مجلة العلوم القانونية والاجتماعية

Journal of legal and social studies

Issn: 2507-7333

Eissn: 2676-1742

الإثبات في الكتابة الالكترونية

Evidence in electronic writing

عباس حفصي *

جامعة عمار ثليجي الأغواط (الجزائر)، مخبر اللغة والدراسات الإسلامية، aanide@gmail.com

تاريخ ارسال المقال:2020/11/07	تاريخ القبول:2020/11/01	تاريخ النشر:2020/12/01

* المؤلف المرسل

الملخص

إن التطور التكنولوجي الحاصل في شتى أنحاء المعمورة، ووجود ثورة علمية في نقل المعلومات عبر الأنظمة الالكترونية ، يعود إلى تغير مفهوم الإثبات ، لما ترتب عليه من نشوء حقوق والتزامات الكترونية ، مما يؤدي بنا إلى إثبات هاته التعاملات الالكترونية ، لأن غالبية التعاملات تتم اليوم عن طريق مجال المعلوماتية، لأن الانترنت أصبحت توفر السهولة في التعامل ، ويعتبر المحرر الالكتروني أداة لإثبات هاته المعاملات عن طريق الكتابة الالكترونية ، والإشكال الحاصل اليوم هو مدى حجية المحرر الالكتروني ، وخاصة في حال نشوء نزاع بين المحرر الالكتروني والمحرر العرفي ، إلى أيهما تكون الحجة أقوى وخاصة بالنسبة للقاضي .

الكلمات المفتاحية : إثبات , كتابة الكترونية , محرر الكتروني , محرر عرفي , عقد الكتروني

Abstract:

The technological development around the globe and the scientific revolution in the transmission of information across electronic systems have changed the concept of proof, with the resulting creation of electronic rights and obligations, leading us to prove electronic transactions. The most common transactions are now conducted through the field of informatics because the Internet has become easy to deal with, and the electronic editor is a tool to prove these transactions by electronic writing, and the forms that are now being produced are the extent of the electronic editor's problem, especially in case of a dispute between the electronic editor and the customary editor. Which argument is stronger, especially for the judge, who in turn

falls into forms of proof, a real puzzle.

Keywords: Proof, e-writing, e-editor, customary editor, electronic contract

مقدمة

يعتبر الإثبات من العناصر التي لها دور هام في المجتمع وخاصة منها المدنية والتجارية وغيرها من المعاملات الأخرى ، وهي من الأمور التي تثبت بالإلزام والالتزام .

والحق لا يعتبر ثابتا لصاحبه إلا إذا كانت هناك أدلة قائمة تثبته ، وكما أن الحق يعبر مجردا من الدليل إذا لم يقم ما يثبته أو يستند عليه سواء كان هذا الدليل ماديا أو قانونيا .

ويعتبر الإثبات الكتروني من النظم القانونية التي حددها القانون بحيث لا يثبت إلا عن طريق الطرق والوسائل التي حددها القانون ، ومع ظهور التكنولوجيا والكمبيوتر والانترنت ظهرت عدة وثائق الكترونية غير التي نعرفها في الوثائق التقليدية ، كالمحررات الالكترونية والتوقيع الالكتروني ، فهل يمكن أن تثبت هاته المحررات بنفس الطرق التي تثبت بها تلك التقليدية أم أن للمشرع رأي آخر في هذا المجال ؟

الفرضيات المعتمدة :

نظرا للتطور الالكتروني الحاصل في المجتمع وظهور عدة محررات الكترونية وجب النظر في مختلف التشريعات حول هاته المحررات وطرق إثباتها سواء في القانون الجزائري أو القوانين الأخرى المختلفة وكيف تعاملت هذه النظم مع مختلف المحررات الالكترونية هل بنفس القوانين التي تعالج المحررات التقليدية أو هناك نصوص حديثة عالجتها.

أهداف المقال :

من أهداف الدراسة تسليط الضوء على النصوص القانونية الجزائرية وغيرها من النصوص ومدى ملائمتها وتطورها مع ظهور العقود الالكترونية التي هي نتيجة التطور التكنولوجي ، ومدى معالجتها للإثبات في المحررات الالكترونية، والإثبات في العقد الالكتروني ، وكذا توضيح شروط الكتابة في الشكل الالكتروني ، وكيفية الفصل في تنازع أدلة الإثبات بين محرر عرفي وآخر الكتروني مع توضيح دور القاضي في الفصل بينهما .

المبحث الأول : مفهوم الإثبات .

هناك عدة تعريفات للإثبات منها اللغوي والاصطلاحي والقانوني وكل منها يحمل دلالة مختلفة فمن خلال هذا المبحث أردنا أن نتطرق إلى هاته التعريفات .

المطلب الأول : تعريف الإثبات

أولا : لغة : الإثبات لغة مصدر أثبت، بمعنى اعتبر الشيء دائما مستقرا أو صحيحا.[1]

ثانيا : اصطلاحا : الإثبات إقامة الدليل الشرعي أمام القاضي في مجلس قضائه على حق أو واقعة من الوقائع.[2] والمقصود من الإثبات وصول المدعي إلى حقه أو منع التعرض له، فإذا أثبت دعواه لدى القاضي بوجهها الشرعي، وتبين أن المدعى عليه مانع حقه، أو متعرض له بغير حق، يمنعه القاضي عن تمرده في منع الحق، ويوصله إلى مدعيه[3].

ثالثا : الإثبات قانونا : إقامة الدليل أمام القاضي بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية متنازع عليها يترتب على ثبوتها آثارا قانونية .[4]

المطلب الثاني :الكتابة الالكترونية :

لم يورد المقنن الجزائري تعريفا للكتابة الالكترونية بشكل مباشر ولكن نص على قوتها في الإثبات وهو ما جاء في نص المادة 323 مكرر 1، ونص على أن كل رموز أو أرقام أو علامات تعتبر بمثابة كتابة معترف بها .[5]

وبالرجوع للقوانين المقارنة نجد أن تعريف الكتابة الالكترونية هي : حروف أو رموز أو أرقام أو علامات تثبت على حامل الكتروني أو ما يقوم مقامه وتعطي دلالة قابلة للإدراك .[6]

أولا: الكتابة كإثبات في الفقه الإسلامي :

لم يعرّف الفقهاء الكتابة باعتبارها دليلاً في إثبات الحقوق، وإنما أطلقوا على الكتابة باعتبارها دليلاً للإثبات، ألفاظاً مختلفة، استعمل بعضهم جميع الألفاظ الدالة عليها، واستعمل بعضهم نوعاً منها، وهي تنحصر في العبارات التالية: الصك، الحجة، المحضر، السجل، الوثيقة.[7]

أصبحت التصرفات تبرم بواسطة الأنظمة الالكترونية ، وهو ما يطرح مسائل إثباتها في الواقع العملي، حيث إن الوسائل الأخرى تعجز عن إثباتها كالقرائن وغيرها لكونها تتم عن طريق الأنظمة الالكترونية .

على اعتبار أن الوثيقة التقليدية هي عبارة عن معلومات مدونة في المحرر ، والكتابة الالكترونية تتمثل في حامل المعلومات الالكترونية ، وعليه فلابد من وجود دعامة تتضمن الكتابة بالشكل الالكتروني ، حيث يمكن استرجاع تلك الكتابة ، وإلا لتعتبر كتابة الكترونية لها حجية في الإثبات. [8]

وذكر الزحيلي أيضا أن الكتابة : تشمل كل أنواع الكتابة التي بيّنها الفقهاء قديماً وحديثاً، والأساليب التي لجأ إليها الكتّاب حديثاً، والقصد من الكتابة والهدف منها هو حفظ الحقوق من الضياع، ولتساعد على الحفظ والتذكر، ولتثبت الحق عند التنازع لقطع الشقاق والخلاف في التفاصيل .[9]

أما في مجال الإثبات فإن الكتابة غالباً ما تكون على الورق، وتسمى هذه الأوراق بالوثائق أو المحررات أو المستندات ويمكن أن تكون على دعامات أخرى غير الورق مثل أجهزة الحاسب الآلي، ويطلق على الدعامة في هذه الحالة لفظ المحرر أو المستند.[10]

فنستنتج منه أن الكتابة على المحرر الالكتروني من الناحية الشرعية تعتبر دليل إثبات عند الباحث أبو المعز ،كذلك ذكر هذا الزرقا في كتابه المدخل الفقهي العام أن حجية الكتابة والخط في الشريعة الإسلامية النطق باللسان هو الأصل في البيان، وهو طريق ظهور الإرادة العقدية في الفقه الإسلامي،ولكن قد تقوم مقامه كل وسيلة أخرى اختيارية أو اضطرارية مما يمكن أن تعرب عن الإرادة الجازمة تعبيراً كافياً مفيداً.[11]

وذكر أيضا أن الفقهاء أقروا أن ثلاث وسائل أخرى تقوم مقام النطق في الإيجاب والقبول، هي: الكتابة، وإشارة الأخرس، والتعاطي.

واتفق الفقهاء والمحدّثون على جواز الاعتماد على الخط والكتابة في نقل الحديث والروايات، وفي تدوين الأحكام الشرعية، والقواعد الفقهية، فهي الوسيلة التي حفظ الله بها الشريعة.

ثانيا: العقد الالكتروني كوسيلة حديثة للإثبات :

هناك عدة تعريفات للعقد الإلكتروني، منها أن: العقد الإلكتروني هو العقد الذي يتم إبرامه عبر الانترنت.

وكما هو معلوم إن المقنن الجزائري لم يعرف العقد الالكتروني كما ذكرنا آنفا في تعريف الكتابة الالكترونية مما يجعلنا نلجأ إلى التعريفات المقارنة ، فقد عرّفت المادة 2 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني العقد الإلكتروني على أنه:"الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائط إلكترونية،كليا أو جزئيا.[12]

المشرع الجزائري عادل و ساوى بين حجية الكتابة الالكترونية و الكتابة العادية، و هذا مأخوذ من التفسير الموسع لنص المادة 323 مكرر مدني جزائري .

المبحث الثاني . المحرر الالكتروني :

ظهور المحرر الالكتروني أدى إلى ظهور قوانين أخرى تواكب التطور الحاصل في المحررات وإيجاد طرق أخرى لإثباتها فهل هي نفس طر ق الإثبات التقليدية أم أن هناك قوانين أخرى ؟

المطلب الأول : مفهوم المحرر

أولا لغة : إن كلمة المحرر مأخوذة من التحرير الذي يعني تنقية الشيء من كل شائبة وجعله نقيا خالصا[13].

ثانيا .اصطلاحا: نصوص القانون لم تورد تعريفا للمحرر باعتبار أن المشرع عادة يتحاشى التعريفات و يترك ذلك للفقهاء و القضاة.

عرفه بعض الفقه بأنه عبارة عن معلومات تم إنشاؤها و إرسالها أو تخزينها أو استلامها بوسيلة إلكترونية أو ضوئية مادام تتضمن إثبات واقعة أو تصرف قانوني محدد وتتضمن توقيع إلكتروني ينسب هاته الواقعة أو التصرف لشخص محدد.

كما عرفه البعض الآخر على انه: البيانات والمعلومات التي يتم تبادلها من خلال المراسلات التي تتم بين طرفي العلاقة بوسائل إلكترونية سواء أكانت من خلال شبكة الانترنت أو من خلال الأقراص الصلبة أو شاشات الحاسب الآلي أو أية وسيلة إلكترونية أخرى لتوصيل المعلومة بينهما أو إثبات حق أو القيام بعمل، فهي الوسيلة التي من خلالها .يتمكن المتلاقون عبر الانترنت من توصيل المعلومة لبعضهم البعض[14].

ثالثا : مدى انطباق معنى المحرر على المحرر الالكتروني.

وجاء في نص المادة 02 من قانون التجارة الإلكترونية لإمارة دبي رقم 02 لسنة 2002 أن المستند الإلكتروني هو ":سجل أو مستند يتم إنشاؤه أو تخزينه أو استخراجه أو نسخه أو إبلاغه أو استلامه بوسيلة إلكترونية على وسيط ملموس أو على وسيط إلكتروني آخر ويكون قابل للاسترجاع بشكل يمكن فهمه."

ويظهر من خلال هذا النص مايلي : (دبي)

-تضمنه تعبير عن المعاني والأفكار المترابطة.

-أن يكون التعبير له قيمة قانونية.

-اتصافه بالصفة الإلكترونية.

رابعا : شروط المحرر الإلكتروني :

هناك شروط يجب توافرها في السند الإلكتروني حتى يتمتع بالحجية القانونية في الإثبات وهي :[15]

1 . الكتابة:

عرفت المادة / 01 من قانون تنظيم التوقيع الإلكتروني المصري الكتابة الإلكترونية بأنها ":كل حروف أو أرقام أو رموز أو أية علامات أخرى تثبت على دعامة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أية وسيلة أخرى مشابهة وتعطي دلالة قابلة للإدراك."

وهذا يدل على أن مفهوم السندات لم يعد مقتصرا على الورقية فحسب بل تعداه إلى الالكترونية .

2. التوقيع :

لا بد أن يكون المحرر موقعا الكترونيا وإلا فلا يعتبر إثباتا آو حجة بالنسبة لصاحبه آو للغير ، والقانون يشترط التوقيع حتى تنتج آثاره القانونية .

3 : **التوثيق** :

أ . شهادة التوثيق : هي التي تصدر عن جهة مختصة مرخصة أو معتمدة لإثبات نسبة توقيع إلكتروني إلى شخص معين استنادا إلى إجراءات توثيق معتمدة.

من خلال هذا النص هناك بعض المعاملات الإلكترونية، تحصل من خلال شبكات مغلقة تقتصر على التعامل على عدد محدود من الأفراد كالشبكات الخاصة بالأشخاص الاعتبارية وهو راجع بالأساس إلى إيجاد نظام جديد للاتصالات ، مما أدى إلى زيادة سرعة المعاملات عبر الانترنت وبالتالي اعتبار المستند الالكتروني جزءا منها في التعاملات الالكترونية ، وقد يكون المستند حاملا لبيانات الشخص المدنية والعائلية او عبارة عن عقد يتمثل في معاملة تجارية آو مدنية .[16]

4 :إمكانية الاحتفاظ بالسند الإلكتروني في شكله الأصلي المتفق عليه.

وهو مانصت عليه المادة 08 من قانون المعاملات الالكترونية الأردني : يستمد السجل الالكتروني أثره القانوني ويكون له صفة النسخة الأصلية إذا توافرت فيه مجتمعة الشروط التالية-:

-1 أن تكون المعلومات الواردة في ذلك السجل قابلة للاحتفاظ بها وتخزينها بحيث يمكن ، في أي وقت ، الرجوع إليها.

-2 إمكانية الاحتفاظ بالسجل الالكتروني بالشكل الذي تم به إنشاؤه أو إرساله أو تسلمه أو بأي شكل يسهل به إثبات دقة المعلومات التي وردت فيه عند إنشائه أو إرساله أو تسلمه.

-3 دلالة المعلومات الواردة في السجل على من ينشئه آو يتسلمه وتاريخ ووقت إرساله وتسلمه.

ب- لا تطبق الشروط الواردة في الفقرة (أ) من هذه المادة على المعلومات المرافقة للسجل التي يكون القصد منها تسهيل إرساله وتسلمه.

ج- يجوز للمنشئ آو المرسل إليه إثبات الشروط الواردة في الفقرة (أ) من هذه المادة بواسطة الغير.

من خلال نص المادة 08 يتبن لنا انه يتم الاحتفاظ بمعلومات المحرر الإلكتروني عن طريق إدخال المعلومات أو بنود الإتفاق بين الطرفين وتخزينها كما هي وبما تحتويه من نصوص وتواقيع آليا في الحاسب الإلكتروني .

وذلك بعد أن يتم معاينة المحرر عن طريق شاشة الحاسب ويتم تخزينه على أسطوانة مغناطيسية ويمكن استرجاع الوثيقة واستخراج النسخ مطابقة للأصل .

فلابد من إمكانية الاحتفاظ بالسجل الإلكتروني بذات الشكل والمواصفات التي تم بها إنشاء السند أو إرساله أو تسلمه عند إنشائه وهذا يعتمد بشكل كبير على جهة التوثيق وإجراءاته ،وعلى الرغم من هاته التقنيات الحديثة المستخدمة لحفظ المحررات الإلكترونية، إلا أن تقدير مدى قدرتها في تأمين بيانات المحرر وإمكانية قبول المحرر الإلكتروني في الإثبات تخضع لسلطة القاضي الذي من شأنه إضعاف قوة وقيمة المحرر بالمقارنة مع المحررات المدونة على ورق، إذ لابد من تدخل المشرع وذلك بالنص صراحة على التكنولوجيا المعتمدة في تأمين بيانات المحرر الإلكتروني مما يجعلها تستوفي شرط عدم القابلية للتعديل دون تدخل القاضي في تقدير مدى توافر الشروط[17].

الشرط الخامس :إمكانية استرجاع المستندات الإلكترونية المحفوظة[18]

حتى يمكن الاحتجاج بالسند الإلكتروني لابد من الرجوع إليه في أي وقت، بحيث يتم الرجوع إليه بالشكل الذي تم به هذا السند دون تحريف سواء أكان محفوظ على شبكة الانترنت أو أقراصا مرنة أو مضغوطة وهو ما أكده المشرع الإماراتي في المادة08 المعلومات محفوظة على نحو يتيح استخدامها والرجوع إليها لاحقا."إذ أصبح تبني التكنولوجيا في مجال حفظ واسترجاع الوثائق والمستندات أمر في غاية الأهمية لما تتضمنه من مزايا تتمثل في إمكانية تخزين كم هائل من الوثائق واسترجاع أي معلومة خلال ثواني معدودة.

ذكر المقنن في المادة 323 مكرر من القانون المدني الجزائري.[19] تعريفا للكتابة بالنص على أنه " ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف وأوصاف وأرقام وأي علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها وكذا طرق إرسالها."

و بصدور القانون 05-10 المعدل والمتمم للقانون المدني الجزائري انتقل المشرع من النظام الورقي في الإثبات إلى النظام الإلكتروني.

وأصبح للكتابة بالشكل الإلكتروني مكان ضمن قواعد الإثبات في القانون المدني الجزائري طبقا لنص المادة 323 مكرر مدني جزائري [20] الكتابة في الشكل الإلكتروني ذات التسلسل في الأوصاف أو الأرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة الإلكترونية المستعملة ومهما كانت طرق إرسالها.

ومفهوم الوسيلة الإلكترونية المستعملة هي القرص الصلب أو القرص المرن أو في شكل رسائل إلكترونية.

ويتبين لنا من كل هذا أن المشرع الجزائري اعتمد المفهوم الواسع للكتابة المقصود منه سواء الكتابة على الورق أو الكتابة الإلكترونية المثبتة على دعائم غير مادية غير ورقية.[21]

المطلب الثاني : حجية أصل المحرر الالكتروني في الإثبات :

من خلال نص المادة 323 مكرر 01 نستطيع أن نستخرج عدة أمور منها أن القانون المدني الجزائري أقر بمبدأ التعادل الوظيفي بين الكتابة في الشكل الالكتروني والكتابة على الورق، من حيث الفعالية والحجية وصحة الإثبات ، لكن الإشكال هنا ما نوع الكتابة التي يمكن معادلتها في حجيتها بالكتابة في الشكل الالكتروني من نص المادة 323 مكرر من القانون المدني الجزائري المقابلة لنص المادة 1316 الفقرة الأولى من القانون المدني الفرنسي المتعلقة بتعريف الكتابة ، حيث انقسم الفقه في إثبات الكتابة حول هذه المسألة إلى فريقين[22]:

فريق يرى أن أحكام المادة 323 مكرر من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 1316من القانون المدني الفرنسي تتسع لتشمل الكتابة التي تكون في الشكل الرسمي وبالتالي الكتابة الالكترونية مثبتة كما في المحرر التقليدي وبالتالي بإمكانها معادلة الكتابة الرسمية في الإثبات.

وقال الفريق الثاني بأن هذا الإجراء يكون مجاله محصورا في العقود العرفية ، فالكتابة في الشكل الالكتروني تكون عرفية وذلك لحماية رضا المتعاقدين، فإننا نجد المشرع يشترط إثبات بعض العقود بالكتابة الرسمية التي يشترط لصحتها حضور الضابط العمومي وتوقيعها ، فالضابط العمومي هو الذي يعطيها الرسمية سواء في العرفية أو الالكترونية .

و الرأي الثاني أقرب للصواب لأن هناك بعض التصرفات والعقود التي يشترط فيها المشرع لإثباتها الكتابة الرسمية كون أن المادة 324 من القانون المدني الجزائري تشترط حضور الضابط العمومي والحضور المادي لأطراف العقد أمامه لصحته وتطبيقا لذلك فإن القواعد المطبقة بالكتابة العرفية هي المطبقة على الكتابة في الشكل الالكتروني ويشترط لقبول الكتابة في الشكل الالكتروني كدليل إثبات شرطين حسب ما جاء به نص المادة 323مكرر 1 من القانون المدني الجزائري[23].

المطلب الثالث : شروط الكتابة في الشكل الالكتروني :

الفرع الأول : الشرط الأول :

لا بد من التأكد من هوية الشخص عن طريق التوقيع الالكتروني، و التوقيع يسمح بتحديد شخصية الموقّع وتمييزه عن غيره ، لذلك يتعين على الموقّع أن يكون مسيطرا على الوسيط الالكتروني، حيث إنه يمكنه الحفاظ على توقيعه وعدم أي تزوير أو تلاعب .

أما في ما يتعلق بالمحررات الالكترونية الخالية من التوقيع فيمكن أن تصلح كمبدأ ثبوت بالكتابة إذا صدرت من الخصم المراد الاحتجاج بها عليه ، كالرسائل المتبادلة عبر البريد الالكتروني ، فعلى صعيد المعاملات التجارية يمكن أن يعتد بها في الإثبات ولو لم تحمل توقيع صاحبها.

وتوجد طرق أخرى لإثبات هوية الشخص الذي أصدر الوثيقة الالكترونية ، كالطرق البيولوجية التي تستخدم بصمات الأصابع المنقولة رقميا أو تناظريا، وسمات الصوت وحدقات العين، و غيرها من الوسائل وهناك ما يسمى بفكرة الشخص الوسيط بالعلاقة العقدية أو السلطات الموثوقية وهي عبارة عن شركات ناشطة في ميدان الخدمات التقنية تقدم شهادات[24] فيها تأكيد بأن الطلب أو الجواب يصدر من الموقّع المعني وتحدد تاريخ الصدور والجواب أو الطلب.

و هذه الشركات تطلب من الشخص الموقع تأكيد شخصيته ، عن طريق كلمة السر و تقنيات التشفير.

القانون الفرنسي أنشأ هيئة خدمات التصديق ، والقانون التونسي أنشأ بجهات المصادقة وسماها الوكالة الوطنية للمصادقة الالكترونية، في حين القانون الجزائري في المادة 324 مكرر 1 لم يوضح كيفية تطبيق هذا الشرط ، الذي يحث على التأكد من هوية الشخص الذي صدر منه المحرر الالكتروني ، فالقاضي يجد صعوبة في التثبت من هوية من صدرت عنه الكتابة، فلا بد من إنشاء هيئات لحل المشكل في الوقت الحاضر [25]

الفرع الثاني **الشرط الثاني** :

أن تكون الوثيقة محفوظة من كل النواحي التي تعمل على سلامتها، فيجب أن تحفظ على حامل إلكتروني يسمى الوسيط الالكتروني ، وهو وسيلة لتخزين وحفظ واسترجاع المعلومات بطريقة الكترونية، كذاكرة الحاسب الآلي في أسطواناته الصلبة[26].

إن تخزين أدلة الإثبات في الآلات وعبر المواقع المؤقتة، يمكن من خلالها إنشاء جهات ثالثة تعمل على ضمان سلامة الوثائق الالكترونية من التحريف، تخزين المعلومات في الكمبيوتر يجعلها عرضة للتبديل ، لأنها تحت إشراف

مستعمله ، وبالتالي أدلة الإثبات تكون من صنع مستعمل الجهاز ، وبالتالي لا تصبح دليل إثبات يحتج به ، تطبيقا لمبدأ عدم جواز اصطناع الشخص دليلا.[27]

المقنن الجزائري عند تعديله للقانون المدني10.05 حيث أقر بحجية الكتابة الالكترونية ، موازاة مع قيمة وقوة الكتابة الورقية فأصبح هناك تنازع في القوة الثبوتية بين المحررات الالكترونية والمحررات التقليدية ، فلو كان هناك تنازع بين طرفين أحدهما له الوثيقة الورقية و الآخر له الوثيقة الالكترونية فمن هو الأقوى قضاء في الإثبات ؟.

إن المشرع الجزائري لم يتطرق لمسألة تنازع أدلة الإثبات بين عرفي وإلكتروني وهذا بينما نجد أن القانون الفرنسي تطرق لهاته النقطة في القانون المتعلق بإصلاح قانون الإثبات لتكنولوجيات المعلومات والتوقيع الالكتروني وفي المادة 1316 الفقرة الثانية منه التي تنص على "**أنه عندما لا ينص القانون على قواعد مخالفة أو عندما لا يكون هناك اتفاق متكافئ في إثبات الالتزامات والحقوق بين الأطراف يبتّ القاضي في النزاعات القائمة حول الإثبات بالكتابة عبر تحديد السند الأكثر مصداقية أيا كانت دعامته وذلك عن طريق استخدام كافة الطرق المتوفرة لديه**[28].

من خلال نص هاته المادة ، المشرع الفرنسي أعطى للقاضي صلاحيتين ، الأولى هي صلاحية الفصل في النزاعات القائمة حول وسائل الإثبات وترجيح السند الأكثر قوة.

والثانية هي السلطة التقديرية الواسعة في الترجيح بين المحررين سواء كان إلكترونيا أو عرفيا ، والترجيح يكون باستخدام الطرق والقرائن المتوفرة لديه[29].

المطلب الثالث قواعد الإثبات الموجهة للقاضي:[30]

الذي ورد في القانون الفرنسي يمكن الاستعانة به في النزاعات الحاصلة بالجزائر لأنها لا تخرج عن القواعد المتعلقة بالإثبات ، فالقاضي الجزائري عندما لا يجد النص الذي يطبقه على النزاع المطروح أمامه فإن القانون يمنحه ويخول له السلطة التقديرية لترجيح الدليل القوي على غيره والحجة الساطعة على غيرها وخاصة في حال وجود محررين عرفيين أحدهما محرر الكتروني والأخر عرفي ، فانه مع عدم وجود النص في ذلك في القانون الجزائري فالقاضي هنا يستخدم سلطته التقديرية كما ورد في القانون الفرنسي ، وفي حال وجود اتفاق بين المتعاقدين فإنه يرجّح اتفاقهما على تحكيم آخر .[31]

سيجد القاضي صعوبة في ترجيح إحدى الوثيقتين على الأخرى لكونه اعتاد على تحكيم المحررات الورقية فقط والموقعة باليد وليست الموقعة توقيعا إلكترونيا ، فيكون أمام اجتهاد جديد ، ليس هذا انتقاصا من خبرة القاضي وعلمه ، بينما يدخل في مدى معرفته بتقنيات الآلات الحديثة وما صاحبها من تطور تكنولوجي متزايد يوما بعد يوم ، حيث أصبح الناس يتعاملون بهذا النوع من الوسائل في التعاقد وعدم اللجوء إلى الأوراق العرفية[32]

تعتبر الكتابة ركنا أساسيا في شكل المحرر ، و ماعدا الكتابة تعتبر الطرق الأخرى كالتسجيل والتوثيق لا يعطي المحرر الشكل المطلوب ، مثل الرسم والتصوير الآلي والتسجيل بالصوت والصورة على الأشرطة والأفلام ، لذلك يرى الفقه و القضاء على اعتبار أن ما يثبت بهذه الوسيلة ليس محررا ولا جزءا من المحرر حتى ولوكان متصلا به ومكملا لمعناه[33].

المبحث الثالث : التصديق الالكتروني

المطلب الأول : تعريف شهادة التصديق الالكتروني

المشرع الجزائري عرف شهادة التصديق الإلكترونية في المادة 15 من قانون 15 - 04 المتعلق بالتوقيع و التصديق الإلكترونيين ، وهي شهادة تصدرها جهة وسيطة أو جهة ثالثة أو مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني ، ما بين طرفين متعاملين بالطريق الإلكتروني، وتمنح هذه الشهادة للموقع دون سواه ، وهي تتضمن بيانات معينة حددها المشرع في الفقرة الرابعة من نفس المادة ويكون مضمون هذه الشهادة صحة البيانات المتبادلة بين الطرفين، فعلى سبيل المثال في عقد التجارة الإلكترونية عبر الانترنت فإن الجهة الوسيطة تصدر شهادة رقمية أو شهادة مصادقة تفيد بصحة التوقيع الإلكتروني لأحد المتعاقدين، فضلا عن البيانات الأخرى متى كان مسموحا أن تشملها الشهادة، وذلك حتى يطمئن الطرف الأخر لصحة البيانات والتعاقدات ويصدر توقيعه، ومن ثم يصبح إبرام العقد الإلكتروني باتا.

يرى بعض الفقه أن مقدم خدمات التصديق بوجه عام أو منظمة عامة أو خاصة تصدر شهادات الكترونية وهذه الشهادات تؤمن صلاحية الموقع أو حجية توقيعه وحمايته وكذلك التأكد من هويته وتوقيعه على هذه الشهادة من شخص له الحق في مزاولة هذا العمل، وهذه الشهادات تمكنه أيضا من معرفة المفتاح العام[34].

و تكون للشهادة قيمة قانونية كاملة في الإثبات إذا اشتملت تشتمل على بيانات معينة تصبغ الثقة على مضمونها وتمنحها حجية قانونية ، ودليل قاطع ، وإلا فلا يمكن للقاضي أن يعتمدها كدليل إثبات.[35]

وبحسب قانون اليونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية لعام 2001 فتشتمل هذه البيانات على ما يلي:

1. تحديد شخصية مقدم خدمة التوثيق، والدولة التي نشأ بها لممارسة اختصاصه.
2. اسم الموقع الفعلي صاحب الشهادة أو اسمه المستعار.
3. ميزة خاصة للموقع عند الاحتجاج إليها وذلك حسب الاستعمال الذي أعطيت الشهادة من أجله.
4. تحديد المفتاح العام الذي يتم من خلاله التحقق من أن التوقيع الرقمي قد ينشأ باستخدام المفتاح الخاص المناظر له والخاضع لسيطرة الموقع وحده.
5. تحديد مدة صلاحية الشهادة من بدايتها وحتى نهاية صلاحيتها.
6. الرقم المسلسل الخاص بالشهادة.
7. التوقيع الالكتروني لمقدم خدمة التصديق القائم بتسليم الشهادة وذلك لتأكيد صحة الشهادة فيما يتعلق بكل من محتواها ومصدرها.
8. حدود استخدام الشهادة عند الاقتضاء.
9. تحديد قيمة الصفقات التي يمكن استخدام الشهادة بشأنها.

ومن الملاحظ أن هذه البيانات بعضها يكون إجباريًا لا غنى

المطلب الثاني : جهات التصديق الإلكتروني

عرف قانون اليونيسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية لسنة 2001 مقدم خدمات التصديق في المادة الثانية الفقرة هـ: مقدم خدمات التصديق : يعني شخصا يصدر الشهادات و يجوز أن يقدم خدمات أخرى ذات صلة بالتوقيعات الإلكترونية.

وعرف المشرع الجزائري مقدم خدمات التصديق الإلكتروني في القانون رقم 15 – 04 المتعلق بالتوقيع والتصديق

الإلكترونيين في المادة الثانية الفقرة 12 التي تنص على : مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني : شخص طبيعي أو معنوي يقوم بمنح شهادات تصديق إلكتروني موصوفة، وقد يقدم خدمات أخرى في مجال التصديق الإلكتروني.

ولا يمكن لمؤدي خدمات التصديق القيام بعملهم إلا بناءا على ترخيص تمنحه السلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني(المادة 33 من قانون) 15 – 04 بناءا على توافر شروط أوردها المشرع في نص المادة 34 من نفس القانون.

ويكلف مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني بتسجيل ،إصدار ، منح ،إلغاء ،نشر وحفظ شهادات التصديق الإلكتروني كما يلزمون بالحفاظ على سرية البيانات والمعلومات المتعلقة بشهادات التصديق الإلكتروني، كما يقومون بتطبيق التعريفات الخاصة بالخدمات الممنوحة ولا يمكن لهم رفض تقديم خدمات بدون سبب وجيه، بالإضافة إلى مهام أخرى حددها المشرع في القانون 15 – 04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكتروني

ويكون مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني مسؤولا عن صحة البيانات التي تتضمنها شهادة التصديق الإلكتروني وقت تسليمها وصحة العلاقة بين صاحب الشهادة وبياناتها الإلكترونية وتقع عليه مسؤولية الضرر الذي يصيب أي شخص وثق بصحة الشهادة بحسن نية [36].

المطلب الثالث : أنواع الشهادات الإلكترونية

أولا :شهادة التأريخ الحقيقي :وهي توثق المعاملة بالتاريخ واليوم والساعة ووقت التوقيع حيث يقوم صاحب الرسالة الإلكترونية بإرسالها إلى هذه الجهة التوثيقية بعد توقيعها ثم تقوم جهة التوثيق بتسجيلها وتوقيعها من جهتها ثم تعيدها إلى مرسلها.

ثانيا :شهادة الرخصة أو الإذن :توثق لبيانات صاحب التوقيع كمؤهلاته ومحل إقامته ويكمن الفرق بين الشهادات السابقة وبين الشهادة الإلكترونية المحمية أن الأولى تصدر بناء على رخصة مسبقة إذ بمجرد اعتماد الموثق الإلكتروني له أن يصدر ما يشاء منها في حين أن الشهادة الإلكترونية المحمية بالإضافة إلى الاعتماد المسبق لجهة التصديق الإلكتروني يجب الحصول على رخصة مسبقة تأذن لمقدم الخدمة لإصدارها.[37]

من خلال ما سبق نلاحظ أن المشرع الجزائري له خياران ،مع إمكانية تفضيل الواحدة عن الأخرى ، فإما أن يوسع من دائرة حماية أمن المعلومات عن طريق سن قوانين أخرى ، وذلك بغرض حماية كل المواضيع المتعلقة بأمن المعلومات ،أو أنه يعدل في القانون 15 – 04 سالف الذكر ، بحيث يدمج المواضيع الأخرى المتعلقة بأمن المعلومات إلى جانب التوقيع الإلكتروني والتصديق الإلكتروني.

و الأفضل إتباعه هو التعديل في القانون 15 – 04 ، وذلك حتى تكون الحماية شاملة وموحدة ، فبخصوص الحماية الشاملة فقد وضحنا بأنها يجب أن تنطوي على مواضيع أوسع ، أما بخصوص الحماية الموحدة فتكون من خلال وضع كل المقتضيات في قانون واحد ، تفاديا للتشتت في التشريعات .

خاتمة :

وفي خاتمة البحث يمكن أن نخلص إلى النتائج التالية :

1 . تعريف الإثبات في القانون يختلف عن تعريفه في الشريعة من جوانب عدة .

2 . لم يورد المقنن الجزائري تعريفا للكتابة وإنما أورد قوة إثباتها في نص المادة 323 مكرر 1.

3 . اهتم الفقه الإسلامي بالكتابة وجعلها أداة إثبات وذلك من خلال أقوال الفقهاء وما توصلوا إليه من خلال آرائهم الفقهية .

4 . يعد العقد الالكتروني وسيلة إثبات حديثة حسب نص المادة 323 مكرر1.

5 . المحرر الالكتروني اهتم بتعريفه الفقه والقضاء دون أن يورد المشرع تعريفا خاصا به دون الخلط بين السند الالكتروني والمحرر الالكتروني .

6 . يمكن أن ينطبق لفظ المحرر على المحرر الالكتروني حسب نص المادة 323 مكرر مدني جزائري.

7 . يمكن أن يكون المحرر الالكتروني حجة في الإثبات أمام غيره من المحررات العرفية وذلك في عدم وجود نص في القانون الجزائري .

8 . القاضي له السلطة التقديرية إذا كان هناك نزاع بين محرر عرفي وآخر الكتروني ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك .

9 . الكتابة الالكترونية لها شرطان لكي يعتبرها المحرر حجة في الإثبات.

10. تفعيل دور القاضي في إعطائه دورا لإثبات حجية المحررات الالكترونية .

10 . المصادر و المراجع :

. سرايش زكريا ، الوجيز في قواعد الإثبات ، دار هومة ،2015.

. ابن منظور، جمال الدين بن مكرم الأنصاري، ت 750هـ ،لسان العرب، دار صادر، بيروت.

. أبو العباس ، المصباح المنير في غريب شرح الكبير ، المكتبة العلمية ، بيروت ، د.ط.

. أبو العز، علي محمد أحمد ، التجارة الإلكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي ، دار النفائس للنشر والتوزيع ،مصر ،2012 ، ص300 .

. الأمر 75-58 لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم عدلت بالقانون رقم. 05 – 10. المؤرخ في. 20. يونيو. *2005.*

. الزحيلي ،محمد مصطفى ، وسائل الإثبات ،مكتبة دار البيان ،بيروت ،ط1، 1982

. الزرقاء ، مصطفى أحمد ، المدخل الفقهي العام ، د . ط ، 1986 م ، ص326 .

. الموسوعة الفقهية ، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية – الكويت الطبعة الثانية، دارالسلاسل – الكويت.

. حجازي ، التوقيع الالكتروني ،دار الفكر الجامعي
. سمير عبد السميع الأودن ،العقد الالكتروني ،دار نشأة المعارف ،د.ط.
. فوزية عبد الستار ، شرح قانون العقوبات ،القسم الخاص ، دار النهضة العربية ، 1979.
. مبروك ، ممدوح محمد ، مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات ،دار النهضة العربية،القاهرة ،2005.
. مجلة الأحكام العدلية ، طبعة بيروت ، المطبعة الأدبية ، 1206هـ .
. محمد بن أبي بكر الرازي،ت 666هـ ، مختار الصحاح ، دار الرسالة الكويت ، 1986.
. مناني فراح ، أدلة الإثبات الحديثة في القانون ،**دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع،الجزائر ،2008** ،
. ناجي الزهراء ، ورقة بحث بعنوان ،التجربة التشريعية الجزائرية في تنظيم المعاملات الالكترونية ، 2009/ 2010
.عايض راشد المري، مدى حجية الوسائل التكنولوجية الحديثة في إثبات العقود التجارية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة1998 .

الهوامش :

---

[1] أبو العباس ، المصباح المنير في غريب شرح الكبير ، المكتبة العلمية ، بيروت ، د.ط. ، ج80/1

2. الموسوعة الفقهية ، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية – الكويت الطبعة الثانية، دارالسلاسل – الكويت. ، ج232/1 .

3 . مجلة الأحكام العدلية ، طبعت بيروت ، المطبعة الأدبية ، 1206هـ 1785

4 مناني فراح ، أدلة الإثبات الحديثة في القانون ،**دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع،الجزائر ،2008 ، ص08**

5 .شرايس زكريا ، الوجيز في قواعد الإثبات ، دار هومة ،2015،ص.64

6. نفسه ، ص 65

7 . حجازي ، التوقيع الالكتروني ،دار الفكر الجامعي ،ص43

8 . الزحيلي ،محمد مصطفى ، وسائل الإثبات ،مكتبة دار البيان ،بيروت ،ط1، 1982 ، ج 2 ، ص 416

9 ـ مناني فراح ، مرجع سابق ، **ص179**

10 ـ الزحيلي ،مرجع سابق ،ج2 ،ص418

11 ـ أبو العز، علي محمد أحمد ، التجارة الإلكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي ، دار النفائس للنشر والتوزيع ،مصر ،2012 ، ص300 .

12. الزرقاء ، مصطفى أحمد ، المدخل الفقهي العام ، د . ط ، 1986 م ، ص 326

13 ـ ابن منظور ، لسان العرب ،مرجع سابق ,ص 606.

14 ـ مبروك ، ممدوح محمد ، مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات ،دار النهضة العربية،القاهرة ،2005، ص87.

45 ـ مناني فراح ، مرجع سابق ، **ص150**

16 ـ عبيدات لورنس محمد، إثبات المحرر الإلكتروني،ط 01 عمان دار الثقافة للنشر والتوزيع 2005 ص51

17 ـ عبيدات لورنس محمد، إثبات المحرر الإلكتروني،ط 01 عمان دار الثقافة للنشر والتوزيع 2005 ص52

18 ـ نفسه ص 53

[19] ـ الأمر 75-58 لـ 26 سبتمر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم عدلت *بالقانون* رقم. 05. -. 10. المؤرخ في. 20. يونيو. *2005*.

[20] ـ القانون 05-10 المعدل والمتمم للأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

20 ـ ناجي الزهراء ، ورقة بحث بعنوان ،التجربة التشريعية الجزائرية في تنظيم المعاملات الالكترونية ، 2010/2009،ص10

[22] ـ سمير عبد السميع الأودن ،العقد الالكتروني ،دار نشأة المعارف ،د.ط،ص157.

[23] ـ سمير عبد السميع الأودن ، ص157

24 . شهادة التوثيق أطلقها قانون المعاملات الالكترونية الأردني ، رقم 75لسنة 2001،في المادة الثانية منه ،وسماها المشرع المصري في التوقيع الالكتروني في المادة 1 شهادة التصديق الالكتروني، وقانون دبي للمعاملات والتجارة الالكترونية بشهادة المصادقة المادة 3 منه.

25 . أنظر سمير عبد السميع ، مرجع سابق ، ص160.

26 . نفسه 160

27 . أنظر سمير عبد السميع ، مرجع سابق ،ص169.

28 . L'article 1316-2

29 . انظر فوزية عبدالستار ، شرح قانون العقوبات ،القسم الخاص ، دار النهضة العربية ، 1979 ،ص257

30 أنظر سمير عبد السميع ، مرجع سابق ،ص170.

31 . L'article 1316-2 stipule que «lorsque la loi n'a pas fixé d'autres principes et à défaut de convention valuable entre les parties le juge règle les conflits de preuve littérales en déterminant par tous moyens le titre les plus vraisemblable quelqu'en soit le support».

32 . انظر فوزية عبدا لستار ، ص260

33 . نفسه ،ص260

34 . حجازي عبد الفتاح بيومي ، مرجع سابق ، ص. 454 – 453

35 . قنديل سعيد السيد ، التوقيع الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2004 ، ص55

36 . تناول المشرع الجزائري مسؤولية مؤدي خدمات التصديق في القانون 04-15 من خلال المواد من 53 إلى غاية60

37 . عايض راشد المري، مدى حجية الوسائل التكنولوجية الحديثة في إثبات العقود التجارية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة 1998 ص330