتابة الموجودة، فإن المحرر الإلكتروني يتم كتابته عن طريق المكونات المادية لأجهزة الحاسب الآلي دون إمكانية تحديد من قام بكتابتها.

لكننا نورد تحفظا على الفرق الأخير خصوصا في ظل التطور التقني الذي نشهده، حيث أصبح من الممكن تحديد هوية الموقع أو منشئ الرسالة الإلكترونية بكل دقة وسهولة رغم ما تعترضه من صعوبات تقنية وأمنية.

فرغم هذا الاختلاف الظاهر في تحديد المصطلحين إلا أنه لا يخرج عن نطاق التباين الشكلي فقط، مع بقاء الجوهر والمسمى واحد.

الفرع الثاني: شروط المساواة بين الدليل الكتابي الالكتروني والورقي

لكي يعتد بدليل الإثبات الإلكتروني، يجب أن يتضمن كتابة إلكترونية تثبت تصرفا قانونيا معينا، وأن يكون موقعا إلكترونيا من الشخص المنسوب إليه الدليل الإلكتروني[6]. فالكتابة لا تعد دليلا كاملا في الإثبات إلا إذا كانت موقعة، إذ إن غياب التوقيع يفقد الدليل الكتابي حجيته في الإثبات.

فمساواة رسالة المعلومات الإلكترونية (المحرر الإلكتروني) بالدليل الكتابي الورقي تتوقف على أمرين وهما: مساواة الكتابة الإلكترونية للكتابة الورقية ومساواة التوقيع الإلكتروني للتوقيع اليدوي من حيث الدور والوظيفة لا الشكل. فإذا تحقق هذان الأمران أمكن اعتبار المحرر الإلكتروني دليلا كتابيا يتمتع بالقوة الثبوتية ذاتها التي يتمتع بها الدليل الكتابي الورقي وتنطبق عليه معظم أحكامه[7].

ولهذا أقر المشرع قوة ثبوتية لهذين العنصرين ومساواتهما مع عنصري دليل الإثبات الخطي في ظل توافر شروط وضوابط. ذلك أن اعتراف هذه التشريعات بمبدأ التعادل الوظيفي بين الكتابة والتوقيع الإلكترونيين وبين الكتابة والتوقيع التقليديين – سواء من حيث قبولهما كعناصر للدليل الكتابي أم من حيث قوتهما في الإثبات – يؤدي إلى تعزيز الاعتداد بحجية المحررات الإلكترونية واعتبارها أدلة كاملة في الإثبات.

وبالرغم من التباين بين التشريعات من حيث الشروط والضوابط التي تتطلبها في المستند الإلكتروني لكي يعد دليلا كاملا في الإثبات، إلا أنه يمكن القول بأنه لا يعد تباينا جذريا وجوهريا بقدر ما هو تباين في التفاصيل الجزئية.

فإذا ما أتينا إلى المشرع الجزائري نجد بأنه نص على شروط إضفاء الحجية على المحرر الإلكتروني ضمن القانون المدني (الكتابة في الشكل الإلكتروني) وقانون 04/15 الخاص بالإطار القانوني للتوقيع والتصديق الإلكترونيين (التوقيع الإلكتروني) .والتي سندرسها من خلال عنصري المحرر الإلكتروني: الكتابة في الشكل الإلكتروني(أولا) والتوقيع الإلكتروني(ثانيا).

أولا: شروط إضفاء الحجية على الكتابة في الشكل الإلكتروني: يجدر التنويه في البداية بأن المشرع الجزائري لم يفصل بين الكتابة في الشكل الإلكتروني والمحرر الإلكتروني.حيث أقر حجية للمحرر الإلكتروني ولكن هذه الحجية مستمدة من حجية الكتابة في الشكل الإلكتروني. ولهذا نجد اختلافا وتباينا حول الشروط الواجب توافرها لإضفاء الحجية على هذه الأخيرة. محاولين إجمال هذه الضوابط مع التمثيل لكل شرط.

1- حفظ المحرر الإلكتروني في ظروف تضمن سلامته: نص على هذا الشرط من خلال نص المادة 323 مكرر1:"يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على ورق شرط... وأن تكون محفوظة في ظروف تضمن سلامتها".

عبارة "حفظ المحرر" يقصد بها أن يتم الحفاظ على المحرر ووقايته من أي تدخل أو تعديل أو إتلاف فترة من الزمن، حتى يمكن بعد ذلك تقديمه للقضاء عند حدوث أي نزاع، بحيث يتم إثبات الحق المتنازع عليه[8]. وهو ما يعرف بقابلية السجل الإلكتروني للاحتفاظ بالمعلومات الواردة فيه.

2- إنشاء المحرر الإلكتروني في ظروف تضمن سلامته:

اشترط المشرع بمقتضى المادة 323 مكرر1 لاعتبار الكتابة في الشكل الإلكتروني معادلا وظيفيا للكتابة على الورق أن تكون معدة في ظروف تضمن سلامتها:" يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على ورق شرط... وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها".

فالمقصود بالحفاظ على سلامة المحرر من الناحية التقنية هو ألا يتم تعديل مضمون المحرر أو العبث به. بمعنى الحفاظ على حالة المحرر الإلكتروني بحيث لا يصيبه أي تعديل أو تغيير عن حالته الأولى التي تم إنشاؤه عليها أي بقاؤه على الصورة الأولى التي أرادها منشئه[9].

3- دلالة المعلومات الواردة في السجل الإلكتروني على من ينشئه أو يتسلمه وتحديد هويته:

إن التعاقد الإلكتروني يثير مسألة مهمة تتعلق بإمكانية تأكد المتعاقد من هوية الذي يتعاقد معه، أي توثقه من أن الشخص الذي يخاطبه هو ذلك الذي قدم له اسمه، وعنوان بريده الإلكتروني وغير ذلك من المعلومات. وقد يمتد هذا الإشكال في حالة المنازعة حول حجية هذا العقد.

فالشرط الوارد في المادة 323 مكرر1: "...إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها". هو ما يضمن للقاضي بأن الوثيقة الإلكترونية المقدمة له كدليل إثبات صادرة أو متعلقة بذلك الشخص. والذي نراه متضمنا في العنصر الثاني للمحرر وهو التوقيع. هذا الأخير الذي يعد إثبات هوية الموقع من أهم وظائفه حسب نص م 6 من القانون04/15 المذكور أعلاه:" يستعمل التوقيع الإلكتروني لتوثيق هوية الموقع...".

وهو ما نص عليها المشرع الفرنسي صراحة في المادة 1/1316 من القانون المدني[10]. فمن الممكن أن يكون المشرع الجزائري قد استهدف من النص عليه توضيح أن المحرر الإلكتروني لن يكون له حجية في الإثبات إلا إذا كان مهورا بتوقيع إلكتروني، حيث يمكن بذلك تحديد هوية مصدر هذا المحرر. أما إذا لم يكن كذلك فإنه لن يكون له الأثر القانوني المنصوص عليه وهي مساواته بالمحرر الورقي في الحجية.

ومنه إذا توافرت في الكتابة في الشكل الإلكتروني هذه الشروط يمكن أن تعد دليلا للإثبات كالكتابة المادية على المستندات الورقية.

ثانيا: شروط إضفاء الحجية على التوقيع الإلكتروني

منح المشرع الجزائري الحجية القانونية للتوقيع الإلكتروني حتى تكون له نفس القوة الثبوتية للتوقيع الكتابي، ولكنه فرض توفره على شروط تثبت مصداقيته وقبوله في الإثبات. حيث لم يكتف بالقانون المدني بمقتضى المادة 327 مكرر فقرة2 التي نصت على أنه:" يعتد بالتوقيع الإلكتروني بنفس الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر1" بل تدخل بمقتضى القانون 04/15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين مفردا له الباب الثاني تحت عنوان التوقيع الإلكتروني للتفصيل في أحكامه.

باستقرائنا للنصوص في كلا القانونين نجد بأن نص المادة 327 مكرر فقرة 2 قد أحالت شروط الاعتداد بالتوقيع الإلكتروني إلى شروط الاعتداد بالكتابة في الشكل الرقمي، دون مراعاة أي خصوصية لآلية التوقيع عن الكتابة. في حين تنظيم مسائل التوقيع الإلكتروني بمقتضى قانون خاص تحتسب خطوة حسنة للمشرع الجزائري.

ولهذا يجدر التنويه إلى منهج التحليل المعتمد من قبلنا والذي يعمل على مراعاة جملة من المبادئ للبحث عن شروط حجية التوقيع الإلكتروني بين القانونين، والتي تتصدرها قاعدة"الخاص يقيد العام" وتدرج القوة الإلزامية فيما ثار بشأنه خلاف وتعارض.

فنجد من خلال عنونة الفصل ب" مبادئ المماثلة وعدم التمييز اتجاه التوقيع الإلكتروني" إشارة واضحة لتبني المشرع الجزائري لمبدأ التعادل الوظيفي إزاء التوقيع الإلكتروني أي الاعتداد به كحجة في الإثبات مماثلا في ذلك التوقيع الخطي. مبلورا هذا الحكم من خلال نص المادة 8 من القانون نفسه: " يعتبر التوقيع الإلكتروني الموصوف وحده **مماثلا** للتوقيع المكتوب سواء كان لشخص طبيعي أو معنوي".

إلا أن الملاحظ بأن المشرع الجزائري لم يطلق الأمر بدون شرط، بل قيد مبدأ المماثلة بجعله مقتصرا على التوقيع الإلكتروني الموصوف دون غيره، والذي بين المتطلبات الضرورية له من خلال المادة 7من نفس الأمر[11].

فالتوقيع الإلكتروني الموصوف أو المعزز أو المحمي أو المتقدم عبارة عن بيان في شكل إلكتروني متصل برسالة بيانات ويحقق مزايا التوقيع العادي، إضافة إلى تحديد هوية الشخص القائم به والتزامه بمضمون السند، فهو يحقق ارتباطا بين الموقع والتوقيع بشكل يسمح بسيطرة الموقع عليه مما يصعب معه تعديلها[12] وهذه المزايا تكون نتيجة للصفات والمتطلبات التي استلزمها القانون والتي تعبر في مجملها عن جملة الشروط الموضوعية الواجب توافرها في التوقيع الإلكتروني حتى تكون له الحجية الكاملة.

فالمشرع الجزائري من خلال نص المادة 7 من نفس القانون اشترط إنشاء التوقيع الإلكتروني على أساس شهادة تصديق إلكترونية موصوفة[13] وأن يتم إنشاؤه بواسطة آلية مؤمنة بالإضافة إلى متطلبات أخرى نجدها في مجملها مطابقة لما جاء في نص المادة3 مكرر2 فقرة من المرسوم التنفيذي 162/07 وهي: "... يكون خاصا بالموقع، يتم إنشاؤه بوسائل يمكن أن يحتفظ بها الموقع تحت مراقبته الحصرية، يضمن مع الفعل المرتبط به صلة بحيث يكون كل تعديل لاحق للفعل قابلا للكشف عنه" مع اعتماد فقط تسمية التوقيع الإلكتروني المؤمن دون الموصوف.

أما التوقيع الإلكتروني العادي أو غير المؤمن فقد اعترف به المشرع الجزائري بمقتضى القانون المدني حيث نص في المادة 2/327 منه:"يعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر1أعلاه".

أما إذا ما أتينا لتعريف التوقيع الإلكتروني فنجد توافر كل من نصي المادتين 1/3 من المرسوم التنفيذي 162/07[14] والمادة 1/2 من قانون 04/15[15] عليه واللتين تعبران في مجملهما عن المعنى الواحد وهو التوقيع الإلكتروني العادي.

إلا أنه ورغم استبعاد المشرع الجزائري لهذا النوع من التوقيع الإلكتروني في المادة 8 من القانون 04/15 المذكورة أعلاه، فقد أقر حجيته من خلال المادة 9 من نفس القانون:" لا يمكن تجريد التوقيع الإلكتروني من فعاليته القانونية أو رفضه كدليل أمام القضاء بسبب: 1 - شكله، 2 – أنه يعتمد على شهادة تصديق إلكتروني موصوفة أو3 – أنه لم يتم إنشاؤه بواسطة آلية مؤمنة لإنشاء التوقيع الإلكتروني".

فالتوقيع الإلكتروني إذن معتد به في الإثبات مهما كان شكله أو أسلوبه، إلا أن مماثلته للتوقيع الخطي في القوة الثبوتية لا تكون إلا من نصيب التوقيع الإلكتروني الموصوف. وهذا ما من شأنه التأثير على سلطة القاضي في الترجيح والتدرج بين الأدلة الكتابية.

الفرع الثالث: علاقة المحرر الإلكتروني بالعالم الورقي

عرف العالم الورقي بمصطلحات ظلت لصيقة بالفكر القانوني، إلا أن ظهور التكنولوجيا الحديثة وما أفرزته من مستحدثات مرتبطة بصفة أولية بالوسائط الإلكترونية كان له بالغ التأثير على مستوى النظام القانوني التقليدي ومن ورائه المفاهيم والمصطلحات، هذه الأخيرة التي ظل الفقه يبحث في مدى إمكانية استيعابها لمفرزات الثورة الرقمية. أهمها الأصل والصورة (أولا) الرسمية والعرفية(ثانيا) ومن ثم حجية الصورة(ثالثا) وإنكار التواقيع(رابعا).

أولا: الأصل والصورة

يثير تقديم دليل في شكل إلكتروني لإثبات حق متنازع فيه أمام القضاء التنازع عما إذا كان المحرر أصلا أم صورة، خاصة وأن الإجابة عن هذا السؤال تترتب عنها الكثير من الآثار القانونية. وتزداد هذه الأهمية بسبب صعوبة التمييز بينهما. فأصل المحرر التقليدي يقصد به: "الورقة التي يوقع عليها من قبل أطراف التصرف عند

إنشائها لأول مرة في شكلها النهائي، أما النسخة (الصورة) فهي نقل لنفس بيانات الورقة الأصلية إلى ورقة أخرى سواء أنقلت بواسطة اليد أو بواسطة التصوير الضوئي"[16].

تثور قاعدة الدليل الأصل والتي تعتمد على ضرورة تقديم أصل المحرر الذي يتم التمسك به في الإثبات، حيث تعتبر مخرجات التقنيات الحديثة غالبا صورا لمستندات مسجلة على الحاسب أو الفاكس أو التلكس. وقد يتم تسجيل البيانات واستخراجها على مستندات دون أن يكون لها محرر أصلي[17]. لأنه إذا تم تعريف الأصل بوصفه واسطة يتم فيها تثبيت المعلومات للمرة الأولى، فسيكون من المستحيل الحديث عن رسائل بيانات " أصلية " لأن الطرف الذي ترسل إليه رسالة البيانات يتلقى دائما نسخة عنها، بالإضافة إلى أن كثيرا من المنازعات في مجال الممارسة يرتبط بمسألة الطبيعة الأصلية للوثائق[18].

وأمام هذا العائق انتهجت لجنة الأونسيترال[19] مبدأ التعادل الوظيفي عند إعدادها للقانون النموذجي حول التجارة الإلكترونية وجعلت من الأصل إحدى تطبيقاته باعتباره إحدى أهم الاشتراطات الورقية التي لا تزال عثرة أمام تطور التجارة الإلكترونية. فكان أن نصت من خلال المادة "08" من القانون النموذجي حول التجارة الإلكترونية[20]أنه: "عندما يشترط القانون تقديم المعلومات أو الاحتفاظ بها في شكلها الأصلي، تستوفي رسالة البيانات هذا الشرط". والذي لا نجد له أي نص مماثل لدى المشرع الجزائري.

ثانيا: الرسمية والعرفية

اعترف المشرع الجزائري بالكتابة في الشكل الإلكتروني وعادلها من ناحية الإثبات بالكتابة في الشكل الورقي دون تبيان نوع الكتابة أو نوع المحرر رسميا كان أم عرفيا، وهذا ما فتح المجال للبحث عن مركز المحرر الإلكتروني الرسمي والعرفي في المعادلة.

فالأدلة الكتابية وحسب التقسيم الكلاسيكي لها إلى سندات رسمية، عرفية وأوراق غير موقع عليها[21]، بالإضافة لإطلاق مبدأ التسوية– التعادل الوظيفي– بين المحررات التقليدية ونظيرتها الإلكترونية، تفترض أن يتبع ذات تقسيمها بالنسبة للسندات الإلكترونية، بحيث تكون هناك سندات رسمية إلكترونية، وسندات عرفية إلكترونية ومستخرجات إلكترونية غير موقع عليها.

وبالتالي يترتب على هذا التقسيم أن يكون لكل من هذه السندات حجية معينة في الإثبات حسب الطائفة التي تنتمي إليها، وتختلف بذلك عن حجية السندات الأخرى[22]، إلى جانب الفروق الأخرى كالناحية الشكلية وناحية قوة التنفيذ [23].

فإضفاء الصفة الرسمية على المحرر الإلكتروني يتطلب توافر الشروط ذاتها الواجب توافرها في السند الرسمي الورقي، هذا الأخير الذي أجمعت مختلف التشريعات والآراء الفقهية على أنه ذلك المحرر الذي يثبت فيه موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن طبقا للأوضاع القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه[24].

فمن خلال هذا التعريف يمكننا استقراء الشروط[25] المتعلقة بهذا الصنف من السندات والتي يمكن إجمالها في:

- صدور السند من موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة.
- اختصاص الموظف العام في كتابة الورقة الرسمية(صدوره في حدود سلطة واختصاص الموظف).
- مراعاة الأوضاع القانونية التي قررها القانون.

فالمحرر الإلكتروني الرسمي هو نفسه المحرر الرسمي التقليدي ولكن في صورة كتابة إلكترونية، فهو في مجمله عبارة عن كتابة إلكترونية، ودعامة تحمل عليها هذه الكتابة الإلكترونية، وإثبات واقعة قانونية بالشروط وأن يقوم بإجراءات التحرير موظف عام مختص وفقا للإجراءات التي نص عليها القانون[26]. وهذا ما دفع للقياس على تعريف السند الرسمي الورقي، مع التأكيد على ضرورة توافر شروط هذا التعريف.

أما المحرر الإلكتروني العرفي فجميع التعريفات المتعلقة به تصب في أن المحررات العرفية هي التي تصدر من الأفراد دون تدخل موظف عام[27]. فهو ذلك السند الذي يشتمل على توقيع من صدر عنه أو على خاتمه أو بصمة أصبعه وليست له صفة السند الرسمي[28] وهو ما يوافق المادة 327 من القانون المدني. فالحقيقة أن المحرر العادي الإلكتروني لا يخرج عن هذا المفهوم، فهو إما محرر أعد مسبقا لإثبات واقعة أو تصرف قانوني، أو ضمن المحررات التي لم تعد مسبقا للإثبات مثل البرقيات ورسائل الفاكس[29]. كما أنه يخضع لجميع شروط المحررات العرفية التقليدية وكذا حجيتها[30].

فالقوة الثبوتية للمحرر الإلكتروني الرسمي إذن أكبر من القوة الثبوتية للمحرر الإلكتروني العرفي حسب ما تضمنته قوانين الإثبات الحديثة المتناولة لحجية المحررات الإلكترونية في الإثبات[31].

ثالثا: حجية الصورة:

الأصل أنه لا حجية لصور المحررات العرفية في الإثبات إلا بمقدار ما تهدي إلى الأصل، وذلك كونها لا تحمل أي توقيع ممن صدرت منه بعكس صورة المحرر الرسمي[32]والتي تتفاوت قيمتها في الإثبات. [33] فبتطبيق هذه القواعد على الصورة الإلكترونية للمحرر الإلكتروني العرفي وهي صورة لا تحمل توقيعا إلكترونيا للمدين، فإن هذه الصورة لا تتمتع بأي حجية في الإثبات.

أما بالنسبة للصورة الورقية للمحرر الإلكتروني فهي لا تتمتع بأي حجية في الإثبات وذلك لأنها لا تحمل توقيعا إلكترونيا أو خطيا. أما إذا تم نسخ المحرر الإلكتروني إلكترونيا، وتم التوقيع إلكترونيا على هذه الصورة الإلكترونية، فإن هذه الصورة تعتبر أصلا في هذه الحالة طالما تم التوقيع عليها إلكترونيا وتتمتع بنفس حجية الأصل[34].

رابعا: إنكار التواقيع:

تنص المادة 327 من القانون المدني الجزائري على أن العقد العرفي يعتبر صادرا ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة أصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه.

فإذا طبقنا هذه القواعد على المحرر الإلكتروني العرفي، فيمكن القول إن لهذا الأخير حجية مؤقتة على من وقعه إلى أن ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من توقيع إلكتروني. فإذا أنكر المدين توقيعه الإلكتروني زالت عن المحرر العرفي الإلكتروني حجيته مؤقتا، ويتعين على من يتمسك بهذا المحرر أن يثبت صدوره ممن ينسب إليه التوقيع الإلكتروني.

ومن هنا يظهر الاختلاف بين المحرر الإلكتروني العرفي والمحرر الورقي العرفي، إذ لا يمكن تصور طلب المحكمة بتحقيق الخطوط[35]بالنسبة لمحرر إلكتروني عرفي كونه غير مكتوب بخط المدين.

أما في حال إنكار المدين للتوقيع الإلكتروني الموجود على المحرر الإلكتروني فتُطرح فرضيتان نستعرضهما كما يأتي:

- **الفرض الأول:** إنكار المدين أن التوقيع الإلكتروني الموجود على هذا المحرر الإلكتروني خاص به.

في هذه الحالة سيكون الحل بأن يقع على عاتق من يتمسك بهذا المحرر الإلكتروني تقديم شهادة التصديق الإلكترونية الخاصة بالموقع والتي تصدرها جهات التصديق(التوثيق) الإلكترونية[36]. فهذه الشهادة يمكن لها إثبات أن التوقيع الإلكتروني الموجود على المحرر الإلكتروني هو خاص بالمدين.

- **الفرض الثاني:** اعتراف المدين أن هذا التوقيع الإلكتروني خاص به ولكن ينكر حصول التوقيع منه.

لإيجاد الحل في مثل هذا الفرض قام أحد الفقه[37] بتطبيقها على حالة مماثلة لها وهي حالة التوقيع بالختم دون رضاء صاحبه، حيث يعترف صاحب الختم بأن الختم الموجود على المحرر هو ختمه ولكنه ينكر أن يكون قد بصم بختمه على المحرر. ومن هنا يقع على عاتق من أنكر حصول التوقيع الإلكتروني منه إثبات كيفية وصول هذا التوقيع على هذا المحرر، وكيف تم استخدام المفتاح الخاص به من قبل شخص آخر للتوقيع إلكترونيا.

ولا نتوانى إذن للقول بأنه لا مفر من الإقرار بأن المحرر الإلكتروني على غرار نظيره الورقي، قد يتمتع أحيانا بحجية المحرر الرسمي وفي صور أخرى بحجية المحرر غير الرسمي، وذلك حسب مصدره وظروف إنشائه. ولهذا تثور لدى القاضي مشكلة الترجيح عند التعارض بينهما.

المطلب الثاني: سلطة القاضي التقديرية في الترجيح

قد تعترض القاضي بعض الصعوبات عندما يتعلق الأمر بتنازع الحجج فيما بين المحررات الإلكترونية ونظيرتها التقليدية. حيث يتم تقديم محرر ورقي ومحرر إلكتروني إلى القاضي المختص بالنظر في النزاع، وكلا المحررين متعلقان بتعاقد واحد تم عبر الإنترنت، لكن هناك اختلاف بين مضمون المحررين[38]. مما يلزم القاضي اللجوء إلى الترجيح والذي يقصد به الميل والتقوية أي تفضيل إحدى البينات على الأخرى عند التعارض بينهما[39] باعتباره أهم دور منوط به في هذه الحالة(الفرع الأول) لكن ذلك مقيد بضوابط محددة(الفرع الثاني) خصوصا عند تعدد فرضيات وحالات التعارض بين المحررات(الفرع الثالث).

الفرع الأول: دور القاضي في حالة التعارض بين الأدلة الكتابية

بداية نقول إذا كان دور القاضي في الإثبات يقتصر على تلقي الأدلة التي يتقدم بها الخصوم استنادا إلى أحد المبادئ الأساسية في الإثبات ألا وهو مبدأ حياد القاضي، أي وقوفه موقفا سلبيا من كلا الخصمين، بحيث لا يكون له أي دخل أو تأثير على هذه الأدلة، فإنه يقوم بتقديرها في حدود القانون[40]دون تبيان أسباب ترجيحه لدليل معين على دليل آخر أو تعرضه للرقابة من طرف محكمة التمييز– الأردن–[41]أو المحكمة العليا– الجزائر– ويشتد هذا الدور عند اختلاف شكلي الدليلين المقدمين أمامه بخصوص نزاع واحد أحدهما في شكل ورقي والآخر في شكل الكتروني. حيث لا نجد دوائر قضائية مختصة في المنازعات الإلكترونية وإنما القاضي في الأمور التقليدية هو المعني بالقضايا الإلكترونية.

وأمام سكوت المشرع الجزائري عن معالجة إشكالات التعارض بين الأدلة الكتابية الورقية والالكترونية رغما عن أهميتها من الناحية التطبيقية، خصوصا في ظل التواجد المتوازي لكلا المحررين جنبا إلى جنب، لا نجد مانعا من الاستهداء بمسلك المشرع الفرنسي إزاء التعارض بين شكلي المحررات والذي كان واضحا وصريحا.

نصت المادة 02/1316 من القانون المدني الفرنسي المعدلة على أنه: "إذا لم يكن هناك نص أو اتفاق بين الأطراف يحدد أسسا أخرى، فإنه على القاضي مستخدما كل الوسائل أن يفصل في النزاع القائم بين الأدلة الكتابية عن طريق ترجيح السند الأقرب إلى الاحتمال أيا كانت الدعامة المستخدمة في تدوينه"[42].

فالواضح من هذا النص أنه أعطى للقاضي سلطتين:

- سلطة البت بالنزاعات القائمة حول وسائل الإثبات وتحديد السند الأكثر مصداقية.
- سلطة تقديرية واسعة في عملية الترجيح بين الأدلة الكتابية المتعارضة، تاركا له- أي القاضي- حرية الاستعانة بكافة الوسائل الممكنة بصرف النظر عن دعامة المحرر[43].

فالقاضي الفرنسي لا يرجح بين الحجج المتنازعة اعتمادا على شكلها أو وسيلة حفظها، إذ لا فرق في هذا المجال بين المحرر الورقي والإلكتروني في ظل الاعتراف بمبدأ التعادل الوظيفي ومنع التمييز ضد السجلات الإلكترونية لورودها بوسائل إلكترونية، وإنما المعيار الوحيد في ذلك هو المصداقية[44]. هذه الأخيرة التي تجعل الحق المدعى به أقرب إلى الحقيقة بما يلزم القاضي الاستعانة به للبت في النزاع بغض النظر عن نوع الدعامة المرتكز عليها، وله في ذلك كافة الوسائل القانونية لتقييم المحرر الأقرب إلى الحقيقة كالاستعانة بأهل الخبرة التقنية لتحديد صحة المحرر الإلكتروني من حيث دقة البيانات الواردة به وعدم تحريفها[45].

فمعيار المصداقية أو الأقرب احتمالا هو في الأصل معيار قضائي ناتج من الاجتهادات القضائية، أعيد استعماله من طرف الفقه والتشريع في إطار الإثبات التكنولوجي، كما أنه يجدر التنويه إلى أن باقي طرق الإثبات كالشهادة وغيرها تقصى من هذا المجال، فنحن أمام إثبات بالأدلة الكتابية[46].

إن القاضي في إعماله لسلطته التقديرية بغية الترجيح إنما يتعين عليه مراعاة بعض الضوابط ليستطيع فيما بعد مواجهة فروض التعارض بين المحررات الورقية والإلكترونية المطروحة أمامه.

الفرع الثاني: ضوابط سلطة القاضي التقديرية في الترجيح

من خلال نص المادة 02/1316 من القانون المدني الفرنسي المعدلة والمذكورة أعلاه نميز بين حالتين في إعمال الترجيح تمكننا من استخلاص الضوابط وهما:

أولا: حالة وجود نص أو اتفاق ينظم تنازع المحررات

في حالة وجود نص قانوني يعطي الأفضلية لأحد المحررين على الآخر، على القاضي إعمال أثر النص. حيث إذا وجد – مثلا- نص يوجب الإثبات بكتابة معينة وجب ترجيح هذه الكتابة على ما عداها من أدلة كتابية[47].

وما يؤكد ذلك ما ذكرناه بشأن الشروط الشكلية وما تتطلبه التشريعات في دليل الإثبات، حيث قد يتطلب القانون الكتابة كشرط لصحة التصرف، مما لا يمكن معه اللجوء إلى تحرير ذلك العقد أصلا في شكل إلكتروني[48]ويرجح تبعا لذلك المحرر التقليدي على المحرر الإلكتروني لاستيعاب هذا الشرط[49].

أما من ناحية الاتفاق فإنه يتضح من نفس المادة أن المشرع الفرنسي قد أعطى أطراف التصرف حرية الاتفاق على تقديم دعامة على أخرى في حالة نشوب النزاع بينهما. إذ قد تتفق أطراف التصرف على منح المحرر الورقي حجية في الإثبات إلى جانب إسقاط أي قيمة قانونية للمحرر الإلكتروني أو العكس، وهنا يلزم القاضي بالبت في النزاع بما انتهت إليه إرادة الطرفين حول الوسيلة المعتمدة لإثبات تصرفهما[50].

وفي ذلك اعتراف صريح بصحة الاتفاقات المتعلقة بمسائل الإثبات الموضوعية[51] كما في حالة عقود إصدار بطاقات الائتمان. مع التنويه إلى بقاء سلطة تقديرية واسعة في الحكم بمدى صحة هذا الاتفاق من عدمه[52].

ثانيا: حالة عدم وجود نص أو اتفاق يحكم تنازع المحررات:

إذا كنا أمام عدم وجود نص يعطي الأفضلية لأي من المحررين على الآخر، ولا يوجد اتفاق بين أطراف النزاع ينظم هذه المسألة ويعطي الأفضلية لأحدهما على الآخر، فعلى القاضي تحديد المحرر الأقرب إلى الاحتمال[53]. ففي هذه الحالة بالذات تظهر ضوابط سلطة القاضي في الترجيح وهما:

- عدم وجود اتفاق بين الأطراف أو نص قانوني ينظم ويحدد الدليل المقبول في الإثبات.
- أن تكون المحررات المتعارضة متساوية من حيث اعتبارها أدلة إثبات كاملة بمعنى أن تتوافر فيها الشروط المتطلبة قانونا[54]. وله أن يستعين في ذلك بكافة الوسائل لتكوين عقيدته كالأمر بندب خبير أو الاستعانة بتاريخ المحرر [55].

فبعد عرض هذه الضوابط لفض النزاع في حالة تعارض المحررات يلزم علينا الحديث عن مدى إمكانية تطبيقها على مستوى التشريع الجزائري:

يمكن القول بأنه يمكن الوصول إلى نفس نتيجة تطبيق المادة 02/1316 من القانون المدني الفرنسي، وذلك بالرجوع إلى القواعد العامة وما تستلزمها من ضوابط.وما ندعم به رأينا ما يعرف ب"خاصية رجحان الأدلة"[56] حيث إن قواعد الإثبات بعيدة من أن تكون محل يقين مطلق. وقناعة القاضي بها إنما تبنى في الأساس على احتمال قوي بقدر الإمكان يكفي للإقرار بوجود الحق المدعى به. وبالتالي أصبح من المسلم به أن الإثبات القضائي يستند على أدلة لا تؤدي مهما كانت قوتها في الإثبات إلى حقيقة يقينية بل لمجرد احتمال يقتنع به القاضي على أنه الوضع الأرجح والأقرب إلى الواقع. وهذا الأخير هو نفس المعيار المنتهج من طرف المشرع الفرنسي في نص المادة المذكورة. إلا أن هذا لا يمنع من النص عليها قطعا للشك والجدل حول موضوع التعارض بالإضافة لتوفير الجهد على القاضي.

مع الإشارة إلى أنه يتبع نفس الحكم المتعلق بوجود نص أو اتفاق أو تخلفهما للفصل في التعارض بين محررات إلكترونية، حيث يرجح القاضي المحرر الإلكتروني الأكثر مصداقية، مع مراعاة فيما إذا كانت موقعة بتوقيعات إلكترونية مختلفة في المستوى- أي بسيط ومتقدم- حيث سيفضل المتقدم- الموثق- بطبيعة الحال[57].

الفرع الثاني: فرضيات التعارض بين المحررات الإلكترونية والورقية

بعد عرضنا لضوابط القاضي في الترجيح نصل لعرض أهم صور التعارض بين المحررات وذلك على سبيل المثال:

أولا: التعارض بين المحرر الإلكتروني الموثق والمحرر العادي الورقي:

رأينا أن المشرع أضفى على التوقيع الإلكتروني والسجل الإلكتروني الموثق حجية تفيد صحة التوقيع الإلكتروني، أما المحرر العادي الورقي فيمكن أن تهدد صحته بمجرد إنكاره. وبالتالي فمن يتمسك بالمحرر الورقي العادي يقع عليه عبء إثبات صدوره من صاحب التوقيع، فإن لم يستطع رجح القاضي المحرر الإلكتروني الموثق.

أما إذا أفلح الخصم في إثبات أن التوقيع صحيح، ففي هذه الحالة نكون أمام تعارض مما تظهر معه مهمة القاضي في الترجيح بين المحررين بحسب أدلة الدعوى.

ثانيا: التعارض بين محرر إلكتروني موثق ومحرر رسمي:

في هذه الحالة نكون أمام محررين متساويين في مصداقية التوقيع، فالمحرر الرسمي حجة بذاته ولا يطعن به إلا بالتزوير، وكذلك الحال بالنسبة للمحرر الإلكتروني الموثق الذي يعتبر حجة من حيث صحة التوقيع والبيانات المدونة به. وهنا يظهر دور القاضي في الترجيح ولأيهما الأفضلية.

ثالثا: التعارض بين محرر إلكتروني بسيط(غير موثق) ومحرر عادي أو رسمي:

من شروط التوقيع حتى يحظى بالحجية الكاملة في الإثبات: التوثيق.وبالتالي فالمحرر الإلكتروني غير الموثق أقل قيمة في الحجية من المحرر الإلكتروني الموثق مما ينجر عنه عدم التساوي مع المحررات الورقية[58].

وكذلك الحال بالنسبة للمحررات الإلكترونية فيما بينها إذ لا يمكن وضع المحررات الإلكترونية جميعا في وعاء واحد، حيث لا يمكن مساواة المحرر الإلكتروني الموقع توقيعا إلكترونيا بسيطا مع المحرر الموقع توقيعا إلكترونيا مؤمنا، كون مدى قدرتهما على تحقيق بعض من شروط التشريعات أو فقدها ليس بذات الدرجة[59].

نخلص في الأخير إلى أن القاضي وأمام نزاع متعلق بالمحرر الإلكتروني كدليل إثبات فإن له أن يقرر إما الحجية الكاملة أو الناقصة حسبما يراه، استنادا إلى وسائل التأمين التي تكفل حمايته دون أن يرفضه كدليل. ومن ذلك مدى الثقة في الطريقة التي تم بها توقيعه أو التي تم بها إنشاؤه أو حفظه. وهو نفس الرأي الذي ذهب إليه محمد محمد السادات[60].

خاتمة

تناولت هذه الدراسة موضوع: تنازع الأدلة الكتابية أمام القضاء متخذة من إشكالية التعارض بين المحررات الورقية والإلكترونية أنموذجا لذلك. حيث حاولت إيجاد ضوابط الترجيح بينهما أمام القاضي من خلال تبيان القوة الثبوتية للمحرر الإلكتروني على ضوء التشريع الجزائري.

وإن كان لا بد من ختام هذا الموضوع بشيء نفاضل به لا نجد أصوب من إيراد أهم النتائج التي توصلنا إليها، باعتبارها الأساس المرتكز عليه في بناء توصياتنا واقتراحاتنا المتواضعة.

1- النتائج

- لم نجد أدنى اهتمام من الفقهاء إزاء مصطلحي: المحرر الإلكتروني والكتابة الإلكترونية، والتبادل بينهما بكل سلاسة دون الانتباه لتبيان الفاصل بينهما. لكنه وبالرغم مما قيل في أوجه الفرق بين المحرر الإلكتروني والكتابة الإلكترونية، فإن هذه الأخيرة هي عبارة عن كتابة اتخذت الطابع الإلكتروني نظرا للدعامة المثبتة عليها ووسيلة تداولها، فهي عنصر من عناصر المحرر الإلكتروني إلى جانب التوقيع الإلكتروني. لذلك وعند تناول مفهوم الكتابة الإلكترونية يجب النظر إليها على أساس المحور الذي تدور حوله كوسيلة من وسائل الإثبات. وبالتالي نعتبر المحرر الإلكتروني هو الكتابة الإلكترونية المعدة للإثبات.
- نجد أن المشرع الجزائري اتبع مسلك المشرع الفرنسي الذي يعتبر تقنينه المدني أكثر القوانين تطورا ووضوحا في تحديد معنى الكتابة الرقمية على صعيد التشريعات المنظمة للمعاملات الرقمية، حيث أطلق مصطلح الكتابة دون تحديد نوعها يدوية كانت أو رقمية، ودون الالتفات لنوع الدعامة المستخدمة في تثبيته، آخذا في ذلك بمبدأ الحياد التقني.

• قبول المحرر الإلكتروني كدليل في الإثبات بنفس القدر المتاح للمحرر التقليدي أصبح أمراً مؤكداً بموجب تطبيق مبدأ التعادل الوظيفي، وما أكد ذلك أنه أثبت من الناحية النظرية تحقيقه للمعيار المعتمد في هذه المساواة وذلك في ظل التطبيقات المتبناة من طرف المشرع في إطار المحررات الإلكترونية.

• سكوت المشرعالجزائري عن معالجة إشكالات التعارض بين المحررات وسلطة القاضي التقديرية في الترجيح رغما عن أهميتها من الناحية التطبيقية، خصوصا في ظل التواجد المتوازي لكلا المحررين جنبا إلى جنب. لكننا أثبتنا بأن القاضي الجزائري يمكنه الوصول إلى نفس النتيجة في حالة وجود نص قانوني، وذلك بتطبيق القواعد العامة.

• المشرع الجزائري أغفل العديد من المسائل الجوهرية لتنظيم المبادلات الإلكترونية عامة وحجية المحرر والتوقيع الإلكترونيين خاصة بالرغم من محاولته تغيير المنظومة القانونية بما يتناسب والتطور التكنولوجي متبعا في ذلك مسلك المشرع الفرنسي لكن دون إكماله. حيث لم يحدد أصلا كيفيات تطبيق الشرط المتعلق بكيفيات التأكد من هوية الشخص الذي صدرت عنه الكتابة في الشكل الإلكتروني، ولم يعالج موضوع إنكار التواقيع والادعاء بالتزوير في التوقيعات الإلكترونية، وذلك نتيجة عدم صدور التنظيم الذي يفصل في هذه المسائل.

• عدم وجود دوائر قضائية متخصصة في المنازعات الإلكترونية.

ولهذا **نوصي** بـ:

•ضرورة مراجعة المصطلحات المستعملة في القانون خصوصا ما تعلق بالجانب التقني واعتماد تسميات موحدة مع الدراسات المقارنة المبنية على أسس قانونية.

• نشر الوعي لدى الأفراد بتمتع الدليل الكتابي في الشكل الإلكتروني بنفس درجة القوة الثبوتية والموثوقية أمام المحرر التقليدي.

• إضافة مادة للقانون الجزائري تعنى بتنظيم النزاع الذي يحدث نتيجة التعارض بين المحررات وعدم الاكتفاء بالقواعد العامة. ولا نجد مانعا من الاستهداء بمسلك المشرع الفرنسي إزاء ذلك، أي أن يأخذ بنفس الصيغة التي أخذ بها. فالمشرع الفرنسي كان واضحا وصريحا في هذا الحكم..

• إضافة نص يعنى بتبيان القوة الثبوتية للمحررات الإلكترونية وكل ما يتعلق بها من إجراءات، ونركز على حالة إنكار المحرر العرفي الإلكترونية وحجية صوره،الادعاء بالتزوير في التوقيع الالكترونية. وهنا نقترح إتباع نفس نهج قانون الأونسيترال حول هذه النقطة. كما ندعو إلى التسريع في إصدار الأنظمة الخاصة بقانون التوقيع والتصديق الإلكترونيين نظرا لما لها من دور في وضوح تطبيق النص.

• تدريب القضاة على هذه التكنولوجيات الحديثة من خلال الزيارات البحثية والدورات، أو نقترح إنشاء دائرة قضائية خاصة بالمنازعات الإلكترونية ويتم التركيز على تدريب أعضائها على كل ما يتعلق بالعقود الإلكترونية، نظرا لما لهذا النوع من المنازعات وإمكانية حدوث التعارض مع المحررات التقليدية من خصوصية.

الإحالات والهوامش:

1- عبد الله زيد حنش، (يونيو 2007)، وسائل الإثبات، مجلة البحوث القضائية. المكتب الفني بالمحكمة العليا، العدد7، اليمن، ص 149.

2- للتفصيل حول مفهوم هذا المبدأ: حبارة فواتحية، مبدأ التعادل الوظيفي دراسة تأصيلية لموقف المشرع الجزائري من الإثبات الإلكتروني، مداخلة ضمن الملتقى الوطني الإطار القانوني للتوقيع والتصديق الإلكترونيين، سوق أهراس، فيفري 2016.

3- خصائص المحرر الورقي: محمد أمين الرومي، 2008، المستند الإلكتروني، د.ط، دار الكتب القانونية، مصر، ص 46.

4- إيهاب فوزي السقا، 2008، جريمة التزوير في المحررات الإلكترونية، د.ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، ص 20.

5- وجه الاختلاف هذا يتعلق ب: شرط قابلية القراءة للكتابة.

6- عيسى غسان الربضي، 2009، القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني. ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الإصدار الأول، ص 164.

7- أبو عامود فادي فلاح، 2004، رسالة المعلومات الإلكترونية في القانون الأردني – دراسة مقارنة–. رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2004، ص 132.

8- سامح عبد الواحد التهامي، 2008، التعاقد عبر الإنترنت – دراسة مقارنة –. د.ط، دار الكتب القانونية، مصر، ص 541.

9- سامح عبد الواحد التهامي، المرجع نفسه، ص 534.

10- نص المادة 1/1316 من القانون المدني الفرنسي: "Sous Reserve que puisse Etre Dument Identifiée la Personne Dont il Emane"

11- نص المادة 7 من القانون 04/15: " التوقيع الإلكتروني الموصوف هو التوقيع الإلكتروني الذي تتوفر فيه المتطلبات الآتية:1)أن ينشأ على أساس شهادة تصديق إلكترونية موصوفة2) أن يرتبط بالموقع دون سواه3) أن يمكن من تحديد هوية الموقع 4) أن يكون مصمما بواسطة آلية مؤمنة خاصة بإنشاء التوقيع الإلكتروني5) أن يكون منشأ بواسطة وسائل تكون تحت التحكم الحصري للموقع6) أن يكون مرتبطا بالبيانات الخاصة به، بحيث يمكن الكشف عن التغييرات اللاحقة بهذه البيانات".

12- محمد عبيدات لورنس، 2008، إثبات المحرر الإلكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ص 158، 159.

13- نص المادة 1/7 من القانون04/15، مرجع سابق.

14- نص المادة 1/3 من المرسوم التنفيذي 162/07:"التوقيع الإلكتروني هو معطى ينجم عن استخدام أسلوب عمل يستجيب للشروط المحددة في المادتين 323 مكرر و323 مكرر1 من الأمر 58/75...".

15- نص المادة 1/2من القانون04/15:" التوقيع الإلكتروني بيانات في شكل إلكتروني مرفقة أو مرتبطة منطقيا ببيانات إلكترونية أخرى تستعمل كوسيلة توثيق".

16-عيسى غسان الربضي، مرجع سابق، ص 204.

17- محمد حسين منصور، دت، الإثبات التقليدي والإلكتروني. د. ط، دار الفكر الجامعي، مصر، ص 275.

18- وائل أنور بندق، 2008، قانون التجارة الإلكترونية – قواعد الأونسيترال ودليلها التشريعي. مكتبة الوفاء القانونية، ص 65.

19- وهو تعبير عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي'uncitral " هيئة قانونية أنشئت بمقتضى قرار الجمعية العامة 2205 المؤرخ في 17 ديسمبر 1966، حيث تضطلع بدور هام في تطوير ذلك الإطار عملا بالولاية المسندة إليها في تعزيز مناسقة قانون التجارة الدولية وتحديثه تدريجيا: دليل الأونسيترال "حقائق أساسية عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي"، الأمم المتحدة، فيينا، ص 1.

20- وائل أنور بندق، المرجع السابق، ص 65.

21- المادة 05 من قانون البينات الأردني: "الأدلة الكتابية هي:1- الأسناد الرسمية2 – الأسناد العادية 3- الأوراق غير الموقعة".

22- أحمد عزمي الحروب، 2010، السندات الرسمية الإلكترونية- دراسة مقارنة- ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ص 130.

23- أمينة مجاجي وسعاد مجاجي، مفهوم المحررات الرسمية. بحث منشور على الموقع تاريخ الإطلاع: 2009/08/02: www.4shared.comfile97279823acdef7c.htmlstart.

24- المادتان: 324 مكررمن القانون المدني الجزائري(أضيفت بموجب القانون رقم88-14 المؤرخ في 3 ماي 1988) والمادة 6 من قانون البينات الأردني.

25- في شرح هذه الشروط: حسن فرج توفيق، توفيق فرج عصام، دت، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية. منشورات الحلبي الحقوقية، مصر، ص 82 وما بعدها.

26- عبد الفتاح بيومي حجازي، دت، التوقيع الإلكتروني في النظم القانونية المقارنة. دار الفكر الجامعي، مصر، ص 417.

27- محمد فواز المطالقة، 2006، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية-دراسة مقارنة-. ط 1، الإصدار الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ص 198.

28- المادة 10 من قانون البينات الأردني والمادة 327 من القانون المدني الجزائري.

29-عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 420.

30- حول حجية المحررات التقليدية: محمد عبيدات لورنس، المرجع السابق، ص 67، حسن فرج توفيق، المرجع السابق، ص 102، خالد موسى، 2004، طرق الإثبات في المواد المدنية والتجارية. ط 1، المكتب الثقافي للنشر والتوزيع ودار السماح للنشر والتوزيع، مصر، ص 49.

31- سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 539.

32- والتي نظمتها المادة 08 من قانون البينات الأردني:" إذا كان أصل السند الرسمي موجودا، فإن الصور الخطية والفوتوغرافية التي نقلت منه وصدرت عن موظف عام في حدود اختصاصه تكون لها قوة السند الرسمي الأصلي بالقدر الذي يعترف فيه بمطابقة الصورة للأصل. وتعتبر الصورة مطابقة للأصل ما لم ينازع في ذلك أحد الطرفين وفي هذه الحالة تراجع الصورة على الأصل." للتفصيل أكثر في حجية صورة المحرر الرسمي: أسامة أحمد المليجي، 2000، استخدام مستخرجات التقنيات العلمية الحديثة وأثره على قواعد الإثبات المدني– دراسة مقارنة–. د. ط، دار النهضة العربية، مصر، ص 95.

33- لورنس محمد عبيدات، المرجع السابق، ص 73.

34- سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 562.

35- يقصد بتحقيق الخطوط: " مجموعة من الإجراءات وضعها المشرع حماية لمن بيده ورقة عرفية أن يثبت صحتها إذا ما أنكرها من نسبت إليه هذه الورقة أو خلفه.": خالد موسى، المرجع السابق، ص 78.

36- ارجع حول مفهوم هذه الجهات والشهادة التي تصدرها إلى: ربيعة صبايحي، التزامات مقدمي خدمات التصديق الإلكتروني كضمانة لمصداقية المعلومات الإلكترونية، مداخلة ضمن الملتقى الوطني الإطار القانوني للتوقيع والتصديق الإلكترونيين ،سوق أهراس، الجزائر، فيفري 2016.

37- سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 558.

38- كمثال واقعي على هذا التعارض:

D.Gobert et E.Montero, L' Ouverture de la Preuve Littérale aux Ecrit Sous Forme 18Electronique(Journal des Tribunaux;17 Février 2001; N=600; BRUXELLES) P 1

39- عبد الله زيد حنش، مرجع سابق، ص 151.

40- دروس في طرق الإثبات، منشورة على الموقع: http://www.algeriedroit.fb.bz، تاريخ الاطلاع: 2009/08/14.

41- عيسى غسان الربضي، المرجع السابق، ص 208.

42- النص باللغة الفرنسية:

" Lorsque la loi n'a Pas Fixé D'autre Principes et a Défaut de Convention Valable Entre les Parties, le Juge Règle les Conflits de Preuve Littérale en Déterminant par Tous Moyens le Plus Vraisemblable Quel Qu'en Soit le Support

مع الإشارة إلى أننا نقترح الترجمة التالية: " في حال لم يحدد التشريع أسسا أخرى وفي غياب اتفاق صحيح بين الأطراف، يفصل القاضي في التنازع بين الأدلة الكتابية من خلال تحديد الأقرب إلى الصواب من بينها، بكل الطرق ومهما كانت الدعامة المثبتة فيها."

43– محمد العيش الصالحين، 2008، الكتابة الرقمية طريقا للتعبير عن الإرادة ودليلا للإثبات. ط1، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، ص 230.

44- خالد عرفة، حجية الوثيقة الإلكترونية، ص11. دراسة منشورة على الموقع:

http://www.afkaronline.org/arabic/archives/mai-juin2005/arafa.html تاريخ الاطلاع: 2009/07/19.

45- عيسى غسان الربضي، المرجع السابق، ص 209.

46- Caprioli,Eric; Le Juge et la Preuve Electronique; Article Disponible sur www.juriscom.net et www.caprioli-avocats.com, P 24.

47- الصالحين محمد العيش، الكتابة الرقمية طريقا للتعبير عن الإرادة ودليلا للإثبات. المرجع السابق، ص 230.

48- خالد عرفة، المرجع السابق، ص 12.

49- عيسى غسان الربضي، عيسى غسان المرجع السابق، ص 209.

50- المرجع نفسه، ص 231.

51- سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 605.

52- مثلا: يمكن اعتبار هذا الاتفاق شرطا تعسفيا وفقا للمادة (المادة 01/132) من قانون الاستهلاك الفرنسي وبالتالي الحكم ببطلانه: العيش، الصالحين محمد، المرجع السابق، ص 230. أو خصائص عقد الإذعان وفقا للمادة 100 من القانون المدني المصري (شرط تعسفي) وبالتالي إعفاء الطرف المذعن من هذا الشرط وفقا للمادة 149 من القانون المدني. مشار لها لدى: سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 606.

53- المرجع نفسه، ص608.

54- علاء محمد نصيرات، 2005، ط1، الإصدار الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ص 158. عيسى غسان الربضي، المرجع السابق، ص 209. الصالحين محمد العيش، الكتابة الرقمية دليلا طريقا للتعبير عن الإرادة ودليلا للإثبات. المرجع السابق، ص 230.

55- سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 609.

56- في مفهومها: عباس العبودي، 2007، شرح أحكام قانون البينات – دراسة مقارنة– معززة بآخر التعديلات التشريعية والمبادئ القانونية، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الإصدار الثالث، 2007، ص 82.

57- عيسى غسان الربضي، المرجع السابق، ص 210.

58- عبد الله غرايبة، 2008، حجية التوقيع الإلكتروني في التشريع المعاصر. ط1، الحرية، الأردن، ص 172، 173.

59- محمد محمد السادات، القيمة القانونية للمحررات الإلكترونية العرفية في الإثبات(مداخلة ضمن الملتقى الوطني الإطار القانوني للتوقيع والتصديق الإلكترونيين، سوق أهراس، فيفري 2016، ص29.

60- المرجع نفسه، ص 16.

قائمة المصادر والمراجع:

1- الكتب:

- (محمد أمين الرومي)، 2008، المستند الإلكتروني، دار الكتب القانونية، د. ط، مصر.
- (إيهاب فوزي السقا)، د ت، جريمة التزوير في المحررات الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، د. ط، مصر.
- (عيسى غسان الربضي)، 2009، القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط 1، الأردن.
- (فادي فلاح ابو عامود)، 2004، رسالة المعلومات الإلكترونية في القانون الأردني – دراسة مقارنة–. رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية.
- (سامح عبد الواحد التهامي)، 2008، التعاقد عبر الإنترنت – دراسة مقارنة –، دار الكتب القانونية، د. ط، مصر.
- (محمد عبيدات لورنس)، 2008، إثبات المحرر الإلكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، دت، الأردن.
- (محمد حسين منصور)، د.ت،الإثبات التقليدي والإلكتروني، دار الفكر الجامعي، د. ط، مصر.
- (وائل أنور بندق)، 2008، قانون التجارة الإلكترونية – قواعد الأونسيترال ودليلها التشريعي، مكتبة الوفاء القانونية، مصر.
- (أحمد عزمي الحروب)، 2010، السندات الرسمية الإلكترونية– دراسة مقارنة–، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط 1، الأردن.
- (حسن فرجتوفيق وعصام فرج توفيق)، دت، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، مصر.
- (عبد الفتاح بيومي حجازي)، دت،التوقيع الإلكتروني في النظم القانونية المقارنة، دار الفكر الجامعي، مصر.
- (محمد فواز المطالقة)، 2006، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية– دراسة مقارنة –، الإصدار الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، الأردن.
- (خالد موسى)، 2004، طرق الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المكتب الثقافي للنشر والتوزيع ودار السماح للنشر والتوزيع، ط 1، مصر.
- (أحمد المليجي أسامة)، 2000، استخدام مستخرجات التقنيات العلمية الحديثة وأثره على قواعد الإثبات المدني– دراسة مقارنة–. د. ط، دار النهضة العربية، مصر.

- (محمد العيش الصالحين)، 2008، الكتابة الرقمية طريقا للتعبير عن الإرادة ودليلا للإثبات، منشأة المعارف الإسكندرية، ط1 ، مصر.
- (عباس العبودي)، 2007، شرح أحكام قانون البينات – دراسة مقارنة– معززة بآخر التعديلات التشريعية والمبادئ القانونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، الأردن.
- (عبد الله غرايبة)، 2008، حجية التوقيع الإلكتروني في التشريع المعاصر، الحرية، ط 1، الأردن.

2/ الأبحاث والدوريات:

- عبد الله زيد حنش، وسائل الإثبات، مجلة البحوث القضائية، المكتب الفني بالمحكمة العليا، اليمن، العدد7، يونيو 2007.3

الملتقيات:

- حبارة فواتحية، مبدأ التعادل الوظيفي دراسة تأصيلية لموقف المشرع الجزائري من الإثبات الإلكتروني، مداخلة ضمن الملتقى الوطني الإطار القانوني للتوقيع والتصديق الإلكترونيين، سوق أهراس، فيفري 2016.
- ربيعة صبايحي، التزامات مقدمي خدمات التصديق الإلكتروني كضمانة لمصداقية المعلومات الإلكترونية، مداخلة ضمن الملتقى الوطني الإطار القانوني للتوقيع والتصديق الإلكترونيين ،سوق أهراس، الجزائر، فيفري 2016.
- محمد محمد السادات، القيمة القانونية للمحررات الإلكترونية العرفية في الإثبات (مداخلة ضمن الملتقى الوطني الإطار القانوني للتوقيع والتصديق الإلكترونيين، سوق أهراس، فيفري 2016، ص 29.

4/ موقع الأنترنيت:

- دروس في طرق الإثبات، منشورة على الموقع: http://www.algeriedroit.fb.bz، تاريخ الإطلاع: 2009/08/14.
- أمينة مجاجي سعاد مجاجي، مفهوم المحررات الرسمية. بحث منشور على

الموقع://:www.4shared.comfile97279823acdef7c.htmlstarthttp. تاريخ الاطلاع: 2009/08/02

- خالد عرفة، حجية الوثيقة الإلكترونية، دراسة منشورة على الموقع:

تاريخ الاطلاع: 2009/07/19 http: //www.afkaronline.org/arabic/archives/mai- juin2005/arafa.html

5/ مراجع أجنبية:

- D.Gobert et E.Montero, L' Ouverture de la Preuve Littérale aux Ecrit Sous Forme Electronique (Journal des Tribunaux; 17 Février 2001; N=600; BRUXELLES)
- Caprioli, Eric; Le Juge et la Preuve Electronique; Article Disponible sur www.juriscom.net et www.caprioli-avocats.com.