

مداخلة في إطار الملتقى الدولي عن بعد حول: الإثبات الإلكتروني في المواد  
المدنية والجزائية- بين الإطلاق والتقييد-  
جامعة الشهيد حمة لخضر الوادي  
المنعقد بتاريخ 09 ديسمبر 2021

الدكتورة: ليندة بومحراث

أستاذة محاضر -أ-

طالب دكتوراه

كلية الشريعة والاقتصاد

كلية الشريعة والاقتصاد

بجامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

رقم الهاتف: 0670280510

رقم الهاتف: 0656929794

البريد الإلكتروني: \_

البريد الإلكتروني: [boumahratlynda75@yahoo.fr](mailto:boumahratlynda75@yahoo.fr)

[abdelnour2600saidani@gmail.com](mailto:abdelnour2600saidani@gmail.com)

محو المداخلة: الإثبات المدني بالكتابة في الشكل الإلكتروني ( ماهية الكتابة في الشكل الإلكتروني،  
الفروق بين الكتابة في الشكل الإلكتروني والكتابة في الشكل الورقي )

عنوان المداخلة:

الكتابة الإلكترونية وحجيتها في الإثبات المدني وفق التشريعات المقارنة

**الكتابة الإلكترونية وحجيتها في الإثبات المدني وفق التشريعات المقارنة**  
**Electronic writing and its validity in civil evidence according to**  
**comparative legislation**

**ملخص:**

نظرا للانتشار السريع لوسائل الاتصال الحديثة، والتي طرأت على المجتمع كأحد روافد ثورة المعلومات والاتصال كتبادل الرسائل والبرقيات، عبر أجهزة التلكس والفاكس والحاسوب، بدأت الكتابة الورقية تتراجع شيئا فشيئا في العمل كنتيجة طبيعية لانتشار هذه التقنيات الجديدة، وبالتالي ظهر ما يصطلح بالكتابة الإلكترونية وما وفرته من أداء جيد و سريع، فضلا عن الوفاء بمتطلبات الحياة العصرية، وبما أن هذه التقنية حديثة، فإنها طرحت عدة إشكاليات قانونية، فحاولت التشريعات الدولية والداخلية بذل الجهد في إيجاد حلول مناسبة للإشكاليات المطروحة، خصوصا حول مفهومها، وأساسا حول التعادل الوظيفي الذي تقوم به من حيث مساواتها للكتابة الورقية في حجية إثباتها.

**Abstract:**

Due to the rapid spread of modern means of communication, which occurred in society as one of the tributaries of the information and communication revolution, such as the exchange of letters and telegrams, through telex, fax and computer devices, paper writing began to decline gradually in work as a natural result of the spread of these new technologies, Thus, what is termed electronic writing appeared and what it provided of good and fast performance, as well as meeting the requirements of modern life, and since this technology is modern, It raised several legal problems, so international and internal legislation tried to make an effort to find appropriate solutions to the problems at hand, especially about its concept, and mainly about the functional equivalence that it is doing in terms of its equality with paper writing in its authenticity.

## مقدمة:

لقد أصبح العالم قرية صغيرة، وذلك بفعل التطور التكنولوجي الحاصل، وما أفرزه من تغيرات على جميع المستويات، فقد ظهر نوع جديد من وسائل الاتصال مكن مختلف الشعوب من دول العالم من إبرام التصرفات القانونية في وقت وجيز، وتعد شبكة الأنترنت أبرزها في الوقت الحالي، بحيث أصبحنا نعيش في عالم افتراضي عبر هذه الشبكة، متجاوزين بذلك حدود الزمان والمكان، مما أدى إلى القضاء على ما كان سائدا سابقا من عراقيل وصعوبات كمشقة السفر وضيق الوقت، وبما أن الإنسان اجتماعي بطبعه فهو يحتاج إلى التعامل مع غيره بمختلف أنواع التعاملات، فبعد أن كان التعامل قائما على الرضائية، وما تبع ذلك من سلبيات أثرت على مصداقيتها، ظهر ما يسمى بالكتابة التي أضحت ضرورية للتوثيق وإعطاء المعاملات مرونة أكبر خصوصا في المجال التجاري الذي يتميز بالسرعة والمرونة، فلم تبق هذه المعاملات مرتبطة بالدعامة الورقية بل أخذت شكلا آخر للكتابة، لتتطور من الدعامة الورقية إلى الدعامة الإلكترونية، هذا المفهوم الجديد للكتابة طرح العديد من الإشكاليات من حيث تحديد مفهومها، وإمكانية تحقيق هذا المفهوم لوظيفة الكتابة الخطية في الإثبات.

وانطلاقا من أن كل مفهوم جديد يطرح وبدون شك إشكاليات قانونية جديدة، تحتاج هذه الإشكاليات إلى حلول مناسبة، لذا ستمحور الإشكالية الرئيسية لهذه الورقة البحثية في:

**هل تعادل حجية الكتابة الإلكترونية في الإثبات نفس الحجية المقررة للكتابة الورقية ؟**

وتتفرع على هذه الإشكالية الرئيسية عدة تساؤلات فرعية منها:

- ما حقيقة الكتابة الإلكترونية؟

- ما هو موقف التشريعات المقارنة من الكتابة الإلكترونية من حيث حجيتها في الإثبات؟

وللإجابة على هذه الإشكالية والتساؤلات الفرعية اقترحنا الخطة الآتية:

**المطلب الأول: مفهوم الكتابة الإلكترونية**

الفرع الأول: تعريف الكتابة الإلكترونية

الفرع الثاني: شروط الكتابة الإلكترونية

الفرع الثالث: تمييز الكتابة الإلكترونية عن الكتابة الورقية

**المطلب الثاني: حجية الكتابة الإلكترونية في الإثبات المدني**

الفرع الأول: مبدأ التعادل الوظيفي بين الكتابة التقليدية والكتابة الإلكترونية

الفرع الثاني: الاستثناءات الواردة على الإثبات بالكتابة الإلكترونية

## المطلب الأول: مفهوم الكتابة الإلكترونية:

لقد ظهرت الكتابة مع ظهور الإنسان، وتطورت مع تطور حياته، حيث اكتشفت على الحجارة ثم على الجلد، لتصل إلى الكتابة على الورق، لتبلغ ما بلغته مؤخرا وهو الكتابة على الشكل الإلكتروني ولبيان حقيقة هذه الأخيرة سوف نتطرق إلى تعريفها (الفرع الأول) وبيان شروطها (الفرع الثاني) بالإضافة إلى تمييزها عن الكتابة الورقية (الفرع الثالث)

### الفرع الأول: تعريف الكتابة الإلكترونية:

من أجل الإلمام بمفهوم الكتابة الإلكترونية لابد من التطرق إلى تعريفها على مستوى التشريعات الدولية (أولا) ثم القوانين الداخلية (ثانيا) بعدها نتناول تعريفها في الفقه القانوني (ثالثا).

### أولا: تعريف الكتابة الإلكترونية على مستوى التشريعات الدولية:

عرفت الكتابة عموما في كل من اتفاقية فيينا، وقانون اليونسسترال الخاص بالتجارة الإلكترونية على نحو الآتي:

**1- اتفاقية فيينا:** جاء في هذه الاتفاقية من خلال نص المادة 13 " أن الكتابة تشمل الرسائل والبرقيات والتلكس"<sup>1</sup>.

**2- قانون اليونسسترال الخاص بالتجارة الإلكترونية:** نصت المادة 06 من هذا القانون " يشترط القانون أن تكون المعلومات مكتوبة، تستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط إذا تيسر الإطلاع على البيانات الواردة فيها على النحو يتيح استخدامها بالرجوع إليه لاحقا "<sup>2</sup>

ويتضح من خلال هذين التعريفين أن الكتابة وفق اتفاقية فيينا وقانون اليونسسترال للتجارة الإلكترونية هي: رموز تعبر عن الفكر والقول دون اشتراط وسيط معين، فقد يكون ورقا أو حجرا أو خشبا أو أي وسيط قادر على نقل رموزها، كما يمكن أن تتم بأية وسيلة وبأية لغة سواء كانت محلية أو أجنبية أو حتى الرموز المختصرة مادامت مفهومة، كما قد تكون بخط الموقع أو بخط غيره<sup>3</sup>

### ثانيا: تعريف الكتابة الإلكترونية على مستوى التشريعات الداخلية:

باعتبار الأهمية الكبيرة التي تلعبها الكتابة الإلكترونية، فقد بادرت مختلف التشريعات لإيجاد مفهوم لها وهذا ما لاحظناه في عدة تشريعات نذكر منها الآتي:

### 1- تعريف الكتابة الإلكترونية في التشريع التونسي:

المشرع التونسي كان له السبق في إصدار قانون خاص ينظم المبادلات والتجارة الإلكترونية والمتمثل في القانون رقم 83 لسنة 2000 المؤرخ في 09 أوت 2000، وقد أشار هذا القانون إلى الكتابة من خلال ذكره للوثيقة الإلكترونية في الفصل الرابع من هذا القانون، حيث نص على أنه: " يعتمد قانونا حفظ الوثيقة

<sup>1</sup> - اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع (فيينا . 1980)

<sup>2</sup> - قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية.

<sup>3</sup> - حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الأنترنت، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص 271.

الإلكترونية كما يعتمد حفظ الوثيقة الكتابية، ويلتزم المرسل بحفظ الوثيقة الإلكترونية في الشكل المرسل... ويتم حفظ الوثيقة الإلكترونية على حامل إلكتروني يمكن من الاطلاع على محتواها طيلة مدة صلاحيتها، وحفظها في شكلها النهائي بصفة تضمن سلامة محتواها، وحفظ المعلومات الخاصة بمصدرها ووجهتها وكذلك تاريخ ومكان إرسالها أو استلام<sup>1</sup>.

## 2- تعريف الكتابة الإلكترونية في التشريع الفرنسي:

لقد أشار المشرع الفرنسي إلى مفهوم الكتابة الإلكترونية في المادة 1365 من ق م ف، بحيث جاء فيها: " معنى الكتابة يشمل كل تدوين للحروف أو العلامات أو الأرقام أو أي إشارات ذات دلالة تعبيرية واضحة ومفهومة، أي كانت الدعامة التي تستخدم في إنشائها أو الوسيط الذي تنتقل عبره"<sup>2</sup>. يتضح من هذا النص أن المشرع الفرنسي قد تبنى مفهوما موسعا للكتابة، بحيث يشمل الكتابة اليدوية والإلكترونية معا، فهو لم يفرق بين أنواع الدعامات التي يتم تدوين هذه الكتابة عليها، بل المهم ما تحققه الكتابة من التعبير الدال الواضح والمفهوم، إذ العبرة بالكفاءة التقنية المستخدمة لا بنوعها<sup>3</sup>.

## 3- تعريف الكتابة الإلكترونية في التشريع الجزائري:

نصت المادة 323 مكرر من القانون المدني على أن الكتابة عبارة عن "تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم، مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها، وكذا طرق إرسالها"<sup>4</sup>.

ولقد انتقد هذا النص الذي أورده المشرع الجزائري في المادة 323 مكرر المذكور أعلاه، والمتعلقة بالكتابة من قبل بعض رجال القانون<sup>5</sup> على أساس خطأ في الترجمة من اللغة العربية إلى اللغة الفرنسية لبعض المصطلحات، وفي حقيقة الأمر هذا خطأ شائع في المشرع الجزائري ومتكرر في العديد من النصوص القانونية، ومن بين المصطلحات التي وقع فيها خلل في الترجمة العبارة الواردة باللغة الفرنسية هو مصطلح "support" والتي يعبر عنها باللغة العربية "بالدعامة أو الوسيط" وليس مصطلح وسيلة كما هو وارد في النص السابق الذكر، وحتى يكون المعنى دقيق ومتطابق مع ما هو موجود في النص باللغة الفرنسية<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - القانون عدد 83 لسنة 2000 المؤرخ في 09 أوت 2000 المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية، ع 64، الصادر في 11 أوت 2000، ص 2084.

<sup>2</sup> - article 1365 du code civil modifié par ordonnance n 2016-131.

<sup>3</sup> - حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص 275.

<sup>4</sup> - المادة 323 مكرر من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بموجب الأمر 05-10.

<sup>5</sup> - مناني فراح، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، د.ط، دار الهدى، الجزائر، 2009، ص 172-173.

<sup>6</sup> - مناني فراح، العقد الإلكتروني، المرجع نفسه، ص 172-173.

#### 4- تعريف الكتابة الإلكترونية في التشريع المصري:

لقد عرفها المشرع المصري بأنها: " كل حروف أو أرقام أو رموز أو أي علامات تثبت على دعامة الكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أية وسيلة مشابهة وتعطي دلالة قابلة للإدراك"<sup>1</sup> مصطلح الكتابة ينصرف إلى أوسع معانيه، فهو يشكل كل ما يحرر دون اشتراط شكل ما أو وجود توقيع، لذلك استعمل المشرع مصطلح كل كتابة، فقد تكون هذه الكتابة سندا أو مذكرة شخصية أو مجرد علامة ترمز للاسم أو توقيعاً أو غير ذلك، كما أنه ليس هناك في اللغة أو القانون ما يشترط أن تكون الكتابة على الورق فقط، حيث يمكن أن تكون على الخشب أو الحجر أو الرمال أو الجلد، كما لا يشترط أي شرط بخصوص المادة التي تكتب بها فالمهم أن تؤدي الوظيفة، ولم يتم اشتراط اللغة الوطنية أو اعتماد أي لغة أجنبية، ودون الاشتراط بأن تكون بخط من وقعها أو غيره أو بالآلة الكاتبة أو الطابعة، وكل ما يشترط فيها هو أن تؤدي المعنى المطلوب منها دون اشتراط أي شرط آخر، وهو ما يؤكد عدم ارتباط الكتابة بالورق فقط مما يتيح قبول كل الدعامات في الإثبات.<sup>2</sup>

#### ثالثاً: تعريف الكتابة الإلكترونية على مستوى الفقهي القانوني:

تعتبر الكتابة أسلوباً للتعبير عن الإرادة بواسطة حروف أو رموز أو علامات أو غير ذلك وهذا وفقاً للمفهوم التقليدي للكتابة أما الكتابة الإلكترونية فهي:

"تكون على شكل معادلات خوارزمية تنفذ من خلال شاشة الحاسوب، حيث يتم إدخال المعلومات عن طريق وحدات الإدخال والتي تتبلور في لوحة المفاتيح أو استرجاع المعلومات المخزنة في وحدة المعالجة المركزية، وبعد الفراغ من معالجة البيانات يتم كتابتها على أجهزة الإخراج التي تتمثل في شاشة الحاسب أو طباعة هذه المحررات على الطابعة أو الأقراص الممغنطة أو أي وسيلة تخزين البيانات"<sup>3</sup>.

كما يعرفها بعضهم بأنها " عبارة عن دعامة إلكترونية ذات طبيعة مادية كونها تستند على دعامة ملموسة فتكون دائماً جسماً مادياً وتتميز بديمومتها وتكاملها، وذات طبيعة فكرية إذ أنها تهتم بالقيمة المعلوماتية للمحرر"<sup>4</sup>

فالكتابة الإلكترونية تختلف عن الكتابة التقليدية كون الأولى عبارة عن خوارزميات تعتمد على رقمين وهما (0،1) ويتم إدخالها إلى الحاسوب الذي بدوره يقوم بترجمة هذه الأرقام إلى كلمات مقرأة<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - المادة 01 من قانون التوقيع الإلكتروني المصري.

<sup>2</sup> - حمودي محمد ناصر، مرجع سابق، ص272.

<sup>3</sup> - لورنس محمد عبيدات، إثبات المحرر الإلكتروني، د.ط، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص79.

<sup>4</sup> - هادي مسلم يونس البشكاني، التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية، د.ط، دار الكتب القانونية، مصر، د.س، ص231.

<sup>5</sup> - يوسف أحمد النوافلة، حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات دار وائل للنشر، الأردن، ط1، 2007، ص57.

ويمكن الاحتجاج بها عند اللجوء لإغراض الإثبات، فيشمل الرسائل والسجلات والعقود الإلكترونية وغيرها فالكاتب الإلكترونية هي تلك المعلومات والبيانات المسجلة إلكترونياً باستخدام نظام لمعالجة البيانات عبر وسيط إلكتروني<sup>1</sup>.

من خلال التعريفات المذكورة أعلاه يمكننا أن نستخلص تعريفاً للكاتب الإلكترونية مفاده: "الكاتب الإلكترونية هي عبارة عن كيان مجرد غير ملموس، تتمثل في شكل حروف وأرقام ورموز، تستعمل فيها التقنيات الحديثة، وذلك بإدخال المعلومات عن طريق وحدات الإدخال في جهاز الحاسوب، والهدف منها تأدية الوظيفة المنوطة بها، بحيث تكون مفهومة وقابلة للإدراك".

والفرق بين الكاتب الإلكترونية والكاتب الورقية يتمثل في الدعامة، فالأولى تكتب على دعامة إلكترونية والثانية على دعامة ورقية.

### الفرع الثاني: شروط الكاتب الإلكترونية:

حتى تحقق الكاتب الإلكترونية أثاراً قانونية في مواجهة الغير شأنها في ذلك شأن الكاتب التقليدية، يجب أن تتوفر فيها جملة من الشروط الفنية والتقنية نوجزها في الآتي:

#### 1- شرط الاستمرارية ودوام الكاتب:

يستخلص هذا الشرط من خلال نص المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري ويقصد به بقاء ودوام الكاتب مدة من الزمن يسمح بالرجوع إليها واستخدامها في الإثبات.

ومن أجل الحفاظ على الكاتب الإلكترونية يتطلب الأمر استعمال طرق حديثة للحفظ، فتكون عن طريق عمل أرشيف إلكتروني يتم فيه الاحتفاظ بالمستندات التي لها منفعة حالية كبيرة بالنسبة للأطراف والتي يمكن أيضاً أن تفيد مستقبلاً، في الإثبات أو غيره في حالة وجود نزاع أمام المحاكم<sup>2</sup>.

#### 2- أن تكون الكاتب الإلكترونية مقرأّة: يتحقق هذا الشرط بطريقتين:

##### أ- القراءة المباشرة:

وهي أن تكون بواسطة الإنسان وذلك عن طريق تلاوة البيانات المدونة على الوسيط دون الحاجة إلى آلة أو وسيلة تمكنه من القراءة.

##### ب- القراءة غير المباشرة:

ففيها لا يستطيع الإنسان أن يتلو الكلام مباشرة وإنما يحتاج إلى آلة مثل الحاسب الآلي فهذا الشرط ينصرف بلا شك إلى كل كاتب يمكن قراءتها مباشرة أو بطريقة غير مباشرة، حيث يستطيع الإنسان أن يطلع عليها ويعرف معناها سواء باستخدام الأجهزة المتخصصة لذلك مثل الحاسب الآلي أو غيره وهو ما تؤكد في التشريعات الحديثة التي أقرت الكاتب الإلكترونية في التصرفات القانونية<sup>3</sup>، من ذلك التشريع

<sup>1</sup> - عمر خالد زريقات، عقد البيع عبر الانترنت، ط1، دار حامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2003، ص 216.

<sup>2</sup> - عابد فايد عبد الفتاح فايد، الكاتب الإلكترونية د.ط، دار الجامعة الجديدة، مصر 2014، ص 51.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص 47.

الفرنسي في المادة 1316 من القانون المدني والتي جاء فيها " الدليل الكتابي أو الإثبات عن طريق الكتابة يتكون من مجموعة من الحروف أو الأشكال أو الأرقام أو من الإشارات أو غيرها من العلامات والرموز التي لها مدلول سهل إدراكه، أيا كانت الدعامة التي تحملها وطرق أو وسائل نقلها ".  
**3- عدم قابلية الكتابة للتعديل:**

تعتبر الكتابة في الشكل الإلكتروني سهلة بالمقارنة مع الكتابة الورقية من حيث تعديلها وحفظها، ويقصد بها على مستوى الكتابة التقليدية عدم القدرة على تغيير بيانات المحرر إلا عن طريق إتلافه أو ترك أثر مادي عليه، ويسهل الكشف عما حدث للمحرر من تغيير، سواء تم الكشف بمجرد نظر الشخص العادي أو الاستعانة بأعمال الخبرة، أما في الكتابة الإلكترونية فالشرط يعتمد على طبيعة الدعامات غير دائمة، ويقصد بها تلك الدعامات التي تقبل الاستخدام المتكرر، مثل القرص المرن أو الديسك فإنه يمكن إزالة الكتابة الإلكترونية الموجودة عليها وكتابة شيء آخر عليها<sup>1</sup>.

ومن الآليات المستعملة في الكتابة الإلكترونية التشفير والذي يراد به تبني كود رقمي من أجل ترميز المعلومات حتى لا تصبح مدركة من قبل الغير، فيهدف التشفير إلى تحقيق وظيفتين من خلال تحديد ماهية الشخص المتدخل في الاتصال عن بعد، والتأكد من أن الوثيقة المستقبلية هي ذات الوثيقة التي التزم بناء عليها هذا الشخص، فهو ليس إلا إحدى الوسائل التقنية المستخدمة للحفاظ على البيانات من خلال ضمان تبادل آمن للمعلومات<sup>2</sup>.

### الفرع الثالث: تمييز الكتابة الإلكترونية عن الكتابة الورقية:

على الرغم من أن الكتابة الإلكترونية لا تختلف عن الكتابة التقليدية من حيث الوظيفة المنوطة بها على ما يتضح معنا من خلال هذه الورقة البحثية، إلا أنها تختلف معها في بعض الأمور تبعاً لاختلاف الدعامة التي تتم من خلالها كل منهما على نحو التفصيل الآتي:

#### أولاً: الكيان المادي:

إن الكتابة بشكلها التقليدي تكون عبارة عن كيان مادي ملموس كالدعامة الورقية، أما الكتابة الإلكترونية فهي تتميز بكيان مجرد ملموس بفضل التقنيات الحديثة.

#### ثانياً: القراءة المباشرة:

الكتابة التقليدية تحرر على دعامة ورقية تسهل قراءتها بطريقة مباشرة وبالعين المجردة، بينما الكتابة الإلكترونية لا يمكن قراءتها إلا بعد فك بعض الرموز التشفيرية في حالة تشفير الكتابة، حيث يتم قراءتها من خلال عرضها على شاشة الحاسب الآلي أو بطبعها على الورق، فيكون المحرر صورة عن الأصل<sup>3</sup>.

#### ثالثاً: المادة التي تكتب بها:

<sup>1</sup> - عمر خالد زريق، عقد البيع عبر الأنترنت، ط1، دار حامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2003، ص 217.  
<sup>2</sup> - علي عبد العالي خشان الأسدي، حجية الرسائل الإلكترونية ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان د.س، ص 68.  
<sup>3</sup> - نادية ياس البياتي، التوقيع الإلكتروني عبر الأنترنت ومدى حجته في الإثبات، ط1، دار البداية، الأردن 2014، ص126.

لا يقتصر الاختلاف بين الكتابة التقليدية والكتابة الإلكترونية على المادة التي تحرر عليها الكتابة، وإنما المادة التي تحرر بها الكتابة، فالتقليدية تستعمل المداد السائل أو الجاف بينما الكتابة الإلكترونية لا تستعمل فيها هذه الأدوات عند تدوين المحرر الإلكتروني بل يعتمد على وحدات الإدخال المتمثلة بشاشة الحاسب الآلي أو من خلال الأقراص الممغنطة أو بأية وسيلة أخرى من وسائل التخزين الإلكتروني.

#### رابعاً: الديمومة والثبات:

تتمتع الكتابة التقليدية بالدوام والثبات، حيث تتم بطريقة نهائية قابلة للتعديل أو التغيير ويترك أثرها، وبناء على ذلك بسهولة يتم الكشف أي تلاعب أو تزوير فيها، بينما الكتابة الإلكترونية لا تتمتع بصفة الدوام والاستقرار والثبات لأنها قابلة للمحو أو التعديل أو التلف دون ترك أي أثر<sup>1</sup>، مما يصعب عليه كشف أي تلاعب أو تزوير فيها، كما أن هناك بعض الوسائط الإلكترونية لها مدة زمنية معينة مما يستلزم نقل محتواها إلى وسيط جديد، الأمر الذي قد يفسح التلاعب بهذا المحتوى في أثناء عملية النقل<sup>2</sup>.

#### المطلب الثاني: حجية الكتابة الإلكترونية في الإثبات المدني:

إن أهم وظيفة تؤديها الكتابة عموماً تكمن في أنها حجة على أطراف العلاقة التعاقدية وعلى الغير، فهي تعتبر وسيلة لإثبات التصرف القانوني المبرم، وعليه وجب التطرق إلى مدى حجية الكتابة الإلكترونية في إثبات التصرفات القانونية المبرمة إلكترونياً، وهل تتساوى في هذه الوظيفة مع الكتابة التقليدية، أم أن الفوارق بين نمطي الكتابتين والموضح سابقاً يحول دون ذلك؟

للإجابة على هذه التساؤلات سنتناول مبدأ التعادل الوظيفي بين الكتابة التقليدية والكتابة الإلكترونية (هذا في فرع أول) ثم نتناول الاستثناءات الواردة على الإثبات بالكتابة الإلكترونية (وهذا في فرع ثان).

#### الفرع الأول: مبدأ التعادل الوظيفي بين الكتابة التقليدية والكتابة الإلكترونية:

يقصد بمبدأ التكافؤ الوظيفي المساواة بين الكتابة في الشكل الإلكتروني والكتابة في الشكل التقليدي في الحجية، وقوة الدليل المستمد منها<sup>3</sup>.

ويقوم هذا المبدأ على عدم التمييز بين الكتابة المدونة على دعامة مادية ملموسة وبين الكتابة المدونة على دعامة إلكترونية غير ملموسة، فهل أقرت التشريعات بهذا المبدأ أم لا؟ وما موقف المشرع الجزائري منه؟.

#### أولاً: الإقرار التشريعي لمبدأ التكافؤ الوظيفي:

<sup>1</sup> - نادية ياس البياتي، مرجع سابق، ص 197.

<sup>2</sup> - عابد فايد عبد الفتاح فايد، مرجع سابق، ص 47.

<sup>3</sup> - انظر: زهرة جعريف: حجية الكتابة والتوقيع الإلكترونيين دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، أطروحة لنيل متطلبات الدكتوراه

L MD، تخصص الشريعة والقانون، كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، 2019-2020،

ص 95.

لقد أخذت التشريعات الخاصة بالتجارة الإلكترونية بالمحركات الإلكترونية ومنحتها صراحة القوة القانونية نفسها التي تتمتع بها المحررات الورقية في الإثبات، فقد اعتمدت على مبدأ التكافؤ الوظيفي وعموماً بين أشكال الكتابة، لذلك نشأ خلاف بين الفقهاء حول إلزامية وجود الكتابة على دعامة ورقية، بينما رأى البعض أن الكتابة لا تتطلب أي شرط خاص بتدوينها، وبالتالي يمكن أن تحوز الكتابة المدونة على دعامة ورقية وبالمقابل رفض اتجاه أخذ هذا الرأي وشدد على ضرورة تدخل المشرعين بالاعتراف بحجة الكتابة المدونة على دعامة غير مادية على نحو أقرب نظراً لضرورة إيجاد تشريع خاص مواكب للتطورات الموجودة<sup>1</sup>.

ومن أجل تنظيمها وتطوير القواعد الحالية ولاستيعابها، وهو الحاصل في الكتابة الإلكترونية، فإن سن قواعد الإثبات العامة لم تكن هذه الكتابة معروفة آنذاك، وعندما كان من الصعب تحويل القواعد الخاصة بظهور الكتابة الإلكترونية وأخذ الأشخاص بالتعامل بها سارع المشرعون بإصدار قواعد خاصة لها وتحديث القواعد الموجودة لتلائم الكتابة الإلكترونية<sup>2</sup>.

ووجهتها وتاريخ ومكان الإرسال والاستلام، بالإضافة إلى ذلك يجب أن تدل المعلومات الواردة فيها على من أنشأها، وتحدد هويته بدقة، فضلاً عن دلالتها عن تسلمها وتاريخ ووقت الإرسال والاستلام، وعليه فالعبرة من الكتابة الإلكترونية ليست في قابليتها على الاستنساخ منها على الورق، وإنما في قابليتها على التخزين والحفظ الإلكتروني، وإمكانية قراءتها والإطلاع عليها في وقت لاحق دون أن يطرأ تغيير في مضمونها.

كل ذلك من خلال وسائل الكترونية أي الاستلام والخزن والحفظ والاسترجاع والإطلاع والقراءة اللاحقة كلما دعت الحاجة إليها من خلال وسائل الكترونية فإذا توفرت فيها هذه الشروط يمكن أن تعد الكتابة الإلكترونية دليلاً للإثبات كالكتابة المادية على المستندات الورقية التي تصدرت أدلة الإثبات منذ وقت طويل بحكم ما تتميز به من ثبات وجدية وقابلية على الحفظ للمعلومات التي تحملها لمدة طويلة وتمكن من الإطلاع عليها كلما دعت الحاجة، فإذا توافرت هذه المواصفات في الوثائق والمستندات الإلكترونية حق لها أن يكون لها حكمها وقيمتها في الإثبات والملاحظ أن هذه الشروط والضوابط التي سبق ذكرها والتي تشترط توافرها في الكتابة الإلكترونية<sup>3</sup>، تشير إلى تداخل كبير بين متطلبات القانونية والمواصفات التقنية التي يفترض أن تتمتع بها نظم المعالجة للمعلومات التي يتم من خلالها إنشاء وإرسال وتبادل واستلام وحفظ واسترجاع البيانات التي تتضمنها المستندات الإلكترونية هذه، فمتى توفرت الشروط المفترضة توفرها في الكتابة، ومما أجمع عليها المشرعون عند إصدار تشريعات خاصة بتنظيم الإثبات الإلكتروني

<sup>1</sup> - عيسى غسان ريضي، القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني، ط 2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، دس، ص 170.

<sup>2</sup> - بشار محمود دودين، الإطار القانوني المبرم عبر شبكة الأنترنت، ط 2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص 137.

<sup>3</sup> - هادي يونس مسلم البشكاني، مرجع سابق، ص 440.

مبدأ التكافؤ الوظيفي<sup>1</sup> بين أشكال الكتابة، فالمشرع المصري نص في المادة 15 من قانون تنظيم التوقيع الإلكتروني على أن " للكتابة الإلكترونية وللمحركات الإلكترونية في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية، ذات الحجية المقررة للكتابة والمحركات الرسمية والعرفية في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، متى استوفت الشروط المنصوص عليها في هذا القانون وفقا للضوابط الفنية والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون".

ما نستنتجه من خلال هذه المادة أن المشرع المصري قد منح للكتابة الإلكترونية حجية مساوية في قوتها الثبوتية للحجية المقررة للكتابة المنصوص عليها في أحكام قانون الإثبات، وهو أيضا ما أخذ المشرع الإماراتي فقد نصت المادة 09 من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية على أنه: " إذا اشترط القانون أن يكون خطيا أي بيان أو مستند أو سجل أو معاملة أو بيئة أو نص على ترتيب نتائج معينة في غياب ذلك، فإن المستند أو السجل الإلكتروني يستوفي هذا الشرط ، فمن خلال النص أقر المشرع في إمارة دبي بحجية المحرر الإلكتروني في حالة غياب المحرر الكتابي الورقي.

ونفس النهج انتهجه المشرع البحريني في الفقرة الثانية من المادة 05 من قانون التجارة الإلكترونية على " إذا أوجب القانون أن تكون المعلومات ثابتة فورود المعلومات في السجل الإلكتروني يفى بمتطلبات هذا القانون"، أما بخصوص التشريعات الأخرى وعلى سبيل المثال التشريع الفرنسي والتشريع الأردني حتى ولو لم يفصلا بين الكتابة الإلكترونية والمحرر الإلكتروني فقد احترما هذا الأخير وأعطياه حجية منتجة للأثار القانونية ذاتها المقررة للمحركات الخطية، تتضمن كتابة تثبت التصرف الذي من أجله أعد المحرر لكي يعتد به كدليل إثبات لذا يمكننا القول بأنهم منحوا حجية الإثبات للكتابة الإلكترونية لكنها تبقى مستمدة من حجية المحرر الإلكتروني.

**ثانيا: موقف المشرع الجزائري من مبدأ التعادل الوظيفي بين الكتابة الإلكترونية والكتابة التقليدية:**

من خلال المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري والتي جاء فيها: "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 " نستخلص أن المشرع الجزائري فقد حذو التشريعات العربية، فقد ساوى بين الكتابة التقليدية والكتابة الإلكترونية في الإثبات، ولكن وفق جملة من الشروط، وهي أن تكون المعلومات قابلة للاحتفاظ بها وتخزينها بحيث يمكن في أي وقت الرجوع إليها. إن الاحتفاظ بالكتابة الإلكترونية يتم على حامل الكتروني يمكن من الاطلاع على محتواها أو بصورة تضمن سلامتها وسلامة محتواها<sup>2</sup>.

## الفرع الثاني: الاستثناءات الواردة على الإثبات بالكتابة الإلكترونية:

<sup>1</sup> - بشار محمود دودين، مرجع سابق، ص 236.

<sup>2</sup> - هادي يونس البشكاني، مرجع سابق، ص 439.

لقد أورد المشرع الجزائري مجموعة من الاستثناءات على الكتابة الإلكترونية، وهذا يتماشى مع أن لكل أصل استثناء، فالكتابة الإلكترونية لقد أشار إليها المشرع الجزائري في المادة 323 من القانون المدني، لكن لم يقابلها تنظيم قانوني خاص بها، بل توجد مجموعة من الإستثناءات الواردة عليها في الإثبات ومن بينها:

#### أولاً: مبدأ ثبوت بالكتابة:

تنص المادة 335 من ق م ج على أنه: "يجوز الإثبات بالشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة، وكل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال، تعتبر مبدأ الثبوت بالكتابة"<sup>1</sup>.

والعلة من وضع مبدأ الثبوت بالكتابة هو تيسير الإثبات على الخصوم، أي أن الخصم الذي لم يتمكن من تهيئة الدليل الكتابي في الوقت المناسب بسبب تهاونه أو لشدة إفراطه في الثقة مثلاً، بإمكانه التخلص من سوء نية خصمه بقبول شهادته<sup>2</sup>.

#### ثانياً: وجود مانع مادي أو أدبي يمنع الحصول على السند الكتابي:

تنص المادة 1/136 من ق م ج: "يجوز الإثبات بالشهود أيضاً فيما كان يجب إثباته إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي".

من خلال نص المادة يتضح أن المشرع الجزائري قد أقر الإثبات بشهادة الشهود كاستثناء على ما كان الأصل فيه الإثبات بالكتابة، إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي، فالشهادة هنا تحل محل الكتابة وليست مكملة لها كما في مبدأ الثبوت بالكتابة، ويعرف المانع المادي بأنه: "الأمر الذي يمنع بطبيعته من الحصول على مستند كتابي وقت حصول سبب الالتزام"<sup>3</sup>، وكمثال عن المانع المادي أن يكون التصرف قد نشأ في اضطرابات اجتماعية لم يكن من المتاح فيها تحرير التصرف ضمن ورقة رسمية، أو أن الدائن قد أقرض المدين في مكان ليس بالمستطاع فيه إعداد سند، كأن يكون ذلك في طار أو طائفة<sup>4</sup>، وتبقى مسألة تقدير المانع المادي من الحصول على دليل كتابي خاضعة لتقدير قاضي الموضوع، ومتى كان ذلك مبنياً على أسباب مقنعة وسائغة<sup>5</sup>.

أما المانع الأدبي أو المعنوي الذي يمنع من الحصول على دليل كتابي فيرجع إلى اعتبارات شخصية كالقربة والعلاقة الزوجية أو إلى علاقة الخادم بسيده أو العرف المتبع في بعض المهن<sup>6</sup>، فقد تتحرج

<sup>1</sup> - القانون رقم 05-10 المتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

<sup>2</sup> - محمد نصر محمد: أدلة الإثبات في الأنظمة المقارنة، د ط، دم، 2012، ص 110.

<sup>3</sup> - أحمد نشأت: رسالة الإثبات، ط7، د.د.ن، دم، د.ت، ص610.

<sup>4</sup> - زكرياء شرايب، الوجيز في قواعد الإثبات-دراسة مدعمة بالفقه الإسلامي-، د.ط، دار هومه، الجزائر، 2015، ص96.

<sup>5</sup> - نبيل إبراهيم سعد، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، د.ط، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، د.ت، ص110.

<sup>6</sup> - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه عام -الإثبات، آثار الالتزام-، د.ط، دار النهضة العربية، القاهرة

1968، ج 2، ص 460.

الزوجة من زوجها أو العكس من المطالبة بإعداد دليل كتابي لإثبات الوفاء بالدين أو لإثبات أي تصرف آخر، لما قد يوحي به ذلك من عدم توافر الثقة فيما بينهم، كما قد تقضي الظروف في بعض المهن من عدم إعداد دليل كتابي كالتصرفات التي تقوم فيما بين الطبيب والمريض<sup>1</sup>.

**ثالثاً: فقد السند لسبب أجنبي خارج عن إرادة صاحبه:**

أجاز المشرع الجزائري طبقاً لنص المادة 2/336 معدلة من ق م ج: " يجوز الإثبات بالشهود أيضاً فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا فقد الدائن سنده الكتابي لسبب أجنبي خارج عن إرادته". يفترض في هذا الاستثناء أن القواعد العامة للدليل الكتابي قد استوفيت، غير أن الإثبات بالكتابة يتعذر بسبب فقد الدليل، على أن يكون فقد هذا الأخير راجع إلى سبب أجنبي لا دخل فيه للمدعي<sup>2</sup>. ويلاحظ على هذا الاستثناء أنه أوسع مجالا من الاستثناءين السابقين، إذ أنه يجوز الإثبات بالشهود في إثبات ما تزيد قيمته على مائة ألف دينار جزائري أو يكون غير محدد القيمة، وفي إثبات ما يخالف أو يجاوز الكتابة وفي إثبات الحالات الخاصة التي يوجب القانون الكتابة في إثباتها أيا كانت قيمة التصرف، كما أن هذا الاستثناء يسري على التصرفات الشكلية التي يتطلب القانون الكتابة لانعقادها، إذ المفروض أن الشكلية قد اكتملت عند إبرام التصرف، ثم فقد المدعي سنده في ذلك<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه عام، مرجع سابق، ج2، ص465.

<sup>2</sup> - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري- الإثبات في المواد المدنية والتجارية- د.ط، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2009 ص159.

<sup>3</sup> - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 159-160.

## الخاتمة:

من خلال الدراسة توصلنا إلى مجموعة من النتائج و التوصيات التي يمكننا إجمالها في النقاط الآتية:

### أولاً: النتائج

يمكننا إيجازها في مايلي:

\* الكتابة الإلكترونية كانت نتيجة للتطور التكنولوجي الحاصل، حيث أصبحت التصرفات القانونية بين الأفراد تبرم بشكل إلكتروني.

\* لا يوجد في القانون ما يحتم أن تكون الكتابة على دعامة ورقية، بل يمكن أن تكون على أي دعامة مستجدة، ومن بين الدعامات المستجدة في عصرنا الدعامة الإلكترونية، فسميت الكتابة بالكتابة الإلكترونية.

\* تتميز الكتابة الإلكترونية عن الكتابة الخطية بمجموعة من المميزات، وهذا أمر طبيعي نظرا لطبيعتها، وأهم فرق الدعامة التي يكتب عليها.

\* اعتراف المشرع الجزائري ولأول مرة بالكتابة الإلكترونية، وذلك بموجب التعديل الذي طال القانون المدني سنة 2005، بحيث جاء بتعريف واسع في نص المادة 323 مكرر ليشمل الكتابة الإلكترونية.

\* من أجل الاعتراف بالكتابة الإلكترونية لابد من توافر جملة من الشروط الفنية التي تتماشى مع طبيعة الوسيلة المبرمة للعقود.

\* إقرار مختلف التشريعات ومن بينها المشرع الجزائري لمبدأ التكافؤ الوظيفي بين الكتابة الخطية والكتابة الإلكترونية من خلال نص المادة 323 مكرر 1.

\* تضيق المشرع الجزائري من نطاق تطبيق الكتابة الإلكترونية، بأن أورد عليها مجموعة من الاستثناءات.

### ثانياً: التوصيات

ومن خلال ما تم بحثه، فإن الدراسة خلصت إلى جملة من التوصيات أهمها:

\* ضرورة إدراج نص قانوني من طرف المشرع يبين فيه كيفية حل التعارض الواقع بين الدليل الكتابي والدليل الورقي في الإثبات.

\* يستحسن بالمشرع الجزائري تعديل نص المادة 13 من القانون التجاري، لتشمل الدفاتر التجارية الإلكترونية.

\* يجدر بالمشرع الجزائري إلى استحداث مادة في القانون المدني الجزائري تخص الاعتراف بحجية الأدلة الكتابية الحديثة كالفاكس والتلكس والبريد الإلكتروني في الإثبات باعتبارها تدخل ضمن الأدلة الكتابية العرفية.

\* ضرورة إدراج المشرع الجزائري في القانون المدني نصا جديدا يبين من خلاله الحل الذي يستند إليه القاضي في حالة حدوث نزاع بين الأدلة الكتابية الموجودة على الدعائم الإلكترونية والأخرى الموجودة

على الدعائم الرقمية، وذلك اقتداء بالمشرع الفرنسي الذي عالج هذه النقطة من خلال المادة 1316 فقرة من القانون المدني.

وفي الختام يجدرنا الإشادة بالمشرع الجزائري وما يبذله من مجهودات، وخاصة عندما أصدر القانون رقم 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، والاعتراف بالوسائل الحديثة في الإثبات، مهما كانت الدعامة أو الوسيط الموجودة عليه.

## قائمة المصادر والمراجع:

أولاً: القوانين والتشريعات الدولية والأجنبية والوطنية:

أ- القوانين النموذجية

- قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية مع دليل التشريع لسنة 1996، الأمم المتحدة نيويورك 2000.

2- القوانين الوطنية:

أ- القوانين الجزائرية:

- القانون رقم 05-10 المؤرخ 13 جمادى الأولى عام 1426 هـ الموافق 20 يونيو 2005م المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 هـ الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975م المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج ر، ع 44، الصادرة في الأحد جمادى الأولى عام 1426م الموافق 26 يونيو سنة 2005م.

ب- القوانين العربية:

- القانون عدد 83 لسنة 2000 المؤرخ في 09 أوت 2000 المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية، ع 64، الصادر في 11 أوت 2000م.

- قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004، الصادر في 1 ربيع الأول 1425 هـ الموافق ل 12 أبريل 2004م.

ثانياً: الكتب القانونية:

1- أحمد نشأت: رسالة الإثبات، ط7، د.م، د.ت.

2- بشار محمود دودين، الإطار القانوني المبرم عبر شبكة الأنترنت، ط 2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010.

3- ثروت عبد الحميد، التوقيع الإلكتروني، ماهيته، مخاطره وكيفية مواجهتها، ومدى حجيته في الإثبات.

4- حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الأنترنت، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.

5- زكرياء شرايس، الوجيز في قواعد الإثبات،-دراسة مدعمة بالفقه الإسلامي-، د.ط، دار هومه، الجزائر، 2015.

6- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 2.

7- علي عبد العالي خشان الأسدي، حجية الرسائل الالكترونية ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان د.س.

8- عمر خالد زريقات، عقد البيع عبر الانترنت، ط1، دار حامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2003.

9- عابد فايد عبد الفتاح فايد، الكتابة الالكترونية د.ط، دار الجامعة الجديدة، مصر 2014.

10- عيسى غسان ريضي، القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني، ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، د.س.

11- لورنس محمد عبيدات، إثبات المحرر الإلكتروني، د.ط، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.

12- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري- الإثبات في المواد المدنية والتجارية-، د.ط، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2009.

13- محمد نصرمحمد: أدلة الإثبات في الأنظمة المقارنة، د ط، دم، 2012.

14- مناني فراح، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، د.ط، دار الهدى ، الجزائر، 2009.

15- نادية ياس البياتي، التوقيع الإلكتروني عبر الأنترنت ومدى حجته في الإثبات، ط1، دار البداية، الأردن، 2014.

16- نبيل إبراهيم سعد، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، د.ط، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، د.ت.

17- هادي مسلم يونس البشكاني، التنظيم القانوني للتجارة الالكترونية د.ط، دار الكتب القانونية، مصر، د.س.

18- يوسف أحمد النوافلة، حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات دار وائل للنشر، الأردن، ط1، 2007.

### ثالثا: الرسائل والأطروحات:

1- زهرة جقريف: حجية الكتابة والتوقيع الإلكترونيين دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، أطروحة لنيل متطلبات الدكتوراه L MD ، تخصص الشريعة والقانون، كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، 2019-2020.