مبدأ التعادل الوظيفي بين الكتابة الإلكترونية والكتابة التقليدية في الإثبات (دراسة مقارنة في القانونين الجزائري والفرنسي)

*منية نشناش**

ملخص

تسلط هذه الدراسة الضوء على موضوع الكتابة الإلكترونية، معتمدة من التشريع الجزائري محوراً رئيسياً وأساساً قانونياً لها، مع إجراء مقارنة مع مجموعة من التشريعات العربية والأجنبية، هادفة إلى توضيح ماهية الكتابة الإلكترونية ، وتبيان مدى حجيتها في الإثبات .

وقد انتهت هذه الدراسة إلى نتيجة رئيسة مفادها، إمكانية تحقيق الكتابة الإلكترونية لجميع وظائف الكتابة التقليدية ، وإن كانت تختلف عنها في طبيعتها وبيئتها والدعامة المفرغة عليها خاصة بعد الرعاية التشريعية التي أحيطت بها مؤخراً من قبل المشرع الجزائري وذلك بإقراره لمبدأ الفصل بين الكتابة والدعامة المثبتة عليها، وكذا مبدأ التعادل الوظيفي فيما بين أنواع الكتابة، هذا الأخير الذي سمح للكتابة الإلكترونية بالارتقاء إلى مصاف الأدلة الكتابية المقبولة في الإثبات، وأتاح لها التمتع بنفس القوة الثبوتية الممنوحة للكتابة التقليدية، طبعا متى توافرت لها الشروط القانونية والتقنية التي تضمن صحتها وسلامتها.

الكلمات الدالة: الكتابة الالكترونية، الكتابة التقليدية، المشرع الجزائري، التعادل الوظيفي، الإثبات.

المقدمـــة

في عالم تتقارع فيه المزاعم، وتتصارع فيه المصالح، لا بد من وسيلة يعتمد عليها الأشخاص في صيانة وضمان حقوقهم، ذلك أن الشخص ليس بإمكانه أن يقتضي حقه بنفسه، بل عليه اللجوء إلى القضاء، وإقامة الدليل أمام القاضي على وجود الحق الذي ينازعه فيه الغير، إذ لا يعطي الناس بدعواهم، ولو أعطي كل امرئ بدعواه لما ثبت حق ولا بطل باطل، ولا استقر ملك أحد على مال[1].

وحتى لا تضيع حقوق أفراد المجتمع عمدت مختلف الدول إلى تحديد وسائل وطرق إثبات الحقوق، ووضعت لها أحكاماً في تشريعاتها الداخلية فأقرت بموجبها مبادئ عامة أسست عليها نظرية الإثبات من جهة، وفتحت الباب لإقرار بعض الاستثناءات على هذه المبادئ كان هدفها عدم التضييق على الأفراد وتسهيل عملية الإثبات من جهة أخرى.

ولم يتخلف المشرع الجزائري بدوره عن ركب هذه الدول، فقد وضع هو الآخر قواعد عامة أرسى بموجبها المبادئ العامة لنظرية الإثبات، وفتح المجال لإعمال بعض الاستثناءات ويأتي على رأس المبادئ العامة التي أقرها، مبدأ وجوب الإثبات بالدليل الكتابي في المواد المدنية متى تجاوزت قيمة التصرف القانوني 100 ألف دينار جزائري، أو كانت غير محددة، وإن كان هذا المبدأ هو السائد في المواد المدنية، فإن الذي يسود المواد التجارية هو مبدأ حرية الإثبات، هذا إلى جانب مبدأ ثالث أقره المشرع سنة 2005، وهو مبدأ التعادل الوظيفي بين كل من الكتابة الإلكترونية والكتابة التقليدية في الحجية و أكد عليه حديثا – سنة 2015– بموجب الفصل الأول من الباب الثاني من القانون 15–04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين[2].

ويتطلب توضيح كنه مبدأ التعادل الوظيفي بين نوعي الكتابة بالضرورة توضيح ماهية الطرفين اللذين تتم بينهما هاته المعادلة و المساواة وهما الكتابة الالكترونية من جهة و الكتابة التقليدية من جهة أخرى ، ولما كانت هذه الأخيرة غنية عن التعريف و لا تحتاج إلى توضيح، فسنكتفي بتسليط الضوء على الكتابة الالكترونية باعتبارها مفهوما حديثا نسبيا قد يحتاج إلى بعض التوضيح ولو بالقدر الذي يتطلبه هذا البحث.

أهمية الدراسة: تكمن أهمية هذه الدراسة في تكوين صورة واضحة عن الدور الذي تلعبه الكتابة الإلكترونية في إثبات التصرفات القانونية المبرمة عبر شبكة الإنترنت ومختلف وسائل الاتصال الحديثة، فلا شك أن موضوع التجارة الإلكترونية والتعاقد الإلكتروني أضحى من أهم الموضوعات وأكثرها جدلاً في الأوساط الاقتصادية والقانونية،على اعتباره من آخر ما توصل إليه إبداع العقل البشري، ليصبح لبنة من لبنات الفكر

* كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، الجزائر. تاريخ استلام البحث 2016/3/26، وتاريخ قبوله 2016/10/26.

© 2018 عمادة البحث العلمي/ الجامعة الأردنية. جميع الحقوق محفوظة.

المحتاج إلى كثير من البحث والإماطة والتمحيص.

كما يستمد موضوع هذه الدراسة أهميته من أهمية موضوع الإثبات في حد ذاته، ذلك أن الحق يكون عديم القيمة إذا عجز صاحبه عن إثبات وجوده، فالدليل هو قوام حياة الحق ومعقد النفع فيه؛ ولا تقتصر أهمية الإثبات على مصلحة الفرد صاحب الحق فحسب باعتباره – الإثبات– الوسيلة العملية التي يعتمد عليها في صيانة حقوقه، بل يتخطاه ليحقق مصلحة عامة للمجتمع ككل، إذ يؤذي إثبات الحق إلى إنهاء النزاعات وتحقيق مقتضيات العدالة فيما بين الأفراد ووصول كل حق إلى صاحبه، مهما كان مصدر هذا الحق أو الطريقة التي نشأ بها وسواء أكانت تقليدية أم إلكترونية.

إشكالية الدراسة: تتمحور الدراسة حول قَصدْ المشرع من مبدأ التعادل الوظيفي بين الكتابة التقليدية والكتابة الإلكترونية وهل يعدّ هذا الأخير وبالطريقة التي نظمه من خلالها المشرع كما وكيفا–من حيث النصوص القانونية– كافيا لاقتناع القضاة بالكتابة الإلكترونية كدليل كتابي له كامل الحجية الممنوحة للأدلة الكتابية التقليدية في الإثبات ؟

وتأسيسا على هذه الإشكالية فإن تساؤلات عدة تثار في هذا المجال أهمها:

- ما المقصود بالكتابة الإلكترونية من منظور القانون الجزائري؟
- ما مدى انطباق شروط الكتابة التقليدية على الكتابة الإلكترونية؟
- ما الكيفية الصحيحة لتهيئة وإعداد الكتابة الإلكترونية لأداء دورها كدليل كتابي كامل في الإثبات؟
- ما موقف المشرع الجزائري من قبول الكتابة الإلكترونية كدليل إثبات، وما مدى الحجية المعطاة لها من قبله؟ هل ساوى المشرع بينها وبين أنواع الكتابة الأخرى في الإثبات؟ أم أنه خصها بأحكام خاصة وقيدها بشروط وضوابط معينة؟
- هل تخضع الكتابة الإلكترونية لنفس القواعد التي تخضع لها الكتابة التقليدية، أم أن إقرارها يحتاج لاستحداث قواعد جديدة خاصة بها؟ على اعتبار أن اعتماد الشكل الجديد للكتابة قد يطرح اختلافات في تطبيق بعض المفاهيم المتعلقة بها بمناسبة طرح النزاعات أمام القضاء؟

منهج الدراسة: نظراً لحداثة موضوع البحث وعدم وجود تنظيم وتغطية قانونية كافية له في التشريع الجزائري، وبهدف تحقيق الغاية المرجوة من اختيار الباحث لهذا الموضوع كان من الضروري عدم الاقتصار على إتباع منهج بعينه، وإنما اللجوء إلى المزج بين عدة مناهج يتقدمها المنهج المقارن، بحيث كان لابد من الإشارة –قدر الإمكان– إلى الأحكام القانونية المتعلقة بالمحررات الإلكترونية، التي وردت في التشريعات المختلفة سواء أكان على المستوى العربي أم الدولي، وذلك بهدف الوصول إلى تحديد أوجه الاختلاف والاتفاق بينها، وبين التشريع الجزائري؛ وإلى جانب المنهج المقارن اقتضت طبيعة الدراسة اتباع المنهج التحليلي من حيث إعطاء المعلومة وتحليلها، وذلك من خلال تناول النصوص القانونية ذات العلاقة بالموضوع والسعي إلى تحليلها وإظهار الإشكاليات التي تثيرها، والبحث عن إجابات وحلول قانونية لها اعتمادا – أخيرا– على المنهج الاستنتاجي.

خطة الدراسة: تم تقسيم هذا البحث إلى مبحثين خصص الأول منهما للحديث في ماهية الكتابة الالكترونية أما الآخر فخصص لتحديد الضوابط التي تحكم مبدأ التعادل الوظيفي بين نوعي الكتابة وفق الخطة التالية:

المبحث الأول: ماهية الكتابة الإلكترونية.

المطلب الأول: تعريف الكتابة الإلكترونية.

المطلب الثاني: الشروط اللازم توافرها في الكتابة الإلكترونية.

المطلب الثالث: بيئة الكتابة الإلكترونية.

المطلب الرابع: تمييز الكتابة الالكترونية عن الكتابة التقليدية.

المبحث الثاني: الضوابط القانونية لمبدأ التعادل الوظيفي بين الكتابة الإلكترونية والكتابة التقليدية .

المطلب الأول: عرض مبدأ التعادل الوظيفي بين الكتابة الإلكترونية والكتابة التقليدية.

المطلب الثاني: الشروط المقيدة لمبدأ التعادل الوظيفي.

المطلب الثالث: نتائج تطبيق مبدأ التعادل الوظيفي بين الكتابة التقليدية والكتابة الإلكترونية.

المبحث الأول
ماهية الكتابة الإلكترونية

قبل ولوج صلب هذا المبحث، ارتأينا الإشارة إلى بعض الأمور المهمة والمتعلقة بموضوع الكتابة، فجدير بالذكر أن هذه الأخيرة كانت هي الوسيلة الشائعة في الإثبات منذ القدم[3]، وكانت تتخذ أشكالا وصورا متعددة كالرموز والحروف والأرقام وغيرها، كما لا يخفى على أحد المكانة التي تبوأتها الكتابة ببزوغ فجر الإسلام، فقد أمر الله سبحانه وتعالى في كتابه العزيز بكتابة الديون و المعاملات من خلال الآية 283 من سورة البقرة.

ثم جاءت القوانين الوضعية بأدلة الإثبات وقسمتها فجعلت الأدلة الكتابية في قمة الهرم بين الأدلة المقبولة للإثبات عموماً، ذلك أنها توفر ضمانات للخصوم لا توفرها لهم غيرها من الأدلة،

فجعلتها وسيلة الإثبات الأساسية فيما يتعلق بالتصرفات القانونية، معترفة لها في ذات الوقت بقوة إثبات مطلقة، حيث يمكن أن تثبت عن طريقها جميع الوقائع القانونية، بينما لا يكون للشهادة أو القرائن القضائية إلا قوة محدودة في الإثبات[4].

والملاحظ في الحياة العملية أنه كثيرا ما يُخلط بين التصرف القانوني وأداة إثباته، فيقال مثلاً، عقد بيع رسمي، أو عقد بيع عرفي، ويقصد بذلك الورقة الرسمية أو الورقة العرفية المثبتة للتصرف القانوني وعقد البيع، غير أنه يجب التحرز من مثل هذا الخلط، ذلك أن كلمة "عقد" هي كلمة تطلق على التصرف القانوني الذي يتم بتوافق إرادتين، أما الورقة فهي الدعامة التي يفرغ فيها هذا التصرف فتكون أداة إثبات عليه، ولهذا التفريق أهمية بالغة، إذ أنه من المحتمل أن يكون التصرف القانوني باطلاً رغم استيفاء المحرر المثبت له شروط صحته المتطلبة قانوناً، كما أنه من الممكن أن يكون التصرف صحيحاً رغم عدم استيفاء المحرر للشروط القانونية المتطلبة، فيبقى هذا التصرف قابلاً للإثبات بوسائل أخرى كالإقرار أو اليمين مثلاً[5].

كذلك يجب التمييز بين الكتابة التي تعدّ ركناً شكلياً في بعض التصرفات القانونية والكتابة كأداة للإثبات فحسب في البعض الآخر، فقد يتطلب القانون شكلاً خاصاً في بعض التصرفات كالكتابة الرسمية في عقد بيع العقار، وعقد الرهن الرسمي، ففي مثل هذه الحالات تكون الكتابة لازمة كركن لانعقاد العقد يؤدي تخلفها إلى وقوع التصرف باطلا بطلاناً مطلقاً. أما إذا استلزم القانون الكتابة كوسيلة لإثبات التصرف كما في عقد الكفالة وعقد الصلح، فإن تخلفها لا يؤثر على وجود التصرف الذي يكون صحيحاً مستوفيا لأركانه، كل ما في الامر أنه يتعذر إثباته بالكتابة ولا يبقى إثباته ممكنا إلا عن طريق ما يقوم مقام الكتابة من أدلة كالإقرار واليمين الحاسمة[6].

المطلب الأول: تعريف الكتابة الإلكترونية

إن تحديد معنى دقيق ومنضبط للكتابة، إنما يقتضي التعرض لمعناها من المنظور اللغوي والمنطقي، ثم التشريعي.

الفرع الأول: التعريف اللغوي للكتابة الإلكترونية

أولا:مصطلح الكتابة

الكتابة لغة: مشتقة من الفعل الثلاثي كتب بمعنى خط، فيقال كتب الشيء أي خطه، والكتاب ما كُتب فيه، والكتابة : هي ما يخطه الإنسان[7].كما تعني: ضم شيء إلى شيء، وقد استعير هذا المعنى للتعبير عن تصوير الكلام بحروف الهجاء وذلك لأن هذا التصوير إنما يتم بضم الحروف بعضها إلى بعض.

ويتضح من هذا أن الكتابة هي تصوير للكلام وعلى ذلك فلا يشترط فيها إلا أن تكون مثل ذلك الكلام واضحة وبينة، توصل المعنى إلى القارئ كما يوصله الكلام إلى السامع[8].

وتجدر الإشارة إلى ضرورة التمييز بين الكتابة كاسم، و الذي يعني مجملاً تلك الرموز والحروف المخطوطة في حد ذاتها وبين الكتابة كمصدر، ويعني عملية وضع تلك الرموز والحروف، وكلامنا عن الكتابة في هذا المقام سوف يتحدد نطاقه بالكتابة كاسم لا كمصدر، فالأول هو الذي يدخل في تكوين الدليل الكتابي ويشكل عنصراً فيه[9].

وقد اعتبر علماء المنطق الكتابة مرتبة من مراتب وجود الشيء[10]، تتمثل في ما يعبر عن لفظه الدال عليه، وقد وجدت كطريقة يتوصل من خلالها الكاتب إلى جلب معنى الألفاظ المكتوبة إلى ذهن القارئ، ويترتب على القول بأن الكتابة هي وسيلة لتوصيل المعنى إلى الذهن نتيجتان مهمتان:

الأولى: إن أهمية الكتابة تكمن فيما تؤدي إليه من جلب المعنى إلى الذهن، فهي بناء على ذلك ليست سوى رموز اصطلح عليها بين الكاتب والقارئ[11].

الأخرى: إن شكل وطريقة تدوين الكتابة لا أهمية لهما طالما كانت تلك الكتابة مؤدية لوظيفتها في توصيل الغرض منها إلى القارئ، وعلى ذلك، فإن تحديد المفهوم بالكتابة يجب أن يتم في ضوء وظيفتها والغرض منها، وليس على أساس نوعية الوسيط أو نوع الحبر المستخدم

أو شكل الرموز المستعملة في تدوينها[12].

ثانيا:مصطلح "الإلكترونية"

أما مصطلح الالكترونية فهو نسبة إلى الإلكترون المعروف في علم الفيزياء وهو عنصر أول ثابت ذو شِحنة كهربائية سلبية، يمثل أساس الآليات الإلكترونية ، وهو أحد المكونات في ذرة المادة.

وأساس نسبة هذا المصطلح إلى الكتابة هو أنها تتخذ شكل معادلات خوارزمية تنفذ من خلال عمليات إدخال البيانات و المعلومات وإخراجها من خلال شاشة الكمبيوتر، والتي تتم من خلال تغذية الجهاز بهذه المعلومات عن طريق وحدات الإدخال، والتي تتبلور في لوحة المفاتيح أو استرجاع المعلومات المخزنة في وحدة المعالجة المركزية (unité Centrale)، وبعد الفراغ من معالجة تلك البيانات يتم كتابتها على أجهزة الإخراج المتمثلة في شاشة الحاسب أو طباعة هذه المحررات على الطابعة ومختلف أجهزة الإخراج.

فالدليل الكتابي أو المحرر الالكتروني يتكون من مادة قابلة للتمغنط، تتم من خلالها عملية تضمين المعلومات، وذلك عن طريق مغنطة كل نقطة من نقاط مادة المحرر بواسطة إمرار تيار كهربائي فيها، فيتشكل لدينا مجموعة رموز تتكون من الرقمين (0 و1) دون غيرهما يكونان ما يعرف بنظام الأرقام

الثنائية ، حيث يمكن من خلاله الإشارة إلى أية كلمة أو رمز أو رقم بسلسلة من الأرقام تكون مكونة من الرقمين أعلاه تترجم فيما بعد عبر شاشة الكمبيوتر إلى لغة مفهومة يتم برمجتها وتنسيقها على جهاز الكمبيوتر الذي يقوم بقراءتها وتحويلها إلى لغة مكتوبة ومقروءة محفوظة على دعامة إلكترونية.

بعد أن بينا المفهوم اللغوي والمنطقي للكتابة، نعرض من خلال الفرع التالي إلى مفهومها التشريعي وذلك من خلال ما يلي:

الفرع الثاني: التعريف التشريعي للكتابة الإلكترونية

أولا: تعريف الكتابة الإلكترونية في التشريعات المقارنة

نتناول في هذا الفرع مفهوم الكتابة في ظل لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي ثم مفهومها في القانون الفرنسي باعتباره المصدر التاريخي للتشريع الجزائري، ثم تعريفها في بعض القوانين العربية، وذلك من خلال النقاط التالية:

1- مفهوم الكتابة الإلكترونية لدى لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي:

توصل الفريق العامل الرابع التابع للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي[13]، والمكلف بالعمل التحضيري بشأن التجارة الإلكترونية، بعد وضعه الدليل القانوني الخاص بقبول التحويلات الإلكترونية للأموال سنة 1978، وتوصية سنة 1985 المتعلقة بالقيمة القانونية للسجلات الحاسوبية إلى وضع قانونين الأول سمي بقانون اليونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية والثاني سمي بقانون اليونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية، وتلتهما اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالخطابات الإلكترونية في العقود الدولية لسنة 2005[14].

وتنص المادة (6) من قانون اليونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية المعالجة لمسألة الكتابة على ما يلي:" 1- عندما يشترط القانون أن تكون المعلومات مكتوبة، تستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط إذا تيسر الإطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليها لاحقا ".

أما تعريف رسالة البيانات وفق المادة 2/أ من ذات القانون فجاء كما يلي: هي "المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية، أو ضوئية أو بوسائل مشابهة بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي".

ويلاحظ تأكيد هذه المادة على عدم الاعتداد بنوع الوسيط الحامل للبيانات المكتوبة في الإثبات ، وذلك حين قررت أن قدرة الوسيط أو الحامل على الاحتفاظ بما دون عليه يتحقق معه الاعتراف بهذا الوسيط في مجال الإثبات، وعليه فلا وجود لأي ارتباط قانوني بين الكتابة وبين وجوب تدوينها على وسيط معين بالذات، حيث المقصود بها – وكما سبق الذكر – يجب أن يتم تحديده في ضوء وظيفة هذه الكتابة والغرض منها، وليس على أساس طبيعة أو نوعية الوسيط المفرغة عليه أو المنشأة أو المخزنة أو المرسلة أو المستقبلة بوساطته ، ولا شكل الحروف أو الرموز المستخدمة في تدوينها[15].

2- تعريف الكتابة الإلكترونية في القانون الفرنسي

كان موقف المشرع الفرنسي أكثر وضوحاً وجرأة بشأن إرساء قواعد الإثبات بالكتابة في شكلها الإلكتروني، حيث قام بإحداث تعديلات [16] جذرية على الأفكار التقليدية التي كانت تقوم عليها قواعد الإثبات في القانون المدني، وقد وقعت هذه التعديلات على النصوص المتعلقة بالأدلة الكتابية ليدخل في نطاقها المحررات الإلكترونية، وأزيلت بها كل عقبات قبول الكتابة الإلكترونية في الإثبات، وقد جاءت هذه التعديلات استجابة من المشرع الفرنسي على غرار الدول الأوروبية الأخرى لتوجيهات الإتحاد الأوروبي بشأن الاعتراف بالوسائط غير الورقية في إثبات مختلف المعاملات والتصرفات المبرمة عن بعد[17].

وقد كانت المادة 1316 من القانون المدني أحد محاور التعديل الذي جاء به القانون رقم 2000-230[18] حيث أصبح حكمها يتسع ليشمل إلى جانب الكتابة التقليدية الكتابة في الشكل الإلكتروني وكل أنواع الكتابة الممكن تصورها، سواء الموجود منها حالياً، أو ما هو في طور التجريب مثل الكتابة البيولوجية ، أو ما قد يظهر مستقبلا[19].

هذا ويلاحظ أن المشرع الفرنسي لم يضع تعريفاً مباشراً للكتابة الإلكترونية، وإنما عرفها بطريقة غير مباشرة من خلال تعريفه للدليل الكتابي بموجب نص المادة 1316 أعلاه، التي جاء نصها كالتالي:" الدليل الكتابي أو الإثبات عن طريق الكتابة، هو نتيجة تسلسل حروف أو علامات أو أرقام أو أية إشارات أو رموز ذات دلالة قابلة للإدراك أياً كانت دعامتها أو طرق نقلها"[20].

وقد كرّس هذا النص مبدأ عاماً يعدّ من أسس التشريع الفرنسي حول قواعد الإثبات، هو مبدأ الحياد التقني القاضي بعدم التمييز بين أنواع الكتابة على أساس التقنية المستخدمة في إنشائها أو الدعامة المفرغة عليها أو حتى الوسيلة المستعملة في نقلها، فقد أطلق المشرع مصطلح الكتابة دون تحديد فيما إذا كانت يدوية أو رقمية، ودون الالتفات لنوع الدعامة المستخدمة في تثبيتها، وإن كان شدد على ضرورة أن تكون هذه الكتابة ذات دلالة تعبيرية واضحة ومفهومة.

ويترتب على الأخذ بهذا المبدأ نتيجة مفادها أن حجة الدليل الكتابي في الإثبات لا يمكن النيل منها أو إنكارها بسبب الطريقة

المستخدمة في تدوين مضمونه أو الوسيلة التي تتم بواسطتها عملية نقل ذلك المضمون طالما كانت جديرة باحتواء الكتابة أو نقلها والحفاظ عليها[21].

ولا يقتصر المشرع الفرنسي عند حد التوسعة من مفهوم الكتابة، بل أقر إلى جانب ذلك مبادئ أخرى، فأعطى بموجب الفقرة الثانية من المادة 1316 للقاضي سلطة فض التنازع بين الأدلة الكتابية أيا كانت الدعامات التي تقع عليها، وأجاز بموجب المادة 1317 إفراغ المحررات الرسمية على دعامة إلكترونية، وإن كان ذلك يخضع لضوابط معينة لم تصدر بعد، وأنزل بموجب الفقرة الرابعة من المادة 1316 المحررات الإلكترونية نفس منزلة المحررات التقليدية في الحجية في إطار ما يعرف بمبدأ التعادل الوظيفي[22].

3- تعريف الكتابة الإلكترونية في القانون الأردني

لم يتطرق قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2001 إلى تعريف الكتابة الإلكترونية بشكل مباشر، وإنما عرض لها أثناء تعريفه لمصطلح المعلومات من خلال المادة الثانية منه، التي نصت على أن المعلومات "هي البيانات والنصوص والصور والأشكال والأصوات والرموز وقواعد البيانات وبرامج الحاسوب وما شابه ذلك"، فالبيانات والنصوص المذكورة عادة تتكون من مجموعة أحرف أو أرقام تشكل في النهاية كتابة مقروءة، وحيث أنها تثبت على حامل إلكتروني فتكون عندها كتابة إلكترونية[23].

4- تعريف الكتابة الإلكترونية في القانون المصري

في سياق التوجه العالمي الجديد في الاعتراف الرسمي بمدى قدرة المستخرجات الإلكترونية على تحقيق الائتمان والموثوقية كدليل للإثبات، أصدر المشرع المصري قانونا خاصاً يتعلق بتنظيم التوقيع الإلكتروني وبإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات[24].

وقد انفرد هذا القانون من بين جميع القوانين العربية التي نظمت المعاملات الإلكترونية بالتعرض بشكل مباشر لتعريف الكتابة الإلكترونية، فجاء في المادة 1/أ ما يلي: "الكتابة الإلكترونية هي كل حروف أو أرقام أو رموز أو أي علامات أخرى تثبت على دعامة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أية وسيلة أخرى مشابهة وتعطي دلالة قابلة للإدراك".

ثانيا: تعريف الكتابة الإلكترونية في التشريع الجزائري

لم يكن موقف المشرع الجزائري مختلفاً عن غيره من التشريعات، وجاء مواكباً للتطورات والمستجدات التي نادت بها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي إذ قام بتعديل أحكام الإثبات المنظمة في القانون المدني وذلك بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 ، عندما أضاف – لنصوص التقنين المدني– المادتين323 مكرر و323 مكرر 1 وعدل نص المادة 327 منه. ونصت المادة 323 مكرر على أنه " ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم، مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها، وكذا طرق إرسالها".

أما المادة 323 مكرر1 فجاء نصها كالتالي:" 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".

باستقراء أحكام المادتين أعلاه نلاحظ أن المشرع قد أرسى مجموعة من المبادئ والمفاهيم يمكن اعتبارها خصائص تميز التعريف الجديد للكتابة نجملها من خلال النقطة التالية:

خصائص التعريف الجديد للكتابة

- الملاحظ أن نص المادة 323 مكرر من القانون المدني، يعدّ أول نص عرف من خلاله المشرع الكتابة التي يمكن استعمالها كوسيلة إثبات للتصرفات القانونية بصفة عامة، والتصرفات الإلكترونية بصفة خاصة، وذلك لتفادي الجدل الذي قد يثار حول الاعتراف بالكتابة الإلكترونية كدليل إثبات، كون الكتابة بمفهومها " التقليدي " كان مرتبطا بشكل وثيق بالدعامة المادية –خاصة الورق– التي يفرغ عليها، إلى درجة عدم إمكانية الفصل بينهما، وبالتالي لم يكن القانون يعترف بالكتابة المدونة على دعامة إلكترونية افتراضية، والتي لا تترك أثرا ماديا مدونا له نفس الأثر المكتوب على الورق في الإثبات.
- إنه وسع مفهوم الكتابة أثناء تعريفه للدليل الكتابي ليشمل إضافة إلى الكتابة الخطية، الكتابة الإلكترونية، وأي شكل آخر قد يظهر بالمستقبل، وذلك حين أطلق مفهوم الكتابة لتشمل كل حرف أو وصف أو رقم أو علامة أو رمز، دون تحديد فيما إذا كانت يدوية أو رقمية، ودون التفات لنوع الدعامة المستخدمة في تثبيتها ،على أنه عاد واشترط أن تكون هذه الكتابة مفهومة وذات دلالة تعبيرية واضحة وهو شرط منطقي، ذلك أنه متى تم التعبير عن الكتابة في صورة شفرة أو كود رقمي، أو معادلة أو رسم فإن هذه الكتابة لن يعترف لها بحجية تذكر، إلا إذا كانت ممكنة الاسترجاع والحصول عليها بطريقة مقروءة ومفهومة.
- كرّس المشرع مبدأ الفصل بين الكتابة والدعامة المستخدمة في تثبيتها فسواء أكانت مثبتة على دعامة مادية أم إلكترونية أم رقمية أم ضوئية أم أية دعامة أخرى فإن ذلك لا يؤثر في قوتها الثبوتية ولا ينال منها.
- إلى جانب المبدأ السابق أقر المشرع مبدأ آخر وهو مبدأ الحياد التقني، الذي يقضي بعدم التمييز بين أنواع الكتابة في الحجية بسبب التقنية المستخدمة في إنشائها، إرسالها، نقلها، أو

استلامها. إذ ليس العبرة بالتقنية المستخدمة في إنشائها أو الوسيط الذي تنتقل عبره، بل المعول عليه الأساسي هو جدارة الطريقة المستخدمة في إنشاء الكتابة أو نقلها وفي الحفاظ عليها وتحقيق شرط الثبات والاستمرارية على نحو يسمح باسترجاعها عند الحاجة إليها[25].

- حتى تتحقق الفائدة من المبدأين السابقين عاد المشرع وكرّس بموجب المادة 323 مكرر1 مبدأ ثالثاً وهو مبدأ التعادل الوظيفي بين كل من الكتابة في الشكل الإلكتروني والكتابة في الشكل التقليدي الذي هو محل دراستنا هذه وربط إعماله بتوفر شروط معينة.

من خلال هذه الخصائص يتضح أن هذا المفهوم الجديد للكتابة " أدخل مسحة من التطور على مفهوم الكتابة مما آل إلى التخلي عن التعريف التقليدي المرتكز على المفهوم الورقي والمادي، فالاعتراف بالكتابة في الشكل الالكتروني قد أدى في الحقيقة إلى تقويض ثنائية المحتوى والوعاء – (contenu support)، التي كانت تشكل إحدى أهم خصائص الكتابة التقليدية "[26].

المطلب الثاني:الشروط اللازم توافرها في الكتابة الإلكترونية

اتفق الفقه على أنه حتى تقوم الكتابة بوظيفتها القانونية وتقبل كدليل يتربع على عرش أدلة الإثبات لا بد أن تتوفر على ثلاثة شروط وهي:

1-أن تكون الكتابة مقروءة (Lisible): فيجب أن يكون الدليل الكتابي الحامل لهذه الكتابة ناطقاً بما فيه، بأن تكون الكتابة المتضمنة فيه دالة على مضمون التصرف القانوني بشكل مفهوم وواضح ومقروء، و هو الأمر الذي يفترض وجود هذه الكتابة قبل اشتراط أن تكون مقروءة.

2-استمرارية الكتابة (Durabilité): كما يجب أن تدون الكتابة على وسيلة تسمح بثباتها عليه واستمرارها بهدف جعل الرجوع إليها ومراجعتها عند الحاجة أمراً ممكناً.

3-ضمان عدم التعديل (Irréversibilité): سواء بالإضافة أو الحذف أو التغيير إلا بظهور عيوب مادية في المحرر تسمح للقاضي بتقدير ما يترتب عن ذلك من آثار قانونية[27].

وحدد المشرع الجزائري شروط الاعتداد بالكتابة الإلكترونية من خلال المادتين 323 مكرر والمادة 323 مكرر1 من القانون المدني إلا أنه يؤخذ على هذين النصين قصورهما وعجزهما عن الإجابة عن عديد التساؤلات القانونية. فحتى مع تحديد المشرع من خلالهما لشروط الكتابة الإلكترونية وإقراره العديد من المبادئ العامة المهمة في مجال الاعتداد بالدليل الإلكتروني في الإثبات، إلا أنه لم يحدد آليات تطبيق النصوص المحددة لتلك الشروط ولا كيفية التحقق منها ، وهو الأمر الذي سيستدعي اللجوء إلى القوانين النموذجية للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي وبعض التشريعات الداخلية المقارنة الناظمة لموضوع الإثبات الإلكتروني في محاولة لشرح الشروط التي نص عليها.

وقد اشترط المشرع الجزائري على الكتابة الإلكترونية تحصيل ثلاثة شروط لا غنى لها عنها إذا ما أرادت التمتع بحجية الأدلة الكتابية الكاملة، نرجئ الحديث عنها إلى حين التطرق إلى الشروط المقيدة لمبدأ التعادل الوظيفي وذلك تجنبا للتكرار.

المطلب الثالث:بيئة الكتابة الإلكترونية

نتج عن التزاوج بين التطور في مجال المعلوماتية، والتطور في مجال تقنيات الاتصال ظهور شبكة المعلومات الدولية والتي شهدت تقدماً يفوق الخيال، وساعدت على ازدهار التجارة الإلكترونية، واستخدام تقنيات الاتصال الحديثة في التفاوض على العقود وإبرامها[28].

ويتطلب الحديث عن البيئة التي أوجدت الكتابة الإلكترونية التطرق إلى تطور الحاسب الآلي كأهم جهاز تستخدم من خلاله الكتابة الالكترونية، ثم إلى شبكة المعلومات الدولية وذلك وفق ما يلي:

الفرع الأول:الحاسب الآلي أهم أجهزة الاتصال الحديثة

تعددت التسميات المعطاة للحاسب الآلي ففي الوقت الذي اعتمد فيه المجتمع اللغوي المصري تسمية الحاسب الإلكتروني أطلقت عليه المنظمة العربية للمواصفات اسم "الحاسوب" ويطلق عليه في الإنجليزية "Computer" وهو مشتق من الفعل (Computer) بمعنى يحتسب أما في الفرنسية فيسمى (ordinateur) وتعني المنظم، ويمكن تعريف الحاسب الآلي بأنه "جهاز كهربائي يستخدم في تداول البيانات بطريقة معينة وإعطاء النتائج وفقاً لتعليمات المعالجة المخزونة وإخراج النتائج دون تدخل من الإنسان وذلك بموجب تعليمات وأوامر تقدم له مسبقاً"[29].

وقد انتشر استخدام هذا الجهاز في جميع مجالات الحياة، وكان لاستخدامه أثر واضح فيها، ويرجع سبب ذلك إلى قدرة الحاسب الإلكتروني على تقبل كم هائل من البيانات وتخزينها واسترجاعها في أي وقت وكذا إجراء العمليات الحسابية بسرعة فائقة ودقة متناهية[30].

ويتكون أي نظام حاسب آلي من:

1- مكونات مادية [31] (Hardware):

يمكن تقسيم المكونات المادية في الحاسب الآلي إلى ثلاثة أقسام رئيسة هي:

أ- وحدة التشغيل: وتتشكل من: الذاكرة الرئيسية – وحدة

الحساب والمنطق – وحدة التحكم.

ب– وحدات الإدخال (Input Devices): ووحدات الإخراج (Output Devices): تستخدم في إدخال وإخراج الكتابة الإلكترونية، وتتمثل وحدات الإدخال في: لوحة المفاتيح، عصا الأعصاب، الفأرة، الماسح الضوئي، ماسح كود الأعمدة، أجهزة التعرف الضوئي على الحروف، شاشات اللمس... وغيرها. أما وحدات الإخراج فتتمثل في: شاشات العرض، الطابعة، الراسم، الميكروفيلم وغيرها.

ج– وحدات التخزين: تستخدم في حفظ وتخزين الكتابة الإلكترونية ونذكر منها وحدة الأقراص المرنة، وحدة الأقراص الصلبة والأشرطة المغناطيسية وغيرها.

2– **البرمجيات (Software):**

التي يمكن تعريفها على أنها "مجموعة من الأوامر والتعليمات المكتوبة بلغة ما موجهة إلى جهاز تقني معقد يسمى الحاسب بغرض الوصول إلى نتيجة محددة أو إنجاز عمليات معينة"[32].

3– **العنصر البشري (User):**

ويتمثل في الأفراد المتعاملين بجهاز الحاسوب أما العمليات الأساسية التي تتخذها أجهزة الكمبيوتر فهي[33]:

1– استقبال البيانات المدخلة: ويقصد بذلك الحصول على الحقائق المجردة والرسومات.

2– معالجة البيانات لتحويلها إلى معلومات ويتم ذلك من خلال إجراء الحسابات والمقارنات ومعالجتها.

3–إظهار المعلومات المخرجة، فيتم بذلك الحصول على النتائج النهائية.

ويستخدم في عملية تبادل المعلومات و البيانات الإلكترونية إلى جانب الحاسب الآلي العديد من أجهزة الاتصال الحديثة الأخرى لا يتسع المجال هنا للحديث عنها جميعا لذا نكتفي بذكر البعض منها فقط وذلك بعد تعريفها.

ويمكن تعريف أجهزة الاتصال الحديثة بأنها "كل جهاز يقوم بإرسال أو استقبال العلامات والإشارات والخطوط المكتوبة، وكذلك الصور والتعاملات أيا كان نوعها يستوي في هذا الاتصال أن يكون سلكياً أو لاسلكياً، كما يستوي أن يتم سمعياً أو بصرياً أو بأي نظام آخر"[34].

وأجهزة الاتصال الحديثة كثيرة ومتعددة، وإن كانت تتشارك كلها في صفة السرعة في الاتصال وفوريته، نذكر منها الهاتف سواء الأرضي أو المحمول، التلكس، الفاكس، الميني تل، والتليتكس (Télétex) وجهاز (Télématique) والذي يسمى (محطة المصرف المنزلي) وكذا جهاز الكمبيوتر السابق الذكر.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد نظم موضوع الاتصالات، بموجب القانون رقم 2000– 03 ، حدد من خلاله القواعد العامة المتعلقة بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية[35].

الفرع الثاني: شبكة الانترنت Internet

تعدّ شبكة الإنترنت إحدى إفرازات الحرب الباردة بين الاتحاد السوفيتي السابق والولايات المتحدة الأمريكية ،وقد نشأت هذه الشبكة حسب تسلسل زمني تعود بدايته إلى أواخر العقد السادس من القرن العشرين، حيث صممت هذه الشبكة لأول مرة عام 1969، عندما طلبت وزارة الدفاع الأمريكية (البنتاجون) من خبراء الكمبيوتر إيجاد أفضل طريقة للاتصال بعدد غير محدد من أجهزة الكمبيوتر وعدم الاعتماد على كمبيوتر واحد فقط، وكان الهدف من وراء ذلك خدمة المصالح العسكرية والاستخباراتية بشكل خاص فقامت هذه الوزارة بإنشاء مشروع والذي أطلق عليه اختصاراً مصطلح (Arpanet) ويعني وكالة مشروع البحث المتقدم (Advanced Research project Agency).

وكان هذا المشروع قاصراً في بداية الأمر على وزارة الدفاع ويستخدم للأغراض الأمنية والعسكرية فقط ،ثم تحقق لهذه الشبكة انطلاقة تبنتها المؤسسة القومية للعلوم (National Sciences Fondation) واختصارها (NSF) وذلك بمناسبة إنشاء 5 مراكز كبرى للحاسبات الفائقة، بهدف السماح بدخول المجتمع العلمي إلى كل البيانات والمعلومات المخزنة وأصبحت (ARPANET) تسمى (نيسف نت NSF NET)[36]. وفي سنة 1983 انفصلت الشبكة العسكرية عن الشبكة الأم، واعتبر ذلك بمثابة تاريخ ميلاد شبكة الإنترنت، حيث زاد اتساعها وأصبحت تضم أكثر من ألفين و 500 شبكة من مختلف أنحاء العالم[37].

وكلمة انترنت إنجليزية الأصل تتكون من مقطعين (Inter) وهي اختصار لكلمة (International) وتعني العالمي، و (Net) وهي اختصار لكلمة (Net work) وتعني شبكة إدخال المعلومات، وعليه فتكون كلمة (Internet) اختصار للمصطلح (International Network) ومعناه شبكة إدخال المعلومات العالمية[38].

ومن أبسط التعريفات التي أعطيت لشبكة الإنترنت أنها "شبكة هائلة من أجهزة الحاسب الآلي أو الكمبيوتر المتصلة فيما بينها بواسطة خطوط الاتصال عبر العالم"[39]

إذا فهي مجموعة الشبكات وأجهزة الحاسب الآلي التي تتواجد في مختلف دول العالم والتي تتصل ببعضها وفق بروتوكول IP/ TCP وكلمة بروتوكول هي مصطلح متعارف عليه في أنظمة برامج الحاسوب، ويعني عموماً "مجموعة القواعد المكتوبة بشكل فني لتنظيم طريقة عمل شيء ما" وبروتوكول IP/ TCP هو اختصار لكلمة (Transmission Control Protocol/ Internent Protocol) وهو ما يعني نظام نقل الملفات عبر الإنترنت

بالإضافة إلى بروتوكولات عديدة على غرار بروتوكول التصفح وبروتوكولات الحماية وبروتوكولات ثانوية أخرى.

وتقدم شبكة الإنترنت اليوم خدمات عديدة مثل خدمة الويب العالمية (World Wide Web) أو بالاختصار (www) وخدمة البريد الرقمي (E-mail) خدمة نقل الملفات (File Transfer Protocol)، وغرفة المحادثة (Chatting Rooms) وخدمة اليوزنت (Use Net)، وعديد الخدمات الأخرى .

وقد نظم المشرع الجزائري خدمات الإنترنت كنشاط اقتصادي مقنن بموجب المرسوم التنفيذي رقم 98– 57 [40] ضبط من خلاله شروط وكيفيات إقامة خدمات الانترنت واستغلالها المعدل بموجب المرسوم التنفيذي رقم 2000–307 المؤرخ في 2000/10/14[41].

وخلاصة يمكن القول أن النقلة النوعية التي شهدتها البشرية في مجال تقنيات الاتصال وتكنولوجيا المعلومات، كان لها الأثر البالغ في ظهور وانتشار التبادل الإلكتروني للبيانات على اختلاف أشكالها وهو ما أدى بدوره إلى التأثير وبشكل جذري على الطريقة التي يتم بها إجراء المعاملات القانونية فحل التبادل الإلكتروني للبيانات محل المستندات الورقية الخطية والكتابة التقليدية[42]. وظهرت تبعا لذلك مصطلحات جديدة إلى الوجود على غرار مصطلح الكتابة الالكترونية والكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني والتجارة الإلكترونية.

وتعدّ التجارة الإلكترونية المجال الحيوي لاستخدام الكتابة الإلكترونية إذ أدى التزاوج بين جهاز الحاسوب وشبكة الإنترنت إلى خلق عالم خصب استغلته الأطراف التجارية في عملية تبادل المعلومات الضرورية لإبرام الصفقات وإتمام المعاملات، فأصبح هؤلاء الأطراف يتفقون على جميع مقومات العمل التجاري المزمع إتمامه رغم تواجدهم في مناطق متباعدة جغرافيا.

الطلب الرابع: تمييز الكتابة الالكترونية عن الكتابة التقليدية

حيث أن كلا من الكتابة الإلكترونية والكتابة التقليدية (الرسمية والعرفية) تندرج ضمن فئة الأدلة الكتابية، وحيث إن الدليل الكتابي يقوم على أركان وأفكار ثلاثة هي: الدعامة التي تفرغ عليها الكتابة ،الكتابة، والتوقيع، فان المقارنة بينها ستكون من خلال استجلاء الفروق القائمة بين هذه الأفكار في كل نوع ، وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول : من حيث الدعامة التي تفرغ عليها الكتابة

تقوم الكتابة في الكتابة الالكترونية على مغنطة مادة المحرر أو دعامته، أما الكتابة في المحررات الورقية أو التقليدية فإنها تقوم على التصاق مادة بأخرى كالتصاق الحبر بالورق مثلا.

وفي الوقت الذي يعد فيه الورق الدعامة أو الحامل الأكثر شيوعاً للكتابة في المحررات التقليدية، دون أن ننسى الجلد، الخشب، الصخر،وغيرها –وان كانت أقل استعمالا من الورق– نجد أن الدعامات الإلكترونية بدورها تتعدد فقد تكون أشرطة ممغنطة أو أسطوانات فيديو أو دعامات مثقبة أو ميكروفيلم، أو حتى قاعدة بيانات الحاسب الآلي، وهي بالتأكيد تختلف تمام الاختلاف عن الدعامات التقليدية.

كما تتماز الدعامات التقليدية بكشف أي تعديل أو كشط أو أي تغيير يقع على ما تتضمنه من البيانات، سواء بمجرد النظر إليها، أو من خلال الاستعانة بالخبرة الفنية، وهو ما يحول دون تمكين الأفراد أو الغير من إدخال أية تعديلات على بيانات المحررات التقليدية، وفي مقابل ذلك تمتاز الدعامات الإلكترونية على اختلاف أشكالها بسهولة إجراء تغييرات وإدخال تعديلات على البيانات المدونة عليها، إذ بإمكان أي شخص يملك خبرة في معالجة البيانات الإلكترونية إجراء أي تعديل بالمسح أو بالإضافة في بيانات المحرر الإلكتروني دون ترك أي أثر مادي يدل على ذلك[43].

كما تتماز دعامة المحررات التقليدية، بأنها تثبت البيانات المدونة عليها لفترة زمنية قد تصل إلى عشرات السنين، وهذا ما يكفل قبولها كوسيلة إثبات أمام القضاء، ولكن الحال يختلف إذا تم استخدام وسيط الكتروني، حيث تقف خصائصه المادية عقبة أمام إمكانية الاحتفاظ بالمحرر الإلكتروني على الشكل الذي أنشئ به لمدة من الزمن، وذلك بسبب حساسية الوسائل المستخدمة كدعامات إلكترونية، إذا أنها تكون معرضة للتلف السريع عند أدنى اختلاف في قوة التيار الكهربائي مثلا، أو الاختلاف الشديد في درجة تخزين هذه الوسائط[44]، كما أن هذه الدعامات شديدة التأثر بالعوامل المحيطة بها، فارتفاع درجة الحرارة أو الرطوبة حولها قد يسبب إتلافها ناهيك عن الأسباب الأخرى كالغبار والفيروسات. وهو ما جعل الدعامات الإلكترونية أقل قدرة من الأوراق أو الدعامات التقليدية على الاحتفاظ بالمعلومات أو البيانات لمدة طويلة[45].

الفرع الثاني:من حيث الكتابة في حد ذاتها

تختلف الكتابة الإلكترونية عن الكتابة التقليدية من عدة نواحي:

أولا: تتمثل الكتابة العادية في كيان مادي مرئي وملموس، ومن ثم تسهل قراءتها بالعين المجردة أما الكتابة الإلكترونية فتكون مثبتة على وسيط إلكتروني، تتكون من الرقمين(0 و1) تتم برمجتها وتنسيقها على الجهاز الإلكتروني، بحيث يتم التعبير عن أي شيء بواسطة هذين الرقمين فيتشكل لدينا سلسلة من هذه الأرقام تشكل كلمات وفق العدد الذي تكتب به، ولا يمكن

قراءتها أو الإطلاع عليها إلا من خلال عرضها على شاشة الحاسب الآلي أو طبعها على ورق بواسطة أجهزة ملحقة بالحاسب الآلي.

فالكتابة الالكترونية لا تظهر لعين الناظر مباشرة، وإنما بواسطة جهاز الحاسوب أو أي شاشة عرض. ذلك أن هذه المحررات مكتوبة بلغة الآلة لا تفهمها إلا الأجهزة المتخصصة والمعدة لذلك، فهي التي تقوم بمعالجتها وتحويلها إلى كتابة بإحدى لغات الإنسان المفهومة[46] وذلك عن طريق إظهار تلك الكتابة على شكل حروف أو رموز أو إشارات أو غيرها، بعرضها على شاشة الجهاز المستخدم، فتكون هذه الشاشة – مثلا– هي همزة الوصل بين الكتابة الإلكترونية وعين الناظر.

وتجدر الإشارة إلى أن عدم ظهور الكتابة الإلكترونية مباشرة وعدم إمكانية قراءتها إلا عن طريق استخدام أجهزة معدة لذلك قد يحمل البعض على القول بأن هذه الكتابة والتي يتحدد من خلالها مضمون المحرر الإلكتروني غير قابلة للقراءة ، وهو ما يؤدي إلى القول بعدم إمكانية مساواة المحرر المكتوب إلكترونيا مع بقية أنواع المحررات لاختلال شرط إمكانية قراءة الكتابة فيه[47].

ويمكن الرد على ذلك بالقول بضرورة التمييز بين عدم قابلية كتابة المحرر الإلكتروني للقراءة من جهة وبين عدم ظهورها لعين الناظر مباشرة من جهة أخرى، فالأولى تعني استحالة الإطلاع على محتويات المحرر ومضمونه سواء أكان ذلك بصورة مباشرة أو غير مباشرة، أما الأخرى فتعني تعذر قراءة مضمون المحرر بصورة مباشرة فحسب، ولا يوجد هناك ما يحول دون إمكانية الإطلاع على مضمونه باستعمال وسيط إلكتروني كجهاز الحاسوب مثلاً، وهذا ما يسمح بالخروج بنتيجة مفادها أن الكتابة الالكترونية هي كتابة قابلة للقراءة ولكنها غير ظاهرة للعين بشكل مباشر وهو أمر كاف لمساواتها في الحجية مع نظيراتها التقليدية.

فالكتابة الالكترونية من حيث شكلها لا تختلف عن الكتابة التقليدية باعتبارها تسلسل لمجموعة أحرف أو أرقام أو رموز أو... كل ما في الأمر أن الكتابة التقليدية لا تحتاج إلى أي وسيط من أجل قراءتها في حين أن الوصول إلى قراءة الكتابة الالكترونية لا يكون إلا بالمرور على حاملها وعن طريق تخصيص وسائل خاصة لقراءتها كشاشة الحاسوب مثلا، ولما كانت الكتابة الالكترونية بهذا المقتضى لا تختلف عن الكتابة التقليدية كان لابد من المساواة بينهما في الحجية[48].

ثانيا: تتسم الكتابة التقليدية بصفة الدوام والثبات، ويسهل كشف أي تلاعب أو تزوير فيها بينما لا تتمتع الكتابة في الشكل الإلكتروني بهذه الخاصية، إذ أنها قابلة للمحو والتعديل بكبسة زر، ودون ترك أثر مادي ملحوظ يكشف التلاعب فيها[49].

الفرع الثالث: من حيث التوقيع

أدى التطور المتزايد والمتسارع للمعلوماتية إلى الاضمحلال المتزايد لدليل الإثبات المادي وهو الإشكال الذي دفع برجال القانون إلى إثارة هذا الموضوع الذي لم يجد حلا له إلا في فكرة التوقيع الالكتروني ، هذا الأخير كان بمثابة الحل المؤقت بشكل نهائي للإشكال المتقدم[50]، هذا ويختلف التوقيع لإلكتروني (باعتباره هو الآخر كتابة) عن نظيرة التقليدي من عدة نواح نجملها فيما يلي:

أولا: من حيث تعدد أشكال التوقيع

تقتصر صورة التوقيع التقليدي في الشكل الكتابي على الإمضاء أو بصمة الأصبع، أو الختم في حين لم تحدد التشريعات التي تناولت الإثبات الإلكتروني صورة محددة للتوقيعات الإلكترونية بل أعطت مفهوما عاما لها، حين اعتبرتها مجموع الحروف أو العلامات أو الأرقام أو الرموز أو الإشارات، واقتصرت على تحديد الضوابط العامة لها، حين اشترطت ضرورة تحديد هوية صاحب التوقيع، وإظهار رغبته في الإقرار والرضا بمضمون التصرف القانوني المفرغ في المحرر و المذيل بالتوقيع الإلكتروني[51].

ثانيا: من حيث تعدد الوظائف

يؤدي التوقيع في شكله التقليدي وظيفيتين : تمييز شخصية صاحبه وتحديد هويته، والتعبير عن قبول الموقع بمضمون التصرف القانوني، أما التوقيع الإلكتروني فتناط به وظائف خمس: اثنتان منها تتطابق مع وظائف التوقيع التقليدي المذكورة للتو، يضاف إليهما وظيفة الإستيثاق من مضمون المحرر الإلكتروني، وتأمينه من التعديل، وذلك عن طريق الربط بينه وبين التوقيع الإلكتروني، وأخيرا فإن التوقيع هو الذي يضفي على المحرر صفة المحرر الأصلي فيجعل منه دليلاً معداً للإثبات مسبقاً[52].

ثالثا:من حيث اختلاف نوع الوسيط

يختلف التوقيعان أيضا من حيث الوسيط أو الدعامة التي يوضعان عليها، ففي الوقت الذي يوضع التوقيع في الشكل التقليدي على وسيط مادي ملموس كالورقة، الخشب، الصخر وغيرها من الدعامات المادية، يوضع التوقيع الإلكتروني على وسيط إلكتروني.

رابعا: تقييد التوقيع الإلكتروني بضمانات الأمان والسلامة

يتمتع مستخدم التوقيع التقليدي بحرية كبيرة في اختيار شكل توقيعه وصيغته إذ يمكنه اختيار شكل دائري أو هندسي أو أي شكل يريده ليجعله إمضاء له. وله أن يستخدم ختماً معيناً أو بصمة أصبعه، أو يجمع بين طريقتين منها لإقرار المحررات،

وذلك دون الحاجة إلى ترخيص من الغير أو تسجيل هذا الاختيار، أما بالنسبة للتوقيع في الشكل الإلكتروني، فلا بد لمستخدمه أن يختار تقنية آمنة و محددة لهويته و ضامنة لسلامة المحرر الذي يقره، و عليه فيتعين تدخل طرف ثالث يضمن توثيق التوقيع وتحقيق الشروط المتطلبة قانونا للاعتداد بالتوقيع الإلكتروني، وعندها لا يكون الموقع حرا في اختيار توقيعه، ذلك أنه يخضع لشروط و أوضاع تحددها لوائح مقدمي خدمات التصديق[53].

المبحث الثاني
الضوابط القانونية لمبدأ التعادل الوظيفي بين الكتابة الإلكترونية والكتابة التقليدية

بعد أن أقر المشرع الجزائري بموجب التعديل الذي أدخله على أحكام الإثبات في القانون المدني بمبدأين مهمين؛ هما مبدأ الفصل بين الكتابة والدعامة المفرغة عليها فسواء أكانت مثبتة على دعامة مادية أم إلكترونية أم رقمية أم ضوئية أم أية دعامة أخرى، فإن ذلك لا يؤثر في قوتها الثبوتية ولا ينال منها. ومبدأ الحياد التقني الذي يقضي أيضا بعدم التفرقة بين أنواع الكتابة بسبب التقنية المستخدمة في إنشائها،تعديلها ،إرسالها وكل ما يتعلق بها،وحتى تحقق الفائدة المرجوة من إقرار هذين المبدأين، كان لابد من إقرار مبدأ ثالث وهو ما تم فعلا حين كرس المشرع مبدأ التعادل الوظيفي بين الكتابة في الشكل الالكتروني والتقليدي،هذا الأخير سيكون محور هذا المبحث.

المطلب الأول:عرض مبدأ التعادل الوظيفي بين الكتابة الإلكترونية والكتابة التقليدية

ورد هذا المبدأ[54] أولا في المادة 323 مكرر1 من التقنين المدني الجزائري والتي جاء نصها كالتالي: " 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"، ويُستشف من هذا النص أن المشرع قد أقر بمبدأ المساواة في الحجية والوظيفة بين الكتابة في شكلها التقليدي، والكتابة في شكلها الإلكتروني.

ليعود المشرع سنة 2015 ويؤكد على هذا المبدأ من خلال الفصل الأول من الباب الثاني من القانون 15-04 تحت عنوان مبادئ المماثلة و عدم التمييز تجاه التوقيع الالكتروني و بالتحديد المادة 8 منه وذلك على اعتبار أن التوقيع بدوره عبارة عن مجرد كتابة.

ويقصد بمبدأ التكافؤ الوظيفي: المساواة بين الكتابة الإلكترونية والكتابة الخطية في الحجية والقوة الثبوتية، وعدم التفرقة بينهما بسبب طبيعة الدعامات المثبتة عليها، فسواء أكانت مثبتة على دعامات ورقية مادية، أو دعامات إلكترونية غير مادية وغير ملموسة، ومتى استوفت شروطها المتطلبة قانونا، عدّت على قدم المساواة أدلة كتابية كاملة الحجية في الإثبات، وأمكن للقاضي الاستناد إليها في الفصل في المنازعات المعروضة عليه.

وبذلك يكون المشرع الجزائري قد حسم الخلاف حول مسألة حجية الكتابة الإلكترونية وحول مسألة الدعامات التي يجب أن تفرغ عليها الكتابة حتى تكون مقبولة في الإثبات، وهو ذات ما أكده في المادة 323 مكرر من القانون المدني، حين أعطى مفهوماً عاماً و واسعاً للكتابة يغطي تحت سقفه كل أنواع الكتابة الموجودة حالياً سواء منها التقليدية أو الإلكترونية، ومهما كانت دعامتها المثبتة عليها، مجسداً بذلك مبدأ الفصل بين الكتابة والدعامة المفرغة فيها، ومهما كانت طرق إرسالها وانتقالها إعمالاً لمبدأ الحياد التقني، وذلك حين نص على أنه " ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم، مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها، وكذا طرق إرسالها".

لكن المشرع على الرغم من حرصه من خلال التعديل الذي استحدثه في نصوص القانون المدني المتضمنة لأحكام الإثبات أن تكون الكتابة الإلكترونية على قدم المساواة مع الكتابة التقليدية من حيث قبولها كدليل كتابي واكتسابها حجيتها في الإثبات، إلا أنه ربط تحقق ذلك بتوافر شرطين أساسيين هما: قدرة الكتابة الإلكترونية على الكشف عن هوية الشخص الذي أصدرها وهو ما يعرف بشرط الانتساب، وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها فيما يعرف بشرط السلامة إضافة إلى شروط فقهية أخرى.

وقد ورد مبدأ التعادل الوظيفي في توصيات الجمعية العامة للأمم المتحدة بمناسبة المصادقة على القانونين النموذجين المتعلقين بالتجارة والتوقيع الإلكترونيين[55]، واعتنقته عديد التشريعات المقارنة التي نظمت الإثبات الإلكتروني ، على غرار التشريع الفرنسي الذي قضى بموجب المادة 1/1316[56] من القانون 2000-230 المعدل للقانون المدني بتمتع الكتابة الالكترونية بنفس حجية المحررات الورقية، بشرط أن يكون بالإمكان تحديد شخص مصدرها على وجه الدقة ، وأن يكون تدوينها وحفظها قد تم في ظروف تضمن سلامتها.

المطلب الثاني:الشروط المقيدة لمبدأ التعادل الوظيفي

حتى يمكن إعمال مبدأ التعادل الوظيفي بين الكتابة الإلكترونية ونظيرتها التقليدية المكرس من طرف المشرع بموجب

المادة 323مكرر1 لابد من توفر شروط تطلبتها المادة ذاتها، ذلك أن المشرع رغم تكريسه لهذا المبدأ إلا أنه لم يكرسه على إطلاقه بل وضع عليه قيود هي في حد ذاتها شروط للكتابة الإلكترونية يجب عليها استجماعها إذا ما أرادت أن تقارع نظيرتها التقليدية في وظيفة الإثبات. و يمكن رد سبب اشتراط المشرع لتلك الشروط إلى طبيعة المحيط الذي تتم فيه المعاملات الإلكترونية كونه محيط افتراضي غير محسوس، مما يخلق عوائق ناتجة عن طبيعة المحيط نفسه وهي:

– صعوبة التعرف على هوية الطرف الآخر في العلاقات العقدية.

– اصطدام استخراج الكتابة في الشكل الإلكتروني من ذاكرة الحامل ببعض العوائق التقنية.

– إمكانية تعرض الكتابة الإلكترونية للتغيير من دون أن يترك هذا التبديل أثرا محسوسا.

وهو ما سيتم تفصيله بإيجاز من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول:أن تكون ذات دلالة تعبيرية واضحة ومفهومة (شرط الوضوح)

ويمكن أن نستشف هذا الشرط من صريح نص المادة 323 مكرر من القانون المدني من خلال عبارة "... ذات معنى مفهوم...". وهو شرط منطقي ومألوف، لم يكن ليثار أي إشكال بشأنه عندما كانت الدعامة مادية، ذلك أن الكتابة المستعملة فيها تتم بواسطة رسوم أو أحرف أو أرقام قابلة للقراءة مباشرة ودون حاجة إلى وسيط أو نظام أو برنامج معين لقراءتها، إذ أن النظر إليها بالعين المجردة يكفي لفك معانيها و الوصول إلى دلالتها والقول ما إذا كانت متعلقة بمصدر الحق المراد إثباته أم لا.

لكن ظهور الكتابة في الشكل الإلكتروني واختلاف الدعامة المثبتة عليها وهي الدعامة الإلكترونية، جعل من الضروري النص على هذا الشرط، فالتدوين على الوسائط الإلكترونية يخضع لقواعد خاصة، كما أن الوصول إلى قراءة ما هو مدون في المحرر الإلكتروني من كتابة وفهم المقصود منه يتطلب إجراءات معينة ووسائل تكون نقطة الوصل بين الكتابة الإلكترونية وعين القارئ كأجهزة الحاسب والطابعات.

وعلى الرغم من أن الكتابة الإلكترونية المتشكلة من معادلات وخوارزميات تنفذ من خلال عمليات إدخال البيانات وإخراجها من خلال شاشة الحاسوب، وأن قراءتها والاطلاع عليها لا يكون بطريقة مباشرة، إلا أن هذه الكتابة يمكن قراءتها في جميع الأحوال باستخدام الأجهزة الإلكترونية، وهو ما يعني استيفائها للشرط المتعلق بإمكانية قراءتها وفهمها عن طريق الأجهزة التي تقوم بترجمة لغة الآلة وتحويلها إلى لغة مفهومه لدى الإنسان(57).

الفرع الثاني:أن تمكن من تحديد هوية شخص مصدرها (شرط الانتساب)

وجاء هذا الشرط في صلب نص المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري متمثلاً في قول المشرع "... بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها..."، ذلك أن التعاقد الإلكتروني، لاسيما الذي يتم عن طريق الانترنت يثير مسألة مهمة تتعلق بإمكانية تأكد المتعاقد من هوية المتعاقد معه، أي توثقه من أن الشخص الذي يخاطبه هو فعلا ذلك الذي قدم له اسمه وعنوان بريده الإلكتروني، وغير ذلك من المعلومات، وقد يمتد هذا الإشكال في حالة المنازعة حول حجية هذا العقد، فما الذي يضمن للقاضي أن الوثيقة الإلكترونية المقدمة له كدليل إثبات صادرة أو متعلقة بذلك الشخص أو ذاك، وتعد هذه الإشكاليات من بين أهم الإشكاليات التي تواجه حجية الكتابة الالكترونية.

ويتم تحقيق هذا الشرط عادة عن طريق ما يسمى بالتوقيع الالكتروني بمختلف صوره وليست الكتابة في حد ذاتها، فهذا الأخير هو الذي يسمح بتحديد شخصية الموقع على المحرر وتمييزه عن غيره لاتصافه بطابع منفرد، وعليه وجب على صاحب التوقيع السيطرة على بيانات إنشاء توقيعه على نحو يحفظ سلامته ويحول دون تعرضه في صورته السرية الخاصة لأي تزوير أو تلاعب، فإن كانت الكتابة غير موقعة أمكن للقاضي تحديد هوية صاحب الكتابة عن طريق وسائل أخرى مثل البريد الالكتروني، أو بروتوكول IP(58).

ويجدر التنويه هنا إلى ضرورة عدم الخلط بين شخص من تولى كتابة الدليل وبين من وقعه، إذ العبرة دائما لمن وقعه لا لمن كتبه، على أساس أن من يتولى كتابته قد يكون موثقا أو موظفا أو أي شخص آخر، وعليه فالنص الذي يشترط أن تحفظ الكتابة بشكل يضمن تحديد هوية صاحبه يعتبر نصا عاما غامضا بحاجة إلى توضيح،وذلك بسبب عدم تفريقه بين هاذين الشخصين(59).

وقد استدعى شرط الانتساب اللجوء إلى فكرة الشخص الوسيط بالعلاقة العقدية أو ما يسمى سلطات التوثيق والتصديق وهي عبارة عن شركات ناشطة في ميدان خدمات التقنية تقدم شهادات تتضمن تأكيدا بأن الطلب أو الجواب قد صدر من الموقع المعني وتحدد تاريخ صدور الطلب أو الجواب، مستخدمة في ذلك مختلف تقنيات التعرف على الشخص بدءً بكلمة السر وانتهاءً بتقنيات التشفير.

ورغم أهمية هذا الشرط إلا أن المشرع الجزائري وبعد أن اشترط ضرورة توفره في الكتابة الإلكترونية لإنزالها منزلة الكتابة التقليدية، لم يقم بتحديد كيفية تطبيق هذا الشرط وترك الأمر في

ذلك للسلطة التقديرية للقاضي، وفي انتظار صدور المرسوم التنفيذي الذي يحدد كيفيات تطبيق هذه المادة، فإن تطبيقها يبقى معلقا، كونه يصعب على القاضي التثبت من هوية من صدرت عنه الكتابة، لذا يبقى إنشاء مثل هذه الهيئات أفضل حل لهذا المشكل في الوقت الحاضر[60] .

ونأمل أن تفي السلطات الثلاثة التي أنشأها المشرع بموجب القانون 15-04 و المتمثلة في كل من السلطة الوطنية للتصديق الالكتروني و السلطة الحكومية للتصديق الالكتروني و السلطة الاقتصادية للتصديق الالكتروني بالغرض الذي أنشأت لأجله.

الفرع الثالث:أن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها

ويقابل هذا الشرط، شرطي استمرارية الكتابة وعدم قابليتها للتعديل إلا بإتلاف المحرر أو ترك أثر مادي يدل عليه في الكتابة التقليدية، وعبر عنه المشرع بصريح العبارة في آخر نص المادة 323 مكرر 1 بقوله "وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها".

ويتوفر شرط الحفظ، حسب ما ذهبت إليه المادتين 8 و10 من القانون النموذجي بشأن التجارة الالكترونية، إذا وجد ما يعول عليه لتأكيد سلامة المعلومات المتضمنة في المحرر منذ الوقت الذي أنشأ فيه للمرة الأولى في شكلها النهائي، ومعيار تقدير سلامة المعلومات هو القدرة على تحديد ما إذا كانت قد بقيت تلك المعلومات والبيانات مكتملة ودون أي تغيير فيه،ا أي إمكانية الاحتفاظ بالمعلومات بالشكل الذي أُنشئت أو أُرسلت أو استلمت به وإثبات دقة المعلومات المنشئة أو المرسلة أو المستلمة[61].

وشرط الحفظ لا يتعلق بطبيعة الحال بحامل الكتابة بل يتعلق بمضمون الكتابة فقد يبقى الحامل سليما ولكن محتواه قد تعدل أو تغير تماما[62].

فمع تطور التقنيات الإلكترونية وتحركها المستمر أصبح من الصعب ضمان الوجود المستقر للوسائط الإلكترونية اللازمة لقراءة السند الإلكتروني المنظم منذ مدة وفقا لتقنيات قديمة، كما أن السندات الإلكترونية هي عمليا معرضة للتلف بسرعة، حتى ولو حفظت في شروط ملائمة وهنا وجه الاختلاف بين الكتابة التقليدية والكتابة الإلكترونية، فالأولى يمكن إعادة إنشائها من الأصل عند تغيب الورقة المفرغة عليها، بينما التغيب في الثانية يمحي السند الإلكتروني كليا.

ويمكن حفظ الكتابة الإلكترونية على حامل إلكتروني، ويسمى الوسيط أيضا، وهو وسيلة قابلة لتخزين وحفظ واسترجاع المعلومات بطريقة إلكترونية كأن تحفظ في ذاكرة الحاسب الآلي نفسه أوفي أسطواناته الصلبة Disques Durs أو على الموقع في شبكة الانترنت أو على شبكة داخلية تخص صاحب الشأن، وقد تتمثل في قرص مدمج CD-ROM أو قرص مرن Disquette informatique، أو قرص فيديو رقمي DVD أو في شريحة الذاكرة la carte mémoire.

ويتعين وفق الفقه أن يتوافر في الحامل الإلكتروني الذي تحفظ عليه الكتابة الإلكترونية خصائص معينة تتعلق بهذه الرسالة أو الوثيقة وهي:

- إمكانية الإطلاع على الوثيقة الإلكترونية طيلة مدة صلاحيتها وذلك أن هذه الوثيقة تماما كالوثيقة المكتوبة، لها فترة صلاحية، وطالما فقدت هذه الصلاحية يكون من المتعذر استرجاع البيانات المدونة بها والاستفادة منها، وهذا ما يقتضي أن يكون للحامل صفة القابلية للاستمرار.

- حفظ الوثيقة الإلكترونية في شكلها النهائي طوال مدة صلاحيتها، بحيث يمكن الرجوع دائما لهذا الشكل النهائي عند الحاجة إليه.

- يتعين كذلك حفظ المعلومات المتعلقة بالجهة التي صدرت عنها الوثيقة الإلكترونية سواء كان شخصا طبيعيا أو اعتباريا، وكذلك الجهة المرسلة إليها.

- حفظ المعلومات المتعلقة بتاريخ ومكان إرسال الوثيقة واستقبالها، وذلك لأن هذه المعلومات ترتب آثارا قانونية في حق طرفي الرسالة أو الوثيقة متى تعلقت بعقد من العقود الإلكترونية، إذ يمكن عن طريق هذه البيانات تحديد مكان وزمان انعقاد العقد، وما إذا كان طرفا العقد قد جمعهما مجلس عقد واحد أم لا، والتوصل إلى معلومات تتعلق بسداد الثمن أو الأجرة وكيفية ذلك ومكانه، ولاشك أن كل هذه الأمور من العناصر الجوهرية في التعاقد بالطريق الإلكتروني.

المطلب الثالث: نتائج تطبيق مبدأ التعادل الوظيفي بين الكتابة التقليدية والكتابة الإلكترونية

على الرغم من سهولة المبدأ القاضي بعدم المفاضلة بين الكتابة الإلكترونية ونظيرتها التقليدية في الحجية من حيث المفهوم النظري، إلا أنه يطرح عدة إشكالات ويرتب عدة تساؤلات قانونية خاصة في ظل التشريع الجزائري الحالي، الذي جاء مقرراً لأحكام وقواعد عامة، دون إلحاقها بتحديد التفاصيل التي تكفل تطبيق هذا المبدأ على الوجه الذي أراده المشرع، ولعل من أهم المسائل التي يثيرها تطبيق مبدأ التعادل الوظيفي المسألتين التاليتين:

1- أي نوع من الكتابة التقليدية قصد المشرع الجزائري مساواتها بالكتابة الإلكترونية أهي الكتابة الرسمية أم العرفية أم كلاهما؟

2- في حال عرض دعوى أمام القضاء، وتقدم أحد

الطرفين بمحرر مكتوب مفرغ على دعامة ورقية، في حين تقدم الطرف الآخر لدحض ما تقدم به خصمه محرراً إلكترونياً فعلى أي المحررين يستند القاضي لإرساء حكمه في الدعوى؟ خاصة إذا ما علمنا أن المقصود بالقوة الثبوتية لدليل الإثبات هو قوة الدليل في مواجهة أدلة أخرى بالإضافة إلى أهميته بالنسبة للقاضي خاصة إذا لم يعطه المشرع أهمية محددة أو مرتبة معينة بين مختلف أدلة الإثبات، بمعنى أن قوة الدليل تقاس بالمقارنة مع دليل آخر مختلف عنه إذ لا يمكن مقارنة عقد رسمي مع عقد رسمي آخر لتساويهما في الدرجة، وفي مجال الدليل الالكتروني لا يمكن مقارنة الدليل الالكتروني بنسخة منه، أو بمجرد بداية ثبوت بالكتابة.(63)

الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري من طبيعة الكتابة الإلكترونية

يثار التساؤل في التشريع الجزائري عن طبيعة الكتابة الإلكترونية خاصة أمام غموض النصوص القانونية، إذ لم يُشر المشرع بوضوح إلى هذه المسألة وإنما اكتفى بتقرير المبدأ العام الذي يقضي بالمساواة والتعادل الوظيفي بين الكتابة الإلكترونية والكتابة التقليدية من دون بيان أي نوع من الكتابة التقليدية هو المقصود بهذه المساواة، أهي الكتابة الرسمية أم هي الكتابة العرفية؟

وهل يفسر هذا الغموض على أنه نتيجة لسهو المشرع، أم أنه لا حاجة للتفصيل طالما قد تم تقرير المبدأ العام القاضي بالتعادل الوظيفي؟ أم أن نية المشرع قد اتجهت إلى استبعاد هذا النوع من الكتابة من نطاق الكتابة الرسمية، واعتبارها مجرد كتابة عرفية، نظراً لاستحالة توافر الشروط المتطلبة في الكتابة الرسمية، والمنصوص عليها في المادة 324 من القانون المدني خاصة منها ضرورة حضور الأطراف أمام الموظف العام أو من في حكمه؟

لا تخرج الإجابة عن مختلف هاته التساؤلات عن احتمالين اثنين، الأول: إما القول بأن أحكام المادة 323 مكرر1 من القانون المدني تتسع لتشمل الكتابة التي تكون في الشكل الرسمي، وذلك نظرا لعمومية تعريف الكتابة الوارد في المادة 323 مكرر، الذي لم يميز بين كتابة إلكترونية أو رسمية أو عرفية، وكذا عمومية عبارة "كالإثبات بالكتابة على الورق"، التي يمكن أن يفهم معها أن المشرع وإكمالاً لما بدأه في المادة 323 مكرر من عدم التفرقة بين أنواع الكتابة في التعريف أراد أيضاً عدم التفرقة بينها في الأحكام، فاتحاً بذلك المجال لإمكانية تقسيم الكتابة الالكترونية هي الأخرى إلى كتابة إلكترونية رسمية، وكتابة إلكترونية عرفية، على غرار ما هو عليه الحال في الكتابة التقليدية.

أضف إلى ذلك ورود المادتين 323 مكرر و323 مكرر1 في مقدمة الفصل الخاص بالإثبات بالكتابة وهو ما يسمح باعتبار أحكامهما من قبيل الأحكام العامة التي تطبق على جميع المحررات الكتابية على اختلاف أنواعها، إلا ما استثني عليها لاحقاً بنصوص صريحة، وعليه فلا يوجد ما يمنع من أن تتساوى الكتابة الإلكترونية مع نظيرتها الرسمية.

والآخر: إما بأن هذا التدخل التشريعي يجب أن ينحصر مجال إعماله في الكتابة العرفية دون الرسمية، وذلك نظراً لخطورة الكتابة الرسمية وقوتها المطلقة في الإثبات مما يستدعي إحاطتها بالعديد من الشروط والإجراءات على رأسها ضرورة حضور موظف عام أو من في حكمه لتوقيعها وإضفاء صفة الرسمية عليها، هذه الصفة لا يمكن للمحرر اكتسابها إلا إذا تدخل في إصداره موظف عام أو ضابط عمومي أو مكلف بخدمة عامة ضمن حدود اختصاصه الموضوعي والزماني والمكاني، ووفق الإجراءات والأشكال المحددة قانوناً، وهو ما يتعذر توافره في الكتابة الالكترونية على الأقل في الوقت الراهن، خاصة في ظل قصور النصوص القانونية وعدم توافر الإمكانيات والإطارات البشرية المؤهلة لإعداد محررات رسمية في الشكل الإلكتروني، وعليه فلا يمكن للكتابة في الشكل الإلكتروني إلا أن تكون كتابة عرفية لا ترقى إلى مصاف الكتابة الرسمية، خاصة وأن سبب اشتراط المشرع إثبات بعض التصرفات بالكتابة الرسمية واعتبارها ركناً ينعدم التصرف ككل بانعدامها إنما هو حماية رضا المتعاقدين.

ويبدو أن الاحتمال الثاني هو الأقرب إلى الواقع، وذلك لاعتبارين:

1-اعتبار عملي: يتمثل في ضعف وقلة الإمكانيات المادية والتكنولوجية اللازمة للقيام بإصدار محررات رسمية في شكل إلكتروني من جهة، وعدم توافر الإطارات البشرية المؤهلة من الناحية القانونية والتقنية للقيام بإعداد وتثبيت مثل هذه المحررات.

2-اعتبار قانوني: ويتمثل في الاصطدام المباشر بين القول بإمكانية المساواة بين الكتابة الرسمية والكتابة الالكترونية، وبين صريح نص المادة 324 من القانون المدني التي كانت صريحة و واضحة في تحديدها للشروط الواجب توافرها في المحررات أو العقود ، والتي تؤهلها لاكتساب صفة الرسمية، وذلك على نحو يتعذر معه القول بإمكانية توافرها -في الوقت الراهن- لدى الكتابة الالكترونية، وعليه فلا يعقل – بسبب غموض تشريعي- إلغاء أحكام نص فيه من الوضوح ما يكفي للحيلولة دون إضفاء صفة الرسمية على الكتابة الالكترونية هذا من جهة ومن جهة أخرى فقد لحق التعديل الذي مس أحكام الإثبات في القانون المدني صدور قانونين يتعلق الأول منهما بتنظيم مهنة

الموثق[64]، و يتعلق الثاني بتنظيم مهنة المحضر القضائي[65]، وقد خلا كلا القانونين من أية إشارة أو حكم بشأن الكتابة الإلكترونية، مما يفهم معه عدم اتجاه نية المشرع إلى إصباغ صفة الرسمية على الكتابة الالكترونية ولو كان ذلك في الوقت الراهن كأقل تقدير. و هو ما يبقي المجال مفتوحا لإمكانية تنظيم المحررات الرسمية في شكل إلكتروني مستقبلا وذلك بعد تهيئة الشروط و الظروف المادية و التقنية التي تسمح بذلك وكذا الظروف القانونية عن طريق تكريس نصوص واضحة تسمح بصبغ صفة الرسمية على الكتابة الالكترونية وتغطي جميع المسائل التي قد تثار حول المسألة، على غرار ما ذهب إليه المشرع الفرنسي حين أجاز بصريح نص المادة 1317 من القانون المدني إفراغ المحرر الرسمي على دعامة إلكترونية وفق ضوابط معينة ، وكذا ما ذهب إليه المشرع المصري حين قسم الكتابة الالكترونية إلى كتابة رسمية و أخرى عرفية [66]، مثلما هو عليه الحال بالنسبة للكتابة التقليدية.

فالملاحظ على موقف هذين المشرعين أنهما ورغم إقرارهما للمبدأ العام القاضي بالتعادل الوظيفي بين أنواع المحررات الكتابية ، إلا أنهما لم يتوقفا عند ذلك الحد كما فعل المشرع الجزائري وإنما وضحا صراحة المحررات المقصودة بتلك المساواة ، فأجازا تنظيم المحررات الرسمية في شكل إلكتروني ، وهو ما نتمنى على المشرع الجزائري إتباعه، و ذلك لقطع أي سبيل للتأويل أو الاختلاف حول ما اتجهت إليه مقاصده.

وعليه ففي الحالات التي يتطلب فيها القانون الكتابة كشرط لانعقاد التصرف في التشريع الجزائري، يصعب القول بصلاحية الكتابة الالكترونية في هذا المجال، بل يتعين إتباع النمط التقليدي في الكتابة والتوثيق، إذ يترتب عن تخلفها بطلان التصرف، ولا يمكن العدول عن ذلك إلا بنص صريح مع ضرورة إعادة هيكلة الدوائر والجهات الإدارية والقانونية المختصة كي تكون قادرة على استيعاب تلك الأساليب الحديثة والعمل بها[67].

الفرع الثاني: التنازع بين الكتابة في الشكل الإلكتروني والكتابة على الورق في الإثبات.

إلى جانب الإشكال المتقدم أعلاه، يبرز إشكال ثان يعتبر هو الآخر وليد الأخذ بمبدأ التعادل الوظيفي بين الكتابة الالكترونية والكتابة التقليدية ، ينبئ بظهور نوع من التنازع في القوة الثبوتية بين أنواع الأدلة الكتابية، وذلك خلافا لما كان مُستقراً عليه قبل تقرير الأخذ بهذا المبدأ حيث كانت الكتابة الرسمية هي الأقوى في الحجية تم تليها الكتابة العرفية المعدة للإثبات تليهما الكتابة العرفية غير المعدة للإثبات،إذ لم تكن تثار مسألة تنازع أدلة الإثبات قبل تعديل القانون المدني بموجب الأمر 05-10 ، الذي اعترف بموجبه المشرع بحجية الكتابة في الشكل الإلكتروني في إثبات العقود والتصرفات القانونية التي توازي في قيمتها القانونية حجية الكتابة الورقية، وذلك لسبب بسيط هو أن قانون الإثبات لم يكن يعترف قبل هذا التاريخ إلا بالكتابة التي تكون على دعامة ورقية أو مادية.

وعليه فلم يكن من الممكن تصور حدوث تنازع بين أدلة الإثبات الكتابية فيما بينها، فلكل منها قوتها الثبوتية ودرجتها المحددة قانونا، فكانت الكتابة الرسمية الأقوى ثم الكتابة العرفية المعدة للإثبات فالكتابة العرفية غير المعدة للإثبات.

لكن وبظهور الوسائط التقنية الجديدة التي تختلف في طبيعتها عن الوثائق الكتابية، وتوازيها في الوقت نفسه في قوتها الثبوتية أصبح من الممكن حدوث التنازع فيما بينها، ذلك أن نظام الدليل الإلكتروني لا يعوض الدليل المادي بل ينافسه[68]، ولما كان الأمر كذلك بات الأمر ضروريا بالنسبة للمشرع الفصل في هذا التنازع ، فلو وقع نزاع حول تنفيذ عقد أو تصرف قانوني ما سواء كان مبرما بطريقة تقليدية أو إلكترونية وتمسك أحد الأطراف بالوثيقة الورقية بينما تمسك الآخر بالوثيقة الإلكترونية المعدة للإثبات، فأي الدليلين يرجح القاضي؟ هو ما ستتم الإجابة عنه من خلال الفرع التالي.

الفرع الثالث: دور القاضي في الترجيح بين أنواع الأدلة الكتابية

على الرغم من اعتماد المشرع الجزائري لمبدأ التعادل الوظيفي بموجب المادة 323 مكرر1 من التعديل الذي مس أحكام الإثبات في القانون المدني، إلا أنه جاء خالياً من أية نصوص أو إشارة يمكن الاهتداء بها لحل لمثل هذا الإشكال، وهو ذات ما عليه حال الواقع العملي، إذ ما زال القضاء هو الآخر خال من أي حكم أو موقف طُبِق من خلاله هذا المبدأ أو رُجحت بموجبه الكفة لمصلحة أحد النوعين من المحررات.

إلا أنه في التشريعات المقارنة وخاصة التشريع الفرنسي نجد أن المشرع هناك قد أورد حكماً يتعلق بهذه الحالة ضمّنه الفقرة الثانية من المادة 1316 والتي جاء نصها كما يلي:"إذا لم يكن هناك نص أو اتفاق بين الأطراف يحدد أسس أخرى، وجب على القاضي مستخدماً كل الوسائل أن يفصل في التنازع القائم بين الأدلة الكتابية، عن طريق ترجيح السند الأقرب إلى الاحتمال، أياً كانت الدعامة المستخدمة في تدوينه"[69].

وعليه فقد كرس المشرع الفرنسي بموجب هذا النص مجموعة قواعد موضوعية يسترشد بها القاضي للفصل في تنازع الأدلة الكتابية، وهذه القواعد هي:

1- النظر فيما إذا كان هناك اتفاق مسبق بين طرفي النزاع حول ترجيح دليل على آخر على الرغم من أن ذلك ليس بالأمر

الجديد، إذ أنه لا يعدو أن يكون مجرد تطبيق للقواعد العامة التي تقضي بعدم اعتبار القواعد الموضوعية للإثبات من قبيل القواعد المتعلقة بالنظام العام، يجوز الاتفاق على ما يخالفها بما يتلاءم وظروف الأطراف[70].

2-في حالة عدم وجود اتفاق، يقوم القاضي بما له من سلطة تقديرية وبكافة الطرق المتاحة له بتحديد السند الأقرب للاحتمال مهما كانت طبيعة دعامته تقليدية أو إلكترونية والمقصود بذلك أن يأخذ بالمحرر الأقرب إلى التصديق في الظروف الوارد فيها، أي بالمحرر الأكثر مصداقية[71]

ورغم ذلك يرى كثير من الفقه الفرنسي أن الأسبقية تكون للدليل الكتابي المادي على حساب نظيره الالكتروني مخالفين في ذلك رأي مجلس الدولة الذي يرى العكس من خلال تقريره[72] الذي أصدره سنة 1998 أوصى من خلاله بضرورة إعادة النظر في الإطار القانوني لمنظومة الإثبات وهو الأمر الذي سارع مجلس الوزراء لتبنيه من خلال إعداده لمشروع قانون معدل للقانون المدني في جزئه المتعلق بإثبات الالتزام ، مستندا في رأيه –مجلس الدولة– إلى أنه طالما اشترط المشرع أو أحاط الدليل الالكتروني و التوقيع الالكتروني بشروط كثيرة تضمن سلامته و ديمومته على المدى الطويل فالدليل الالكتروني بهذه الضمانات سيتفوق لا محالة على الدليل الكتابي العادي الذي لم يحطه المشرع بنفس الضمانات مما سيجعل من مدة صلاحيته أقل مقارنة بمدة صلاحية الدليل الالكتروني[73].

بمعنى أن المشرع الفرنسي من خلال التعديل الموصى به لقواعد الإثبات في القانون المدني اشترط على الكتابة الإلكترونية إذا ما أرادت مقارعة نظيرتها التقليدية في الإثبات أن تكون معدة ومحفوظة في ظروف مادية وتقنية تضمن سلامتها وإمكانية استرجاعها متى ما دعت الضرورة لذلك،تلك الشروط سواء منها المتعلقة بالإعداد أو بالحفظ دفعت بمجلس الدولة إلى الجزم بأن الدليل الالكتروني بتلك الضمانات سيتفوق لا محالة على الدليل الكتابي العادي الذي لم يحطه ذات المشرع بأية ضمانات لا من حيث الإعداد ولا من حيث الحفظ.

حيث إن التشريع الجزائري قد جاء خالياً من نص يلزم القاضي بإتباع إجراءات أو قواعد معينة لفض التنازع بين الأدلة الكتابية، فليس هناك ما يمنع القضاة من استعمال كامل سلطاتهم التقديرية لترجيح أحد الأدلة على الآخر طبعاً بعد التأكد أولاً من توافر شروط المادة 323 مكرر1 المتطلبة في الكتابة الالكترونية، و التي ترقى بها إلى مصاف الكتابة التقليدية، وتسمح لها بمنافستها في الحجية، ولهم في سبيل ذلك الاسترشاد بالقواعد الموضوعية التي كرسها المشرع الفرنسي.

لكن في الواقع يصعب على القاضي ترجيح الوثيقة الإلكترونية على الوثيقة الورقية لسببين:

أولهما نفسي، فالقاضي الذي تعود على الوسائل الورقية والتوقيع باليد في إثبات العقود والتصرفات، سيكون منحازا عفويا إلى الوسيلة التي تعودها، فيكون في الأمر قرينة هي ترجيح المستند الورقي حتى إثبات العكس، وقد يصعب أخذ القاضي به للسبب نفسه.

ثانيهما واقعي، هو أن معرفة القاضي متصلة بالقانون وليس بالآلة أو بالتقنية، وهي متميزة وفي غاية الدقة في هذا المجال المتطور، مما سيلغي واقع التوازن الوظيفي بين الوسائل الإلكترونية والتقليدية في الإثبات، التي أقرها المشرع في المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني[74].

الخاتمة

إذا كان في الطبيعة الخاصة للكتابة الإلكترونية سبباً يجعل الفقه والتشريع يترددان في الاعتماد عليها كدليل مقبول في الإثبات المدني، شأنها في ذلك شأن الأدلة المقررة حالياً، فإن هذا التردد والحذر القانوني لم يعد له ما يبرره في ظل التطور الحاصل في تكنولوجيا المعلومات وتقنيات الاتصال وما أفرزته من طرق حديثة قادرة على تحقيق الثقة والأمان في إبرام المعاملات القانونية، وما نتج عنها من أدلة للإثبات تأتي في مقدمتها الكتابة الإلكترونية التي فرضت نفسها بنفسها وصارت واقعاً لا سبيل للتحكم فيه إلا بالاعتراف به وتنظيمه، خاصة في ظل الإقبال المتزايد عليها يوماً بعد يوم من قبل مختلف شرائح المجتمع.

ويمكن أن نجمل النتائج المتوصل إليها من خلال هذه الدراسة في النقاط التالية:

- من خلال استقراء نصوص قوانين المعاملات الإلكترونية وآراء الفقه فيما يخص ضبط معالم الكتابة الإلكترونية، وجدنا أن هذه الكتابة لا تختلف في كثير من شروطها ووظائفها عن الكتابة التقليدية، وأن ما يميزها عنها هو ارتباطها وجوداً وعدماً بوسائل إلكترونية تستخدم في إنشائها أو إرسالها أو حفظها أو استلامها، إذ تدخل في مراحل التعامل بهذا النوع من الكتابة وسائط إلكترونية غير مادية، تختلف تمام الاختلاف عن تلك المستخدمة في إعداد الكتابة التقليدية.

- في ظل ظهور الكتابة في الشكل الإلكتروني وانتشارها على نطاق واسع، توسع مفهوم مصطلح الكتابة، وتحرر من فكرة ضرورة ربطه بمحرر مادي ملموس، وأصبحت العبرة في تحديد مفهوم الكتابة ومدى صلاحيتها كدليل إثبات بمدى قدرتها على أداء الوظائف القانونية المنيطة بها لا بالدعامة المفرغة عليها، أو الشكل الذي تتخذه أو الوسيلة التي تنقل أو تحفظ بواسطتها.

– قيام المشرع الجزائري من خلال القانون 05–10 المعدل والمتمم للقانون المدني بوضع تعريف عام للكتابة المقبولة في الإثبات، وحسنا فعل حين جعله تعريفاً واسعاً وفضفاضاً، يتسع ليشمل كلا من الكتابة في الشكل التقليدي و الكتابة في الشكل الإلكتروني وأي شكل لها قد تكشف عنه أيام المستقبل، مؤسساً بذلك لمبدأ الفصل بين الكتابة والدعامة المفرغة عليها، ومقراً بمبدأ الحياد التقني.

– أقر المشرع الجزائري مبدأ التعادل الوظيفي بين الكتابة الإلكترونية والكتابة التقليدية، دون أن يضع أو يحدد الآليات القانونية والتقنية اللازمة لضمان وتفعيل الاعتراف بالكتابة الإلكترونية ولا حدد كيفية التحقق من توافر الشروط المتطلبة قانوناً للاعتداد بها و مساواتها تبعا لذلك بالكتابة التقليدية.

– لم يفصل المشرع الجزائري بشكل قاطع في مسألة موقفه من طبيعة الكتابة الإلكترونية، ومَنْ مِنَ الكتابات التقليدية هي المقصودة بالمساواة الوظيفية، أهي الكتابة الرسمية أم العرفية، أم كلاهما، وهو ما يمكن من القول بإمكانية أو عدم إمكانية تقسيم الكتابة الإلكترونية بدورها إلى كتابة إلكترونية رسمية، وكتابة إلكترونية عرفية.

– على الرغم من تبني المشرع الجزائري لمبدأ التعادل الوظيفي بين الكتابة التقليدية والكتابة الإلكترونية في الإثبات إلا أنه لم يطلق هذا المبدأ، بل ربط تطبيقه بتوافر مجموعة من الشروط ضمَّنها المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني، لابد للكتابة الإلكترونية أن تتوفر عليها حتى يمكن للقاضي الاستناد إليها وأوكل – المشرع– لجهات التصديق الإلكتروني مهمة فحص توثيق الكتابة الإلكترونية وإثبات مدى صحتها ونسبتها إلى من صدر عنه المحرر، هادفاً من خلال ذلك إلى توفير أعلى مستوى من الأمن والخصوصية في الوسيلة المستخدمة في إنشاء الكتابة وتوقيعها عبر وسائط إلكترونية تحافظ على منظومة المحرر المتضمن الكتابة و التوقيع من عدم العبث فيها أو تعديلها وتمكن من كشف هوية مصدرها.

– يترتب عن تطبيق مبدأ التعادل الوظيفي خضوع الكتابة الإلكترونية إلى ذات إجراءات وأحكام الكتابة التقليدية، من حيث تقديمها كأدلة كتابية، و من حيث الطعن فيها بالتزوير أو الدفع بإنكارها.

وبناءً على ما سبق يمكن تقديم التوصيات والمقترحات التالية:

– على المشرع الجزائري المضي قدماً في إكمال ما بدأه بموجب التعديل الذي ألحقه بالقانون المدني سنة 2005، حين اعترف بالكتابة الإلكترونية، وأعطاها ذات الحجية المقررة للكتابة التقليدية، وذلك بأن يصدر نصوص تشريعية إضافية تكمل النصوص الموجودة حالياً وتفصل ما كان غامضاً، وتخصص ما كان عاماً ،وتسد ما أمكن من الثغرات القانونية، مقتدياً في ذلك بما وصلت إليه النظم القانونية المقارنة صاحبة السبق في هذا المجال، خاصة في ظل تأهب الدولة الجزائرية، للانضمام إلى منظمة التجارة العالمية، حيث تعترف كل البلدان الأعضاء بحجية هذه الكتابة، وفي ظل سعيها للالتحاق بركب التطور التكنولوجي، والمضي قدما في تطبيق مشروع الجزائر الإلكترونية ، الذي أصبح يحتم على المشرع الجزائري اليوم قبل الغد إصدار قانون ينظم المعاملات الإلكترونية، يراعى فيه أن يكون تنظيما تشريعيا متكاملا يتضمن القواعد المناسبة لهذه المعاملات ، وفي انتظار ذلك نوصي بـ:

– ينبغي على المشرع أن يضع أو يحدد الآليات القانونية والتقنية اللازمة لضمان وتفعيل الاعتراف بالكتابة الإلكترونية وتحديد كيفية التحقق من توافر الشروط المتطلبة قانوناً للاعتداد بها و مساواتها بالكتابة التقليدية في الإثبات بهدف الإعمال الأمثل لمبدأ التعادل الوظيفي بينهما ما يحتم عليه تعديل نص المادة 323 مكرر 1 من التقنين المدني أو على الأقل إصدار تنظيم يحدد من خلاله كيفية التحقق من شروط الكتابة الإلكترونية ، و التي إن لم تتحقق لها تعذرت مساواتها بالكتابة التقليدية في الإثبات.

– ينبغي أن يفصل المشرع الجزائري بشكل قاطع في مسألة موقفه من طبيعة الكتابة الإلكترونية، ومَنْ مِنَ الكتابات التقليدية هي المقصودة بالمساواة الوظيفية، أهي الكتابة الرسمية أم العرفية، أم كلاهما، وذلك من خلال تعديل نص المادة 323 مكرر1 من التقنين المدني، أو من خلال إضافة نص آخر تحت رقم 323 مكرر2 يحدد من خلاله أي نوع من نوعي الكتابة التقليدية هي المقصودة من معادلتها بالكتابة الإلكترونية وظيفيا.

– يتوجب على المشرع الجزائري تحديد القواعد اللازمة التي تسمح للقاضي بالترجيح بين الأدلة الكتابية الإلكترونية والتقليدية في حال تنازعها، وعدم ترك الأمر لسلطة القاضي التقديرية التي تصب في صالح الأدلة الكتابية التقليدية التي أَلِف التعامل معها، وفي سبيل ذلك نقترح عليه إضافة فقرة ثانية إلى نص المادة 323 مكرر 1 من التقنين المدني يكون نصها كالتالي"إذا لم يكن هناك نص أو اتفاق يحدد أسسا أخرى، وجب على القاضي مستخدماً كل الطرق أن يفصل في التنازع القائم بين أنواع الأدلة الكتابية، عن طريق ترجيح السند الأقرب إلى الاحتمال، أياً كانت طبيعة الدعامة المستخدمة في تدوينه".

– وأخيرا ، يحتاج التطبيق الأمثل لمبدأ التعادل الوظيفي بين الكتابة الالكترونية و التقليدية إلى تأهيل منتسبي السلك القضائي لاستخدام الوسائل الإلكترونية والإطلاع على آليات

عملها من الناحية التقنية والنظرية، على أن يصاحب الجانب النظري جانب عملي يمارس من خلاله القضاة آليات تكوين محرر إلكتروني وتشغيل منظومة التوقيع المرتبط به، والآلية التي تشفر من خلالها البيانات، وغيرها من المسائل الفنية والتقنية الأخرى، وذلك تجنبا لاصطدام الكتابة الالكترونية بعقلية جاهلة بأحكامها ما سيؤدي لا محالة إلى عدم إعطائها المكانة التي اعترف لها المشرع بها.

الهوامش

(1) أبو عامود، ف. (2004) رسالة المعلومات الالكترونية في القانون الأردني: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير غير منشورة، الجامعة الأردنية، الأردن: عمان، ص 60.

(2) القانون رقم 15-04 مؤرخ في 01 فبراير 2015 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع و التصديق الالكترونيين، جريدة رسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 06 لسنة 2015 صادرة بتاريخ 10 فبراير 2015،ص06.

(3) لمزيد من التفصيل حول موضوع التطور التاريخي للكتابة، انظر الصالحين، م.(2008) الكتابة الرقمية طريق للتعبير عن الإرادة ودليلاً للإثبات، ط1 مصر : منشأة المعارف. ص 11 وما بعدها.

(4) صقر، ن ومكاري، ن.(2009) الوسيط في القواعد الإجرائية والموضوعية للإثبات في المواد المدنية، دون طبعة الجزائر: دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع. ص 76-77.

(5) المرجع نفسه، ص 77.

(6) المرجع نفسه، ص78.

(7) مختار الصحاح، منتدى الباحث العربي على الموقع الإلكتروني: www.baheth.inFo

(8) زوين، ن.(دون سنة) الكتابة الالكترونية: دراسة قانونية، دراسة منشورة على موقع منتدى شبكة قانوني الأردن، الدليل الإلكتروني للموقع www.Lawjo.net، ص 20.

(9) المرجع نفسه،ص20.

(10) يقرر علماء المنطق أن لكل شيء أربعة مراتب من الوجود: أولها الوجود الحقيقي الخارجي والظاهر، وثانيها الوجود الذهني وهو صورته المنظمة في الذهن، وثالثها وجوده اللفظي، وهو اللفظ المستخدم للتعبير عنه ورابعها الوجود الكتابي وهو الكتابة المعبرة عن لفظه، وذكروا أن وظيفة الوجود اللفظي والوجود الكتابي هي تحقيق الوجود الذهني.

(11) زوين، ن الكتابة الالكترونية: دراسة قانونية، مرجع سابق، ص21.

(12) Caprioli et Sorieul (1997) Commerce International électronique, Vers L'émergence Des Règles Juridiques Transnationales, France: clunet, P 323.

(13) وتسمى اليونسترال اختصارا لتسميتها باللغة الإنجليزية: United Nations commission on International Trade law.

(14) منصور،ع. وكميني،خ. (2008) الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني، مذكرة غير منشورة مقدمة لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء. ص 4.

(15) الحموري، ن. (2009) الأوراق التجارية الإلكترونية، دراسة تحليلية مقارنة، ط1 الاردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع. ص 68-69.

(16) تم التعديل بموجب القانون رقم 2000 -230 المتعلق بإدخال تكنولوجيا المعلومات المتعلقة بالتوقيع الإلكتروني صادر بتاريخ 13 مارس 2000 يعدل القانون المدني الفرنسي.

(17) الحروب، أ. (2010) السندات الرسمية الإلكترونية: دراسة مقارنة، ط1 عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص55.

(18) Loi n 2000-230 du 13 Mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative a la signature électronique, Journal officiel du Français , N°62 du 14 mars 2000, p. 39681.

(19) Mas, F. (2005) La Conclusion Des Contrats Du Commerce Électronique, France, édition librairie générale de droit et de jurisprudence L.G.D.J, P 321.

(20) النص بالفرنسية:

"Art. 1316. La preuve littérale, ou preuve par écrit, résulte d'une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quelles que soit leur support et leurs modalités de transmission'.

(21) ثروت،ع. (2002-2003)، التوقيع الالكتروني، ماهيته، مخاطره، وكيفية مواجهتها، مدى حجيته في الإثبات، ط2: مصر، مكتبة الإجلاء الجديدة. ص 175.

(22) يمكن الحصول على نصوص القانون رقم 2000-230 المعدل للقانون المدني عبر الإنترنت على الموقع التالي: http://www.lexinter.net/doctrine/le-code-civil.htm.

(23) ربضي، غ. (2009) القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني، ط1: الاردن، دار الثقافة للنشر والتوزيع. ص 167.

(24) القانون رقم 15 لسنة 2004. سبقت الإشارة إليه .

(25) Caprioli, E. (2000) le juge et la preuve électronique: réflexions sur le projet de loi portant adaptation du droit de la preuve aux technologies

de l'information et relatif la signature électronique. Etude publiée sur le site: www.juriscom.net.

(26) العياري، ك. (2003) التطور العلمي وقانون الإثبات، ورقة عمل مقدمة في الندوة العالمية حول الإثبات باستعمال وسائل المعلوماتية والتكنولوجية الحديثة، بالمركز العربي للبحوث القانونية والقضائية، 6-8 يناير 2003، بيروت، لبنان.

(27) سده، إ. (2009) مدى حجية الكتابة الالكترونية في الإثبات: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة النجاح الوطنية، نابلس فلسطين، ص10.

(28) الصالحين، م. الكتابة الرقمية طريقة للتعبير عن الإرادة ودليلاً للإثبات، مرجع سابق، ص28.

(29) المصدر نفسه، ص 132.

(30) الدسوقي، إ. (2000) الجوانب القانونية للتعامل عبر وسائل الاتصال، بحث مقدم لمؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت، المجلد الثالث، ط3، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 1-3 مايو 2000م، ، ص 995.

(31) لمزيد من التفصيل حول هذه المكونات، أنظر الغريب، ف. (2005) التوقيع الإلكتروني وحجيته في الإثبات، (د.ط): مصر، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية. ص 197 وما بعدها.

(32) الصالحين،م، مرجع سابق، ص7.

(33) دودين، م. (2010) الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الانترنت ط1: الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص 18.

(34) الدسوقي، أ. (2003) الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، د.ط: الكويت، مجلس النشر العلمي. ص 15.

(35) قانون رقم 2000– 03 مؤرخ في 2000/5/5، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 48، صادرة بتاريخ 2000/5/6، ص 3.

(36) الغريب، ف. التوقيع الإلكتروني وحجيته في الإثبات، مرجع سابق ، ص161.

(37) الصالحين، م. الكتابة الرقمية طريقا للتعبير عن الإرادة ودليلاً للإثبات، مرجع سابق، ص 36.

(38) العبودي،ع. (2002) الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات المدني، (ط1)، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع. ص140

(39) الغريب، ف. التوقيع الإلكتروني وحجيته في الإثبات، مرجع سابق. ص 161.

(40) الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، رقم 63 لسنة 1998 صادرة بتاريخ 1998/8/26، ص 6.

(41) الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 60 لسنة 2000 صادرة بتاريخ 2000/10/15، ص 15.

(42) دودين، م. الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الإنترنت، مرجع سابق، ص 37

(43) ربضي، غ. القواعد الخاصة بالتوقيع الالكتروني، مرجع سابق. ص197.

(44) دودين، م. الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الإنترنت، مرجع سابق. ص230.

(45) ربضي، غ. القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني، مرجع سابق، ص199.

(46) زوين، م. الكتابة الالكترونية: دراسة قانونية، مرجع سابق، ص13، نقلاً عن شخيو، س. (1990) المسؤولية المدنية الناتجة عن استخدام الكمبيوتر، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة بغداد، العراق. ص305.

(47) المرجع نفسه، ص14.

(48) Turmel, A. (2004) La formation du contrat électronique, thèse de doctorat en droit privé, l'université Montpellier 1. P 109

(49) صقر، ن. ونزيهة، م. الوسيط في القواعد الإجرائية والموضوعية للإثبات في المواد المدنية، مرجع سابق، ص274.

(50) Piette-Coudol, T. (2000) Echanges électroniques, certification et sécurité, France: paris, édition litec, p185.

(51) منصور،ع. وكميني، خ. الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني، مرجع سابق، ص40

(52) ثروت، ع. التوقيع الإلكتروني، مرجع سابق، ص52.

(53) المصدر نفسه، ص53.

(54) وقد استعمل مصطلح التعادل الوظيفي لأول مرة من طرف لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (اليونسترال). Piette-Coudol, T. (2000) Echanges électroniques, certification et sécurité, op.cit., p191.

(55) منصور، ع. وكميني، خ. الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني، مرجع سابق، ص 28.

(56) "Art. 1316-1: L'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puis être dument identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à garantir l'intégrité"

(57) جميعي، ح. (2000) إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الانترنت، (د.ط): مصر، دار النهضة العربية. ص 20.

(58) Turmel, A. (2004) La formation du contrat électronique, op.cit., p 111.

(59) Shandi, y. (2005) la formation du contrat à distance par voie électronique, thèse pour le doctorat en droit, université robert SCHUMAN

Strasbourg 3, p305.

(60) Eric Caprioli, Op cit

(61) منصور، ع. وكميني، خ. الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني، مرجع سابق، ص 11.

(62) Shandi, y,(2005) la formation du contrat à distance par voie électronique, op.cit, p304.

(63) Piette-Coudol, T. (2000) Echanges électroniques, certification et sécurité, op.cit., p190.

(64) القانون رقم 06-02 متعلق بتنظيم مهنة الموثق.

(65) القانون رقم 06-03 متعلق بتنظيم مهنة المحضر القضائي.

(66) أنظر المواد 15 و16 و17 من قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004 .

(67) صقر، ومكاري، الوسيط في القواعد الإجرائية والموضوعية للإثبات في المواد المدنية، مرجع سابق، ص272.

(68) Piette-Coudol, T. (2000) Echanges électroniques, certification et sécurité, op.cit., p191.

(69) Art: 1316-2 "Lorsque la loi n'a pas fixé d'autres principes, et a défaut de convention valable entre Les parties, Le juge règle les conflits de preuve littérale en déterminante par tous moyens le titre Le plus vraisemblables, quel qu'en soit le support"

(70) خالي، س. (2009) الإثبات عن طريق المحررات الرسمية والعرفية في التشريع المدني الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء (غير منشورة)، 2009، الجزائر، ص 43.

(71) Ghazoani, ch. (2008) le contrat de commerce électronique international, thèse pour le doctorat en droit, université panthéon Assas paris2, p84.

(72) Internet et les réseaux numériques: étude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'Etat le 2 juillet 1998, disponible sur le web et à la Documentation Française.

(73) Piette-Coudol, T. (2000) Echanges électroniques, certification et sécurité, op.cit, p191.

(74) منصور، س. (2004) الإثبات الإلكتروني في القانون اللبناني معاناة قاض، الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية، أعمال المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق بيروت العربية، الجزء الأول، الجديد في التقنيات المصرفية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، طبعة 2004، ص343- 367.

المصادر والمراجع

المعاجم

مختار الصحاح، منتدى الباحث العربي على الموقع الإلكتروني: www.baheth.inFo

الكتب

الحروب، أ. (2010) السندات الرسمية الإلكترونية: دراسة مقارنة، ط1 عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع.

الحموري، ن. (2009) الأوراق التجارية الإلكترونية، دراسة تحليلية مقارنة، ط1 الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع.

الدسوقي، أ. (2003) الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، د.ط: الكويت، مجلس النشر العلمي.

الصالحين، م. (2008) الكتابة الرقمية طريق للتعبير عن الإرادة ودليلاً للإثبات، ط1 مصر : منشأة المعارف.

العبودي، ع. (2002) الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات المدني، (ط1)، عمان :دار الثقافة للنشر والتوزيع.

الغريب، ف. (2005) التوقيع الإلكتروني وحجيته في الإثبات، (د.ط): مصر، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية.

ثروت، ع. (2002-2003)، التوقيع الالكتروني، ماهيته، مخاطره، وكيفية مواجهتها، مدى حجيته في الإثبات، ط2: مصر،مكتبة الإجلاء الجديدة.

جميعي، ح. (2000) إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الانترنت، (د.ط): مصر ، دار النهضة العربية.

دودين، م. (2010) الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الانترنت ط1: الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع.

ربضي، غ. (2009) القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني، ط1: الأردن، دار الثقافة للنشر والتوزيع.

صقر، ن. ومكاري، ن. (2009) الوسيط في القواعد الإجرائية والموضوعية للإثبات في المواد المدنية، دون طبعة الجزائر: دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع.

الرسائل الجامعية

أبو عامود، ف. (2004) رسالة المعلومات الالكترونية في القانون الأردني: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير غير منشورة، الجامعة الأردنية، الأردن: عمان.

خالي، س. (2009) الإثبات عن طريق المحررات الرسمية والعرفية في التشريع المدني الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء (غير منشورة)، 2009، الجزائر.

زوين،ن.(دون سنة) الكتابة الالكترونية: دراسة قانونية، دراسة منشورة على موقع منتدى شبكة قانوني الأردن، الدليل الإلكتروني للموقع، www.Lawjo.net

سده، إ. (2009) مدى حجية الكتابة الالكترونية في الإثبات: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة النجاح الوطنية،

نابلس فلسطين.
شخيو، س. (1990) المسؤولية المدنية الناتجة عن استخدام الكمبيوتر، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة بغداد، العراق.
منصور،ع وكميني،خ (2008) الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني، مذكرة غير منشورة مقدمة لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء. ص 4.

المقالات و المداخلات العلمية

الدسوقي، إ. (2000) الجوانب القانونية للتعامل عبر وسائل الاتصال، بحث مقدم لمؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت، المجلد الثالث، ط3، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 1-3 مايو 2000م.
العياري، ك. (2003) التطور العلمي وقانون الإثبات، ورقة عمل مقدمة في الندوة العالمية حول الإثبات باستعمال وسائل المعلوماتية والتكنولوجية الحديثة، بالمركز العربي للبحوث القانونية والقضائية، 6-8 يناير 2003، بيروت، لبنان.
منصور، س. (2004) الإثبات الإلكتروني في القانون اللبناني معاناة قاض، الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية، أعمال المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق بيروت العربية، الجزء الأول، الجديد في التقنيات المصرفية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، طبعة 2004.

القوانين

القانون رقم 15-04 مؤرخ في 01 فبراير 2015 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين،جريدة رسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 06 لسنة 2015 صادرة بتاريخ 10 فبراير 2015.
قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2001.
قانون رقم 06-02، مؤرخ في 20 فبراير 2006، يتعلق بتنظيم مهنة الموثق، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد14 لسنة 2006، صادرة بتاريخ 2006/3/8، ص15.
قانون 06-03، مؤرخ في 20 فبراير، يتعلق بتنظيم مهنة المحضر القضائي، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 14 لسنة 2006، صادرة بتاريخ 2006/03/08، ص21.
قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004 .
القانون رقم 2000- 03 مؤرخ في 2000/5/5، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 48، صادرة بتاريخ 2000/5/6، ص3.
القانون رقم 2000-230 المتعلق بإدخال تكنولوجيا المعلومات المتعلقة بالتوقيع الإلكتروني صادر بتاريخ 13 مارس 2000 يعدل القانون المدني الفرنسي.
قانون اليونسترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية.

اللغة الفرنسية

Les ouvrages

Caprioli et Sorieul (1997) Commerce International électronique, Vers L'émergence Des Règles Juridiques Transnationales, France: clunet.
Mas, F. (2005) La Conclusion Des Contrats Du Commerce Électronique, France, édition librairie générale de droit et de jurisprudence L.G.D.J.
Piette-Coudol, T. (2000) Echanges électroniques, certification et sécurité ,France: paris, édition litec.

Les thèses

Ghazoani, ch. (2008) le contrat de commerce électronique international, thèse pour le doctorat en droit, université panthéon Assas paris2.
Shandi, y. (2005) la formation du contrat à distance par voie électronique, thèse pour le doctorat en droit, université robert Schuman Strasbourg 3.
Turmel, A. (2004) La formation du contrat électronique, thèse de doctorat en droit privé, l'université Montpellier 1.

Les études

Caprioli, E. (2000) le juge et la preuve électronique: réflexions sur le projet de loi portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relatif la signature électronique. . Etude publiée sur le site: www.juriscom.net.

Les textes juridiques

Loi, N. (2000-230) du 13 Mars 2000 portant adaptation du droit du la preuve aux technologies de l'information et relative a la signature électronique, Journal officiel Français , N°62 du 14 mars 2000, p. 3968.
Le code civile français.

مواقع الانترنت

www.baheth.inFo
http://www.lexinter.net/doctrine/le-code-civil.htm.
www.Lawjo.net
www.juriscom.net.

Functional Equivalence between Electronic and Traditional Writing in Providing Evidence

*Mounia Necheneche**

ABSTRACT

This study sheds the light on the subject of electronic writing, by depending on the Algerian legislation as a key focus and the legal basis for it. As well as, conducting a comparative view with some Arab and foreign legislations, which aim to illustrate the electronic writing, and indicate the extent of their authentic in evidence.

This study ended up with a key outcome that is the possibility of achieving electronic writing for all the functions of traditional writing. Although they differ in their nature, environment and bearing pillar, particularly after the legislative keen attention that has been taken recently by the Algerian legislature, bringing together all types of writing, and that by adopting the principle of separation between writing and it pillar installed on it ,and the principle of functional equivalence among the kinds of writing which allowed the electronic writing to rise to the level of admissible writing evidence. Additionally, it allows them to enjoy the same identification power given to the traditional writing, of course, after granting the legal and technical conditions that guarantee its integrity and validity.

Keywords: Electronic Writing, Traditional Writing, Algerian Legislator.

* Université Mohamed Seddik Ben Yahia de Jijel, Algeria. Received on 26/3/2016 and Accepted for Publication on 26/10/2016.