

حجية الوثيقة الإلكترونية في التقنين الجزائري

حابت آمال

أستاذة مساعدة "أ"

كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو

مقدمة

إثبات الحق هو إقامة الحجة عليه، وقد تأسست نظريات الإثبات على حقيقة أساسية - كان للرومان سبق التعبير عنها - وهي أن الحق المجرد عن الدليل لا وجود له ويعدو عدما عند حصول المنازعة¹. و أدلة الإثبات على ستة أنواع: الأدلة الكتابية، الشهادة، القرائن، الإقرار، اليمين، المعاينة والخبرة.

وقد احتلت الكتابة من بين الأدلة القانونية منزلة متقدمة وتحديدا في المسائل المدنية والتصرفات العقدية ، ففي النظام اللاتيني - ونماذجه مثل القانون الفرنسي، المصري والجزائري - تمثل الكتابة أقوى الأدلة ، في حين بقي للشهادة منزلة متقدمة في النظام الانجلو أمريكي - ونموذجه القانونين الأمريكي والبريطاني بدرجات متفاوتة بينهما.

(1) المحامي يونس عرب، حجية الإثبات بالمستخرجات الإلكترونية في القضايا المصرفية، مجلة البنوك، الأردن، 2007، ص9.

إن المتمعن في تاريخ الكتابة يتبين له بجلاء أن الارتباط بينها وبين الورق ليس ارتباطا عضويا، وأن الكتابة باعتبارها ضربا من ضروب الرموز المتفق عليها في إطار اجتماعي معين قد ظهرت عدة قرون قبل ظهور الورق¹، واتخذت لها عدة سندات مادية مثل جدران الكهوف والحجارة وجلود الحيوانات وخشب الأشجار. وفي خضم هذا التطور كان الورق آخر هذه السندات، إلا أن تطوره وتدعيمه بأساليب الطباعة جعل من الفحوى المتمثل في الكتابة يرتبط ارتباطا وثيقا بشكله المادي الورقي إلى درجة التمازج والانصهار، وإلى درجة أصبحت فيها عبارتا الكتابة أو الوثيقة تحملان في طبيتهما معنى ضمنيا من أن الأمر يتعلق بكتابة ورقية أو بوثيقة ورقية.

من هنا ومع تطور الوسائل الحديثة للاتصال والثورة التكنولوجية التي أصبحت تمكن الأشخاص من تبادل النصوص والصور والأصوات عبر شبكات إلكترونية، ظهر مفهوم الوثيقة الإلكترونية.

تعرف الوثيقة الإلكترونية على أنها:

"هي الوثيقة المتكونة من مجموعة أحرف وأرقام أو أي إشارات رقمية أخرى بما في ذلك تلك المتبادلة عبر وسائل الاتصال تكون ذات محتوى يمكن فهمه

(2) د/ عاطف عبد الحميد حسن، مبدأ الثبوت بالكتابة في ضوء التطور التكنولوجي الحديث، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 70.

ومحفوظة على حامل إلكتروني يؤمّن قراءتها والرجوع إليها عند الحاجة"¹.
هذا التعريف يستند إلى العناصر المميزة للوثيقة الإلكترونية فمنها ما يتعلق
بفحوى الوثيقة الإلكترونية ومنها ما يتعلق بحفظها .

(1) هذا التعريف جاء في القانون التونسي لسنة 2000 عدد 57 المؤرخ في 13 جوان
2000 المتعلق بتنقيح وإتمام بعض فصول من مجلة الالتزامات والعقود . وفي هذا الإطار
تجدر الملاحظة أن المشرع الفرنسي لم يعرف الكتابة الإلكترونية بل أكتفى بتعريف الكتابة
في المادة 1316 من التقنين المدني على أنها : "كل تتابع للحروف أو العلامات أو الأرقام أو
أي إشارات أو رموز أخرى ذات دلالة تعبيرية مفهومة من الآخرين أيا كان نوع الوسيط أو
الدعامة التي تقع عليها وأيا كانت طريقة نقلها. أما في تعريفه للحجة الكتابية فهو يشمل
الوثيقة الإلكترونية :

"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 intelligente, quels que soient leur support et leur modalités
de transmission".

نفس الموقف بالنسبة للمشرع الجزائري اكتفى بتعريف الكتابة بشكل يستوعب معنى الكتابة
الإلكترونية وذلك في المادة 323 مكرر من التقنين المدني على أنها : "تسلسل الحروف أو
أوصاف أو أرقام أو أي عمات أو رموز ذات معنى مفهوم ، مهما كانت الوسيلة التي
تتضمنها وكذا طرق إرسالها"، ليبين في المادة 323 مكرر 1 شروط الكتابة الإلكترونية
والمتمثلة في إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في
ظروف تضمن سلامتها.

1- بالنسبة للعناصر المتعلقة بفحوى الوثيقة الإلكترونية هي الأحرف والأرقام أو أي إشارات رقمية أخرى من ناحية، من ناحية أخرى يشترط أن يكون ذلك الفحوى مقروءا. وهذا العنصر الأول المكون للوثيقة الإلكترونية هي أيضا من مكونات الكتابة العادية أو الورقية، لكن هذا لا يعني أن هناك تطابق تام بين الكتابة الإلكترونية والكتابة العادية، إذ أن الأول يتميز بإمكانية احتوائه أو تكونه من علامات أو إشارات أخرى قد تكون غير مفهومة بالنسبة للشخص العادي لكنها متفق عليها من قبل أطراف الكتابة الإلكترونية، والكتابة العادية قد تتضمن بدورها أيضا بعض الإشارات مثل كتابة براي لغير المبصرين والكتابة المختصرة... الخ .

يشترط في هذه العناصر أن تكون ممكنة الفهم، يبدو هذا الأمر بديهيا لأول وهلة، فمن طبيعة الوثيقة عادية كانت أو إلكترونية أن تكون مقروءة ومفهومة، وهي صفات جوهرية بالنسبة لأطراف الوثيقة أو للغير ممن له مصلحة فيها وخاصة بالنسبة للقاضي الذي قد يتدخل لحسم النزاع عند ظهوره. لكن هذا العنصر يمثل أيضا إحدى خاصيات الوثيقة الإلكترونية بالنظر إلى

أما بالنسبة للمشرع المصري لم يعرف الكتابة العادية بل عرف الكتابة الإلكترونية فقط بأنها: "كل حروف أو أرقام أو رموز أو أي علامات أخرى تثبت على دعامة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أي وسيلة أخرى مشابهة وتعطي أدلة قابلة للإدراك". أنظر في ذلك: د/عابد فايد عبد الفتاح فايد، الكتابة الإلكترونية في القانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 27.

وسيلة تبادلها¹، وعليه يشترط أن تكون الوثيقة الإلكترونية ذات محتوى يمكن فهمه عندما تبرز الحاجة إلى ذلك وخاصة عند الاطلاع عليها وليس أن تكون الوثيقة مفهومة .

2- بالنسبة للعنصر الخارجي المتعلق بحفظها. وبما أن هذا العنصر يلعب دوراً مزدوجاً بالنسبة لتعريف الوثيقة وبالنسبة لحجيتها سوف نتعرض إليه في صلب الموضوع .

إن وجود الكتابة في شكلها المادي أو الورقي من شأنها أن تزرع ثقة الطرفين بالنسبة لوجود العقد كما أن البنود التي قد تتضمنها من شأنها أن تقطع بعض النزاعات المحتملة. أما تعويض الورق بالكتابة الإلكترونية التي قد تكون عرضة لانتهاكات وتغييرات لا يمكن التفتن إليها، تنقص من ثقة المتعاقد بها نتيجة لإشكالات تتعلق بحجية مثل هذا الصنف من الكتابة. وعليه نتساءل في

(1) فالوثيقة الإلكترونية يقع تبادلها عبر شبكات الاتصال وهي شبكات مفتوحة لعدة مستعملين من غير أطراف الوثيقة المذكورة وبالتالي هي مهددة بخطر الاطلاع عليها من أطراف أجنبية، ومن هنا برزت ضرورة تأمين سرية المعلومات المضمنة بالوثيقة الإلكترونية عند تبادلها عبر شبكات الاتصال وذلك عن طريق عملية التشفير، و التشفير: هو استعمال رموز أو إشارات غير متداولة تصبح بمقتضاها المعلومات المرغوب تمريرها أو إرسالها غير قابلة للفهم من قبل الغير أو استعمال رموز أو إشارات لا يمكن الوصول إلى المعلومة بدونها، أنظر في ذلك: الأستاذ: خالد عرفة، حجية الوثيقة الإلكترونية، مقال منشور في مجلة أفكار الإلكترونية على الموقع WWW.afkaronlin.org

هذا العمل عن مدى الحجية التي أسندها المشرع للوثيقة الإلكترونية وهل وفق في ذلك بما يجعل المترشحين لاستعمال وتداول هذا الصنف من الوثائق يتقنون بها.

الإجابة عن هذا الإشكال تكمن في المادة 323 مكرر 1 من التقنين المدني الجزائري بنصها على: " يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها."

باستقراء المادة السالفة الذكر، فإن المشرع الجزائري سوى بين الكتابة الإلكترونية والكتابة الورقية في الإثبات، وبين شروط الإعتداد بالكتابة الإلكترونية. وعليه فإن التطرق إلى مسألة حجية الوثيقة الإلكترونية تقتضي الخوض في مبدأ التسوية بين الكتابة الإلكترونية والكتابة الورقية، إذ أن هذه التسوية هي وحدها الكفيلة بزرع الثقة في هذا الصنف من الوثائق بما يؤمن إقبال المستعملين عليه وتنمية للاقتصاد اللامادي. ولا شك أن التسوية بين الكتابة العادية والكتابة الإلكترونية من حيث الحجية يقتضي أن توفر هذا الأخيرة نفس الضمانات التي توفرها الأولى وهو ما سعى إليه المشرع من خلال بيان شروط حجية الوثيقة الإلكترونية .

لذا فإنه يتوجب تخصيص المبحث الأول لمبدأ التسوية بين الوثيقة الإلكترونية والوثيقة الورقية، ثم إدراج شروط حجية الوثيقة الإلكترونية كمبحث ثاني .

المبحث الأول: مبدأ التسوية بين الوثيقة الإلكترونية والوثيقة الورقية

لقد أصبحت المحررات الالكترونية واقعا ملموسا يستحيل تجاهله، إذ ظهرت وسائل ودعائم جديدة في الإثبات تتطلب تكييف قواعد الإثبات لتستوعب التطور التكنولوجي الحديث، إما بتعديل هذه القواعد أو إضافة قواعد جديدة إليها، واختلفت التشريعات بهذا الصدد فمنها من تولت تنظيم هذا المجال بنصوص خاصة¹، منها من أضافت فصول خاصة لقواعدها العامة²، ومنها من اكتفت بتعديل وإضافة بعض المواد فقط كما فعله المشرع الجزائري³.

(1) كالمشرع التونسي والبحريني والإماراتي...الخ، بوضعهم لنصوص تتعلق بالتجارة الإلكترونية أو المعاملات الالكترونية.

(2) كالمشرع الفرنسي الذي أضاف فصلا جديدا للباب الثالث من التقنين المدني الفرنسي بعنوان العقود والالتزامات في الشكل الإلكتروني.

(3) وذلك بموجب المادة 323 مكرر 1 والمادة 327 من التقنين المدني، وباختصار وفي صدد سن تشريع ينظم ما ينجم عن المعاملات الإلكترونية ظهرت مدرستين متميزتين: الأولى ترى أن المعاملات الإلكترونية لا تحتاج إلى تنظيم تشريعي خاص إلا فيما يخص الإثبات

وطبقا للمادة 323 مكرر 1 فإن المشرع الجزائري جعل السندات الإلكترونية تتمتع بنفس الحجية التي تتمتع بها السندات الورقية العادية وعليه لا بد من البحث عن الأساس القانوني لمبدأ المساواة، لننتقل فيما بعد لعرض حدود المبدأ.

المطلب الأول: الأساس القانوني للمبدأ

لقد جاءت المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري ضمن الفصل الخاص بإثبات الالتزام بالكتابة، بالتالي إدراج هذا النص صلب القواعد المتعلقة بالبيئة بالكتابة يبرز نية المشرع الواضحة في اعتبار الوثيقة الإلكترونية من قبيل الحجج الكتابية. لكن ما مدى التسوية بين الحجج الإلكترونية والحجج الورقية ؟

الإلكتروني أما إنشاء العقد الإلكتروني يكفي أن يخضع للقواعد العامة على أساس أنها كافية لإستعاب هذه الوسيلة الحديثة في التعاقد، في حين أن المدرسة الثانية ترى وجوب تنظيم المعاملات الإلكترونية بما في ذلك إنشاؤها وإثباتها وتنفيذها، إذ أن نظرية العقد الكلاسيكية قد لا تكفي لضبط التعاقد الإلكتروني أمام المشكلات التي أظهرها الواقع العملي ، أنظر في ذلك د/ أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط في قانون المعاملات الإلكترونية، دار النهضة العربية، مصر، 2007، ص8.

في هذا الصدد، إن المشرع الجزائري على غرار نظيره الفرنسي (الفصلين 1316-1 و 1316-3 من المجلة المدنية)¹ أشار صراحة إلى مبدأ التسوية بين الكتابة على الورق والكتابة الإلكترونية من حيث الحجية في الإثبات، بشرط التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وان تعد و تحفظ الوثيقة الإلكترونية في شكلها الأصلي بصفة تضمن سلامة محتواها. والسؤال المطروح هنا ماذا يقصد المشرع بالكتابة على الورق؟ هل يقصد الورقة العرفية أم الرسمية أو الورقتين معا؟

نجد الجواب بعد تصفح باقي المواد المتعلقة بالعقود الرسمية (المواد من 324 إلى 326 مكرر 2 من التقنين المدني الجزائري) والتي تشترط:

— أن تتم العقود أمام موظفين مؤهلين لذلك حسب المادة 324 من التقنين المدني الجزائري، ويلاحظ أن هذه المادة لم تعدل ولم يأتي القانون بجهات جديدة تتولى المصادقة على الوثائق الإلكترونية.

(1) نص على المبدأ العام المتعلق بالتسوية بين الكتابة الإلكترونية والكتابة الورقية من حيث الحجية صلب الفصل 1316-3 من المجلة المدنية .

L'écrit sur support électronique à la même force probante que l'écrit sur support papier

— أن يحظر أطراف العقد والشهود أمام الموثق حسب المادة 324 مكرر 2 من التقنين المدني الجزائري، وهذا الأمر لا يتيسر في غالب الحالات في العقود الإلكترونية التي تبرم عن بعد.

ثم أن المشرع الجزائري أتى على ذكر التوقيع الإلكتروني في المادة 327 من التقنين المدني، وهذه المادة تعرف العقد العرفي، مما يستنتج ضمناً أن المقصود اعتبار التوقيع الإلكتروني توقيعاً عرفياً.

على ذلك لا يمكن للعقود الإلكترونية أن تكون رسمية، والمشرع إذن قصد الوثيقة العرفية فقط.

المطلب الثاني: حدود المبدأ

لمبدأ التسوية بين الكتابة الورقية والكتابة الإلكترونية حدين، أحدهما مستمد من موقف المشرع بإقصائه الوثيقة الإلكترونية من دائرة الحجج الرسمية، والآخر يتعلق بتنازع الحجج .

الفرع الأول: إقصاء الوثيقة الإلكترونية من دائرة الحجج الرسمية

إن التقسيم الكلاسيكي للحجج الكتابية يميز بين الحجج الرسمية والحجج غير الرسمية، وإن إطلاق مبدأ التسوية بين الكتابة الورقية والكتابة الإلكترونية يفترض أن تنقسم هذه الأخيرة إلى حجج رسمية إلكترونية وحجج إلكترونية غير رسمية. إلا أن النص على مبدأ التسوية تم بين الكتابة على الورق فقط

والكتابة الإلكترونية، ثم أن النص الخاص بالوثيقة الرسمية وهو نص المادة 324 من القانون المدني لم يعدل ولم يدرج فيه الكتابة الإلكترونية، ولا حتى تغيير في طبيعة الموظف المكلف بالكتابة الرسمية، وعليه تعد الوثيقة الإلكترونية كتباً غير رسمي¹.

طبقاً للقاعدة الواردة في المادة 324 وما يليها من التقنين المدني الجزائري والمتعلقة بالعقود الرسمية والقاضية بأن الكتابة شرط لصحة العقد

(1) وبالمقارنة بين التشريع الجزائري والتشريع التونسي مثلاً قد أنشأ ما سمي بالوكالة الوطنية للمصادقة الإلكترونية التي من ضمن مهامها طبقاً للفصل 9 من نفس القانون.. "إصدار وتسليم وحفظ شهادات المصادقة الإلكترونية الخاصة بالأعوان العموميين المؤهلين للقيام بالمبادلات الإلكترونية..." وبالتالي فإن هذا النص يقر صراحة إمكانية صدور وثائق إلكترونية محللة بإمضاء إلكتروني عن أعوان عموميين مؤهلين للقيام بالمبادلات الإلكترونية، وعبرة أعوان عموميين هي عبارة عامة تشمل المأمورين العموميين، ولا شك أن هذه الوثائق الصادرة أصلاً في شكل إلكتروني ومحلاة بالإمضاء الإلكتروني للمأمور العمومي الصادرة في شأنه شهادة مصادقة إلكترونية من الوكالة الوطنية للمصادقة الإلكترونية تعد كتائب إلكترونية لها حجية الكتائب الرسمية، وعليه لا مفر من الإقرار بأن الكتابة الإلكترونية على غرار نظيرتها الورقية قد تتمتع أحياناً بحجية الكتابة الرسمية -إذا ما صودق عليها- وفي صور أخرى بحجية الكتابة غير الرسمية حسب مصدرها وظروف إنشائها، أنظر في ذلك: خالد عرفة، مرجع سابق.

وتتم أمام موظفين خاصين، وأمام غياب أجهزة مكلفة بالمصادقة على الوثائق الإلكترونية فإنه لا يمكن تصور تحرير عقد رسمي في شكل إلكتروني.

الفرع الثاني: تنازع الحجج

قد تعترض القاضي بعض الصعوبات المتعلقة بتنازع الحجج، فما هو الحل في صورة التضارب بين وثيقة ورقية ووثيقة إلكترونية؟ ونفس السؤال يطرح في صورة التنازع بين وثيقتين إلكترونيتين، فما هي القواعد القانونية أو القرائن المادية التي تمكن القاضي من الترجيح بين هذه الحجج المتضاربة؟

لقد سكت المشرع رغما عن أهمية هذه الإشكاليات من الناحية التطبيقية خلافا للمشرع الفرنسي الذي نص صلب الفصل 1316 - 2 من المجلة المدنية الفرنسية أن القاضي يبت في تنازع الحجج الكتابية بأن يحدد بكل الوسائل الوثيقة الأكثر مصداقية مهما كان شكلها. لكن بعد أن يستنفذ موقف القانون وإرادة الأطراف¹.

Lorsque la loi n'a pas fixé d'autre principe, et a défaut de convention valable entre les parties, le juge règle les conflits de preuve littérale en déterminant par tous moyens le litre le plus vraisemblable quel que soit le support

وأهم ما يستنتج من هذا النص أن:

(1) د/ عابد فايد عبد الفتاح فايد، مرجع سابق، ص 140.

— تقرر قاعدة قانونية مكملّة فهي تنص: "عندما لا يحدّد القانون معايير أخرى... "بمعنى أن المشرع هو الذي يرجع إليه في المقام الأول إنشاء القواعد التي تبين التدرج في القوة في الإثبات بين الأدلة المختلفة، كما أن النص يفسح المجال للأفراد في أن ينظموا باتفاقاتهم الخاصة الأمور الفنية في الأدلة الإلكترونية، فتعدّ الإتفاقات الخاصة مصدر ثانٍ لحلّ التنازع بين الأدلة الكتابية إذا لم ينظم المشرع هذه المسألة.

— القاضي الفرنسي لا يرجح بين الحجج المتنازعة اعتماداً على شكلها أو وسيلة حفظها، فلا فرق في هذا المجال بين الكتب الورقية والكتب الإلكترونية، وإنما المعيار الوحيد هي عناصر المصادقية التي يبحث عنها القاضي بكل الوسائل .

وفي غياب مثل هذه القاعدة بالنسبة للقاضي الجزائري فإن باب الاجتهاد يبقى مفتوحاً. فإذا قدمت للقاضي وثائق متكافئة من حيث الحجية (كتب خطي ورقي يتعارض مع كتب إلكتروني أو كتب إلكتروني يتعارض مع كتب إلكتروني آخر) فإنه يبحث عن عناصر المصادقية: قانونية كانت (مثل اشتراط الكتابة كشرط صحة أو وجود اتفاق بين الأطراف حول الإثبات) أو واقعية وإذا تعلق الأمر بعناصر ترجيح واقعية فيجب أن تتمثل في جملة من القرائن القوية والمتضافرة .

أما إذا قدمت للقاضي وثائق غير متكافئة من حيث الحجية (رسمي يتضارب مع إلكتروني) فإن القاضي سيرجح الكتابة الرسمي .

ويبقى هذا الخيار التشريعي المتمثل في إقصاء الكتابة الإلكترونية من دائرة العقود الشكلية يحد من تطور بعض مجالات التجارة الإلكترونية، و على المشرع أن ينص صراحة أنه يمكن إبرام العقود بالكتابة الإلكترونية حتى وإن كانت الكتابة أحد شروط صحة العقد، وذلك بإيجاد موظفين مختصين بذلك- التوثيق الإلكتروني- . وتبني خلاف ذلك الموقف يعد إحياء للمبدأ القائل بهيمنة الكتب الورقي.

ومهما كان من أمر فإنه بعد تنقيح 2005 لا يجوز للقاضي أن يرفض حجة لمجرد أنها في شكل إلكتروني، لكن لاعتمادها، عليه أن يتحقق من شروط تلك الوثيقة، وإذا ما توفرت هذه الأخيرة فإن الوثيقة الإلكترونية تصبح لها حجية تلزم القاضي بالقضاء طبقا لفحواها، لذا لا بد من التطرق إلى شروط حجية الوثيقة الإلكترونية .

المبحث الثاني: شروط حجية الوثيقة الإلكترونية

لقد نصت المادة 323 مكرر 1 على حجية الوثيقة الإلكترونية واعتبارها كتبا غير رسمي وذلك بتوفر شرطين، أولهما التأكد من هوية مصدرها أي أن تكون الوثيقة مدعمة بإمضاء إلكتروني ينسب إلى صاحبه، وإن لم تحتوى

الوثيقة على توقيع مصدرها فإن القاضي غير مجبر بالأخذ بها كدليل إثبات، وثانيهما يتعلق بحفظ الوثيقة.

المطلب الأول: التأكد من مصدر الوثيقة الإلكترونية

يمكن التأكد من مصدر الوثيقة عن طريق التأكد من صحة التوقيع الذي تحمله، فالتوقيع يعبر عن الإرادة الباطنة لمصدر الوثيقة وتحويلها إلى تصرف ظاهر¹ هذا عند إبرام، وبالعكس، عند الإثبات ينسب التصرف الظاهر - الوثيقة - إلى الإرادة الباطنة لمصدر الوثيقة.

ويعرف الفقه التوقيع على أنه: "العلامة الخطية التي يضعها شخص على وثيقة مكتوبة يعبر بها عن وجوده المادي في التصرف أو تأييده لمضمون الوثيقة التي صدرت عنه".²

باعتبار أن المشرع سمح أن تتخذ الوثائق شكلا الكترونيا، فإن هذه الأخيرة لن تحمل إلا توقيعها الكترونيا، وقد اعترف المشرع الجزائري صراحة بإمكانية ذلك في نص المادة 2/327 من التقنين المدني الجزائري.¹

(1) د/ عاطف عبد الحميد حسن، مرجع سابق، ص 104.

(2) أبو الهجاء محمد إبراهيم، التحكيم بواسطة الأنترنت، الدار الدولية ودار الثقافة، الأردن، 2002، ص 81.

نشير أن القضاء الفرنسي اعترف بصحة التوقيع الإلكتروني قبل صدور قوانين الإثبات الإلكتروني، ذلك بناء على وجود اتفاق من اتفاقات المتعلقة بالإثبات. لكن بعد صدور هذه القوانين كرست فيها صحة التوقيع الإلكتروني دون حاجة الى اتفاق سابق بين الأطراف.²

نستطيع تعريف التوقيع الإلكتروني كما يلي: "حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات تأخذ شكل إلكتروني لها طابع منفرد تسمح بتحديد الشخص صاحب التوقيع وتميزه عن غيره".³

(1) تنص المادة على: "ويعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1 أعلاه".

(14) Cf. La signature électronique, article publié sur le site : www.leecouvemement.com/signature.html

(2) د/ حامد قشقوش هدى، الحماية القانونية للتجارة الالكترونية، دار النهضة العربية، مصر، 2000، ص 83.

(3) جاء هذا التعريف في القانون رقم 15 لسنة 2004 بنصه على: "ما يوضع على محرر إلكتروني ويتخذ شكل حرو أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيره ويكون له طابع منفرد يسمح بتحديد شخص الموقع ويميزه عن غيره"، أنظر في ذلك: د/ عابد فايد عبد الفتاح فايد، مرجع سابق ص 130.

مثل هذا التعريف جاء به المشرع المصري¹. في حين أن المشرع الجزائري لم يعرف لا التوقيع التقليدي ولا التوقيع الإلكتروني بل ترك ذلك

(1) بما نصه: " ويتمثل الإمضاء في وضع إسم أو علامة خاصة بخط يد العاقد نفسه مدمجة بالكتب المرسوم بها أو إذا كان إلكترونيا في استعمال منوال تعريف موثوق به يضمن صلة الإمضاء المذكور بالوثيقة الإلكترونية المرتبطة به .

إن هذا التعريف يستدعي بعض الملاحظات: (1) إن المشرع التونسي تبني تعريفا شكليا للإمضاء بأن اقتصر على بيان الوسائل الشكلية التي يتم بها هذا الأخير سواء كان يدويا أو إلكترونيا فالإمضاء اليدوي يتم بوضع إسم أو علامة خاصة بخط يد العاقد نفسه كما أن الإمضاء الإلكتروني يتم باستعمال منوال تعريف موثوق به.

(2) بصورة عكسية فإن المشرع التونسي لم يتبن التعريف الوظيفي للإمضاء عامة والإمضاء الإلكتروني خاصة وهو التعريف الذي يركز على بيان الوظائف أو الأهداف المنشودة من الإمضاء على غرار المشرع الفرنسي الذي نص صلب الفصل 1316 - 4 من المجلة المدنية الفرنسية :

"La signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique identifie celui qui l'appose. Elle manifeste le consentement des parties aux obligations qui découlent de cet acte"

فالإمضاء يدويا كان أو إلكترونيا يلعب دورين وهما التعريف بالموقع والتعبير عن إرادة المتعاقد في المصادقة على فحوى الوثيقة.

للفقه، على عكس المشرع التونسي الذي عرف في نفس المادة التوقيعين معا¹. ولا بأس في أن نقدم بعض صور التوقيع الكتروني لكي نتمكن من فهم والتأكد من استيفاء التوقيع الإلكتروني للشروط المطلوبة في التوقيع التقليدي. يتخذ التوقيع عدة صور² من أهمها:

- التوقيع الكودي، و هو توقيع سري مرتبط ببطاقة ذكية
- التوقيع البيومترى، و هو توقيع يعتمد على الخواص الذاتية والصفات الجسدية للإنسان.
- التوقيع بالقلم الإلكتروني، و هو عبارة عن قيام الشخص بعمل نموذج لتوقيعه على شاشة الكمبيوتر باستخدام برنامج معين.

ويضاف إلى هذين الهدفين التقليديين هدف يختص به الإمضاء الإلكتروني وهو ضمان سلامة فحوى الوثيقة من كل تغيير .

(1) في صور التوقيع الإلكتروني، أنظر كل من: خالد عبد الفتاح محمد، التنظيم القانوني للتوقيع الإلكتروني، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2009 وأمير فرج يوسف، التوقيع الإلكتروني، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2008 وعلاء محمد نصيرات، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، دار الثقافة، الأردن، 2005.

— التوقيع الرقمي، و هو توقيع يستخدم تكنولوجيا التشفير، و فيه يتم استخدام لوغاريتمات من أجل إنشاء مفاتيح تتكون من أعداد تتضمن العديد من الأرقام: نظام المفتاح الخاص أو السري، و نظام المفتاح العام.

بعد هذه الإطلالة على تعريف التوقيع الإلكتروني وعرض بعض صورته سنتطرق إلى تبيان شروط صحة التوقيع الإلكتروني، ثم حجية هذا التوقيع .

الفرع الأول: شروط صحة التوقيع الإلكتروني

حسب نص المادة 327 من التقنين المدني الجزائري يعتد بالتوقيع الإلكتروني بنفس الشروط التي يعتد بها السند الإلكتروني، هذه الشروط تتمثل في التأكد من هوية الشخص الذي أصدره أي إسناد التوقيع لصاحبه مع تحديد الهوية وعلاقته بالتصرف المرتبط به، ثم إعداد وحفظه بشكل يضمن سلامته.

1- إمكانية تحديد التوقيع لشخصية مصدره ونقل إرادة صاحبه:

من خلال صور التوقيع الإلكتروني، يتضح جليا قدرتها على تحديد مصدرها، فمثلا التوقيع البيومترى الذي يحفظ خواص الإنسان ،أو اتخاذ رمز سري لا يخص إلا صاحبه ..الخ. هي دلائل قوية لإثبات التوقيع لصاحبه، لكن المشكل يكمن في جانب الأمان أو حماية هذا التوقيع من تعديله سواء من صاحبه أو غيره، و القرصنة عليه واستعماله ، وفي هذا الإطار فأن

التشريعات الأخرى المنظمة للتوقيع الإلكتروني أوجدت وسائلًا لحمايته وهي كل من التشفير والتوثيق.

2- دوام التوقيع الإلكتروني وإستمراريته:

يعد التوقيع شكل من أشكال الكتابة بالتالي يخضع لشروط الكتابة من حيث إمكانية الإطلاع عليها مباشرة أو بشكل غير مباشر، وكذا تحريره بشكل يسمح بالرجوع إليه خلال فترة معينة¹.

قرينة دوام التوقيع وإستمراريته مقترنة بالأمان على ذلك عمدت بعض التشريعات لحماية وتنظيم التوقيع الإلكتروني ومنها التشريع المصري الذي يشترط لدوام التوقيع وإستمراره:

— ضرورة استناد التوقيع الإلكتروني إلى منظومة بيانات إنشاء مؤمنة.

— ضرورة ارتباط التوقيع الإلكتروني بشهادة تصديق إلكتروني.

(1) علاء محمد نصيرات، مرجع سابق، ص 66.

الفرع الثاني: حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات

إذا استوفى التوقيع الإلكتروني الشروط القانونية المطلوبة لصحته، سيتمتع بقيمة قانونية تعادل القيمة القانونية التي يتمتع بها التوقيع الخطي، على أن يكون هذا التوقيع الالكتروني بمثابة توقيع عرفي باعتبار أنه لا يمكن أن تكون الوثيقة الكترونية وثيقة رسمية في القانون الجزائري.

بالعكس، فإنه في القانون الفرنسي والمصري يمكن أن يكون المحرر رسمياً. فعلى سبيل المثال جاء في اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني الصادرة بقرار وزير الاتصالات المصري رقم 109 لسنة 2005 المتعلق بضوابط فنية وتقنية لحجية التوقيع الإلكتروني ما يلي: "مع عدم الإخلال بالشروط المنصوص عليها في القانون ، تتحقق حجية الإثبات المقررة للكتابة الإلكترونية والمحركات الإلكترونية الرسمية أو العرفية لمنشئها إذا توافرت الضوابط الفنية والتقنية التالية:..."

باختصار تتمثل هذه الضوابط في :

- ارتباط التوقيع بالموقع وحده دون غيره.
- سيرة الموقع وحده على الوسيط الإلكتروني.
- إمكانية كشف أي تعديل أو تبديل في بيانات المحرر الإلكتروني.

المطلب الثاني: حفظ الوثيقة الإلكترونية

رغم عن كون عنصر الحفظ هو عنصر خارجي عن الوثيقة الإلكترونية، إلا أن المشرع قد جعل منه أحد عناصر تعريفها الأساسية وشرطا من شروط حجيتها. وإن شرط حفظ تلك الوثيقة يثير عدة ملاحظات تتعلق بوسيلة الحفظ و وثوقيتها وبمدة الحفظ.

الفرع الأول: وسيلة حفظ الوثيقة الإلكترونية

إن حفظ الوثيقة الإلكترونية يتطلب تحديد وسيلة أو وسائل الحفظ من ناحية كما يستوجب تبيان الشروط الواجب توافرها بالنسبة لتلك الوسائل من ناحية ثانية .

1-تحديد وسيلة الحفظ :

نصت المادة 323 مكرر 1 على أن الوثيقة الإلكترونية تكون محفوظة بشكل يضمن سلامة محتواها دون أن تبين هذه الوسائل إلا أنه يمكن أن ندرج البعض منها القرص اللين، القرص الصلب ، القرص المضغوط وغير ذلك من وسائل حفظ المعطيات الإلكترونية. في هذا المجال تجدر الملاحظة :

أولا: مادام الأمر يتعلق بحفظ وثيقة إلكترونية فإن وسيلة الحفظ يجب أن تكون من نفس طبيعة المعلومة المراد حفظها .

ثانياً: إن المشرع قد تعمد عدم حصر وسائل حفظ الوثيقة الإلكترونية لأن ميدان الحفظ الإلكتروني للوثائق هو في تطور مستمر وعدم النص عليها يؤدي إلى إستعاب جميع الوسائل الموجودة الآن وتلك التي ستظهر في المستقبل دون حاجة إلى تنقيحه وهو أحد المظاهر الإضافية لتكريس مبدأ الحياد التكنولوجي الذي يبرز على مستويات مختلفة منها شكل الوثيقة وكذلك تبادلها وحفظها .

2- شروط وسيلة الحفظ :

مهما كانت الوسيلة المستعملة لحفظ الوثيقة الإلكترونية فإنه يشترط أن تؤمن تلك الوسيلة إمكانية قراءة الوثيقة المحفوظة والرجوع إليها عند الحاجة، وأن تحفظ دوام واستمرار الكتابة وعدم القابلية للتعديل .

* إمكانية القراءة: وتكون الكتابة فيها مستبينة ، ظاهرة وواضحة يمكن فهم معناها دون لبس أو غموض، وحسب تعريف منظمة الإيزو للوثيقة بأنها مجموعة المعلومات والبيانات المدونة على دعامة مادية يسهل قراءتها مباشرة عن طريق الإنسان أو باستخدام آلة مختصة لذلك، فإن القراءة قد تكون مباشرة أو غير مباشرة ، والكتابة الإلكترونية تستجمع شروط القراءة الغير مباشرة ، حيث يستطيع الإنسان أن يطلع عليها ويعرف معناها باستخدام الأجهزة المختصة لذلك.

* استمرارية الكتابة ودوامها: يقصد بذلك أن تدون على دعامة أو وسيط يسمح بثباتها وبقائها مدة من الزمن يمكن خلالها الرجوع إليها واسترجاعها بسهولة من أجل استخدامها في الإثبات أو غيره.

* عدم قابلية الكتابة للتعديل: يقصد بذلك عدم القدرة على التغيير في بيانات المحرر إلا عن طريق إتلافه و ترك اثر مادي عليه، وإذا كان هذا الأمر ممكناً في الكتابة العادية ،فانه في الكتابة الإلكترونية يتعلق بطبيعة الدعامة المثبت عليها المعلومة، فمنها ما يقبل الاستخدام المتكرر بالتالي إزالة الكتابة واستبدالها بأخرى ، ومنها ما لا يقبل الاستخدام المتكرر ويتعذر محو ما كتب عليها إلا بإتلافها أو ترك اثر مادي عليها، بالإضافة إلى وجود تقنيات تحظ عدم التعديل كإمكانية تحويل ملف لكتابة إلى صورة بالتالي لا يمكن تعديلها، كما تتيح وسيلة التشفير منع التلاعب في الكتابة المحفوظة ، إلى جانب التوثيق بالنسبة للدول التي تأخذ بالتوثيق الإلكتروني .

الفرع الثاني: مدة حفظ الوثيقة الإلكترونية

لم يتعرض القانون إلى تحديد مدة حفظ الوثيقة الإلكترونية وقد يكمن الحل في القياس على الحلول المعتمدة بالنسبة للوثائق الكتابية. لا توجد

نصوص تحدد مدة حفظ المستندات والاجتهاد اقتضى أن تحفظ الوثائق طوال مدة تقادم التصرف الذي تحتويه.¹

لكن هل التسوية بين مدة حفظ الوثائق الإلكترونية والوثائق الكتابية التي تقابلها كفيلة برفع كل التباس وكل إشكال في المستقبل؟

إن التسليم بذلك قد يتضمن تجاهلا لخصوصية الوثيقة الإلكترونية وخصوصية وسائل حفظها وبعبارة أخرى هناك ارتباط عضوي بين مسألة تحديد مدة حفظ الوثيقة الإلكترونية وتحديد الوسائل الموثوق بها لحفظها .

إن وسائل حفظ الوثيقة الإلكترونية أو الحامل الإلكتروني المعد للحفظ يجب دون شك أن يؤمن إمكانية الرجوع للوثيقة طيلة المدة المطلوبة لحفظها. والتساؤل المطروح هنا بالنظر إلى أن بعض الوثائق كالعقود العادية يحتفظ بها لمدة غير محدودة قد تبلغ عشرات بل مئات السنوات، فهل أن الوسائل الفنية المتاحة حاليا لحفظ الوثائق الإلكترونية تؤمن ذلك لمدة غير محدودة؟

تبدو الإجابة على هذا التساؤل صعبة في ظل تقنيات الحفظ الإلكتروني المتوفرة حاليا، فكل مستعمل لجهاز الحاسب الآلي لا يجهل أن مدة الحفظ على الأقراص اللينة مثلا لا تتجاوز بضع سنوات، وهي لا تؤمن الوثوقية المطلوبة

(1) عابد فايد عبد الفتاح فايد، مرجع سابق، ص 60.

لحفظ الوثائق الإلكترونية، ومن ناحية أخرى فإن مصنعي بقية الحوامل الإلكترونية بشتى أنواعها، وإن كانوا يعلنون عن مدة صلاحية ووثوقية قد تتجاوز العشرين سنة و قد تبلغ مائة سنة بالنسبة لبعض الأقراص المضغوطة، فإن لا أحد منهم يجرؤ على ضمان تلك الحوامل لمدة غير محدودة. ومن ناحية ثانية من يضمن أن الوسائل الفنية المتوفرة اليوم لقراءة فحوى الحوامل الإلكترونية سوف تبقى متوفرة بعد عشرات أو مئات السنوات؟

الخاتمة:

نستخلص في هذا البحث أن المشرع الجزائري في مسألة حجية الوثيقة الإلكترونية سوى بين الكتابة الإلكترونية والكتابة الورقية من حيث الإثبات، ويفهم من نصوص القانون أن المقصود بالكتابة الورقية في هذا المقام هي الورقة العرفية. وأمام نص المادة 333 من التقنين المدني الجزائري تجد العقود التجارية الفضاء الأوسع في التعامل ضمن المجال الإلكتروني مقارنة بنظيرتها المدنية التي تشترط الشكلية عندما يزيد قيمة الالتزام في العقد عن 100000 دج.

كما وضع شروطا للاعتداد بالكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني تتمثل في:

- إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها.
- أن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها.

في الأخير يمكن القول أن المشرع الجزائري باعترافه بالكتابة الالكترونية والتوقيع الالكتروني سمح بالتعاقد الإلكتروني، لكن التنظيم الموجود حالياً لا يتماشى وأثار هذه العقود وقبل ذلك صحتها وإثباتها، وعليه لابد من سن قواعد قانونية تنظم كل ما يتعلق بهذه العقود خاصة وبالنظر إلى طابعها الدولي الذي سيثير تنازعا في اختصاص القوانين، فما الحل إذا ما أسند الاختصاص للقانون الجزائري أمام غياب النصوص القانونية بهذا الشأن، ومن جانب آخر لا نكتفي بالقول أن المبدأ في النظرية العقدية هو أن العقد شريعة المتعاقدين، فمن طبيعة العقود الإلكترونية أنها تقنية ولا يستوعبها العامة من الناس لذلك وجب وضع نصوص ولو مكملة تزيح الغموض الذي يعتري إبرام مثل هذه العقود ويلجأ إليها القاضي في حالة عدم اتفاق الأطراف على مخالفتها.