جامعة الشهيد حمه لخضر
الوادي - الجزائر
كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة الوادي
كلية الحقوق والعلوم السياسية

فرقة البحث -PRFU- الحماية القانونية للثقة العامة في الكتابة الإلكترونية

بالتعاون مع

مخبر التحولات القانونية الدولية وانعكاساتها على التشريع الجزائري
ومخبر السياسات العامة وتحسين الخدمة العمومية في الجزائر
وفرق البحث في إطار PRFU

أعمال الملتقى الدولي السادس عشر

الإثبات الإلكتروني في المواد المدنية والجزائية

- بين الإطلاق والتقييد-

الإثبات الإلكتروني في المواد المدنية والجزائية

بين الإطلاق والتقييد

أعمال الملتقى الدولي السادس عشر

كلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، الجزائر

الجزء الأول

طبعة 2021

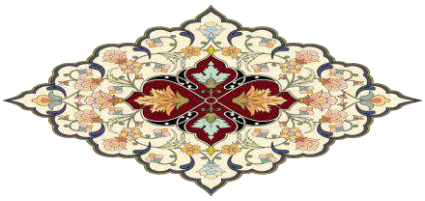
imp mansour

مطبعة منصور

شارع القدس – الأعشاش الوادي

تلفاكس: 45 97 24 032

البريد الإلكتروني: imp_mansour@yahoo.fr



- **عنوان الكتاب: الإثبات الإلكتروني في المواد المدنية والجزائية بين الإطلاق والتقييد**
- **النوع: مجموعة أبحاث**
- **المؤلف: مجموعة مؤلفين**
- **ردمك (ISBN): 978-9931-9796-0-9**
- **الإيداع القانوني: ديسمبر 2021**
- **الطباعة: مطبعة منصور الوادي**

جميع الحقوق محفوظة

1442 هـ/ 2021 م

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الشهيد حمّه لخضر الوادي
كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة الشهيد حمّه لخضر - الوادي
Université Echahid Hamma Lakhdar - El-Oued

كلية الحقوق والعلوم السياسية
Faculty of Law and Political Science
جامعة الشهيد حمة لخضر
الوادي-الجزائر

فرقة البحث في إطار prfu الحماية القانونية للثقة العامة للكتابة الالكترونية

بالاشتراك مع

مخبر السياسات العامة وتحسين الخدمة العمومية في الجزائر

مخبر التحولات القانونية الدولية وانعكاساتها على التشريع الجزائري

وفرق البحث في إطار prfu

ينظمون

الملتقى الدولي السادس عشر حول

الاثبات الالكتروني في المواد المدنية والجزائية بين الاطلاق والتقييد

يوم: 09 ديسمبر 2021

عبر تقنية التحاضر المرئي عن بعد

الهيئـــــات المشرفـــة على الملتقى

الرئيس الشرفي للملتقى: أ. د. عمر فرحاتي - مدير جامعة الشهيد حمة لخضر بالوادي

رئيس الملتقى: أ.د/ دراجي المكي - عميد كلية الحقوق والعلوم السياسية

مدير الملتقى: د. الهام بن خليفة

رئيس اللجنة العلمية: د. أحمد سعود

مقرر اللجنة العلمية: د. سامية لموشية

رئيس اللجنة التنظيمية: د. بدر شنوف

رئيس لجنة التوصيات: أ.د بشير محمودي

أعضاء اللجنة العلمية: أ.د بوغزالة محمد ناصر، أ.د بدر الدين شبل، أ.د فاروق خلف، أ.د خلف بوبكر، أ.د عمار زعبي، أ.د عبد القادر حوبة، أ.د سلطاني آمنة، أ.د كرام محمد لخضر، أ.د فائزة جروني، أ.د جوادي الياس، أ.د بوساحة نجاة، أ.د مرغني حيزوم بدر الدين، أ.د بشير محمودي، أ.د رحاب يوسف، أ.د مباركي دليلة، أ.د صالح شنين، د. ريم سكفالي، د. عادل عميرات، د. م/الطاهر جرمون، د. غريسي جمال، د. مليكة بطينة، د. ابراهيم ديدي، د. سامية لموشية، د. دريس كمال فتحي، د. طواهري إسماعيل، د. إلهام بن خليفة، د. دراجي بلخير، د .سلخ محمد لمين، د. لعبيدي الأزهر، د. رزيقة قريشي، د. بدر شنوف، د. خيرجة ميلود، د. الشريف وكواك، د. عمامرة مباركة، د. أحلام حراش، د. سعدية قني، د. عثمان حويذق، د. جلول محدة، د. منصف عبد العزيز لعرابة، د. سعيدة العايبي، د. الهاشمي كمرشو، د. منصوري محمد العروسي، د. عماد شريفي، د. الصادق جراية، د. فرج عبد الحميد، د. خالد بقاص، د. الهادي دوش، د. معمر حفيظة، د. محمود محمد علي المجبري، د. بكرار شوش محمد، د. سويقات بلقاسم، د. عبد العزيز شملال، د. ملياني عبد الوهاب، د. تريكي محمد السعيد، د. دريدي وفاء، د بن عبد الله نورة، د. نبيل مالكية، د. هارون نورة، د. وداعي عزالدين، د. آمال بويحياوي، د. شطيبي عبد السلام، د. سوماتي شريفة، د. نجومن قندوز سناء، د. رابح وهيبة، د. محمد عبيدي، د. جيدور حاج بشير، أ. وردة بلجاني، أ. ياسين بن عمر.

أعضاء اللجنة التنظيمية: د. خليفة الذهبي، د. عبد الرؤوف حلواجي، أ. زرقيني راضية، أ. لويشي هشام، أ. محمد البشير الأعور، أ. شكيمة ياسين، أ. عبد الفتاح حلواجي، أ. نصيب عتيقة، أ. جعفر عرارم، أ. عبد الباسط محدة، أ.محمد بجاق، أ. جابر صالح، أ. محمد نعرورة، أ.عطية صفاء، أ. فطحيزة تجاني بشير، أ. حسن بوخزنة، أ. مراد شربي، ط. د. غبش عز الدين، ط. د. دهانة بشير، ط.د. دحمري يمينة، ط.د. سليمة عطية، ط.د. عبد الغني بوشول، ط.د محمد الصالح جلول، ط.د فضيلة شعبان، ط.د شبل يوسف، ط. د. بلغواطي سميرة، ط. د. صيشي بسمة.

أعضاء لجنة التوصيات: د. عادل عميرات، د. دريس كمال فتحي، د. سامية لموشية، د. منصوري محمد العروسي، د. محمد الطاهر جرمون، أ. وردة بلجاني، د. نورة هارون، د. محمد بن فردية، د. بن قارة مصطفى عائشة.

المشرف على إعداد وتجميع أعمال الملتقى: د. بدر شنوف

تصميم الغلاف: ط.د/ عبد الغني بوشول

أهميـــــــة الملتقى

نتيجة للتطور المتزايد في وسائل التكنولوجيا الحديثة وهيمنتها على كافة جوانب الحياة المعاصرة، أصبح العالم يعيش حياة زاخرة بالاتصالات السريعة ونقل المعلومات عبر آلاف الأميال من المسافات، حيث أصبح يعتمد في نقل وتخزين المعلومات أو حفظها لإمكانية استرجاعها على دعامات إلكترونية تختلف في أشكالها بين شريط ممغنط وميكروفيلم وأقراص مرنة وصلبة، حيث تضمن هذه الدعامات نقل المعلومات بالصوت أو الصورة أو الكتابة بين أرجاء العالم.

وما زاد في انتشار هذه الدعامات وكفل لها تزايدًا مستمرًا في استخدامها هو ظهور فكرة الحكومة الإلكترونية التي تستند عليها في تقديم خدماتها للأشخاص، وأيضًا تعتمد عليها البنوك وشركات التأمين والمستشفيات لأداء مهامها، فضلاً عن ذلك اتخذتها التشريعات الحديثة كوسيلة لإثبات كل التعاملات المدنية والصفقات التي تقتضيها فكرة التجارة الإلكترونية التي سهلت التعامل التجاري بها بسرعة الإنجاز وتوفير النفقات.

وفي المقابل من ذلك طوع مجرمي المعلوماتية هذا التطور التكنولوجي الحديث في ارتكاب ما يسمى بالجرائم الإلكترونية، ولما كان الدليل أثر يُوَلد من نوع الجريمة المرتكبة، فإن الجرائم الإلكترونية يتولد عنها أدلة إلكترونية، لذلك سوف يتعامل القضاء مع أشكال مستحدثة من الأدلة تُصَعب من مهمته في إثبات هذه الجريمة.

محـــــــــاور الملتقى

المحور الأول: الإطار المفاهيمي للإثبات الإلكتروني

1- النظرية العامة في الإثبات المدني (ماهية الاثبات المدني، مبدأ النظام القانوني للإثبات، مبدأ حياد القاضي، مبدأ دور الخصوم الإيجابي، محل الإثبات، عبء الإثبات، طرق الإثبات).

2- الإثبات المدني بالكتابة في الشكل الإلكتروني (ماهية الكتابة في الشكل الإلكتروني، الفروق بين الكتابة في الشكل الإلكتروني والكتابة في الشكل الورقي).

3- النظرية العامة في الإثبات الجنائي (ماهية الإثبات الجنائي، نظام الإثبات القانوني، أنظمة الإثبات، عبء الإثبات، طرق الإثبات).

4- الأدلة الجنائية في الشكل الإلكتروني (ماهية الأدلة الجنائية في الشكل الإلكتروني، مزايا ومساوئ الأدلة الجنائية في الشكل الإلكتروني، الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال).

5- مخاطر الإثبات الإلكتروني.

المحور الثاني: الإثبات الإلكتروني في المواد المدنية

1- التدخل التشريعي لتنظيم الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني.

2- الضوابط القانونية لقبول الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني (الكتابة الإلكترونية، التوقيع الإلكتروني، حفظ الكتابة في الشكل الإلكتروني وإمكانية استرجاعه).

3- الحجية القانونية للإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني.

4- الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني في المواد التجارية.

5- الأمن القانوني للإثبات بالأدلة في الشكل الإلكتروني (آلية إنشاء التوقيع الإلكتروني الموصوف والتحقق منه، نظام التشفير، نظام التصديق الإلكتروني).

المحور الثالث: الإثبات الإلكتروني في المواد الجنائية

1- الأساس القانوني لقبول الإثبات بالدليل الجنائي في الشكل الإلكتروني (الاتفاقيات الدولية والإقليمية، النصوص الوطنية).

2- الإجراءات التقليدية والمستحدثة للحصول على الدليل الجنائي في الشكل الإلكتروني.

3- الضوابط القانونية لقبول الدليل الجنائي الإلكتروني في الإثبات.

4- سلطة القاضي الجنائي في تقدير الدليل الجنائي في الشكل الإلكتروني.

برنامـــــــــج الملتقى

الجلسة الافتتاحيـــــــة 9:00- 9:30

- تلاوة ما تيسر من القرآن الكريم،
- النشيد الوطني،
- كلمة أ.د/ المكي درّاجي (عميد كلية الحقوق والعلوم السياسية)،
- كلمة د. الهام بن خليفة (مدير الملتقى)،
- كلمة أ.د/عمر فرحاتي (مدير جامعة الشهيد حمه لخضر-الوادي)
- الإعلان عن الافتتاح الرسمي للملتقى الدولي.

الجلسة العلمية الأولى 09:40-10:40

الجلسة العلمية الأولى: 09:40-10:40 **رئيس الجلسة: أ.د/ كرام محمد الأخضر (جامعة الوادي)**

الرقم	المتدخل	المؤسسة	عنوان المداخلة
01	د. ضرغام بن عيسى الجرادات	كلية العلوم والدراسات الإسلامية فلسطين	أدلة الإثبات الجنائي من خلال الهواتف الذكية مفهومها وحجيتها راسة مقارنة بين الفقه والقانون
02	أ. أيمن محمد سيد مصطفى الأسيوطي	جامعة حلوان – مصر	حجية تقنية البلوك تشين في الإثبات المدني
03	د. عبد الرازق وهبه سيد أحمد محمد سيد	كلية الدراسات الانسانية والادارية كليات عنيزة بالقصيم – السعودية	حجية التوقيع الالكتروني في الإثبات "دراسة تحليلية مقارنة"
04	أ.د آمنة سلطاني ط/د محمد عزوي	جامعة الوادي	القاضي الإداري وإثبات مقبولية الكتابة الرقمية

مناقشات عامة

الجلسة العلمية الثانية 10:40-12:00

الجلسة العلمية الثانية: 10:40-12:00 **رئيس الجلسة: أ.د/ زعبي عمار (جامعة الوادي)**

الرقم	المتدخل	المؤسسة	عنوان المداخلة
01	د. محمد طلعت يدك	منتدب للتدريس بالجامعات المصرية	الحجية القانونية لإثبات التوقيعات الإلكترونية دراسة تحليلية مقارنة
02	الباحثة. أمجاد سعد المريشد	جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية – السعودية	عبء الاثبات الجنائي الالكتروني
03	د. محمد جبر السيد عبد الله جميل	جامعة المدينة العالمية ماليزيا –فرع القاهرة	الشهادة الإلكترونية ومدى حجيتها في إثبات جريمة الزنا في الشريعة الإسلامية
04	د. بن قارة مصطفى عائشة	جامعة مستغانم	مدى تأثير مشكلات الدليل الإلكتروني على اقتناع القاضي
05	د. دريس كمال فتحي	جامعة الوادي	وسائل الإثبات في منازعات المعاملات الإلكترونية طبقا لأحكام القانون 05/18

مناقشات عامة

الورشات العلمية

الورشة العلمية الأولى 10:40-12:40

الورشة العلمية الأولى: 10:40-12:40 رئيس الورشة: د/ محدة جلول (جامعة الوادي)

مقرر الورشة: د/ شريفي عماد (جامعة الوادي)

الرقم	المتدخل	المؤسسة	عنوان المداخلة
01	د. لزار سميرة	جامعة المدية	مدخل مفاهيمي للكتابة الالكترونية
02	د. العزاوي أحمد د. عقباوي محمد عبد القادر	جامعة تمنراست	الإطار التاريخي والمفاهيمي لأنظمة الإثبات الجنائي
03	د. عادل عميرات د. الياس بروك	جامعة الوادي جامعة قالمة	ماهية الاثبات المدني الالكتروني
04	د. بن صالح سارة	جامعة قالمة	ماهية الكتابة والتوقيع الإلكترونيين كأدلة إثبات في المواد المدنية
05	د. بن يوسف القينعي	جامعة المدية	الإشكالات التي تعترض القاضي الجزائي في قبول الدليل الإلكتروني
06	د. دوار جميلة	جامعة برج بوعريرج	ضمانات الخصومة القضائية في ظل النظرية العامة للإثبات في التشريع الجزائري
07	د. بنت الخوخ مريم د. اللحياني ليلى	جامعة تيبازة	القيمة القانونية للكتابة الالكترونية في الاثبات المدني
08	د. شمام منير	جامعة مستغانم	مراعاة المشرع الجزائري إطار قانوني للإثبات على شكل الكتروني
09	د. أوسهلة عبد الرحيم د. وافي خديجة	جامعة سيدي بلعباس	محل الإثبات في المواد المدنية وعبء إثباته
10	د. عبد العزيز شملال	جامعة أم البواقي	الدليل الإلكتروني و دوره في الإثبات الجنائي
11	د. نورة هارون	جامعة بجاية	تزوير التوقيع الالكتروني: نموذج للإجرام المعلوماتي
12	د. أحمد سعود د. بدر شنوف	جامعة الوادي	ماهية الأدلة الالكترونية في الاثبات الجنائي
13	د. ميلود خيرجة أ. عماد شريفي	جامعة الوادي	الصعوبات المحيطة بعملية الوصول للدليل الإلكتروني
14	أ. د. قادة محمودي	جامعة تيارت	مشروعية الدليل الالكتروني في المواد الجزائية

15	د. جراية الصادق أ. حسن بوخزنة	جامعة الوادي	الإطار التاريخي والمفاهيمي للدليل الإلكتروني
16	د. ليندة بومحراث ط/د عبد النور سعيداني	جامعة قسنطينة	الكتابة الالكترونية وحجيتها في الاثبات المدني وفق التشريعات المقارنة
17	ط/د عون إيمان	جامعة تبسة	إثبات العقد الالكتروني
18	ط/د وريدة إفتيسان	جامعة لونيسي علي البليدة 2	التوقيع الإلكتروني كآلية لإثبات وسائل الدفع في المواد التجارية: بين المفهوم والفعالية
19	ط/د حميدة بن حمدين ط/د محمد نجيب شرافي	جامعة تيبازة جامعة خميس مليانة	الحجية القانونية للإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني

مناقشات عامة

الورشة العلمية الثانية 13:00-10:40

الورشة العلمية الثانية: 13:00-10:40 **رئيس الورشة: د/ غريسي جمال (جامعة الوادي)**

مقرر الورشة: د/ بطينة مليكة (جامعة الوادي)

الرقم	المتدخل	المؤسسة	عنوان المداخلة
01	د. محمد جارد د. أمينة محتال	جامعة بشار	قواعد الإثبات في التحكيم الإلكتروني -دراسة تحليلية مقارنة-
02	د. نسيمة شيخ	جامعة عين تموشنت	صلاحية المحرر الالكتروني كدليل إثبات في القانون الجزائري
03	د. جريو محمد الأمين	جامعة معسكر	حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات
04	د. لزعر وسيلة د. فارح عصام	جامعة أم البواقي	حجية الإثبات بالكتابة الإلكترونية في ظل استثناءات قواعد الاثبات العامة
05	د. مريم طويل	جامعة تلمسان	التوقيع الإلكتروني قراءة على ضوء قانون 15-04 ومدى حجيته في الإثبات
06	د. بن علي صليحة	جامعة تيارت	نطاق حجية التوقيع والتصديق الإلكترونيين في الإثبات
07	أ.د حسينة شرون ط/د سعاد سفار طبي	جامعة بسكرة	حجية الدفاتر التجارية الإلكترونية في إثبات المعاملات التجارية الإلكترونية
08	د. لمين عمامرة د. محمد الصالح كشحة	جامعة الوادي	الحجية القانونية للإثبات بالكتابة في الشكل الالكتروني
09	د. بن مصطفى عيسى ط/د لحديري سهام	جامعة الجلفة جامعة بجاية	الكتابة الرسمية الالكترونية: بين أحكام القانون المدني وقانون التجارة الالكترونية الجزائريين
10	د. حفيظة مبارك ط/د أسماء بن عبد القادر	جامعة الأمير قسنطينة	نظام التصديق الإلكتروني -دراسة تحليلية في ضوء القانون 15-04-
11	د. مالكية نبيل ط/د عكاش ريم	جامعة خنشلة	الاثبات بالمحرر الإلكتروني في المواد المدنية
12	أ.د عبد الحليم بن مشري ط/د صونيا مقري	جامعة بسكرة	دور جهات التصديق الإلكتروني في إثبات المعاملات الإلكترونية
13	د. خنافيف محمد ط/د شايبي العيد	جامعة البليدة 2 جامعة المدية	الآليات الفنية التي اعتمدها المشرع الجزائري في القانون 04/15 لضمان أمن التوقيع الإلكتروني

14	د. حيرش نورالدين ط/د زياني رشيد	جامعة معسكر	التوقيع الإلكتروني وإسهاماته في الإثبات
15	د. عمار جعبوب ط/د مسعودة همساس	جامعة النعامة	النظام القانوني للتوقيع الالكتروني كآلية حديثة للإثبات
16	ط/د عنان آمال ط/د خالد عبد الحاكم	جامعة الوادي جامعة سوسة تونس	إشكالية حجيته التوقيع الإلكتروني في إثبات المعاملات الإلكترونية في التشريع الوطني والتشريعات المقارنة
17	ط/د. فريجات سعيد ط/د. خالد محمودي	جامعة سوسة – تونس	الآلية القانونية والتقنية لحماية التوقيع الالكتروني
18	ط/د زياني فيصل ط/د زياني منير	جامعة بجاية جامعة باتنة	الحجية القانونية للإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني
19	ط/د معروف عائشة	جامعة الشلف	الضوابط المعتبرة من أجل اعتماد المحرر الالكتروني في الإثبات

مناقشات عامة

الورشة العلمية الثالثة 13:00-10:40

الورشة العلمية الثالثة: 13:00-10:40 **رئيس الورشة: د/ لعبيدي الأزهر (جامعة الوادي)**

مقرر الورشة: د/ خيرجة ميلود (جامعة الوادي)

الرقم	المتدخل	المؤسسة	عنوان المداخلة
01	د. نجومن قندوز سناء	جامعة بجاية	خصوصية الإثبات الإلكتروني في المواد التجارية على ضوء أحكام القانون الجزائري
02	أ. سارة شيبات د. مباركة عمامرة	جامعة الوادي	دور التشفير في تحقيق أمن المبادلات التجارية الالكترونية في التشريع الجزائري
03	أ.د بن شهرة شول ط/د هانية بوشارب	مدير جامعة قسنطينة جامعة غرداية	الضوابط القانونية لقبول الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني (التوقيع الإلكتروني)
04	د. ديدي ابراهيم د. بلخير دراجي	جامعة الوادي	الاثبات بالمحررات الإلكترونية أمام القضاء الاداري
05	د. منصوري محمد العروسي د. العمري خالد	جامعة الوادي المركز الجامعي إليزي	المحرر العرفي الإلكتروني ومدى حجيته في الإثبات في القانون الجزائري
06	أ.د زبيري بن قويدر د. تريكي محمد السعيد	جامعة الأغواط	الإطار القانوني المفاهيمي لتنظيم التوقيع في شكله الالكتروني وبيئته
07	د. زماموش نذير د. حدرباش لمياء	جامعة سطيف	مدى فعالية التوقيع الإلكتروني في إثبات الدفع الإلكتروني
08	د. رزيقة قريشي	جامعة الوادي	حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات المدني
09	د. رقية سكيل	جامعة الشلف	الإثبات بالمحررات الرسمية الالكترونية في المواد المدنية والتجارية في التشريع الجزائري -دراسة مقارنة-
10	د. الأزهر لعبيدي	جامعة الوادي	حجية الدفاتر المحاسبية التجارية الالكترونية في الاثبات
11	د.عثمان حويذق د. خليفة الذهبي	جامعة الوادي	التعادل الوظيفي في الإثبات بين المحرر التقليدي والإلكتروني في التشريع الجزائري

12	د. جلول محدة ط/د نور الدين ورخ	جامعة الوادي جامعة سوق أهراس	القوة القانونية للإثبات بالتوقيع الالكتروني في المسائل المدنية
13	د.ريم سكفالي أ.د بشير محمودي	جامعة الوادي	الحجية القانونية للمحررات الالكترونية
14	د. سهام المر ط/د فتيحة بن عيسى	المركز الجامعي مغنية	التوقيع الإلكتروني ومدى حجيته في العقد التجاري الإلكتروني
15	د. مونة مقلاتي ط/د حمصي ميلود	جامعة قالمة	أحكام التصديق الإلكتروني في التشريع الجزائري
16	د. عبد العالي قزي ط/د رميصاء حوحو	جامعة الوادي جامعة بسكرة	إثبات عقد الزواج الالكتروني
17	ط/د صفاء بن موسى ط/د نصيرة غرايسة	جامعة ورقلة جامعة ورقلة	الشركات التجارية الالكترونية بين حتمية الوجود وتحدي الاثبات الالكتروني في التشريع الجزائري
18	ط/د ليندة بن عيدة ط/د محمد العيد عمان	جامعة الجزائر	إثبات العقد الإلكتروني بواسطة الكتابة والتوقيع الإلكترونيين
19	ط/د عائشة بن زردة ط/د أسماء عقيب	جامعة قسنطينة	القيمة القانونية للبريد الالكتروني في إثبات المعاملات الودية
20	ط/د صحراوي مسعودة ط/د جغروري ليلى	جامعة الوادي جامعة بسكرة	التوقيع الالكتروني وحجته في الاثبات

مناقشات عامة

الورشة العلمية الرابعة 10:40-13:00

الورشة العلمية الرابعة: 10:40-13:00

رئيس الورشة: د/ سلخ محمد لمين (جامعة الوادي)

مقرر الورشة: د/ ديدي إبراهيم (جامعة الوادي)

الرقم	المتدخل	المؤسسة	عنوان المداخلة
01	د. محمد بن فردية	جامعة غرداية	ضوابط قبول الدليل الجنائي الرقمي أمام القاضي الجزائي
02	د. راضية خليفة د. سميرة عابد	جامعة عنابة	الآليات المستحدثة للحصول على الدليل الالكتروني
03	د. جمال غريسي أ. ياسين بن عمر	جامعة الوادي جامعة ورقلة	مشروعية التسجيل الصوتي في الإثبات الجنائي
04	د. شريفة سوماتي	جامعة خميس مليانة	الضوابط القانونية في مراقبة الاتصالات الالكترونية
05	د. عائشة عبد الحميد	جامعة الطارف	سلطات القاضي الجزائي في تقدير الدليل الإلكتروني في جرائم التجارة الإلكترونية
06	د. محمد بكرار شوش	جامعة ورقلة	استبعاد الدليل الإلكتروني المحصل بطريقة غير مشروعة شرط لمحاكمة عادلة
07	د. سامية لموشية د. مليكة بطينة	جامعة الوادي	استحداث وسيلة الترصد الالكتروني كآلية لكشف ومكافحة الجريمة المعلوماتية وأثرها على الحرية الشخصية
08	د. سويقات بلقاسم	جامعة ورقلة	عبء الاثبات في المادة الجزائية
09	د. آمال بويحياوي د. رابح وهيبة	جامعة الطارف	الإثبات الالكتروني الجزائي في الجريمة الالكترونية

10	د. دحماني منال	جامعة تيزي وزو	الدليل الرقمي في الجرائم الإلكترونية
11	د. مروان نسيمة	جامعة وهران	هل ستحدث الثورة العلمية الإلكترونية تحولا في نظام الإثبات الجنائي " نظام الاقتناع الشخصي"؟
12	د. دقايشية زهور د. عزوز سارة	جامعة باتنة	سلطة القاضي الجنائي في تقدير الدليل الالكتروني (جريمة الإرهاب الالكتروني نموذجاً)
13	د. محمد لطفي كينة ط/د عماري حفصة	جامعة الوادي	دور الدليل الرقمي في الإثبات الجنائي
14	د. زبيدة سميرة سارة ط/د رحالي سيف الدين	جامعة تيبازة جامعة بومرداس	المراقبة الالكترونية اجراء ينتهك الخصوصية المعلوماتية للفرد
15	د. أحمد حسين ط/د بشقاوي عبد الحق	جامعة الطارف جامعة الجزائر 1	حجية الخبرة الإلكترونية في الإثبات الجنائي
16	د. زيبار الشاذلي ط/د قطاف محمد	م.ج بريكة – باتنة	التحقيق في الجرائم المعلوماتية بين فاعلية ما هو تقليدي ومواكبة ما هو مستحدث؟
17	ط/د خالد ضو	جامعة الوادي جامعة الجزائر	ضوابط الاثبات بالدليل الالكتروني في المواد الجنائية
18	د.سلخ محمد لمين ط/د سامية هويدي	جامعة الوادي	الإثبات الجنائي في الجريمة المعلوماتية
19	د. الهام بن خليفة ط/د سليمة عطية	جامعة الوادي	اجراءات الحصول على الدليل الالكتروني للجريمة بين الإثبات والمكافحة في التشريع الجزائري
20	د. جرمون محمد الطاهر ط/د عبلة بن عمر	جامعة الوادي تونس	المركز القانوني لأدلة الاثبات الجنائي في المواثيق الدولية
21	بوخلوط الزين	أستاذ متعاقد	مدى مشروعية التسجيل الصوتي الملتقط بين أطراف المحادثة الهاتفية في الإثبات الجنائي
22	ط/د عبد اللوش رضوان ط/د سبع محمد رضا	جامعة الجزائر	رقابة المحكمة العليا على سلطة القاضي الجنائي في قبول وتقدير الدليل الإلكتروني
23	ط/د سعاد بن حليمة ط/د كريم معروف	جامعة غليزان	السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في قبول وإثبات الدليل الإلكتروني
24	ط/د عمر رزازقة ط/د حجوجة أمل	جامعة قالمة	مقبولية الدليل الالكتروني في الإثبات الجنائي في ظل تطور الجريمة
25	ط/د معمري خديجة	جامعة غليزان	ضوابط سلطة القاضي الجنائي في تقدير الدليل الإلكتروني
26	د. أميرة عمورة	جامعة باتنة	حجية الشهادة كدليل رقمي أمام القاضي الجزائي
27	ط/د نقطي عبد العزيز د/ حراش أخلام	جامعة الوادي جامعة الوادي	التعاون الدولي لتفعيل التقنيات الحديثة في الاثبات الجنائي

مناقشات عامة

******* (الجلسة الختامية 13:10) *******

(تلاوة التوصيات - ختام الملتقى)

كلمة مدير الملتقى

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه أجمعين، أما بعد: أحييكم بتحية الإسلام السلام عليكم ورحمة الله تعالى وبركاته،

- السيد دير جامعة الشهيد حمة لخضر بالوادي، أ.د عمر فرحاتي،
- السيد عميد كلية الحقوق والعلوم السياسية، أ.د المكي دراجي،
- السيد مدير مخبر التحولات القانونية الدولية وانعكاساتها على التشريع الجزائري، أ.د كرام محمد الأخضر،
- حضرات السادة الأساتذة الكرام من الدول الشقيقة والصديقة فلسطين والسعودية ومصر كل باسمه وصفته، والمشاركين معنا في هذا الملتقى عبر الفضاء الافتراضي،
- حضرات السادة الأساتذة الأفاضل المشاركين من داخل وطننا الحبيب كل باسمه وصفته،
- حضرات أساتذتنا الكرام من كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعتنا جامعة الشهيد حمة لخضر بالوادي كل باسمه وصفته،
- طلبة الدكتوراه الأفاضل المشاركين معنا بمداخلاتهم القيمة،

إننا لفي غاية السعادة والسرور وعظيم الشرف في هذا اليوم الأغر البهيج بحضوركم معنا في هذا الفضاء الافتراضي العلمي الجليل، والذي سنناقش فيه موضوع الملتقى الدولي السادس عشر للكلية، ألا وهو مسألة الإثبات الإلكتروني في المواد المدنية والجزائية – بين الإطلاق والتقييد-، وإننا من هذا المنبر لنقدم لكم أسمى آيات التقدير والاحترام ورفع الله مقامكم ودرجاتكم وزادكم علما ونفع بكم الأمم،

حيث يهدف هذا الملتقى الدولي السادس عشر للكلية إلى:

- تسليط الضوء على ما أنتجته التكنولوجية الحديثة من طرق كان لها الأثر في اعتمادها قانونا كوسائل لإثبات التعاملات المدنية والتجارية وأدلة لإثبات الجرائم المعلوماتية،
- بيان مدى إمكانية التلاعب والعبث بالأدلة في الشكل الإلكتروني، ومدى ضمان التشريعات للأمن القانوني فيها سواء من الناحية التقنية أو من الناحية الجزائية
- تسليط الضوء على آلية إنشاء الكتابة في الشكل الإلكتروني وضماناتها، وكذا الإجراءات المستحدثة من أجل تحصيل الدليل الجنائي في الشكل الإلكتروني
- الوقوف على الضوابط القانونية لقبول الأدلة في الشكل الإلكتروني من الناحيتين المدنية والجزائية عبر مختلف تشريعات العالم،
- استبيان القيمة القانونية للإثبات بالأدلة في الشكل الإلكتروني من الناحيتين المدنية والجزائية ومدى إعمال القاضي لسلطته في تقديرها،

ولقد عكفت إدارة الملتقى وعلى رأسها اللجنة العلمية منذ نشر الإعلان، على العمل بجد وكد، حيث تم استقبال مداخلات الأساتذة ومن ثم انتقاء أفضلها، والسهر على تولي الرد على الأساتذة في الوقت المقرر،

وأيضا عملت على تنظيم وجدولة الجلسات والورشات وتوزيعها حسب محاور الملتقى الموضوعة مسبقا، وتعيين رؤسائها ومقرريها، وإننا لنعتذر ممن لم تقبل مداخلاتهم، لقرار صادر عن اللجنة العلمية مجتمعة.

فضلا عن ذلك عمل أعضاء اللجنة التنظيمية جاهدين على السهر على حسن سير الملتقى في البيئة الإلكترونية، وتحضير شهادات المشاركة حتى لا يكون لديهم أي تأخر، وبذلوا في ذلك قصارى جهدهم،

وأيضا سيعكف بعد قليل إن شاء الله كل أعضاء لجنة التوصيات من داخل جامعتنا وخارجها، على انتقاء أهم التوصيات المنبثقة عن المداخلات المشاركة في الملتقى،

شاكرين وممتنين من هذا المنبر لكل هؤلاء القائمين على نجاح ملتقى الكلية السادس عشر، وعلى رأسهم عميد الكلية البروفيسور المكي دراجي الذي لم يبخل علينا لآخر لحظة وأمدنا بكل ما هو مهيئ له، كما ساعدنا بملاحظاته وتوجيهاته وآراءه القيمة في كثير من الأمور، وما وجدنا منه إلا الوجه البشوش والفكر الراقي والسماحة في التعامل، فشكرا على رحابة صدره وسعة أفقه.

وكذا نتقدم بشكرنا وامتنانا لمدير مخبر التحولات القانونية الدولية وانعكاساتها على التشريع الجزائري البروفيسور كرام محمد الأخضر على كل ما قدمه من تسهيلات في سبيل نجاح فعاليات الملتقى، فتحية تقدير وإكبار لحضرته،

كما أقدم عربون تقدير واحترام لكل من قدم يد المساعدة من قريب أو من بعيد.

نتمنى لكل الأساتذة، ولكل طلبة الدكتوراه التوفيق والسداد في فعاليات هذا الملتقى، وشكرا لكم جميعا على حسن الإصغاء.

والسلام عليكم ورحمة الله تعالى وبركاته.

مدير الملتقى

د/ الهام بن خليفة

الوادي في: 2021/12/09

أدلة الإثبات الجنائي من خلال الهواتف الذكية مفهومها وحجيتها
دراسة مقارنة بين الفقه والقانون

د/ الجرادات ضرغام
كلية العلوم والدراسات الإسلامية (فلسطين)
drgamjradat@yahoo.com

●●●●●●●●●

ملخص:

تتحدث الدراسة عن أدلة الإثبات القضائية من خلال الهواتف الذكية، ومدى حجيتها في الإثبات والنفي في الشريعة الإسلامية، وفي القوانين الوضعية؛ وجاءت هذه الدراسة في أربعة مطالب: يوضح أولها مفهوم الإثبات ومفهوم الأدلة القضائية وأنواعها، ويختص الثاني بالحديث عن الأدلة الإلكترونية والرقمية وأنواعها وخصائصها، ويتحدث الثالث عن الأدلة المستمدة من الهواتف الذكية، وأنواعها وخصائصها وأهميتها، أما المطلب الرابع فيتحدث عن حجية هذه الأدلة، ومدى قبولها في الإثبات والنفي في الجرائم الموثقة بالهواتف، وآراء الفقهاء في ذلك مقارنة مع آراء القانونيين؛ وقد توصلت الدراسة إلى أن الأدلة المستمدة من الهواتف الذكية لها أهمية كبيرة في إثبات الجرائم أو نفيها، ولابد من الاعتماد عليها لتحقيق العدل وإحقاق الحق.

الكلمات المفتاحية: الهواتف الذكية، الأدلة الإلكترونية، الإثبات، الفقه، القانون.

مقدمة:

تنبع أهمية الدراسة من تعلقها بالهواتف الذكية، وهي من أحدث ما وصلت إليه التكنولوجيا الحديثة، وقد دخلت هذه التكنولوجيا كافة مناحي الحياة ووصلت إلى كل بيت، وتعلقت بها الكثير من الأعمال والأحداث، وكانت وسيلة لتوثيق الكثير من الأحداث والوقائع الهامة على مستوى العالم، فصارت بمثابة عين الإنسان وأذنه على العالم، والوسيلة التي يوصل بها صوته للناس، **وقد نتج عن ذلك استغلال هذه التكنولوجيا في ارتكاب الجرائم، وتوثيقها بها، وصارت وسيلة لإثبات الجرائم والقضايا أمام المحاكم، وتفويت العمل بها بالجملة بها يؤدي إلى ضياع الحقوق، وانتشار الفساد، لاسيما إذا لم يكن هناك وسيلة غيرها، لذا كان من الأهمية بمكان دراسة أدلة الإثبات الجنائي المستمدة من الهواتف الذكية وبيان دورها في الإثبات والنفي؛ لكونها أدلة حديثة متطورة تحتاج إلى البحث والتأصيل في حجيتها، ومدى إمكانية قبولها كدليل قضائي.**

وتهدف الدراسة إلى: التعريف بأدلة الإثبات الإلكترونية المستمدة من الهواتف الذكية وأنواعها وخصائصها؛ وبيان أهمية الأدلة الإلكترونية وحجيتها في إثبات الجرائم المرتكبة والموثقة بالهواتف الذكية؛ والمقارنة بين الفقه الإسلامي ووجهة النظر القانونية في الاعتماد على أدلة الهواتف الذكية، وضوابط الاعتماد.

وتتكون الدراسة من أربعة مطالب هي: المطلب الأول بعنوان: مفهوم أدلة الاثبات وأنواعها. والمطلب الثاني بعنوان: الأدلة الإلكترونية مفهومها وأنواعها. والمطلب الثالث بعنوان الأدلة الالكترونية المستمدة من الهاتف الذكي. والمطلب الرابع بعنوان حجية الدليل الإلكتروني المستمد من الهاتف في الإثبات والنفي.

المطلب الأول:

مفهوم أدلة الاثبات وأنواعها:

يتحدث المطلب عن مفهوم الإثبات، ومفهوم أدلة الإثبات القضائية، ثم يذكر أنواعها.

المطلب الأول: مفهوم أدلة الاثبات وأنواعها:

الإثبات القضائي: هو إقامة الدليل على وقوع الجريمة، وعلى نسبتها إلى المتهم، ويراد به إثبات الوقائع، لا بيان وجهة نظر الشارع، وحقيقة قصده [1].

أو هو إقامة الدليل لدى السلطات المختصة على حقيقة معينة بالطرق التي حددها القانون وفق القواعد التي تخضع لها [2]. أي أن الاثبات ينصب على إثبات وقائع الجريمة بركنيها المادي والمعنوي، وحول هوية مرتكب الجريمة وإسنادها إليه.

أما أدلة الإِثبات القضائية: فهي طرق الحكم المستعملة لدى القضاة والتي يثبت بها وقوع مُعَرِّفَات الأحكام القضائية من إقرار، أَوْ شهادة، أَوْ يمين، أَوْ نكول، أَوْ غيرها، وتسمى - أيضاً – الحجاج [3].

ويمكن تقسيمها بشكل مجمل إلى قسمين:

الأول: أدلة منصوص عليها: وهي:

الإقرار: عرفه الحنفية: بأنه إِخْبَارٌ عن ثُبُوتِ حَقِّ الْغَيْرِ على نَفْسِهِ [4].

الشهادة: وهي:" إخبار صدق لإثبات حق بلفظ الشهادة في مجلس القضاء"[5].

اليمين: تأكيد ثبوت الحق أو نفيه أمام القاضي بذكر اسم الله أو بصفة من صفاته [6].

القسم الثاني: الأدلة غير المنصوص عليها: وهي تشمل كل البينات التي يمكن أن يطرحها المدعي أو المدعى عليه لإثبات قوله، ومنها:

القرائن، جمع قرينة، والقرينة في الاصطلاح: أمارة يستدل بها على المطلوب [7].

وفي موسوعة الفقه الإسلامي: "هي التي توجد عند الإنسان علماً بموضوع النزاع والاستدلال يكاد يكون مماثلاً للعلم الحاصل من الشاهد والعيان"[8].

وقد اختلف في طرق الإِثبات والحكم القضائي، هل هي محصورة لا يقبل منها إِلَّا المَنْصُوص أَوْ مطلقة؟ على قولين [9]، أرجحهما أَنَّها مطلقة، فكل طريق يَدُلُّ على ثبوت الواقعة القضائية واستقرارها عند التنازع يجب العمل به ولا يقتصر منها على المَنْصُوص عليه[10].

قال ابن القيم: "فإذا ظهرت أمارات العدل وأسفر وجهه بأي طريق كان، فثم شرع الله ودينه والله سبحانه أعلم وأحكم وأعدل أن يخص طرق العدل وأماراته وأعلامه بشيء ثم ينفي ما هو أظهر منها وأقوى دلالة وأبين أمارة فلا يجعله منها ولا يحكم عند وجودها وقيامها بموجبها بل قد بينﷺ بما شرعه من الطرق أن مقصوده

إقامة العدل بين عباده وقيام الناس بالقسط فأي طريق استخرج بها العدل والقسط فهي من الدين وليست مخالفة له". وقد ذكر ستاً وعشرين طريقاً [11].

المطلب الثاني:

الأدلة الإلكترونية مفهومها وأنواعها:

يعرف المطلب بالأدلة الإلكترونية، ويذكر أنواعها، والخصائص التي تميزها عن الأدلة القضائية الأخرى.

المطلب الثاني: الأدلة الإلكترونية مفهومها وأنواعها:

الأدلة الإلكترونية من الأدلة غير المنصوص عليها، فهي قرائن قد تثبت بها الوقائع، وعُرّف الدليل الإلكتروني أو الرقمي بأنه: "أي معلومات إلكترونية لها قوة أو قيمة ثبوتية مخزنة، أو منقولة أو مستخرجة أو مأخوذة من أجهزة الحاسب أو الشبكات المعلوماتية وما في حكمها، ويمكن تجميعها وتحليلها باستخدام أجهزة أو برامج أو تطبيقات تكنولوجية خاصة"[12].

وعرّفه بعض الباحثين بأنه: "الدليل المأخوذ من أجهزة الحاسب الآلي في شكل مجالات ونبضات مغناطيسية أو كهربائية يمكن تجميعها وتحليلها باستخدام برامج وتطبيقات وتكنولوجيا خاصة [13].

ويبدو أن التعريفات استخدمت مصطلح دليل رقمي لأن البيانات داخل الوسط الافتراضي تظهر على شكل رقمين (1،0) ويتم تحويل هذه الأرقام عند عرضها لتكون في شكل صورة أو مستند أو تسجيل.

فالدليل الرقمي: مكون رقمي لتقديم معلومات في أشكال متنوعة مثل الرموز والنصوص المكتوبة أو الصور أو الأصوات والأشكال والرسوم يعبر عن فكر وقول ويطلق عليه الكتابة الرقمية بالمعني الواسع، التي تشمل الكتابة التي تتم عن طريق وسائل الاتصال الحديثة [14].

وذهب آخرون لتعريف الدليل الإلكتروني: بأنه "معلومات يقبلها المنطق والعقل ويعتمدها العلم يتم الحصول عليها بإجراءات قانونية وعلمية بترجمة البيانات الحسابية المخزنة في أجهزة الحاسب الآلي وملحقاتها وشبكات الاتصال، ويمكن استخدامها في أي مرحلة من مراحل التحقيق أو المحاكمة لإثبات حقيقة أي فعل أو شيء له علاقة بجريمة أو جاني أو مجني عليه"[15].

ويستنتج من التعريفات السابقة أن الدليل الإلكتروني هو: معلومات يتم استخلاصها من أجهزة الكمبيوتر أو غيرها من الأجهزة التي تعتمد على التقنية الرقمية في تشغيلها، ويمكن قراءته أو تفسيره من أشخاص لديهم مهارات في إعادة تشكيل المعلومات بمساعدة برامج حاسوبية [16].

فالأدلة الجنائية الرقمية تشمل جميع البيانات الرقمية التي يمكن أن تُثبت أن هنالك جريمة ارتكبت، أو توجد علاقة بين الجريمة والجاني، أو علاقة بين الجريمة والمتضرر [17].

والدليل الرقمي الجنائي نوع من الأدلة الجنائية، وتنطبق عليه خصائص الأدلة الجنائية وشروط استخدامها، إلاّ أنها تتميز عنها بخصائص نوعية ثلاث: الأولى: أنه دليل غير ملموس، والثانية: أنه من قبيل الأدلة

الفنية أو العلمية (الأدلة المستمدة من الآلة)، والخصيصة الثالثة: أن فهم مضمون الدليل الرقمي يعتمد على استخدام أجهزة تجميع وتحليل فحواه ليكون دليل إثبات.

أنواع الدليل الإلكتروني:

يمكن تقسيم الأدلة الإلكترونية إلى أنواع ثلاثة:

الأول: الصور الرقمية: وهي تجسيد الحقائق المرئية حول الجريمة، وتقديم الصورة على شكل ورقي أو بشكل مرئي عن طريق شاشة الحاسوب أو الهاتف.

الثاني: التسجيلات الصوتية المحزنة بواسطة الآلة الرقمية، وتشمل المحادثات الصوتية على الإنترنت والحاسوب والهاتف، ونحوها.

الثالث: النصوص المكتوبة: وتشمل النصوص التي يتم كتابتها بواسطة الآلة الرقمية، ومنها الرسائل عبر البريد الإلكتروني والهاتف المحمول، والبيانات المسجلة بأجهزة الحاسوب [18].

ويتمثل هذا النوع في **أشكال ثلاثة:**

الشكل الأول: السجلات المحفوظة في الكمبيوتر أو الهاتف أو الأجهزة اللوحية، وهي الوثائق المكتوبة والمحفوظة، مثل: البريد الإلكتروني وملفات برامج معالجة الكلمات، ورسائل برامج المحادثة.

الثاني: السجلات التي تم إنشائها بواسطة الحاسوب أو الهاتف وتعتبر من مخرجاته، ولم يلمسها الإنسان، مثل: ملفات الدخول وسجلات الهاتف وفواتير أجهزة السحب الآلي.

الثالث: السجلات التي تحتوي على جزء تم حفظه بالإدخال وجزء آخر تم إنشاءه بواسطة الحاسوب أو الهاتف، وتمت معالجته إلكترونياً، مثل: جداول علامات الطلاب التي يكون قالبها برنامج (EXEL) ويتم إدخال العلامات من المعلم، فيجري البرنامج معادلة حسابية تخرج النتيجة [19].

خصائص الدليل الإلكتروني:

1-الدليل الإلكتروني دليل علمي أي أنه يحتاج إلى بيئته التقنية التي يتكون فيها، فيجب ألا يخرج عن قاعدته من حيث عدم معارضته للقواعد العلمية السليمة، فلا يخرج الدليل العلمي عما توصل إليه العلم الرقمي وإلا فقد معناه [20]، فهو من طائفة ما يعرف بالأدلة المستمدة من الآلة [21].

2-الدليل الإلكتروني من طبيعة تقنية، فهو دليل غير مرئي أو غير ملموس، ولا يدرك بالحواس العادية للإنسان، فلا وجود لدليل رقمي خارج بيئته الرقمية [22].

المطلب الثالث:

الأدلة الإلكترونية المستمدة من الهاتف الذكي:

يتحدث المطلب عن الجرائم الإلكترونية المرتكبة أو الموثقة بالهواتف الذكية، وعن الأدلة القضائية المستمدة من الهواتف الذكية، وأنواعها وخصائصها، وكيفية الحصول عليها.

المطلب الثالث: الأدلة الإلكترونية المستمدة من الهاتف الذكي:

يعد الهاتف الذكي من أهم وسائل الاتصال التي توصلت إليها التكنلوجيا الحديثة؛ والتي ما فتأت تتطور يوماً بعد يوم وصولاً إلى الهواتف ذات المزايا الكبيرة والتقنيات المعقدة في التسجيل والتصوير والاتصال عبر الإنترنت، فأصبح بذلك وسيلة خطيرة لارتكاب العديد من الجرائم التقليدية والمستحدثة؛ فهو يحتوي على ذاكرة كبيرة قد تحوي مجموعة كبيرة من التسجيلات الصوتية والمرئية والصور والمستندات والتي قد تكون أدلة ذات قيمة في الإثبات الجنائي [23].

والهاتف الذكي إذا كان هو الوسيلة التي يتم بها تنفيذ الجريمة أو اكتمال أركانها؛ لا يخرج بذلك عن دائرة الجرائم المعلوماتية بإطارها العام والتي تعرف بأنها: كل سلوك ينشأ من الاستغلال غير المشروع لتكنولوجيا الاتصالات والمعلومات الخاصة بالهاتف النقال من شأنه الإضرار بمصلحة الغير أو تعريضها للخطر [24].

أو هو: أي فعل يرتكب متضمناً استخدام الحاسب الآلي أو الشبكة المعلوماتية بمخالفة لأحكام النظام[25].

أما الجرائم المرتكبة بواسطة الهاتف خاصة فيمكن تعريفها: بأنها "السلوك الإجرامي الذي ينسب إلى أحد الجناة نتيجة ارتكابه أحد الأفعال غير المشروعة عبر الفضاء الإلكتروني بالاستعانة بإحدى الخدمات المعلوماتية المضافة لجهاز الهاتف المحمول، أو إمكانيات الاتصال المتاحة له –سواء إمكانية الاتصال بشبكة الإنترنت أو بشبكة اتصال الهاتف– ويترتب عليه إلحاق الأذى بشخص طبيعي أو معنوي في ماله أو جسده أو اعتباره"[26].

ومع الفوائد الكثيرة التي يقدمها الهاتف الذكي إلا أن هناك جرائم ناتجة عن سوء استخدامه ما فتئت تزداد يوماً بعد يوم مهددة قيم المجتمعات وحقوق وأمن الأفراد، مثل التهديد، والقذف، والسب، ونشر الإشاعات، أو تسريب المحادثات والصور، أو التقاط الصور دون إذن، أو التحريض على الجريمة والفجور، أو التسبب في ارتكاب جريمة، أو نشر معلومات تمس الأمن القومي أو المصالح العليا للوطن.

ويمكن الوصول إلى الدليل الرقمي الإلكتروني باستخدام الهواتف بطرق عدة، منها:

1- الدليل الرقمي الناتج عن فحص مسار الإنترنت: إن لم يكن الهاتف متصلاً بالإنترنت فيمكن معرفة مكان المتصل من خلال رقم الهاتف أو الشريحة، أما إذا كان متصلاً بالإنترنت فإنه يمكن الحصول على معلومات المستخدم من خلال فحص نظام الاتصال بالإنترنت [27]؛ فالهواتف الذكية لها قابلية الاتصال بالإنترنت ويمكن الكشف عن مسار العمل الإجرامي من خلال تتبع المسار التراسلي المستخدم في الهاتف (البروتوكول التراسلي).
2- الدليل الرقمي الناتج عن فحص نظام بروتكول الإنترنت أو ما يسمى (IP)، والذي يتيح تحديد عنوان الهاتف النقال المتصل بالإنترنت من خلال تتبع أرقام معينة ترمز إلى المكان والشبكة المستخدمة بالاتصال، وهي من أهم الطرق في تتبع الأمكنة للمستخدمين.
3- الدليل الناتج عن فحص أجهزة مزود خدمة الهاتف النقال، وهي في العادة لدى شركات الهاتف، والأجهزة

التي يحفظ عليها تسمى بالخوادم، ويمكن من خلالها التوصل إلى المعلومات الرقمية التي استخدمت عن طريق الهاتف.

4- الدليل الناتج عن فحص ذاكرة الهاتف ومحتواه، فيمكن للهاتف النقال تخزين بيانات الإنترنت التي يتم الدخول إليها بواسطته، وكذلك جميع التطبيقات المستخدمة في الولوج إلى الإنترنت.

5- الدليل الناتج عن فحص محتويات الهاتف النقال، مثل البيانات الرقمية، والملفات المخزنة فيه على شكل صور أو تسجيلات صوتية أو أفلام أو مراسلات أو لقطات شاشة [28].

والجرائم المرتكبة عبر الهواتف الذكية تتميز: بقلة العنف في تنفيذها، وسرعة التطور في ارتكابها، وسهولة ارتكابها واخفاءها، وصعوبة اكتشافها، وهي جرائم عابرة للدول، ويتمتع مرتكبوها بالخبرة والذكاء في وسائل الاتصال والمعلوماتية [29]؛ وهذه الجرائم تشمل الجرائم التقليدية والجرائم المعلوماتية التي يكون الهاتف أداة فعلها أو أداة توثيقها [30].

إذن فالهواتف الذكية تدخل في الجرائم المعلوماتية من خلال أمرين: الأول: استخدامها في توثيق وقوع الجريمة التقليدية وهنا يتواجد الدليل الرقمي داخل الهاتف. والثاني: استخدام الهواتف وسيلةً لارتكاب الجريمة، مثل: نشر صور ومقاطع فيديو أو الاعتداء على المواقع والصفحات الشخصية للآخرين، وهو ما يعرف بالجرائم المعلوماتية. وهنا يستخدم الدليل الرقمي للتعرف على الجناة وضبطهم باستخدام الأدلة الرقمية التي حفظت على ذاكرة الهاتف من صور ومقاطع [31].

وبالنظر في الأدلة المقدمة عبر الهواتف يمكن تقسيمها من حيث الإثبات إلى نوعين رئيسين: **الأول:** أدلة اعدت لتكون وسيلة إثبات. **الثاني:** أدلة لم تعد لتكون وسيلة إثبات.

أما الأول: فيمكن إجماله في صورتين:

1- السجلات التي تم إنشائها تلقائياً بواسطة الآلة، وهذه السجلات تعتبر من مخرجات الآلة التي لم يساهم الإنسان في إنشائها، مثل سجلات الهاتف وفواتير أجهزة الحاسب الآلي.

2- السجلات التي جزء منها تم حفظه بالإدخال وجزء تم إنشاءه بواسطة الآلة، ومن أمثلته: البيانات التي يتم إدخالها إلى الحاسوب أو الهاتف ثم تتم معالجتها ببرامج خاصة.

وأما الثاني: فإنه نوع من الأدلة الإلكترونية التي تنشأ دون إرادة الشخص فهو أثر يتركه الجاني دون أن يكون راغباً في وجوده، ويسمى بالبصمة الإلكترونية، مثل: الرسائل المرسلة منه وإليه، أو الاتصالات التي تمت من خلال الهاتف أو من خلال تطبيقات التواصل [32].

وللتمييز بين هذين النوعين أهمية تتمثل فيما يلي:

1- النوع الثاني هو الأكثر أهمية مقارنة بالنوع الأول؛ لكونه لم يعد أصلاً ليكون أثراً لمن صدر عنه؛ لذا فهو في العادة سيتضمن معلومات أكثر تفيد في الكشف عن الجريمة ومرتكبها.

2- يتميز النوع الأول بسهولة الحصول عليه؛ لأنه قد أعد ليكون دليلاً على الوقائع التي يتضمنها في حين أن الدليل الثاني لا يتم الكشف عنه إلا باتباع تقنيات خاصة لا تخلو من الصعوبة والتعقيد.

3- النوع الأول عادةً ما يعمد إلى حفظه للاحتجاج به مما يقلل من إمكانية فقدانه، أما النوع الثاني فلم يعد ليحفظ؛ مما يجعله عرضة للفقدان لأسباب كثيرة، منها: فصل التيار الكهربائي عن الجهاز [33].

المطلب الرابع:

حجية الدليل الإلكتروني المستمد من الهاتف في الإثبات والنفي:

يناقش المطلب حجية الأدلة المستمدة من الهاتف في الشريعة الإسلامية، والقانون، ويبين أهمية هذه الأدلة لإظهار الحق وتحقيق العدل.

المطلب الرابع: حجية الدليل الإلكتروني المستمد من الهاتف في الإثبات والنفي:

نظراً لما للتصوير والصور والتسجيلات المحفوظة على الهواتف، من أهمية في مجال الإثبات، فإن الشريعة الإسلامية لا تمنع من استخدامها لهذا الغرض؛ فإن في استخدامها إعمال لدليل معتبر، وإعمال الأدلة أولى من إهمالها، وفي العمل بها مصلحة كبيرة عائدة على المجتمع فاستخدم هذه البيانات فيه مصلحة شرعاً [34].

فلو ادعى شخص على آخر بجريمة ما كالسرقة والاغتصاب-مثلاً- وليس لدى المدعي ما يثبت دعواه إلا صورة التقطها أو مقطع مرئي أثناء ارتكاب المتهم لجريمته، فهل يوآخذ المتهم بموجب تلك القرينة؟

في الفقه الإسلامي يعود إلى قوة القرينة ومدى إفادتها لليقين، أو غلبة الظن، ومعلوم أن العقوبات لا تقام إلا على سبيل اليقين أو غلبة الظن التي لا استطاعة بعدها؛ فالحدود تدرأ بالشبهات.

لذا فالأمر راجع في هذه المسألة ونحوها إلى مدى يقينية القرينة، ومدى اقتناع القاضي بيقينيتها، وإفادتها للحكم.

كما يرجع ذلك إلى الأدوات الفنية المستخدمة في الإثبات من الخبراء في مجال التكنولوجيا؛ ومعلوم أن أصول المحاكمات الشرعية تجيز الاستعانة بالخبير بشرط أن يكون من العدول وأن يكون متقناً لصنعته، كما أن بعض أهل العلم اشترط خبيرين قياساً على الشهادة [35].

والاستعانة بالخبراء في هذا المجال لازمة أكيدة؛ لأن مجرد وجود الصورة أو المقطع على الهاتف لا يبني عليه حكم ما لم تكن هذه الصورة حقيقية غير محتملة للتعديل أو متشابهة مع صورة شخص آخر أو مدبلجة.

كما أن قرينة وجود الصور والمقاطع على هاتف المدعى عليه -المغتصب مثلاً- عادة ما يقوي القرينة بارتكاب الفعل؛ إذ يبعد أن يقوم بتصوير من يدعى اغتصابها بدبلجة صورة مع شخص آخر.

إذن فتقدير قوة القرينة أو عدمه راجع إلى تقدير القاضي، والأدوات المستخدمة في الإثبات، وإدانة المتهم في ذلك راجعة إلى مدى قناعة القاضي بالقرينة، فالعمل في مثل هذه القضايا أمر تدعو إليه الحاجة، وتركها

والإعراض عن الأخذ بها ربما كان فيه مضيعة للحقوق، وإفلات لزمام الحزم وإخلال بالأمن، وفتح لمجال إخفاء الجرائم الموثقة بالهاتف بدعوى أنها لا تفيد علماً، وهذا كله يتعارض مع مقاصد الشريعة والغاية التي وجدت من أجلها والتي هي إقامة القسط والعدل بين الناس[36]. قال ابن القيم رحمه الله: "إن الله أرسل رسله وأنزل كتبه ليقوم الناس بالقسط، وهو العدل الذي قامت به السموات والأرض، فإذا ظهرت أمارات العدل وأسفر وجهه بأي طريق كان، فثم شرع الله ودينه"[37].

أما من الناحية القانونية، فقد حصل خلاف بين المدارس القانونية المعاصرة في هذا الأمر، ويمكن تقسيم الاتجاهات القانونية في قبول الدليل المستمد من الهاتف النقال إلى ثلاثة:

الأول: الاتجاه المؤيد لقبول الدليل المستمد من الهاتف النقال، ومن أهم المرتكزات التي ارتكز عليها هذا الاتجاه:

أولاً: مبدأ حرية الإثبات، حيث نصت معظم القوانين العالمية على أنه يجوز إثبات الجرائم بأي طريق من طرق الإثبات، وفي هذا تحقيق لمصلحة المتهم الذي منحة القانون إمكانية الدفاع عن نفسه بكافة الطرق المتاحة، وفيه مصلحة للمجتمع، ومن خلال هذا المبدأ يتم كشف المجرمين وتقديمهم للقضاء بكل وسائل الإثبات.

وحرية الإثبات تقتضي حماية الحرية الفردية من التعسف والقهر وتفادي الاتهام الخاطئ وما يلحقه من ظلم للبريء، كما من شأنه كفالة عدم إفلات أي جان على أساس عدم توافر أدلة من نوع أو عدد معين[38].

ثانياً: للهاتف فاعلية كبيرة في الإثبات ودور في الحد من الجريمة، فما دام أن المجرمين يعتمدون الأساليب العلمية في اقتراف جرائمهم محاولين الإفلات من العدالة، صار لزاماً على أجهزة العدالة استخدام كل ما من شأنه إثبات الوقائع وتحديد شخصية الجريمة، والقول بالاقتصار على أدلة معينة في الإثبات الجنائي يجعل أدوات ارتكاب الجريمة سابقة لأدلة إثباتها، ومن شأن هذا أن يقلل من فاعلية تحقيق العدالة[39].

ثالثاً: في اعتماد الأدلة المستمدة من الهواتف تغليب لمصلحة المجتمع على المصلحة الفردية وذلك أن استغلال التكنولوجيا الحديثة في مجال الإثبات الجنائي، قد يمس أحيانًا بالحقوق والحريات الفردية؛ لكن مصلحة المجتمع مقدمة على حرية الفرد المطلقة[40]. وهو موافق للقاعدة الفقهية: يحتمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام.

رابعاً: قيمة دليل الإثبات تنشأ في كثير من الحالات من قناعة القاضي بقوته، ولقد أقرت معظم التشريعات بمبدأ الاقتناع الشخصي للقاضي الجنائي، وهذا المبدأ ينتج عنه أمران: الأول: حرية القاضي في قبول الدليل الذي له أصل أو علاقة بملف الدعوى، والثاني: إن الدليل يخضع لتقدير القاضي بعد طرحه للنقاش الشفوي العلني[41]، وبناء عليه: يكون للقاضي اعتماد الدليل الإلكتروني إذا رأى أنه ارتقى لمرتبة الدليل المعتبر، وله- أيضاً- أن يقدر قيمته الثبوتية ويصدر الحكم بناء على ذلك.

الاتجاه الثاني: اتجاه رافض للأدلة المستمدة من الهاتف النقال:

ومن أهم ركائزهم في الرفض:

أولاً: في الاعتماد على الأدلة المستمدة من الهاتف مساس بحرمة الحياة الخاصة، وهي من أهم الحقوق الأساسية للإنسان، فالتنصت على الأحاديث الخاصة والاطلاع على الأفلام والصور المسجلة على الهاتف دون علم الشخص أو رضاه يعد اعتداءً واضحاً على الحياة الخاصة، وقد كفلت التشريعات والقوانين حماية حرمة الحياة الخاصة لسائر الناس [42]. فمنع استخدام أدلة الهاتف النقال باعتباره مستودع الأسرار بما فيه من تسجيلات وصور وذكريات ومقاطع مصورة ومكالمات ورسائل خاصة، انطلاقاً من مبدأ الحماية المطلقة للحريات وخصوصيات الناس [43].

ثانياً: لا يجوز إثبات الجرائم إلا بالطرق المشروعة، ولو أدى ذلك إلى إفلات المتهم؛ لأن الحفاظ على الخصوصية أولى من استخدام وسيلة غير مشروعة في الإثبات [44].

ثالثاً: الأدلة المستمدة من الهاتف ليست يقينية؛ فالأدلة الإلكترونية عموماً وأدلة الهواتف خصوصاً من الأدلة القابلة للتزوير والتحريف في ظل التطور الكبير للبرامج والتطبيقات التي من شأنها تغيير وتركيب الصوت والصورة والمستندات؛ لذلك لا يمكن التعويل على هذ الأدلة ما دامت ضمن إطار الظنية؛ فذهبت بعض القوانين إلى أنه لا يصح التعويل على الدليل الصوتي المستمد من التسجيل دليلاً مستقلاً؛ لأنه يعد وسيلة تتسم بالخداع والغش [45].

الاتجاه الثالث: اتجاه توفيقي: قبل هذا الاتجاه هذا النوع من الأدلة حجة في الإثبات الجنائي، إلا أنه وضع مجموعة من الضوابط لقبول الدليل المستمد من الهاتف، وهي ضوابط بعضها قانوني وبعضها فني تقني.

أما القانونية:

1- أن يكون استعمال الأدلة بمعرفة الجهات القضائية وتحت إشرافها مع تسبيب أمر التسجيل أو الاستخراج ويتضمن ذلك بيان الدلائل التي قامت ضد المتهم ومدى كفايتها، وبيان الفائدة المتوخاة من الإجراء.
2- أن يكون وفق ضوابط المشروعية ودون الخروج عنها.
3- أن يتم اللجوء إليه في الجرائم الخطيرة فقط.
4- أن يتم الحصول على هذه الأدلة بمحض إرادة الشخص دون خداع أو حيل أو إكراه [46].

أما الضوابط الفنية:

1- التأكد من عدم حدوث تعديل في التسجيل أو في الصورة.
2- أن تكون الصورة واضحة.
3- أن يمثل الدليل صورة متكاملة للحادثة أو المكالمة دون تقطيع من البداية إلى النهاية، وألا يكون تعرض لعوامل التلف أو سوء الحفظ [47].

والراجح فقهاً: أنه يجوز استخدام الأدلة المستمدة من الهواتف في عملية الإثبات الجنائي، وذلك داخل فيما سبق ذكره من اعتبار القرائن في الفقه، ومنها القرائن المعاصرة، والأدلة الإلكترونية منها، فاعتماد الشريعة الإسلامية- بحسب الأصل لمبدأ الإثبات المطلق والتسليم بسلطة القاضي الواسعة في تقدير الأدلة التي تطرح أمامه، سواء أكانت من الأدلة التقليدية كالإقرار والشهادة واليمين، أم من غيرها مما يتولد عن الاستنباط العقلي والمنطقي كالقرائن، هو ما يكاد[48] يجمع عليه الفقهاء المعاصرون ويؤكدونه بما هو ثابت قطعاً من أن الشريعة الإسلامية تمنع القاضي أن يأخذ باعتراف قام الدليل على كذبه، أو أن يأخذ بأقوال شهود، تبين له بطريق آخر أن ما شهدوا عليه لم يقع، كما تمنعه من أن يرفض الحكم على مقتضى ما قطعت به الأدلة العقلية، مادام ذلك لا يصطدم بنص ثابت، ولا بدليل أقوى، ولا يعارض ما حرصت عليه هذه الشريعة الغراء من تضييق في إثبات الجرائم، وما احتاطت بشأنه من درء للحدود بالشبهات، وما انتهجته من عدم التقيد بطرق محددة في التحقق من صحة ما شهد به الشهود في الدعوى أو نفي ما قالوه، وما اتبعته دائماً من تيسير على الناس في إثبات حقوقهم، في نطاق ما تقتضيه العدالة القضائية، مما جعلها تسيغ أن تبني الأحكام على إقرار المدعى عليه أو شهادة الشهود، مع احتمال أن يكون ذلك قد وقع استجابة لاعتبارات دفعت بالمقر إلى الإقرار بحق لا يلزمه، أو حملت الشهود على مجافاة الحقيقة بقصد أو بغير قصد.

بل إن هذه الشريعة السمحة سارت في الحرص على مصالح الناس شوطاً أبعد، فبعد أن أجازت بناء القضاء على الحجة الظنية كشهادة الشهود المبنية على المعاينة والمشاهدة، تنزلت عن ذلك، فأجازت الشهادة بالتسامع والشهادة على الشهادة، وشهادة المرأة الواحدة في الحالات التي توجبها الضرورة أو تستلزمها الحاجة[49].

فأثبتت العمل بالقرائن والأمارات الظاهرة، وهي داخلة في مفهوم البيّنة الذي استخدمه القرآن بمعناه المطلق ليعني الدليل والحجة والبرهان، والبيّنات إنما هي وسائل لإثبات الحق واستكشافه، والمقصود منها حصول العلم أو الظن الراجح للحاكم فيحكم بموجبه، وهي تخضع لقواعد القياس لذا لحقت بها القرائن ذات الدلالة القوية.

يقول ابنُ القيّم رحمه الله: "وبالجملة، فالبينة اسم لكل ما يبين الحق ويظهره، ومن خصها بالشاهدين أو الأربعة أو الشاهد لم يوف مسماها حقه، ولم تأت البينة قط في القرآن مرادًا بها الشاهدان، وإنما أتت مراداً بها الحجة والدليل والبرهان"[50].

فإن طرق الإثبات ليستْ محصورةً في نوع أو عدد معين، بل تشمل كل ما يمكن أن يثبت به الحق ويظهر به ويستبين، والقرائن لها دور قوي في الاستئناس والتَّرجيح، وتعيين جانب أقوى المتداعين في الدعوى؛ وبناء على ذلك يحدد المدعي في الدعوى؛ ليكلف بالإثبات؛ لأنه يدعي خلاف الظاهر، كما أن القرينة تلعب دوراً كبيراً في تشكيل قناعة القاضي عند وزن البينات، وهذا أمر لا خلاف فيه؛ لأنه يستند إلى أصول الشريعة، ومنطق العقل[51].

والعمل بالقرائن فيه تقوية لأركان العدل ورعاية مصالح الخلق خاصة في هذا العصر الذي كثرت فيه الاكتشافات العلمية التي أثرت في وسائل الإثبات بشكل غير مسبوق، ما يجعل عدم الإفادة منها يعود بالضرر على أرواح الناس وأعراضهم، وتغري المجرمين بارتكاب ما بدا لهم من جرائم باستخدام الأساليب المتطورة وهم في أمان من أن العدالة لن تطالهم، وفي هذا كله مخالفة لمقاصد الشريعة في حفظ الأنفس والأعراض والأموال ومن هنا تظهر قوة أدلة القائلين بمشروعية الأخذ بالقرائن ورجحان هذا الرأي من حيث الجملة، أما إثبات الحدود بالقرائن فإن الراجح منعه لأن الحدود تدرأ بالشبهات ووسائل إثباتها لها خصوصية تختلف في كثير منها عن غيرها[52].

جاء في قرار مجمع الفقه بشأن القرائن المعاصرة: الأصل ألا يُقضى إلا بحجة شرعية تبين الحق من إقرار، أو شهادة، أو يمين، فإن لم يوجد شيء من ذلك جاز العمل بالقرائن القطعية؛ نصية كانت أو قضائية، وعلى ذلك:

(1) يجوز الاعتماد على القرائن القطعية المستجدة في إثبات الحقوق المالية والجرائم المختلفة ما عدا الحدود والقصاص.

(2) يجوز الاعتماد على القرائن في إثبات العقود ما لم يرد عليها ما يبطلها.

(3) يُستأنس بالقرائن غير القطعية لإثبات الحقوق ونحوها إذا وجدت دلائل أخرى يطمئن إليها القضاء [53].

وتكون القرينة وسيلة من وسائل الإثبات إذا كانت قاطعة فتكون القرينة- حينئذ- الأمارة البالغة حد اليقين، أو هي البينة الواضحة التي يصبح بها الأمر المدلول في حيز المقطوع به، أو هي كل أمارة ظاهرة تقارن شيئاً خفيا فتدل عليه، أو هي الحال التي تظهر على الشخص أما إذا كانت القرينة ضعيفة أو غير قاطعة فإنه يستأنس بها فقط وتكون مجرد احتمال [54].

وفضلاً عن ذلك، فإن التقدم العلمي في العصر الحاضر قد زاد القرائن أهمية بالنسبة للوقائع المادية: ذلك لأن الإجرام أسبق دائمًا إلى الاستفادة بالتطورات العلمية، لاسيما مع اتجاه الجريمة إلى العالمية والدولية، والانتظام في عصابات دقيقة التنظيم جيدة التدريب حريصة كل الحرص على أن تفوز بالغنيمة دون أن تترك ما ينم عنها أو يكشف عن أفرادها، ومن ثم فقد أصبح من الضروري مجابهة العلم بالعلم واستخدام وسائل الكشف المعدة سلفًا أو المصاحبة للجريمة أو اللاحقة عليها، ليتسنى بهذا دحض الأساليب الإجرامية المبتكرة، ولن يكون ذلك إلا عن طريق الاستعانة بالقرائن في الإثبات[55].

فكل هذه القرائن يشترط لقبولها في الإثبات والحكم بها عدة شروط، هي: أن تكون قوية، ولا تخالف نصاً شرعياً، ولا تخالف العقل والحس، وأن تكون موافقة للمعطيات العلمية، وأن تتم عن طريق مؤسسات رسمية، وأن تتم من ذوي الخبرة التامة والعدالة والحياد والدراية، وأن تعتمد على التقنية الحديثة، وأن تنفذ من جهتين منفصلتين، وأن توثق في سجلات خاصة مع السرية التامة [56].

ويمكن تلخيص الضوابط التي ذكرها الفقهاء في شأن العمل بالقرائن المعاصرة:

1- أن تكون القرينة قوية، واحتِمال الخطأ فيها نادراً.

2- أن تتَّصل القرينة بالحق اتصالاً مباشراً، وأن يكون الارتباط قويّاً، لا انفِكاك له.

0غير مشروعة؛ لأنَّ الغاية لا تبرِّر الوسيلة، والقصد غير الشرعي، هادم للقصد الشرعي [57].

وقد وضعت كثير من القوانين والأنظمة في البلاد العربية وغيرها ضوابط تضبط الإثبات بالوسائل المعاصرة والأدلة الإلكترونية جلها مستمد من أصول المحاكمات الشرعية، والقواعد الفقهية، ومن ذلك:

أولاً: أن يكون الدليل الإلكتروني يقينيًا، وهذه اليقينية تستمد من التحليل الدقيق للمخرجات سواء كانت ورقية أو إلكترونية أو على شكل أقراص، فهي تخضع للسلطة التقديرية للقاضي الجنائي؛ فهو الذي يستنتج منها الحقيقة، فيصل إلى يقينية الأدلة عن طريق المعرفة التي تدركها الحواس من خلال معاينة المخرجات وفحصها، وكذلك عن طريق المعرفة العقلية بالاستقراء والاستنتاج [58].

ثانياً: أن يكون الدليل المستمد من الهاتف ذو علاقة بموضوع الجريمة، وهو ما يسمى في بعض القوانين بمبدأ العلاقة الكاشفة، وثبوت العلاقة الكاشفة يتطلب أمراً آخراً وهو مطابقة الدليل الإلكتروني المستخرج من الحاسوب أو الهاتف للأصل الموجود بداخله بحيث لا يكون هناك دفع للدعوى بحجة أن البيانات غير دقيقة أو غير صحيحة بسبب عدم دقة عمل الحاسوب [59].

ثالثاً: لا بد من مناقشة الأدلة الإلكترونية تطبيقاً لمبدأ شفوية وعلانية المرافعة، ويترتب على هذا المبدأ أن على القاضي إبراز ما لديه من أدلة أخذت من الحاسوب أو الهاتف أي كان نوعها أمام المحكمة بشكل واضح علني، وبناء عليه: لا يمكن للقاضي أن يحكم في الجرائم الإلكترونية استناداً إلى علمه الشخصي [60].

رابعاً: يجب أن تكون الأدلة المتحصلة من الوسائل المستمدة من الهاتف مشروعة، ويقصد بالمشروعية في القانون التوافق والتقيد بأحكام القانون في إطاره ومضمونه العام، ومن شأن المشروعية حماية حرية الأفراد وحقوقهم الشخصية من التعسف، وذلك في غير الحالات التي رخص فيها القانون من أجل حماية النظام الاجتماعي [61].

فمشروعية الإثبات تستلزم عدم قبول أي دليل يكون البحث عنه أو الحصول عليه قد تم بطريقة غير مشروعة، فحرية القاضي في الإثبات لا تعني أن يجري البحث عن الدليل بأي طريقة، بل طريقة البحث مقيدة باحترام حقوق الدفاع وقيم العدالة [62].

ويترتب على ذلك أن إجراءات جمع الأدلة المتحصلة من الوسائل الإلكترونية ومنها الهاتف إذا خالفت القواعد الإجرائية التي تنظم كيفية الحصول عليها فإنها تكون باطلة ولا تصلح أن تكون أدلة تبنى عليها الإدانة؛

لأن مشروعية الدليل تتطلب صدقه في مضمونه وأن يكون قد تم الحصول عليه بطرق مشروعة مع مراعاة قيم الأمانة والنزاهة في الحصول عليه[63].

في مجال التصوير والتسجيل، أثبت العلم أن في الإمكان مضاهاة بصمة الصوت، أو القيام بالتسجيل عن بعد، أو تصوير الحوادث بعد وقوعها، أو التصوير عن طريق الأشعة غير المرئية. والعلم في ذلك كله- وفي غيره يقدم عناصر رائعة لقرائن تصل إلى اليقين أو ما يقرب منه، وتورث لدى القاضي طمأنينة تسمح له بالحكم في المسائل الجنائية والمدنية التي ترفع إليه، وإن كان ذلك لا يعفيه من ضرورة عرض الوسيلة المستخدمة على بساط البحث في الفقه الإسلامي للتحقق من مشروعيتها، وشرعية الحصول عليها قبل تطبيقها قضاء [64].

خامساً: لا بد من مراعاة الجوانب الفنية للإثبات، ومن ذلك:

- التأكد من أن التسجيلات بكافة أنواعها تخص المتهم، وأن الصوت في التسجيلات غير مركب أو غير متحل على المتهم.

- التأكد أن الصور والتسجيلات والكتابات واضحة بحيث يكون الدليل المستمد من الهاتف يرسم صورة الواقعة بشكل كامل وجلي؛ لذا تطرح التسجيلات والصور التي تكون مجهولة الأشخاص أو بها تشويش أو جمل غير واضحة، أو غير مسموعة أو متداخلة أو مطموسة [65].

سادساً: أن يتم التضييق في استعمال هذه الأدلة إلا في الجرائم الخطيرة التي لا يمكن إثباتها إلا بهذه الوسائل[66].

ومما يؤيد الأخذ بالأدلة الإلكترونية الثقة التي اكتسبتها الأدلة الإلكترونية ومن أهم ما جعل تلك الأدلة محل ثقة لدى الخبراء أنها تتمتع بخصائص، هي:

1- الثقة التي اكتسبها الحاسوب والإنترنت والكفاءة التي حققتها النظم الحديثة للمعلوماتية في مختلف المجالات[67].

2- ارتباط الأدلة الجنائية الإلكترونية وآثارها بالجريمة موضوع المحاكمة.

3- وضوح الأدلة الإلكترونية، ودقتها في إثبات العلاقة بين الجاني والمجني عليه، أو بين الجاني والسلوك الإجرامي.

4- إمكانية تعقب آثار الأدلة الإلكترونية والوصول إلى مصادرها بدقة.

5- قيام الأدلة الإلكترونية على نظريات حسابية مؤكدة لا يتطرق إليها الشك مما يقوي من تقنية الأدلة الإلكترونية.

6- الأدلة الجنائية الإلكترونية يدعمها- عادة- رأي خبير- وللخبرة في المواد الجنائية دورها في الكشف عن الأدلة وفحصها وتقييمها وعرضها أمام المحاكم وفق شروط وقواعد نظمها القانون وأقرها القضاء[68].

وقد أخذت المملكة العربية السعودية بحجية الأدلة الرقمية، حيث جاء في القرار الصادر برقم 34 وتاريخ 1439/4/24هـ من الهيئة العامة للمحكمة العليا بخصوص الأدلة الرقمية وحجيتها الذي ينص على الآتي: "بأن الدليل الرقمي حجة معتبرة في الإثبات متى سلم من العوارض ويختلف قوة وضعفاً حسب الواقعة وملابساتها وما يحتف بها من قرائن".

وتعتبر مقاطع الفيديوهات أحد أنواع الأدلة الرقمية التي يؤخذ بها كحجة متى سلمت من العوارض لإثبات التهمة في النيابة والإدانة في المحاكم.

والسلامة من العوارض تعني: أن يكون الدليل سليماً من التعديل والتغيير، وأن يكون موثوقاً.

ويستطيع رجال الضبط الجنائي حسب الحالة الاستعانة بالتقنية الحديثة عن طريق المختصين للوصول، للجناة باستخدام عدة طرق، منها رقم الهاتف و(IP addres) وكذلك تقنية التعرف على بصمة الوجه للمطلوبين وهي أحدث تقنية؛ حيث تستطيع بعض البرامج التعرف على هوية المطلوبين في قضية تم نشرها عن طريق مقاطع فيديو باستخدام برامج خاصة تتعرف عن طريق بصمة الوجه.

وبعدها يتم الانتقال لمرحلة أخرى وهي تسليم الجهاز المضبوط لمعمل الأدلة الرقمية لإجراء الطب الشرعي الرقمي (Digital forensics) لإنتاج الدليل الذي يمر بعدة مراحل وهي كالآتي: نسخ الجهاز ثم استرجاع الأدلة المرتبطة بالقضية وتحليل الأدلة، ثم تقييم الأدلة وهي من أهم المراحل، ثم تقديم الأدلة للنيابة العامة لتقيمها لإثبات التهمة، ثم تقدم للمحكمة لتقيمها مرة أخرى كدليل رقمي وإثبات الإدانة [69].

الخاتمة:

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، والصلاة والسلام على سيد العلماء وإمام الأتقياء، وقدوة الفقهاء، نبينا محمد وعلى آله وصحبه والتابعين بإحسان وإيمان وعلم وعمل صالح إلى يوم اللقاء.

وبعد: فإنني بعد إتمام هذه الدراسة توصلت إلى نتائج عدة، من أهمها:

1- الجرائم المرتكبة عبر الهواتف الذكية تتميز: بقلة العنف في تنفيذها، وسرعة التطور في ارتكابها، وسهولة ارتكابها وإخفاءها، وصعوبة اكتشافها، وهي جرائم عابرة للدول، ويتمتع مرتكبوها بالخبرة والذكاء في وسائل الاتصال والمعلوماتية، والهواتف الذكية تدخل في الجرائم المعلوماتية كأدوات لارتكاب الجريمة، من خلال أمرين: الأول: استخدامها في توثيق وقوع الجريمة التقليدية وهنا يتواجد الدليل الرقمي داخل هذه الهاتف، والثاني: استخدام الهواتف وسيلةً لنشر مقاطع الفيديو عبر الإنترنت.

2- نظراً لما للتصوير والصور المحفوظة على الهواتف والتسجيلات، من أهمية في مجال الإثبات، فإن الشريعة الإسلامية لا تمنع من استخدامها لهذا الغرض؛ فإن في استخدامها إعمال لدليل معتبر، وإعمال الأدلة أولى

من إهمالها، وفي العمل بها مصلحة كبيرة عائدة على المجتمع فاستخدام هذه البيانات في مصلحة شرعاً، ويستند إلى أصول الشريعة، ومنطق العقل، فالعمل بالقرائن فيه تقوية لأركان العدل ورعاية مصالح الخلق خاصة في هذا العصر الذي كثرت فيه الاكتشافات العلمية التي أثرت في وسائل الإثبات بشكل غير مسبوق، ما يجعل عدم الإفادة منها يعود بالضرر على أرواح الناس وأعراضهم، وتغري المجرمين بارتكاب ما بدا لهم من جرائم باستخدام الأساليب المتطورة وهم في أمان من أن العدالة لن تطالهم، وفي هذا كله مخالفة لمقاصد الشريعة في حفظ الأنفس والأعراض والأموال.

3- حجية الدليل الإلكتروني تعود إلى قوة القرينة ومدى إفادتها لليقين، أو غلبة الظن، ومعلوم أن العقوبات لا تقام إلا على سبيل اليقين أو غلبة الظن التي لا استطاعة بعدها؛ فالحدود تدرأ بالشبهات، لذا فالأمر راجع في هذه المسألة إلى مدى يقينية القرينة، ومدى اقتناع القاضي بيقينيتها، وإفادتها للحكم، كما يرجع ذلك إلى الأدوات الفنية المستخدمة في الإثبات من الخبراء في مجال التكنولوجيا، ومعلوم أن أصول المحاكمات الشرعية تجيز الاستعانة بالخبير بشرط أن يكون من العدول وأن يكون متقناً لصنعته، وهي داخلة في مفهوم البيّنة وهي تخضع لقواعد القياس لذا لحقت بها القرائن ذات الدلالة القوية.

4- يجوز الاعتماد على الأدلة الإلكترونية المستمدة من الهواتف في الإثبات بالشروط التالية: أن يكون الدليل الإلكتروني يقينياً، وأن يكون الدليل المستمد من الهاتف ذو علاقة بموضوع الجريمة، ولا بد من مناقشة الأدلة الإلكترونية تطبيقاً لمبدأ شفوية وعلانية المرافعة، ويجب أن تكون الأدلة المتحصلة من الوسائل المستمدة من الهاتف مشروعة ومأخوذة بأساليب مشروعة، ولا بد من مراعاة الجوانب الفنية للإثبات، وأن يتم التضييق في استعمال هذه الأدلة إلا في الجرائم الخطيرة التي لا يمكن إثباتها إلا بهذه الوسائل.

5- **الراجح فقهاً:** جواز التفتيش الإلكتروني؛ وذلك لأن مفهوم الدليل يتسع لكل الأدلة التي قد تساعد في كشف الحقيقة، والأخذ الحرفي للنصوص التشريعية فيه إهمال وقصور عن إدراك الغايات التي وجدت القوانين لأجلها، كما أن القواعد الفقهية كذلك، ومنها: للوسائل أحكام المقاصد، وقاعدة: إعمال الدليل أولى من إهماله، وقاعدة: تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، وقاعدة: درأ المفاسد أولى من جلب المصالح.

وتوصي الدراسة بما يلي:

1- يجب تشديد الرقابة من الدول على وسائل التواصل الاجتماعي العامة، لكثرة مستخدميها، وسهولة وصول الصور والفيديوهات ووصلات الإنترنت إلى ملايين المستخدمين، فأصبحت بابًا من أبواب الفساد، وسبباً لارتكاب الجرائم.

2- العمل على تطوير المنظومة التشريعية في مجال الإثبات الإلكتروني، وتكثيف الدراسات الشرعية له.

3- على المسلم الاحتياط لنفسه وألا يترك حياته وخصوصيته مشاعاً للجميع، فواجبه أن يختار من التطبيقات ما يمتاز بخصائص أمان عالية، ليحمي نفسه وأهله من الجرائم الإلكترونية.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيد الأولين والآخرين نبينا محمد وعلى آله الطيبين الطاهرين.

الهوامش:

[1] مصطفى، محمود، شرح قانون الإجراءات الجنائية، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، القاهرة، 1988م (ص:421).

[2] الزعبي، جمال، النظرية العامة لجريمة الافتراء، دار وائل للنشر، عمان-الأردن، 2002م (ص:377).

[3] القرافي، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس المالكي، شرح تنقيح الفصول، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، شركة الطباعة الفنية المتحدة، القاهرة، ط: 1 ،1393هـ -1973م (ص:454) ابن عبد السلام، عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام السلمي الدمشقي الشافعي، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، راجعه وعلق عليه: طه عبد الرؤوف سعد، دار الكتب العلمية - بيروت، ودار أم القرى - القاهرة، 1414هـ - 1991م (2/ 49).

[4] الحلبي الحنفي، إبراهيم بن محمد بن إبراهيم، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، تحقيق: خليل المنصور، دار الكتب العلمية، بيوت، ط 1 ،1419هـ - 1998م (372/6) وعرفه المالكية: بأنه خَبَرٌ يُوجِبُ حُكْمَ صِدْقِهِ على قَائِلِهِ فَقَطْ بِلَفْظِهِ أو بِلَفْظِ نَائِبِهِ". الحطاب الرُّعيني المالكي، محمد بن محمد الطرابلسي المغربي، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، ط:3 ،1412هـ- 1992م (5/ 216) النفراوي، أحمد بن غانم الأزهري المالكي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، دار الفكر، بيروت، 1415هـ - 1995م (246/2) وعرفه الشافعية: بأنه "إخبار عن حق ثابت على المخبر". الخطيب الشربيني، محمد بن أحمد الشافعي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، ط: 1، 1415هـ- 1994م (2/ 238) وعرفه الحنابلة: بأنه "إظهار المكلف الرشيد المختار ما عليه لفظاً أو كتابة أو إشارة أو على موكله أو موروثه أو موليه بما يمكن صدقه فيه". ابن مفلح الحنبلي، إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد، المبدع في شرح المقنع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1418 هـ - 1997م (10/ 294) المرداوي، علي بن سليمان الحنبلي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار إحياء التراث العربي- بيروت، (بدون: ط، ت) (125/12) البهوتي الحنبلي، منصور بن يونس، كشاف القناع عن متن الإقناع، تحقيق: هلال مصيلحي، ومصطفى هلال، دار الفكر – بيروت، ط: 1402هـ (6/ 452).

[5] وهذا تعريف الحنفية. ابن الهمام، محمد بن عبد الواحد السيواسي، فتح القدير تحقيق: عبد الرزاق المهدي، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003 م -1424هـ (7/ 364) وعرفها المالكية: "إخبار حاكم عن علم ليقضي بمقتضاه". الدسوقي المالكي، محمد بن أحمد بن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، بيروت، (بدون: ط، ت) (164/4) وعند الشافعية: "إخبار الشخص بحق على غيره بلفظ خاص". الهيتمي، أحمد بن محمد بن علي بن حجر، حواشي الشرواني بهامش تحفة المحتاج، روجعت وتصححت على عدة نسخ بمعرفة لجنة من العلماء، الناشر: المكتبة التجارية الكبرى بمصر، 1357هـ-1983م (10/ 211) وعند الحنابلة: "الإخبار بما علمه بلفظ خاص". ابن قدامة المقدسي، أبو محمد موفق الدين عبد هلال بن أحمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي الحنبلي، المغني، مكتبة القاهرة، مصر، 1388هـ- 1968م (385/9).

[6] انظر: السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، 1414هـ-1993م (126/8) مغني المحتاج (4 /320).

[7] انظر: الجرجاني، علي بن محمد بن علي الزين الشريف، التعريفات، تحقيق: جماعة من العلماء بإشراف الناشر، دار الكتب العلمية، بيوت، ط 1 ،1403هـ -1983م (ص: 174) مجلة الأحكام العدلية، لجنة مكونة من عدة علماء الدولة العثمانية، تحقيق: نجيب هواويني ونور محمد، كارخانه تجارت كتب، كراتشي-باكستان. (بدون: ط، ت) (353/1).

[8] التويجري، محمد بن إبراهيم، موسوعة الفقه الإسلامي، بيت الأفكار الدولية، الرياض، ط: 1، 1430هـ - 2009م (168/2).

[9] ذهب جمهور العلماء إلى الاقتصار في الإثبات على الأدلة المنصوص عليها. وذهب جماعة من المحققين من أهل العلم إلى أن العبرة بإفادة الدليل بأي طريق حصل، ومنهم ابن تيمية وابن القيم. انظر: ابن عابدين، محمد أمين بن عمر الدمشقي الحنفي، رد المحتار على الدر المختار (حاشية ابن عابدين)، دار الفكر، بيروت- لبنان، ط 2 ،1412هـ - 1992م، (550/5) موسوعة الفقه الإسلامي (136/2).

[10] آل خنين، عبد الله بن محمد بن سعد، توصيف الأقضية في الشريعة الإسلامية، الناشر: (بدون) ط: 1، 1423هـ - 2003م، (269/1) وانظر: الطرابلسي، علي بن خليل الحنفي، معين الحكام فيما يرتدد بين الخصمين من الأحكام، دار الفكر-بيروت،

(بدون: ط، ت)، (ص: 68) ابن فرحون، إبراهيم بن علي اليعمري المالكي، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، مكتبة الكليات الأزهرية، ط: 1، 1406هـ - 1986م، (1/ 240) ابن تيمية، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم الحراني، مجموع الفتاوى، المحقق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية، 1416هـ-1995م. (35/ 394 – 395) ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر بن أيوب، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية- بيروت، ط:1، 1411هـ/1991م، (90/1) ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تحقيق: نايف بن أحمد الحمد، دار عالم الفوائد- مكة المكرمة، ط:1، 1428هـ، (15، 32، 302).

(11) ابن القيم، الطرق الحكمية (19/1).

(12) القانون المصري رقم (175) لسنة 2018م في شأن مكافحة جرائم المعلوماتية.

(13) عبد المطلب، ممدوح عبد المجيد، استخدام بروتوكول TCP/IP في بحث وتحقيق الجرائم علي الكمبيوتر، بحث منشور على الإنترنت، تم الاطلاع بتاريخ: 2021/10/20م. الموقع الإلكتروني: (Maktoobblog.Dpolice).

(14) المطردي، مفتاح بو بكر، الجريمة الإلكترونية والتغلب على تحدياتها، ورقة بحثية مقدمة إلى المؤتمر الثالث لرؤساء المحاكم العليا في الدول العربية بجمهورية السودان المنعقد من: 23إلى 25 / 9 / 2012م (ص:33).

(15) عبد المطلب، ممدوح عبد المجيد، استخدام بروتوكول TCP/IP في بحث و تحقيق الجرائم علي الكمبيوتر، بحث منشور على الانترنت، تم الاطلاع بتاريخ: 2021/10/20م. الموقع الإلكتروني: (Maktoobblog.Dpolice).

(16) إبراهيم، خالد ممدوح، الإثبات الإلكتروني في المواد الجنائية والمدنية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2020م (ص:37).

(17) حجازي، بيومي، الدليل الجنائي والتزوير في جرائم الكمبيوتر والانترنت، دار الكتب القانونية، 2004م (ص: 28).

(18) الجملي، طارق، الدليل الرقمي في الإثبات الجنائي، ورقة عمل مقدمة للمؤتمر المغاربي الأول حول المعلوماتية والقانون المنعقد في الفترة بين 28-29-10/2009م (ص:7).

(19) انظر: إبراهيم، خالد ممدوح، الدليل الإلكتروني في الجرائم المعلوماتية، مقالة منشورة على موقعه الرسمي بتاريخ: 2008/12/25م، تم الاطلاع بتاريخ: 2021/10/22م. (https://kenanaonline.com/users/KhaledMamdouh/posts/77859).

(20) بن يونس، عمر، الجرائم الناشئة عن استخدام الإنترنت، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، مصر، 2004م (ص:977).

(21) حمودة، علي، الأدلة المتحصلة من الوسائل الإلكترونية في إطار نظرية الإثبات، مقدم ضمن أعمال المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب الأمنية والقانونية للعمليات الإلكترونية الذي نظمته أكاديمية شرطة دبي بتاريخ: 26-28-4-2003م (ص:22).

(22) البشري، محمد، الأدلة الجنائية الرقمية مفهومها ودورها في الإثبات، بحث في المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، المجلد (17) عدد (33) ، الرياض، إبريل/2002م (ص:111).

(23) مستاري، عادل، وحسين، أحمد، حجية الأدلة المستمدة من الهواتف النقالة في الإثبات الجنائي، مجلة المفكر، كلية الحقوق، جامعة محمد لخضر، بسكرة، الجزائر، 2017م (ص:49).

(24) خشان، أمل، وحمد الله، أحمد، الإثبات الجنائي في جرائم استعمال الهاتف النقال، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، العدد 12، المجلد 4 ،كلية الحقوق، جامعة كركوك، العراق، 2015م (ص:317).

(25) نظام مكافحة جرائم المعلوماتية السعودي، المادة الأولى، الفقرة 8.

(26) المناعسة، أسامة، و الزعبي، جلال، جرائم تقنية نظم المعلومات الإلكترونية دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010م (ص: 42).

(27) خشان، أمل، وحمد الله، أحمد، الإثبات الجنائي في جرائم استعمال الهاتف النقال (ص:351-355).

(28) مستاري، عادل، وحسين، أحمد، حجية الأدلة المستمدة من الهواتف النقالة في الإثبات الجنائي (ص:54-55).

(29) انظر: التوجي، محمد، الحماية الجنائية من الجرائم المرتكبة بواسطة الهاتف النقال، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، جامعة أحمد دراية أدرار، الجزائر، الموسم الجامعي: 2019/2018م (ص:23-24).

(30) انظر: خشان، أمل، وحمد الله، أحمد، الإثبات الجنائي في جرائم استعمال الهاتف النقال (ص:318).

(31) انظر: المرجان، عبد الرزاق، الدليل الرقمي أهم مصادر الإثبات، مقال على موقع صحيفة عكاظ منشور بتاريخ: الاحد 2019/1/6م، تم الاطلاع بتاريخ: 2021/10/24م (https://www.okaz.com.sa/articles/na/1697183).

ويمكن تلخيص ذلك: بأن جرائم الهاتف النقال هي: "كل فعل ينشأ عن استخدام غير مشروع للتقنية الاتصالية أو المعلوماتية للهاتف المحمول بهدف الاعتداء على مصلحة الغير". المسؤولية الجنائية الناتجة عن جرائم المحمول، دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، جامعة عين شمس، مصر، 2011م (ص:13).

(32) عبد المطلب ،ممدوح، وقاسم، زبيدة، وعبد العزيز، عبد الله، نموذج مقترح لقواعد اعتماد الدليل الإلكتروني للإثبات في جرائم الكمبيوتر، منشور ضمن أعمال مؤتمر الأعمال المصرفية والإلكترونية الذي نظمته كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات وغرفة تجارة وصناعة دبي في الفترة من 10-2003/5/12م. مجلد (5) (ص:2238).

(33) عبد الوهاب، أحمد إسماعيل، حجية الدليل الإلكتروني في الإثبات الجنائي، رسالة ماجستير، جامعة النيلين، السودان، 2018م (ص:39).

(34) انظر: البسام، عبد الله، مدى صلاحية القرائن في إدانة المتهم، بحث ضمن أبحاث الندوة العلمية الأولى بعنوان المتهم وحقوقه في الشريعة الإسلامية، المنعقدة من 20-24/شعبان/1402هـ، أكاديمية نايف للعلوم الأمنية (256/1).

(35) انظر: أبو البصل، عبد الناصر، شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ونظام القضاء الشرعي، دار العلم والثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1999م (ص:74).

(36) انظر: العجلان، عبد الله بن سليمان، القضاء بالقرائن المعاصرة، جامعة الإمام بن سعود الإسلامية، الرياض، 1427هـ-2006م (ص:766).

(37) إعلام الموقعين (284/4).

(38) عتيق، السيد محمد سعيد، النظرية العامة للدليل العلمي في الاثبات الجنائي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 2005م (ص: 140).

(39) مشعشع، معتصم خميس، إثبات الجريمة بالأدلة العلمية، بحث في مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الامارات العربية المتحدة، السنة 27 - العدد 56 – ذو الحجة 1434هـ - اكتوبر 2013 م (ص: 21).

(40) الحسيني، عمار عباس، التصوير المرئي وحجيته في الاثبات الجنائي، بحث في مجلة كلية القانون /جامعة النهرين، المجلد 16، العدد 1، 2014م (ص:60).

(41) بن خليفة، إلهام صالح، دور البصمات والآثار المادية الأخرى في الإثبات الجنائي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2014م (ص: 244).

(42) مشعشع، معتصم خميس، إثبات الجريمة بالأدلة العلمية (ص: 21) وانظر: بن مشري، عبد الحليم، واقع حماية حقوق الانسان في قانون العقوبات الجزائري، مجلة المنتدى القانوني، كلية الحقوق، جامعة محمد لخضر، بسكرة ، العدد (5) (ص: 72).

(43) الحسيني، عمار عباس، التصوير المرئي وحجيته في الاثبات الجنائي (ص: 56).

(44) المصدر نفسه (ص:56).

(45) الحسيني، عمار عباس، مدى مشروعية التسجيل بالهواتف النقالة كدليل في الاثبات الجنائي دراسة مقارنة، مجلة أهل البيت، كلية القانون، جامعة بابل (ص: 169).

(46) المصدر نفسه (ص:174-155).

(47) الحسيني، عمار عباس، التصوير المرئي وحجيته في الإثبات الجنائي (ص: 61).

(48) الشيخ إبراهيم، أحمد، طرق القضاء في الشريعة الإسلامية، المطبعة السلفية ومكتبتها بالقاهرة، (1347هـ/ 1928م)(ص:6،424) العوا، محمد سليم، أصول النظام الجنائي الإسلامي- دراسة مقارنة، دار المعارف، القاهرة، الطبعة الثانية، مايو (1983م) (ص:315- 316 فقرة 134) مذكور، محمد سلام، القضاء في الإسلام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1964م (ص:78- 79) البهي، أحمد عبد المنعم، من طرق الإثبات في الشريعة والقانون، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، 1965م (ص: 75) دبور، أنور محمد يوسف، القرائن ودورها في الإثبات في الفقه الجنائي الإسلامي، دار الثقافة العربية، 1985م (ص:25 وما بعدها).

(49) المنياوي، محمد بدر، القرائن في الفقه الإسلامي على ضوء الدراسات القانونية المعاصرة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي (12/ 893، بترقيم الشاملة آلياً).

(50) الطرق الحكمية (24/1).

(51) البوطي، محمد سعيد، محاضرات في الفقه المقارن، دار الفكر، دمشق، 1999م (ص:195).

(52) الشمري، ثقيل بن ساير، تعريف القرائن ومشروعيتها وحكمها، مقال منشور على موقع صحيفة العرب بتاريخ: 2012/7/20م. تم الاطلاع بتاريخ: 2021/10/26م. (https://alarab.qa/article/20/07/2012/199166).

(53) مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة التعاون الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره العشرين بوهران (الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية) خلال الفترة من 26 شوال إلى 2 من ذي القعدة 1433هـ، الموافق 13-18 سبتمبر (أيلول) 2012م.

(54) الطرابلسي الحنفي، علي بن خليل، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، دار الفكر-بيروت، (بدون: ط، ت) (ص:203). ابن عابدين، محمد أمين، قرة عيون الأخيار في تكملة رد المحتار على الدر المختار (تكملة حاشية ابن عابدين)، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت-لبنان، 1415هـ/1995م (408/1) أمين أفندي، علي حيدر خواجه، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب: فهمي الحسيني، دار الجيل، ط: 1 ،1411هـ - 1991م (144/15- 147) أفندي، علي حيدر، أصول استماع الدعوى الحقوقية، مطبعة الترقي، سوريا، 1342هـ-1923م (ص:261). وتبصرة الحكام، (202/1و 111/2) ابن القيم، الطرق الحكمية (ص:3، 6) الزرقا، مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط 2 ،1425هـ-2004م (909/2، 910، 1046، 1051، الفقرات 535، 536، 672، 675 على التوالي) مذكور، محمد، القضاء في الإسلام (ص:93) ونظام القضاء في الشريعة الإسلامية (ص:155) الزحيلي، وهبة بن مصطفى، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ط2، 1405هـ/1985م (ص:282).

(55) القرائن في الفقه الإسلامي على ضوء الدراسات القانونية المعاصرة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي (12/ 897، بترقيم الشاملة آلياً).

(56) الزحيلي، محمد، موسوعة قضايا إسلامية معاصرة، دار المكتبي، دمشق، ط1، 1430هـ -2009م (750/4).

(57) الزحيلي، محمد، أصول المحاكمات الشرعية والمدنية، جامعة دمشق، 1982م (ص: 205).

(58) أحمد، هلالي، حجية المخرجات الكمبيوترية في المواد الجنائية دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006م (ص:91).

(59) بن يونس، عمر، الجرائم الناشئة عن استخدام الإنترنت (ص:992).

(60) أحمد، هلالي، حجية المخرجات الكمبيوترية في المواد الجنائية (ص:114).

(61) محمد، أحمد ضياء الدين، مشروعية الدليل في المواد الجنائية "دراسة تحليلية مقارنة لنظريتي الإثبات والمشروعية في مجال الإجراءات الجنائية"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010م (ص:102).

(62) أبو عامر، محمد، قانون العقوبات (ص116). والشتيوي، نائلة، الإثبات بالوسائل السمعية البصرية في المادة الجزائية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تونس المنار، السنة الجامعية 2006 / 2007م (ص:52).

(63) إبراهيم، خالد ممدوح، الإثبات الإلكتروني في المواد الجنائية والمدنية (ص:48-49).

(64) القرائن في الفقه الإسلامي على ضوء الدراسات القانونية المعاصرة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي (927/12، بترقيم الشاملة آلياً).

(65) طلبي، ليلى، استخدام الصوت والصورة في إثبات جريمة الرشوة، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة، قسنطينة 1، عدد 37، 6/ 2012م، الجزائر (ص: 105).

(66) الحسيني، عمار عباس، مدى مشروعية التسجيل بالهواتف النقّالة كدليل في الإثبات الجنائي (ص:177).

(67) البشري، محمد أمين، العدالة الجنائية ومنع الجريمة –دراسة مقارنة، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، السعودية، ط1، 1997م (ص: 303).

(68) نوح، لؤي عبد الله، مدى مشروعية المراقبة الإلكترونية في الإثبات الجنائي، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، 2018م (ص:64).

(69) المرجان، عبد الرزاق، الدليل الرقمي أهم مصادر الإثبات، مقال على موقع صحيفة عكاظ، منشور بتاريخ: 2019/1/6م، تم الاطلاع بتاريخ: 2021/10/28م (https://www.okaz.com.sa/articles/na/1697183).

حجية التوقيع الالكتروني في الإثبات "دراسة تحليلية مقارنة"

د/ عبد الرازق وهبه سيد احمد محمد سيد

أستاذ القانون المدني المساعد

كلية الدراسات الإنسانية والإدارية – كليات عنيزة- المملكة العربية السعودية

abdelrazek.sayed@yahoo.com

●●●●●●●●

ملخص:

يعتبر التوقيع الإلكتروني من المسائل التي تثير كثيراً من المشاكل الفنية والعملية، لذلك لابد من وضع آليات لضبطه لمنع التلاعب فيه وتشويهه حتى تكون له حجيه مثل حجية التوقيع التقليدي في الإثبات. لاسيما في وقت انتشار الأوبئة التي تتطلب التباعد الجسدي. لذلك تناولت مفهومه وأشكاله، ومدى حجيته في الإثبات مع بيان دور جهة التصديق في تحقيق الآمن للتوقيع الإلكتروني. وانتهينا إلى أن له أشكالا وصورا متعددة وله حجيته في الإثبات في المواد المدنية مع تحديد الجهة المختصة بإصدار شهادة التصديق الإلكتروني ودورها في الرقابة على هذه الشهادات ومدى مسؤولية الموظف المختص. ولذا يجب إعادة النظر في نصوص الإثبات في التشريعين المصري والجزائري ليتماشى مع تقنية الرموز والأرقام كبديل له.

الكلمات المفتاحية: التوقيع الإلكتروني – أشكال التوقيع الإلكتروني – حجية التوقيع الإلكتروني –شهادات التصديق.

مقدمة:

لقد تطورت تكنولوجيا المعلومات والحاسوب الوسائل المختلفة لربط المعلومات في شكل إلكتروني بأشخاص أو كيانات معينة، ذلك لضمان سلامة هذه المعلومات أو لتمكين الأشخاص من إثبات أحقيتهم أو الإذن بالوصول إلى خدمة معينة أو مخزون للمعلومات، وهذا ما يشار إليه بالتوقيع الإلكتروني. فالغرض من التوقيع الإلكتروني على الوثيقة من قبل شخص معين هو التأكد من صحتها. وللتوقيع صور وأشكال متعددة ولكل صورة مميزاتها وعيوبها ومدي حجيتها في الإثبات. فنظرا لانتشار البيوع عبر الإنترنت بين المشرع ضوابط وآليات التوقيع الإلكتروني والشروط التي يجب توافرها فيه لكي يقوم مقام التوقيع التقليدي بجانب الشروط الفنية التي تتلاءم مع طبيعته وفقاً للقوانين واللوائح المعمول بها في إطار القانون الداخلي للدولة. فإذا توافرت الشروط التي حددها المشرع في التوقيع الإلكتروني يصبح له حجية المحررات التقليدية. وحفاظاً على صحة البيانات الواردة بالمحرر الإلكتروني أكد المشرع الفرنسي والمصري والجزائري والنظام السعودي أن يتم التأكد من صحة البيانات الواردة بشهادة التصديق الإلكتروني من قبل الموظف المختص وتعتبر البيانات الواردة بالمحرر سرية لا يجوز للموظف الذي اطلع عليها بحكم عمله إفشاءها وإذا أخل الموظف بواجباته تثار مسؤوليته عن الأضرار التي تلحق بالغير بسبب عدم التأكد من هوية الموقع ارتباط المحرر بها. ويرجع تشدد المشرع في آليات إنشاء التوقيع الإلكتروني ومراجعة البيانات بشكل صارم من قبل الجهة المصدر لشهادة التصديق

الإلكتروني إلى المشاكل العملية والقانونية والفنية التي يثيرها في الواقع. وهذا ما نسعى إلى توضحيه في هذا البحث .

ويتضح مما سبق أن التكنولوجيا تلعب دوراً هاما في حياتنا اليومية، لا سيما في ظل انتشار جائحة كورونا، حيث تمكن الأشخاص من إبرام العقود دون التوقف على زمان ومكان إبرام العقد، وهذا بدوره يسهل حركة التعامل سواء على المستوي المحلى أو الدولي. فحجية التوقيع الإلكتروني لها دور هام في عملية الإثبات مما يتطلب تدخل المشرع لوضع آليات للتوقيع الإلكتروني لضمان حجيته وقيمته القانونية أمام المحكمة في حالة نشوب النزاع بين أطراف المحرر الإلكتروني .

وبناء على ذلك تكمن مشكلة البحث حول مخاطر التوقيع الإلكتروني من الناحية القانونية والفنية ومدى حجيتها في الإثبات. وتثير هذه المشكلة عدة تساؤلات وهي: ما مفهوم التوقيع الإلكتروني؟، ما أشكال التوقيع الإلكتروني؟، ما مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات؟، ما دور جهة التصديق في تحقيق الأمان الإلكتروني؟

ومن أجل التوصل بقدر المستطاع لعلاج مشكلة البحث والتي أثارت مجموعة من التساؤلات التي ذكرتها سلفاً اتبعت منهجين وهما: المنهج التحليلي للنصوص القانونية وبعض الآراء الفقهية المتبعة في هذا الصدد وإبداء رأينا في بعض المسائل. والمنهج المقارن عن طريق إجراء مقارنة بين القانون المصري والفرنسي والجزائري والنظام السعودي.

ولأجل الوصول إلى حل لإشكالية البحث والإجابة عن التساؤلات التي طرحناها قسمت البحث إلى أربعة مطالب هي المطلب الأول: تعريف التوقيع الالكتروني وشروطه، المطلب الثاني: أشكال التوقيع الالكتروني، المطلب الثالث: حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، المطلب الرابع: دور جهة التصديق في تحقيق الأمان للتوقيع الإلكتروني.

المطلب الأول

تعريف التوقيع الالكتروني

لا يوجد تعريف موحد للتعريف الالكتروني، فقد تعددت تعريفات التوقيع الالكتروني بسبب الجهة التي تقوم بتعريفه والزاوية التي ينظر إليه منها، ففي الفقه فقد عرفه البعض بأنه بيان مكتوب في شكل الكتروني يتمثل في حرف أو رقم أو رمز أو إشارة أو صوت أو شفرة خاصة ومميزة ينتج من اتباع وسيلة آمنة، وهذا البيان يلحق أو يرتبط منطقياً ببيانات المحرر الإلكتروني للدلالة على هوية الموقع على المحرر والرضاء بمضمونة[1] . وعرفه البعض[2] بأنه هو رقم أو رمز سري أو شفرة خاصة مما يفهم معناه إلا صاحبه ومن يكشف له عن مفتاحه، فهو يختلف عن شكل التوقيع التقليدي. إذ يتعين أن يكون التوقيع وفقاً للنصوص القانون، وفي حالة عدم وجود نص يخضع لاتفاق الأطراف ويتم التأكد من صحته، في حال اتخاذ البيانات المتبادلة بين الأطراف دليلاً للإثبات. ومن الجدير بالذكر أن استخدام الرموز أو التشفير أو الكودات يجعل للتوقيع الالكتروني نفس دور وأهمية التوقيع التقليدي من حيث تحديد هوية الشخص وإقراره لمضمون المستند الموقع من قبله.

وفي التشريع، فقد عرفه المشرع الفرنسي في المادة 4/1316 من القانون المدني التوقيع بصفة عامة بأنه " التوقيع اللازم لإبرام تصرف قانوني محدد مبيناً هوية الشخص الذي قام به، ورضاء الأطراف بالالتزامات المترتبة عليه. ويكتسب المستند الصفة الرسمية بمجرد التوقيع عليه من الموظف العام"

ويعتبر هذا التعريف مثيرًا للاهتمام لأنه يوضح الأدوار التي يؤديها التوقيع ولا يفرض طريقة معينة لتسليم المستند. فالتوقيع الالكتروني يحدد هوية الأطراف، وأنه صادر عن الشخص، كما أنه تعبير عن إرادة هذا الشخص بتحمله للالتزامات التي يولدها التصرف القانوني. فالواضح أن هذا التعريف لم يفرق بين التوقيع الإلكتروني والتوقيع التقليدي وركز على وظائف التوقيع الالكتروني.

كما أوضحت المادة 4/1316 في فقرتها الثانية الشروط التي تضفي المصداقية على التوقيع الالكتروني بقولها" وعندما يكون إلكترونياً، فإنه يتمثل في استعمال وسيلة مضمونة للتحقق تضمن ارتباطه بالتصرف المتعلق به". فهذا النص يربط بين محتوي المستند والتوقيع للتأكد من هوية صاحب التوقيع وسلامة الوثيقة.

وعرفه المشرع الجزائري في المادة الأولي من قانون التوقيع والتصديق الالكترونيين بأنه "بيانات في شكل إلكتروني مرفقة أو مرتبطة منطقيا ببيانات إلكترونية أخرى تستعمل كوسيلة توثيق"[3].

فمن الملاحظ أن المشرع الجزائري لم يضع تعريف دقيق للتوقيع الالكتروني ولم يبين شروطه مكتفياً بالإقرار به كوسيلة توثيق. وفي مصر فقد عرفه المشرع المصري في المادة الأولي /ج بأنه" ما يوضع على محرر الكتروني ويتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها ويكون له طابع متفرد يسمح بتحديد شخص الموّقع ويميزه عن غيره." [4].

فنجد أن المشرع المصري بهذا المعني قريب من المشرع الفرنسي في تعريفه للتوقيع الالكتروني إلى حد ما. فهذه التعريفات ركزت على الجانب الفني والقانوني للتوقيع الإلكتروني.

أما المنظم السعودي عرفه في المادة الأولى فقرة 14 بأنه" بيانات إلكترونية، مدرجة في تعامل إلكتروني تستخدم لإثبات هوية الموقع وموافقته على التعامل الإلكتروني، واكتشاف أي تعديل يطرأ على هذا التعامل بعد التوقيع عليه"[5]. فهذا التعريف يجمع بين طياته بعض العبارات التي أوردها المشرع الفرنسي والمصري ونظيره الجزائري. ونخلص مما سبق أن جميع هذه التعريفات لن تقوم بتحديد أنواع التوقيع الإلكتروني، وكل ما في الأمر ذكرته على سبيل المثال هادفةً إلى استيعاب التطورات التكنولوجية التي قد تحدث مستقبلاً، فضلاً على التركيز على وظائف التوقيع الالكتروني في مجال التعاملات الإلكترونية. أي أن هذه القوانين تحترم وسائل التعاقد الحديثة التي فرضت نفسها على الساحة القانونية [6].

وتجدر الإشارة أخيراً إلى أن التوقيع الإلكتروني يختلف عن التوقيع التقليدي في وسيلة إنشائه، حيث يجب أن يكون مصمما من خلال آلية مؤمنة خاصة به. وهذه الآلية عرفها المشرع الجزائري بأنها" جهاز أو برنامج معلوماتي معد لتطبيق بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني"[7]. ومن جماع ما سبق يمكننا تعريف التوقيع الإلكتروني بأنه التوقيع الذي يصدر من الشخص وفقاً للضوابط القانونية والفنية الحالية والمستقبلية ويربط بين الموقع وبيانات المحرر إي كان مكان التوقيع.

المطلب الثاني

أشكال التوقيع الإلكتروني

للتوقيع الإلكتروني أشكال وصور متعددة منها القلم الالكتروني، التوقيع الالكتروني بخط اليد، التوقيع البيو متري، والتوقيع الرقمي وهذا ما نوضحه من خلال النقاط الآتية:

✓ **القلم الالكتروني**: هو عبارة عن قلم إلكتروني حسابي يمكن باستخدامه بالكتابة على شاشة الحاسب الآلي الخاص بالموقع. ويتم ذلك من خلال برنامج يتحكم في تلك العملية. ويلعب هذا البرنامج دورين أساسيين في هذا النوع من التوقيعات، الأول هو التقاط التوقيع والثاني هو التحقق من صحة التوقيع. حيث يتلقى البرنامج بيانات العميل عن طريقة بطاقته الخاصة التي يتم وضعها في الآلة، وتظهر بعد ذلك التعليمات على الشاشة، وتظهر بع ذلك رسالة إلكترونية تتطلب توقيعه بقلم إلكتروني في مكان محدد على شاشة الحاسب الآلي. ويقوم هذا البرنامج بقياس خصائص معينة للتوقيع مثل النقاط والحجم والالتواءات. ويتطلب هذا البرنامج من الشخص الضغط على مفاتيح معينة تفيد الموافقة أو عدم الموافقة على التوقيع، وبمجرد الموافقة يتم تشفير البيانات وتخزينها وإرسالها للجهاز الحاسوب للتأكد من مطابقتها وصحتها للبيانات المخزنة لبيان صحة التوقيع من عدمه. ويتسم هذا النوع من التوقيع بالسهولة والمرونة لإمكانية تحويل التوقيع التقليدي إلى الشكل الإلكتروني من خلال أنظمة معالجة المعلومات. ولكن هذا النوع لا يحقق درجة الثقة والأمان المطلوبة لأن المرسل إليه يستطيع الاحتفاظ بنسخة من صورة التوقيع ووضعها على مستند أخر ويدعي نسبتها للموقع، وبذلك لا يعتد بهذا النوع من التوقيع في استكمال عناصر الدليل الكتابي المعد للإثبات [8].

ولكننا نري أن حل هذه الإشكالية يتم من خلال جهة المختصة بإصدار شهادات التصديق عن طريق استخدامها لخوارزميات ووسائل التشفير الموثوقة والمتطورة بحيث تجعل القلم الإلكتروني تحت سيطرة صاحبة ولا يمكن استخدامه من قبل الغير.

✓ **التوقيع الالكتروني بخط اليد**: تتم هذه الطريق عن طريق نسخ صورة من توقيع الشخص بجهاز (scanner) ويتم الاحتفاظ بهذه الصورة في الجهاز الخاص بالموقع على القرص المرن. وفي حالة رغبة الشخص إرسال رسالة موقعة إلكترونياً يقوم بإعطاء أمر لجهاز الحاسوب ليعيد نسخ صورة من توقيعه ووضعها على المستند المراد إرساله عبر الإنترنت [9].

✓ **التوقيع البيو متري**: يعرف هذا التوقيع بالخواص الذاتية، حيث يتمتع كل شخص بخصائص فسيولوجية أو سلوكية تميزه عن غيرة ويتم التعرف على هوية أحد الأشخاص من خلال هذه الصفات الفسيولوجية، لأنها ترتبط بالشخص وتميزه عن غيره بشكل واضح ومحدد ومنها بصمة الأصبع وشبكة العين، والصوت والبصمة الوراثية. وتعتمد هذه الصورة من صور التوقيع الإلكتروني على أخذ صورة أو أكثر وتخزينها بشكل مشفر في الحاسوب، وذلك للمقارنة بينها وبين الشكل العائد للموقع.

ويتميز هذا النوع من التوقيع الإلكتروني بدرجة عالية من الأمان لصعوبة تشابه الخصائص الفسيولوجية أو السلوكية بين البشر. ولكن يعيب هذه الطريقة التكلفة العالية بشأن إجراء عملية التوقيع من أجهزة خاصة

بالتقاط الخصائص البيو مترية وتحديدها وحفظها، علاوة على إمكانية نسخ هذه الخصائص والتلاعب فيها، وإعادة استخدامها بطريقة غير مشروعة. إلا أنه لا يمكن الاستغناء عن هذه الصورة من صور التوقيع الإلكتروني، وذلك لإمكانية كشف هذا التلاعب شأنه شأن التلاعب الذي يتم في التوقيع التقليدي [10].

✓ **التوقيع الرقمي**: هو عبارة عن رقم سري أو رمز ينشئه صاحبه باستخدام برنامج الحاسوب ويطلق عليه بالترميز، الذي يقوم بتحويل التوقيع إلى صيغ غير مفهومة، حتى لا يتمكن الغير من استخدامه، ويعود إلى صيغته الأصلية في حالة استخدامه من قبل الموقع [11]. فالمفاتيح العامة هي التي تسمح لكل من يهتم بالرسالة أن يقرأها دون إدخال أي تعديل عليها فإذا وافق عليها وضع توقيعه عليها من خلال مفتاحه الخاص الذي يعرفه هو فقط، وبعد ذلك تعود الرسالة إلى مرسلها موقعة منه [12]. ولهذا يعتبر هذا النوع من التوقيع الذي يعتمد على آليات التشفير غير المماثلة يتصدر كل صور التوقيع وذلك لإمكانية تحديد هوية الشخص وعدم إمكانية تعديله ومن ثم تتحقق في الشروط اللازمة لاعتبار المستند دليلاً كاملاً.

وتجدر الإشارة أخيراً إلى أن التوقيع الإلكتروني يتمتع بصفة عامة بمجموعة من المميزات منها:

- التنفيذ عن بعد بنسخة مطابقة.
- لا يتطلب صفحات أولية للعقود.
- توحيد التوقيع في كل العقود.
- عدم وجود تقابل جسدي.
- إتاحة الوثائق للأطراف بمجرد التوقيع عليها.
- يوجد له قوة في الاثبات.
- الحماية من الاحتيال.

المطلب الثالث

حجية التوقيع الالكتروني في الإثبات ودور جهة التصديق في حمايته

للتوقيع الإلكتروني في نطاق المعاملات المدنية والتجارية نفس الحجية المقررة للتوقيع التقليدي في قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية. إذ يتعين أن يتوافر في التوقيع الالكتروني عدة شروط لجعله كالتوقيع العادي تتمثل [13] في:

- رسمية التوقيع من خلال تقديم رمز أو رسم أو أرقام أو أي شكل معين يتم إجراؤه باستخدام الوسائل الإلكترونية.
- اتجاه إرادة الموقع بجعل التوقيع خاص به ومحدد لهويته.
- ربط التوقيع بالموقع وعدم إدخال إي تعديل بعد التوقيع. فورود التوقيع الإلكتروني في أي مكان في المحرر لا يمنع قبوله في الاثبات، وبالتالي يتم اعتماد التوقيع الإلكتروني ولو وضع في أعلى الصفحة مادام يدل بصورة واضحة على إقرار الموقع بمضمونة وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية [14].

- الموافقة على عدم تغيير التوقيع أو عدم تغييره على النموذج من وقت إصدار التوقيع حتى وقت استلامه وإمكانية اثبات صدوره عن الموقع.
- القيام بالخطوات اللازمة لتمكين الأخرين من فهم الإجراءات التي تم إجراؤها لتوقيع المستند، وتتم الموافقة على هذه الإجراءات من خلال الجهات المختصة وفقاً لأحكام القانون.

وهذا ما أكده المشرع المصري في المادة 18 من بقولها أن التوقيع الالكتروني تكون له حجية في الإثبات إذا توافرت في الشروط الآتية:

- ارتباط التوقيع الإلكتروني بالموقع دون غيره.
- سيطرة الموقع دون غيره على الوسيط الإلكتروني.
- إمكانية كشف أي تعديل في المحرر الإلكتروني أو التوقيع الإلكتروني.

كما نصت المادة 14 من ذات القانون بأن" للتوقيع الإلكتروني في نطاق المعاملات المدنية والتجارية ذات الحجية المقررة في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية إذ روعي في إنشائه وإتمامه الشروط المنصوص عليها في هذا القانون والضوابط الفنية والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون"[15].

ويكون للصورة المنسوخة على الورق من المحرر الإلكتروني الرسمي حجية بالقدر الذي تكون فيه مطابق لأصل المحرر ما دام المحرر الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني موجودين على الدعامة. ويسري على المحررات الإلكترونية الرسمية والعرفية والتوقيع الإلكتروني نفس الأحكام المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية وذلك في الأحوال التي لم يرد بشأنها نص خاص في قانون المعاملات الإلكترونية أو لائحته التنفيذية[16].

فالمشرع هنا لم يوضح قيمة الصورة المنسوخة من المحرر الإلكتروني على الورق في حالة عدم وجود المحرر نفسه، ولذلك يتم الرجوع للقواعد العامة في الإثبات التي تمنح للصورة حجية الأصل بشرط أن تكون صورة رسمية، وهذا يصبع تطبيقه على المحررات الإلكترونية لصعوبة مضاهاتها بالنسخة الإلكترونية الأصلية الموجودة على دعامة إلكترونية. لذلك ينتقد بعض الفقه موقف المشرع عندما أحال للائحة التنفيذية تحديد الضوابط الفنية والتقنية للوقوف على صحة المحرر وحجيته وهذا يعتبر تخلي من المشرع عن مهمته الأصلية وترك الأمر للسلطة التنفيذية. وهو ما يوصم القانون بعدم دستوريته[17] .

وفي فرنسا جعل المشرع الفرنسي للتوقيع الإلكتروني حجية مماثلة للتوقيع اليدوي، فالمشرع الفرنسي أرسي هذا المبدأ بموجب المادة1/1316 والتي تنص على أن" الكتابة الإلكترونية تكون مقبولة في الإثبات بنفس الحجية المعطاة للكتابة على دعامات ورقية بشرط أن يكون حفظها قد تم في ظروف تضمن كمالها" وأكدت على ذلك الفقرة الثالثة من ذات المادة على أن الكتابة على دعامات إلكترونية لها نفس القيمة الثابتة للكتابة على دعامات ورقية"[18].كما صدر المرسوم الفرنسي رقم 272 لسنة 2001 محدداً الشروط الواجب توافرها في التوقيع الإلكتروني حتى يتمتع بقرينة الثقة. فقد أرسي هذه الشروط في المادة الثانية من هذا المرسوم والتي نصت على أن" الثقة في الوسيلة المستخدمة في إنشاء التوقيع الإلكتروني مفترضة حتى يتم إثبات العكس، إذا

كان يترتب على هذه الوسيلة إنشاء توقيع إلكتروني آمن، وإذا كانت الأداة المستخدمة في إنشاء التوقيع الإلكتروني آمنة وإذا كان يتم التأكد من صحة التوقيع الإلكتروني باستخدام شهادة توثيق معتمدة [19].

وفي الجزائر أكد المشرع الجزائري بأن للتوقيع الإلكتروني حجية التوقيع العادي بالنص على ذلك في المادة 323 مكرر1 والتي تقضي بأنه" يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني ك الإثبات بالكتابة على الورق، بشرط التأكد من إمكانية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها"[20].

وفي النظام السعودي نصت المادة الخامسة من نظام التعاملات الإلكترونية [21] بأنه" 1-يكون للتعاملات والسجلات والتوقيعات الإلكترونية حجيتها الملزمة، ولا يجوز نفي صحتها أو قابليتها للتنفيذ ولا منع تنفيذها بسبب أنها تمت كليا أو جزئيا بشكل إلكتروني بشرط أن تتم تلك التعاملات والسجلات والتوقيعات الإلكترونية بحسب الشروط المنصوص عليها في هذا النظام. 2-لا تفقد المعلومات التي تنتج من التعامل الإلكتروني حجيتها أو قابليتها للتنفيذ متى كان الاطلاع على تفاصيلها متاحًا ضمن منظومة البيانات الإلكترونية الخاصة بمنشئها وأشير إلى كيفية الاطلاع عليها.

كما أكدت المادة التاسعة والثامنة من ذات النظام بأن التوقيع الإلكتروني يعتبر دليلاً في الإثبات إذا استوفي سجله الكتروني الوسائل والشروط الفنية التي تؤكد سلامة المعلومات الواردة فيه من الوقت الذي أنشئ فيه بشكله النهائي. ويعتبر التوقيع الإلكتروني قرينة في الإثبات إذا لم يستوفي سجله الإلكتروني الوسائل والشروط التي تضمن سلامته. ويراعي عند تقدير حجية التعامل الإلكتروني الطريق التي استخدمت في إنشاء السجل الإلكتروني أو تخزينه أو إبلاغه وإمكان التعديل عليه، والطريقة التي استخدمت في المحافظة على المعلومات وتحديد هوية الشخص.

ويعتمد التوقيع الإلكتروني ذو الحجية القانونية على شهادة المصدقة الإلكترونية الصدرة من الجهة المرخص بها. فلتوقيع الإلكتروني دليل إثبات على الشخص الموقع إلكترونياً ولا يمكن إنكاره، وينتج آثاره القانونية ذاتها المترتبة على الوثائق والمستندات الخطية والورقية والتوقيع الخطي بموجب أحكام التشريعات النافذة من حيث مدى إلزاميتها لأطرافها أو صلاحيتها في الإثبات [22].

ومن المبادئ المستقرة في الإثبات لا يجوز للشخص أن يصطنع دليلا ضد نفسه. فهذا المبدأ قد يمثل عائقاً بشأن الأخذ بالمحرر الإلكتروني في الإثبات إذا كان الأطراف غير متكافئين أو كان أحدهم يعتمد على تسجيل معاملاته على دعائم إلكترونية ولدية القدرة الفنية على إدارة النظام المعلوماتي، ويتحكم بذلك في مستندات التعاقد وكذلك القدرة على استرجاعها عند الحاجة بينما لا يستطيع الطرف الآخر ذلك[23] .

ولكن هل يكفي ذلك لقبول التوقيع الإلكتروني في ثوبه الحالي، في ظل قواعد الإثبات الحالية، كبديل عن التوقيع التقليدي في بعض الحالات؟

نلاحظ أن المشرع المصري والفرنسي والجزائري وضعوا شكلا معينا للتوقيع المعتمد قانوناً. فالتوقيع المعتمد قانوناً يجب أن يكون في شكل إمضاء أو بصمة أو ختم والتوقيع الإلكتروني لا يتحقق فيه ذلك. فالتوقيع الالكتروني هو مجموعة من الإجراءات تؤدي في النهاية إلى تحقق نتيجة محددة وهو أن كان من الناحية

الموضوعية يحقق نفس الدور الذي يلعبه التوقيع التقليدي إلا أنه يختلف عنه من الناحية الشكلية اختلافاً جوهرياً. لهذا اتجه في الواقع العملي إلى تنظيم مخرجات الحاسوب لأنها محل شك لذلك اتجه كثيراً من البنوك إلى تنظيم حجية مخرجات الحاسب عن طريق الاتفاق [24].

ويعتبر الاتفاق ملزماً لأطرافه طالما أن لم يتضمن شرطاً تعسفياً أو مخالفاً لمبادئ الإثبات المستقرة. فالاتفاق على التوقيع الإلكتروني يكون صحياً وعلى القاضي قبول التوقيع الصادر وفقاً لهذا الاتفاق. ولكن إذا كان الاتفاق مخالفاً لمبادئ الإثبات المستقرة فإنه ينطوي على خطورة كبيرة لأنه يعطي المحررات الموقعة إلكترونياً حجية أقوى من حجية المحررات العرفية في الإثبات. كما يعطيها حجية مطلقة لأن الشخص المدعى عليه لا يستطيع إنكارها بل عليه إثبات عكس ما ورد بها. علاوةً على مساواة المحررات الموقعة إلكترونياً التي لا يتوافر فيها عناصر الدليل الكتابي الكامل لحجية المحررات الرسمية التي لا يمكن الطعن عليها إلا بالتزوير.

ومن هنا يمكن اعتبار الشرط الذي يضفي حجية معينة على التوقيع الإلكتروني ويمنع من إثبات عكس ما ورد بالمحرر الإلكتروني، يعتبر قيدا قانونياً على حرية الإثبات وهو أمر متعلق بالنظام العام ولا يجوز الاتفاق على خلافه. لهذا يجب على القاضي التدخل لحماية الطرف الضعيف إذا وجدت مثل هذه القيود [25].

وقد دخلت الاتفاقات التي تنطوي على شروط مخالفة لمبادئ الإثبات المستقرة حيز التنفيذ حينما تم استخدام البطاقة البنكية الممغنطة والتي يتم الاتفاق بين البنك والعميل عند إصدارها على منح حجية كاملة لمستخرجات البنك الآلية المثبتة لما قام به العميل من تعاملات مصرفية. بل قد يصل الأمر إلى حرمان العميل من إثبات عكس ما ورد بهذه المستخرجات [26].

وعلى كل طالما أنه تم الاعتراف بالتوقيع الإلكتروني كبديل للتوقيع التقليدي في ظل هذا التطور التكنولوجي الهائل، يجدر بنا البحث عن الحل الذي يمكن الارتكاز عليه في ظل قواعد الإثبات الحالية. لذلك نري تعديل المادة 327 من القانون المدني الجزائري (27) والمادة 14 من قانون الإثبات المصري (28) لأن المشرعين وضعوا شكلا معينا للتوقيع. فالرموز التي تم استخدمها كبديل للتوقيع لا تقبل أن تكون بديلا عن البصمة أو الختم أو التوقيع التقليدي لأنهما يتطلبان وجود الشخص وهذا لا يتوافر بالنسبة للرقم السري وبهذا لا يمكن الاعتماد على الرقم السري، كبديل للتوقيع التقليدي، الذي يعتبر من مخرجات الحاسوب في الإثبات بوجه عام. لهذا يتعين تعديل هاتين المادتين بحيث تسمحان بقبول إي إجراء غير التوقيع أو البصمة أو الختم لأن العبرة بجوهر التوقيع والغرض منه وليس بشكله.

كما أنه وفقاً لمبدأ حرية الإثبات يمكن للأطراف إثبات التصرفات القانونية بكافة طرق الإثبات إذا لم تتجاوز الحد الذي وضعه المشرع للإثبات بالكتابة. وبالتالي يمكن للمحكمة أن تركن إلى المحرر الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني في إثبات كافة التصرفات التي تتم إلكترونياً بين الأطراف إذا قيمته في حدود النصاب، خاصة وأن هذه المحررات والتوقيعات لها قوة ومصداقية في الإثبات أكثر من البينة الشخصية[29].

وتجدر الإشارة أخيراً إلى أن التوقيع الإلكتروني يثير العديد من الصعوبات العملية والقانونية والفنية، وذلك لأن الكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني لا يستخدم في كل التصرفات القانونية، فعلي سيبيل المثال، لا يمكن استخدامه في الطلاق والزواج والأوراق المالية لأن القانون يعتمد فيها على الدليل التقليدي.

كما أن التوقيع الإلكتروني من خلال الرموز أو التكويدات قابل للتغيير والاختراق من قبل الأشخاص التي تمتلك خبرة في أنظمة الكمبيوتر، علاوة على أن الكتابة الإلكترونية قابلة للتشوية والتغيير مما يجعل من الضروري الاعتماد على نظام محمي وموثوق وهذا الموضوع يكون عبء مالي لا تستطيع مصر والجزائر وغيرها من الدول. فتقنيات التوقيع الالكتروني وعلى وجه الأخص صورة التوقيع الالكتروني في ظل الحرب التكنولوجية وما يتبعها من تقنيات ليس بمأمن عن الاختراق من قبل الأشخاص الذين يمتلكون القدرة في الوصول للأنظمة الإلكترونية.

علاوةً على عدم قدرة المحاكم على تطبيق النصوص القانونية على الأمور الفنية. فالتوسع في استخدام الكتابة الالكترونية والتوقيع الالكتروني يتطلب أدوارا قانونية متعددة وشائكة للغاية وهذا غير متوفر في مصر والجزائر والنظام السعودي، لذلك يحتاج العالم الافتراضي للإنترنت إلى نظام قانوني يمكنه من معالجة هذه التطورات فضلاً عن توفير الكفاءات والدعم المالي الكافي من قبل الدولة [30].

المطلب الرابع

دور جهة التصديق في تحقيق الأمان للتوقيع الإلكتروني

عرف القانون الفرنسي مقدم خدمة التوثيق في المرسوم 272 لسنة 2001م بأنه" أي شخص يقدم شهادات التصديق أو خدمات أخري في مجال التوقيع الإلكتروني"[31]. وضماناً للتأكد من أن هوية الشخص مصدر المحرر الإلكتروني والتأكد من إعداده وحفظه في ظروف تضمن سلامته أنشأ القانون الفرنسي ما يسمي بسلطة أو مقدم التصديق الإلكتروني التي يتم التأكد من خلالها بأن المحرر الإلكتروني صدر من الموقع عليه وليس من شخص أخر باستخدام تقنيات محددة منها تقنية التشفير. ولضمانً لإعداد المحرر الإلكتروني وحفظه في ظروف تضمن سلامته، تطلب المشرع الفرنسي حفظ المحرر الإلكتروني في ثوبه الأصلي على حامل أو وسيط إلكتروني قد يكون قرصاً مدمجاً أومرناً أو فيديو أو في ذاكرة الحاسوب نفسه أو غير ذلك من الوسائل المتاحة في الوقت الحالي أو التي سيكشف عنها التطور العلمي مستقبلا، على أن يكون لهذا الحامل صفة القابلية للاستمرار مدة محددة حتى يمكن استرجاع البيانات المدونة به خلال مدة صلاحيته.

كما تطلب القانون حفظ المعلومات الجوهرية الواردة بالمحرر، وبالأخص تاريخ ومكان إرساله واستلامه وسداد الثمن والأجرة المتفق عليها، إلى غير ذلك من البيانات بما يحفظ حقوق طرفي المحرر وكل من له صلة به، علاوةً على تحديد الجهة المرسلة والجهة المستلمة للمحرر [32].

وقد عرف المنظم السعودي جهة التصديق في المادة الأولي/21 بأنها" شخص مرخص له بإصدار شهادات التصديق الرقمي، أو أية خدمة أو مهمة متعلقة بها وبالتوقيعات الإلكترونية وفقا لهذا النظام [33]. ويسأل مصدر الشهادة [34] عن صحة البيانات الواردة بها وقت تسليمها وصحة العلاقة بين صاحب الشهادة وبياناتها

الإلكترونية ويتحمل المسؤولية عن الضرر الذي لحق بالشخص الذي وثق بحسن نية بصحة الشهادة [35]. وقد أنشأ المنظم السعودي المركز الوطني للتصديق الرقمي للإشراف على المهمات المتعلقة بالتصديق الرقمي وإدارتها، واعتماد شهادات التصديق الرقمي الصدارة من جهات أجنبية خارج المملكة وتعامل معامل الشهادات الصادرة من داخل المملكة وفقاً للضوابط التي تحددها اللائحة التنفيذية [36].

وفي مصر عرف المشرع المصري في اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني الجهة المعنية بإصدار شهادات التصديق وهي الجهة المرخص لها بإصدار شهادات التصديق الإلكتروني وتقديم خدمات تتعلق بالتوقيع الإلكتروني [37].

وتقوم هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات بمنح ترخيص للجهات التي تقوم بإصدار شهادات التصديق لمدة محددة من خلال منافسة علنية. ولا يجوز للمرخص له التنازل عن الترخيص أو الاندماج في جهة أخرى أو التوقف إلا بموافقة كتابية مسبقة من الهيئة.

وتعتبر بيانات التوقيع الإلكتروني والوسائط الإلكترونية التي تقدمها الجهة المرخص لها بإصدار شهادات التصديق الإلكتروني سرية، ولذلك لا يجوز لمن حصل عليها أو اطلع عليها بحكم عمله إفشاؤها للغير أو استخدامها في الغرض الذي خصصت له. كما تختص الهيئة باعتماد شهادات التصديق الإلكتروني الصادرة عن جهات أجنبية خارج مصر، وبالتالي يكون لها نفس الحجية التي تكون لشهادات التصديق الصادرة داخل مصر. وتربط شهادة التصديق الإلكتروني بين الموقع وبيانات التوقيع [38].

وفي الجزائر عرف المشرع الجزائري جهة التصديق في المادة 14/2 من بأنها" شخص طبيعي أو معنوي يقوم بمنح شهادات تصديق إلكتروني موصوفة أو قد يقدم خدمات أخرى في مجال التصديق الإلكتروني". كما حدد المادة 15 من ذات المقصود بشهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة التي ينبغي أن يتوافر فيها متطلبات معينة وهي:

- يجب أن تمنح من قبل طرف ثالث موثوق أو من قبل مؤدى خدمات التصديق الإلكتروني طبقاً لسياسة التصديق الإلكتروني.
- أن تمنح للموقع دون سواه.
- يجب أن تتضمن على الخصوص:

1. إشارة تدل على أنه منح هذه الشهادة على أساس أنها شهادة تصديق إلكتروني موصوفة.
2. تحديد هويّة الطرف الثالث الموثوق أو مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني أو المرخص له المصدر لشهادة التصديق الإلكتروني وكذا البلد الذي يقيم فيه.
3. اسم الموقع أو الاسم المستعار الذي يسمح بتحديد هويته.
4. امكانية إدراج صفة خاصة للموقّع عند الاقتضاء، وذلك حسب الغرض من استعمال شهادة التصديق الإلكتروني.

5. بيانات تتعلق بالتحقق من التوقيع الإلكتروني، وتكون موافقة لبيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني.
6. الإشارة إلى بداية ونهاية مدة صلاحية شهادة التصديق الإلكتروني.
7. رمز تعريف شهادة التصديق الإلكتروني، التوقيع الإلكتروني الموصوف لمؤدي خدمات التصديق الإلكتروني أو للطرف الثالث الموثق الذي يمنح شهادة التصديق الإلكتروني.
8. حدود استعمال شهادة التصديق الإلكترون عند الاقتضاء، حدود قيمة المعاملات التي قد تستعمل من أجلها شهادة التصديق الإلكتروني عند الاقتضاء، الإشارة إلى الوثيقة التي تثبت تمثيل شخص طبيعي أو معنوي آخر عند الاقتضاء.

وحدد المشرع السلطة الوطنية المختصة بالتصديق الإلكتروني مبيناً اختصاصها ودورها في مراقبة مؤدي خدمة التصديق الإلكتروني[39].

ولم يكتف المشرع الجزائري بهذا الحد بل وضح اختصاص مصدر شهادة التصديق الإلكتروني، ومسؤوليته عن الأضرار التي تلحق بالشخص الطبيعي أو المعنوي أو بأي هيئة اعتمدت على البيانات الواردة بشهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة وقت المنح، والأضرار التي تقع في حالة عدم التأكد من أن الموقع الذي تم تحديد هويته في شهادة التصديق الإلكتروني يحوز كل بيانات إنشاء التوقيع الموافقة لبيانات التحقق من التوقيع المقدمة أو المحددة في شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة، وكذا الأضرار الناشئة عن عدم التأكد من إمكانية استعمال بيانات إنشاء التوقيع والتحقق منه بصفة متكاملة . كما يسأل عن الأضرار التي تقع في حالة عدم إلغاء شهادة التصديق الإلكتروني. ويعفي مقدم خدمة التوثيق من المسؤولية إذا ثبت أنه لم يرتكب أي إهمال[40].

ولكي تحظي جهة التصديق بثقة المتعاملين معها يتعين ألا يكون لها مصلحة بشأن الصفقة التي أنشئت من أجلها رسالة البيانات المذيلة بالتوقيع، كما ينبغي أن تمسك سجل تدون به هذه الشهادات وتحتفظ به لمدة معينة يحددها القانون، وذلك للرجوع إليه عند الحاجة[41].

ونخلص مما سبق أن المشرع اتبع في تعريفه لجهة التصديق اتبع نفس التعريف الذي ذكره المشرع الفرنسي. ويحمد للمشرع الجزائري عندما بين اختصاصات جهة إصدار شهادة التصديق مشدداً على مسئوليتها في حالة إصدار شهادة التصديق دون التأكد من هوية الموقع ومصداقية بيانات التوقيع وذلك على هدي المشرع الفرنسي والمصري والنظام السعودي.

أولاً النتائج:

- لا يوجد تعريف موحد للتوقيع الإلكتروني سواء من الناحية الفقهية أو التشريعية، فقد تعددت التعريفات بحسب الزاوية التي ينظر إليه منها. وانتهينا إلى وضع تعريف للتوقيع الإلكتروني بأنه التوقيع الذي يصدر من الشخص وفقاً للضوابط القانونية والفنية الحالية والمستقبلية ويربط بين الموقع وبيانات المحرر أيا كان مكان التوقيع.

- يوجد للتوقيع الإلكتروني أشكال وصور متعددة منها التوقيع البيومتري والتوقيع بالقلم الإلكتروني والتوقيع الرقمي ولكل منهم عيوبه ومميزاته وحجيته في الإثبات وانتهينا إلى أن التوقيع الإلكتروني يتمتع بمجوعة من المميزات تتمثل في:
  1. التنفيذ عن بعد بنسخة مطابقة.
  2. لا يتطلب صفحات أولية للعقود.
  3. توحيد التوقيع في كل العقود.
  4. عدم وجود تقابل جسدي.
  5. إتاحة الوثائق للأطراف بمجرد التوقيع عليها.
  6. يوجد له قوة في الاثبات.
- يوجد للتوقيع الإلكتروني حجية مماثلة للتوقيع التقليدي إذا توافرت الشروط التي يتعين توافرها في التوقيع التقليدي بجانب الشروط الفنية التي يلزم توافرها وفقاً للأنظمة واللوائح النافذة في هذا الشأن. كما أعطي المشرع المصري والجزائري والفرنسي والنظام السعودية حجية للصورة الورقية بقدر مطابقتها للأصل. علاوةً على ذلك أن التوقيع الإلكتروني يعتمد على شهادة المصادقة الإلكترونية الصادرة عن الجهات المرخص لها. ومن المبادئ المستقرة في الإثبات لا يجوز للشخص أن يصطنع دليلا ضد نفسه. فهذا المبدأ قد يمثل عائقاً بشأن الأخذ بالمحرر الإلكتروني في الإثبات إذا كان الأطراف غير متكافئين أو كان أحدهم يعتمد على تسجيل معاملاته على دعائم إلكترونية ولدية القدرة الفنية على إدارة النظام المعلوماتي، ويتحكم بذلك في مستندات التعاقد وكذلك القدرة على استرجاعها عند الحاجة بينما لا يستطيع الطرف الآخر ذلك.
- وتجدر الإشارة أخيراً إلى أن المشرع المصرع والفرنسي والجزائري وضعوا شكلا معينا للتوقيع المعتمد قانوناً. فالتوقيع المعتمد قانوناً يجب أن يكون في شكل إمضاء أو بصمة أو ختم والتوقيع الإلكتروني لا يتحقق فيه ذلك. فالتوقيع الالكتروني هو مجموعة من الإجراءات تؤدي في النهاية إلى تحقق نتيجة محددة وهو أن كان من الناحية الموضوعية يحقق نفس الدور الذي يلعبه التوقيع التقليدي إلا أنه يختلف عنه من الناحية الشكلية اختلافاً جوهرياً. لهذا اتجه في الواقع العملي إلى تنظيم مخرجات الحاسوب لأنها محل شك لذلك اتجه كثير من البنوك إلى تنظيم حجية مخرجات الحاسب عن طريق الاتفاق.
- ويعتبر الاتفاق ملزماً لأطرافه طالما لم يتضمن شرطاً تعسفياً أو مخالفاً لمبادئ الإثبات المستقرة. فالاتفاق على التوقيع الإلكتروني يكون صحيحاً وعلى القاضي قبول التوقيع الصادر وفقاً لهذا الاتفاق. ولكن إذا كان الاتفاق مخالفاً لمبادئ الإثبات المستقرة فإنه ينطوي على خطورة كبيرة لأنه يعطي المحررات الموقعة إلكترونياً حجية أقوى من حجية المحررات العرفية في الإثبات. كما يعطيها حجية مطلقة لأن الشخص المدعى عليه لا يستطيع إنكارها بل عليه إثبات عكس ما ورد بها. علاوةً على مساواة المحررات الموقعة إلكترونياً التي لا يتوافر فيها عناصر الدليل الكتابي الكامل لحجية المحررات الرسمية التي لا يمكن الطعن عليها إلا بالتزوير. ومن هنا يمكن اعتبار الشرط الذي يضفي حجية معينة على التوقيع الإلكتروني ويمنع من إثبات عكس ما ورد بالمحرر الإلكتروني، يعتبر قيد قانونياً على حرية الإثبات وهو أمر متعلق بالنظام

العام ولا يجوز الاتفاق على خلافه. لهذا يجب على القاضي التدخل لحماية الطرف الضعيف إذا وجدت مثل هذه القيود.

- وتلعب جهة التصديق دوراً هام في تحقيق الأمان الإلكتروني حيث أنشأ المشرع الفرنسي والمصري والجزائري والنظام السعودي الجهة المختص بالترخيص لجهات معينة بإصدار شهادات التصديق والتأكد من هوية الموقع ومدى ارتباط المستند به. كما قرر المشرع المصري والفرنسي والجزائري والنظام السعودي بأن البيانات الواردة في المستند سرية. وتثار مسؤولية الموظف عند حدوث أي ضرر ولا يعفي من المسؤولية إلا إذا ثبت بأنه لم يقع منه أي إهمال وهذا ما أكده المشرع الجزائري.

ثانياً: التوصيات:

- العمل على إيجاد بنية تشريعية مناسبة، من خلال التنظيم القانوني لوسائل الاتصال الحديثة والاعتراف بمخرجات الحاسوب ومنحها الحجية الكاملة في مجال الإثبات.
- تطوير آليات إنشاء التوقيع الإلكتروني بصفة مستمرة والتخزين الآمن له وإنشاء محفظة إلكترونية للموقع بما يتماشى مع التقنيات الحديثة، حتى لا يمكن تزويره من قبل الأشخاص التي لديها خبرة في مجال الدخول للأنظمة الإلكترونية، خاصة أنه من المستحيل التمييز بين التوقيع الإلكتروني المزور والأصلي.
- عدم التوسع في استخدام التوقيع الإلكتروني لأنه يثير العديد من الصعوبات العملية والقانونية والفنية، وذلك لأن الكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني لا يستخدم في كل التصرفات القانونية، فعلي سبيل المثال، لا يمكن استخدامه في الطلاق والزواج والأوراق المالية لأن القانون يعتمد فيها على الدليل التقليدي.
- نوصي المشرع المصري والجزائري بتعديل المادة 327 من القانون المدني الجزائري والمادة 14 من القانون المدني المصري لأن المشرعين وضعوا شكلا معينا للتوقيع. فالرموز التي تم استخدمها كبديل للتوقيع لا تقبل أن تكون بديلا عن البصمة أو الختم أو التوقيع التقليدي لأنهما يتطلبان وجود الشخص وهذا لا يتوافر بالنسبة للرقم السري وبهذا لا يمكن الاعتماد على الرقم السري، كبديل للتوقيع التقليدي، الذي يعتبر من مخرجات الحاسوب في الإثبات بوجه عام. لهذا يتعين تعديل هاتين المادتين بحيث تسمحان بقبول أي إجراء غير التوقيع أو البصمة أو الختم لأن العبرة بجوهر التوقيع والغرض منه وليس بشكله.

الهوامش:

(1) ندى حمزة صاحب، الحجية المستندية وطرق الطعن فيها، دراسة مقارنة، لارك للفلسفة واللسانيات والعلوم الاجتماعية، العدد الثاني والعشرون، 2016، ص296.

(2) أحمد سعيد شرف الدين، حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات، أعمال ملتقيات وندوات: النظم والقواعد القانونية للتجارة الإلكتروني، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، 2008، ص6-7.

(3) انظر قانون رقم 15-4 المتعلق بالتوقيع والتصديق الالكترونيين، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية، العدد السادس، 10 فبراير 2015.

(4) القانون رقم 15 لسنة 2004 بشأن تنظيم التوقيع الالكتروني وإنشاء هيئة تنمية صناعية تكنولوجيا المعلومات، العدد 17، 22إبريل 2004.

(5) انظر المرسوم الملكي رقم (م/18) الصادر في 1428/3/8 هـ.

(6) سعيد السيد قنديل، سعيد السيد قنديل، التوقيع الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة،2006، ص12.

(7) المادة 4/2 من القانون رقم 15-04المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية، العدد السادس، 2015.

(8) أسامة بن غانم العبيدي، حجية التوقيع الالكتروني في الإثبات، بحث منشور في المجلة العربية للدراسات الأمنية الناشر، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، المجلد 28، العدد 56، 2012، ص152-153.

(9) عبير ميخائيل الصفدي، النظام القانوني لجهات توثيق التوقيع الإلكتروني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2009، ص43.

(10) حسن معبد الباسط جميعي، اثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت، دار النهضة العربية، 1998، ص42 وما بعدها.

(11) لورنس محمد عبيدات، إثبات المحرر الإلكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٩، ص144.

(12) فطيمة الزهراء مصدق، التصديق الإلكتروني كوسيلة لحماية التوقيع الإلكتروني، بحث منشور في مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجل الخامس، العدد الأول، 2020، ص37.

(13) see Ali Al-Zubi and . Bassam Al-Trawneh, The Electronic Signature and the Problems of Its Practical Applicable, International Journal of Humanities and Social Science, Vol. 6, No. 12; December 2016, p70.

(14) see Ali Al-Zubi and . Bassam Al-Trawneh, The Electronic Signature and the Problems of Its Practical Applicable, International Journal of Humanities and Social Science, Vol. 6, No. 12; December 2016, p70.

(15) القانون رقم 15 لسنة 2004 المتعلق بتنظيم التوقيع الإلكتروني وإنشاء هيئة صناعة تكنولوجيا المعلومات، الجريدة الرسمية، العدد 17 (د)، 22 إبريل 2004.

(16) انظر المادة 16 والمادة 17 من قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004.

(17) أحمد السعيد شرف الدين، مرجع سابق، ص132.

(18) بسمة فوغالي، إثبات العقد الإلكتروني وحجيته في ظل عالم الإنترنت، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد لمين دباغين- سطيف 2، 2014-2015، ص23.

(19) أمينة كوسام، مرجع سابق، ص75.

(20) انظر القانون المدني الجزائري الصادر في 2007 متوفر على الموقع الآتي https://www.joradp.dz/trv/acivil.pdf

(21) انظر نظام التعاملات الإلكترونية السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/18 المؤرخ في 1428/14/3/8.

(22) نافذ ياسين محمد المدهون، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2007م، ص1432.

(23) عبد الله أحمد عبد الله، حجية التوقيع الإلكتروني في القانون الأردني، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، عمان، الأردن، 2005، ص89.

(24) محمد مرسي زهرة، مدى حجية التوقيع الالكتروني في الإثبات، دراسة مقارنة، بحث منشور في جمعية الاجتماعيين في الشارقة، المجلد الثاني عشر، العدد الثامن والأربعون، 1995م، ص101-102.

(25) علاء محمد عيد نصيرات، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آل البيت، 2003، ص81.

(26) سعيد السيد قنديل، مرجع سابق، ص44.

(27) والتي تنص على أنه" يعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة إصبعه مالم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه....."انظر القانون المدني الجزائري رقم 75-58 الصادر في 26 سبتمبر 1975م.

[28] حيث تنص على أنه " يعتبر المحرر العرفي صادرا ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب اليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة ...." أنه انظر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ بإصدار قانون الإثبات في المواد المدينة والتجارية المصري والمعدل بالقانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ والقانون ١٨ لسنة ١٩٩٩.

[29] عبد الله أحمد عبد الله، مرجع سابق، 68.

[30] see Ali Al-Zubi and . Bassam Al-Trawneh.op.cit. p.71-72.

[31] يوسف مسعودي، مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الاثبات في التشريع الجزائري: دراسة على ضوء أحكام القانون 15 - 40، بحث منشور في مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد الحادي عشر، 2017، ص90.

[32] محمود عبد الرحمن محمد، مدى حجية الوسائل الإلكترونية في إثبات المعاملات المدنية والتجارية والإدارية طبقاً لقانون المعاملات الإلكترونية الكويتي، دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد الأول، السنة السادسة، مارس 2018م، ص157.

[33] انظر نظام المعاملات الإلكترونية السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/18 في 1428/3/8هـ

[34] انظر نظام المعاملات الإلكترونية السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/18 في 1428/3/8هـ

[35] انظر المادة 20 من نظام المعاملات الإلكترونية السعودية.

[36] انظر المادة 16 والمادة 17 من نظام المعاملات الإلكترونية السعودية.

[37] اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني المصري والمعدلة بالقرار رقم 2020/361 المؤرخ في 2020/4/19. متوفرة على الموقع الآتي https://itida.gov.eg/English/Documents/3.pdf

[38] انظر المادة 1 والمادة 19 والمادة 20 والمادة 21 والمادة 22 من قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004.

[39] انظر القانون رقم 15-04 لسنة 2015 المتعلق بالتوقيع والتصديقيين الإلكترونيين بالجزائر.

[40] انظر المادة 51 والمادة 52 والمادة 53 والمادة 54 من القانون رقم 15-04 لسنة 2015 المتعلق بالتوقيع والتصديقيين الإلكترونيين بالجزائر.

[41] عبد الله أحمد عبد الله، مرجع سابق، ص98.

القاضي الإداري وإثبات مقبولية الكتابة الرقمية

أ.د/ سلطاني آمنة
جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي (الجزائر)
soltani_amna@yahoo.com

ط.د/ عزوي محمد
جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي (الجزائر)
azouimohammedarris05@gmail.com

ملخص:

ظهرت خلال السنوات القليلة الماضية العديد من النصوص القانونية المتعلقة بتكنولوجيا المعلومات والاتصال والتي تدفع الى تطوير القوى المنتجة؛ وتشكل تحديات جديد للممارسات القانونية النظرية والعملية؛ أين يتم حاليا تنفيذ عدد متزايد من المعاملات باستخدام الوسائل الإلكترونية؛ كما أصبح مهَّم الاعتراف بوجودها من أجل التمكن من المطالبة بالحقوق المرتبطة بها؛ فمصطلح الأدلة الالكترونية مقبول بالفعل في تشريعات وممارسات قضائية للعديد من الدول.

تُعَدُّ الأدلة الالكترونية سهلة نسبيا لأطراف الدعوى لتقديمها في المحكمة والاحتفاظ بها؛ وفي نفس الوقت أمرا مبتكرا لدرجة أنه لا يمكن أن يكون بدون عواقب اجتماعية واقتصادية حيث أدى ظهور ناقل جديد للقانون الى ظهور مهن جديدة.

كما أضفى الطابع غير المادي للمستندات أي الكتابة الالكترونية عاملاً متجهًا لتحسين جودة العدالة من حيث أنها توفر أدوات تحكم تتيح تحقيق مكاسب في الفعالية والكفاءة؛ تسمح للقاضي بإجراء عمليات بحث أسرع في المقابل سيستفيد من تسريع الوقت وتقليص المساحة للتفكير وتطوير الحل الأنسب؛ ومع ذلك غالبًا ما يُنظر إلى القانون على أنه عائق أو على الأقل، كعامل من عوامل انعدام الأمن من قبل الجهات الفاعلة وجميع المستخدمين المحتملين؛ فمن المحتمل أن يولد البعد القانوني العديد من المخاطر التي يجب تقييمها عندما يفتح شخص (طبيعي أو قانوني، خاص أو عام) موقعًا على الإنترنت يجب أن تتوافق الموثوقية الفنية والأمان مع الأمان القانوني في هذا المجال، يساهم القانون في الثقة؛ بدونها، لن تكون قواعد الإثبات الإلكترونية قادرة على إفادة أكبر عدد ممكن من المتقاضيين ،أو توليد قيمة مضافة وخلق قيمة كجزء من الدخول إلى مجتمع المعلومات.

الكلمات المفتاحية: الكتابة الإلكترونية؛ الأدلة الإلكترونية؛ التوقيع الإلكتروني؛ مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني؛ التصديق الإلكتروني؛ الوسائط الإلكترونية؛ القاضي الإداري.

مقدمة:

يسعى القانون إلى إثبات مقبولية الكتابة الرقمية الأصلية أمام المحاكم المدنية والإدارية على حد السواء، فمن الواضح أن مسؤولية الكتابة الإلكترونية مطلوبة لأغراض قبولها كوسيلة من وسائل الإثبات على أن يحدد الدليل كتابيًا بطريقة عامة بما يكفي ليشمل المستندات الورقية والإلكترونية ؛يُكلف القاضي بمهمة تسوية تضارب الأدلة ، على سبيل المثال الحالات التي يتعارض فيها المستند الإلكتروني والوثيقة الورقية

فعلى سبيل الإثبات في القانون الإداري تكون الوقائع القانونية أي الأدلة مجانية والقاضي هو صاحب السيادة في اتخاذ قرار بشأن مقبولية الأدلة وجودتها، ومن الضروري بالطبع الانتباه إلى حقيقة أن الأحكام القانونية والتنظيمية الدقيقة التي حددها القانون رقم 15-04 المؤرخ في أول فبراير سنة 2005 والمتعلق بالتوقيع و التصديق الإلكترونيين[1] تؤطر أحياناً مسألة الاحتفاظ بمثل هذا المستند أو ذاك، كما يمكن للقاضي أن يحصل على جميع وسائل الإثبات المقدمة له من قبل أطراف النزاع (الكتابة، والشهادة، وما إلى ذلك). لكن لإقناع القاضي، يجب أن تكون هذه الأدلة ذات موثوقية؛ قراران في مجلس الدولة الفرنسي يوضحان هذا المطلب في السياق الإلكتروني[2].

ومع ذلك سيتمكن القضاة الإداريون من استخدام المبادئ والشروط والإجراءات الموضوعة لصحة الكتابة الإلكترونية للاستلهام منها إذا لزم الأمر؛ ويترتب على ذلك أنه لإقناع القاضي الإداري، يجب أن تكون الكتابة في الشكل الإلكتروني كدليل مفهومة للبشر وهو ما أشارت إليه المادة (08) من القانون المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع و التصديق الإلكترونيين، ويُضمن في نفس الوقت إمكانية التعرف على مؤلفها على النحو الواجب وأن تكون محضرة ومخزنة بطريقة موثوقة لضمان سلامتها وفق ما نصت عليها المادة (04) من القانون المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع و التصديق الإلكترونيين؛ حيث جاء بها: ((**تحفظ الوثيقة الموقعة إلكترونيا في شكلها الأصلي ؛ ويتم تحديد الكيفيات المتعلقة بحفظ الوثيقة الموقعة إلكترونيا عن طريق التنظيم**))[3]، هذا النهج إيجابي لأنه يسعى لتحقيق أهداف تعديل قانون الإجراءات المدنية و الإدارية حتى و لو كان ينطبق فقط على الوسائط الإلكترونية؛ و يبدو بأن المشرع الجزائري هنا قد أقر بدور إثباتي للوثيقة الإلكترونية ،وبالتالي، فإنه من أجل إقناع القاضي الإداري، وهو الغرض ذاته من الإثبات، سيكون من الضروري أن تستند الكتابة في شكل إلكتروني إلى عملية تضمن مثل هذه المتطلبات؛ مثل ما هو معترف به في المواد (06)و (07) و (08)من القانون المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، وبمجرد استيفاء عملية التوقيع الإلكتروني المستخدمة للشروط المنصوص عليها في القانون أعلاه؛ سيحتفظ القاضي بالتالي بسلطته في تفسير القانون؛ و سيتعين عليه التحقق من صحة اصطلاحات الإثبات.

تمنح هنا ضمن أطر الإثبات الإدارية للقاضي الإداري السلطة السيادية في تقييم الأدلة المستندية وأيها الأكثر ترجيحًا؛ اعتمادًا على القضية المحددة المعروضة عليه؛ ويُعَدُ معيار الاحتمال هو الأصل الفقهي، الذي تم استدعاؤه مؤخرًا من قبل فقه العقيدة المتعلقة بالأدلة التكنولوجية لإزالة أي لبس فيما يتعلق بالتكافؤ الإثباتي القائم بين الكتابة في شكل إلكتروني والكتابة على الورق.

تحاول المداخلة البحث عن شروط وعلميات التحقق التي يجريها القاضي الإداري على الوثيقة الإثباتية الالكترونية من خلال إضفاء الطابع الرسمي على المستند والنظر في الحلول التقنية المناسبة التي تجعل من الممكن تكوين مجموعة أدلة والتي ستترك للقاضي البحث في مخاطر القضية والاعتقاد بصحة وسلامة الوثيقة والمستندات من عدمها؟ **وعليه فإن إشكالية المداخلة تتمحور حول مدى مقبولية صحة الكتابة الرقمية لدى القاضي الإداري كدليل إثبات؛ وماهي الشروط المستوجبة لذلك؟ وأين يمكن البحث عن مجال حريته؟**

للإجابة على الإشكال سنتطرق هنا إلى نقطتين أساسيتين تكمن فيهما مواطن الإجابة؛ وهما: شروط مقبولية الكتابة الإلكترونية عند القاضي الإداري **في مبحث أول** وتقييم الأدلة الإلكترونية عند القاضي الإداري بين صحة الكتابة والشوائب **في مبحث ثانٍ**.

المبحث الأول:

شروط مقبولية الكتابة الإلكترونية عند القاضي الإداري

تُعَدُ أدلة الكتابة الإلكترونية الإثبات الحرفي أو الكتابي ويكون **"ناتج عن سلسلة من الأحرف أو الأحرف أو الأرقام أو أي إشارات أو رموز أخرى ذات معنى واضح، مهما كانت وسيلتها وطرق نقلها"**. (4)

كما يُعَرف الدليل المكتوب واسع النطاق، والذي سيشمل أي طريقة إرسال بما فيها الكتابات المستقبلية الناتجة من أجهزة الكمبيو شرط استدامة مضمونها؛ وقد حدد المشرع أن الكتابة بالشكل الإلكتروني تُقَبل كدليل على غرار الكتابة على الورق؛ بشرط أن يكون من الممكن التعرف على الشخص الذي انبثقت منه وأن تكون محررة ومحفوظة في ظروف ضمان سلامتها، لذلك فإن المبدأ واضح.

إن التسلسل الهرمي بين الكتابات الأصيلة والكتابات الخاصة ينبع مصدره من القانون الذي يعطي ثقة أكبر لأحدهما فيما يتعلق بالآخر؛ وبالفعل، فإن الفعل الصحيح صاغه طرف ثالث مستقل يسمى سلطة التصديق أو "مزود خدمة التصديق" ووفقاً لنص المادة (15) **"شهادة التصديق الإلكتروني تتوفر فيها المتطلبات الآتية: 1-أن تمنح من قبل طرف ثالث موثوق أو من قبل مؤدي خدمات تصديق إلكتروني، طبقا لسياسية التصديق الإلكتروني الموافق عليها"**.(5)

يفرض القانون التوقيع على الكتابات لأغراض صحتها؛ وفي ظل غياب هذا الشرط القانوني لا يمكن للكتابة أن تفي بغرضها الإثباتي؛ هذه الجزئية تلفت انتباهنا إلى أن إن التوقيع اللازم لإتمام عمل قانوني يحدد هوية الشخص الذي يلصقه؛ ويوضح موافقة الأطراف على الالتزامات الناشئة عن هذا الفعل؛ عندما يثبته موظف عمومي، يضفي عليه صحة الفعل.

وعليه فإنه عندما تكون الكتابة إلكترونية، تكون التقنية كذلك مطلوبة لتلبية جميع متطلبات القانون من استخدام عملية تحديد موثوقة تضمن ارتباطه بالفعل المرتبط به؛ ويُفترض موثوقية هذه العملية إلى أن يثبت خلاف ذلك، عند إنشاء التوقيع الإلكتروني، يتم ضمان هوية الموقّع وسلامة الفعل، وفقًا للشروط التي يحددها القانون.

وفي هذا الصدد حدد القانون رقم 15-04 مؤرخ في أول فبراير سنة 2005، المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين التوقيع الإلكتروني الآمن على أنه مستوفٍ بالإضافة إلى المتطلبات التالية: تحديد هوية الشخص الذي يلصقها وإبداء الموافقة على الالتزامات التي تم الدخول فيها لمفهوم التوقيع؛ وعليه فإن المذهب التشريعي، ولعدة سنوات قد وضع بالفعل المعالم الأولى لكل من الكتابة والتوقيع الإلكتروني. مع ضمان الفعل الذي تم إرفاقه برابط بحيث يكون أي تعديل لاحق للفعل قابلاً للاكتشاف؛ كما أنه لا يجوز رفض الأثر القانوني والمقبولية للتوقيع الإلكتروني كدليل في المحكمة لمجرد أن هذا التوقيع هو في شكل إلكتروني أو أنه لا يفي

بمتطلبات التوقيع الإلكتروني المشروط؛ فالأثر القانوني لتوقيع إلكتروني مؤهل يعادل الأثر القانوني للتوقيع بخط اليد.

سنركز في مناقشة هذه الجزئية على تحديد الأسس القانونية للكتابة الرقمية والتي تدخل في صلاحيات القاضي الإداري فيما يتعلق بتقييم الأدلة الإلكترونية من خلال تحديد هوية الشخص الذي صدرت منه الكتابة **في مطلب أول**؛ وضمان الفعل الذي تم إرفاقه برابط (بحيث يكون أي تعديل لاحق للفعل قابلاً للاكتشاف) **في مطلب ثانٍ.**

المطلب الأول: تحديد هوية الشخص الذي صدرت منه الكتابة

يختلف تحديد هوية الشخص الذي صدرت منه الكتابة عن هوية حامل أداة التوقيع الإلكتروني في أنه **"من الضروري التمييز بين الطرق التي تسمح بتحديد عنصر النظام وتلك التي تسمح بتحديد هوية المرسل"**، بدلاً من الإشارة إلى مفهوم التعريف بالنسبة للمشرع، **((كان من الأفضل الاعتماد على فكرة الإسناد إلى المؤلف في الواقع، عند استخدام بطاقات ذكية بأرقام تعريف شخصية مكونة من أربعة أرقام PIN) أو PINللاختصار الإنجليزي) أو شهادات التوقيع - سواء كانت على وسائط مادية (مثل البطاقات الذكية). رقاقة أو بطاقات (PCMCIA ، أو على البرامج الوسائط - التي تتطلب إدخال سلسلة من الأرقام والحروف بين ثمانية وخمسة وعشرين حرفًا - لا نحدد بشكل مباشر الشخص الذي ينطلق منه الفعل ، لكننا نحدد الشخص الذي سينسب إليه الفعل))** [6]؛ و عليه اعتبرت الغرفة التجارية لمحكمة النقض بتاريخ 2 ديسمبر 1997 ، أن **"الكتابة التي تشكل ، ... ، فعل القبول يمكن إثبات التنازل أو التعهد بمطالبة مهنية وتخزينها في أي وسيط ، بما في ذلك عن طريق الفاكس ، بمجرد التحقق من سلامتها ومساءلة محتواها أمام مؤلفها المعين ، أو عدم التنازع عليها"** [7].

وبناء عليه فإنه من الضروري التحقق من المساءلة أمام المؤلف المعين، والتي يبدو أنها وردت في القانون، ولكن على نطاق أوسع، باستخدام مصطلح " الموصوف " بعد كلمة "يعتبر التوقيع الإلكتروني "؛ هذا يعني أن تحديد (الكتابة في شكل إلكتروني) يجب أن يتم "كما ينبغي" أو "وفقًا للنماذج المحددة"، أي عن طريق التحقق؛ وهو ما أشارت إليه المادة (12) يجب أن تكون آلية تحقق من التوقيع الإلكتروني الموصوفة موثوقة[8].

علاوة على ذلك، نظرًا لأن التعريف هو وظيفة نموذجية للتوقيع، وليس للكتابة نفسها، لم تكن هناك حاجة لهذه الوظيفة القانونية في سياق الكتابة لأن الفعل القانوني في شكل إلكتروني له نفس القوة الإثباتية عندما يلاحظ الحقوق والالتزامات موقعة ؛حيث يستعمل التوقيع الإلكتروني لتوثيق الموقع و إثبات قبوله مضمون الكتابة في الشكل الإلكتروني[9] من خلال التوقيع الرقمي، سيكون الشخص المحدد هو الشخص الذي يظهر في الشهادة كموقع؛ وهو شخص طبيعي يحوز بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني و يتصرف لحسابه الخاص أو لحساب الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يمثله[10]؛ يستعمل التوقيع الإلكتروني لتوثيق هوية الموقع وإثبات قبوله مضمون الكتابة في الشكل الإلكتروني من الواضح، من الناحية العملية، أن الرمز أو كلمة المرور يمكن إعطاؤها جيدًا لأحد أقاربه أو لموظف في الشركة أو القسم. في هذه الحالات، لا ينبع الفعل مباشرة من الشخص

الذي تم تحديد هويته، ولكن من شخص آخر ودون أن نكون قادرين على معرفته على وجه التحديد لأن رمز التفعيل صحيح تمامًا .

كما تعتمد أنظمة التوقيع الإلكتروني إلى حد كبير على الثقة الموضوعة في سلطات التصديق (مقدمو خدمات التصديق) وهم أشخاص طبيعيون أو معنويين يقومون بمنح شهادات تصديق إلكتروني موصوفة والتي تعتمد فعليًا على سلطات التسجيل[11]. لهذه الأسباب، كان من الأفضل استخدام فكرة نسب الفعل إلى مؤلفه، بدلاً من التحديد الذي يجعل الازدواجية غير الضرورية وغير المناسب.

أن تكون خاصة بالموقع؛ يتم الاعتراف بالتوقيع الإلكتروني المشروط الذي يستند إلى شهادة مؤهلة صادرة كتوقيع إلكتروني مؤهل ؛عندما تفحص قانون الإثبات والتوقيع الإلكتروني نرى أن المشرع ركز على الالتزامات المتبادلة بين جهة التصديق و مستخدم الشهادة يشير هذا الموقف إلى أهمية الدور الممنوح لآلية إصدار الشهادة كما تعكس الرغبة في تقديم ضمانات قانونية أخرى لاستخدام نظام الكمبيوتر كناقل للقانون حيث يقوم في نفس على أساس أمن الإجراءات الفنية التي تستخدم من قبل أطراف الإجراءات القانونية (المدعي؛ والمدعى عليه، المتدخل) من أجل إعطاء قوة إثبات للأعمال القانونية المكتوبة في شكل إلكتروني يحكم القانون التطورات التكنولوجية ولكنه يعتمد على الأمن الذي تولده؛ ((**وعليه أوصت به الأنستيرال في عام 1196 في القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية**))[12] ولكن بناءً على الأمن الذي تولده. الطريقة المتبعة مماثلة في تحديد المؤلف والنزاهة لمفهوم الكتابة.

المطلب الثاني: ضمان الفعل الذي تم إرفاقه برابط (بحيث يكون أي تعديل لاحق للفعل قابلاً للاكتشاف)

يُجسد مفهوم ضمان الفعل الذي يتم إرفاقه برابط سلامة مؤمنة للكتابة في الشكل الإلكتروني قبول المقبولية في طريقة إثبات الصكوك الأصلية التي تم إعدادها وحفظها على وسيط إلكتروني، الآلية المؤمنة لإنشاء التوقيع الإلكتروني؛ وهي آلية إنشاء توقيع إلكتروني تتوفر فيها متطلبات الضمان بواسطة الوسائل التقنية والإجراءات المناسبة على الأقل.

إن تحديد القيمة الإثباتية للأعمال الموضوعة على الوسائط الإلكترونية تخضع لشروط الصلاحية ؛و أنه لا يمكن عمليا مصادفة البيانات المستخدمة لإنشاء التوقيع الإلكتروني إلا مرة واحدة ، و أن يتم ضمان سريتها بكل الوسائل التقنية المتوفرة وقت الاعتماد ؛ كما أنه لا يمكن إيجاد البيانات المستعملة لإنشاء التوقيع الإلكتروني عن طريق الاستنتاج و أن يكون هذا التوقيع محميا من أي تزوير عن طريق الوسائل التقنية المتوفرة وقت الاعتماد ؛ويمنع إيجاد أو استعمال البيانات المستعملة لإنشاء التوقيع الإلكتروني المحمية بصفة موثوقة من طرف الموقع الشرعي من قبل الآخرين كما هو منصوص عليه في المادتين: (13) و(12) من القانون المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين [13].

فمن الناحية الفنية، لا توجد وثيقة ذات موثوقة، يجب فقط مراعاة السلامة؛ وقد أرفق المشرع الجزائري شرطا حاسما بقبول المسند المكتوب الحفظ الفعال للكتابة المعنية؛ كما هو مذكور على وجه

الخصوص وبالتحديد في نص المادة (04):" **تحفظ الوثيقة الموقعة إلكترونياً في شكلها الأصلي**" كما استخدام هذا الأخير مصطلح " مؤمنة " بمناسبَة الحديث عن آلية إنشاء التوقيع الإلكتروني الموصوف.

بالرجوع إلى الأنظمة القانونية، سواء كانت من القانون العام أو القانون الخاص؛ قد يشكل إدراج مصطلح الموثوقية مفهومًا غامضًا، مما يؤدي إلى مخاطر الانزلاق التقديري عند الخبراء المطلوبون لتحقيق خبرة في الموضوع؛ وعليه فإنه قد يتأثرون بهم قضاة الإثبات في نظر الدعوى

((إن الاستعاضة عن كلمة " موثوقية " بكلمة "سلامة أو مؤمنة" في القانون له ما يبرره تماما؛ فمن الصعب ضمان موثوقية الكتابة؛ وبالفعل، كيف يمكن إثبات أن "الكتابة الإلكترونية قد أُنشئت، وحُفظت بشروط تضمن موثوقيتها"؟))[14]؛ أي بمعنى سلامتها أو عبارة مؤمنة مثلما استخدمها المشرع الجزائري؛ إذا لم يتم حماية مكونات الكتابة الالكترونية فإن وجود الكتابة بحد ذاته محل تهديد؛ وعليه لا يمكن الدفاع عن الحقوق أمام القاضي في حالة النزاع؛ وبالتالي يتم تحديث الصلة بين الحفظ ومقبولية الكتابة من قبل القاضي الإداري.

((يستند التمييز بين النسخة الأصلية إلى تمايز يتعلق بطبيعة الوسيط. وهذا التمايز يتوافق مع معاملة قانونية مختلفة. والمعلومات الواردة في الوسيط الأصلي هي المعترف بها على أنها ذات قيمة إثباتية أعلى من تلك التي تظهر في النسخة.

. هذا هو السبب في أن قانون الأونسيترال النموذجي أدرج وظيفة النزاهة في مفهوم الشكل الأصلي، مثل المشرع الفرنسي خلال النصوص الخاصة الأولى التي تناولت إضفاء الطابع المادي على الفواتير والإعلانات. الإدارية بالوسائل الإلكترونية. على العكس من ذلك، يمكن للمرء أيضًا الرد بأن حقيقة توقيع المستند تمنحه جودة الكتابة بدلاً من الأصل، الذي تتمثل وظيفته الجوهرية في أن نكون صادقين.

من ناحية أخرى، فإن الأصل ليس موضوع حكم، على عكس القانون النموذجي، غالبًا ما يتم الخلط بين الأصل والكتابة، والموقع. وبالتالي، فإن النزاهة تعني أنه يتم تقديرها منذ اللحظة التي يتم فيها إنشاء المعلومات لأول مرة. أيضًا، حتى من هذه الزاوية، يبدو أن الصياغة المعتمدة قد تم اختيارها بحكمة))[15].

يبدو لنا أن الكتابة في شكل إلكتروني يجب أن يتم إنشاؤها والاحتفاظ بها في ظروف مثل ضمان سلامتها، صياغة ممتازة لأن الكتابة يتم فهمها في دورة حياتها بأكملها، من إنشاء تسجيل الكمبيوتر حتى `` انتهاء صلاحيتها "أي تخزينها هذا يجعل من الممكن تغيير الوسيط خلال هذه الفترة الزمنية التي قد تكون طويلة أو أكثر. قد ينتقل المحتوى المعلوماتي القانوني اعتمادًا على جودة الوسائط وعمرها شريطة الحفاظ على سلامتها. علاوة على ذلك، إذا نظرنا بشكل أكثر دقة حتى تتمكن الكتابة من تنفيذ دورها عندما تطور قطعة الكتابة يجب أن تتمتع وسائطها بالمتانة بحيث يمكن الحفاظ عليها في حالتها الأولية ومع ذلك فإن الخبراء يقرون بأن أدوات الكمبيوتر عمرها الافتراضي قصير نسبياً ،قد يتبع ذلك اختفاء الوثيقة الالكترونية مع اختفاء الوسيط لأن قطاع الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات يتميز بتعاقب أجيال من الكمبيوتر و أجهزة التشغيل التي لا تتوافق مع سابقتها ؛وقد عفى عنها الزمن ؛وهذا يطرح مشاكل استخدام المشرع الجزائري لمصطلح "الحفظ"

في نص المادة (04) من القانون أعلاه؛ حيث جاء به:" **تحفظ الوثيقة الموقعة إلكترونيا في شكلها الأصلي**" جب أن نوضح هنا أنه حفظ "نشط".

قد يكون الحل هو إنشاء ترحيل الملفات من خلال نسخ الملفات التي تم انتاجها باستخدام أجهزة xإلى y الأكثر حداثة حتى يمكن قراءاتها بأكثر المعدات حداثة.

كما ينبغي أن نتخيل أنه في غضون عشر سنوات أو نحو ذلك، سيكون من الممكن تقنيًا ((**أن نتمكن من صنع مزيفة غير قابلة للكشف، من خلال "كسر" مفتاح التوقيع الخاص المحفوظ مع الكتابة الإلكترونية ووظيفة تجزئة البرامج. التي ارتبطت بـ هي. مع سرعة التقدم التكنولوجي، يمكن استنتاج المفتاح أي إعادة حسابه من المفتاح العام المتاح. لذلك سنكون قادرين على إعادة سلامة زائفة، والتوقيع مرة أخرى باستخدام "المفتاح الحقيقي" الخاص. يقدر خبراء التشفير أن احتمالية كسر مفاتيح 512 بت في غضون خمس إلى عشر سنوات لا ينبغي التغاضي عنها**))[16].

وقد يكون الحل هنا هو خلق مهنة جديدة تسمى خدمة الأرشيف أرشفة يمكن للجمهور الوصول إليها وتقدم تحديثًا لطريقة الأرشفة؛ ((**سيتعين على الطرف الثالث في الأرشيف إعادة التوقيع على الرسالة أو الملف باستخدام مفتاح خاص لا يمكن انتهاكه لمدة عشرين عامًا على الأقل وإرفاق تاريخ به. هذه العملية سوف تسمح منع التكنولوجيا المستخدمة لتوقيع المفاتيح في لحظة T من أن تصبح قديمة. بمجرد ظهور الخطر، يقوم الطرف الثالث بإعادة التوقيع على جميع المستندات الإلكترونية التي تقع تحت مسؤوليته؛ كما سيكون لها دور في الحفاظ على سلامة الوثائق. في الواقع**))[17].

قد يعترض البعض من الباحثين في هذا المجال عن القانون المتضمن أدلة الإثبات الإلكتروني بما فيه الكتابة الإلكترونية كونه يعزز مسألة الاحتفاظ بالكتابات في شكل إلكتروني لأغراض الإثبات دون غيرها من المواضيع ذات الصلة؛ كطرق الأرشفة وشروطها، على المشرع فرض "الأرشفة الإلكترونية" على الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العامة. لأغراض الإثبات)، على وجه الخصوص على المعايير الحالية من حيث الدعم والحفظ.

المبحث الثاني

تقييم الأدلة الإلكترونية عن القاضي الإداري بين صحة الكتابة والشوائب

لتكييف نظام الإثبات (الأدلة) مع التقنيات الإلكترونية (EC)؛ جاء القانون رقم 15-04 مؤرخ في أول فبراير سنة 2005 ، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع و التصديق الإلكترونيين ؛ومن المفترض أن يعدل قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير 2008 ؛ مماً يؤسس لمقبولية أدلة الكمبيوتر ؛هذه الأحكام وما يليها موجودة الآن في المواد من (01) إلى (80) من قانون القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكتروني المشار إليه أعلاه ؛كما منح هذا القانون الكتابة الإلكترونية صفة الإثبات من خلال إرفاق القوة الإثباتية للكتابة الإلكترونية؛ هو ما سوف نناقشه **في مطلب أول** ، إلا أن الأمر لا يخلو من إرفاق الخبرة القضائية وهو ما سوف نتناوله **في مطلب ثانٍ**.

المطلب الأول: إرفاق القوة الإثباتية للكتابة الإلكترونية

لقد تم إدراج نص المادتين (08) و (09) من قانون القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين بموجب شرط هاتين المادتين، **"يتم إرفاق نفس القوة الإثباتية للكتابة في شكل إلكتروني عندما تؤسس الحقوق والالتزامات ويتم توقيعها."** الكتابة، كدليل، تفترض دائمًا أن المستند موقّع، بغض النظر عما إذا كان تحقيقه في شكل ورقي أو إلكتروني.

و هو ما جرى عليه مجلس الدولة الفرنسي بخصوص الأحكام المتعلقة بدعم المستندات : على سبيل المثال يتطلب القانون العام للجماعات المحلية من البلديات الاحتفاظ بسجلات المداولات و الأوامر و القرارات الخاصة بها على الورق إشارة صريحة إلى الحاجة إلى التوقيع على الوثيقة ؛ وهكذا هو الحال بشكل خاص في السجلات والمداولات و الأوامر و القرارات الخاصة الإلكترونية ؛يضاف إلى ذلك أن قانون الصحة العامة ،يذكر بانتظام المسندات الطبية التي يجب توقيعها من قبل العاملين الصحيين الذين قدموا الرعاية ؛و في حالة التقاضي أمام المحاكم الإدارية تنطوي على نسخ غير مادية من هذه المستندات ....هناك خطر يتمثل في أن القاضي يعتبر أن شروط صحة الوثيقة غير مستوفاة و يرفضها كدليل بدون التوقيع الإلكتروني و إن وقعت يدويا قبل أن تصبح غير مادية[18]؛ويترتب على ذلك أن معرفة القاضي بالأدلة لا يمكن أن يأتي إلا من وسائل موضوعية، مثل الخبرة ، ما لم تستفيد العملية المستخدمة من افتراض الإثبات المستمد من المادة الجديدة (09) أعلاه و التي تنص على أنه **" ...لا يمكن تجريد التوقيع الإلكتروني من فعاليته القانونية أو رفضه كدليل أمام القضاء بسبب: 1. شكله الإلكتروني، أو ،2. أنه لا يعتمد على شهادة تصديق إلكتروني موصوفة، أو ،3. أنه لم يتم إنشاؤه بواسطة آلية مؤمنة لإنشاء التوقيع الإلكتروني "**[19].

يُكلف القاضي بمهمة تسوية تضارب الأدلة، على سبيل المثال في الحالات التي يتعارض فيها المستند الإلكتروني والوثيقة الورقية؛ - يلغي شرط المذكرات المكتوبة بخط اليد للأعمال الانفرادية؛ في حالة وجود تعارض، يتم استبعاد طرق الإثبات الأخرى نهائياً (إثبات الشهادة، والافتراضات، والاعتراف، والقسم)؛ لا يمكن استخدامها ضد دليل مكتوب.

كان هذا سيقوض تقدير القاضي في الواقع، في علوم الكمبيوتر، سيُطلب من القاضي التحقق من المتطلبات المتعلقة بمصداقية عملية التوقيع المستخدمة. لكي يكون العمل قانوني في شكل إلكتروني نفس القيمة الإثباتية مثل ذلك المرفق بمستند مكتوب في شكل ورقي، يجب أن ينشئ الحقوق والالتزامات وأن يتم التوقيع عليه. إذا لم يتم اعتماد التوقيع وفقًا للقانون والتنظيم، فسيكون الأمر متروكًا للطرف الذي ينوي الاعتماد عليه لتقديم دليل على أن عمليته موثوقة وأنها تفي بالمتطلبات القانونية. إذا لم يتم الاعتراف بمصداقية التوقيع، فإن الفعل القانوني في شكل إلكتروني نفسه لن يتم قبوله كعمل خاص. في الحقيقة،

المطلب الثاني: إرفاق الخبرة القضائية

غالبًا ما يتعين على القاضي أن يأمر بتدخل خبير قانوني حتى يتمكن من إثبات أن الكتابة غير صالحة كدليل أو أن التوقيع ناتج عن عملية موثوقة؛ وهنا نطرح تساؤلاً عميقاً لماذا لا تثق في العمل التقني للسوابق

القضائية بل بالخبرة؛ حيث تهدف الخبرة إلى توضيح واقعة مادية تقنية أو علمية محضة للقاضي [20] ؛ غير أنه للسوابق القضائية سلطة التحكم في الاحتمالية عند ظهور تضارب في الأدلة الحرفية، دون أن يسيطر أحد على الآخر، ودون مراعاة أقدميته.

الحكمة هنا هي في تحري عدالة أكثر؛ لذلك دعونا نقول إن السوابق القضائية المقبلة ،والتي ستساهم أيضًا، بطريقتها الخاصة في ضمان الثقة وأمن تبادل البيانات في الإلكترونية بالإضافة إلى الافتراض المنصوص عليه في المادة (141) من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، يحتفظ القاضي بصلاحية التحكم ، على الأقل من خلال الأدلة السلبية ، في مصداقية عملية التوقيع؛ إذ رأي أن العناصر التي بنى عليها الخبير تقريره غير وافية له أن يتخذ جميع الإجراءات الضروري [21] بالإضافة إلى ذلك ، نود أن نضيف أن الوقائع والأفعال القانونية في الأمور الإدارية تظل دائمًا خاضعة لقاعدة الإثبات المقيد[22] ،أي يمكن إثبات الالتزام بالكتابة فالإدارة تكتب لا تتكلم .

يتم إنشاء افتراض بسيط من خلال قواعد الإثبات المنصوص عليها في المادة (2/844) من قانون الإجراءات المدنية الإدارية على انعكاس كبير لعبء الإثبات، خاصة عندما ينوي أحد أطراف الطعن في موثوقية تقنية التوقيع المستخدمة؛ إما أن تستوفي هذه التقنية الشروط المنصوص عليها في القانون رقم 15-04 المؤرخ في أول فبراير سنة 2005، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، في هذه الحالة، سيكون الأمر متروكًا للشخص الذي يدعي عدم تقديم الدليل. لكن التكاليف ستكون باهظة. كيف يمكنك إثبات أن الاعتماد الطوعي الذي تم الحصول عليه من هيئة تدقيق لا يوفر أو لم يعد يوفر الضمانات الأمنية المطلوبة؟ كيف يمكن إثبات أن توقيعًا معينًا خاطئًا أو غير آمن دون إثبات أنه عنصر أو مزيج من العديد من الأجهزة أو البرامج أو الوسائل البشرية المطبقة في إطار بنية تحتية للمفتاح العام تؤثر على موثوقية التوقيع المعني؟

إما أن التوقيع لم يتم إنشاؤه بواسطة مرجع مصدق معتمد (أو مزود خدمة التصديق) ؛ لذلك ، يجب على الطرف الذي يرغب في الاعتماد عليها إثبات مصداقية العملية المستخدمة ، مع العلم أن هذه العملية الفنية يجب أن تفي بالوظائف القانونية يترتب على ذلك أنه عندما يتم الطعن في الكتابة الإلكترونية من قبل أحد الأطراف ، يجب على القاضي فحص الوسائل التي يستخدمها الأطراف ومقارنتها بشروط القانون في تطبيق إجراء الرفض من الكتابة المنصوص عليها في المادة (905) من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ؛فإن الأمر متروك للقاضي للاعتراف بالقيمة القانونية للعملية من هنا، يحتفظ القاضي بسلطة واسعة للاعتراف بالقبول أو عدم قبول الكتابة في شكل إلكتروني كدليل كامل.

فيما يتعلق ببداية تقديم الأدلة كتابيًا، سنبقى في نظام الأدلة الحرة، الذي يتم تقييمه على أساس كل حالة على حدة من قبل القاضي، اعتمادًا على ظروف القضية. هل يتعلق الأمر بالقاضي فقط، لأن مسألة البريد الإلكتروني المسجل بعض الإجراءات الإجرائية الإلكترونية التي ينفذها قسم كتابة الضبط سواء بالنسبة للمحكمة الإدارية أو مجلس الدولة؟ - لم يتم التطرق إليها في القانون. لكن يمكننا أن نقدر بحق أن هذه الجوانب لا تندرج في إطار الإثبات بل في مقتضيات نظام المحاكمات الافتراضية ومع ذلك، فإن مستندات ما

قبل التقاضي، مثل الإشعارات الرسمية أو الإخطارات المقدمة، تختلف عن المستندات التي تبدأ الإجراءات. يفتقر إلى حد بعيد غياب الأحكام القانونية في التبادلات الإلكترونية، لا سيما في الممارسة اليومية للقانون. على سبيل المثال، إذا تم إخطار المستندات القانونية التي تم إعدادها وتخزينها في شكل إلكتروني، كيف يضمن تاريخ الاستلام؟ قد يكون عدم حل هذه المشكلات القانونية بمثابة مفاجأة. بناءً على ذلك، ووفقًا للمحكمة، فإن رسائل البريد الإلكتروني المتبادلة تجعل من الممكن تلبية متطلبات الكتابة: تحديد الأشخاص الذين صدر القانون على النحو الواجب وضمان سلامته.

تشير الوقائع إلى حكمين صادرين عن محكمة الاستئناف في كاين بتاريخ 5 مارس 2015 (رقم 03009/13 و3010/13) الذي أنشأ التفويض الإلكتروني. ومع ذلك، فإن صحة الأمر مرهونة بصحة توقيع الأخير.[23]

الخاتمة:

ملخص هذه المداخلة أن الاعتراف الصريح بالقيمة القانونية للمستند الإلكتروني، يعترف بالمقبولية في أسلوب الإثبات للكتابة الإلكترونية، بنفس طريقة الكتابة على الورق، بشرطين: - أنه يمكن التعرف على الشخص الذي انبثقت منه على النحو الواجب؛ - أن توضع وتخزن في ظروف تضمن سلامتها؛ فالاعتراف القانوني بالمستندات الإلكترونية مستوحى من السوابق القضائية.

وهو خير دليل على رغبة المشرع والباحثون والمواطنون والقضاة في كل أنحاء العام من الاستفادة من تكنولوجيا؛ وعليه أصبح من الضروري تقديم مشروع قانون جديد للإجراءات المدنية والإدارية في الجزائر لتكييف قواعد الإثبات والأدلة مع تكنولوجيا المعلومات والمتعلق بالكتابة الإلكترونية إلى مجلس الوزراء وإرساله إلى البرلمان كضرورة ملحة؛ يعترف نص هذا القانون صراحة بالقيمة الإثباتية للكتابة والتوقيع في شكل إلكتروني من الآن فصاعدًا، يجب ألا نفرق بين دعائم الكلمة المكتوبة و طرق نقلها؛ سيتم الآن قبول الكتابة الإلكترونية الموقعة باستخدام التوقيع الإلكتروني كدليل بنفس طريقة الكتابة على الورق.

الهوامش:

(1) قانون رقم 15-04 مؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1436 الموافق ل أول فبراير سنة 2005، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد السادس، مؤرخة في 20ربيع الثاني عام 1436 هـ الموافق ل 10 فبراير سنة 2015.

(2) Tribunal administratif de Nantes, 7 juin 2001, Élections municipales de Maisdons-sur-Sèvres.

- Conseil d'Etat, 10 / 9 SSR, du 28 décembre 2001, 235784, mentionné aux tables du recueil Lebon.
- https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000008090993/

(3) قانون رقم 15-04 مؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1436 الموافق ل أول فبراير سنة 2005، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، **مصدر سابق**، ص 08.

(4) Par Eric Caprioli, "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 À LA SIGNATURE ÉLECTRONIQUE"., Première publication : 10 janvier 2000, Juriscom.net,

https://www.caprioli-avocats.com/fr/informations/le-juge-et-la-preuve-electronique-reflexions-sur-le-projet-de-21-197-0.html

تاريخ وساعة الاطلاع: 2021/12/29 على الساعة 05:49.

(5) قانون رقم 15-04 مؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1436 الموافق ل أول فبراير سنة 2005، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، **مصدر سابق**، ص09.

(6) **Par Eric Caprioli**, (**op.cit**.)

تاريخ وساعة الاطلاع: 2021/12/29 على الساعة 05:49.

(7) **ibid**

(8) قانون رقم 15-04 مؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1436 الموافق ل أول فبراير سنة 2005، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، **مصدر سابق**، ص08.

(9) أنظر نص المادة (06) من القانون رقم 15-04 مؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1436 الموافق ل أول فبراير سنة 2005، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، **مصدر سابق**؛ ص08.

(10) أنظر نص المادة (02) من القانون رقم 15-04 مؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1436 الموافق ل أول فبراير سنة 2005، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، **مصدر سابق**؛ ص07.

(11) أنظر نص المادة (13/02) من القانون رقم 15-04 مؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1436 الموافق ل أول فبراير سنة 2005، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، **مصدر سابق**؛ ص07.

(12) **Par Eric Caprioli**, " **(op.cit.)**

تاريخ وساعة الاطلاع: 2021/12/29 على الساعة 05:49.

(13) أنظر نص القانون رقم 15-04 مؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1436 الموافق ل أول فبراير سنة 2005، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، **مصدر سابق**، ص08.

(14) **Par Eric Caprioli**, **(op.cit.)**

(15) **ibid**

(16) **ibid.**

(17) **ibid.**

(18) - Code de la santé publique, L 1131-1, R 1112-3 et 58, R 1131-19 et 20, R 1211-19, R 1232-3, R 2132-11, R 4127-76, R 4311-8 et 14, R 4312-29, R6211-21 et 44, D5134-9. Code de la Santé Publique - Codes Droit.org **PDF**

- Conseil d'État, 5ème et 4ème sous-sections réunies, 17/07/2013, 351931 « [...] que, pour regarder comme constitutif d'une faute le fait que les comptes rendus d'analyse étaient revêtus d'une simple signature scannée des biologistes qui les avaient établis, la chambre de discipline s'est fondée sur l'absence d'un procédé technique fiable garantissant l'authenticité de cette signature [...] » (les comptes rendus d'analyse de laboratoire doivent être signés conformément à l'article R 6211-21 du Code de la santé publique).
https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000027724363/

(19) أنظر نص القانون رقم 15-04 مؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1436 الموافق ل أول فبراير سنة 2005، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، **مصدر سابق**، ص08

(20) تحيل المادة (858) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 09/08 مؤرخ في 25 فبراير إلى قواعد الخبرة أمام القضاء العادي فيما يتعلق بالخبرة الإدارية؛ حيث تطبق الأحكام المتعلقة بالخبرة المنصوص عليها في المواد من 125إلى 145 من هذا القانون أمام المحاكم الإدارية. أنظر قانون رقم 09/08 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق ل 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية الإدارية، منشورات بيرتي، طبعة 2010-2011، ص202.

(21)أنظر قانون رقم 09/08 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق ل 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية الإدارية، **مصدر سابق**؛ ص29.

(22) حيث جاء في المادة (2/844) من قانون رقم 09/08 المتضمن الإجراءات المدنية الإدارية:" يجوز للقاضي أن يطلب من الخصوم كل مستند أو أية ووثيقة تفيد في فض النزاع ".

(23) **Eric A. Caprioli ,(op.cit.)**

الحجية القانونية لإثبات التوقيعات الإلكترونية "دراسة تحليلية مقارنة"

د/ محمد طلعت يدك

كلية الحقوق – جامعة بنها – جمهورية مصر العربية

mtalaat552@yahoo.com

ملخص:

لقد أدت ثورة الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات والتطور التقني الهائل في استخدام الحاسب الآلي والإنترنت إلى تطور كبير في التعاملات والتجارة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني، وهو توقيع يستخدم في العقود الإلكترونية المبرمة عبر سبكة الإنترنت، فأصبحت معظم التعاملات المالية والتجارية تتم بواسطة الكتابة الإلكترونية والمحررات الإلكترونية، وبواسطة توقيع الكتروني يتوافق مع طبيعة التصرفات القانونية والعقود التي تتم باستخدام الوسائل التقنية الحديثة، يترتب عليها كافة الآثار القانونية المقررة في القانون.

الكلمات المفتاحية: الإثبات- التوقيع الإلكتروني- المحرر الإلكتروني- حجية المحرر.

Abstract:

The revolution in communications and information technology and the enormous technological development in the use of computers and the Internet have led to a major development in transactions, electronic commerce and electronic signature, which is used in electronic contracts concluded via Internet. Most financial and commercial transactions are conducted through electronic writing and editing, and by means of an electronic signature that is compatible with the nature of legal acts and contracts made through modern technical means, with all the legal implications established by law.

- **Keywords:** Proof - electronic signature - electronic editor - editor authorit.

مقدمة:

لا شـــك أن التوقيع الإلكتروني عندما يؤدي دورة المطلوب، يتعين أن يتبع ذلك إيجاد تنظيم قانوني وعلمي وأمني يحيط بـاســتخـدام الرســائـل الإلكترونيـة والتوقيع الإلكتروني الرقمي. ويلاحظ أن التوقيع الإلكتروني لا يتحقق فقط عن طريقـة المفتـاح المفصـح عنـه، ولكن هنـاك طرق أخرى أيضـــا تتبع لتـأمين اسـتخدام التوقيع الإلكتروني، وعلى الجهة المختصـة التي لها اصـدار شـهادات التصـديق أن تختار الطريقة المثلى، بشـــرط تحقق الضـــمانات التي يتطلبها المشـــرع، بهدف تحقيق الغايات المرجوة من اســـتخدام القيود الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني، ومن ثم تشجيع التعامل عبر الرسائل الإلكترونية والتجارة الإلكترونية.

ولذلك نرى أن التشريعات المعنية بالتوقيع الإلكتروني، حسبما سوف نعرض له، تتضمن بجانب إضفاء الحجية القانونية على التوقيع الإلكتروني في الإثبات، جانبا آخر، ينظم الجهات المعنية بإصدار شهادات التصديق، وعلاقتها بكل من أطراف الرسالة الإلكترونية ومتطلبات السماح لها بالقيام بتلك الوظيفة والرقابة عليها. وتتطرق تلك التشريعات إلى بيان البيانات التي يجب أن تتضمنها لتلك الشهادات، وبيان أنواعها، والشروط الواجب توافرها فيها، وما يتعلق كل نوع منها من ضمان. ومن جانب آخر، مدى مسئولية تلك الجهات المختصة بإصدارها عما يصدر عنها من الشهادات وسلطات الجهات الرقابية التي ترخص لتلك الجهات في العمل في هذا

المجال. وبيان الجزاءات التي يمكن أن توقع والقرارات التي قد تتخذ في حالة مخالفة تلك الجهات لما هي ملتزمة به.

أشكالية البحث:

غالبًا ما يترتب على توقيع المحررات الإلكترونية نفس الحجية التي تترتب على توقيع المحررات التقليدية؛ حيث تتمتع المحررات الإلكترونية الموقعة إلكترونيًا بحجية في الإثبات، شأنها في ذلك شأن الحجية المقررة للمحررات الموقعة تقليديًا، وهو ما يعد خطوة في تدعيم التجارة الإلكترونية ودعم الثقة في التعامل عن بعد. **لذا يمكن تلخيص مشكلات الدراسة في هذا البحث على النحو بالتالي:**

1. **ماهية التوقيع الإلكتروني؟ وأهميته؟ وصوره؟ وما ضرورة الحضور المادي للتوقيع أمام الموثق؟**
2. **كيفية حماية التوقيع الإلكتروني قانونًا؟ وما هي صلاحيته في الإثبات؟ وما هي الآثار القانونية المترتبة على التوقيع الإلكتروني؟**

أهمية البحث:

لا شك أن التوقيع الإلكتروني الآمن يعطي للأطراف المتعاقدة وخاصة المستهلك الأمان والاطمئنان، مما ينعكس إيجابًا على المبادلات التجارية بالنظر إلى الحجية القانونية القوية التي يوفرها هذا التوقيع المستند إلى آلية لإنشائه، والمضمون بشهادة المصادقة الإلكترونية التي توضح صحته وسلامته وتؤكّد حجيته القانونية[1].

منهج الدراسة:

لقد اعتمدت في دراستي لموضوع الحجية القانونية لإثبات التوقيعات الإلكترونية على المنهج التحليلي والمقارن؛ وكان لابد من الإشارة إلى الأحكام القانونية الخاصة بالآثار القانونية المترتبة على التوقيع الإلكتروني، والتي وردت في التشريع الفرنسي والمصري؛ وذلك قدر الإمكان.

خطة الدراسة:

سيتم التعرض للحجية القانونية لإثبات التوقيعات الإلكترونية من حيث ماهيتها وأهميتها وصورها وضرورة الحضور أمام الموثق، وذلك خلال مبحث أول يدور حول: ماهية التوقيع الإلكتروني. ومبحث آخر يدور حول: حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، وحمايته قانونًا، وصلاحيته، وآثاره؛ **وذلك على النحو التالي:**

المبحث الأول

ماهية التوقيع الإلكتروني

إن التوقيع الإلكتروني يقوم على استخدام تكنولوجيا الحاسب الآلي والإنترنت وغيرهما من وسائل الاتصال الحديثة؛ فهو يتخذ شكل بيانات إلكترونية تنفذ عن طريق مجموعة من الإجراءات والخطوات التكنولوجية المتتالية، فهو يأخذ التوقيع عدة أشكال وصور مختلفة، بحسب أساليب إصداره، والذي قد يمثل رمزاً أو رقماً أو حرفاً. وتلك الصور والأشكال تعتمد في النهاية على تكنولوجيا التشفير والترقيم والتكويد وغيرها، كل بحسب ما يرغب من توقيع، وهذا التوقيع لا ينتج أي حجية قانونية ما لم يكن موثقا بحسب شروط

وضوابط ومعايير معينة يتم اتفاق الأطراف على قبولها في معاملاتهم. وذلك من خلال التعرض للمقصود بالتوقيع الإلكتروني، وأهميته، وصوره، وضرورة الحضور المادي أمام الموثق؛ على النحو التالي:

المطلب الأول: المقصود بالتوقيع الإلكتروني وأهميته

يتجسد التنظيم التشريعي للتطورات العصرية في مجال الإثبات والتصديق على المحررات الإلكترونية في العديد من التشريعات الداخلية لبعض الدول: كالقانون الفرنسي المتعلق بقواعد الإثبات الخاصة بتكنولوجيا المعلومات الجديدة، والمتعلقة بالتوقيع الإلكتروني رقم ٢٣٠ لسنة 2000، والمعدل لأحكام القانون المدني[2]، وقانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤[3]، ولائحته التنفيذية[4]. والتوجيه الأوروبي بشأن الإطار الأوروبي للتوقيع الإلكتروني[5]. وقانون الأونيسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية لسنة 2001.

حيث تعرف المادة (1/ج) من القانون رقم 15 لسنة 2004، الخاص بتنظيم التوقيع الإلكتروني، وإنشاء هيئة تنمية صناعة التكنولوجية المصرية، **التوقيع الإلكتروني؛ بأنه**: "كل ما يوضع على محرر إلكتروني ويتخذ شكل حروف أو رموز أو إشارات أو غيرها، ويكون له طابع منفرد يسمح بتحديد الشخص الموقع ويميزه عن غيره".

ويعرف قانون الأونيسترال النموذجي **التوقيع الإلكتروني** في المادة الثانية منه؛ **بأنه**: "بيانات في شكل إلكتروني مدرجة في رسالة بيانات، أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقيًا، يجوز أن نستخدم لتعين هوية الموقع بالنسبة إلى رسالة البيانات، وبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات". كما يعرف الاتحاد الأوروبي نوعين من **"التوقيع الإلكتروني"**، ووضع لكل نوع تعريفاً محدداً هما: **الأول**: يعرف **"التوقيع الإلكتروني" بأنه**: "معلومات على شكل إلكتروني متعلقة بمعلومات إلكترونية أخرى ومرتبطة بها ارتباطاً وثيقاً ويستخدم أداة للتوثيق". **والآخر** يعرف: "**التوقيع الإلكتروني المعزز**": **بأنه**: توقيع إلكتروني يشترط فيه أن يكون: مرتبطاً إرتباطاً فريداً من نوعه مع صاحب التوقيع، وقادراً على تحقيق تحديد صاحب التوقيع، والتعرف عليه باستخدامه، وتم إيجاده باستخدام وسائل يضمن فيها صاحبه السرية التامة، ومرتبطاً مع المعلومات المحتواة في الرسالة حيث أنه يكشف أي تغيير في المعلومات[6].

كما يعرف القانون المدني الفرنسي **"التوقيع الإلكتروني"** في المادة (6-13) **بأنه**: "التوقيع الضروري لإتمام التصرف القانوني الذي يميز هوية من وقعه، ويعبر عن رضائه بالالتزامات التي تنشأ عن هذا التصرف. وعندما يكون الكترونياً فيجب أن يتم باستخدام وسيلة آمنة لتحديد هوية الموقع وضمان صلته بالتصرف الذي وقع عليه".

حيث يلتزم الموثق في فرنسا؛ بتوقيع العقد من خلال إجراءات توقيع إلكتروني مؤمنة تتوافق مع ما يتطلبه المسوم 272 لسنة 2001[7]. ويلزم لتوقيع المحرر الإلكتروني[8]؛ أن يقوم أطراف العقد والشهود باستخدام إجراءات، تسمح بوضع توقيعهم على العمل الموثق، ويكون بوضع صورة من توقيعهم الخطي،

شريطةً أن يكون مرئيًا على الشاشة للطرفين والشهود. وذلك: بعد أن يتم التوقيع يدويًا، ثم تنقل صورته بالماسح الضوئي على المحرر الإلكتروني، أو بعد التوقيع على لوحة حساسة تلتقط صورة التوقيع[9].

بيد أن: الفقه الفرنسي قد انتقد مسلك المشرع الفرنسي في إدخاله للبيئة الإلكتروني بعض خصوصيات البيئة اليدوية: كصورة الختم والتوقيع باليد، وإقحامه لصور تخص التوقيع اليدوي ليس لها قيمة قانونًا إلى البيئة الإلكترونية.

غير إن: اشتراط المادة (1/171) من المرسوم: بأن يكون التوقيع الإلكتروني للمستخدم توقيعًا مؤمنًا، يتوافق مع متطلبات واشتراطات المادة (4/1316) من القانون المدني، حيث إن وجود الموثق لحظة التوقيع يضمن صحة هوية الأطراف والتحقق من وموافقتهم، فهو بمثابة الشاهد على هذا التوقيع[10]. كما يمكن للأطراف الذين لم يتمكنوا من استخدام إجراءات التوقيع الإلكتروني المعقدة، أن يضعوا توقيعاتهم اليدوية على العمل الموثق عن طريق المسح الضوئي والذي يتم من قبل الموثق[11].

ومن ثم: تتجلى أهمية التوقيع الإلكتروني من حيث وظيفته في الإثبات، حيث يلعب دورًا مهمًا في تحديد شخصية الموثق، وتميزه عن غيره، وفي التعبير عن إرادة صاحب التوقيع[12].

-أهمية التوقيع الإلكتروني:

إن التوقيع ظاهرة اجتماعية ضرورية يحميها القانون، بالرغم مما يكتنف بعض جوانبها من الغموض، الذي يرجع إلى غياب فكرة واضحة ومحددة للتوقيع تشريعا وفقهاً. وفي ظل انتشار نظم المعالجة الإلكترونية للمعلومات وغزوها للشركات والإدارات والبنوك والاعتماد كلياً على الآلية، بدا أن التوقيع كإجراء ينفذ عن طريق اليد عقبة يستحيل تكيفها مع النظم الحديثة للإدارة والمحاسبة. لهذا فقد اتجه الواقع إلى البحث عن بديل للتوقيع التقليدي يستطيع أن يؤدي ذات الوظيفة من ناحية ويتكيف مع وسائل الإدارة الحديثة من ناحية أخرى.

وهذا البديل يمكن أن يكون رقماً سرياً، أو رمزاً محدداً، وهو ما يسمى بالتوقيع الإلكتروني أي التوقيع الناتج عن اتباع إجراءات محددة تكنولوجياً، تؤدي في النهاية إلى نتيجة معينة معروفة مقدماً، فيكون مجموع هذه الإجراءات هو البديل الحديث للتوقيع بمفهومه التقليدي، وهو ما نسميه بالتوقيع الإجرائي[13].

المطلب الثاني: صور التوقيع الإلكتروني

طبقًا للائحة"eIDAS "خدمات تحديد الهوية والمصادقة والائتمان الإلكترونية"، يتم تصنيف التوقيعات الإلكترونية على نطاق واسع إلى ثلاثة أنواع[14]:

الأول: التوقيعات الإلكترونية البسيطة: يُعرّف التوقيع الإلكتروني البسيط بأنه "بيانات في شكل إلكتروني يتم إلحاقها أو ربطها منطقيًا ببيانات أخرى في شكل إلكتروني، ويستخدمها الموقّع للتوقيع". بإمكان هذا الأمر أن يكون أي شيء بداية من توقيعك في صيغة رقمية إلى مربع اختيار يشير إلى موافقتك.

الثاني: التوقيعات الإلكترونية المتقدمة: التوقيع الإلكتروني المتقدم هو في الأساس توقيع بسيط مع بعض العناصر الإضافية الموجودة لتحسين صحة وأمن مستنداتك. فهي تتطلب أن التوقيع الإلكتروني يكون مرتبطًا بشكل فريد بالموقّع. ويكون قادرًا على تحديد هوية الموقّع. ويتم إنشاؤه باستخدام البيانات المتاحة للاستخدام من قبل الموقّع بموجب سيطرته الوحيدة وبمستوى عالٍ من الثقة. ويكون مرتبطًا بالبيانات الموقّعة بطريقة يمكن من خلالها الكشف عن أي تغيير لاحق في البيانات.

الثالث: التوقيعات الإلكترونية المؤهّلة: هي توقيعات يمكن إنشائها باستخدام جهاز إنشاء توقيع إلكتروني، وتستند إلى شهادة مؤهلة للتوقيعات الإلكترونية. فقد تكون أجهزة إنشاء التوقيع الإلكتروني الآمنة (SSCD)محلية (على سبيل المثال رموز USB مميزة أو بطاقات ذكية وما إلى ذلك)، أو يمكن إدارتها عن بُعد من قبل مزوّد خدمات أجهزة إنشاء توقيع إلكتروني آمنة(SSCD) . ويتم إصدار الشهادات المؤهلة بواسطة الموفرين من القطاعين العام والخاص الذين تم منحهم حالة "المؤهلين" من قبل السلطة الوطنية المختصة، كما هو موضح في "القوائم الموثوقة" الوطنية للدولة العضو في الاتحاد الأوروبي.

المطلب الثالث: الحضور المادي أمام الموثق

يكاد يُجمع الفقه الفرنسي على أن الحضور المادي - **للتوقيع**- أمام الموثق، يعد شرطًا لاكتساب المحرر صفة الرسمية[15]. وأن التعديلات الجديدة قد قيدت بضرورة الوجود المادي أمام الموثق، حتى وإن لم يوجد الطرفان معًا في ذات الوقت أو ذات المكان[16].

فمنذ عام 2006، أي تاريخ نفاذ المرسوم 973 لسنة 2001، وبما يعد تطورًا على مبدأ الوجود المادي أمام الموثق، فإن الموثقين أصبح بإمكانهم إنشاء محررات موثقة حتى في حالة غياب أحد الأطراف الذين يلزم مرافقاتهم أو تدخلهم لدى الموثق، شريطة أن يتم إنشاء اتصال إلكتروني بين الطرف الغائب والموثق، حيث سيكون الطرف الغائب أمام موثق آخر، الذي بدوره يقوم بجمع التوقيعات والموافقات على التصرف، ويكون العمل قد اكتمل بمجرد وضع الموثق توقيعه الإلكتروني المؤمن[17]. وهو بذلك يخدم أطراف العقد، ويسمح بإنشاء التصرف الكترونيًا، وعن بعد مع المحافظة على سلامة العقد في نفس الوقت، وبالتالي على القوة الثبوتية على القوة الممنوحة للعقد الرسمي[18].

وإذا كان العقد المُنشأ على دعامة إلكترونية يتكون من أكثر من جزء، وكانت تلك الأجزاء ترتبط ارتباطًا وثيقًا لا يقبل التجزئة بالعقد الذي تلحق به، فإن التوقيع الإلكتروني للموثق في نهاية العقد يسري أيضًا على مرفقاته[19]. وإذا كان للعقد ملاحق إضافية، فبعد أن يتم تجميعها مع العقد الأصلي، يتم التوقيع عليها إلكترونيًا من قبل الموثق[20].

ومن ثم؛ نرى- أنه يجب ولأجل الحرص على سلامة التعاقدات الإلكترونية، ضرورة أن يتم التوقيع الإلكتروني من أمام الموثق شخصيًا، بغرض التثبت من سلامة تلك التوقيعات، ومنح شهادة التوثيق، ومنع وقوع أي جرائم تزوير أو احتيال، تؤثر على سلامة وسير العملية التوثيقية[21].

المبحث الثاني

حجية التوقيع الإلكتروني في الاثبات

إن ازدهار المعاملات الإلكترونية متوقف على كم الضمانات التي تحوز عليها هذه المعاملات وخاصة لو أخذنا في الاعتبار أنها تتم آلياً أو إلكترونياً بين أشخاص لا يعرفون بعضهم البعض ولا يلتقون، فهي تجارة عن بعد أو بالأحرى معاملات وتعاملات عبر شبكة الإنترنت، الأمر الذي لا يستبعد فيه وقوع التزوير أو التلاعب في التوقيع الإلكتروني. ومن هنا كان من الضرورى الاهتمام بتوافر الضمانات اللازمة لإضفاء الثقة لدى المتعاملين بالتوقيع الإلكتروني، وقد سعت كثير من التشريعات إلى اتخاذ وسائل تضمن ثقة المتعاملين مع وسائل الاتصال الجديدة، وذلك من خلال التعرض إلى صلاحية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، والأثر القانوني للتوقيع الإلكتروني؛ **وهو ما سوف نبحثه من خلال المطالب التالية:**

المطلب الأول: صلاحية التوقيع الإلكتروني في الاثبات

للتوقيع على سند إلكتروني، ذات القوة الثبوتية المقررة للتوقيع على سند ورقي، طبقًا للمادة (1316-3) من القانون المدني الفرنسي، **فهل يجوز إثبات ما يخالف العقد أو التصرف الإلكتروني؟**

وتؤكد المادة (1341) من القانون المدني الفرنسي؛ على أنه: لا يمكن إثبات ما يخالف أو يجاوز دليلًا كتابيًا، إلا بدليل كتابي آخر. **لذا**؛ فلا يجوز أثبات ما يخالف العقد الموثق إلكترونيًا بالقرائن، أو بشهادة الشهود، أو بأي دليل آخر، إلا إذا كان دليلًا مكتوبًا. ومن ثمَّ؛ يجوز للقاضي أن يأخذ بالعقد الموقع الذي يقتنع به أكثر حال تعارضهما، وذلك استنادًا لسلطته في تقدير أدلة الإثبات، إلا أن هذه المساواة بين المحررين تزول بنص تشريعي مخالف، أو إذا اتفق الأطراف على عدم تطبيق هذه المادة[22].

وقد أجازت المادة (2/9) من التوجيه الأوروبي رقم 2000/31/CE الصادر في 8 يونيو 2000م حول التجارة الإلكترونية للدول الأعضاء، وضع أربع فئات من الاستثناءات على مبدأ موازاة العقد الإلكتروني بالعقد الورقي، وذلك في سبيل الحذر من الأمور الإلكترونية، وهذه الفئات من العقود؛ **وهي:**

1. العقود التي تنشئ أو تنقل حقوقًا متعلقة بعقارات، ما عدا حقوق الإيجار.
2. العقود التي يفرض القانون بشأنها تدخل المحاكم، السلطات العامة، أو المهن التي تمارس سلطة عامة.

3. عقود التأمين والضمان المقدمة من قبل أشخاص بمعرض ممارستهم لأمور لا تدخل في نشاطهم المهني أو التجاري.

4. العقود المتعلقة بقانون الأسرة أو قانون الميراث والوصايا (الأحوال الشخصية)[23].

وفي مصر؛ منحت المواد (15، 17) [24] من قانون التوقيع الإلكتروني المحرر الإلكتروني الرسمي حجية مماثلة للمحررات الرسمية في أحكام قانون الإثبات، على أن تسري أحكام هذا الأخير، فيما لم يرد بشأنه نص في قانون التوقيع الإلكتروني أو في لائحته التنفيذية.

لذا؛ يرجع إلى قانون الإثبات رقم 25 لسنة 1968، بشأن إنشاء المحررات الإلكترونية، وإثباتها، ومساواة حجيتها بالمحررات التقليدية. باعتبار أن اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني قد اكتفت بتنظيم الجوانب الفنية والتقنية المتعلقة بصحة المحررات الإلكترونية، دون النص على أي تفصيلات تتعلق بمدى حجيتها في الإثبات.

ولا شك أن هذا الاعتراف بحجية الإثبات للكتابة الإلكترونية والمحررات الإلكترونية سواء كانت رسمية أو عرفية، يدعم استخدام تلك الوسائل الإلكترونية، ويشجع التعامل بمقتضاها بين الأفراد وجميع الجهات الحكومية الرسمية، ويعد خطوة مهمة في سبيل تحقيق فكرة الحكومة الإلكترونية[25]؛ **وبتطبيق أحكام قانون الإثبات على المحررات الإلكترونية الرسمية يترتب الآتي**[26]:

1. أن تظل صفة الرسمية لصيقة بالمحرر الإلكتروني الموثق، متى كان ظاهره يدل على أنه محرر رسمي، ويظل محتفظًا بتلك الصفة، ما لم يثبت ذوو المصلحة انتفاء صفة الرسمية عنه لكونه مشوبًا بالبطلان، أو بعد الطعن عليه بالتزوير.
2. يترتب على بطلان المحرر الإلكتروني الرسمي تحوله إلى محرر إلكتروني عرفي، بشرط أن يكون أطرافه قد وقَعوه، وفي هذه الحالة تسري عليه أحكام المحرر العرفي.
3. إن بيانات المحرر الإلكتروني الرسمي التي يدونها الموثق في حدود مهمته مع تحققه بنفسه حجة على الغير، ولا يجوز إنكارها أو دحضها إلا بطريق الطعن بالتزوير.
4. البيانات **المتعلقة بالتصرف** القانوني موضوع المحرر الإلكتروني الرسمي، التي يثبتها الموثق بناء على إقرار ذوي الشأن لها حجية في الإثبات، ولا يجوز دحضها إلا بالتزوير. أما ما ورد في **إقرار ذوي الشأن** بشأن التصرف القانوني، فيجوز إثبات عكسه بالقواعد المقررة في قانون الإثبات، مع الأخذ في الاعتبار كون المحرر الإلكتروني الرسمي دليلًا كتابيًا، لا يجوز إثبات عكس ما ورد به إلا بمحرر إلكتروني عرفي موقع توقيعًا رقميًا، أو بدليل كتابي آخر، أو بمبدأ ثبوت الكتابة معزز بقرائن أو بينة.

وأخيرا: قد يُثار تساؤل حول دور القاضي في الترجيح بين حجية كل من الدليل الكتابي الورقي والدليل الكتابي الإلكتروني، في حال توافر كليهما على الأخر؟

والحقيقة: إن المشرع المصري لم ينظم هذه الحالة، وإنما اقتصر دورة على اعتماد حجية الكتابة الإلكترونية متى تماثلت مع الكتابة التقليدية واستوفت شروطها، وفق ما أشرنا إليه سابقا في المادة (15) من قانون التوقيع الإلكتروني، ولعدم ورود نص صريح في هذه المسالة، فإن أمر تقدير قوة المحرر الإلكتروني على المحرر الورقي في الإثبات متروك لسلطة وتقدير القاضي.

المطلب الثاني: الحماية القانونية للمحررات الإلكترونية الموثقة

لقد اهتم المعنيون بازدهار التجارة الإلكترونية بحماية اللازمة للمحرر الإلكتروني من مخاطر الوصول إليه بطرق غير مشروعة، ولجئوا في هذا الصدد إلى بعض الوسائل الدائمة للتوثيق الإلكتروني، بحيث تُعطي قوة ثبوتية إضافية أو مصداقية أعلى للمحررات؛ **أهمها**: ضرورة اعتماد نظام معلوماتي عالٍ الثقة، واستخدام أدوات ووسائل التشفير، واعتماد الوسيط أو مصادقة طرف ثالث محايد، واستخدام نظام تنقية المواقع كأنظمة دائمة لحماية المحررات الإلكترونية من العبث وبث روح الثقة والأمان فيها[27].

وبما أن التزوير؛ أخطر ما يهدد صحة المحررات الموثقة من خطر العبث بحجيتها أو بقيمتها الثبوتية، تتدخل التشريعات الدولية والوطنية بغرض حماية المحررات الإلكترونية، إما بتعديل قانون العقوبات، وإما بذكر الجرائم التي تمس المحررات والتوقيع الإلكتروني في قوانين المعاملات الإلكترونية، وإما بوضع تشريعات خاصة بجرائم الحاسب الآلي، كل ذلك لبث الثقة التجارية في المعاملات والمحررات الإلكترونية الموثقة.

وفي سبيل ذلك، قام المشرع الفرنسي في عام 1994 بإدخال بعض التعديلات على قانون العقوبات، من بينها المادة (441) في شأن تزوير المحررات العرفية والرسمية، التي نص على أنه: "يعد تزويراً كل تغيير أو تدليس للحقيقة، يكون من طبيعته أن يسبب ضرراً، ويتم بأي وسيلة مهما كانت، في محرر أو أي سند للتعبير عن الرأي والذي يكون موضوعه، أو الذي من الممكن أن يكون له أثر في إنشاء دليل على حق أو فعل تكون لها نتائج قانونية. ويعاقب مرتكبيه بالسجن لمدة 3 سنوات والغرامة45000 يورو.

كما أن التزوير؛ الذي يُرتكب في مستند مسلم بواسطة الإدارة العامة، بهدف إثبات الاعتراف، أو إثبات حق أو شخصية أو صفة أو لمنح تصريح، يعُاقب عليه بالسجن لمدة خمس سنوات والغرامة 75000 يورو. وتصل العقوبات الى 7 سنوات من السجن، و100.000 يورو كغرامة، عندما يرتكب التزوير أو استخدام التزوير: **1**. إما بواسطة شخص مؤتمن على السلطة أو مكلف بمهمة في الخدمة العامة وتصرف في حدود وظائفه. **2**. وأما بطريقة اعتيادية. **3**. وأما بقصد تسهيل ارتكاب جريمة أو لتزوير مستند يُساعد فاعل الجريمة على الإفلات من العقاب".

وبعد عشر سنوات من هذا التعديل جاء تعديل آخر لقانون العقوبات الفرنسي عام2004، حيث أضاف المشرع في نص المادة (323-3/1) بموجبه جريمة أخرى، وهي جريمة التعامل في وسائل يمكن أن تُرتكب بها جريمة،

أي تلك الوسائل التي تصلح لأن تُرتكب بها جريمة الدخول، أو البقاء غير المصرح بهما، أو جريمة التلاعب بالمعطيات، أو جريمة إعاقة وإفساد أنظمة المعالجة الآلية للمعطيات. ووضع العقوبة السجن والغرامة لمرتكبيه.

ومما لا شك فيه أن التعديلات في قانون العقوبات الفرنسي فيه حماية قانونية لتوثيق المحررات الإلكترونية بصفة خاصة، وأن المشرع قد أوجد نظامًا قانونيًا معلوماتيًا متقدمًا لحماية المعلوماتية في فرنسا، الأمر الذي يُعزز في النهاية فرص تقدم ونمو التجارة الإلكترونية بصورة عامة [28].

المطلب الثالث: الأثر القانوني للتوقيع الإلكتروني

توجد في غالبية الدول المقارنة نصوص خاصة تعطي التوقيع الإلكتروني حجية تعادل ما يتمتع به التوقيع التقليدي. حيث اعتبرت تلك النصوص أن وجود التوقيع الإلكتروني على محرر يشترط فيه القانون التوقيع يفي بالغرض، ويضفي على هذا المحرر، أو المستند الحجية الكاملة التي يتطلبها، ويشترطها المشرع، مما أدى إلى تقلص سلطة القاضي التقديرية والتزامه بالأخذ بالمحررات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني، كدليل له كامل الحجية متى توافرت شروطه المتطلبة قانونًا[29].

وهو ما أكده المشرع الفرنسي في قانون التوقيع الإلكتروني رقم 230 لسنة 2000م، بأن التوقيع الإلكتروني يدل على شخصية الموقع، وتضمن علاقته بالواقعة المنسوبة إليها هذا التوقيع إلى أن يثبت العكس[30].

كما أكده المشرع المصري في المادة (14) من قانون التوقيع الإلكتروني رقم 15 لسنة 2004، بأن للتوقيع الإلكتروني، في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية، ذات الحجية المقررة في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، إذا روعي في إنشائه وإتمامه الشروط المنصوص عليها في هذا القانون، والضوابط الفنية والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون[31].

وقد أقر المشرع الفرنسي حجية الكتابة الإلكترونية؛ حيث قرر في المادة (1316-3) من القانون المدني[32]: أن الكتابة على دعامة إلكترونية لها نفس القوة في الإثبات للكتابة على دعامة ورقية، وقرر أيضًا في المادة (1319-1) من ذات القانون أن: الكتابة الإلكترونية مقبولةً في الإثبات كدليل كتابي على الورق، شريطة أن تكون منسوبةً إلى صاحبها، ودالةً على شخصيته[33].

ويشترط في حجية المحرر الإلكتروني للإثبات، **شرطين: أولهما:** تحديد هوية منشئ الكتابة. **وثانيهما:** نشأة وحفظ الكتابة المكونة للمحرر الإلكتروني في ظروف تكفل سلامته.

<u>أما الشرط الأول:</u> تحديد هوية منشئ الكتابة الإلكتروني: حيث تنص المادة (1316-1) من القانون المدني الفرنسي على أن: "تقبل الكتابة في الشكل الإلكتروني في الإثبات شأنها شأن الكتابة على دعامة ورقية، شريطة تحديد الشخص الذي صدرت عنه قد الإمكان، وأن تنشأ وتحفظ في ظروف من طبيعتها ضمان سلامتها"[34]. وتنص المادة (18) من قانون التوقيع الإلكتروني على أن:" يتمتع التوقيع الإلكتروني والكتابة الإلكتروني والمحررات الإلكتروني بالحجية في الإثبات: **إذا ما توافرت فيها الشروط الآتية:**

أ- ارتباط التوقيع بالموقع وحده دون غيره.

ب- سيطرة الموقع وحده دون غيره على الوسيط الإلكتروني.

ج- إمكانية كشف أي تعديل أو تبديل في ارتباط المحرر الإلكتروني أو التوقيع الإلكتروني.

يتضح من النص السابق، أن المشرع المصري لم ينص على شروط للحجية تختلف عن تلك التي قررها للتوقيع الإلكتروني، والتي تتمثل في ارتباط التوقيع بالموقع وحده دون غيره، وسيطرة الموقع وحده دون غيره على الوسيط الإلكتروني، وإمكانية كشف أي تعديل أو تبديل في بيانات المحرر الإلكتروني أو التوقيع الإلكتروني[35].

ولم يفرق المشرع المصري بين شروط حجية المحررات الإلكتروني وشروط حجية التوقيع الإلكتروني والكتابة الإلكتروني. وقد تولت اللائحة التنفيذية إزالة التشابه بينهما في المادة (8/ب)، والتي نصت على أنه: "مع عدم الإخلال بالشروط المنصوص عليها في القانون، تتحقق حجية الإثبات المقررة للكتابة الإلكتروني والمحررات الإلكتروني الرسمية أو العرفية لمنشئها، إذا كان متاحًا فنيًا تحديد مصدر إنشاء الكتابة الإلكتروني، أو المحررات الرسمية أو العرفية، ودرجة سيطرة منشئها على هذا الصدد، وعلى الوسائط المستخدمة في إنشائها".

وعلى ذلك؛ فإنه يجب تحديد هوية منشئ المحرر الإلكتروني، كي ينال حجية في الإثبات متساوية لتلك المقررة للمحررات التقليدية، ويمكن نسبة ذلك المحرر إليه، وإلا فقد تلك الحجية لعدم القدرة على تحديده.

بيد أن الفقه الفرنسي، يرى أن هذا الشرط هذا الشرط بديهي في المحرر الإلكتروني، وليس للمشرع حاجة في النص عليه، باعتباره من سمات التوقيع الإلكتروني، وأحد وظائفه التي يجمع عليها الفقه[36]. فليست العبرة بتحديد هوية محرر الكتابة أو منشئها، وإنما العبرة بتحديد هوية الموقع الذي سيلتزم بما ورد في المحرر، وما هو مدون به[37].

وفي ذلك الخصوص قضت محكمة النقض الفرنسية بأن: "محكمة الاستئناف بعد أن أشارت إلى أن صحيفة الاستئناف تضمنت توقيع إلكتروني لمجلس الشركة، فإنها ذكرت أن هناك شكًا في تحديد هوية الشخص الذي قام بذلك الفعل، ولهذا فإن الحكم قد استظهر تمامًا أنه وفقًا للأحكام السابقة على قانون 13 مارس2000، فإن صحة استخدام ذلك التوقيع والتعويل عليه تكون غير مقبولة، ومن ثمّ فإن الدعوى لا أساس لها من الصحة. ولهذه الأسباب رفضت الاستئناف"[38].

<u>أما الشرط الثاني</u>: إنشاء وحفظ الكتابة المحرر الإلكتروني في ظروف تكفل سلامته: لضمان أصالة بيانات المحرر الإلكتروني وجعلها مطابقة للبيانات الأصلية التي ينشئها المرسل، ظهر مصطلح جديد على شبكة المعلومات الدولية، يسمى بـ "سلامة بيانات المحرر الإلكتروني" "inrégrité"؛ **ويقصد به:** "خلو البيانات التي يتضمنها المحرر الإلكتروني من أي تعديل، أو تحريف سواء بالحذف أو بالإضافة، وذلك أثناء نشأته، أو نقله، أو إرساله، أو حفظه، أو استرجاعه، بصرف النظر عما إذا كان التعديل عمديًا، أو غير عمدي"[39].

ويشير إلى ذلك؛ نص المادة (1316-1) من القانون المدني الفرنسي الذي يشترط في حجية المحرر الإلكتروني للإثبات أن: "تنشأ وتحفظ في ظروف من طبيعتها ضمان سلامتها"[40].

كما يؤكد ذلك؛ ما نصت عليه المادة (11) من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني المصري، والتي تقضي أنه: "مع عدم الإخلال بما هو منصوص عليه في المواد (2، 3، 4) من هذه اللائحة يتم من الناحية الفنية والتقنية، كشف أي تعديل أو تبديل في بيانات المحرر الإلكتروني باستخدام تقنية شفرة المفتاحين العام والخاص، وبمضاهاة شهادة التصديق الإلكتروني، وبيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني بأصل هذه الشهادة وتلك البيانات بأي وسيلة مشابهة".

بالإضافة إلى نص المادة (11) من ذات اللائحة التي حددت الضوابط الفنية والتقنية التي مع استخدامها يمكن كشف أي تعديل أو تبديل في بيانات المحرر، وكل ما تطلبت تلك المادة من أدوات ووسائل تخص التوقيع الإلكتروني، بما يدل على أن ما يحقق شرط سلامة بيانات المحرر هو التوقيع الإلكتروني الملحق بالمحرر الإلكتروني، وليس المحرر ذاته.

وذلك؛ بهدف حماية إنشاء المحرر وعدم العبث به انتقاله بين أطراف المعاملة الإلكتروني من المتطفلين والمتلصصين الذين يقومون بأعمال القرصنة، وبما يثير نوعًا من التخويف والتساؤل حول ما إذا كان المحرر المرسل هو ذات المحرر المستقبل، ودون أي اختلاف فيما ورد في مضمونه[41].

ولقد نصت المادة (18/أ) من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني المصري على أن: "تتحقق حجية الإثبات المقررة للكتابة الإلكتروني، والمحررات الإلكتروني الرسمية والعرفية لمنشئها، إذا كان متاحًا فنيًا تحديد وقت تاريخ إنشاء الكتابة الإلكتروني، وأن تتم هذه الإتاحة من خلال نظام حفظ إلكتروني مستقل، وغير خاضع لسيطرة منشئ هذه الكتابة، أو تلك المحررات، أو لسيطرة المعني بها".

ويلاحظ أن المشرع المصري قد اشترط أمرين على قدر كبير من الأهمية: **الأول**: أن يكون متاحًا تحديد وقت وتاريخ إنشاء المحرر الإلكتروني[42]. **والآخر**: كون نظام الحفظ الإلكتروني غير خاضع لسيطرة منشئ المحرر الإلكتروني[43].

ومن ثم؛ فإن حجية المحرر الإلكتروني سلامته في الإثبات عند نزاع قضائي تتوقف على مدى الثقة في الطريقة التي تم بها عند إنشاؤه أو حفظه[44].

الخاتمة:

أولًا: أهم النتائج:

1. تميز المشرع الفرنسي عن نظيره المصري في معالجته لأحكام التصرفات والمحررات الإلكترونية. إذ اتسم موقف المشرع الفرنسي بالمنهجية؛ حيث قام بإدراج الأحكام المتعلقة بالمحررات الإلكترونية ضمن نصوص القانون المدني، بما يحد من كثرة القوانين وتعددها، وما لم يقم به المشرع المصري؛ حيث قام بتنظيم المحررات الإلكترونية من خلال تشريع جديد "قانون التوقيع الإلكتروني رقم 15 لسنة 2004"، والذي يعد إضافة إلى التضخم التشريعي الموجود في مصر.

2. كما تميز المشرع الفرنسي عن نظيره المصري؛ حيث وضع المشرع الفرنسي تنظيمًا متكاملًا لعملية توقيع المحررات الإلكترونية، مبينًا فيه كافة المسائل المتعلقة بالتوقيع بداية من كيفية إنشاءه وفقًا لنظام معلوماتي خاص وانتهاءً بترتيب حجيته وآثاره في مواجهة أطرافه والغير. بخلاف المشرع المصري؛ الذي اقتصر في تنظيمه للمحررات الإلكترونية الرسمية على مجرد النص بالاعتراف بإمكانية نشأتها، دون أن يضع لها تنظيما يحكم الجوانب القانونية المختلفة أو المتعقلة بها.
3. قصور نصوص القانون المدني وقانون الإثبات وقانون التوثيق المصري لقبول توقيع المحررات الإلكترونية، ومواكبة تكنولوجيا المعلومات، وعدم كفاية قانون التوقيع الإلكتروني لتغطية لتنظيم أحكام المحررات الرسمية والتوقيع الإلكتروني.
4. منح قانون التوقيع الإلكتروني المصري الكتابة الإلكترونية والمحررات الإلكترونية في نطاق المعاملات المدنية والتجارية ذات الحجية المقررة للكتابة والمحررات الرسمية والعرفية في قانون الإثبات متى استوفت الشروط المنصوص عليها في هذا القانون.ى كما تتجلى أهمية التوثيق الإلكتروني في تحديد هوية الموقع، وصحة وسلامة المحرر الإلكتروني، والمعلومات المدونة بداخله.
5. إن التوقيع الإلكتروني الآمن، هو ذاك الذي يضمن بأنه لا يكون صادرًا إلا عن الشخص المنسوب إليه، ويكون عبر تقنيات تضمن بأن يكون آمنًا، وإلا فإنه لا يمكن الأخذ به.
6. يستدعي إنشاء المحرر الموقع الكترونيًا في فرنسا تدخل كاتبي عدل في المعاملة في مرحلة استلام وموافقة كل طرف من أطراف المعاملة، وقيام الموثق بالتوقيع الإلكتروني الأمن. ويجب على الموثق حفظ المحررات الموثقة وفق الشروط التي تضمن سلامتها وعدم إمكانية الوصول إليها والاطلاع عليها إلا من قبل الموثق الذي أنشأها، ويتم الحفظ دائرة المحفوظات المركزية المنشأة من قبل المجلس الأعلى للموثقين والخاضعة لسلطته.
7. يترتب على توقيع المحررات الإلكترونية في مصروفرنسا نفس الحجية والآثار التي تترتب على توقيع المحررات التقليدية. ويتمتع التوقيع الإلكتروني بحجية قانونية التوقيع إذا توافرت عناصره ويمكن أن يتمسك به لإقامة الدليل على كفاءة منظومة تشغيل هذا التوقيع، كما أنه يمكن للأطراف الاتفاق على تنظيم حجية التوقيع الإلكتروني ما لم يرد في هذا الاتفاق ما يخالف النظام العام.

ثانيًا: أهم التوصيات:

1. ضرورة تطويع نصوص القانون المدني وقانون الإثبات وقانون التوثيق وأي قانون له شأن، لقبول المحررات الإلكترونية الموقعة والموثقة الكترونيًا ومواكبة تكنولوجيا المعلومات والتوقيع الإلكتروني لترتب نفس الآثار أو الحجية سواء بسواء مع المحررات الموقعة والموثقة بالطرق التقليدية.
2. ضرورة إفراد المشرع المصري لتنظيم مستقل يتولى تفاصيل الأمور الخاصة بالمحرر الموقع والموثق إلكترونيًا؛ فما يصلح للمحرر الإلكتروني لا يصلح لغيره في كافة لغيره كافة الأحوال، وما يصلح للمحرر الورقي أو التقليدي ليس بالضرورة أن يصلح لكافة المحررات.

3. ضرورة استقلال مكاتب الإدارة العامة للتوثيق المصرية بنصيب الأسد من موارده المالية التي تدرها، بهدف تطوير المقار والمكاتب، ومواكبة التكنولوجيا الحديثة في النظم المقارنة، والتي أصبحت فرضًا لا يجب الجنوح عنه.
4. ضرورة تأكيد وتثبيت الثقة التجارية في التعامل عبر شبكة الإنترنت، بما يجب المحافظة على سلامة البيانات والمحررات الإلكترونية الموقعة والموثقة، ودعمها بالوسائل التقنية، وحمايتها من خطر التزوير الذي يعبث بحجية وقيمة المحرر الموثق الثبوتية.
5. منح المحررات الإلكترونية الموقعة والموثقة إلكترونيًا حجية في الإثبات أمام المحاكم بمختلف أنواعها ودرجاتها، وإعطائها حجية المحررات الورقية في الإثبات.
6. ضرورة وضع نص صريح بنظم أدلة الإثبات والتفضيل بين حجية المحرر التقليدي والمحرر الإلكتروني حال توافر كل منهما والتعارض بينهما، وعدم ترك ذلك لسلطة القاضي التقديرية.
7. ضرورة تشديد الجزاءات الجنائية والمدنية على الجرائم المتعلقة بالحاسبات ونظم المعلومات بخصوص عمليات الاحتيال والتزوير والتي يتم ارتكابها بواسطة الحاسوب، والتي تؤثر سلبا على انتشار التجارة الإلكترونية.

الهوامش:

(1) د. المصطفى طايل، أهمية التوقيع الإلكتروني الآمن في حماية المتعاقدين عبر الأنترنت، مقال منشور بمجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة الصادر، لبنان، العدد الثالث، مايو 2016 ، ص 11.

(2) LOI no 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative a la signature électronique، J.0 n° 62 du 14 mars 2000 page 3968.

(3) القانون رقم 15 لسنة 2001 بتنظيم التوقيع الإلكتروني وبإنشاء هيئة تنمية صناعية تكنولوجيا المعلومات، والمنشور بالجريدة الرسمية، العدد 17، 22 ابريل 2004، ص17.

(4) صدرت اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني بقرار وزير الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات رقم 109 لسنة 2005، في 15 مايو 2005، والمنشور بجريدة الوقائع المصرية، العدد رقم (115)، المؤرخ في 25 مايو 2005.

(5) **راجع**: التوجيه الأوروبي رقم 93/999 الصادر في 1996/12/13 بِشأن التوقيع الإلكتروني.

(6) انظر: الموقع الإلكتروني: http://www.albasalh.com/vb/showthread.php?t=4663، نشر في 2011/12/30، تاريخ الولوج 2021/10/11، الساعة 11.15م.

(7) Article 17: "L'acte doit être signe par le notaire au moyen d'un procédé de signature électronique sécurisée conforme aux exigences du décret n° 2001-272 du 30 mars 2001 pris pour l' application de l'article 13 16- 4 du code civil et relatif à la signature électronique".

(8) يعتبر التوقيع الإلكتروني شرطًا مهمًا لتوثيق أي مستند، ويتماشى ذلك مع مقتضيات التجارة الإلكترونية، وفيه استجابة وتسيير لمعاملات التجار الذين يرغبون في إقامة علاقات تعاقدية عبر الإنترنت، ويمكن الاستفادة من استخداماته في العديد من المجالات المختلفة. **للمزيد راجع**: إياد محمد عارف عطا سده، مدى حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2009، ص69 وما بعدها.

(9) **للمزيد راجع**: إياد سده، مدى حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات، مرجع سابق، ص72 وما بعدها.

(10) MATHIAS (3.D.)، L'authenticité électronique، Petites Affiches، 2 avril 2001، n° 65، p.25.

(11) LIPOVETSKY (S.) et WEISZ (G.)، Les actes authentiques se dématérialisent enfin، Le journal du net، France، 19Décembre 2005، p. 2.

(12) **للمزيد راجع**: إياد سده، مدى حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات، مرجع سابق، ص78 وما بعدها.

(13) انظر: الموقع الإلكتروني: http://www.albasalh.com/vb/showthread.php?t=4663، نشر في 2011/12/30، تاريخ الولوج 2021/10/11، الساعة 11.15م.

(14) انظر: الموقع الإلكتروني: https://www.zoho.com/ar/sign/eidas-regulation.html، قوانين التوقيع الإلكتروني، لائحة eIDAS، تاريخ الولوج 2021/11/11، الساعة 12.2ص.

(15) ACTOSTI (P.)، Le régime juridique des actes authentiques électroniques، Art. disponible sur، www.caprioli-avocats.com، Mise en ligne a Octobre 2005، p.4.

(16) لا يقتصر دور الموثق على تحديد هوية المتعاملين في التعاملات الإلكترونية، وتحديد أهليتهم القانونية للتعاقد أو التعامل، وإنما يضاف إلى ذلك التحقق من مضمون هذا التعامل، وسلامته، وجديته، وبعده عن الغش والاحتيال.

(17) ACTOSTI (P.)، Le régime juridique des actes authentiques électroniques، op. Cit.، p.4.

(18) **للمزيد انظر**: د. جوليانا ميخائيل عبد الله وآخر، إثبات صحة العقد الإلكتروني في القانون الفرنسي، مجلة الفكر الشرطي، مركز بحوث الشرطة، القيادة العامة لشرطة الشارقة، الإمارات، مج25، 96، 2015، ص240.

(19)**Article 22**: " Lorsque l'acte est établi sur support électronique، les pièces annexées sont indissociablement liées a l'acte auquel elles se rapportent. La signature électronique du notaire en fin d'acte vaut également pour ses annexes".

(20)**Article 17**: "...Cette signature est apposée par le notaire des l'acte établi، si besoin après réunion des annexes à l'acte."

(21) **للمزيد راجع:** د. محمد طلعت يدك، الحجية القانونية لتوثيق المحررات الإلكترونية، دراسة مقارنة، بحث منشور بمجلة جيل البحث العلمي، لبنان، العدد 50، أكتوبر 2021، ص 82 وما بعدها.

(22) **قارب**: د. جوليانا ميخائيل عبد الله وآخر، إثبات صحة العقد الإلكتروني في القانون الفرنسي، مرجع سابق، ص269.

(23) لم ينقل المشرع الفرنسي من هذه القائمة إلا فئتين من العقود العرفية أوردتهما المادة (1108-2) من القانون المدني: **الأولى**: تتعلق بالعقود العرفية المتعلقة بقانون الأسرة وقانون الميراث والتركات. **والثانية**: تتعلق بالعقود العرفية المتعلقة بالتأمينات الشخصية أو العينية، ذات الطبيعة المدنية أو التجارية، إلا إذا قام بها الشخص لحاجات مهنته. **انظر**: د. جوليانا ميخائيل عبد الله وآخر، إثبات صحة العقد الإلكتروني في القانون الفرنسي، مجلة الفكر الشرطي، مرجع سابق، ص225.

(24) **تنص المادة (15) من القانون على أن:** "للكتابة الإلكترونية وللمحررات الإلكترونية، في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية، ذات الحجية المقررة للكتابة والمحررات الرسمية والعرفية في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، متى استوفت الشروط المنصوص عليها في هذا القانون، وفقًا للضوابط والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون"؛ **كما تنص المادة (17) من ذات القانون على أن:** "تسري في شأن إثبات صحة المحررات الإلكترونية الرسمية والعرفية والتوقيع الإلكتروني، فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون أو في لائحته التنفيذية الأحكام المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية"

(25) **قارب**: د. جوليانا ميخائيل عبد الله وآخر، إثبات صحة العقد الإلكتروني في القانون الفرنسي، مرجع سابق، ص269.

(26) د. ثروت عبد الحميد، التوقيع الإلكتروني، ماهيته ومخاطره، وكيفية مواجهتها، ومدى حجيتها في الإثبات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص 191.

(27) **للمزيد راجع**: زيد حمزة مقدم، وسائل وضمانات التوثيق الإلكتروني، مجلة جامعة بحري للآداب والعلوم السياسية، جامعة بحري، السودان، مج3. ع6، 2014، ص 175 وما بعدها

(28) زيد حمزة مقدم، وسائل وضمانات التوثيق الإلكتروني، مرجع سابق، ص 186.

(29) د. أسامة بن غانم العبيدي، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، السعودية، مج28، ع56، 2012، ص167.

(30) **راجع**: المادة (1316) من قانون التوقيع الإلكتروني الفرنسي.

(31) المادة (14) من قانون التوقيع الإلكتروني المصري. وقد اشترط المشرع المصري في التوقيع الإلكتروني حتى يتمتع بذات الحجية التي يتمتع بها التوقيع التقليدي: **1**- ارتباط التوقيع الإلكتروني بالموقع وحده دون غيره. **2**- سيطرة الموقع وحده دون غيره على الوسيط الإلكتروني. **3**- إمكانية كشف أي تعديل أو تبديل في بيانات المحرر الإلكتروني أو التوقيع الإلكتروني. للمزيد راجع: د. أسامة العبيدي، مرجع سابق، ص180.

(32) **Article 1316-3**: "L'écrit sur support électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier".

(33) **Article 1316**: " L'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que L'écrit sur support papier، sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité".

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

(35) **راجع**: د. محمد محمد سادات، الأحكام العامة للمحررات الإلكترونية الرسمية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، ع74، مصر، 2010، ص754؛ **وللمزيد راجع**: إياد سده، مدى حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات، مرجع سابق، ص63 وما بعدها.

(36) BLANCHETIE (J.-F.)، Les technologies de récrit électronique: Synthèse et évaluation critique، In Les actes authentiques électroniques: Réflexion juridique prospective، éd. Isabelle de Lambert Erie، Paris، La Documentation Françoise، 2002، p. 139.

(37) د. محمد سادات، الأحكام العامة للمحررات الإلكترونية الرسمية، مرجع سابق، ص756.

(38) **حكم مشار إليه**: د. محمد سادات، الأحكام العامة للمحررات الإلكترونية الرسمية، مرجع سابق، ص760.

(39) **يقع على عاتق الموثق**: مسؤولية حفظ جميع العقود الإلكترونية التي تلقاها على دليل إلكتروني موقع من رئيس غرفة الكتاب العدل أو من ينوب عنه، وذلك عن طريق وسيلة إلكترونية آمنة، وفق المعايير التي حددها المرسوم الصادر بتاريخ 30 مارس 2001، إضافة إلى ذلك، لا بد من حفظ النسخ الأصلية للعقود الرسمية وفق شروط تضمن سلامتها، وقراءتها وإمكانية الاستدلال عليها في دائرة المحفوظات المركزية المنشأة من قبل المجلس الأعلى للكتاب العدل والخاضعة لسلطته. **انظر**: د. جوليانا ميخائيل عبد الله وآخر، إثبات صحة العقد الإلكتروني في القانون الفرنسي، مرجع سابق، ص262.

(40) إن من أهم شروط الحفظ في العقود الرسمية الإلكترونية؛ أن يكون الوصول إليها، والاطلاع عليها ممكنا فقط وحصرا من قبل الكاتب العدل الذي أنشأها أو تلقاها، ما يضمن عدم إمكانية تعديلها، من قبل أي كان بعد توقيع الكاتب العدل عليها. **انظر**:

Article 28: "L'acte établi sur support électronique doit être conservé dans des conditions de nature à en préserver l'intégrité et la lisibilité.

L'ensemble des informations concernant l'acte dès son établissement، telles que les données permettant de l'identifier، de déterminer ses propriétés et d'en assurer la traçabilité، doit être également conservé.

L'acte notarié dressé sur support électronique est enregistré pour sa conservation dans un minutier central dès son établissement par le notaire instrumentaire. Ce dernier، ou le notaire qui le détient، en conserve l'accès exclusif.

Le minutier central est établi et contrôlé par le Conseil supérieur du notariat sans préjudice de l'application de l'article 2 du décret n° 79-1037 du 3 décembre 1979 relatif à la compétence des services d'archives publics et à la coopération entre les administrations pour la collecte، la conservation et la communication des archives publiques".

(41) DE LAMBERTERIE (I.)، Le décret du 30 mars 2001 relatif a la signature électronique: lecture critique، technique et juridique، La Semaine Juridique، Editions Affaires et Entreprises، No. 30، Juillet 2001، p.1269; BLANCHETTE (3.-F.)، La conservation de la signature électronique: Perspectives archivistiques، Rapport remis a la direction des archives de France Ministère de la Culture Septembre 2004. p.38.

(42) تحديد وقت إنشاء المحرر الإلكتروني؛ يتعلق بالتصرف القانوني المدون بالمحرر أكثر من تعلقه بالمحرر الإلكتروني ذاته، باعتبار أن هذا التحديد، هو أحد الأمور الهامة التي يترتب عليها الكثير من الآثار على مستوى القانون المدني. **انظر**: د. محمد سادات، الأحكام العامة للمحررات الإلكترونية الرسمية، مرجع سابق، ص765 وما بعدها

(43) عدم خضوع المحرر لسيطرة منشئه؛ يضفي على المحرر قدرًا من الحيادية والاستقلالية في العملية الإلكترونية، وما يستتبع ذلك من إتاحة تقديم المحرر الإلكتروني كدليل لإثبات الحق المدون به. **انظر**: د. محمد سادات، الأحكام العامة للمحررات الإلكترونية الرسمية، مرجع سابق، ص766.

(44) زيد حمزة مقدم، وسائل وضمانات التوثيق الإلكتروني، مرجع سابق، ص 174.

عبء الإثبات الجنائي الإلكتروني

أ/ المريشد أمجاد سعد
جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية (المملكة العربية السعودية)
amjadsaad_e@hotmail.com

****

ملخص:

تعد الجرائم الإلكترونية صورة من صور الجرائم التي ظهرت مع تطور التكنولوجيا الحديثة، والتي قد تكون جريمة قائمة نتيجة ارتكابها من خلال الشبكة الإلكترونية، أو وسيلة مستخدمة لارتكاب الجرائم التقليدية. كما يعد الإثبات الجنائي من أساسيات التقاضي أمام المحاكم إذ يعتبر الفيصل في الخصومات الجنائية؛ الأمر الذي دفع التشريعات الجنائية إلى تفريد النصوص الجنائية لبيان المكلف بعبء الإثبات الجنائي، والحالات الاستثنائية الواردة عليه. ونهدف من خلال هذه الدراسة إلى التعرف على ماهية عبء الإثبات الجنائي الإلكتروني، وتحديد المكلف بعبء الإثبات الجنائي الإلكتروني وفق التشريعات الجنائية الوطنية والاتفاقيات الدولية؛ وذلك بقصد الوصول إلى توصيات مستنيرة حول إطار إشكالية الدراسة.

الكلمات المفتاحية: الجريمة الإلكترونية، الإثبات الجنائي، تكنولوجيا، الإعلام، الاتصال.

مقدمة:

التغيرات التي حققتها التطورات التكنولوجية من خلال الشبكة الإلكترونية أثرت إيجابًا على نهضة الدول في جوانبها المختلفة، وبالرغم من هذه الأثار الإيجابية شهدت معظم دول العالم أثرها السلبي جراء ارتكاب الجرائم الإلكترونية في مختلف المجالات وعلى مختلف الفئات في المجتمع.

مما ينشأ للدولة الحق في توقيع العقاب على مرتكبي الجرائم الإلكترونية تمثيلًا عن المجتمع من خلال إقامة الدعوى الجنائية العامة؛ تحقيقًا للمصالح المعتبرة بالحفظ والصيانة المتعلقة بالنظام العام، والمصالح المتعلقة بالمصلحة الخاصة للمتهم من خلال الحفاظ على أمن الدولة واستقرار المجتمع بالتقصي والبحث عن أدلة الإثبات وصولًا لحقيقة الواقعة الإجرامية وتوقيع العقوبة المقررة على مرتكب الجريمة بناءً على حكم قضائي نهائي بات مبني على الأدلة القطعية، وحماية حرية المتهم الشخصية وصون كرامته وإنسانيته.

والإثبات في مجال القضاء الجنائي هو الفيصل في الخصومات إذ به تثبت الحقوق، ويوقع على كل مرتكب للجريمة ثبت إدانته العقوبة المقررة، لأن عملية التقاضي بين الخصوم لا يتصور قيامها دون إثبات الخصوم لإدعائهم؛ لما لها من أهمية بالغة في إعانة القضاء على تحقيق العدالة الجنائية والإنصاف ودفع الظلم، تطبيقًا لأوامر الله سبحانه وتعالى التي تستوجب قيام العدل والنهي عن الظلم في قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنكَرِ وَالْبَغْيِ ۚ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ﴾[1]

مشكلة الدراسة:

يعد عبء الإثبات الجنائي الإلكتروني من أساسيات التقاضي حيث يتم تحديد المكلف بعبء الإثبات طبقًا لمبدأ الأصل في الإنسان البراءة والذي يفيد أن المتهم يعفى من إثبات براءته؛ لأنه أصل ثابت له وعلى من يدعي خلاف ذلك إثبات دعواه، إلا أن المتهم في بعض الحالات يسعى إلى تقديم الدفع والأدلة بعد الاتهام التي تفيد في دحض الأدلة المقدمة ضده، أو في تقديم سبب من أسباب الإباحة، أو مانع من موانع المسؤولية الجنائية، وعلى ذلك يطرح موضوع الدراسة العديد من التساؤلات الفرعية التي تنطلق من التساؤل الرئيس التالي: **على من يقع عبء الإثبات الجنائي الإلكتروني؟**

أهداف الدراسة:

تهدف الدراسة إلى بيان مفهوم عبء الإثبات الجنائي الإلكتروني من خلال التطرق إلى تعريفه وأهميته، بالإضافة إلى بيان قواعد الإثبات العامة في القانون الجنائي، وتحديد المكلف بعبء الإثبات الجنائي الإلكتروني والحالات الاستثنائية الواردة عليها.

أهمية الدراسة:

تكمن أهمية الدراسة في أهمية موضوع عبء الإثبات الجنائي؛ لضمان سير القضاء وتحقيق العدالة ببيان ماهية عبء الإثبات الجنائي الإلكتروني، وبيان المكلف بعبء الإثبات الجنائي والحالات الاستثنائية الواردة عليها وفقًا للنصوص الشرعية والقانونية، آملًا أن تساهم هذه الدراسة في زيادة مستوى الوعي والثقافة الفردية بما يتمتع به من أصل البراءة المكفولة له بموجب النصوص القانونية الجنائية من خلال توضيح المواطن التي نص فيها على تحديد المكلف بعبء الإثبات الجنائي الإلكتروني.

منهج الدراسة:

تحقيقًا لأهداف الدراسة، واستنادًا لطبيعتها؛ اعتمدت الباحثة المنهج الوصفي القائم على الاستقراء والتحليل من خلال الرجوع إلى القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية، واستعراض النصوص الشرعية والقانونية التي لها علاقة بالدراسة وتحليلها.

تطبيقًا لذلك تم تقسيم الدراسة إلى مبحثين أساسين: حيث تناول المبحث الأول ماهية عبء الإثبات الجنائي الإلكتروني وذلك في مطلبين حيث تناول المطلب الأول مفهوم عبء الإثبات الجنائي، بينما المطلب الثاني تناول أهمية عبء الإثبات الجنائي الإلكتروني، وتناول المبحث الثاني بيان المكلف بعبء الإثبات الجنائي الإلكتروني وذلك في مطلبين حيث عنى المطلب الأول ببيان المكلف بعبء الإثبات الجنائي الإلكتروني في التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية، وتطرق المطلب الثاني إلى الحالات الاستثنائية الواردة على عبء الإثبات الجنائي الإلكتروني.

المبحث الأول

ماهية عبء الإثبات الجنائي الإلكتروني

أن الهدف الأساسي التي تسعى إليه أجهزة العدالة في الدولة هو إثبات الواقعة الإجرامية ونسبتها إلى مرتكبها؛ مما يمكنها من توقيع العقوبات المقررة الرادعة والزاجرة عليه وفقًا لحكم قضائي نهائي بات مبني على الأدلة القطعية بالإدانة.

وسنحاول من خلال المبحث الأول إبراز الجانب المفاهيمي لموضوع الدراسة من خلال عرض مفهوم عبء الإثبات الجنائي الإلكتروني باعتباره الركيزة الأساسية للوصول إلى أهميته في المسائل الجنائية، ثم التعريج على أهمية عبء الإثبات الجنائي الإلكتروني وذلك في المطلبين التاليين:

المطلب الأول: مفهوم عبء الإثبات الجنائي الإلكتروني

إن تحديد عبء الإثبات الجنائي الإلكتروني يتطلب بيان تعريفه وأهميته، والوقوف على مبدأ أصل البراءة الذي يعتبر جوهر الشرعية الإجرائية من خلال الرجوع إلى النصوص الشرعية والقانونية، وقواعد الإثبات العامة في القانون الجنائي، والتي سنتطرق لها على النحو الآتي:

الفرع الأول: مفهوم عبء الإثبات الجنائي الإلكتروني

لفظ الإثبات في اللغة: من الفعل الثلاثي ثبت يقال: "ثبت ثباتًا وثبوتًا: استقر، ويقال: أثبت الحق: أقام حجته"[(2)]، أي يفيد الثبوت وإقامة الحجة والبينة. ويستعمل الفقهاء في الشريعة الإسلامية مصطلح الإثبات في ذات المعنى اللغوي وهو: "إقامة المدعي الدليل على ثبوت ما يدعيه قبل المدعى عليه"[(3)]، كما يستخدمه القانونيين بذات المعنى، فهو يفيد لديهم بأنه: "إقامة الدليل أمام القضاء، بالطرق التي حددها القانون، على وجود واقعة قانونية ترتبت آثارها"[(4)].

ويتبين لنا من خلال التعاريف سالفة الذكر أن مصطلح الإثبات يشمل جميع الأدلة التي من الممكن أن تؤدي إلى اقتناع القاضي بالبينة، وفق الطرق التي حددها القانون في نصوصه النظامية، فلا يجوز اللجوء إلى الطرق غير القانونية لإقامة الدليل أمام القضاء، كما يستنتج من التعريف ضرورة إقامة الدليل على وجود الواقعة القانونية محل الإثبات وما يترتب عليها من آثار قانونية.

بينما الإثبات الجنائي يعرف بأنه: إقامة الدليل لدى السلطات المختصة بالإجراءات الجنائية على حقيقة واقعة ذات أهمية قانونية، بالطرق التي حددها القانون ووفق القواعد التي أخضعها لها[(5)]، بالتالي لابد من إقامة الدليل على قيام الواقعة الإجرامية ونسبتها إلى المتهم لدى النيابة العامة، أو المحاكم الجنائية بالطرق المشروعة قانونًا.

وفي بيان مفهوم عبء الإثبات نجد أن هذا مصطلح مركب من كلمتين، وهما: لفظ العبء ويعني الثقل من أي شيء كان"[(6)]، ولفظ الإثبات والذي سبق عرض مفهومه في اللغة والاصطلاح.

وعبء الإثبات الجنائي في الاصطلاح يقصد به: "تكليف المدعي بإقامة الدليل على صحة ما يدعيه"[(7)] وهذا التكليف بمثابة قاعدة عامة تسري على كافة الجرائم وطرق إثباتها طبقًا للقاعدة الفقهية: "البينة على المدعي واليمين على من أنكر"[(8)]؛ وذلك لأن الأصل في الإنسان براءة الذمة.

وأمام هذا التطور المتزايد لوسائل التكنولوجيا الحديثة وهيمنتها على جوانب الحياة المعاصرة بما فيها الجانب القانوني، بات من الضروري تطوير وسائل الإثبات التقليدية باللجوء إلى وسائل الإثبات الإلكترونية، فالقانون يستهدف تنظيم الحياة في المجتمع وضرورة التجاوب مع كافة المتغيرات المؤثرة فيه[(9)].

وعبء الإثبات الجنائي الإلكتروني لم نجد له تعريفًا محددًا باعتباره من المصطلحات الحديثة، إلا أننا نستطيع استنتاج مفهومه من خلال تعريف عبء الإثبات الجنائي؛ ويبرر ذلك إعمال مبدأ أصل البراءة للإنسان

الذي لا يزول ولا يتغير باختلاف نوع الدليل المستمد، أو نوع الجريمة المرتكبة سواء تقليدية أو إلكترونية، أي أن الجريمة المرتكبة مهما كانت خطورتها وجسامتها وتطبيقها سواء تقليدية أو إلكترونية فإن الأصل براءة ذمة الفرد منها ما لم يتم إثباتها بالأدلة القطعية، فعبء الإثبات الجنائي الإلكتروني يمكن تعرفه بأنه تكليف سلطة التحقيق والادعاء بإقامة الدليل الإلكتروني على صحة ما تدعيه في الدعوى الجنائية العامة.

الفرع الثاني: مبدأ أصل البراءة

مبدأ أصل البراءة يفيد أن كل شخص تقام ضده دعوى جنائية يعتبر بريئًا إلى أن تثبت إدانته بحكم قضائي بات صادر من المحكمة المختصة [10]، ونص على مبدأ افتراض البراءة الأصلية في الشريعة الإسلامية طبقًا للقاعدة الشرعية الأصل براءة الذمة ومفادها أن براءة الذمة أمر يقيني وثابت للمتهم، وتعد قاعدة أساسية يبنى عليها الإثبات الجنائي؛ لأنها تحدد المكلف بعبء الإثبات. حيث "أن الإنسان غير مكلف بشيء من الحقوق، لذا فإن تكليفه بحق من الحقوق مخالف للأصل فلابد أن يكون ثبوته بدليل"[11]، كما تعد قاعدة أساسية في حماية الحرية الفردية التي يتمتع بها كل فرد ضد إي إجراء تعسفي، أو مساس بحريته وسلامته الجسدية، وأن الفرد لا يتحمل عبء إثبات براءته.

وبناءً على ذلك، يفترض أن يعامل الفرد سواء كان متهم أو مشتبه به بناءً على أصل البراءة في جميع مراحل الدعوى الجنائية إلى أن يصدر حكم قضائي نهائي بات حائز قوة الشيء المقضي به يفيد إدانته من المحكمة الجنائية المختصة.

ويعتبر مبدأ أصل البراءة جوهر الشرعية الإجرائية والأساس الأول في حماية حقوق الأفراد وحرياتهم؛ لأن الأصل في الإنسان أن يولد بريئًا وتستمر صفة البراءة ملازمة له إلى صدور الحكم القضائي المبني على اليقين ولجزم بالإدانة عن الفعل الإجرامية [12]. كما ورد في السنة النبوية الشريفة: "حدثنا آدم، حدثنا ابن أبي ذئب، عن الزهري، عن أبي سلمة بن عبد الرحمن، عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال النبي صلى الله عليه وسلم: كل مولود يولد على الفطرة، فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه، كمثل البهيمة تنتج البهيمة، هل ترى فيها جدعاء؟"[13].

كما دلت الآيات الكريمة على ضرورة الأدلة اليقينية إذ لا يجوز أن تبنى الإدانة على الشك والاحتمال قول تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوا أَن تُصِيبُوا قَوْمًا بِجَهَالَةٍ فَتُصْبِحُوا عَلَىٰ مَا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ﴾ [14]، وهذا يقتضي أن ذمة الإنسان خالية من أي التزام، أو حق، أو مسؤولية وهو الظاهر الثابت، ومن يدعي خلاف الظاهر بانشغال ذمة الفرد بحق من الحقوق، أو التزام، أو مسؤولية جنائية وجب عليه إقامة الأدلة اليقينية على ما يدعيه؛ بهدف حفظ مقاصد الشريعة الإسلامية المتمثلة في حماية الفرد من الاعتداء عليه أو على حرتيه، وكفالة حق الدفاع عن النفس والتمسك بأصل براءة الذمة للفرد، وإنكار جميع الشبهات والتهم التي قد تشغلها وتحملها حقوقًا ومسؤوليات دون دليل يقيني ثابت.

وبناءً على أصل البراءة يجب أن يفسر الشك لمصلحة المتهم؛ ويبرر ذلك أن أصل البراءة ثابت بيقين ولا يزول إلا بالأدلة اليقينية القطعية طبقًا لما ورد في الكتاب الكريم قوله تعالى:﴿ وَمَا لَهُمْ بِهِ مِنْ عِلْمٍ

إنْ يَتَّبِعُونَ إِلَّا الظَّنَّ وَإِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا﴾[15]، وللقاعدة الفقهية "اليقين لا يزول بالشك" مما يفيد بأن إذا ثبوت أمر ثبوتًا يقينيًا ثم طرأ شك في زوال ذلك الأمر فإنه يحكم ببقاء الثابت على ما ثبت عليه[16].

ويرتبط هذا المبدأ ارتباطًا وثيقًا بمبدأ الشرعية الجنائية حيث يعد ركيزة أساسية له؛ حيث أكدت على أن الأصل في الأشياء الإباحة وأن الاستثناء هو التجريم والعقاب مما يستنتج منه أن جميع الأفعال التي يرتكبها الإنسان مباحة، ولا تنتفي هذه الإباحة إلا بنصوص قانونية تجرم بعض هذه الأفعال، وأن الأصل في الإنسان براءة الذمة.

المطلب الثاني: أهمية عبء الإثبات الجنائي الإلكتروني

وسائل الإثبات الجنائي الإلكتروني اكتسبت مكانة هامة في إثبات العديد من المسائل القانونية وخاصة في المسائل الجنائية؛ وذلك لأن البيئة الإلكترونية أتاحت بصورة كبيرة للمجرمين ارتكاب مختلف أنواع الجرائم في العالم الافتراضي، وعلى مختلف فئات المجتمع، إضافة إلى أنها أتاحت لهم ارتكاب الجرائم العابرة للقارات؛ مما يتطلب بيان أهمية عبء الإثبات الجنائي الإلكتروني في كلًا من الدعوى الجنائية، والحقوق الفردية على النحو الآتي:

الفرع الأول: أهمية عبء الإثبات الجنائي الإلكتروني في الدعوى الجنائية

إن عبء الإثبات الجنائي بصورة عامة من أهم الموضوعات في الإجراءات الجنائية؛ لأنه يحدد على من يقع عليه عبء الإثبات في المسائل الجنائية حمايةً للفرد الذي حرصت الشريعة الإسلامية والتشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية على حفظ حقوقه ومصالحه، وعدم المساس بحريته وكرامته وصون ادميته. كما تكمن أهيمته في سد باب الفساد والدعاوى الكيدية والظلم.

كما أن البيئة الإلكترونية تعتبر وسيلة لارتكاب الجرائم التقليدية عن طريق استغلالها في التواصل مع العصابات الإجرامية، أو المساهمين الجنائيين في ارتكاب الجريمة بهدف التخطيط والتحضير لارتكاب الجريمة التقليدية في العالم الواقعي؛ مما يستوجب لجوء المكلف بعبء الإثبات الجنائي إلى الإثبات الإلكتروني بالبحث والتنقيب عن الأدلة الإلكترونية لإثبات الواقعة الإجرامية المرتكبة على الشبكة الإلكترونية.

الفرع الثاني: أهمية عبء الإثبات الجنائي الإلكتروني في حفظ الحقوق الفردية

الإثبات يعتبر وسيلة يعتمد عليها الأفراد في صيانة حقوقهم المترتبة على الوقائع القانونية، والأداة الضرورية التي يعول عليها القاضي في التحقق من تلك الوقائع؛ لأن القاضي لا يستطيع أن يقر بأحقية الشخص في ادعائه ما لم يقم الدليل، وإذا عجز عن تقديم الدليل الذي يصل إلى قناعة القاضي به خسر دعواه[17].

كما تعود أهمية الإثبات الجنائي إلى اعتباره سياج لحماية الحريات الشخصية ضد تعسف الأجهزة القضائية، وأجهزة التحري عن الجرائم، وتحمل المسؤولية الجنائية للمتهم عن ارتكاب الجريمة رغم براءته؛ بسبب صعوبة إثبات المتهم لبراءته خاصة في حال تقديم الأدلة التي تعتمد على نفي التهم المنسوبة إليه[18].

المبحث الثاني

المكلف بعبء الإثبات الجنائي الإلكتروني

إن المقرر في قواعد الإثبات الجنائي أن من يدعي خلاف أصل براءة الذمة يقع عليه إثبات دعواه وتقديم الأدلة المؤيدة فهو يعتبر المكلف قانونًا بتحمل عبء الإثبات الجنائي، وإن عبء الإثبات في المسائل الجنائية تقع على عاتق النيابة العامة في كافة الجرائم بما في ذلك الإثبات الجنائي الإلكتروني.

وسنتناول من خلال المبحث الثاني التشريعات الجنائية التي نصت على عبء الإثبات الجنائي في الدعوى الجنائية العامة على الصعيدين الوطني والدولي، ببيان المكلف بعبء الإثبات الجنائي الإلكتروني والحالات الاستثنائية الواردة عليها.

المطلب الأول: المكلف بعبء الإثبات الجنائي الإلكتروني في التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية.

يقوم عبء الإثبات الجنائي على أساس قرينة البراءة الأصلية التي تعتبر أصلًا ثابتًا للإنسان؛ لذلك يشترط في تحريك الدعوى الجنائية العامة وجود أدلة ترجح إدانة المتهم بالجريمة المنسوبة إليه.

وعبء الإثبات الجنائي الإلكتروني يقع على عاتق سلطة التحقيق –النيابة العامة-في جميع الجرائم المرتكبة، وبالنسبة لجميع المجرمين حيث تعتبر قاعدة أساسية لإثبات الواقعة الإجرامية ونسبتها إلى المتهم من خلال إثبات كافة العناصر المكونة للجريمة، وهي:

1- الركن الشرعي: ويقصد به خضوع الفعل بنص التجريم الذي يحدد الماديات التي يحظرها القانون باعتبارها أفعال غير مشروعة، وانتفاؤه يغني عن البحث في أركانها الأخرى؛ لعدم قيام الجريمة. ودور النيابة العامة فيما يتعلق بالركن الشرعي يقتصر على الإشارة إلى النصوص النظامية التي انتهكها المتهم عند رفع الدعوى الجنائية[19].

2- الركن المادي: يقع على عاتق النيابة العامة إثبات الركن المادي للجريمة بجميع عناصره المتمثلة في السلوك الإجرامي وهو الفعل غير المشروع قانونًا الذي صدر عن لمتهم، والنتيجة الإجرامية التي تحققت كأثر للسلوك الإجرامي وهي النتيجة التي طرأت على العالم الخارجي ويترتب عليها الاعتداء على المصلحة المحمية أو الحق الذي يحميه القانون، إضافة إلى إثبات العلاقة السببية بين السلوك الإجرامي والنتيجة الإجرامية[20].

3- الركن المعنوي: ويقصد به إثبات القصد الجنائي سواء العام المتمثل في العلم أو الإرادة، أو الخاص المتمثل في توافر نية معينة نص عليها المشرع في النصوص النظامية لقيام بعض الجرائم وهو يعد من أصعب المسائل في مجال الإثبات الجنائي؛ حيث يعتبر أمر داخلي مكنون في نفس الفرد. وفي بعض الجرائم يلجئ المشرع إلى افتراض الركن المعنوي فيها، مما يعفى النيابة العامة من إثباته ويقع على عاتق المتهم إثبات عكس ذلك مثل جريمة الرشوة في النظام السعودي[21].

فالإثبات في المسائل الجنائية يتمثل في إثبات الواقعة الإجرامية بركنيها الرئيسيين، وهما: الركن المادي المتمثل في السلوك الإجرامي، والنتيجة الإجرامية، والعلاقة السببية، والركن المعنوي المتمثل في إثبات القصد الجنائي. وعلى ذلك فلا يتطلب إثبات الركن الشرعي للجريمة؛ لأن شرعية التجريم والعقاب منصوص عليها في

الشريعة الإسلامية وفي الأنظمة مما يجدر بالقاضي الإلمام والعلم بكافة الأنظمة، والأحكام الشرعية والنظامية، والعلم بالعقوبات المقررة على مختلف الجرائم المرتكبة.

ونصت التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية على أن عبء الإثبات في المسائل الجنائية يقع على عاتق النيابة العامة، والتي سنعرض بعضًا منها على النحو الآتي:

الفرع الأول: عبء الإثبات الجنائي الإلكتروني في التشريعات الوطنية وبعض الأنظمة المناظرة

اتجهت التشريعات الوطنية إلى إقرار تحميل عبء الإثبات في الدعوى الجنائية العامة على عاتق النيابة العامة سواء في الدول العربية أو غير العربية، ومن الدول العربية التي أقرت ذلك ما نص عليه المشرع السعودي: "تختص هيئة التحقيق والادعاء العام –النيابة العامة-وفقًا لنظامها بإقامة الدعوى الجزائية العامة ومباشرتها أمام المحاكم المختصة"[22]، كما ذكر المشرع أن في حال رأت النيابة العامة بعد انتهاء التحقيق أن الأدلة كافية ضد المتهم ترفع الدعوى إلى المحكمة المختصة مع ضرورة ذكر النصوص الشرعية والنظامية التي تنطبق عليها، وتحديد نوع العقوبة، وبيان الأدلة على وقوع الجريمة ونسبتها إلى المتهم[23].

كما نص المشرع الإماراتي على أن: "النيابة العامة جزء من السلطة القضائية وتباشر التحقيق والاتهام في الجرائم وفقًا لأحكام هذا القانون"[24] ، فالمكلف بعبء الإثبات الجنائي ومباشرة الدعوى الجنائية هي النيابة العامة في كل من التشريعين السعودي والإماراتي، إلا أنه لا يوجد في الأنظمة الجنائية الإلكترونية المستحدثة نصوص تتعلق بالدليل الإلكتروني أو طرق خاصة للإثبات الجنائي الإلكتروني؛ لتتمكن السلطة المختصة في ممارسة الإجراءات الجزائية والبحث والتنقيب عن الأدلة بما يتناسب مع طبيعتها، ولكن هذا لا يعني أن الإثبات الجنائي الإلكتروني لا يقع على عاتق النيابة العامة حيث أن النصوص النظامية المتعلقة بتكليف النيابة العامة عبء الإثبات الجنائي عامة تشمل جميع الجرائم العمومية المرتكبة.

أما القانون الجزائري فإنه نص على أن الدعوى العمومية يحركها ويباشرها رجال القضاء أو الموظفون المختصون بذلك بمقتضى القانون[25]. وجعل اختصاص مباشر الدعوى العمومية إلى النيابة العامة متمثلة في المجتمع لتحقيق الأنظمة المرعية[26].

كذلك نص المشرع الكويتي على أن تتولى النيابة العامة سلطة التحقيق والتصرف والادعاء في الجنايات ويتولى التحقيق والتصرف والادعاء في الجنح محققون يعينون لهذا الغرض في دائرة الشرطة والأمن العام، فالمشرع هنا ألقى عبء الإثبات الجنائي فيما يتعلق بالجنايات على عاتق النيابة العامة إلا أنها تستطيع أن تحيل الجنايات إلى ضباط الشرطة والأمن العام فهي غير ملزمة بمباشرة التحقيق والتصرف والادعاء في كافة الجنايات، أما فيما يتعلق بالجنح فهو على عاتق محققون من ضباط الشرطة والأمن العام إلا أن رئيس الدائرة يستطيع أن يحيل الجنح إلى النيابة العامة فهو غير ملزم بمباشرة التحقيق والتصرف والادعاء في كافة الجنح؛ في حال كانت ظروف الجنايات أو الجنح وأهميتها تتطلب ذلك[27].

ورغم اختلاف المشرع الكويتي في تفصيل المكلف بعبء الإثبات باختلاف نوع الجريمة المرتكبة عن باقي التشريعات الوطنية، إلا أنه لا يخرج عن الإطار الأساسي وهو تحميل النيابة العامة عبء الإثبات الجنائي.

أما الدول غير العربية فقد نص المشرع الإيطالي على اختصاص النيابة العامة والشرطة القضائية بجمع الاستدلالات وإعداد المعلومات الضرورية والوثائق والمستندات التي تفيد إدانة المشتبه به، أو التي تفيد براءته وتقدمها إلى القاضي المختص. طبقًا لما نص عليه في المادة السادسة والعشرين بعد الثلاث مائة: "تقوم النيابة العامة والشرطة القضائية كل في حدود اختصاصه بالتحريات الضرورية المرتبطة باتخاذ قرار في شأن مباشرة الدعوى الجنائية"(28).

كما أن المادة الثامنة والخمسون بعد الثلاث مائة نصت على: "تجري النيابة العامة القيام بكل نشاط ملائم لتحقيق الأغراض المشار إليها في المادة (326) وتقوم كذلك بالتحقق من الوقائع والظروف التي تكون في مصلحة الشخص الخاضع للتحريات"(29)، مما يلاحظ أن المشرع الإيطالي ألقى بعبء الإثبات الجنائي لكافة العنصر المكونة للجريمة، ونسبتها إلى المشبه به، وإثبات الظروف الموضوعية والشخصية التي تكون في مصلحة المشبه به على عاتق النيابة العامة والشرطة القضائية في حدود اختصاص كلٍ منهما، واتخاذ كافة الأنشطة والأعمال الملائمة لتحقيق ذلك من الناحية القانونية بأن تكون وفق حدود السلطة المخولة له، بالإضافة إلى الناحية الإنسانية بعدم تعرض المشتبه به للتصرفات المضادة لحفظ كرامته وصون ادميته وإنسانيته.

كما نصت محكمة النقض الفرنسية على: " كل متهم يعتبر بريئًا وأن عبء إثبات إدانته يقع على عاتق الادعاء"(30)، وأن: "النيابة العامة يتعين عليها إثبات جميع العناصر التي تدخل في بنيان الجريمة وإثبات عدم وجود العناصر التي يمكن أن تنفيها"(31).

المشرع الإيطالي والفرنسي متفقان في إلقاء عبء الإثبات الجنائي على عاتق النيابة العامة، وأنها ملزمة بإثبات كافة العناصر المكونة للجريمة، إلا أن المشرع الإيطالي أعطى للشرطة القضائية دور في جمع المعلومات الضرورية بحسب اختصاصها وهي تتمثل في الالتزام بتلقي البلاغات، وضمان مصادرة الأدلة، تحديد شخصية من يجري في حقهم التحريات وجمع المعلومات الأولية عنهم، التفتيش، ضبط الأشياء المتعلقة بالجريمة، توثيق إجراءات الشرطة القضائية.

ومن المؤكد عند وقوع الجريمة أن تمر بمرحلتين قبل مرحلة المحاكمة، وهما: مرحلة الاستدلال وهي من اختصاص الشرطة ورجال الضبط الجنائي، ومرحلة التحقيق وهي من اختصاص النيابة العامة، ونلاحظ أن جميع اختصاصات الشرطة القضائية التي نص عليها المشرع الإيطالي هي تعتبر من قبيل أعمال الاستدلال؛ بالتالي لا يقع عليهم عبء الإثبات الجنائي وإنما على عاتق النيابة العامة وحدها وأن كانت تقوم بمجموعة من الأعمال التي تساعد النيابة العامة في إثبات الواقعة الإجرامية ونسبتها إلى المشبه به.

الفرع الثاني: عبء الإثبات الجنائي الإلكتروني في الاتفاقيات الدولية

نصت بعض الاتفاقيات الدولية على إقرار عبء الإثبات الجنائي وتحميله على عاتق النيابة العامة، ومنها النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية التي أقرت بأنه يقع على عاتق النائب العام عبء الإثبات الجنائي للواقعة الإجرامية ونسبتها إلى المتهم طبقًا لقرينة البراءة المفترضة للإنسان إلى أن تثبت إدانته أمام المحكمة الجنائية الدولية وفقًا للقانون الواجب التطبيق، فمن واجبات المدعي العام فيما يتعلق بالتحقيقات أن يقوم

بإثبات الحقيقة الإجرامية بجميع عناصرها والأدلة المتصلة بها، بالإضافة إلى إثبات المسؤولية الجنائية للمتهم بموجب هذا النظام أو نفيها[32].

وبموجب ذلك النظام لا يفترض على المتهم عبء الإثبات أو واجب الدحض على أي نحو، فلا يجوز إجبار الشخص على تجريم نفسه أو تقديم الأدلة التي تفيد ارتكابه للجريمة الواقعة أو الأدلة التي تفيد دحض الأدلة المقدمة ضده ونفي التهمة المنسوبة إليه[33].

كما أن اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية نصت على: "تنظر الدول الأطراف في إبرام اتفاقات أو ترتيبات ثنائية أو متعددة الأطراف تجيز للسلطات المختصة المعنية أن تنشئ هيئات تحقيق مشتركة، فيما يتعلق بالمسائل التي هي موضع تحقيقات أو ملاحقات أو إجراءات قضائية في دولة أو أكثر. وفي حال عدم وجود اتفاقات أو ترتيبات كهذه، يجوز القيام بالتحقيقات المشتركة بالاتفاق في كل حالة على حدة"[34]، مما يجعل إلقاء عبء الإثبات الجنائي على عاتق هيئات التحقيق المنشأة لإجراءات التحقيقات اللازمة، والقيام بملاحقة مرتكبي الجرائم، وتنفيذ الإجراءات القضائية؛ باعتبار أن هيئة التحقيق هي هيئة مختصة لإثبات الواقعة الإجرامية، ونسبتها إلى المتهم وفقًا لهذه الاتفاقية.

المطلب الثاني: الحالات الاستثنائية الواردة على عبء الإثبات الجنائي الإلكتروني

إن عبء الإثبات الجنائي يقع على عاتق النيابة العامة، ولن يرتفع هذا العبء عن كاهلها إلا في حالات استثنائية محدود ترد عليها، حيث تلقي بعبء الإثبات الجنائي على عاتق المتهم أو المدعي بالحق الخاص وقد نصت عليها التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية صراحةً، والتي سنتطرق إلى بعضًا منها على النحو الآتي:

الفرع الأول: الحالات الاستثنائية في التشريعات الوطنية

انتهج المشرع السعودي إعفاء النيابة العامة من عبء الإثبات الجنائي كحالة استثنائية، وحمله على عاتق المتهم في عدة حالات، ومنها: القصد الجنائي في بعض الجرائم، ومنها جرائم الرشوة حيث يتعين على الموظف أن يثبت انتفاء القصد الجنائي لديه وأنه تظاهر فقط بالقبول للعطية وذلك لإبلاغ السلطات المختصة؛ لأن المشرع افترض وجود الركن المعنوي وبالتالي يتعين على النيابة العامة إثبات الركن المادي لقيام الجريمة الموجبة للعقاب والمتمثل في قبول العطية فقط دون إثبات الركن المعنوي[35]، والدفع بأسباب الإباحة، أو موانع العقاب، أو الأعذار المخففة للعقاب أو المعفية له حيث يلتزم المتهم بإثبات دفوعه في جميع الحالات وللمحكمة النظر في تلك الدفوع والأدلة المقدمة لإثباتها والتأكد من صحتها[36].

كما أن المشرع السعودي أعفى النيابة العامة من عبء الإثبات الجنائي وألقاه على عاتق المضرور المدعي بالدعوى الجنائية الخاصة لإثبات الضرر الواقع عليه جراء ارتكاب الجريمة سواء الضرر المادي أو المعنوي وتقديم الأدلة التي تفيد صحة ما يدعيه حيث نص على: "لمن لحقه ضرر من الجريمة –ولوارثه من بعده-أن يطالب بحقه الخاص أمام المحكمة المنظور أمامها الدعوى الجزائية في أي حال كانت عليه الدعوى، حتى لو لم يقبل طلبه أثناء التحقيق"[37].

وبالاطلاع على النصوص النظامية في القانون الإماراتي نجد أنه نص على: "يعاقب بالسجن المؤقت كل موظف عام أو مكلف بخدمة عامة أو موظف عام أجنبي أو موظف منظمة دولية طلب أو قبل أو أخذ أو وعد

بشكل مباشر أو غير مباشر، بعطية أو مزية أو منحة غير مستحقة"[38]، فيتبين لنا أن المشرع الإماراتي اتفق مع المشرع السعوي في اقتصار عبء النيابة العامة في إثبات الركن المادي دون إثبات الركن المعنوي في جريمة الرشوة، وعلى الموظف العام إثبات أن هذه العطية أو المزية قبلها لمجرد إبلاغ السلطات المختصة وليس لديه نية استغلال الوظيفة العامة.

كذلك المشرع الفرنسي فيما يتعلق بقوة الشيء المقضي فيه في الخارج فإن على عاتق المتهم إثبات أنه حوكم نهائيًا في الخارج للاستفادة من ذلك، وفي حالة الإدانة فلابد من إثبات أنه تم تنفيذ العقوبة المحكوم بها كاملة أو أنها تقدمت أو صدر بحقه عفو عنها، إضافة إلى ما نص عليه فيما يتعلق بمشروعية الدفاع الشرعي ليلًا وافتراض عدم مشروعيته نهارًا مما يستوجب على المتهم إثبات عكس ذلك، كما أن عبء إثبات الدفع بحقيقة واقعة القذف يقع على عاتق المتهم[39].

أما القانون الإنجليزي فإن ما قضى به فيما يتعلق بالقتل العمدي حيث أوجب على المتهم إذا دفع بتوافر أحد الأسباب المانعة من المسؤولية أن يثبت صحة دعواه، كما أن الموظف العام المتهم بالفساد يقع على عاتقه إثبات أن تسلمه للنقود، أو الهدايا لم تكن بنية فاسدة ولا على سبيل الرشوة[40].

وفي القانون الإيطالي نص على أن الشخص المتضرر من الجريمة له الحق في ممارسة حقوقه التي كفلها المشرع له في أي مرحلة كانت عليها الدعوى عدا مرحلة الطعن بالنقض، بشرط أن يقدم مذكرات يشير فيه إلى الأدلة التي تبين الضرر الواقع عليه جراء ارتكاب الجريمة [41]، مما يبين لنا أن عبء إثبات الضرر يقع على عاتق المتضرر من الجريمة وهي حالة استثنائية تنقل عبء الإثبات الجنائي من عاتق النيابة العامة إليه.

الفرع الثاني: الحالات الاستثنائية في الاتفاقيات الدولية

نصت الاتفاقيات الدولية على حالات استثنائية تعفي سلطة التحقيق من عبء الإثبات الجنائي، ومنها ما نص عليه في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية بأن كل طرف يدعي شرعية مصدره من متحصلات أو أموال أخرى خاضعة للمصادرة، يقع عليه عبء الإثبات بقدر ما يتفق ذلك مع التشريع الوطني، والإجراءات القضائية والجزائية[42].

كذلك ما نصت عليه الفقرة السابعة من المادة الثانية عشر لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية: " يجوز للدول الأطراف أن تنظر في إمكانية إلزام الجاني بأن يبين المصدر المشروع لعائدات الجرائم المزعومة أو الممتلكات الأخرى المعرضة للمصادرة، بقدر ما يتفق ذلك الإلزام مع مبادئ قانونها الداخلي ومع طبيعة الإجراءات القضائية والإجراءات الأخرى"[43]، وهذا الاستثناء جوازي للدول الأطراف بإمكانية إلزام الجاني لإثبات مصدر الممتلكات أو الأموال أو المتحصلات الأخرى، أو القيام بذلك العمل من تلقاء نفسها. واتفقت بذلك مع اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد[44].

الخاتمة:

يعتبر الإثبات الجنائي في الدعوى الجنائية العمومية عبء يقع على عاتق النيابة العامة ويثقل كاهلها لإثبات الواقعة الإجرامية بكافة عناصرها اللازمة لقيامها ووقعها تحت طائلة العقاب المنصوص عليه في التشريعات باعتبارها جهاز من أجهزة العدالة الجنائية الأمنية التي تسعى إلى تحقيق القانون في المجتمع؛ تطبيقًا

لقرينة البراءة المفترضة للإنسان وهو أصل ثابت وحجة قوية يتمسك بها المتهم أمام جميع الإجراءات الجزائية المتخذة ضده ومنها عبء الإثبات الجنائي.

والشريعة الإسلامية متفوقة على جميع التشريعات الوضعية سواء على الصعيد الوطني أو على الصعيد الدولي فيما يتعلق بالإثبات الجنائي حيث أخذت بمبدأ إلقاء عبء الإثبات على عاتق المدعي استنادًا إلى ما نص عليه في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة.

النتائج:

1- عبء الإثبات الجنائي الإلكتروني لم نجد له تعريف محدد، إلا أننا نستطيع استنتاجه من تعريف عبء الإثبات الجنائي؛ إعمالًا لمبدأ أصل البراءة للإنسان الذي لا يزول ولا يتغير باختلاف نوع الدليل المستمد، أو نوع الجريمة المرتكبة سواء تقليدية أو إلكترونية، أي أن مهما كانت الجريمة المرتكبة ومهما كانت خطورتها وجسامتها فإن الأصل براءة ذمة الفرد منها ما لم يتم إثباتها بالأدلة القطعية.

2- إن عبء الإثبات الجنائي يقع على عاتق النيابة العامة في الدعوى الجنائية العمومية بالنسبة لكافة الجرائم المرتكبة، وبالنسبة لجميع المجرمين في جميع التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية، إلا في حالات استثنائية نصت عليها التشريعات صراحةً تعفي النيابة العامة من هذا العبء وتلقي به على عاتق المتهم أو المدعي بالحق الخاص.

3- الشريعة الإسلامية تفوقت على التشريعات الوضعية سواء على الصعيد الوطني أو الدولي، حيث أنها تعتبر أول من نص على مبدأ أصل البراءة للإنسان في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة والتي تفيد أن ذمة المتهم خالية من أي التزام أو مسؤولية وعلى من يدعي خلاف ذلك إثبات دعواه؛ حماية لحقوق الأفراد وعدم المساس بالحريات الفردية إلا وفقًا للشرعية الجنائية.

4- الإثبات في المسائل الجنائية يتمثل في إثبات الواقعة الإجرامية بركنيها الرئيسيين، وهما: الركن المادي، والركن المعنوي، دون إثبات الركن الشرعي للجريمة؛ لأن شرعية التجريم والعقاب منصوص عليها في الشريعة الإسلامية وفي الأنظمة مما يجدر على القاضي الإلمام والعلم بكافة الأنظمة، والأحكام الشرعية والنظامية، والعلم بالعقوبات المقررة على مختلف الجرائم المرتكبة.

التوصيات:

1- تقتضي الضرورة القانونية إضافة نصوص نظامية متعلقة بالإثبات الجنائي في جميع التشريعات الوطنية التي لم تتطرق له، بحيث تشمل على كافة الأحكام العامة في قواعد الإثبات الجنائي، والمكلف به والحالات الاستثنائية الواردة عليه، والأدلة الجنائية وكيفية الحصول عليها، والتطرق إلى الإثبات الجنائي الإلكتروني؛ لأن الجرائم الإلكترونية أحد أكثر صور الإجرام ارتكابًا في عصرنا الحديث.

2- تقتضي الضرورة القانونية الاهتمام بتطوير البحوث العلمية في مجال التدريب الأمني والعمل المستمر على رفع كفاءة المتخصصين وتأهيل القائمين على التحقيق في الجرائم الإلكترونية وإمدادهم بأفضل الوسائل التي تمكنهم من مكافحتها.

3- متابعة كل جديد في مجال قواعد الإثبات الجنائي من خلال عقد المؤتمرات المحلية والدولية، والدخول في الاتفاقيات الدولية وتبادل الخبرات المتعلقة في هذا المجال.

الهوامش:

[1] [سورة النحل: آية 90]

[2] المعجم الوسيط، إصدار مجمع اللغة العربية، ط2.

[3] بك، أحمد إبراهيم، طرق الإثبات الشرعية، مطبعة القاهرة الحديثة للطباعة، ط3، ج2، ص25.

[4] السنهوري، عبدالرازق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، دار النهضة العربية، ج2، ص13-14.

[5] حمد، أيمن فاروق، الإثبات الجنائي في القانون المقارن والفقه الإسلامي وتطبيقاته في النظام السعودي، معهد الإدارة العامة، ص33.

[6] أبو حاقة، أحمد، معجم النفائس الكبير، دار النفائس، ط1، ج/ط-ي، ص1197.

[7] حمد، أيمن فاروق، مرجع سابق، ص33.

[8] الزحيلي، محمد مصطفى، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، دار الفكر، ط1، ج1، ص589.

[9] منصور، محمد حسين، الإثبات التقليدي والإلكتروني، دار الفكر الجامعي، ص269.

[10] الشريف، السيد محمد حسن، النظرية العامة للإثبات الجنائي، دار النهضة العربية، ص 377.

[11] الدوسري، مسلم بن محمد، الممتع في القواعد الفقهية، دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع ، ط3، ص112.

[12] أبوزيد، إيمان عبد الستار محمد، ضمانات المتهم أمام المحكمة الجنائية الدولية، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، ط1، ص 185.

[13] البخاري، أبي عبدالله محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، دار ابن حزم، كتاب الجنائز، باب ما قيل في أولاد المشركين، ص241، حديث رقم1385.

[14] [سورة الحجرات: آية 6]

[15] [سورة النجم: آية 28].

[16] الدوسري، مسلم بن محمد، مرجع سابق، ص102.

[17] شنودة، ريموت ملك، حجية الدليل الإلكتروني أمام القضاء، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط1، ص68-94.

[18] شعت، عبدالله نوار، المتهم أمام المحاكم الجنائية في إطار الضمانات الوطنية والدولية، مكتبة الوفاء القانونية، ط1، ص302-303.

[19] شريف، السيد محمد، النظرية العامة للإثبات الجنائي، دار الكتاب الجامعي للنشر والتوزيع، ط1، ص496-497.

[20] المرجع سابق، ص502-504.

[21] المرجع السابق، ص526.

[22] المادة الخامسة عشر، نظام الإجراءات الجزائية السعودي (مرسوم ملكي) رقم (م/2)، لسنة 2013م، الصادرة بتاريخ 2013/11/25م.

[23] المادة السادسة والعشرون بعد المائة، المرجع السابق.

[24] المادة الخامسة، قانون الإجراءات الجزائية الإماراتي (قانون) رقم (35)، لسنة 1992م والمعدل سنة 2006م، الصادر بتاريخ 1992/1/26م.

[25] المادة الأولى، قانون الإجراءات الجزائية الجزائري (قانون) رقم (155-66)، لسنة 1966م، الصادر بتاريخ 1966/6/8م.

[26] المادة التاسعة والعشرون، المرجع السابق.

[27] المادة التاسعة، قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية (قانون) رقم (17)، لسنة 1960م، الصادر بتاريخ 1960/6/13م.

[28] الصيفي، عبدالفتاح؛ وزيد، محمد (ترجمة)، قانون الإجراءات الجنائية الإيطالي الجديد، دار النهضة العربية، ص31.

[29] المرجع سابق، ص31.

(30) شريف، السيد محمد، مرجع سابق، ص575.

(31) المرجع السابق، ص567.

(32) المادة الرابعة والخمسون، والمادة السادسة والستون، النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية (اتفاقية دولية) لسنة 1998م، المعتمد بتاريخ 1998/7/17م ودخل حيز النفاذ في 2002/7/1م.

(33) المادة الخامسة والخمسون، والمادة السابعة والستون، المرجع سابق.

(34) المادة التاسعة عشر، اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية (اتفاقية دولية)، لسنة 2000م، التي اعتمدت بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم (25) لعام 2000م، الصادرة بتاريخ 2000/11/15م.

(35) المادة الأولى، نظام مكافحة الرشوة السعودي (مرسوم ملكي) رقم (م/36)، لسنة 1992م، الصادر بتاريخ 1992/6/30م.

(36) المادة الثالثة والسبعون بعد المائة من نظام الإجراءات الجزائية السعودي، مرجع سابق.

(37) المادة السابعة والأربعون بعد المائة، المرجع السابق.

(38) المادة الرابعة والثلاثون بعد المائتين، نظام العقوبات الإماراتي (قانون) رقم (3)، لسنة 1987م والمعدل بالقانون الاتحادي رقم لسنة 2019م، الصادر بتاريخ 1987/12/20م.

(39) شريف، السيد محمد، مرجع سابق، ص552-553

(40) المرجع سابق، ص553.

(41) الصيفي، عبدالفتاح؛ وزيد، محمد، مرجع سابق، ص127.

(42) الفقرة السابعة من المادة الخامسة، اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية (اتفاقية دولية) التي اعتمدت في فينا عام 1988م، الصادرة بتاريخ 1988/12/20م.

(43) الفقرة السابعة من المادة الثانية عشر لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، مرجع سابق.

(44) الفقرة الثامنة من المادة الحادية والثلاثون لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد (اتفاقية دولية) التي اعتمدت من الجمعية العامة للأمم المتحدة عام 2003م، الصادرة بتاريخ 2003/10/31م، التي نصت على: "يجوز للدول الأطراف أن تنظر في إمكانية إلزام الجاني بأن يبين المصدر المشروع لهذه العائدات الإجرامية المزعومة أو الممتلكات الأخرى الخاضعة للمصادرة، مادام ذلك الإلزام يتوافق مع المبادئ الأساسي لقانونها الداخلي ومع طبيعة الإجراءات القضائية والإجراءات الأخرى".

الشهادة الإلكترونية ومدى حجيتها في إثبات جريمة الزنا في الشريعة الإسلامية (دراسة فقهية)

The Suitability of the Electronic Witness as Evidence of Adultery and Fornication according to the Islamic Law (Jurisprudence Study)

إعداد

د/ محمد جبر السيد عبد الله جميل

أستاذ بكلية العلوم الإسلامية، جامعة المدينة العالمية، فرع القاهرة

Dr. Muhammad Gabr Al-Said Abdu-Allah Gameel

Assistant Professor at Dept. of Islamic Jurisprudence & Islamic Jurisprudence Foundations, Faculty of Islamic Sciences, Al-Madinah International University, Cairo, Egypt

Email: muhammad.gabr@mediu.my Tel. 00201002761388

Email: muhammad.gameel22@gmail.com / mj.jamil22@yahoo.co.uk

mohamed.gabr@Ims.mediu.edu/my

Skype: muhammad.gameel

ملخص:

استهدفت الدراسة الحالية بيان بيان مدى حجية الشهادة الإلكترونية في إثبات جريمة الزنا وفقا للشريعة الإسلامية. واعتمدت الدراسة على المنهج الوصفي. واستندت - في إطار ذلك - إلى الأسلوب التحليلي. تمثلت أداة الدراسة في مسح الأدبيات المتعلقة بموضوع الدراسة. وأسفرت الدراسة عن العديد من النتائج أبرزها: **أولا**- : المراد بالإثبات بالشهادة الإلكترونية: إقامة الحجة في مجلس القضاء من خلال الإخبار بمُعَيَّن عُلِم به من طريق وسيط أو أكثر من الوسائط الإلكترونية؛ **ثانيا**-: تعتبر الشهادة الإلكترونية - في الجملة - حجة شرعية ووسيلة من وسائل الإثبات - على الراجح في الفقه الإسلامي - ما أمكن أن يَثْبُت بها الحق ويطمئن إليها القاضي؛ **ثالثا**-: لا تعتبر الشهادة الإلكترونية حجة في إثبات جريمة الزنا لكونها شهادة على شهادة، والشهادة على الشهادة لا تثبت بها الحدود على الراجح في الفقه الإسلامي. وبناء على ما أسفر عنه البحث من نتائج، توصي الدراسة الحالية المشرّع بالإفادة من هذه الدراسة في اعتماد الشهادة الإلكترونية كوسيلة من وسائل الإثبات في المواد المدنية، والمواد الجنائية فيما سوى الحدود، والقصاص.

الكلمات المفتاحية: الشهادة الإلكترونية، إثبات جريمة الزنا.

Abstract

The study aimed at exploring the viability of the electronic witness as evidence of adultery and fornication according to the Islamic Law. The study used the descriptive analytic methodology to reach the targets in question. To gather the required data, a review of literature was administered. The study came to the conclusions; first, the electronic witness means using the knowledge one obtains from electronic media of information and communication about someone else as evidence for or against him in a court of law; second, the electronic witness is considered a means of evidence in general according to the view of most Scholars of Islamic Jurisprudence; third, the electronic is not accepted as a means of evidence of the crime of adultery and fornication since it is a witness on a

witness and this means of evidence is not permitted for the crimes of prescribed penalties according to the most supported opinion in the Islamic Jurisprudence. In the light of these findings, the study recommended that the legislator to make full use of the electronic witness as evidence in the civil and criminal articles except for the crimes of prescribed penalties and killing in retaliation.
Keywords*: the Electronic Witness, Evidence of Adultery and Fornication.*

مقدمة

إن الحمد لله، نحمده، ونستعينه، ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا، ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله، وحده لا شريك له، وأشهد أن محمدا عبده، ورسوله. (يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله حق تقاته ولا تموتن إلا وأنتم مسلمون)[1]. (يا أيها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها وبث منهما رجالا كثيرا ونساء، واتقوا الله الذي تساءلون به والأرحام، إنَّ الله كان عليكم رقيبا)[2].

(يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وقولوا قولا سديدا يصلح لكم أعمالَكم ويغفر لكم ذنوبَكم ومن يطع الله ورسوله فقد فاز فوزا عظيما)[3].

أما بعد[4]:

فقد أثيرت في الآونة الأخيرة واقعة قيام أحد المتخصصين في علوم الدين بجامعة الأزهر أثناء اللقاء الذي أُحري معه في أحد القنوات الفضائية برمي أحد الممثلات المصريات بالزنا استنادا لما تقدمه هذه الممثلة من مشاهد تمثيلية إباحية. وقامت الممثلة برفع المسألة إلى القضاء المصري، وحُكِم على المدَّعى عليه بالحبس سنة لإدانته بما يعرف في القانون المصري بجريمة السبِّ والقذف[5] وفقا لحيثيات الحكم القضائي الصادر في هذه الدعوى.

ومن المعلوم أنَّ الشريعة الإسلامية شددت على حفظ الأعراض[6]، وصيانتها. فحرمت الزنا، وحرَّمت جميع السبل المؤدية إليه. إلا أنها - في ذات الوقت - شَدَّدت في وسائل إثباته، وحرَّمت القَذْف[7]، ووضعت له عقوبة معينة[8] كي لا يتجرأ أحد على رمي العفائف بالباطل، وإشاعة الفاحشة في المجتمع المسلم.

ومع الاتفاق بأنَّ الأصل في الممثلين والممثلات أنهم فُسَّاق، إلا أنه قد ثار التساؤل بشأن إمكانية الاستناد إلى الشهادة أو المَشَاهد الإلكترونية المتلفزة في إثبات جريمة الزنا بحقهم أو بحق غيرهم ممن يجري تصويرهم في مشاهد فاضحة. كما لو شهد الشهود المسلمون العدول بأنهم عاينوا واقعة الزنا - لا وجها لوجه - وإنما عبر مَشْهَد مُصَوَّر (مَقْطَع فيديو) مباشر أو مُسَجَّل، موثوق ومُعْتَمد جرى التقاطه من خلال العدسات المتلفزة (ككاميرات المراقبة)، أو الهواتف المحمولة، أو جرى تناقله عبر الشبكة الدولية للمعلومات (الإنترنت)، أو شاشات التلفاز أو السينما، هل تؤخذ بشهادتهم، وتَثْبُت بذلك جريمة الزنا بحق الفاعلين، ويستوجبوا بذلك عقوبة الزنا، أو لا تَثْبُت، ويُعتبر هؤلاء الشهود قَذَفَة، ويستوجبون بذلك عقوبة القذف متى استوفيت شروطها[9]؟ هذا التساؤل هو ما تنصب عليه الدراسة الحالية، وهو ما تسعى لإلقاء الضوء عليه، والإجابة عنه في السطور التالية.

مشكلة الدراسة

يمكن تلخيص مشكلة الدراسة في التساؤل الرئيس الآتي:

ما مدى حجية الشهادة الإلكترونية في إثبات جريمة الزنا وفقا للشريعة الإسلامية؟

ويتفرع عن ذلك التساؤلات الفرعية الآتية:

1- ما مفهوم الزنا، وما مفهوم الإثبات بالشهادة الإلكترونية في الشريعة الإسلامية؟

2- ما حكم الإثبات بالشهادة الإلكترونية في الشريعة الإسلامية؟

3- ما حكم إثبات الزنا بالشهادة الإلكترونية في الشريعة الإسلامية؟

أهداف الدراسة

بناء على التساؤلات السابقة، يتمثل الهدف الرئيس للدراسة في بيان **مدى حجية الشهادة الإلكترونية في إثبات جريمة الزنا وفقا للشريعة الإسلامية.**

ويتفرع عن ذلك الأهداف الفرعية الآتية:

1- بيان مفهوم الزنا، ومفهوم الإثبات بالشهادة الإلكترونية.

2- إبراز حكم الإثبات بالشهادة الإلكترونية في الشريعة الإسلامية.

3- تجلية حكم إثبات الزنا بالشهادة الإلكترونية في الشريعة الإسلامية.

أهمية الدراسة

تتمثل أهمية الدراسة في جانبين هما:

الجانب الأول: الأهمية النظرية: تتجلي الأهمية النظرية للدراسة في أنها تحاول استكمال الجهود العلمية التي انصبت على وسائل الإثبات الجنائي في الشريعة الإسلامية، وذلك في محاولة لإثراء ما كتب في هذا الخصوص.

الجانب الثاني: الأهمية التطبيقية: تتجلي الأهمية التطبيقية للدراسة في أنها تسهم في تبصير الأمة أفرادا وجماعات بحكم إثبات جريمة الزنا بالشهادة الإلكترونية في الشريعة الإسلامية.

منهج الدراسة:

تستند الدراسة إلى المنهج الوصفي. وتستند في إطار ذلك إلى الأسلوب التقويمي. حيث يجري تقييم مدى حجية الشهادة الإلكترونية في إثبات جريمة الزنا وفقا للشريعة الإسلامية وذلك في ضوء الأدبيات التي تناولت هذه المسألة بالعرض والتحليل.

خطة الدراسة:

تتألف الدراسة من مقدمة، وثلاثة مطالب وخاتمة، وفهرس كالآتي:

المقدمة: تتناول مشكلة الدراسة، وأهداف الدراسة، وأهمية الدراسة، ومنهج الدراسة، ومصطلح الدراسة، وخطة الدراسة.

المطلب الأول: يستعرض مفهوم الزنا، ومفهوم الإثبات بالشهادة الإلكترونية.

المطلب الثاني: يتناول حكم الإثبات بالشهادة الإلكترونية في الشريعة الإسلامية.

المطلب الثالث: يتناول حكم إثبات الزنا بالشهادة الإلكترونية في الشريعة الإسلامية.

الخاتمة: تتناول نتائج الدراسة، وتوصياتها.

الفهرس: يتضمن قائمة بالمراجع التي استندت إليها الدراسة.

ويجري تفصيل ذلك كالآتي:

المطلب الأول

مفهوم الزنا، ومفهوم الإثبات بالشهادة الإلكترونية

يتطرق المطلب الحالي لبيان مفهوم الزنا، ومفهوم الإثبات بالشهادة الإلكترونية. ويجري تفصيل ذلك في فرعين على النحو الآتي:

الفرع الأول

مفهوم الزنا

أولا: الزِنا في اللغة

الزِنا لغة: الضِّيقُ، واللُجوء إلى الشيء. يُقال: زَنَّأَ عليه: إذا ضَيَّقَ عليه. وزَنَأَ إلى الشيءِ يَزْنَأُ زَنْأً وزُنُوءًا: لَجَأَ إليه، وأَزْنَأَهُ إلى الأمر: أَلْجَأَه. وكلُّ شيءٍ ضَيِّق زَنَاء[10]. والزنا: الفُجُور. يُقال: زَنَى يَزْنِي زِنى وزِناء بكسرهما: فَجَرَ[11].

ثانيا: الزنا في الفقه الإسلامي

يعرَّف الزنا في الفقه الإسلامي بتعريفات عديدة[12] أبرزها أنه: " تغييب البالغ العاقل حَشَفَة ذكره[13] في أحد الفرجين من قبل أو دبر ممن لا عصمة بينهما ولا شبهة"[14].

قوله:" تغييب ....حشفة ذكره في أحد الفرجين"؛ أي: إيلاج الرجل ذكره في القُبُل أو الدُّبُر. وهذا قيد تخرج به ممارسة الأنثى مع الأنثى والتي تسمى بالسِحَاق أو المُساحقة. كما أنه قيد تخرج به كل ممارسة جنسية فيما دون الفرج كالمفاخذة، والتقبيل والعناق.

وقوله: "البالغ العاقل" يشمل من كان بكرا أو مُحصنا. وهو قيد يخرج به غير البالغ والمجنون. فإذا كان الواطئ غير بالغ أو كان مجنونا، فلا تقع بذلك جريمة الزنا.

وقوله: "من قبل أو دبر" أي: أنَّ جريمة الزنا تقع سواء أكان الوطء في القبل أو الدبر، وسواء أكان الموطوء أنثى أو ذكر. ووفقا لذلك، فإنَّ الزنا لا يقتصر على إتيان الإناث، بل يشمل أيضا ما يسمى باللِواطة؛ أي: إتيان الذكور.

وقوله: "ممن لا عصمة بينهما ولا شبهة"؛ أي: "هو كل وطء وقع على غير نكاح صحيح، ولا شبهة، ولا ملك يمين. وهو قيد يخرج به الوطء الحلال كوطء الرجل لزوجته أو وطء السيد لملك يمينه من النساء.

وعلى ذلك يمكن القول بأن الزنا في الفقه الإسلامي هو: قيام الشخص البالغ العاقل المُحصَن أو غير المُحصَن بإيلاج ذَكَرِه في قُبُل أو دُبُر شخص آخر أنثى كانت أو ذَكَرا خارج إطار الزوجية وخارج نطاق مِلْك اليمين.

ومع أن الزنا في مفهومه الاصطلاحي يتباين عن أصله في مفهومه اللغوي إلى حد كبير، إلا أنَّ هناك قدرا مشتركا يتفقان فيه وهو الضيق. فالزاني بإصابته للفَرْج الحرام قد ضَيَّق على نفسه ما وسَّعَه الله تعالى عليه بطريق الحلال.

الفرع الثاني

مفهوم الإثبات بالشهادة الإلكترونية

مصطلح الإثبات بالشهادة الإلكترونية مصطلح إضافي مكون من كلمات ثلاثة هي: كلمة (الإثبات)، وكلمة (الشهادة)، وكلمة (الإلكترونية). ويجري تعريف هذه الكلمات على النحو الآتي:

أولا: مفهوم الإثبات

الإثبات في اللغة: مشتق "من الثَبَت وهو الحُجَّة والبَيِّنة. وأثبَتَ حُجَّتَه: أقامها وأوضحها"[15].

والإثبات في الاصطلاح الشرعي معناه: "تَثَبُّت من يَسنُد حقا لنفسه أو لغيره يقره الشارع بناء على دليل يتأكد منه، أو يغلب على الظن أنه المُظهِر أو المبيِّن لهذا الحق لمن يدعيه"[16].

من ذلك يتضح أنَّ الإثبات في مفهومه الاصطلاحي يتفق إلى حد كبير مع مفهومه اللغوي. فالإثبات هو إقامة الحجة أو البرهان أو الدليل لإثبات حق من الحقوق للذات أو للآخرين.

ثانيا: مفهوم الشهادة:

الشَهَّادة لغة: الحُضُور، والعِلْم، والإعلام. يقول ابن فارس – رحمه الله -:"الشِّينُ، والهاءُ، والدالُ أصلٌ يدلُّ على حُضُور، وعِلْم، وإعلام"[17]. فالشهادة بمعنى الحضور والمعاينة. يُقال: شَهِدَ يَشْهَدُ شَهَادةٌ: حَضَرَ. ومنه قوله تعالى: (فمن شَهِدَ منكم الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ)[18]؛ أي: من حَضَرَ منكم الشهر فليصمه. وشَهِدَه شُهُودا: أي حَضَرَه، فهو شاهد. والمَشْهَدُ: مَحْضَرُ الناس. والشهيدُ: القتيل في سبيل الله. قال قوم: سُمِّي بذلك لأنَّ ملائكةَ الرحمةِ تَشْهَدهُ. والشهادة بمعنى العلم. ومنه قوله تعالى: (والله على كل شيءٍ شهيد)[19]؛ أي: عليم. والشهادة بمعنى الإعلام والإخبار والتبيين. ومنه قوله تعالى: (شَهِدَ اللهُ أنه لا إله إلا هوُ)[20]؛ معناه: أَعْلَمَ الله – عزَّ وجلَّ – وبيَّنَ أنه لا إله إلا هو. وفي الحديث: " خَيْرُ الشُهَداء الذي يأتي بشَهَادَته قبل أن يُسألَها"[21]؛ أي: الذي يبين ما شهده ويخبر به قبل أن تُطلَب منه الشهادة. قال ابن الأثير: هو الذي لا يُعْلِم صاحب الحق أن له معه شهادة. وأصل الشهادة: الإخبار بما شاهَده. ويُقال: شَهِدَ فلانٌ عند القاضي: إذا بيَّنَ وأعلمَ لِمن الحقُّ وعلى مَن هو. وشَهِد فلان على فلان بحق، فهو شاهد، وشهيد. وسُمِّي الشاهدُ شاهدًا لأنه يُبَيِّن عند الحاكم الحقَّ من الباطل[22].

والشهادة اصطلاحا: "إخبار صِدْق لإثبات حق بلفظ الشهادة في مجلس القضاء، ولو بلا دعوى"[23]. كما تُعرَّف بأنها: "إخبار حاكم عن عِلْم"[24]. قوله: (إخبار)؛ أي: إخبار الشاهد الحاكم"، وقوله: (عن علم) أي: إخبارا ناشئا عن علم لا عن ظن أو شَكّ"[25]. وبعبارة أخرى، فإنَّ "الشهادة إخبارٌ بما حصَلَ فيه الترافع، وقُصِد به القضاءُ وبَتُّ الحُكْم"[26]. وهذا على خلاف الرواية، فالرواية "إخبار بما لم يَحْصُل فيه الترافع، ولم يُقْصَد به فصل القضاء وبَتُّ الحُكْم، بل قُصِد به مُجَرَّد عَزْوِهِ لقائله"[27]. ولكن "هل يُشترط في تأدية الشهادة لفظ (أشهد) بخصوصه أو لا يُشترط؟ قولان، والأظهر منهما عدم الاشتراط، وإنما المَدَارُ فيها على ما يَدُلُّ على حصولِ عِلْمِ الشاهدِ بما شَهِدَ به كرأيتُ كذا أو سَمِعْتُ كذا أو أتحققُ أنَّ لهذا عند هذا كذا، فلا يُشترط لأدائها صيغة معينة"[28].

من ذلك يتضح أن الشهادة بمفهومها اللغوي أعم منها في مفهومها الاصطلاحي. فهي في مفهومها الاصطلاحي: إخبار يتعلق بمعين في مجلس القضاء. أما في اللغة فهي: إخبار يتعلق بمُعَيَّن مطلقا؛ أي سواء أكان

ذلك في مجلس القضاء أو غيره.

ثالثا: مفهوم (الإلكترونية)

(الإلكترونية) لغة: كلمة معربة عن المقابل الإنجليزي (Electronic). وهي صفة مشتقة من كلمة و(الإلكترون) مصطلح من مصطلحات علم الطبيعة (الفيزياء). (Physics) (Electron) عبارة عن "جزء من الذرة دقيق جدا ذو شُحنة كهربائية سالبة"[29]. و"علم الإلكترونيات فرع من الفيزياء يتناول الإلكترونات، وآثارها، واستخدام الأدوات الإلكترونية"[30]. ومن هذه الأدوات والوسائل الإلكترونية الحاسب الإلكتروني (الكمبيوتر)، والبرمجة الإلكترونية، والبريد الإلكتروني.

و(الإلكترونية) اصطلاحا نسبة إلى الوسائط الحديثة المستخدمة في مجال الاتصال والمعلومات والمعروفة باسم الوسائط الإلكترونية أو تكنولوجيا الاتصال والمعلومات كالحاسب الآلي، والشبكة الدولية للمعلومات (الإنترنت)[31]، والهاتف، والفاكس، وغيرها[32].

وبناء على ذلك يمكن القول بأنَّ المراد بالإثبات بالشهادة الإلكترونية في الدراسة الحالية: إقامة الحجة في مجلس القضاء من خلال الإخبار بمُعَيَّن عُلِم به من طريق وسيط أو أكثر من الوسائط الإلكترونية. قوله: "إقامة الحجة"؛ أي: إقامة الدليل المُثْبِت أو النافي. وقوله: "في مجلس القضاء"؛ أي: أمام القاضي المختص بالنظر في الموضوع، وفي المَحَلّ والوقت الذي يُنظر فيه هذا الموضوع. وهذا قيد تخرج به المَحَال والأوقات الأخرى غير ذات الصلة بالموضوع، فلا يعتد بالشهادة فيها. وقوله: "الإخبار بمعين"؛ أي: الإعلام الذي يدلي به الشاهد بخصوص واقعة ما.

وقوله: " عُلِم به من طريق الوسائط الإلكترونية"؛ أي: أنَّ الشاهد لم يُحْط عِلْما بهذه الواقعة عن طريق الحس المباشر؛ أي: أنه لم يرها أو يسمع بها وجها لوجه، وإنما نَمَتْ إلى علمه من خلال الوسائط الإلكترونية؛ بمعنى أنه رآها أو سمع بها من خلال وسيلة أو أكثر من وسائل الاتصال والمعلومات الحديثة كالحاسب الآلي (الكمبيوتر)، أو الهاتف، أو الشبكة الدولية للمعلومات (الإنترنت)، أو عدسات المراقبة (الكاميرات المتلفزة).

المطلب الثاني

حكم الإثبات بالشهادة الإلكترونية في الشريعة الإسلامية

ثبتت مشروعية الشهادة كوسيلة من وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية بالكتاب، والسنة، والإجماع، والمعقول. أما الكتاب فقول الله تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾[33]. قال ابن كثير – رحمه الله -: قوله ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾ أمر بالإشهاد مع الكتابة لزيادة التوثقة[34]. ومن السنة، عن ابن عباس – رضي الله عنهما – أنَّ هلالَ بن أُمَيَّةَ قَذَفَ امرأتَهُ عند النبي – صلى الله عليه وسلم – بشَرِيكِ ابن سَحْماء، فقال النبي – صلى الله عليه وسلم -: "البَيِّنَةُ أو حَدٌّ في ظَهْرِكَ"، فقال: يا رسولَ اللهِ، إذا رأى أَحَدُنا على امرأتِهِ رَجُلا، ينطلِقُ يَلْتَمِسُ البَيِّنَةَ؟ فجعلَ يقولُ: "البَيِّنَةَ وإلا حَدٌّ في ظَهْرِكَ"[35]. فالبينة هي الشهادة[36]. فهي"– أي: الشهادة – حجة شرعية ... تُظْهِر الحقَّ المُدَّعى به؛ أي: تُبَيِّنه ولهذا سُمِّيَت بَيِّنة"[37]. ومن الإجماع: قال التِرْمِذي – رحمه الله -: " والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وغيرهم"[38]. وقال الرحيباني الحنبلي – رحمه الله -: "وأجمعوا على قبول الشهادة في الجملة"[39]. ومن المعقول، فإن الحاجة داعية إليها لحصول التجاحد بين الناس فوجب

الرجوع إليها[40].

فإذا كانت الشهادة – التي هي عبارة عن إخبار عن واقعة عُلم بها عن طريق الحس المباشر كالسماع أو الرؤية وجها لوجه - حجة شرعية ووسيلة من وسائل إثبات الحقوق في الإسلام، فهل يسري ذلك على الشهادة الإلكترونية - التي هي أيضا إخبار عن واقعة عُلم بها لا عن طريق الحس المباشر، وإنما عن طريق غير مباشر وهو الوسيط الإلكتروني كالحاسب الآلي أو الهاتف أو الشبكة الدولية للمعلومات (الإنترنت)؟ أي: هل يمكن الاعتداد بالشهادة الإلكترونية – قياسا على الشهادة المباشرة بجامع أنَّ كلا منهما إخبار عن واقعة عُلِم بها عن طريق الحس - كحجة شرعية ووسيلة من وسائل الإثبات في الإسلام؟ اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: ذهب إلى أن طرق الإثبات محصورة في العدد الذي ورد به النص الشرعي في القرآن الكريم، والسنة النبوية، وعمل الصحابة صراحة، أو استنباطا؛ صراحة مثل النصوص الواردة في الشهادة، والإقرار، واليمين مع الشاهد[41]، والقسامة[42]، والقيافة[43]، والقرعة[44]، واستنباطا كالنكول[45]. وليس أمام القاضي إلا أن يتقيد بها، ولا يجوز له أن يبني اقتناعه إلا في حدودها، كما لا يجوز له القياس عليها. ووفقا لهذا القول لا يعتد بالشهادة الإلكترونية كوسيلة من وسائل الإثبات لأنه لم يرد بها نص شرعي. وذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء من الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة[46]. واستدلوا على ذلك بالكتاب، والسنة، والمعقول. فمن **الكتاب**: قوله تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾[47]. فالآية أمر باستشهاد شهيدين من الرجال؛ فإذا لم يكن رجلان، فرجل وامرأتان، وكل الشهود مقيدون بالعدالة والإسلام: ﴿مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾[48]، فلو كان هناك مجال لغير ذلك لذكره الله تبارك وتعالى. وأيضا قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾[49]، ﴿ذَوَيْ﴾: اثنين، ﴿وَأَشْهِدُوا﴾: هذا أمر بالشهادة، ولا تَقِل هذه الشهادة عن اثنين، ويشترط فيهما العدالة. أيضا قوله تعالى: ﴿وَلْيَكْتُبْ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ﴾[50]، ﴿وَلْيَكْتُبْ﴾ أمر بالكتابة[51]، وهذا الكاتب هو الذي سيشهد عليه الشاهدان. وثبت الإقرار بالشهادة على النفس في قوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آَمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ على أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ﴾[52]، فقوله تعالى: ﴿وَلَوْ على أَنْفُسِكُمْ﴾ دليل على أن الشهادة على النفس إقرار[53]. ومن **السنة النبوية**: عن ابن عباس - رضي الله عنهما - أنَّ رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: " لو يُعْطَى الناس بدَعْوَاهمُ لادّعَى رجالٌ أموالَ قومٍ ودماؤهم، ولكن البَيِّنَةَ على المُدَّعِي واليمين على من أَنْكَرَ "[54]، و"البينة هي: الشهود " و"اليمين على من أنكر" أي:اليمين على المُدَّعى عليه[55].

واستدل الجمهور أيضا **بالمعقول** بأن نظام القضاء يقتضي أن يكون الإثبات مقيدا بوسائل معينة تطمئن إليها النفوس وإلا تعرضت أموال الناس وأرواحهم للضياع والإتلاف بين أيدي القضاة الظالمين استنادا إلى أمارة ضعيفة، أو قرينة وهمية[56].

القول الثاني: ذهب إلى أنَّ طرق الإثبات ليست محصورة في عدد معين، بل تشمل كل ما يمكن أن يثبت به الحق، ويطمئن به القاضي، ويلزم الحكم بموجبه. ووفقا لذلك فإنَّ الشهادة الإلكترونية تعتبر حجة ووسيلة من وسائل الإثبات الشرعية إذا كان يمكن أن يَثْبُت بها الحق ويطمئن إليها القاضي. وذهب إلى ذلك ابن تيمية، وابن القيم من الحنابلة، وابن فرحون من المالكية[57].

واستدلوا لقولهم **بالرد على الجمهور** بأن هذه الطرق المحددة، والمقيدة إنما هي لحفظ الحقوق وتوثيقها، وليس للإثبات، أما الإثبات فشيئ آخر. فالطرق التي يحكم بها الحاكم أوسع من الطرق التي أرشد الله صاحب الحق إلى أن يحفظ حقه بها، ولا يلزم من ذلك أنه إذا كان هناك ما يدل على الحق لم يقبل إلا هذه الطريق التي أمره أن يحفظ حقه بها، وليس في القرآن ما يقتضي أنه لا يحكم إلا بهذه الطرق المذكورة في الكتاب أو السنة؛ فقد حكم رسول الله صلى الله عليه وسلم بأمور أخرى ليست في القرآن الكريم، وليست ضمن هذه الأمور المحددة؛ فقد حكم صلى الله عليه وسلم بقول المرضعة، وهي واحدة، وبالنكول، أي: الامتناع عن حلف اليمين، وباليمين المردودة على المُدِّعي وكلها لم تذكر في القرآن الكريم.

واستدلوا أيضا **بالمعقول**، وهو أن المطلوب في الإثبات هو إقامة العدل، وتحققه؛ فإذا ظهرت أمارات العدل بأي شكل كان فثم شرع الله، وذلك، أي: إقامة العدل وإثباته أولي من إهماله وإضاعته.

القول الراجح:

بعد استعراض أدلة الفريقين ومناقشتها، يتبين أن الراجح **هو القول الثاني** وهو قول ابن تيمية، وابن القيم، وابن فرحون في أن وسائل الإثبات ليست محصورة في العدد الذي ورد به النص الشرعي صراحة أو استنباطا. بل تشمل كل ما يثبت به الحق، ويطمئن له القاضي، وذلك لما في ذلك من التيسير، وتحقيق العدل، وإلى فعل النبي صلى الله عليه وسلم، وإلى فتح المجال أمام ما يستجد من وسائل صالحة للإثبات مما يعكس مرونة الشريعة وصلاحيتها لكل العصور.

كما أن قول الجمهور لا حجة له من القرآن والسنة على منع الإثبات لغير المذكور فيهما، أو حصرهما في المذكور؛ بدليل أن النبي صلى الله عليه وسلم وصحابته رضوان الله عليهم حكموا بالمذكور وبغيره، مما ليس مذكورا.

وهذا يعني أن الشريعة الإسلامية كما أخذت بالإثبات بأدلة معينة، فإنها تجيز الإثبات بغيرها من الطرق والأدلة متى كانت في دلالتها على ثبوت نسبة الجريمة إلى المتهم قاطعة أو قريبة من القطع. و" للقاضي أن يحكم بغير تلك الطرق المعينة، أي الشهادة والإقرار، وأن يعرض عن الدليل المستمد منها إذا تبين له عدم صدقه، أو ظهر له بطريق قطعي ما يخالفه أو ينفي ما أثبته. فالشريعة تقر كل طريق من طرق الإثبات صالحة لإظهار الحقيقة والفصل في الخصومة"[58].

لذا فالقول بعدم حصر وسائل الإثبات في العدد الذي ورد به النص الشرعي فيه مصلحة عامة في المحافظة على الحقوق، فقد يتعذر على المدِّعى إثبات حقه بالطرق التي ورد بها النص الشرعي، وبالتالي يتعرض حقه للضياع. وهذا لا ينفي أن تكون هناك ضوابط للاستعانة بهذه الوسائل في الإثبات من حيث العموم. وبالنسبة لكل حالة فلها ما يخصها من وسائل.

إذن وفقا للرأي الراجح في الفقه الإسلامي تعتبر الشهادة الإلكترونية – في الجملة - حجة شرعية ووسيلة من وسائل الإثبات ما أمكن أن يَثْبُت بها الحق ويطمئن إليها القاضي. وقد أجيزت الشهادة الإلكترونية لشدة الحاجة إليها. فلو لم تجُز، فإنَّ ذلك قد يؤدي إلى ضياع الحقوق وهلاكها. إذ شاهد الأصل قد يعجز عن أداء الشهادة لبعض العوارض كالموت، والسفر، والغَيْبة.

المطلب الثالث

حكم إثبات الزنا بالشهادة الإلكترونية في الشريعة الإسلامية

سبقت الإشارة إلى أنَّ الشهادة الإلكترونية تعتبر حجة ودليلا من أدلة الإثبات - على الراجح - في الفقه الإسلامي. فهل يصح الاعتداد بالشهادة الإلكترونية في إثبات جريمة الزنا في الشريعة الإسلامية؟ بعبارة أخرى، هل تعتبر الشهادة الإلكترونية حجة ووسيلة تَثْبُت بها جريمة الزنا في الإسلام؟

من المُجْمَع غليه في الشريعة الإسلامية أنَّ الزنا يثبت بشهادة الشهود[59]. إلا أنه تشترط شروطا معينة لقبول هذه الشهادة. فيشترط أن تكون الشهادة من أربعة رجال مسلمين عدول. كما يشترط أن تكون بمعاينة الفَرْج في الفَرْج، وأن تكون بالتصريح لا بالكناية، وألا تختلف الشهادة لا في الزمان ولا في المكان. يقرر ذلك ابن رشد – رحمه الله - بقوله: "وأما ثبوت الزنا بالشهود فإنَّ العلماء اتفقوا على أنه يَثْبُت الزنا بالشهود، وأنَّ العدد المُشْتَرَط في الشهود أربعة بخلاف سائر الحقوق لقوله تعالى: (والذين يَرْمُونَ المُحْصَناتِ ثم لم يأتوا بأربعةِ شهداءَ فاجلدوهم ثمانينَ جَلْدةً ولا تقبلوا لهم شَهادةً أبدا وأولئك هم الفاسقون)[60]، وإنَّ مِن صفتِهم أنْ يكونوا عُدولا[61]. وأنَّ من شرط هذه الشهادة أنْ تكون بمعاينة فَرْجِه في فَرْجها، وأنها تكون بالتصريح لا بالكناية. وجمهورهم على أنَّ من شرط هذه الشهادة أنْ لا يُختلَف لا في زمان ولا في مكان، إلا ما حُكِيَ عن أبي حنيفة من مسألة الزوايا المشهورة، وهو أنْ يشهدَ كلُّ واحدٍ من الأربعة أنه رآها في رُكْنٍ من البيت يَطؤها غير الرُّكْن الذي رآه فيه الآخر"[62]. وقال الزركشي – رحمه الله -: "ولا يُقبل في الزنا إلا أربعة. وهذا إجماع، ولله الحمد، وقد شهد له قوله تعالى: (واللاتي يأتينَ الفاحشةَ من نسائكم فاستشهدوا عليهِنَّ أربعةً منكم)[63]، وقوله تعالى: (لولا جاءوا عليه بأربعةِ شهداءَ)[64] الآية، ... رجال، فلا مدخل للنساء في ذلك، وهو قول العامة، اعتمادا على ظاهر الآية، فإنَّ الله سبحانه خاطب الحُكَّام بقوله: (واللاتي يأتينَ الفاحشةَ من نسائكم فاستشهدوا عليهِنَّ أربعةً منكم)[65]؛ أي: والله أعلم من جِنسِكم، وصفتِكم، وهو الرجال المسلمون ... أحرار؛ فلا تقبل شهادة العبيد في ذلك، على المشهور من المذهب"[66]، وقد "أجمعوا على أنه يشترط كونهم مسلمين عدولا ظاهرا وباطنا، وسواء كان المشهود عليه ذِمّيا أو مسلما، ومقتضى ذلك اشتراط عدالة الباطن في ذلك بلا خلاف والله أعلم"[67]. كما يشترط تعيين الزاني، والمَزْني بها[68].

فبمقتضى ذلك، إن شهد أربعة رجال مسلمين عدول بواقعة الزنا وصرَّحوا بأنهم رأوا الواقعة في مجلس واحد وجها لوجه، وعاينوا الفَرْج في الفَرْج، ولم يختلفوا في تعيين الزاني والمَزني بها، ولم يختلفوا لا في الزمان ولا في المكان، فإنَّ جريمة الزنا تَثْبُت بذلك. ولكن إن شهدوا أنهم عاينوا الواقعة عبر وسيط إلكتروني كالكاميرات المتلفزة أو الشبكة الدولية للمعلومات (الإنترنت) مثلا، هل تثبت هذه الجريمة أو لا تَثْبت؟ بعبارة أخرى، **إن شهد أربعة رجال مسلمين عدول أو أكثر بواقعة الزنا وصرَّحوا بأنهم رأوا الواقعة في مجلس واحد وعاينوا الفَرْج في الفَرْج، واتفقت كلمتهم بشأن تعيين الزاني والمَزني بها، وتعيين الزمان، والمكان ولكن لا وجها لوجه، وإنما رأوا الواقعة عبر مقطع مُصَوَّر (مقطع فيديو) مباشر أو مُسَجَّل، موثوق ومعتمَد التقطه أربعة رجال مسلمين عدول عبر عدسات المراقبة المتلفزة أو عدسة الهاتف أو الحاسوب أو تناقلته المواقع على الشبكة الدولية للمعلومات (الإنترنت)، أو تداولته شاشات التلفاز أو السينما، فهل تَثْبت جريمة الزنا بذلك أو لا تَثْبُت؟** أي: **هل تثبت جريمة الزنا عبر الشهادة الإلكترونية قياسا على الشهادة المباشرة؛ أي: شهادة الأصل**

– بجامع أنَّ كلا منهما إخبارًا - أو لا تَثْبُت بذلك؟ وإنْ لم تَثْبُت هل يعتبر الشهود قَذَفَة، ويُحَدُّون حدَّ القَذَف؟

الواقع أنَّ هذا قياسا مع الفارق. فمع كون الشهادة الإلكترونية إخبارًا، إلا أنها ليست إخبارا مباشرا؛ أي: إخبارًا وجها لوجه كما هو الحال في الشهادة المباشرة؛ أي: شهادة الأصل، وإنما هو إخبار من خلال وسيط أو ناقل، والناقل هنا هو الأداة الإلكترونية متمثلة في العدسة التي التقطت المشهد، والشريط المُصَوَّر الذي نُسخُ وخُزِّن عليه، وجهاز البث الذي نقله إلى المتلقي، وسواء في ذلك أكان البث مباشرا أو مُسجَّلا، وسواء في ذلك أكان الناقل عدسة متلفزة (ككاميرات المراقبة)، أو هاتفا محمولا أو حاسبا آليا أو موقعا من المواقع الإلكترونية أو غير ذلك من وسائط الاتصال الحديثة. ولذا فإنَّ الصحيح – والله أعلم - هو أنَّ الشهادة الإلكترونية ليست من قبيل الشهادة المباشرة؛ أي: شهادة الأصل، وإنما هي من قبيل الشهادة على الشهادة، ويسري عليها ما يسري على الشهادة على الشهادة من أحكام. فما مفهوم الشهادة على الشهادة، وما حكمها، وما شروطها، وهل يمكن أن تكون حجة ووسيلة من وسائل إثبات جريمة الزنا وغيرها من الجرائم الحدية[69] أو لا يمكن ذلك؟ هذا ما يجري بيانه كالآتي:

أولا: مفهوم الشهادة على الشهادة

الشهادة على الشهادة هي إخبار فرع عن أصل في مجلس القضاء. وذلك كما هو الحال في إخبار الشاهد الذي لم يعاين الواقعة عن غيره من الشهود الذين عاصروها، وخَبِروا بها. فالشاهد الفرعي هنا لم يعاين الواقعة وجها لوجه، وإنما علم بها من خلال شاهد الأصل الذي سمع بها ورآها رأي العين. أي: أنَّ الشهادة على الشهادة هي الشهادة عبر وسيط أو ناقل عن الأصل، وليست شهادة الأصل الذي عاصر الواقعة.

ثانيا: حكم الشهادة على الشهادة

شهادة العدل على شهادة العدل جائزة في الجملة[70]. وقد ثبتت مشروعيتها بالكتاب، والإجماع، والمعقول. فمن الكتاب عموم قوله تعالى: (وأَشهِدوا ذَوَيْ عَدْلٍ منكم)[71]؛ فقوله تعالى (أشهدوا) جاء عاما لا يخص شهادة دون شهادة، مما يدل على جواز الشهادة في عمومها؛ أي: سواء أكانت شهادة الأصل أو شهادة الفرع. كما ثبتت مشروعيتها بإجماع علماء الأمة[72]. وقد حكى الإجماع على ذلك غير واحد من العلماء. قال ابن قدامة – رحمه الله -: "الشهادة على الشهادة جائزة بإجماع العلماء"[73]. وقال الزركشي - رحمه الله -: "الشهادة على الشهادة جائزة في الجملة بالإجماع"[74]. كما ثبتت مشروعيتها بالمعقول وذلك "لدُعاء الحاجة إليها؛ لأنَّ الأصل قد يتَعَذَّر، ولأن الشهادة حقٌ لازم فيُشهَدُ عليها كسائر الحقوق، ولأنها طريقٌ تُظْهِرُ الحقَّ كالإقرار فيُشْهَدُ عليها"[75].

ثالثا: شروط الشهادة على الشهادة

تُشترَط للشهادة شروطا أربعة هي[76]:

الشرط الأول: أنْ تتعذَّر شهادة الأصل: لموت، أو غَيْبة، أو مرض، أو حبس، أو خَوْفٍ من سُلطانٍ أو غيره. وبهذا قال أبو حنيفة، ومالك، وأحمد، والشافعي. وحُكي عن أبي يوسف ومحمد: جوازها مع القدرة على شهادة الأصل. يقول ابن قدامة – رحمه الله -:"ولنا اشتراط تعذر شهادة شاهد الأصل، أنه إذا أمكن الحاكم أن يسمع شهادة شاهدي الأصل، استغنى عن البحث عن عدالة شاهدي الفرع، وكان أحوط للشهادة، فإنَّ سماعَه منهما معلوم،

وصِدق شاهدي الفرع مظنون، والعمل باليقين مع إمكانه أولى من اتباع الظن، ولأنَّ شهادة الأصل تُثْبِتُ نفس الحق، وهذه إنما تُثْبِتُ الشهادة عليه"[77].

الشرط الثاني: أنْ تتحقق شروط الشهادة من العدالة وغيرها[78]، في كل واحد من شهود الأصل والفرع لأنَّ الحُكْم ينبني على الشهادتين جميعا، فاعْتُبرت الشروط في كلِّ واحد منهما، ولا خلاف في ذلك. فإنْ عدَّل شهود الفرع شهود الأصل، فشهدا بعدالتهما وعلى شهادتهما، جاز بغير خلاف. وإنْ لم يشهدا بعدالتهما، جاز، ويتولى الحاكم ذلك، وإنْ لم يعرفها بحث عنها.

الشرط الثالث: أنْ يُعَيِّنا شاهديَ الأصل، ويُسَمِّيَاهما. وقال جرير: إذا قال: ذكرين، حُرَّيْن، عدلين جازَ، وإنْ لم يُسَمِّيا؛ لأنَّ الغرضَ معرفةُ الصفات دون العين. قال ابن قدامة – رحمه الله -: "وليس بصحيح لجواز أن يكونا عدلين عندهما، مجروحيْن عند غيرهما؛ ولأن المشهودَ عليه ربما أمكنَه جَرْحَ الشهود، فإذا لم يَعْرِف أعيانَهُما، تعذَّرَ ذلك"[79].

الشرط الرابع: أنْ يَسْتَرْعِيَه شاهد الأصل الشهادة. والاسترعاءُ هو أنْ يطلب شاهد الأصل من الشاهد عليه حِفظ الشهادة وأداءها. فهو يلتمس منه رعاية الشهادة وحفظها لأن الشهادة على الشهادة نيابة فاعتبر فيها الإذن[80]. فيقول: اشْهَدْ على شهادتي أنِّي أشهدُ لفُلانٍ على فلانٍ كذا، أو أُقرَّ عندي بكذا، أو سمع شاهدا يسترعي آخر شهادة يُشْهِدُهُ عليها، فيجوز لهذا السامع أنْ يَشْهَدَ بها لحُصول الاسترعاء، ويُحتمَل ألا يجوز له أنْ يَشهدَ إلا أنْ يسترعِيَهُ بعينه، وهو قول أبي حنيفة. قال أحمد: لا تكونُ شهادة إلا أنْ يَشهدك، فأما إذا سمعتَه يتحدث، فإنما ذلك حديثٌ[81].

رابعا: حكم الشهادة على الشهادة في الحدود

أجمع العلماء على أنَّ شهادة العدل على شهادة العدل تقبَل في الأموال، وما يقصد به المال[82]. قال ابن قدامة - رحمه الله -: "قال أبو عُبَيْد: أجمعت العلماءُ من أهل الحِجاز والعراق، على إمضاء الشهادة على الشهادة في الأموال. ولأنَّ الحاجة داعيةٌ إليها، فإنها لو لم تُقْبَلْ لبَطَلَت الشهادةُ على الوَقْف، وما يتأخر إثباته عند الحاكم ثم يموت شهوده، وفي ذلك ضررٌ على الناس، ومَشَقَّةٌ شديدةٌ، فوجبَ أنْ تُقْبَلَ، كشهادةِ الأصل"[83]. وقال القرافي - رحمه الله -: "اتفق الناس في الشهادة على الشهادة في المال"[84].

وأما شهادة العدل على شهادة العدل في الحدود فمحل خلاف. فقد اختلف العلماء في ذلك على قولين[85]:

القول الأول: ذهب إلى أنَّ الشهادة على الشهادة جائزة في كل شيء إلا الحدود، وجرائم القصاص[86]. وذهب إلى ذلك النَّخَعِي، والشَّعْبي، وأبو حنيفة، وأصحابه. كما ذهب إلى ذلك الحنابلة. ووافقهم الشافعية - في الأصح - إلا أنهم قالوا بجوازها في العقوبة لآدمي كالقصاص والقذف.

قال القدُّوري – رحمه الله -: "الشهادة على الشهادة جائزة في كل حق لا يسقط بالشبهة؛ أراد به غير الحدود والقصاص"[87]. ويقول ابن قدامة - رحمه الله -: "شهادة العدل على شهادة العدل جائزة في كل شيءٍ، إلا في الحدود، إذا كان الشاهدُ الأولُ ميّتا أو غائبا"[88]. وقال - رحمه الله - في موضع آخر: "تجوز الشهادة على الشهادة فيما يجوز فيه كتاب القاضي[89] إذا تعذَّرت شهادة الأصل بموت أو غيبة أو مرض ونحوه بشرط أن يستدعيه شاهد الأصل فيقول (اِشهَد على شهادتي)، (إني أشْهَد أنَّ فُلانا أَقرَّ عندي أو أَشهَدَني بكذا)، ويُعتبر

معرفة العدالة في شهود الأصل والفرع"[90]. وقال الخطيب الشربيني - رحمه الله -: "[فصل] في جواز تحمل الشهادة على الشهادة وأدائها: تُقبَل الشهادة على الشهادة ... لكنها إنما تُقبَل في غير عقوبة لله تعالى وغير إحصان كالأقارير، والعقود، والفُسوخ، والرَّضاع، والولادة، وعيوب النساء، سواء فيه حق الآدمي وحق الله تعالى كالزكاة، ووقْف المساجد، والجهات العامة، وهلال رمضان للصوم، وذي الحَجَّة للحَجّ، وفي إثبات عقوبة الآدمي على المذهب كالقصاص وحَدِّ القذف. أما العقوبة لله تعالى كالزنا، وشُرْب الخَمْر فلا يقبَل فيها الشهادة على الشهادة على الأظهر ... وأما الإحصان فيمن ثَبَتَ زناه فكالحد فلا يُقبَل فيه الشهادة على الشهادة على الأصح كما حكاه الرافعي"[91].

واستدل أنصار هذا القول بالعديد من الأدلة منها الآتي[92]:

- **<u>الدليل الأول</u>**: "أنَّ الحدودَ مبنيةٌ على السَّتْر، والدَّرْء بالشبهات، والإسقاط بالرجوع عن الإقرار، والشهادة على الشهادة فيها شُبهة، فإنها يتطرق إليها احتمال الغَلَط، والسَّهو، والكَذِب في شهود الفرع، مع احتمال ذلك في شهود الأصل، وهذا احتمالٌ زائد، لا يوجد في شهادة الأصل، وهو معتبَر، بدليل أنها لا تُقبل مع القدرة على شهود الأصل، فوجب أنْ لا تُقبل فيما يندرئُ بالشبهات"[93][94].

- **<u>الدليل الثاني</u>**: "لأنها إنما تقبَل للحاجة، ولا حاجة إليها في الحَدِّ؛ لأنَّ سَتْر صاحبه أولى من الشهادة عليه، ولأنه لا نَصَّ فيها، ولا يصح قياسها على الأموال؛ لِما بينهما من الفَرْق في الحاجة والتساهل فيها، ولا يَصِحُّ قياسها على شهادة الأصل؛ لِما ذَكرْنا من الفَرْق، فبَطَلَ إثباتها"[95].

<u>القول الثاني</u>: ذهب إلى أنَّ الشهادة على الشهادة جائزة في الحدود، والقصاص، وفي كل شيء. وذهب إلى ذلك مالك، والليث بن سعد، والشافعي في قول، وأبو ثَوْر، وابن حزم.

قال القرافي – رحمه الله -: "تجوز الشهادة على الشهادة في الحدود، والطلاق، والولاء، وكل شيء، وتجوز شهادة رجلين على شهادة عدد كثير، ولا يقبل أقل من اثنين عن واحد ... وتجوز شهادة النساء على الشهادة في الأموال مع رجل في المال أو الوكالة ينقلن عن رجل وامرأة وإنْ كَثُرْن فلابد من رجل ... ولا ينقل عن غير العدول"[96]. وقال – رحمه الله -:"قال ابنُ القاسم يجوز في الزنا شهادة أربعة على أربعة أو اثنان على اثنين واثنان على اثنين حتى يَتمَّ أربعةٌ من كلا الناحيتين. وقال عبد الملك إذا شَهِد أربعة على شهادة كل واحد من الأربعة جازت ... ويجوز في تعديلهم ما يجوز في تعديل غيرهم اثنان على كل واحد"[97].

واستدل هذا الفريق بالآتي:

- **<u>الدليل الأول</u>**: "عموم قوله تعالى: (شهيدين مِن رِجالكُم)[98]، و(ذَوَيْ عَدْلٍ منكم)[99]، ولم يَخُصَّ أصلٌ من فرع"[100].

- **<u>الدليل الثاني</u>**: أنَّ الحدود تَثْبُت بشهادة الأصل، فتثْبُت بالشهادة على الشهادة كالمال[101].

- **<u>الدليل الثالث</u>**: "إنَّ الشهادة على الإقرار بالزنى تجوز وهو إخبارٌ، وكذلك الإخبارُ عن الشهادة"[102].

- **<u>الدليل الرابع</u>**: أنَّ "تخصيص حَدٍّ أو غيره لا يجوزُ إلا بنصٍّ، ولا نصّ في ذلك"[103]. قال ابن حزم - رحمه الله -: "قال عليٌّ: لم نجد لِمن منع قبول الشهادة على شهادة الحاضر حُجة أصلا، لا من قرآن، ولا من سُنة، ولا قول أحدٍ سَلَفَ، ولا قياسٍ، ولا معقول ... وقد أمرَنَا الله تعالى، بقبول شهادة العدول، والشهادة على الشهادة شهادة عدول، فقبولها واجب، وكذلك لو بَعُدَت جدا ولا فَرْق"[104].

وأجاب أنصار هذا القول عما استدل به أنصار القول الأول الذي ذهب إلى عدم جواز الشهادة على الشهادة في الحدود بالآتي[105]:

أولا: قولكم "لا يَصِحُّ قياس شهادة الفرع على شهادة الأصل" محجوج بأنَّ الفرع ناقلٌ عن الأصل، فجاز أن يقوم مقامه.

ثانيا: قولكم: "الحدود مبنية على الستر" يُنتقض بشهود الأصل، فإنَّ قبولَهم يأبى السَّتْر، وهم لا حاجة إليهم لأنهم أُمروا بالكَتْم والسَّتْر.

ثالثا: قولكم: "الشهادة على الشهادة فيها شُبهة، والحدود تندرأ بالشبهات" يجاب عنه بأنَّ المراد من الشُّبهة التي يندرأ بها الحد هي الشبهة المتنازَع فيها، ونحن نمنعها. فالشبهة ثلاثة أقسام: مُجمَع على اعتبارها، وعلى إلغائها، ومختلَف فيها. فلا ينتفع الخصم إلا بالمُجْمَع على اعتباره.

رابعا: قولكم: "إنما تقبل للحاجة، ولا يصح قياسها على الأموال" يجاب عنه بأنَّ القصاص حق لآدمي كالمال، ولأنها إذا جازت في المال للحاجة، فهي أولى في القصاص وأشدُّ.

القول الراجح:

القول الراجح هو القول الأول وهو قول الجمهور من الحنفية والحنابلة والشافعية في الأصح الذي ذهب إلى أن الشهادة على الشهادة جائزة في كل شيء إلا الحدود لقوة ما استدلوا به والله تعالى أعلى وأعلم.

وعلى ذلك، يمكن القول بأنَّ الذي يترجح – والله تعالى أعلى وأعلم - بأنَّ الشهادة الإلكترونية لا تَثْبُت بها جريمة الزنا لكونها شهادة على شهادة. والشهادة على الشهادة لا "تُقبَل في حد لله تعالى. وذلك لوجوه عديدة منها الآتي:

الوجه الأول: لأن الحدود تدرأ بالشبهات. والشهادة على الشهادة لا تخلو من شبهة، لتطرق احتمال الغلط والسهو"[106]. فربما يُزاد أو يُنقَص في الشهادة على الشهادة، فاحتمال السهو من شهادة الفرع أقرب من احتماله من شهادة الأصل. واحتمال تغيير الشهادة يعد شبهة دارئة للحد[107].

الوجه الثاني: احتمال "كَذِب شهود الفرع فيها مع احتمال ذلك في شهود الأصل، وهذا احتمال زائد لا يوجد في شهود الأصل، ولهذا لا تُقبل مع القُدرة على شهود الأصل"[108].

الوجه الثالث: لأنه لا حاجة إليها في الحد؛ لأنَّ مبناه على الستر، فسَتْر صاحبِه أولى من الشهادة عليه[109].

ويجاب عن أدلة المخالفين بأنها ليست مستندا كافيا يؤيد ما ذهبوا إليه. وذلك لأسباب عديدة منها الآتي:

أولا: استدلالهم بقوله تعالى: (شهيدين مِن رِجالكُم)[110]، حجة عليهم لا لهم، وذلك لأن من معاني الشهادة في اللغة: الحضور. وهذا المعنى يستوجب أن يكون الشاهد قد حضر الواقعة وجها لوجه كي يسمى شاهدا. وهذا المعنى غير موجود في الشهادة على الشهادة بما فيها الشهادة الإلكترونية. ووفقا لذلك، فإنَّ الآية نص في الشهادة الأصلية، فتخرج الشهادة على الشهادة.

ثانيا: تجويزهم الشهادة على الشهادة في الحدود قياسا على الشهادة على الشهادة كالمال غير مسَلَّم به لأن القياس هنا قياس مع الفارق. فالحدود من حقوق الله تعالى، وهي لا تقبل العفو، أو الإسقاط، أو التخفيف أو التشديد عما حدده الشارع إذا بلغت الإمام أو من ينوب عنه. وهذه الجرائم تشترط نظاما معينا في الإثبات، فتشترط عددا محددا من الشهود، ويُعمل فيها الرجوع في الإقرار، ولا تقبل فيها شهادة النساء. وهذا بخلاف

غيرها من جرائم التعازير التي هي من حقوق الآدميين وتقبل العفو، أو الإسقاط، أو التخفيف أو التشديد عما حدده الشارع، كما أنها لا تشترط عددا محددا من الشهود، ولا يُعمل فيها الرجوع في الإقرار، وتقبل فيها شهادة النساء. ولذا فإنَّ قياس الشهادة على الشهادة في الحدود قياسا على الشهادة على الشهادة كالمال ليس في محله.

ثالثا: تجويزهم الشهادة على الشهادة في القصاص قياسا على المال غير معتبر لأنه قد يترتب على السهو والغلط المحتمل في الشهادة على الشهادة في القصاص ذهاب أرواح لا جريرة لها بخلاف الشهادة على الشهادة في الأموال، فهي وإن ترتب على السهو والغلط فيها تضييعا للمال إلا أنَّ مفسدة تضييعه ليست بخطورة مفسدة ضياع الأرواح.

رابعا: تجويزهم الشهادة على الشهادة في الحدود والقصاص للحاجة قياسا على المال ليس في محله لأنَّ الأموال مما تَعُم به البلوى، ومن ثم كانت الحاجة إلى حفظها أولى. وذلك استنادا إلى كونها "وثيقة مُستدامة لحفظ الأموال، وربما مات المُقرّ، فتعذَّر الرجوع إلى إقراره، وربما مات شاهد الأصل أو غاب، أو مرض، أو نسي فتضيع الحقوق، فأُستدرك ذلك بتجويز الشهادة على الشهادة، فتدوم الوثيقة"[111].

خامسا: تجويزهم الشهادة على الشهادة قياسا على الشهادة على الإقرار بالزنى تجوز عير مسَلَّم به لأن هذا يعد قياسا مع الفارق. فالشهادة على الإقرار هي إخبار عن طرف واحد وهو الزاني الذي ارتكب الواقعة، ولذا فالشهادة هنا تعادل شهادة الأصل؛ أي: وكأن الشهود على الإقرار قد شهدوا الحادثة بأنفسهم وجها لوجه. أما الشهادة على الشهادة؛ فهي إخبار عن طرفين؛ إخبار الفرع عن الأصل الذي حضر الواقعة، وإخبار الأصل عن الزاني الذي باشر الواقعة. وكلما طالت سلسلة التحمل للشهادة، زاد احتمال السهو والغلط والنسيان، وهذا يعد شبهة دارئة للحد.

إذن مما سبق يتضح أنَّ الشهادة الإلكترونية ليست حجة في إثبات جريمة الزنا لكونها شهادة على شهادة، والشهادة على الشهادة لا تثبت بها الحدود على الراجح في الفقه الإسلامي. فلا تَثْبُت جريمة الزنا إلا بإقرار أو بشهادة الأصل؛ أي: شهادة أربعة رجال مسلمين عدول شهدوا الواقعة على نحو مباشر؛ أي: وجها لوجه لا نقلا عن غيرهم. وعلى ذلك، تعتبر شهادة الفرع على الزنا – أي: الشهادة على الشهادة بما فيها الشهادة الإلكترونية على الزنا تمثيليا كان أو غير تمثيلي – قَذْفا تستوجب عقوبة القذف إنْ ثبت أنَّ المشهود عليهم من أهل العفة. ولا يعني ذلك إقرار أهل الرذيلة ممن ثبت تصويرهم في مشاهد إباحية تمثيلية أو غير تمثيلية؛ لا يعني ذلك إقرارهم على انحرافهم. كما لا يعني ذلك توطئة الطريق لهم للفرار من المساءلة والعقاب. وإنما يعني أنَّ المبالغة في الاحتياط لإثبات هذه الجريمة أولى حفظا للأعراض، وصيانة لها. وما يتوجب فعله، هو الإبلاغ عن هذه المشاهد الإباحية إلى الجهات الرقابية للتثبت منها، والتحقيق فيها، وتقرير العقوبة المناسبة لأصحابها.

الخاتمة:

استهدفت الدراسة الحالية بيان مدى حجية الشهادة الإلكترونية في إثبات جريمة الزنا وفقا للشريعة الإسلامية. وأسفرت الدراسة عن العديد من النتائج أبرزها الآتي:

أولا: المراد بالإثبات بالشهادة الإلكترونية: إقامة الحجة في مجلس القضاء من خلال الإخبار بمُعَيَّن عُلِم به من طريق وسيط أو أكثر من الوسائط الإلكترونية كالعدسات المتلفزة (كامبرات المراقبة)، أو الهاتف، أو الحاسب الآلي، أو الشبكة الدولية للمعلومات (الإنترنت).

ثانيا: تعتبر الشهادة الإلكترونية - في الجملة - حجة شرعية ووسيلة من وسائل الإثبات - على الراجح في الفقه الإسلامي - ما أمكن أن يَثْبُت بها الحق ويطمئن إليها القاضي، وذلك للحاجة إليها. فلو لم تجُز، فإنَّ ذلك قد يترتب عليه ضياع الحقوق وهلاكها. إذ شاهد الأصل قد يعجز عن أداء الشهادة لبعض العوارض كالموت، والسفر، والغَيْبة.

ثالثا: لا تعتبر الشهادة الإلكترونية حجة في إثبات جريمة الزنا لكونها شهادة على شهادة، والشهادة على الشهادة لا تثبت بها الحدود على الراجح في الفقه الإسلامي. فلا تَثْبُت جريمة الزنا إلا بإقرار أو بشهادة الأصل؛ أي: شهادة أربعة رجال مسلمين عدول شهدوا الواقعة على نحو مباشر؛ أي: وجها لوجه لا نقلا عن غيرهم.

وبناء على ما أسفر عنه البحث من نتائج، توصي الدراسة الحالية المشرّع بالإقادة من هذه الدراسة في اعتماد الشهادة الإلكترونية كوسيلة من وسائل الإثبات في المواد المدنية، والمواد الجنائية فيما سوى الحدود، والقصاص.

الهوامش:

---

(1) سورة آل عمران، الآية: 102.

(2) سورة النساء، الآية: 1.

(3) سورة الأحزاب، الآية: 70.

(4) الألباني، صحيح الترغيب، والترهيب، خطبة الحاجة التي كان رسول الله صلي الله عليه وسلم يعلمها أصحابه، ط1، ص3.

(5) جريمة السب والقذف من الجرائم الماسة بالشرف والاعتبار. وقد نص الشارع المصري على جرائم الاعتداء على الشرف والاعتبار في الباب السابع من الكتاب الثالث من قانون العقوبات (المواد 302-310)، وهذه الجرائم هي: القذف، والسب العلني وغير العلني، والبلاغ الكاذب، وإفشاء الأسرار. والقذف في الاصطلاح القانوني هو: " إسناد واقعة معينة إلى شخص معين تستوجب لو صحت عقاب هذا الشخص المعين، واحتقاره لدى أهل وطنه ". فوفقا لهذا التعريف يعد قاذفا كل من يخدش شرف شخص آخر أو يُخل باعتباره شريطة أنْ يسند له واقعة معينة تخدش شرفه أو تخل باعتباره. أما إذا خدش بشرفه أو أخلَّ باعتباره دون أن يسند له واقعة معينة فإنه يعد سابًّا لا قاذفا. فالسب في القانون هو: "كل قول، أو فعل يصدر عن شخص معين، ويخدش شرف شخص آخر، واعتباره بأي وجه من الوجوه. فلا يشترط لقيام جريمة السب إسناد واقعة معينة تخدش بسمعة الشخص كما هو الحال في جريمة القذف، وإنما يكفي لقيامها مجرد القول أو الفعل الخادش للشرف أو الاعتبار. وبذا يفترق القذف عن السَّبّ في الاصطلاح القانوني. ومع ذلك يتفق القذف مع السب في أنَّ جوهر هاتين الجريمتين هو النيل من سمعة المجني عليه بالطعن في عرضه، ولذا فهما ينتميان إلى نفس الطائفة من الجرائم، وهي الجرائم الماسة بالشرف الاعتبار. يراجع: محمود نجيب حسني، **شرح قانون العقوبات، القسم الخاص**، ط2، ص608، وجلال ثروت، **نظم القانون الخاص في قانون العقوبات**، د.ط، ص18، وعبد الفتاح مصطفى الصيفي، **قانون العقوبات القسم الخاص**، د. ط.، ص583، وسيد البغال، **الجرائم المخلة بالآداب، فقها وقضاءا**، د. ط.، ص 374-375.

(6) الأعراض مفرد العِرْض والعرض هو: " موضع المدح والذم من الشخص، سواء كان في نفسه، أو سَلَفِه، أو مَن نُسِب إليه ". انظر: ابن منظور، لسان العرب، ط3، ج9، باب: العين، ص140-141، وابن حجر، **فتح الباري شرح صحيح البخاري**، د. ط.، ج1، ص 155.

(7) القذف لغة: الرَّمْيُ، وشرعا: " الرمي بالزنا " أو اللوط، واللواط: إتيان الرجل الرجل. يراجع: ابن منظور، **لسان العرب**، ط3، ج9، فصل: القاف، ص276-277، وابن قدامة، **المغني**، د. ط.، ج9، ص83، والقرافي، **الذخيرة**، ط1، ج12، ص 66، والبهوتي، **كشاف القناع عن متن الإقناع**، د. ط.، ج6، ص104.

(8) عقوبة القذف في الشريعة الإسلامية عقوبة مُقَدَّرة تُعرف بحَدِّ القَذْف. وقدْر هذا الحد ثمانون جلدة امتثالا لقوله تعالى: (والذين يرمون المُحْصَناتِ ثم لم يأتوا بأربعةِ شهداءَ فاجلدوهم ثمانينَ جَلْدةً ولا تقبلوا لهم شهادةً أبدا وأولئك هم الفاسقون * إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فإنَّ الله غفورٌ رحيم) (سورة النور، الآيتان 4، 5). يراجع: ابن عبد البر، **الاستذكار**، ط1، ج7، ص 514-515، وابن قدامة، **المغني**، د. ط.، ج9، ص84، والخطيب الشربيني، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، ط1، ج5، ص460.

(9) تجدر الإشارة إلى أن هناك شروطا معينة لاستيفاء عقوبة القذف في الشريعة الإسلامية ذكرها القرطبي – رحمه الله- بقوله: " للقذف شروطٌ عند العلماء تسعةٌ: شرطان في القاذف، وهما العقلُ والبلوغ؛ لأنهما أصلا التكليف، إذ التكليف ساقطٌ دونَهُما. وشرطان في الشيء المقذوف به، وهو أن يقذف بوَطْيٍ [أي: وطء زنا أو لواط] يلزمه في الحد، وهو الزنى واللِّوَاط أو بنفيه من أبيه دون سائر المعاصي. وخمسة في المقذوف، وهي العقل والبلوغ والإسلام والحرية والعفة عن الفاحشة التي رُمي بها، كان عفيفا من غيرها أم لا" "ويشترط أيضا أنْ لا يلاعن القاذف المقذوف إن كان المقذوف زوجا، فإن لاعن سقط عنه الحد". ولا يعنى عدم استيفاء هذه الشروط فرار المتهم من العقوبة، وإنما المراد هو عدم وجوب الحد عليه، ولا يمنع هذا من إنزال العقوبة التعزيرية به إذا رأي القاضي المصلحة في ذلك. يراجع: القرطبي، **الجامع لأحكام القرآن**، ط2، ج12، ص173. لمزيد من التفصيل عن هذه الشروط، يراجع: البهوتي، **كشاف القناع عن متن الإقناع**، د. ط.، ج6، ص104.

(10) ابن منظور، **لسان العرب**، ط3، ج1، باب الهمزة، فصل الزاي، ص 91.

(11) ابن منظور، **لسان العرب**، ط3، ج6، باب: الزاي، ص 96-97، والفيروزآبادي، **القاموس المحيط**، ط2، باب: الزاي، ص 1188.

(12) يُعَرِّف الحنفية الزنا بأنه: " اسم للوطء الحرام في قُبُل المرأة الحية ". ويعرفه المالكية بأنه: "هو كل وطء وقع على غير نكاح صحيح، ولا شبهة، ولا ملك يمين ". ويعرف الشافعية الزنا بأنه: " تغييب البالغ العاقل حشفة ذكره في أحد الفرجين من قبل أو دبر ممن لا عصمة بينهما ولا شبهة ". ويعرَّف الزنا عند الحنابلة بأنه: "فعل الفاحشة في قُبُل أو دُبُر". مما سبق من تعريفات يلاحظ أن اللواطة أي الإتيان في الدبر ليست بزنا عند أبو حنيفة. فقوله: " في قُبُل المرأة " قيد يخرج به اللواطة. وخالفه الصاحبان أبو يوسف، ومحمد، والمالكية، والشافعية، والحنابلة في ذلك. فاللواطة عندهم تعد زنا. انظر تفصيل ذلك: الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ط2، ج7، ص33-34، وابن رشد الحفيد، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، ط1، ج6، ص107، والماوردي، **الأحكام السلطانية والولايات الدينية**، ط3، ص278، والبهوتي، **الروض المربع بشرح زاد المستقنع**، د.ط.، ص488.

(13) حَشَفَة الذَّكَر: رَأْسه. يراجع: الفيومي، **المصباح المنير في غريب الشرح الكبير**، د. ط.، ج1، باب: الحاء مع الشين وما يثلثهما، ص137.

(14) الماوردي، **الأحكام السلطانية والولايات الدينية**، ط3، ص 278.

(15) ابن منظور، **لسان العرب**، د. ط.، ج1، باب: التاء، فصل الثاء، ص468، والرازي، **مختار الصحاح**، د. ط.، باب الثاء، ص82.

(16) عبدالمطلب حمدان، **وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي**، ، د.ط.، ص5.

(17) ابن فارس، **معجم مقاييس اللغة**، د. ط.، ج3، باب الهاء والشين وما يثلثهما، ص 221.

(18) سورة البقرة، من الآية 185.

(19) سورة المجادلة، من الآية 6.

(20) سورة آل عمران، من الآية 13.

(21) أخرج مسلم في صحيحه عن زَيْد بن خالد الجُهَنِيّ أن النبي صلى الله عليه وسلم قال" ألاَ أُخبرُكُم بخَيْرُ الشُهَداء؛ الذي يأتي بشهادته قبل أن يُسألَها ". يراجع: مسلم، **الجامع الصحيح**، د. ط.، المجلد الثاني، كتاب الأقضية، باب بيان خير الشهود، ص133.

(22) ابن فارس، **معجم مقاييس اللغة**، د. ط.، ج3، باب الهاء والشين وما يثلثهما، ص 221، وابن منظور، **لسان العرب**، ط3، ج7، مادة شهد، ص223.

(23) الرافعي، **العزيز شرح الوجيز، المعروف بالشرح الكبير**، ط1، ج13، ط1، ص3.

(24) ابن عرفة، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، د. ط.، ج4، ص164.

(25) ابن عرفة، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، د. ط.، ج4، ص164.

(26) ابن عرفة، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، د. ط.، ج4، ص165.

(27) ابن عرفة، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، د. ط.، ج4، ص165.

(28) ابن عرفة، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، د. ط.، ج4، ص165.

(29) أحمد عمر، **معجم اللغة العربية المعاصرة**، ط1، ج1، باب الهمزة، ص 111.

(30) أحمد عمر، **معجم اللغة العربية المعاصرة**، ط1، ج1، باب الهمزة، ص 111.

(31) الإنترنت كلمة معربة من المقابل الإنجليزي Internet، وهي مشتقة من المصطلح الإنجليزي

i. Interconnections Network

وتعني الشبكة التي تربط مجموعة من أجهزة الكمبيوتر المتصلة ببعضها البعض وتستطيع تبادل المعلومات فيما بينها. وعلى ذلك فإن الإنترنت عبارة عن شبكة تتألف من عدد كبير من الحواسيب المتواجدة عبر العالم والمترابطة مع بعضها البعض بواسطة خط الهاتف العادي أو أي فرع من الكوابل كالألياف البصرية أو عبر الأقمار الصناعية، ويتم من خلالها تبادل البيانات والمعلومات والصور داخل وخارج الدولة. وتجدر الإشارة إلى أن هناك أكثر من وسيلة تقنية يمكن الاعتماد عليها في معالجة البيانات، وربطها في صورة شبكة معلومات داخلية وخارجية منها الحاسب الآلي، والهاتف المحمول، وجهاز المفكرة أو الذاكرة الإلكترنية. وتضم جرائم الإنترنت "نوعين من الجرائم المستحدثة؛ الأول: أنواعا مستحدثة من الاعتداء على مصالح محمية جنائيا بالنصوص القانونية التقليدية؛ أي: أن في هذه الحالات فإن طرق الاعتداء فقط هي المستحدثة لأنها تتم عن طريق التقنية المعلوماتية بعد أن كانت ترتكب بالسلوك المادي الملموس، أما محل الاعتداء فهي المصالح المحمية أصلا حماية جنائية على مر الأزمان كالشرف والاعتبار، أما النوع الثاني فيضم أنواعا أخرى من الاعتداءات بالطرق المستحدثة على مصالح مستحدثة لم تعرفها القواعد التقليدية كالشبكات المعلوماتية التي تتعرض للاختراق والتعطل". يراجع: عبد الفتاح بيومي حجازي، **جرائم الكمبيوتر والإنترنت في التشريعات العربية؛ دراسة مقارنة مع التطبيق على نظام مكافحة جرائم المعلوماتية في المملكة العربية السعودية**، ط1، ص10-11، وراشد محمد المري، **الجرائم الإلكترونية في ظل الفكر الجنائي المعاصر، دراسة مقارنة**، د. ط.، ص290، وبهاء المري، **شرح جرائم تقنية المعلومات**، د. ط.، ص10، وشيماء عبد الغني عطا الله، **الحماية الجنائية للتعاملات الإلكترونية**، د. ط.، ص16-17.

(32) علي عبد القادر القهوجي، **الحماية الجنائية لبرامج الحاسب**، د. ط.، ص2، ومحمد على العريان، **الجرائم المعلوماتية**، د. ط.، ص43-45، وعفيفي كامل عفيفي، **جرائم الكمبيوتر وحقوق المؤلف والمصنفات الفنية ودور الشرطة والقانون، دراسة مقارنة**، د. ط.، ص20، وغنام محمد غنام، **دور قانون العقوبات في مكافحة جرائم الكمبيوتر والإنترنت**، د. ط.، ص7، وخالد ممدوح إبراهيم، **التقاضي الإلكتروني**، د. ط.، ص320، وأشرف عبد القادر قنديل، **الإثبات الجنائي في الجريمة الإلكترونية**، د. ط.، ص94، ورحيمة نمديلي، خصوصية الجريمة الإلكترونية في القانون الجزائري، والقوانين المقارنة، **دراسة مقدمة للمؤتمر الدولي الرابع عشر الموسوم: الجرائم الإلكترونية**، طرابلس، ليبيا، 24-25 مارس 2017، ص98.

(33) ابن كثير، **تفسير القرآن العظيم**، د. ط.، ج1، ص17.

(34) سورة البقرة، من الآية: 282.

(35) أخرجه البخاري في صحيحه. يراجع: البخاري، **صحيح البخاري**، ط1، ج3، كتاب: الشهادات، باب: إذا ادَّعى أو قَذَفَ فله أن يلتمس البينة وينطلق لطلب البينة، الحديث رقم (2671)، ص178.

(36) الهروي، **مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح**، ط1، ج6، ص 2439.

(37) الرحيباني، **مطالب أولي النُّهى في شرح غاية المنتهى**، ط2، ج1، ص591.

(38) الترمذي، **سنن الترمذي**، ط3، ج2، ص399.

(39) الرحيباني، **مطالب أولي النُّهى في شرح غاية المنتهى**، ط2، ج1، ص591.

(40) ابن قدامة، **المغني**، د. ط.، ج12، ص2-3.

(41) ذهب جمهور الفقهاء من المالكية، والشافعية، والحنابلة، وابن حزم إلى جواز القضاء بالشاهد الواحد، ويمين المُدَّعى عند تعذر الشاهدين، واستدلوا بالحديث الذي رواه مسلم – في صحيحه – عن عبد الله بن عباس - رضي الله عنهما - : "أنَّ رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قَضى بيمين وشاهد". واختلف الجمهور في المواضع التي يُحكَم فيها بالشاهد، واليمين، مع اتفاقهم بالحكم بها فيما سوى الحدود. فذهب جمهور المالكية، والشافعية، والحنابلة إلى القضاء بالشاهد، واليمين في الأموال فقط دون غيرها. وقال ابن حزم بالحكم بالشاهد، واليمين في كل شيء عدا الحدود. وخالفهم الحنفية وقالوا بعدم جواز القضاء بالشاهد واليمين مطلقا لأن أدنى ما تنتفي به الريبة شهادة شاهدين لقوله تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فإنَّ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾ (سورة البقرة: من الآية 282)، لأنه نقل الحكم من استشهاد الرجل الثاني بعد شهادة الشاهد الواحد إلى استشهاد امرأتين مع أن حضور النساء إلى مجالس القضاء لأداء الشهادة خلاف العادة . يراجع: مسلم، **صحيح مسلم**،، د. ط.، ج3، كتاب: الأقضية، باب: القضاء باليمين والشاهد، الحديث رقم (1712)، ص 1337، ومالك بن أنس، **المُدَوَّنة**، ط1، ج4، ص34-35، والماوردي، **الحاوي الكبير على فقه مذهب الإمام الشافعي**، ط1، ج17، ص73، وابن حزم، **المحلى**، د. ط.، المجلد التاسع، ص396، ص405، والسرخسي، **المبسوط**، د. ط.، ج16، ص118، والسرخسي، **أصول السرخسي**، د. ط.، ج1، ص365-366، وابن رشد الحفيد، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، د. ط.، ج4، ص251، وابن القيم، **الطرق الحكمية في السياسة الشرعية**، ط1، ص101-108، وزكريا الأنصاري، **أسنى المطالب في شرح رَوْض المطالب**، د. ط.، ج4، ص373، والبهوتي، **كشاف القناع عن متن الإقناع**، د. ط.، ج6، ص448.

(42) القسامة لغة: من " القَسَم وهو الحَلِف. والقسامة في اصطلاح الفقهاء هي: " الأيمان المكررة في دعوى القتل ". وهي الأيمان تُقسَم على أولياء القتيل إذا ادعوا الدم، يقال: قُتِل فلان بالقَسَامة: إذا اجتمعت جماعة من أولياء القتيل، فادعوا على رجل أنه قَتَل صاحبهم، ومعهم دليل دون البينة، أي: الشهادة، فحلفوا خمسين يمينا أن المدَّعَى عليهم قَتَل صاحبهم، فهؤلاء الذين يقسمون على دعواهم ". وقد ثبتت القسامة بالسنة النبوية. فقد أقر النبي صلى الله عليه وسلم القسامة على ما كانت عليه في الجاهلية، ومن شرطها اللوث، وهو العداوة الظاهرة. والأصل في ذلك الحديث الذي رواه مسلم في صحيحه عن سَهْل بن أبي حَثْمَة، ورافع بن خَدِيج، أنَّ مُحَيِّصَةَ بن مسعود، وعبد الله بن سَهْل، انطلقا قِبَل خَيْبَر، فتفرَّقا في النَّخْل، فقُتِل عبد الله بن سهل، فاتهموا اليهود، فجاء أخوه عبد الرحمن، وابنا عمهِ حُوَيِّصَةُ ومُحَيِّصَة إلى النبي – صلى الله عليه وسلم -، فتكلَّمَ عبدُ الرحمن في أمر أخيه، وهو أصغرُ منهم، فقال رسول الله – صلى الله عليه وسلم - :"كَبِّر الكُبْرَ"، أو قال: "ليبدأ الأكبرُ"، فتكلَّما في أمر صاحِبِهما، فقال رسول الله – صلى الله عليه وسلم -: "يُقْسِم خَمسونَ منكم على رَجُلٍ منهم، فيُدفَعْ برُمَّتِهِ"، قالوا: أَمْرٌ لم نشهَدْهُ، كيف نَحْلِف؟ قال: فتُبْرِئُكُم يهودٌ بأيْمانِ خمسين منهم"، قالوا: يا رسول الله، قومٌ كُفَّارٌ؟ قال: فوَدَاه رسولُ الله - صلى الله عليه وسلم – مِن قِبَلِهِ. يراجع: الفيومي، **المصباح المنير**، د. ط.، ج2، ص61، ومسلم، **صحيح مسلم**، د. ط.، ج3، كتاب: القَسَامة، والمحاربين، والقصاص، والدِّيات، باب: القسامة، الحديث رقم (1669)، ص 1292، والسرخسي، **المبسوط**، د. ط.، المجلد 13، ص 106-121، والبغوي، **التهذيب في فقه الإمام الشافعي**، ط1، المجلد السابع، ص222، والقرافي، **الذخيرة**، ط1، ج12، 287-316، والخطيب الشربيني، **مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج**، د. ط.، ج5، ص 389-403، والبهوتي، **الروض المربع بشرح زاد المستقنع**، د. ط.، ص 486.

(43) القيافة في اللغة: اتباع الأثر. يُقال: قَافَ الرجل الأثر قَوْفَاً: تَبِعَهُ. واقتَافَه فهو قائف، والجمع قَافة. والقائف هو: " المُلْحِق للنَسَب عند الاشتباه ". وقد ثبتت القيافة بالسنة النبوية. والأصل في ذلك الحديث الذي رواه مسلم – في صحيحه – عن عائشة – رضي الله عنها – قالت: دَخَلَ عليَّ رسولُ الله – صلى الله عليه وسلمَّ – ذات يومٍ مسرورًا، فقال: "يا عائشة، ألمْ تَرِيْ أنَّ مُجَزِّزًا المُدْلِجِيّ دَخَلَ عليَّ، فرأى أسامةَ وزيدًا، وعليهما قَطِيفةٌ قد غَطَّيَا رُءوسَهُما، وبَدَتْ أقدامُهُما، إنَّ هذه الأقدامَ بعضُها

من بعض". فالقائف من بني مُدْلِج أثبت بنوة أسامة بن زيد – رضي الله عنه - من أبيه زيد بن حارثة – رضي الله عنه – بطريق القيافة. وقد سُرَّ النبي صلى الله عليه وسلم بذلك لأنَّ بعض الناس قد شكَّكوا في نسب أسامة لزيد لسواد بشرته وبياض بشرة أبيه. وسرور النبي – صلى الله عليه وسلم دليل على رضائه وإقراره لقول القائف، فكان ذلك دليلا على مشروعية القيافة. يراجع: الفيومي، **المصباح المنير**، د. ط.، ج2، ص179، ومسلم، **صحيح مسلم**، د. ط.، ج2، كتاب: الرَّضَاع، باب: العمل بإلحاق القائف الولد، الحديث رقم (1459)، ص1081، والرملي، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**، د. ط.، ج8، ص 8. وللمزيد من التفاصيل حول القيافة، وأدلة مشروعيتها، يراجع: ابن القيم، **الطرق الحكمية في السياسة الشرعية**، ط1، ص167-182، وابن فرحون، **تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام**، ط1، ج2، ص 91-92.

(44) القُرْعة لغة: " السُهْمة، والمُقَارعة: المُساهمة، والاقتراع: الاختيار". وقد ثبتت القرعة بالسنة النبوية. والأصل في ذلك ما رواه البخاري – في صحيحه – عن أبي هُريرة – رضي الله عنه – قال: عَرَصَ النبيُّ – صلى الله عليه وسلم – على قومٍ اليمينَ فأسرعوا، فأَمَرَ أنْ يُسْهَمَ: أيُّهُم يَحْلِف". كما يدل على ذلك الحديث الذي رواه البخاري – في صحيحه – عن عائشة – رضي الله عنها -، قالت: "كان رسولُ الله – صلى الله عليه وسلم – إذا أرادَ سَفَرًا أقرعَ بين نسائه، فأيَّتُهُنَّ خَرَجَ سَهْمُها خَرَجَ بها معها".يراجع: ابن منظور، **لسان العرب**، د. ط.، ج5، ص3596-3597، والبخاري، **صحيح البخاري**، ط1، ج3، كتاب: الشهادات، باب: القُرعة في المشكلات، الحديث رقم (2685)، ص181، والحديث رقم (2688)، ص 182. وللمزيد من التفاصيل حول القرعة وأدلة مشروعيتها، يراجع: ابن القيم، **الطرق الحكمية في السياسة الشرعية**، ط1، ص223-256، وابن فرحون، **تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام**، ط1، ج2، ص 91-92.

(45) النكول في اللغة: الرُجُوع. يُقال: " نَكَلَ عنه يَنْكِل ويَنْكُلُ نُكُولا، ونَكَلَ: نَكَصَ ورجع. ويقال: نَكَلَ عن العَدُوّ، وعن اليمين يَنْكُلُ: أي جَبُنَ ". ونَكَلَ عن اليمين: امتنع. والنكول في الاصطلاح هو: " امتناع المُدَّعى من يمين الرَّد "، أي: "امتناع من وُجِهَّت إليه اليمين عن الحلف في مجلس القضاء ". وقد اختلف الفقهاء في جواز القضاء بالنكول. فذهب الحنفية، والحنابلة إلى جواز القضاء بالنكول لأنه بمثابة الإقرار عند الحنفية، وبمثابة الشاهد عند الحنابلة. وذهب المالكية، والشافعية، وابن حزم إلى أن النكول لا يصح حجة في القضاء لأنه ليس بإقرار صحيح، وقال ابن حزم بأنه لم يأت قرآن، ولا سنة، ولا إجماع على القضاء بالنكول. ورَجَّح ابن القيم جواز القضاء بالنكول. انظر تفصيل ذلك: يراجع: ابن منظور، **لسان العرب**، د. ط.، المجلد السادس، ص4544، والشافعي، **الأم**، د. ط.، ج7، د. ط، ص101، وابن حزم، **المحلى**، د. ط.، المجلد التاسع، ص372-373، والسرخسي، **المبسوط**، د. ط.، ج16، ص117، وابن رشد الحفيد، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، د. ط.، ج4، ص252، وابن قدامة، **المغني شرح مختصر الخِرقي**، ط1، ج10، ص216، وابن القيم، **الطرق الحكمية في السياسة الشرعية**، ط1، ص89-95، والرملي، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**، د. ط.، ج8، ص 360، وأحمد حسين، **أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي**، د. ط.، ص440.

(46) القرافي، **الذخيرة**، ط1، ج12، ص 285، وابن نُجيم المصري، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، ط2، ج7، ص 205، والرملي، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**، د. ط.، ج8، ص 333، والبهوتي، **كشاف القناع عن متن الإقناع**، د. ط.، ج6، ص331-332، وابن عابدين، **حاشية رَد المُحتار على الدُرّ المُختار شرح تنوير الأبصار في فقه مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان**، د. ط.، ج5، ص 492.

(47) سورة البقرة، من الآية: 282.

(48) سورة البقرة، من الآية:282.

(49) سورة الطلاق، من الآية: 2.

(50) سورة البقرة: الآية: 282.

(51) ابن العربي، **أحكام القرآن**، ط3، ج1، ط3، ص329.

(52) سورة النساء، الآية: 135.

(53) جاء في (الكشاف) في تفسير قوله: ﴿ كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ ﴾ الشهادة على النفس هي " الإقرار على نفسه لأنه في معنى الشهادة عليها بإلزام الحق عليها ". يراجع: **الزمخشري، الكشاف عن حقائق التنزيل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل**، د. ط.، ج1، ص 570.

(54) أخرجه البيهقي في سننه، وهكذا بعضه في الصحيحين. فقد رواه البخاري – في صحيحه – من حديث ابن عباس – رضي الله عنهما – بلفظ: "أنَّ النبيَّ – صلى الله عليه وسلم – قضى باليمينَ على المُدَّعَى عليه". ورواه مسلم – في صحيحه - من حديث ابن عباس – رضي الله عنهما - بلفظ: "" لو يُعْطَى الناس بدَعْوَاهمُ لادّعَى ناسٌ دماءَ رِجالٍ، وأموالَهُم، ولكن اليمينَ على المُدَّعَى عليه". يراجع: البخاري، **الجامع الصحيح للبخارى من رواية أبي ذر الهَروي**، ط1، ج2، كتاب الشهادات، باب سؤال الحاكم المُدَّعى: هل لك بَيِّنَةٌ؟ قبل اليمين، حديث رقم (2584)، ص100، وباب إذا ادَّعى أو قَذَف فله أن يلتمس البينة وينطلق لطلب البينة، حديث رقم (2587)، ص 101، ومسلم، **الجامع الصحيح**، د. ط.، المجلد الثاني، كتاب الأقضية، باب اليمين على المُدَّعَى عليه، ص 128، والبيهقي، **السُّنَن الصغرى**، ط1، ج4، كتاب الدعوى والبينات، باب البينة على المدعي، واليمين على من أنكر، الحديث رقم (4759)، والحديث رقم (4760)، والحديث رقم (4761)، والحديث رقم (4763)، ص389-393.

(55) الرملي، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**، د. ط.، ج8، ص 333.

(56) مع اتفاق الجمهور على حصر طرق الإثبات في الشريعة الإسلامية، إلا أنهم اختلفوا في تحديد عددها. فمع اتفاقهم أن طرق الإثبات الصالحة للإثبات هي الشهادة، والإقرار، واليمين، إلا أنهم اختلفوا فيما زاد على ذلك. فزاد بعضهم ثلاثة طرق هي: النكول، والقسامة، وعلم القاضي. وزاد بعضهم القرينة القاطعة. وزاد بعضهم القيافة، والشاهد مع اليمين. وزاد بعضهم شهادة الرجل الواحد والمرأة الواحدة وشهادة الصبيان. يراجع: الزركشي، **شرح الزركشي**، ط1، ج7، ص 315، والمرداوي، **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف**، ط2، ج12، ص81، وابن نجيم، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، ط2، ج5، ص49، و ج7، ص 205، والرملي، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**، د. ط.، ج8، ص 333،

(57) ابن تيمية، **مجموع الفتاوى**، ط1، المجلد الثامن عشر، ص229، وابن القيم، **الطرق الحكمية في السياسة الشرعية**، ط1، ص 3-76، وابن فرحون، **تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام**، ط1، ج1، ص 240.

(58) محمد سليم العوا، **في أصول النظام الجنائي الإسلامي، دراسة مقارنة**، د. ط.، ص300.

(59) يثبت الزنا أيضا بالإقرار، وظهور الحَمْل. يقول ابن رشد - رحمه الله -: "وأجمع العلماء على أنَّ الزنى يَثبُتُ بالإقرار وبالشهادة، واختلفوا في ثبوته بظهور الحَمْل في النساء الغير المُزَوَّجات إذا ادَّعَيْنَ الاستكراه". ويقول ابن قدامة – رحمه الله - :"وجُملته أنَّ الحدَّ [أي: حد الزنا] لا يجب إلا بأحد شيئين؛ إقرار، أو بينة [أي: الشهادة]. فإنْ ثبت بإقرار أُعتبر إقرارُ أربع مرات. وبهذا قال الحَكَم، وابن أبي ليلى، وأصحاب الرأي. وقال الحسن، وحَمَّاد، ومالك، والشافعي، وأبو ثَوْر، وابن المُنْذر: يُحَدُّ بإقرار مرة؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: "واُغْدُ يا أُنَيْسُ إلى امرأة هذا، فإنْ اعترفتْ فارجُمها". واعتراف مرة اعترافٌ. وقد أوجب عليها الرجم به. ورَجَمَ الجُهَنِيَّةَ، وإنما اعترفت مرة. وقال عمر: إنَّ الرَّجْمَ حقٌّ واجبٌ على مَن زنى وقد أُحْصِنْ، إذا قامت البيِّنة، أو كان الحَبَلُ، أو الاعتراف. ولأنه حقٌّ فيَثْبُتُ باعتراف مرة كسائر الحقوق. ولنا ما روى أبو هريرة، قال: "أتى رجلٌ من الأَسْلَميين رسول الله – صلى الله عليه وسلم – وهو في المسجد، فقال: يا رسولَ الله، إنِّي زَنَيْتُ، فأعرضَ عنه. فتَنَحَّى تِلْقاءَ وَجهِهِ، فقال يا رسول الله، إني زَنَيْتُ، فأعرضَ عنه. فتَنَحَّى تِلْقاءَ وَجهِهِ، فقال يا رسول الله، إني زَنَيْتُ، فأعرضَ عنه حتى ثَنَى ذلك أربعَ مراتٍ. فلَّما شَهِدَ على نفسه أربعَ شهادات، دَعَاهُ رسولُ الله - صلى الله عليه وسلم – فقال: أبك جُنونٌ؟ قال: لا. قال: فهل أَحْصَنْتَ؟ قال: نعم. فقال رسولُ الله - صلى الله عليه وسلم - أُرجموه" (متفق عليه). ولو وجبَ الحَدُّ بمَرَّةٍ، لم يُعْرِضْ عنه رسولُ الله – صلى الله عليه وسلم -؛ لأنه لا يجوزُ تَرْكَ حَدٍّ وَجَبَ لله تعالى. ورَوَى نُعَيم بن هَزَّالٍ حديثه، وفيه: "حتى قالها أربعَ مرَّاتٍ، فقال رسولُ الله – صلى الله عليه وسلم -: إنك قد قُلتها أربعَ مرَّات، فبمَن؟ قال بفُلانة" رواه أبو داود. وهذا تعليلٌ منه يدل على أنَّ إقرارَ الأربعِ هي المُوجِبة. يراجع: ابن رشد الحفيد، **بداية المحتهد ونهاية المُقتَصِد**، د. ط.، ج4، ص 221، وابن قدامة، **المُغْني**، د. ط.، ج9، ص 64.

(60) سورة النور، الآية 4.

(61) العدالة لغة: الاستقامة والاستواء، فالعَدْلُ: ضد الجَوْرِ؛ أي: المَيْل. والعدالة شرعا: استواء أحوال الشخص في دينه، واعتدال أقواله وأفعاله. ويعتبر لها أمران؛ أولهما: الصَّلاَحُ في الدين وذلك بإقامة الفرائض، والمحافظة على السُّنَن. والثاني: اجتناب المُحَرَّم بأنْ لا يأتي كبيرة ولا يُدْمِن على صغيرة؛ أي: لا يُكْثِر من الصغائر ويُصِرّ على واحدة منها. قال النووي – رحمه الله -: "يُشترط في العدالة اجتناب الكبائر، فمن ارتكب كبيرة واحدة فَسَقَ، ورُدَّت شَهَادته، وأما الصغائر، فلا يُشترط اجتنابها بالكلية، لكن يُشترط ألا يُصِرَّ عليها، فإنْ أَصَرَّ كان الإصرارُ كارتكاب كبيرة". ويحدد أبو عبد الله عليش المالكي – رحمه الله – ضابط العدالة بقوله: "من كانت طاعته أكثر أحواله وأغلبها، واجتنب الكبائر، وحافظ على تَرْك الصغائر فهو عَدْل. والأصل في اشتراط العدالة في الشهود هو قول الله تعالى: (وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ) (سورة الطلاق، من الآية: 2). قوله تعالى: (ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ) " قال الحسن: من المسلمين ". ويعتبر المسلم عدلا - عند الأحناف والمالكية - إذا عرف عنه إتيان المأمورات واجتناب المنهيات. ويشترط في العدالة عند الشافعية اجتناب الكبائر، وعدم الإصرار على الصغائر. فمن ارتكب كبيرة واحدة، أو أصَّر على صغيرة، فسق وردت شهادته. ويرى الحنابلة أنه يعتبر للعدالة أمران أولهما: صلاح الدين بأداء الفرائض، واجتناب الكبائر، وعدم إدمان الصغائر.والأمر الثاني: المروءة بفعل ما يجمله ويزينه وترك ما يدنسه ويشينه. فلا شهادة لالمغني، ورقَّاص، ومن يأكل في حضرة الناس، ومتحدث بمباضعة أهله. ويرى ابن حزم أن المسلم العدل هو من لم يعرف عنه ارتكاب كبيرة، ولا مجاهرة بصغيرة. ويضيف الشافعية إلى شروط الشهادة شرطين آخرين:**أولهما: المروءة**: هي التوقي عن الأدناس، فلا تقبل شهادة من لا مروءة له. ويتمثل ترك المروءة فيمن لبس ما لا يليق بأمثاله، أو كمن يكثر من الحكايات المضحكة. **والثاني: الانفكاك عن التهمة:** زللتهمة أسباب عديدة منها: أن يجر بشهادته إلى نفسه نفعا أو يدفع بها ضررا. فلا تقبل شهادة الوارث لمورثه، ولا الغريم للميت، ومنها: البعضية: فلا تقبل شهادة أصل ولا فرع، فلا تقبل شهادة الأب لابنه، أو الإبن لأبيه، ومنها العداوة: فلا تقبل شهادة العدو على عدوه. والعدوات الدينية لا توجب رد الشهادة، بل تقبل شهادة المسلم على الكافر. كما أنَّ منها: الغفلة وكثرة الغلط: فلا تقبل شهادة المغفَّل الذي لا يحفظ، ولا يضبط. يراجع: الفيومي، **المصباح المنير في غريب الشرح الكبير**، د. ط.، ج2، باب: العين مع الدال وما يثلثهما، ص 396، وابن حزم، **المحلى**، د. ط.، المجلد التاسع، ص393، ص393.، والكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ط2، ج6، ص268، والرافعي، **العزيز شرح الوجيز، المعروف بالشرح الكبير**، ط1، ج13، ص4، والقرطبي، **الجامع لأحكام القرآن الكريم، تفسير القرطبي**، د. ط.، ج10، ص 6638، والنووي، **روضة الطالبين**، ط1، ج8، ص209-224، والنووي، **روضة الطالبين وعُمدة المُفتين**، ط3، ج 11، ص 225، وابن مفلح، **الفروع**، ط1، ج11، ص329-347، والخرشي، **الخُرَشِيّ على مختصر خليل**، د. ط.، ج7، ص175-176، والبهوتي، **دقائق أولي النُّهى لشرح المُنتَهى**، ط1، ج3، ص 589، وأبو عبد الله عليش المالكي، **مِنَح الجليل شرح مختصر خليل**، د. ط.، ج8، ص 392،

(62) ابن رشد الحفيد، **بداية المجتهد ونهاية المقتصِد**، د. ط.، ج4، ص223.

(63) سورة النساء، من الآية 15.

(64) سورة النور، من الآية 13.

(65) سورة النساء، من الآية 15.

(66) الزركشي، **شرح الزركشي**، ط1، ج7، ص301 – 303.

(67) الزركشي، **شرح الزركشي**، ط1، ج7، ص303.

(68) ابن قدامة، **المُغْني**، د. ط.، ج9، ص 71.

(69) الجرائم الحَدِّية أو جرائم الحدود هي: تلك الجرائم المنصوص عليها من قبل الشرع الحنيف، ولها عقوبات مقدرة، وجميعها تعد من حقوق الله تعالى؛ أي: أنها لا تقبل العفو، أو الإسقاط، أو التخفيف أو التشديد عما حدده الشارع إذا بلغت الإمام أو من ينوب عنه. وجرائم الحدود معينة ومحدودة العدد وهي سبع جرائم: الزنا، والقذف، والشُرْب، والسرقة، والحِرابة، والرِدَّة، والبغى. وهذه الجرائم تشترط نظاما معينا في الإثبات، فتشترط عددا محددا من الشهود، ويعمل فيها الرجوع في الإقرار، ولا تقبل فيها شهادة النساء. وذلك بخلاف جرائم التعازير وهي تلك الجرائم التى لم يرد نص شرعى بتعيينها أو تعيين عقوبة محددة لها. وإنما اكتفت الشريعة بتقرير مجموعة العقوبات لهذه الجرائم تبدأ بأخف العقوبات وتنتهي بأشدها. وتركت للقاضي أن

يختار العقوبة فى كل جريمة بما يلائم ظروف الجريمة وظروف المجرم، ومن أمثلتها: الإفطار في نهار رمضان بغير عذر، والاتجار في الخمور، والتحرش الجنسي، والقِوَادة، ولعِب الميسر، واختلاس الأموال، والرشوة، وتزوير المحرَّرات، وتزييف العملة. وهذه الجرائم لا تشترط نظاما معينا للإثبات. فتثبت بما تثبت به حقوق العباد من الإقرار، والشهادة والنكول، وعلم القاضي، ويقبل فيها شهادة النساء مع الرجال، والشهادة على الشهادة، وكتاب القاضي إلى القاضي، وغير ذلك من وسائل تُظْهِر الحق، ولا يعمل فيها الرجوع في الإقرار. يراجع: الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ط2، ج7، ص65، وابن تيمية، **السياسة الشرعية**، ط1، ص114، وابن القيم، **الطرق الحكمية في السياسة الشرعية**، ط1، ص210.

(70) ابن حزم، **المُحَلَّى بالآثار**، د. ط.، ج8، ص540، وابن قدامة، **المغني**، د. ط.، ج10، ص 187، والقرافي، **الذخيرة**، ط1، ج10، ص 288- 289، والزركشي، **شرح الزركشي**، ط1، ج7، ص361، والخطيب الشربيني، **مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج**، ط1، ج6، ص386، **وابن عابدين، رد المحتار على الدُّرِّ المختار**، ط2، ج5، ص499.

(71) ابن حزم، **المُحَلَّى بالآثار**، د. ط.، ج8، ص540، وابن قدامة، **المغني**، د. ط.، ج10، ص 187، والقرافي، **الذخيرة**، ط1، ج10، ص 288- 289، والزركشي، **شرح الزركشي**، ط1، ج7، ص361، والخطيب الشربيني، **مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج**، ط1، ج6، ص386، وابن عابدين، **رد المحتار على الدُّرِّ المختار**، ط2، ج5، ص499.

(72) سورة الطلاق، من الآية 2.

(73) ابن قدامة، **المغني**، د. ط.، ج10، ص 187.

(74) الزركشي، **شرح الزركشي**، ط1، ج7، ص361.

(75).الخطيب الشربيني، **مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج**، ط1، ج6، ص386.

(76) ابن قدامة، **المغني**، د. ط.، ج10، ص 188- 190، والزركشي، **شرح الزركشي**، ط1، ج7، ص362- 365. والخطيب الشربيني، **مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج**، ط1، ج6، ص387

(77) ابن قدامة، **المغني**، د. ط.، ج10، ص 188.

(78) للشهادة شروط ستة هي:

1- البلوغ: فلا تقبل شهادة الصبيان. فلا تقبل شهادة الصبي وإن كان مميزا عند جمهور الفقهاء من الحنفية، والشافعية، والحنابلة لافتقاده الأهلية الكاملة للشهادة. وتقبل شهادة الصبيان على بعضهم عند المالكية.

2- العقل: فلا تقبل شهادة مجنون أو معتوه. والمجنون هو: مسلوب العقل، أما لمعتوه فهو: مختل العقل.

3- الإسلام: فلا تقبل شهادة الكافر على مسلم. إلا أنه قد اُختلف الفقهاء في اشتراط الإسلام في الشهادة. فعند المالكية والشافعية لا تقبل شهادة الكافر مطلقا، ذميا كان أو حربيا على مسلم، أو على كافر. وعند الحنفية لا تقبل شهادة الكافر على مسلم، وتقبل شهادة الكفار بعضهم على بعض لأن الكافر من أهل الولاية على نفسه، وماله على الإطلاق، فيكون من أهل الولاية على غيره، والشهادة نوع من الولاية، فإذا ثبتت الأهلية للولاية، ثبتت الأهلية للشهادة. وعند الحنابلة، وابن حزم لا تجوز شهادة الكافر على المسلم إلا في الوصية في السفر إذا لم يكن غيره، ولا تقبل شهادة الكفار بعضهم على بعض.

4- النطق: فلا تقبل شهادة الأخرس وإن كانت إشارته مفهومة.

5- الحفظ: فلا تقبل الشهادة من مُغَفَّل يعرف بكثرة السهو و الغلط.

6- العدالة : فلا تقبل الشهادة إلا ممن هو معروف بالصلاح في الدين.

يراجع: مالك بن أنس، **المدونة الكبرى**، د. ط.، المجلد الخامس، ص 163، والشافعي، **الأم**: د. ط.، ج5، ص 246، وابن حزم، **المحلى**، د. ط.، ج9، ص410، والشيرازي، **المُهَذَّب في فقه الإمام الشافعي**، د. ط.، ج2، ص 325، والسرخسي، **أصول السرخسي**، د. ط.، ج2، ص 347، والباجي، **المنتقى شرح موطأ الإمام مالك**، ط1، ج5، ص 229-232، والكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ط2، ج6، ص 266، وابن قدامة، **المغني**، د. ط.، ج10، ص180، وج12، ص27-35، وابن قدامة، **الكافي**، ط5، ج4، ص 520-523، والرافعي، **العزيز شرح الوجيز، المعروف بالشرح الكبير**، ط1، ج13، ص3. وابن فرحون، **تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام**، ط1، ج1، ص 258، والبهوتي، **حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع**،

د. ط.، المجلد السابع، ص 590-600.

(79) ابن قدامة، **المغني**، د. ط.، ج10، ص 189.

(80) تنبيه: ليس استرعاء الأصل شرط، بل متى صح الاسترعاء لم يَخْتَص التَّحَمُّل بالمُسْترعِي، بل له ولِمَن سَمِع ذلك أنْ يَشْهَدَ على الشهادة المذكورة. يراجع: الخطيب الشربيني، **مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج**، ط1، ج6، ص387.

(81) زاد الزركشي - رحمه الله - شرطين آخرين هما:

الشرط الأول: أنْ يشهد شاهدان على شاهدي الأصل، سواء شهدا على كل واحدٍ منهما، أو شهد على كل واحد واحد، على المذهب المنصوص [أي: المذهب الحنبلي]. قال أحمد: شاهد على شاهد يجوز. وشرط أبو عبد الله بن بَطَّة شهادة أربعة، على كل أصل فرعان، وقيل: يُكتفى بشهادة فرعين، بشرط أن يشهدا على كل واحد من الأصلين.

الشرط الثاني: هو اشتراط ذكورية شهود الأصل وشهود الفرع. وهو شرط مختلف فيه. فعنه [أي: الإمام أحمد رحمه الله] اشتراط ذلك لأن في الشهادة على الشهادة ضعفا، وفي شهادة النساء ضعف، فيجتمع ضعفان، فلا يدخل النساء في ذلك. وعنه [أي: الإمام أحمد رحمه الله] لا يُشترط ذلك. أما في الأصول، فلعموم قوله تعالى: (فإنْ لم يكونا رَجُلَيْنِ فرَجُلٌ وامرأتانِ) (سورة البقرة، من الآية 282)، ونحو ذلك. وأما في الفروع فنظرا للمقصود، إذ هو إثبات الحق المشهود به. وقد ثبت أنه يَثْبُت بالنساء. وعنه [أي: الإمام أحمد رحمه الله] وهو الأشهر لا يشترط ذلك في شهود الأصل لما تقدم، ويشترط في شهود الفرع، نظرا لعين ما شهدوا به، وهو شهادة الأصول، وأنّ ذلك ليس بمال، ولا المقصود منه المال، ويتفرع علة ذلك أنه لو شهد رجلان على رجل وامرأتين، جاز على الثانية، والثالثة دون الأولى. ولو شهد رجل وامرأتان جاز على الثانية والثالثة دون الأولى، ولو شهد رجل وامرأتان على مثلهم أو على رجلين، لم يجز على الأولى، وكذا على الثالثة، وجاز على الوسطى. وقد عُلِم من تعليل ما تقدم أنَّ المرأة لا تكون فرعا إلا فيما يُقبَل فيه شهادة النساء منفردات أو مع الرجال. يراجع: الزركشي، **شرح الزركشي**، ط1، ج7، ص364 - 365.

(82) ابن قدامة، **المغني**، د. ط.، ج10، ص 187.

(83) ابن قدامة، **المغني**، د. ط.، ج10، ص 187.

(84) القرافي، **الذخيرة**، ط1، ج10، ص 291.

(85) ابن حزم، **المُحَلَّى بالآثار**، د. ط.، ج8، ص540 – 542، وابن قدامة، **المغني**، د. ط.، ج10، ص 187، والقرافي، **الذخيرة**، ط1، ج10، ص 288-289، والخطيب الشربيني، **مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج**، ط1، ج6، ص386، وابن عابدين، **رد المحتار على الدُّرِّ المختار**، ط2، ج5، ص499.

(86) جرائم القِصَاص هى: تلك الجرائم التى تشكل اعتداءا على النفس كالقتل، أو على ما دون النفس كقطع الأطراف. وهذه الجرائم لها عقوبة مقدرة حقا للأفراد من قبل الشارع الحكيم. ولا تقبل العفو من قبل ولي الأمر. وإنما للمجني عليه أن يعفو عنها إذا شاء، فإذا عفا المجني عليه، أسقط العفو العقوبة المعفو عنها. وجرائم القصاص خمس هى: القتل العمد، والقتل شبه العمد، والقتل الخطأ، والجناية على ما دون النفس عمدا، والجناية على ما دون النفس خطأ. يراجع: الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ط2، ج7، ص 245.

(87) العيني، **البناية شرح الهداية**، ط1، ج9، ص 185.

(88) ابن قدامة، **المغني**، د. ط.، ج10، ص 187.

(89) "كتاب القاضي إلى القاضي لا يكون إلا في حقوق الآدميين، أما حقوق الله كالحدود، فلا يُقبل أن يكتب القاضي إلى القاضي". يراجع: ابن عثيمين، **الشرح الممتع على زاد المستقنع**، ط1، ج15، ص463.

(90) ابن قدامة، **عُمدة الفقه**، د. ط.، ص152.

(91) الخطيب الشربيني، **مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج**، ط1، ج6، ص386.

(92) الزركشي، **شرح الزركشي**، ط1، ج7، ص361.

(93) الشُّبُهات مفرد شُبْهة، والشُبْهة في اللغة: "الالتبَاس. وأمور مُشتَبِهة، ومُشَبِّهة: مُشْكِلَة يُشبه بعضُها بعضًا". والشبهة في الاصطلاح هي: "الشيء الغامض الذي يصاحب أمرا فيمنع تمييزه عن غيره ". والشُبْهَة هي: " ما لم يُتَيقن كونه حراما أو حلالا". والشبهة أنواع ثلاثة هي:

النوع الأول: الشبهة في الفعل: هي ما ثبتت بظن خلاف الدليل، كظن حِلّ وطء أَمَة أبويه

النوع الثاني: شبهة المَحَلّ: هي ما تحصل بقيام دليل ناف للحرمة كوطء أَمَة ابنه.

النوع الثالث: شبهة المِلْك: بأن يظن الموطوءة امرأته.

يراجع: ابن منظور، **لسان العرب**، ط3، ج7، باب: الهاء، فصل: الشين، ص 23، والجرجاني، **التعريفات**، ط1، باب الشين، ص125، ومحمد الزحيلي، **وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية**، ط2، ج2،، ص 756.

(94) ابن قدامة، **المغني**، د. ط.، ج10، ص 187.

(95) ابن قدامة، **المغني**، د. ط.، ج10، ص 187.

(96) القرافي، **الذخيرة**، ط1، ج10، ص 288 – 289.

(97) القرافي، **الذخيرة**، ط1، ج10، ص 290.

(98) سورة البقرة، من الآية 282.

(99) سورة الطلاق، من الآية 2.

(100) القرافي، **الذخيرة**، ط1، ج10، ص 291.

(101) القرافي، **الذخيرة**، ط1، ج10، ص 291.

(102) القرافي، **الذخيرة**، ط1، ج10، ص 291.

(103) ابن حزم، **المُحَلَّى بالآثار**، د. ط.، ج8، ص542.

(104) ابن حزم، **المُحَلَّى بالآثار**، د. ط.، ج8، ص540.

(105) القرافي، **الذخيرة**، ط1، ج10، ص 293.

(106) ابن ضويَّان، **مَنَار السبيل في شرح الدليل**، ط7، ج2، ص498.

(107) ابن عثيمين، **الشرح الممتع على زاد المستقنع**، ط1، ج15، ص463.

(108) البهوتي، **دقائق أولي النُّهى لشرح المُنتهى**، ط1، ج3، ص 604.

(109) البهوتي، **دقائق أولي النُّهى لشرح المُنتهى**، ط1، ج3، ص 604.

(110) سورة البقرة، من الآية 282

(111) ابن ضويَّان، **مَنَار السبيل في شرح الدليل**، ط7، ج2، ص497- 498

مدى تأثير مشكلات الدليل الالكتروني على اقتناع القاضي

د/ بن قارة مصطفى عائشة

جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم (الجزائر)

aicha.benkaramostefa@univ-mosta.dz

●●●●●●●●●

ملخص:

يثير الدليل الالكتروني العديد من المشكلات، وهي في الحقيقة تتعلق بطبيعته التكوينية من جهة وبإجراءات الحصول عليه من جهة أخرى، وهذه المشكلات تعود عليه بالسلب حيث تضعف من قيمته في مجال الإثبات الجنائي إن لم يتّم إيجاد حلول بشأنها. وترجع أهمية الموضوع إلى دور الدليل الالكتروني المطلوب للإثبات في الجرائم الالكترونيّة، ممّا جعل القاضي يضطر للتعامل مع هذا النوع المستحدث من الأدلة الضرورية لكشف أنماط جديدة من الجرائم في مقابل نقص الثقافة المعلوماتية، وممّا يزيد من نسبة هذا الاضطرار المشكلات التي يثيرها هذا الدليل، مما تؤدي إلى إنقاص قيمته ونسبة الاستناد عليه في إثبات الجرائم الالكترونيّة.

الكلمات المفتاحية: الدليل الالكتروني، الإثبات الجنائي، الجرائم الالكترونية، القاضي.

مقدمة:

ممّا لا شكّ فيه أنّ الثورة العلميّة في مجال نظم المعلومات الالكترونية لم تؤثّر فقط في نوعية الجرائم التي ترتّبت عليها وفي نوعية الجناة الذين يرتكبون هذه الجرائم، وإنّما أثرت تأثيرا كبيرا على الإثبات الجنائي، خاصّة على طرق هذا الإثبات، حيث يمكن القول أن الطّرق التقليدية أصبحت عقيمة بالنسبة لإثبات هذا النوع من الجرائم المستحدثة، لذلك ظهر نوع خاص من الأدلة يمكن الاعتماد عليه في إثبات الجريمة الالكترونيّة، ومن تمّ نسبتها إلى فاعليها، وهو ما يعرف **بالدليل الالكتروني أو الرقمي**[1].

وقد آثرنا في هذا البحث ترجيح مصطلح الدليل الالكتروني(Electronic evidence) على اعتبار أنّه اللفظ المستخدم من طرف المشرع الأوربي في التوصية رقم (95) 13 الخاصة بمشاكل الإجراءات الجنائية المتعلقة بتكنولوجيا المعلومات والتّي تمّ اعتمادها من قبل لجنة الوزراء في(11 . 09 . 1995)[2]، كذلك تمّ استعمال هذا المصطلح في الفقرة الثانية من المادة (14) من اتفاقية بودابست الموقعة في (23 نوفمبر 2001)[3]، كما جاء هذا الوصف أيضا في عنوان المرشد الفيدرالي الأمريكي لتفتيش وضبط الحواسيب وصولا إلى الدليل الالكتروني في التحقيقات الجنائية لسنة 1994[4].

وللدليل الالكتروني ذاتيّة خاصة يتميّز بها اكتسبها من موضوعه .وهي الجريمة الالكترونيّة ،. وهذه الذاتيّة أثّرت بدورها على إجراءات وطرق الحصول عليه، بحيث لم يعد يعتمد على الإجراءات التقليدية لجمع الدليل الالكتروني (كالمعاينة والتفتيش مثلا) بل تعداه إلى إجراءات حديثة (كالتحفظ المعجل على البيانات المخزنة

واعتراض الاتصالات الالكترونيّة الخاصة)، وهو أمر ضروري وفي غاية الأهميّة لمواجهة هذا النوع المستحدث من الجرائم، وذلك لكي نمنع ما يمكن أن يقال من أنّ صعوبة هذا الإثبات قد يؤدي إلى عدم التجريم[5].

ومع تعاظم دور الإثبات العلمي وظهور الدليل الالكتروني المطلوب للإثبات في الجرائم الالكترونيّة، ممّا جعل القاضي يضطر للتعامل مع هذا النوع المستحدث من الأدلة الضرورية لكشف أنماط جديدة من الجرائم في مقابل نقص الثقافة المعلوماتية، وممّا يزيد من نسبة هذا الاضطرار المشكلات التي يثيرها هذا الدليل، ممّا تؤدي إلى إنقاص قيمته ونسبة الاستناد عليه في إثبات الجرائم الالكترونيّة.

بناء على ما تقدم، تتمحور إشكاليّة البحث حول: **بيان مدى تأثير القاضي بالمشكلات التي يثيرها الدليل الالكتروني عند اعتماده كدليل إثبات في الجرائم الالكترونية؟**

هذا ما سنحاول الإجابة عليه بإتباع الخطة التالية: حيث تناولنا في المبحث الأول ماهية الدليل الالكتروني في حين يتضمن المبحث الثاني مشكلات الدليل الالكتروني.

المبحث الأول

ماهية الدليل الالكتروني

نظرا للطابع الخاص الذي تتميّز به الجريمة الالكترونيّة، وأنّ إثباتها يحيط به الكثير من الصعاب، ولا شكّ أنّ كشف ستر هذا النوع من الجرائم يحتاج إلى أدلة ذات طبيعة خاصة، ومختلفة عما ألفناه في الجرائم التقليديّة، حيث تستخدم فيها ذات الطبيعة التقنيّة الناجمة عن الحاسوب والانترنت، وتتمثل في **الدليل الالكتروني (Electronic evidence)**. لذا سنتناول في هذا المطلب تحديد مفهوم الدليل الالكتروني (المطلب الأول)، وما يتميّز به من خصائص (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تعرف الدليل الالكتروني

تعدّدت التعريفات التي قيلت بشأن الدليل الالكتروني وتباينت بين التوسع والتضييق، ويرجع ذلك لموضع العلم الذي ينتمي إليه هذا الدليل، فاختلفت بين أولئك الباحثين في مجال التقنية، والباحثين في المجال القانوني، وسنحاول فيما يلي عرض أهم هذه التعريفات:

عرّف البعض الدليل الالكتروني بأنه " **كل بيانات يمكن إعدادها أو تخزينها في شكل رقمي بحيث تمكن الحاسوب من انجاز مهمة ما "**[6]. وهناك من يعرفه بأنه " **الدليل الذي يجد له أساسا في العالم الافتراضي ويقود إلى الجريمة "**[7]. أو أنّه "**معلومات يقبلها المنطق والعقل ويعتمدها العلم، يتمّ الحصول عليها بإجراءات قانونية وعلمية بترجمة البيانات الحسابية المخزنة في أجهزة الحاسب الآلي وملحقاتها وشبكات الاتصال، ويمكن استخدامها في أيّ مرحلة من مراحل التحقيق أو المحاكمة لإثبات حقيقة فعل أو شيء له علاقة بجريمة أو جان أو مجني عليه"** [8]. أما التعريف المقترح للدليل الالكتروني من قبل المنظمة الدولية لأدلة الحاسوب (IOCE)[9] (International Organization of Computer Evidence) بأنه: "**المعلومات المخزنة أو المتنقلة في شكل ثنائي، ويمكن أن يعتمد عليها في المحكمة**"[10].

بعد استعراضنا للتعريفات التّي قيلت بشأن الدليل الالكتروني، نلاحظ في البداية أنها متقاربة من بعضها البعض، وأنّها حاولت استيعاب هذا النوع المستحدث من الدليل بالرغم من حداثته وارتباطه بالتقنية الرقمية، إلاّ أنّ هناك **بعض الملاحظات** ينبغي الإشارة إليها في هذا المقام تتمثل فيما يلي:

1 . هناك **خلط** في تعريف الدليل الالكتروني بمفهوم برامج الحاسب الآلي عند بعض الفقهاء، حيث تمّ اعتبار هذا الدليل كبيانات يتمّ إدخالها إلى جهاز الحاسوب، وذلك لإنجاز مهمة ما، وهذا التعريف ينطبق تماما مع مفهوم برامج الحاسب الآلي.

2 . حصرت التعريفات السابقة مصادر الأدلة الالكترونية في أجهزة الحاسب الآلي وملحقاتها أو ما تعرف عند التقنيين **بفُتح النظم الحاسوبية**[11]، ونظم الاتصال، إلاّ أن العلم أثبت أن هناك نظم أخرى مدمجة بالحواسيب قد تحتوي على العديد من الأدلة الرقمية كالهواتف المحمولة (Mobile Telephone) والبطاقات الذكية (Smart Cards) والمساعد الرقمي الشخصي (personal digital assistants)[12].

وتأسيسا على هذه الملاحظات، واسترشادا بما سبق عرضه من تعريفات للدليل الالكتروني، يمكننا تعريفه بأنّه: "**معلومات مخزنة في أجهزة الحاسوب وملحقاتها . من دسكات وأقراص مرنة وغيرها من وسائل تقنية المعلومات كالطابعات والفاكس أو متنقلة عبر شبكات الاتصال، والتي يتمّ تجميعها وتحليلها باستخدام برامج وتطبيقات وتكنولوجيا خاصة بهدف إثبات وقوع الجريمة ونسبتها إلى مرتكبيها**".

المطلب الثاني: خصائص الدليل الالكتروني

إن البيئة الرقمية التي يعيش فيها الدليل الالكتروني بيئة متطورة بطبيعتها، فهي تشمل على أنواع متعددة من البيانات الرقمية تصلح منفردة أو مجتمعة لكي تكوّن دليلا للإدانة أو البراءة، وقد انعكس هذا العالم الرقمي على طبيعة هذا الدليل ممّا جعله يتّصف بعدة خصائص ميّزته عن الدليل الجنائي التقليدي وهي كالتالي:

1 . الدليل الالكتروني دليل علمي:

يتكوّن هذا الدليل من بيانات ومعلومات ذات هيئة الكترونية غير ملموسة لا تدرك بالحواس العادية، بل يتطلب إدراكها الاستعانة بأجهزة ومعدات، وأدوات الحاسبات الآلية، واستخدام نظم برامجية حاسوبية، فهو يحتاج إلى مجال تقني يتعامل معه، وهذا يعني أنه كدليل يحتاج إلى بيئته التقنية التي يتكوّن فيها لكونه من طبيعة تقنية المعلومات، ولأجل ذلك فإن ما ينطبق على الدليل العلمي ينطبق على الدليل الالكتروني.

2. الدليل الالكتروني دليل تقني:

فهو مستوح من البيئة التي يعيش فيها وهي البيئة الرقمية أو التقنية، وتتمثل هذه الأخيرة في إطار الجرائم الالكترونية في العالم الافتراضي، وهذا العالم كامن في أجهزة الحاسب الآلي والخوادم والمضيفات والشبكات بمختلف أنواعها. فالأدلة الرقمية ليست مثل الدليل العادي، فلا تنتج التقنية سكينا يتمّ به اكتشاف القاتل أو اعترافا مكتوبا أو بصمة أصبع..، وإنّما تنتج التقنية نبضات رقمية تصل إلى درجة التخييلية في شكلها وحجمها

ومكان تواجدها غير المعلن، فهي ذات طبيعة ديناميكية فائقة السرعة تنتقل من مكان لآخر عبر شبكات الاتصال متعدية لحدود الزمان و المكان .

3. الدليل الالكتروني يصعب التخلص منه:

وتعدّ من أهمّ خصائص الدليل الالكتروني، بل انّه يمكن اعتبار هذه الخاصية **ميزة** يتمتّع بها الدليل الرقمي عن غيره من الأدلة التقليدية [12]، حيث يمكن التخلص بكل سهولة من الأوراق والأشرطة المسجلة إذا حملت في ذاتها إقرار بارتكاب شخص لجرائم وذلك بتمزيقها وحرقها، كما يمكن أيضا التخلص من بصمات الأصابع بمسحها من موضعها، بالإضافة إلى انه في بعض الدول الغربية يمكن التخلص من الشهود بقتلهم أو تهديدهم بعدم الإدلاء بالشهادة، هذا الأمر بالنسبة للأدلة التقليدية، أما بالنسبة للأدلة الرقمية فان الحال غير ذلك، حيث يمكن استرجاعها بعد محوها، وإصلاحها بعد إتلافها، وإظهارها بعد إخفائها، ممّا يؤدي إلى صعوبة الخلاص منها، لان هناك العديد من البرامج الحاسوبية وظيفتها استعادة البيانات التي تمّ حذفها أو إلغائها مثل **O&O Rescue Box v4.0، Recover Lost Data** [13]، سواء تمّ هذا الإلغاء بالأمر(Delete) أو عن طريق إعادة تهيئة أو تشكيل للقرص الصلب (Hard Disk) باستخدام الأمر (Format).

4 . الدليل الالكتروني قابل للنسخ:

حيث يمكن استخراج نسخ من الأدلة الجنائية الرقمية مطابقة للأصل ولها نفس القيمة العلمية، وهذه الخاصية لا تتوافر في أنواع الأدلة الأخرى(التقليدية)، ممّا يشكل ضمانة شديدة الفعالية للحفاظ على الدليل ضد الفقد والتلف والتغيير عن طريق نسخ طبق الأصل من الدليل. ومثل هذا الأمر لاحظه المشرع البلجيكي فقام بتعديل قانون التحقيق الجنائي (Code d'instruction Criminelle) بمقتضى القانون المؤرخ في (28نوفمبر2000)، حيث تمّ إضافة المادة (39 bis) **التّي سمحت بضبط الأدلة الرقمية، مثل نسخ المواد المخزنة في نظم المعالجة الآلية للبيانات بقصد عرضها على الجهات القضائية**[14].

5. يمتاز الدليل الالكتروني بالسعة التخزينية العالية فآلة الفيديو الرقمية، يمكنها تخزين مئات الصور، ودسك صغير يمكنه تخزين مكتبة صغيرة ..الخ [15].

6. الدليل الالكتروني يرصد معلومات عن الجاني ويحللها في ذات الوقت، حيث يمكنه أن يسجل تحركات الفرد، كما انّه يسجل عاداته وسلوكياته وبعض الأمور الشخصية عنه، لذا فانّ البحث الجنائي قد يجد غايته بسهولة أيسر من الدليل المادي.

المبحث الثاني

مشكلات الليل الالكتروني

يثير الدليل الالكتروني العديد من المشكلات، وهي في الحقيقة تتعلق بطبيعته التكوينية من جهة وبإجراءات الحصول عليه من جهة أخرى، وهذه المشكلات تعود عليه بالسلب حيث تضعف من قيمته في مجال الإثبات الجنائي إن لم يتّم إيجاد حلول بشأنها. وسيكون تناولنا لهذه المشكلات من خلال نوعين من المشاكل أولها موضوعيّة وثانيها مشكلات إجرائيّة.

المطلب الأول: المشكلات الموضوعيّة للدليل الالكتروني

وهي غالبا ما تتعلّق بطبيعة الدليل ذاته، وذلك بسبب الخصائص الفيزيائية التي يتكوّن منها هذا الدليل، سواء بسبب الطبيعة غير المرئية له، أو بسبب مشكلة الأصالة، أو بسبب ديناميكيّته.

أولا: الدليل الالكتروني دليل غير مرئي

فهو عبارة عن سجل كهرومغناطيسي مخزن في نظام حاسوبي في شكل ثنائي، وبطريقة غير منظمة، فعلى سبيل المثال تتضمن الأقراص الصلبة مزيجا من بيانات مختلطة فيما بينها والتي لن تكون كلها ذات صلة بالمسألة المطروحة [16]، بمعنى أنّ هناك اختلاطا بين الملفات البريئة مع تلك المجرمة التي تعدّ موضوعا للدليل الجنائي الرقمي ممّا تؤدي إلى خلق مشكلة التعدي على الخصوصية. وبالتالي يختلف الدليل الرقمي عن الآثار المادية الناتجة عن الجرائم التقليدية كالأعيرة والأسلحة النارية أو المحرر ذاته الذي تمّ تزويره، ممّا يسهل على رجال العدالة إثباتها، بعكس الجرائم الالكترونية حيث يكون ذلك في منتهى الصعوبة.

ثانيا: مشكلة الأصالة في الدليل الالكتروني

إنّ الأصالة في الدليل الالكتروني لها طابع افتراضي لا يرتقي إلى مستوى الأصالة في الدليل المادي، فهذه الأخيرة تعبير عن وضعية ماديّة ملموسة، كما هو الشأن في الورق المكتوب أو بصمة الأصبع، في حين أن الدليل الرقمي عبارة عن تعداد غير محدود لأرقام ثنائية (Binary Digits) موحدة في الصفر والواحد (0 - 1) فالصورة (Image) مثلا في العالم الرقمي ليس لها ذلك الوجود المادي الذي نعرفه في شكل ورقي، وإنما هي مجموعة من الأرقام التي ترجع إلى أصل واحد هو الرقم الثنائي المشار إليه، فكل شيء في العالم الرقمي يتكوّن من الصفر والواحد وهما في تكوينهما الحقيقي عبارة عن نبضات متواصلة الإيقاع تستمد حيويتها و تفاعلها من الطاقة. ولقد أثارت مسألة الأصالة العديد من المشكلات من حيث مدى الاعتداد بالنسخة التي تشكل دليلا كاملا هنا.

والواقع من الأمر أنّ بحث موضوع الأصالة على المستوى القانوني جعل المشرع المقارن يعتمد منطق **افتراض أصالة الدليل الالكتروني**، وقد تضمن قانون الإجراءات الجنائية الفدرالي في الولايات المتحدة الأمريكية نصا صريحا (القاعدة 1001بند (3)) حيث يسمح استثناء بقبول الدليل الالكتروني باعتباره مستندا أصليا مادام أن البيانات صادرة من كمبيوتر أو جهاز مماثل وسواء أكانت هذه البيانات مطبوعة أم مسجلة على دعامات أخرى ومقروءة للعين المجردة وتعبّر عن البيانات الأصلية بشكل دقيق. ومنه تتساوى الكتابة الماديّة من حيث الأصالة مع مخرجات الحاسوب على الرغم من أنّ طبيعة الكتابة عبر الحاسوب تجعل من المخرجات مجرد نسخ للأصل الموجود رقميا في الحاسوب أو عبر الانترنت.

ثالثا: الدليل الالكتروني ذو طبيعة ديناميكية

فهو ينتقل عبر شبكات الاتصال بسرعة فائقة، بمعنى إمكانية تخزين المعلومات أو البيانات في الخارج بواسطة شبكة الاتصال عن بعد، ويترتب على ذلك صعوبة تعقّب الأدلة الرقمية وضبطها، لأنّه يستلزم القيام بأعمال إجرائية خارج حدود الدولة حيث ارتكبت الجريمة أو جزء منها[17]، مثل معاينة مواقع الانترنت المخالفة، تفتيش نظم الحاسب الآلي، أو ضبط الأقراص الصلبة التي تحتوي على مواد غير مشروعة كالصور الإباحية مثلا، وهذا كله يصطدم بمشاكل الحدود والولايات القضائية، ويرجع السبب في ذلك إلى أنّ هذه الإجراءات

تمثل مساسا بسيادة الدولة التي عبر من خلالها نشاط المجرم وهو في طريقه للهدف، أو حيث قد توجد أدلة الجريمة، وهو ما ترفضه الغالبية العظمى من الدول، لذلك أبرمت العديد من الاتفاقيات والمعاهدات الدولية في مجال التعاون الدولي[18] التي تستهدف من وراء ذلك التقريب بين القوانين الجنائية الوطنية من اجل جمع هذا النوع من الأدلة العابرة للحدود خاصة في إطار مكافحة الجرائم العالمية ومنها الجرائم الالكترونية .

المطلب الثاني: المشكلات الإجرائيّة للدليل الالكتروني

لا تقف مشكلة الدليل الالكتروني عند طبيعته التكوينية، بل تمتد لتشمل إجراءات الحصول عليه، وتتمثل هذه الأخيرة في حالتين هما: ارتفاع تكاليف الحصول عليه، ممّا أدى إلى القول بأنّ الدولة، على الرغم من أنّ مسعاها الحقيقي هو تحقيق العدالة، لن تلجأ إلى أسلوب الإنفاق في هذا الإطار [19]. أمّا المشكلة الثانية تتعلق بنقص الخبرة الفنية والتقنية لدى سلطات الاستدلال والتحقيق والقضاء بمجال تقنية المعلومات. كل ذلك سنتعرض له من خلال النقاط التالية:

أولا: ارتفاع تكاليف الحصول على الدليل الالكتروني

غالبا ما يتمّ اللجوء إلى الخبرة في مجال التعامل مع أيّ ظاهرة فنية، لاسيما في مجال تكنولوجيا المعلومات والانترنت، فهي تؤدي دور لا يستهان به إزاء نقص معرفة رجال إنفاذ القانون للجوانب التقنية في الجرائم الالكترونية، إلاّ أنّ هذه الخبرة تشكل عبئا ثقيلا على العدالة الجنائية بالنظر إلى حجم وضخامة المصاريف التي يتمّ إنفاقها في سبيل الحصول على الدليل الرقمي، وان كان الإنفاق يتفاوت حسب ما إذا كانت الدولة تأخذ بالنظام الاتهامي أو بنظام التنقيب والتحري[20]، غير أن الإشكال الأساسي لا يتعلق بطبيعة النظام الإجرائي المتّبع في كل دولة، و إنّما ينحصر في طبيعة الدليل الرقمي وما يتطلب إثباته من تكاليف باهظة، خاصة أمام غياب منظمات متخصصة كالجامعات والمعاهد لاسيما في الدول العربية حيث يتطلب الأمر اللجوء إلى شركات أو منظمات أجنبية في الخارج، ممّا يجعل التكاليف تخضع للسعر العالمي المقرر في اللوائح المالية لتلك المنظمات

ثانيا: نقص المعرفة التقنية لدى رجال إنفاذ القانون

إنّ الطبيعة الخاصة بالدليل في مجال الجريمة الالكترونية انعكس على عمل الجهات المكلّفة بالتحقيق والمحاكمة حيث يتطلّب الكشف عن هذه الجرائم وإثباتها إتباع استراتيجيات خاصة تتعلق باكتسابهم مهارات خاصة على نحو يساعدهم على مواجهة تقنيات الحاسب الآلي وشبكاته، بحيث تتعقد التقنيات المرتبطة بارتكاب تلك الجرائم لذا يجب استخدام تقنيات تحقيق جديدة لتحديد نوعية الجريمة المرتكبة وشخصية مرتكبيها وكيفية ارتكابها مع الاستعانة بوسائل جديدة أيضا لضبط الجاني والحصول على أدلة إدانته. لذا من المتصور أن تجد الجهات المكلفة بالقبض والتحقيق نفسها غير قادرة على التعامل بالوسائل الاستدلالية والإجراءات التقليدية مع هذه النوعية من الجرائم، فكثيرا ما تفشل جهات التحقيق في جمع الأدلة الالكترونية، بل أنّ المحقق نفسه قد يدمّر الدليل بخطأ منه أو بإهمال، كقيام رجال الشرطة بوضع حقيبة كاملة تحتوي على اسطوانات الكمبيوتر المصادرة وذلك في صندوق السيارة بالقرب من جهاز الإرسال والاستقبال اللاسلكي فكانت النتيجة أن الإشارات الكهربائية القوية تسببت في تدميرها جميعا [21]. لذا يجب أن تنشأ كل دولة إدارة

متخصصة بهذا النوع من القضايا، وذلك لتلقي البلاغات وملاحقة المجرم الالكتروني والبحث عن الأدلة ضدهم وتقديمهم للمحاكمة[22].

وهو ما حدث فعلا، حيث أنشأت شرطة متخصصة لمكافحة هذا النوع المستحدث من الإجرام سواء على المستوى المحلي لكل دولة أو على المستوى الدولي.

1 . **على المستوى الدولي:**

لمّا كانت الجرائم الالكترونية عابرة للحدود، ويمكن أن تتعدى آثارها عدة دول، ممّا يستحيل على الدولة القضاء عليها بمفردها، لذلك فانّ الحاجة تدعو إلى ضرورة التعاون فيما بينها باعتباره إحدى الضرورات اللازمة لمواجهة هذه الأنشطة الإجرامية المستحدثة. ويعدّ التعاون الشرطي الدولي (La Coopération Policière International) من أهم صور التعاون الدولي في مكافحة الإجرام بصفة عامة والإجرام العابر للحدود لاسيما الإجرام الالكتروني بصفة خاصة، ويتحقق هذا التعاون من خلال عدة أجهزة من أهمها : **المنظمة الدولية للشرطة الجنائية "الانتربول"**[23] وتهدف هذه المنظمة إلى تأكيد و تشجيع التعاون بين أجهزة الشرطة في الدول الأطراف على نحو فعال في مكافحة الجريمة، وذلك عن طريق تجميع البيانات والمعلومات المتعلقة بالمجرم والجريمة من خلال المكاتب المركزية الوطنية للشرطة الدولية الموجودة في أقاليم الدول المنظمة إليها، و تبادل هذه البيانات فيما بينها..

هذا وقد أكد سكرتير الانتربول الدولي" Raymond Kendall " في مؤتمر جرائم الانترنت المنعقد في لندن في 10/9/ 2000على ضرورة تعاون الدول في مكافحة جرائم الانترنت باعتبار هذه الأخيرة تبرز كظاهرة دولية، وقد أكّد على أنه يجب على المجتمع الدولي عدم الانتظار إلى حين عقد معاهدات واتفاقيات في هذا الإطار بل يجب الشروع وبشكل فوري في مكافحة هذه الجرائم[24] ، ويقوم الانتربول بوضع استراتيجية جديدة لمواجهة جرائم الانترنت بالتعاون مع الأمم المتحدة، ويمكن القول بوجود سابقة تاريخية في هذا الإطار، وهي السابقة التي تعقبت فيها المباحث الفدرالية الأمريكية FBI بالاشتراك مع الانتربول، والمتعلقة بملاحقة الشخص الذي قام بنشر دودة الحب (LOVE BUG) عبر الانترنت في الفلبين[25]. وكذلك ما حصل في الجمهورية اللبنانية عندما تم توقيف أحد الطلبة الجامعيين من قبل القضاء اللبناني بتهمة إرسال صور إباحية لقاصرة دون العشرة أعوام من موقعه على شبكة الانترنت، وذلك أثر تلقي النيابة اللبنانية برقية من الانتربول في ألمانيا بهذا الخصوص[26].

وتجدر الإشارة إلى انه وجود منظمات أخرى لها دور لا يقل عن دور الانتربول في مواجهة هذا النوع المستحدث من الإجرام على المستوى الدولي، كمنظمة التعاون الاقتصادي والتنمية (OECD) ومجموعة الثمانية الاقتصادية (G -8) Group of Eight Economies حيث قامت بإعداد ملتقى دولي في نهاية نوفمبر 2000 في طوكيو لتكوين قوة دولية أطلق عليها " The Digital Opportunity Task Force " تتمثل مهامها في تحقيق أمن تكنولوجيا المعلومات/ الانترنت[27].

وعلى غرار هذه المنظمة أنشأ المجلس الأوربي في لوكسمبورغ عام 1991 **شرطة أوربية " الاوربول"** والتي تتخذ من لاهاي . هولندا . مقرا لها، لتكون همزة وصل بين أجهزة الشرطة الوطنية في الدول المنظمة وملاحقة

الجناة في الجرائم العابرة للحدود ومنها بطبيعة الحال الجرائم الالكترونية [28]، و للاوربول دور فعال في مكافحة جرائم الانترنت، حيث نجده يقوم بتسهيل التحقيقات المرتبطة بوقائع بث أو امتلاك محتويات إباحية عبر الانترنت بين الدول الأوربية، وقد تم عقد اجتماعات لمكافحة هذا النوع من الإجرام في جوان2001 في لاهاي، بالإضافة إلى اجتماعات أخرى بمشاركة السلطات القمعية الألمانية حول موضوع الاستغلال الجنسي للأطفال[29].

وفي 2/28/ 2002 تمّ إنشاء **"الاورجست"** من قبل مجلس الاتحاد الأوربي، كجهاز يساعد على التعاون القضائي والشرطي في مواجهة الجرائم الخطيرة، حيث يعد دعامة في فعالية التحقيقات والمطاردات المتبعة من قبل السلطات القضائية الوطنية، وخصوصا فيما يتعلق بالأنشطة المرتبطة بجرائم الانترنت[30].

والى جانب الانتربول والاورجست، تمّ إنشاء فضاء جماعي من غير محدود (Espace Communautaire sans frontière) سمي **بشنجن** (SCENGEN)، وذلك من خلال التوقيع على معاهدة(SCENGEN) في14/ 1985/6 وعلى اتفاقية تطبيق تلك المعاهدة في (19/6/ 1990). وقد استحدثت هذه الاتفاقية وسيلتين جديدتين لتعزيز التعاون الشرطي الأوربي لمواجهة التحديات الأمنية التي تفرضها الظروف الجديدة، منها جرائم الانترنت وتتمثل هاتان الوسيلتان في مراقبة المشتبه فيهم عبر الحدود وملاحقة المجرمين[31].

فضلا عن ذلك قام مركز التدريب الوطني عن الجرائم التقنية(NSLEC) وهو أحد المؤسسات التابعة للاتحاد الأوربي بإعداد المشروعات والبرامج التّي تهدف إلى مكافحة الجرائم عالية التقنية، ومن أهم هذه المشروعات مشرع فالكون 2001، وأيضا برنامج أجيس 2003/ 2004. اللذان يهدفان إلى التدريب على مكافحة الجريمة المعلوماتية.

أمّا على المستوى العربي نجد أنّ مجلس وزراء الداخلية العرب أنشأ المكتب العربي للشرطة الجنائية[32]، بهدف تأمين وتنمية التعاون بين أجهزة الشرطة في الدول الأعضاء في مجال مكافحة الجريمة وملاحقة المجرمين في حدود القوانين و الأنظمة المعمول بها في كل دولة[33].

2 . على المستوى الداخلي:

بادرت مختلف الدول سواء الأجنبية أو العربية بإنشاء وحدات متخصصة لمكافحة الإجرام الالكتروني على المستوى الوطني، حيث قامت **الولايات المتحدة الأمريكية** بإنشاء إدارة متخصصة لمتابعة الجرائم الالكترونية بمكتب التحقيقات الفدرالي (FBI) [34]، والذي يضم بداخله مجموعة أشخاص مدربين على كيفية متابعة تلك الجرائم والتحري عنها وضبطها والمحافظة على ما يتمّ تحصيله من أدلة.

أما بالنسبة **لفرنسا** لم تسلم هي الأخرى من مخاطر هذا الإجرام، ونتيجة لذلك قرّر وزير الداخلية السابق (Dominique de Villepin) بعد اطلاعه على التقرير المقدّم له من قبل وزير المالية والاقتصاد (Thierry)

Breton على ضرورة إتباع مخطط محكم لتحقيق الأمن المعلوماتي، ويتضمّن هذا المخطط ما يلي[35]: . تكوين شبكة خبراء من الشرطة والدرك.

. دعم قوات الشرطة والدرك المتخصصين في مكافحة جرائم الانترنت، وذلك عن طريق زيادة عددهم وتطوير التكوين والتدريب تماشيا مع التطور التكنولوجي الذي يشهده العالم، من خلال عقد مؤتمرات وندوات للانترنت (Forum d'internet) [36] .

. زيادة الرقابة على المواقع أو تعزيز الرقابة التكنولوجية، فقد تمّ تقسيم هذه المهمة بين رجال الشرطة والدرك، حيث يختص هذا الأخير بالرقابة على المواقع التي تحتوي صورا إباحية، أمّا رجال الشرطة فيختص بمراقبة المواقع التي تبث فيها الجرائم التالية: القرصنة المعلوماتية، الإرهاب والأعمال العنصرية[37].

أما بالنسبة للدول العربية، وحرصا كغيرها من الدول المتقدمة على مواكبة التطور واللحاق بالمسيرة العلمية من خلال الاعتماد على التقنيات الحديثة، لمواجهة الصور المستحدثة من الإجرام الالكتروني، فقد تم إنشاء إدارة جديدة تختص بمكافحة هذه الجرائم، وهو ما قامت به بالفعل **وزارة الداخلية المصرية** سنة 2002 حيث أنشأت "**إدارة مكافحة جرائم الحاسبات وشبكات المعلومات**" بموجب القرار رقم (13507) وهذه الأخيرة تابعة للإدارة العامة للمعلومات والتوثيق، وتخضع للإشراف المباشر لمدير الإدارة، وتشرف عليها فنيا مصلحة الأمن العام، ويشمل البناء التنظيمي لهذه الإدارة على ثلاث أقسام وهي: قسم العمليات، قسم التأمين وقسم البحوث و المساعدات الفنية.

أمّا بالنسبة **للجزائر** حيث تأثرت على غرار الدول الأخرى بمخاطر الجريمة المعلوماتية، خاصة وهي في إطار تطبيق مشروع "الجزائر الالكترونية 2013"، مما تطلب الأمر توفير أجهزة متخصصة تعنى بعملية البحث والتحري عن الجريمة المعلوماتية، وكان ذلك فعلا حيث خصّصت الدولة آليات على مستوى جهاز الشرطة، وأخرى على مستوى الدرك الوطني، بالإضافة إلى إنشاء هيئة متخصصة في مكافحة هذه الجرائم وهي الهيئة الوطنية للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها[38].

الخاتمة:

فلا يوجد شك في وجود صعوبة كبيرة في إثبات الجرائم الإلكترونية بالنظر إلى طبيعة الدليل الذي يتحصل منها، إذ قد يكون هذا الدليل غير مرئي وقد يسهل إخفائه أو تدميره، وقد يكون متصلا بدول أخرى فتكون هناك صعوبة في الحصول عليه نظرا لتمسك كل دولة بسيادتها. كما أنّ هذا الإثبات قد يحتاج إلى معرفة علمية وفنية قد لا تتوافر لدى رجال الشرطة والمحققين وللقضاة.

وهكذا تحدّدت إشكالية هذا البحث في وجود صعوبة في إثبات الجرائم الإلكترونية، بالنظر إلى الطبيعة الفنية المعقدة لهذه الجرائم واتصاف مرتكبيها بالذكاء والاحتراف، وهو ما حاولنا أن نجتهد في إيجاد الحلول لها وذلك من خلال إلقاء الضوء على طبيعة إثبات هذه الجرائم وطرق الحصول على الأدلة التي تثبتها، ومدى أهميّة الدليل الالكتروني وقيمته في إثبات الجريمة الالكترونيّة.

ولقد توصلنا من خلال هذه الدراسة إلى النتائج الآتية:

1. الدليل الالكتروني عبارة عن معلومات مخزنة في أجهزة الحاسوب وملحقاتها. من دسكات وأقراص مرنة وغيرها من وسائل تقنية المعلومات كالطابعات والفاكس . أو متنقلة عبر شبكات الاتصال، والتي يتمّ تجميعها وتحليلها باستخدام برامج وتطبيقات وتكنولوجيا خاصة بهدف إثبات وقوع الجريمة ونسبتها إلى مرتكبيها.
2. أهمّ ميزة للدليل الالكتروني تكمن في صعوبة التخلص منه، حيث يمكن استرجاعه بعد محوه، إصلاحه بعد إتلافه، وإظهاره بعد إخفائه.
3. يلزم اتخاذ مسلك الافتراض من حيث اعتبار الدليل الالكتروني دليلا أصليّا، وذلك نتيجة لنقص توافر الإمكانات الرقميّة في المحاكم.

الهوامش:

(1) يرجع أصل مصطلح الدليل الرقمي (Digital evidence) إلى استخدام النظام الرقمي الثنائي **1**، **(0)** وهي الصيغة التي تسجل بها كل البيانات (أشكال وحروف و رموز و غيرها) داخل الحاسب الآلي، حيث يمثل **(الصفر)** وضع الإغلاق **Off**، والواحد **(1)** وضع التشغيل **On**، ويمثل الرقم **صفر(0)** أو الرقم **واحد (1)** ما يعرف بالبيت (Bit)، وبشكل عدد8 بيت(Bits) ما يعرف بالبايت **Byte**. انظر: بيل جيتس، المعلوماتية بعد الانترنت، طريق المستقبل، ترجمة عبد السلام رضوان، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، العدد 231، الكويت، 1998، ص 41 . 63.

(2) حيث جاء في البند (13) من هذه التوصية على ما يلي :

L'intérêt commun de recueillir، de sauvegarder et de présenter des **preuves électroniques** " **de** manière à garantir au mieux leur caractère irréfutable **….."**

(3) article 14- Portée d'application des mesures du droit de procédure:"…….

C – à la collecte des **preuves électroniques** de toute infraction pénale …."

(4) المرشد الفدرالي الأمريكي لتفتيش و ضبط الحواسيب وصولا إلى الدليل الالكتروني في التحقيقات الجنائية "Searching and Seizing COMPUTER and Obtaining Electronic Evidence in Criminal Investigating": من إعداد قسم جرائم الحاسوب و الملكية الفكرية بوزارة العدل الأمريكية في عام 1994 وصدر له ملحقان في عامي 1997 و199، تحت إشراف أستاذ القانون الجنائي (Orin Kerr) أستاذ بكلية الحقوق في جامعة جورج واشنطن ،تم إعداده بغرض مساعدة سلطات إنفاذ القانون من فهم منطق العالم الرقمي أثناء التحقيقات في جرائم الحاسوب والانترنت، وأجريت عليه عدة تعديلات ليوافق التطور العلمي في مجال تقنية المعلومات، حيث كان آخر تعديل له في يوليو 2002 . لمزيد من التفصيل حول هذا المرشد انظر: عمر محمد بن يونس، الإجراءات الجنائية عبر الانترنت، المرشد الفدرالي الأمريكي لتفتيش وضبط الحواسيب وصولا إلى الدليل الالكتروني في التحقيقات الجنائية، بدون دار النشر، 2006، ص 9 وما بعدها.

(5) هدى حامد قشقوش، جرائم الكمبيوتر والجرائم الأخرى في مجال تكنولوجيا المعلومات، مؤتمر الجمعيّة المصريّة للقانون الجنائي المنعقد بالقاهرة خلال الفترة من (25 إلى 28 أكتوبر 1993)، دار النهضة العربيّة، 1993، ص 576.

(6) Christin Sgarlata and David J Byer ، The Electronic paper Trail: Evidentiary Obstacles to Discovery of electronic Evidence . Journal of Science and Technology Law. 22 September 1998 .p 4.

مشار إليه عند: عمر محمد أبوبكر بن يونس، الجرائم الناشئة عن استخدام الانترنت، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 2004، ص 969.

(7) عمر محمد أبوبكر بن يونس، نفس المرجع، ص 969 .

(8) محمد الأمين البشري، التحقيق في الجرائم المستحدثة، الطبعة الأولى ، المرجع السابق، ص 234.

(9) المنظمة الدولية لأدلة الحاسوب (IOCE) هي: تنظيم دولي تمّ اعتماده في نيسان/ أبريل 1995، مقره الولايات المتحدة الأمريكية، وتسعى هذه المنظمة إلى توفير منتدى دولي لوكالات أنفاذ القانون لتبادل المعلومات بشأن التحقيق في جرائم الحاسوب وغيرها من قضايا الطب الشرعي، ويتألف من أجهزة إنفاذ القانون والوكالات الحكومية المعنية بالتحقيق الرقمي وتحقيقات الطب الشرعي، وذلك بناء دعوة من المجلس التنفيذي بالمنظمة . لمزيد من التفصيل حول المنظمة يرجى العودة للموقع الخاص بها وهو كالتالي:

Http: //www.ioce.org/ index? php id =15

(10) - Electronic evidence is" information stored or transmitted in binary form that may be relied upon in court ". Eoghan Casey, op. cit , p. 261.

(11) **فُتح النظم الحاسوبية** تتألف من محركات الأقراص الصلبة ولوحة المفاتيح ورصد مثل الحواسيب المحمولة وشاشات الحاسوب وغيرها من النظم التي تحتوي على المعلومات المخزنة. أما نظم الاتصال فتشمل جميع أنواع الشبكات بما فيها شبكة المعلومات الدولية . الانترنت . فهي ثرية جدا من معلومات مثل صفحات المواقع المختلفة (Web Page) والبريد الالكتروني(Email)، غرف الدردشة والمحادثة(Logs of Synchronous Chat Sessions). انظر : Eoghan Casey, oP. cit , p. 2-13

(12) يتشابه الدليل لالكتروني مع الدليل الجيني أو ما يطلق عليه DNA، وذلك لاتحادهما في خصوصية صعوبة التخلص منهما من ناحية، ومن ناحية أخرى يمكن إحداث تعديل في تكوينهما.

(13) لمزيد من التفصيل حول هذه البرامج انظر الموقع التالي :
http://edu.arabsgate.com/showthread.php?t=502020

(14) عمر ابوبكر بن يونس ، المرجع السابق، ص 978.

(15) ممدوح عبد الحميد عبد المطلب، زبيدة محمد جاسم، وعبد الله عبد العزيز، المرجع السابق، ص 2241 .

(16) عائشة بن قارة مصطفى، حجية الدليل الالكتروني في محال الإثبات الجنائي دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والتشريعات المقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص 125.

(17) Marthew. R . Zakaras، International Computer Crime, revue international de droit pénal, 3 eme et 4eme trimestres 2001 ، p 828 .

(18) مثل الاتفاقية الأوربية للإجرام المعلوماتي (اتفاقية بودابست) الموقعة في 2001/11/23 ، حيث تمّ تخصيص الباب الثالث لدراسة التعاون الدولي Coopération International ، ومن خلاله نصت **المادة 23** "على ضرورة تعاون الأطراف فيما بينها وفقا لأحكام هذا الفصل، ومن خلال تطبيق الوسائل الدولية الملائمة بالنسبة للتعاون الدولي في المسائل الجنائية و الترتيبات التي تستند إلى تشريعات موحدة ومتبادلة، وكذلك بالنسبة للقوانين المحلية، إلى أقصى مدى ممكن، بغرض التحقيقات و الإجراءات الجنائية المتعلقة بالجرائم ذات الصلة بالنظم الحاسوبية و البيانات المعلوماتية، أو لجمع الأدلة ذات الشكل الالكتروني لمثل هذه الجرائم " .

(19) عمر محمد ابوبكر بن يونس، الجرائم الناشئة عن استخدام الانترنت، المرجع السابق ، ص 984 .

(20) عمر محمد أبوبكر بن يونس، نفس المرجع، ص 987 .

(21) عبد الله حسين محمد، المرجع السابق، ص 355.

(22) رأفت رضوان، شرطة الانترنت، بحث منشور بمجلة بحوث الشرطة، العدد 26، يوليو 2004، ص111.

(23) أنشئ هذا الجهاز سنة 1923تحت اسم اللجنة الدولية للبوليس الجنائي، ثم تغير اسمه عام 1956 إلى المنظمة الدولية للبوليس الجنائي وتضم هذه المنظمة 160 دولة أعضاء فيها من بينها الجزائر و مصر. وللمزيد عن التفاصيل حول هذا الموضوع راجع في ذلك : سراج الدين الروبي، الانتربول وملاحقة المجرمين ، دار المصرية اللبنانية، 1998 .

(24) عمر محمد ابوبكر بن يونس ،الجرائم الناشئة عن استخدام الانترنت ، المرجع السابق ، ص 814 .

(25) عمر محمد ابوبكر بن يونس، نفس المرجع، نفس الموضع .

(26) حول هذه الواقعة انظر جريدة النهار اللبنانية في عددها الصادر بتاريخ 2001/7/19 .

(27) عمر محمد ابوبكر بن يونس ، المرجع السابق ، ص 814 .

(28) جميل عبد الباقي الصغير، الجوانب الإجرائية للجرائم المتعلقة بالانترنت، المرجع السابق، ص 79

(29)نبيلة هبة مولاي علي هروال ، الجوانب الإجرائية لجرائم الانترنت في مرحلة جمع الاستدلالات ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2005 . 2006، ص 54 .

(30) ويتمثل أهم نشاطات الاورجست في: تحسين التنسيق و التعاون بين السلطات القضائية المختصة للدول الأطراف، تبادل المعطيات بين دول أعضاء الاتحاد الأوربي ، كما يمكنه أن يطلب من الوكلاء ذوي الاختصاص الوطني إجراء تحقيقات أو ملاحقات أو التبليغ عن الجرام إلى السلطات المختصة للدول الأطراف. لمزيد من التفصيل انظر:

L'harmonisation des moyens de lutte contre la cybercriminalité ، revue de web، réalisé le 22/4/2004، disponible en ligne à l'adresse suivante: http://www. Finances-gouv.fr

(31) نبيلة هبة مولاي علي هروال، المرجع السابق ، ص 55. لمزيد من التفصيل انظر: د/ شريف السيد كامل، الجريمة المنظمة في القانون، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة ، 2001 ، 271 وما بعدها.

(32) هذا المكتب هو أحد المكاتب الخمسة التابعة للأمانة العامة لمجلس وزراء الداخلية العرب و مقره دمشق بالجمهورية العربية السورية .

(33) لمزيد من التفصيل حول المكتب العربي للشرطة الجنائية انظر الموقع التالي :
http://www.websy.com/linker/review.php?sid=15621&recat=226

(34) يشمل البناء التنظيمي لـ (FBI) على أربعة أقسام رئيسية، هي: القسم الجنائي، قسم الأمن القومي، قسم خدمات التحقيق، وقسم محاربة جرائم الكمبيوتر ومكافحة الإرهاب، ونظرا لزيادة حجم الجرائم الالكترونية أنشأت حكومة الولايات المتحدة الأمريكية في 1998 مركز لحماية الشبكات ويرتبط هذا المركز بجهاز(FBI) وهو متخصص بالرقابة على جميع المواقع الإستراتيجية مثل الدفاع والكهرباء و المياه. كما أنشأت الحكومة الفدرالية سنة 1999 مركز المعلومات من أجل التهديدات المتعلقة بأمن الأنظمة المعلوماتية. كذلك أنشأ مكتب التحقيقات الفدرالي في 2000/5/18 مركز لتلقي شكاوى الاحتيال عبر الانترنت لتلقي البلاغات من خلال موقع المركز على الشبكة الدولية: http://www.ifccb.gov/index.asp .. لمزيد من التفصيل انظر موقع مكتب التحقيقات الفدرالي :

. http://www.fbi.gov

(35) لمزيد من التفصيل انظر: نبيلة هبة مولاي علي هروال، المرجع السابق، ص 40 وما بعدها .

(36) حيث يتم عقد ندوة سنوية مشتركة بالتنسيق بين رجال الشرطة القضائية و رجال الدرك الوطني، تضم هذه الندوة مجموعة من المحققين المتخصصين في مكافحة جرائم الانترنت، من اجل مناقشة الإجرام المعلوماتي ووضع حلول سواء من الناحية النظرية أو التطبيقية .

(37) La sécurisation du cyberspace،14/4/2005، disponible à l'adresse suivante:
http://www.preemier-ministre.gouv.fr .

(38) لمزيد من التفاصيل يرجى مراجعة ما يلي: قانون رقم 09 . 04، يتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال ومكافحتها. المرسوم الرئاسي رقم 04 -183، يتضمن إحداث المعهد الوطني للأدلة الجنائية وعلم الإجرام للدرك الوطني وتحديد قانونه الأساسي. مرسوم رئاسي رقم 15. 261، يحدد تشكيلة وتنظيم وكيفيات سير الهيئة الوطنية للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها.

وسائل الإثبات في منازعات المعاملات الإلكترونية طبقا لأحكام القانون 05/18

د/ دريس كمال فتحي
جامعة الشهيد حمه لحضر بالوادي(الجزائر)
dris.kf@gmail.com

ملخص:

أصبح اللجوء إلى الوسائط الإلكترونية خاصة بعد جائحة كورونا النمط الأكثر استعمالا لاقتناء السلع أو الخدمات، لذلك تدخل المشرع الجزائري لتنظيم هذا النوع من المعاملات التي أطلق عليها مصطلح "المعاملات الإلكترونية"، وذلك من خلال وضع الإطار القانوني المنظم لها.

ولا يخفى ما قد يترتب عن هذه المعاملات من منازعات ما بين المورد الإلكتروني والمستهلك، والتي قد تحتاج إثبات الواقعة المدعى بها والتي تمت في فضاء افتراضي، لذلك ارتأينا من خلال تحليل النصوص الواردة في القانون 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية تسليط الضوء على وسائل وأدلة الإثبات الواردة في ذات القانون.

الكلمات المفتاحية: وسائل الإثبات، المنازعة، المعاملات الإلكترونية، الكتابة الإلكترونية.

Abstract :

Resorting to electronic media, especially after the Corona pandemic, has become the most used method for acquiring goods or services, so the Algerian legislator intervened to regulate this type of transaction, which he termed “electronic transactions”, through the development of the legal framework regulating them.

The disputes that may result from these transactions between the electronic supplier and the consumer, which may need to prove the alleged incident that took place in a virtual space, is not hidden. Therefore, we decided, by analyzing the texts contained in Law 18/05 related to electronic commerce, to shed light on the means and evidence of proof. contained in the same law.

key words : Means of Evidence - Dispute - Electronic Transactions - Electronic Writing.

مقدمة:

اتسع نطاق التعامل الإلكتروني لاقتناء السلع والخدمات خاصة بعد جائحة كورونا، الأمر الذي نتج عنه أو قد ينتج مستقبلا العديد من المنازعات التي تستدعي إثبات المعاملة الإلكترونية وهوية المتعاقد معها-المورد الإلكتروني أو المستهلك[1]، إضافة إلى تنفيذ العقد الإلكتروني[2].

وإن كان المشرع الجزائري بموجب القانون 05/18 قد نظم التجارة الإلكترونية، ووضع الأحكام الخاصة بالتزامات المورد وشروط ممارسته لهذا النشاط، وكذا العقوبات المقررة عن المخالفات المسجلة ضده، إلا أنه لم يخصص بابا أو فصلا لأدلة الإثبات في مثل هذه المعاملات.

الأمر الذي يستدعي التطرق إلى أحكام القانون من خلال دراسة تحليلية للنصوص ذات الصلة لاستنباط الأدلة والوسائل التي يمكن الاستعانة بها والمعترف بها قانونا كحجة لإثبات كل ما يتعلق بالمعاملة الإلكترونية في حالة التنازع حول وجودها أو تنفيذها.

كل ذلك انطلاقا من الإشكالية التي يثيرها موضوع الدراسة، ومفادها:

ما هي وسائل الإثبات الواردة في القانون 05/18؟ وما أثرها على المنازعة في المعاملات الإلكترونية؟

وللإجابة على الإشكالية السالفة الذكر سنقسم هذه المداخلة إلى مبحثين، الأول يتعلق بأدلة إثبات وجود المعاملة الإلكترونية، أما المبحث الثاني فسنخصصه لأدلة إثبات تنفيذ المعاملة.

المبحث الأول

آلية إثبات وجود المعاملة الإلكترونية

التجارة الإلكترونية نشاط يقوم بموجبه المورد الإلكتروني باقتراح أو ضمان توفير سلع وخدمات عن بعد لمستهلك إلكتروني، عن طريق الاتصالات الإلكترونية.

لذلك تدخل المشرع الجزائري من خلال الأحكام الواردة في القانون 05/18 ونظم هذه المرحلة من المعاملة الإلكترونية، أين صب اهتمامه على هوية المورد وتوثيق المعاملة في هذا الفضاء الافتراضي.

المطلب الأول: إثبات هوية المورد الإلكتروني

يلتزم كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بتسويق أو اقتراح توفير السلع أو الخدمات عن طريق الاتصالات الإلكترونية بالتسجيل في السجل التجاري أو في سجل الصناعات التقليدية والحرفية، وما دامت المعاملة التجارية قد تكون عابرة للحدود[3]، فإنه عملا بأحكام المادة السادسة من القانون رقم 08/04 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية تلزم كل مؤسسة تمارس في الجزائر باسم شركة تجارية يكون مقرها بالخارج التسجيل في السجل التجاري[4].

كما أن المادة 24 من القانون 08/04 السالف الذكر تخضع شروط وكيفيات ممارسة أي نشاط أو مهنة مقننة خاضعة للتسجيل في السجل التجاري إلى القواعد الخاصة المحددة بموجب القوانين أو التنظيمات الخاصة التي تحكمها[5].

وقد استحدث المشرع بموجب المادة التاسعة من القانون 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية بطاقية وطنية للموردين الإلكترونيين لدى المركز الوطني للسجل لتجاري، تحتوي على قائمة الموردين الإلكترونيين المسجلين في السجل التجاري أو في سجل الصناعات التقليدية والحرفية، وهذه البطاقية تكون في متناول الجمهور بالأخص المستهلك الإلكتروني عبر نشرها عن طريق الاتصالات الإلكترونية.

ولا يمكن ممارسة نشاط التجارة الإلكترونية، إلا بعد إيداع إسم النطاق لدى مصالح المركز الوطني للسجل التجاري، والذي عرفه المشرع بأنه عبارة عن سلسلة أحرف و/أو أرقام مقيسة ومسجلة لدى السجل الوطني لأسماء النطاق، وتسمح بالتعرف والولوج إلى الموقع الإلكتروني[6].

واختيار اسم النطاق يكون مدعما بوثيقة تثبت ملكية التاجر الفكرية للإسم، كالتطابق التام مع الإسم التجاري الظاهر في السجل التجاري، أو التطابق مع العلامة التجارية المودعة لدى المعهد الوطني للملكية الصناعية.

وفي ذات السياق تضمن الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة بصفتها مسجل معتمد من طرف مركز البحث في الإعلام العلمي والتقني (CERIST)، تقديم خدمة مجانية مرافقة للمؤسسات الجزائرية في تسجيل اسم النطاق.

يلتزم المورد كذلك بنشر موقع إلكتروني أو صفحة إلكترونية على الأنترنت، مستضاف في الجزائر بامتداد "com.dz"، ويجب أن يتوفر الموقع السالف الذكر على وسائل تسمح بالتأكد من صحته[7].

يتضح من خلال الأحكام السالفة الذكر وأن المشرع قد أولى اهتماما بهوية المورد الإلكتروني لبعث الثقة في المعاملات التي تتم عبرها وتفادي أساليب الاحتيال والمواقع الوهمية، أين يمكن للمستهلك الولوج للبطاقية الوطنية المتاحة إلكترونيا للتأكد من وجود مروج السلعة أو الخدمة ضمن قائمة الموردين الإلكترونيين المسجلين في السجل التجاري وأنهم قاموا بإيداع اسم النطاق الوارد في مواقعهم، ومن خلالها يمكنهم إثبات هوية المورد الذي تم التعامل معه في حالة وقوع نزاع.

وحفاظا على استقرار المعاملات الإلكترونية وإضفاء أكثر أمان فيها، فقد أعطى المشرع للهيئات المؤهلة لمنح أسماء النطاق تعليق تسجيلها، بناء على مقرر من وزارة التجارة وذلك في حالتين[8]:

الحالة الأولى: اقتراح توفير سلع وخدمات عن طريق الاتصالات الإلكترونية، من دون تسجيل مسبق في السجل التجاري، أين تقوم الهيئة المؤهلة لمنح أسماء النطاق في الجزائر، بناء على مقرر من وزارة التجارة بالتعليق الفوري لتسجيل أسماء النطاق لهؤلاء الأشخاص، ويبقى تعليق هذا الموقع الإلكتروني ساري المفعول إلى غاية تسوية وضعيته، وذلك بالالتزام بأحكام المواد 08 و09 من القانون 05/18 ومن ثم التسجيل في السجل التجاري أو في سجل الصناعات التقليدية والحرفية حسب الحالة، وإدراج أسمائهم في البطاقية الوطنية للموردين الإلكترونيين لدى المركز الوطني للسجل التجاري والذين يمارسون نشاط التجارة الإلكترونية في الجزائر.

الحالة الثانية: تتعلق بحالة ارتكاب المورد الإلكتروني اثناء ممارسته لنشاطه مخالفات تكون تحت طائلة عقوبة غلق المحل بمفهوم التشريع المتعلق بممارسة الأنشطة التجارية، ومثالها تلك المنصوص عليها بالمادة 46 من القانون رقم 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسة التجارية[9].

ويتم تعليق تسجيل أسماء نطاق المورد الإلكتروني بشكل تحفظي من طرف الهيئة المكلفة بمنح أسماء النطاق في الجزائر بناء على مقرر من وزارة التجارة، وحددت المادة 43 من القانون 05/18 طبيعة هذا التعليق ومدته، أين اعتبرته تعليقا تحفظيا ولمدة لا تتجاوز الثلاثين (30) يوما، إلا أنها لم تبين ما إذا كان قرار الغلق قابل للطعن من عدمه، ومدى إمكانية المطالبة بالتعويض في حال الغلق التعسفي.

وبالتالي يتضح وأن المشرع قد وضع أحكام الغرض منها حماية المستهلك من التعامل مع مروجي سلع أو خدمات غير نظاميين، ما يصعب معه إثبات هويتهم لعدم ورود اسمهم في البطاقية الوطنية للموردين الإلكترونيين.

المطلب الثاني: توثيق المعاملة الالكترونية

حرص المشرع على تنظيم المرحلة السابقة للتعاقد أو كما يسميها البعض بمرحلة التفاوض وذلك من خلال إلزام المورد الإلكتروني بموجب المادة العاشرة من القانون 05/18 بتقديم عرض تجاري مسبق في كل معاملة تجارية إلكترونية، وتوثيق المعاملة عند تأكيد الطلبية التي تؤدي إلى تكوين العقد.

ومن خلال المواد الحادية عشرة والثاني عشر من القانون 05/18 فقد نص على الحد الأدنى من البيانات التي يجب إدراجها في العرض التجاري المسبق والعقد الإلكتروني، والهدف منها معرفة هوية المورد والتأكد من عناوينه المادية والإلكترونية، وكذلك الاطلاع على الشروط التعاقدية والتنفيذ وتفاصيل الطلبية، لا سيما فيما يخص ماهية المنتوجات أو الكميات المطلوبة، والسعر الإجمالي والوحدوي، وتلك المتاحة في مخزن المورد، بحيث تمكنه هذه البيانات من التعاقد وتنفيذ محتواه بعلم ودراية تامة.

وحسب نصوص المواد 11 و13 من القانون السالف الذكر يمكن تقسيم هذه البيانات وتصنيفها على النحو التالي:

أولا/ بيانات تتعلق بالمورد الإلكتروني:

يجب أن يتضمن العرض التجاري المسبق والعقد الإلكتروني للمعاملة بيانات تتعلق بهوية المورد الإلكتروني يمكن من خلالها التعرف على جميع ما يتعلق بهذا الأخير من معلومات وهي:

- رقم التعريف الجبائي الخاص بالمورد الإلكتروني، وعناوينه المادية والإلكترونية ورقم هاتفه، حتى يتأكد المستهلك من وجوده الفعلي والحصول على عنوانه لتبليغه في حالة تنفيذ العقد أو العدول عنه، والإشكالات والمنازعات المترتبة عنه.
- رقم السجل التجاري أو رقم البطاقة المهنية، والغرض منها التأكد بأن المورد الإلكتروني تتوفر فيه شروط ممارسة التجارة الإلكترونية والمنصوص عليها بالمواد 08 و09 من القانون رقم 05/18.

ثانيا/ البيانات المتعلقة بالمنتوج أو الخدمة:

نصت المواد 11 و13 على الحد الأدنى من البيانات المتعلقة بالمنتوج أو الخدمة وتتمثل فيما يلي:

- طبيعة وخصائص وأسعار السلع أو الخدمات المقترحة باحتساب كل الرسوم، بمعنى الخصائص التفصيلية للسلع والخدمات.
- حالة توفر السلعة أو الخدمة، لأن القانون 05/18 منع دفع ثمن المنتوج في الطلبية المسبقة إلا في حالة توفر هذا الأخير في المخزون، وبمجرد توفره تتحول الطلبية المسبقة بصفة ضمنية إلى طلبية مؤكدة.

ويكون للمستهلك في هذه الحالة الحق في مطالبة المورد الإلكتروني برد الثمن والتعويض[10].

ثالثا/ البيانات المتعلقة بشروط العقد وتنفيذه:

هذه البيانات مهمة في الإثبات، لما قد يثور من نزاعات ما بين طرفي العقد من خلال تحديد شروط البيع أو تقديم الخدمة وكيفية وآجال تنفيذها، وتتمثل هذه البيانات في:

- الشروط العامة للبيع

- شروط وكيفيات التسليم
- شروط الضمان وخدمات ما بعد البيع
- شروط وكيفيات الدفع
- شروط وكيفيات إعادة المنتوج
- شروط وكيفيات الطلبية المسبقة عند الاقتضاء
- الشروط والكيفيات الخاصة المتعلقة بالبيع بالتجريب عند الاقتضاء
- مدة العقد حسب الحالة

رابعا/ البيانات المتعلقة بالمنازعات:

- شروط فسخ العقد الإلكتروني
- كيفيات معالجة الشكاوى
- الجهة القضائية المختصة في حالة النزاع[11].

ويتضح من البيانات السالفة الذكر التي ترد في عقد المعاملات الإلكترونية أنها ملمة بكل ما اتفق عليه الأطراف، سواء ما تعلق بنوع المنتوج أو الخدمة وأوصافها، إضافة إلى الكمية والسعر، وركز على مرحلة ما بعد إبرام العقد - مرحلة التنفيذ - أين حدد المشرع البيانات المتعلقة بزمان وكيفية التسليم ودفع الثمن، إضافة إلى شروط الضمان وخدمة ما بعد البيع، وصولا إلى المنازعات.

وقد ألزم المشرع المورد بمجرد إبرام العقد إرسال نسخة إلكترونية من العقد إلى المستهلك[12]، ورتب على مخالفة أحكام المواد 10 و13 من القانون 05/18 والمتعلقة بالعرض التجاري المسبق وتوثيق المعاملة بعقد الكتروني الحق للمستهلك في المطالبة بإبطال العقد والتعويض عن الضرر الذي لحق به، وبالتالي هذا الحكم هو خروج عن القواعد العامة التي تقضي في حالة تخلف الشكلية بطلان العقد بطلانا مطلقا يمكن للطرفين التمسك به وللقاضي إثارته من تلقاء نفسه[13]، والهدف من ذلك هو حماية المستهلك الطرف الضعيف في المعاملة الإلكترونية.

المبحث الثاني

أدلة الإثبات المتعلقة بالمنازعة في تنفيذ العقد الإلكتروني

كما سبق بيانه فإن المشرع الجزائري قد حرص على وضع أحكام في القانون 05/18 لحماية المستهلك في مواجهة المورد الالكتروني، أين نص على مجموعة من الالتزامات التي تقع على عاتقه بصفته مروج لسلعة أو خدمة في فضاء افتراضي، ولا سيما ما تعلق بالتسجيل في السجل التجاري وإيداع اسم النطاق، إضافة إلى تقديم عرض تجاري مسبق وتوثيق المعاملة بعقد إلكتروني تسلم نسخة منه للمستهلك.

لكن بعد إبرام العقد ينتقل طرفاه إلى تنفيذ محتواه، وقد تعترض هذه العملية العديد من الإشكالات الناجمة عن الامتناع عن التنفيذ أو سوء تنفيذها، وفي حالة المنازعة فإن الأمر يستدعي تقديم أدلة إثبات، تضاف إلى تلك المنصوص عنها والتي سبق الإشارة إليها في المبحث الأول، ولعل أهم هذه الأدلة هي وصل الاستلام والفاتورة.

المطلب الأول: وصل الاستلام ودوره في الإثبات

تطرق المشرع إلى وصل الاستلام في المادة 17 من القانون 05/18 الواردة في الفصل الرابع بعنوان التزامات المستهلك الإلكتروني، على الرغم من أنه التزام يقع على عاتق الطرفين، إذ يجب على المورد الإلكتروني أن يطلب من المستهلك توقيع وصل استلام عند التسليم الفعلي للمنتوج أو تأدية الخدمة موضوع العقد الالكتروني، ولا يمكن للمستهلك أن يرفض توقيع وصل الاستلام، وتسلم له وجوبا نسخة من هذا الوصل.

وتتضح أهمية هذا الوصل في المنازعات المتعلقة بتنفيذ العقد الإلكتروني واحترام الشروط الواردة فيه، ولا سيما تلك المتعلقة بصفات المنتوج أو الخدمة وكميتها وآجال تسليمها ومدى مطابقة تلك التي كانت محلا لذات الوصل للشروط المنصوص عليها في العقد.

وطبقا لنص المادة 18 من القانون 05/18 يصبح المورد الإلكتروني مسؤولا بقوة القانون أمام المستهلك عن حسن تنفيذ الالتزامات المترتبة على هذا العقد، سواء تم تنفيذها من قبله او من قبل مؤدي خدمات آخرين[14].

وقد يقوم النزاع ما بين الطرفين على ذات المنتوج أو الخدمة، أين أعطى للمستهلك الحق في الامتناع عن دفع الثمن أو مصاريف التسليم متى ثبت أن المورد قد سلمه منتوج أو خدمة لم يتم طلبها[15]، وفي حالة عدم احترم آجال التسليم فإنه يمكن للمستهلك إعادة إرسال المنتوج على حالته في أجل أقصاه أربعة (04) أيام عمل ابتداء من تاريخ التسليم الفعلي للمنتوج، دون المساس بحقه في التعويض عن الضرر، ويكون المورد في المقابل ملزم برد المبلغ المدفوع والنفقات المتعلقة بإعادة إرسال المنتوج خلال أجل خمسة عشر (15) يوما ابتداء من تاريخ استلامه المنتوج[16].

وفي حالة عدم مطابقة التسليم للطلبية أو كان المنتوج معيبا، فإنه يجب على المورد استعادة سلعته، ويلزم في هذه الحالة بتسليم جديد موافق للطلبية أو إصلاح المنتوج المعيب أو استبداله بآخر مماثل، كما يمكنه إلغاء الطلبية وإرجاع المبالغ المدفوعة، دون الإخلال بحق المستهلك في المطالبة بالتعويض في حالة وقوع ضرر.

وبالتالي يتضح دور وصل الاستلام في إثبات مطابقة التسليم للطلبية وآجالها، كما يحدد من خلاله تاريخ التسليم الفعلي الذي تحسب من خلاله آجال إعادة إرسال المنتوج المحددة بأربعة أيام (04) عمل من تاريخ التسليم الفعلي.

المطلب الثاني: دور الفاتورة وسجلات المعاملات التجارية في الإثبات

المورد الالكتروني ملزم بإعداد فاتورة عند كل بيع لمنتوج أو تأدية خدمة عن طريق الاتصالات الالكترونية[17]، وهذا امتداد للقواعد الطبقة على الممارسات التجارية والتي نصت على وجوب تحرير الفاتورة عند كل بيع أو تأدية خدمات بين الأعوان الاقتصاديين[18]، أما فيما يخص المستهلك فقد أوجبت أن يكون بيع السلع أو تأدية الخدمات لهذا الأخير محل وصل صندوق أو سند يبرر هذه المعاملة، غير أن الفاتورة أو الوثيقة التي تقوم مقامها يجب أن تسلم إذا طلبها الزبون[19]، وبالتالي وبموجب القانون 02/04 ألزم المشرع التعامل بالفاتورة فيما بين الأعوان الاقتصاديين، أما إذا كان التعامل مع المستهلك فهي غير وجوبية إلا إذا طلبها المستهلك.

هذا على عكس ما ورد في المادة 20 من القانون 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، التي ألزمت المورد الإلكتروني بإعداد فاتورة عند كل بيع لمنتوج أو تأدية خدمة وتسليمها للمستهلك الالكتروني ولو لم يطلبها هذا الأخير، ولعل الغرض من ذلك هو تمكين المستهلك من دليل إثبات يستعمله في حالة المنازعة حول الثمن أو مقدار السلعة أو الخدمة، ومدى مطابقتها للعقد الالكتروني المبرم ما بين الطرفين.

وقد أحال القانون 05/18 السالف الذكر إعداد الفاتورة للتشريع والتنظيم المعمول بهما، ويقصد بذلك الأحكام الواردة في المرسوم التنفيذي 468/05 من خلال البيانات الإلزامية المنصوص عليها في المادة الثالثة من ذات المرسوم والمتعلقة بطرفي المعاملة[20].

كما تطرقت المادة الرابعة من نفس المرسوم إلى الختم الندي وتوقيع البائع إلا إذا حررت عن طريق النقل الالكتروني الذي نصت عليه المادة 11 من نفس المرسوم، هذه الأخيرة التي سمحت بتحرير الفاتورة وإرسالها عن طريق النقل الإلكتروني الذي يتمثل في نظام إرسال الفواتير المتضمن مجموع التجهيزات والأنظمة المعلوماتية التي تسمح لشخص أو لأكثر بتبادل الفواتير عن بعد.

ويمكن طبقا للفقرة الأخيرة للمادة 20 من القانون 05/18 أن يطلب المستهلك الإلكتروني الفاتورة في شكلها الورقي ومن ثم تخضع للشروط المنصوص عليها بالمواد من 03 إلى 11 من المرسوم التنفيذي 468/05 السالف الذكر.

وفي حالة مخالفة الأحكام المذكورة أعلاه فإنه وطبقا لنص المادة 44 من القانون 05/18، يتعرض المورد الالكتروني للعقوبات المنصوص عليها في القانون 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية ولا سيما المواد 33 و34 المتعلقة بعدم الفوترة أو الفاتورة غير المطابقة[21].

يلتزم كذلك المورد الالكتروني بحفظ سجلات المعاملات التجارية المنجزة وتواريخها وإرسالها إلكترونيا إلى المركز الوطني للسجل التجاري[22]، وقد أحال إلى التنظيم تحديد كيفيات تطبيق هذه الأحكام[23]، والغرض من ذلك بسط الرقابة على الموردين الالكترونيين الذين يخضعون في هذا السياق للتشريع والتنظيم المعمول بهما المطبقين على الأنشطة التجارية وحماية المستهلك.

كما أن حفظ السجلات للعمليات التجارية المنجزة في المركز الوطني التجاري يخفف من عبئ الإثبات على المستهلك الالكتروني في حالة قيام منازعة مع المورد الإلكتروني على معاملة تجارية قد ينكرها هذا الأخير، وبإمكان الجهة القضائية المختصة الأمر بالتحقق في مركز السجل التجاري من صحة إبرام تلك المعاملة وشروطها عن طريق السجلات المحفوظة لديها.

الخاتمة:

لا شك أن التعامل الإلكتروني لاقتناء السلع والخدمات أصبح واقعا مفروضا على المجتمع الدولي بصفة عامة، وعلى المجتمع الجزائري بصفة خاصة، وظهرت جليا الحاجة لمثل هذه التعاملات وفوائدها بالأخص بعد جائحة كورونا، لكن الأمر لا يخلوا من مخاطر التعامل في هذا الفضاء الافتراضي وما ينجم عنه من منازعات.

لذلك أقر المشرع مجموعة من الأحكام تضمنها القانون 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية حماية للمستهلك، ومن بينها بعض الوسائل التي قد يستغلها كأدلة في الإثبات.

ومن خلال تحليل النصوص ذات الصلة توصلنا إلى النتائج التالية:

- استحدث المشرع بطاقية وطنية وضعها في متناول المستهلك عبر نشرها عن طريق الاتصالات الإلكترونية، تسمح لهذا الأخير بالولوج إلى قائمة الموردين الالكترونيين المسجلين في السجل التجاري الذين قاموا بإيداع اسم النطاق كل ذلك من أجل التعرف وإثبات هوية الموردين.
- أولى المشرع أهمية كبيرة بالشكلية لدى التفاوض وإبرام عقود المعاملات الالكترونية، وذلك بإلزام المورد بتقديم عرض تجاري مسبق وتوثيق المعاملة بعقد الكتروني حدد فيهما الحد الأدنى من البيانات الواجب توفرها فيها والتي من خلالها يمكن إثبات هوية المورد وشروط العقد وكيفية تنفيذه.
- يلزم المورد كذلك بتسليم وصل استلام للمستهلك عند التسليم الفعلي للمنتوج أو الخدمة، هذا الأخير يمكن استعماله كدليل في المنازعات المتعلقة بكيفية التسليم وآجاله ومدى مطابقة المنتوج أو الخدمة للطلبية.
- أصبحت الفاتورة الالكترونية إلزامية في المعاملات التجارية ما بين المورد والمستهلك الالكتروني، من خلالها يمكن إثبات مدى مطابقة الثمن للسعر المسمى في العقد الإلكتروني والكمية أو المقدار والنوعية المتفق عليها.
- يلتزم كذلك المورد بحفظ سجلات المعاملات التجارية المنجزة وتواريخها وإرسالها إلكترونيا إلى المركز الوطني للسجل التجاري، وقد تم صدور المرسوم التنفيذي 89/19 لتحديد كيفيات حفظها وإرسالها، هذه السجلات تعتبر من أهم الأدلة في حالة وقوع نزاعات في المعاملات الالكترونية.

وإن كان المشرع الجزائري قد تأخر نوعا ما في تقنين التجارة الإلكترونية، إلا أنه قد استفاد من تجارب الدول التي كانت سباقة إلى ذلك من خلال إصداره للقانون 05/18، وحاول من خلاله بعث الثقة في المعاملات الالكترونية نظرا لخصوصيتها ومكن الطرفان من وسائل للإثبات في حالة المنازعة، لكن لم يخلوا القانون السالف الذكر من بعض الثغرات، لذلك ارتأينا تقديم التوصيات التالية:

- تعديل المادة 13 من القانون 05/18 وذلك بإضافة البيانات المتعلقة بالمورد الإلكتروني ولا سيما تلك المتعلقة برقم التعريف الجبائي وعناوينه المادية والإلكترونية، رقم سجله التجاري أو رقم البطاقة المهنية، والواجب إدراجها في العقد الإلكتروني.
- النص على شكل وصل الاستلام والبيانات الواجب إدراجها فيه، إضافة إلى إقرار عقوبات في حالة مخالفتها.
- وضع أحكام خاصة بالفاتورة الالكترونية عوض الإحالة على قانون الممارسات التجارية والنصوص التنظيمية المتعلقة به نظرا لاختلاف أطرافها والهدف منها.
- إبرام اتفاقيات ثنائية وجماعية للاعتراف بالوثائق الإلكترونية، وحجيتها في الإثبات.
- تفعيل دور التصديق الإلكتروني لإعطاء موثوقية للكتابة الإلكترونية.

الهوامش:

(1) عرف المشرع المورد الإلكتروني بأنه: "كل شخص طبيعي او معنوي يقوم بتسويق أو إقتراح توفير السلع أو الخدمات عن طريق لاتصالات الإلكترونية"، كما عرف المستهلك الإلكتروني بأنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي يقتضي بعوض أو بصفة مجانية سلعة أو خدمة عن طريق الاتصالات الالكترونية من المورد الإلكتروني بغرض الاستخدام النهائي". راجع في ذلك المادة السادسة الفقرتين 03 و04 من القانون رقم 05/18 المؤرخ في 10 ماي 2018، يتعلق بالتجارة الإلكترونية، الجريدة الرسمية العدد 28، الصادرة في 16 ماي 2018.

(2) عرف البعض العقد الإلكتروني بأنه: "إتفاق يتلاقى فيه الإيجاب والقبول، بشأن الأموال والخدمات، عبر شبكة $ولية للإتصال عن بعد، وذلك بوسيلة مسموعة ومرئية تتيح التفاعل بين الموجب والقابل". راجع في ذلك:
Olivier Iteanu, L'intérnet et le droit, aspects juridiques de commerce électronique, ed.Eyrolles, 196, P23

(3) المعاملة التجارية العبارة للحدود هي تلك المعاملة التي يكون أحد طرفيها أجنبيا، وقد نظم المشرع أحكامها في المادة السابعة من القانون 05/18 السالف الذكر.

(4) القانون رقم 08/04، المؤرخ في 14 غشت 2004، المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، الجريدة الرسمية العدد 52، الصادرة في 2004/08/18.

5 محد حزيط، المسؤولية الجزائية للشركات التجارية في القانون الجزائري والقانون المقارن، دارهومة، الجزائر، 2013، ص33.

(6) أنظر المادة السادسة من القانون 05/18 السالف الذكر.

(7) أنظر المادة الثامنة من نفس القانون.

(8) وهي عقوبة إدارية نصت عليها المواد 42 و43 من القانون 05/18 السالف الذكر.

(9) تنص المادة 46 من القانون رقم 02/04 المؤرخ في 23 يوليو 2004، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية العدد 41، الصادرة في 2004/06/27، على أنه: "يمكن للوالي المختص إقليميا، بناء على اقتراح المدير الولائي المكلف بالتجارة، أن يتخذ بموجب قرار إجراءات غلق إدارية للمحلات التجارية لمدة أقصاها ستون (60) يوما، في حالة مخالفة القواعد المنصوص عليها في أحكام المواد 4 و5....".

(10) أنظر المادة 15 من القانون 05/18 السالف الذكر.

(11) وإن كان هذا البيان يثير إشكالا من حيث أن القانون الجزائري هو الذي يطبق على هذه المعاملات الإلكترونية ولو كانت عابرة للحدود طبقا للمادة 02 من القانون 05/18، وبالرجوع إلى القانون 09/08 المؤرخ في 2008/02/25، المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجريدة الرسمية العدد 21 لسنة 2008، فإن المادة 45 منه تمنع كل شرط يمنح الاختصاص الإقليمي لجهة قضائية غير مختصة، إلا إذا تم بين التجار، والمعاملات التجارية في أغلبها لا تم ما بين تاجرين.

(12) أنظر المادة 19 من القانون 05/18 السالف الذكر.

(13) علي فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، 2005، ص251.

(14) وإن كان المشرع قد أعطى للورد الإلكتروني إمكانية إعفائه من كامل المسؤولية أو جزء منها إذا أثبت أ، دم التنفيذ أو سوئه يعود إلى المستهلك الإلكتروني أو إلى قوة قاهرة. راجع في ذلك الفقرة الأخيرة للمادة 18 من القانون 05/18 السالف الذكر.

(15) أنظر المادة 21 من نفس القانون.

(16) أنظر المادة 22 من القانون 05/18 السالف الذكر.

(17) أنظر المادة 20 من نفس القانون.

(18) عرفت المادة الثالثة من القانون رقم 02/04 السالف الذكر المتعلق بالممارسة التجارية العون الاقتصادي بأنه كل منتج أو تاجر أو حرفي أو مقدم خدمات أيا كانت صفته القانونية، يمارس نشاطه في الإطار المهني العادي أو بقصد تحقيق الغاية التي تأسس من أجلها.

(19) محمد الشريف كتو، قانون المنافسة والممارسات التجارية، منشورات بغدادي، الجزائر، 2010، ص88 وما يلها.

[20] المرسوم التنفيذي رقم 468/05 المؤرخ في 10 ديسمبر 2005، المحدد لشروط تحرير الفاتورة وسند التحويل ووصل التسليم والفاتورة الإجمالية وكيفيات ذلك، الجريدة الرسمية العدد 80، الصادرة في 11 ديسمبر 2005.

[21] تنص المادة 33 من القانون رقم 02/04 على أنه: "دون المساس بالعقوبات المنصوص عليها في التشريع الجبائي، تعتبر عدم الفوترة مخالفة لأحكام المواد 10 و11 و13 من هذا القانون، ويعاقب عليها بغرامة بنسبة 80% من المبلغ الدي كان يجب فوترته مهما بلغت قيمته"، كما تعتبر فاتورة غير مطابقة طبقا لنص المادة 34 من نفس القانون، كل مخالفة لأحكام المادة 12 من هذا القانون.

[22] أنظر المادة 25 من القانون 05/18 السالف الذكر.

[23] وقد صدر المرسوم التنفيذي رقم 89/19 المؤرخ في 05 مارس 2019، يحدد كيفيات حفظ سجلات المعاملات التجارية الإلكترونية وإرسالها إلى المركز الوطني للسجل التجاري، الجريدة الرسمية العدد 17، الصادرة في 17 مارس 2019.

ماهية الأدلة الالكترونية في الاثبات الجنائي

د/ سعود أحمد
جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي (الجزائر)
ahmedsaoud5025@yahoo.com

د/ شنوف بدر
جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي (الجزائر)
baderchennouf@yahoo.com

ملخص:

تُعالج هذه الورقة البحثية التطرق للأدلة الالكترونية في الاثبات الجنائي، التي فرضتها مواكبة التطور التكنولوجي الرقمي، وعجز الوسائل والطرق التقليدية في التصدي للجرائم الالكترونية، لا سيما عجزها في إثبات الجرائم المستحدثة التي خرجت عن شكلها التقليدي وتتبع مرتكبيها المحترفين المستعملين أحدث الوسائل العلمية في ارتكابهم لجرائمهم، حيث تهدف الدراسة التطرق إلى مفهومها ومعرفة القيمة القانونية للأدلة الالكترونية في اثبات الجريمة بمختلف أشكالها.

الكلمات المفتاحية: الجريمة المعلوماتية، الدليل الالكتروني، الاثبات الجنائي.

مقدمة:

من المعلوم بأن العالم شهد تطور ونقلة تكنولوجية كبيرة جدا، أثّرت بشكل مباشر على مختلف مناحي الحياة، منها ما هو ايجابي قدّمت من خلاله الايجابيات الكثيرة في مختلف الأصعدة الاقتصادية منها والاجتماعية وغيرها، ومنها - مع الأسف - ما هو سلبي، إذْ ترّتب على هذا التطور التكنولوجي عديد السلبيات، منها التطور في مجال الاجرام، فبزيادة التطور المعلوماتي تطورت معه الجريمة،

حيث لم تصبح الجريمة كسابق عهدها يستعمل مرتكبوها وسائل تقليدية لارتكابها، بمعنى أنها خرجت من النمط التقليدي، متجهة الى الحداثة والتعقيد، فلمواكبة التطور التكنولوجي حتّم على مرتكبيها استعمال وسائل وأساليب اجرامية متطورة، إذْ يُعتبر الفضاء الالكتروني البيئة الخصبة لارتكاب الجرائم الخطيرة وبأساليب أحدث وأخطر، التي يُصطلح عليها بالجرائم الالكترونية المنتشرة انتشارا كبيرا في مجال المعلوماتية، التي تسببت في تهديدات حقيقية وخطيرة جدا على أفراد المجتمع، إنْ على مستوى حياتهم أو أموالهم ... الخ،

فإن بتطور الجريمة، صعّب معها الحد أو على الأقل التقليل من الاجرام التكنولوجي ومتابعة مرتكبيها المحترفين باتباع الاجراءات التقليدية، كوسائل الاثبات التقليدية التي أثبتت عدم جدواها وعدم فعاليتها وعجزها عن كشف الجريمة وملاحقة مرتكبيها ومتابعتهم جزائيا، حينها أصبح من الصعب إثبات الجريمة،

بالتالي لتحقق العدالة واستقرار المجتمع وجب مواكبة التطور الاجرامي التكنولوجي، بالعمل على تطوير واستحداث وسائل وطرق اثبات جنائية حديثة معاصرة تتلاءم مع الجرائم الالكترونية، فمن بين هذه الأدلة المستحدثة، الدليل الالكتروني،

الأمر الذي حتّم على التشريعات الجنائية، الذي من بينها المشرّع الجزائي الجزائري في سبيل الحد والتصدي للإجرام الالكتروني تعديل وتطوير تشريعاتها النصّ عليها، فمواكبة للمستجدات المستحدثة في الاجرام

الالكتروني، عمد المشرّع الجزائري التدخل بتحيين النظام القانوني العقابي أو الاجرائي ذا الصلة، باستحداث والنصّ على الأدلة الالكترونية واعتبارها كوسيلة اثبات في المواد الجزائية يستند إليها القاضي الجزائي في الفصل في القضايا المطروحة أمامه.

وللتوسع أكثر في موضوع المداخلة "ماهية الأدلة الالكترونية في الاثبات الجنائي"، وجب الإجابة على التساؤلات الفرعية التالية:

- ما مفهوم الدليل الإلكتروني؟
- ما مدى حجية الدليل الالكتروني في الاثبات الجنائي؟

وللإجابة على ما تقدم قسمنا دراستنا على مبحثين، هما:

المبحث الأول: مفهوم الدليل الالكتروني

المبحث الثاني: القيمة القانونية للدليل الالكتروني في الاثبات الجنائي

المبحث الأول

مفهوم الدليل الالكتروني

يُعتبر الاثبات من بين المسائل المهمة والقديمة جدا قدم المعاملات بين الأشخاص، حيث يلجأ إليه الشخص على سبيل المثال لإثبات حقوقه أو أن ينفي عنه ما أُتهم به، كما أنه تتضح أهميته جليا في عدم تمكن صاحب الحق من حقه حالة عدم تقديم دليل الاثبات على حقه عند النزاع، فإن هو أقامه أعطي له، وإن تعذر عليه إقامة الدليل أو قدمه ولم يكن مقنعا لدى القاضي حُرم من حقه،

وعليه من بين إقامة الحقوق إثباتا أو نفيا تقديم لدليل الإلكتروني خاصة في مجال الاثبات المواد الجزائية، وخصوصا في الجرائم الالكترونية،

لمعرفة والوقوف على الدليل الالكتروني أكثر، وجب التطرق لتعريف الدليل الالكتروني في المطلب الأول، وخصائصه في المطلب الثاني

المطلب الأول: تعريف الدليل الالكتروني

يُعتبر الدليل الالكتروني من بين وسائل الاثبات المستحدثة في المواد الجزائية المُعِدة لمجابهة والتصدي للجرائم الالكترونية بكشفها وتتبع المجرمين الذين ارتكبوها، الذي اعتمدت عليه عديد التشريعات في أنظمتها القانونية، وفيما يلي نقوم بتعريفه من النواحي التالية الذكر:

الفرع الأول: التعريف اللغوي للدليل الالكتروني

يُقصد بالدَّلِيلُ لُغةً: الأمارَةُ في الشَّيءِ، وهو ما يُستَدَلُّ بِهِ، ويأتي بِمعنى الدَّالِّ، وقيلَ: هو المُرشِدُ والمُوضِّحُ والمُبَيِّنُ، وأصلُ الكلِمَةِ يدلُّ على إبانَةِ الشَّيْءِ بِأمارَةٍ تَتَعَلَّمها، يُقال: دَلَّهُ على الطَّرِيقِ، يدُلُّهُ، دَلالَةً: إذا أرشَدَهُ. والجمع: أَدِلَّة[1]،

كما يُعرّف بأنه المرشد وما يستند به، ويقصد به، أيضا، البرهان والحجة[2]، و هو المرشد و ما يتم به الإرشاد، وما يستدل به، و الدليل الدال، و الجمع أدلة و كذلك يعني تأكيد الحق بالبينة، و البينة هي الدليل أو الحجة أو البرهان [3].

ويُقال: استدلَّ على الشَّيءِ: تعرَّف عليه، وتوصَّل إلى حقيقته، والدَّلِيل برهانٌ[4]،

ويُعرّف كذلك: بأنه ما يلزم من العلم به على الشيء الأخر، و غايته أن يتوصل العقل إلى التصديق اليقين لما كان يضن في صحته، بمعنى أنه الطريقة التي يستعين بها القاضي للحصول على الحقيقة التي ستدل بها[5].

الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي

تتعدد تعريفات الدليل الالكتروني نوجز منها ما يلي: "هي معلومات يقبلها العقل والمنطق ويُصدقها العلم، يتم الحصول عليها بإجراءات قانونية وعلمية بترجمة البيانات الحسابية المخزنة في أجهزة النظم المعلوماتية وملحقاتها وشبكات الاتصال ويمكن استخدامها في أي مرحلة من مراحل التحقيق أو المحاكمة لإثبات حقيقة فعل أو شيء أو شخص له علاقة بالجريمة"[6].

كما تعدّدت التعريفات التي عُنيَت بالدليل بين الإطلاق والتّقييد، فالدليل عامة "هو الذي يلزم من العلم به العلم بشيء آخر"[7]، وغايته أن يتوصّل العقل إلى التصديق اليقيني فيما كان يشكّ في صحّته، أي هو ما يُمكن التوصُّل به إلى معرفة الحقيقة[8]، فهو الوسيلة التي يستعين بها القاضي لتكوين قناعته الشّخصية بُغية الوصول إلى الحقيقة وتحقيق العدالة.[9]

أما على وجه الخصوص فمن بين التعريفات فقد عُرّف الدليل الرقمي بأنه: "مجموعة البيانات والمعطيات المأخوذة من العالم الافتراضي التي يمكن إعدادها وتجميعها وتخزينها وتحليلها إلكترونيا باستخدام برامج وتطبيقات خاصة لتظهر في شكل صور أو تسجيلات صوتية أو مرئية"[10].

كما يُعرّف الدليل الإلكتروني أيضا على أنه "الدليل المأخوذ من أجهزة الحاسب الآلي ويكون في شكل مجالات أو نبضات مغناطيسية أو كهربائية، مُمكن تجميعها وتحليلها باستخدام برامج وتطبيقات وتكنولوجيا خاصة، ويتم تقديمها في شكل دليل يمكن اعتماده أمام القضاء."[11].

وعليه تُعرّف الأدلة الجنائية وتعرّف الأدلة الجنائية الرقمية بأنها: جميع البيانات الرقمية التي يمكن أن تثبت بأنّ هناك جريمة ارتكبت أو توجد علاقة بين الجريمة والجاني أو علاقة بين الجريمة والمتضرر منها، أو تنفي وجود علاقة بين الجريمة والجاني.

مما تقدم يُمكننا القول بأن الدليل الالكتروني هو تلك البيانات والمعطيات المسجلة على وسائط غير ورقية مأخوذة من العالم الافتراضي، يمكن رؤيتها أو سماعها عن طريق شاشة جهاز الكمبيوتر أو الهاتف بعد استخدامه وتحليله وقراءته، كما يمكن نقله ليُقدم كدليل إثبات أو نفي يُمكن اعتماده أمام القضاء، ليستعين به القضاء في سبيل الوصول للحقيقة المنشودة، وبالتالي تحقيق العدالة.

المطلب الثاني: خصائص الدليل الالكتروني

يتميز الدليل الالكتروني بعدة خصائص تجعله يتميز عن غيره من باقي الأدلة المعدة للإثبات لا سيما في الاثبات الجنائي، يكتسبها من البيئة المستخرج منها وهي العالم الافتراضي الرقمي، لأن الإثبات في المواد الجزائية له من الأهمية بما كان في سبيل اظهار الحقيقة، التي تظهر أهميته جليا في جميع مراحل الدعوى العمومية، حيث نوجز خصائصه فيما يأتي:

الفرع الأول: الدليل الجنائي الإلكتروني دليل علمي (تقني وفني)

الدليل الإلكتروني يختلف عن الدليل المادي التقليدي، لا يتم استخلاصه بمجرد النظر والاطلاع عليه، فالتعامل معه يحتاج إلى الاستعانة بخبراء وفنيين فالتقنية ليست مثل الاعتراف أو البصمة أو أي دليل من الأدلة المادية الكلاسيكية، وهو ما يمكن الاستناد إليه في بناء الحكم القضائي،

فالأدلة الجنائية الالكترونية مبناها علمي أي أنه يتكون من معطيات الكترونية غير ملموسة، من حيث أن منشأ العالم الافتراضي علمي ،وهذه الخاصية مفادها أن الدليل الإلكتروني لا يمكن الحصول عليه ولا الاطلاع على فحواه إلا باستخدام الأساليب العلمية[12]، بمعنى أنها أدلة علمية تُستخلص من طرف التقنيين والخبراء من خلال ما توصلوا إليه من قراءتهم وتحليلهم للمعطيات والبيانات المستمدة من البيئة الرقمية، معتمدين للحصول عليها باستخدام البرامج والتطبيقات العلمية المتماشية مع هاته الأدلة لتقديمها كدليل اثبات أمام القضاء، كما تفيد هذه الخاصية عند التطرق لمسألة حفظ الدليل أن تبنى عملية الحفظ على أسس علمية وذلك لأن تحرير محضر يتناول دليل علمي يختلف عن تحرير محضر يتناول جريمة عادية[13].

مما تقدم، فإنّ الدّليل العلمي الرقمي يقوم على أسس علمية دقيقة جعلته يكتسب مكانة كبيرة في الإثبات الجنائي وذلك نظرا للأسباب التي نوجز منها ما يلي[14]:

- الثقة التي اكتسبها الحاسوب والأنترنت والكفاءة المحققة من طرف النّظم الحديثة للمعلوماتية في مختلف المجالات، كذلك ارتباط الأدلّة الجنائية الالكترونية وآثارها بالجريمة موضوع المحاكمة.
- وضوح الأدلّة الالكترونية ودقتها في إثبات العلاقة بين الجاني والمجني عليه أو بين الجاني والسّلوك الإجرامي.
- إمكانيّة تعقّب آثار الأدلّة الالكترونية والوصول إلى مصادرها بدقّة.

إضافة لاعتبار أن الدليل الالكتروني في الاثبات الجنائي علمي، كذلك هو دليل تقني يتم استنباطه من البيئة التقنية، وعليه يقع على عاتق الخبراء والتقنيين أخذ الحيطة والحذر في نقلهم وتحليلهم للمعطيات والبيانات لاعتماد آرائهم أخيرا في الأخذ بالدليل، وإلاّ ستنقلب الحاجة الى الدليل من الأثر الايجابي إلى الأثر السلبي، مما يؤدي إلى فقد حجية الدليل الالكتروني وضياعه، مما يترتب عليه غياب الحقيقة وانكارها، وبالتالي عدم استقرار المجتمع لعدم كشف الجريمة وملاحقة مجرميها.

الفرع الثاني: الدليل الجنائي الرقمي متطور

كما أسلفنا سابقا أن بسبب التطور التكنولوجي تطورت معه أساليب وطرق ارتكاب الجرائم، لاسيما ما تشهده الجرائم الإلكترونية من تطور منقطع النظير، الأمر الذي تحتم معه بوجوب تطور الأدلة لا سيما الدليل الإلكتروني من حيث التعدد والتنوع ولهذا تحتاج البرامج الإلكترونية لحماية تقنية بإحاطة البيانات المخزنة على صفحاتها بسياج من الحماية الفنية لمنع التسلل غير المشروع إليها لتدميرها أو تبديلها أو الاطلاع عليها أو نسخها[15].

حقيقة هذا ما هو موجود على مستوى الواقع العملي، فالدليل الالكتروني له سرعة فائقة في التنقل من مكان لآخر عبر شبكات الاتصال المختلفة غير معترفا بزمان. إذْ له خاصيه القابلية للنسخ، بمعنى امكانية النسخ من الدليل عدة نسخ مطابقة للأصل ولها نفس القيمة العلمية، الخاصية التي لا تتوافر في غيره من الأدلة التقليدية.

المبحث الثاني

القيمة القانونية للدليل الالكتروني في الاثبات الجنائي

بعد ما تطرقنا في المبحث الأول للتعريف بالدليل الالكتروني والتطرق لخصائصه، وجب التطرق للقيمة القانونية للدليل الالكتروني، وهذا بالحديث عن التكييف القانوني للدليل الالكتروني في الاثبات الجنائي في المطلب الأول، أما حجية الدليل الالكتروني نتطرق اليها في المطلب الثاني.

المطلب الأول: التكييف القانوني للدليل الالكتروني في الاثبات الجنائي

من دون شك، لقد اختلف وجهات نظر الفقه ومن خلاله مختلف التشريعات في التكييف القانوني للدليل الالكتروني في الاثبات الجنائي، إذْ اختلفوا حول موقع ومكانته بين الأدلة الجنائية، فمنهم من أعتبره كدليل مادي، شأنه كبقية الأدلة الجنائية، ومنهم من اعتبره ذو طبيعة خاصة، يختلف عن بقية الأدلة الجنائية، وهذا ما سنوضحه في الفرعيين التاليين.

الفرع الأول: الدليل الالكتروني دليل مادي:

يرى أصحاب هذا الرأي أن الدليل الالكتروني هو عبارة على دليل كبقية الأدلة، تطور مع تطور مناحي الحياة المختلفة، حيث ما هو إلا مرحلة متقدمة من الأدلة المادية، التي يستطيع الانسان إدراكها بحواسه الطبيعة، فالأدلة المادية في نظرهم سيان إما تكون في شكل كتابة أو رسم على أوراق، وإما أن تكون إلكترونية كالأشرطة و الاقراص الممغنطة و غيرها من الأشكال الالكترونية غير التقليدية[16].

الفرع الثاني: الدليل الالكتروني دليل ذو طبيعة خاصة:

يرى أصحاب هذا الرأي بأن الدليل الالكتروني ذو طبيعة خاصة يختلف عن باقي الأدلة الجنائية، باعتباره دليل جديد، أدخلته التكنولوجيا لضرورة مجابهة تطور الاجرام المعلوماتي، ليُضاف إلى أنواع الأدلة الجنائية التقليدية المعروفة والمعهودة لدى المشتغلين في مجال القضاء ويُقدم العون في متابعة مرتكبي الجرائم المعلوماتية،

إذّ يُعتبر هذا الرأي أرجح من الذي سبقه، لما يتميز به الدليل الإلكتروني من خصائص تميزه عن غيره التي من بينها أنه علمي ومتطور، ناهيك على أنه صعب الاتلاف، كيف لا وأنه يتعلق بالنظم المعلوماتية بشكل عام، كالحاسوب والهاتف و النظم المعلوماتية، كما تُعتبر المعلومات التي يحتويها ذات أهمية كبيرة، تساعد في إثبات أو نفي الجريمة المعلوماتية[17].

المطلب الثاني: حجية الدليل الالكتروني في الاثبات الجنائي

تُعتبر مسألة إثبات الوقائع الاجرامية من بين أهم المسائل في المواد الجزائية بشكل عام، وعلى ذات المنوال، تُعتبر مسألة حجية الدليل الالكتروني باعتباره أحد وسائل الاثبات المهمة لا سيما في الجرائم المعلوماتية، وجب التطرق لموقف المشرّع الجزائري في الأخذ بالدليل الالكتروني كدليل اثبات في المواد الجزائية، إضافة إلى تقييمه ومعرفة مدى نجاعته واعتباره كدليل إثبات في مجابهة الجرائم الالكترونية.

الفرع الأول: موقف المشرّع الجزائري في الأخذ بالدليل الالكتروني في الاثبات الجزائي

من خلال استقرائنا للنصوص القانونية ذات الصلة، المتعلقة بالإثبات في المواد الجزائية، تبين جليا بأن المشرّع الجزائري أخذ بنظام الإثبات الحر، وهو المسلك الذي أخذ به المشرع الفرنسي،

حيث يؤكد هذا المبدأ على تكريس مبدأ الاقتناع الشخصي للقاضي، الأمر الذي جسّده حقيقة المشرّع الجزائري من خلال نص المادة 212 من قانون الإجراءات الجزائية[18] التي تنص على أنه": يجوز إثبات الجرائم بأي طريق من طرق الإثبات ماعدا الأحوال التي ينص فيها القانون على غير ذلك، وللقاضي أن يصدر حكمه تبعا لاقتناعه الخاص..."، وفي ذات السياق ما أورده المشرّع الجزائري في نص المادة 307 قانون الاجراءات الجزائية على نفس المبدأ الذي يتلوه الرئيس قبل مغادرة جلسة المحكمة باتجاه غرفة المداولة.." إن القانون لا يطلب من القضاة أن يقدموا حسابا عن الوسائل التي بها قد وصلوا إلى تكوين اقتناعهم، ولا يرسم لهم قواعد بها يتعين عليهم أن يخضعوا لها على الأخص تقدير تمام أو كفاية دليل ما، ولكنه يأمرهم أن يسألوا أنفسهم في صمت وتدبر، وأن يبحثوا بإخلاص ضمائرهم في أي تأثير قد أحدثته في إدراكهم الأدلة المسندة إلى المتهم وأوجه الدفاع عنها ولم يضع لها القانون سوى هذا السؤال الذي يتضمن كل نطاق واجباتهم ،هل لديكم اقتناع شخصي؟".

وباستقراء نص المادة 212 السالف الذكر، يتبين امكانية الأخذ بالدليل الالكتروني لاعتباره أحد أدلة الإثبات في المواد الجزائية، كما نجدها بأنها أوردت استثناء بعدم جواز إثبات جميع الجرائم بأي طريق من طرق الإثبات، في نصّها" ... ماعدا الأحوال التي ينص فيها القانون على غير ذلك ..."، إذ يعني بأنه في بعض الجرائم الواردة على سبيل الحصر، قيّد فيها المشرّع الجزائري القاضي الجزائي بضرورة الأخذ بنظام الإثبات المقيد، إذْ ورد هذا الاستثناء في بعض الجرائم المحددة حصرا بموجب القانون، كجريمة الزنا المنصوص عليها بالمادة **339** من قانون العقوبات[19]، حيث حددت المادة **341** من نفس القانون على سبيل الحصر الأدلة المثبتة لها.[20]

حيث أكّد المشرع الجزائري صراحة بموجب النصوص القانونية على حجية الدليل الالكتروني، وذلك فيما أورده في نص المادة 56 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته [21] رقم 01/06، حيث أقرّ أن الأدلة المتحصل عليها بموجب الأساليب الخاصة للتحري الواردة في نص المادة السالف الذكر التي من بينها الترصد الالكتروني لها حجيتها في الإثبات، وهو ما يوضح اعتراف المشرع الجزائري بحجية الدليل الالكتروني وقوته الثبوتية [22].

فمما تقدم، يتبين أنّ موقف المشرّع الجزائري من الأدلة الجنائية الرقمية، انطلاقا من النصوص السالفة الذكر أجاز فيها المشرع كأصل عام إثبات الجرائم بأي طريق من طرق الإثبات، ومنح من خلالها للقاضي الحرية في تقدير الدليل بناء على اقتناعه الشخصي، وجعل الاستثناء في تقديم أدلة على سبيل الحصر في بعض الجرائم.

كما أنه تجدر الإشارة، بأن الأدلة الجنائية الالكترونية يدعمها في الغالب رأي الخبير، حيث أنّ الخبرة في المواد الجنائية خاصة في المجال الالكتروني لها دور كبير في الكشف عن الأدلّة وفحصها وتقييمها وعرضها أمام المحاكم وفق شروط وقواعد نظّمها القانون وأقرّها القضاء، ومن هنا فإنّ الكلمة الفصل في القيمة العلمية للدّليل الالكتروني ترجع أساسا للخبير الذي يُعتبر مساعدا مهما للقاضي، الذي لا يمكنه أن يضع نفسه مكان الخبير ولا يمكنه طرح رأيه إلّا لأسباب سائغة ومقبولة، إذ يذهب اتجاه عريض من الفقه الجنائي في هذا الصّدد إلى القول أنّ الأدلّة الرقمية تتمتّع بحجيّة قاطعة في الدّلالة على الوقائع التي تتضمّنها التي لا يملك القاضي الفصل فيها لأنّها مسألة فنّيّة والقول فيها هو قول الخبرة دون سواهم[23].

الفرع الثاني: تقييم الدليل الالكتروني في الاثبات الجنائي

إن المتتبع لرأي غالبية التشريعات في مسألة الإثبات الالكتروني في المواد الجزائية، نجدها سكتت عن ذلك، وهي بذلك لم تتطرق لبيان أهمية الدليل المستمد من الأجهزة الالكترونية في الاثبات عدا القليل من التشريعات نجدها تحدثت على ذلك.

وبالمقابل نجد أن غالبية الفقهاء، اهتموا بالدليل الالكتروني، فمنهم من ذهب إلى تفضيله عن أدلة الإثبات الأخرى لصعوبة المساس به أو العبث فيه، فبعض الأدلة الالكترونية يصعب التزوير فيها أو تقليدها إن لم نقل استحالة ذلك وهو الأمر الذي يمنحها قوة اثباتية أكبر من الأدلة الأخرى [24].

بالنسبة للمشرع الجزائري فقد عبّر صراحة بموجب النصوص القانونية على حجية الدليل الالكتروني، و ذلك – ذكرنا آنفا - فيما أورده في نص المادة 56 من قانون الوقاية من الفساد و مكافحته رقم 06_01 ،

حيث أقّر أن الأدلة المتحصل عليها بموجب الأساليب الخاصة للتحري الواردة في نص المادة و من بينها الترصد الالكتروني لها حجيتها في الإثبات، و هو ما يوضح اعتراف المشرع الجزائري بحجية الدليل الالكتروني و قوته الثبوتية.

وبما أن الدليل الالكتروني تطبيق من تطبيقات الدليل العلمي، ذلك بما يتميز به من موضوعية وحياد وكفاءة مما يجعل اقتناع القاضي الجزائي أكثر جزما ويقينا كما يساعده على التقليل من الأخطاء القضائية والاقتراب إلى العدالة بخطوات أوسع والتوصل إلى درجة أكبر نحو الحقيقة، ورغم ذلك فان الدليل الالكتروني لا يحظ أمام القاضي الجنائي بقوة إثبات حاسمة وإنما هو دليل لا تختلف قيمته ولا تزيد حجيته عن سواه[25].

الخاتمة:

من خلال هذه الدراسة المتعلقة بماهية الأدلة الالكترونية في الإثبات الجنائي، أن الدليل الالكتروني له أهمية كبيرة جدا في إثبات الجرائم الالكترونية ونسبتها إلى مرتكبيها، غير أن هذا الدليل يمكن استخدامه كذلك في إثبات أو نفي الجرائم التقليدية أيضا، كما لو كانت هناك رسالة الكترونية تحمل اعترافا للجاني بارتكابه جريمة قتل مثلا، فهناك العديد من الجرائم المرتكبة في البيئة التقليدية في الواقع العملي تم اكتشافها عن طريق شبكة الانترنت،

وصلنا إلى عديد النتائج، نذكر منها ما يلي:

- إن الدليل الالكتروني ظهر نتيجة تطور الجريمة باستخدام الوسائل العلمية والتكنولوجية، فهو ضرورة حتمية لمواجهة هذا النوع من الإجرام.
- الدليل الإلكتروني ذو طبيعة علمية وتقنية بالدرجة الأولى
- أن الدليل الالكتروني يخضع كغيره من أدلة الإثبات الجنائي لمبدأ حرية الإثبات وحرية اقتناع القاضي الجنائي فكل أنواع الأدلة متكافئة من حيث القيمة القانونية، فهي تخضع للسلطة التقديرية للقاضي الجنائي، وأن القيمة العلمية للدليل الالكتروني لا تكفي وحدها لتكوين قناعة القاضي الجنائي، بل لا بد من التأكد من مشروعيتها للأخذ بها.

فمن خلال ما تقدم من نتائج وغيرها يمكننا تقديم التوصيات التالية:

- التركيز على الجانب الوقائي بنشر الوعي لدى أفراد المجتمع من مخاطر تكنولوجيا المعلومات والاستخدام السيئ لها.
- الاهتمام أكثر بالتأهيل البشري وتكوين المتخصصين بدورات فنية متخصصة في مجال التعامل مع الأدلة العلمية الحديثة بشكل احترافي في مكافحة الجرائم المعلوماتية بدءا من الضبطية القضائية وصولا إلى تكوين قضاة التحقيق والحكم.
- دعوة المشرع الجزائري إلى اعتماد الدليل الالكتروني كدليل إثبات قطعي لا يقبل التشكيك ولا يطعن فيه إلاّ بعدم المشروعية.

الهوامش:

(1) محمد بن مكرم بن على، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعى الإفريقي(ت711ه)، لسان العرب، دار صادر، بيروت، الطبعة الثالثة: 1414ه، ج11، ص247 وما بعدها.

(2) ابراهيم مصطفى، المعجم الوسيط، الطبعة الثالثة، مجمع اللغة العربية، القاهرة سنة1998، ج 1، ص294.

(3) جميل صليبا، المعجم الفلسفي للمصطلحات القانونية، دار المناهج للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 1990، ص 23.

(4) أحمد مختار عبد الحميد عمر(ت1424ه)، معجم اللغة العربية المعاصرة، بمساعدة فريق عمل، عالم الكتب، الطبعة الأولى: 1429ه/2008م، ج1، ص ص 763، 764.

(5) منصور عمر المعايطة، الادلة الجنائية والتحقيق الجنائي، ط1، دار الثقافة والنشر والتوزيع، الأردن، سنة2007، ص18.

(6) طارق محمد الحملي، الدليل الرقمي في مجال الإثبات الجنائي، بحث مقدم إلى المؤتمر المغاربي الأول حول المعلوماتية والقانون، المنظم من طرف أكاديمية الدراسات العليا، طرابلس في الفترة الممتدة من 29/28 أكتوبر 2009، الصفحة 06.

(7) علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني(ت816ه)، التعريفات، تحقيق: ضبطه وصحّحه جماعة من العلماء بإشراف الناشر، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، الطبعة الأولى: 1403ه/1983م، ص104.

(8) أحمد أبو القاسم، الدليل الجنائي المادي ودوره في إثبات جرائم الحدود والقصاص، المركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب بالرياض، الرياض، ج1، 1414ه/1993م، ص ص177-178.

(9) عائشة بن قارة مصطفى، حجية الدليل الالكتروني في مجال الإثبات الجنائي في القانون الجزائري والقانون المقارن، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص51.

(10) محمد الأمين البشري، تأهيل المحققين في جرائم الحاسب الآلي وشبكات الأنترنيت، بحث مقدم في الحلقة العلمية بعنوان "الأنترنيت والإرهاب"، المنظمة من طرف جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية بالتعاون مع جامعة عين الشمس بدبي في الفترة الممتدة من 19/15 نوفمبر 2008، ص 25.

(11) ممدوح عبد الحميد عبد المطلب، البحث والتحقيق الجنائي الرقمي في جرائم الحاسب الآلي والإنترنت، دار الكتب القانونية، مصر، 2006، ص88.

(12) فتحي محمد أنور عزت، الأدلة الإلكترونية في المسائل الجنائية والمعاملات المدنية والتجارية، الطبعة الأولى، دار الفكر القانوني، مصر،2010، ص 648.

(13) عمر محمد بن يونس، الدليل الرقمي، ندوة الدليل الرقمي، جامعة الدول العربية، القاهرة، مصر، يومي 06/05 مارس 2006، ص ص 07- 08.

(14) نعيم سعيداني، آليات البحث والتّحري عن الجريمة المعلوماتية في القانون الجزائري، رسالة ماجستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2012-2013، ص 221.

(15) علي عبد القادر القهوجي، الحماية الجنائية لبرامج الحاسب الآلي، جامعة الإسكندرية، مصر، العدد 24، مصر، 1992، ص ص 30،41.

(16) للتوسع أكثر، أنظر: محمود نجيب حسني، شرح قانون الاجراءات الجنائية، ط2، دار النهضة العربية، سنة1988، ص410.

(17) بن حميدوش نور الدين، مكانـة الدليل الالكتروني في الاثبات الجزائي، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد 04، العدد 02، المسيلة، جانفي2020، ص 197.

(18) الأمر رقم 155/66، المؤرخ في 08 يونيو 1966، المتضمن قانون الاجراءات الجزائية، المعدل والمتمم.

(19) الأمر رقم 156/66، المؤرخ في 08 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم.

[20] نصت المادة 341 من قانون العقوبات على أن: "الدليل الذي يقبل عن ارتكاب الجريمة المعاقب عليها بالمادة 339 يقوم إما على محضر قضائي يحرره أحد رجال الضبط القضائي عن حالة تلبس وإما بإقرار وارد في رسائل أو مستندات صادرة من المتهم وإما بإقرار قضائي".

[21] القانون رقم 01/06، المؤرخ في 20 فبراير 2006، المتضمن الوقاية من الفساد ومكافحته، المعدل والمتمم.

[22] نصت المادة 56 من القانون 06_01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته على أنه: "من أجل تسهيل جمع الأدلة المتعلقة بالجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، يمكن اللجوء إلى التسليم المراقب أو إتباع أساليب تحر خاصة كالترصد الالكتروني والاختراق ..... تكون للأدلة المتوصل إليها بهذه الأساليب حجيتها وفقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما".

[23] أحمد حسين، القناعة الذاتية للقاضي الجنائي بالدليل الرقمي، المجلّة المتوسطية للقانون والاقتصاد، المجلّد 05، العدد 01، 2020، ص 28.

[24] للتوسع أكثر أنظر: أبكر علي عبد المجيد أحمد، مدى حجية الوسائل العليمة الحديثة في الإثبات من منظور التشريعات السودانية، المجلة الأكاديمية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد الثاني، العدد الرابع، جامعة السودان، د.س.ن، ص592.

[25] عائشة بن قارة مصطفى، عائشة بن قارة مصطفى، حجية الدليل الالكتروني في مجال الإثبات الجنائي دراسة مقارنة، رسالة مقدمة للحصول على درجة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية ،2009، ص 158.

الدليل الإلكتروني ودوره في الإثبات الجنائي

د/ شملال عبد العزيز

جامعة العربي بن مهيدي بأم البواقي (الجزائر)

الايميل المهني: abdelaziz.chemlal @univ-oeb.dz

الايميل الشخصي: chemlalapc@yahoo.fr

****

ملخص:

تناوات هذه المداخلة حجية الدليل الالكتروني في المواد الجنائية مثلها مثل كافة وسائل الإثبات الأخرى المستعملة خلال مسار الدعوى العمومية، انطلاقا من المتابعة إلى غاية الفصل فيها بحكم بات، وعليه حاولنا أولا تحديد ماهية هذا الدليل الإلكتروني، ثم أبرزنا دوره في الإثبات الجنائي وهذا وفقا لما هو منصوص عليه في كل من قانوني العقوبات والإجراءات الجزائية الجزائريين تماشيا مع محاور الملتقى.

الكلمات المفتاحية: الإثبات، الدليل الإلكتروني، الجريمة، الدعوى العمومية، العقوبة.

Résumé:

Cette intervention évoque la preuve électronique en matière pénale, comme tous les autres moyens de preuve utilisés au cours du procès public, tout au long de l'action publique et à partir des poursuites jusqu'à la décision finale rendue, et c'est pour cela nous avons d'abord tenté de déterminer la définition de cette preuve électronique, puis nous avons mis en évidence son rôle dans la preuve pénale et ceci selon ce qui est stipulé à la fois dans le Code pénal algérien et le Code de procédure pénale, en cohérence avec les axes du forum,

les mots clés: Preuve, preuve électronique, crime, action publique, peine.

Abstract:

This intervention evokes electronic evidence in criminal matters, like all other means of evidence used during the public trial, throughout the public action and from the prosecution to the final decision rendered, and it is for We first tried to determine the definition of this electronic evidence, then we highlighted its role in criminal evidence and this according to what is stipulated in both the Algerian Penal Code and the Code of Criminal Procedure, in line with the axes of the forum.

keywords: proof, electronic proof, crime, public action, sentence.

مقدمة:

الإثبات هو الأساس في كل التحقيقات، ويبدأ هذا الأساس كما هو الحال في المواد الجنائية محل الدراسة، منذ وقوع الجريمة إلى غاية صدور الحكم البات فيها، وبالتالي فمنذ تحريك الدعوى العمومية تبدأ الضبطية القضائية أثناء التحقيقات الأولية البحث عن الأدلة التي سوف تقدم في ملف القضية أمام جهاز العدالة.

فلا يمكن أن يتم تحويل الملف إلى النيابة العامة في غياب السندات والأدلة القانونية، بالرغم من أن النيابة العامة تقوم بتكملة الأدلة والبحث عن أدلة جديدة أثناء التحقيق القضائي.

وبين هذه الأدلة تلك المتعلقة بالمجالات الإلكترونية التي ظهرت إلى الوجود مع الثورة المعلوماتية التي عرفها العالم، وبالتالي تستعمل هذه الأخيرة سواء في إثبات الجريمة أو نفيها، ومن هنا تتضح الأهمية الخاصة للأدلة الالكترونية أمام الأجهزة القضائية.

ولذلك أولت التشريعات المقارنة أهمية بالغة من خلال تحيين أنظمتها القانونية العقابية والإجرائية لإدخال الأدلة الإلكترونية ضمن وسائل الإثبات، وقد حذا المشرع الجزائري بذلك من خلال اعتماده لهذا النوع من وسائل الإثبات، سواء في قانون العقوبات أو قانون الإجراءات الجزائية.

وعليه جاءتنا فكرة إعداد هذه المداخلة للمشاركة معكم في ملتقاكم المقبل حول الإثبات الإلكتروني في المواد المدنية و الجزائية - بين الإطلاق و التقييد- و عنوانها: الدليل الإلكتروني و دوره في الإثبات الجنائي، وتندرج هذه المداخلة ضمن المحور الثالث بعنوان: الإثبات الإلكتروني في المواد الجنائية.

ولا يمكن التعمق في دارسة الجانب التقني للدليل الإلكتروني ودوره في الإثبات الجنائي، دون التعرض لماهيته، وهذا ما سوف نعمل على الوقوف عنده أثناء الدراسة، قبل التطرق لحجية هذا الدليل في الإثبات.

وتكون إشكالية المداخلة كما يلي: **ما مدى حجية الدليل الإلكتروني في الإثبات في المواد الجنائية؟**

للإجابة على هذه الاشكالية أخترنا خطة ممثلة في محورين رئيسين وهما:

- المحور الأول: ماهية الدليل الإلكتروني.
- المحور الثاني: حجية الإثبات الإلكتروني في المجال الجنائي.

المحور الأول

ماهية الدليل الإلكتروني

إن مسألة الإثبات بصفة عامة قديمة قدم المعاملات الإنسانية، بحيث لجأ إليها الإنسان منذ زمن بعيد للإثبات في كل المجالات، ولكن ونظرا لما تخلفه عن هذه المعاملات من مشاكل ومنازعات وخلافات قد تصل إلى استعمال العنف. هذه الوضعية دفعت إلى إيجاد طرق تعمل على إيقاف هذه المنازعات وحلها والوصول إلى الحقيقة المفقودة ولكن لابد من استعمال وسائل وقواعد إثبات للوصول إلى الغاية المنشودة، من خلال الكشف عن الحقيقة وإرجاع الأمور إلى نصابها وتنوعت هذه الوسائل وتباينت من حيث كيفيات استعمالها بين المسائل المدنية والجنائية، هذه الأخيرة التي تهمنا في هذه المداخلة. وللإثبات في المادة الجنائية أهمية كبيرة، لأنه يعتبر من الوسائل الضرورية والأدلة الدامغة التي تساهم في تكوين القناعة الشخصية للقاضي الجزائي حتى يتسنى له الفصل في القضية المطروحة أمامه، وبالتالي فيصدر حكما بناء على ما اقتنع به في موضوع القضية المعروضة أمامه، انطلاقا من مبدأ حرية القاضي في الإثبات والاقتناع. وعليه سوف نقف عند تعريف الدليل الالكتروني وأنواعه **(أولا)** ثم نحدد طبيعته القانونية **(ثانيا)**، ويكون ذلك فيما يلي:

أولا: تعريف الدليل الالكتروني وأنواعه:

الدليل الإلكتروني أو الدليل الرقمي هو الدليل الذي يؤخذ من الأجهزة الالكترونية مثل الكمبيوتر وهو يكون في شكل برامج تطبيقات وتكنولوجيا، وبالتالي فهو مكون إلكتروني و رقمي لتقديم معلومات في أشكال متنوعة مثل النصوص المكتوبة أو الصور أو الأصوات أو الأشكال والرسوم وذلك من أجل اعتماده أمام الأجهزة المعنية بتنفيذ وتطبيق القانون. وعليه سنتناول في هذا المحور الفرعي التعريف اللغوي والفقهي للدليل الالكتروني وكذا أنواعه ويكون ذلك فيما يلي:

1- التعريف اللغوي والفقهي للدليل الإلكتروني:

للوقوف على المفهوم الكامل للدليل الإلكتروني يستوجب علينا تعريفه من نواحيه: اللغوية، الفقهية والقانونية ويكون ذلك كما يلي:

1-1- التعريف اللغوي للدليل الإلكتروني:

يقصد بالدليل بصفة عامة - لغة - المرشد وما يستند به، ويقصد به، أيضا، البرهان والحجة[1]، وهو المرشد و ما يتم به الإرشاد، وما يستدل به، و الدليل الدال، و الجمع أدلة و كذلك يعني تأكيد الحق بالبينة، والبينة هي الدليل أو الحجة أو البرهان[2]. ويعرف كذلك بأنه ما يلزم من العلم به على الشيء الأخر، و غايته أن يتوصل العقل إلى التصديق اليقين لما كان يضن في صحته، بمعنى أنه الطريقة التي يستعين بها القاضي للحصول على الحقيقة التي ستدل بها[3].

أما الدليل الإلكتروني، فهو ذلك الدليل الذي يتم الحصول عليه من الأجهزة الإلكترونية، ويكون في شكل مجالات نبضات مغناطيسية أو كهربائية، يتم تحليلها بأساليب معينة، وينتج عن ذلك تبيان نصوص مكتوبة أو صور أو أشكال معينة يتم ربطها بين الجريمة والجاني والمجني عليه، كل ذلك بطرق لا تتعارض وأحكام القانون[4].

1-2- التعريف الفقهي للدليل الإلكتروني:

تعددت وتباينت التعاريف الفقهية للدليل الالكتروني لا يتسع المقام للتعرض لمجملها لكن سوف نقتصر ذكر البعض منها فيما يلي:

هو كل مسجل على وسائط غير ورقية، ويمكن رؤيته عن طريق شاشة جهاز الكمبيوتر أو سماعه و يمكن نقله[5]. و هو كل بيانات يمكن إعدادها، أو تخزينها في شكل رقمي، بحيث تمكن الحاسب الألي من إنجاز مهمة ما. وعرف كذلك على أنه:" المعلومات والبيانات ذات القيمة الاستقصائية، والمخزنة أو المنقولة على جهاز إلكتروني. وعرف كذلك بأنه الدليل الذي يجد له رجال الضبطية القضائية أساسا في العالم الافتراضي ويقود إلى الجريمة.

يعرف الدليل من الناحية القانونية بأنه: " إقامة البينة والحجة على شخص أمام القضاء و وفقا لأحكام القانون على واقعة قانونية متنازع عليها بين الخصوم[6].

2- أنواع الدليل الالكتروني:

بداية نشير إلى أن الأدلة الإلكترونية المستخرجة من الأنترنت، قد تكون مستخرجات ورقية يتم إنتاجها عن طريق الطابعات **((les imprimantes))**، أو مستخرجات لا ورقية لكنها إلكترونية كالأقراص المغنطة أو أسطوانات الفيديو أو الأقراص الضوئية و غيرها من الأشكال غير التقليدية، إضافة أن هناك نوع ثالث يتمثل في عرض المستخرجات المعالجة بواسطة الحاسوب. يمكن تقسيم الدليل الرقمي أو الالكتروني لنوعين رئيسين: -1أدلة أعدت لتكون وسيلة إثبات -2 .أدلة لم تعد لتكون وسيلة إثبات.

2-1- أدلة أعدت لتكون وسيلة إثبات:

وتتمثل في السجلات التي تم أنشاؤها بواسطة الآلة تلقائياً، وتعتبر هذه السجلات من مخرجات الآلة التي لم يساهم الإنسان في إنشائها مثل سجلات الهاتف وفواتير أجهزة الحاسب الآلي[7].

2-2- أدلة لم تعد لتكون وسيلة إثبات:

وهذا النوع من الأدلة الرقمية نشأ دون إرادة الشخص، أي أنها أثر يتركه الجاني دون أن يكون راغبا في وجوده، ويسمى هذا النوع من الأدلة بالبصمة الرقمية، وهي ما يمكن تسميه أيضا بالآثار المعلوماتية الرقمية، وهي تتجسد في الآثار التي يتركها مستخدم الشبكة المعلوماتية بسبب تسجيل الرسائل المرسلة منه أو التي يستقبلها وكافه الاتصالات التي تمت من خلال الآلة أو شبكة المعلومات العالمية[8].

ثانيا: التكييف القانوني للدليل الإلكتروني:

يثور التساؤل على موقع ومكانة الدليل الإلكتروني من بين الأدلة الجنائية الأخرى، فمنهم من أعتبره كدليل مادي، ومنهم من يراه له طبيعة خاصة ولكل من الرأيين حججهم وأسانيدهم في هذا التكييف وعليه نشير اليهما بإيجاز فيما يلي:

أ- الرأي الأول: الدليل الالكتروني دليل مادي:

أصحابه يرون أن الدليل الالكتروني ما هو إلا مرحلة متقدمة من الادلة المادية، و التي يستطيع الانسان إدراكها بحواسه الطبيعة، فهي إما تكون في شكل كتابة أو رسم على مخرجات ورقية، و إما أن تكون إلكترونية كالأشرطة و الاقراص الممغنطة و غيرها من الاشكال الالكترونية غير التقليدية، و إما أنها تتمثل في عرض مخرجات المعالجة بواسطة حاسوب على شاشة العرض[9].

ب- الرأي الثاني: الدليل الالكتروني دليل ذو طبيعة خاصة:

أصحابه يرون بأن الدليل الالكتروني ذو طبيعة خاصة تميزه عن باقي الادلة الجنائية، فهو دليل جديد يضاف إلى أنواع الادلة الجنائية المعروفة والمعهودة لدى المشتغلين في مجال القانون، وهو الرأي الراجح كما

قال الدكتور بن حميدوش نور الدين وأوافقه في ذلك، خاصة بالنظر للخصائص التي ذكرها و التي تميز هذا الدليل عن غيره لا يسمح المقام للتوسع فيها، و لكن نذكر منها: أنه ذو طبيعة مزدوجة، أن الدليل الالكتروني صعب الاتلاف، و كذلك أنه دليل متطور و متعدد الأشكال[10]. وكذلك نضيف بأنه ذو طبيعة معلوماتية يتعلق فقط بالحاسوب، الهاتف والنظم المعلوماتية بشكل عام، وأنه ذو قيمته استدلالية لما يحتويه من معلومات تساعد في إثبات أو نفي الجريمة المعلوماتية. ويقال عنه أنه دليل علمي ورقمي وذو طبيعة تقنية.

المحور الثاني

حجية الاثبات الالكتروني في المجال الجنائي

إن أهم مسألة في ميدان المواد الجزائية هي مسألة حجية إثبات الوقائع الإجرامية، ذلك أن الجريمة تمس أمن المجتمع ونظامه، فتنشأ عنها سلطة الدولة في متابعة الجاني لتوزيع الجزاء، وأنه ومع التطور الكبير والمتسارع الذي تشهده نواحي الحياة المختلفة، واستعمال التقنيات التكنولوجية في جميع مجالات العمل من استخدام للحاسوب والانترنت، لم تعد الجريمة ترتكب بشكلها التقليدي بل تعدته إلى استعمال شبكة المعلومات باستخدام الحاسب الآلي ونظم المعلومات كأداة في ارتكاب الجريمة، أو حتى تقديم مثل هذه الادلة الالكترونية كدليل الكتروني للإثبات أو النفي، وعليه سوف نتناول مشروعية الاثبات بالدليل الالكتروني **(أولا)**، وسلطة القاضي الجزائي في الاخذ بالدليل الالكتروني **(ثانيا)**، ويكون ذلك فيما يلي:

أولا: مشروعية الاثبات بالدليل الإلكتروني:

نتيجة للتطور التكنولوجي والذي تسبب في ثورة معلوماتية كبيرة لم يشهد العالم مثلها سابقا، الشيء الذي دفع بالتشريعات المقارنة أن تتحين مع هذه القفزة النوعية في نظم المعلوماتية، ونتيجة لذلك اعترف بالدليل الإلكتروني في الإثبات في كل المسائل ولا سيما في المحال الجنائي موضوع المداخلة.

وعليه أصبحت مستخرجات أنظمة البرمجة الألية وأنظمة المعالجة الألية لجميع البيانات المختلفة والمسجلة على أقراص أو دعائم بصفة عامة ممغنطة تستعمل كوسائل اثبات ومنها الجزائي لكن بالمقابل يترك الأمر للسلطة التقديرية للقاضي متى تكونت لديه قناعة شخصية من هذا الدليل الالكتروني أو الرقمي كما يلقب.

وقد أكدت شريعتنا الإسلامية السمحاء مشروعية الإثبات، فجاء في محكم تنزيله: ((يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُبْ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللهُ))[11]. وكذلك في قوله تعالى ونفس الآية والسورة: (وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ).

أما في فرنسا فقد اعترف بحجية الدليل الالكتروني الذي يجب أن تتوفر فيه شروط معينة ومقررة له سلفا حتى يقبل كوسيلة من وسائل الاثبات. كما يعتبر التشريع الفرنسي من أوائل التشريعات التي تبنت نظام الإثبات الحر، وذلك طبقا لما جاء في نص المادتين:304 و427 من قانون الإجراءات الجزائية، أماعن موقفه من الأدلة الجنائية الرقمية موضوع المداخلة، يمكن القول أن هذا النوع من الأدلة لا يثير أي صعوبة ما دام المشرع يتبنى نظام الإثبات الحر، سواء تعلق الأمر بمدى حرية تقديم هذه الأدلة لإثبات الجريمة المعلوماتية، أو بمدى حرية القاضي في تقديرها، وهو عكس التشريعات التي تتبنى نظام الإثبات المقيد (القانوني) مثل إنجلترا، والتي ألزمت باحترام طرق تقديم الدليل الجنائي الرقمي وإخضاعه لاختبارات الثقة[12].

ويتبين مما سبق أن المشرع الفرنسي قد اعتمد على الادلة الرقمية ولا سيما ما تعلق بمخرجات الأنظمة الالية ضمن ما يسمى بالأدلة العلمية إدراكا منه على قطعية نتائجها، لكن بشرط خضوعها لجملة من الضوابط أهمها أن يتم الحصول عليها بطريقة مشروعة ونزيهة، وأن يتم مناقشتها حضوريا من لدن جميع أطراف الدعوى العمومية.

أما المشرع الجزائري، أولا لقد أخذ بنظام الإثبات الحر شأنه كشأن المشرع الفرنسي، وذلك من خلال تكريس مبدأ الاقتناع الشخصي للقاضي[13]، وقد نصت المادة 212من قانون الإجراءات الجزائية على أنه ":يجوز إثبات الجرائم بأي طريق من طرق الإثبات ماعدا الأحوال التي ينص فيها القانون على غير ذلك، وللقاضي أن يصدر حكمه تبعا لاقتناعه الخاص..."، كما نصت أيضا المادة 307 من نفس القانون على نفس المبدأ بقولها: ..."إن القانون لا يطلب من القضاة أن يقدموا حسابا عن الوسائل التي بها قد وصلوا إلى تكوين اقتناعهم، ولا يرسم لهم قواعد بها يتعين عليهم أن يخضعوا لها على الأخص تقدير تمام أو كفاية دليل ما، ولكنه يأمرهم أن يسألوا أنفسهم في صمت وتدبر، وأن يبحثوا بإخلاص ضمائرهم في أي تأثير قد أحدثته في إدراكهم الأدلة المسندة إلى المتهم وأوجه الدفاع عنها ولم يضع لها القانون سوى هذا السؤال الذي يتضمن كل نطاق واجباتهم ،هل لديكم اقتناع شخصي؟".

والملاحظ على نص المادة**212 ق.إ.ج** بأنها أوردت استثناء بعدم جواز إثبات بعض الجرائم بأي طريق من طرق الإثبات، وهذا يعني أن المشرع في هذه الحالة قد أخذ بنظام الإثبات المقيد استثناء في بعض الجرائم المحددة حصرا بموجب القانون، ومثال ذلك جريمة الزنا التي نصت عليها المادة **339** من قانون العقوبات، والتي حددت المادة **341** من نفس القانون الأدلة المثبتة لها على سبيل الحصر[14].

لذا و بالرجوع إلى موقف المشرع الجزائري من الأدلة الجنائية الرقمية، وانطلاقا من نص المادة212 ق.إ.ج، والتي أجاز فيها المشرع إثبات الجرائم بأي طريق من طرق الإثبات، ومنح من خلالها للقاضي الحرية في تقدير الدليل بناء على اقتناعه الشخصي، بذلك يمكن القول أن المشرع سلك ما سلكه المشرع الفرنسي من خلال اعتبار الدليل الجنائي الرقمي مثل باقي الأدلة الجنائية الأخرى، وأن السلطة التقديرية التي يتمتع بها

القاضي تمتد لتشمل جميع الأدلة الجنائية بما فيها الأدلة الرقمية، وبالتالي فإن هذا النوع من الأدلة أيضا لا يثير إشكالا بالنسبة للمشرع الجزائري ما دام يعتنق حرية الإثبات، والقاضي مطالب فقط باحترام القواعد العامة المتعلقة بقبول الأدلة الجنائية و مناقشتها أمام القضاء، التي قد تأخذ شكل محاضر على إثر القيام بإجراء التفتيش أو اعتراض المراسلات مثلا، أو تأخذ أيضا شكل تقرير خبرة فنية بمناسبة معاينة أو فحص وتحليل الأدلة الجنائية الرقمية الناتجة عن أجهزة الحاسب الآلي وملحقاته.

وأما بالنسبة لتقارير الخبرة الفنية فإن المشرع الجزائري اعتبرها كذلك مثل باقي أدلة الإثبات من خلال خضوعها للسلطة التقديرية للقاضي، وهو ما أكدته المادة**215 ق.إ.ج** المذكورة أعلاه، لكن الطبيعة العلمية والتقنية للجريمة المعلوماتية غالبا ما تفرض على القاضي الاستناد عليها في تكوين اقتناعه الشخصي والتقيد بما توصل إليه الخبير(15)، بناء على أن القاضي لا يمكنه إدراك المبادئ العلمية للدليل الجنائي الرقمي بالرغم من تكوينه القانوني(16).

وعليه نصل في الأخير ولبيان سلطة القاضي في تقدير الأدلة الجنائية الرقمية يجب التمييز بين أمرين، الأمر الأول يتمثل في القيمة القاطعة للدليل، والأمر الثاني الظروف والملابسات التي وجد فيها هذا الدليل(17)، ومنه فتقدير القاضي لا يتناول الأمر الأول، وذلك لأن قيمة الدليل تقوم على أسس علمية دقيقة، ولا حرية للقاضي في مناقشة الحقائق العلمية الثابتة، وأما الظروف والملابسات التي وجد فيها هذا الدليل وأحاطت به، فإنها تدخل في نطاق تقديره الشخصي. لذا فالاعتماد على الأدلة الجنائية الرقمية والتعامل معها من طرف الهيئات القضائية الجزائية لا تثير أي إشكال قانوني مادام التشريعين الجزائري والفرنسي يتبنيان نظام الإثبات الحر، ومن جهة أخرى لا تثير أي إشكال تقني بسبب وضوح الأدلة الجنائية الرقمية ودقتها في الإثبات، زيادة على ذلك إمكانية تعقبها واستخلاصها والوصول إلى مصادرها بدقة، نظرا لقيامها على نظريات حسابية مؤكدة لا يشوبها أي شك، وهو ما يقوي من يقينيتها في الإثبات.

ثانيا: سلطة القاضي الجزائي في الأخذ بالدليل الالكتروني

إن سلطة القاضي في تقدير الدليل الالكتروني(الرقمي) يحكمه مبدأ الاقتناع الفضائي الذي يؤدي إلى نتيجتين مهمتين و هما: حرية القاضي في قبول الأدلة، وحريته كذلك في تقدير هذه الأخيرة، حيث يجوز له الاستناد إلى الدليل الإلكتروني لإثبات الجرائم خاصة الجرائم المعلوماتية، وذلك وفقا للنموذج القانوني للدليل الخاضع لتقدير القاضي، المحدد من طرف المشرع، فمتى توافرت شروط هذا النموذج طبقا لمبدأ الشرعية الاجرائية، فوجب على القاضي إخضاعه لعملية تقديره حسب قناعته الشخصية و بالتالي عليه أن يمارس سلطته التقديرية في ذلك للوصول إلى الحقيقة المفقودة. وإن كان هذا المبدأ قد منح سلطة واسعة وحرية كبيرة في تقدير الدليل إلا أنه وفي إطار مراقبته في استعماله لهذا المبدأ فقد وضع المشرع مجموعة من الضمانات حتى لا يتعسق في استعماله دون رقيب. وعليه سوف نتوقف عند حرية القاضي الجزائي في الاقتناع بالدليل

الالكتروني أولا، ثم سيكون لنا الحديث ثانيا حول الضوابط الواجب التقيد بها القاضي اثناء تقدير للدليل الالكتروني، ويكون ذلك كما يلي:

1- حرية القاضي الجزائي في الاقتناع بالدليل الالكتروني:

قبل الخوض في مسألة حرية القاضي الجزائي في الاقتناع بالدليل الالكتروني يستوجب علينا تعريفه، والذي أجمع بعض الفقهاء بأنه:" حالة ذهنية ذاتية تستنتج من الوقائع المعروضة على بساط البحث على احتمالات على درجة عالية من التأكد الذي تصل إليه نتيجة لاستبعاد أسباب الشك بطرقة جازمة وقاطعة"[18].

وعليه فاقتناع القاضي هو اعتقاد قائم على أدلة موضوعية، تمتاز بخاصية الذاتية " التي تختلف من قاضي إلى أخر"[19]، وذلك من خلال تفاعل ضمير القاضي واقتناعه بالدليل مع ما يقدم أثناء مناقشة هذه الأدلة وبالتالي الوصول التأكيد واليقين حتى يبني حكمه على الاثبات القطعي دون أية شائبة قد تؤدي إلى إبطاله. وعليه يجب التعرف على الأساس القانوني لهذا المبدأ وكذا مجال استعماله من طرف القاضي، ويكون ذلك فيما يلي:

1-1- الأساس القانوني لمبدأ الاقتناع الشخصي للقاضي الجزائي:

إن الأصل في الإنسان البراءة كمبدأ عام معترف به في كل المواثيق و العهود الدولية و كذا الشرائع السماوية المختلفة و من بينها شريعتنا السمحاء، و عليه لا يجوز للنيابة العامة أن تطلب من الإنسان إثبات براءته و لكن يجوز لها اتهامه و عليه تقديم ما يدحض هذه الاتهامات، و قد تم تجسيد هذا المبدأ في دساتير الجزائر المتعاقبة بتعديلاته المختلفة و أخرها لسنة 2020 من خلال نص المادة 41[20]، ثم جاء قانون الإجراءات الجزائية ناصا و بصراحة على مبدأ الاقتناع الشخصي للقاضي الجزائي في المادتين 212 و307[21]، مع العلم أن الاقتناع الشخصي للقضاة لا يخضع لرقابة المحكمة العليا. للإشارة أن هذا المبدأ جاء في قانون التحقيقات الجنائية الفرنسي القديم وفقا للمادة**342** منه، ثم في المادة353 من قانون الإجراءات الجزائية[22].

1-2- مجال استعمال لمبدأ الاقتناع الشخصي للقاضي الجزائي:

يتسع مجال استعمال لمبدأ الاقتناع الشخصي للقاضي الجزائي إلى شقين الموضوعي والشخصي يستوجب علينا الوقوف عندهما بنوع من الايجاز ويكون ذلك فيما يلي:

أ- النطاق الموضوعي لاستعمال لمبدأ الاقتناع الشخصي للقاضي الجزائي:

انطلاقا من الأدلة اليقينية الكافية التي يتحصل عليها القاضي اثناء المحاكمة والتي تمت مناقشتها وبالتالي يشكل قناعته الشخصية و يكون رأي معين بإدانة أو تبرئة المتهم و هذا الاقتناع هو موضوعي عليه تبيان مصادره، و يكون الحكم الذي يصدره القاضي هو حكم موضوعي وليس مجرد رأي لأنه قبل إصداره قام بتحليل الوقائع ووازن أدلتها[23].

ب- النطاق الشخصي لاستعمال لمبدأ الاقتناع الشخصي للقاضي الجزائي:

انطلاقا من تسميته النطاق الشخصي، يتضح لنا بأن القاضي عند استعماله لمبدأ القناعة سوف يعتمد أساسا على تقديره الشخصي في استخلاصه لحقيقة الواقعة المعروضة أمامه، و قد بحث الأدلة المؤدية إلى اثبات الحقيقة، وعليه فهو يملك سلطة واسعة في دراسة الأدلة المعروضة و مناقشتها واستنتاج و تكوين رأي يقيني مبني على اعتقاده الحسي الشخصي(24).

مع العلم أن هناك العديد من المظاهر التي تؤكد استعمال القاضي الجنائي لمبدأ الاقتناع الشخصي بالدليل المقدم أثناء المحاكمة و لا سيما الدليل الإلكتروني(الرقمي) موضوع المداخلة، و نشير إلى البعض منها و باختصار نظرا لضيق المجال، و منها: للقاضي الجزائي الحرية في استبعاد الأدلة و منها الدليل الإلكتروني، حريته المطلقة في الأخذ بهذا الدليل أو رفضه(25).

2- ضوابط القاضي الجزائي في تقدير الدليل الالكتروني:

انطلاقا مما سيق على أن تقدير الأدلة الجنائية ومنها الإلكترونية يرجع أساسا إلى القناعة الشخصية للقاضي والذي يتمتع فيها بسلطة واسعة لتقديرها وله كل الحرية في ذلك لكن دون الإخلال بضوابطها الموضوعة من طرف المشرع حتى لا ينحرف ويتعسف في استعمال مغاير لحقه لهذا المبدأ، وبالتالي هذه الضوابط تعتبر كصمام أمان، وعليه سوف نتناولها فيما يلي:

2-1- الضوابط التي تحكم اقتناع القاضي الجزائي بالدليل الإلكتروني:

تتنوع هذه الضوابط بصور عديدة ومتباينة فيها ما يتعلق بمصدر الاقتناع بالدليل الإلكتروني ومنها ما يرد على اقتناع القاضي الجنائي ذاته. فتتمثل الأولى المتعلقة بمصدر الاقتناع في كل من أن يؤسس القاضي اقتناعه بالدليل الإلكتروني أن يكون هذا الأخير صحيحا و دقيقا و وجوب التأكد من سلامته من العبث و تقيمه من حيث كيفيات الحصول عليه، و كذلك أن يكون هذا الدليل الإلكتروني قد عرض في جلسة المناقشة.(26)
مع العلم أن المشرع الجزائري لم يسبق له و أن حدد صراحة لشروط قبول الدليل الالكتروني، إلا أنه جاء في نص المادة06 من القانون رقم 09-04(27) من خلال تأكيده على ضرورة السهر على سلامة المعطيات في المنظومة المعلوماتية أثناء التفتيش عنها و حجزها و كذا عدم المساس بها اثناء استعمالها اثناء التحقيق و ذلك حماية لهذه الادلة في صورها الحقيقية.

الخاتمة:

ختاما يكمن القول أن تسارع التقدم التكنولوجي والتقني الهائل، وظهور الفضاء الإلكتروني ووسائل الاتصالات الحديثة وسائر صور الاتصال الإلكتروني، لقد استغلها مرتكبو الجرائم الإلكترونية، في تنفيذ جرائمهم التي لم تعد تقتصر على إقليم دولة واحدة، بل تجاوزت حدود الدول، وهي جرائم مبتكرة ومستحدثة وذات طبيعة خاصة تتصف بالذكاء الإجرامي، مما صعب إدراجها ضمن الأوصاف الجنائية التقليدية في

القوانين الجنائية الوطنية والأجنبية. لذلك سعت التشريعات المقارنة من التصدي لهذه الجرائم وتحيين وسائل الاثبات الجنائي مما ساهم كثيرا في تطويرها بما يتلاءم مع مثل هذه الجرائم.

الملاحظ أن نظام المتابعة الإجرائية التي تبدو نوعا قاصرة على استيعاب هذه الظاهرة الإجرامية الجديدة، سواء في إطار القوانين الوطنية أم على صعيد الملاحقة الجنائية الدولية، مما أوجب تطوير البنية التشريعية الجنائية الوطنية وتحيينها بأكثر جدية لملاحقة الجناة وتطوير كيفيات ووسائل الاثبات ولا سيما ما تعلق بالأدلة الالكترونية موضوع المداخلة مما تتصف به من جوانب وأبعاد جد تقنية، بما يضمن في كل الأحوال احترام مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات من ناحية، ومبدأ الشرعية الإجرائية من ناحية أخرى.

وقد كان من الإشكالات التي كانت تطرح نفسها بشكل واضح هو الدليل الإلكتروني هذا الأخير الذي كان يختلف عن الدليل العادي في الجريمة التقليدية، بحيث كان يتميز بمجموعة من الخصائص والتي ذكرناها في المداخلة. وعليه نقول بأن جميع أدلة الإثبات ومنها الالكترونية ستبقى معمول بها أمام القاضي الجنائي شريطة أن تكون طريقة تحصل هذه الأدلة تم بطرق مشروعة وقانونية.

الهوامش:

(1) ابراهيم مصطفى، المعجم الوسيط، الطبعة الثالثة، مجمع اللغة العربية، القاهرة سنة1998، ج 1، ص294.

(2) جميل صليبا، المعجم الفلسفي للمصطلحات القانونية، دار المناهج للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 1990، الصفحة 23.

(3) منصور عمر المعايطة، الادلة الجنائية والتحقيق الجنائي، ط1، دار الثقافة والنشر والتوزيع، الأردن، سنة2007، ص18.

(4) ممدوح عبد الحميد .البحث والتحقيق الجنائي الرقمي في جرائم الكمبيوتر والإنترنت، القاهرة، دار الكتب القانونية، ص88.

(5) مجمد رضوان هلال، المحكمة الرقمية مفهومها ومقوماتها، دار العلوم، ط2007، ص91.

(6) مجمد رضوان هلال، المحكمة الرقمية مفهومها ومقوماتها، دار العلوم، ط2007، ص91.

(7) خالد ممدوح إبراهيم، الجرائم المعلوماتية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر2009، ص 23.

(8) محمد قاسم، عبد الله عبد العزيز، جرائم الحاسب الآلي، المكتب الجامعي الحديث للنشر والتوزيع، 2006، الطبعة الأولى، ص 238.

(9) بن حميدوش نور الدين، مكانة الدليل الالكتروني في الاثبات الجزائي، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد 04، العدد 02، جانفي 2020، جامعة مسيلة، ص196، نقلا عن// محمود نجيب حسني، شرح قانون الاجراءات الجنائية، ط2، دار النهضة العربية، سنة1988، ص410، ومحمد عمر بن يونس، الاجراءات الجنائية عبر الانترنت في القانون الامريكي، سمة2006، ص98.

(10) بن حميدوش نور الدين، المرجع السابق، ص 197.

(11) الآية 282، سورة البقرة.

(12) أحمد عبد اللاه هلالي، "حجية المخرجات الكمبيوترية في المواد الجنائية) دراسة مقارنة)"، في بحوث مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت، المجلد الثاني، الطبعة الثالثة، جامعة الإمارات العربية المتحدة، الإمارات العربية المتحدة، 2004، ص721.

(13) بوزيد أغليس، المرجع السابق، ص 110.

[14] نصت المادة 341من قانون العقوبات أن: "الدليل الذي يقبل عن ارتكاب الجريمة المعاقب عليها بالمادة 339يقوم إما على محضر قضائي يحرره أحد رجال الضبط القضائي عن حالة تلبس وإما بإقرار وارد في رسائل أو مستندات صادرة من المتهم وإما بإقرار قضائي".

[15] نعيم سعيداني، المرجع السابق، ص230.

[16] خالد عياد الحلبي، المرجع السابق، ص247.

[17] أحمد عبد اللاه هلالي، المرجع السابق، ص724.

[18] زيد مسعود، الاقتناع الشخصي للقاضي الجزائي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1989، ص36.

[19] بن عامر محمد زكي، الإثبات في المواد الجنائية، الفنية للطباعة والنشر، الاسكندرية، ص135-136.

[20] راجع نص المادة 41 من التعديل الدستوري لسنة 2020 الصادر وفقا للمرسوم الرئاسي رقم20-442 المؤرخ في 15 جمادي الأولى عام1442، الموافق 30 دسيمبر2020، ج ر العدد 82، المؤرخة في30 دسمبر2020.

[21] الامر رقم66-155 المؤرخ في 8 يونيو سنة1966، يتضمن قانون الاجراءات الجزائية، المعدل والمتمم.

[22] القانون رقم2011-939 المؤرخ في 10 أوت 2011 المعدل لقانون الاجراءات الجزائية الفرنسي والذي دخل حيز التنفيذ في 01 جانفي 2012. **https://www.legifrance.gouv.fr**، بت الاطلاع عليه يوم2021/10/26 على السلعة23.27.

[23] ابوراس منير، سلطة القاضي الجزائي في تقدير الدليل العلمي، المجلة الاكاديمية للبحث القانوني، المجلد 15، العدد 01، سنة2017 كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية.

[24] مدربل كريم، المرجع السابق، ص72.

[25] للمزيد من التفصيلات المرغوبة حول هذه المظاهر راجع: حسين علي محمد علي الناعور النقبي، سلطة القاضي الجزائي في تقدير الادلة - دراسة مقارنة -، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر،2017، ص317.

[26] للمزيد من التفصيل راجع كل من: مدربل كريم المرجع السابق، ص79، وكذلك: خالد عياد الحلبي، المرجع السابق، ص249.

[27] القانون رقم09-04 مؤرخ في 14 شعبان1430، الموفق لـ 05 غشت سنة 2009، المتضمن القواعد الخاصة بالوقاية المتصلة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال ومكافحتها، ج.ر.ج.ج، عدد 47 صادر بتاريخ 16 أوت 2009.

تزوير التوقيع الالكتروني: نموذج للإجرام المعلوماتي

د/ هارون نورة
جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية (الجزائر)
noura.haroune@univ-bejaia.dz

****

ملخص:

أدى التطور التكنولوجي إلى حتمية اعتماد التوقيع الالكتروني كأداة لتعبير المتعاقدين عن إرادتهم في الالتزام بالعقود التي يبرمونها في مجال معاملاتهم اليومية عبر شبكة الانترنيت، وهو ما كرسه المشرع الجزائري بموجب القانون رقم 15-04 المؤرخ في 1 فيفري 2015 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين؛ غير أن هذا النوع من التوقيع لم يسلم من الاعتداءات ومن أهمها التزوير، الأمر الذي ألحق أضرارا خطيرة بالمتعاقدين إلكترونيا. من هنا تهدف هذه الدراسة إلى تحديد النموذج القانوني لجريمة تزوير التوقيع الالكتروني بوصفها واحدة من أهم الجرائم الإلكترونية التي موضوعها التوقيع الالكتروني.

الكلمات المفتاحية: التوقيع الإلكتروني، التجارة الالكترونية، تزوير التوقيع الالكتروني، الإجرام المعلوماتي.

مقدمة:

تعد العقود من أهم المعاملات القانونية التي تقع بين الأفراد، ومع التطور التكنولوجي الهائل ظهر في المجال التجاري ما يعرف بالتجارة الإلكترونية أو التسوق الآلي، حيث أصبح بإمكان المستهلك التعاقد عن بعد عبر الإنترنيت وإجراء كل معاملاته البنكية من أي مكان يتواجد فيه[1]، دون الحاجة لحضوره المادي وكل هذا بفضل الوسائط الإلكترونية.

وإذا كانت الطريقة التقليدية المعتمدة للتعبير عن الالتزام ببنود العقد هو التوقيع التقليدي على العقد الذي يتم يدويا عن طريق الإمضاء، الختم أو بصمة الإصبع[2]؛ فإن التوقيع على العقد الالكتروني الذي يتم عبر الإنترنيت يتميز بخصوصية، حيث يقوم أطراف العقد بالتعبير عن إرادتهم في الالتزام بالعقد من خلال التوقيع الالكتروني الذي يتماشى مع الطبيعة الخاصة للعقد الرقمي، وقد ظهر التوقيع الإلكتروني كبديل للتوقيع التقليدي، وكنتيجة حتمية لاستخدام الحاسب الآلي والانترنيت في إجراء المعاملات بين الأفراد والمؤسسات[3].

لم يكن المشرع الجزائري بمنأى عن هذه التطورات التكنولوجية، حيث ساير هذا التطور واعتمد التكنولوجيا الحديثة في مختلف المجالات بما فيها اعتماد التوقيع الالكتروني، وكان ذلك بشكل صريح بموجب القانون رقم 15-04 الذي بموجبه قام بتحديد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع الالكتروني وكذا التصديق الإلكتروني[4]، كما صدر أيضا القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية[5]التي تتم فيها المعاملات بواسطة الإنترنيت بموجب عقود إلكترونية يتم إبرامها عن بعد دون الحضور الفعلي والمتزامن للأطراف وذلك باللجوء حصرا لتقنية الاتصال الإلكتروني، مما جعل التوقيع التقليدي المعروف لا يتماشى والانتشار الكبير لنظم

المعالجة الإلكترونية[6]، وبهذا أصبح التوقيع الإلكتروني هو المناسب للمعاملات التي تتم عبر الوسائط الإلكترونية بما فيها في عالم التجارة الإلكترونية.

استغل الجناة بدورهم هذا التطور الهائل للتكنولوجيا، حيث أصبحوا يعتمدون على هذه الثورة التقنية في تنفيذ جرائمهم مما ساهم في إبرازما يعرف " بالإجرام المعلوماتي " الذي من أهم صوره الاعتداء على التوقيع الإلكتروني عن طريق التزوير، مما شكل خطرا حقيقيا على مصالح الأفراد والمؤسسات المتعاقدة إلكترونيا؛ وإذا كان المشرع الجزائري قد نظم بموجب القانون رقم 15-04 القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع الإلكتروني غير أنه من جهة أخرى لم ينظم جريمة تزوير التوقيع الإلكتروني، الأمر الذي يبقي التساؤل مطروحا بخصوص **ماهية الأركان القانونية التي تقوم عليها جريمة تزوير التوقيع الإلكتروني ؟**

تقتضي الإجــابة على هذه الإشكالية الاعتمــاد على المنهج التحليلي الوصفي، انطلاقا من تحليل النصوص القانونية المنظمة للقواعد العــامة للتوقيع الإلكتروني التي تم تحديدها بموجب القـانون رقم 15-04 من جهة، وكذا تحليل النصوص القانونية المنظمة لجريمة التزوير التقليدي وكذا الجرائم المتعلقة بالمعالجة الآلية لنظم المعطيات المنصوص عليها في قانون العقوبات، والنظر في مدى إمكانية تطبيقها على جريمة تزوير التوقيع الإلكتروني، بحكم أن المشرع الجزائري لم ينظمها بشكل مستقل؛ وهذا التحليل يتم اعتمادا على التقسيم الثنائي، حيث نتطرق في بداية الأمر لتحديد مفهوم التوقيع الإلكتروني بوصفه موضوعا لجريمة تزوير التوقيع الإلكتروني**(المبحث الأول)** لنعرج بعدها لدراسة ماديات ومعنويات جريمة تزوير التوقيع الإلكتروني وهو ما يعرف بالركنين المادي والمعنوي للجريمة **(المبحث الثاني)**.

المبحث الأول

التوقيع الالكتروني: محل لجريمة تزوير التوقيع الإلكتروني

-الركن المفترض للجريمة-

اختلف الفقه حول المركز القانوني للشرط المفترض للجريمة، حيث يرى الاتجاه الأول أنه يدخل ضمن ملابسات السلوك الإجرامي بحسب وصفه القانوني المكون للركن المادي لها، بينما يعتبره الاتجاه الثاني من الأركان الخاصة التي يتطلبها المشرع في بعض الجرائم، كما هو عليه الحال في جريمة تزوير التوقيع الإلكتروني، حيث اعتبرنا وجود التوقيع الإلكتروني ركنا مفترضا ولابد منه لتحقق التزوير واعتبرناه ركنا من أركان جريمة تزوير التوقيع مستقلا عن باقي الأركان بما فيها الركن المادي[7].

ترد جريمة التزوير محل الدراسة على التوقيع الإلكتروني كإجراء مستحدث للتعامل الالكتروني بين الأشخاص، منه هنا وجب التطرق لتحديد مفهوم هذا التوقيع من خلال تعريفه **(المطلب الأول)** وتبيان صوره **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول: تعريف التوقيع الإلكتروني

يعتبر التوقيع الإلكتروني الوسيلة التقنية المستحدثة للتعامل بين أطراف العقد[8]، أفرزها التطور التكنولوجي والانتشار الواسع للثورة المعلوماتية، وقد ارتبط الظهور الحقيقي للتوقيع الإلكتروني بظهور

المعاملات البنكية وبطاقات الائتمان التي تستخدم في السحب والإيداع وتسديد ثمن السلع والخدمات باستخدام التوقيع الإلكتروني[9].

مع تزايد أهمية التوقيع الإلكتروني يوما بعد يوم، كأهم أسلوب للتعبير عن إرادة الطرف الموقع بالتزامه بمضمون المحرر وإقراره له؛ تضافرت الجهود الدولية (العالمية والإقليمية) والوطنية لتنظيم هذه الوسيلة التقنية وفيما يلي نورد تعريفا للتوقيع الإلكتروني في التشريعات الدولية **(الفرع الأول)**، ثم نعرج لتعريف التوقيع الالكتروني في القانون الجزائري **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: تعريف التوقيع الإلكتروني في التشريعات الدولية

يعد قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية الذي اعتمدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي سنة 1996[10]، أول الجهود الدولية التي سعت إلى تنظيم التعاملات التي تتم في مجال المعلوماتية باستغلال الوسائط الإلكترونية، وقد تطرق هذا القانون بموجب المادة 7 منه إلى التوقيع الإلكتروني كما يلي: "عندما يشترط القانون وجود توقيع من شخص، يستوفي ذلك الشرط بالنسبة إلى رسالة البيانات إذا:

- استخدمت طريقة لتعيين هوية ذلك الشخص والتدليل على موافقة ذلك الشخص على المعلومات الواردة في رسالة البيانات.

- كانت تلك الطريقة جديرة بالتعويل عليها بالقدر المناسب للغرض الذي أنشأت أو أبلغت من أجله رسالة البيانات، في ضوء كل الظروف كما في ذلك أي اتفاق متصل بالأمر"؛ وبعدها صدر قانون الأونسيترال المتعلق بالتوقيع الإلكتروني بتاريخ 12 ديسمبر 2001[11]، الذي عرف التوقيع الإلكتروني بموجب المادة 2/أ منه كما يلي: "التوقيع الالكتروني يعني بيانات في شكل الكتروني مدرجة في رسالة بيانات أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقيا ويجوز أن يستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة لرسالة البيانات ولبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات".

على المستوى الإقليمي نجد قانون التوجيه الأوروبي بشأن التجارة الإلكترونية الذي اعتمده الاتحاد الأوروبي بتاريخ 13 ديسمبر 1999، وقد ميز هذا القانون التوجيهي بين نوعين من التوقيع الالكتروني وهما التوقيع البسيط الذي يقصد به وفقا للفقرة الأولى من المادة 2 منه: "يعني بيانات في شكل الكتروني يرتبط أو يتصل قانونا ببيانات إلكترونية أخرى ويستخدم كوسيلة للمصادقة"، والتوقيع الإلكتروني المتقدم الذي له نفس قيمة التوثيق الكتـــابي[12]، وقد تم النص عليه بموجب الفقرة الثانية من نفس المادة التي جاء فيها أن: "التوقيع الالكتروني المتقدم يعني توقيع الكتروني يستوفي المتطلبات الآتية:

- أن يكون مرتبطا بالموقع بشكل فريد.
- أن يكون قادرا على تحديد هوية الموقع.
- أن ينشأ باستخدام وسائل يحتفظ بها الموقع تحت سيطرته هو فقط.
- أن يكون مرتبطا بالبيانات التي يشير إليها على نحو يؤدي إلى اكتشاف أي تغيير لاحق أدخل على تلك البيانات.

الفرع الثاني: تعريف التوقيع الإلكتروني في القانون الجزائري

يعد قانون اليونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية الذي اعتمدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي سنة 1996، اللبنة الأساسية لمعظم تشريعات الدول التي عملت على عولمة التجارة واستخدام المعلوماتية والوسائط الإلكترونية في مختلف التعاملات[13] لاسيما في مجال التجارة الإلكترونية؛ وقد عرف المشرع الجزائري التوقيع الإلكتروني بشكل عام بموجب المادة 1/2 من القانون رقم 15-04 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين، وقد جاء مضمونها كما يلي: "التوقيع الالكتروني بيانات في شكل إلكتروني، مرفقة ومرتبطة منطقيا ببيانات إلكترونية أخرى تستعمل كوسيلة توثيق".

إلى جانب التعريف العام للتوقيع الالكتروني، أورد المشرع بموجب المادة 7 من القانون رقم 15-04 تعريفا للتوقيع الموصوف، حيث بين بموجب هذا النص المظهر الذي يجب أن يكون عليه التوقيع كما يلي "التوقيع الإلكتروني الموصوف هو التوقيع الذي تتوفر فيه المتطلبات الآتية:

- أن ينشأ على أساس شهادة تصديق إلكتروني موصوفة.
- أن يرتبط بالموقع دون سواه.
- أن يمكن من تحديد هوية الموقع.
- أن يكون مصمما بواسطة آلية مؤمنة خاصة بإنشاء التوقيع الإلكتروني.
- أن يكون منشأ بواسطة وسائل تكون تحت التحكم الحصري للموقع.
- أن يكون مرتبطا بالبيانات الخاصة به، بحيث يمكن الكشف عن التغييرات اللاحقة بهذه البيانات.

يعتبر التوقيع الإلكتروني الموصوف وحده مماثلا للتوقيع المكتوب سواء كان لشخص طبيعي أو معنوي[14] وفي هذا يكون المشرع قد ساير التشريعات الدولية في تعريفه للتوقيع الالكتروني.

أما الموقع فيقصد به وفقا لأحكام الفقرة الثانية من المادة 2 من القانون رقم 15-04 " كل شخص طبيعي يحوز بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني ويتصرف لحسابه الخاص أو لحساب الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يمثله ".

يتمتع التوقيع الإلكتروني بخصائص تميزه، فهو يحمل سمات خاصة بالموقع تتخذ شكل أرقام أو حروف أو إشارات أو غيرها[15] تسمح بتحديد هوية الموقع وتفصح عن إرادته في إقرار العمل القانوني والرضا بمحتواه[16]؛ وفي هذا جاء مضمون المادة 6 من القانون رقم 15-04 كما يلي: "يستعمل التوقيع الإلكتروني لتوثيق هوية الموقع وإثبات قبوله مضمون الكتابة في الشكل الإلكتروني".

المطلب الثاني: صور التوقيع الالكتروني

يأتي التوقيع الإلكتروني في عدة أشكال، ومنها نذكر التوقيع الرقمي **(الفرع الأول)**، التوقيع باستعمال القلم الإلكتروني **(الفرع الثاني)**، التوقيع البيومتري **(الفرع الثالث)**.

الفرع الأول: التوقيع الرقمي

من أهم صور التوقيع الإلكتروني نجد التوقيع الرقمي، ويعد الأكثر استخداما في المعاملات البنكية والمراسلات الإلكترونية لاسيما في مجال المعاملات التجارية، وهذا نظرا لطابع الأمان والثقة التي يوفرهما هذا

النوع من التوقيع الإلكتروني[17]؛ ويعتمد هذا النوع من التوقيع على عملية التشفير التي تؤكد صحة البيانات[18]، ويتم التشفير بالاعتماد على مفتاحين الأول يستخدم لإنشاء توقيع رقمي من خلال تحويل البيانات إلى رموز غير مفهومة والمفتاح الثاني يستخدم لفك الشفرة وتحويل البيانات إلى صيغتها الأصلية المفهومة[19]، وبهذا يعتمد التوقيع الرقمي على التشفير باستعمال مفتاحين مفتاح التشفير الخاص[20] ومفتاح التشفير العمومي[21].

الفرع الثاني: التوقيع باستعمال القلم الإلكتروني

من بين أهم التوقيعات الإلكترونية، التي تستخدم في التعاملات التي تبرم عبر الوسائط الإلكترونية، نجد التوقيع باستعمال قلم إلكتروني؛ ويتميز هذا النوع من التوقيع باستعمال قلم إلكتروني بموجبه يتم التوقيع مباشرة على شاشة الكمبيوتر، بواسطة برنامج معد مسبقا لذلك، ويقوم هذا البرنامج بوظيفتين هما: وظيفة التقاط التوقيع ووظيفة التحقق من صحة التوقيع.

الفرع الثالث: التوقيع البيوميتري

يعتمد هذا النوع من التوقيع على الخواص والصفات الذاتية التي ينفرد بها كل شخص والتي تسمح بتمييزه عن غيره بشكل واضح[22]، ومن هذه الصفات نذكر بصمة الأصبع، نبرة الصوت، بصمة شبكية العين، وأيضا تقسيمات الوجه وملامحه،...إلخ، حيث يتم أخذ صورة دقيقة لإحدى هذه البصمات أو كلها ويتم تخزينها في ذاكرة الحاسب الآلي بشكل مشفر، ويتم مطابقة صفات المستخدم مع هذه الصفات المخزنة ولا يسمح للمستخدم بالتعامل إلا في حالة المطابقة التامة؛ ويحقق هذا النوع من التوقيع البيومتري درجة عالية من الأمان، وهذا نظرا لاختلاف هذه الصفات والبصمات من شخص لآخر وتلازمها المستمر للإنسان، ما يجعل أمر سرقتها صعبا، غير أن تخزينها على جهاز الكمبيوتر يجعل نسخها من خلال فك شفرتها من طرف القراصنة أمرا سهلا[23].

المبحث الثاني

ماديات ومعنويات جريمة تزوير التوقيع الالكتروني

-الركن المادي والمعنوي-

جريمة تزوير التوقيع الإلكتروني كغيرها من الجرائم لابد لتحققها من توافر الركن المادي والمعنوي، وبما أن المشرع الجزائري لم ينص على هذه الجريمة لا في قانون العقوبات ولا في أي قانون آخر، فإن دراسة ماديات ومعنويات جريمة تزوير التوقيع الالكتروني تقتضي الاعتماد على القواعد العامة التي تحكم جريمة التزوير بشكل عام في قانون العقوبات، وبناء على ذلك نوضح فيما يلي الركن المادي **(المطلب الأول)** والركن المعنوي لهذه الجريمة **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول: الركن المادي لجريمة تزوير التوقيع الالكتروني

لم ينص المشرع الجزائري على جريمة تزوير التوقيع الإلكتروني، لا في قانون العقوبات ولا في القانون رقم 15-04، مما يجعلنا نستند في دراسة الركن المادي لهذه الجريمة على الأحكام العامة لجريمة التزوير التقليدية بشكل عام، المنصوص عليها في المواد من 214 إلى 216 من قانون العقوبات[24].

تقضي القواعد العامة بعدم اكتمال البنيان القانوني لأي جريمة إلا بتوافر الركن المادي[25] الذي يمثل المظهر الخارجي لنشاط الجاني، وهذا هو الوضع بالنسبة لجريمة تزوير التوقيع الإلكتروني، التي يجب لتحققها ضرورة توافر الركن المادي، بعناصره الثلاث، السلوك الإجرامي**(الفرع الأول)**، النتيجة الإجرامية**(الفرع الثاني)**، والعلاقة السببية**(الفرع الثالث)**.

الفرع الأول: السلوك الإجرامي

يتمثل التزوير المعلوماتي في التلاعب في المحرر الإلكتروني المخزن في الحاسب الآلي بهدف تغيير حقيقته، وبهذا يتمثل السلوك الإجرامي المكون للركن المادي لجريمة تزوير التوقيع الإلكتروني، في التلاعب في التوقيع الإلكتروني وتغيير حقيقته.

يعد تغيير حقيقة التوقيع جوهر التزوير، إذ لا يمكن تصور وقوع جريمة التزوير إلا بتغيير الحقيقة واستبدالها، وقد حددت المواد 214 إلى 216 من قانون العقوبات طرق التزوير الذي قد يكون ماديا أو معنويا.

يمكن تصور تزوير التوقيع الإلكتروني، من خلال اختراق نظم المعلوماتية من طرف القراصنة ومعرفة التوقيع الإلكتروني وفك شفرته واستخدامه دون موافقة صاحب التوقيع[26]، وبهذا يكون تزوير التوقيع الإلكتروني باستعماله دون علم ورضا صاحبه، في حين تزوير التوقيع التقليدي يكون بتقليده، وهذا ما يجعل الجريمتين مختلفتين حيث أن جريمة تزوير التوقيع التقليدي يمكن اكتشافها عن طريق المضاهاة على عكس جريمة تزوير التوقيع الالكتروني التي لا يمكن اكتشافها باستعمال هذه الطريقة، إذ أن التوقيع في حد ذاته سليما غير أنه تم استعماله من غير مالكه[27].

من أهم صور تزوير التوقيع الإلكتروني، نجد التزوير الذي يتم بالرقم السري، ومن أهم نماذجه تزوير بطاقات الدفع الالكتروني، حيث يتم سرقة بياناتها من الحاسب الآلي ونقشها على بطاقة أخرى تكون معدة لهذا الغرض، أو تكون بطاقات منتهية أو مسروقة تستخدم بعد ذلك في عمليات الشراء أو السحب[28].

الفرع الثاني: النتيجة الإجرامية والعلاقة السببية

إلى جانب السلوك الإجرامي كعنصر من عناصر الركن المادي لجريمة تزوير التوقيع الالكتروني، لابد أيضا لاكتمال هذا الركن من توافر عنصري النتيجة الإجرامية **(أولا)** والعلاقة السببية بين السلوك الإجرامي ونتيجته **(ثانيا)**.

أولا- النتيجة الإجرامية: تعد النتيجة الإجرامية عنصرا هاما من عناصر الركن المادي لجريمة تزوير التوقيع الإلكتروني، وتتمثل في الضرر المترتب عن السلوك الإجرامي، ويراد بالضرر كل مساس بحق ومصلحة يحميها القانون، فهو عبارة عن إهدار لحق وإخلال بمصلحة مشروعة يعترف بها القانون ويكفل لها الحماية[29]؛ ويأخذ الضرر في جريمة تزوير التوقيع الإلكتروني مفهوما واسعا بحيث يشترط أن يترتب عن التزوير ضررا ولا يهم نوعه فقد يكون ماديا يصيب الذمة المالية للشخص المتضرر سواء بالانتقاص من عناصرها الإيجابية أو بالزيادة في عناصرها السلبية (الديون)، كما قد يكون الضرر معنويا يمس بسمعة الشخص المتضرر[30] أو فقدان الثقة في المعاملات؛ ولا يشترط في الضرر أن يلحق شخصا معينا، كما لا يشترط أن يكون محققا أو فعليا بل يكفي أن يكون محتمل الوقوع.

ثانيا- العلاقة السببية: يتكون الركن المادي للجريمة بصورة عامة من ثلاثة عناصر أساسية وهي السلوك الإجرامي، النتيجة الإجرامية والعلاقة السببية التي تربط بين السلوك الإجرامي ونتيجته، ولقيام الركن المادي في جريمة تزوير التوقيع الإلكتروني يجب أن يكون الضرر المادي أو المعنوي الذي لحق بالشخص سببه هو السلوك الإجرامي الذي قام به الجاني المزور الذي استخدم منظومة التوقيع المملوكة للغير دون رضاه.

المطلب الثاني: الركن المعنوي لجريمة تزوير التوقيع الالكتروني

لا يكفي توافر الكيان المادي الممثل في الركن المادي لتحقق البنيان القانوني للجريمة، بل لابد أيضا من توافر الكيان النفسي المتمثل في الركن المعنوي، إذ أن الجريمة عبارة عن كيان نفسي إلى جانب كونها كيانا ماديا[31]؛ ويقصد بالركن المعنوي تلك الرابطة النفسية بين النشاط الإجرامي ونتائجه وبين الجاني الذي صدر عنه هذا النشاط[32].

يتخذ الركن المعنوي إما صورة القصد الجنائي فتكون الجريمة عمدية، وإما صورة الخطأ فتكون الجريمة غير عمدية[33]؛ وجرائم التزوير بصفة عامة من الجرائم العمدية[34]وتعد جريمة تزوير النقود واحدة من بينها إذ يتخذ الركن المعنوي فيها صورة القصد الجنائي.

ينقسم القصد الجنائي إلى عام وخاص، وجريمة تزوير التوقيع الإلكتروني تعد من الجرائم التي تتطلب إلى جانب القصد الجنائي العام **(الفرع الأول)** أيضا توافر القصد الجنائي الخاص **(الفرع الثاني).**

الفرع الأول: القصد الجنائي العام

يقوم القصد الجنائي العام على عنصرين هما العلم والإرادة، حيث يمثل العلم أحد عنصري القصد الجنائي في الجريمة، إذ يستلزم على الجاني أن يكون عالما بجميع الوقائع القانونية المهمة في تكوين الجريمة، ويقصد بالعلم في جريمة تزوير التوقيع الإلكتروني، أن ينصرف علم الجاني إلى كل واقعة تقوم عليها أركان الجريمة أو العناصر اللازمة لوجودها كما حدّدها القانون، ومن قبيل ذلك علم الجاني أنه يغير الحقيقة وأن فعله ينصب على توقيع إلكتروني وأن فعله من شأنه تحقيق أثر مناقض للحقيقة[35]وهو إلحاق الضرر بالغير؛ أما الإرادة فهي عبارة عن قوة نفسية داخلية تهدف لتحقيق غرض غير مشروع، وهو المساس بحق أو مصلحة محمية قانونا[36]، وتقتضي جريمة تزوير التوقيع الإلكتروني أن تتوافر لدى الجاني إرادة تغيير الحقيقة.

الفرع الثاني: القصد الجنائي الخاص

لا يكفي لتوافر القصد الجرمي في التزوير انصراف إرادة الجاني إلى ارتكاب الفعل المادي المكون للجريمة، بل لابد أيضا أن تتجه نيته وقت ارتكاب هذا الفعل إلى استعمال المحرر المزور[37]، فالجاني في جريمة تزوير التوقيع الإلكتروني لابد أن تنصرف نيته إلى إلحاق ضرر بالغير من وراء استعماله للتوقيع الإلكتروني، وهذه النية هي التي تكسب التزوير خطورة تبرر العقاب عليه[38].

الخاتمة:

يعد التوقيع الإلكتروني نتيجة حتمية لانتشار المعاملات المبرمة عبر الوسائط الإلكترونية، فهو أداة قانونية لضمان الثقة في معاملات التجارة الإلكترونية؛ وقد حرص المشرع الجزائري على تأطير هذه الأداة بموجب القانون رقم 15-04 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين.

لم يسلم التوقيع الإلكتروني من الاعتداءات، حيث غالبا ما يكون محلا للتزوير من خلال اختراق القراصنة نظم المعلوماتية ومعرفة التوقيع الإلكتروني وفك شفرته واستعماله دون علم وموافقة صاحبه، ما يتسبب في أضرار بليغة تلحق بالشخص وسمعته ويزعزع ثقته في المعاملات الإلكترونية؛ الأمر الذي دفع إلى ضرورة فرض حماية جنائية للتوقيع الإلكتروني وتحصينه من كل اعتداء لاسيما من التزوير.

اتضح من خلال هذه الدراسة أن المشرع الجزائري لم ينص على جريمة تزوير التوقيع الإلكتروني بصورة مستقلة، لا في قانون العقوبات ولا في القانون رقم 15-04، الأمر الذي دفعنا من خلال هذه الورقة البحثية إلى تبيان الأركان القانونية المكونة لجريمة تزوير التوقيع الالكتروني بالاستناد على القواعد العامة المنظمة لجريمة التزوير التقليدي في قانون العقوبات؛ غير أن أحكام التزوير التقليدي لا تتماشى وخصوصية التزوير الإلكتروني، مما يقتضي ضرورة تدخل المشرع من أجل تدارك مسألة النص بشكل صريح على جريمة تزوير التوقيع الإلكتروني وتحديد أركانها سواء في قانون العقوبات أو في القانون رقم 15-04 وهذا ما يساهم في إضفاء الثقة والأمان على المعاملات الإلكترونية.

الهوامش:

(1) حنان عبده علي أو شام، "التوقيع الإلكتروني وحجيته في الإثبات"، المجلة العربية للنشر العلمي، مركز البحث وتطوير الموارد البشرية رماح – الأردن، العدد 18، 2020، ص 483.

(2) أمير فرج يوسف، الجديد في التوقيع الالكتروني، ط.1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2011، ص 3.

(3) بلحاج محجوبة، " القواعد العامة للتوقيع والتصديق الإلكترونين وحمايتهما جزائيا وفقا لقانون العقوبات والقانون رقم 15-04"، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيارت، المجلد 6، العدد 2، 2020، ص 90.

(4) قانون رقم 15-04، مؤرخ في 1 فيفري 2015، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين، الجريدة الرسمية، عدد 6، مؤرخة في 15 فيفري 2015.

(5) قانون رقم 18-05، مؤرخ في 10 ماي 2018، يتعلق بالتجارة الإلكترونية، الجريدة الرسمية عدد 28، مؤرخة في 16 ماي 2018.

(6) علاء محمد نصيرات، حجية التوقيع الالكتروني في الإثبات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2012، ص 22.

(7) للبحث حول المركز القانوني للشرط المفترض للجريمة أنظر زهرة مراد، «صفة الفاعل في جريمة اختلاس المال العام بين الشروط المفترضة لها وأركانها»، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة قسنطينة 1، العدد 39، جوان 2013، ص ص 249 – 251.

(8) خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني في ضوء التشريعات العربية والاتفاقيات الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص 35.

(9) بلحاج محجوبة، مرجع سابق، ص 91.

[10] قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، تم اعتماده من طرف لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، بموجب قرار رقم 51-162، مؤرخ في 16 ديسمبر 1996، متوفر على الرابط: https://undocs.org/ar/A/RES/51/162، تم الاطلاع عليه بتاريخ 15 أكتوبر 2021.

[11] قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية 2001، متوفر على الرابط: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/ar/ml-elecsig-a.pdf، تم الاطلاع عليه بتاريخ 15 أكتوبر 2021.

[12] سحر البكباشي، التوقيع الإلكتروني، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2009، ص 16.

[13] بلحاج محجوبة، مرجع سابق. ص 90.

[14] المادة 8 من قانون رقم 15-04، مؤرخ في 1 فيفري 2015، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين، مرجع سابق.

[15] وفاء صدراتي، "آليات الحماية القانونية للتوقيع الالكتروني من جرائم التزوير الالكتروني في التشريع الجزائري"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الوادي، المجلد 11، العدد 1، 2020، ص 585.

[16] عباس العبودي، تحديات الإثبات بالسندات الإلكترونية ومتطلبات النظام القانوني لتجاوزها، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص 149.

[17] وفاء صدراتي، مرجع سابق، ص 586.

[18] سعيد عبد اللطيف حسن، إثبات جرائم الكمبيوتر والجرائم المرتكبة عبر الانترنيت، ط.1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص 245.

[19] محمد محمد سادات، حجية المحررات الموقعة إلكترونيا في الإثبات، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011، ص 72.

[20] مفتاح التشفير الخاص "هو عبارة عن سلسلة من الأعداد يحوزها حصريا الموقع فقط، وتستخدم لإنشاء التوقيع الإلكتروني، ويرتبط هذا المفتاح بمفتاح تشفير عمومي"، المادة 8/2 من قانون رقم 15-04، مؤرخ في 1 فيفري 2015، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين، مرجع سابق.

[21] مفتاح التشفير العمومي "هو عبارة عن سلسلة من الأعداد تكون موضوعة في متناول الجمهور بهدف تمكينهم من التحقق من الإمضاء الالكتروني وتدرج في شهادة التصديق الإلكتروني"، المادة 9/2 من قانون رقم 15-04، مؤرخ في 1 فيفري 2015، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين، المرجع نفسه.

[22] حنان عبده علي أبو شام، مرجع سابق، ص 495.

[23] سليم سعداوي، عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، ط.1، 2008، ص 82.

[24] أمر رقم 66-156، مؤرخ في 8 يونيو 1966، يتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية عدد 49، مؤرخة في 11 جوان 1966، معدل ومتمم.

[25] DESPORTES Fréderic ،LEGUNEHEC Francis،*Droit pénal général*, ،Economica, Paris, 14 ème édition, 2007, p. 381.

[26] راضية مشري، "جريمة تزوير التوقيع الالكتروني في التشريع الجزائري"، حوليات جامعة قالمة للعلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة قالمة، العدد 20، 2017، ص 131.

[27] منير محمد الجنبيهي، محمود محمد الجنبيهي، التوقيع الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2000، ص 54.

[28] إبراهيم بن سطم بن خلف العنزي، التوقيع الإلكتروني، حمايته الجنائية، أطروحة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية، 2009، ص ص 110، 111.

(29) محمد صبحي نجم، قانون العقوبات، القسم الخاص، الجرائم المخلة بالمصلحة العامة والثقة العامة والجرائم الواقعة على الأموال وملحقاتها، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006، ص 79.

(30) قاسم محجوبة، " الحماية القانونية للتوقيع الإلكتروني من جريمة التزوير"، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة الجلفة، المجلد السادس، العدد 2، 2021، ص ص 424، 425.

(31) كامل السعيد، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات، دراسة مقارنة، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط 1، 2002، ص 279.

(32) GASTON Stefani،LEVASSEUR Georges،BOULOC Bernard،*Droit pénal général*، Dalloz، paris, 16ème édition ,1997، p. 21.

(33) CONTE Philippe, MAISTRE DU CHAMBON Patrick, *Droit pénal général*, , Armand colin, paris, 7ème édition, 2004, p.120.

(34) محمد صبحي نجم، مرجع سابق، ص 89.

(35) عبد الحليم فؤاد الفقي، جريمة تزوير التوقيع الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016.

(36) علي عبد القادر القهوجي، قانون العقوبات، القسم العام، نظرية الجريمة، المسؤولية الجنائية، الجزاء الجنائي، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2000، ص 408.

(37) محمد صبحي نجم، مرجع سابق، ص 92.

(38) محمد صبحي نجم، المرجع نفسه، ص 92.

ماهية الإثبات المدني الإلكتروني

د/ بروك الياس
جامعة 8 ماي 1945 قالمة (الجزائر)
berrouklyess@gmail.com

د/ عميرات عادل
جامعة الشهيد حمة لخضر الوادي (الجزائر)
adel_amirat@yahoo.fr

****

ملخص:

إن طرق إثبات الحق محددة قانونا، وليس اتفاقا أو قضاء، فقد يوجد الحق من الناحية الواقعية، لكن قد يصعب إثباته لغياب الدليل المنصوص عليه قانونا، وبالتالي عدم قبول القضاء إثباته خارج تلك الوسائل المنصوص عليها قانونا.

ومع انتشار التعامل الإلكتروني، ظهرت على الساحة القضائية منازعات من نوع جديد مختلفة بتاتا عن تلك المعهودة سميت بالمنازعات الإلكترونية، ولإثباتها اعتمدت وسائل جديدة تتلاءم مع طبيعتها وظروف إبرام المعاملات الخاصة بها، فما هي الوسائل التي يتم من خلالها إثبات تلك المعاملات والتي أقرتها التشريعات المختلفة، وهل هي تختلف عن تلك الطرق التقليدية للإثبات، وما موقف التشريع الجزائري من قيمتها؟

الكلمات المفتاحية: العقد الإلكتروني، الإثبات، التوقيع الإلكتروني، التصديق الإلكتروني، المحرر.

مقدمة:

نتيجة للتطور الذي ظهر في وسائل التكنولوجيا الحديثة، والتي تمثلت بظهور الحاسوب الآلي وما أتاحه من سرعة في الاتصال، وإبرام العقود عبر شبكات الاتصال المختلفة، هذا ما أدى إلى ظهور مشكلات يثيرها هذا التعاقد ومن أهم تلك المشكلات إثبات هذه العقود.

ولقد تناول المشرع الجزائري موضوع التعاقد الإلكتروني في عدة نصوص تشريعية متنوعة، وبين الوسائل التي يتم بموجبها إثبات التصرفات التي تتم عن طريق شبكات الاتصال الحديثة، والتي على أساسها يتم تحديد معالم تلك التصرفات عمليا وقانونيا لتمكين المتعاملين أو المتعاقدين من إثبات حقوقهم سواء فيما بينهم أو تجاه الغير.

ومن هنا نطرح التساؤل التالي: **ما هي وسائل إثبات المدنية التي أقرتها النصوص التشريعية الجزائرية؟**

وعلى هذا الأساس تظهر أهمية تناول الإثبات الإلكتروني خصوصا بعد الثورة الكبيرة التي شهدها العالم في مجال الاتصالات، وكثرة العقود التي تبرم عبرها، فالعلاقات القانونية بين الأفراد أصبحت ليست بمعزل عن ما هو حاصل عالميا، وعليه فإننا سنتطرق في هذه الورقة البحثية المتواضعة إلى بيان مفهوم الكتابة الإلكترونية كوسيلة إثبات في المعاملات المدنية، ثم التطرق إلى التوقيع الإلكتروني كأداة لإثبات الالتزام ونسبه إلى المتعامل إضافة إلى التصديق الإلكتروني باعتباره وسيلة فنية آمنة للتحقيق من صحة التوقيع أو المحرر وهو ما سنتناوله فيما يلي:

المبحث الأول

الكتابة الإلكترونية كوسيلة إثبات

لدراسة المحررات الإلكترونية يجب علينا بيان المقصود بالمحررات الإلكترونية، ثم عرض شروطها.

المطلب الأول: تعريف المحررات الإلكترونية

تعتبر الكتابة الوسيلة الأولى في الإثبات في القانون المدني، وتطور الأمر في عصرنا الحديث حيث ظهرت المحررات الإلكترونية وذلك عن طريق وضع المعلوماتية في صورة رقمية وتخزينها كبيانات على الأقراص المضغوطة أو على مستوى ذاكرة الحاسوب أو على شبكة الأنترنت في البريد الإلكتروني كنموذج لاحتواء البيانات الواردة والصادرة منه في شكل رسائل إلكترونية تتم كتابتها وتوقيعها وإرسالها وحفظها في بيئة إلكترونية.(1)

وينبغي الإشارة أن المحرر الإلكتروني قد يكون رسميا، وقد يكون عرفيا فبالنسبة للمحررات الإلكترونية الرسمية يمكن تعريفها بأنها: "لكتابة الإلكترونية التي يتولى موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة إثباتها على محرر إلكتروني، بناء على ما تم لديه، أو وفقا لما تلقاه من ذوي الشأن طبقا للأوضاع القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه" (2)

أما المشرع الفرنسي فقد نص عليه في المادة 2/1317 من التقنين المدني الفرنسي على أنه: "يجوز أن يحرر المحرر الرسمي على دعامة إلكترونية مع الإحالة لمرسوم يحدد الشروط التي ينشأ ويحفظ وفقا لها" (3).

ومن خلال هذين التعريفين نلاحظ أنه لا بد من توافر ثلاثة شروط حتى يعتبر المحرر رسميا وهي:

-صدور الورقة من موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة.

-اختصاص الموظف العام في كتابة الورقة الرسمية.

-مراعاة الأوضاع التي يقررها القانون في تحرير الورقة.

وبالنسبة للمشرع الجزائري، وبالرجوع لنصوص القانون المدني المتعلقة بالإثبات بالكتابة نجده أغفل تماما ذكر المحررات الإلكترونية الرسمية وإنما اعتد بالمحررات العرفية الإلكترونية فقط، وهذا أمر منطقي لعدم وجود آنذاك ما يسمى بهيئة التوثيق او التصديق الإلكتروني، فحتى تتخذ الكتابة صفة الرسمية لا بد ان تصدر من موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة (4)، لكن وبعد صدور القانون رقم 15-04 المؤرخ في 2015/02/01 والمتضمن القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين (5).

أصبحت للمحررات الإلكترونية صفة الرسمية إذا ما توفرت على شروط معينة أما المشرع الجزائري فقد نص على الكتابة الإلكترونية في المادة 323 مكرر1، وجعلها معادلة في حجيتها للوثيقة المخطوطة على دعامة ورقة، وعرفها في المادة 312 مكرر من القانون المدني الجزائري بقوله: " 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". كما نص عليها أيضا في المادة 2/6 من القانون رقم 18-05 المؤرخ في: 2018/05/10(6)، حيث عرف العقد الإلكتروني بأنه: " العقد بمفهوم القانون رقم 04-02 المؤرخ في 2004/06/23 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ويتم إبرامه عن بعد دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه باللجوء حصريا لتقنية الاتصال الإلكتروني ...".

المطلب الثاني: شروط المحرر الإلكتروني المعد للإثبات

بناءا على ما تم ذكره سابقا، فإنه يطرح التساؤل هل يمكن للكتابة الإلكترونية أن يكون لها نفس الدور الذي تقوم به الكتابة العادية خاصة في مجال الإثبات؟

وللإجابة على هذا السؤال، فإن المشرع الجزائري تطلب توافر شروط اساسية للكتابة الإلكترونية حتى ترتب أثارها القانونية، ويمكن حصر هذه الشروط الواجب توافرها في الكتابة الإلكترونية طبقا لنص المادة 323 مكرر1 من القانون المدني فيما يلي:

أولا: التأكد من هوية مصدر المحرر: يقصد بهذا الشرط التأكد من شخصية الطرف المحرر والمصدر والمرسل للوثيقة الإلكترونية والإمضاء عليها.(7) ويرى جانب من الفقه أنه يمكن الاستغناء عن هذا الشرط بموجب القانون لأن تحديد الهوية من متطلبات التوقيع الإلكتروني.(8)

لكن بالنظر إلى دور هذا الشرط في التأكيد على هوية محرر الوثيقة الإلكترونية فإن جانبا من الفقه أكد عليه، كما أن قانون الأونيسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية قد نص في مادته التاسعة على أن هذا الشرط وذلك بالاعتماد على الطريقة التي حددت بها هوية منشأ المحرر الإلكتروني وتأكيدها في المعاملات في إطار التجارة الإلكترونية.(9)

ثانيا: قابلية الكتابة الإلكترونية للقراءة: يقصد بهذا الشرط أن يكون المستند المتضمن الكتابة المراد جعلها دليلا ناطقا بما فيه ليتسنى فهمه واستيعابه وإدراك محتواه، وكذا يمكن نسبه إلى صاحبه(10)، بمعنى يكون مفهوما وواضحا من خلال كتابته بحروف ورموز مفهومة، ويتساوى المحرر الإلكتروني والمحرر العرفي في ضرورة توافر هذا الشرط.(11)

ثالثا: ظروف إعداد المحرر الإلكتروني: يقصد به النظر إلى الظروف التي تم فيها إعداد المحرر الإلكتروني قصد التأكد من الكتابة والإثبات بها ويجب أن تدون في دعامة تحفظها لفترة طويلة من الزمن بحيث يمكن الرجوع إليها عند الحاجة(12).

ونظرا للصفة الحساسة التي تتميز بها الدعائم الإلكترونية مما قد يعرضها للتلف بسبب سوء التخزين، لكن مع تطور البرامج وأجهزة التخزين الإلكتروني للبيانات تظهر أهمية هذا الشرط، بل يكون التخزين أفضل من المستندات الورقية العادية(13).

رابعا: طريقة حفظ المحرر الإلكتروني: يقصد بهذا الشرط إمكانية الاحتفاظ بالمحرر الإلكتروني في شكله الأصلي بالاتفاق بين الأطراف المعنية، حتى يتمكن أطرافه من العمل به واستعماله كإثبات للمعاملة بينهم وقد أشار للمشرع الجزائري إلى هذا الإجراء في الفقرة الأخيرة من المادة 323 مكرر1 من القانون المدني مثل باقي التشريعات الأخرى التي تؤكد ضرورة سلامة جميع المعلومات الواردة في المحرر الإلكتروني دون أن يلحقها أي تغيير في شكلها الأصلي الذي تم به إنشاؤها أو إرسالها طبقا للنظام التقني المعتمد عليه، ولا سيما الاستعانة بوسيط يقوم بدور الحفاظ على البيانات الواردة في المحرر الإلكتروني، بحيث يتيسر الاطلاع على المعلومات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها في الرجوع إليها لاحقا(14).

وتجدر الإشارة أن المشرع الجزائري لم يحدد الشكل أو الطريقة التي يتم بها الحفاظ على بيانات المحرر الإلكتروني، خلافا المشرع الفرنسي الذي حرص على حماية المستهلك في إطار التجارة الإلكترونية حيث حدد

المدة الزمنية التي يلزم فيها المتعامل بحفظ المحرر الإلكتروني وهي 10 سنوات من تاريخ إبرام العقد وفي حالة تقديم الخدمة في نفس الوقت.[15]

أما إذا تم بعد ذلك، يبدأ سريان هذه المدة من تاريخ تقديم الخدمة وليس من تاريخ إبرام العقد الإلكتروني.

إن هذا الحكم يدعم التقدم العلمي الذي أثبت أن نظم المعلومات الحديثة تتسم بتقنيات متطورة، يمكن لها أن تكشف أي تعديل في البيانات الإلكترونية، بحيث تحدد بدقة البيانات المعدلة ووقت تعديلها، كما يوجد وسائط إلكترونية يتوفر فيها شرط دوام حفظ المعلومات بحيث يتعذر محوها أو تعديلها ولا مجال لذلك إلا بإعدامها تماما.[16]

ومن خلال الشروط المذكورة أعلاه، لم يعد يبقى أدنى شك في اعتبار المحررات الإلكترونية من الادلة الكتابية للإثبات، ولا تختلف عن الكتابة التقليدية في القوة الثبوتية إذا توفرت على إمكانية القراءة وكانت محفوظة وثابتة بحيث يمكن الرجوع إليها عند الاقتضاء وعدم قابليتها للتعديل إلا بترك أثر واضح يدل على ذلك.

المبحث الثاني

التوقيع والتصديق الإلكترونيين

يعتبر المحرر الذي لا يتضمن التوقيع لا قيمة قانونية له، على أساس أن التوقيع يعبر عن نية المتعامل في التعاقد، وهو الذي يضفي الحجية لهذا المحرر، وبما أن الأمر يتعلق بمحرر إلكتروني فحتى التوقيع لا بد أن يكون كذلك، وحتى يكون التوقيع الإلكتروني ذو حجية وينسب لصاحبه لا بد أن يكون مبنيا على أساس شهادة تصديق إلكترونية بحيث يتم التحقق من صحته وصحة المحرر الموضوع عليه، وسنتناول ذلك فيما يلي:

المطلب الأول: التوقيع الإلكتروني

أولا: تعريفه: عرفه قانون اليونيسترال النموذجي[17] الخاص بالتوقيعات الإلكترونية لسنة 2001 في المادة 2 منه على أنه: " توقيع إلكتروني يعني بيانات في شكل إلكتروني مدرجة في رسالة بيانات أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقيا، يجوز أن تستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة إلى رسالة البيانات، ولبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات "[18].

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد أشار إليه في المادة 2/327 من القانون المدني حيث نص فيها: " ... ويعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر1 أعلاه".

وبصدور القانون رقم 15-04 المؤرخ في 2015/02/01 المتضمن القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، فقد تناول المشرع الجزائري تعريف التوقيع الإلكتروني وذلك في المادة 1/2 منه، حيث نصت على: "... التوقيع الإلكتروني بيانات في شكل إلكتروني مرفقة أو مرتبطة منطقيا ببيانات إلكترونية تستعمل كوسيلة توثيق".

وتجدر الإشارة هنا إلى عدم الخلط بين التوقيع الإلكتروني وبين تشفير الرسائل الإلكترونية، فكليهما يقوم على عملية حسابية يتم من خلالها تشفير مضمون الرسالة أو التوقيع، ولكن التشفير يشمل الرسالة كاملة في حين التوقيع الإلكتروني يقتصر على التوقيع فقط دون بقية الرسالة، لأنه قد يرتبط برسالة غير مشفرة.[19]

وبالتالي فالتوقيع الإلكتروني يقوم بنفس وظائف التوقيع التقليدي، كل ما هناك أنه ينشأ عبر وسيط إلكتروني وذلك استجابة لنوعية المعاملات التي تتم إلكترونيا، فحيث تبرم العقود والصفقات إلكترونيا وجب أن يتم التوقيع عليها إلكترونيا ولا مكان للإجراءات المادية أو اليدوية[20] وفي حالة عدم إرفاق المحرر الإلكتروني بتوقيع إلكتروني فهذا دليل على عدم إرفاق المحرر الإلكتروني بتوقيع إلكتروني فهذا دليل على عدم انصراف النية إلى إبرام العقد، وبالتالي لا يعتد بذلك المحرر كدليل إثبات.[21]

ثانيا: صور التوقيع الإلكتروني: يتخذ التوقيع الإلكتروني عدة صور:

1- التوقيع اليدوي المرقم: ويتمثل في أخذ نسخة من التوقيع المحرر بخط اليد عن طريق التصوير بالماسح الضوئي، ثم نقل هذه الصورة إلى الملف الذي يراد إضافة التوقيع إليه، وهكذا يمكن نقل التوقيع وطبعه على أية وثيقة كلما دعت الحاجة إلى ذلك.

2- التوقيع البيومتري: يتم التوقيع البيومتري بأحد الخواص المميزة لكل شخص، أي استخدام هويته، لذا يطلق عليه التوقيع بالخواص الذاتية، وتعتمد هذه الصورة على حقيقة علمية هي أن لكل شخص صفات ذاتية خاصة به تختلف من شخص إلى آخر، تتميز بالثبات النسبي فالصفات الجسدية أو البيومترية التي يعتمد عليها التوقيع البيومتري متعددة من أهمها: البصمة الشخصية، بصمة شبكة العين، بصمة الصوت، خواص اليد البشرية[22]......

3-التوقيع بالقلم الإلكتروني: هو طريقة حديثة من طرق التوقيع البيومتري ويتم هذا التوقيع بقيام الشخص بالتوقيع على شاشة جهاز الحاسب الآلي باستخدام قلم إلكتروني خاص، ويستوجب هذا الأمر جهاز حاسب آلي ذو مواصفات خاصة تمكنه من أداء مهمته في التقاط التوقيع من شاشته ويتم حفظ صورة توقيع الشخص بذاكرة الحاسوب الآلي، وعندما يرسل مستند إلكتروني موقع بخط يده عن طريق القلم الإلكتروني تتم المضاهاة بين التوقيع المرسل والتوقيع المخزن بذاكرة الحاسوب، ويتم التحقق من صحة التوقيع بالاستناد إلى حركة القلم الإلكتروني والأشكال التي يتخذها من انحناءات وسمات خاصة بتوقيع الشخص.[23]

4- التوقيع بالضغط على مربع الموافقة ok , box: يكون توقيع العقود الإلكترونية بمقتضى هذه الطريقة، بواسطة الضغط على المكان المخصص الموافقة على قبول العقد، ويكون هذا المكان موجودا على شاشة الحاسوب، وقد يتطلب زيادة في التأكد على قبول العقد الضغط مرتين على مكان الموافقة لضمان الحصول على الجدية في قبول العقد، وهذه الطريقة لا تعتبر بحد ذاتها توقيعا إلكترونيا، ولذلك جرى العمل أن تطلب بعض المؤسسات التجارية إضافة إلى الضغط على مربع الموافقة كتابة الرقم السري للشخص وكذلك طلب منح شهادة تصديق جهة مختصة بذلك.[24]

وبالنسبة لحجية التوقيع الإلكتروني فقد نصت المادة 8 من قانون 15-04 المتضمن القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين على أنه: "يعتبر التوقيع الإلكتروني الموصوف وحده مماثلا للتوقيع لا

المكتوب سواء كان لشخص طبيعي او معنوي " فهذه المادة صريحة حيث تساوي بين التوقيع الإلكتروني والتوقيع المكتوب.

والتوقيع الإلكتروني الموصوف حسب ما جاء في المادة 7 من قانون 15-04 أعلاه هو التوقيع الإلكتروني الذي تتوفر فيه المتطلبات الآتية:

-أن ينشأ على أساس شهادة تصديق إلكترونية موصوفة.

-أن يرتبط بالموقع دون سواه.

-أن يمكن من تحديد هوية الموقع.

-أن يكون مصمما بواسطة آلية مؤمنة خاصة بإنشاء التوقيع الإلكتروني.

-أن يكون منشأ بواسطة وسائل تكون تحت التحكم الحصري للموقع.

-أن يكون مرتبطا بالبيانات الخاصة به، بحيث يمكن الكشف عن التغيرات اللاحقة بهذه البيانات.

وعلى الرغم من ان المشرع الجزائري قد اعتبر أن التوقيع الإلكتروني الموصوف هو وحده المساوي للتوقيع المكتوب في الحجية، إلا أنه في المادة 9 من قانون 15-04 اعترف بالتوقيع الإلكتروني وحجيته على الرغم من عدم اعتماده على شهادة تصديق إلكتروني موصوفة.

المطلب الثاني: التصديق الإلكتروني

لقد تناول المشرع الجزائري التصديق الإلكتروني في الباب الثالث من قانون 15-04 المتضمن القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، فالتصديق أو التوثيق الإلكتروني هو وسيلة فنية آمنة للتحقق من صحة التوقيع أو المحرر، ويتم التحقق من صحة التوقيع الإلكتروني عن طريق شهادة التصديق الإلكتروني.

أولا: شهادة التصديق الإلكتروني: عرفت المادة الثانية من قانون اليونيسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية شهادة التصديق الإلكتروني بأنها: "رسالة بيانات أو سجل آخر يؤكد الارتباط بين الموقع وبيانات إنشاء التوقيع".[(25)] أما المشرع الجزائري فقد عرف شهادة التصديق الإلكترونية في المادة 15 من قانون 15-04، وهي شهادة تصدرها جهة وسيطة أو جهة ثالثة أو مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني ما بين طرفين متعاملين بالطريق الإلكتروني، وتمنح هذه الشهادة للموقع دون سواه، ويكون مضمون هذه الشهادة صحة البيانات المتبادلة بين الطرفين.[(26)]

والملاحظ أنه يتعين على كل شخص طبيعي أو معنوي يرغب في العمل في نشاط مزود خدمات المصادقة الإلكترونية الحصول على ترخيص مسبق بذلك من الجهات التي نصت عليها القوانين.

وعليه فإن شهادة التصديق الإلكترونية هي صك أمان يفيد صحة وضمان المعاملة الإلكترونية من حيث صحة البيانات ومضمون المعاملة وكذا أطرافها.[(27)]

ولكي تكون لشهادة التصديق قيمة قانونية كاملة في الإثبات، يجب أن تشتمل على بيانات معينة تصبغ الثقة على مضمونها وتمنحها حجية قانونية ودليل قاطع، وإلا فلا يمكن للقاضي أن يعتمدها كدليل إثبات.[(28)]

وبحسب قانون اليونيسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية لعام 2001 فتشتمل هذه البيانات على ما يلي:

-تحديد شخصية مقدم خدمة التوثيق، والدولة التي نشأ بها لممارسة اختصاصه.

-اسم الموقع الفعلي صاحب الشهادة أو اسمه المستعار.

-ميزة خاصة للموقع عند الاحتجاج إليها وذلك حسب الاستعمال الذي أعطيت الشهادة من اجله.

-تحديد المفتاح العام الذي يتم من خلله التحقق من أن التوقيع الرقمي قد أنشئ باستخدام المفتاح الخاص المناظر له والخاضع لسيطرة الموقع وحده.

-تحديد مدة صلاحية الشهادة من بدايتها وحتى نهاية صلاحيتها.

-الرقم المسلسل الخاص بالشهادة.

-التوقيع الإلكتروني لمقدم خدمة التصديق القائم بتسليم الشهادة وذلك لتأكيد صحة الشهادة فيما يتعلق بكل من محتواها ومصدرها.

-حدود استخدام الشهادة عند الاقتضاء.

-تحديد قيمة الصفقات التي يمكن استخدام الشهادة بشأنها.

ثانيا: جهات التصديق الإلكتروني: عرف المشرع الجزائري مقدم أو مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني وذلك بموجب المادة الثانية فقرة 12 من قانون 15-04 المتضمن القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين حيث نصت: " مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني: شخص طبيعي أو معنوي يقوم بمنح شهادة تصديق إلكتروني موصوفة، وقد يقدم خدمات أخرى في مجال التصديق الإلكتروني".

من خلال هذه المادة يتضح أن مقدم خدمات التصديق هو كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بتقديم أو منح شهادات التصديق الإلكترونية للأشخاص الذين يطلبونها بشرط أن يكون هذا الشخص من الأشخاص الذين يسمح لهم القانون بتقديم هذه الشهادة، ولا يمكن لمؤدي خدمات التصديق القيام بعمله إلا بناءا على ترخيص تمنحه السلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني.(29) وبناءا على توافر شروط معينة أوردها المشرع في نص المادة 34 من قانون 15-04.

ويكلف مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني بتسجيل أو إصدار أو منح أو إلغاء أو نشر وحفظ شهادات التصديق الإلكتروني كما يلزم بالحفاظ على سرية البيانات والمعلومات المتعلقة بشهادة التصديق الإلكتروني، كما يكون مسؤولا عن صحة البيانات التي تتضمنها شهادة التصديق الإلكتروني وقت تسليمها، وعن صحة العلاقة بين صاحب الشهادة والبيانات الإلكترونية وتقع عليه مسؤولية تعويض الضرر الذي يصيب أي شخص وثق بصحة الشهادة عن حسن نية.(30)

الخاتمة:

لقد تناولنا في هذه الدراسة موضوع الإثبات المدني الإلكتروني، والذي يعد من الموضوعات التي فرضت نفسها بقوة في السنوات الأخيرة ، نتيجة للتطور السريع والمستمر الذي تعرفه التجارة الإلكترونية، وخلصنا إلى أن المشرع الجزائري راعى التطور الحاصل الذي عرفته العقود التي تتم عن بعد، بحيث تناول موضوع التعاقد عن بعد وإثباته في العديد من نصوص القانون المختلفة كان أخرها القانون رقم 18-05 المؤرخ في 2018/05/10

المتعلق بالتجارة الإلكترونية، ومن خلال دراسة موضوع الإثبات المدني الإلكتروني في العديد من النصوص القانونية المتفرقة، خلصنا إلى عدة نتائج مهمة:

1- أن المشرع الجزائري تناول موضوع العقود الإلكترونية تدريجيا وفي نصوص قانونية مختلفة كالقانون المدني، قانون 15-04 المتضمن القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، إضافة إلى القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية.

2- ان المشرع الجزائري اعتبر المحررات المكتوبة على دعامة إلكترونية تتمتع بنفس حجية ووظائف الإثبات التي تتميز بها المحررات الورقية إذا توفرت على شروط معينة.

3- أن المشرع الجزائري اشترط أن يحتوي المحرر الإلكتروني المعد للإثبات على توقيع إلكتروني يتوافق مع طبيعة المحرر يمكن من تحديد الشخص الذي صدر عنه ذلك المحرر.

4- أن المشرع تطلب توافر شهادة التصديق الإلكترونية لضمان صحة المعاملة الإلكترونية من حيث مضمونها وبياناتها وأطرافها.

5- ان المشرع الجزائري لم يوسع من دائرة حماية أمن المعلومات وذلك بغرض حماية كل المواضيع المتعلقة بأمن المعلومات.

6- لم يفصل المشرع الجزائري عند تناوله للتعاقد الإلكتروني في مسائل الإثبات بالشكل اللازم.

وبناء على هذه النتائج المستخلصة فإننا نقدم بعض التوصيات في هذا المجال:

1- ضرورة ضبط موضوع التعاقد الإلكتروني في شكل قانون خاص به، يتضمن جميع القواعد المتعلقة بالعقد الإلكتروني بشكل مفصل وخاصة مسألة الإثبات.

2- ضرورة تعديل القانون رقم 15-04 المتضمن القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، وهذا بغرض فرض حماية أكبر على جميع المواضيع المتعلقة بأمن المعلومات الإلكترونية وليس فقط التوقيع والتصديق الإلكترونيين.

3- ضرورة تعديل القانون رقم: 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية ليشمل كل الجوانب المتعلقة بالعقد الإلكتروني، خاصة مسائل الإثبات.

4- تنظيم مسائل الإثبات الإلكتروني لتشمل وسائل إثبات أخرى وليس الاقتصار على الكتابة والتوقيع الإلكترونيين، فرغم أن المشرع الجزائري نص على السجل التجاري الإلكتروني بموجب المرسوم التنفيذي رقم 18-112 المؤرخ في 2018/04/05، لكنه لم ينص على استعماله كأداة إثبات إلكترونية.

وفي الأخير نقول أنه لا تكفي النصوص المترامية الموجودة في القانون المدني وبعض التشريعات الأخرى كقانون التوقيع والتصديق الإلكترونيين وقانون التجارة الإلكترونية الحالي في تنظيم مسائل الإثبات الإلكترونية بالشكل اللازم، بل يجب على المشرع الجزائري استكمال المنظومة الإلكترونية بتعديل قانون التجارة الإلكترونية وتعديل كذلك جميع القوانين والنصوص المرتبطة بالمعاملات الإلكترونية مثل تلك المنظمة للممارسات التجارية والبنوك وغيرها مع ضرورة الاستعانة والاسترشاد بالقوانين الدولية خاصة قانون اليونيسترال النموذجي.

الهوامش:

[1] سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الأنترنت، دار الكتب القانونية، مصر، 2008، ص496.

[2] محمد محمد سادات، حجية المحررات الموقعة إلكترونيا في الإثبات (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2011، ص77.

[3] أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط في قانون المعاملات الإلكترونية (وفقا لأحدث التشريعات في فرنسا، مصر، الأردن، دبي، البحرين)، ط1، دار النهضة العربية، مصر، 2007، ص364، 365.

[4] المادة 324 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم، ج ر عدد78 مؤرخة في 1975/09/30.

[5] القانون رقم 15-04 المؤرخ في 2015/02/01 والمتضمن القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، ج ر عدد 06 مؤرخة في: 2015/02/10.

[6] القانون رقم 18-05 المؤرخ في: 2018/05/10 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج ر عدد 28، مؤرخة في 2018/05/16.

[7] بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، أطروحة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، 2015، ص160.

[8] المرجع نفسه، ص166.

[9] القانون النموذجي حول التجارة الإلكترونية رقم 21-162 الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ: 1996/12/16.

[10] منال فراح، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2009، ص170.

[11] لعروري زواوية وقماري نضيرة بن ددوش، حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات، مجلة البحوث القانونية والسياسية، جامعة الطاهر مولاي، سعيدة، عدد7، ديسمبر 2016، ص433.

[12] موسى نسيمة، إثبات العقد الإلكتروني في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، المجلد 51، العدد 2، 2014، ص135.

[13] سمير عبد العزيز جمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، دار النهضة العربية، مصر، 2007، ص200.

[14] موسى نسيمة، المرجع السابق، ص136.

[15] أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص368.

[16] عقوني محمد، ضوابط الاعتراف بالمحررات الإلكترونية كوسيلة إثبات في العقد التجاري، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المسيلة، المجلد الثاني، عدد8، ديسمبر2017، ص468.

[17] اليونيسترال هي لجنة قانون التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة، وتضم في عضويتها غالبية دول العالم الممثلة لمختلف النظم القانونية الرئيسية، وغرضها الاساسي هو تحقيق الانسجام والتلاؤم بين القواعد القانونية المنظمة للتجارة الإلكترونية، وتحقيق وحدة القواعد المتبعة وطنيا في التعامل مع مسائل التجارة الإلكترونية.

[18] سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص498.

[19]- نجيبة بادي بوقميحة، إثبات العقد الإلكتروني، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة الجلفة، العدد2، سنة2017، ص364.

[20] عبد الفتاح بيومي حجازي، التوقيع الإلكتروني في النظم القانونية المقارنة، دار الفكر الجامعي، مصر 2005، ص125.

[21] بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص172.

[22] نجيبة بوقميحة، المرجع السابق، ص365.

[23] عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص127.

[24] منال فراح، المرجع السابق، ص179.

[25] سمير عبد العزيز جمال، المرجع السابق، ص206

[26] نجيبة بوقميحة، المرجع السابق، ص366.

[27] بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص174.

[28] المرجع نفسه، ص252.

[29] المادة 33 من القانون 15-04، السالف الذكر.

[30] نجيبة بوقميحة، المرجع السابق، ص367.

الصعوبات المحيطة بعملية الوصول للدليل الإلكتروني

د/ ميلود خيرجة
جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي(الجزائر)
khirdjamiloud@gmail.com

د/ عماد شريفي
جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي(الجزائر)
Cherifi-imad@univ-eloued.dz

ملخص:

على الرغم من الدور الايجابي الذي تمارسه الوسائل التقنية، فأنها لا تخلو من السلبيات ولعل ابرزها ظهور انماط جديدة من الجرائم التي من الصعب اكشاف مرتكبيها بواسطة الوسائل التقليدية، انما يحتاج استخدام التقنية العلمية المتقدمة التي يتعين اتباعها للوصول اليها، كما ان هناك صعوبة للوصول للدليل الالكتروني نظرا لطبيعته غير المادية لذا لابد من تطوير كفاءة الجهات المختصة ذات العلاقة ورفدها بأصحاب الكفاءات العلمية واعداد الجهاز الأمني والقضائي اعدادا تقنيا لمجاراة التقدم والتطور في مجال الدليل الالكتروني والأجهزة الإلكترونية الحديثة.

الكلمات المفتاحية: الإثبات الجنائي، الدليل الإلكتروني، الجريمة المعلوماتية، الجريمة الالكترونية.

Abstract

Despite the positive role played by technical means, it is not without negatives, perhaps the most prominent of which is the emergence of new types of crimes whose perpetrators are difficult to detect through traditional means, but requires the use of advanced scientific technology that must be followed to reach them, and there is difficulty in accessing electronic evidence. Due to its non-material nature, it is necessary to develop the competence of the relevant competent authorities and to provide them with scientifically qualified persons, and to prepare the security and judicial apparatus technically to keep pace with the progress and development in the field of electronic evidence and modern electronic devices.

Keywords: Criminal evidence, electronic evidence, information crime, electronic crime.

مقدمة:

تعدّ الجرائم الإلكترونية من أكثر القضـــايا القانونية حداثة وإثارة لمخاوف رواد المواقع ومنصـــات التواصل والشركات والبنوك التي تعدّ هدفاً ثميناً لمرتكبي الجرائم التقنية.

كما باتت تأخذ منحى أكثر رواجاً مع التقدم التكنولوجي الكبير الذي أدخل أبعاداً جديدة إلى مفهوم الجريمة، ومع تداخل المعلوماتية والأجهزة الحاسوبية في مختلف الأنشطة الحياتيّة، أصبحت الجرائم الرقمية أكثر خطورة وحســاســيّة، فضــلاً عن تعقيداتها، ووســائل التخفّي في ارتكابها، خاصــة إذا اســتشــعر المجرمون المعلوماتيون أن أجهزة إنفاذ القانون، ورجال القضـاء، والنيابة، ورجال البحث الجنائي يمكن أن يقفوا شـبه

عاجزين عن استخلاص دليل الإدانة وضبطه، بالنظر للطبيعة الخاصة التي تميز الدليل الالكتروني عن باقي الأدلة الأخرى.

فالتحقيق في الجرائم المعلوماتية يتسم بالعديد من المعوقات والصعوبات لكون هذه الجريمة تقع في بيئة رقمية لا تترك أثرا خارجيا يسهل عملية كشفها وضبطها من طرف أجهزة البحث والتحري، إذ تواجه هذه الأجهزة عدة صعوبات سواء صعوبات متعلقة بالدليل الإلكتروني نفسه، أو صعوبات متعلقة بالجانب البشري.

إشكالية الدراسة:

تكتسب قواعد الاثبات أهمية بالغة، إذ من شأنها أن تشكل حماية قانونية للشخص في حد ذاته في التحقيقات الجنائية، ولعل موضوع الدليل الالكتروني على وجه الخصوص يعد من بين الموضوعات التي تطرح عدة إشكالات قانونية وذلك للطبيعة الخاصة والغير مألوفة، هذا ما يقودنا إلى طرح الاشكالية التالية: **ماهي الصعوبات والعوائق المحيطة بعملية الوصول للدليل الالكتروني؟**

أهمية الدراسة:

تعد الجرائم الالكترونية من الجرائم الاكثر صعوبة في عملية اثباتها، نظرا للطبيعة الخاصة التي تميزها مقارنة بالجرائم التقليدية، فالإثبات الجنائي الذي يعتمد على الادلة الالكترونية يعد من أبرز تطورات العصر الحديث في مجال المجال الجنائي في مختلف النظم القانونية، نظرا للطبيعة الخاصة التي يتميز بها الدليل الرقمي عن غيره.

ارتباطه بظاهرة جديدة من الاجرام وهي الجرائم الالكترونية، التي بدأت في الظهور والانتشار في الفترة الاخيرة، مما دفعت بالدول إلى إصدار التشريعات المنضمة لمكافحتها داخليا، وإلى إبرام الاتفاقيات الدولية والإقليمية للتعاون لمواجهتها خارجيا.

المنهج المتبع:

اعتمدت هذه الورقة البحثية على المنهج الوصفي بالتطرق للمواصفات المهمة للدليل الالكتروني التي جعلته يتميز بها عن باقي الأدلة الجائية، إضافة إلى المنهج التحليلي من خلال بيان أهم الصعوبات والعراقيل المحيطة بعملية الوصول للدليل الإلكتروني.

تقسيمات الدراسة:

للإجابة على التساؤل المطروح تم تقسيم الدراسة إلى ثلاث محاور رئيسية، نتناول في المحور الأول صعوبات يثيرها الدليل الالكتروني، أما المحور الثاني فسنناقش فيه صعوبات متعلقة بالمعالج للمعطيات، والمحور الثالث والأخير نتناول فيه صعوبات أخرى متعلقة بالجانب الدولي.

المطلب الأول

صعوبات يثيرها الدليل الالكتروني

نتناول في هذا المحور، الصعوبات المتعلقة بإثبات الجريمة، من انعدام الأدلة المادية ويسر تمويه الدليل واندثاره مما يصعب مهمة تتبعه، بالإضافة إلى تعقد الشبكة العنكبوتية وتشابكها وضخامة كم البيانات المتعين فحصها.

كل هذا كان من المعوقات التي تدخل في إطار إثبات الجريمة المعلوماتية، ولذلك كان لزاما علينا التطرق لمختلف هذه الصعوبات، وذلك من خلال ما يلي:

الفرع الأول: انعدام الأدلة المادية

من سلبيات الجرائم الالكترونية أنها لا تعتمد على وثائق وسندات ورقية ومكتوبة، بل تعتمد على نبضات إلكترونية غير مرئية لا يمكن قراءتها إلا عن طريق الحاسب الآلي، وهذا عكس الجرائم الإلكترونية التي يكون فيها الدليل مرئي ملموس تسهل ملاحظته كالسلاح الناري، أو الأداة الحادة، أو المادة السامة، أو المحرر الذي تم تزويره، أو النقود التي تم تزييفها...إلخ، فإن الأمر ليس بهذه السهولة بالنسبة للدليل الإلكتروني باعتباره قد يكون ذو طبيعة مادية تسهل ملاحظته، كما قد يكون ذو طبيعة معنوية وبالتالي يكون في منتهى الصعوبة، بالنظر إلى أنه لا يترك و راءه أي آثار قد تدل عليه أو تكشف عنه[1].

ولعل خفاء وعدم ظهوره في الجريمة المعلوماتية يجد سنده في أن هذه الجريمة قائمة على معلومة يتم سرقتها أو الاحتيال عن طريقها أو تزويرها، وبمعنى أخر أن هذه المعلومة هي الوسيلة لاقتران الجريمة والتي تخلف أثرا ماديا فيما بعد، لهذا يجد الفقه الجنائي صعوبة في التسليم بكونها موضوعا للسرقة واعتبارها من قبيل المال الذي يمكن سرقته، ذلك أن المعلومات ليست من الأشياء لأنها ليست من المنقولات، كما لا ترد عليها الحيازة ولا تنتقل بالاختلاس، ولا يوجد شك في أن إثبات الجرائم التي تترك أثارا ملحوظة يكون سهلا ميسورا، على العكس في إثبات الجرائم التي تقع على الأمور المعنوية، لأن إثباتها يكون في منتهى الصعوبة، لكونها لا تترك ورائها أي أثر قد يدل أو يكشف عنها[2].

الفرع الثاني: تمويه الدليل واندثاره بكل يسر

من الصعوبات التي يمكن أن تعيق إثبات الجريمة المعلوماتية سهولة إخفاء الجناة لأدلة الإدانة أو محوها أو تدميرها، إذ يستخدمون في ذلك التلاعب غير المرئي في النبضات والذبذبات الالكترونية التي يتم تسجيل البيانات عن طريقها.

حيث نجد أن البيانات المخزنة إلكترونيا أو المنقولة عبر الشبكات الاتصالية تحاط بسياج من الحماية الفنية، فالجاني يضع في بعض الحالات عقبات فنية للحيلولة دون اكتشاف جريمته، وضبط أدلتها باستخدام التشفير أو كلمة السر، وذلك لمنع الغير بما فيه أجهزة الرقابة من الوصول إلى البيانات والمعلومات المخزنة أو التلاعب فيها، فلاشك أن المجرمين الذين يرتكبون جرائمهم بالوسائل الإلكترونية الحديثة من فئة الأذكياء الذين يضربون سياجا أمنيا على أفعالهم غير المشروعة قبل ارتكابها حتى لا يقعوا تحت طائلة العقاب[3]، ومن الوقائع العملية التي تؤيد ذلك ما قامت به عصابة محترفة في اختراق أنظمة الحاسب الآلي، وذلك من خلال تصميمها جهاز يمحو جميع أثار أي خطوات وتعاملات سابقة استخدمته في اختراق نظم لحاسبات خاصة بشركات معينة، وفي جميع أنحاء العالم، وكذلك ما قام به أحد الجناة بإدخال تعديل على الحاسب، حيث ضمنه، وفي نطاق التعليمات الأمنية لحماية ما فيه من معلومات مخزنة، برنامج مهمته محو هذه المعلومات بشكل تلقائي، إذا ما تم اختراق المعلومات من قبل شخص غير مرخص له.

الفرع الثالث: محدودية تقصي آثار الجريمة[4]

الجرائم الإلكترونية تختلف اختلافا بيّنا عن الجرائم العادية ، فالجاني في الجرائم العادية يحرص على عدم ترك آثار مادية كالبصمات وآثار الأقدام ومخلفات الجريمة، أما الجرائم الالكترونية التي تعتمد كثيرا على معالجة البيانات بطريقة آلية، أو بالتدخل البشري دون وجود أي آثار إلا في حال وضع بعض البرمجيات التي يمكنها اقفاء آثار المعالجة داخل جهاز الكمبيوتر، ولكن في حال غياب هذه البرمجيات يمكن للمستخدم دون إذن من المسؤول تغيير معطيات مهمة دون أن يتفطن له أحد ، مما قد يجعل عمله يرقى لجريمة الاطلاع على البيانات السرية للأشخاص وتعديلها وتغييرها بالتزوير[5].

الفرع الرابع: لا محدودية شبكة الانترنت

من الصعوبات التي تواجه سير الإثبات في الجرائم المعلوماتية، هو أن شبكة الانترنت ليس لها حدود دولية، فهي لا تعترف بتلك الحدود القائمة بين الدول، كما أنها ليست مملوكة لأحد، وبالتالي فليس هناك جهاز رقابي عليها ولا سلطة مركزية تتحكم فيها، فالانترنت ظاهرة دولية تنعدم مركزيتها وتتساوى أمامها الدول الكبيرة والصغيرة دون المساس بسيادة الدول، ما يخلق صعوبة كبيرة أمام الجهات التي تقوم بتعقب دليل الإثبات عبر هذه الشبكة، فنظرا إلى توزيع الشبكة العنكبوتية على مستوى أنحاء العالم فإنه من الصعب الحصول على دليل لأثبات الجريمة في حالة امتداد مسرح الجريمة إلى أكثر من دولة، بسبب تعقيد الإجراءات ووجود مشاكل عملية وتشريعية في بعض الدول مما يحول دون الحصول على دليل رقمي[6].

المطلب الثاني

صعوبات متعلقة بالمعالج للمعطيات

عند البحث عن الدليل الإلكتروني قد تعتريه بعض النقائص المتعلقة بالجانب الفني التكويني للأفراد الذين يعكفون على تتبع آثار الجرائم الإلكتروني مما ينبثق عنه صعوبات جمة في الحصول على الدليل، وكذلك صعوبات متعلقة بمعالجة المعطيات.

الفرع الأول: صعوبات فنية تكوينية

لا يمكن الحديث عن سهولة الحصول على الأدلة الإلكترونية للجرائم، إن لم تكن الجهات المختصة تملك محققين أكفاء يكونوا قد تلقوا تكوينا عاليا مكثفا ودقيق، مواكبا لما توصلت إليه تكنولوجيا المعلومات في الجانب الأمني، ولهم كفاءة عالية في تحليل المعلومة الإلكترونية وتتبعها واستخلاصها في أشكال مادية لمجابهة الجناة والمخترقين عند محاكمتهم، وكذلك لصعوبة الحصول على الدليل الالكتروني وفهم محتواه، فهو ناتج عن عملية فنية معقدة عن طريق التلاعب بالذبذبات الالكترونية وعمليات أخرى غير مادية [7].

ومن المشاكل التي يكون للجانب الفني التكويني دور فيها هو نقص الخبرة لدى مصالح الضبطية القضائية، فمن المفروض كان عملهم الحصول على الدليل الإلكتروني الذي يفضي إلى فك خيوط الجريمة، بل بالعكس فنقص الخبرة لديهم يؤدي إلى ضياع الأدلة الإلكترونية نتيجة صعوبة استخراجها والحصول عليها

من الوسائط الالكترونية، ومثال ذلك فقدان معلومات مهمة محملة على قرص قابل للإزالة (flash Memory)، مما يؤدي إلى ضياع آثار الجريمة[8].

الفرع الثاني: صعوبات متعلقة بمعالجة المعطيات

يشكل معالجة المعطيات لاستخراج الأدلة الجنائية من خلال الكم الكبير من البيانات والمعلومات والتي هي بحاجة إلى فحص ودراسة لاستخلاص دليل الجريمة منها، أحد مصادر المعوقات التي تقف حاجزا أمام عملية الإثبات في الجرائم المعلوماتية.

كذلك من الصعوبات التي تعتري الحصول على الدليل الالكتروني التطور التكنولوجي الكبير اما أدى إلى تطور الجرائم معه مما يشكل عائقا أمام الأجهزة الأمنية المختصة في الحصول على الأدلة نتيجة كثرتها وتنوعها، مما يستلزم عليها مواكبة التطور التكنولوجي، بجلب أجهزة وتقنيات حديثة وبرامج تسهل وتسرع من عملية الحصول على الأدلة الإلكترونية، إلى جانب متابعة التحديثات الجديدة للبرامج والأجهزة حتى تبقى أجهزة مكافحة الجرائم مواكبة لما يطرأ من طرق جديدة لارتكاب جرائم الكترونية[9].

المبحث الثالث

صعوبات أخرى متعلقة بالجانب الدولي

إن التعاون الدولي في مجال محاربة الجريمة الالكترونية يحد من انتشارها، وعلى الرغم من الجهود الدولية المبذولة للحد منها إلا أنه لم تستطع الوصول إلى وضع نظام قانوني دولي فعال يكون حاجزا أمام الجرائم الالكترونية الدولية، والتي قد تعصف بالأمن والسلم الدوليين نتيجة اختراق المنظومات السرية الحربية لبعض الدول وبيعها لمنظمات إرهابية غاية في الخطورة، وبات البحث عن سبل لمكافحة الجريمة الالكترونية الدولية مطلبا تسعى إلى تحقيقه كثير من دول العالم إلا أن هذا المطلب تعتريه بعض الصعوبات نوردها كالتالي[10]:

الفرع الأول: الاختلاف في تكييف الجريمة الإلكترونية بين الأنظمة القانونية الدولية

فهو يعتبر من الصعوبات الحقيقية التي تحول دون توحيد وتكاتف الأنظمة القانونية الدولية في وضع مفهوم موحد للجريمة الإلكترونية، فاختلاف مفهومها وغموضه بين الدول مع اختلاف الآليات الإجرائية جعل من الجريمة الالكترونية سهلة التنفيذ في بعض من أنواعها، ويعود السبب في ذلك لاختلاف طبيعة الأنظمة القانونية السائدة، واختلاف المجتمعات وكذا الأعراف الجارية، وهو ما انعكس سلبا حيث جعل من شبكات الاجرام الالكتروني تنفذ جرائمها دون حسيب ولا رقيب عبر أنحاء العالم [11].

الفرع الثاني: تنوع واختلاف النظم القانونية الإجرائية

إن اختلاف النظم الإجرائية التي يتم إتباعها في البحث والتحري والتحقيق في الجرائم المعلوماتية يعد أحد المعوقات التي تقف أمام التعاون الدولي، والسبب راجع لكون الإجراءات التي يثبت فائدتها وفعاليتها في

دولة ما قد تكون غير ذي فائدة في دولة أخرى، وقد لا يسمح للجهات المختصة بالتحقيق بإجرائها أصلا، كما هو الحال بالنسبة للتنصت، والمراقبة الالكترونية، والتسليم المراقب، وغيرها من الإجراءات الشبيهة

الفرع الثالث: التجريم المزدوج

إن اختلاف النظم القانونية والتشريعات العقابية لها دور بارز في مجال وضع العوائق أمام تحقيق التعاون الدولي في مجال الجرائم المعلوماتية، حيث أن اشتراط تجريم ذات الفعل في التشريعات الوطنية هو من أهم الشروط، خاصة في نطاق تسليم المجرمين والذي تشترطه أغلب التشريعات الوطنية والصكوك الدولية المعنية بتسليم المجرمين إلا أنه من جانب أخر، نجد أن معظم الدول لم تصدر التشريعات التي تعالج أو تضع الآلية المناسبة لمحاربة الجريمة المعلوماتية، وهنا كان من الصعوبة أن يتم تحديد ما إذا كانت النصوص التقليدية لدى الدولة المطلوب منها التسليم، يمكن أن تطبق على الجرائم المعلوماتية أم لا، وهذا بالطبع الذي يعوق تطبيق الاتفاقيات الدولية في مجال تسليم المجرمين، وهذا الأمر الأخير ينعكس بشكل سلبي على إجراءات جمع الأدلة وملاحقة ومحاكمة الجناة في الجرائم المعلوماتية[12].

الخاتمة:

من خلال هذه الدراسة اتضح لنا، أن البحث عن الأدلة الإلكترونية في إطار الجرائم المعلوماتية يعرف عدة صعوبات، ومن أجل تجاوز هذه العراقيل والصعوبات لابد من إيجاد حلول ناجعة لمواجهة الجريمة الإلكترونية والحيلولة دون إفلات المجرمين، وقد تم التوصل إلى مجموعة من النتائج والتوصيات.

أولا: النتائج

1- عدم وجود نموذج واحد متفق عليه فيما يتعلق بالنشاط الإجرامي ذلك أن الأنظمة القانونية في بلدان العالم قاطبة لم تتفق على صور محددة يندرج في إطارها ما يسمى بإساءة استخدام نظم المعلومات الواجب اتباعها.

2- يتجلى سبب غياب هذا النموذج في كثرة التعاريف والمفاهيم القانونية التي تؤطر هذا الجانب فكل دولة تضع تعريفات ومصطلحات حسب أنظمتها القانونية الجنائية بالخصوص هذه الكثرة الناتجة أساسا عن التطور الذي يعرفه المجال المعلوماتي وبالتالي تطور تقنيات وسائل ارتكاب الجرائم المعلوماتية او جرائم الانترنيت.

3- مسألة الطبيعية القانونية للمال المعلوماتي ومدى اعتباره مالا ماديا او معنويا ومنقولا باعتبارها هذا الأخير محلا لمعظم جرائم الأموال.

4- عدم وجود تنسيق فيما يتعلق بالإجراءات الجنائية المتبعة بخصوص الجريمة المعلوماتية بين الدول المختلفة خاصة ما تعلق منها بأعمال الاستدلال أو التحقيق.

ثانيا: الاقتراحات

1- العمل على وجود نموذج واحد متفق عليه فيما يتعلق بالنشاط الإجرامي، يندرج في إطارها ما يسمى بإساءة استخدام نظم المعلومات الواجب اتباعها.

2- إصدار التشريعات المنضمة لمكافحة الجرائم الالكترونية داخليا، وإلى إبرام الاتفاقيات الدولية والإقليمية للتعاون لمواجهتها خارجيا.

3- تطوير قدرات الأجهزة الأمنية لصبر أغوار عالم المعلوماتية والحيلولة دون وقوفها مكتوفة الأيدي أمام التطور المستمر للجريمة الالكترونية.

4- تعزيز التعاون الدولي الشرطي والقضائي بهدف تبادل المعلومات والخبرات والتدريب فضلا عن المساعدة المتبادلة في كشف هذه الجرائم.

الهوامش:

(1) حورية المتوكل، تحديات الحصول على الدليل الإلكتروني، مجلة القانون والأعمال الدولية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الاول، الرباط، العدد31، 2020، ص304.

(2) بثينة حبيباتي، معوقات مكافحة الجريمة المعلوماتية، مجلة العلوم الانسانية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر01، المجلد01، العدد50، 2018، ص88.

(3) عبد الله أدعول، الدليل الإلكتروني في الإثبات الجنائي، رسالة لنيل دبلوم الماستر، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بمراكش، جامعة القاضي عياض، المملكة المغربية، 2012، ص19.

(4) حورية المتوكل، تحريات الحصول على الدليل الإلكتروني، مرجع سابق، ص308.

(5) شهرزاد حداد، الدليل الإلكتروني في مجال الإثبات الجنائي، مذكرة ماستر، كلية الحقوق، جامعة أم البواقي، 2016، ص20

(6) بثينة حبيباتي، معوقات مكافحة الجريمة المعلوماتية، مجلة العلوم الانسانية، مرجع سابق، ص88.

(7) حورية المتوكل، تحريات الحصول على الدليل الإلكتروني، مرجع سابق، ص310.

(8) خالد ممدوح إبراهيم، الاثبات الالكتروني في المواد الجنائية والمدنية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2020، ص28. حورية المتوكل، تحريات الحصول على الدليل الإلكتروني، مرجع سابق، ص309.

(9) مسعود بن نحمد المعمري، الأدلة الإلكترونية لإثبات الجريمة الإلكترونية، مجلة كلية الحقوق، جامعة السلطان قابوس، مسقط، سلطنة عمان، العدد الثالث، الجزء الثاني، ص199.

(10) بثينة حبيباتي، معوقات مكافحة الجريمة المعلوماتية، مرجع سابق، ص95.

(11) نور الدين بن حميدوش، مكانة الدليل الإلكتروني في الاثبات الجنائي، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، كلية الحقوق جامعة المسيلة، المجلد 04، العدد 02، جانفي 2020، ص197.

(12) بثينة حبيباتي، معوقات مكافحة الجريمة المعلوماتية، مرجع سابق، ص95.

قواعد الإثبات في التحكيم الإلكتروني - دراسة تحليلية مقارنة -

د/ جارد محمد
جامعة طاهري محمد بشار (الجزائر)
taghit2009@gmail.com

د/ محتال آمنة
جامعة طاهري محمد بشار (الجزائر)

ملخص:

يعتبر الإثبات إحدى أهم إجراءات الدعوى التحكيمية، مناطه تقديم أساس وحجج ادعاءاته ودفاعه للحصول على حقه. و بفعل التطورات التكنولوجية التي عرفها العالم ، ظهر في حقل التجارة الدولية نوع جديد من التحكيم يعرف ب"التحكيم الإلكتروني"، الذي تتم إجراءاته عبر وسائط إلكترونية بدون حضور مادي لأطراف النزاع أمام هيئة التحكيم ، في ظل الانتشار الواسع للعقود الإلكترونية التي يتطلب الفصل في المنازعات المترتبة عليها وجود قضاء إلكتروني الذي تتم الإجراءات أمامه في بيئة إلكترونية محضة ، و هو ما كان له الأثر البالغ في تجسيد فكرة التحكيم الإلكتروني على أرض الواقع من خلال ظهور العديد من أساليب تسوية المنازعات عبر الوسائط الإلكترونية.

الكلمات المفتاحية: العقود الالكترونية، التجارة الدولية، التحكيم الإلكتروني، الإثبات.

مقدمة:

لم يعد القضاء الوطني للدولة في الوقت الحاضر صاحب الاختصاص الحصري لتسوية المنازعات الناشئة عن معاملات التجارة الدولية، بل أضحى ينافسه في هذا الاختصاص الأصيل قضاء خاص من صنع أطراف النزاع أنفسهم ويخضع لإرادتهم، من حيث المبدأ، سواء من حيث الاتفاق على اللجوء إليه أو تحديد الهيئة التي تفصل في النزاع أو سير إجراءاته، يطلق عليه " قضاء التحكيم"، حيث أصبح هذا الأخير قضاء واقعيا يقوم جنبا إلى جنب القضاء الوطني، وذلك لما يقدمه من مزايا لأطراف النزاع، من سرعة وتخصص وسرية ومرونة في الإجراءات.

وقد ساهمت التطورات التكنولوجية الحديثة وظهور شبكة الإنترنت إلى ظهور نوع جديد من التحكيم يختلف عن ذلك التحكيم التقليدي، يعرف بـ: "التحكيم الإلكتروني"[1]، الذي تتم إجراءاته عبر وسائط إلكترونية بدون حضور مادي لأطراف النزاع أمام هيئة التحكيم، في ظل الانتشار الواسع للعقود الإلكترونية التي يتطلب الفصل في المنازعات المترتبة عليها وجود قضاء إلكتروني الذي تتم الإجراءات أمامه في بيئة إلكترونية محضة. وتأسيسا على ذلك، تجسدت فكرة التحكيم الإلكتروني على أرض الواقع من خلال ظهور العديد من أساليب تسوية المنازعات عبر الوسائط الإلكترونية، ومن ذلك "نظام القاضي الافتراضي" الذي أنشأ سنة 1996 في الولايات المتحدة الأمريكية، الذي يمكن من خلاله إجراء عملية التحكيم عبر شبكة الإنترنت، وكذا "المحكمة الفضائية" التي تقدم خدمات الوساطة و التحكيم عبر وسائط إلكترونية، إضافة إلى

نظام "التحكيم السريع" المكرس من طرف المنظمة العالمية للملكية الفكرية OMPI، التي تجسد فكرة التحكيم الإلكتروني.

فلا شك أن الإثبات[2] يعد من أهم إجراءات الدعوى التحكيمية – عموما - التي يتعين إدارتها من قبل هيئة التحكيم بعناية و حرص لتمكين كل طرف من أطراف الخصومة التحكيمية من تقديم أساس وحجج ادعاءاته و دفاعه للحصول على حقه.

فإذا كان الإثبات هو سلاح الخصوم في معركة الخصومة التحكيمية، جوهره إقناع هيئة التحكيم بإدعاء أو بآخر من جانب هذا الخصم أو ذاك، أو بصحة الواقعة التي يرد عليها، فإنه في نفس الوقت أداة ضرورية تعول عليها هيئة التحكيم في تحقيق خصومة التحكيم قصد الوصول إلى حل عادل وسليم.

فنشاط الخصم - محتكم كان أو محتكم ضده - يتمثل في سعيه جاهدا لإثبات أحقيته فيما يدعيه ودحض أدلة خصمه بتقديم كافة الأدلة لإثبات ما يدعيه ، أما هيئة التحكيم فهي تسعى جاهدة لكشف الحقيقة الموضوعية ، فغايتها هي بلوغ العدالة عن طريق إعمال قناعة أعضائها وتقديرها للوقائع المدعاة من قبل الخصوم[3].

ويجري الإثبات أمام هيئة التحكيم كما يجري أمام المحاكم الوطنية، ويكون بأدلة الإثبات المقررة قانونا بالنسبة للواقعة المراد إثباتها أمام هيئة التحكيم، بالنظر إلى قوة كل دليل وأهميته في تكوين قناعتها[4]. ومع ذلك تظل هناك بعض الاختلافات القائمة بين نظام التحكيم والقضاء، خاصة فيما يتعلق بسلطات المحكمين، ووجود قواعد للإثبات يختص بها نظام التحكيم دون القضاء.

فالأصل أن ينظم الأطراف بالاتفاق القواعد التي يتم إتباعها في الإثبات، والأدلة التي يؤخذ بها، ولهم حرية تحديد القانون الذي يحكم إجراءات الإثبات أمام هيئة التحكيم، فإذا لم يتفقوا على ذلك، تقوم هيئة التحكيم باختيار القانون الذي تراه مناسبا أو تقوم بوضع قواعد وطرق الإثبات، حسب طبيعة النزاع[5].

وعليه فإن الإشكال المطروح بصدد دراستنا هذه يتمحور حول: **إلى أي مدى تستجيب تقنيات الاتصال الحديثة لقواعد الإثبات في خصومة التحكيم الإلكتروني؟ وكيف يمكن إعمال وسائل الإثبات في خصومة التحكيم الإلكتروني في ظل فضاء افتراضي؟ وما مدى حجية هذه الوسائل في الإثبات؟**

تلك هي الإشكالية التي سوف نحاول الإجابة عليها من خلال اعتمادنا على المنهج التحليلي المقارن، وذلك من خلال التعرض بالدراسة والتحليل لنقطتين رئيسيتين:

الأولى، تتعلق بمبادئ الإثبات في خصومة التحكيم الإلكتروني (المبحث الأول).

أما **الثانية**، فتخص وسائل الإثبات في خصومة التحكيم الإلكتروني (المبحث الثاني).

المبحث الأول

مبادئ الإثبات في خصومة التحكيم الإلكتروني.

إن قيام نزاع معين بين طرفين معناه إدعاء أحدهما حقا أو مركزا قانونيا معينا لنفسه، في مقابل إنكار الطرف الآخر لهذا الادعاء، سواء بمجرد إنكار وجود هذا الحق أو المركز أصلا، أو بادعائه لنفسه. والفصل في

هذا النزاع يقتضي أولا إثبات وجود الواقعة القانونية التي يرتب القانون عليها قيام الحق أو المركز، ونسبته إلى من يدعيه[6].

وعليه يمكن رد مبادئ الإثبات في خصومة التحكيم الإلكتروني إلى نقطتين أساسيتين، تتعلق الأولى بالواقعة القانونية محل الإثبات، بينما تتعلق الثانية بعبء الإثبات.

المطلب الأول: الواقعة القانونية محل الإثبات

يتجلى محل الإثبات في مصدر الحق، أي الواقعة القانونية التي أنشأت هذا الحق. فمن يدعي أنه له الحق أمام هيئة التحكيم عليه أولا أن يبين القاعدة القانونية التي تقرر له هذا الحق، ثم يبين أن الشروط التي تتطلبها القاعدة القانونية تنطبق على هذا الحق وتقرره له، فمحل الإثبات هو الواقعة القانونية التي تولد عنها هذا الحق[7].

ويجب إثبات الواقعة التي يترتب على وجودها الأثر القانوني للحق المتنازع عليه، ولكن لا يجوز إثبات أن هذا الأثر يترتب على وجود هذه الواقعة بإثبات القاعدة القانونية التي تقضي بترتيب هذا الأثر على وجود تلك الواقعة[8]، ومقتضى ذلك أنه يمكن أن يكون للحق المتنازع عليه كيانا قانونيا، ومع ذلك قد يعجز صاحب هذا الحق عن إثبات الواقعة القانونية المنشئة له، فيتجرد الحق من قيمته القانونية ويصبح عديم الفائدة من الناحية العملية.

ويرد الإثبات على الوقائع لا القانون، فمهمة هيئة التحكيم تطبيق القانون على الواقعة التي يقام الدليل عليها أمامها بالطرق الجائزة لتستخلص أثرها القانوني، وتقضي في الخصومة التحكيمية بالاستناد عليه، لذلك فإن القاعدة القانونية ليست محلا للإثبات.

فإذا كان يفترض أن القاضي على علم بها و يجب عليه تطبيقها، على أساس أنه من واجب القاضي العلم بالقانون بوصفه عضوا من أعضاء السلطة القضائية التي تطبق القانون، وهو ما يجعل الخصوم غير مؤهلين لإثبات القواعد القانونية المرتبة للأثر القانوني المتنازع عليه[9]، فإن هذا الافتراض غير موجود بالنسبة للمحكم، خاصة إذا كان من غير رجال القانون، لذلك على الخصم الذي يستند إلى قاعدة قانونية في الإثبات أمام هيئة التحكيم أن يشير إلى وجود هذه القاعدة وإلى تفسيرها و نطاق تطبيقها على الوقائع المراد إثباتها ، و لهيئة التحكيم أن تطلب من الخصم إقامة الدليل على وجود هذه الواقعة القانونية المنشأة للحق المتنازع عليه، سواء كان مصدرها قانونا وطنيا أم أجنبيا.كما يمكن لها أن تطلب منه إقامة الدليل على وجود عرف أو عادة معينة يتمسك بها أمامها[10].

ويشترط في الواقعة القانونية محل الإثبات أمام هيئة التحكيم عدة شروط، بعضها يقتضيه نظام الإثبات التحكيمي الإلكتروني، والبعض الآخر يستلزمه القانون. وهذه الشروط هي:

الشرط الأول: يجب أن تكون الواقعة المراد إثباتها متنازعا عليها من قبل أطراف التحكيم، فإذا خلت الواقعة من النزاع، بأن يسلم الخصم بصحة الواقعة المدعاة، فلن يكون هناك مبرر لأن تضيع هيئة التحكيم الوقت في تحقيق هذه الواقعة. فإذا لم تكن الواقعة المدعاة محل نزاع، فليس هناك حاجة لاستلزام إثباتها، ويجب على هيئة التحكيم اعتبارها ثابتة، ولا يجوز لأي محكم، مهما كان شعوره أو اعتقاده، أن يجعل ثبوتها محل تقدير من جانبه، فالواقعة المعترف بها أو الثابتة لا يجوز المطالبة بإثباتها[11].

الشرط الثاني: يجب أن تكون الواقعة المراد إثباتها محددة، بحيث يجب أن يكون موضوع النزاع واضحا بصفة محددة، وأن تكون الواقعة التي اشتمل عليها موضوع النزاع معلومة، ذلك أن الواقعة غير المحددة تبقى بطبيعة الحال مجهولة، وتجهيلها يجعلها غير قابلة للإثبات[12].

الشرط الثالث: يجب أن تكون الواقعة المراد إثباتها منتجة في الدعوى[13]، إذ لا يكفي أن تكون الواقعة متصلة بموضوع الدعوى التحكيمية، بل يجب أن يكون من شأنها المساهمة في تكوين عقيدة وقناعة هيئة التحكيم لمنح الحماية القانونية للحق المتنازع عليه. فالواقعة المنتجة هي الواقعة التي يؤدي إثباتها إلى قيام الأثر القانوني للحق المدعى به[14].

الشرط الرابع: يجب أن تكون الواقعة المراد إثباتها جائزة للإثبات، أي أن يكون القانون يسمح بإثباتها ولا يمنع ذلك، فالواقعة المستحيلة أو غير القابلة بطبيعتها للإثبات لا معنى لقبول إثباتها. وقد يتعلق منع إثبات الواقعة لسبب يتعلق بالنظام العام والآداب العامة، كمنع إثبات دين قمار، أو من شأنه إفشاء أسرار المهنة، أو يكون لسبب اقتضته ضرورة الصياغة الفنية، كما في القرائن القانونية القاطعة، فلا يجوز مثلا إثبات عدم صحة حكم قضائي حائز لحجية الأمر المقضي به[15].

ولا يكفي أن تكون الواقعة جائزة للإثبات فحسب، بل لابد أن يتعداها ذلك إلى أن تكون جائزة للإثبات بالدليل المطلوب تقديمه وفقا لنظام الإثبات الواجب التطبيق على خصومة التحكيم الإلكتروني، فلا يقبل مثلا سماع شاهد لإثبات واقعة لا يجوز إثباتها إلا بالكتابة[16].

المطلب الثاني: عبء الإثبات

من المقرر قانونا أنه يقع على عاتق من يدعي وجود واقعة قانونية معينة عبء إثباتها[17]، وهو ما أكدته بعض التشريعات الدولية المتعلقة بالتحكيم وقواعد مراكز ومؤسسات التحكيم:

فقد نصت المادة 1/27 من قواعد الأونسيترال، تحت بند الأدلة، على أنه: «يقع على عاتق كل طرف عبئ إثبات الوقائع التي يستند إليها في تأييد دعواه أو دفاعه».

وعليه فإن عبء الإثبات يقع على عاتق المحتكم في خصومة التحكيم الإلكتروني، فإذا أثبت الواقعة، فإنه يقع على عاتق المحتكم ضده نفي ما أثبته المحتكم. فعلى المحتكم أن يقدم لهيئة التحكيم جميع الأدلة التي بحوزته والمتاحة أمامه ليثبت ادعاءاته، حتى يتمكن من الحصول على حكم يقرر له حقه. وفي مقابل ذلك، على المحتكم ضده، إذا ما أراد أن ينفي ذلك، أن يقدم الأدلة التي تدحض ما قدمه المحتكم.

وهكذا، فإن القاعدة أن عبء الإثبات يقع على المحتكم، فإذا نجح في إثبات ما يدعيه انتقل عبء الإثبات على الطرف الآخر في الخصومة التحكيمية، الذي يستطيع بدوره أن ينفي إدعاءات خصمه، فيرجع الإثبات إلى الطرف الآخر. وهكذا ينتقل عبء الإثبات بين طرفي الخصومة التحكيمية حتى يعجز أحدهما عن الإثبات فيخسر الدعوى[18].

المبحث الثاني

وسائل الإثبات في خصومة التحكيم الإلكتروني.

من المهم عرض وسائل الإثبات التي تمكن هيئة التحكيم من تحقيق خصومة التحكيم الإلكتروني لمعرفة حقيقة النزاع بين الخصوم، وصولا لحل عادل وسليم. فالأصل أن كل وسائل الإثبات التي يجوز تقديمها أمام القضاء الوطني يمكن تقديمها أمام هيئة التحكيم، إلا أن ذلك يبقى مرهونا ببعض القيود نظرا للطبيعة الخاصة لنظام التحكيم الإلكتروني، ولأن طبيعة عمل المحكم كقاض خاص تجعله مجردا من سلطة الجبر التي يتمتع بها قاضي الدولة، لذلك فإن سلطة هيئة التحكيم لا تمتد إلى وسائل الإثبات التي تقتصر على سلطة القاضي.

لذلك، فإن وسائل الإثبات في خصومة التحكيم الإلكتروني، سواء كانت مباشرة أو غير مباشرة، تنصب على وقائع الدعوى المراد إثباتها. على هذا الأساس، سوف نناقش في هذا المطلب أدلة الإثبات الرئيسية المعمول بها في نظام التحكيم الإلكتروني، وكيفية تطبيقها، وهي: الكتابة، شهادة الشهود، المعاينة والخبرة.

المطلب الأول: الأدلة الكتابية.

تعتبر الأدلة الكتابية، تقليدية كانت أم الكترونية، من أقوى أدلة الإثبات، وذلك لإثبات الحقوق والتحميل بالالتزامات. وهي الوسيلة الأولى من بين وسائل الإثبات المختلفة، لسهولة تقديمها وتقييمها من قبل هيئة التحكيم[19].

ويشكل الإثبات الكتابي في التحكيم الدولي وسيلة إثبات متميزة عن باقي الوسائل الأخرى[20]، مع الأخذ في الحسبان أن التحكيم الدولي يعتمد على حرية المحكم في الاقتناع بأدلة الإثبات دون التقيد ببعضها.

ويستوي أن تكون الأدلة الكتابية المقدمة أمام هيئة التحكيم في صورة محررات رسمية تقليدية أو محررات إلكترونية[21]. غير أن ما يهمنا في دراستنا هذه المحررات الالكترونية كوسيلة للإثبات في خصومة التحكيم الإلكتروني.

أولا: التعريف بالمحررات الإلكترونية.

يقصد بالمحررات الإلكترونية مجموع البيانات والمعلومات التي يتم تبادلها الأطراف من خلال وسائل أو دعائم إلكترونية، سواء أكانت من خلال شبكة الأنترنت أم من خلال الأقراص الصلبة أو شاشات الحاسب الآلي أو أية وسيلة إلكترونية أخرى. فهي متمثلة في البيانات التي يتم تبادلها من خلال المراسلات التي تتم بين طرفي العلاقة لتوصيل المعلومة بينهما أو إثبات حق أو القيام بعمل، فهي الوسيلة التي من خلالها يتمكن الأطراف عبر شبكة الأنترنت من توصيل وتبادل المعلومات بين بعضهم البعض[22]، وبذلك نقول أن المحرر الإلكتروني هو محرر عادي، يختلف عن المحرر التقليدي في الوسيلة الإلكترونية المستخدمة في التعامل به و يظهر جليا تأثير ذلك على المفهوم التقليدي للكتابة، فما عادت حبر و ورق، بل هي كل صور التعبير الحديث.

ويمكن أن تأخذ الكتابة في المحررات الإلكترونية أشكالا متعددة من قبيل الحروف والرموز أو الصور أو غير ذلك من أشكال الكتابة التي لا تعتمد على دعامات مادية كالورق، وتصدر في شكل بيانات تأتي محملة

على دعامات مادية إلكترونية، كما أن المخرجات الإلكترونية الصادرة عن هذه الدعامات الإلكترونية تصلح لأن تكون دليلا كاملا للإثبات في خصومة التحكيم الإلكتروني شأنها في ذلك شأن المحررات الورقية[23].

ثانيا: الشروط الواجب توافرها في المحررات الإلكترونية

لكي تكتسب المحررات الإلكترونية الحجية القانونية في الإثبات في خصومة التحكيم الإلكتروني، لا بد من توافر مجموعة من الشروط التي تشكل الحد الأدنى من الخصائص الواجب توافرها في هذا الدليل الكتابي، التي نلخصها في النقاط التالية:

1. أن تكون الكتابة مقروءة.

يشترط في الكتابة التي يتضمنها المحرر الإلكتروني أن تكون مقروءة على نحو تدل معه على مضمون التصرف القانوني أو الواقعة القانونية محل الإثبات. فالكتابة الإلكترونية لا يتم قراءتها بشكل مباشر، وإنما لا بد من إدخال المعلومات التي تضمنتها إلى الحاسوب ليتم قراءتها، وهو ما يجعل الحاسوب وسيلة قراءة الكتابة الإلكترونية، وعليه فإن البيانات المحررة في قرص مغناطيسي بشكل مقروء تكون لها قيمة وحجية قانونية، من حيث المبدأ، في الإثبات في خصومة التحكيم الإلكتروني متى أمكن فك التشفير على نحو تصبح معه الكتابة مقروءة بشكل واضح[24].

2. استمرار مضمون المحرر الإلكتروني ودوامه

حتى يكون المحرر الإلكتروني دليلا كاملا في الإثبات في خصومة التحكيم الإلكتروني، لا بد أن يكون مضمونه مستمرا ودائما، بحيث يجب أن يدون على وسيط إلكتروني بشكل يسمح بتخزينه واسترجاعه في أي وقت. وفي هذا الإطار قد تطرح مشكلة تعرض الدعائم الإلكترونية التي تحفظ الكتابة للتلف؟

في الواقع، فإن التغلب على هذه المشكلة يتم باستخدام أجهزة ذات تقنيات متطورة يتم بموجبها حفظ الكتابة الإلكترونية على نحو آمن وأفضل من حفظ المستندات الورقية[25].

3. عدم إمكانية تعديل مضمون أو محتوى المحرر الإلكتروني

يجب حفظ المحررات الإلكترونية على الدعامة أو الوسيط الإلكتروني بشكل لا يقبل التعديل أو التبديل بالحذف أو الزيادة، وذلك من خلال استخدام وسائل عدة مثل المفتاح الخاص المحمي بوسائل تقنية متطورة، على نحو يجعل مضمون المحرر الإلكتروني ثابت ولا يمكن تعديله. فحتى تكتسي المحررات الإلكترونية الحجية في الإثبات لا بد من أن تكون غير قابلة للتعديل من طرف الأطراف المتعاقدة أو غيرهم[26].

ولتحقيق فعالية المحررات الإلكترونية في إطار التحكيم الإلكتروني، يتم عادة إدخال وسيط إلكتروني محايد تكون مهمته التحقق من تبادل الرسائل والمحررات الإلكترونية وضمان سلامتها وحفظ البيانات المتداولة عبرها، على نحو يسهل التعرف على مصدر إنشاءها، وذلك باستخدام التكنولوجيا الخاصة بالتشفير، ما يمنع الغير من اللإطلاع على مضمون الرسائل والوثائق الإلكترونية[27].

وقد اعترفت بعض التشريعات الوطنية والدولية صراحة بحجية المحررات الإلكترونية في الإثبات، ومن ذلك:

- القانون الأمريكي، حيث أصدرت العديد من الولايات الفيدرالية قانونا يعتمد التوقيع الرقمي على بيانات باعتبارها كتابة موثقة إذا جرى اعتماده من سلطة تصديق مختصة. كما سمح المشرع الأمريكي بموجب القانون الفيدرالي بشأن التوقيعات الإلكترونية في التجارة الداخلية والخارجية لسنة 2000 باستخدام السجلات الالكترونية كدليل إثبات عند المنازعة[28].
- أما المشرع الفرنسي، فقد أحدث تعديلات هامة على نصوص القانون المدني المتعلقة بالإثبات الكتابي ليدخل في نطاق هذه الأدلة المحررات الإلكترونية، وذلك استجابة منه للتوجيهات الأوربية[29] التي تحث دول الإتحاد الأوربي إلى استكمال منظوماتها التشريعية الوطنية على نحو تستوعب استخدام المحررات الإلكترونية في وسائل الإثبات في المعاملات الإلكترونية.

وقد تضمنت هذه القواعد مبدأين أساسيين، **الأول** يقضي بالاعتراف بالكتابة الموقعة إلكترونيا كدليل إثبات ومنحها نفس الحجية في الإثبات التي تتمتع بها المحررات الورقية التقليدية، متى استوفت الشروط التي تؤكد قيامها بالوظائف الرئيسية للكتابة في مجال الإثبات. أما المبدأ **الثاني**، فيتمثل في الاعتراف بصحة الإتفاقات الخاصة حول الإثبات.

وقد كرس المشرع الفرنسي بموجب هذه التعديلات مبدأ التكافؤ بين المحررات الإلكترونية والمحررات الورقية في مجال الإثبات، ومن ذلك التحكيم الإلكتروني، مانحا المحررات الإلكترونية نفس الحجية التي تتمتع بها المحررات الورقية في الإثبات[30].

- أما المشرع الجزائري، فقد حرص هو الآخر على مواكبة التطورات الحاصلة في مجال الإثبات في المعاملات الإلكترونية، حيث تبنى هذا النوع من المعاملات من خلال تعديله للقانون المدني بموجب القانون رقم رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو، حيث نص بالمادة 323 مكرر 1 على أنه: «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». وبذلك، يكون المشرع الجزائري قد ساوى عموما بين المحررات الإلكترونية والمحررات التقليدية من حيث الحجية في الإثبات، سواء في الخصومة القضائية أو في خصومة التحكيم عاديا كان أو إلكترونيا، شريطة توافر بعض الشروط في المحرر الإلكتروني، تتعلق أساسا بضرورة التأكد من هوية الشخص الذي أصدر المحرر الإلكتروني، وأن تكون هذه المحررات محفوظة في وسائط تضمن سلامتها من الضياع أو التلف.
- أما على صعيد التشريعات الدولية، فقد أقر القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية لسنة 1996 مبدأ التكافؤ بين المحررات الإلكترونية والمحررات الورقية الرسمية، سواء من حيث القيمة القانونية أو الوظائف التي تقوم بها، خاصة في مجال الإثبات[31].

كما أضفت اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية لسنة 2005 على المحررات الإلكترونية الشرعية والحجية في الإثبات، حيث نصت المادة 2/9 منها على أنه: «حيثما يشترط القانون أن يكون الخطاب أو العقد كتابيا، أو ينص على عواقب لعدم وجود كتابة، يعتبر ذلك الاشتراط قد استوفى بالخطاب الإلكتروني إذا كان الوصول إلى المعلومات الواردة فيه متيسرا على نحو يتيح استخدامها في الرجوع إليها لاحقا»[32].

كما أكدت المادة 1/20 من نظام المحكمة الافتراضية على حرية أطراف النزاع في تقديم كل الأدلة التي تثبت إدعاءاتهم وتخدم دفوعهم، بما في ذلك المحررات الإلكترونية، وأضافت الفقرة الثانية من ذات المادة أنه يحق للسكرتارية أو هيئة التحكيم في طلب أصول المستندات المقدمة لها للإثبات في كل مراحل الخصومة التحكيمية[33].

وعلى الرغم من أهمية المحررات الإلكترونية في عملية الإثبات أمام هيئة التحكيم، إلا أنها قد تثير العديد من المشاكل، خاصة من الناحية الإجرائية، تتعلق أساسا بالمنازعة في صحة المحررات الإلكترونية المقدمة في الدعوى التحكيمية. فأيا كان الشكل الذي تتخذه المحررات الإلكترونية، فإن هذه المحررات لا تكون لها قوة في الإثبات إذا نازع الخصم في صحة صدورها ممن نسبت إليه.

والمنازعة في صحة المحرر الإلكتروني قد تأخذ صورة الدعوى الأصلية، وقد تأخذ صورة دعوى فرعية تقدم أثناء نظر الخصومة التي يراد التمسك فيها بالمحرر الذي ينكره الخصم أو يدعي تزويره. وفي هذا الصدد، لا مجال لتقديم الدعوى الأصلية أمام هيئة التحكيم، لأن ولاية الهيئة في نظر النزاع قاصر على الحق الموضوعي، وما يتفرع عنه من طلبات أصلية أو فرعية. أما الدعوى الفرعية، فيجوز تقديمها أمام هيئة التحكيم في صورة طلب لتحقيق الخطوط أو الإدعاء بالتزوير، باعتباره طلبا ضروريا ولازما لتحقيق خصومة التحكيم من قبل هيئة التحكيم، فيما يتعلق بالمحررات المقدمة إليها.

❖ **الإدعاء بتزوير المحررات الإلكترونية المقدمة لهيئة التحكيم.**

يقصد بالادعاء بالتزوير، في المواد المدنية، مجموعة الإجراءات التي نظمها القانون لإثبات تزوير المحررات، سواء كانت رسمية أم عرفية[34]، تقليدية أم إلكترونية، بهدف هدم قوتها في الإثبات[35].

فإذا طعن أحد الأطراف في أحد المستندات أو الوثائق الإلكترونية المقدمة من الطرف الآخر بالتزوير، فإنه لا يحق لهيئة التحكيم أن تبث في هذا الطعن وتقرر صحة أو تزوير المستند أو الوثيقة المقدمة إليها، لأن ذلك يخرج من نطاق ولايتها. فإذا ادعى أحد الخصوم بتزوير محرر إلكتروني مقدم لهيئة التحكيم، فعلى هذه الأخيرة أن تتحقق أولا مما إذا كان هذا المحرر لازما للفصل في النزاع المعروض أمامها، فإذا ما قدرت ذلك فعليها أن توقف إجراءات التحكيم إلى حين صدور حكما نهائيا من القضاء في شأن ذلك، وإن لم يكن لازما فإنها تستمر في إجراءات التحكيم، بغض النظر عن الادعاء بالتزوير[36]، فتقدير لزوم المحرر أو عدم لزومه للفصل في النزاع يرجع للسلطة التقديرية لهيئة التحكيم، التي لها حرية تقدير قيمة كل دليل أو مستند وفقا لظروف النزاع وما يمليه عليها ضميرها.

المطلب الثاني: شهادة الشهود.

يقصد بالشهادة قيام شخص من غير أطراف الخصومة التحكيمية، بغير يمين[37]، بالتصريح أو الإخبار أمام هيئة التحكيم بما يعرفه شخصيا ومسبقا حول حقيقة وقائع متعلقة بالنزاع وتصلح لتكون محلا للإثبات[38]. فالشاهد قد يخبر بوقائع تنشأ التزاما في ذمة أطراف الخصومة التحكيمية، كما قد يخبر بوقائع تنشأ حقا لأحد أطراف الخصومة التحكيمية[39].

فقد تلجأ هيئة التحكيم إلى الإثبات بشهادة الشهود في حالة عدم كفاية الأدلة الكتابية التي تحت يدها لتكوين عقيدتها وقناعتها للفصل في النزاع المعروض عليها.

ولا تتعارض قواعد أداء الشهادة أمام هيئة التحكيم في إطار التحكيم الإلكتروني، إذ يمكن في هذه الحالة الاستعانة بالشهود عن طريق سماع الشاهد عبر إحدى الوسائط الإلكترونية المسموعة أو المرئية وذلك بالاتصال به عن طريق الهاتف أو من خلال الجلسات الافتراضية التي تتم عبر الإنترنت والتي تنقل الصوت والصورة. كما يجوز للشاهد أن يدلي بشهادته بصورة مكتوبة وإرسالها عبر البريد الإلكتروني أو غيره من الدعائم الإلكترونية إلى هيئة التحكيم عبر موقعها الإلكتروني، أو مباشرة إلى صفحة القضية المعروضة على هيئة التحكيم بعد إخطاره بكلمة المرور لتقديم البيانات التي يرغب في تقديمها إلى هيئة التحكيم[40].

ولهيئة التحكيم ومن تلقاء نفسها أن تستمتع إلى شهود، دون طلب من أطراف الخصومة التحكيمية، متى كانت الأوراق والمستندات المقدمة إليها غير كافية للفصل في النزاع. كما يمكن للخصم تقديم طلبا لهيئة التحكيم لسماع الشهود، لتكملة أدلة مقدمة في الدعوى، مع مراعاة في جميع الأحوال، بأن لا يمنع ذلك اتفاق التحكيم.

إذا تقرر سماع شهود أمام هيئة التحكيم، فعلى هذه الأخيرة أن تبلغ الأطراف بذلك، وتحدد الهيئة موعدا للاستماع إلى الشهود عبر دعامة إلكترونية قبل انعقاد الجلسة.

ولا تتقيد، من حيث الأصل، هيئة التحكيم بالقواعد التي تحكم سماع الشهود الواردة في قوانين المرافعات، حيث يستطيع المحكم أن يقوم بنفسه باستجواب الشهود وتوجيه الأسئلة إليهم.

والأصل أن يتم سماع الشهود بحضور هيئة التحكيم كاملة، ما لم يكن هناك تفويض بذلك[41]. فإذا امتنع الشاهد عن الحضور للإدلاء بشهادته، فإن هيئة التحكيم في هذه الحالة لا تملك سلطة إجباره على المثول أمامها للإدلاء بشهادته، ولكن يمكنها اللجوء إلى القضاء وتطلب سماع الشخص الممتنع عن الإدلاء بشهادته.

ويمكن لهيئة التحكيم أن ترفض طلب الإثبات بشهادة الشهود رغم توافر الشروط المطلوبة في الواقعة محل الإثبات، على أن تقدم الهيئة مبرراتها المقبولة لهذا الرفض، فقد ترى أن تحقيقها للواقعة غير منتج ولا يحقق فائدة فترفض طلب الإثبات بشهادة الشهود بصدد تلك الواقعة. فإذا رفضت هيئة التحكيم سماع شهادة شاهد حول واقعة لها صلة بموضوع النزاع المعروض عليها دون مبرر، فنحن نرى أنه من الممكن أن يؤدي ذلك إلى إبطال حكم التحكيم.

المطلب الثالث: الخبرة

تعتبر الخبرة[42] طريق من طرق الإثبات المتاحة أمام هيئة التحكيم لتحقيق خصومة التحكيم الإلكتروني، حيث يمكنها الاستعانة بخبير متخصص في إحدى النقاط الفنية التي يثيرها النزاع، ليفحص وقائعها ويتحقق من ملابساتها، ثم يقدم رأيه الاستشاري بشأنها إلى هيئة التحكيم.

فقد يكون موضوع النزاع المعروض على هيئة التحكيم يتضمن مسألة فنية لا تستطيع هيئة التحكيم الفصل فيها دون أن تلجأ إلى خبير في المهنة التي يتعلق النزاع بها (مثل مسائل الطب، الهندسة، المحاسبة...)، فتلجأ هيئة التحكيم إلى تكليف خبير بفحص الموضوع وإبداء رأيه فيه، وذلك حتى تتمكن هيئة التحكيم من الفصل في النزاع على أساس وضوح ما يشتمله من مسائل فنية، بما يريح ضميرها ويحقق العدالة[43].

وعلى ذلك، فإن الخبراء يقومون بدور هام ومؤثر في عملية التحكيم، حيث يتم اللجوء إليهم لإبداء الرأي في مسألة فنية معروضة على هيئة التحكيم. فمن يملك سلطة الاستعانة بالخبراء، وما هي طبيعة مهمتهم ونطاقها؟ وهل يعتبر تقرير الخبير ملزما لهيئة التحكيم؟

لذلك سوف نحاول توضيح هذه المسائل تبعا فيما يلي:

أولا: طرق الاستعانة بالخبراء

تتم الاستعانة بالخبراء بإحدى الطريقتين: إما بواسطة هيئة التحكيم أو بواسطة الأطراف.

I- ندب خبير بواسطة هيئة التحكيم

إذا رأت هيئة التحكيم أنها بحاجة للاستعانة بخبير أو أكثر للفصل في مسألة يثيرها النزاع، فليس هناك ما يمنعها من الحصول على هذه المساعدة، حتى وإن اعترض أحد الخصوم على ذلك، بشأن أية مسألة فنية تخرج عن نطاق تخصصها، متى اقتضى الفصل العادي في النزاع ذلك[44].

كما أن هيئة التحكيم قد تستمد هذه السلطة من نص صريح في اتفاق التحكيم يخولها ذلك، أو من القانون الإجرائي المطبق على التحكيم، أو من لائحة التحكيم المعمول بها في المركز أو المؤسسة التحكيمية التي لجأ إليها أطراف النزاع لتسوية النزاع القائم بينهم.

II- ندب خبير بواسطة الأطراف.

قد يكون ندب الخبير أو الخبراء بواسطة الأطراف، سواء كان الندب بقصد تقديم استشارة من الخبير إلى أحد الأطراف، أو ندبه بقصد إبداء الرأي في مسألة تتعلق بالواقعة محل النزاع بين الأطراف[45].

وقد تأخذ طريقة الاستعانة بالخبراء بواسطة الأطراف في خصومة التحكيم الإلكتروني ثلاثة صور[46]:

الأولى، أن يقدم أحد الأطراف عبر إحدى الوسائط الإلكترونية إلى هيئة التحكيم تقرير من خبير يقدمه ضمن وثائقه الإلكترونية، وذلك لتعزيز موقفه حول مسألة معينة.

والثانية، أن يقدم كل طرف بخبير من جانبه ليبدي رأيه ويضع تقريره أمام هيئة التحكيم في المسألة المراد تقديم الرأي بشأنها.

أما الثالثة، أن يحدد كل طرف بخبير من قبله ليناقش تقرير الخبير الذي كلفته هيئة التحكيم بإبداء رأيه حول مسألة معينة عبر إحدى الوسائط الإلكترونية دون حضور مادي للخبير.

وفي كلتا الحالتين، سواء تم ندب الخبير بواسطة هيئة التحكيم أو بواسطة الأطراف، فإن هيئة التحكيم لا تتقيد بالإجراءات المتبعة أمام القضاء الوطني بشأن ندب الخبراء، خاصة فيما يتعلق بحضورهم أمامها. ومع ذلك ينبغي على الهيئة أن تصدر قرارا بندب الخبير متضمنا تكليفه بتقديم تقرير، على نحو غير مخالف لاتفاق التحكيم، وتحدد فيه اسم الخبير ونطاق مهمته والنقاط والمسائل التي سوف يبدي فيها رأيه، والمدة اللازمة لإتمام هذه المهمة[47].

ثانيا: طبيعة مهمة الخبير ونطاقها

تعتبر الخبرة وسيلة من وسائل الإثبات المباشرة إذ أنها تنصب على الواقعة المراد إثباتها للوقوف على حقيقتها من الناحية الفنية، فهي بذلك إجراء من إجراءات تحقيق الخصومة التحكيمية للحصول على المعلومات الضرورية المتعلقة بمسألة من المسائل الفنية ذات الصلة بموضوع النزاع، مثل فحص الدفاتر

والكشوف الحسابية وتدقيقها أو معاينة المنشآت أو البضائع، وتحديد مدى مطابقتها للمواصفات وتثمين المنقولات أو العقارات[48]، وذلك عن طريق أشخاص من أهل الاختصاص والعلم في مجال معين للبث في مسألة تتطلب معرفة فنية متخصصة، ووضع النتائج المتوصل إليها تحت يد هيئة التحكيم من أجل الوقوف على حقيقة النزاع المعروض عليها والمساعدة على تكوين عقيدتها، خاصة في ظل عدم وجود وسيلة أخرى من وسائل الإثبات باستطاعتها الاعتماد عليها في تسوية النزاع[49].

ثالثا: تقرير الخبير.

عندما ينتهي الخبير من مهمته يقدم لهيئة التحكيم نتيجة ما قام به من أعمال، في حدود المهمة الموكلة إليه، وفي المدة المحددة لذلك.

ومن حيث الأصل، فإن النتائج التي توصل إليها الخبير يقدمها في شكل تقرير كتابي يحرره، ويضع فيه جميع النتائج التي توصل إليها بشأن المسائل التي تم تحديدها من قبل هيئة التحكيم، ويوقع عليه. ويودع التقرير لدى هيئة التحكيم سواء بالإيداع المباشر أو عن طريق إرساله عبر البريد أو الفاكس...[50].

وبمجرد إيداع التقرير أو وصوله لهيئة التحكيم، تقوم هذه الأخيرة بإرسال صورة منه عبر الدعامة الإلكترونية المعتمدة إلى كل طرف من أطراف الخصومة التحكيمية، بحيث يكون لكل طرف حق الإطلاع على تقرير الخبير وفحص الوثائق والمستندات التي استند عليها في تقريره، مع إتاحة الفرصة لكل خصم لإبداء رأيه احتراما لحقوق الدفاع[51].

وقد ترى هيئة التحكيم أن رأي الخبير لا يستلزم عرضه في تقرير كتابي، لأمور تقدرها، فيمكنها في هذه الحالة أن تستعين بخبير لتقديم رأيه شفاهة عبر وسيط إلكترونية بالصورة والصوت، ويثبت ذلك في محضر يتضمن جميع أعمال التحقيق التي قام بها الخبير، وذلك بدون حضور مادي أطراف التحكيم[52].

فبعد أن تتيح هيئة التحكيم للأطراف فرصة تقديم رأيهم بشأن التقرير المقدم من قبل الخبير، ولو لم يقدموا ملاحظات بشأنه، يجوز لهيئة التحكيم أن تقرر، من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد أطراف التحكيم، عقد جلسة لمناقشة التقرير الذي قدمه الخبير عبر الوسيط الإلكتروني المعتمد، مع إتاحة الفرصة للأطراف لسماعه ومناقشته بشأن ما ورد في تقريره[53].

رابعا: سلطة هيئة التحكيم في تقدير تقرير الخبير

يعتبر تقرير الخبير من الوسائل التي تسترشد بها هيئة التحكيم عند تحقيق خصومة التحكيم ، فهو ليس ملزما لها و يخضع لسلطتها التقديرية ، و لها الكلمة الحاسمة في تقييم تقرير الخبير ، فلها أن تأخذ بما جاء فيه وتبني حكمها عليه إذا رأت فيه ما يقنعها ويتفق مع وجه الحق في الدعوى[54]، و لها كذلك أن تأخذ ببعض ما ورد به و تطرح بعضه الأخر ، بناء على ما تقدره من أسباب و وقائع ، كما لها أن تستبعده كليا وتفصل في الدعوى استنادا على غيره من الأدلة الموجودة تحت يدها، متى كانت هذه الأدلة كافية لتكوين عقيدتها وقناعتها[55]. ولها من تلقاء نفسها أن تعيد المأمورية للخبير مرة أخرى لاستكمال ما تراه من أوجه القصور في عمله، أو ترفض طلب الخصم بإعادة المأمورية إلى الخبير متى اقتنعت بكفاية الأعمال التي أجراها الخبير وبسلامة النتائج والأسس التي بنى عليها تقريره[56]. ولها في الأخير أن تأمر بندب خبير آخر أو أكثر للقيام بالمهمة من جديد إذا ما رأت حاجة إلى ذلك[57].

الخاتمة:

في ختام هذا البحث المتواضع توصلنا إلى نتيجة هامة مفادها أن قواعد الإثبات في التحكيم الإلكتروني لا تختلف كثيرا عن نظيرتها في التحكيم العادي أو التقليدي، إلا من حيث الدعامات الإلكترونية المستخدمة في التحكيم الإلكتروني في هذا الشأن. أما من حيث المبادئ الأساسية، فإنه هناك تطابق كبير بين هاذين النوعين من التحكيم.

فالقواعد العامة أجازت الإثبات ببعض الوسائل التقليدية في خصومة التحكيم الإلكتروني متى توافقت مع طبيعة التحكيم الإلكتروني، ذلك أن إعمال وسائل الإثبات في هذه الخصومة عن طريق استخدام الوسائط الإلكترونية يمكن أن تؤدي نفس الدور الذي تقوم به هذه الوسائل في التحكيم العادي، بل الأكثر من ذلك فإنها قد توفر بعض المزايا لأطراف النزاع، ومنها تحقيق السرعة في اجراءات الإثبات ما ينعكس ايجابا على الفصل في النزاع.

ومع ذلك، فإننا نسجل أن بعض وسائل الإثبات في التحكيم العادي لا يمكن إعمالها في التحكيم الإلكتروني ولا تتناسب مع طبيعته، كإجراء المعاينة مثلا من قبل هيئة التحكيم، وهو إجراء يتطلب تنقل هذه الهيئة لمكان معين لمعاينة البضاعة أو واقعة متعلقة بالنزاع، وهو ما يتعارض مع طبيعة التحكيم الإلكتروني الذي يعتمد على الوسائط الإلكترونية في إجراءاته.

إن طبيعة التحكيم الإلكتروني تتطلب إيجاد ووضع بعض القواعد والآليات الذاتية الخاصة بالإثبات في خصومة التحكيم، ذلك أن فعالية التحكيم الإلكتروني لن تتحقق بشكل واضح إلا بإعمال وسائل إثبات متميزة وذاتية.

لذلك، نقترح:

1. على المشرع الوطني التدخل بوضع قواعد ذاتية خاصة بالتحكيم الإلكتروني عامة، وقواعد للإثبات في خصومة التحكيم الإلكتروني خاصة، ذلك أن العديد من وسائل الإثبات التقليدية غير قابلة للإعمال في مجال خصومة التحكيم الإلكتروني لما تتميز به هذه الخصومة من خصائص ذاتية تختلف عن نظيرتها في التحكيم العادي أو التقليدي.
2. ضرورة تظافر الجهود الدولية من أجل وضع قواعد دولية موحدة خاصة بالإثبات في التحكيم الإلكتروني، ووضع آلية قانونية وفنية من أجل إعمال قواعد إثبات ذاتية.
3. ضرورة إنشاء هيئات أو منظمات دولية متخصصة في مجال التحكيم الإلكتروني، وإقامة البنى الفنية والتقنية الازمة لمباشرة إجراءات التحكيم عن بعد عبر الوسائط والدعامات الالكترونية الحديثة، وتسهيل تبادل الوثائق والمحررات الإلكترونية.
4. ضرورة وضع بعض الجهات المتخصصة بتوثيق الوثائق والمستندات والمحررات الإلكترونية التي يتم تداولها بين أطراف النزاع وهيئة التحكيم بمناسبة إعمالها في مجال الإثبات في التحكيم الإلكتروني وما تحمله من توقيعات، وإصدار بعض الشهادات التي تؤكد على صحتها، بعد التأكد من ذلك عبر وسائل فنية وتقنية، وذلك حتى تكون لها القوة والحجية في الإثبات.

5. ضرورة وضع الآليات القانونية التي من شأنها أن تجعل الأحكام الصادرة في نظام التحكيم الإلكتروني تتمتع بالقوة الإلزامية لأطراف النزاع بما يحقق فاعلية هذا النوع من التحكيم، وحيازته لثقة المتعاملين في مجال المعاملات الالكترونية.

الهوامش:

(1) يعرف التحكيم الإلكتروني بأنه: «التحكيم الذي تتم إجراءاته عبر شبكة الإنترنت، وهو يكتسب الصفة الإلكترونية من الطريقة التي يتم بها، وهي سمعية بصرية عبر شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد، دون الحاجة إلى التقاء أطراف النزاع والمحكمين في مكان معين، ويشمل نطاق التحكيم الإلكتروني النظم التقنية المعلوماتية والحوسبة التطبيقية والمعاملات الإلكترونية وما يتصل بها في القطاع الخاص والقطاع العام، مع مراعاة إجراءات التحكيم في هذا الأخير». نقلا عن: حسام الدين فتحي ناصف، التحكيم الإلكتروني في منازعات التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 16.

(2) تعددت التعاريف الفقهية بصدد الإثبات، فعرفه البعض على أنه: «تأكيد حق متنازع فيه له أثر قانوني بالدليل الذي أباحه القانون لإثبات ذلك الحق». أحمد نشأت، رسالة الإثبات، الطبعة السابعة، دار الفكر العربي، 1982، ص 29.

أما الإثبات بمعناه القانوني، فهو إقامة البرهان على حقيقة واقعة يؤكدها في الخصومة أحد طرفيها وينكرها الطرف الآخر، مع تمكين كل خصم من الحصول على الدليل من خصمه أو من الغير. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، "نظرية الالتزام" الإثبات الجزء الثاني، دار النهضة العربية، 1975، ص 13. وبذلك لا يعتبر الإثبات ركنا من أركان الحق المتنازع عليه، فقد يوجد الحق ولكن لا يوجد دليل عن وجوده، وقد يخسر صاحب الحق دعواه أمام هيئة التحكيم لعدم قدرته على تقديم دليل يثبت وجود هذا الحق.

(3) علي أبو عطية هيكل، القواعد الإجرائية للإثبات أمام المحكمين، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011، ص 6،7.

(4) فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007، ص 358.

(5) منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001، ص 197.

(6) مصطفى محمد الجمال، وعكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، ص 682.

(7) قريب من ذلك: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الإثبات، المرجع السابق، ص 46.

(8) عبد الحكيم فودة، موسوعة الإثبات في المواد المدنية والتجارية والشرعية، الجزء الأول، دار المطبوعات الجامعية، 1997، ص 81.

(9) جلال العدوي، أصول أحكام الالتزامات والإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996، ص 247.

(10) علي أبو عطية هيكل، المرجع السابق، ص ص 09، 10.

(11) انظر: نفس المرجع السابق، ص 10.

(12) محمد الكيلاني، قواعد الإثبات وأحكام التنفيذ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2010، ص 25.

(13) تكون الواقعة منتجة في الدعوى عندما تتعلق بالحق المطالب به، وقد تكون كذلك عندما تكون هذه الواقعة هي البديل الذي يكون من شأن ثبوته على نحو يجعل إثبات الواقعة بديلا للواقعة الأصلية التي تثبت بثبوت الواقعة البديلة. عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الإثبات، مرجع سابق، ص 62.

(14) فتحي والي، مرجع سابق، ص 359.

(15) علي أبو عطية هيكل، مرجع سابق، ص 12.

(16) فتحي والي، مرجع سابق، ص 360.

(17) وقد عبرت الشريعة الإسلامية عن هذه القاعدة وفقا للقاعدة الأصولية " البينة على من ادعى واليمين على من أنكر".
كما أوجبت المادة 1315 من القانون المدني الفرنسي على من يطلب تنفيذ التزام معين أن يقدم الدليل على وجوده، وحق الخصم الآخر في إثبات العكس.
ونصت المادة الأولى من قانون الإثبات المصري على أن: «على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه». وقد نقل المشرع الجزائري نص المادة 323 من القانون المدني الجزائري حرفيا من نص المادة الأولى من قانون الإثبات المصري، المشار إليها أعلاه.

(18) مفلح عواد القضاة، البينات في المواد المدنية والتجارية، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، المطابع التعاونية، 1994، ص 41.

(19) عاطف محمد الفقي، التحكيم التجاري الدولي، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، 2011، ص 78.

(20) وقد أشارت في هذا الشأن بعض الأنظمة التحكيمية إلى إمكانية إجراء التحقيق في الخصومة التحكيمية محصورا في الكتابة إذا رغب الخصوم في ذلك دون وسائل الإثبات الأخرى، وهذا ما أشار إليه نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية والقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي.

(21) تعرف المحررات الرسمية على أنها تلك المحررات التي يحررها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة يثبت فيها ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن، وذلك طبقا للأوضاع المقررة قانونا وفي حدود سلطته واختصاصه. وتتمتع هذه المحررات بقوة في الإثبات دون أن يكلف مبرزها إثبات ما نص عليه فيها ويعمل بها ما لم يثبت تزويرها. ويشترط في المحررات الرسمية حتى تؤدي وظيفتها ثلاث شروط هي:

1- أن يقوم بتحرير هذه المحررات موظف عام.
2- أن يكون الموظف الذي حرر المحرر مختصا بتحريره.
3- أن يراعي الموظف في تحريره هذه المحررات الأوضاع القانونية.

أما المحررات العرفية فهي محررات لا يحررها ولا ينظمها موظف عام، بل تشتمل فقط على توقيع من صدر عنه أو على خاتمة أو بصمة إصبعه، وليست لها صفة المحرر الرسمي. ولا شك أن حجية المحررات الرسمية في الإثبات أكبر من تلك التي تتمتع بها المحررات العرفية. لمزيد من التفاصيل، راجع: محمد عبد الظاهر حسين، الأحكام العملية في الإثبات وفقا لقانون الإثبات والتوقيع الإلكتروني، دار النهضة العربية، 2011، ص 81.

(22) محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2006، ص 205 .

(23) أحمد شرف الدين، قواعد تكوين العقود الإلكترونية، بدون دار نشر، 2013، ص 42.

(24) حسن عبد الباسط جميعي، إثبات التصرفات القانونية التي يتمك إبرامها عن طريق الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 20.

(25) إيناس ناصيف، العقد الإلكتروني في القانون المقارن، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص 213.

(26) ضياء أحمد نعمان، الحماية التقنية للتجارة الإلكترونية، مجلة قانون وأعمال، العدد الأول، فبراير 2011، ص 86.

(27) إيناس الخالدي، التحكيم الإلكتروني الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص 210.

(28) لمزيد من التفاصيل، راجع: أحمد شرف الدين، مرجع سابق، ص 294.

(29) التوجيه الأوربي رقم 93/1999، الصادر في 13 ديسمبر 1999 بشأن النظام المشترك للتوقيعات الالكترونية والتوجيه الأوربي رقم 31/2000 الصادر في 8 يونيو 2000، بشأن بعض الجوانب القانونية لخدمة مجتمع المعلومات.

(30) لمزيد من التفاصيل، راجع: هدى حامد قشقوش، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 12.

(31) ثروت عبد الحميد، التوقيع الإلكتروني، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 2001، ص 146.

(32) اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية لسنة 2005، متاحة على الموقع الإلكتروني:

www.uncitral.org/uncitral/ar/uncitraltexts/electronic commerce/2005 convention.html

تاريخ الزيارة: 2021/11/07 على الساعة 21h00.

(33) راجع: نظام المحكمة الافتراضية، على الموقع الإلكتروني: www.cybertribunal.org تاريخ الزيارة: 2021/11/07 على الساعة 21h30.

(34) هناك شبه كبير بين الادعاء بالتزوير وتحقيق الخطوط يرجع إلى أن كلاهما يهدف إلى تقرير صحة أو عدم صحة المحررات. ولكن الملاحظ أن إجراءات تحقيق الخطوط تكون قاصرة على المحررات العرفية، أما الادعاء بالتزوير فيرد أصلا على السندات الرسمية كما يمكن أن يرد على المحررات العرفية.

(35) أسامة الروبي، الوجيز في القواعد الإجرائية للإثبات المدني، دار النهضة العربية، 2002، ص 167.

(36) سيد أحمد محمود، وعبد الستار الملا، التحكيم العادي في الشريعة الإسلامية والقانون الكويتي، مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر، الكويت، 1998، ص 189.

(37) وبذلك تختلف الشهادة في التحكيم عنها في القضاء، وذلك من عدة أوجه أهمها:

- يكون الشاهد مطالبا أمام القضاء بأداء اليمين قبل الإدلاء بشهادته، بينما ليس مطلوبا منه أداء اليمين أمام هيئة التحكيم. إلا أنه يمكن أن يطلب منه أداء اليمين إذا كانت ذمته محل خلاف.

- لا تكون هيئة التحكيم مقيدة بإجراءات الشهادة الواردة في قوانين الإثبات، ما لم يتفق الأطراف على إعمالها.

- في القضاء تملك المحكمة سلطة إلزام الشاهد بالحضور للإدلاء بشهادته أمامها، كما يمكنها أن تحكم على الشاهد الممتنع عن الحضور بغرامة مالية. أما في التحكيم، فلا تملك هيئة التحكيم هذه السلطة.

(38) فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 534.

(39) يختلف مفهوم شهادة الشهود في نظام الكومن لو عن النظام اللاتيني: فنظام الكومن لو يجيز لأي شخص بأن يدلي بشهادته أمام هيئة التحكيم، حتى ولو كان طرفا في الخصومة التحكيمية، وهذا بعكس ما هو عليه الحال في النظام اللاتيني حيث يجب أن يكون الشاهد مستقلا عن أطراف الخصومة التحكيمية، ولا يجوز له الإدلاء بشهادته أمام هيئة التحكيم.

- لمزيد من التفاصيل، راجع:

Yves Derains : La pratique de L'administration de La preuve dans l'arbitrage commercial international, Revue de l'arbitrage, N° 04،2004, p796.

(40) راجع: المادة 48 من نظام التحكيم السريع على مستوى OMPI

(41) انظر: مصطفى محمد الجمال، وعكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 700.

(42) تعرف الخبرة على أنها: «طريق من طرق الإثبات المباشرة، حيث تتصل ماديا ومباشرة بالواقعة محل الإثبات، بحيث يتم تكليف شخص من قبل هيئة التحكيم برؤية موضوع النزاع والإدلاء برأيه فيه». أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 923.

(43) أنظر: مفلح عواد القضاة، مرجع سابق، ص 239.

(44) وهو ما نص عليه المشرع المصري في المادة 1/36 من قانون التحكيم المصري من أنه: «لهيئة التحكيم تعيين خبير أو أكثر لتقديم تقرير مكتوب أو شفهي...». وهو ما استقرت عليه معظم التشريعات الوطنية والدولية وأنظمة التحكيم المعاصرة. لمزيد من التفاصيل، راجع: أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية المدنية والتجارية والجمركية والضريبية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2004، ص 539-540.

(45) وقد اعترض بعض الفقه على ندب الخبراء بواسطة الأطراف، لأن ندب الخبير بهذه الطريقة قد يتخذه أحد الأطراف ذريعة لتعطيل سير إجراءات التحكيم، وهو ما من شأنه أن يفقد التحكيم ميزة السرعة التي هي من أهم خصائصه، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، فإن الاستعانة بالخبير عن طريق أطراف الخصومة التحكيمية يجعل كل خبير متحيزا للطرف الذي استعان به، مع ما يترتب على ذلك من تعارض بين آراء وتقارير الخبراء المقدمة لهيئة التحكيم. عاطف الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، دراسة مقارنة للتحكيم البحري في لندن ونيويورك وباريس مع شرح أحكام قانون التحكيم المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 444 وما بعدها.

(46) راجع: عاطف الفقي، نفس المرجع السابق، ص 445.

(47) انظر: علي أبو عطية هيكل، مرجع سابق، ص 271-272.

(48) انظر: أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، مرجع سابق، ص 923.

(49) انظر: أحمد عدلي سيد أمين، التنظيم القانوني للخبرة في القانون الدولي الخاص، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2010، ص 03.

(50) انظر: علي أبو عطية هيكل، مرجع سابق، ص 283.

(51) Jean.F.Bourg : L’expérience du centre international d’exprite de la C.C.I et le développent de L’expertise international, Rev.Arb1995, p 231.

Jean.F.Bourg : L’expérience du centre international d’exprite de la C.C.I et le développent de L’expertise international, Rev.Arb1995, p 231.

(52) وهو ما اعتمدته العديد من التشريعات الوطنية المقارنة، منها قانون التحكيم المصري (المادة 1/36)، قانون التحكيم الأردني (المادة 34/أ).

(53) وقد قرر القضاء الفرنسي، إعمالا لمبدأ المرونة والسرعة، أنه: «لا يعتبر من باب الإخلال بحقوق الدفاع ولا مبدأ المواجهة إذا ما دعيت الأطراف المتعاقدة إلى حضور جلسة مناقشة تقرير الخبير لتقديم ملاحظاتهم بشأن النتائج التي انتهى إليها، بالرغم من عدم إحاطتهم سلفا بمهمة الخبير من حيث الزمان والمكان المحددين لمباشرة مهمته، بل وبدون مشاركتهم الفعلية في جلسة المناقشة المذكورة».

Cass Civ.4juin1984, Rev.arb1984, 343.

(54) انظر: علي أبو عطية هيكل، نفس المرجع السابق، ص 288.

(55) انظر: مصطفى محمد الجمال، وعكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 714

(56) انظر: أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم الدولي والداخلي، مرجع سابق، ص 543.

(57) انظر: مصطفى محمد الجمال، وعكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 715.

دور التشفير في تحقيق أمن المبادلات التجارية الإلكترونية في التشريع الجزائري

أ/ شيبات سارة
جامعة الوادي (الجزائر)
sara-chibat@univ-eloued.dz

د/ عمامرة مباركة
جامعة الوادي (الجزائر)
mebarka.a2010@gmail.com

ملخص:

يعتبر التشفير مرحلة مهمة من مراحل اصدار شهادة التصديق الإلكتروني، فهو آلية فعالة في تحقيق أمن المعاملات التجارية الإلكترونية بما يضمنه من سرية للمراسلات والبيانات والمعلومات الخاصة بكل من الزبون والمتعامل التجاري الإلكتروني، وكذا ما يوفره من موثوقية للأطراف حيث يكون كل طرف واثقا من هوية الطرف الآخر، وهي ثقة مستمدة من ثقته في الجهة التي تصدر عنها شهادة التصديق الإلكتروني. من خلال هذه المداخلة، نحاول تعريف التشفير وتناوُل المشرع الجزائري له بالتنظيم خاصة ضمن أحكام القانون رقم 04/15 المحدد لقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، ومن ثم توضيح دوره في تحقيق الأمن بالنسبة للمعاملات التجارية.

الكلمات المفتاحية: التشفير؛ المفتاح العام؛ المفتاح الخاص؛ التوقيع الإلكتروني؛ شهادة التصديق الإلكتروني؛ مؤدي خدمات التصديق؛ الطرف الثالث الموثوق، التجارة الإلكترونية.

مقدمة:

يتوقف نجاح أو فشل التجارة الإلكترونية على عدد لا يحصى من العوامل من أهمها عملية نقل البيانات وتخزينها التي يجب أن تجري في أمان. فقد اكتسب أمان البيانات أهمية متزايدة منذ أن أدت سلسلة من هجمات الاختراق إلى إلحاق أضرار بمواقع شهيرة وذات قواعد كبيرة من المستخدمين. حيث صار أمن المعاملات من أولويات كل ممارس للتجارة الإلكترونية يستعمل أو يخزن أو ينقل أي معلومات قد تكون حساسة في حالة فقدها. ويعد التشفير أحد أكثر الوسائل المستعملة حديثا أهمية في تحقيق ذلك في محاولة لضمان أمن المعاملات التجارية الإلكترونية، والذي لا يمكن تحقيقه إلا بضمان حماية خصوصية المتعاملين وبياناتهم وكذا حماية الملكية الفكرية وضمان موثوقية هذه المبادلات. كل ما سبق يثير التساؤل حول مدى فعاليته لضمان أمان البيانات وسلامتها وموثوقية المعاملات التجارية الإلكترونية؟

وللإجابة عن هذه الإشكالية يستوجب علينا توضيح المقصود بالتشفير (المبحث الأول) ومن ثم دوره في تحقيق أمن المبادلات التجارية الإلكترونية (المبحث الثاني).

المبحث الأول

مفهوم التشفير

يقتضي بيان المقصود من التشفير التطرق لتعريفه (المطلب الأول) ومن ثم استعراض تقنياته (المطلب الثاني) وكذا مواقف الأنظمة القانونية عموما منه (المطلب الثالث).

المطلب الأول: تعريف التشفير

لتعريف التشفير ينبغي التطرق للتعريفات التي اعتمدها له مجموع الفقهاء كما ينبغي إضافة إلى ذلك استعراض التعامل التشريعي مع مسألة تعريف التشفير، خاصة مع كونه عنصرا دو طبيعة تقنية بحتة.

الفرع الأول: التعريف الفقهي للتشفير

اختلف الفقهاء في تعريفهم للتشفير كل حسب الزاوية التي يتخذها في طرقه للموضوع، حيث ذهب جانب من الفقه إلى تعريف التشفير بأنه: "(عبارة عن تقنية قوامها خوارزمية رياضية ذكية تسمح لمن يملك مفتاحا سريا بأن يحول رسالة مقروءة إلى رسالة غير مقروءة ، وأن يستخدم المفتاح السري لفك الشفرة وإعادة الرسالة المشفرة إلى وضعها الأصلي)[1] كما عرفه جانب أخر على أنه (تغيير في شكل البيانات عن طريق تحويلها إلى رموز أو إشارات لحماية هذه البيانات من إطلاع الغير عليها أو من تعديلها وتغييرها)[2] و جانب ثالث على أنه: (ترجمة البيانات إلى شيفرة سرية لا يمكن قراءتها إلا باستعمال كلمة مرور أو مفتاح سري)[3] لكن ما تتفق عليه التعريفات الثلاث هي كون التشفير عملية فنية خاضعة لأسس علمية تسمح بتحويل شكل النص من مقروء إلى غير مقروء والعكس، بهدف حمايته من الاطلاع غير المشروع عليه أو المساس به بأي طريقة كانت ونظرا لأهمية التشفير من ناحية أمن معاملات التجارية الإلكترونية فانه ينبغي تناوله بالتعريف من الناحية القانونية بالإضافة إلى الناحية الفنية التي تناوله منها الفقهاء.

الفرع الثاني: التعريف القانوني للتشفير

من المعلوم أن وظيفة القوانين هي سن الأحكام وتنظيم العلاقات لا تحديد المفاهيم ووضع التعريفات، والتشفير رغم طابعه التقني البحت إلا أنه أخذ نصيبه من التعريفات التشريعية خاصة في القوانين العربية باعتباره عنصرا مهما في ضمان أمن المعاملات التجارية. إلا أن هذه التعريفات اختلفت من حيث كونها صريحة أو ضمنية وكذا من حيث شموليتها.

حيث عرف المشرع المصري عملية التشفير على أنها: ((منظومة تقنية حسابية تستخدم مفاتيح خاصة لمعالجة وتحويل البيانات والمعلومات المقروءة الكترونيا، بحيث تمنع استخلاص هذه البيانات والمعلومات إلا عن طريق استخدام مفتاح أو مفاتيح فك الشفرة))[4] وقد وضح المشرع المصري من خلال هذا التعريف طبيعة التشفير وكونها تقنية حسابية كما وضح الوسيلة المستخدمة في ذلك وكيفيته أضافة إلى الهدف المرجو من العملية وهو منع استخلاص البيانات، وبالتالي جاء تعريفه شاملا.

أما بالنسبة للتشريعات المغاربية فان المشرع المغربي فلم يعرف التشفير بطريقة مباشرة إلا أنه حدد أهدافه ووسيلته والمقصود به كخدمة مقدمة[5]. ويمكن مما أورده استخلاص كون التشفير هو تحويل للمعطيات سواء كانت عبارة عن معلومات أو إشارات أو رموز يهدف على الخصوص إلى ضمان سلامة تبادل المعطيات القانونية بطريقة إلكترونية وتخزينها، بكيفية تمكن من ضمان سريتها وصدقيتها ومراقبة تماميتها. أما بالنسبة للمشرع التونسي فقد عرف التشفير بأنه: ((استعمال رموز أو إشارات غير متداولة، تصبح بمقتضاها المعلومات المرغوب تحريرها أو إرسالها غير قابلة للفهم من قبل الغير، أو استعمال رموز أو إشارات لا يمكن وصول المعلومات بدونها))[6] حيث أغفل الإشارة إلى هدف التشفير ضمن التعريف.

كما تضمن قانون الاونسترال النموذجي للتوقيع الالكتروني تعريفا للتشفير في سياق تطرقه للتوقيع الإلكتروني فعرفه على أنه ((وسيلة مستعملة لترميز المراسلات الالكترونية حيث لا يمكن قراءتها إلا من طرف الرسل والمرسل إليه))[7]

أما المشرع الجزائري فلم تتضمن النصوص القانونية المتعلقة بالتجارة الإلكترونية تعريفا مباشرا للتشفير، إلا أنه اعتبره من بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني والتحقق منه بنصه أنها ((بيانات فريدة مثل الرموز أو مفاتيح التشفير الخاصة التي يستعملها الموّقع لإنشاء التوقيع الإلكتروني))[8] كما عرف كلا من مفتاحي التشفير الخاص والتشفير العمومي.[9] وكان من الأنسب لو قام المشرع بتعريف التشفير ضمن ما جاء به من تعريفات هذه المادة.

المطلب الثاني: تقنيات التشفير

يمكن تصنيف أنظمة وتقنيات التشفير إلى نوعين التشفير المتناظر والتشفير غير المتناظر، وهو ما يستوجب تناولهما بالشرح قبل تحديد أي النظامين تبناه المشرع الجزائري.

الفرع الأول: نظام التشفير المتناظر (Symmetric Algorithms)

يستخدم هذا النظام المفتاح الخاص ذاته في عمليتي التشفير وفك التشفير، ويعتمد على اتفاق الطرفين المرسل والمستقبل للمعلومات المشفرة على مفتاح سري واحد، ويعتبر عامل أمان هذا النوع هو الأضعف، حيث يمكن أن يتطفل شخص معين على عملية تبادل المعلومات التي يتم خلالها الاتفاق على المفتاح السري ويتعرف عليه ومن أشهر طرق هذا التشفير:

Blowfish, Digital Encryption Standard (DES), Tiny Encryption Algorithm (TEA), Triple DES, and International Data Encryption[10] .

الفرع الثاني: نظام التشفير غير المتناظر (Asymmetric Algorithms)

يقوم هذا النظام على مفتاحين مختلفين أحدهما عام والآخر خاص.

والمفتاح العام هو الرقم الذي يتم تداوله ونشره بين بقية المستخدمين لتشفير أي معلومات أو رسالة إلكترونية مخصصة لشخص معين ويعتبر رقمه العام أساس عملية التشفير ولا يستطيع أحد فك رموز المعلومة

غيره، لان ذلك يتطلب وجود المفتاح الخاص لإكمال العملية الحسابية والوصول إلى الرقم أساسا وبالتالي فتح الملفات مرة أخرى. والمفتاح الخاص هو النصف الآخر المكمل للمفتاح العام الذي يمكن من الوصول إلى الرقم الأساس وإعادة الملفات المشفرة إلى وضعها الطبيعي قبل التشفير، وهذا المفتاح هو بمثابة هوية إلكترونية تميز كل شخص عن غيره وتمكنه من فك أي معلومة مشفرة مرسلة إليه. ومن أهم طرق هذا التشفير:

Pretty Good Privacy (PGP) and Reivest, shamir & Aselman (RSA)[11]

المطلب الثالث: تقنيات التشفير

تباينت المواقف التشريعية للدول في أخذها بالتشفير من عدمه وتنظيمه بين مؤيد ومتحفظ ومها المشرع الجزائري الذي نتبين موقفه فيما يلي.

الفرع الأول: التشفير في الأنظمة المقارنة:

في بداية الأمر أبدت النظم القانونية تخوفها من انتشار استخدام التشفير في المراسلات وتبادل البيانات لكون هذه التقنية ستقلل من قدرتها على مكافحة الجريمة والتصدي للأعمال الإرهابية. باعتبار عملية التشفير من شأنها أن تمنع السلطات من الوصول إلى البيانات والمراسلات التي قد تكون عناصر مهمة في التحقيقات الجنائية مما قد يعوق عمل العدالة. وهو ما أثار قدرا كبيرا من الجدل والنقاش حول اعتماد أنظمة التشفير والحاجة إلى ذلك، والإمكانيات التقنية، والفعالية، ومدى الملائمة، وتم تقديم مقترحات مختلفة حول إمكانية ضبط المسألة قانونيا.[12]

وقد تجاذب هذا الموضوع توجهان دوليان، أحدهما بزعامة كل من الولايات المتحدة والمملكة المتحدة التي تروج لاستخدام أنظمة لاستيداع المفاتيح في ذلك، والاتجاه الآخر الذي يدافع حق الفرد في استخدام التشفير لحماية بياناته الذي تتصدره ألمانيا والدول الاسكندنافية الأخرى. وأنظمة استيداع المفاتيح المذكورة هنا هي آلية تسمح للمستخدمين باستخدام تشفير قوي، شرط أن يحوز طرف ثالث موثوق ما يكفي من المعلومات لإعادة بناء واسترجاع المفاتيح السرية للمستخدم، وتسليمها للجهات المختصة عند طلبها لذلك بموجب أمر من الجهات القضائية، وبدون اذن المستخدم.[13]

بعد الجدل المذكور بشأن اعتماد أنظمة الاستيداع من عدمها، فشلت الولايات المتحدة الأمريكية في فرض توجهها وإجبار الدول على تبني هذه الأنظمة إلا أن بعض الدول اعتمدت نظام استيداع المفاتيح طواعية في محاولة لتحقيق التوازن بين حق الفرد في حماية خصوصيته وحق الدولة في بسط رقابتها على المعاملات متى كان ذلك ضروريا لمكافحة الجريمة.

الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري من أنظمة التشفير:

من خلال ما جاء به القانون رقم 04/15 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتصديق والتوقيع الالكترونيين يتضح ان المشرع الجزائري اعتمد التشفير كآلية لإنشاء التوقيع الالكتروني ومن ثم اصدار شهادة التصديق الإلكتروني، وهو بحسب ذات القانون قائم على وجود مفتاحين أحدهما خاص بالموقع يكون مرتبطا

بآخر عمومي يمتلكه الآخرون للتحقق من الإمضاء الإلكتروني. وعرف المشرع الجزائري مفتاح التشفير الخاص وهو سلسلة من الأعداد التي تستعمل لإنشاء التوقيع الالكتروني ويحوزها حصرا الموقع فقط بعكس مفاتيح التشفير العمومي التي تكون موضوعة في متناول الجمهور لتمكينهم من التحقق من الامضاء الالكتروني .[14]

واعتمد المشرع الجزائري نظام استيداع المفاتيح لدى شخص ثالث موثوق وعرفه بكونه ((شخص معنوي يقوم بمنح شهادات تصديق الكتروني موصوفة، وقد يقدم خدمات أخرى متعلقة بالتصديق الإلكتروني لفائدة المتدخلين في الفرع الحكومي))[15] وكذا مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني والذي عرفه على أنه ((شخص طبيعي أو معنوي يقوم بمنح شهادات تصديق الكتروني موصوفة، وقد يقدم خدمات أخرى في مجال التصديق الإلكتروني))[16] حيث أن شهادات التصديق الإلكتروني المذكورة التي تصدر عنهما وتحفظ لديهما تكون مثبتة للصلة بين بيانات التحقق من التوقيع من رموز و مفاتيح تشفير عمومية و بين الموقع الذي يحوز مفاتيح التشفير الخاصة.

وتبعا لذلك أنشأ المشرع كلا من السلطة الوطنية للتصديق الإلكتروني، السلطة الحكومية للتصديق الإلكتروني والسلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني. كما أخضع المشرع نشاط تأدية خدمات التصديق الإلكتروني للترخيص والرقابة من طرف السلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني. [17]

المبحث الثاني

دور التشفير في تحقيق أمن المبادلات التجارية الإلكترونية:

يلعب التشفير دورا مهما في تحقيق أمن المبادلات التجارية الإلكترونية وخصوصا في حماية خصوصية أطراف المبادلات (المطلب الأول) وكذا حماية الملكية الفكرية (المطلب الثاني) وضمان موثوقية المعاملة (المطلب الثالث).

المطلب الأول: حماية الخصوصية

ان الحق في الخصوصية في مجال المعلوماتية والانترنت هو حق الفرد في أن يقرر بنفسه متى وكيف يمكن أن تصل المعلومات الخاصة به إلى الآخرين عبر الأنترنت[18]. فقد صار من السهل في عالم الإنترنت والشبكات جمع المعلومات حول المستخدمين ودمجها وتحليلها من مصادر مختلفة من خلال استخدام تقنيات الشبكات وقواعد البيانات ومستودعات البيانات واستخراج البيانات، مما ضاعف من إمكانية انتهاك هذا الحق في الخصوصية. ولذلك فقد مس التطور تقنيات حماية الخصوصية ومنها التشفير المفتاحي[19].

فالمعاملات التي يقوم بها المستهلك على شبكة الإنترنت قد تحمل معلومات تتعلق بحياته الخاصة كاسمه وكنيته ومقر إقامته وطبيعة عمله، وأرقام حساباته البنكية وغير ذلك مما يفضل ألا يطلع عليها غيره، وقد يسيء من يصل إلى هذه المعلومات عن طريق الإنترنت توظيفها واستغلالها سواء بطريق شرعي أو بطريق غير شرعي.[20] مما جعل التجارة الإلكترونية تظهر حاجة ملحة لتشفير المراسلات والمعاملات نظرا لكونها لا يمكن أن تحقق الغرض المرجو منها اقتصاديا أو اجتماعيا إلا إذا بالتوصل لضمان السرية والخصوصية وهنا يتدخل

التشفير كآلية حماية تجعل من الصعب الوصول إلى معلومات بهذه الحساسية، وبالتالي تحمي خصوصية كل من المتعامل والمستهلك الإلكترونيين ومعلوماتهما الشخصية عند ابرام المعاملات على شبكة الإنترنت، باعتباره الوسيلة الأمثل و الأقل تكلفة لتحقيق ذلك [21].

ولذلك فقد أحاط المشرع الجزائري خدمة التصديق الإلكتروني بمجموعة من الضوابط وألقى على عاتق مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني الذي يكون مسؤولا عن إنشاء مفاتيح التشفير وحفظها مجموعة من الالتزامات ومنها الحفاظ على سرية البيانات والمعلومات المتعلقة بالتصديق الإلكتروني الممنوحة والامتناع عن جمع البيانات الشخصية للمعني بالتصديق إلا بعد موافقته الصريحة. واقتصار هذه البيانات على ما يكون ضروريا لمنح وحفظ شهادة التصديق الإلكتروني[22].

المطلب الثاني: حماية الملكية الفكرية

في ظل التطور التكنولوجي، لم يعد الأمر يقصر في معاملات التجارة الإلكترونية على السلع المادية التي يتم شحنها وتوصيلها إلى المستهلك الإلكتروني بشكل فعلي. فقد اتخذت السلع صورا أخرى حيث أصبحت عبارة عن منتجات رقمية مثل المؤلفات المكتوبة في شكلها الرقمي، الصور والفيديوهات، والملفات الصوتية، والتطبيقات، وبرامج الحاسوب، وغيرها. حيث يوجه المتعاملون خطر الاعتداء على ملكيتهم الفكرية لمنتجاتهم في حال ما إذا تم اعتراضها عند ارسالها في عملية التسليم.

لهذا الغرض توفر أنظمة إدارة الحقوق الرقمية ميزات تهدف عادة إلى حماية مصالح صاحب حقوق التأليف والنشر. وتشمل هذه الميزات: التحكم في النسخ، والتحكم في الوصول التحكم وقياس الاستخدام والتتبع. ورغم ذلك إلا أن أنظمة إدارة الحقوق الرقمية تعتبر أقل فعالية مقارنةً بأنظمة أو بروتوكولات أمان المعاملات. ولهذا يمكن لهذه الأنظمة أن تستفيد من التشفير لتوفير تحكم في الوصول إلى هذه الحقوق بفصل المحتوى المشفر عن المفاتيح الضرورية لفك التشفير حيث تكون هذه المفاتيح مرتبطة بجهات لا يمكن التحايل عليها بسهولة. [23]

المطلب الثاني: ضمان موثوقية المبادلات التجارية الإلكترونية

بالرغم من كون تحويلات المالية في المبادلات الإلكترونية على درجة عالية من الأمان لازال المتعاملون في حالة تردد من استخدام بطاقات الائتمان وباقي الوسائل الإلكترونية للدفع عبر الشبكة، وهو ما يجعل المسوقين يلجؤون إلى استخدام الخوارزميات المشفرة للتأكيد على أمن العملية بالنسبة للمستخدمين[24]. حيث تم اعتماد العديد من طرق الأمان من أجل تأمين المعاملات الإلكترونية عبر الإنترنت. يسمح استخدام الشهادات الرقمية (شهادات التصديق الإلكتروني كما يصطلح عليها المشرع الجزائري) بالتعرف على أي متعامل في التجارة الإلكترونية، مما يوفر الأمان والموثوقية لكل من التاجر والزبون بأن يكون كل منهما متحققا من صحة هوية الآخر. [25]

حيث أنه بموجب هذه الشهادات ينشأ التوقيع الرقمي المشفر الذي يكون باستعمال مفاتيح التشفير الخاصة الممكن من خلالها تحديد هوية الشخص الموقع و معلوماته والوقت الذي تمت فيه عملية التوقيع.[26]

بالتالي يعتبر التشفير وسيلة تمكن من التحقق من شخصية المتعاقدين، كما أنه من الآليات التي تمكن البائع والمشتري في التجارة الإلكترونية من الاطمئنان إلى وفاء التزام كل منهما قبل الآخر دون الحاجة لإفشاء ما يتعلق بأسرار كل منهما خاصة ما يتعلق بحساباتهما المالية، حيث يمكن التمكن من تحقق شخصية المتعاقد عن طريق استخدام مفتاح التشفير العام من قبل الطرفين المتعاقدين بان يوقعا على المستندات بطريقة رقمية مما يصعب إمكانية انكار الرسالة المرسلة أو العقد المبرم إلكترونيا بينهما، لأن مستقبل الرسالة هو الوحيد الذي يعرف المفتاح الخاص لمرسل الرسالة والذي يمكنه وحده قراءتها .[27]

وعرف المشرع الجزائري شهادة التصديق الالكتروني بشكل عام فقط على أنها (وثيقة في شكل إلكتروني تثبت الصلة بين بيانات التحقق من التوقيع الإلكتروني والموقع)[28] حيث يلاحظ أنه لم يربط بين الشهادة والتشفير. ففي الحقيقة هذه الشهادة هي وثيقة إلكترونية تهدف إلى التعريف بشخص أو مؤسسة أو جهة ما، وتربط بين هويته ومفتاح عام، فهي نتاج القيام بعملية التشفير، وهي تصدر عن هيئة تصادق على هويات طالبي الشهادة،[29] متمثلة في الطرف الثالث الموثوق أو مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني، هذا الأخير الذي يخضع في نشاطه إلى ترخيص تمنحه السلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني بتحقق الشروط المطلوبة فيه قانونا وبعد موافقتها على سياسة التصديق الالكتروني الخاصة به، والتي تختلف تبعا لها الطرق المستخدمة في التصديق[30].

وعموما قبل اصدار شهادة التصديق، يستوجب على مؤدي الخدمات أن يتبع إجراءات وكيفيات التحقق المعلن عنها من طرفه، لضمان كون هوية طالب الشهادة حقيقية ومطابقة لما يدعيه، فجهات التصديق تعمل على التنسيق بين عمليتي إنشاء التوقيع الإلكتروني والتدقيق في هذا التوقيع، مما يسمح للمتعامل لاحقا بأن يكون على مستوى من الثقة في كفاية إجراءات منح شهادة التصديق لحمايته من الاحتيال والهوية المزيفة وانتحال الهوية عند التعامل[31]. وهو ما يتبناه المشرع الجزائري في نص المادة 44 من القانون رقم 04/15 التي تلزم مؤدي خدمات التصديق بالتحقق هوية طالب الشهادة سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا، والتحقق كذلك من صفاته الخاصة عند الاقتضاء. ثم التحقق عند منح الشهادة من صحة التشفير أو ما عبر عنه المشرع بتكامل بيانات الإنشاء (المفتاح الخاص) مع بيانات التحقق من التوقيع (المفتاح العام)[32].

ويتضح الدور المهم للتشفير هنا في كونه يحمي من استخدام مفاتيح عامة مزيفة لانتحال الهوية، حيث لا يمكن لغير المفتاح العام المصادق عليه بموجب الشهادة أن يتوافق مع المفتاح الخاص المرتبط به الذي يحوزه الشخص المعرف بموجبه. كما أن شهادة التصديق إضافة لكونها تتضمن مفتاحا عاما فهي تتضمن بيانات مهمة أخرى منها: اسم الشخص أو الهيئة الذي يرتبط به هذا المفتاح وكذا تسمية مؤدي خدمات التصديق أو الطرف الثالث الموثوق الذي أصدرها وتوقيعه الالكتروني، وتاريخا لانتهاء صلاحية الشهادة، ورمزا تعريفيا للشهادة[33]. وهي مجموعة من البيانات الكفيلة بالتحديد الدقيق لمختلف الأطراف. ولعل أهمها التوقيع الالكتروني لمؤدي خدمات التصديق المانح للشهادة الذي يسمح للشهادة بأن تلعب دور (رسالة تقديمية) للمتعاملين الذين يثقون مؤدي الخدمات لكنهم لا يعرفون صاحب الشهادة[34]. فهذا الارتباط بين عملية التشفير والتوقيع الإلكتروني والهيئات الرسمية التي تعمل كوسيط بين المتعاملين في المعاملات التجارية الإلكترونية هو

ما يعزز موثوقية التعامل مع صاحب الشهادة[35]. كما يضفي هذا التوقيع على المحرر الالكتروني المتضمن للمعاملة مصداقية عالية تجعل منه دليلا للإثبات ولا يمكن للموقع إنكار صدوره منه[36].

الخاتمة:

يجعل التشفير من التوقيع الإلكتروني آلية أمنة لضمان أمن المعاملات التجارية الإلكترونية حيث إنه يمكن من التأكد من هوية طرفي المعاملة عن طريق مفاتيح التشفير الخاصة بكل منهما محققا بذلك لموثوقية التعامل وهو في ذلك يضمن خصوصية كل منهما حيث يمنع كل من كان خارجا عن المعاملة من الاطلاع عما يتعلق بطرفيها من بيانات ومعلومات قد يتسبب نشرها في الحاق الضرر بصاحبها. كما يساهم في حماية الملكية الفكرية.

الهوامش:

1) عيسى غسان ربضي، القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص 73.

2) عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2002، ص 311.

3) Andy Oppel, Databases Demystified, 2nd edition, Mac Graw Hill, p 294.

4) المادة 03/01 من قرار رئيس مجلس الوزراء رقم 1699 لسنة 2020 بإصدار اللائحة التنفيذية للقانون رقم 175 لسنة 2018 بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات، الجريدة الرسمية، العدد 35 تابع (ج) الصادرة في 27 أغسطس 2020، ص 02.

5) نصت المادة 12 من الظهير الشريف رقم 1.07.129 الصادر في 30 نوفمبر 2007 المتعلق بتنفيذ القانون رقم 05/53 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية ((تهدف وسائل التشفير على الخصوص إلى ضمان سلامة تبادل المعطيات القانونية بطريقة إلكترونية أو تخزينها أو هما معا، بكيفية تمكن من ضمان سريتها وصدقيتها ومراقبة تماميتها.

يراد بوسيلة التشفير كل عتاد أو برمجية أو هما معا، ينشأ أو يعدل من أجل تحويل معطيات سواء كانت عبارة عن معلومات أو إشارات أو رموز استنادا إلى اتفاقيات سرية أو من أجل إنجاز عملية عكسية لذلك بموجب اتفاقية سرية أو بدونها.

يراد بتقديم خدمة التشفير كل عملية تهدف إلى استخدام وسائل التشفير لحساب الغير))

6) الفصل 02 من القانون عدد 83 لسنة 2000 المؤرخ في 9 أوت 2000 المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية.

7) UNCITRAL Model Law on Electronic Signatures with Guide to Enactment 2001, United Nations Publication, New York, 2002, p 22.

8) المادة 02 من القانون رقم 04/15 المؤرخ في 01 فيفري 2015 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتصديق والتوقيع الالكترونيين، الجريدة الرسمية عدد 06، الصادرة في 10 فيفري 2015، ص 06.

9) المادة 02 من نفس القانون.

10) ندى بدر جراح، تقنيات التشفير في التبادل التجاري الإلكتروني، مجلة ميسان للدراسات الأكاديمية، الصادرة عن جامعة ميسان، كلية التربية الأساسية، المجلد السابع، العدد الرابع عشر، العراق، 2009، ص 193.

11) المرجع نفسه، ص 195.

12) Andres TORRUBIA; Francisco J MORA; Luis MARTI (2001). Cryptography Regulations for E-commerce and Digital Rights Management., 20(8), 725.

13) TORRUBIA et al., 2001, p.724.

14) المادة 02 من القانون رقم 04/15 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين المذكور سابقا.

15) المادة 02/ 11 من القانون رقم 04/15 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين المذكور سابقا.

16) المادة 02/ 12 من القانون رقم 04/15 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين المذكور سابقا.

17) المواد 16، 26، 29، 41، 51، 52 من القانون رقم 04/15 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين المذكور سابقا

18) بن جديد فتحي، حماية حق الخصوصية أثناء التعاقد عبر الأنترنت، مجلة القانون، العدد الثالث، جوان 2012، ص 265.

19) Milena Head and Yufei Yuan, Privacy Protection in Electronic Commerce – A Theoretical Framework, Human Systems Management · August 2001, p 01.

20) دليلة ليطوش، الحماية القانونية للحق في الخصوصية الرقمية للمستهلك الإلكتروني، مجلة العلوم الإنسانية، عدد 52، ديسمبر 2019، المجلد ب، ص 172.

21) حليتيم سراح، خصوصية التوقيع الرقمي في توثيق العقود الإلكترونية، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد 13، جويلية 2018، ص 739. وكذلك: TORRUBIA et al., 2001, p.724.

https://www.cloudflare.com/learning/privacy/encryption-and-privacy/ ; November 17th, 2021; 14:34.

22) المادتان 42، 43 من القانون رقم 04/15 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين المذكور سابقا. أنظر في ذلك: معزوز دليلة، الحماية التقنية والجزائية للتوقيع الإلكتروني في القانون الجزائري، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور بالجلفة، الجزائر، المجلد الخامس، العدد الرابع، ديسمبر 2020. ص268.

23) TORRUBIA et al., 2001, p.730.

24) ندى بدر جراح، مرجع سابق، ص 203.

25) TORRUBIA et al., 2001, p.730.

26) زروقي خديجة، الحماية الرقمية كآلية لتفعيل مبدأ المساواة بين الأدلة الكتابية والإلكترونية، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 10، العدد 03، 2021، ص 299.

27) ندى بدر جراح، مرجع سابق، ص 202. وكذلك: زروقي خديجة، مرجع سابق، ص 301.

28) المادة 02 من القانون رقم 04/15 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين سابق الذكر.

29) TORRUBIA et al., 2001, p.730.

30) المواد 02، 33 وما بعدها، 41 من القانون رقم 04/15 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين سابق الذكر.

31) حليتيم سراح، مرجع سابق، ص 744.

32) المادة 44 من القانون رقم 04/15 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين سابق الذكر.

33) المادة 15 من القانون رقم 04/15 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين سابق الذكر.

34) TORRUBIA et al., 2001, p.731.

35) حليتيم سراح، مرجع سابق، ص 744

36) حليتيم سراح، مرجع سابق، ص 740.

المحرر العرفي الإلكتروني ومدى حجيته في الإثبات في القانون الجزائري

د/ منصوري محمد العروسي
جامعة الشهيد حمّه لخضر الوادي (الجزائر)
Medlarouci-mansouri@univ-eloued.dz

د/ خالد العمري
المركز الجامعي المقاوم الشيخ آمود بن المختار إليزي(الجزائر)
maitrelamrikhaled33@gmail.com

ملخص:

ما من شك أن التطور الحاصل في الوسائل المعلوماتية، واستخدامها في ابرام التصرفات القانونية وتنفيذها، جعل من المحررات الالكترونية واقعا ملموسا، يحتم تنظيمه وضبط أحكامه، ولأجل ذلك فقد اعترف المشرع على الصعيد الدولي والداخلي بالكتابة الالكترونية كدليل للإثبات، هذه الأخيرة لم تتأثر بهذا التطور الحاصل بشأن صورها وأنواعها، حيث حافظت الكتابة على تقسيمها التقليدي على الرغم من إنشائها في دعامة الكترونية إلى محررات رسمية وأخرى عرفية، وسنحاول ومن خلال هذه الدراسة الوقوف على ما تعلق بالمحررات الالكترونية العرفية ومدى حجيتها في الإثبات، وهذا من خلال البحث في مدى استيعاب وملائمة نظام الإثبات طبقا للقواعد العامة بالمحررات العرفية الورقية في حال الإثبات بالمحررات العرفية الالكترونية، أم أن الأمر يحتاج إلى سنّ نصوص قانونية خاصة تتماشى وطبيعتها الإلكترونية.

الكلمات المفتاحية: الإثبات، الإلكتروني، المحرر، العرفي.

مقدمة:

حتى وقت قريب كان المحرر التقليدي بشكليه الرسمي والعرفي في مقدمة الأدلة التي تقدم للقضاء، وأكثرها قوة في إثبات الحقوق والمعاملات، غير أن التطور الذي ظهر في وسائل التكنولوجيا الحديثة، وما قدمته هذه التكنولوجيا من مزايا كالسرعة في الاتصال وابرام العقود، ونقل المعلومات ومعالجتها واسترجاعها، واختصار المسافات وتقريب البلدان، وتقليل التكلفة والمتطلبات، كان سببا في ظهور شكل جديد للكتابة والمحررات، تدون على دعامات غير ملموسة، تتسم بالطابع اللامادي ترد في أشرطة أو أقراص ممغنطة، سميت اصطلاحا بالمحررات الالكترونية.

وعلى غرار المحرر الورقي تصنف المحررات الالكترونية كذلك إلى محررات الكترونية رسمية ومحررات الكترونية عرفية، وما من شك أن هناك فروقا جوهرية بينهما من حيث شروط الصحة ومن حيث قوة كلا منهما في الإثبات، هذا وإن كان موضوع الإثبات بالمحررات الالكترونية عموما يطرح العديد من التساؤلات والإشكالات فإننا نرى أن موضوع الإثبات بالمحررات الالكترونية العرفية له من الخصوصية والتفرد، فتعتبر المحررات الأكثر تداولا وانتشارا الأمر الذي أدى إلى ظهور أنواع جديدة من المحررات الالكترونية العرفية منها ما هو معد مسبقا للإثبات ومنها ما هو غير معد للإثبات، كما أن المشرع الجزائري وفي إطار جهوده لتنظيم مسألة الإثبات بالمحررات الالكترونية لم يبين متى تكتسب حجية المحرر الالكتروني الرسمي، ومتى تكسب حجية المكرر الالكتروني العرفي.

وعليه، سنحاول من خلال بحثنا هذا الوقوف على ما يتعلق بالمحررات الالكترونية العرفية ومدى حجيتها في الإثبات في التشريع الجزائري، وهذا من خلال البحث في مدى استيعاب وملائمة نظام الإثبات طبقا للقواعد العامة بالمحررات العرفية الورقية في حال الإثبات بالمحررات العرفية الالكترونية، أم أن الأمر يحتاج إلى سنّ نصوص قانونية خاصة تتماشى وطبيعتها الإلكترونية؟

ولأجل ذلك فقد قسمنا موضوعنا هذا إلى محورين أساسيين أولهما يتعلق بماهية المحرر العرفي الالكتروني (المبحث الأول)، وثانيهما يتعلق بحجية المحرر العرفي الالكتروني في الإثبات (المبحث الثاني).

المبحث الأول: ماهية المحرر العرفي الالكتروني

نتناول في هذا المبحث تحديد ماهية المحرر العرفي الالكتروني، من خلال تعريف المحرر العرفي الالكتروني وبيان صوره في (المطلب الأول)، وتحديد شروط المحرر العرفي الالكتروني في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تعريف المحرر العرفي الالكتروني وصوره.

من خلال هذا المطلب سنحاول إعطاء تعريف للمحرر العرفي الالكتروني في (الفرع الأول)، وكذا بيان صور المحرر العرفي الالكتروني وأنواعه في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف المحرر الالكتروني.

لم يأت المشرع الجزائري بتعريف خاص بالمحررات العرفية الالكترونية، ولأجل الوصول إلى ذلك وجب علينا تبيان المحررات العرفية التقليدية من جهة، وكذا المقصود بالمحررات الالكترونية في القانون الجزائري من جهة أخرى.

أولا: تعريف المحررات العرفية التقليدية

لم يخص المشرع الجزائري المحررات العرفية التقليدية بتعريف مباشر وصريح، واكتفى ضمن النصوص المنظمة لها في المواد 326 مكرر 2 إلى المادة 328 من القانون المدني، بتحديد شروطها ومدلولها القانوني وكذا مدى قوتها وحجيتها في الإثبات، وبخلاف ذلك نجده قد عرف العقد الرسمي في نص المادة 324 من نفس القانون، والتي يمكن من خلالها وبإعمال مفهوم المخالفة القول بأن المحرر الرسمي الذي لم يستوف الشروط المحددة في المادة 324 مدني ينزل في قيمته إلى درجة المحرر العرفي متى كان هذا الأخير موقعا من ذوي الشأن، وهذا ما تؤكده المادة 326 مكرر 2 من القانون المدني بقولها:" يعتبر العقد غير رسمي بسبب عدم كفاءة أو أهلية الضابط العمومي أو انعدام الشكل، كمحرر عرفي إذا كان موقعا من قبل الأطراف"[1].

وبعكس القانون الجزائري، نجد من القوانين الأخرى قد جاءت بتعريف للمحررات العرفية، منها ما جاءت به المادة 10 من قانون البينات الأردني بقولها:" السند العادي هو الذي يشتمل على توقيع من صدر عنه أو على خاتمه، أو بصمة إصبعه وليست له صفة السند الرسمي"[2]، كما نصت المادة 150 من قانون أصول المحاكمات اللبناني بقولها:" السند العادي هو السند ذو التوقيع الخاص ويعتبر صادرا عمن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو توقيع أو بصمة إذا كان يجهل التوقيع..."[3].

وبناء عليه، فقد جاءت جميع النصوص القانونية سواء التي عرفت المحرر العرفي صراحة أو ما يمكن أن يستشف منها ضمنا بشأنه، تتجه نحو مدلول واحد في كون أن هذه المحررات هي تلك المحررات الصادرة عن أشخاص عاديين دون تدخل موظف عام أو ضابط عمومي، وهو الأمر الذي يتضح كذلك من مجمل التعاريف الفقهية والتي إن اختلفت في صياغتها إلاّ أنها أجمعت حول معنى واحد، فعرفت على انها:" تلك المحررات الصادرة عن الأفراد دون أن يتدخل في تحريرها موظف رسمي أو شخص مكلف بخدمة عامة، فالمحرر العرفي هو محرر غير رسمي، ولا تحيط به الضمانات التي تحيط بالمحررات الرسمية"[4]، كما عرفت بأنها:" ورقة صادرة من أحد الأفراد بتوقيعه إياها وتصلح أن تكون دليلا كتابيا"[5]، وتم تعريفها أيضا بأنها:" تلك المحررات أو الأوراق التي تصدر من ذوي الشأن ويثبت بها واقعة قانونية وموقعة من الشخص الذي يحتج بها عليه بإمضائه أو ختمه أو بصمة أصبعه"[6].

ثانيا: المحررات الالكترونية

اختلفت تسميات الدليل الكتابي فمن التشريعات من سماه (المحرر) مثل قانون الاثبات الاتحادي الإماراتي رقم (10) لسنة 1992، وقانون الإثبات المصري، وهناك من أطلق عليه تسمية (السند) مثل قانون البينات لإمارة دبي، والقانون العراقي، ومن سماه كذلك (الورقة) مثل القانون الليبي والكويتي، في حين نجد المشرع الجزائري قد استعمل لفظ العقد في نص المادة 324 مدني، وهو بذلك قد خلط بين التصرف القانوني وبين أداة إثباته، الأمر الذي يستوجب على المشرع الجزائري تدارك هذا الأمر.

هذا، ولقد حرصت أغلب التشريعات العربية والدولية على وضع تعريف للمحرر الالكتروني، حيث عرفه قانون الأنسترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية لسنة 1996 في الفقرة "أ" من المادة الثانية بأنه:" يراد بمصطلح رسالة بيانات المعلومات التي يتم انشاؤها أو ارسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل الكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الالكترونية أو البريد الالكتروني أو البرق أو التلكس، او النسخ الورقي"، وهو التعريف نفسه الذي أتى في الفقرة "ج" بالمادة الثانية من قانون الأنسترال النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية لعام 2001[7].

في حين نجد من التشريعات الأخرى التي وضعت تعريفا للمحرر الإلكتروني منها القانون الاماراتي في المادة 6/2 الذي عرف المستند الإلكتروني على أنه:" سجل أو مستند يتم إنشاؤه أو تخزينه أو استخراجه أو نسخه أو ارساله أو إبلاغه أو استلامه بوسيلة إلكترونية، على وسيط ملموس أو على أي وسيط إلكتروني آخر، ويكون قابلا للاسترجاع بشكل يمكن فهمه"، أما قانون التوقيع الإلكتروني المصري، فقد عرف المحرر الالكتروني في المادة 1/ب بأنه:" رسالة بيانات تتضمن معلومات تنشأ كليا أو جزئيا بوسيلة الكترونية أو رقمية، أو ضوئية أو أي وسيلة أخرى مشابهة"، وعلى غرار ذلك نجد كذلك نص المادة 9/1 من القانون العراقي رقم 78 لسنة 2012 المتعلق بالتوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية، وقانون الإثبات السوداني في مادته 26، وكذا القانون التونسي رقم 57 لسنة 2000 في مادته 453، وكذا المادة الثانية من القانون رقم 8 لسنة 2001 المتعلق بالمعاملات الالكترونية الأردني، والقانون البحريني بشأن التجارة الالكترونية لسنة 2002 في المادة الأولى منه[8].

أما عن موقف المشرع الجزائري من تعريف المحرر الالكتروني، فإن الملاحظ انه قد سكت عن تقديم تعريف صريح ومباشر للمحررات الالكترونية، مقتديا في ذلك بموقف المشرع الفرنسي والذي اكتفى بتعريف الكتابة كمضمون للمحرر وأحد مكوناته دون تعريف المحرر ذاته، وهذا بموجب المادة 1316 مدني فرنسي من تعديل سنة 2000 والتي جاء فيها:" كل مجموعة من أحرف أو أرقام أو أية إشارة أخرى أو رموز تكون ذات دلالة يمكن حذفها وقراءتها عند طلبها، مهما كانت الدعامة أو وسيلة الاتصال المتبادلة"، والتي تقابلها المادة 323 مكرر من القانون 05-10 المعدل والمتمم للقانون المدني الجزائري، والتي جاء فيها:" تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم، مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها وكذا طرق ارسالها".

ومما سبق يمكن القول بأنه كان على المشرع الجزائري أن يقدم تعريفا خاصا بالمحرر العرفي الالكتروني، ليميزه عن غيره من المحررات الأخرى، وعدم الاكتفاء بتعريف الكتابة باختلاف الدعامة التي حررت بها، وعلى ضوء ما تقدم من تعريفات سواء للمحرر العرفي أو للمحرر الالكتروني يمكن أن نستنتج بأن المحرر العرفي الالكتروني هو:" ذلك المحرر الذي يصدر عن ذوي الشأن دون تدخل لموظف عام في تحريرها، على أن ينشأ أو يرسل أو يستقبل أو يخزن بوسائل الكترونية أو ضوئية أو بأي وسيلة مشابهة".

الفرع الثاني: صور المحرر العرفي الالكتروني.

على غرار المحرر العرفي التقليدي فإن المحررات العرفية الالكترونية تقسم كذلك إلى محررات الكترونية عرفية معدة للإثبات، ومحررات الكترونية عرفية غير معدة للإثبات.

أولا: المحرر العرفي الالكتروني المعد للإثبات

المحررات العرفية الإلكترونية المعدة للإثبات هي تلك المحررات التي يعدها أصحابها مقدما، عن طريق وسائل إلكترونية، دون أن يتدخل في تحريرها موظف رسمي أو شخص مكلف بخدمة عامة، بقصد اللجوء إليها كوسيلة للإثبات في حال نشوء أي نزاع حول مضمونها مستقبلا، ويشترط لأجل ذلك أن يكون زيادة على شرط الكتابة، أن يكون المحرر العرفي الالكتروني موقعا ممن هو حجة عليه حتى يكون دليلا كاملا في الإثبات، حيث نصت المادة 327 من القانون المدني بقولها:" يعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة أصبعه، ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه".

هذا ولم يشترط المشرع الجزائري أي شكلية معينة أثناء تحريرها، وقد أخضعها لنفس أحكام المحرر العرفي الورقي في الإثبات، بشرط إمكانية التأكد من هوية موقعها، وأن تكون محفوظة بشكل يضمن سلامتها، وهذا طبقا لنص المادة 323 مكرر 1 مدني والتي تقضي بأنه:" 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".

ثانيا: المحرر العرفي الالكتروني الغير معد للإثبات

يقصد بالمحررات العرفية الغير معدة للإثبات تلك المحررات التي لم تعد مسبقا لتكون كدليل للإثبات، فهي في الأصل أدلة غير مهيأة ولا معدة للإثبات، ينشئها أصحابها في إطار معاملاتهم اليومية، وهي محررات يغلب

عليها ألاّ تكون موقعة ومع هذا فقد جعل لها المشرع حجية في الإثبات، وقد نص المشرع على هذه المحررات في القانون المدني في المواد 329 إلى 332 منه، وهي الرسائل والبرقيات، ودفاتر التجار، والدفاتر والأوراق المنزلية، والتأشير على سند الدين بما يفيد براءة ذمة المدين.

هذا وإن كان المشرع الجزائري قد قصد من هذه الصور للمحررات العرفية الغير معدة للإثبات ما يأتي منها في شكله الورقي، إلا أنه يمكن أن نتصور وجودها كذلك في شكل إلكتروني إذا ما تم تحريرها عن طريق الوسائط الالكترونية الحديثة.

المطلب الثاني: شروط المحرر العرفي الالكتروني.

لكي يكتسب المحرر العرفي الالكتروني الحجية في الاثبات أمام القضاء، اشترطت بعض التشريعات وعلى غرار المشرع الجزائري أن تتوافر عدة شروط، وبالرجوع لنص المادة 323 مكرر 1 مدني جزائري يمكن أن يستنتج بأن المحرر العرفي الالكتروني هو ذلك المحرر الذي يستوفي الشروط العامة للمحرر العرفي الورقي من جهة، والشروط الخاصة بالمحرر الالكتروني من جهة أخرى، وعليه يمكن تحديد هذه الشروط فيما يلي:

الفرع الأول: الكتابة الإلكترونية.

حتى يحتج بالمحررات العرفية الالكترونية وجب أن تكون محتوية على كتابة مهما كان شكلها، ومن ثم فالكتابة الموجودة في المحررات العرفي الالكترونية هي تلك الكتابة التي تكون في شكل معادلات خوارزمية تنفذ من خلال عمليات ادخال البيانات واخراجها من خلال شاشة الحاسب أو أية وسيلة إلكترونية أخرى، بحيث تتم من خلال تغذية الجهاز بهذه المعلومات عن طريق وحدات الإدخال التي تتبلور في لوحة المفاتيح أو أية وسيلة تتمكن من قراءة البيانات واسترجاع المعلومات المخزنة في وحدة المعالجة المركزية، أو أي قرص مرن مستخدم، 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 أية وسيلة من وسائل تخزين البيانات[9].

وإذا كان المشرع المصري قد انفرد بتعريفه للكتابة الالكترونية في نص المادة الأولى من قانون تنظيم التوقيع الالكتروني بقوله بأن الكتابة الإلكتروني هي:" كل حروف أو أرقام أو رموز أو أية علامات أخرى تثبت على دعامة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أية وسيلة أخرى مشابهة وتعطى دلالة قابلة للإدراك". فإن المشرع الجزائري وعلى غرار المشرع الفرنسي قد نص ضمنا على شرط الكتابة الكترونية دون تحديد فيما إذا كانت يدوية أو الكترونية، حيث جاء في نص المادة 323 مكرر من القانون 05-10 المعدل والمتمم للقانون المدني الجزائري، والتي جاء فيها:" تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم، مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها وكذا طرق ارسالها"، الأمر الذي يدل على شمولية النص ليشمل كذلك المحررات الالكترونية رسمية كانت أو عرفية.

هذا ويجب في الكتابة الالكترونية كونها شرطا لحجية المحرر الالكتروني العرفي، شروط أساسية والمتمثلة فيما يلي:

1/ أن تكون الكتابة مقروءة ومفهومة، وقد جاء المشرع الجزائري بالنص على هذا الشرط ضمن المادة 323 مكرر مدني، حيث أكد على أن تكون الرموز أو الحروف أو غيرها من عناصر الكتابة ذات معنى مفهوم، مما يسمح لأي طرف معرفة المقصود منها بشكل واضح لا يدع مجالا للشك، حيث لم يكن الأمر يطرح أي اشكال حينما كانت المحررات ضمن دعامة ورقية لكونها أوراق تكتب برسوم وأشكال تقرا مباشرة ولا تحتاج إلى نظام أو برنامج معين لقراءتها، بينما المحرر الالكتروني يكون في شكل معادلات خوارزمية تنفذ من خلال عمليات ادخال البيانات واخراجها من خلال شاشة الحاسوب وقد تكون على شكل رسائل مشفرة، وللتمكن من اعتداد هذه المحررات في الإثبات، كان لزاما من استعمال نظم معالجة رقمية للمعلومات تسمح بقراءة مضمون الرسالة وفهمها[10].

2/ كما يجب أن تتمتع الكتابة الالكترونية بالاستمرارية والثبات، ويقصد بالاستمرارية إمكانية الرجوع إلى السند كلما كان ذلك لازما، في حين يقصد بالثبات أن يحفظ المحرر الالكتروني بالشكل الذي أنشئ أو أرسل أو أستلم به، دون أدنى تعديل أو تغيير من حذف أو محو أو تحشير ليتسنى الاعتداد به كدليل للإثبات[11].

الفرع الثاني: التوقيع الالكتروني.

لم يعرف القانون المدني الجزائري التوقيع الالكتروني، مكتفيا بالنص على الاعتداد بالتوقيع الالكتروني وفق شروط معينة، وهذا ما جاءت به الفقرة الثانية من المادة 327 مدني بقولها:" يعتد بالتوقيع الالكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1 أعلاه"، غير ان المشرع الجزائري قد تدارك الأمر من خلال القانون رقم 15-04 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين حيث جاء بتعرف للتوقيع الالكتروني في الفقرة الأولى من نص المادة الثانية منه بقوله:" هو بيانات في شكل الكتروني، مرفقة أو مرتبطة منطقيا ببيانات إلكترونية أخرى، تستعمل كوسيلة توثيق"[12].

هذا وحتى يكون للتوقيع الالكتروني أثر قانوني وحجية في الإثبات، وجب توافر جملة من الشروط نصت عليها المادة السابعة من القانون 15-04 السابق ذكره، والتي يمكن إيجازها فيما يلي:

- أن ينشأ على أساس شهادة تصديق الكتروني موصوف.
- أن يرتبط بالموقع دون سواه.
- أن يمكن من تحديد هوية الموقع.
- أن يكون مصمما بواسطة آلية مؤمنة خاصة بإنشاء التوقيع الالكتروني.
- أن يكون منشأ بواسطة وسائل تكون تحت التحكم الحصري للموقع.
- أن يكون مرتبطا بالبيانات الخاصة به، بحيث يمكن الكشف عن التغييرات اللاحقة بهذه البيانات.

وعليه فإن المحرر العرفي الالكتروني يرتبط ارتباطا وثيقا بالتوقيعات الالكترونية لما للأخيرة من اثر مهم على حجية المحررات العرفية الالكترونية لا سيما مع تنوع التوقيعات الالكترونية وتدرج موثوقيتها، نتيجة

تعدد صوره وأشكاله بين بسيط ورقمي وبيومتري، الأمر الذي يؤدي بالضرورة إلى التفاوت في حجية المحررات العرفية الالكترونية تبعا لوسيلة التوقيع الالكتروني المستخدمة.

الفرع الثالث: إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدر المحرر العرفي الالكتروني.

لقد ورد هذا الشرط في نص المادة 323 مكرر 1 بقولها:" يعتبر الاثبات بالكتابة في الشكل الالكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها..."، ومن ثم وجب لاكتساب المحرر العرفي حجية في الاثبات أمام القضاء، ألا تكون هناك استحالة في التأكد من الشخص الصادر عنه المحرر، وإلا فقد هذا المحرر قيمته في الإثبات.

هذا وإن كانت عملية التأكد من هوية الشخص قد تتم بطرق مختلفة كالطرق البيولوجية التي تستخدم بصمات الأصابع المنقولة رقميا أو تناظريا، وسمات الصوت وحدقات العين[13]، إلا أن أهم طريق لأجل ذلك تظهر من خلال التوقيع الالكتروني، حيث جاء في نص المادة 6 من القانون 15-04 المتعلق بالقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين قولها:" يستعمل التوقيع الإلكتروني لتوثيق هوية الموقع وإثبات قبوله مضمون الكتابة في الشكل الإلكتروني"، ومن ثمّ يسمح التوقع الإلكتروني من تحديد شخصية الموقع وتمييزه عن غيره، ولضمان أن التوقيع صدر من الشخص نفسه فقد لجأت العديد من التشريعات لفكرة الشخص الوسيط بالعلاقة العقدية وهي ما يسمى بجهة التصديق وهي عبارة عن شركات ناشطة في ميدان الخدمات التقنية تقدم شهادات تؤكد من خلالها بأن الطلب أو الجواب قد صدر ممن وقعه، وتحدد بذلك تاريخ الصدور والجواب أو الطلب[14]، حيث جاء في نص المادة 15 من القانون 15-04 السالف الذكر على ضرورة أن تتضمن شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة في الفقرة ج منها إسم الموقّع أو الإسم المستعار الذي يسمح بتحديد هويته، كما تستعمل هذه الجهات ولأجل تأكيد هوية الموقّع تقنيات التعرف عن الشخص بدء بكلمات السر وانتهاء بتقنيات التشفير[15].

هذا وإن كانت مسألة التأكد من هوية الشخص الذي أصدر المحرر العرفي الإلكتروني ممكنة إذا ما تعلقت بالتوقيع الإلكتروني المؤمن الذي ينشأ على أساس شهادة تصديق إلكتروني موصوف، فإن الأمر يبدوا أكثر صعوبة وتعقيدا إذا ما تعلقت المسألة بالتأكد من هوية الشخص الموقع للمحرر العرفي الالكتروني دون إن يعتمد في توقيع هذا المحرر على شهادة تصديق إلكتروني موصوفة، أو أن يتم إنشاؤه بواسطة آلية مؤمنة، مع العلم أنه لا يمكن رفض هكذا توقيع إلكتروني كدليل أمام القضاء طبقا لنص المادة 9 من القانون 15-04 السالف الذكر[16]، ليثور بذلك التساؤل حول كيفية التأكد من هوية الشخص الذي صدر منه المحرر العرفي الإلكتروني في مثل هذه الحالة الأخير، حيث أنه ما من شك أن القاضي سيجد صعوبة كبيرة في التّثبت من هوية الشخص الذي صدرت عنه الكتابة الإلكترونية العرفية.

الفرع الرابع: حفظ المحرر العرفي الالكتروني في ظروف تضمن سلامته.

وعلى غرار الشرط السابق فقد اشترط المشرع الجزائري في نص المادة 323 مكرر 1 مدني كذلك أن تكون الكتابة معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها، حيث يهدف المشرع من وجوب توافر هذا الشرط إبقاء

المحرر على صورته دون تغيير أو تحريف، ومن ثمّ تسهيل عملية إسترجاع المحرر عند الحاجة. حيث يحفظ المحرر الإلكتروني على حامل إلكتروني يسمى الوسيط وهو وسيلة قابلة للتخزين وحفظ واسترجاع المعلومات بطريقة إلكترونية كأن تحفظ في أسطوانات صلبة أو في ذاكرة الحاسب الآلي[17].

المبحث الثاني

حجية المحرر العرفي الالكتروني في الاثبات

ساوى المشرع الجزائري وبموجب نص المادة 323 مكرر 1 بين حجية المحررات الإلكترونية والمحررات الورقية سواء أكانت محررات رسمية أم عرفية كدليل للإثبات، كما اعترف بالتوقيع الالكتروني بموجب المادة 327 مكرر2 وأعطاه نفس قيمة التوقيع التقليدي في الإثبات، وسنحاول في هذا المبحث بيان حجية المحررات العرفية الإلكترونية كدليل في الإثبات من خلال الوقوف على كل نوع من أنواعها سواء محررات عرفية الكترونية معدة للإثبات (المطلب الأول) أو محررات عرفية إلكترونية غير معدة للإثبات (المطلب الثاني).

المطلب الأول: حجية المحرر العرفي الالكتروني المعد للإثبات.

متى استوفى المحرر العرفي الالكتروني شروط القانونية السالف ذكرها اكتسب الحجية في الإثبات، والتي ساوى المشرع الجزائري بشأنها بين المحرر الالكتروني والمحرر الورقي، ما لم ينكر الشخص المنسوب إليه المحرر العرفي الالكتروني التوقيع الالكتروني الوارد عليه، وسنتناول حجية المحرر العرفي الالكتروني المعد مسبقا للإثبات ومن أوجه عدة، وهي كالآتي:

الفرع الأول: حجية المحرر العرفي الالكتروني بصدوره ممن وقعه.

على غرار المحرر العرفي الورقي فإن المحرر العرفي الالكتروني يعتبر حجة على من صدر منه، وهو الشخص الذي وقعه إلكترونيا، وتكون له قوة الورقة الرسمية إذا اعترف بها أو سكت ولم ينكر صراحة صدوره منه، وهذا طبقا للفقرة الأولى من نص المادة 327 من القانون المدني الجزائري والتي تقضي بأنه:" يعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة إصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه"، كما نص المشرع على مماثلة التوقع الالكتروني الموصوف للتوقيع المكتوب طبقا لنص المادة الثامن من القانون 15-04 بأنه:" يعتبر التوقيع الإلكتروني الموصوف وحده مماثلا للتوقيع المكتوب، سواء كان لشخص طبيعي أو معنوي"، مع عدم تجريده للتوقيع الالكتروني من فعاليته القانونية ورفضه كدليل امام القضاء بسبب شكله الإلكتروني، أو أنه لا يعتمد على شهادة تصديق الكتروني موصوف، أونه لم يتم إنشاؤه بواسطة آلية مؤمنة لإنشاء التوقيع الإلكتروني وهذا طبقا للنص المادة التاسعة من القانون 15-04 السالف ذكره.

وعليه، إذا ما اعترف الشخص المنسوب إليه المحرر العرفي الإلكتروني بصحة المحرر وكذا التوقيع الوارد فيه، أو سكت في حال تمسك الخصم بالمحرر في مواجهته، كان هذا السكوت إقرارا ضمنيا بصحة المحرر والتوقيع، ومن ثمّ اكتسب هذا المحرر حجية الإثبات في مواجهة من هو منسوب إليه المحرر وتوقيعه.

أما إذا ما أنكر صاحب التوقيع صراحة توقيعه على المحرر العرفي الالكتروني، وادعى بأن التوقيع ليس توقيعه، زالت حجية المحرر في الإثبات مؤقتا، وتعين على من يتمسك بالمحرر أن يثبت صدورها ممن ينسب إليه التوقيع ويطلب من المحكمة أن تأمر بإجراء التحقيق، فإذا ثبت من التحقيق صدور المحرر ممن وقعه اعتبر حجة بصدوره منه[18]، وللمحكمة في الحالة هذه أن تستعين بأصحاب الخبرة من المختصين لفحص المحرر باستخدام وسائل تقنية وفنية وتتماشى والطبيعة الالكترونية للمحرر.

وإذا كان ما قيل يصدق في حال كان المحرر العرفي الالكتروني موقعا توقيعا عاديا أو بسيطا إلا أن الامر يختلف إذا ما كان المحرر العرفي الالكتروني موقعا توقيعا مؤمنا، حيث يكون صدوره وفق نظام يخضع لضوابط وإجراءات دقيقة ومشددة، حيث يتحقق بمقتضاها قدر كبير ومستوى عال من الأمان يكفل سلامة الدليل وصدقه، وتشهد على صحته شهادة يصدرها مورد اعتماد مورد خدمة اعتماد التوقيع الالكتروني، وهكذا فإن المحرر العرفي الالكتروني والذي ينشأ بهذه الطريقة يكتسب مصداقية تتجاوز بحق، في نظر البعض، مصداقية المحرر العرفي الورقي، فالمحرر العرفي الالكتروني الموقع توقيعا مؤمنا، وبالتالي مستوفيا لشروطه القانونية وضوابطه التقنية والفنية، يجب إذن ان تكون له حجية قوية في الإثبات تتمثل في افتراض صحة ما يكون فيها من بيانات، افتراضا لا يكذب في اغلب الأحيان، إلا بإتباع سبيل الطعن بالتزوير.

إن هذا يعني وجوب إنشاء قرينة على صحة التوقيع الالكتروني للمحرر الالكتروني الذي يتوافر له مظهر التوقيع الالكتروني المؤمن، وهي قرينة تفيد حجية المحرر الالكتروني بصدوره ممن يحمل توقيعه وبسلامته المادية[19].

ومما قد يثار في مسألة صدور المحرر العرفي الالكتروني ممن وقعه، أن ينكر الشخص المحرر العرفي الالكتروني المنسوب إليه، مع اعترافه بصحة التوقيع الالكتروني الوارد في المحرر العرفي المحتج به نحوه، وهذا لما تعرفه البيئة الرقمية من مخاطر وسلبيات كالقرصنة والفقدان، فيحصل التوقيع في هذه الحالة دون علم صاحبه، فهل يمكن اعتبار المحرر الموقع الكترونيا حجة عليه؟

والحال هنا، يستوجب القياس على المحرر العرفي الورقي كما لو أكد الشخص بأن التوقيع توقيعه إلا أنه ينكر صدوره منه شخصيا، بسبب فقده لختمه أو يسرق منه أو يسلمه لشخص ليحفظه فيخون الأمانة[20]، لكون الختم يكون منفصلا عن صاحبه، والحال كذلك بالنسبة للمحرر الإلكتروني، فإن التوقيع الذي يوضع على المحرر يكون منفصلا عن صاحب التوقيع، ومن ثم من المتصور أن يدعي شخص أن طريقة التوقيع الالكتروني من حيث أدوات التوقيع والمفاتيح السرية، قد توصل إليها شخص آخر واستخدمها في التوقيع على محرر ينسب لصاحب التوقيع[21]، وعليه فقد ذهب الفقه كما القضاء للقول بأن المحرر الموقع إلكترونيا يبقى حجة على صاحبه، وعليه أن يقيم الدليل على ما يدعيه والذي لا يكون إلا عن طريق الطعن بالتزوير، لأن مجرد الاعتراف بالتوقيع كاف لثبوت حجية المحرر العرفي ولا يطلب ممن تمسك به أي دليل آخر لاعتماد صحته[22].

هذا، وقد يتعلق الأمر ليس بذوي الشأن وأطراف العلاقة المباشرين، وإنما بالورثة والخلف مما يستوجب إعمال نص المادة 327 في فقرتها الثانية من القانون المدني والتي تقضي بأنه:" أما ورثته أو خلفه فلا يطلب منه الإنكار ويكفي أن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون أن الخط أو الإمضاء أو البصمة هو لمن تلقوا منه هذا الحق".

الفرع الثاني: حجية المحرر العرفي الالكتروني من حيث مضمونه.

إن اعتراف الخصم بصدور المحرر العرفي الالكتروني منه، أو ثبوت هذا بعد الإنكار يجعل المحرر العرفي له كامل الحجية في الإثبات، فيما يتعلق بالبيانات المدونة فيه، فإذا ادعى من يستشهد بالمحرر ضده أو ادعى أحد من الغير أن البيانات الواردة في المحرر مع التسليم بصحته في الأصل قد لحقها تزوير مادي بالإضافة أو بالتغيير والحذف، فله في هذه الحالة أن ينقض هذه البيانات عن طريق الطعن بالتزوير لإثبات ما يدعيه، وعليه فإن اعتراف الشخص بتوقيعه أو خطه لا يمنعه من أي يدعي ان البيانات الواردة في المحرر العرفي لا تطابق ما أراده الطرفان بسبب الصورية المتفق عليهما بينهما، كما يستطيع الطعن في التصرف الثابت في الورقة بالبطلان أو الغش أو الغلط أو التدليس أو الإكراه أو الاستغلال، وفي هذه الحالة لا ضرورة لسلوك طريق الطعن بالتزوير، بل يكون إثبات ذلك بالطرق العادية وفقا للقواعد العامة التي تقضي بان الإثبات يكون بدليل كتابي لأن الامر يتعلق بإثبات ما يخالف الكتابة[23].

وما من شك فإن طبيعة المحرر العرفي الالكتروني سهل التحريف والتلاعب به، بالتغيير والحذف وإضافة بيانات ومعلومات، أو تزوير توقيعه أو الختم أو البصمة الواردة فيه، باستغلال التقنيات الحديثة كالماسح الضوئي المتصل بالحاسب الآلي، مما يجعله غير صالح للاحتجاج به والانتفاع منه، فالبيانات المثبتة على القرص داخل جهاز الحاسب الآلي وضغطة زر يمكن تغييرها بالتعديل والحذف، الأمر الذي استدعى بالعديد من الدول من وضع أنظمة ضد القرصنة واختراق منظومتها الالكترونية[24].

غير أنه تجدر الإشارة إلى أنه في حال ما كان المحرر العرفي الالكتروني موقعا توقيعا الكترونية موصوفا، فإن مسألة التحريف والتلاعب في بياناته حتما ستكون صعبة لاشتراط المشرع الجزائري في الفقرة السادسة من المادة 7 من القانون 15-04 أن يكون التوقيع الموصوف مرتبطا بالبيانات الخاصة به، بحيث يمكن الكشف عن التغييرات اللاحقة بهذه البيانات، زيادة على ذلك ينص المشرع الجزائري على ضرورة أن تضمن الآليات التي يتم من خلالها إنشاء التوقيع الالكتروني الموصوف سرية البيانات بكل الوسائل التقنية، وأن لا تعدل البيانات محل التوقيع وأن لا تمنع أن تعرض هذه البيانات على الموّقع قبل عملية التوقيع طبقا لنص المادة 11 من القانون 15-04 السالف ذكره.

وعليه، فالمحرر العرفي الالكتروني المعترف به والذي تثبت صحته يكون حجة بما دون فيه على الكافة، فيما عدا التاريخ فهو لا يكون حجة على الغير إلا إذا كان ثابتا.

الفرع الثالث: حجية المحرر العرفي الالكتروني من حيث تاريخه.

لقد خص المشرع الجزائري التاريخ بحكم ينفرد به عن باقي البيانات الأخرى الواردة في المحرر العرفي، وهو ما تقضي به المادة 328 من القانون المدني، حيث يكون المحرر العرفي حجة على الغير إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت، ويكون كذلك ابتداء:

- من يوم تسجيله.
- من يوم ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عام.
- من يوم التأشير عليه على يد ضابط عام مختص.
- من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط او إمضاء.

وإعمالا لمبدأ التكافؤ الوظيفي بين المحرر العرفي الورقي والمحرر العرفي الإلكتروني، فإنه يمكن القول بأنه إن كان بالإمكان تطبيق بعض الوقائع الواردة في نص المادة 328 السالف ذكرها لإثبات التاريخ بالنسبة للمحرر العرفي الالكتروني كإثبات مضمون المحرر الالكتروني في محرر آخر، ووفاة أحد الذين لهم توقيع على المحرر الالكتروني، فإن بعضها الآخر لا يصدق بشأنه للخصوصية التي يتمتع بها المحرر الالكتروني، فهذا الأخير قد يكون في أغلب الأحيان بين أطراف لا يجمعهما مكان واحد مما يصعب من تواجدهما معا أمام الموثق لإثبات التاريخ، زيادة على سهولة تغيير التاريخ من قبل الأطراف في ظل التقنية المتطورة التي يتسم بها المحرر العرفي الإلكتروني والتي تجعل من أمر التلاعب بالتاريخ واردا[25].

وما من شك أن المحرر العرفي الالكتروني المتضمن توقيعا الكترونيا موصوفا، الناشئ على أساس شهادة تصديق الكتروني موصوفة، من طرف جهات معتمدة من قبل الدولة، حتما سيكون له تاريخا ثابتا ومن ثمّ يعتبر هذا التاريخ حجة على الغير، حيث جاء في نص المادة 15 الفقرة (و) من القانون 15-04 على أن تتوفر في شهادة التصديق الالكتروني الموصوفة الإشارة إلى بداية ونهاية مدة صلاحية شهادة التصديق الالكتروني، مع الإشارة إلى أنّ المحرر العرفي الالكتروني الموقع توقيعا بسيطا غير موثوق لا يحتج بتاريخه في مواجهة الغير إلا أن يثبت طبقا لنص المادة 328 مدني.

المطلب الثاني: حجية المحرر العرفي الالكتروني الغير معد للإثبات.

نص المشرع الجزائري في المواد 329 حتى المادة 332 من القانون المدني على صور مختلفة لأوراق عرفية ينشئها أصحابها دون ان يقصدوا مسبقا لاستخدامها كأداة للإثبات في حال نشوب نزاع ما، كالرسائل والبرقيات، ودفاتر التجار، والدفاتر والأوراق المنزلية، والتأشير على سند الدين بما يفيد براءة ذمة المدين، ويمكن القول أن هذه الصور كما يمكن لها أن تكون محررات ورقية، فإنه يمكن كذلك أن تكون محررات إلكترونية مع اتسامها بطابع خاص نتيجة طبيعة الدعامة الالكترونية التي تنشأ بها، والتي أعطتها أشكالا وصورا جديدة، تتماشى والتطور الحاصل في وسائل الاتصال الحديثة، وسنقتصر الحديث هنا على حجية البريد الالكتروني في الإثبات (الفرع الأول)، ثم حجية الدفاتر التجارية الالكترونية في الإثبات (الفرع الثاني).

الفرع الأول: حجية البريد الالكتروني في الاثبات.

يعرّف البريد الالكتروني على أنه:" مكنة التبادل غير المتزامن للرسائل بين أجهزة الحاسب الآلي"، كما عرفه القانون الفرنسي بشأن الثقة في الاقتصاد الرقمي في فرنسا الصادر في 22 يونيه 2004 في مادته الأولى بأنه:" كل رسالة أيا كان شكلها نصية أو صوتية أو مصحوبة بصورة وأصوات يتم إرسالها عبر شبكة عامة للاتصالات، ويتم تخزينها على احد خوادم هذه الشبكة أو المعدات الطرفية للمرسل إليه إذ يتمكن الأخير من استعادتها"[26].

في حين لم يأت المشرع الجزائري بتعريف للبريد الالكتروني بشكل بصريح ومباشر، غير أنه جاء بمفهوم عام للرسائل الالكترونية في الملحق الوارد في المرسوم التنفيذي رقم 01-123 المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية بقوله:" هي بمثابة تبادل وقراءة وتخزين معلومات في شكل معطيات بين الموزعات الموجودة في مواقع متباعدة، ويمكن المرسل إليه (أو المرسل إليهم) قراءة الرسالة المبعوثة في وقت حقيقي أو في وقت مؤجل"[27].

أما عن حجية البريد الالكتروني في الإثبات، فإن الأمر يقتضي إعمال مبدا المساواة بين الحجية المحرر التقليدي بالمحرر العرفي في الإثبات، حيث تأخذ حكم حجية الرسائل في الإثبات، فقد جاء في نص المادة 1/329 من القانون المدني قولها:" تكون للرسائل الموقع عليها قيمة الأوراق العرفية من حيث الإثبات"، ومن ثمّ يمكن القول أن للبريد الالكتروني حجية الأرواق العرفية في الإثبات مادام قد صدر موقعا، غير أنه وما من شك أن قوته في الإثبات تختلف باختلاف وسيلة التوقيع الالكتروني المستخدمة، فكلما كان التوقيع الالكتروني أكثر موثوقية وأمانا كلما كان للبريد الالكتروني حجية أكبر، كما قد يتصور صدور البريد الالكتروني دون توقيعا، فيمكن اعتبارها في هذه الحالة بمثابة مبدأ ثبوت بالكتابة على اشتراط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها، وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها.

الفرع الثاني: حجية الدفاتر التجارية الالكترونية في الاثبات.

تعرف الدفاتر التجارية الالكترونية على أنها:" قيد التاجر لعملياته بالوجه الذي يتطلبه القانون لبيان مركزه المالي بوسيلة إلكترونية مثل الحاسب الآلي وغيره من الأجهزة التقنية الحديثة بطريقة تمنع أي تعديلات أو محو لبياناتها"[28].

ولم يورد المشرع الجزائري تعريفا للدفاتر التجارية الالكترونية، واكتفى بالنص على مبدأ عام في نص المادة 1/24 من القانون 11/07 المتعلق بالنظام المحاسبي المالي، والتي جاء فيها:" تمسك المحاسبة المالية يدويا أو عن طريق أنظمة الإعلام الآلي"، وبالرجوع كذلك للمرسوم التنفيذي 09-110 الذي يحدد شروط وكيفيات مسك المحاسبة بواسطة أنظمة الإعلام الآلي[29] نجد أن المشرع أكد بموجب المادة الثانية منه، أن أحكامه تطبق على الكيانات التي تمسك محاسبة بواسطة أنظمة الإعلام الآلي، وتساهم هذه الأنظمة في إثبات تسجيل محاسبي بصفة مباشرة أو غير مباشرة.

وقد عرفت المادة الثالثة من المرسوم التنفيذ 09-110 السالف الذكر نظام الإعلام الآلي بأنه ربط بين موارد مادية وبرامج إعلام آلي يمكن من خلاله:

- الحصول على معلومات في شكل تعاقدي أو تنظيمي.

- معالجة هذه المعلومات.

- بلورة المعطيات أو النتائج في أشكال مغايرة[30].

هذا، ولم يفرد المشرع الجزائري الدفاتر التجارية الالكترونية بأحكام خاصة، مما يقتضي إعمال مبدأ التكافؤ الوظيفي الذي أخذ به المشرع الجزائري في نص المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني، ومن ثمّ فإن الدفاتر التجارية الالكترونية إذا ما توافرت شروطها العامة منها والخاصة، كانت لها قيمة الدفاتر التجارية التقليدية في الإثبات.

وبالرجوع لنص المادة 330 من القانون المدني الجزائري، والتي تقضي بأنه:" دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار غير أن هذه الدفاتر عندما تتضمن بيانات تتعلق بتوريدات قام بها التجار يجوز للقاضي توجيه اليمين المتممة إلى أحد الطرفين فيما يكون إثباته بالبينة.

وتكون دفاتر التجار حجة على هؤلاء التجار ولكن إذا كانت هذه الدفاتر منتظمة فلا يجوز لمن يريد استخلاص دليل لنفسه أن يجزئ ما ورد فيها واستبعاد منه ما هو مناقض لدعواه"، يتبين بأن دفاتر التجار الالكترونية لها حجية في الإثبات، في حين أن حجيتها قد تكون لمصلحة التاجر من جهة، كما قد تكون حجيتها ضد مصلحة التاجر من جهة أخرى.

أولا: دفاتر التاجر الالكترونية حجة له:

إذا كان الأصل أن الشخص لا يستطيع أن يصطنع دليلا لنفسه، غير أن المشرع قد خرج عن هذه القاعدة ومكّن التاجر من الاحتجاج بدفتره التجاري في مواجهة التاجر أو غير التاجر، وهذا طبقا لنص الفقرة الأولى من المادة 330 مدني السالف ذكرها.

أما عن احتجاجه بدفتره التجاري في مواجهة تاجر آخر، فإن للقضاء متى استوفت الدفاتر التجارية للشروط المقررة قانونا أن يأخذ بما جاء فيها لصالح التاجر ضد أحد خصومه من التجار، حيث تقضي المادة 13 من القانون التجاري الجزائري بأنه:" يجوز للقاضي قبول الدفاتر التجارية المنتظمة كإثبات بين التجار بالنسبة للأعمال التجارية"، ومن ثمّ وجب أن تكون الدفاتر المحتج بها منتظمة مراعيا فيها الأوضاع القانونية الواردة بنص المادة 11 من القانون التجاري[31].

أما عن حجية الدفاتر التجارية في مواجهة غير التاجر، فإن الأصل والقاعدة أن دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار طبقا للفقرة الأولى من نص المادة 330 مدني، غير أن المشرع قد نص على استثناء عن هذا الأصل حيث أجاز للتاجر أن يحتج بدفاتره التجارية في مواجهة غير التاجر إذا ما توافرت جملة من الشروط وهي:

- أن يكون محل الالتزام سلعا وردها التاجر إلى غير التاجر.

- أن يكون موضوع الالتزام ما يجوز اثباته بالبينة (شهادة الشهود).

- أن يكمل القاضي هذا الدليل بتوجيه اليمين المتممة لأحد طرفي النزاع.

ثانيا: دفاتر التجار الالكترونية حجة عليه:

للدفاتر التجارية حجية في الإثبات في مواجهة صاحبها التاجر طبقا لنص الفقرة الثانية من المادة 330 مدني، سواء أكان خصمه تاجرا أو غير تاجر وسواء أكان النزاع مدنيا أو تجاريا، ولما كان ما يرد في دفاتر التجار بمثابة الإقرار منه، وجب تطبيق القواعد المتعلقة بالإقرار في هذا الشأن وأهمها مسألة عدم تجزئة الإقرار متى كان الدفتر التجاري منتظم، فلا يجوز لخصم التاجر ان يستخلص لنفسه من الدفتر التجاري دليلا لنفسه ويرد منها ما كان مناقضا لدعواه، فهو إما أن يأخذ بما جاء في الدفتر التجاري كليا أو يرده كليا، ليختلف الحكم في حال ما إذا كان الدفتر التجاري غير منتظم، حيث يجوز لخصم التاجر أن يجزأ الإقرار الوارد فيها كجزاء في مواجهة التاجر لمخالفته القواعد القانونية الواجب إتباعها في مسكه للدفتر التجاري.

الخاتمة:

في الأخير يمكن القول أن ما جاء به المشرع الجزائري بخصوص الإثبات بالمحررات الالكترونية يجعل منها محررات تأخذ حكم المحررات العرفية دون أن يميز بشأنها-أي المحررات الالكترونية- بين رسمية وأخرى عرفية، لذا ندعو المشرع الجزائري وهو بصدد أي تعديل لأحكام الإثبات بالمحررات الالكترونية أن يراعي مسألة التمييز بين المحررات الرسمية الالكترونية والمحررات العرفية الالكترونية، كما ندعو المشرع الجزائري وهو يتبنى مبدأ التكافؤ الوظيفي بين المحررات العرفية الورقية والمحررات العرفية الالكترونية أن يأخذ في حسبانه الفروق في الطبيعة الفنية والضوابط التقنية التي تميز هذه الأخيرة عن المحررات العرفية الورقية، كالنص على مسألة حجية صور المحررات الالكترونية العرفية، وكذا الفصل في حجية المحررات الالكترونية العرفية بالنسبة للغير من حيث التاريخ، وكذا الاعتراف بحجية الأدلة الكتابية الحديثة كالفاكس والتلكس والبريد الالكتروني والدفاتر التجارية الإلكترونية ومخرجات الحاسوب في الإثبات باعتبارها تدخل ضمن الأدلة الكتابية العرفية.

الهوامش:

(1) القانون رقم 05-10، المؤرخ في 20 جوان 2005، المعدل والمتمم للأمر رقم 58/75، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري، الجريدة الرسمية العدد 44، المؤرخة في 26 يونيو 2005.

(2) القانون رقم 30 لسنة 1952 المتضمن قانون البيانات الأردني وتعديلاته، الجريدة الرسمية رقم 1108 المؤرخة في 1952/05/17.

(3) مرسوم اشتراعي رقم 90 المتضمن قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني، المؤرخ في 1983/09/16، الجريدة الرسمية رقم 40 المؤرخة في 1983/10/16.

(4) حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية، دار هومة، الجزائر، طبعة 2002، ص 17.

[5] محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الالكترونية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011، ص 198.

[6] صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، الاثبات في المواد المدنية والتجارية، الجزء 4، دار هومة، الجزائر الطبعة الأولى، 2008-200، ص 60.

[7] أنظر: قانون الأنسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية لسنة 2001.

[8] أنظر لتفاصيل أكثر: نادية ياس البياتي، التوقيع الالكتروني عبر الانترنت ومدى حجيته في الاثبات دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار البداية ناشرون وموزعون، الأردن، الطبعة الأولى، 2014، ص 129، 130.

[9] محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الالكترونية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011، ص 206.

[10] علي رحال، حجية المحررات الالكترونية في الإثبات على ضوء التشريع الجزائري والتشريع المقارن، مجلة طبنة للدراسات العلمية الأكاديمية، المجلد 04، العدد 02، 2021، ص 304.

[11] لعروي زواوية، حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات، مجلة البحوث القانونية والسياسية، العدد 07، ديسمبر 2016، ص 433.

[12] القانون 15-04 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، المؤرخ في أول فبراير 2015، الجريدة الرسمية العدد 06 المؤرخة في 10 فبراير 2015.

[13] عباس حفصي، الإثبات في الكتابة الالكترونية، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد 05، العدد 04، ديسمبر 2020، ص 135.

[14] عباس حفصي، المرجع السابق، ص 135.

[15] جديد حنان، السندات الرسمية الإلكترونية، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 01، العدد 22، ص 255.

[16] تنص المادة 9 من القانون رقم 15-04 المتعلق بالقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين بأنه:" بغض النظر عن احكام المادة 8 أعلاه، لا يمكن تجريد التوقيع الإلكتروني من فعاليته القانونية أو رفضه كدليل أمام القضاء بسبب:
-شكله الإلكتروني، أو أنه لا يعتمد على شهادة تصديق إلكتروني، أو أنه لم يتم إنشاؤه بواسطة آلية مؤمنة لإنشاء التوقيع الإلكتروني.

[17] جديد حنان، المرجع نفسه، ص 255، عباس حفصي، المرجع نفسه، ص 135.

[18] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 67، عبد الرزاق السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، المجلد الأول، دار النهضة العربية، مصر، 166، ص 594.

[19] محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، دور المحررات الالكترونية في اللإثبات في القانون المصري، مدونة العلوم القانونية، أنظر موقع: law77.blogspot.com، أطلع عليه بتاريخ: 2021/11/27، الساعة: 20:32.

[20] محمد صبري السعدي، المرجع نفسه، ص 70.

[21] محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، المرجع السابق، ص 132.

[22] عائشة قصار الليل، حجية المحرر والتوقيع الإلكتروني في الإثبات-دراسة تحليلية مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، باتنة، 2016-2017، ص 209، 210.

[23] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 71، 72.

[24] عائشة قصار الليل، المرجع السابق، ص 210.

[25] عائشة قصار الليل، المرجع السابق، ص 211.

[26] أنظر: أيمان محمد طاهر، الحماية المدنية لمستخدمي البريد الالكتروني، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 12، العدد 54، 2012، ص 138، 139.

(27) المرسوم التنفيذي رقم 123/01 المؤرخ في 09 مايو 2001 يتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية، وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية اللاسلكية، الجريدة الرسمية عدد 27 المؤرخة في 13 مايو 2001.

(28) مجيد أحمد إبراهيم، الدفاتر التجارية الالكترونية وحجيتها في الإثبات، المجلة الاكاديمية للبحث القانوني، المجلد 17، العدد 1، 2018، ص 71.

(29) تنص المادة 4 من المرسوم التنفيذي 09-110 على أنه:" يجب أن يستجيب مسك المحاسبة عن طريق أنظمة الإعلام الآلي لمجمل الإلتزامات والمبادئ المحاسبية المعمول بها وأحكام هذا المرسوم"، المرسوم التنفيذي رقم 09-110 يحدد شروط وكيفيات مسك المحاسبة بواسطة أنظمة الإعلام الآلي، المؤرخ في 07 أبريل 2009، الجريدة الرسمية العدد 21، لسنة 2009.

(30) جامع مليكة، بكراوي محمد المهدي، حجية الدفاتر التجارية الالكترونية في الإثبات، مجلة الاجتهاد للدراسة القانونية والاقتصادية، المجلد 10 العدد 03، 2021، ص 248.

(31) تنص المادة 11 من القانون التجاري الجزائري بأنه:" يمسك دفتر اليومية ودفتر الجرد بحسب التاريخ وبدون ترك بياض أو تغيير من أي نوع كان أو نقل إلى الهامش.

وترقم صفحات كل من الدفترين ويوقع عليهما من طرف قاضي المحكمة حسب الإجراء المعتاد".

حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات المدني

د/ قريشي رزيقة
جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي (الجزائر)
korichi-razika@univ-eloued.dz

****

ملخص:

نظرا لتطور المعاملات الإلكترونية كان لابد من توثيقها وإضفاء عليها الحجية القانونية والقوة الثبوتية كالمعاملات التقليدية، وهذا ما أدى الى ظهور التوقيع الإلكتروني كبديل عن التوقيع التقليدي في المعاملات الإلكترونية الذي اتخذ عدة أشكال وصور الكترونية، وقد أخضع هذا التوقيع لعدة شروط وأحكام خاصة حتى يعتد به ويصبح حجة على الموقع، ويوفر الثقة والأمان بين المتعاملين الكترونيا، ولديه قوة في الإثبات في حالة نشوب أي نزاع، وقد تناول أحكام هذا التوقيع القانون رقم 15-04، المتضمن القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، ونظرا لهذه الأهمية البالغة سنقوم بدراسة مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات المدني، بتناول الإطار المفاهيمي له ونطاق حجيته في الإثبات.

الكلمات المفتاحية: التوقيع الإلكتروني، حجية، الإثبات المدني، المعاملات الإلكترونية.

مقدمة:

لقد شهد العالم ثورة في المجال التكنولوجي والمعلومات ووسائل الاتصال، وصاحبها ظهور وسائط حديثة يمكن استخدامها في تدوين البيانات ولكن بشكل إلكتروني سميت "بالدعامة الإلكترونية" ، ونظرا لعدم ملاءمة التوقيع التقليدي مع الدعامة الإلكترونية، ظهر التوقيع الالكتروني فهو إحدى الطرق الالكترونية التي تساهم في إثبات العقود والمعاملات التجارية، حيث يعطي الثقة و الأمان بين المتعاملين، ونظرا للأهمية الكبيرة التي يكتسيها هذا الموضوع ارتأينا دراسته دراسة قانونية من بعض جوانبه متسائلين في ذلك عن **مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات**؟، وللإجابة على هذا التساؤل اعتمدنا على المذهب الوصفي والتحليلي، فقمنا بتقسيم هذه الدراسة إلى مبحثين اثنين تناولنا في المبحث الأول مفهوم التوقيع الالكتروني وفي المبحث الثاني حجية التوقيع الالكتروني في الإثبات.

المبحث الأول

مفهوم التوقيع الالكتروني

سنتطرق في هذا المبحث لتعريف التوقيع الإلكتروني في المطلب الأول، وخصائصه في المطلب الثاني، والى صور التوقيع الإلكتروني في المطلب الثالث.

المطلب الأول: تعريف التوقيع الإلكتروني

سنتطرف لتعريف التوقيع الإلكتروني من الناحية اللغوية والاصطلاحية في الفرع الأول، والى تعريفه من الناحية القانونية في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تعريف التوقيع الالكتروني لغة واصطلاحا

التوقيع لغة من فعل "وقّع أي بيّن في إيجاز رأيه بالكتابة"، وتوقيع العقد او السند ونحوه هو أن يكتب الكاتب اسمه في ذيله إمضاء له أو إقراره به، والموقع هو كاتب التوقيع، ومنها عرفت التوقيعات بانها "التأشيرات التي تعبر عن رأي صاحبها"، يعد التوقيع بشكل عام الوسيلة التقليدية البارزة للتعبير عن إرادة صاحب التوقيع و موافقته على مضمون السند الموقع عليه، ومع ذلك فإن معظم النصوص القانونية التي أعطت التوقيع بشكله التقليدي هذه الأهمية لم تأتي بتعريف له، وتركت هذه المهمة للفقه.

فذهب بعض الفقه الى أن اصطلاح التوقيع له معنيان، الأول فعل أو عملية التوقيع ذاتها، أي واقعة وضع التوقيع على مستند يحتوي على معلومات معينة او اشارة معينة تسمح بتمييز شخص الموقع، و المعنى الثاني: هو المقصود منه التوقيع في نطاق الاثبات، والتي يقصد بها علامة خطية خاصة و مميزة يضعها الموقع بأي وسيلة على مستند لإقراره، بينما عرفه البعض الآخر بانه علامة شخصية خاصة ومتميزة، يضعها الشخص باسمه أو ببصمته أو بأي وسيلة أخرى على مستند قراره، والالتزام بمضمونه، كذلك هو أي علامة توضع على الوثيقة بنية التصديق و الموافقة عليها[1].

الفرع الثاني: تعريف التوقيع الالكتروني قانونا

عرف التوقيع الإلكتروني قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقعات الالكترونية بأنه " بيانات في شكل الكتروني مدرجة في رسالة بيانات، أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقيا، يجوز أن تستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة إلى رسالة البيانات، ولبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات، وعرفت جميع المصطلحات المتدخلة في عملية التوقيع الإلكتروني بما يلي: "شهادة" وتعني رسالة بيانات أو سجلا آخر يؤكدان الارتباط بين الموقع وبيانات إنشاء التوقيع؛ "رسالة بيانات" وتعني معلومات يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل الكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر، التبادل الالكتروني للبيانات أو البريد الالكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي،"موقّع " ويعني شخصا حائزا على بيانات إنشاء توقيع ويتصرف إما بالأصالة عن نفسه و إما بالنيابة عن الشخص الذي يمثله، "مقدم خدمات تصديق" يعني شخصا يصدر الشهادات ويجوز أن يقدم خدمات أخرى ذات صلة بالتوقيعات الالكترونية، "طرف معول" ويعني شخص يجوز أن يتصرف استنادا إلى شهادة أو الى توقيع الكتروني[2].

وعرفت التوقيع الإلكتروني كذلك المادة الثانية من قانون رقم 15-04، المتضمن القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين مع تعريف جميع المصطلحات المتدخلة في عملية التوقيع الإلكتروني بما يأتي:

1- التوقيع الإلكتروني: هو بيانات في شكل إلكتروني، مرفقة أو مرتبطة منطقيا ببيانات إلكترونية أخرى، تستعمل كوسيلة توثيق.

2- الموقّع: هو شخص طبيعي يحوز بيانات إنشاء التوقيع الالكتروني ويتصرف لحسابه الخاص أو لحساب الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يمثله.

3- بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني: هي بيانات فريدة، مثل الرموز أو مفاتيح التشفير الخاصة، التي يستعملها الموقع لإنشاء التوقيع الإلكتروني.

4- آلية إنشاء التوقيع الإلكتروني : هي جهاز أو برنامج معلوماتي معد لتطبيق بيانات إنشاء التوقيع الالكتروني.

5- بيانات التحقق من التوقيع الإلكتروني : هي رموز أو مفاتيح التشفير العمومية أو أي بيانا ت.

6- آلية التحقق من التوقيع الالكتروني: هي جهاز أو برنامج معلوماتي معد لتطبيق بيانات التحقق من التوقيع الإلكتروني.

7- شهادة التصديق الإلكتروني: هي وثيقة في شكل إلكتروني تثبت الصلة بين بيانات التحقق من التوقيع الإلكتروني و الموقع.

8 - مفتاح التشفير الخاص : هو عبارة عن سلسلة من الأعداد يحوزها حصريا الموقع فقط، وتستخدم لإنشاء التوقيع الإلكتروني، ويرتبط هذا المفتاح بمفتاح تشفير عمومي.

9- مفتاح التشفير العمومي: هو عبارة عن سلسلة من الأعداد تكون موضوعة في متناول الجمهور بهدف تمكينهم من التحقق من الإمضاء الإلكتروني وتدرج في شهادة التصديق الإلكتروني.

10- الترخيص: يعني نظام استغلال خدمات التصديق الإلكتروني الذي يتجسد في الوثيقة الرسمية الممنوحة لمؤدي الخدمات، بطريقة شخصية تسمح له بالبدء الفعلي في توفير خدماته.

11- الطرف الثالث الموثوق : هو شخص معنوي يقوم بمنح شهادات تصديق إلكترونية موصوفة، وقد يقدم خدمات أخرى متعلقة بالتصديق الإلكتروني لفائدة المتدخلين في الفرع الحكومي.

12- مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني : شخص طبيعي أو معنوي يقوم بمنح شهادات تصديق إلكترونية موصوفة، وقد يقدم خدمات أخرى في مجال التصديق الإلكتروني.

13- المتدخلون في الفرع الحكومي : المؤسسات والإدارات العمومية والهيئات العمومية المحددة في التشريع المعمول به، والمؤسسات الوطنية المستقلة وسلطات الضبط، والمتدخلون في المبادلات ما بين البنوك، وكذا كل شخص أو كيان ينتمي إلى الفرع الحكومي بحكم طبيعته أو مهامه.

14- صاحب شهادة التصديق الإلكتروني: هو شخص طبيعي أو معنوي تحصل على شهادة التصديق الإلكتروني من طرف مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني أو طرف ثالث موثوق.

15- سياسة التصديق الإلكتروني: هي مجموع القواعد والإجراءات التنظيمية والتقنية المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين .

16- التدقيق: هو التحقق من مدى المطابقة وفقا لمرجعية ما(3).

ونلاحظ أن التعريف المقدم من طرف المشرع الجزائري في القانون 15-04، المتضمن القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين هو نفسه المنصوص عليه في قانون الأونسيترال النموذجي الخاص بالتوقيعات الالكترونية، مع إضافة مصطلحات جديدة مع أكثر تفصيل على تلك الواردة فيه، وبعد أن تعرفنا

في هذا المطلب على تعريف التوقيع الإلكتروني من الناحية اللغوية والاصطلاحية والقانونية، سنتعرف في المطلب التالي على أهم صور التوقيع الإلكتروني والأكثر شيوعا.

المطلب الثاني: خصائص التوقيع الالكتروني

يتكون التوقيع الالكتروني من عناصر متفردة وسمات خاصة بالموقع تخذ شكل أرقام أو حروف أو إشارات أو غيرها ويتمتع بعدة خصائص ومميزات منها:

- التوقيع الإلكتروني يحدد شخصية الموقع ويميزه عن غيره، ويعبر عن رضاه بمضمون المحرر.
- التوقيع الالكتروني يتصل برسالة الكترونية وهي عبارة عن معلومات يتم إنشاؤها او إرسالها أو تسليمها أو تخزينها بوسيلة الكترونية.
- أن التوقيع العادي عبارة عن رسم يقوم به الشخص بمعنى أنه فن وليس علم ومن هنا يمكن تزويره، أما التوقيع الالكتروني فهو علم وليس فن ويصعب تزويره، بحيث يتم التوقيع الالكتروني بواسطة برنامج كمبيوتر خاص لهذه الغاية.
- أن التوقيع الالكتروني يوفر الخصوصية، فهو يحدد صلاحيات الوصول للبيانات وتحديد مسؤولية كل من مستخدمي هذه البيانات وعدم السماح لأشخاص بتنفيذ إجراء معين على البيانات لا يمتلكون الصلاحيات الكافية لتنفيذه.
- أن التوقيع الالكتروني يوفر التعرف على المستخدم، وهو عملية التحقق من هوية الأشخاص أو التعرف على مصادر البيانات، وتتم عن طريق كلمات السر والبطاقات الذكية.
- أن التوقيع الالكتروني يوفر وحدة البيانات، وهي عملية حماية البيانات ضد التغيير أو التعويض عنها ببيانات أخرى، وتقوم باستخدام تقنية تشفير البيانات، ومقارنة بصمة الرسالة المرسلة ببصمة الرسالة المستقبلة.
- أن التوقيع الالكتروني يوفر عدم قدرة الشخص الموقع الكترونيا على انكار قيامه بهذه المعاملة[4].

المطلب الثالث: صور التوقيع الإلكتروني

سنتطرق في هذا المطلب لصور التوقيع الإلكتروني الأكثر شيوعا وأهمية وهي التوقيع البيومتري في الفرع الأول، والتوقيع باستخدام القلم الإلكتروني في الفرع الثاني، والتوقيع الرقمي الكودي في الفرع الثالث.

الفرع الأول: التوقيع البيومتري

هو ما يعرف بالتوقيع باستخدام الخواص الذاتية، فكل شخص ينفرد بعدة سمات فيسيولوجيه أو سلوكية معينة لا يمكن تكرارها بين شخصين، ويتم التعرف على هوية أحد الأشخاص عن طريق هذه السمات الفيسيولوجية، استنادا إلى ارتباطها بإنسان وتسمح بتمييزه عن غيره بشكل واضح ومحدد، ومن هذه الخصائص، بصمة الأصبع (شكل اليد الهندسي)، وبصمة شبكية العين (توزيع الأوردة و الشرايين الدموية داخل الشبكة)، بصمة الصوت (نبرة الصوت و طبقاته)، بصمة الشفاه، و تقسيمات الوجه و ملامحه الهندسية والحامض النووي الجيني Deoxyribo Nucleic Acid4(DNA).

تقوم هذه الصورة من صور التوقيع الالكتروني على اخذ صورة دقيقة للشكل وتخزينها بشكل مشفر في الكمبيوتر، وأحيانا يتم أخذ أكثر من صورة ومن عدة زوايا مختلفة، وتكوين شكل ثلاثي الأبعاد للمقارنة بين الشكل المحفوظ والشكل العائد للموقع، ويمتاز هذا الشكل من أشكال التوقيع الالكتروني بتمتعه بدرجة عالية

من الأمان لصعوبة تشابه هذه الخصائص بين البشر، كما أن هذه الخصائص مرافقة وملاصقة للانسان، وبالتالي يصعب نسيانها أو سرقتها.

ومن الصعوبات التي تواجه هذه الصورة من التوقيع التكلفة العالية نسبيا لإجراء عملية التوقيع من أجهزة خاصة في التقاط الخصائص البيومترية وتحديدها وحفظها، كما أنه يمكن تسجيل هذه الخصائص ونسخها، وإدخال تعديلات عليها، واعادة استعمالها بطرق غير مشروعة، الا ان هذه الصعوبة لا تمنع استخدام هذه الصورة كأحد صور التوقيع الالكتروني، لإمكانية كشف مثل هذا التلاعب أو التزوير شأنه شأن التزوير الجاري على التوقيع التقليدي(5).

الفرع الثاني: التوقيع باستخدام القلم الإلكتروني

هو نقل التوقيع الإلكتروني المكتوب بخط اليد على المحررات إلى الملف المراد نقله باستخدام جهاز "السكانير"، إذ يتم نقل المحرر موقعا عليه من طرف صاحبه إلى شخص آخر بواسطة الانترنت، أو هو نقل التوقيع بخط اليد عن طريق التصوير بالماسح الضوئي، ونقل هذه الصورة إلى الملف المراد إضافة التوقيع له من أجل إعطائه الحجية اللازمة، وتعتبر هذه الطريقة مرنة وسهلة الاستعمال إلا أنها تواجه الكثير من الصعوبات أساسها عدم الثقة، بحيث يمكن للمستقبل أن يحتفظ بهذا التوقيع الموجود على المحرر، ووضعه على مستندات أخرى دون وجود طريقة من خلالها يمكن التأكد من صحة صاحب التوقيع(6).

الفرع الثالث: التوقيع الرقمي الكودي

نجد استعمال هذا النظام في التعاملات البنكية وغيرها، وأوضح مثال عليه بطاقة الائتمان التي تحتوي على رقم سري لا يعرفه سوى العميل الذي يدخل البطاقة في ماكينة السحب، حين يطلب الاستعلام عن حسابه او صرف جزء من رصيده، وهي تعمل بنظام "Off-Line"ثم نظام "Pen-On" في حالة نظام"Off-Line" يتم تسجيل العملية على شريط مغنطيسي ولا يتغير موقف العميل المالي، في حسابه الا في اخر اليوم، بعد انتهاء ساعات العمل.

أما في حالة نظام "on-line" ففيه يقيد موقف العميل ويتم تحديثه فور اجراء العملية، وهو الغالب في التعامل في نظام البطاقات الذكية التي تحتفظ بداخلها بذاكرة تسجيل كل عمليات العميل، كما يستخدم التوقيع الالكتروني الرقمي في المراسلات الالكترونية، والتي تتم بين التجار الموردين أو بين الشركات فيما بينها.

التوقيع الالكتروني له نفس قوة التوقيع التقليدي ان لم نقل أنه أفضل لما له من مزايا، كالتشفير الذي يتم عن طريق استخدام مفاتيح سرية وطرق حسابية معقدة (لوغاريثمات) تحول بواسطتها المعاملة من رسالة مقروءة ومفهومة الى رسالة رقمية غير مقروءة وغير مفهومة ما لم يتم فك تشفيرها من يملك مفتاح ذلك التشفير(7).

المبحث الثاني

أحكام خاصة بحجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات

سنتطرق في هذا المبحث للشروط الواجب توفرها في التوقيع الإلكتروني في المطلب الأول ثم سنتناول بالبحث في نطاق حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات في المطلب الثاني.

المطلب الأول: الشروط الواجب توفرها في التوقيع الإلكتروني

حتى يكون التوقيع الإلكتروني قانوني لابد من توفر عدة شروط سنتناولها حسب كل من قانون اليونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية، والقانون رقم 15-04، المتضمن القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

الفرع الأول: الشروط الواجب توفرها في التوقيع الإلكتروني في قانون اليونسترال النموذجي

حددت الفقرة الثالثة من المادة السادسة من قانون اليونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية الشروط الواجب توفرها لتحقق قانونية التوقيع الالكترونية وهي كما يأتي:

1- أن تكون الوسيلة المستخدمة لإنشاء التوقيع مرتبطة بالموقع دون أي شخص آخر.

2- أن تكون الوسيلة المستخدمة لإنشاء التوقيع الالكتروني خاضعة وقت التوقيع لسيطرة الموقع دون أي شخص آخر.

3- أن يكون أي تغيير في التوقيع الالكتروني يجري بعد حدوث التوقيع قابلا للاكتشاف.

4- لما كان الغرض من اشتراط التوقيع هو تأكيد سلامة المعلومات التي يرتبط بها يجب أن يكون أي تغيير في تلك المعلومات يحدث بعد التوقيع قابلا للكشف[(8)].

الفرع الثاني: الشروط الواجب توفرها في التوقيع الإلكتروني في القانون رقم 15-04، المتضمن القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين

نصت المادة السادسة من القانون رقم 15-04، أن التوقيع الإلكتروني يستعمل لتوثيق هوية الموقع وإثبات قبوله مضمون الكتابة في الشكل الإلكتروني، والتوقيع الإلكتروني الموصوف هو التوقيع الإلكتروني الذي تتوفر فيه حسب نص المادة السابعة منه المتطلبات الآتية:

1- أن ينشأ على أساس شهادة تصديق إلكتروني موصوفة: لقد اشترط المشرع الجزائري نشوء التوقيع الإلكتروني الموصوف على أساس شهادة تصديق إلكتروني موصوفة، والتي تمنح من قبل طرف ثالث موثوق أو من قبل مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني، وهذا حتى يكون له حجية في الإثبات مماثلة للتوقيع المكتوب، ويهدف المشرع على العموم، من جعل التوثيق شرطا لإسباغ الحجية على التوقيع إلى حماية التعاملات الإلكترونية بصفة عامة، والتي تتم من خلال شبكة الإنترنت التي تعتبر مفتوحة للجميع مما يجعل هذه الشبكة عرضة لعمليات القرصنة من قبل الآخرين[(9)].

2- أن يرتبط بالموقّع دون سواه، وهو التعبير عن إرادة الموقع: فالتوقيع الالكتروني يحقق هذه الوظيفة وربما لدرجة أكبر من التوقيع العادي، ذلك أن بعض أشكال التوقيع العادي كالختم والبصمة تدل على صاحبها، لكن لا تعبر عن موافقته مضمون السند ونفس الأمر بالنسبة للإمضاء يمكن تزويره، أما التوقيع الالكتروني بأشكاله المختلفة فإن له القدرة على التعبير عن رضا الشخص بالموافقة على مضمون السند، وتجدر الإشارة أنه تتحقق نية التعبير عن الرضا بالالتزام بمضمون السند الالكتروني من خلال استخدام الموقّع مفتاحه الخاص، وعند الانتهاء من بيانات إنشاء التوقيع تتجه الإرادة بالالتزام بما تم التوقيع عليه[(10)].

3- أن يمكن من تحديد هوية الموقع: وهو السبب الرئيسي الذي أدى إلى ظهور التوقيع الإلكتروني، فبهذه الوسيلة نحدد هوية الموقع خاصة إذا علمنا أن المعاملات الإلكترونية تتم غالبا عبر شبكة الانترنيت بين أفراد

لا تربطهم أي صلة، ولا يعرف بعضهم البعض الأخر، كما أن عدم التأكد من هوية المتعاقدان يؤثر سلبا على حجية التوقيع الموضوع على الصفقة، ويكون محل تنازع وشك، ويمكن التعرف على هوية الموقع بفضل ما يدعى المفتاح الخاص (يشترط أن يكون سريا) الذي يعد في مكانة القلم، وينتج عن استعماله من طرف الموقع أثار التوقيع، ويدعم برقم سري يحتفظ به الموقع دون سواه والذي يسمح بالدخول إلى المفتاح الخاص(11).

4- أن يكون مصمما بواسطة آلية مؤمنة خاصة بإنشاء التوقيع الالكتروني تكون صلاحيتها مثبتة بشهادة المطابقة لقد تحدث المشرع عن آلية إنشاء التوقيع الإلكترونية، ويجب أن تتوفر فيها المتطلبات الآتية:

أ- يجب أن تضمن بواسطة الوسائل التقنية والإجراءات المناسبة على الأقل ما يأتي:

- ألا يمكن عمليا مصادقة البيانات المستخدمة لإنشاء التوقيع الإلكتروني إلا مرة واحدة، وأن يتم ضمان سريتها بكل الوسائل التقنية المتوفرة وقت الاعتماد.

- ألا يمكن إيجاد البيانات المستعملة لإنشاء التوقيع الإلكتروني عن طريق الاستنتاج، وأن يكون هذا التوقيع محميا من أي تزوير عن طريق الوسائل التقنية المتوفرة وقت الاعتماد.

- أن تكون البيانات المستعملة لإنشاء التوقيع الإلكتروني محمية بصفة موثوقة من طرف الموقع الشرعي من أي استعمال من قبل الآخرين.

ب- يجب أن لا تعدل البيانات محل التوقيع وأن لا تمنع أن تعرض هذه البيانات على الموقع قبل عملية التوقيع(12).

5- أن يكون منشأ بواسطة وسائل تكون تحت التحكم الحصري للموقع.

6- أن يكون مرتبطا بالبيانات الخاصة به، بحيث يمكن الكشف عن التغيرات اللاحقة بهذه البيانات: يلزم لتحقق الأمان و الثقة في التوقيع الالكتروني أن يتم كتابة المحرر الالكتروني والتوقيع عليه باستخدام نظم او وسائل من شانها المحافظة على صحة وسلامة المحرر الالكتروني المشتمل على التوقيع و تضمن سلامته، وتؤدي إلى كشف أي تعديل أو تغيير في بيانات المحرر الالكتروني الذي تم التوقيع عليه الكترونيا، و تتحقق إمكانية كشف أي تعديل أو تبديل في بيانات التوقيع الالكتروني وذلك باستخدام شفرة المفتاحين العام والخاص، وبمضاهاة شهادة التصديق الالكتروني، و بيانات إنشاء التوقيع الالكتروني بأصل هذه الشهادة و تلك البيانات أو بأي وسيلة مشابهة(13).

ويعتبر التوقيع الإلكتروني الموصوف وحده مماثلا للتوقيع المكتوب، سواء كان الشخص طبيعي أو معنوي حسب نص المادة الثامنة من القانون رقم 15-04(14).

المطلب الثاني: نطاق حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات

يتجسد الدور الرئيسي للتوقيع الالكتروني في تحقيق موثوقية المعاملات الالكترونية، وضمان الثقة وزيادة الأمان بين المتعاملين الالكترونية، فهو من ثم يقوم بالدور ذاته الذي يقوم به التوقيع التقليدي الأمر الذي دفع المشرع إلى إعطاء التوقيع الالكتروني الحجية القانونية اللازمة في الإثبات، وذلك وفق شروط سنتطرق لها في كل من قانون اليونسترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية وبشأن التوقيعات الإلكترونية في الفرع الأول، وفي التشريع الجزائري في الفرع الثاني.

الفرع الأول: حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات في قانون اليونسترال النموذجي

أكد قانون اليونسترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية في المادة السابعة فقرة اولى منه أن للتوقيع الالكتروني الحجية نفسها المقررة للتوقيع التقليدي بشرط توافر شرطين أساسيين هما:

1- تحديد هوية الشخص الموقع بشكل يعبر فيه عن إرادته بالالتزام بمضمون الوثيقة الالكترونية.

2- أن تكون طريقة التوقيع تحقق الموثوقية والأمان.

كما أكد القانون النموذجي اليونسترال بشأن التوقيعات الالكترونية في الفقرة الأولى من المادة السادسة منه أنه عندما يشترط القانون وجود توقيع من شخص يستوفي ذلك الشرط بالنسبة إلى رسالة البيانات إن استخدم توقيع الكتروني موثوق به بالقدر المناسب للغرض الذي أنشئت أو أبلغت من أجله رسالة البيانات[15].

فعندما اشترط قانون اليونسترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية شرطين لتمتع التوقيع الالكتروني بالحجية القانونية، جاء قانون اليونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية أكثر تفصيلا حيث اشترط في التوقيع الالكتروني الملزم بأن يكون موثوقا به من خلال شروط تفصيلية.

الفرع الثاني: حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات في التشريع الجزائري

نص المشرع الجزائري على التوقيع الإلكتروني لأول مرة في المادة 327 فقرة 2 قانون مدني جزائري المعدلة بالقانون 05-10 ([16]) والتي تنص على "... يعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر1 أعلاه"، وذلك من أجل إضفاء الحجية على المحررات الإلكترونية[17].

وطبقا لهذا النص يكون المشرع ساوى في الحجية بين التوقيع الالكتروني والتقليدي، وللاعتداد به يجب أن تتوافر فيه الشروط المنصوص عليها في المادة 323 مكرر1 ، والمتمثلة في إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدر التوقيع، وأن يكون التوقيع معد ومحفوظ في ظروف تضمن سلامته[18].

نص القانون رقم 15-04، المتضمن القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، في نص المادة التاسعة منه أنه بغض النظر عن أحكام المادة الثامنة أي اعتبار التوقيع الإلكتروني الموصوف وحده مماثلا للتوقيع المكتوب، سواء كان الشخص طبيعي أو معنوي، لا يمكن تجريد التوقيع الإلكتروني من فعاليته القانونية أو رفضه كدليل أمام القضاء بسبب 1: - شكله الالكتروني، أو 2- أنه لا يعتمد على شهادة تصديق إلكتروني موصوفة، أو3- أنه لم يتم إنشاؤه بواسطة آلية مؤمنة لإنشاء التوقيع الإلكتروني[19].

ومن خلال هذه المادة نلاحظ أن المشرع، قد أضاف شروطا إضافية مقارنة بنص المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني ذكرناها سابقا، وهذه الشروط لابد من توافرها لإضفاء الحجية في التوقيع الالكتروني، وعليه ليعتد بالتوقيع الالكتروني في التشريع الجزائري فلابد من توافر تلك الشروط، لأن انعدامها يترتب عليه إسقاط صفة الحجية عنها.

وعليه إذا تحققت الشروط السابقة في التوقيع الالكتروني، فإنها تتمتع بالحجية الكاملة في الإثبات أمام القضاء كدليل ثابت مثلها مثل التوقيع التقليدي.

وأخيرا نشير إلى أن المشرع الجزائري عاقب كل من يقوم بحيازة أو إفشاء أو استعمال بيانات إنشاء توقيع الكتروني موصوف خاص بالغير بعقوبة الحبس من ثلاثة (03) أشهر إلى ثلاث سنوات (03)، وبغرامة من مليون دينار (1.000.000 دج) إلى خمسة ملايين دينار (5.000.000 دج) أو بإحدى هاتين العقوبتين([20]).

الخاتمة:

وفي نهاية هذه الورقة البحثية استخلصنا أنه بالرغم من الأهمية التي يحتلها التوقيع الإلكتروني، إلا أنه قد يثير عدة مشاكل ومخاطر منها انعدام الثقة بطرف لا توجد مقابلة مادية ملموسة به، وكذلك الغش المعلوماتي الذي يؤدي إلى تسرب المعلومات بطرق غير مشروعة، وذلك نتيجة لسرقة الملفات التي تحتوي على هذه المعلومات، فالعقد الذي يتم توقيعه الكترونيا يكون الوفاء بالثمن عن طريق تحويل الأموال بطريقة الكترونية، الأمر الذي يؤدي لتعرضها للعديد من المخاطر، وبانتشار القرصنة قد يؤدي لاختراق نظم المعلومات والوصول إلى كلمة السر أو مفتاح الشيفرة، وبالتالي استخدام التوقيع بغير موافقة صاحبه.

ولكن بالرغم من هذه المخاطر يبقى التوقيع الإلكتروني ضرورة حتمية في المعاملات الإلكترونية، ويوفر ضمانات للمتعاملين به، إذا كان مستوفيا للشروط القانونية الواجبة، وبالتالي تكون لديه حجية كاملة في الإثبات كالتوقيع التقليدي، ومنه يمكن أن نلخص ما سبق في مجموعة من النتائج والتوصيات وهي:

أولا: النتائج

- التوقيع الالكتروني شرطا اساسيا لضمان الثقة في المعاملات الالكترونية.
- التوقيع الالكتروني مهما في تحديد هوية الموقع وتمييزه عن غيره.
- التوقيع الإلكتروني لديه الحجية القانونية في الإثبات كالتوقيع التقليدي، متى كان مستوفيا للشروط القانونية الخاصة به.
- التوقيع الالكتروني يعمل على زيادة الثقة والضمان بين المتعاقدين الكترونيا في معاملاتهم الإلكترونية.
- التوقيع الإلكتروني يوفر السرعة والائتمان في المعاملات التجارية خصوصا بتطور وانتشار التجارة الإلكترونية.

ثانيا: التوصيات

- ضرورة تكوين قضاة مختصين في هذا النوع من القضايا.
- ضرورة مواكبة التشريعات الوطنية للتطور الحاصل في التشريعات الأجنبية فيما يتعلق بالتعاملات الالكترونية والتوقيع الإلكتروني.
- ضرورة اضافة المشرع الجزائري نصوص قانونية أخرى خاصة لردع الجرائم المتعلقة بالتوقيع الالكتروني، بما يضمن تحقيق الثقة المتطلبة في المعاملات المدنية والتجارية وحماية المستهلكين.

الهوامش:

[1] حنان عبده علي أبو شام، التوقيع الإلكتروني وحجيته في الإثبات، مجلة العربية للنشر العلمي، العدد 18، تاريخ الإصدار 2 نيسان 2020، ص481ص511، ص 485.

[2] المادة الثانية من قانون الأونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية، منشورات الأمم المتحدة، منقولة من موقع انترنت uncitral.un.org، تاريخ الإطلاع 07 ديسمبر 2021.

[3] المادة الثانية من قانون رقم 15-04، مؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1436 الموافق أول فبراير سنة 2015، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، جريدة رسمية عدد 06، مؤرخة في 20 ربيع الثاني عام 1436 الموافق 10 فبراير سنة 2015، منقولة من موقع انترنت وزارة الفلاحة وترقية الصادرات commerce.gov.dz، تاريخ الإطلاع 07 ديسمبر 2021.

[4] ايمان بلعياضي، مدى حجية التوقيع الإلكتروني في التشريع الجزائري، مجلة الشريعة والاقتصاد، المجلد الثامن، الإصدار الثاني، العدد 16، ديسمبر 2019، ص108ص123، ص 113،114.

[5] حنان عبده علي أبو شام، المرجع السابق، ص 495.

[6] عيشة سنقرة، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، مجلة الميدان للدراسات الرياضية والاجتماعية والإنسانية، المجلد الثاني، العدد الثامن، سبتمبر 2019، ص338ص354، ص344.

[7] حنان عبده علي أبو شام، المرجع السابق، ص 492.

[8] قانون الأونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية، مصدر سابق.

[9] أمال بوهنتالة، فوغالي بسمة، مدى حجية التوقيع الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، المجلد الخامس، الإصدار الثاني، ديسمبر 2020، ص67ص87، ص77.

[10] يوسف مسعودي، أرجيلوس رحاب، مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات في التشريع الجزائري (دراسة على ضوء أحكام القانون 15-04)، مجلة الإجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي لتامنغست-الجزائر، عدد 11، جانفي 2017، ص81ص99، ص89.

[11] يوسف زروق، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، دراسة مقارنة، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد الثالث، الإصدار الثالث، ص240ص266، ص 245.

[12] ايمان بلعياضي، المرجع السابق، ص 117.

[13] بلحاج بلخير، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات (الضوابط والشروط)، مجلة القانون والعلوم السياسية، المجلد الثالث، الإصدار الثاني، ص263ص290، ص270.

[14] المادة 6 و7 و8 من قانون رقم 15-04، المصدر السابق.

[15] قانون الأونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية، مصدر سابق.

[16] الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، جريدة رسمية عدد 78، السنة الثانية عشرة، الصادرة في 30 سبتمبر 1975.

[17] أحمد بولمكاحل، هبة فاطمة الزهراء سكماكجي، عقود التجارة الإلكترونية وحجية التوقيع الإلكتروني، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، العدد السابع، ديسمبر 2019، ص46ص55، ص53.

[18] المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري، مصدر سابق.

[19] المادة التاسعة من قانون رقم 15-04، المصدر السابق.

[20] المادة 68 من قانون رقم 15-04، المصدر السابق.

الإثبات بالمحررات الرسمية الالكترونية في المواد المدنية والتجارية في التشريع الجزائري -دراسة مقارنة-

Evidence in electronic official documents in civil and commercial matters in Algerian legislation –A comparative study-

د/ سكيل رقية

جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف (الجزائر)

rekia07@hotmail.fr/r.sekkil@univ-chlef.dz

●●●●●●●●

ملخص:

اعترف المشرّع الجزائري بالإثبات بالكتابة في الشكل الالكتروني من خلال **نص المادة 323مكرر1 من القانون المدني المضافة بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005**، غير أنّه لم يتناول العديد من المسائل التفصيلية، وهو ما أثار عدّة إشكالات وتساؤلات، لاسيّما فيما يتعلّق بالمحررات الرسمية الالكترونية، ودورها في التصرفات القانونية، ومدى جواز الاحتجاج بها، لاسيّما في التصرفات الشكلية، ونحن من خلال هذه المداخلة سنتطرق إلى مفهوم المحررات الرسمية الالكترونية، ومدى حجيتها في الإثبات، من خلال الاعتماد على المنهج الوصفي، والتحليلي، في دراسة مقارنة مع بعض التشريعات التي تناولت هذا النّوع من المحررات بشيء من التفصيل والوضوح، كالتشريع الأردني والمصري، والفرنسي.

الكلمات المفتاحية: الإثبات، المحررات، الرسمية، الالكترونية، الحجية، المواد المدنية، المواد التجارية.

مقدّمة:

تعتبر الكتابة الالكترونية نوعا حديثا من الكتابة، فرضته التكنولوجية الحديثة لوسائل الإعلام والاتصال، وقد اعترف المشرّع الجزائري بها من خلال **نص المادة 323مكرر1 من القانون المدني**[1] حيث جاء فيها: "يعتبر الإثبات في الشكل الالكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التّأكد من هويّة الشخص الذي أصدرها، وأن تكون معدّة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها".

وهو ما يتفق ونص **المادة 323مكرر من نفس القانون**، والتي تبنى من خلالها المفهوم الواسع للكتابة حيث نص على ما يلي: "ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف، أو أوصاف، أو أيّة علامات، أو رموز، ذات معنا مفهوم، مهما كانت الوسيلة التي تتضمّنها، وكذا طرق إرسالها". وهو نفس **نص المادة 1367 (المادة 1316 سابقا) من القانون المدني الفرنسي**[2].

كما نصت **المادة 327 من نفس القانون**: "يعتبر العقد العرفي صادرا ممّن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة إصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه، أمّا ورثته أو خلفه فلا يطلب منهم الإنكار، ويكفي أن يحلفوا يمينا بأنّهم لا يعلمون أنّ الخط أو الإمضاء أو البصمة هو لمن تلقوا منه هذا الحق.

ويعتّد بالتوقيع الالكتروني وفق الشروط المذكورة في **المادة 323مكرر** أعلاه".

وما يفهم ممّا سبق أنّ المشرّع الجزائري لم يفرّق في الإثبات الالكتروني بين الكتابة الرسمية والكتابة العرفية. غير أنّه لم يفصّل في الكثير من المسائل على الرغم من أهميّتها بالنسبة للقاضي والمتقاضي، ونحن من خلال هذه المداخلة سنحاول توضيح ذلك، واقتراح بعض الحلول على ضوء بعض التجارب التشريعية وهذا بطرح الإشكال التالي: **ماذا نعني بالمحررات الرسمية الالكترونية، وما مدى حجيتها في الإثبات في المواد المدنية والتجارية، وفقا للتشريع الجزائري، مقارنة مع بعض التشريعات؟**

هذا ما سنحاول الإجابة عنه من خلال مبحثين؛ حيث نوضّح في المبحث الأوّل مفهوم المحررات الرسمية الالكترونية، وفي المبحث الثاني حجيتها في الإثبات في المواد المدنية والتجارية، متبعين في ذلك المنهج الوصفي التحليلي، والمنهج المقارن في المقارنة بين التشريع الجزائري وبعض التشريعات الأخرى (الفرنسي، الأردني، المصري).

المبحث الأوّل:

مفهوم المحررات الرسمية الالكترونية:

سنحاول من خلال هذا المبحث توضيح مفهوم المحررات الرسمية الالكترونية، بتعريفها في المطلب الأوّل، وتحديد شروطها في المطلب الثاني.

المطلب الأوّل: تعريف المحررات الرسمية الالكترونية:

سنحدّد فيما يلي تعريف المحررات الرسمية الالكترونية فقها وقانونا.

الفرع الأوّل: التعريف الفقهي للمحررات الرسمية الالكترونية:

لم يتطرّق المشرّع الجزائري في القانون المدني إلى تعريف المحررات الرسمية الالكترونية، ولا إلى تعريف الكتابة الالكترونية، والتي يقصد بها عموما كلّ حروف، أو أرقام، أو رموز، أو أيّة علامات أخرى تثبت على دعامة الكترونية، أو رقمية أو ضوئية، أو أيّة وسيلة أخرى مشابهة، وتعطي دلالة قابلة للإدراك. ويتضّح من هذا التعريف أنّها تختلف عن الكتابة التقليدية من عدّة وجوه:

- الكتابة العادية كيان مادي ملموس، يسهل قراءتها بالعين المجردة، أمّا الالكترونية فتكون مسجّلة على دعامة مغناطسية، ولا يمكن قراءتها أو الاطلاع عليها إلاّ من خلال عرضها على شاشة الحاسب الآلي، أو طبعها على ورق بواسطة الطابعة الملحقة به.
- تتسم الكتابة التقليدية بصفة الدوام والثبات، فهي تكون بطريقة نهائية، ممّا يسهّل كشف أيّ تلاعب، أو تزوير فيها، بينما تنعدم هذه الصفة في الكتابة الالكترونية لكونها قابلة للمحو والتعديل، والتلف دون ترك أثر ملحوظ يكشف التلاعب بها، خاصّة إذا قام بذلك خبير أو مهنيّ متخصص في الحاسب والمعلوماتية، ويمكن أن يكون ذلك بسبب الخلل الفنيّ أو التقنيّ في الأجهزة المستعملة، سواء تمّ ذلك تلقائيا أو بفعل فاعل كإطلاق فيروس على البرامج لتدميرها[3].

وتنقسم الكتابة الالكترونية مثل الكتابة الورقية إلى الكتابة العرفية والكتابة الرسمية، ويمكن تعريفها على أنّها تلك الكتابة التي يتولى موظف عام، أو شخص مكلّف بخدمة عامّة إثباتها على محرّر الكتروني، بناء على ما تمّ لديه، أو وفقا لما تلقاه من ذوي الشأن، طبقا للأوضاع القانونية، وفي حدود سلطته واختصاصه[4].

الفرع الثاني: التعريف التشريعي للمحررات الرسمية الالكترونية:

لم يعرّف المشرّع الجزائري الكتابة الالكترونية، ولا المحررات الرسمية الالكترونية، على عكس المشرّع المصري الذي عرّفها في **الفقرة الثانية من المادة الأولى من اللاّئحة التنفيذية للقانون رقم 15 لسنة 2004**: "كلّ حروف، أو أرقام، أو رموز، أو أي علامات أخرى تثبت على دعامة الكترونية، أو رقمية، أو ضوئية، أو أيّة وسيلة أخرى مشابهة، وتعطى دلالة قابلة للإدراك"، وعرّف المحرر الالكتروني في **الفقرة الثالثة من نفس المادة**: "رسالة بيانات تتضمّن معلومات تنشأ، أو تدمج، أو تخزن، أو ترسل، أو تستقبل كليّا أو جزئيا، بوسيلة الكترونية أو رقمية، أو ضوئية، أو أيّ وسيلة أخرى مشابهة، وتعطى دلالة قابلة للإدراك"[5].

غير أنّه عرّف المحررات الرسمية الورقية في **نص المادة 324 من القانون المدني**: "العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف، أو ضابط عمومي، أو شخص مكلّف بخدمة عامّة، ما تمّ لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن، وذلك طبقا للأشكال القانونية، وفي حدود سلطته واختصاصه". بينما عرّف العقد الالكتروني في نص **الفقرة الثانية من المادة السادسة من القانون رقم 18-05**[6] بكونه العقد الذي يتمّ إبرامه عن بعد، دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه باللّجوء حصريا لتقنية الاتصال الالكتروني.

وذلك على عكس المشرّع الفرنسي الذي نص في **المادة 1367 من القانون المدني الفرنسي المعدل بموجب القانون رقم 2016-131 (المادة 1316 سابقا)**، أنّ اقتران المحرّر بتوقيع الكتروني لموظّف عامّ يضفي الصبغة الرسمية على المحرّر[7].

وأصدر **المرسوم رقم 2005/973 الخاصّ بالمحررات الموثقة المؤرخ في 10 أوت 2005**؛ حيث وضع هذا المرسوم إنشاء وحفظ هذه المحرارات التي يمكن أن تنشأ على دعامة الكترونية بمقتضى **المادة 1317 من القانون المدني** المتعلّقة بالمحرّرات الرسمية[8].

ويمكن القول ممّا سبق أنّ الكتابة الرسمية الالكترونية هي تلك الكتابة التي يثبت فيها موظف عام، أو ضابط عمومي، أو شخص مكلّف بخدمة عامّة، بوسيلة الكترونية ما تمّ لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية، وفي حدود سلطته واختصاصه.

المطلب الثاني: شروط المحررات الرسمية الالكترونية:

لم يعرّف المشرّع الجزائري - كما سبقت الإشارة - المحرّر الرسمي الالكتروني، ولم يخصّه بشروط معيّنة، أمّا المشرّع الفرنسي فقد نص في **المادة 1367 من القانون المدني المعدل بموجب القانون رقم 2016-131 (المادة 1316 سابقا)**، أنّ اقتران المحرّر بتوقيع الكتروني لموظّف عامّ يضفي الصبغة الرسمية على المحرّر.

غير أنّه يمكن أن نستنتج من خلال نص **المادة 323مكرر1 من القانون المدني** شرطين لقبول الكتابة الالكترونية في الإثبات وهما: التّأكد من هويّة مصدرها، ويتمّ ذلك من خلال التوقيع الالكتروني، وإعدادها وحفظها في ظروف تضمن سلامتها، وهو نفس نص **المادة 1-1316 من القانون المدني الفرنسي سابقا (المادة 1366حاليا)**.

ومنه يمكن القول أنّه يشترط في المحررات الرسمية الالكترونية، شروطا عامّة، وشروطا خاصّة تراعي طبيعته الالكترونية، نوضّحهما على الترتيب في الفرعيين التاليين.

الفرع الأوّل: الشروط العامّة للمحررات الرسمية الالكترونية:

يشترط في المحررات الرسمية العادية وفقا لنص **المادة 324 من القانون المدني** ثلاثة شروط: صدور المحرر عن موظف عام، أو ضابط عمومي، أو شخص مكلف بخدمة عامّة، وأن يتمّ تحريرها في حدود سلطته واختصاصه، وطبقا للأشكال المقرّرة قانونا، وهي نفس الشروط العامّة للمحرر الرسمي الالكتروني التي سنوضّحها تباعا.

1) صدور المحرر عن موظف عام أو شخص مكلّف بخدمة عامّة أو ضابط عمومي:

يقصد بالموظف العام أو الضابط العمومي كلّ شخص تعيّنه الدولة للقيّام بعمل من أعمالها، سواء كان بأجر أو بدونه، ويدخل في هذا الإطار كلّ موظف عام يحرّر أوراقا من اختصاصه، كالقاضي بالنسبة للأحكام التي يحرّرها، وكاتب الضبط بالنسبة لمحاضر الجلسات، ويستوي أن يكون الشخص موظفا بإحدى الإدرات الرئيسية للدولة، أو بإحدى الهيئات المحليّة أو المؤسسات العمومية؛ كموظفي البلديات، والجامعات...[9] وقد عرفته **المادة الرابعة من الأمر رقم 06-03 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العامة**[10]: "يعتبر موظفا عاما كلّ عون عيّن في وظيفة عموميّة دائمة، ورسّم في رتبة في السلّم الإداري".

وعليه يشمل تعريف الموظّف جميع موظفي الدولة بمختلف مصالحها المركزية واللامركزية، كالدولة والولاية والبلدية، وجميع مصالحها، وكذا المؤسّسات العمومية ذات الطابع الإداري التّابعة لها، ويخرج من مفهومه جميع عمّال المؤسسات العمومية ذات الطابع الاقتصادي والتّجاري وغيرها من المؤسسات التي تخضع لأحكام القانون العام، ويخضع العاملون فيها لأحكام قانون العمل لاسيّما **القانون رقم 90-11 المعدّل والمتمم**[11].

أمّا الضابط العمومي فهو كل شخص له مؤهلات قانونية أوكل له المشرّع مهمّة القيّام بخدمة عامة، ونذكر على سبيل المثال المحضر القضائي الذي عرفته نص **المادة الرابعة من القانون رقم 06-03 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي** كالتالي: "المحضر ضابط عمومي مفوض من قبل السلطة العمومية، يتولى تسيير مكتب عمومي لحسابه الخاص وتحت مسؤوليته، على أن يكون المكتب خاضعا لشروط ومقاييس خاصة تحدد عن طريق التنظيم."، وكذا الموثق الذي عرفه في نص المادة الثالثة من **القانون رقم 06-02 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتضمن تنظيم مهنة الموثق**: "الموثق ضابط عمومي مفوض من قبل السلطة العموميّة، يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصيغة الرسمية، وكذا العقود التي يرغب الأشخاص إعطائها هذه الصيغة".

2) صدور المحرر في حدود السلطة والاختصاص:

ويقصد به أن يكون للموظف العام، أو الضابط العمومي، أو الشخص المكلّف بالخدمة العامّة، ولاية تحرير الورقة سواء من حيث الموضوع، والزمان، والمكان.

فعلى كلّ موظّف عام أو ضابط عمومي أو شخص مكلّف بخدمة عامّة أن يحرر النوع من الأوراق وفقا لما هو مقرر قانونا فالقاضي يحرر أحكاما قضائية، والموثق عقودا رسمية والمحضر القضائي محاضر تبليغ أو تنفيذ...

إذ لابّد أن تكون للشخص الولاية لإصدار المحرّر زمنيا؛ بمعنى أنّه وقت إصداره كان يتمتع بصفة الموظف العام، أو الضابط العمومي، أو الشخص المكلّف بالخدمة العامّة، أي أنّه لم يكن معزولا، أو موقوفا، أو منقولا، أو محالا على التقاعد، أو كان به مانع قانوني يمنعه من إصداره كما لو حرّره لنفسه، أو لأحد أقاربه، أو أصهاره حتّى الدرجة الرابعة فالورقة تكون باطلة، مثاله ما ورد **في المادة 19 من القانون رقم 06-02 المتضمن تنظيم مهنة الموثق، والمادة 21 من القانون رقم 06-03 المتضمن مهنة المحضر القضائي.** أمّا الاختصاص المكاني؛ فنعني به عدم تجاوز الحدود المكانية فالموظف العام التّابع لمكتب معين لا يجوز له تحرير غير تلك الأوراق التّابعة لذلك المكتب؛ والموثق يمتد اختصاصه لكامل التّراب الوطني حسب **المادة الثانية من القانون رقم 06-02**، والمحضر القضائي يمتد اختصاصه إلى دائرة المجلس القضائي حسب **نص المادة الثانية من القانون رقم 06-03.**

3) مراعاة الأشكال القانونية:

يقرّر القانون لكلّ نوع من المحررات الرسمية أشكالا معيّنة يجب على الموظّف مراعاتها حتّى يتصف بالرسمية، وهذه الأشكال متعدّدة ولا يمكن حصرها، ومثالها ما ورد في **نص المادة 324مكرر2، والمادة 324 مكرر3، والمادة 324 مكرر4 من القانون المدني**، وطبقا **لنص المادة 12 من القانون رقم 06-02 المتعلّق بتنظيم مهنة التوثيق**، فعلى الموثّق أن يتأكد قبل تحرير أي محرّر من طبيعة الخدمة المطلوبة منه من طرف المتعاقدين، وما إذا كانت تخالف القوانين والأنظمة، وعليه التأكد من شخصية المتعاقدين بذكر أسمائهم، ومقر سكناهم، والحالة والأهلية، وفي الأخير يوجّه للأطراف نصائح بما عليهم من التزامات، وما لهم من حقوق، وعليه مراعاة البيانات التي يجب ان يتضمّنها السند كي يكتسب صفة الرسمية، ومنها ما يتعلّق بالموثق كاسمه ولقبه، ومقرّ مكتبه، وأخرى تتعلّق بالأطراف كاسم ولقب وصفة ومسكن وتاريخ ومكان ميلادهم، مع وجوب حضور الشهود في بعض العقود، بالإضافة إلى ذكر اليوم والشهر والسنة التي أبرم فيه المحرر... وإلاّ كان باطلا[12].

وهذه الشروط الثلاثة التي يجب توافرها في كلّ محرر حتى تصبح له صفة الرسمية، فإن فقدت هذه الشروط أو إحداها أصبحت الورقة غير رسمية، وحينئذ يمكن اعتبارها ورقة عرفية إن كانت موقعة من قبل الأطراف حسب **نص المادة 326 مكرر 2 من القانون المدني.**

وبالإضافة للشروط العامّة للمحرر الرسمي الالكتروني، يشترط فيه شروط خاصّة.

الفرع الثاني: الشروط الخاصّة لصحة المحرر الرسمي الالكتروني:

بالإضافة للشروط العامّة للمحرر الرسمي الالكتروني، هناك شروط خاصّة تتلاءم وطبيعتها، لم يوضّحها المشرّع الجزائري، باستثناء نصه في **المادة 323 مكرر من القانون المدني** على شروط الإثبات في الشكل الالكتروني، على ضرورة التّأكد من هويّة مصدرها، وإعدادها وحفظها في ظروف تضمن سلامتها. غير أنّ المشرّع المصري نصّ في **المادة التاسعة من اللاّئحة التنفيذية للقانون رقم 15 لسنة 2004:** "مع الإخلال بالشروط المنصوص عليها في القانون، تتحقق حجية الإثبات المقرّرة للكتابة الالكترونية والمحررات الرسمية والعرفية لمنشئها، إذا توافرت الضوابط الفنيّة والتقنيّة الآتية:

(أ) أن تكون متاحا فنيّا تحديد وقت وتاريخ إنشاء الكتابة الالكترونية أو المحررات الالكترونية الرسمية والعرفية، أن تتم هذه الإتاحة من خلال نظام حفظ الكتروني مستقل، وغير خاضع لسيطرة منشئ هذه الكتابة أو تلك المحررات، أو لسيطرة المعني بها.

(ب) أن يكون متاحا فنيّا تحديد مصدر إنشاء الكتابة الالكترونية أو المحررات الالكترونية الرسمية أو العرفية، ودرجة سيطرة منشئها على هذا المصدر وعلى الوسائط المستخدمة في انشائها.

(ج) في حال إنشاء وصدور الكتابة الالكترونية أو المحررات الالكترونية الرسمية أو العرفية بدون تدخل بشري، جزئي أو كلي، فإنّ حجيتها تكون متحققة متى أمكن التحقق من وقت وتاريخ إنشائها ومن عدم العبث بهذه الكتابة أو تلك المحررات.

كما نصّ المشرّع الفرنسي على هذه الشروط الخاصّة بموجب **القانون رقم 2000-230 الصادر بتاريخ 13 مارس 2000**. وتتمثّل هذه الشروط في حضور الموظف العام، والتوقيع الالكتروني المؤمّن للموظف العام، والأطراف والشهود، وتاريخه الثابت، وحفظه.

1) حضور الموثق أثناء إنشاء المحرر الرسمي الالكتروني:

يعتبر حضور الموثق أثناء إنشاء المحرر الالكتروني صعبا من الناحية العمليّة فالمحرر الالكتروني يتمّ إنشاؤه عن بعد؛ بحيث أنّ أطراف المعاملة الرسمية الالكترونية يكون كلّ منهم في مكان مختلف عن الآخر، وعن الموثق؛ إذ يتم في هذه الحالة إنشاء المحرر الرسمي على دعامة الكترونية، ويتمّ إرسالها إلى جهة تصديق تضمن الحفاظ على سريّة ومضمون المحرر الرسمي، ويجب التعامل مع سلطة عليا حكومية لتوفير عنصر الأمان والسرية للمحرر الرسمي[13].

2) التوقيع الالكتروني المؤمن للموثق على المحرر الالكتروني الرسمي:

يجب أن يكون المحرر الرسمي الالكتروني موقّعا من قبل الموثق، وهذا ما جاء في نص **المادة 1367 من القانون المدني الفرنسي.**

والتوقيع الالكتروني للموظف الرسمي يعبّر عن تدخل الموظف العام في تنظيم المحرر، وتحمّل مسؤوليته تجاه ذلك، ويضفي الصفة الرسمية عليه، ويسمح بتحديد هويّته، وارتباطه بالمحرر، ويجب أن يكون خاصّا به دون غيره، ويتمّ إنشاؤه تحت سيطرته بحيث يمكن اكتشاف أي تعديل قد يطرأ عليه، ويتحقّق ذلك من خلال مراعاة الضوابط التقنيّة والفنيّة المطلوبة لضمان سلامة وأمن التوقيع الالكتروني، ويتأكد ذلك من خلال شهادة تصديق تصدر عن هيئة عليا للتصديق كوزارة العدل مثلا، ويعتبر التوقيع المؤمن ضمانة أكيدة، وإجراء وقائيا لتجنب مخاطر أيّة تعديلات أثناء تداول المحررات الرسمية الالكترونية[14].

وقد عرّفت **لجنة الأمم المتحدة للتجارة (الأونسترال) التوقيع الالكتروني في إطار القانون النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية بتاريخ 12 ديسمبر 2001 في المادة 2/أ** من القانون حيث نصت على أنّه: "بيانات في شكل الكتروني مدرجة في رسالة بيانات أو مضاف إليها ومرتبطة بها منطقيا، يجوز أن تستخدم لتعيين هويّة الموقع بالنسبة إلى رسالة بيانات، ولبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات"[15].

وعرّفه المشرّع المصري في **الفقرة الأولى من المادة الأولى من اللاّئحة التنفيذية للقانون رقم 15 لسنة 2004**: "ما يوضع على محرّر الكتروني، ويتخذ شكل حروف، أو أرقام، أو رموز، أو إشارات أو غيرها، ويكون لها طابع متفرد، يسمح بتحديد شخص الموّقع، ويميّزه عن غيره".

ولم يعرّف المشرّع الجزائري التوقيع الإلكتروني في القانون المدني، غير أنّه عرّفه من خلال نص **المادة الثالثة من المرسوم التنفيذي رقم 07-162** كالتالي: "هو معطى ينجم عن استخدام أسلوب عمل يستجيب للشروط المحدّدة في **المادتين 323مكرر و323مكرر1 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20رمضان 1395 الموافق لـ: 26 سبتمبر 1975..."**[16]. كما عرّفه أيضا **في الفقرة الأولى من المادة الثانية من القانون رقم 15-04، المحدّد للقواعد العامّة المتعلّقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين**[17]. على أنّه: "بيانات في شكل الكتروني، مرفقة أو مرتبطة منطقيّا ببيانات الكترونية أخرى، تستعمل كوسيلة توثيق".

ونص في **المادة السادسة من نفس القانون** على أنّه: "يستعمل التوقيع الإلكتروني لتوثيق هويّة الموّقع، وإثبات قبوله مضمون الكتابة في الشكل الإلكتروني". وفي **المادة الثامنة منه** ما يلي: "يعتبر التوقيع الإلكتروني الموصوف وحده مماثلا للتوقيع المكتوب، سواء كان لشخص طبيعي أو معنوي".

وأضاف في نص **المادة التاسعة** أنّه بغض النظر عن **أحكام المادة 8** أعلاه لا يمكن تجريد التوقيع الإلكتروني من فعاليته القانونية أو رفضه كدليل أمام القضاء بسبب: شكله الإلكتروني، أنّه لا يعتمد على شهادة الكترونية موصوفة أو أنّه لم يتم إنشاؤه بواسطة آلة مؤمّنة لإنشاء التوقيع الإلكتروني.

واعتبر التوقيع الإلكتروني الموصوف، ذلك التوقيع الذي تتوفر فيه المتطلبات التالية:

- أن ينشأ على أساس شهادة تصديق إلكتروني موصوف،
- أن يرتبط بالموقّع دون سواه،
- أن يمكّن من تحديد هويّة الموقّع،
- أن يكون مصمّما بواسطة آلية مؤمّنة خاصّة بإنشاء التوقيع الإلكتروني[18]،
- أن يكون منشأ بواسطة وسائل تكون تحت التّحكم الحصري للموقّع،
- أن يكون مرتبطا بالبيانات الخاصّة به؛ بحيث يمكن الكشف عن التّغييرات اللاّحقة بهذه البيانات.

وقد عرّف المشرّع الجزائري بيانات التّحقق من التوقيع الإلكتروني على أنّها رموز أو مفاتيح التشفير العمومية أو أيّ بيانات أخرى مستعملة من أجل التحقّق من التوقيع الإلكتروني، وعرّف آلية التّحقق من التوقيع الإلكتروني على أنّه جهاز أو برنامج معلوماتي معدّ لتطبيق بيانات التّحقق من التوقيع الإلكتروني[19].

وجاء في **المادة 12 من القانون رقم 15-04** أنّه يجب أن تكون آلية التّحقق من التوقيع الالكتروني الموصوف موثوقة، وقد عرّفت **المادة 13 منه** هذه الآلية بكونها التي تتوفر فيها المتّطلبات التالية: 1- أن تتوافق البيانات المستعملة للتّحقق من التوقيع الالكتروني مع البيانات المعروضة عند التّحقق من التوقيع الالكتروني، 2-أن يتمّ التّحقق من التوقيع الالكتروني بصفة مؤكدة، وأن تكون نتيجة هذا التّحقق معروضة عرضا صحيحا، أن يكون مضمون البيانات الموقعة، إذا اقتضى الأمر، محدّدا بصفة مؤكدة عند التّحقق من التوقيع

الالكتروني، أو يتم التّحقق بصفة مؤكدة من موثوقية وصلاحية شهادة التصديق الالكتروني المطلوبة عند التّحقق من التوقيع الالكتروني، أن يتمّ عرض نتيجة التّحقق وهويّة الموقّع بطريقة واضحة وصحيحة.

ويتم التّأكد من مطابقة الآلية المؤمنة لإنشاء التوقيع الالكتروني الموصوف، والآلية الموثوقة للتحقق من التوقيع الالكتروني الموصوف، مع المتطلبات المنصوص عليها في المادتين 11 و13 أعلاه، من طرف الهيئة الوطنية المكلّفة باعتماد آليات إنشاء التوقيع الالكتروني والتّحقق منه، وذلك طبقا **لنص المادة 14 من القانون رقم 15-04.** وعرّف شهادة التصديق الإلكتروني بأنّها وثيقة في شكل إلكتروني تثبت الصلة بين بيانات التّحقق من التّوقيع الإلكتروني والموقّع[20].

3) توقيع ذوي الشأن والشهود على المحرر الرسمي الالكتروني:

يعتبر توقيع الأطراف والشهود على المحرر الرسمي الالكتروني، عنصرا هاما فيه، وهو ما لم ينظّمه المشرّع الجزائري على عكس المشرّع الفرنسي الذي نص في **المادة 17 من المرسوم رقم 2005-973** على الزامية الأطراف والشهود بوضع توقيعاتهم على المحرر الموثّق بصورة تمكّن الموظف العام من رؤيتها على الشاشة، كأن يتمّ التوقيع بالقلم الالكتروني[21].

4) تاريخ المحرر الرسمي الالكتروني:

يجب أن يكون تاريخ المحرر الرسمي الالكتروني ثابتا كالمحرر الرسمي الورقي، ولكي يتمتّع بالحجية لابّد أن يكون متاحا من الناحية الفنيّة تحديد وقت وتاريخ إنشاء المحرر الالكتروني الرسمي، وذلك من خلال وضع نظام حفظ الكتروني مستقل، وغير خاضع لسيطرة منشئ المحرر الرسمي الالكتروني أو المعني به، وهذا ما ذهب إليه المشرّع المصري، والأردني[22].

ويقع على عاتق الموثق، وبالتعاون مع هيئة التصديق عبء وضع تاريخ المحرر الرسمي الالكتروني، وحفظه على الدعامة الالكترونية؛ بحيث يكون له تاريخ ثابت، ويتمّ حفظه من أي تلاعب، أو تبديل أو تغيير، وفق الأسس الفنيّة والتقنيّة المطلوبة، وبطريقة تمكّن من كشف أي تعديل في بياناته، وذلك باستخدام المفتاحين العام والخاص، ومضاهاة شهادة التصديق الالكتروني، وبيانات إنشاء التوقيع الالكتروني.

5) حفظ المحررات الرسمية الالكترونية:

يجب أن يتمّ حفظ المحرر الرسمي الالكتروني بطريقة تضمن سلامته وفقا للضوابط التقنيّة والفنيّة، من خلال نظام حفظ مستقل لا يخضع للموثق التي حرره، على أن يضمن عدم التلاعب فيه أو تغييره، أو تحريفه، وذلك باستخدام تقنية التشفير العام والخاص، ومضاهاة نهاية التصديق بأصل الشهادة، وتضمن أيضا ألا ينزع منه صيغة الأصل؛ بحيث يضمن انتقال بيانات المحرر الالكتروني الرسمي من دعامة إلى أخرى، مع بقائه سليما، يكفل استرجاعه عند الحاجة. ولابّد من أجل حفظ المحرر الرسمي الالكتروني، الاستعانة بسلطة التصديق الالكتروني، وهيئة التصديق العليا التي تقوم بإعداد أرشيف الكتروني يحوي جميع المحررات الرسمية الالكترونية[23].

وهو ما أوضحه المشرّع المصري في **المادة 12 من اللاّئحة التنفيذية للقانون رقم 15 لسنة 2004**: "مع عدم الاخلال بما هو منصوص عليه في المواد (2،3،5) من هذه اللائحة، يتمّ من الناحية الفنيّة والتقنيّة،

كشف أي تعديل أو تبديل في بيانات المحرّر الالكتروني الموقع الكترونيا باستخدام تقنية شفرة المفتاحين العام والخاص، وبمضاهاة شهادة التصديق الالكتروني، وبيانات إنشاء التوقيع الالكتروني بأصل هذه الشهادة وتلك البيانات، أو بأي وسيلة مشابهة".

ومن خلال ما سبق فإنّ المحرر الالكتروني يكتسب الصفة الرسمية إذا صدرعن جهة رسمية، في حدود السلطة والاختصاص، وفقا للأشكال القانونية، وكان مدعمّا بتوقيع الكتروني موثوق، وتمّ الإعداد والحفظ وفقا لآليات تقنيّة تضمن الأمن والسلامة. وتتنوّع المحررات الرسمية بحسب مصدرها إلى محررات رسمية إدارية، تصدر عن الجهات الإدارية ومحررات رسمية قضائية، وشبه قضائية، تصدر عن القضاة وأعوانهم، وتوثيقية تصدر عن الموثقين، وعليه فالمحررات الرسمية الالكترونية قد تكون إدارية كبطاقة التعريف وجواز السفر البيومتريين... وهو ما يعتبر من متطلّبات نجاح الإدارة الالكترونية أو قضائية كالحكم القضائي الالكتروني، وهناك المحررات التوثيقية الالكترونية، وهي المجال المقصود بالدراسة.

وتجدر الإشارة أنّه في سنة 2017 أعلنت الغرفة الوطنية للموثقين أنّه سيتمّ تعميم التوثيق الالكتروني، وأنّ العقد الممضي على قاعدة ورقية سيؤول إلى الزوال تدريجيا ليترك مكانه لقاعدة الكترونية؛ حيث سيتمّ تسليم الموثقين عبر كافة القطر الوطني أجهزة موّحدة من طرف وزارة العدل، من بينها شريحة معتمدة من قبل الجهة الوصيّة، وإضافة إلى التوقيع الالكتروني، سيتمّ أيضا اعتماد البصمات الالكترونية، بما يشكّل ضمانا للموثّق الذي سيتجنّب الاتهام بالتزوير والطعن في مصداقية العقد المبرم بالنظر إلى استحالة إنكار الإمضاء، وكلّ الأرشيف سيشكّل قاعدة بيانات سريّة تحفظ على مستوى وزارة العدل تحت إشراف قاض؛ بحيث لا يمكن الاطلاع عليه إلاّ باتباع إجراءات محدّدة، وهذا التطور من الناحية التقنيّة قد تعجز عن مسايرته بعض المصالح الإدارية كمحافظة الشهر العقاري، ومصلحة التسجيلات، ممّا ينجم عنه تأخر في تنفيذ العقود ممّا يعطّل مصالح المواطن، ويحد من عجلة الاستثمار، وقد تمّ تسليم أوّل عقد توثيقي الكتروني خلال هذه السنة لولاية تسيمسلت[24].

وما يلاحظ أنّ هناك تأخرا في تنفيذ هذا المشروع، ونحن نأمل تفعيله في القريب العاجل لما له من مزايا على الاستثمار، والتجارة الالكترونية.

المبحث الثاني:

حجية المحررات الرسمية الالكترونية.

إنّ موقع المادة 323مكرر من القانون المدني المقابلة للمادة 1316 سابقا من القانون المدني الفرنسي (المادة 1365 حاليا بعد التعديل بموجب الأمر رقم 2016-131) المتعلّقة بتعريف الكتابة الواردة ضمن الباب المخصّص لإثبات الالتزام، وتحديدا في الفصل الأوّل المتعلّق بالإثبات بالكتابة قد أثار جدلا فقهيا، خاصّة في فرنسا، حول ما إذا كانت الكتابة الرسمية الالكترونية تعادل في حجيتها حجية الكتابة الرسمية على الورق، وقد انقسم الفقه حول هذه المسألة إلى فريقين، ذهب جانب منه في تفسير أحكام هذه المادة إلى أنّ نطاقها يتسع ليشمل الكتابة في الشكل الرسمي، نظرا لعمومية النص وموقعه، أمّا الفريق الثاني فقد ذهب إلى القول بأنّ هذا التّدخل التشريعي يجب إعماله في العقود العرفية فقط، كون المشرّع قصد حماية رضا المتعاقدين

من خلال اشتراط إثبات العقود بالكتابة الرسمية التي تتطلّب صحتها حضور الضابط العمومي وتوقيعه، وهو الذي يمنحها الرسمية، والذي لا يمكن حضوره في الكتابة بالشكل الالكتروني[25].

وهذا على عكس المشرّع المصري الذي كان أكثر وضوحا وتحديدا في **المواد من 14 إلى 16 من قانون التوقيع الالكتروني رقم 15 لعام 2004**؛ حيث جاء في نص **المادة 14:** "للتوقيع الالكتروني في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية، ذات الحجية المقرّرة للتوقيعات في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، إذا روعي في إنشائه وإتمامه المنصوص عليها في هذا القانون، وفقا للضوابط الفنيّة والتقنيّة التي تحدّدها اللائحة التنفيذية بهذا القانون"، **والمادة 15:** "للكتابة الالكترونية وللمحررات الالكترونية في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية، ذات الحجية المقررة للكتابة والمحررات الرسمية والعرفية في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، متى استوفت الشروط المنصوص عليها في هذا القانون وفقا للضوابط الفنيّة والتقنيّة التي تحدّدها اللائحة التنفيذية بهذا القانون"[26]. كما ثار تساؤل آخر حول إمكانية الاعتماد على الكتابة الالكترونية الرسمية في التصرفات الشكليّة، ونطاق الإثبات بها وحجية صورها.

وهذا ما سنوضحه في هذا المبحث من خلال ثلاث مطالب؛ إذ نخصّص المطلب الأوّل لحجية الكتابة الرسمية في إثبات التصرفات الشكليّة، والمطلب الثاني لنطاقها الاثبات بها، والمطلب الثالث لحجية صورها.

المطلب الأوّل: حجية الكتابة الرسمية الالكترونية في التصرفات الشكليّة:

أثير التساؤل عن مدى إمكانية الاعتماد على المحررات الرسمية الالكترونية بالنسبة للحالات التي يتطلّب فيها القانون الكتابة كشرط لانعقاد التصرف؛ حيث يعتبره البعض صعبا، بل يتوّجب الاعتماد على النمط التقليدي في الكتابة والتوثيق، حيث يترتب على تخلّفه البطلان، ولا يمكن العدول عنه إلاّ بنص صريح مع ضرورة إعادة هيكلة الدوائر، والجهات الإدارية المختصة، مثل الشهر العقاري، والسجل التجاري، لاستيعاب الأساليب الحديثة والعمل بها، ولاشك في حتميّة ذلك لمواكبة تلك المستجدات على الصعيد العالمي من خلال فكرة الحكومة والإدارة الالكترونية[27].

ومثال العقود التي يتطلّب فيها القانون الرسمية ما ورد في نص **المادة 324 مكرر1 من القانون المدني**: "زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمّن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كلّ عنصر من عناصرها، أو التنازل عن أسهم في شكرة أو حصص فيها، أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي، ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرّر العقد".

وقد حسم الخلاف في فرنسا لمصلحة الفريق الذي نادى بضرورة التعادل الوظيفي بين الكتابة الرسمية العادية والكتابة الرسمية الالكترونية، وأصدر المشرّع الفرنسي **المرسوم رقم 2005/973 الخاصّ بالمحررات الموثقة المؤرخ في 10 أوت 2005**؛ حيث وضح هذا المرسوم كيفيات إنشاء وحفظ هذه المحررات التي يمكن أن تنشأ على دعامة الكترونية بمقتضى **المادة 1317 من القانون المدني**، وقد ساعد على إصداره وجود شبكة خاصة بالموثقين REAL، وذلك حتّى يتمّ تداول الوثائق داخل هذه الشبكة، وتتمّ عمليّة التوثيق من طرف أكثر من موثّق بعد أن يوقّع الأطراف على المحرّر بصفة رقمية عن طريق نقل التوقيع الخطي بالماسح الضوئي أو

عن طرق القلم الالكتروني حيث يقوم الموثق بالتوقيع الكترونيا على المحرر عن طريق الشريحة الالكترونية REAL التي تعتبر إجراء للتوقيع الرقمي الآمن وضعه المجلس الأعلى للموثقين، ويخصّ التوقيع من طرف الموثقين على المحررات الرسمية الالكترونية ونسخها[28].

أمّا المشرّع الجزائري لم يتناول هذه المسألة، باستثناء ما جاء في نص **المادة الثالثة من القانون رقم 18-05 المتعلّق بالتجارة الالكترونية**[29]، والتي تمنع المتعاملين عن طريق الاتصالات الالكترونية عن المعاملات التي تتعلّق بسلعة أو خدمة تستوجب إعداد عقد رسمي.

المطلب الثاني: نطاق الإثبات بالمحررات الرسمية الالكترونية:

إنّ القاعدة العامّة التي كرسّها المشرّع الجزائري في **نص المادة 323مكرر1 من القانون المدني**، بالإضافة لكونها تثير التساؤل حول مدى تطبيقها على المحررات الرسمية، فهي تطرح إشكالا آخر، وهو **هل يمكن إثبات جميع المعاملات عن طريق المحررات الرسمية الالكترونية؟**

فالمشرّع الجزائري لم يبيّن نطاق الإثبات بالمحررات الرسمية الالكترونية على عكس بعض المشرعين كالمشرّع الأردني الذي نص في **المادة الثالثة (المادة السادسة سابقا) من قانون المعاملات الالكترونية رقم 15 سنة 2015** على ما يلي: "لا تسري أحكام هذا القانون على ما يلي:

أ- العقود والمستندات والوثائق التي تنظّم وفقا لتشريعات خاصّة بشكل معيّن، أو تتمّ بإجراءات محدّدة، ومنها:

- إنشاء الوصية وتعديلها.

- إنشاء الوقف وتعديل شروطه.

- معاملات التصرف بالأموال غير المنقولة، بما في ذلك الوكالات المتعلّقة بها، وسندات ملكيتها، وإنشاء الحقوق العينية عليها باستثناء عقود الإيجار الخاصّة بهذه الأموال.

- الوكالات والمعاملات المتعلّقة بالأحوال الشخصية.

- الإشعارات المتعلّقة بإلغاء أو فسخ عقود خدمات المياه والكهرباء، والتأمين الصحيّ والتأمين على الحياة.

- لوائح الدعاوى والمرافعات وإشعارات التبليغ القضائية وقرارات المحاكم.

- الأوراق المالية إلاّ ما تنص عليه تعليمات خاصّة تصدر عن الجهات المختصة استنادا لقانون الأوراق المالية النافذة المفعول".

وما يلاحظ من هذا النص أنّ المشرّع الأردني استثنى بعض المعاملات من إطار وسائل التكنولوجيا الحديثة بنص صريح، حتّى ولو كانت مستوفية لكافة الشروط والأوضاع القانونية، وذكرها على سبيل المثال لا الحصر، وقد أورد هذه الاستثناءات لكونها تمسّ حقوق الأفراد بشكل عام، ولا تتعلّق بعلاقات فردية؛ فالشخص الذي يقوم بإنشاء وصية ثمّ يتوفى فلا يمكن معرفة مدى صحة توقيعه لأنّه توفي، إضافة لخطورة المعاملة من الناحية العمليّة، وكذلك الأمر بالنسبة للوقف، وكون هذه المعاملات تتعلّق بشريحة واسعة من أفراد المجتمع كبيع الأموال غير المنقولة، والوكالات العامة والخاصّة، وعقود اشتراك المياه والكهرباء وغيرها، فلأهميّتها

وخطورتها استثناها المشرّع من تطبيق هذا القانون، وبالتالي عدم إمكانية استخدام الوسائل الالكترونية في انشائها أو إثباتها[30].

غير أنّ إمكانية تنظيم المحرر الرسمي التي يتطلّب فيها القانون شكلا معيّنا أمر ممكن الكترونيا؛ فإذا ما كان لكلّ موثق توقيع الكتروني مؤمن، ومن خلال إدخال شكل المحرر الرسمي المطلوب إلى الحاسب الآلي المربوط بشبكة الأنترنيت، والذي يمكن عرضه على شاشة الحاسب الآلي بالتزامن لدى الموثق الآخر، المتواجد عنده الأطراف والشهود؛ بحيث يتمّكن الجميع من الاطلاع على المحرر الرسمي الالكتروني وفق الشكل المفروض قانونا وبالتزامن، ويضعون عليه توقيعهم المؤمن من طرف جهة تصديق معتمدة، وبعد تأكد الموثق من ذلك يضع توقيعه المؤمن هو كذلك على المحرر، وبعده يقوم بحفظه في ذاكرة الحاسوب[31].

وعليه إذا توّفرت الشروط التقنيّة والفنيّة اللاّزمة، فلا مانع من الاعتماد على المحرر الرسمي الالكتروني في إثبات مختلف المعاملات القانونية.

المطلب الثالث: حجية صور المحررات الرسمية الالكترونية:

نظّم المشرّع الجزائري حجية صور المحررات الرسمية الورقية في حالة وجود الأصل أو عدمه.

حيث نصت **المادة 325 من القانون المدني**: "إذا كان أصل الورقة الرسمية موجوداً، فإنّ صورتها الرسمية خطية كانت أو فوتوغرافية تكون حجة بالقدر الذي تكون فيه مطابقة للأصل، وتعتبر الصورة مطابقة للأصل ما لم ينازع فيها أحد الطرفين فإذا وقع التنازع ففي هذه الحالة تراجع الصورة على الأصل".

ونصت **المادة 326 من القانون المدني** على ما يلي: "إذا لم يوجد أصل الورقة الرسمية كانت الصورة حجة على الوجه الآتي: يكون للصور الرسمية الأصلية تنفيذية كانت أو غير تنفيذية، حجة الأصل متى كان مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك في مطابقتها للأصل.

- ويكون للصورة الرسمية المأخوذة من الصور الأصلية الحجية ذاتها ولكن يجوز في هذه الحالة لكل من الطرفين أن يطالب بمراجعتها على الصور الأصلية التي أخذت منها.

- أما ما يؤخذ من صور رسمية للصور المأخوذة من النسخة الأولى فلا يعتد به إلا لمجرد الاستئناس تبعاً للظروف".

ولكنّ السؤال المطروح: **ما قيمة صور المحررات الرسمية الالكترونية في الإثبات؟**

لم يتناول المشرّع الجزائري هذه المسألة، على عكس المشرّع المصري الذي نصّ في **المادة 16 من القانون رقم 15 الصادر بتاريخ 21 أفريل 2004، المتعلّق بتنظيم التوقيع الإلكتروني، وبإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات:** "الصور المنسوخة على الورق من المحرر الرسمي الالكتروني حجة على الكافة، بالقدر الذي تكون فيه مطابقة لأصل هذا المحرر، وذلك مادام المحرر الرسمي والتوقيع الالكتروني موجودين على الدعامة الالكترونية".

والمشرّع الفرنسي الذي نصّ في **المادة 1379 من القانون المدني بالأمر رقم 2016-131 المؤرخ في 10 فيفري 2016**، والتي أكدت بصفة عامّة في مضمونها على حجية النسخ أو الصور المطابقة للمحرر الرسمي، وتطبيقا لهذه المادة صدر **المرسوم رقم 2016-1673 المؤرخ في 05 ديسمبر 2016**؛ حيث نصت **المادة الأولى**

الفقرة الثانية منه على أنّه تعدّ الصور مطابقة للأصل المنسوخة بطريقة الكترونية متى توافرت الشروط المنصوص عليها في المواد من الثانية إلى السادسة منه، ومن بينها تاريخ إنشاء الصورة **(المادة الثانية)**، البصمة الالكترونية بواسطة horodatage، أو الختم الالكتروني، أو التوقيع الالكتروني الموصوف (المادة الثالثة)، وأن تحفظ الصور بطريقة تمنع أي تغيير في شكلها أو مضمونها **(المادة الرابعة)**، ويشترط حفظها لمدة أطول **(المادة الخامسة)**، كما أنّ النسخ والحفظ يخضع لإجراءات وتدابير مؤمنة **(المادة السادسة)**[32].

الخاتمة:

يمكن القول أنّ المشرّع الجزائري واكب التشريعات في الاعتراف بحجية الإثبات الكتابة الالكترونية، وأعطاها نفس حجية الإثبات على الورق، أي تكريس مبدأ التعادل الوظيفي بين الإثبات بالكتابة على الورق، والإثبات بالكتابة الالكترونية، غير أنّ نصوص القانون المدني غير كافية لتأطير المحررات الرسمية الالكترونية من حيث المفهوم أو الحجية، ومن خلال هذه المداخلة توصّلنا إلى النتائج التالية:

- الكتابة الرسمية الالكترونية هي الكتابة الصادرة بوسيلة الكترونية عن موظّف عام، أو ضابط عمومي، أو شخص مكلّف بخدمة عامّة، في حدود سلطته واختصاصه، مراعاة للأوضاع المطلوبة قانونا.
- الكتابة الرسمية الالكترونية هي التي تتوفر فيها الشروط التقنيّة التي تبيّن هويّة مصدرها أي التوقيع الالكتروني، ويتمّ إعداد وحفظها بشكل يضمن حفظها، وسلامتها.

ونقترح ما يلي:

- ضرورة وضع تعريف للمحررات الرسمية الالكترونية، وتحديد شروطها.
- ضرورة تحديد نطاق الإثبات بالمحررات الرسمية الالكترونية، وحجية أصولها، وصورها.
- ضرورة توفير الإمكانيات المادية والتقنية والبشرية لإعطاء المحررات الرسمية (التوثيقية) الالكترونية المكانة التي تستحقها في ظلّ التحولات التكنولوجية، التي تعرفها مختلف دول العالم وتشجيعا للتجارة الالكترونية.
- ضرورة تنظيم دورات تكوينية متخصصّة لفائدة الموثقين والقضاة في مجال الإثبات الالكتروني.

فالتوثيق الالكتروني أضحى ضرورة حتميّة تمليها التطورات الاقتصادية والتكنولوجية، ويحتاج إرادة سياسية واعية وقوّية لتفعيله دفعا لعجلة التنمية الاقتصادية، وتحقيقا لمقوّمات الحكومة الالكترونية.

الهوامش:

(1) الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمّن القانون المدني، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديموقراطية الشعبية، العدد 78، الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975، ص.990، والمعدل والمتمم بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، الجريدة الرسمية، العدد 44، الصادرة بتاريخ 26 جوان 2005، ص.17.

(2) https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGIARTI000006437828/2000-03-14, 17/11/2021, 19:00.

(3) نبيل صقر ونزيهة مكاري، الوسيط في القواعد الإجرائية والموضوعية للإثبات في المواد المدنية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، طبعة 2009، ص.274.

(4) زواوية لعروي، نضيرة قماري بن ديدوش، "حجية المحررات الالكترونية في الإثبات"، مجلة البحوث القانونية والسياسية، جامعة سعيدة، الجزائر، المجلد الثاني، العدد السابع، ديسمبر 2016، https://www.asjp.cerist.dz/en/article/125884، ص.427.

(5) https://itida.gov.eg/English/Documents/3.pdf, 17/11/2021, 19:30.

(6) القانون رقم 18-05 المؤرخ في 10 ماي 2018، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديموقراطية الشعبية، العدد28، الصادرة بتاريخ 16 ماي 2018، ص.ص.04-10.

(7)https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070721/LEGISCTA000032037827/#LEGISCTA000032037827, 17/11/2021, 19:00.

(8) حنان براهمي، "المحررات الالكترونية كدليل إثبات"، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمّد خيضر بسكرة، الجزائر، المجلد الثامن، العدد الأوّل، ماي 2013، https://www.asjp.cerist.dz/en/article/3795، ص.144.

(9) محمّد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (الإثبات في المواد المدنية والتجارية طبقا لأحدث التعديلات ومزيدة بأحكام القضاء)، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، طبعة 2009، ص.ص.46-47.

(10) الأمر رقم 06-03 المؤرخ في 15 جويلية 2006، المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد46، الصادرة بتاريخ 16 جويلية 2006، ص.03.

(11)القانون رقم 90-11 المنظم لعلاقات العمل، المؤرخ في 21 أفريل 1990، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 17، الصادرة بتاريخ 25 أفريل 1990، ص.ص.562-576.

(12) دهيليس رجاء، حيتالة معمر، "المحرر الرسمي في القانون الجزائري"، مجلة القانون العقاري والبيئة، مجلة نصف سنوية، تصدر عن جامعة عبد الحميد بن باديس بمستغانم، الجزائر، المجلد الخامس، العدد الثاني، https://www.asjp.cerist.dz/en/article/86845، ص.ص.167-168.

(13) يوسف أحمد النوافلة، الإثبات الالكتروني في المواد المدنية والمصرفية –دراسة مقارنة-، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1443هـ/2012م، ص.161.

(14) يوسف أحمد النوافلة، المرجع السابق، ص.157.

(15) علي أبو مارية، "التوقيع الالكتروني ومدى قوّته في الإثبات (دراسة مقارنة)"، مجلة جامعة الخليل للبحوث، المجلد الخامس، العدد الثاني، فلسطين، 2010، http : //www.hebron.edu/journal، ص.107.

(16) المرسوم التنفيذي رقم 07-162 المؤرخ في 13 جمادى الأولى 1428، الموافق لـ: 30 مايو 2007، يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم 01-123 المؤرخ في 15 صفر 1422، الموافق لـ:09 مايو 2001، والمتعلّق بنظام الاستغلال المطبّق على كلّ نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية على مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 37، الصادرة بتاريخ 21 جمادى الأولى 1428، الموافق لـ: 07 يونيو 2007.

(17) القانون رقم 15-04، المحدّد للقواعد العامّة المتعلّقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، المؤرخ في 01 فبراير 2015، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد السادس، الصادرة بتاريخ 10 فبراير 2015، ص.ص.06-16.

(18) أكدّت هذا الشرط المادة العاشرة من القانون رقم 15-04 –السالف الذكر-، ونصت المادة 11 منه: "الآلية المؤمنة لإنشاء التوقيع الالكتروني هي آلية إنشاء توقيع الكتروني تتوفر فيه المتطلبات الآتية:

1- يجب أن تضمن بواسطة الوسائل التّقنية والإجراءات المناسبة على الأقلّ ما يأتي:

أ- ألاّ يمكن عمليّا مصادفة البيانات المستخدمة لإنشاء التوقيع الالكتروني إلاّ مرة واحدة، وأن يتمّ ضمان سريتها بكلّ الوسائل التّقنيّة المتوفّرة وقت الاعتماد،

ب- ألاّ يمكن إيجاد البيانات المستعملة لإنشاء التوقيع الالكتروني عن طريق الاستنتاج وأن يكون هذا التوقيع محميّا من أيّ تزوير عن طريق الوسائل التّقنيّة المتوفّرة وقت الاعتماد،

ج- أن تكون البيانات المستعملة لإنشاء التوقيع الالكتروني محمية بصفة موثّقة من طرف الموقّع الشرعيّ من أي استعمال من قبل الآخرين".

2- يجب أن لا تعدل البيانات المستعملة محلّ التوقيع وأن لا تمنع أن تعرض هذه البيانات على الموقّع قبل عمليّة التوقيع".

(19) الفقرتين الخامسة والسادسة من المادة الثانية من القانون رقم 15-04 –السالف الذكر-

(20) الفقرة السابعة من نفس القانون.

(21) يوسف أحمد النوافلة، المرجع السابق، ص.162.

(22) المرجع نفسه، ص.163.

(23) المرجع نفسه، ص.165.

(24) "تعميم التوثيق الالكتروني نهاية 2017"، مقال منشور على موقع جريدة المحور اليومي، 14 مارس 2014، http://elmihwar.dz/ar/131910، تاريخ الإطلاع: 2021/11/17، الساعة 20:00.

(25) فرح مناني، العقد الالكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، طبعة 2009، ص.ص.176-177.

(26) https://marsd.daamdth.org/2018/03/19 , 17/11/2022, 21:00.

(27) نبيل صقر ونزيهة مكاري، المرجع السابق، ص.272.

(28) حنان براهمي، المرجع السابق، ص.144، وص.143.

(29) القانون رقم 18-05 المؤرخ في 10 ماي 2018، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديموقراطية الشعبية، العدد28، الصادرة بتاريخ 16 ماي 2018، ص.ص.04-10.

(30) إياد محمّد عارف عطا سده، مدى حجية المحررات الالكترونية في الإثبات –دراسة مقارنة-، أطروحة مقدّمة استكمالا لمتطلبات درجة ماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية بنابلس، فلسطين، 2009، ص.ص.85-86.

(31) يوسف أحمد النوافلة، المرجع السابق، ص.175.

(32) رحمة تربش، "العقد التوثيقي الالكتروني"، مجلة الاجتهاد القضائي، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة محمّد خيضر بسكرة، الجزائر، المجلد 13، عدد خاص (العدد التسلسلي25)، جانفي 2021، ص.1018، https://www.asjp.cerist.dz/en/article/142731.

التعادل الوظيفي في الإثبات بين المحرر التقليدي والإلكتروني في التشريع الجزائري

د/ حويذق عثمان
جامعة الوادي (الجزائر)
atmane-houideg@univ-eloued.dz

د/ الذهبي خليفة
جامعة الوادي (الجزائر)
dhahbikhalifa@gmail.com

ملخص:

في ظل التطور الإلكتروني المذهل الذي يشهده العالم والمتغيرات الحاصلة في مجال التكنولوجيا ظهر نمط جديد من الكتابة والتوقيع، نظرًا لأن الوسائل التقليدية المستخدمة في الإثبات قد لا تتلاءم مع إفرازات التطور الحديث.

وبذلك تم التحول من الشكل الواقعي الملموس إلى الشكل الافتراضي الرقمي وهو ما أدى إلى الاعتراف بالدليل الإلكتروني من حيث القوة والحجية إلى أن أصبح دليلا كاملاً للإثبات.

الكلمات المفتاحية: التعادل الوظيفي، الإثبات، المحرر التقليدي، المحرر الالكتروني.

مقدمة:

لا شك أن المتغيرات الجديدة التي يشهدها العالم الحديث كالعولمة والتطور السريع في مجال التكنولوجيا وفي أنظمة المعلومات وشبكات الاتصال أدت إلى سهولة التعامل بين الأفراد في مجالات متعددة لاسيما المجال التجاري والخدمات المختلفة.

إنّ سهولة التعامل أدت إلى ابتكار عدة تقنيات حديثة للتعاقد وأدخلت سبل جديدة في التحرير والكتابة والتوقيع والتصديق وهو ما أدى إلى سن عدة قوانين تهدف إلى توفير الأمن القانوني بين هؤلاء المتعاملين والمحافظة على الحقوق المشتركة، ويظهر ذلك في البداية من خلال العديد من الاتفاقيات الدولية التي حاولت مواكبة التطور والاستفادة من وسائله والاعتراف بهذا الدليل المستجد.

وقد تلى ذلك صدور العديد من القوانين الداخلية للدول والتعديلات التي تؤكد على ضرورة مسايرة هذا الواقع لتوفير الأمن للمتعاملين في هذا المجال وبهذه الطرق السريعة.

لقد ساير المشرع الجزائري ذلك من خلال تعديل نصوص القانون المدني بإضافة بعض المواد التي تكرس الدليل الإلكتروني في مادة الإثبات من حيث القوة والحجية القانونية.

فضلا عن صدور عدة قوانين في مثل هذا المجال تتعلق بالمواصلات السلكية واللاسلكية وكذا التجارة الإلكترونية والتصديق والتوقيع الإلكتروني وكل هذه القوانين تحدد المعايير المعتمد عليها للإثبات قصد زيادة الأمن والثقة بين المتعاملين بالمحررات الإلكترونية.

ومن هذا المنطلق ارتأينا معالجة موضوع التعامل الوظيفي في الإثبات بين المحرر التقليدي والإلكتروني في التشريع الجزائري.

إنّ هذا النقاش يدفعنا لطرح الإشكالية التالية: **إلى أي مدى ساوى المشرع الجزائري بين المحررين التقليدي والإلكتروني من حيث الحجية والإثبات؟**

إنّ الإجابة على هذا الإشكال يقتضي طرح التساؤلات الفرعية التالية:

- ✓ ما مفهوم المحرر الإلكتروني؟
- ✓ ما هي شروط حجيته ليكون دليلًا للإثبات؟

ولتسليط الضوء على هذا الموضوع والإجابة على إشكالية الدراسة والتساؤلات المرتبطة نقترح تقسيم العمل إلى مبحثين نخصص الأول لبيان مفهوم المحرر الإلكتروني وشروط حجيته القانونية ثم نتعرض في المبحث الثاني إلى التكافؤ الوظيفي بين المحرر التقليدي والإلكتروني وموقف المشرع الجزائري من هذه المسألة، وحوصلة البحث لدراسة وتحليل هذه الإشكالية السالفة الذكر لنخلص في الاخير الى نتائج حول مدى حجية المحرر الإلكتروني ودوره في تحقيق الأمن بين المتعاملين وسنقرنها باقتراحات ذات صلة سيتم إدراجها ضمن الخاتمة.

المبحث الأول

مفهوم المحرر الإلكتروني

نتج عن التطور التكنولوجي في مجال الاتصال تجسيد عدة تعاملات من خلال معطيات وبيانات إلكترونية وفقا لنمط حديث في الكتابة والتوقيع عبر الوسائط الإلكترونية يضفي عليها طابع الإلزام لتكون أداة للإثبات[1].

وتبعا لذلك وجب علينا تعريف المحرر الإلكتروني وتبيان عناصره ومعرفة الشروط التي يجب توافرها لقيام حجيته وذلك من خلال ما يتقدم من نقاط.

المطلب الأول: تعريف المحرر الإلكتروني وعناصره.

لقد حاولت التشريعات المختلفة وضع إطار قانوني للمحرر الإلكتروني يتماشى مع التطور الحاصل ولذلك وجب ضبط ومعرفة المصطلح من جهة والتعرض إلى العناصر التي تكوّنه وذلك من خلال ما يلي:

الفرع الأول: تعريف المحرر الإلكتروني.

يعرف المحرر الإلكتروني على أنه تلك المعلومات التي يتم انشاؤها 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 التكلس أو النسخ البرقي "[2].

وبذلك فإن المقصود بالمحرر الإلكتروني هو مجموعة المعلومات والبيانات المدونة على دعامة مادية بشكل دائم حيث يسهل قراءتها وبذلك وجب أن تكون المعلومات المقدمة في شكل إلكتروني مقروء قابلة للاسترجاع وقت الحاجة مقترنة بتوقيع إلكتروني قادر على تعيين هوية محرره وموافقته على مضمونه وفقا لطريقة موثوقة.

لم يعرف المشرع الجزائري المحرر الإلكتروني وبالرجوع إلى التعديل الوارد في القانون المدني بشأن قواعد الإثبات نلاحظ ما يلي:

تنص المادة 323 مكرر1 من القانون المدني على: "يعتبر الاثبات على الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها"[3].

وتنص المادة 323 مكرر من القانون المدني على " ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل الحروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها وكذا طرق إرسالها ".

ونصت المادة 02/327 " يعتدّ بالتوقيع لإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر أعلاه ".

على هذا الأساس فإن المشرع الجزائري لم يقدم تعريفًا للمحرر الإلكتروني لكنه أرسى مبدأ عام قرر بموجبه اعتبار الدليل الإلكتروني وسيلة من وسائل الإثبات معترفا بالحجية القانونية له شرط اقترانه بالتوقيع الإلكتروني وأن يكون غير قابل للتعديل ويمكن استرجاعه وحفظه في ظروف تضمن سلامته[4].

الفرع الثاني: عناصر المحرر الإلكتروني.

تحدد عناصر المحرر الإلكتروني في ثلاث ركائز تتمثل في الكتابة الإلكترونية، الدعائم الإلكترونية، التوقيع الإلكتروني.

أولاً/ الكتابة الإلكترونية

لا يتصور وجود المحرر الإلكتروني دون كتابة أي الرموز أو الأشكال أو الحروف التي تعبر عن القول والفكر.

وهي كل كتابة تدرج على دعائم إلكترونية تكون قابلة للاسترجاع والاستنساخ بواسطة جهاز الحاسب الآلي أو أي تقنية أخرى مهما كان نوعها أو درجة تقدمها أو مكوناتها المادية وبذلك فهي تختلف عن الكتابة العادية في وسيلة الإعداد وتتفق معها في الدلالة والتعبير عن الفكرة المرادفة[5].

ثانيًا/ الدعامة

يرتبط المحرر الإلكتروني بالوسيلة المستخدمة في إثباته أو تداوله أو تخزينه وهي تقنية استخدام وسائل كهربائية أو مغناطسية أو ضوئية أو كهرومغناطسية أو أية وسيلة مشابهة التي تكوّن الدعامة التي تحمل عليها الكتابة فتكوّن المحرر الإلكتروني[6].

ثالثًا/ التوقيع الإلكتروني

إن الكتابة بدون توقيع تظل مصدر شك ولا يمكن أن تكون دليل اثبات قائم بذاته وبذلك فإن التوقيع يضفي عليها الحجية والإلزام.

وبذلك فإن التوقيع الإلكتروني هو تلك البيانات التي تستخدم لتعيين هوية الموقع وموافقته على المعلومات الواردة[7].

المطلب الثاني: شروط حجية المحرر الإلكتروني

حتى يتم الاعتراف بالمحرر الالكتروني بالحجية القانونية ليكون دليلا للإثبات وتضفى عنه صفة الالزام وجب توافر شروط معينة يمكن أن تكون شروط شكلية أو موضوعية وتفصيلها كما يلي:

الفرع الاول: الشروط الشكلية

نص المشرع الجزائري في المادة العاشرة من القانون (03/15)[8] المتعلق بعصرنة العدالة على شروط يجب توافرها وهي:

- ضمان التعرف على أطراف التراسل الالكتروني (المنشئ، المرسل اليه).
- ضمان سلامة المحررات الالكترونية المرسلة.
- حفظ المعطيات مما يسمح بإمكانية الرجوع اليها.

كما فرض المشرع الجزائري من خلال المادة (11) من نفس القانون على التزام المرسل اليه بتقديم إشعار بالاستلام.

- عند وصول المحررات الالكترونية يتم تبيين تاريخ وساعة الاستلام.
- يتخذ الاشعار صورة التوقيع، الختم، الاشارة[9].

الفرع الثاني: الشروط الموضوعية

حتى يحقق المحرر الالكتروني الوظيفة المنوطة به في الاثبات يجب توافر شروط موضوعية الى جانب الشروط الشكلية المذكورة أعلاه وتتمثل فيما يلي:

أولا/ أن يكون المحرر مقروءا

ليتمتع الدليل الكتابي بالحجية في الاثبات يجب أن يكون معبرا على محتواه ومفهوم وهو ما نص عليه المشرع الجزائري بالقول:" ... ينتج الاثبات بالكتابة من تسلسل الحروف أو أوصاف أو ارقام أو أي علامات أو رموز ذات معنى مفهوم".

ثانيا/ الدوام

معنى ذلك قدرة الدليل على الاحتفاظ بمحتواه لفترة طويلة يمكن الرجوع إليها وقت الحاجة، كما هو الامر بالنسبة للمحرر الورقي الذي تتحقق فيه صفة الاستمرارية والدوام.

ثالثا/عدم القابلية للتعديل

معنى ذلك أن يكون الدليل الالكتروني مصان ومحصن من محاولات تعديله وتبديله وتغيير محتوياته، مثله مثل المحرر الورقي الذي يظهر عليه التزوير والشفط والتغيير والمحو[10].

ومن كل ما تقدم فان المحرر الالكتروني متى توافرت فيه الشروط الشكلية والموضوعية المذكورة من معرفة أطرافه واستلام صاحبه بالقبول وفهمه وقراءته ودوامه وعدم قابليته للتعديل والتغيير كان دليلا للإثبات مثله مثل المحرر الورقي.

المبحث الثاني

التكافؤ الوظيفي بين المحرر التقليدي والإلكتروني

يقصد بالكتابة التقليدية هي تلك الحروف والرموز والأرقام المكتوبة على دعائم ورقية والقابلة للقراءة مباشرة دون استعمال أساليب وتقنيات تكنولوجية.

أما الكتابة الالكترونية فهي تلك الحروف والأرقام والرموز والعلامات المثبتة على دعائم الكترونية أو رقمية أو ضوئية والتي تعطي دلالة وفهم لمضمونها بواسطة تقنيات معينة.

وانطلاقا من هذا المفهوم تطرح مسألة التكافؤ والتعادل بين المحررين في مجال الاثبات وهذا ما سنتناوله من خلال هذا المبحث متعرضين في ذلك لبعض التشريعات التي تعترف بهذا المبدأ مرورا بموقف المشرع الجزائري من هذه المسألة[11].

كما نتعرض الى مسألة جد مهمة ترتبط مباشرة بمبدأ التعادل بين المحررين وتتعلق بالحالة التي يقع فيها تنازع واختلاف بين المحررين بمناسبة اثبات واقعة معينة، وهو ما سيتم تفصيله من خلال ما يتقدم من مطالب.

المطلب الأول: موقف القوانين من مبدأ التكافؤ

لقد اعترفت التشريعات الحديثة بمسألة التعادل الوظيفي بين الكتابة التقليدية والالكترونية من حيث الحجية والقوة في الاثبات متى استوفت هذه الاخيرة الشروط القانونية المطلوبة.

ومن خلال هذا المطلب سنتعرض إلى مواقف بعض التشريعات من هذه المسألة ونعرّج على موقف المشرع الجزائري من إعمال هذا المبدأ وهو ما سيتم تفصيله من خلال ما يتقدم من فروع.

الفرع الاول: موقف التشريعات المقارنة

اعترفت التشريعات المعاصرة بمسألة التعادل بين المحررين في مادة الاثبات ونصت على هذه المسألة، من ذلك المشرع المصري الذي جسد هذا المبدأ من خلال المادة (15) من قانون التوقيع الالكتروني المصري بنصها على ما يلي: " للكتابة الالكترونية والمحررات الالكترونية في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والادارية ذات الحجية المقررة للكتابة والمحررات الرسمية والعرفية في أحكام قانون الاثبات في المواد المدنية والتجارية متى استوفت الشروط المنصوص عليها".

كما نص المشرع العراقي من خلال نص المادة (13) من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي على ما يلي" تكون للمستندات الالكترونية والكتابة الالكترونية والعقود الالكترونية ذات الحجية القانونية لمثيلتها الورقية إذا توافرت الشروط".

أما المشرع المغربي فقد نص في المادة (417) من قانون التبادل الالكتروني على ما يلي: "تتمتع الوثيقة المحررة على دعامة الكترونية بنفس قوة الاثبات التي تتمتع بها الوثيقة المحررة على الورق".

والحال نفسه نجده عند المشرع التونسي الذي نص في الفصل الرابع من قانون المبادلات والتجارة الالكترونية على أنه يعتمد قانونا حفظ الوثيقة الالكترونية كما يعتمد حفظ الوثيقة الكتابية".

وأخيرا نجد المشرع الفرنسي في المادة (1316) من القانون المدني ينص على أن الكتابة على الدعامة الالكترونية لها نفس قوة الاثبات التي تحرر عليها الكتابة الموجودة على الوسائط الورقية ".

وعلى هذا الاساس نجد بأن جل التشريعات المقارنة تمنح للمحرر الالكتروني نفس القوة والحجية القانونية في الاثبات شأنه شأن المحرر الورقي[12].

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري:

إن المشرع الجزائري بدوره طوّع بعض قوانينه للتمشي مع الواقع المعاصر الذي فرض هذا النوع من المعاملات وبذلك نجده من خلال نصوص القانون المدني وكذا بعض القوانين الخاصة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكتروني والتجارة الالكترونية[13] أنّه يؤكد على مبدأ مفاده أن المحرر الالكتروني متى توافرت فيه الشروط المطلوبة المنوه عليها سابقا يشكل حجة قانونية ودليلا للإثبات، وبذلك يكون المشرع الجزائري قد ساوى بينه وبين المحرر الورقي.

المطلب الثاني: حالة التنازع بين المحررين.

في ظل التعادل والتكافؤ بين الادلة الكتابية والالكترونية قد تخلق الوسائط الحديثة بعض الاختلاف والتباين الذي يصل في بعض الاحيان الى المنازعة وذلك من حيث تغليب الدليل التقليدي عن الالكتروني أو العكس في بعض المجالات التي قد يقدم الاطراف الدليل ومناقضه وهو ما يدفع للبحث عن مسألة المفاضلة بينهما.

بمعنى آخر أي الدليلين يتم الاخذ به في ظل وجود الدليل وما يناقضه في نفس الواقعة أو التصرف، ولمعرفة الاجابة على هذه الحالة وجب التعرض الى رأي كلا من الفقه والقانون وموقف المشرع الجزائري من ذلك وهو ما سيتم تفصيله من خلال هذا المطلب.

الفرع الاول: رأي الفقه في مسألة التنازع بين المحررين.

يرجح رجال الفقه في هذه المسألة وجوب تحديد المحرر الذي يجعل إثبات الامر المدعى به أقرب للاحتمال على ضوء ظروف الدعوى المعروضة، حتى لا يخول للقاضي سلطة تقديرية واسعة.

لذلك يجب البحث حسب رأيهم في وجوب استيفاء كل دليل شروطه المتطلبة قانونا، فيتم التأكد من المحرر والتوقيع ونجاعة التقنية المستخدمة في تحديد هوية الشخص الذي أصدره ومدى توافر عناصر المحرر وحفظه وسلامته فمتى تأكد القاضي من عدم وجود هذه الشروط استبعد الدليل الالكتروني وأخذ بما ورد في المحرر الورقي.

وبالمقابل إذا تأكد من أن الشروط المطلوبة متوافرة وكفيلة بالتعويل عليها تأكد من عدم وجود اتفاق يرجح دليلا عن الاخر فان وجد الاتفاق وجب الالتزام بتطبيقه طبقا للقاعدة العامة العقد شريعة المتعاقدين وإن غاب الاتفاق لجأ لترجيح المحرر الاقرب للاحتمال حسب الظروف المحيطة.

الفرع الثاني: رأي القانون في مسألة التنازع بين المحررين

الملاحظ أن غالبية التشريعات لم تنص صراحة على مسألة التنازع بين هاذين المحررين، كما أن المشرع الجزائري لم يتطرق على الاطلاق لهذه المسألة وهو ما يؤدي الى بعض الثغرات القانونية في هذا المجال لا سيما في النزاعات التي يقدم الاطراف فيها دلائل مختلفة ومتباينة يصعب تغليب أحدهما على الاخر[14].

والحقيقة أن المشرع الجزائري لم يتطرق حتى إلى مسألة الاستثناءات من تطبيق التوقيع والتصديق الالكترونيين على غرار بعض التشريعات التي استثنت من حيز تطبيق هذا النوع من المعاملات بعض المجالات التي لا يمكن استخدام الدليل الالكتروني فيها كالتشريع المغربي والعراقي والأردني والفرنسي[15].

الخاتمة:

لا شك أن التطور التكنولوجي فرض أساليب جديدة للتعامل والتعاقد أدت الى ظهور النمط الالكتروني الذي حاولت التشريعات الحديثة وضع أطر قانونية يتم من خلالها الاعتراف به كدليل للإثبات شأنه شأن المحررات الورقية.

وعلى هذا الاساس وضعت العديد من التشريعات بعض الشروط الشكلية والموضوعية التي تضفي على الوثيقة الالكترونية الالزام والحجية متى توافرت، لنكون أمام محرر يعتد به كدليل للإثبات كما هو الامر بالنسبة للمحرر الورقي، وهذا ما يسمى بمبدأ التعادل بين المحررين.

حتى يتحقق مبدأ التكافؤ الوظيفي بين المحرر الالكتروني والتقليدي في مادة الاثبات ليشمل جميع المجالات ويحوز على نفس الحجية القانونية ولا بد من فرض الامن القانوني والتقني وهذا لا يتحقق الا عن طريق تفعيل دور الحوكمة الالكترونية التي تعتمد على ضوابط ثابتة طبقا لنظام خاص ومحايد يضمن سهولة التواصل وجدية الرقابة.

ومن هذا المنطلق نخلص الى بعض النتائج كما يلي:

- ✓ يتطلب المحرر الالكتروني ليكون دليلا للإثبات أن يكون مقروءا ومحفوظا وغير قابل للتعديل مع إمكانية استرجاعه واقترانه بتوقيع صاحبه.
- ✓ إن الاعتراف بالحجية القانونية للمحرر الالكتروني مرهون بتوافره على كل المتطلبات القانونية.
- ✓ يتطلب تحقيق التكافؤ الوظيفي بين المحررين الالكتروني والتقليدي تحقيق الامان القانوني الذي يتوجب آلية آمنة وحوكمة الكترونية قائمة.

أما التوصيات المتوصل اليها فنذكر منها:

- ✓ تنظيم مسألة أداء الكتابة الالكترونية لدور الشكلية الرسمية عن طريق تحديد كيفية اعداد وإنشاء وحفظ المحررات الرسمية الالكترونية طبقا لقانون التوثيق من جهة بما يتوافق مع نصوص المعاملات الالكترونية.
- ✓ ضرورة تحديد المشرع الجزائري للتصرفات القابلة للإثبات بالدليل الالكتروني من عدمها.
- ✓ تفعيل الكتابة الالكترونية على مستوى مكاتب التوثيق والجهات الادارية والرسمية.

السهر على الامن القانوني للمعاملات عن طريق تفعيل دور الجهات المخولة بالتوقيع والتصديق الالكتروني.

الهوامش:

(1) رحمان يوسف، مقال منشور بعنوان مبدأ النظير الوظيفي بين المحرر التقليدي والموجود على الدعامة الالكترونية في القانون المقارن، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، ص 398.

(2) تعريف لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، نقلا عن عائشة قصار الليل، حجية المحرر والتوقيع الالكتروني في الاثبات، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، ص 15.

(3) الأمر(58/75) المؤرخ في1975/09/26،المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون(05/07) المؤرخ في 2007/05/13 ، المنشور بالجريدة الرسمية لسنة 2007، العدد 31.

(4) رحمان يوسف، المرجع السابق، ص 399.

(5) عائشة قصار الليل، المرجع السابق، ص 26.

(6) المرجع نفسه، ص 27.

(7) رضا هميسي، شروط صحة التوقيع الالكتروني في القانون الجزائري، مداخلة مقدمة في الملتقى الوطني الاطار القانوني للتوقيع والتصديق الالكترونيين في الجزائر، جامعة الشريف مساعدية، سوق أهراس، 16-17 جانفي 2016، ص 09.

(8) القانون (03/15) المؤرخ في 2015/02/01، المتعلق بعصرنة العدالة، المنشور بالجريدة الرسمية، عدد 06، المؤرخة في 2015/02/10.

(9) يراجع في ذلك نص المادة (11) من القانون (03/15) السالف الذكر.

(10) عائشة قصار الليل، المرجع السابق، ص 39.

(11) رحمان يوسف، المرجع السابق، ص 400.

(12) المرجع نفسه، ص 401-404.

(13) القانون (04/15) المؤرخ في 2015/02/01، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين، المنشور بالجريدة الرسمية، عدد 06، المؤرخة في 2015/02/10.

(14) عائشة قصار الليل، المرجع السابق، ص 213.

(15) رحمان يوسف، المرجع السابق، ص 405.

القوة القانونية للإثبات بالتوقيع الالكتروني في المسائل القانونية

د/ محده جلول
جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي (الجزائر)
mmdjelloul@gmail.com

ط د/ ورخ نورالدين
جامعة الشريف مساعدية سوق أهراس (الجزائر)
noredine39@gmail.com

ملخص:

إن انتشار نظم المعالجة الإلكترونية للمعلومات وتزايد المعاملات المالية بين الأفراد من خلال شبكة الأنترنت أدى إلى ظهور محررات مكتوبة على وسائط رقمية وموقعة الكترونيا، هذا النوع الجديد من التوقيع الذي يتميز عن التوقيع التقليدي استوجب منحه القوة الثبوتية اللازمة لحماية المعاملات، ونظر لأهمية التوقيع الالكتروني في مجال الإثبات بادرت جل التشريعات إلى سن قوانين تنظم المعاملات التجارية والمدنية ذات الطابع الالكتروني ومنحته نفس حجية الإثبات الممنوحة للتوقيع التقليدي.

وحتى يحقق التوقيع الالكتروني وظيفته ويضفي الثقة والأمان على التعاملات الالكترونية ويحميها من التلاعب بمحتوياتها يجب توافر الشروط المنصوص عليها في القانون 04/15 لكي يعتبر الإثبات في المحرر الالكتروني نفسه في المحرر الورقي.

الكلمات المفتاحية: التوقيع الالكتروني، المعاملات الالكترونية، شخص الموقع، حجية التوقيع الالكتروني حجية الإثبات.

مقدمة:

إن التطور التكنولوجي الذي عرفته الانسانية هذا العصر أدى إلى التغيير الجذري في نمط الحياة برمته، فانتشار تكنولوجيا المعلومات ووسائل الاتصال الحديثة أدى إلى ازدهار التعاملات التجارية والمدنية بين الإفراد باستعمال الوسائط الإلكترونية الجديدة، فنجد أن عملية التعاقد التي كانت تتم على وثائق ورقية تقليدية أصبحت لا تجدي ولا تحقق السرعة الأمان الكافيين، مما نتج عنه ظهور نظام جديد لإبرام هذه المعاملات يتخذ من المحررات الالكترونية وسيلة له.

ولكي يتم توثيق هذه التعاقدات الإلكترونية بين الأطراف استوجب ذلك توقيعها في شكل جديد أصطلح عليه لفظ التوقيع الإلكتروني كبديل للتوقيع التقليدي فلا مجال للإجراءات اليدوية في مثل هذه التعاملات الرقمية الحديثة، ومن أجل ضمان حماية وفعالية لهذا التوقيع الآلي نجد المشرع الوطني وأسوة بالتشريعات المقارنة تدخل ونظم أحكامه بموجب القانون المدني وكذلك القانون 04/15 المحدد للقواد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكتروني.

يكتسي هذا الموضوع أهمية متزايدة نظرا لنمو وتطور التعاملات الإلكترونية على الصعيدين الدولي والمحلي، الأمر الذي فرض على المشرع التدخل من أجل تنظيم وضبط هذه المعاملات الالكترونية، وهذا خلال

خضوع التوقيع الإلكتروني لشروط واجراءات معينة لكي يعتبر المحرر الرقمي دليل اثبات في التعاقدات المدنية منها والتجارية.

وتهدف هذه الورقة البحثية إلى تحليل الأحكام القانونية للتوقيع الإلكتروني وإبراز خصائصه والتطرق لأهم صوره ومن ثم تبيان حجيته في الإثبات في ظل أحكام القانون المدني والقانون رقم 04/15، لذلك ارتئينا طرح الاشكالية التالية:

ما مدى قوة الإثبات للتوقيع الالكتروني في التعاملات المدنية؟

ولدراسة هذا الموضوع اعتمدنا على المنهج التحليلي وذلك من خلال استقراء وتحليل مختلف النصوص القانونية الناظمة للتوقيع الالكتروني، كما نستعمل المنهج الوصفي من أجل تحديد مفاهيم التوقيع الالكتروني ومظاهره.

وللإجابة على هذه الاشكالية قمنا بتقسيم هذه الورقة البحثية لمبحثين اثنين، نتناول في المبحث الأول تحديد مفهوم التوقيع الإلكتروني، في حين نتناول في المبحث الآخر حجية التوقيع الإلكتروني ودوره في الإثبات، لنختم الدراسة ببعض النتائج والتوصيات.

المبحث الأول

مفهوم التوقيع الإلكتروني

لقد تباينت التعريفات التي أعطيت للتوقيع الإلكتروني بحسب الزاوية التي يُنْظَرُ منها إلى هذا التعريف حيث نجد العديد من التشريعات المقارنة التي قدمته على أساس أنه آلية معتمدة لإثبات التعاقدات الإلكترونية، ومن هنا سنتطرق للتعريفات التي وردت في مختلف التشريعات بما فيها التشريع الوطني وما جاء به رجال الفقه والقانون، كما سنبين أهم الخصائص التي يتميز بها، ومن ثم نقدم صور ونماذج للتوقيع الالكتروني المعتمدة، وذلك من خلال ما يلي:

المطلب الأول: تعريف التوقيع الإلكتروني وخصائصه

سنحاول أن نقف في هذا المطلب على التعريف الفقهي والتشريعي للتوقيع الإلكتروني ثم نسلط الضوء على خصائصه ومميزاته من خلال ما يلي:

الفرع الأول: تعريف التوقيع الإلكتروني

استجابة للتطور السريع لتكنولوجيا المعلومات عمد الفقه لإعطاء وبيان المفهوم القانوني للتوقيع الإلكتروني وهو ما اضطلعت به مختلف التشريعات المقارنة لا سيما منها العربية وهو ما سنوضحه بالشرح كالتالي:

أولا: التعريف الفقهي للتوقيع الإلكتروني

لم يثر تعريف التوقيع الإلكتروني جدلا كبيرا لدى الفقهاء، فأغلب التعريفات التي وردت في شأنه تدور في مجملها حول فكرة إظهار شكل التوقيع وبيان خصائصه، ولكن رغم إجماعهم حول فكرة واحدة فلم يتفقوا على إعطاء تعريف موحد له إنما اختلفت تبعا للزاوية التي يَنْظُرُ منها كل فقيه ونذكر منها[1]:

هناك من يعرفه على أنه إجراء معين يقوم به الشخص المراد توقيعه على المحرر سواء كان هذا الإجراء على شكل رقم أو إشارة إلكترونية معينة أو شيفرة خاصة[2].

ومنهم من يعرف بأنه اتباع إجراءات محددة تؤدي في النهاية إلى نتيجة معينة معروفة مقدما، فيكون مجموع هذه الإجراءات هو البديل للتوقيع التقليدي[3].

كما عُرِّفَ التوقيع الإلكتروني أيضا على أنه كل توقيع يتم بطريقة غير تقليدية، ويتم استخدام معادلات خوارزمية متناسقة يتم معالجتها من خلال الحاسب الآلي تُنْتِجُ شكلا معينا يدل على شخصية صاحب التوقيع[4].

وقد عرفه فريق آخر من الفقهاء على أنه بيانات مدرجة في تعامل إلكتروني أو مضافة إليه، أو مرتبطة به منطقيا، تُستَخْدَمُ لإثبات هوية الموقع وموافقته على التعامل الإلكتروني، واكتشاف أي تعديل يطرأ على هذا التعامل بعد التوقيع عليه[5].

وعلى ضوء هذه التعريفات السابقة يمكن القول بأنها اعتمدت المرونة والمفهوم الواسع وركزت على وظائف التوقيع الإلكتروني وهذا ما برر به الفقه، حيث تم التركيز في مختلف هذه التعريفات على الإجراءات التقنية حتى لا تقف في وجه أي تحديث علمي للوسائل التقنية مهما كانت كفاءتها وقدرتها، لكن بشرط تحقيق الثقة والأمان لوظائف التوقيع الإلكتروني، كما اعترف له بالتعبير عن إرادة الموقع بقبول ما يتضمنه السند مع تحديد هويته[6].

ثانيا: التعريف القانوني للتوقيع الإلكتروني

لقد اوكلت التشريعات الدولية والوطنية منها أهمية للتوقيع الالكتروني لما له من دور كبير في ابرام العقود الالكترونية واثباتها، فتعددت واختلفت التعاريف المقدمة له ولكن كلها اشتركت في مضامينها بالمعيارين التقني والوظيفي.

عرفت منظمة الاتحاد الأوروبي سنة 1999 التوقيع الإلكتروني على أنه معلومات في شكل إلكتروني متعلقة بمعلومات إلكترونية أخرى ومرتبطة بها ارتباطا وثيقا ويستخدم أداة للتوثيق، وعرفته أيضا على أنه عبارة عن توقيع إلكتروني يشترط فيه أن يكون مرتبط ارتباطا فريدا مع صاحب التوقيع، قادر على تحديد صاحب التوقيع والتعرف عليه باستخدامه، تم إيجاده باستخدام وسائل يضمن فيها صاحبه السرية التامة كما يكون مرتب مع المعلومات المضمنة في الرسالة حيث أنه يكشف أي تغيير في المعلومات[7].

كما نجد قانون الأونسيترال النموذجي لسنة 2001 بشأن التوقيعات الإلكترونية والذي صدر عن منظمة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي عرف التوقيع الإلكتروني في الفقرة 01 من المادة 02 الخاصة بالتعريفات على أنه"بيانات في شكل إلكتروني مدرجة في رسالة بيانات، أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقيا يجوز أن تستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة إلى رسالة البيانات، ولبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات"[8].

وعليه يمكننا القول أن التعريف الذي جاء به قانون الأونستيرال النموذجي بشأن التوقيع الإلكتروني قد نص على شرطين لابد من توافرهما لتحديد هوية الموقع باستخدام بيانات في شكل إلكتروني وكذلك موافقة هذا الأخير على البيانات الواردة إليه.

ولم تتوان التشريعات المقارنة أسوة بالمنظمات الدولية في وضع تعريف التوقيع الإلكتروني ضمن قانون مستقل خاص به أو خاص بالتجارة الإلكترونية، كما فعل كلا من المشرع الفرنسي والأمريكي والمصري وحذا حذو ذلك المشرع الجزائري.

فالمشرع الفرنسي نجده قد عرف التوقيع الالكتروني في المادة 1316 فقرة 04 من القانون المدني على بأن " التوقيع ضرورة لإتمام عقد قانوني يكشف عن هوية الشخص الذي وضع التوقيع، كما يعلن عن رضا الأطراف بالالتزامات الناجمة عن هذا العقد، وحينما يوضع التوقيع بواسطة موظف عام، فإن هذا التوقيع يضفي على العقد الطابع الرسمي"[9].

وقد تضمن القانون الفدرالي للولايات المتحدة الأمريكية تعريفا للتوقيع الإلكتروني بأنه: "أي رمز أو وسيلة بصرف النظر عن التقنية المستخدمة إذا تمت نسبته إلى شخص يرغب في توقيع مستند".

وكذلك عرفه القانون الأمريكي الصادر في 30 يونيو سنة 2000 بأنه " شهادة رقمية تصدر عن إحدى الهيئات المستقلة، وتميز كل مستخدم يمكن أن يستخدمها في إرسال أي وثيقة أو عقد تجاري أو تعهد أو إقرار"[10].

أما المشرع المصري فقد عرفه من خلال نص المادة الأولى الفقرة 01 من القانون رقم: 2004/15 على أنه: "ما يوضع على محرر إلكتروني ويتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو اشارات أو غيرها ويكون له طابع متفرد يسمح بتحديد شخص الموقع ويميزه عن غيره" [11].

وعليه يمكننا القول بأن المشرع المصري ربط التوقيع بالموقع وحده دون سواه، وذلك عبر وسيط إلكتروني.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري لم يعرف التوقيع الإلكتروني في بادئ الأمر وإنما نص عليه بشروط معينة في القانون المدني من خلال تعديل هذا الأخير بالقانون رقم: 10/05 حيث نصت المادة 327 الفقرة 02 على أنه "يعتد بالتوقيع الالكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1 أعلاه "[12] .

غير أنه تدارك الأمر من خلال القانون رقم: 04/15 الخاص بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين وعرف التوقيع الإلكتروني بموجب نص المادة الثانية فقرة 2 بأنه: "بيانات في شكل إلكتروني مرفقة أو مرتبطة منطقيا ببيانات إلكترونية أخرى تستعمل كوسيلة توثيق"[13].

وعليه يتضح أن المشرع قد اعتمد في تعريفه للتوقيع الإلكتروني على أشكال وإجراءات انشائه كما ركز على أن يكون مرتبطا بما ورد في المحرر الإلكتروني الذي يحمله كما أشار إلى أن الغاية الأساسية للتوقيع الإلكتروني هو توثيق وقبول الموقع على ما ورد في المحرر الموقع من طرفه إلكترونيا.

الفرع الثاني: خصائص التوقيع الإلكتروني

من خلال التعاريف السابقة التي اوردناها يمكننا التوصل إلى مجموعة من الخصائص التي يتميز بها التوقيع الإلكتروني عن التوقيع التقليدي نبينها في النقاط التالية:

- إن التوقيع الإلكتروني يتميز بسمات منفردة، بحيث يمكن للشخص أن يثبت اسمه بعلامة أو إشارة فهو على سبيل المثال قد يضع إشارة على رسالة إلكترونية من خلال بريده الإلكتروني بهدف التعريف بنفسه أو الموافقة على عقد ما، كما قد يصرح بذلك بقوله هذه هي الرسالة التي استلمت وهنا إذا أرسلت رسالة إلى المرسل إليه وأعيدت إلى المرسل وتطابقت النسختان فهنا نعرف أنها أرسلت صحيحة[14].

- إن التوقيع الإلكتروني بخلاف التوقيع الكتابي يتم على وسائط إلكترونية من خلال أجهزة الكمبيوتر أو عبر الأنترنيت التي تسمح للأطراف المتعاقدة من الاطلاع والتفاوض على بنود العقد المزمع توقيعه ليختتم في النهاية بتوقيع الاتفاق في دعامة إلكترونية، ومن هنا فالتوقيع الإلكتروني يعد أداة للتعبير عن إرادة الأطراف من خلال تطابق الإرادة والاتفاق على مضمون العقد والإقرار به[15].

- إن الدور القانوني الذي يلعبه التوقيع الإلكتروني في اضفاء الحجية الرسمية والمطلقة على المحررات الإلكترونية يجعله وسيلة إثبات مهمة وجب التحديد الكافي لهوية صاحب التوقيع حتى يعتد به ويكون فعالا في إثبات وحماية الحقوق[16].

كما أن التوقيع الإلكتروني يعتبر أداة توثيق متصلة بمعلومات إلكترونية، ونقصد بذلك أن تتم عملية التأكد من مصداقية الأشخاص والمعلومات من قبل جهة مختصة في التصديق وتنشط في هذا المجال وفقا للأطر القانونية، فمن خلال التوقيع الالكتروني يتم تحديد هوية المرسل والمستقبل إلكترونيا وبيانتهما بواسطة شهادة التصديق الإلكتروني[17].

فجميع هذه الخصائص التي تم سردها تميز التوقيع الإلكتروني عن التوقيع اليدوي، فالتوقيع الإلكتروني يتم على وسائط إلكترونية من انترنيت وكمبيوتر وغيرهما، وهذ بخلاف التوقيع التقليدي الذي يتم على دعامة ورقية، فالكتابة باليد تبين التوقيع فيتحول المستند إلى وسيلة للإثبات.

كما أن المشرع لم يربط التوقيع الإلكتروني بشكل أو صورة محددة بل المهم التحقق وإثبات هوية الشخص الموقع إلكترونيا، أما في التوقيع العادي اقتصر على الإمضاء بخط اليد وفي بعض الحالات يضاف إليه ختم وبصمة الأصابع كما أن التوقيع الإلكتروني هو علم قائم بذاته فهو بالتالي يصعب تزويره عكس التوقيع التقليدي الذي يمكن تقليده أو تزويره[18].

المطلب الثاني: صور التوقيع الالكتروني

تتنوع صور وأشكال التوقيع الإلكتروني على حسب الإجراءات والتقنيات التي قامت بها الجهة المصدرة له، ولكن رغم هذا الاختلاف إلا أنه يبقى الجامع بينها هو قيامها على استخدام الدعائم الالكترونية، ومن أهم الصور المعروفة والمنتشرة للتوقيع الإلكتروني نجد التوقيع البيوميتري والتوقيع بالقلم الإلكتروني والتوقيع الرقمي، حيث سنشرح هذه الصور فيما يتقدم.

الفرع الأول: التوقيع البيوميتري

أساس هذا التوقيع أن لكل شخص صفات جسدية تميزه عن غيره من البشر ويقوم التوقيع البيومتري على الصفات والخواص الطبيعية والفيزيائية وأيضاً الصفات السلوكية للإنسان ومن المتعارف عليه علميا أن هناك اختلاف في هذه الصفات والخواص من شخص إلى آخر، وكمثال عن التوقيع الإلكتروني هي بصمة الإصبع أو اليد كاملة، أو بصمة العين أو ما يعرف بمسح قرنية العين، أو بصمة الصوت، وبصمة الوجه وغيرها من الصفات والخواص المتعلقة بالإنسان[19].

إن دور الآلات الالكترونية يكمن في التعرف على هذه الصفات عن طريق تخزينها وفقا لنظام معلومات معين في الجهاز الإلكتروني، وعليه فإن عملية التحقق والمطابقة من هذه الصفات تتم مع المخزنة في الجهاز وهذا للتأكد من صحة هذا التوقيع الإلكتروني وأنه مطابق لم تم تخزينه مسبقا، لذلك ففي بعض الحالات تكون البصمة كتصريح متاح لدخول المصرح لهم فقط دون غيرهم[20] .

ولهذا فإن التوقيع البيومتري يكتسي طابع مهم جدا لما له من مصداقية عالية جداً والتي جعلته محل قبول واستعمال كبير في العديد من الأجهزة الكترونية لما له من دور مهم في التحقق وإثبات شخصية الموقع وتمييزه عن غيره لذلك فإن النتيجة الصادرة من الحاسب الآلي لتمييز الأشخاص وتحديد هويتهم تعتبر وسيلة موثوق بها[21].

الفرع الثاني: التوقيع بالقلم الالكتروني

هو صورة من صور التوقيع الإلكتروني، ويتم استخدام هذا التوقيع عن طريق قيام الشخص بالكتابة على شاشة جهاز الكمبيوتر وذلك باستخدام قلم خاص، وهذا القلم إلكتروني يمكن من خلاله الكتابة على شاشة الجهاز الخاص بالمُوَقّعْ[22].

وتتم عملية التحقق من التوقيع الإلكتروني من خلال برنامج خاص يستند إلى حركة هذا القلم والأشكال التي يتخذها المرتبطة بإمضاء شخص الموقع، كما أن هذا البرنامج يقوم بالتقاط التوقيع وتخزينه إلكترونيا باستعمال برامج تشفير معينة وتكون معلومة إلا لصاحب التوقيع وذلك لتمكينه من استخدامه متى احتاج إليه [23].

أما وظيفة القلم الإلكتروني فتتمثل في التقاط صورة للتوقيع على شاشة الحاسوب كعملية أولية ومن ثم تتم عملية التحقق من صحة التوقيع المحفوظ والمخزن في ذاكرة الكمبيوتر من خلال اجراء مقارنة بين

التوقيع المنشأ والتوقيع المخزن، ولكي تتم هذه العملية فإنه يشترط أن تكون في جهاز الحاسوب بمواصفات خاصة[24].

الفرع الثالث: التوقيع الرقمي

هذا النوع من التوقيع الإلكتروني يعتبر من أهم أشكال التوقيع الرقمي انتشارا واستعمالا وهذا يرجع لما يتمتع به من قدرة فائقة على تحديد هوية أطراف التعاقد تحديدا دقيقا متميزا، كما أن له درجة عالية من الثقة والأمان في استخدامه، ويقوم هذا التوقيع على أساس فكرة الرموز السرية والشفرات المتماثلة وغير المتماثلة، حيث يعتمد على اللوغاريتمات والمعادلات الرياضية المعقدة من الناحية التقنية[25].

يتحقق هذا من خلال استخدام أنظمة وبرامج متخصصة لهذا الغرض، فلا يمكن كشف الرسالة إلا الشخص الذي بحوزته مفتاح فك التشفير والتحقق من أن تحويل الرسالة قد تم باستخدام المفتاح الخاص بكل شخص كما أنه يتحقق من أن الرسالة الإلكترونية الواردة لم يلحقها أي تغيير.

والتوقيع الرقمي هو عبارة عن رقم سري أو رمز ينشئه صاحبه باستخدام برنامج حاسب ويسمى الترميز والذي يقوم على تحويل الرسالة إلى صيغ غير مفهومة ثم إعادتها إلى صيغتها الأصلية حيث يقوم التوقيع على استخدام مفتاح الترميز العمومي والذي ينشئ مفتاحين مختلفين ولكنهما مترابطين رياضيا حيث يتم الحصول عليهما باستخدام سلسلة من الصيغ الرياضية أو الخوارزميات غير المتناظرة[26].

كما أن هذا النوع في التوقيعات أكثر ما يدرج استخدامه في إبرام التعاقدات التي تتم عبر شبكة الأنترنت ويتم استخدامه لتحديد هوية طرفي العقود تحديدا تاما ومميزا، ولضمان عدم إمكانية تدخل أي شخص في مضمون التوقيع والرسالة الإلكترونية التي تحتويه وهو بذلك يكون مُحَقِّقًا لكافة شروط التوقيع الإلكتروني التي يتطلبها القانون وخصوصا التوقيعات الرقمية التي يصدر بها شهادة تصديق من قبل الهيئة المختصة بالتصديق[27].

المبحث الثاني

حجية التوقيع الإلكتروني ودوره في الإثبات

حتى يمكننا الحكم على أن التوقيع الكتروني ذو حجية في مجال الإثبات فلابد أن تتوفر فيه شروط الحجية، ومتى توافرت هذه الأخيرة فإن التوقيع يكتسب القوة الثبوتية اللازمة، ذلك ما سنحاول شرحه وتفصيله فيما يلي:

المطلب الأول: شروط حجية التوقيع الإلكتروني

من خلال الاطلاع على نصي المادتين 7 و8 من القانون 04/15 المتضمن تحديد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، فإننا نجد أن المشرع قد فرض شروط للاعتداد بمصداقية التوقيع الإلكتروني وهذه الشروط نبينها كما يلي:

الفرع الأول: ضرورة تحديد شخص الموقع

التوقيع الإلكتروني مرتبط ارتباطا وثيقا بشخص الموقع فهو علامة مميزة له عن غيره من الأشخاص فهو يحدد لنا هوية صاحبه، أي أن التوقيع الإلكتروني الذي يعتد به في الإثبات لابد أن يتميز بصفات لصيقة بشخص الموقع وحده دون سواه، كالتوقيع البيوميتري الذي هو عبارة عن مجموعة من السمات الذاتية الخاصة فقط بالموقع دون غير[28].

وهنا نجد أن المشرع الجزائري قد نص على شرط تحديد التوقيع الإلكتروني لهوية شخص الموقع من خلال نص المادة 323 مكرر1 من القانون المدني التي تنص على ما يلي: "... بشرط إمكانية التأكد من هوية الموقع الذي أصدرها "، فهنا يعتبر اقرار باعتماد التوقيع الإلكتروني في مسائل الإثبات متى كان هذا الأخير يوفر لنا التعريف بهوية الموقع والتحقق من أن التوقيع صادر منه، وذلك من خلال استعمال الوسائل التكنولوجية الحديثة في عملية التصديق الإلكتروني التي تعتمدها جهات التصديق المعتمدة[29].

وعليه فإن التوقيع الإلكتروني بصوره المختلفة إذا تم إنشاؤه بشكل صحيح، فإنه يعتبر من العلامات المميزة والخاصة بالشخص وحده دون غيره، ولكي يُعْتَدَّ بالتوقيع الإلكتروني في الإثبات يجب أن يحمل ما يدل على صاحبه بأن يكون مميزا ومُحَدِّدًا لشخصية مُوَقِّعِهِ.

الفرع الثاني: تحكم الشخص المُوَقِّعْ على التوقيع

ولكي تتحقق هذه السيطرة لابد على الشخص المُوَقِّعْ أن يتحكم في استعمال الوسائط والدعائم الإلكترونية التي تتضمن التوقيع، وهذا كله لضمان أن يكون صاحب التوقيع دون سواه قادر على التحكم في استعماله بأي شكل من الأشكال[30].

ولكي يتحكم في التوقيع لابد من بقاء هذه المنظومة سِرًّا بحيث لا يطلع عليها أحد حتى لا يُسَاءَ استعمال التوقيع من قبل أشخاص آخرين لأن هذا الاستعمال يترتب عليه آثار قانونية في حق الشخص المُوَقِّعْ وتجاه الغير أيضا، وهذا ما نجده من الناحية الواقعية في حال احتفاظ صاحب البطاقة الذكية بالرقم السري يجعله متحكم في الوسيط الإلكتروني المستخدم في تثبيت التوقيع الإلكتروني لأن كل بطاقة مؤمنة برقم سري مقترن بها[31].

إذا فلا بد أن تكون وسائل التوقيع الإلكتروني تحت سيطرة المُوَقِّعْ وحده دون غيره، لكي يُعْتَدَّ بالتوقيع وتكون له قيمة قانونية.

الفرع الثالث: ارتباط التوقيع الإلكتروني بالمحررات الرقمية

ويطلق عليه مصطلح شرط السلامة ويتمثل في أن يكون التوقيع الإلكتروني مرتبطا ارتباطا ماديا ومباشرا بالمُحَرَّرْ المكتوب حتى يعتبر دليل إقرار شخص الموقع بما ورد في المحرر، وهذا الارتباط يتعلق أساسا بمدى كفاءة التقنيات والتكنولوجية المستخدمة في تأمين الوثائق المكتوب إلكترونيا، وكذلك ضمان سلامتها من أي تعديل قد يمس بها بعد الانتهاء من اجراءات التوقيع الآلي[32].

وبهذا فان تأمين المحرر الإلكتروني وحمايته من خطر التبديل والتعديل فاذا ما تم تغييره فلا يمكن أن يُعْتدَّ به في الإثبات، هذا الشرط يؤدي إلى حماية التوقيع وضمان ارتباطه بالوثيقة الرقمية مما يحقق الارتباط المطلق بين المُحَرَّرْ والتوقيع الإلكتروني، على أساس أن التوقيع الرقمي يعتبر أهم العناصر المكونة للمُحَرَّرْ في حد ذاته[33].

ويتبين لنا أنه متى توافرت هذه الشروط في التوقيع الإلكتروني يمكن القول أن هذا الأخير يصبح يتمتع بالقوة الثبوتية اللازمة لإثبات عقود المعاملات الإلكترونية التي يشهدها العالم الآن.

المطلب الثاني: القوة الثبوتية للتوقيع الالكتروني

لقد تأثر المشرع الجزائري بنظيره الفرنسي حيث أقر نوعين من التصديق على التوقيع الإلكتروني فالأول يتمثل في التصديق غير الموصوف أي بسيط ورد النص عليه في المادة 09 والثاني التصديق الموصوف في المادة 05 من نفس القانون[34]، حيث سنفصل ذلك كما يلي:

الفرع الأول: مدى حجية التوقيع الإلكتروني البسيط

أكد نص المادة 323 مكرر من القانون المدني على أنه "يعتبر الإثبات في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق "، وهذه المادة تكرس مبدأين من مبادئ قانون الأونستيرال مبدأ التعادل الوظيفي بين المحررات الإلكترونية والتقليدية ومبدأ الحياد التقني بشأن التوقيع في أنه موصوف أو أنه لم يتم إنشاؤه عن طريق نظام إلكتروني مُؤَمَّنْ[35].

ونظرا لعدم اكتمال اجراءات تنصيب الأجهزة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين على المستوى الوطني، فإن معظم التوقيعات الإلكترونية تعتبر غير موصوفة أو بسيطة ولكن هذا لا يعني أنه لا يمكن الأخذ بها في مجال إثبات المسائل المدنية، وبالرجوع لنص المادة 09 من القانون 04/15 المذكور سلفا فإن المشرع قد أكد على أنه لا يمكن تجريد التوقيع الإلكتروني من فعاليته القانونية أو رفضه كدليل أمام الهيئات القضائية بسبب شكله أو أنه لا يتوافر على شهادة التصديق الإلكتروني فالقوة الثبوتية للتوقيع الإلكتروني تعادل التوقيع التقليدي، وهذا أيضا ما نصت عليه المادة 323 مكرر1 من القانون المدني التي ساوت في الإثبات بين المحرر الإلكتروني و المحرر الورقي[36].

ولذلك فإن قضية من يتحمل عبء الإثبات في المحرر الإلكتروني هي مرتبطة بمدى توافر الشروط المطلوبة للاعتداد بالتوقيع المنصوص عليها في القانون، وذلك لكي يحقق الوظائف المتوخاة منه، وعليه فإن التساؤل المطروح أمامنا على من يقع عبء إثبات توفر هذه الشروط، وما هو دور القاضي في الأخذ بالتوقيع الإلكتروني من عدمه؟

وهنا لابد من بيان أن تنظيم قواعد الإثبات مرتبط بتحديد أي طرف من أطراف الدعوى مكلف بالإثبات، فالفصل في الدعوى مرتبط على من يقع عليه عبء الإثبات، والقاعدة تقول أن البينة على من ادعى والمدعي هنا لا بد أن يكون طرفا في الدعوى دائنا أو مدينا حسب ما تنص عليه المادة 223 من القانون المدني

" القرينة القانونية تغني من تقررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات، على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك"[37].

كما نعلم أن المعلومات الإلكترونية قد تكون محل قرصنة أو اختراق للمنظومة المعلوماتية، مما قد يضرب مصداقية التوقيع والمحرر الإلكتروني برمته، لذلك وجب الأخذ بالاحتياطات اللازمة لإبقاء هذه المعلومات سليمة.

وفي هذا الإطار فان عبء الإثبات يقع على من يدعي عكس الثابت في المحرر الإلكتروني أي على الطرف الذي يحتج بما جاء في المحرر الرقمي، وأن يثبت أن التقنية والأنظمة التي استخدمت في إصداره ونقله وتخزينه آمنة وتستجيب للشروط التي اعتد بها المشرع، وبما معناه أنه في حالة انكار التوقيع الإلكتروني ممن نسب إليه يصبح عبء الإثبات على من يدعي أن التوقيع الإلكتروني صادر من خصمه صحيح وتتوافر فيه جميع الشروط التي تجعله صحيحا مما يجعله ذو حجية مطلقة وفقا لنص المادة 327 من القانون المدني[38].

الفرع الثاني: مدى حجية التوقيع الالكتروني الموصوف

لقد أقر المشرع الجزائري أن التوقيع الإلكتروني الموصوف وحده الذي يُعَدُّ مطابقا تماما للتوقيع التقليدي، بمعنى أنه لا يحتاج إلى إثبات الشروط العامة المتعلقة بحجية التوقيع الإلكتروني عندما يكون بحوزته (شخص الموقع) شهادة التصديق الإلكترونية[39]، وعليه فان حجية التوقيع الإلكتروني الموصوف تتمثل في:

أولا: حجية التوقيع الالكتروني إثبات لمضمونه

انطلاقا من المبدأ المتضمن أن المحرر الإلكتروني المقرون بتوقيع موصوف يأخذ حكم المحرر التقليدي العرفي في اجراءات الإثبات رغم الخصوصية التي يتمتع بها كل من المُحَرَّرَيْن، وبناءً على ما ورد في نص المادة 327 من القانون المدني[40] فإن المحررات العرفية تعد دليلا كاملا وذات حجية مطلقة لكن هذه الحجية مرتبطة باعتراف الخصم بتوقيعه أو خط يده أو بصمة إصبعه أو إنكاره إياها، أو أن الورثة يصرحون بالعلم أو بعدم العلم بما نسب لمن تلقوا منه الحق.

وفي المقابل فإن هذه الأحكام المتعلقة بالعقد العرفي تنطبق على السندات الإلكترونية لكي تصبح تتمتع بالحجية المطلقة ما لم يتم انكار التوقيع الإلكتروني عليها، ونستنتج من ذلك أن للمحرر إن كان عرفيا أو رقميا حجية من حيث صدوره ممن وقعه، وحجية من حيث صحة ما ورد في مضمونه من وقائع.

فقضية الحجية للمحرر العرفي التقليدي أو الإلكتروني من ناحية الجهة التي أصدرته ووقعته في إطار نصوص القانون المدني المتعلقة بالإثبات، فإننا نجد أن المحرر العرفي لا يكون حجة إلا إذا لم ينكره الشخص المنسوب إليه إنكارا صريحا، إذن فصحته متوقفة على إقرار من وَقّعَهُ بصحة توقيعه عدم انكاره له، ففي حال اعترف به تكون للمحرر العرفي أو الإلكتروني الحجية المطلقة بين أطرافه و لا يجوز إثبات عكس ما ورد فيه إلا بالكتابة، أما في حال إنكاره أو نفي الورثة أو الخلف علمهم بذلك، فهنا يفقد المحرر حجيته في الإثبات

وبصـــفة مؤقتة إلى غاية الفصـــل في أمر الإنكار أو الادعاء بالجهالة، و يمكن في كل الأحوال أن يدفع كل ذي مصلحة بأن المحرر المحتج به مزور[41].

وخلاصة لذلك يمكن القول أن المحرر الإلكتروني يعد دليل اثبات كامل ذو حجية مطلقة بنسبته للموقع وصحة مضمونه ما لم يُطْعَنُ فيه بإحدى طرق الطعن المقررة قانونا.

ثانيا: الطعن في المحررات الإلكترونية

يجوز لشخص الموقع على محرر أن ينكر ما جاء به صراحة وهنا ينتقل عبء الإثبات للطرف الآخر والذي بدوره عليه أن يثبت وطبقا للقواعد العامة عكس ما يدعيه خصمه بإثباته أن التوقيع صحيح وصادر عن خصمه كما أن الإنكار يجب أن يكون صريحا وقبل مناقشة الموضوع كما يجب أن يكون المحرر منتجا في الدعوى المرفوعة أمام الجهات القضائية[42].

ولكن السؤال هل يمكن لأحد طرفي العقد الالكتروني إنكار المحرر في حال اعتماد نظام التصديق؟

إن التصديق الإلكتروني نظام متكامل يعتمد على إنشاء توقيع إلكتروني مؤمنا يمكن للهيئة الوطنية المكلفة باعتماد آليات إنشاء التوقيع الإلكتروني من التحقق والتأكد من مدى مطابقة الألية المؤمنة لإنشاء التوقيع الإلكتروني مع الشروط الواردة في المادة 11 من القانون 04/15 المذكور سلفا والواجب توافرها في آلية الإنشاء المُؤَمَّنَةُ مع الحصول على شهادة التصديق الإلكتروني من مقدمي خدمات التصديق الإلكتروني تثبت صحة التوقيع الإلكتروني وتسمح من التحقق من هوية الموقع[43].

إذن فإثبات صحة التوقيع من خلال تسليم شهادة التصديق على التوقيع، فان مسألة ادعاء التزوير في المحرر الإلكتروني تصبح فكرة مستبعدة، لأنه من وظائف التوقيع الإلكتروني كما سبق ذكرها حفظ سلامة المحرر من التعديل أو التغيير، ويجعل ذلك قرينة قاطعة على صحة ما جاء فيها، وعليه فإن الدفع بالتزوير لا يتصور إلا في حال استخدام التكنولوجيا المتعلقة بالتوقيع الإلكتروني من قبل الغير عند الإهمال مثلا أو أن يكون قد سلمه للغير على أساس أحد عقود الأمانة[44].

الخاتمة:

وفي ختام ورقتنا البحثية هذه نخلص للقول بأن التوقيع الإلكتروني هو احدى الوسائل المستحدثة في الإثبات وهذا راجع للانتشار المتزايد والمتسارع لاستعمال المحررات الإلكترونية في التعاملات، فالتوقيع الرقمي عبارة عن مجموعة من البيانات في شكل إلكتروني مرتبطة فيما بينها و تستعمل كآلية لتوثيق المحررات حيث نجد أن هذا التوقيع يأخذ عدة صور حديثة لا يمكن حصرها للتطور المستمر للوسائل التكنولوجية كما أن المشرع قد ساوى في مسألة الإثبات بين المحرر التقليدي الورقي والمحرر الإلكتروني على الدعائم الرقمية، ومن خلال هذه الدراسة توصلنا للنتائج التالية:

1- أن جل التشريعات أقرت التوقيع الالكتروني واعترفت به كنظام متطور لإجراء المعاملات بين الأشخاص من جهة، كما أنه وسيلة إثبات من جهة أخرى.

2- يتميز التوقيع الإلكتروني بأن له عدة صور وأشكال لا يمكن حصرها وهي في حالة تطور مستمر فنجد مثلا التوقيع الرقمي الذي يعتمد على مفتاحين غير متماثلين يتمتع بأفضلية في توفير الحماية والأمان للمتعاملين به.

3- لكي يكتسب التوقيع الإلكتروني حجية في الإثبات تم وضع شروط خاصة به تكسبه القوة الثبوتية فالمشرع الجزائري على غرار التشريعات الأخرى أقر مبدأ التكافؤ بين التوقيع الإلكتروني والتوقيع التقليدي من حيث الإثبات والوظائف.

ومن خلال النتائج المذكورة يمكننا أن نقترح التوصيات التالية:

1- ضرورة وضع نصوص قانونية تحدد مكان انعقاد التعاملات التي تتم في البيئة الرقمية وكذلك تحديد الجهة القضائية المختصة بالنظر في المنازعات التي تثور أثناء تنفيذ بنود العقد الإلكتروني.

2- يجب على المشرع الجزائري أن يسن نصوص قانونية رادعة للجرائم ذات الطابع الإلكتروني المتعلقة بالقرصنة أو التلاعب في التوقيعات والمحررات الإلكترونية، لكي يعطي الحماية الكافية لمثل هذه المعاملات.

3- ضرورة إنشاء مؤسسات عامة وخاصة تسعى لتفعيل وتنشيط الآليات الكفيلة بتعميم استعمال المحررات الرقمية والتوقيع الإلكتروني في مختلف المجالات والقطاعات داخل الدولة.

4- ضرورة إعادة النظر في المنظومة القانونية المتعلقة بالتجارة الإلكترونية في الجزائر وهذ من خلال إصدار قانون خاص بها استرشادا بقانون الأونسيترال النموذجي المتعلق بالتجارة الإلكترونية.

الهوامش:

(1) محمد محمد سادات، حجية المحررات الموقعة إلكترونيا في الإثبات دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية مصر، 2011، ص43.

(2) فيصل سعيد الغريب، التوقيع الالكتروني وحجيته في الإثبات، منشوارت المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة، مصر 2005، ص218.

(3) محمد المرسي زهرة، عناصر الدليل الكتابي التقليدي، بدون ناشر، دون بلد النشر، 2001، ص 92.

(4) لورنس محمد عبيدات، إثبات المحرر الإلكتروني، دار الثقافة، الأردن، 2009، ص127.

(5) خالد بطي الشمري ومروة شبل عجيزة، التسويق الإلكتروني في العالم العربي، دار النشر للجامعات، السعودية، 2012 ص 2018.

(6) عبد الحميد ثروت، التوقيع الإلكتروني (ماهيته، مخاطره، وكيفية مواجهتها، مدى حجيتها في الإثبات)، الطبعة الثانية مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، مصر، 2003، ص49.

(7) علاء محمد نصيرات، حجية التوقيع الإلكتروني دراسة مقارنة، الطبعة الاولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن 2005، ص 24.

(8) علاء محمد نصيرات، المرجع سابق، ص 26.

(9) « La signature nécessaire a le perfection d'un acte juridique identifie celui l'appose, elle manifeste le consentement des parties aux obligations qui découlant de acte. Quand elle est apposée par un officier public, elle confère l'authenticité a l'acte ».

(10) عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، مصر 2002، ص 186.

(11) عبد العزيز سمية، التوقيع الإلكتروني وسيلة حديثة للإثبات –دراسة مقارنة-، مجلة معارف، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة أكلي محند أولحاج، بويرة، الجزائر، 2014، ص170.

(12) الأمر رقم: 58/75 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم: 10/05 المؤرخ في 2005/07/20، ج ر عدد44، الصادرة في 2005/07/26.

(13) القانون رقم: 04/15 المؤرخ في 2015/02/01، الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونين ج ر عدد 06 الصادرة في 2015/02/10.

(14) محمد سعيد أحمد إسماعيل، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الإلكترونية دراسة مقارنة. طبعة أولى منشورات الحلبي الحقوقية. لبنان،2009 ، ص24 .

(15) خالد بطي الشمري ومروة شبل عجيزة، مرجع سابق، ص218.

(16) نادية يس البياتي، التوقيع الإلكتروني عبر الأنترنيت ومدى حجيته في الإثبات د راسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار البداية ناشرون وموزعون، الأردن، 2014، ص 192.

(17) عبد الفتاح بيومي حجازي،التوقيع الإلكتروني في النظم القانونية المقارنة، دار الفكر الجامعي، مصر، 2005، ص17.

(18) عبد الحميد ثروت، المرجع السابق، ص 35.

(19) أحمد يوسف النوافلة، الإثبات الإلكتروني في المواد المدنية والمصرفية دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2012، ص280.

(20) عبد الحميد ثروت، المرجع السابق، ص 55.

(21) فراح مناني، أدلة الإثبات الحديثة في القانون المدني، دار الهدى، الجزائر،2008، ص98 .

(22) لورنس محمد عبيدات، مرجع سابق، ص144.

(23) عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص190.

(24) عبد الفتاح بيومي حجاري، المرجع نفسه، ص195.

(25) لورنس محمد عبيدات، مرجع سابق، ص 150.

(26) سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، دراسة مقارنة، الطبعة الأول، دار النهضة العربية، القاهرة مصر ،2002، ص 254.

(27) عبد التواب أحمد بهجت، إبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة بين القانون المصري والفرنسي، طبعة أولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2009، ص20.

(28) محمد ناصر حمودي، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الأنترنت، مع التركيز على عقد البيع الدولي للبضائع، طبعة أولى دار الثقافة للنشر والتوزيع، الجزائر، ص342.

(29) ناهد فتحي الحموري، الأوراق التجارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010، ص92.

(30) عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص 444.

(31) لورنس محمد عبيدات، مرجع سابق، ص 131.

(32) مصطفى موسى العجارمة، التنظيم القانوني للتعاقد عرب شبكة الأنترنت، مرجع سابق، ص 178.

[33] عبد القادر فصيح ومحمد بن عمر، التوقيع الإلكتروني ودوره في الإثبات، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، تصدر عن جامعة زيان عاشور الجلفة، الجزائر، عدد03، ص 99.

[34] القانون رقم: 04/15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الالكتروني، المذكور سابقا.

[35] بولافية سامية وغيلاني الطاهر، التوقيع الإلكتروني في ظل القانون رقم: 04/15، المجلة الجزائرية للأمن الانساني جامعة باتنة 1، الجزائر، السنة 05، المجلد 05، العدد 01، جانفي 2020. ص 126.

[36] سارة مهناوي وليندة بومحراث، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات في ظل القانون رقم: 04/15، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، جامعة عمار ثليجي، الاغواط، الجزائر، المجلد 06، عدد02، جوان 2020، ص 249.

[37] سارة مهناوي وليندة بومحراث، المرجع نفسه، ص 250.

[38] بولافية سامية وغيلاني الطاهر، مرجع سابق، ص 127.

[39] نص المادة 08 من القانون رقم: 08/15 " يعتبر التوقيع الإلكتروني الموصوف وحده مماثلا للتوقيع المكتوب سواء كان لشخص طبيعي أو معنوي"

[40] نص المادة 327 من القانون المدني "يعتبر العقد العرفي صادر ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة اصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب اليه، أما ورثته أو خلفه فلا يطلب منهم الانكار ويكفي أن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون ان الخط او الامضاء او البصمة هو لمن تلقوا منه هذا الحق، ويعتد بالتوقيع الالكتروني وفق الشروط المذكورة اعلاه".

[41] محمد حسن قاسم، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003، ص 16.

[42] بولافية سامية وغيلاني الطاهر، مرجع سابق، ص 127.

[43] بولافية سامية وغيلاني الطاهر، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

[44] عبد الحميد ثروت، مرجع سابق، ص 170.

الحجية القانونية للمحررات الالكترونية

د/ سكفالي ريم
جامعة الشهيد حمه لخضر بالوادي (الجزائر)
sekfalirim@gmail.com

أ.د/ محمودي بشير
جامعة الشهيد حمه لخضر بالوادي (الجزائر)
bachirmahmoudi@gmail.com

****

ملخص:

نظرا لانتشار استخدام الانترنت في التفاوض على العقود وإبرامها وتنفيذها، والذي نتج عنه مشاكل تتعلق بإثبات هذه التصرفات، والتي لم تنظم من قبل في التشريعات، فإن ذلك جعل رجال القانون سواء على الصعيد الوطني أو الدولي يبحثون على تعريف موسع لمفهوم المحور والاعتراف بالحجية القانونية لتلك المحررات العرفية ، وكسبها نفس الحجية الممنوحة للمحررات الكتابية التقليدية، الآمر الذي جعل أغلب التشريعات ومن بينها المشرع الجزائري يعدل في أحكام الإثبات، إذ نص في أحكام القانون المدني على أنه "ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل كحروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم، مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها، وكذا طرف إرسالها".

الكلمات المفتاحية: التوقيع الالكتروني، المعاملات الالكترونية، المحرر الإلكتروني، حجية التوقيع الالكتروني حجية الإثبات.

مقدمة:

نظرا لانتشار استخدام الانترنت في التفاوض على العقود وإبرامها وتنفيذها، والذي نتج عنه مشاكل تتعلق بإثبات هذه التصرفات، والتي لم تنظم من قبل في التشريعات، فإن ذلك جعل رجال القانون سواء على الصعيد الوطني أو الدولي يبحثون على تعريف موسع لمفهوم المحور والاعتراف بالحجية القانونية لتلك المحررات العرفية ، وكسبها نفس الحجية الممنوحة للمحررات الكتابية التقليدية، الآمر الذي جعل أغلب التشريعات ومن بينها المشرع الجزائري يعدل في أحكام الإثبات، إذ نص في أحكام القانون المدني على أنه " ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل كحروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم، مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها، وكذا طرف إرسالها ".(1)

كما نص كذلك " إذ يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الالكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفظة في ظروف تضمن سلامتها ". (2)

كما نص على أنه "ويقيد بالتوقيع الالكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة: 323 مكرر1 أعلاه" ونظرا لانتشار التجارة الالكترونية عبر الانترنت بشكل واسع، مما جعل الأفراد يفضلون اللجوء إلى إبرام تصرفاتهم وفق هاته القنوات الالكترونية نظرا لسرعتها، ولذلك وجب إثبات تلك العقود والمعاملات سواء بالمحررات الالكترونية أو التوقيع الالكتروني كوسائل إثبات وعليه تكون إشكالية مداخلتنا: ما مدى الحجية القانونية لتلك المحررات الالكترونية.

لنحاول الإجابة على هاته الإشكالية من خلال المبحثين التاليين:

المبحث الأول: حجية المحرر الالكتروني في الإثبات

المبحث الثاني: حجية التوقيع الالكتروني في الإثبات.

المبحث الأول

حجية المحرر الالكتروني في الإثبات

يقصد بالإثبات إقامة الدليل أمام القضاء على واقعة أو عمل قانوني، وهو صورتين الإثبات الحر والإثبات المقيد، ونجد أن معظم التشريعات تأخذ بمبدأ الإثبات الحر في المعاملات التجارية نظرا لما تتطلبه هذه الأخيرة من سرعة، أما في المعاملات المدنية فشرط تقديم دليل كتابي إذا تجاوزت قيمتها مبلغا معينا، وعليه ندرس هذه الفقرة في نقطتين.

المطلب الأول: مضمون حجية الكتابة الالكترونية في الإثبات.

المطلب الثاني: نحو إقرار حجية قانونية للكتابة الالكترونية.

المطلب الأول: مضمون حجية الكتابة الالكترونية في الإثبات.

بتطور المعاملات الالكترونية ظهرت مشكلة مدى حجية الكتابة في الإثبات، الأمر الذي حسمته معظم التشريعات المنظمة لهذا النوع من المعاملات والتجارة الالكترونية بالمساواة بين الكتابة الالكترونية والتقليدية في الإثبات، ومنحها الحجية القانونية الكاملة في ذلك.

وقد جاء في القانون المدني الفرنسي رقم: 30-2000 في مادته 330/1316 على أنه " الكتابة على دعامات إلكترونية لها نفس القوة الثبوتية للكتابة على دعامات ورقية ..."، فالمشرع الفرنسي ساوى بين الكتابة الالكترونية والكتابة التقليدية ومنها نفس الحجية القانونية والقوة في الإثبات واضعا بذلك حدا للجدل الذي ثار حول الكتابة الالكترونية.

أما المشرع المصري فقد هو كذلك بحجية المحرر الالكتروني وذلك في المادة 15 من قانون التوقيع الالكتروني رقم 15 سنة 2004 والتي نصت على أن " الكتابة الالكترونية والمحررات الالكترونية في نطاق المعاملات التجارية والمدنية و الإدارية ذات الحجية المقررة للكتابة والمحررات الرسمية والعرفية في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية التي استوفت الشروط المنصوص عليها في هذا القانون وفقا للضوابط الفنية والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية.[3]

كما نصت أيضا المادة: 16 على أن:" للصور المنسوخة على الورق من المحرر الالكتروني الرسمي حجية على الكافة بالقدر الذي تكون فيه مطابقة لأصل هذا المحور الالكتروني الرسمي والتوقيع الالكتروني موجودين على الدعامة الالكترونية "، كذلك فإن قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الإماراتي قد ساوى بين الكتابة الالكترونية والكتابة التقليدية شريطة مراعاة شروط الحفظ.

أما المشرع الجزائري فقد منح الكتابة الالكترونية نفس الحجية الكتابة التقليدية في الإثبات متى استوفت الشروط المنصوص عليها قانونا بمقتضى أحكام المادة: 323 مكرر1 من القانون المدني.[4]

والمحرر الالكتروني قد يكون رسميا أو عرفيا، فالمحرر الالكتروني الرسمي هو ذلك المحرر الذي يقوم من خلال موظف عام أو شخص مكلف من ذوي الشأن بطريقة الكترونية في حدود اختصاصه ووفقا للأوضاع القانونية.

وما يهمنا في هذا الصدد هو المحرر الالكتروني في الموثق، وهو ما نجده بالنسبة إلى جهة التصديق الالكتروني المختصة بالتوثيق في الجزائر بمقتضى القانون رقم 15-04[5]، حيث أن الوظيفة الأساسية له هي تحديد هوية المتعاملين وتحديد أهليتهم القانونية، وكذا التحقق من التعامل وسلامة التوقيع في المعاملات الالكترونية مما يجعل الوضع الظاهري يبدو كأنه تطبيق لمهمة و الموثق العادي[6]، وتطرح فكرة حدود اختصاص الموظف، أي الاختصاص الإقليمية إشكالية تتمثل في كيفية توثيق محرر إلكتروني بين أطراف لا يتواجدون في نفس المدنية؟

فقد اعتمد المشرع الفرنسي حلا للإشكالية، وهي أن يتدخل في عملية التوثيق أكثر من موثق، حيث يحضر كل من المتعاقدين أمام الموثق المتواجد في مدينته ومعه شهود، وذلك بعد أن يتفقا على من يكون منهما الموثق الرئيسي؟ بعدها يقوم الموثق الآخر بالالتزام بإرسال المحرر الالكتروني إلى الموثق الرئيسي ويتم الإرسال عبر شبكة داخلة للموثقين.

كما يتم التوقيع من قبل المتعاقدين والشهود سواء عن طريق التوقيع بالماسح الضوئي أو بالقلم الالكتروني، بعدها يقوم الموثق الرئيسي على المحرر الالكتروني ليصيف عليه الصفة الرسمية[7].

أما المحرر الالكتروني العرفي فهو ذلك المحرر الذي يشمل توقيع من صدر عنه أو على ختمه أو بصمته وليست صفة المحرر الأساسي أي لا يصدر عن موظف عام، والمشرع الجزائري لم يتطرق إلى إثبات المحرر الالكتروني العرفي في القانون رقم 15-04 السالف الذكر، إلا أنه أشار إليه بموجب المادة 323 مكرر من القانون المدني على ذلك: " مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها وكذا طرق إرسالها"، وعليه يفهم منه أن المحرر الالكتروني العرفي يعتبر كذلك وسيلة للإثبات في التشريع الجزائري. وفي حالة نكران المدين لتوقيعه الالكتروني على المحرر الالكتروني العرفي زالت عنه هذا الأخير حجيته المؤقتة، لذلك فإنه إذا نسب إليه المحرر يكون المدين أحد العروض التالية:

1- إنكار المدين أن التوقيع الالكتروني الوارد على المحرر الالكتروني خاص به، وفي هذه الحالة يكون على من تمسك بالمحرر الالكتروني تقديم شهادة التصديق الالكتروني الخاص بالموقع.

2- اعتراف المدين على أن التوقيع الوارد على المحرر خاص به إلا أنه ينكر حصول التوقيع منه، في هذه الحالة فإنه يقع على عاتقه إثبات كيفية وصول هذا التوقيع على هذا المحرر، وعن كيفية استخدام شخص آخر بمفتاحه الخاص للتوقيع الالكتروني.

3- سكوت المدين على نسب التوقيع الوارد في المحرر الالكتروني له، وفي هذه الحالية يعتبر قرينة على أنه إقرار ضمني باعتبار أن السكوت نظريا لا يعد إنكارا لأن الإنكار يجب أن يكون صريحا.[8]

المطلب الثاني: نحو إقرار حجية قانونية للكتابة الالكترونية.

وفقا لنص المادة: 4/1316 مدني فرنسي في ضوء التعديل الأخير المتعلق بالتوقيع الالكتروني فإن: " الكتابة الالكترونية تكون مقبولة في الإثبات بنفس الحجية المعطاة للكتابة على دعامات ورقية، بشرط أن يكون بالإمكان تحديد الشخص الذي أصدرها، وبشرط أن يكون حفظها قد تم في ظروف تضمن كمالها " وتأكيدا على ذلك فقد نصت الفقرة 03 من نفس المادة السالف ذكرها بشكل صريح على أن الكتابة على دعامات إلكترونية لها نفس القوة الثابتة للكتابة على دعامات ورقية.

وأمام هذا النص الصريح يتضح لنا أن المشرع الفرنسي لم يضع أي مراتب أو درجات بين الدعامات الالكترونية والدعامات الورقية فيما يتعلق بقوة المحرر في الإثبات.[9]

يضاف إلى ذلك أنه بالنسبة للأعمال الملزمة بجانب واحد فالمادة: 1326 مدني فرنسي كانت تنص على كتابة المبالغ يدويا بالحروف والأرقام، وبعد التعديل قد تم استبدال مصطلح " بواسطة اليد" بمصطلح " بواسطة الشخص نفسه"، أي أنهما سمحت للأفراد بكتابة المبلغ بأية وسيلة تحت تصرف الشخص نفسه ومنها الوسائل التكنولوجية التي يمكن الاستعانة بها، وهذا النص بمثابة بداية إحلال للوسائل الالكترونية المستخدمة في الكتابة محل الكتابة الخطية اليدوية بشكلها التقليدي.

وبالرجوع لنص المادة: 1/1316 مدني فرنسي، وكذلك المادة 04 من القانون المصري المتعلق بتنظيم التوقيع الالكتروني، وكذا المادة: 323 مكرر1 من القانون المدني الجزائري " يعتبر الإثبات في الشكل الالكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق .."وبناء على هذا النص، يكون المشرع قد ساوى بشكل تام وكامل بين كل من الكتابة التقليدية الموجودة على دعامات ورقية، الكتابة الالكترونية التي تنشأ على دعاة الكترونية فيما يتعلق بقوة كل منهما في الإثبات الالكتروني ومؤدى ذلك النص أنه عندما توجد ازدواجية في أدلة الإثبات المعروضة على القضاء فإن القاضي ليس له أن يعطي أولوية مطلقة لأي منهما على الآخر، فكل منهما له نفس المرتبة والحجية، وكل ما لهذا القاضي، هو أن يأخذ الدليل الذي يتضح له أنه الأكثر صلة بالموضوع محل النزاع[10].

وعلى الصعيد الدولي، تجدر الإشارة إلى الدور البارز الذي تسهم به لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية "الاونيسترال"، فقد حددت اللجنة مجموعة من المبادئ القانونية التي تنطبق على التجارة الالكترونية وذلك على سبيل استرشاد الدول بهذه المبادئ عند وضع تشريعاتها الداخلية، وتطبيقا لذلك فقد أوصت اللجنة بمراعاة الضوابط التالية:

1- إعادة النظر في القواعد القانونية التي تمثل عائقا في استخدام الوسائط والدعامات الالكترونية كأدلة في الدعاوى القضائية.

2- توفير الوسائل المناسبة التي تمنح البيانات حجية ومصداقية أمام أطراف القضاء.

3- ضرورة مراجعة القواعد القانونية الخاصة بالكتابة والتوقيع وحجيتها في الإثبات.

بالإضافة إلى لقانون "الانيسترال" النموذجي السابق والمتعلق بالتجارة الالكترونية، فقد صدر سنة 2001 قانون الاونيسترال النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية، حيث كان الهدف من إصدار هذا القانون هو

التعريف القانونية بالتوقيع الالكتروني مع منحة الحجية القانونية الكاملة التي يمكن أن تساير مستجدات التجارة الالكترونية.[11]

المبحث الثاني

حجية التوقيع الالكتروني في الإثبات

سنتطرق في هذا المبحث إلى دراسة المنظور الوظيفي في مطلب أول، ثم آثار حجية التوقيع الإلكتروني في مطلب ثان.

المطلب الأول: المنظور الوظيفي للتوقيع الالكتروني

لم يكن التوقيع معرفا لدى المشرع الفرنسي، على الرغم من أن القانون المدني الفرنسي قد أشار في مواضع متعددة إلى الالتزام بالتوقيع. على سبيل المثال المادة 1322 المتعلقة بالأعمال ذات التوقيع الخاص، المادة 1325 المتعلقة بالعقود الملزمة للجانبين والشكل زوجي المصدر، المادة 1326 المتعلقة بمعرفة الدين[12].

وأمام غياب التعريف التشريعي فقد استقر الفقه والقضاء الفرنسي على أن التوقيع يؤدي وظيفتين قانونيتين رئيستين وهما:

1- معرفة المؤلف (منشئ السند)

2- تعبير عن إرادة الموقع بإقراره بمضمون التصرف.

ثم جاءت المادة 4/1316 من القانون الفرنسي فقدمت للتوقيع على النحو التالي:

"التوقيع الضروري لاكتمال التصرف القانوني يحدد هوية من يحتج به عليه، وهو يعبر عن إرادة أطراف التصرف بالنسبة للالتزامات الناتجة عن هذا الفعل. وعندما يتم التوقيع بمعرفة موظف عام فهو يعكس شرعية وصحة هذا الفعل".

ويمكن وصف هذا التعريف بأنه محايد حيث إنه يمكن أن يشمل كافة أشكال التوقيع سواء كان توقيعا خطيا أو إلكترونيا أو أي شكل آخر محتمل ظهوره ويمكن الاحتجاج به. ومعنى ذلك أن هذا التعريف هو تعريف وظيفي لتوقيع. وخلاصة ذلك أن المادة الجديدة للقانون المدني قد وضعت تعريفا عاما لوظائف التوقيع من حيث تمييزه لمن وقعه، حتى يرتب آثاره القانونية.[13]

ويعرف التوقيع الالكتروني بأنه كل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها تدون على محرر إلكتروني لغرض توثيق ما تضمنته من تصرفات والإقرار بها، تمكن من تحديد هوية واضعها وتميزه عن غيره.

والمشرع الجزائري قد نص في القانون رقم 15-04 والذي جاء متأخر نص في المادة: 02 عرف التوقيع الالكتروني بأنه: "بيانات في شكل إلكتروني، مرفقة أو مرتبطة منطقيا ببيانات إلكترونية أخرى تستعمل كوسيلة توثيق".

ومن صدور التوقيع الالكتروني:

1- التوقيع اليدوي المرقم (scarer)

2- التوقيع البيومتري: مثل أخذ بصمة الشخصية أو بصمة شبكة العين، بصمة الصوت، بصمة الشفاه. (التوقيع بالخواص الذاتية).

3- التوقيع بالقلم الالكتروني.

4- التوقيع بالضغط على مربع الموافقة (ox.box)

5- التوقيع باستحداث بطاقة الائتمان

المطلب الثاني: آثار حجية التوقيع الالكتروني

ترتبط حجية التوقيع الالكتروني باستيفائه للشروط اللازمة للاعتداد به كتوقيع كامل، وتتجلى أهميته في اعتباره عنصرا مهما في المحررات الالكترونية لتكون دليلا معدا للإثبات، لهذا بادرت فرنسا إلى تضمين نصوصها التشريعية المنظمة للتوقيع الالكتروني قوة ثبوتية لهذا من خير تعادل تلك الممنوحة للتوقيع التقليدي، وهو ما جعله المشرع الجزائري.[14]

وبالرجوع إلى القانون رقم 15-04 نجد أن المشرع قد ميز بين التوقيع الالكتروني البسيط والتوقيع الالكتروني الموصوف، حيث أقر صراحة حجية توقيع هذا الأخير مساويا بينه وبين التوقيع التقليدي وذلك ما جاء في نص المادة: 08 منه.

وحتى يكون التوقيع الالكتروني موصوفا تطلب المشرف توافر جملة من الشروط عدد منها المادة: 07 منه: "التوقيع الالكتروني الموصوف هو التوقيع التي تتوفر فيه المتطلبات التالية:

1- أن ينشأ على أساس شهادة تصديق موصوفة.

2- أن يرتبطا بالموقع دون سواه.

3- أن يمكن من تحديد هوية الموقع.

4- أن يكون مصمما بواسطة آلية مؤمنة خاصة بإنشاء التوقيع الالكتروني.

5- أن يكون منشأ بواسطة وسائل تكون تحت التحكم الحصري للموقع.

6- أن يكون مرتبطا بالبيانات الخاصة به، حيث يمكن الكشف عن التغيرات اللاحقة بهذه البيانات[15].

وعلى الرغم من المشرع قد اعتبر أن التوقيع الالكتروني الموصوف وحده فقط مساويا للتوقيع المكتوب في الحجية وذلك من خلال المادة 08 قانون 15-04، إلا أنه ذكر شروطا على سبيل الحصر حتى بعد التوقيع الالكتروني توقيا موصوفا.[16]

وعليه متى توافرت في التوقيع الالكتروني المتطلبات السابقة، فإنه يعتبر التوقيع الالكتروني موصوفا، لكن السؤال المطروح: ماذا لو فقد هذا التوقيع أحد هذه الشروط؟

فبالنسبة لنفس الحجية أو إقرارها فيما يتعلق بالتوقيع الالكتروني البسيط أو الموصوف الذي لم يستوف كافة الشروط حسب نص المادة 07، فقد حسمتها المادة 09 إذا جاء: " بغض النظر عن أحكام المادة: 08 أعلاه لا يمكن تجريد التوقيع الالكتروني من فعاليته القانونية أو رفضه كدليل أمام القضاء بسبب شكله الالكتروني أو أنه لا يعتمد على شهادة تصديق إلكتروني موصوفة أو أنه لم يتم إنشاؤه بواسطة آلية مؤمنة لإنشاء التوقيع الالكتروني".

وعليه باستقراء هذا النص نجد أن المشرع لم يحرم كل من التوقيع البسيط أو الموصوف والذي فقد إحدى الشروط التي تطلبتها المادة: 08 من القوة الثبوتية، وهو ما يستفاد من عبارة "... فعاليته القانونية أو رفضه كدليل ..."، ويمكن في هذه الحالة كرد تقديم حجية هذا النوع من التوقيعات وما يتوافر فيه من عناصر أمام السلطة التقديرية للقاضي.(17)

الخاتمة:

نستنتج من خلال ما سبق أن المشرع الجزائري قد أعترف بالمحرر والتوقيع الإلكترونين وذلك رغبة منه في خوض غمار التقنية وعدم تفويت ركب التقدم التكنولوجي المعلوماتي الحديث مع إقراره صراحة بالفعالية القانونية للتوقيع الالكتروني القانون رقم 07/15 ومساواته بالتوقيع التقليدي.

ومن خلال ما سبق يمكن تقديم بعض المقترحات وهي:

- ضرورة توسيع نطاق استعمال المحررات الالكترونية الرسمية في مجال المعاملات الالكترونية وتأطيرها تشريعيا.
- تفعيل الكتابة الالكترونية على مستوى مكاتب التوثيق والجهات الإدارية والرسمية.
- إبرام اتفاقيات جماعية أو ثنائية، للاعتراف المتبادل بشهادات التصديق الالكترونية الأجنبية لإعطاء دفع جديد للتجارة الالكترونية.

التهميش:

---

(1) المادة: 323 مكرر من القانون المدني.

(2) المادة: 323 مكرر 1 من القانون المدني

(3) لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الالكترونية، دار هومة الجزائر، 2012 ص 146

(4) آمال حابت، التجارة الالكترونية في الجزائر، رسالة لنيل شهادة دكتوراه علوم، تخصص قانون، جامعة مولود معمري تيزي وزو 2015 ص 185-186

(5) القانون رقم: 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونين المؤرخ في: 1 فيفري 2015، ج ر عدد 06 المؤرخة في 2015/02/10

(6) رحاب أرجيلوس، الإطار القانون للعقد الالكتروني – دراسة مقارنة – أطروحة دكتوراه تخصص قانون خاص، جامعة أدرار سنة 2017-2018 ص 201.

(7) رحاب أرجيلوس، مرجع سابق، ص 202.

(8) رحاب أرجيلوس، مرجع سابق، ص 204.

(9) إلياس ناصيف، العقد الالكتروني في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص 236

(10) عصام أحمد البهجي، أحكام عبئ إثبات في نطاق المسؤولية المدنية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007، ص 78

(11) سعيد السيد قنديل، التوقيع الالكتروني، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2006، ص 18.

(12) سعيد السيد قنديل، التوقيع الالكتروني، المرجع السابق، ص49

(13) سعيد السيد قنديل، التوقيع الالكتروني، المرجع السابق، ص 50.

[14] رشيدة بوبكر، التوقيع الالكتروني في التشريع الجزائري (دراسة مقارنة)، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد 4، ديسمبر 2016، ص 72.

[15] المادة 07 من القانون 15-04 السالف الذكر.

[16] حاسل نورية، النظام القانوني للعقد الالكتروني في ظل القانون رقم 05/18 المتعلق بالتجارة الالكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، ميدان الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، سنة 2019، ص 86

[17] رشيدة بوبكر، المرجع السابق، ص 86.

اثبات عقد الزواج الالكتروني

Electronic proof of marriage contract

ط د/ حوحو رميساء
جامعة محمد خيضر بسكرة (الجزائر)
Romaissa.houhou@univ-biskra.dz

د/ قزي عبد العالي
جامعة حمة لخضر الوادي (الجزائر)
Guezeiabdelali39@gmail.com

****

ملخص:

لقد أحدث التطور التكنولوجي ثورة كبيرة في مجال تبادل المعلومات، حيث أدت هذه الثورة الى ظهور أساليب جديدة للاتصالات بين الناس؛ دفعهم ذلك لاستغلالها في مجال ابرام العقود بمختلف أنواعها، وهو ما يطلق "بالتعاقد الالكتروني". ولم تكن مسائل الأحوال الشخصية بمنأى عن هذا النوع من العقود؛ اذ ظهرت حاجة الناس إليه خاصة في ابرام عقود الزواج، وبما أن عقد الزواج له خصوصية متميزة، خاصة في جانبه الشكلي، فكان لزاما تمييزه بمزيد من العناية من حيث الدراسة وإمكانية ابرامه الكترونيا؛ لذا فقد تصدى فقهاء الشريعة الإسلامية، والقانون الوضعي، لبيان حكم عقد الزواج الالكتروني، وبيان صوره وضوابطه ووسائل اثباته، وهو ما تمت معالجته في صفحات هذا البحث مولية عناية وتدقيقا أكبر لمسألة اثبات هذا الأخير.

الكلمات المفتاحية: عقد الزواج، الشهود، الإيجاب، القبول.

مقدمة:

يكتسي نظام الأسرة أهمّية بالغة منذ العصور القديمة على اعتبار أنّ الأسرة لبنة بناء المجتمعات، وأنّها النّواة الأولى لقيام الكيانات؛ لهذا فقد جاءت الشريعة الإسلامية والتّشريعات الوضعية بجملة من الأحكام والقوانين لتنظيم الأسرة وتقويم بنيانها، واهتمت في بادئ الأمر بالزواج اهتماما وافيا، وأحاطته بسياج من الضّوابط التي تجعله يُعقد في الأصل على سبيل الدّوام والاستمرار، وشرّعت له من الأحكام والآداب ما يحفظ له ذلك. وبما أنّ عقد الزواج أول خطوة رسمية لبناء الأسرة، وأنّه من أقدس العقود التي شرعها الله، لتعلّقه بشكل مباشر بحرمة الفروج واستحلالها، فقد عُني الإسلام به أيّما عناية، من أجل تنظيم العلاقة بين الرجل والمرأة ضماناً لسلامة الأنساب؛ فحرّم كل اتصال بين الرجل والمرأة يتم على غير أصول شرعية؛ ليحفظ بذلك لكل منهما ما يترتب على هذا العقد من آثار، وأبطل جميع أنواع العقود التي تعارفت عليها بعض الأمم والشعوب التي انحرفت عن شرائع الله السماوية، ولم يبح الإسلام سوى عقد النكاح الشّرعي بشروطه المعتبرة.

ولا يزال فقهاء الشّريعة الإسلامية والقانون الوضعي يتصدّون لأدقّ التفاصيل والجزئيّات والنّوازل المعاصرة المتعلّقة بنظام الأسرة؛ ليبيّنوا أحكامها ويفصّلوا في ضوابطها حسب قواعد الشّريعة الإسلامية ومقتضيات الزمان، ومن أبرز ما عرض لهم من النوازل الفقهية المعاصرة المتعلقة بعقد النكاح مسألة إبرام هذا الأخير عن طريق ما يعرف بوسائل الاتصال الحديثة، لتتغير بذلك المفاهيم السائدة في عقود الزواج،

وكذلك نظم وإثبات هذا العقد بما يواكب العالم الحاضر من تقدم تقني هائل في مجال الثورة المعلوماتية، وكذلك لمواكبة الأنظمة العالمية والمتغيرات المجتمعية، والتي بمقتضاها تقوم الضرورة الملحة لإبرام هذا النوع من العقود الذي يتميز بمميزات تقتضيها طبيعة المتغيرات المعاصرة، والتي فرضت نفسها على المجتمع المسلم.

وبناءً على هذا الاعتبارات واستنادا لدور الباحث الأكاديمي في التصدي لمثل هذه النوازل على الأقل جمعا وتوضيحا وتبسيطا، نطرح الإشكالية الآتية: "**فيما تتمثل طرق إثبات عقد الزواج الإلكتروني في الفقه الإسلامي والتشريع الوضعي؟ وما هي الضوابط المقررة لصحة هذا العقد شرعا وقانونا؟**

تكمن أهمية الموضوع في أنه يتطرق لمسائل تتعلق بجانب حيوي من حياة المسلمين اليومية، وهو جانب الأحوال الشخصية، وكذلك أن هذا النوع من العقد الالكتروني من مسائل المتاحة للدراسة.

أما موضوع بحثنا فإنه يهدف الى المساهمة في البحث في قضايا ذات صلة بالحفاظ على حقوق الناس وحفظ أعراضهم، وأيضا الاعتماد على رفع الحرج على هذا النوع المستحدث من العقد الزواج.

اعتمدنا في دراسة موضوع اثبات عقد الزواج الالكتروني المنهج التحليلي وذلك لأنه يسمح لنا بتحليل النصوص والمواد المتعلقة بأحكام الأسرة.

للإجابة عن الإشكالية قسمنا موضوع الدراسة الى مبحثين؛ المبحث الأول المتمثل في مفهوم عقد الزواج الالكتروني وينقسم الى ثلاث مطالب، أما المبحث الثاني فيحمل عنوان اثبات عقد الزواج الالكتروني ويتناول فيه مطلبين.

المبحث الأول

مفهوم عقد الزواج الإلكتروني

سيتم التطرق في هذا المبحث لبيان معنى الزواج الإلكتروني، ثم لبيان أركان هذا الأخير، وصوره وحكمه من خلال ثلاثة مطالب على النحو الآتي:

المطلب الأول: تعريف عقد الزواج الإلكتروني.

لتعريف عقد الزواج الإلكتروني لا مناص من التّعرض لبيان معنى عقد الزواج لغة واصطلاحا، وبيان معنى الوسائل أو الوسائط الإلكترونية التي يتمّ بها هذا العقد، ثمّ بناء على تلك المفاهيم يتبيّن المراد من هذا المركب الإضافي الوصفي.

الفرع الأول: تعريف الزواج. يعرف عقد الزواج لغة واصطلاحا.

أولا: تعريف الزواج لغة.

جاءت كلمة الزواج في اللغة بمعنى الاقتران والازدواج وكلها بمعنى واحد، فالزواج اقتران الشيء بشيء آخر، كأن تقول زوجت الشيء بالشيء؛ أي أقرنته به وجعلتهما زوجين بعد أن كانا منفصلين(1). ومن ذلك قوله

تعالى: "كَذَٰلِكَ وَزَوَّجْنَاهُمْ بِحُورٍ عِينٍ"[2]؛ أي قرناهم بهنّ، والزواج كالنِّكاح وَزْناً وَمعنى[3]. و(عقد الزواج) مَا عقد من الْبناء والعهد واتفاق بَين طرفين يلْتَزم بِمُقْتَضَاهُ كل مِنْهُمَا تَنْفِيذ مَا اتفقَا عَلَيْهِ[4].

ثانيا: تعريف الزواج اصطلاحا

جاء معنى الزواج في الفقه الشرعي والقانوني بعدّة صيغ مختلفة بين موسّع ومضيق ومفصل وموجز، ودون الخوض في اختلافات رؤى الفقهاء لعقد النكاح واختلاف إطلاقاتهم للدّلالة عليه فما نراه أشمل وأدقّ وأقرب مما انتهوا إليه من معانٍ هو أنّه: "عقد يفيد حِلَّ العشرة الزوجية بين رجل وامرأة تترتب عليه حقوق وواجبات متبادلة"[5].

أمّا في القانون الوضعي فقد كانت تعاريف قوانين الأحوال الشّخصية للزواج متقاربة وإن اختلفت ألفاظها إلاّ أنّ أغلبها تدور حول معنى واحد. من ذلك ما ورد في قانون الأسرة الجزائري بأنه: "عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب"[6].

والملاحظ من هذا التعريف أنّ المشرّع الجزائري وَسَمَ عقد الزواج "بالرضائي" بمقتضى هذا النّص المعدّل للدّلالة على أنّه عقد يقوم أساسا على الرضا باعتباره الركن الجوهري في العقد، ليخالف بذلك منهجه في تبنّيه المذهب المالكي الذي يقضي بتعدد الأركان على غرار جمهور الفقهاء، ليجنح بذلك لرأي الأحناف الذي يقولون بالركن الوحيد في عقد الزواج -كما سيأتي بيان ذلك-.

الفرع الثاني: تعريف الوسائل والوسائط الالكترونية.

ينعقد الزواج الإلكتروني بواسطة الوسائل الإلكترونية أو ما يطلق عليها بالوسائط الإلكترونية ويقصد بها تلك: البرمجيات المعاصرة المصممة لتعمل على الأجهزة الإلكترونية[7]، عن طريق ربطها بخدمة الانترنت ويمكن أن تأتي هذه التطبيقات محمّلة مسبقا على الأجهزة، أو يمكن تحميلها من مخازن التطبيق أو الأنترنت[8]. ويتمّ استخدامها لنقل البيانات والمعلومات بسرعة فائقة جدا بين أطراف مختلفة وفي أوقات متباينة وأماكن متباينة[9].

بناء على ما سبق من عرضٍ لمفاهيم مركبات "عقد الزواج الإلكتروني" يمكننا القول بأن المقصود بهذا المصطلح هو: "عقد الزواج الذي يتم انعقاده بوسيلة كهربائية أو مغناطيسية أو ضوئية أو إلكترو مغناطيسية، أو أي وسيلة أخرى مشابهة تمكّن الطرفين من التعبير عن الرضا وتبادل المعلومات إلكترونيا".

المطلب الثاني: أركان عقد الزواج الالكتروني

سيتم التطرق في هذا المطلب لبيان الأركان الشرعية لعقد الزواج والتي قررها فقهاء الشريعة على اختلاف مذاهبهم وآرائهم، ثم بيان أركان عقد الزواج في القانون الجزائري، وبناء على تلك الأركان وعلى خصائص عقد الزواج الإلكتروني نتوصل إلى أركان هذا الأخير باعتباره عقدا مستحدثا.

الفرع الأول: أركان عقد الزواج في الفقه الإسلامي.

اختلف فقهاء الشّريعة الإسلامية في أركان عقد الزواج إلى رأيين؛ ومردّ الخلاف هو أنّ الجمهور يجعلون كل ما يقوم به العقد ركنا، سواء أكان داخلا في ماهيته أم خارجا عنها، فالصّيغة والعاقدان والمحل لا يُتصوّر قيام العقد إلاّ بهما. أمّا الحنفية[10]. فيرون بأنّ ركن الشيء ما يتوقّف عليه وجود ذلك الشيء، بحيث يكون داخلا في ماهيته؛ لذلك قصروا ركن العقد على الصّيغة المكونة من الإيجاب والقبول، أمّا بقيّة الأركان (العاقدان، والولي، والشاهدين، والصداق) فعدّوها شروطا؛ لأنها خارجة عن حقيقة العقد وإن كان العقد لا يتمّ إلا بها[11]. وفيما يلي بيان أركان عقد الزواج عند الفقهاء بناء على مقوّمات العقد المعتبرة عندهم.

1- وعند المالكية أربعة (الولي والصداق والمحل والصيغة)[12].

2- عند الشافعية هي خمسة أركان (زوج وزوجة وولي وشاهدين صيغة)[13].

3-وعند الحنابلة هي ثلاثة (الزوجان، والإيجاب والقبول، والترتيب بين الإيجاب والقبول)[14].

الفرع الثاني: أركان عقد الزواج في التشريع الجزائري.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد نص في قانون الأسرة على أن: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"[15]، فقد حدد النص القانوني ركنا وحيدا لعقد الزواج هو الرضا، فلا يمكن لعقد الزواج أن يكتب له الوجود إلا بوجود الرضا، الذي هو أساس جميع العقود، سواء العقود المدنية المالية، أو عقد الزواج أو أي عقد آخر مهما كان الطرف المتعاقد .

ويتكون ركن الرضا بتطابق إرادة المتعاقدين على تحقيق نفس الأثر، الإرادة الأولى المبتدئة وهي الإيجاب بالإرادة الثانية المطابقة لها وهي القبول. وهنا يرى البعض أنه كان على المشرع الجزائري النص على الركن الأساسي وهو الصيغة بما تحمله من إيجاب وقبول، والتي تعبر عن رضا الطرفين بالعقد، فحقيقة الرضا أنه من شروط الصحة حيث لا يتصور وجود صيغة صحيحة مكونة لماهية العقد الشرعية ومنتجة لأثارها إلا إذا كانت صادرة عن رضا وطيب وخاطر.

وبناء على ما ذهب إليه الأحناف، وما تبناه المشرع الجزائري من اعتبار الركن الوحيد في عقد الزواج منحصرا في الصيغة المتمثلة في الإيجاب والقبول، فإنه مما لا شكّ فيه أن أي عقد سواء أكان بين حاضرين أم بين غائبين فإنّه يشتمل على إيجاب وقبول، وفي المجلس نفسه، لذلك فاتحاد المجلس شرط جوهري في الانعقاد، لضبط المدة المسموح بها لتدبر الأمر والانتهاء إلى القبول أو الرفض[16]. وما ننتهي إليه هو أنّ الظاهر من اتحاد مجلس العقد؛ وجود طرفيه في مكان واحد كما جرت عليه الحال قديما، إلاّ أنه قد يكون أحدهما بعيدا عن الآخر ويتحقق اتحاد مجلس العقد حكما، إذا كان بينهما واسطة اتصال تمكن أحدهما من سماع الآخر، أو رؤيته، أو حتى معرفة رغبته في التعاقد من عدمه عن طريق الكتابة الإلكترونية.

إذن فالمراد حقيقة من اتحاد مجلس العقد هو اتحاد الزمن الذي يشتغل فيه المتعاقدان بعقدهما، ومجلس العقد هو حال التفاوض في العقد، والتعبير عن الإرادة بين الطرفين عن طريق الوسائط الإلكترونية التي تتيح نقل الصوت والصورة، أمّا في عقد الزواج عن طريق الكتابة الإلكترونية فمجلس العقد هو مكان

وصول الرسالة المكتوبة، على أن ترسل بالوسائط الفورية حتى لا يكون هناك زمن فاصل بين الكتابة والقبول. وعليه فيمكننا القول بأنّ عقد الزواج الذي يتمّ بواسطة وسائل الاتصال المختلفة المكتوبة أو المسموعة أو المرئية هو عقد تتوفر فيه الأركان والشروط التي قررها الأحناف واعتبرها المشرع الجزائري على غرار غيره من التشريعات التي جنحت إلى المذهب الحنفي.

المطلب الثالث: صور عقد النكاح الإلكتروني وحكمه

إنّ إبرام عقد الزواج الإلكتروني بمختلف الوسائل الإلكترونية لا تخرج من صورتين إجمالا، فإمّا أن تكون بالكتابة عبر الوسائط الإلكترونية، أو بالمحادثة المرئية أو المسموعة أو كلاهما معا، وسوف نُفصّل في هاتين الصورتين وحكمهما في الفقه والقانون على النّحو الآتي:

الفرع الأول: صور عقد الزواج الإلكتروني.

1-الصورة الأولى: إبرام عقد الزواج بواسطة الكتابة الإلكترونية

أ- إبرام عقد الزواج عن طريق البريد الإلكتروني (E-mail): إنّ الكتابة الإلكترونية هي ما يتبادله المتعاقدان من تصوير للفظ بحروف هجائية وما يعبران به بواسطة تلك الألفاظ عن إرادتهما في إبرام العقد، ويكون ذلك عن طريق التطبيقات الإلكترونية الناقلة للكلمات مكتوبة في مدة زمنية فائقة السرعة، ومن أبرز الوسائط الإلكترونية الرائدة في مجال التعاقد الإلكتروني بالكتابة "البريد الإلكتروني (E-mail)" والذي يعتبر من آخر الخدمات البريدية في عالم الاتصالات ونقل الوثائق، ويقصد به استخدام الأجهزة الإلكترونية الداعمة لتطبيق البريد الإلكتروني في نقل الرسائل بدلا من الوسائل التقليدية، حيث يخصص لكل شخص صندوق إلكتروني خاص، وهذا الصندوق عبارة عن ملف وحدة الأقراص الممغنطة المخصصة لاستقبال الرسائل[17].

ويتميز البريد الإلكتروني بجملة من المميزات تجعله جديرا باستخدامه كوسيط آمن لعقد الزواج الإلكتروني، إذ أنه يترك أثرا ماديا مكتوبا، حيث يحفظ كل ما يتم إرساله من خلاله لمدة زمنية غير محددة، كما أنه يُمكّن من حفظ الوثائق والسندات التي ترسل عبره، إذ يمكن استخراج نسخ منها أو صُورٍ مطابقة في أي وقت يشاء طرفي العقد، كما لا تتم عملية الاتصال به إلاّ من خلال خطوط وشبكات اتّصال خاصّة، ويكون لكل مشترك في هذه الشبكات رمز سري خاص يؤمن اتصالاته ويمنع غيره من استخدام حسابه أو الوصول إليه، ويؤمن ذلك جانب السرية والأمان بحيث ينتفي احتمال ضياع الوثائق أو تسرب المعلومات المتبادلة بين الطرفين أو إنكارها[18].

ب- إبرام عقد الزواج عن طريق شبكة الموقع- ويب: يكون عقد الزواج الإلكتروني عن طريق الويب عند دخول مستخدم الشبكة على موقع ما، ليتيح له ذلك التواصل مع مستخدم آخر وتقديم عروض معينة، فإما أن يبادر المستخدم الآخر على الرد على العرض في نفس الزمان، وإما أن ينتظر فترة من الزمن ليتلقى الرد، وهنا نكون أمام تعاقد بين غائبين من حيث الزمان والمكان، أمّا إذا تمّ الرد فوراً بعد وضع العرض دون وجود فاصل زمني فنكون أمام تعاقد بين حاضرين زمانا، غائبين مكانا، ويكون التعبير عن الرضا عبر الويب بالكتابة، أو الضغط على زر الموافقة الذي تتضمنه لوحة المفاتيح المثبتة بالجهاز الإلكتروني المتصل بالشبكة، وإمّا أن يتمّ الضغط مرتين على زر الموافقة لتأكيد الموافقة واجتناب الوقوع في الخطأ، وإمّا أن يتم التعبير على الإرادة

بإرسال رسالة إلكترونية تتضمن الرغبة في إتمام العقد، ويمكن الاستعانة ببعض الأشكال والرموز التي تعني الموافقة وتمام الرضا[19].

2-الصورة الثانية: إبرام عقد الزواج عن طريق المهاتفة أو المحادثة الإلكترونية

أ-إبرام عقد الزواج عن طريق الهاتف: يتم إبرام عقد الزواج الإلكتروني مهاتفة عن طريق وسائل الاتصال السمعية، إذ ينتشر في العالم كمٌّ هائل من شبكات الاتصالات الهاتفية، والتي تتوفر على كوابل أرضية أو بحرية، أو محطّات لاسلكية تستقبل وتنقل البيانات عن طريق أجهزة استقبال وإرسال متطورة، وحزمة هوائيات ضخمة، أو باستخدام أقمار صناعية سابحة في الفضاء، وتتيح هذه الوسيلة إبرام عقد الزواج إلكترونيا، عن طريق الاتصال الهاتفي بين المتعاقدين، وسماع كل منهما للآخر.

ويعتبر التعاقد بالهاتف تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان غائبين من حيث المكان، إلاّ أنّه ليس ثمة فاصل زمني بين القبول والعلم به، ولذلك اعتبره كثير من الفقهاء بأنه حضور حكمي، وأنّ الفترة الزمنية الفاصلة بينهما بمثابة مجلس العقد، والتي تفصل بين الإيجاب والقبول، شريطة أن يكون المتعاقدان مشغولان بالعقد فقط، وبذلك يكون وقت انعقاد العقد تماما كعقد الزواج المباشر بين حاضرين لاتحاد الزمان بينهما؛ لأن وقت صدور القبول هو نفسه وقت علم الموجب به[20].

ب-إبرام عقد الزواج عن طريق المحادثة المرئية: يتم إبرام عقد الزواج الإلكتروني عن طريق المحادثات المسموعة والمرئية بواسطة تطبيقات ووسائط إلكترونية متعددة، بحيث تتصل هذه التطبيقات بشبكة الأنترنت عن طريق أجهزة إلكترونية داعمة لها وناقلة للصوت والصورة، وتتيح هذه التقنية للمتعاقدين مشاهدة بعضهم البعض، بل ومشاهدة مَنْ حولهم وسماعهم في نفس الوقت، وكأنهم بنفس المجلس زمانا ومكانا، ليمكِّنهم ذلك من إبرام عقد الزواج، وإحضار الشهود، والتفاوض بشأن العقد الذين هم بصدد إبرامهُ[21].

ومن بين عديد التطبيقات الداعمة لنقل الصوت والصورة عبر شبكة الأنترنت نذكر أهمها وأكثرها شيوعا بين الناس، وهو "الماسينجر"؛ إذ يتم تحميل هذا التطبيق بعد فتح حساب خاص على موقع "فايسبوك" وهو موقع اجتماعي يتيح للناس من مختلف دول العالم التواصل والنشر وتبادل البيانات، ويتوفر تطبيع ماسينجر على مئات الغرف للدردشة والمحادثة، وتبادل المراسلات بمختلف الطرق، سواء بالكتابة أو الصوت والصورة المباشرين أو المسجلين، وهو ما يسمح بإجراء عقود الزواج الإلكتروني والتعبير عن الرضاء وسماع الإيجاب والتلفظ بالقبول وإسماع الشهود صيغة العقد، وكأنه مجلس بين حاضرين زمانا ومكانا، وليس ماسينجر فقط يتيح هذه الخدمة بل ظهرت مؤخرا تطبيقات كثيرة صُممت على منواله غير أنها لا تحتاج لموقع الفايسبوك لتثبيتها، بل يمكن تثبيتها بمفردها عن طريق ربطها برقم شريحة الهاتف المثبتة على الهواتف النقالة، مثل تطبيق الواتساب، والفايبر، وإيموا، وغيرها.

الفرع الثاني: حكم عقد الزواج الإلكتروني

ذهب الفقه الشرعي والقانوني إلى آراء تباينت بين الجواز، والمنع، والجواز بضوابط بخصوص حكم عقد الزواج الإلكتروني، وفيما يلي بيان ذلك.

أولا: حكم إبرام عقد الزواج عن طريق الكتابة الإلكترونية.

انقسم الفقهاء في حكم عقد الزواج عن طريق أجهزة الاتصال المكتوبة إلى رأيين على النحو الآتي:

أ-الرأي الأول: تبنى هذا الموقف منع من ابرام عقد الزواج عن طريق الكتابة الإلكترونية ومن مناصري هذا الموقف جمهور الفقهاء من المالكية، الشافعية والحنابلة، واستدلوا موقفهم بأدلة والتي تتمثل في:

_ إنّ عقد الزواج يوثق عن طريق الإشهاد عليه، وهو شرط صحة عند المالكية، والشافعية، والحنابلة، وذهب المالكية الى جواز تأخيره الى ما قبل الدخول كما يشترطون الاعلام والظهور.

_ إن عقد الزواج له خصوصية بين سائر العقود، وأنه يحتاط فيه مالا يحتاط في غيره حفظا للفروج، وهذا مقصد هام من مقاصد الشريعة الإسلامية[22].

_ إنّ إبرام الزواج بهذه الوسيلة البسيطة فيه استهانة بعقد تفانى التشريع الإسلامي في تنظيم أحكامه بدقة[23].

ب-الرأي الثاني: ذهب إلى هذا الرأي غالبية فقهاء الحنفية حيث يرون بجواز عقد النكاح عن طريق الكتابة، واستدلوا على ذلك بأن الكتابة من البعيد بمثابة الخطاب من القريب، حيث إن الكتابة لها حروف ومفهوم يؤدي معنى معلوم، فهو كالخطاب الحاضر، كما أن الكتابة بين غائبين وسيلة صحيحة التحقيق التراضي والتوافق بين الطرفين، وما دام كذلك فلا مانع من التعاقد من خلاله[24].

وبناء على ما سبق يتضح لنا أن إبرام عقد الزواج عن طريق الكتابة كان معروفا منذ القدم، وقد تباينت آراء الفقهاء المسلمين بشأنه بين الجواز والمنع، وفي تأييد لموقف المجزين لإبرام عقد الزواج بوسائل الاتصال بالكتابة وهذا بشروط وضوابط حتى يحتاط لمثل هذا الأمر.

ثانيا: حكم إبرام عقد الزواج عن طريق المحادثة المرئية. انقسم الفقهاء في حكم عقد الزواج عن طريق أجهزة الاتصال المرئية والمسموعة إلى رأيين على النحو الآتي:

أ-الرأي الأول: عدم صحة إجراء عقد الزواج بطريقة الوسائل الحديثة الناقلة للكلام نطقا، وقد ذهب الى هذا القول مجمع الفقه الإسلامي الدولي، ومجمع الفقه الإسلامي بالهند، واللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء بالسعودية؛ وقد عللوا لذلك بأنّ عقد الزواج عبر الهاتف واللاسلكي وغيره من الوسائل الناقلة للصوت قد يدخله خداع وغش لأحد الطرفين على الآخر[25].

ب-الرأي الثاني: ذهب أكثر الفقهاء المعاصرين إلى جواز عقد الزواج الإلكتروني بصورة مباشرة، لكن اشترطوا حضور الشهود لإتمام إبرام هذا العقد؛ وذلك لاستماع الإيجاب والقبول، ويشترطون غياب العاقدان، وكان استدلالهم هو تحقق شروط الانعقاد من التلفظ والمطابقة بين الإيجاب والقبول، وسماع كل منهما الآخر،

ووجود الولي، وإذا توفر ذلك يمكن إبرام عقد الزواج بصورة إلكترونية وذلك عن طريق وسائل الاتصال المسموعة والمرئية[26].

الفرع الثالث: الضوابط القانونية لإبرام عقد الزواج الإلكتروني.

يعتبر عقد الزواج الإلكتروني في نظر القانون من العقود المستحدثة، والتي أثارت العديد من الجدل واختلاف الآراء، فبالرجوع إلى القانون وتحديدا قانون الاسرة الجزائري نجده نص على أن: "يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا، ويصح الايجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة والاشارة"[27].

والملاحظ من هذه المادة أن الأصل في التعبير عن الرضا يكون باللفظ، أما استثناء من العاجز الذي يكون الإيجاب والقبول منه بكل ما يفيد معنى النكاح، والمشرع لم يحدد لنا معنى العاجز، وهذا ما أخذ به حيث الكتابة بين الغائبين كاللفظ بين الحاضرين، أما بالنسبة لعقد الزواج الإلكتروني لم يبين لنا هذا العقد، ولم ينص عليه صراحة في قانون الأسرة الجزائري، مما يحتم علينا البحث في قوانين أخرى كالمدني ومحاولة إسقاط إحكام قانون الأسرة عليه في مدى صحة التعاقد الإلكتروني لعقد الزواج من عدمه.

المبحث الثاني

اثبات عقد الزواج الالكتروني

نتيجة للتطور العلمي في رسائل الاتصال الحديثة، وما نتج عنها من سهولة عملية نقل الأحداث بصورة سريعة ودقيقة، تجسدت في تطور بعض العقود التجارية، وكذلك وقد لحقت عقد الزواج وظهر ما يسمى بعقد الزواج الالكتروني، الذي يتم عن طريق مختلف وسائل الاتصال الحديثة، ولكن يحدث تساؤل وهو كفية اثبات هذا العقد من خلال هذه الوسائل الاتصال الحديثة؟

المطلب الأول: وسائل الإثبات عقد الزواج الكتروني امام قاضي شؤون الأسرة.

تعددت وسائل الاثبات في عقد الزواج واسقاطا على ذلك فإن اثبات عقد الزواج الالكتروني مايلي:

الفرع الأول: الإشهاد ودوره في اثبات عقد الزواج الالكتروني.

يعتبر الاشهاد من أقوى البيانات في الشريعة الإسلامية، وفي عقد الزواج وهو من أهم ركائزه، وكذلك هو الشأن في قانون الأسرة؛ فيعرف الاشهاد في الزواج أنه المشاهدة أو المعاينة لواقعة ابرام عقد الزواج، وشرط في قانون الأسرة الجزائري، وهذا حسب المادة 9 مكرر من نفس القانون[28].

أولا: الإشهاد عبر الوسائل التقنية المكتوبة. يشترط ابرام عقد الزواج الالكتروني عبر الوسائل المكتوبة كالفاكس والبريد الالكتروني الوصول كل من الإيجاب والقبول للشاهدين، حيث يتم إعادة الإرسال الى شاهدين، فتطور هذه الأنظمة المكتوبة سهلت في وصول ايجاب والقبول بشهادة الشهود، فهنا الاشهاد متحقق بوجود الشهود مع القابل وسماعهم للإيجاب والقبول، أما فاعلية التقنيات المكتوبة إلكترونيا في حجبة الإثبات فظهرت عدة آراء لهذه الرسائل كالفاكس والتلكس[29].

الرأي الأول: تمثل في عدم تمتع رسائل الإلكترونية في حجية الإثبات من مؤيدين هذا الرأي قانون الإثبات الكويتي رقم 39 سنة 1980 والمعدل لقانون رقم 1 لسنة 1997، الذي يعتبر شأنها شأن الأوراق العرفية التي ليس لها حجية الإثبات.

الرأي الثاني: يرى أصحاب هذا الرأي بتمتع الرسائل الالكترونية كالفاكس والتلكس بحجية قاصرة للإثبات، فتعتبر هذه الرسائل بمثابة مبدأ قبول كالكتابة يمكن استكمالها بالبينة أو القرائن، لأنها وسيلة تجمع بين الدقة الفنية عند التشغيل والأمان التقني عند الإثبات وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية في حكم لها[30].

الرأي الثالث: يميز أصحابه بحجية القانونية الكاملة في الإثبات، لطالما أن القانون لم يتطلب شكلا خاصا في الإبرام، وقد اعترف القضاء الفرنسي بهذه الرسائل الالكترونية ومنحها حجية القانونية في الإثبات[31].

الملاحظ مما سبق أن هناك اختلاف في الآراء حول رسائل الالكترونية ويظهر الاختلاف بين المؤيد والمعارض في حجية اثبات هذه الرسائل، فمنها من عارض واعتبرها غير قانونية وليس لها أي حجية في الإثبات، ومنها من اعتبرها غير كاملة ومنهم من اعتبرها وأيد بأنها تتمتع بكامل الحجية القانونية، وفي تأييد هذه الآراء، نلاحظ أن هذه الرسائل تتميز بحجية الكاملة شأنها شأن القرائن مادامت أنها تقوم بنفس العمل وهي توصيل معلومات بشكل سريع ودقيق، فلماذا لا تتمتع بحجية الإثبات أو ما المانع من جعلها وسيلة للإثبات؟

ثانيا: الإشهاد عبر الوسائل التقنية المسموعة والمرئية. اعتبر بعض الفقهاء بعدم جواز ابرام عقد الزواج الالكتروني وذلك لعدم توفر شرط وهو الشهادة في العقد والذي اعتبروه شرط صحة، واعتبر المالكية بأنه ركن من أركان عقد الزواج، لكن المجيزين لإبرام عقد الزواج الالكتروني فقد ذهبوا إلى أن التكنولوجيا الحديثة أوجدت حلا بحيث أن الهاتف النقال مزود بتقنية مكبر الصوت أو تقنية جمع بين أكثر من شخص، وهذا ما تسهل للمتعاقدين وشهود سماع بعضهم دون مشقة، وكأنهم في مكان واحد، وعليه فإن الشاهدان لحظة تلقي الشهادة، ورغم ذلك يتلقيان الشهادة من خلال تمييز الأصوات بحاسة السمع، وبالتالي تتحقق الشهادة[32].

أما بالنسبة للمشكل الذي يواجهه الفقهاء هو كيفية اثبات الشهادة عبرها وكيف سيشهد الشهود على مراسيم اجراء العقد بين غائبين؟

إن التكنولوجيا الحديثة أجابت على هذا التساؤل، ووجدت له حلول من خلال مكالمات الفيديو التي زودت بها الهواتف النقالة الحديثة، حيث أصبح مقدور كل من العاقدين رؤية بعضهما البعض أثناء المكالمة الهاتفية مع ظهور الشهود في شاشة واحدة مع إضافة تقنية التسجيل للفيديو صوتا وصورة، وبالتالي يستطيع الشاهدان هنا مشاهدة العاقد وكأنهما في مجلس واحد وتكون شهادتهما كالشهادة في مجلس العقد الحقيقي التقليدي.

وتماشيا مع تم ذكره ونافلة القول انه أصبح اليوم من الجائز قبول الشهادة في النكاح عبر وسائل الاتصال الحديثة طالما تحققت شروط الشهادة فيها أهمها سماع الشهود للإيجاب والقبول مع التأكد من حقيقة الأشخاص، وهو ما يعزز الرأي يعتد بجواز الشهادة في النكاح عن طريق وسائل الاتصال الشفاهية والمرئية

المشرع لم يعترف في قانونه المدني 05-10 بالصوت كمحرر في حين يوجد العديد من التشريعات التي اعترفت به كالقانون الأردني والسوداني، فأنزلوه منزلة الإقرار غير القضائي والذي يقوم بتقديره قاضي الموضوع، فيصبح دليلا كاملا بشرط أن يتم التسجيل بعلم المقر حتى ينسب إليه قصد الإقرار بالحق، وفي حالة الانكار وجوب على الخبرة من أجل كشف التلاعب.

الفرع الثاني: المحرر الإلكتروني ودوره في إثبات عقد الزواج الالكتروني.

إن المشرع الجزائري اعترف بالمحرر الالكتروني وذلك من خلال المادة 323 مكرر من القانون المدني المعدل لسنة 2005[33]، حيث أضاف ثلاث مواد خاصة بالإثبات الالكتروني وقد نصت نفس المادة على: "ينتج الاثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم، مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها، وكذا طرق ارسالها". وبالتالي فإن الكتابة الالكترونية يقصد بها كل حروف أو أرقام أو رموز أو أية علامات أخرى[34].

وبالتالي مصطلح محرر الالكتروني يستعمل للدلالة على كل أنواع الملفات المعلوماتية بالنص أو الصورة أو الصوت، وهو ما يلائم اثبات العقود الالكترونية المبرمة عبر الأنترنت.

فالمحرر الالكترونية اعتبره المشرع الجزائري بمنزلة المحرر الورقي من ناحية الحجية في الاثبات، أن تكون له حجية بصدوره من الشخص المنسوب اليه توقيعه، وبسلامته المادية وبصحة ما دون فيه من وقائع وحجية بالنسبة للأشخاص وهذا حسب المادة 323 مكرر1[35].

واسقاطا لذلك في اثبات عقد الزواج الالكتروني، فيجب أن يشمل المحرر الالكتروني المستخدم في نقل عبارة الايجاب بالزواج على مجموعة من الخصائص، حتى يكون كالمحرر الكتابي دليلا للإثبات، وينبغي أن توفر هذه الخواص في أي محرر، خاصة الالكتروني وتكمن هذه الخصائص في:

1_ أن تكون هذه الكتابة ذات معنى مفهوم أي قابلية المحرر للقراءة والإدراك.

2_ دوام المحرر لمكن الرجوع اليه في حالة التنازع.

3_ ثبات مضمون المحرر وعدم تعرضه لأية تعديلات منذ انشائه وهذه أهم خاصيته[36].

المطلب الثاني: وسائل الحديثة في الاثبات عقد الزواج الالكتروني.

الفرع الأول: مفهوم التوقيع الالكتروني.

ان انتشار الواسع في العقود الالكترونية أدى الى ضرورة البحث عن بديل للتوقيع التقليدي، حتى لا يكون عقبة أمام التعاملات الالكترونية عبر الأنترنت، الأمر الذي أسفر عن إيجاد شكل جديد غير مألوف من التوقيعات وهو التوقيع الالكتروني الذي يختلف في شكله ومضمونه عن التوقيع التقليدي، باعتباره يوضع على محررات تختلف بدورها عن المحررات الورقية[37].

أولا: تعريف التوقيع الالكتروني. عرف بعض الفقهاء التوقيع الالكتروني بأنه مجموعة من الإجراءات يتبع استخدامها عن طريق الرموز أو الأرقام، اخراج رسالة الكترونية تتضمن علامة مميزة لصاحب الرسالة المنقولة الكترونيا.

وعرفها آخرون بأنه مجموعة من الإجراءات التقنية التي تكمن من تحديد شخصية من تصدر عنه هذه الإجراءات، وقبوله بمضمون التصرف الذي يصدر التوقيع شأنه[38].

أما المشرع الجزائري اعترف صراحة بالتوقيع الالكتروني وفق شروط معينة، وذلك من خلال القانون المدني سنة 2005 في المادتين 323 مكرر، 323 مكرر1، و327 في فقرتها الأخيرة. غير أن المشرع تدارك هذا النقص، فأصدر مرسوم تنفيذي رقم 01_123 المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية. وقد جاءت المادة 31 مكرر من هذا المرسوم صراحة كل من التوقيع الالكتروني بقولها: "التوقيع الالكتروني هو معطى ينجم عن استخدام أسلوب عمل يستجيب للشروط المحددة في المادتين 323 مكرر، 323 مكرر1، من الأمر رقم 75_58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمذكور أعلاه"[39].

فالملاحظ أن المشرع الجزائري أبقى مسألة غامضة عندما عرف التوقيع الالكتروني بأنه معطة ناجم عن استخدام أسلوب عمل يستجيب للشروط المذكورة، ذلك أنه لم يفصح عن نوعية وشكل وأسلوب العمل هذا الذي يستجيب لتلك الشروط.

ثانيا: صور التوقيع الالكتروني. يتخذ التوقيع الالكتروني عدة صور تتمثل فيما يأتي:

1- التوقيع بالقلم الالكتروني. هو آلية موجزة للتوقيع الالكتروني تتضمن نقل التوقيع الخطي الى الحاسوب باستخدام القلم الالكتروني وتخزينه على أي دعامة الكترونية، وذلك عن طريق قيام الشخص بوضع توقيعه يدويا أو على شاشة الحاسوب أو على لوح رقمي ويخزن ذلك في الرقمية وتضاف الى رسالة البيانات، أما في حالة سرقة البطاقة والرقم السري فإنه ليس من السهل قيام السارق بعملية السرقة لأن فيه برنامج يكشف ذلك من خلال التحقق من صحة التوقيع، وبالتالي فإن التوقيع يضفي نوعا من الحماية للتعاملات الالكترونية المبرمة عبر الأنترنت[40].

2- التوقيع البيومتري. يعتبر هذا النوع من أنواع التوقيع على خصائص ذاتية للإنسان كالبصمة أو شبكة العين أو نبرة الصوت وغيرها من الأمور التي تختص بالإنسان، وتتم هذه الطريقة بتخزين بصمة الشخص داخل دائرة الكترونية للجهاز الذي يتم التعامل معه، لا يتم الدخول الا إذا تمت بخاصية من خصائص الذاتية للإنسان، ويعتبر هذا النوع من أنواع النادرة الاستعمال وذلك أنه قد تتغير ظروف الذاتية للإنسان من تآكل البصمة أو تغير نبرة أو غير ذلك[41].

3- التوقيع الرقمي. عبارة عن أرقام مطبوعة تسمى "HASH" المحتوى المعاملة التي يتم التوقيع عليها بالطريقة ذاتها، ويكون ذلك بالتشفير وذلك بتحويل المحرر المكتوب والتوقيع الوارد من نمط عادي الى معادلة رياضية

باستخدام مفاتيح سرية، ويتحقق المرسل من صحة التوقيع عن طريق استخدام المفتاح العام للمرسل لفك الشفرة، والتوقيع الرقمي يحقق أعلى درجات الثقة والأمان(42).

الفرع الثاني: حجية التوقيع الالكتروني.

اختلفت صور التوقيع الالكتروني من نوع الى اخر.

أولا: تحديد هوية الموقع. أول وظيفة تتولى التوقيع الالكتروني تحقيقها هي تحديد الموقع، فليس من المهم تحديد هوية محرر الكتابة أو منشئ المحرر المهم هو تحديد هوية الموقع الذي يستلزم وروده في محرر وعليه فإن المحرر يسهل عادة في التعبير، مثال "أنا الموقع أدناه"، للدلالة بأن الموقع هو نفسه الملتزم، ويمكن بعدها التأكد من ذلك ويمكن تحديد ما إذا كان التوقيع لصاحبه أم لا(43).

وعليه فكل من يوقع الكترونيا على المحرر تحدد هويته وتوثق وهذا ما نصت عليه المادة 06 من القانون 04_15 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين: "يتم اثبات العلاقة بين معطيات التحقيق من التوقيع الالكتروني وصاحب التوقيع عن طريق شهادة الكترونية موصوفة تصدرها وزارة العدل"(44).

ثانيا: التعبير عن إرادة الموقع. يحقق التوقيع الالكتروني هذه الوظيفة وربما لدرجة أكبر من التوقيع العادي، ذلك لأن بعض أشكال التوقيع العادي كالختم والبصمة تدل على صاحبها لكن لا تعبر عن موافقته بمضمون السند ونفس الأمر بالنسبة للإمضاء يمكن تزويره، أما التوقيع الالكتروني بأشكاله المختلفة فإن له القدرة على التعبير عن رضا الشخص بالموافقة على مضمون السند، وتجدر الإشارة أنه تتحقق نية التعبير عن الرضا بالالتزام بمضمون السند الالكتروني من خلال استخدام الموقع مفتاحه الخاص، وعند الانتهاء من بيانات انشاء التوقيع تتجه الإرادة بالالتزام بما تم التوقيع عليه(45).

ثالثا: اتصال التوقيع الالكتروني بالسند. يدعى هذا الشرط بالسلامة، ويقصد به سلامة التوقيع الالكتروني الذي يوقع عليها الشخص بحيث يكون مرتبطا ارتباطا يمنع أي تعديل على القيد بعد اجراء عملية التوقيع الالكتروني وفي حالة وجود تعديل على السند الذي تم التوقيع عليه فلا بد أن يحدث تغيير على التوقيع ويجدر الإشارة أن هذا التغيير يكون ظاهرا يسهل اكتشافه وذلك من أجل ضمان سلامة المعلومات الواردة على السند(46).

الخاتمة:

يتضح مما سبق أن المشرع الأسرة الجزائري لم ينص صراحة على موضوع ابرام عقد الزواج الالكتروني، ولم يأخذ به، إلا أنه بالرجوع الى قواعد القانون المدني نجده قد اعترف بالعقد الكتروني، ويظهر اثبات عقد الزواج الالكتروني بتوفر الشهود على ما تم ابرامه في عقد الزواج عبر وسائل الاتصال الحديثة وكذلك عبر محرر الالكتروني ويتم اثباته كذلك بالتوقيع الالكتروني الذي يختلف صوره من صورة الى أخرى.

يمكن أن نجمل النتائج المتوصل اليها من هذه الورقة فيما يلي:

1. ابرام عقد الزواج الالكتروني بعدة وسائل منها الوسائل المربوطة بشبكة الانترنت عن طريق تقنيات الصوتية أو المرئية أو الكتابة عن طريق البريد الالكتروني وغيرها من الوسائل التي تحقق السرعة في ابرام العقود رغم بعد المسافة.
2. تكلم قانون الأسرة عن طريق التعبير عن الإرادة في المادة 10 منه، وهي الكلام أولا وإن تعذر فالكتابة وان تعذر ذلك فالإشارة.
3. الشهادة في عقد النكاح عبر وسائل الاتصال الحديثة، هي مسألة خلافية بين فقهاء الشريعة الإسلامية، بحيث تأرجحت آرائهم بين مؤيد ومعارض وملتزم للحياد.
4. اثبات الزواج بوسائل الاتصال الحديثة وتوثيقه هما مسألتان يتغيران إشكالات عديدة في الواقع، في ظل سكوت المشرع الجزائري طبعا فقد غض النظر عن مسألة الزواج بوسائل الحديثة ككل.
5. التوقيع الرقمي هو التوقيع أكثر استعمالا وانتشارا، تضمن جهات التوثيق الالكتروني سلامة التوقيع الالكتروني من أي تزييف أو تغيير بالبيانات الخاصة به.

ولذلك فالتوصيات هي:

. اعتراف المشرع الأسرة بعقد الزواج الالكتروني وذلك لما يسهل اتصال الناس وقضاء الحاجة وهذا خاصة في الوضع الراهن وانتشار فيروس كورونا التي صعبت الناس الوصول الى بعضها عامة وابرام عقد الزواج خاصة.

. وضع مادة قانونية تعرف عقد الزواج الالكتروني مع ضبط شروطه وكيفية اثباته.

. وضع برنامج أو موقع الكترونيا تابع لموقع وزارة العدل بحيث يكون خاص فقط بالزواج الالكتروني بحيث يمنع أي أحد من أي اختراق قد يسبب ذلك.

. وضع آليات تكفل حماية المتعاقدان من أي غش وتغرير لما يحدث في مواقه الاتصال الحديثة.

الهوامش:

---

(1) إبراهيم مصطفى (وآخرون)، المعجم الوسيط، دار الدعوة، القاهرة، باب الزاد، د ب ن، د س ن، ص 405.

(2) سورة الدخان، آية 54.

(3) مرتضى الزَّبيدي، (تحقيق: مجموعة من المحققين)، تاج العروس، دار الهداية، ج6، د ب ن، 1205، ص25.

(4) إبراهيم مصطفى وآخرون، مرجع سابق، ص614.

(5) محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية. دار الفكر العربي، ط2، القاهرة، 1950، ص 15.

(6) المادّة 04 من القانون رقم: 84-11، المؤرخ في: 09 رمضان عام 1404هـ الموافق لـ 9 يونيو 1984م، والمعدل والمتمم بالأمر رقم: 05-02، المؤرخ في: 18 محرم 1426هـ الموافق لـ 27 فبراير 2005م، والمتضمن: قانون الأسرة، المعدل والمتمم. الجمهورية الجزائرية، الجريدة الرسمية، العدد: 15، سنة21، الصّادر في 27 فبراير سنة 2005م.

(7) ماجد محمد سليمان، العقد الالكتروني، مكتبة الرشد، ط1، الرياض: 1429، ص20.

(8) آلاء الجسيري وآخرون، أثر تطبيقات الهاتف النقال في مواقع التواصل الاجتماعي على تعلم وتعليم القرآن الكريم لطالبات جامعة طيبة، المجلية الأردنية في العلوم التربوية. المجلد 11، العدد 1، سنة 2005، ص15.

(9) إبراهيم رحماني، ابرام عقود الزواج عن طريق الوسائط الإلكترونية الحديثة، مجلة الشهاب، جامعة الوادي، العدد 04، 2016، ص87.

(10) علي حيدر خواجه، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، دار الجيل، ط1، ج1، القاهرة، 1994، ص432.

(11) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، ط12، ج3، دمشق، د س ن، ص2303.

(12) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث، ج4، القاهرة، 2004، ص77.

(13) محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، ط1، ج3، د ب ن، 1994، ص35.

(14) موفق الدين بن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد، دار الكتب العلمية، ط1، د ب ن، 1994، ص9.

(15) إبراهيم رحماني، ابرام عقود الزواج عن طريق الوسائط الإلكترونية الحديثة، مجلة الشهاب، جامعة الوادي، العدد 04، 2016، ص107.

(16) صالحي عبد الرحيم، انعقاد الزواج بالبريد الالكتروني دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، مجلة دفاتر السياسة والقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، العدد 07، 2012، ص13.

(17) عدنان ابراهيم سرحان (نوري حمد خاطر)، شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات) دراسة مقارنة. دار الثقافة للنشر والتوزيع، د ب ن، د س ن، ص76.

(18) محمد ابراهيم ابو الهيجاء، التعاقد في البيع بواسطة الانترنيت، د د ن، عمان، 2002، ص53.

(19) محمد عقلة الابراهيم، حكم إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة (الهاتف-البرقية-التلكس) في ضوء الشريعة والقانون، دار الضياء للنشر والتوزيع مركز العبدلي التجاري، ط 1، الأردن، 1998، ص 118.

(20) المرجع نفسه، ص 109، 108، 107.

(21) مصطفى مهدي محمد عبد اللطيف، أثر المستجدات التقنية والمجتمعية في الأحكام الشرعية لبعض مسائل الأحوال الشخصية (دراسة فقهية مقارنة)، كلية الشريعة والقانون، قسم الفقه العام، رسالة الماجستير، القاهرة، 2017، ص 151، 150.

(22) منير محمد الجنبيهي (ممدوح محمد الجنبيهي)، الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، د س ن، ص142.

(23) خالد مدوح إبراهيم، امن المستندات الالكترونية، الدار الجامعية، ط1، الإسكندرية، 2008، ص171.

(24) إبراهيم رحماني، ابرام عقد الزواج عن طريق الوسائط الالكترونية الحديثة دراسة فقهية مقارنة، مجلة الشهاب، معهد العلوم الإسلامية، جامعة الوادي، العدد 4، 2016، ص96.

(25) آمنة تارزير (كريمة محروق)، الزواج عن طريق وسائل الاتصال الحديثة . دراسة مقارنة بين أحكام الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 06، جامعة قسنطينة، العدد 01، 2020، ص524.

(26) مفيدة عبد الوهاب محمد إبراهيم، حكم اجراء عقد النكاح عبر الوسائل الالكترونية الحديثة، جامعة الأزهر، كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات بالزقازيق، قسم الفقه العام، ص 1241.

(27) ردينة محمد رضا، الزواج الالكتروني في قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 سنة 1958، مجلة الكوفة، العدد 46، 2020، ص289.

(28) زازون أكلي (حبال أمال)، الاشهاد على عقد الزواج بين الشريعة وقانون الأسرة الجزائري، مجلة حوليات، جامعة الجزائر1، الجزء الرابع، العدد31، 2021، ص14.

(29) هاجر عبد الدائم (موسى مرمون)، دور القاضي في اثبات الزواج الالكتروني، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد 30، قسنطينة، العدد3، 2019، ص295.

(30) الجمال، سمير حامد عبد العزيز، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة. دار النهضة العربية، ط1، مصر، 2006، ص263.

(31) هاجر عبد الدائم (موسى مرمون)، مرجع سابق، ص296.

(32) الأشقر أسامة عمر سليمان، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق. دار النفائس، ط2، الأردن، 2005، ص109.

[33] المادة 323 مكرر من القانون رقم 05_ 10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، المعدل والمتمم للأمر رقم 75_58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، الصادر بجريدة الرسمية بتاريخ 26 يونيو 2005، المتضمن قانون المدني، العدد 44، ص24.

[34] فوغالي بسمة، اثبات العقد الالكتروني وحجته في ظل عالم الأنترنت، كلية الحقوق، جامعة محمد لمين دباغين، شهادة الماجستير، قانون الخاص، قانون الأعمال، سطيف2، 2015، ص7.

[35] بلقنيش حبيب، اثبات التعاقد عبر الأنترنت (البريد المرئي) _دراسة مقارنة، كلية الحقوق، جامعة وهران، أطروحة الدكتوراه، قانون الخاص، السانيا، 2011، ص84.

[36] إبراهيم الدسوقي، الجوانب القانونية للتعاملات الالكترونية، مجلس النشر العلمي، ط1، جامعة الكويت، 2003، ص ص 166، 167.

[37] فوغالي بسمة، مرجع سابق، ص58.

[38] نفس المرجع، ص59.

[39] المادة 31 مكرر من المرسوم التنفيذي رقم 07_162 المؤرخ في 30 مايو 2007 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم 01_123 المؤرخ في 9 مايو 2001، والمتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية، والصادر بجريدة الرسمية بتاريخ 7يونيو 2007، العدد37، ص13.

[40] بلقنيشي حبيب، مرجع سابق، ص ص120، 121.

[41] مسعودي يوسف، مدى حجية التوقيع الالكتروني في الاثبات في التشريع الجزائري (دراسة على ضوء أحكام القانون 15_04)، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، الجزائر، العدد 11، 2017، ص ص87، 88.

[42] سنقرة عيشة، حجية التوقيع الالكتروني في الاثبات". مجلة الميدان للدراسات الرياضية والاجتماعية والإنسانية، المجلد الثاني، جامعة الجلفة، العدد الثامن، 2019، ص345.

[43] هاجر عبد الدائم (موسى مرمون)، مرجع سابق، ص299.

[44] المادة 06 من القانون رقم 15_04 المؤرخ في 1فبراير 2015، المتعلق بقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونين، الصادر بجريدة الرسمية بتاريخ 10 فبراير 2015، العدد 06، ص4

[45] مسعودي يوسف، مرجع سابق، ص89.

[46] نفس المرجع، ص90.

ضوابط قبول الدليل الجنائي الرقمي أمام القاضي الجزائي

د/ بن فردية محمد
جامعة غرداية (الجزائر)
Mohabenferdia32@gmail.com

****

ملخص:

تهدف هذه الدراسة إلى توضيح مسألة مهمة في إطار القانون الجنائي وهي مسألة قبول الدليل الجنائي الرقمي أمام القاضي الجنائي، إن الدليل الرقمي باعتباره تطبيقا من تطبيقات الدليل العلمي وما يتميز به من موضوعية وكفاءة وحياد باعتباره محكم وفق قواعد علمية حسابية قاطعة لا تقبل التأويل يقوي من يقينيته ويساعد القاضي في التقليل من الأخطاء والاقتراب أكثر إلى تحقيق العدالة والتوصل إلى الحقيقة.

إن حقيقة هذا المنطق لا يستقيم إلا بوجود خاصيتين هما محل جدل واختلاف بين مختلف التشريعات، تأتي الضمانة الأولى ضمن هذه الدراسة المتمثلة في شرط يقينية الدليل الجنائي الرقمي وهذا خوفا من إمكانية خضوعه للتعديل والعبث والخروج به على نحو يخالف الحقيقة، والضمانة الثانية تلك المتمثلة في مسألة مشروعية الدليل الجنائي الرقمي وكيفية الحصول عليه وما تثيره هذه النقطة بالذات من جدل بين مختلف التشريعات المقارنة أو ما تعرف بقاعدة استبعاد الأدلة المتحصل عليها بطريق غير مشروع.

الكلمات المفتاحية: الدليل الرقمي، يقينية الدليل، مشروعية الدليل، القاضي الجزائي.

مقدمة:

تعد مسألة حجية أو مصداقية الأدلة الناتجة عن الحاسبات الآلية كجهاز آلي مستقل أو ضمن شبكة معلوماتية وإن كان يقصد بها ما يتمتع به الدليل الرقمي في شكل مخرجات إلكترونية من قوة استدلالية على صدق نسبة الجريمة المعلوماتية إلى شخص معين من عدمها، إلا أنها تثير العديد من التساؤلات حول مدى الحجية التي يتمتع بها مثل هذا النوع من الأدلة، وفي الحقيقة فإن هذا النوع من التساؤلات إنما يعود للطبيعة الخاصة التي يتميز بها الدليل الرقمي بخلاف الأدلة المادية الأخرى.

إن هذه المسألة تعتبر أحد النقاط الهامة التي تعرض لها المؤتمر الدولي الخامس عشر للجمعية الدولية لقانون العقوبات والذي عقد في ريو دي جانيرو بالبرازيل، كما تعرضت لهذه المسألة الحلقة التمهيدية التي عقدت على المستوى الدولي في فريبورج بألمانيا مما ينجلي عن أهمية كبيرة لمسألة الإثبات الجنائي بالأدلة الرقمية[(1)].

وعلى مستوى هذه الدراسة والتي تم فيها الانتقال إلى مرحلة المحاكمة وهي المرحلة الحاسمة المتجسدة في عرض الدليل على القاضي الجزائي حيث تعتبر من أهم المراحل وفيها يتم تقييم الدليل من طرف القاضي الجزائي، على أن الدليل الجنائي عموما يخضع في عملية إثباته وتقييمه من طرف القاضي إلى مرحلتين مرحلة

القبول ومرحلة التقدير، ذلك أن القاضي لا يقدّر إلا الدليل المقبول، ولا يكون مقبولا إلا بعد التيقن من مراعاة الدليل لنصوص القانون.

أما فيما يخص إشكالية هذه الدراسة فيمكن القول بأن الدليل الرقمي دليل مستحدث يتميز بخواص ينفرد بها عن باقي الأدلة التقليدية مما يثير في حقيقة الأمر صعوبات أثناء عملية تقييمه من طرف القضاء ويثار في هذا الإطار الاشكالية التالية: **فيما تتمثل ضمانات قبول الدليل الجنائي الرقمي أمام القاضي الجزائي**؟، كما وينجم عن هذه الإشكالية أيضا تساؤلين مختلفين أولهما: هل أن هذه الضمانات تختلف من نظام قضائي إلى نظام آخر؟، وهل أن الدليل الرقمي وبالنظر إلى السمات التي تميزه عن الأدلة التقليدية سيؤثر ذلك في عملية تقديره من طرف القاضي الجزائي؟

أما عن المنهج المستخدم فإنه لا شك أن هذا النوع من الدراسات تقتضي تنوعا في المناهج بداية من المنهج الوصفي التحليلي الذي يقتضي وصف مجموعة من الأفكار المتجسدة في قواعد قانونية ثم القيام بتحليل تلك القواعد للوصول إلى أحكام معينة، كما أن المنهج المقارن يجد مكانه بقوة كون أن هذا النوع من المواضيع أصبح شائعا ومجالات تواجده بين أغلب الدول والقوانين الوطنية وكذا المذاهب بين الأنجلوسكسونية واللاتينية وما يثيره من مقاربات وكذا من صدامات بين هذه القوانين.

يمكن في هذا الإطار ومن خلال الإشكالية المطروحة آنفا تقسيم الدراسة إلى محورين أساسيين وهما المحور الأول المعنون بيقينية الدليل الجنائي الرقمي، ثم المحور الثاني بمشروعية الدليل الجنائي الرقمي.

المبحث الأول

يقينية الدليل الجنائي الرقمي

إن الأدلة الرقمية إما أن تكون على شكل مخرجات ورقية يتم إنتاجها عن طريق الطابعات أو الراسم وإما أن تكون إلكترونية كالأشرطة والأقراص المغنطة وأسطوانات الفيديو أو تكون على شاشات الحواسيب أو وحدات العرض المرئي، وهناك ضوابط معينة تحكم الأدلة بشكل عام بما فيها الرقمية يلتزم بها القضاة لتفادي بطلان الإجراءات، وتعتبر مسألة قطعية الدليل الجنائي الرقمي من أهم الضمانات المتعلقة بالدليل الرقمي في حد ذاته ويقصد به أن تكون الأدلة الرقمية يقينية أي غير قابلة للشك وإلا كانت مرفوضة أمام القضاء على أن هذه الجزئية تثير العديد من الإشكاليات بالنظر إلى السمات التي يتميز بها هذا النوع من الأدلة ولدراسة مضمون يقينية الدليل الرقمي فإنه ينبغي التطرق إلى قطعية الدليل الجنائي الرقمي على ضوء التشريعات المقارنة (مطلب أول)، تقييم الدليل الجنائي الرقمي للتأكد من مصداقيته (مطلب ثاني)

المطلب الأول: قطعية الدليل الجنائي الرقمي على ضوء التشريعات المقارنة

إن المخرجات الإلكترونية من أنظمة معلوماتية وشبكات الإنترنت بما تتمثل من أوراق مطبوعة مصدرها بيانات ومعلومات رقمية، وأقراص مغناطيسية ومصغرات فيلمية تحظى بالمصداقية ولكن على حسب اختلاف

المنظومة التشريعية سواء في التشريعات اللاتينية (فرع أول)، أو التشريعات الأنجلوسكسونية (فرع ثاني) وهذا كما يلي:

الفرع الأول: قطعية الدليل الجنائي الرقمي في التشريعات اللاتينية

في فرنسا فالأمر لا يختلف بالنسبة لمخرجات الحاسب الإلكتروني إذ يشترط القانون الفرنسي أن تكون يقينية حتى يحكم بالإدانة ذلك أنه لا محل لدحض قرينة البراءة وافتراض عكسها إلا عندما يصل اقتناع القاضي الجزائي حد الجزم واليقين وهو ما قضت به محكمة النقض الفرنسية:" ...إذا أفصحت محكمة الاستئناف عن وسائل دفاع المتهم غير أكيدة فيتعين أن تقضي بالبراءة حتى تمكنه من الاستفادة من قاعدة الشك يفسر لصالح المتهم، على أنه لا يمكن إعمال هذه القاعدة إلا بعد أن تعذر أن تضاء أمام القاضي كافة الشموع وإزالة الغموض الذي دعا لقيام الشك وأن يحاط بالدعوى عن بصر وبصيرة"[2].

أما في الجزائر فإنه انطلاقا من المادة 212 من ق.إ.ج يمكن القول أنه بإمكان قاضي الموضوع الاستناد إلى مخرجات الأجهزة الإلكترونية كأدلة إثبات في القضايا الجزائية باعتبارها محررات مكتوبة ومقروءة ومعبرة عن حقائق تتطابق مع ظروف وملابسات القضية المنظورة أمام المحكمة مع ما توصل إلى قناعة بمصداقية هذه المخرجات وصلاحيتها في إسناد الواقعة أو نفيها.

الفرع الثاني: قطعية الدليل الجنائي الرقمي في التشريعات الأنجلو سكسونية

اشترط قانون البوليس ولإثبات الجنائي لسنة 1984 في المملكة المتحدة أن لا تقبل المخرجات الرقمية كدليل إثبات إلا أذا استكملت اختبارات الثقة المنصوص عليها في القسم 69 من هذا القانون، بيد أن أحكام المحاكم البريطانية تشير إلى أن شرائط القسم 69 لا تنطبق إذا كانت مطبوعات الحاسب دليلا حقيقيا أصليا وليس مجرد نقل عن الغير، أو في حالة إذا كانت البيانات دقيقة وناتجة عن حاسوب يعمل بصورة سليمة[3]، وفي كندا فإن الرأي السائد في الفقه هو اعتبار مخرجات الحاسوب من أفضل الأدلة لذا فهي تحقق اليقين المنشود في الأحكام القضائية، حيث أن المادة 29 من قانون الإثبات الكندي والخاصة بسجلات المؤسسات المالية تقرر عددا من الشروط التي يجب توافرها قبل عمل صورة من السجل الذي يضاف إلى الأدلة ومن ضمن هذه الشروط أن تكون الصورة حقيقية من المدخل الأصلي، فقد قضت محكمة استئناف (أونتارو) الكندية في قضية (مكميلان) بأنه يشترط لكي تكون سجلات الحاسوب مقبولة بوصفها نسخا حقيقية من السجلات الإلكترونية أن تكون مستكملة بوصف كامل لنظام حفظ السجلات السائد في المؤسسات المالية، كما يمكن أن يتضمن ذلك وصفا للإجراءات والعمليات المتعلقة بإدخال البيانات وتخزينها واسترجاعها حتى يتبين أن المخرج الكمبيوتري موثوق به بشكل كامل[4]، كما تعرضت ذات المحكمة في قضية (بيل وبيرس) لواقعة كانت فيها قاعدة البيانات الإلكترونية قد محيت وكل ما تبقى منها هو مخرجات الطابعة وقد استخدم البنك هذه المخرجات المطبوعة على أنها هي الأصل وليس مجرد صورة فأيدت المحكمة ذلك وقضت على أن الصورة في هذه الظروف التي كان يستخدمها البنك تنزل منزلة الأصل فتصبح هذه الصورة هي السجل الأصلي حسبما جاء في المادة 29 من قانون الإثبات[5].

أما الفقه الياباني فيعتبر مخرجات الأجهزة الإلكترونية غير مرئية ولذلك لا يمكن استخدامها كدليل إلا إذا تم تحويلها إلى صورة مرئية ومقروءة عن طريق مخرجات الطابعة، وفي مثل هذه الحالة يتم قبول هذه الأدلة الناتجة عن الحاسب سواء كانت الأصل أو نسخة منه، أما السند القانوني لقبول هذه المخرجات هو نصوص المواد 321-328 ق.إ.ج والتي تعتبر استثناء من القاعدة العامة المنصوص عليها في المادة 320 ق.إ.ج والتي تستبعد شهادة السماع، فحسب نصوص هذه المواد فإن الأدلة المتوالدة من الحاسوب تعتبر أدلة إثبات في القضايا الجزائية(6).

وقد نصت بعض قوانين الولايات الأمريكية على أن النسخ المستخرجة من البيانات التي يحتويها الحاسوب تعد من أفضل الأدلة المتاحة للإثبات وبالتالي يتحقق مبدأ اليقين لهذه الأدلة. كما وتشترط المحاكم الأمريكية أن يكون الدليل محل ثقة ومعتمد حيث أن القضاء يقوم بتحديد درجة مصداقية الدليل الرقمي وهذا باستخدام أحد أدوات الأدلة التناظرية الرقمية؛ ويكون هذا باستخدام موجهات أو ما يطلق عليها باختبارات داوبورت Daubert guide lines (7)

وتحدد اختبارات داوبورت أربع فئات عامة يحب استخدامها كموجهات عند تقييم الإجراءات المتبعة في الأدلة العلمية وهي: 1- التجربة والاختبار، 2- نسبة الخطأ، 3- النشر، 04- القبول.

وعموما يمكن القول أن قطعية الدليل الرقمي تتحقق أكثر بإخضاعه للتقييم الفني بوسائل فنية من طبيعة هذا الدليل تمكنه من فحصه للتأكد من سلامته وكذا من صحة الإجراءات المتبعة في الحصول عليه من أجل تفادي تلك العيوب التي قد تشوبه، فمثلما يخضع الدليل الرقمي إلى إتباع إجراءات معينة للحصول عليه فهو يخضع كذلك لإجراءات معينة للحكم على قيمته التدليلية من الناحية العلمية

المطلب الثاني: تقييم الدليل الرقمي للتأكد من مصداقيته

في هذا الإطار يتم التحقق من سلامة الدليل الرقمي من العبث (فرع أول) وكذا من حيث السلامة الفنية للإجراءات المستخدمة للحصول عليه (فرع ثاني) كما يلي:

الفرع الأول: التحقق من سلامة الدليل الرقمي من العبث

للتأكد من سلامة الدليل الرقمي من التعديل أو العبث به يتم إتباع عدة طرق معينة أهمها:

أ- فكرة التحليل التناظري الرقمي: والتي من خلالها يتم مقارنة الدليل الرقمي المقدم للقضاء بالأصل المدرج بالآلة الرقمية ومن ثم يتم التأكد من عدم حصول العبث في النسخة المستخرجة أم لا، ويستعان في ذلك بعلم الكمبيوتر الذي يساهم في فهم مضمون الدليل الرقمي ويكشف عن وجود تلاعب من عدمه.

ب- استخدام الخورزميات: وهي عمليات حسابية خاصة ويتم اللجوء إليها في حالة عدم الحصول على النسخة الأصلية، إذ بإمكان التأكد من سلامة الدليل الرقمي من العبث والتحريف(8).

ج- استعمال الدليل المحايد: وهو نوع من الأدلة الرقمية المخزن في البيئة الافتراضية لا علاقة له بموضوع الجريمة ولكنه يساعد في التأكد من سلامة الدليل الرقمي وعدم حصول أي تعديل عليه(9).

ويمكن القول من خلال جميع هذه التقنيات أن الخبرة الفنية تلعب دورا بارزا في التأكد من مصداقية الدليل الرقمي من عدمه.

الفرع الثاني: التحقق من السلامة الفنية للإجراءات المستخدمة للحصول عليه

إن الدليل الرقمي يتم الحصول عليه بالتباع جملة من الإجراءات الفنية والتي من الممكن أن يعتريها خطأ قد يشكك في سلامة نتائجها الأمر الذي يحتم إخضاعها لاختبارات كوسيلة للتأكد من سلامة هذه الإجراءات من حيث إنتاجها لدليل تتوافر فيه المصداقية، وأهم هذه الخطوات ما يلي:

1-إخضاع الأدوات المستخدمة للتجارب: ويتم ذلك بالتباع اختبارين رئيسيين يتم التأكد من خلالهما أن الأداة المستخدمة عرضت كل المعطيات المتعلقة بالدليل الرقمي وفي ذات الوقت أنها لم تضف له أي بيان جديد، ويتمثل هذين الاختبارين في:

أ-اختبار السلبيات الزائفة: ومفاده التأكد من أن الأدوات المستخدمة في الحصول على الدليل تقدم كافة البيانات المتاحة وتعرض النتيجة والمحصلة النهائية التي تم التوصل إليها؛ فمثلا يجب أن تظهر جميع الملفات إذا ما قمنا بعرض محتويات دليل ما داخل الكمبيوتر، كما يجب أن تكون الأداة قادرة على عرض جميع الملفات المحذوفة، وكذا يجب أن تكون قادرة أيضا على نسخ كافة أسماء البيانات إلى الجهة المرغوب بنسخ البيانات فيها[10].

ب-اختبار الإيجابيات الزائفة: والذي مفاده إخضاع الأداة المستخدمة في الحصول على الدليل الرقمي لاختبار يمكن من خلاله التأكد من أن هذه الأدلة لا تفرض معطيات إضافية جديدة نتيجة لاستخدام الأدوات المعنية.

ويعتبر هذين الاختبارين أصعب أنواع الاختبارات وأكثر الطرق الفنية استخداما للتحقق من أن الأدوات المستخدمة لا تؤدي إلى إدخال أو إضافة بيانات جديدة[11].

2- الاعتماد على الأدوات التي أثبتت الدراسات العلمية كفاءتها: إذ تبين الدراسات العلمية والبحوث المنشورة في مجال التحقيق الرقمي الطرق السليمة التي يجب إتباعها في الحصول على الدليل الرقمي، كما بينت هذه الدراسات أيضا الأدوات المشكوك في كفاءتها مما يساهم في تحديد مصداقية ومدى قطعية المخرجات المستمدة من تلك الأدوات[12].

وعليه يمكن القول أنه للتأكد من مصداقية الدليل الرقمي ينبغي اتخاذ ثلاث خطوات، وهي:

الخطوة الأولى: تحديد الطرق المثلى للوصول إلى سلامة الدليل الرقمي أثناء عملية التحريز ضمن ضمانات قانونية علمية مشروعة

الخطوة الثانية: التأكد من صحة الدليل الرقمي بإجراء اختبارات الثقة والتي تشمل ثلاث عناصر أولا: التأكد من صفة القائم باستخراج الدليل الرقمي من حيث توافر الشروط الشكلية والموضوعية والكفاءة الفنية، ثانيا: تحديد الجهاز المشتبه فيه وتحديد الجهاز محل الجريمة والقيام بإجراءات التحريز، ثالث: التأكد من البرامج والتطبيقات والأدوات التي بموجبها يتم استخلاص الدليل الرقمي.

الخطوة الثالثة: أن يتم كل ذلك ضمن إجراءات التوثيق المعتمدة التي تضمن الكفاءة والنزاهة والحياد في اقتناع أجهزة تطبيق القانون.

المبحث الثاني

مشروعية الدليل الجنائي الرقمي

إذا كان قانون الإجراءات الجنائية يسعى إلى الكشف عن الحقيقة إلا أن التساؤل يثور حول السبل والقنوات المقبولة التي يتعين سلوكها وصولا إلى تلك الغاية، فهل أن كافة الوسائل متساوية في نظر القانون؟ وهل يبرر نبل الغاية دناءة الوسيلة؟ وما هي الحقيقة التي يحرص نظام العدالة الجنائية على بلوغها هل هي الحقيقة من حيث مادياتها ليس إلا، أم هي الحقيقة في قالب قانوني محدد؟، هذه التساؤلات تثير مسألة القيمة القانونية للأدلة المتحصل عليها بطرق غير مشروعة أي بعبارة أخرى مدى ضرورة قيد سلطة القاضي الجنائي في قبول الدليل الرقمي بقاعدة استبعاد الأدلة المتحصل عليها بطريق غير مشروع[13]، وهو ما سيتم دراسته كما يلي: موقف المرشد الفيدرالي الأمريكي من استبعاد الدليل الرقمي (مطلب أول)، ثانيا: موقف التشريعات اللاتينية من قاعدة استبعاد الأدلة الرقمية غير المشروعة (مطلب ثاني)

المطلب الأول: موقف المرشد الفيدرالي الأمريكي من استبعاد الدليل الرقمي

يتناول المرشد الفيدرالي الأمريكي مسألة تفتيش وضبط الحواسيب وصولا للدليل الجنائي الرقمي، ويحكم صحة الإجراءات المتبعة في هذا المرشد مصدران قانونيان وهما التعديل الرابع لدستور و.م.أ، والتشريعات المتعلقة بالخصوصية التي نظمتها الأقسام 27-3121، 12-2701، 22-2510 من الباب 18 US Code[14]، وبالتالي فإن أي مخالفة لهذين القانونين يحكم القضاء بعدم مشروعية الدليل الرقمي المستنبط من الواقعة، وطبقا للقانونين السابقين فإن التفتيش لا يكون إلا بإذن على أن المحكمة العليا الأمريكية قررت إلى إمكانية التفتيش بدون إذن في حالتين الأولى إذا كان سلوك السلطات لا ينتهك التوقع المعقول للخصوصية لدى الأفراد (فرع أول)، والحالة الثانية إذا كان التفتيش يعد مبررا في إطار الاستثناء على التفتيش (فرع ثاني).

الفرع الأول: التوقع المعقول للخصوصية على الحواسيب كأداة تخزين

يشير المرشد الفيدرالي إلى أنه عندما تواجه المحاكم قضايا تفتيش حواسيب فإنه يجب عليها أن تشبه أجهزة التخزين الإلكترونية بالحاويات المغلقة Closed containers وعليها التسبيب من حيث أن الحصول على المعلومات المخزنة داخل جهاز إلكتروني مشابه لفتح حاوية مغلقة؛ لأن الأفراد عامة لديهم توقع معقول للخصوصية في محتويات الحاويات المغلقة، وهو ما أشارت له المحكمة الفيدرالية العليا في قضية ROSS ، كما أقرت المحكمة العليا الفيدرالية في قضية Barth أن يتضمن الدخول إلى معلومات مخزنة داخل القرص الصلب لحاسوب شخصي توقعا معقولا للخصوصية[15].

وبالرغم من أن المحاكم قد توصلت إلى اعتبار أن أجهزة التخزين الإلكترونية يمكن تشبيهها بالحاويات المغلقة إلا أنها توصلت إلى قرارات مختلفة حول ما إذا كان كل ملف مخزن على الحاسوب أو القرص Disk

يجب أن يعامل على أساس أنه حاوية مغلقة منفصلة أم لا؟ حيث أنه في حالتين قررت الدائرة الخامسة الفيدرالية أن القرص Disk الذي يحتوي على عدد كبير من الملفات هو حاوية واحدة؛ ففي القضية الأولى US V. Runyan سنة 2001 قامت جهات خاصة بتفتيش عدة ملفات ووجدت صور داعرة لأطفال ولقد قررت الدائرة الخامسة أن الشرطة لم تتجاوز مجال التفتيش الخاص عند قيامها بفحص ملفات إضافية في أي قرص تم تفتيشه من قبل جهات خاصة قياسا للقرص بالحاويات المغلقة وأوضحت المحكمة:" الشرطة لا تتجاوز البحث والتفتيش الخاص حال فحص المزيد من الأشياء داخل حاوية مغلقة أكثر مما يفعل المفتش الخاص"[16]، أما القضية الثانية واقعة US V. Slanina سنة 2002 حيث قررت المحكمة أنه:" عندما يتم تبرير تفتيش بدون إذن لجزء من الحاسوب والقرص المضغوط Zip Disk فإن المتهم لم يعد لديه الحق في استعادة أي توقع معقول للخصوصية في المحتويات الباقية في الحاسوب والقرص لذلك فإن التفتيش والبحث الشامل للسلطات لا ينتهك التعديل الرابع[17].

وعلى عكس الدائرة الخامسة فإن الدائرة العاشرة استبعدت الدليل الناجم عن مثل هذا التفتيش الشامل في القرص الصلب Hard drive في غياب إذن التفتيش، فقد قررت المحكمة في قضية Carey بأن رجل الضبط تجاوز مجال إذن التفتيش عن البحث في القرص الصلب للحاسوب عن دليل لمبيعات المخدرات عندما ترك هذا البحث وقام بدلا عنه بالبحث عن دليل لصور دعارة أطفال لمدة خمس ساعات[18].

الفرع الثاني: الاستثناء على الإذن بالتفتيش الرقمي

يشير المرشد الفيدرالي الأمريكي إلى أن المحاكم قد أقرت بجواز التفتيش بدون إذن على الحواسيب والأجهزة الرقمية حتى في حالة التوقع المعقول للخصوصية وهذا في عدة حالات منها نظرية الظروف الطارئة؛ حيث أنه يمكن لرجال الضبط القضائي القيام بالتفتيش بغير إذن إذا توافرت ظروف تجعل الشخص المتوسط يعتقد بضرورة الدخول لمنع حدوث ضرر مادي لرجال الضبط القضائي أو لأشخاص آخرين أو لمنع تدمير دليل مناسب أو لمنع هروب مشتبه فيه أو بعض العواقب التي تحبط الجهود الشرعية لتنفيذ القانون[19].

وغالبا ما تظهر الظروف الطارئة في قضايا الحاسوب لأن البيانات الإلكترونية قابلة للتلف، ذلك أن أوامر الحاسوب يمكن أن تدمر الدليل الرقمي في ثوان كما تفعل الحرارة والرطوبة والمجالات المغناطيسية التي تنشأ مثلا في حالة تمرير مغناطيس قوي على القرص Disk ففي قضية David رأى رجال الضبط القضائي أن المتهم قام بحذف ملفات من ذاكرة حاسوبه فقاموا بضبط الحاسوب لأن أفعال المتهم أدت إلى خلق ظروف طارئة، وفي قضيةRomero- Garcia قررت المحكمة الابتدائية أن رجال الضبط القضائي قاموا بالاطلاع على المعلومات في جهاز الاستدعاء الموجود في حيازتهم بطريقة ملائمة لأنهم اعتقدوا أنه من الضروري منع تدمير الدليل.

كما قرر قضاء الدائرة السابعة سنة 1996 في قضية Ortiz إلى أنه: "عند القيام بإجراء تفتيش بقصد الضبط يتم تبرير قيام رجال الضبط القضائي باسترداد الأرقام من جهاز الاستدعاء لأن معلومات جهاز الاستدعاء سهلة التدمير"[20].

المطلب الثاني: موقف التشريعات اللاتينية من قاعدة استبعاد الأدلة غير المشروعة

لما كانت هذه التشريعات في عملية إثبات الجرائم تأخذ بنظام الإثبات الحر في قبول الدليل فإنها بالمقابل تضع استثناءات حول هذه الحرية منها قيد مشروعية الدليل، فقد يضفي المشرع في هذه القوانين قيمة دستورية على بعض الحقوق وينص صراحة على إهدار الدليل المستمد من انتهاكها، ويقوم الاتجاه السائد في هذا النوع من التشريعات على أمرين: أولهما قصر البطلان على المخلفات الإجرائية الجسيمة وهو ما يظهر في استبعاد الأدلة، وثانيها السعي نحو الحد من آثار البطلان حتى لا يعرقل سير العدالة الجنائية. وسيتم في هذا الإطار تناول هذه الجزئية كالآتي قاعدة استبعاد الأدلة على ضوء النظام الفرنسي (الفرع الأول)، موقف المشرع الجزائري من قاعدة استبعاد الأدلة (فرع ثاني)

الفرع الأول: قاعدة الاستبعاد على ضوء النظام الفرنسي

بالرغم أن قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي لم يتضمن نصوصا تتعلق بمبدأ الأمانة أو نزاهة الأدلة Le principe de loyauté des preuves في البحث عن الحقيقة القضائية حتى بعد تعديلاته الأخيرة[21]، إلا أن الفقه والقضاء كانا دوما بجانب المبدأ، سواء في مجال التنقيب عن الجرائم التقليدية أو الحديثة الرقمية، وقد استخدم القضاء الفرنسي في العديد من أحكامه مبدأ نزاهة الأدلة واكتفى إليه بالإشارة إلى عبارة " وقوع تدليس من شأنه أن يعيب البحث عن الحقيقة وإثباتها"، وتظهر الحاجة الملحة إلى مبدأ النزاهة عند استخدام الوسائل العلمية في البحث عن الدليل، حيث يصبح المجال أوسع لاستخدام الحيلة والخداع للحصول على الدليل[22].

ومن مظاهر الإجراءات التي تتعلق بعدم النزاهة في الحصول على الدليل وسيلة الإكراه المادي أو المعنوي في مواجهة المتهم المعلوماتي؛ وهذا مثلا من أجل فك شفرة نظام معلوماتي، أو الوصول إلى دائرة حل التشفير، أو إلى ملفات البيانات المخزنة، وتتجسد هذه الوسيلة بعدة طرق مثلا باستدعاء المتهم المعلوماتي للتحقيق معه في أوقات متأخرة، أو في أوقات مبكرة، وكذا إطالة فترات التحقيق، وغيرها من وسائل الإكراه المعنوي التي تضغط بشدة على إرادة المتهم المعلوماتي بغية معرفة معلومات معينة مثلا حول قاعدة بيانات data base أو نظام إدارة البيانات، أو خريطة تدفق البيانات، أو قنوات إرسال البيانات، أو التصميم التفصيلي للنظام المعلوماتي...، وبالإضافة إلى وسيلة الإكراه المادي أو المعنوي قيام رجال الضبطية القضائية بالتجسس المعلوماتي، أو الاستخدام غير المصرح به لجهاز الحاسب الآلي، أو التنصت والمراقبة الإلكترونية عن بعد دون مسوغ قانوني[23]، ولقد صادقت لجنة الوزراء التابعة للمجلس الأوربي في 28 /1981/1 على اتفاقية خاصة بحماية الأشخاص في مواجهة مخاطر المعالجة الآلية للبيانات ذات الطبيعة الشخصية، ومن المحاور المهمة التي تناولتها الاتفاقية ضرورة أن تكون البيانات مضبوطة صحيحة وكاملة ودقيقة، ومستمدة بطرق مشروعة، وعدم إفشائها أو استعمالها في غير الأغراض المخصصة لها، وهو ما أشار له أحد الفقهاء الفرنسيين إلى أن القضاء قد قبل استخدام الوسائل العلمية الحديثة في البحث والتنقيب عن الجرائم إلا أنه أكد على أن يتم الحصول على الأدلة الجنائية ومن بينها الأدلة الرقمية بطريقة مشروعة ووفقا للقانون[24].

أما عن الجزاء المترتب عن مخالفة الإجراءات القانونية في تحصيل الدليل فإن القانون الفرنسي يميز تقليديا بين نوعين من البطلان الذي يشوب أعمال التحقيق الابتدائي الأول: البطلان المقرر بمقتضى نصوص صريحة (البطلان القانوني)، والثاني: البطلان المقرر كجزاء على مخالفة النصوص الجوهرية (البطلان الذاتي)

1- البطلان القانوني: ويعرف هذا النوع من البطلان بأن المشرع هو الذي يتولى بنفسه تحديد حالات البطلان بحيث لا يجوز للقاضي أن يقرر البطلان في غير هذه الحالات، ويترتب على ذلك أمرين:

أ- لا يجوز الحكم بالبطلان دون نص صريح يقرر بطلان كل إجراء على حدا، متى لم تراعى القواعد المتعلقة بذلك الإجراء.

ب- لا يملك القاضي أي سلطة تقديرية في هذا الشأن.

وتظهر أهمية البطلان القانوني في أنه حصر جميع حالات البطلان وذلك ليستقر القاضي على مبادئ واضحة لا تكون محلا للتأويل، وقد أخذ المشرع الفرنسي بهذا النوع من البطلان وهذا قبل تعديل 1993 ويظهر ذلك من نص المادة 170 التي نصت على جزاء البطلان بالنسبة لجميع الإجراءات والقواعد الشكلية التي تقع على وجه مخالف لما تقضي به المواد 114، 118 والخاصة بضمانات سؤال المتهم عند الحضور الأول، وضمانات الدفاع كالاستعانة بمحامي، وكذا إجراءات البحث عن الأدلة في حالة التلبس بالجريمة كالتفتيش وضبط الأشياء المواد(56، 57، 59)، وكذلك في مرحلة التحقيق الابتدائي المواد (95، 96 ق.إ.ج)، أما فيما يخص أثر البطلان على الإجراءات اللاحقة به فإن المادة 170 قبل تعديلها أشارت إلى أن البطلان يلحق الإجراء المعيب والأعمال التالية له بصرف النظر عن توافر رابطة معينة بعينها وقد اقتصر هذا النص في شأن الاستجواب والمواجهة المنصوص عليها في المواد 114، 118 أما في غير هذه الحالات الخاصة بالاستجواب والمواجهة فإن الفقرة الثانية من المادة 172 قبل تعديلها أشارت إلى خلاف ذلك -كما سنراه لاحقا- أما المادة 2/170 أجازت التنازل عن هذا النوع من البطلان[25].

2- البطلان الذاتي: تقوم فكرته على أنه ليس من الضروري أن ينص المشرع صراحة على البطلان بوصفه جزاء مخالفة إجراء معين بل للقاضي أن يستخلص الإجراء الجوهري ويرتب البطلان على عدم مراعاة القواعد المتعلقة به من تلقاء نفسه ولو لم يقرر المشرع البطلان كجزاء له[26]، وهذا النوع من البطلان تقرره المادة 172 ق.إ.ج " يتحقق البطلان أيضا إذا خولفت النصوص الجوهرية في هذا الفصل إضافة إلى تلك المنصوص عليها في المادة 170 لاسيما عندما تنتهك حق الدفاع" وكذا المواد (2/30، 3/59، 3/78، 107، 170، 4/393 ق.إ.ج)[27]، كما أن هذه المادة في فقرتها الثانية قررت أنه لغرفة الاتهام عندما تصبح مختصة بتقرير البطلان يكون لها الحق في تحديد مداه فإما أن تقصره على الواقعة المعنية وحدها أو أن تمد أثره إلى جميع الإجراءات اللاحقة أو بعضها وفق ما يتراء لها[28].

ولقد عدل المشرع الفرنسي عن التقسيم الثنائي للبطلان بإصداره المادة 171 بموجب التعديل الصادر في 24 أوت 1993 بنصها:" يتحقق البطلان عندما يترتب على إغفال إجراء جوهري منصوص عليه في قانون الإجراءات الجزائية أو نص إجرائي آخر مساس بحقوق الطرف المعني"[29].

وسواء كان البطلان صريحا أو ذاتيا فإن النطق مشروط به وفقا للمادة 802 ق.إ.ج بأن يكون الإجراء المعيب قد أحدث مساسا بحقوق الشخصي المعني به[30]، كما أنه في ظل هذا التعديل ألغى التفرقة بين بطلان الشكليات الخاصة بالاستجواب والمواجهة وغيرها من الشكليات الأخرى من حيث أثر بطلان الإجراء على الإجراءات اللاحقة عليه، وأصبح من حق غرفة الاتهام ضمن كل الحالات أن تقرر ما إذا كان الإجراء الباطل يمتد بطلانه إلى الإجراءات اللاحقة عليه، أم نطاق البطلان يقتصر على الواقعة المعنية وحدها المادة 2/174 ق.إ.ج.فرنسي[31].

الفرع الثاني: موقف القانون الجزائري من قاعدة الاستبعاد

بالرجوع للنصوص القانونية التي تضمن البطلان خاصة القسم العاشر من الفصل الأول من الباب الثالث والذي كان بعنوان: بطلان إجراءات التحقيق في المواد من 157 إلى 161 من ق.إ.ج الجزائري وكذا المادتين 100، 105 من نفس القانون يتضح أن المشرع قد أخذ بالمذهب القانوني، كما أنه قد أخذ بالمذهب الذاتي ويظهر ذلك من نص المادة 159 من نفس القانون.

1- البطلان القانوني: نص على هذا النوع من البطلان صراحة المادتين 100، 105 حيث أن الأولى متعلقة باستجواب المتهم والثانية بسماع الطرف المدني

أ- البطلان المقرر لمصلحة المتهم: والوارد في نص المادة 100 ق.إ.ج[32].

ب- حيث علق المشرع حالات البطلان فيه بعدم احترام الإجراءات الواردة في نص المادة وهي

- إحاطة المتهم علما عند سماعه لأول مرة بكل واقعة من الوقائع المنسوبة إليه
- تنبيه المتهم عند سماعه لأول مرة بأنه حر في عدم الإدلاء بأي تصريح (حق الصمت)
- إبلاغ المتهم عند سماعه لأول مرة بحقه في اختيار محام

ج- البطلان المقرر لمصلحة المدعي المدني: والوارد بالمادة 105 من ق.إ.ج[33] فيتمثل في عدم احترام الإجراءات التالية:

- سماع المدعي المدني بحضور محاميه أو بعد دعوته قانونيا
- استدعاء محامي بكتاب موصى عليه يرسل إليه قبل سماع المدعي المدني بيومين أو أكثر
- وضع ملف الإجراءات بين يدي محامي المدعي المدني قبل يومين من موعد الاستجواب

وقد أشارت المادة 157 إلى أن هذا البطلان المتعلق بمخالفة إجراءات استجواب المتهم وسماع المدعي المدني يعتبر باطلا، وينسحب هذا البطلان على جميع ما تلاه من إجراءات متعلقة به، على أن المادة 2/157 أجازت للخصم أن يتنازل عن التمسك بالبطلان ويصحح بهذا الإجراء[34].

2- البطلان الذاتي: ونصت عليه المادة 159 ق.إ.ج[35]: حيث نصت فيه على أحكام جوهرية يترتب على مخالفتها البطلان دون تحديد لهذه الأحكام، واكتفت المادة بذكر شرطين وهما:

-حصول مخالفة للأحكام الجوهرية المقررة في الباب المتعلق بالتحقيق (المواد 66 إلى 211)

- أن يترتب على مخالفة الأحكام المذكورة إخلالا بحقوق الدفاع أو أي خصم في الدعوى

أما بالنسبة للشرط الأول فقد ثار خلاف حول وضع معيار دقيق للتفرقة بين القواعد الجوهرية وغيرها، إلا أنه وبالرجوع إلى الواقع العملي-حسب رأي الأستاذ مروك نصر الدين- نجد أن الأوضاع الجوهرية التي تتعلق بموضوع التحقيقات ومنها الحصول على الدليل –موضوع الدراسة- هي الانتقال والتفتيش، الطلب الافتتاحي لأجراء التحقيق، سماع الشهود، استجواب المتهم، سماع المدعي المدني، الإنابة القضائية، الخبرة، إعادة التحقيق لظهور أدلة جديدة...[36].

أما الشرط الثاني وهو في حالة الإخلال بحقوق الدفاع أو أي خصم في الدعوى، ومن هذه الحالات: عدم اختصاص قاضي التحقيق، عدم بيان تكييف الوقائع والمواد القانونية المعاقب عليها في الطلب الافتتاحي لأجراء التحقيق، سماع المتهم بعد أدائه اليمين، محضر سماع متهم غير ممضي من طرف قاضي التحقيق، محضر مواجهة غير ممضي من طرف قاضي التحقيق...

والسؤال الذي يتبادر هل يحكم بالبطلان لمجرد مخالفة أي قاعدة تتعلق بالإجراء الجوهري المطلوب اتخاذه، أم أن هذا الأمر لا يترتب إلا بالنسبة للقواعد الجوهرية للإجراء الجوهري ذاته؟ والجواب هو أن مخالفة القواعد المنصوص عليها للإجراء الجوهري ليست جميعا على درجة واحدة من حيث ترتيب البطلان على مخالفتها، لذا فإن البطلان لا يترتب إلا إذا كانت القاعدة جوهرية وليست مجرد قاعدة إرشاد وتوجيه، وكذا على حسب نوعية القاعدة موضوعية كانت أو إجرائية[37].

فالقواعد الموضوعية اللازمة لصحة الإجراء تتمثل في الإرادة والأهلية الإجرائية والمحل والسبب، فالقانون يستلزم لصحة الإجراء وقوعه من شخص له صفة معينة وهو ما يعبر عنه بالأهلية الإجرائية، وبتوافر سبب معين، وينصب على محل معين، وأن يباشر في ظروف معينة، فجميع هذه القواعد المتعلقة بالوجود القانوني للإجراء تعتبر جوهرية فتخلف أحد الشروط يؤثر على الغاية التي وجد من أجلها الإجراء، وبالتالي يترتب عليه البطلان، أما بالنسبة للقواعد الشكلية فهي تلك الإجراءات التي يصاغ فيها الإجراء الجوهري فيثور بصددها تفرقة بين القواعد الجوهرية وتلك التنظيمية، وينظر إلى معيار الغاية أو الهدف الذي أراده المشرع من وراء النص على الإجراء.

وتجدر الإشارة إلى أن المادة 2/159 قد أعطت لغرفة الاتهام سلطة تقرير قصر هذا البطلان على الإجراء بعينه أو امتداده جزئيا أو كليا على الإجراءات اللاحقة به.

أما مجال البطلان الذي يتعلق بتحصيل الدليل فنجده في مرحلة التحري والتحقيقات (مرحلة التحقيق القضائي الابتدائي) حيث تتميز هذه المرحلة بتعدد وتنوع الإجراءات التي تتم من خلالها، وقد أحاطها المشرع بضمانات وشكليات خاصة كونها مرحلة استنباط الدليل، فقاضي التحقيق أثناء مباشرته لمهامه المادة (68 ق.إ.ج) يقوم بإجراءات متنوعة تتطلب الصحة الشرعية حتى تنتج آثارها القانونية، وفي الحالة العكسية يترتب عليها البطلان، ويعتبر الاستجواب وكذا التفتيش والضبط من أهم الإجراءات التي يستنبط منها الدليل.

1- بطلان الاستجواب عند الحضور الأول: يعتبر الاستجواب عند الحضور الأول إجراء مهم في التحقيق القضائي، ونظرا لأهميته فقد أحاطه المشرع بضمانات يترتب على مخالفتها بطلان الاستجواب، وقد وردت هذه الضمانات بالمادة 100 السابقة الذكر، ومن أهم هذه الضمانات التأكد من هوية المتهم، وإحاطته علما بكل

الوقائع المنسوبة إليه، وكذا حق الصمت الذي يقصد به تنبيه المتهم إلى أنه حر في عدم الإدلاء بأي تصريح حيث رتبت المادة 157 ق.إ.ج البطلان عند عدم تنبيه المتهم إلى هذا الإجراء[38]، كما أن للمتهم الحق في اختيار محام للدفاع عنه وإلا كلف له قاضي التحقيق محام، ويجب أن تثبت هذه الشكليات في محضر وفي حالة مخالفتها يترتب عليها البطلان النسبي(التنازل عنه من طرف من قرر لمصلحته) كونها مسألة لا تتعلق بالنظام العام، وإنما بحقوق خاصة.

2- بطلان التفتيش والضبط: نظم المشرع هذين الإجراءين في المواد 44-48، 79-85، ونصت المواد 45، 47، 83، 84 على شروط إجرائه كما أن الدستور قد أشار إلى المادة 40 الخاصة بحرمة المسكن وأكد على أن التفتيش لا يكون إلا بمقتضى القانون[39]، وهذا الأخير حدد شروط التفتيش وحالات بطلانه، وقد اختلف الفقه في البطلان الذي يلحق التفتيش بين من اعتبره بطلانا مطلقا كونه متعلقا بالنظام العام، ومن يراه نسبيا كونه متعلقا بمصلحة الخصوم، ومن يراه يحتمل كلا النوعين من البطلان، حيث أن المادة 48 نصت على وجوب مراعاة الإجراءات التي استوجبتها المادتان 45 و47 وإلا ترتب على مخالفتها البطلان، إلا أنها لم تحدد نوعه ولكن بالرجوع إلى نص المادة 3/159 التي قضت بأنه ويجوز دائما للخصم التنازل عن التمسك بالبطلان المقرر لمصلحته وحده يتبين أنه بطلان نسبي وليس من النظام العام، كما أن المادة 191 تقرر أن لغرفة الاتهام أن تفصل في بطلان إجراءات التحقيق، وإذا ما تبين لها أن إجراء من الإجراءات يشوبه البطلان تقرر بطلان الإجراء، كما أنه عند الاقتضاء ببطلان الإجراءات التالية له كلها أو بعضها، يضاف إلى هذا فإن المحكمة العليا قد قررت بأنه بطلان نسبي متعلق بمصلحة الخصوم، وهذا في قرارها الصادر بتاريخ 27 جانفي 1987 الغرفة الجنائية الأولى طعن رقم 22147 وقد ورد في مضمون حكمها بأن الدفع ببطلان التفتيش هو من المسائل الموضوعية التي يجب عرضها على قضاة الموضوع، وإلا سقط الحق في إثارته لأول مرة أمام المحكمة العليا إلا من شخص المتهم الذي قررت القاعدة المخالفة لمصلحته، فليس لغيره ولا للنيابة العامة التمسك بهذا الحق، وعليه فلا يجوز لقضاة الموضوع إثارته من تلقاء أنفسهم، كما يجوز لمن قررت القاعدة المخالفة لمصلحته التنازل عنه صراحة أو ضمنا مما يؤدي إلى تصحيح التفتيش المشوب بهذا العيب، كما أن عدم الدفع به يصحح ما وقع في إجراءات باطلة وأن الحكم ببطلان التفتيش يترتب عنه بطلان الأدلة المستقاة منه، ولا يلحق هذا البطلان الإجراءات الصحيحة التي تمت قبل التفتيش[40].

الخاتمة:

من خلال هذه الدراسة يتبين أن هناك من النتائج التي تم التوصل إليها كما أن هناك مجموعة من الاقتراحات ينبغي الإشارة إليها في هذا الصدد وهي كما يلي:

1-النتائج:

- مصداقية الدليل الجنائي الرقمي في مختلف التشريعات الجنائية سواء اللاتينية أو الأنجلوسكسونية
- اعتماد التشريعات الأنجلوسكسونية على ما يسمى اختبار الثقة للدليل الجنائي الرقمي للوصول إلى يقينيته.
- مسألة تقييم الدليل الجنائي الرقمي مسألة مهمة تلعب الخبرة التقنية في تحديدها.

- مسألة مشروعية الدليل الجنائي الرقمي تثير الكثير من اللبس والغموض بين مختلف المذاهب التشريعية.

- المرشد الفيدرالي الأمريكي للدليل الرقمي تشريع مهم من خلاله تظهر مسألة مشروعية الدليل الجنائي الرقمي وكيفية قبوله أمام القضاء.

- في التشريعات اللاتينية بما فيها المشرع الجزائري مسألة بطلان الدليل ليس من صلاحيات القاضي الجنائي وإنما فقط من صلاحيات غرفة الاتهام.

2-الاقتراحات:

- الدعوة إلى التعامل بجدية تشريعية مع الدلائل الرقمية وعدم الاكتفاء فقط بالقواعد العامة

- ضرورة إثارة فكرة مشروعية الدليل المستنبط بطريق غير مشروع وإمكانية تقريرها من قبل القضاء الجنائي حماية للمتهم وضمانة للحق في الخصوصية.

- ضرورة النص على مسألة قطعية الدليل الجنائي الرقمي من قبل المشرع الجزائري وجعلها قاعدة من قواعد الإثبات تخضع لتقدير المحكمة العليا بدل حصرها في مسألة الاقتناع القضائي فقط.

- محاولة إيجاد دليل استرشادي يتم من خلاله معالجة مسألة الأدلة الجنائية الرقمية المستنبطة من الوسائل التقنية الحديثة في مرحلة البحث والتحري وإخضاعها للتقييم للتأكد من مصداقيتها وقطعيتها وكذا أثناء المعالجة القضائية أمام قاضي الحكم.

الهوامش:

(1) جمال الحيدري، ضوابط اعتبار المخرجات الإلكترونية أدلة إثبات في القضايا الجزائية، مجلة العلوم القانونية العدد 1 المجلد 21، 2006 ص ص 50-52.

(2) فهد عبد الله العبيد العازمي، الإجراءات الجنائية المعلوماتية رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس 2012 ص 389.

(3) Wasik (Martin), computer crimes and other crimes against information technology in united kingdom, R. I .D.P. (vol.64) 1e et 2e trimestres 1993,p 627-632.

(4) PIRAGOFF (Donald K) : « computer crimes and other crimes against information technology in Canada » R.I.D.P. (vol.64) 1e et 2e trimestres 1993 p 243.

(5) PIRAGOFF, op.cit, p 246.

(6) YAMAGUCHI (ATSUSHI): « computer crimes and other crimes against information technology in Japan », R.I.D.P. (vol.64) 1e et 2e trimestres 1993 P 449.

(7) ويعتبر اختبار داوبورت كشرط لقبول الأدلة العلمية في نطاق الإجراءات القانونية وترجع أصوله من الحكم الذي أصدرته المحكمة العليا الأمريكية في قضية داوبورت ضد ميريل دو للصناعات الدوائية عام 1993 للمزيد راجع ممدوح عبد الحميد عبد المطلب، البحث والتحقيق الجنائي الرقمي، دار الكتب القانونية المحلة الكبرى مصر 2006 ص 127.

(8) سعيداني نعيم، آليات البحث والتحري عن الجريمة المعلوماتية في القانون الجزائري رسالة ماجستير، تخصص علوم جنائية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2012-2013 ص 217.

(9) خالد عياد الحلبي، إجراءات التحري والتحقيق في جرائم الحاسوب والإنترنت، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2011 ص 249.

(10) ممدوح عبد الحميد عبد المطلب، المرجع السابق ص 132.

(11) المرجع نفسه ص 133.

(12) سعيداني نعيم، المرجع السابق ص 218.

(13) أحمد عوض بلال، قاعدة استبعاد الأدلة المتحصلة بطريق غير مشروعة في الإجراءات الجنائية المقارنة، ط2، دار النهضة العربية القاهرة، دون سنة نشر ص 3، راجع كذلك محمد حسين الحمداني، نوفل علي الصفو، مبدأ الاقتناع القضائي، مجلة الرافدين للحقوق، مجلد 1 السنة العاشرة، عدد 24 سنة 2005 ص ص 252-260.

(14) عمر محمد بن يونس الإجراءات الجنائية عبر الإنترنت في القانون الأمريكي (المرشد الفيدرالي الأمريكي لتفتيش وضبط الحواسيب وصولا إلى الدليل الإلكتروني في التحقيقات الجنائية)، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة 2005 ص 56.

(15) US V. Barth, 26F.Supp, 2d 929,936-37(W.D.Tex.1998).

(16) US V. Runyan, 275 F.3d 449, 464-65 (5th cir.2001)/ " police do not exceed the private search when they examine more items within a closed container than did the private searchers" مأخوذ من عمر محمد بن يونس، الإجراءات الجنائية عبر الإنترنت في القانون الأمريكي، المرجع السابق ص 61

(17) US V. Slanina, 283F.3d 670,680 (5th Cir.2002) مأخوذ من عمر محمد بن يونس، الإجراءات الجنائية عبر الإنترنت في القانون الأمريكي، المرجع السابق ص 61

(18) US V. Carey, 172 F.3d 1268, 1273-75 (10th cir.1999)/ " ruling that agent exceeded the scope of a warrant to search for evidence of drug sales when he " abandoned that search " and instead searched for evidence of child pornography for five hours" مأخوذ من عمر محمد بن يونس، الإجراءات الجنائية عبر الإنترنت في القانون الأمريكي، المرجع السابق ص 62

(19) عمر محمد بن يونس، الإجراءات الجنائية عبر الإنترنت في القانون الأمريكي، المرجع السابق ص 101

(20) US V. Ortiz, 84 F.3d 977, 984 (7th cir.1996)/ " in conducting search incident to arrest, agents were justified in retrieving numbers from pager because pager information is easily destroyed " مأخوذ من عمر محمد بن يونس، الإجراءات الجنائية عبر الإنترنت في القانون الأمريكي، المرجع السابق ص 103

(21) Thierry Garé, Catherine Gineste, Droit pénal – procédure pénale: 7 édition DALLOZ 2012 p 246-249

(22) معتصم خميس مشعشع، إثبات الجريمة بالأدلة العلمية "، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة 27، العدد 56، ذو الحجة 1434 أكتوبر 2013، ص 65.

(23) هلالي عبد اللاه أحمد، حجية المخرجات الكمبيوترية في المواد الجنائية"، مجلد 2 مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، من 1-3 مايو 2000، ط3، 2004 ص 753.

(24) وفي هولندا فإنه إذا كانت بيانات الحاسوب المسجلة في ملفات الشرطة غير مشروعة فإن ذلك يؤدي إلى عدم إمكانية استخدامها كدليل جنائي وبالتالي استبعادها، للمزيد راجع فهد عبد الله العبيد العازمي، المرجع السابق ص 397.

(25) مروك نصر الدين، محاضرات في الإثبات الجنائي ج1: النظرية العامة للإثبات الجنائي، ط4 دار هومه، الجزائر2010 ص546.

(26) المرجع نفسه ص 547.

(27) أحمد عوض بلال، المرجع السابق ص 113.

(28) هلالي عبد اللاه أحمد، المرجع السابق ص 180.

(29) Article 171 : Il y a nullité lorsque la méconnaissance d'une formalité substantielle prévue par une disposition du présent code ou toute autre disposition de procédure pénale a porté atteinte aux intérêts de la partie qu'elle concerne.

(30) Article 802 : En cas de violation des formes prescrites par la loi à peine de nullité ou d'inobservation des formalités substantielles, toute juridiction, y compris la Cour de cassation, qui est saisie d'une demande d'annulation ou qui relève d'office une telle irrégularité ne peut prononcer la nullité que lorsque celle-ci a eu pour effet de porter atteinte aux intérêts de la partie qu'elle concerne.

(31) Article 174/2 : La chambre de l'instruction décide si l'annulation doit être limitée à tout ou partie des actes ou pièces de la procédure viciée ou s'étendre à tout ou partie de la procédure ultérieure et procède comme il est dit au troisième alinéa de l'article 206.

(32) نص المادة 100 ق.إ.ج.جزائري: "يتحقق قاضي التحقيق حين مثول المتهم لديه لأول مرة من هويته ويحيطه علما صراحة بكل واقعة من الوقائع المنسوبة إليه وينبهه بأنه حر في عدم الإدلاء بأي إقرار وينوه عن ذلك التنبيه في المحضر فإذا أراد المتهم أن يدلي بأقوال تلقاها قاضي التحقيق منه على الفور كما ينبغي للقاضي أن يوجه المتهم بأن له الحق في اختيار محام عنه فإن لم يختر محاميا عين له القاضي محاميا من تلقاء نفسه إذا طلب منه ذلك وينوه عن ذلك بالمحضر كما ينبغي للقاضي علاوة على ذلك أن ينبه المتهم إلى وجوب إخطاره بكل تغيير يطرأ على عنوانه ويجوز للمتهم اختيار موطن له في دائرة اختصاص المحكمة".

(33) نص المادة 105 ق.إ.ج:" لا يجوز سماع المتهم أو المدعي المدني أو إجراء مواجهة بينهما إلا بحضور محاميه أو بعد دعوته قانونا ما لم يتنازل صراحة عن ذلك ويستدعى المحامي بكتاب موصى عليه يرسل إليه قبل الاستجواب بيومين على الأكثر ويجب أن يوضع ملف الإجراءات تحت طلب محامي المتهم قبل كل استجواب بأربع وعشرين ساعة على الأقل كما يجب أن يوضع تحت طلب محامي المدعي المدني قبل سماع أقواله بأربع وعشرين ساعة على الأقل".

(34) نص المادة 157 ق.إ.ج:" تراعى الأحكام المقررة في المادة 100 المتعلقة باستجواب المتهمين والمادة 105 المتعلقة بسماع المدعي المدني وإلا ترتب على مخالفتها بطلان الإجراء نفسه وما يتلوه من إجراءات.

ويجوز للخصم الذي لم تراع في حقه أحكام هذه المواد أن يتنازل عن التمسك بالبطلان ويصحح بذلك الإجراء ويتعين أن يكون التنازل صريحا ولا يجوز أن يبدى إلا في حضور المحامي أو بعد استدعائه قانونا"

(35) نص المادة 159 ق.إ.ج:" يترتب البطلان أيضا على مخالفة الأحكام الجوهرية المقررة في هذا الباب خلاف الأحكام المقررة في المادتين 100 و105 إذا ترتب على مخالفتها إخلال بحقوق الدفاع أو حقوق أي خصم في الدعوى، وتقرر غرفة الاتهام ما إذا كان البطلان يتعين قصره على الإجراء المطعون فيه أو امتداده جزئيا أو كليا على الإجراءات اللاحقة له ويجوز دائما للخصم التنازل عن التمسك بالبطلان المقرر لمصلحته وحده ويتعين أن يكون هذا التنازل صريحا. ويرفع الأمر لغرفة الاتهام طبقا للمادة السابقة وتفصل فيه طبقا لما هو مقرر في المادة 191".

(36) مروك نصر الدين، المرجع السابق ص 558.

(37) المرجع نفسه ص 559.

(38) نص المادة 157 ق.إ.ج: "تراعى الأحكام المقررة في المادة 100 المتعلقة باستجواب المتهمين والمادة 105 المتعلقة بسماع المدعي المدني وإلا ترتب على مخالفتها بطلان الإجراء نفسه وما يتلوه من إجراءات، ويجوز للخصم الذي لم تراع في حقه أحكام هذه المواد أن يتنازل عن التمسك بالبطلان ويصحح بذلك الإجراء ويتعين أن يكون التنازل صريحا ولا يجوز أن يبدى إلا في حضور المحامي أو بعد استدعائه قانونا".

(39) نص المادة 40 من التعديل الدستوري 1996 الجزائري: "تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة المسكن. فلا تفتيش إلا بمقتضى القانون وفي إطار احترامه، ولا تفتيش إلا بأمر مكتوب صادر عن السلطة القضائية المختصة".

(40) مروك نصر الدين، المرجع السابق ص 572.

مشروعية التسجيل الصوتي في الإثبات الجنائي

د/ بن عمر ياسين
جامعة قاصدي مرباح ورقلة (الجزائر)
ostadyacine@gmail.com

د/ غريسي جمال
جامعة حمه لخضر الوادي (الجزائر)
ghressi83@gmail.com

ملخص:

تثير مسألة وسائل الاتصال الحديثة أمام القضاء إشكالية تتعلق بالأدلة المستخلصة منها إذ لم يتفق الفقه ولا القضاء حول حجية الأدلة المستمدة من التسجيلات الصوتية والمكالمات الهاتفية و التي تطرح إشكالا يتعلق أساسا بمدى مشروعية التسجيل الصوتي للمحادثات دون علم أصحابها ومدى قابلية الأخذ بالدليل المتمخض عنها، و توصلت الدراسة إلى أن مسألة الإثبات الجنائي عن طريق الدليل المستخلص من تسجيل المحادثات تخضع لقاعدة حرية الإثبات في القضاء الجنائي، لا يجوز للقاضي الجنائي أن يحرم الخصمين من تقديم أي دليل يعزز الادعاءات حتى و لو تم الحصول عليها بطريق غير مشروع، كما يقع عليه مناقشة الدليل المستمد من التسجيل الصوتي المقدم من الأطراف و عرضه للطرف الآخر لتمكينه من الرد، و يبقى على عاتق سلطة الاتهام الالتزام بالمشروعية في الحصول على الأدلة المستخلصة من التسجيلات الصوتية وفق القانون.

الكلمات المفتاحية: التسجيل الصوتي، الحياة الخاصة، مشروعية الدليل، حرية الإثبات.

مقدمة:

لقد أحدثت التكنولوجيا ثورة في الاتصالات ساعدت على تحسين التواصل وتقريب الأفراد وتسهيل المعاملات، وبالمقابل فقد تقلصت نطاق الخصوصية بوجود تطبيقات الهاتف النقال التي تسمح بتسجيل المكالمات والتقاطها والتصنت على المحادثات الخاصة بين الأفراد.

وقد تدارك المشرع التطور التقني لهذه الأجهزة والتطبيقات وشعورا بأهميتها وخطورتها على الحياة الخاصة للأفراد فأدرج نصوصا تتعلق بتجريم التعدي على الحياة الخاصة للأفراد بشتى الأشكال بما في ذلك التقاط الصور وتسجيل المكالمات، اعتراض المراسلات، وبالمقابل فإنه لم يحرم نفسه من الاستفادة من إيجابيات هذه الأدوات التقنية وقام بوضع نصوص في قانون الإجراءات الجزائية تبيح الاعتراض والتصنت وتسجيل المحادثات في إطار مكافحة الجريمة.

إن استخدام الأجهزة والأدوات التقنية في اعتراض المكالمات وتسجيلها والتقاطها أمر ينطوي على جانبين: جانب إيجابي وجانب سلبي، فالجانب الايجابي هو إثبات الجريمة وكشف المجرم بالدليل الصوتي والجانب السلبي هو إمكانية استخدامها في التصنت والتجسس على المحادثات الشخصية وانتهاك خصوصية الأفراد، الأمر الذي فتح النقاش واسعا بين مؤيد ومعارض لاستخدام الأدلة المتحصل عليها من هذه الوسائل في القضايا الجنائية.

وتأتي ورقة البحث للإجابة على الإشكالية المتعلقة **بمدى مشروعية اللجوء إلى الأدلة المتحصل عليها من التسجيلات الصوتية وحجيتها في الإثبات الجنائي** وفق خطة مقسمة إلى مبحثين:

المبحث الأول: نستعرض فيه الآراء الفقهية والقضائية من مشروعية تسجيل المكالمات الهاتفية، ويندرج تحته مطلبين: الأول يتناول الموقف الفقهي من مشروعية تسجيل المكالمات الهاتفية ثم الموقف القضائي من مشروعية تسجيل المكالمات الهاتفية، ويناقش المبحث الثاني حجية التسجيل الصوتي في الإثبات الجنائي، وبدوره يتفرع إلى مطلبين: الأول يبرز شروط الأخذ بالتسجيل الصوتي كدليل أمام القضاء الجنائي، والثاني يثير مسألة التسجيل الصوتي والحياة الخاصة.

يهدف البحث إلى الإجابة على الإشكالية المطروحة أعلاه، كما يهدف إلى:

- إبراز تطور الاجتهاد القضائي في مسألة مشروعية الدليل وحجيته
- إبراز قيمة الأدلة الحديثة متمثلة في التسجيل الصوتي أمام القضاء
- الموازنة بين الدليل المستمد من التسجيل الصوتي وانتهاك الحياة الخاصة

المبحث الأول

الموقف الفقهي والقضائي من مشروعية تسجيل المكالمات الهاتفية

لا أحد ينكر مدى مساهمة الثورة التكنولوجية في تحسين وتطوير العمل القضائي في صد الجريمة إلا أن البحث في الدليل الجنائي مقيد بمشروعية الدليل المستخلص واختلف الفقه والقضاء في نطاق مشروعية الأدلة المستخلصة من تسجيل المكالمات الهاتفية لما لها من مساس بخصوصية الأفراد، وفيما يلي بيان لموقف كل من الفقه والقضاء في مشروعية الأدلة المستخلصة من التسجيلات الهاتفية

المطلب الأول: الموقف الفقهي من مشروعية تسجيل المكالمات الهاتفية

افترق الفقه في مسألة مشروعية تسجيل المكالمات الهاتفية واعتراضها إلى اتجاهين، اتجاه معارض لأسلوب الاعتراض وتسجيل المكالمات لما له من خطورة على حريات الأفراد، وفي المقابل أيد فريق آخر استخدام أسلوب الاعتراض باعتباره وسيلة تقنية حديثة تساعد على كشف الجريمة.

الفرع الأول: الاتجاه المعارض لاستخدام التسجيل الصوتي كدليل إثبات

هذا الاتجاه غلب حماية المصلحة الفردية وحرية الحياة الخاصة على المخاطرة بها بدعوى حماية المصلحة العامة إذ يرى أن الانتهاكات الواقعة على حريات الأفراد من قبل السلطات العامة بدعوى حماية المصلحة العامة ذريعة ربما تلجأ إليها السلطات العامة لبسط رقابتها على الأشخاص، ويمثل هذا الاتجاه بعض من الفقه.

فذهب اتجاه في الفقه الفرنسي إلى أنه لا يصح التعويل على الدليل الصوتي المستمد من هذا التسجيل كدليل مستقل في أدلة الإثبات لأن هذا الأخير يعد وسيلة تتسم بالخداع والغش[1].

وفي الولايات المتحدة الأمريكية ذهب اتجاه فقهي إلى أن استخدام التسجيلات الصوتية أمر ينطوي على اعتداء على خصوصيات الانسان، ويتعارض التسجيل الصوتي بالهواتف النقالة كدليل في الإثبات الجنائي مع التعديل الرابع للدستور الأمريكي الذي يحظر مثل هذه التسجيلات[2].

في حين ذهب البعض من الفقه المصري إلى أن هذا الإجراء باطل و أن الدليل المتحصل منه لا يجوز التعويل عليه حتى و لو كان التسجيل مأذونا من قبل قاضي التحقيق[3]، فضلا عن أن تسجيل المكالمات قبل وقوع الجريمة يخالف الشعور الانساني الذي يقضي بأن يتمتع الفرد بالحرية الكاملة[4]، كما يتخوف من أن قد يكون هذا التسجيل ذريعة للسلطات العامة لاستخدامها في غير غرضها الأصيل و التوصل من خلالها لبسط الرقابة على الشخصيات العامة و السياسية[5].

وذهب بعض الفقه المغربي إلى رفض هذه الوسيلة بالقول: (إن احترام مبدأ المشروعية مرجح على هدف الوصول إلى الحقيقة)[6].

فيما ذهب بعض الفقه في لبنان إلى رفض الأخذ بهذه الوسيلة متى تمت خفية ومن دون علم المتهم معللين ذلك بأن القاعدة تقضي بعدم السماح بالأساليب التي لا تقرها المبادئ أو الحقوق المشروعة فإذا كان للقاضي الجزائي أن يسند قناعته إلى الدليل الذي يرتاح إليه فإنه ينبغي أن تكون الطريقة التي أدت إلى هذا الدليل مشروعة بذاتها، فليس للقاضي أن يأخذ بالوسائل والطرق المشبوهة، ومن ثم فإن أخذ التسجيل خفية سيعد خداعا لا يمكن الاستفادة منه قانونا[7].

الفرع الثاني: الاتجاه المؤيد لاعتماد التسجيلات الصوتية كدليل إثبات

تبنى أصحاب هذا الاتجاه اعتماد التسجيل الصوتي كدليل إثبات أمام القضاء مبررين موقفهم هذا بعدة حجج:

- أنه يمكن الاعتماد على هذه التسجيلات استنادا إلى حرية القاضي في الإثبات وحريته في استلهام عقيدته من أي وسيلة يطمئن إليها كما أن مصلحة سرية المراسلات والاتصالات إذا تعارضت مع مصلحة المجتمع في كشف الحقيقة تعين ترجيح المصلحة الأخيرة[8].

- يعد التسجيل الصوتي الهاتفي من السبل القوية والفعالة في مكافحة الجرائم، فإذا كان المجرمون يستخدمون أحدث ما وصلت إليه التطورات الحديثة في ارتكاب جرائمهم فليس ثم ما يحول دون استخدام هذه الوسائل في الكشف عن الجرائم ومحاربتها، فمن غير المنطقي ومن غير المعقول أن يتم إغفال التطور العلمي الذي بات يسيطر على كافة مناحي الحياة في ميدان الإجراءات الجنائية والإثبات الجنائي وأن هذا الإغفال سيؤدي إلى نتيجة سلبية مفادها أن القانون سيوصم بالتخلف[9].

- إن وسائل التسجيل هي أدوات تساعد في إثبات وقائع معينة تماما كما هو حال الشهود الذين يشهدون أمام العدالة بما رأوه (و هذا يقابل التصوير المرئي) أو بما سمعوه (و هذا يقابل التسجيل الصوتي) فحينما يسمح بقبول شهادة الشاهد فمن باب القياس يسمح بقبول التسجيل على أساس أنها شهادة موثقة و ينطبق عليه ما ينطبق على الشهادة و بالتالي إذا كان التسجيل في مكان عام وجب الأخذ بها مثلها مثل الشهادة، وإذا كان التسجيل في مكان خاص لا يسمح للأشخاص برواية ما فيه أو التصنت عليه إلا إذا انتهكوا حرمة المكان فإن التسجيل كأصل عام لا يكون مقبولا لانتهاكه الخصوصية[10].

- ويرى الأستاذ SILVER أنه: "إذا كان صحيحا أن الاستعانة بمثل هذه التسجيلات يوصف بأنه أمر قذر إلا أنه يعد أقل قذارة من الجريمة ذاتها"[11].

- إنه من غير المنطق حرمان العدالة من إمكانات العلوم الحديثة وتقييدها من الاستفادة بكل ما تسفر عنه من وسائل قادرة على إيجاد نوع من التوازن بين ما يتسلح به الإجرام الحديث من وسائل وما تستخدمه العدالة من أساليب لتحقيق أهدافها[12].

- إن هناك توجها عالميا ظهر بعد الأحداث التي عرفتها الولايات المتحدة الأمريكية في 11سبتمبر 2001 حيث صدر قانون الباتريوت يبيح التصنت على المكالمات الهاتفية ويجيز اعتراض المراسلات بجميع أنواعها[13].

- وذهب جانب من الفقه في مصر إلى تأييد قبول التسجيل الصوتي بوجه عام حتى ولو تم خفية وحجتهم في ذلك أنه ليس محرما على العدالة الاستفادة من ثمرات التقدم العلمي والتقني ومنها التسجيل الصوتي الذي يساهم في كشف المجرمين وفضحهم[14]، كما أن القول بانطواء هذا التسجيل على انتهاك واضح لحقوق الأفراد مردود عليه بأن مثل هذا الانتهاك لا يزيد عما هو متحقق في القبض والتفتيش، وأنه لا محل للقول ببطلان هذا الإجراء طالما أن أمره متروك لقاضي الموضوع فله أن يهدره أو يأخذ به[15].

إن أصحاب الاتجاه المؤيد لاستخدام التسجيلات الصوتية في الإثبات الجنائي متفقون على مدى الحاجة لاستخدام هاته الأدلة العلمية الحديثة مواكبة للتطور التقني والعلمي، إلا أن استخدامها يجب أن يكون وفق ضوابط حماية للمصلحة الفردية والحق في الحياة الخاصة، وهو ما يفيد التوازن بين المصلحتين المصلحة العامة في حماية المجتمع والمصلحة الفردية متمثلة في حماية خصوصيات الأفراد، فهذا النوع من التسجيلات كدليل إثبات مقيد بشروط أهمها:

- صدور إذن من القاضي قبل التسجيل يسبب فيه الأمر بالتسجيل.

- أن تكون هناك جريمة قد وقعت قبل صدور الإذن أما إذا كانت الجريمة لم تقع بعد فلا ضرورة لقبول مثل ذلك الأمر بالتسجيل[16].

الفرع الثالث: ضوابط الاعتراض على المكالمات وتسجيلها في التشريعات المقارنة

أدرجت التشريعات المقارنة أساليب اعتراض المكالمات الصوتية وتسجيلها ضمن قوانينها الإجرائية الوطنية ضمن مجموعة أساليب خاصة للبحث والتحري على الجرائم، ونظرا لخطورة هذه الأساليب على الحريات وحياة الأفراد الخاصة فقد لجأت التشريعات إلى وضع قيود تنظم عمليات الاعتراض المكالمات والتقاطها وتسجيلها تحت طائلة البطلان.

وبدوره نظم المشرع الجزائري حالات اعتراض المكالمات وتسجيلها في قانون الإجراءات الجزائية على غرار العديد من الإجراءات التي استحدثها تمس بجرائم محددة

أولا: في التشريع الجزائري

حصر المشرع حالات اعتراض المكالمات الهاتفية من قبل السلطة العامة في جرائم محددة على سبيل الحصر وهي: الجريمة المتلبس بها، جرائم المخدرات، الجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية، الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات، جرائم تبييض الأموال والإرهاب، الجرائم المتعلقة بالتشريع الخاص بالصرف، جرائم الفساد (المادة 65 مكرر 5 ق إ ج).

تتم عملية الاعتراض بعد الحصول على إذن قضائي مكتوب لمدة أقصاها أربعة أشهر قابلة للتجديد. يسمح الإذن المسلم بوضع الترتيبات التقنية دون موافقة المعنيين من أجل التقاط وتثبيت وتسجيل الكلام

المتفوه به بصفة خاصة أو سرية من طرف شخص أو عدة أشخاص في أماكن خاصة أو عمومية (الفقرة 02 من المادة 65 مكرر 5 ق إ ج).

استوجبت المادة 65 مكرر 07 أن يتضمن الإذن كل العناصر التي تسمح بالتعرف على الاتصالات المطلوب التقاطها، كتحديد أرقام هواتف الأشخاص والأماكن السكنية، الجريمة التي تبرر اللجوء إلى هذه التدابير ومدتها، وذكر كل هذه العناصر غايته عدم المساس بالحياة الخاصة للأفراد[17].

ثانيا: في التشريع الفرنسي

حدد المشرع الفرنسي حالات اللجوء إلى اعتراض المكالمات و التسجيلات الصوتية و مراقبتها في موضعين في قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي: الأول في نص المادة 100 من قانون الإجراءات الجزائية وما يليها (المواد من 100 إلى 100-8)، حيث ترجع سلطة الإذن باتخاذ هذه الإجراءات لقاضي التحقيق في الجرائم التي تقدر عقوبتها بثلاث سنوات سجنا أو تفوق والموضع الثاني (المواد 706 -95 وما بعدها) والتي يشترك فيها قاضي التحقيق مع قاضي الحريات والحجز في الترخيص لإجراءات التصنت والتقاط الصور في بعض الأماكن أو المركبات (المادة 706-96 فقرة 1)، وما يلاحظ أن المشرع الفرنسي جعل منح الإذن باتخاذ هذه الإجراءات الاستثنائية لجهتين قضائيتين هما قاضي التحقيق وقاضي الحريات والحجز الذي له حق منح الإذن من أجل وضع التقنيات التسجيل والتقاط المحادثات دخول الأماكن الخاصة أو مركبات متى تمت خارج الأوقات المسموح بها.

واستثنى المشرع الفرنسي الاتصالات والمحادثات بين المتهم ومحاميه والتي أعطى لها صفة الحماية من كل عمليات اعتراض أو تصنت تعزيزا لحقوق الدفاع، كما استثنى المحادثات لرجال الصحافة التي أمنها المشرع من حق الاعتراض وتسجيلها حماية لحرية الصحافة (المادة 100-5 ق إ ج ج فرنسي).

وأباح القانون الفرنسي للسلطة العامة ممثلة في الوزير الأول إجراء التنصت الإداري وفق القانون الصادر في 10 جويلية 1991حيث يسمح القانون باتخاذ إجراءات اعتراض المكالمات و تسجيلها في جرائم محددة و هي في حالات الضرورة التي تبيحها المصلحة العامة عندما تتعلق بالأمن الوطني، وحماية العناصر الأساسية للمقدرات العلمية و الاقتصادية للبلاد، الوقاية من الإرهاب، الجريمة المنظمة[18]، إذ يجوز للوزير الأول حسب القانون منح الترخيص بالتنصت الإداري، و يكون الإذن صالحا لمدة أقصاها أربعة أشهر قابلة للتجديد على ألا تتجاوز المدة الإجمالية السنة (المادة 100فقرة2 ق إ ج ج فرنسي).

وحماية لحريات الأفراد من تجاوز السلطة في عمليات الاعتراض استحدث المشرع الفرنسي اللجنة الوطنية للرقابة على الاعتراضات الأمنية La Commission National de Contrôle des Interceptions Sécurité(CNCIS)

وأوكل لها مهمة السهر على احترام القوانين واللوائح في مجال اعتراض الاتصالات من انتهاكات السلطة العامة في حالات التجاوز، حيث يتم إخطارها بكل عملية اعتراض اتصالات مصرح بها من قبل الوزير الأول في غضون ثمان وأربعون ساعة الموالية للإذن بالاعتراض وتنظر في مدى مشروعية الإذن بالاعتراض، وفي حال اكتشاف خرق للقانون في عمليات الاعتراض تخطر اللجنة الوزير الأول بضرورة توقيف عمليات اعتراض

الاتصالات كما يمكن للجنة التدخل من تلقاء نفسها أو بطلب من الأفراد لمن له مصلحة اتخاذ تدابير لمراقبة عمليات الاعتراض و النظر في مدى مطابقتها للنصوص و اللوائح[19].

تقدم الهيئة كل سنة تقريرا للوزير الأول بشأن نشاطاتها والتوصيات في المجال.

ثالثا: في القانون المصري

ربط القانون المصري حالات مراقبة واعتراض المحادثات السلكية واللاسلكية وإجراء تسجيلات لأحاديث جرت في مكان خاص بمقتضيات المصلحة العامة متى كان لذلك فائدة في إظهار الحقيقة في جناية أو جنحة معاقب عليها بالحبس لمدة تزيد عن ثلاثة أشهر (المادة 95 ق إ ج الجنائية المصري)، وهو توسع في حالات المراقبة بالنظر إلى نوع الجرائم التي يعاقب عليها بالحبس لمدة ثلاثة أشهر مما يفتح الباب واسعا لتدخل السلطات الأمنية في الحياة الخاصة للأفراد تحت غطاء القانون.

ويقيد المشرع المصري استخدام الوسائل الحديثة لاعتراض المكالمات وتسجيلها بهدف الوصول إلى الحقيقة في مجال الإثبات الجنائي بشروط:

- أن يكون الأمر باعتراض المكالمات وتسجيلها مسببا، وذلك ببيان الدلائل التي قامت ضد المتهم ومدى كفايتها والفائدة التي ستعود على التحقيق من جراء اللجوء إلى هذه الوسائل، وجدير بالذكر أن هذا التسبيب ليس عليه رقابة فهو من صميم عمل التحقيق للقاضي الذي له سلطة تقديرية في اعتماد هذه الأساليب.
- أن تكون الجريمة موضوع التحقيق معاقب عليها بالحبس مدة تزيد عن ثلاثة أشهر وهو حسب رأينا غير كاف والأصل أن تكون الجريمة بقدر الجسامة حتى يباشر فيها بالتحقيق ويسمح فيها باعتراض المكالمات وتسجيلها إذ أنه استثناء ينبغي تضييق المجال فيه قدر المستطاع.
- أن يكون الأمر باتخاذ هذه الوسائل اعتراض المكالمات وتسجيلها لمدة لا تزيد على ثلاثين يوما قابلة للتجديد (المادة 95، المادة 206 ق إ ج جنائية المصري).

المطلب الثاني: الموقف القضائي لحجية التسجيلات الصوتية

تماشيا مع الموقف الفقهي المتردد في الأخذ بالدليل الصوتي كإثبات في القضاء الجنائي اختلف القضاء بدوره في اعتماد التسجيلات الصوتية كوسيلة إثبات فبين منكر لها وبين مؤيد أو متحفظ وحذر عند استعمالها.

الفرع الأول: موقف القضاء اللبناني من التسجيلات الصوتية

ظل القضاء اللبناني مترددا بين قبول الدليل المستمد من التسجيلات الهاتفية و رفضه، فذهب بعض أحكام القضاء اللبناني إلى عدم الأخذ بالدليل الصوتي في الإثبات الجنائي و من ذلك ما جاء في قرار: (حيث أنه فيما يتعلق بالشريط المسجل فلا يسع للمحكمة إلا التنويه من حيث المبدأ بأن استعمال الأشرطة المسجلة بوجه عام كوسيلة إثبات يصطدم بعدة عوائق منها أن الحديث غالبا ما يكون قد سجل في غفلة عن صاحبه ما ينجم عن ذلك من مساوئ و منها أيضا مدى القوة الثبوتية للشريط المسجل و لو بمعرفة صاحبه، و من جهة أخرى يجب التأكد من أن الشريط الذي تم تسجيله لم يتم التلاعب فيه ...وأن إدخال الآلة في ميدان الإثبات المبني على القناعة الشخصية للقاضي هو استثناء يجب العامل معها بحذر) و رفضت المحكمة الأخذ بما ورد في التسجيل الصوتي[20].

وفي حكم آخر لاحق اعتبر القضاء اللبناني أن التسجيلات تعد قرينة - وإن كانت ضعيفة - يضيفها القاضي إلى سائر أدلة الإثبات[21]، فهي إذن حالها حال باقي أدلة الإثبات التي يعضد بعضها بعضا في الحكم بالإدانة أو البراءة متى اقتنع القاضي بمصدرها وهو ما عبر عنه في بعض قراراته بالقول: (وحيث لا يرتكز القضاء اللبناني على التسجيلات وحدها ليبني قناعته بل يمكنه أن يأخذ من التسجيلات التي يقتنع بمصدرها ويستبعد الخطأ أو الريبة عند الحصول عليها فيعتبرها قرينة ولو ضعيفة يضيفها إلى سائر ما توفر إليه من قرائن ووسائل إثبات تساهم في تكوين قناعته[22]، و هو تطور في رؤية القضاء للدليل المستمد من المكالمات الهاتفية.

الفرع الثاني: موقف القضاء الفرنسي من التسجيلات الصوتية

تطور موقف القضاء الفرنسي في مسألة الدليل العلمي المستمد من الوسائل الالكترونية بصفة عامة، فالملاحظ أنه بعدما كان حريص على مسألة الشرعية في الحصول على الدليل الجنائي واستبعاد الأدلة المتحصل عليها بطرق غير المشروعة، بدأت تتخذ اتجاها آخر نحو قبول الدليل المؤدي إلى الحقيقة حتى ولو كانت طريقة تحقيق ذلك غير مشروعة وسمح بقبوله ومناقشته أثناء الجلسة، ومن الأمثلة على ذلك القرار الصادر عن الغرفة الجنائية بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ: 2012/01/31 والذي جاء فيه: "إن التسجيلات المتحصل عليها بشكل سري لا تنسجم مع مقتضيات المادة 170 من قانون الإجراءات ومن ثم يجب الحكم بإلغائها لكن من الممكن أن يتم مناقشتها أثناء الخصومة"[23].

وأكدت محكمة النقض الفرنسية في عدة مناسبات لها هذا المبدأ (نقض جنائي06 أفريل 1993، 06 أفريل 1994، 11 جوان 2002، 31 جانفي 2012) بالقول أن القاضي الجنائي يتعين عليه ألا يحرم خصما من تقديم دليل ولو كان قد حصل عليه بطريق غير مشروعة لإثبات ادعاءاته طبقا لمبدأ حرية الإثبات الجنائي و لكن تقديم هذا الدليل لا يعني قبوله في تكوين عقيدة القاضي، فالقاضي له الحرية في بيان قوة الدليل في الإثبات تبعا لاقتناعه الذاتي، ولا يوجد نص تشريعي يسمح للقاضي باستبعاد أدلة إثبات من قبل الخصوم بسبب أنه تم الحصول عليها بطرق غير مشروعة

(Aucune disposition légale ne permet au juge pénal d'écarter les moyens de preuve produits par les parties on motifs qu'ils auraient été obtenus de façon illicite ou déloyale)

(la preuve est libre en droit pénal) كما ميز القضاء بين الأدلة المقدمة من الأجهزة الأمنية والأدلة المقدمة من الأطراف (فضحايا الجريمة ينطبق عليهم مبدأ حرية الإثبات الجنائي ويترتب عليه أنه بالإمكان تقديم دليل صوتي دون علم صاحبه شريطة أن يتم عرضه للمناقشة وإتاحة المدة الكافية للخصوم للرد والدفاع عنه وهو ما أكدته عدة قرارات لمحكمة النقض الفرنسية[24].

وهو ما كرسته محكمة النقض الفرنسية في قضية ما يعرف Affaire Bettencourt[25]. في قرارها الصادر بتاريخ 31جانفي 2012 بالقول: (التسجيلات الصوتية المتحصل عليها دون علم الأشخاص مقبولة لدى المحكمة من أجل شكوى ضد أي شخص تجعل منه متهما في جريمة ما ولا تشكل الحق في الحياة الخاصة ولا السر المهني حدا لإقامة الدليل[26]، وهو خلاف ما تبنته محكمة النقض الفرنسية في القضايا المدنية إذ اعتبرت أن

التسجيلات سواء كانت مكالمات أو صور يعد من قبيل الاعتداء على الحياة الخاصة، إذا تم بغير علم أصحابها وبالتالي هي وسيلة إثبات غير مشروعة[27].

المبحث الثاني

حجية التسجيل الصوتي في الإثبات الجنائي

إن قيمة الدليل في الإثبات الجنائي تكمن في حجيته التي منحها له القانون، فلا يكفي درجة الدقة في الدليل لاعتباره من الأدلة القاطعة و إنما تخضع الحجية لاعتبارات المشرع، وتخضع وسائل الإثبات على مختلف أنواعها إلى قاعدة **الإثبات الحر** التي تحكم القاضي الجنائي، والتسجيل الصوتي باعتباره من الأدلة العلمية لا يختلف عن باقي الأدلة في ميزان المشرع إلا أن الاجتهاد القضائي استطاع أن يضع ضوابط التعامل مع الدليل الصوتي، وفي هذا المبحث نتناول شروط الأخذ بالتسجيل الصوتي (المطلب الأول) و مسألة المساس بالحياة الخاصة (مطلب ثان)

المطلب الأول: شروط الأخذ بالتسجيل الصوتي كدليل أمام القضاء الجنائي

إن حجية الدليل الجنائي تقوم على شرطين أساسيين:

- المصداقية: ويقصد بها قدرة وسيلة الإثبات في كشف الحقيقة وإثبات الواقعة، وهل تعبر الأداة على الدقة في النتيجة.

- المشروعية: وهي احترام إجراءات الحصول على الدليل الجنائي وفق القانون، وإلا اعتبر الدليل باطلا. فإلى أي مدى تنطبق هذه الشروط على الدليل المستمد من التسجيلات الصوتية؟ وهو ما سنعالجه في النقاط التالية:

الفرع الأول: مدى مصداقية التسجيل الصوتي

من حيث مصداقية أدوات التسجيل فلا شك أن التقدم العلمي قد وصل مرحلة من التطور تسمح بالقول بكل ارتياح أن أدوات التسجيل ذات مصداقية تامة إذا سلمت من العبث بمعنى أنه إذا تم التسجيل في ظروف نزيهة فإن ما يحتويه يكون مبدئيا صحيح وقريب من الواقع، إذن فالسؤال يتعلق بالظروف التي أنجز فيها التسجيل وليس بمحتوى التسجيل؟ وهذا هو الإطار الذي يجب أن تكون فيه المناقشة حول نزاهة إعداد التسجيل، وهل كان بعيدا عن التغيير والتحريف أو التعديل والحذف، وأن ما ينسب للشخص المسند إليه من دون تقليد للأصوات أو استخدام برامج معدلة للصوت، فإذا تأكد ذلك فعندئذ يمكن اعتماده كدليل يرجع إليه القاضي ولا يمكن استبعاده[28].

الفرع الثاني: مشروعية الحصول على التسجيل الصوتي

إن التقيد بالمشروعية في استخلاص الدليل هو تجسيد للحريات وضمانة من ضمانات المتهم في مواجهة سلطة الاتهام، وبالتالي فإن كل دليل لا يلتزم بالمشروعية حال الحصول عليه معرض للبطلان ويعد انتهاكا لضمانات المتهم المكرسة دستوريا، إلا أنه وإن كانت هذه الضمانات وضعها المشرع حماية للأفراد من انتهاكات

السلطة العامة، فهل يخضع لها الخصوم فيما بينهم أمام القاضي الجنائي؟ هذا ما سنجيب عليه من خلال النقاط التالية:

أولا: التقيد بالمشروعية في الأدلة المقدمة من سلطة الاتهام

يتعين على سلطة الاتهام أن تكون حريصة على تطبيق القانون باعتبارها حامية الحقوق والحريات وعلى هذا الأساس فإن الأدلة المقدمة منها تخضع لمبدأ المشروعية ويقتضي أن تكون الأدلة المستمدة من التسجيلات الصوتية وفق شروط النزاهة والمشروعية وتخضع للشروط التي سبق ذكرها وهي:

- أن يكون إجراء التسجيل الصوتي بعد استصدار إذن قضائي مسبب ومبرر
- أن يثبت التسجيل الصوتي علاقة الفاعل بالجريمة من دون أن يكون وسيلة للتحريض

فضلا عن نزاهة التسجيل الصوتي والتأكد من أنه لم يتم التلاعب فيه بالتعديل أو التغيير أو الحذف.

ثانيا: التسجيل الصوتي المقدم من طرف الخصوم

إذا كان الدليل المقدم من الأجهزة الأمنية بعد البحث والتحري يخضع لرقابة المشروعية تحت طائلة البطلان، فماذا عن الدليل الذي يقدمه الخصوم والذي يحمل تسجيلا صوتيا يدين أحدا من الطرفين؟ بمعنى آخر ماذا عن التسجيل الدائر بين المتهم والضحية والذي يقدمه الضحية لتعزيز ادعاءاته؟ فنرى أنه لا يمكن استبعاده من طرف القاضي باعتباره دليل كأصل عام إذ لا يحق لأحد حرمان المدعي من التمسك بحقه وتقديم أي دليل يبرر ادعاءاته ولا يمكن للمتهم الإفلات من العقوبة بحجة الاعتداء على الحياة الخاصة، وترد على هذه القاعدة شروط تتعلق بالدليل المستمد من التسجيل وهي:

أ- بخصوص محتوى التسجيل وزمانه

- أن يكون التسجيل الصوتي معاصرا للجريمة فلا يقبل قيام الأفراد بتسجيل مكالمات خاصة سابقة حتى إذا قام نزاع بين طرفين احتج بوجود مكالمات سابقة تدين أحد الخصمين، فهذا التصرف يعد اعتداء على الحياة الخاصة ولا يمكن إلا أن نقبل به بحذر كدليل في الدعوى، فيبقى الدليل قابلا للمناقشة، ويبقى التسجيل من دون إذن صاحبه وسيلة لمتابعة صاحب التسجيل عن جريمة التعدي على الحياة الخاصة، إذ من شأن هذا أن يؤدي إلى حرية الأفراد في التصنت وتسجيل المحادثات الخاصة.
- أن يكون التسجيل الصوتي له علاقة بالجريمة، فلا يعتد بتسجيل صوتي يتضمن أحاديث خاصة عن الحياة الخاصة للمتهم أو يشير إلى وجود علاقة بين المتهم والضحية دون الإشارة إلى ارتكاب الجريمة.

فإذا تأكد للقاضي من صحة الدليل وأنه استخلص في ظروف نزيهة ولم يطرأ عليه تغيير تسقط مصلحة المتهم في حماية حياته الخاصة لأنه أهدرها بارتكابه الجريمة.

ب- شرط المناقشة والوجاهية

إن الأدلة المقدمة من الخصوم كإثبات تخضع لمبدأ حرية الإثبات الجنائي و بالتالي لا يوجد ما يمنع الأطراف من تقديم أي دليل يثبت ادعاءاتهم حتى و لو تم الحصول عليه بطريق غير مشروع مثل التسجيل السري الذي يتم دون علم صاحبه و إن كان فيه مساسا بالحياة الخاصة (نقض 31جانفي2007)، ذلك أن التسجيلات التي تتم من طرف الأفراد فيما بينهم لا تعد من قبيل الإجراءات الجنائية حتى تخضع

للمشروعية[29]، لكن بالمقابل فإن القانون يشترط أن تخضع هذه الأدلة إلى المناقشة و الوجاهية بين أطراف الخصومة، فالتسجيل السري يمكن أن يكون بمثابة دليل أمام المحكمة إذا تم عرضه و تم تمكين الطرف الآخر من مناقشته و الرد عليه ،و يرتب على هذا ما يلي:

- أن هذه التسجيلات مقبولة لدى المحكمة كدليل إثبات في المسائل الجنائية متى عرضها الخصوم كدليل اقتناع.
- إن تسجيل المكالمات الهاتفية الخاصة مسموح به إذا كان ضروريا ومبررا وصاحبه طرف في الدعوى لتبرير دفاعه[30].

المطلب الثاني: الدليل الصوتي ومساسه بالحياة الخاصة

يعد المساس بالحياة الخاصة جريمة يعاقب عليها القانون، ومن صورها تسجيل المكالمات والأحاديث الخاصة بغير إذن صاحبها (المادة 303 مكرر ق ع)، لكن هل تشكل الحياة الخاصة مانعا يمنع الأفراد من تقديم أدلة لإثبات أقوالهم وتعزيز موقفهم في الدعوى؟

الفرع الأول: تحول المتهم إلى ضحية والضحية إلى متهم

يثار تساؤل مفاده مدى حجية الدفع الذي يقدمه المتهم في جريمة ما تم إثباتها عن طريق دليل صوتي فيعترض بانتهاك حياته الخاصة و حرمة المحادثات الصوتية، و يرفع دعوى مضادة لانتهاك الحياة الخاصة، وهو ما شهدته محكمة الجنح بقسنطينة في قضية تتعلق بالتهديد بين الشاب المتهم والضحية وهي فتاة قامت برفع شكوى ضده تفيد بتعرضها للتهديد من طرفه في عدة مرات لأنها رفضت أن تقيم علاقة عاطفية معه، وعند مطالبتها بالدليل قدمت تسجيلات صوتية كانت بحوزتها وهي تسجيلات للمكالمات الهاتفية التي دارت بينهما، فقام المتهم برفع شكوى ضد الفتاة بدعوى انتهاك الحياة الخاصة وسرية المحادثات.

نرى أنه إذا كان التسجيل الصوتي يدين صاحبه ويثبت الجريمة كالابتزاز والتهديد فالمتهم في الجريمة التي يثبتها التسجيل وهو في نفس الوقت شاكي في دعوى لاعتداء على الحياة الخاصة له لا يمكنه الاحتماء وراء الحق في حرمة الحياة الخاصة لعدة أسباب:

1- إنه قياسا على أن الجاني إذا كان بسبب كان له يد فيه ارتكب الجريمة تحت الإكراه لا يستطيع التذرع بوجود إكراه فالمتهم في الجريمة و الذي يصبح شاكيا في دعوى الاعتداء على حياته الخاصة لا يمكنه الاستفادة من هذا الحق حتى لا يكون ذريعة لارتكاب الجرائم، فإذا تأكد القاضي من صحة الدليل وأنه استخلص في ظروف نزيهة و لم يطرأ عليه تغيير تسقط مصلحة المتهم في حماية حياته الخاصة لأنه أهدرها بارتكابه الجريمة.

2- إن الاتجاه السائد الآن على الأقل في القضاء الفرنسي هو الوصول إلى الحقيقة بدل التقيد بالمشروعية فيما بين الخصوم، وهو ما تشير إليه بعض قرارات محكمة النقض الفرنسية (نقض جنائي 31 جانفي 2012)

3- إن المحادثات الهاتفية التي تنطوي في ذاتها على جريمة لا تصلح في ذاتها لتكون محلا لحق يحميه القانون وتسجيل إحدى الجرائم المعاقب عليها قانونا لا يمس بحرمة الحياة الخاصة[31].

الفرع الثاني: التسجيل المقدم من طرف الغير

ويثار تساؤل آخر يتعلق بالتساؤل الأول حول مشروعية قيام الغير بتسجيل محادثات كدليل دفاعا عن الضحية، اعتبر جانب من الفقه الفرنسي ويؤيده القضاء أن تسجيل المحادثات من طرف الغير يعد من وسائل الدفاع البسيطة طالما لم يكن هناك تدخلا مباشرا أو غير مباشر من السلطات العمومية في صورة تحريض، فتسجيل المحادثات تعد وسيلة إثبات شأنها شأن الشهادة التي يقدمها الأفراد في أي دعوى[32].

الخاتمة:

على ضوء ما تم عرضه يتبين لنا أن التسجيلات الصوتية نوع من أدلة الإثبات مختلف عن باقي الأدلة عند التعامل معها بالنظر إلى ارتباطها بالحياة الخاصة للأفراد، وبالرغم من أهميتها وخطورتها إلا أن المشرع جعلها كباقي الأدلة في الحجية تخضع لقاعدة الإثبات الحر إلا أن ما يمكن توجيهه من ملاحظات هو عدم كفاية النصوص التي تنظم مسألة اللجوء إلى أساليب اعتراض المكالمات والمراسلات وتسجيلها لخطورتها على المساس بالحياة الخاصة للأفراد.

توصلنا في نهاية ورقة البحث إلى النتائج التالية:

1- تخضع مسألة الإثبات الجنائي عن طريق الدليل المستخلص من اعتراض المحادثات و تسجيلها إلى قاعدة حرية الإثبات في القضاء الجنائي.

2- ليس على القاضي الجنائي أن يمنع الخصوم من تقديم أدلة تعزز الادعاءات و لو تم استخلاصها بطريق غير مشروع.

3- يقع على عاتق القاضي الجنائي عند مناقشته لتسجيل صوتي قدمه الخصوم دون علم صاحبه التأكد من شرطين:

- المصداقية والنزاهة

- تمكين الطرف الآخر من آجال الرد عليه ومناقشته ومواجهته.

4- يقع على عاتق سلطة الاتهام احترام المشروعية في الحصول على الأدلة الجنائية بما فيها التسجيلات الصوتية وفق ما نص عليه القانون.

5- إن المحادثات الهاتفية التي تنطوي في ذاتها على جريمة لا تصلح في ذاتها لتكون محلا لحق يحميه القانون.

التوصيات

1- وضع قانون خاص ينظم اعتراض المكالمات و المراسلات و مراقبتها و تسجيلها بدقة تحدد فيه حالات الاعتراض و الاستثناءات.

2- إنشاء هيئة وطنية مستقلة تراقب عمل الأجهزة الأمنية في حالات اعتراض الاتصالات ومراقبتها ومدى مطابقتها للقانون.

الهوامش:

[1] الحسيني عمار عباس، مدى مشروعية التسجيل الصوتي بالهواتف النقالة كدليل في الإثبات الجنائي، مجلة أهل البيت، العدد 08، 2009، ص 170.

(2) الشهاوي محمد محمد، الحماية الجنائية لحرمة الحياة الخاصة، دار النهضة العربية،2005، ص 416.

(3) جمعة رابح لطفي، مشروعية الدليل الذي تحصل عليه الشرطة، مجلة الأمن العام، العدد 41، القاهرة، 1968، ص 45.

(4) الحسيني عمار عباس، التصوير المرئي والتسجيل الصوتي وحجيتهما في الإثبات الجنائي (دراسة مقارنة في ضوء التشريعات واجتهادات الفقه والقضاء)، المركز العربي للنشر والتوزيع،2017، ص 170.

(5) الحسيني عمار عباس، التصوير المرئي والتسجيل الصوتي وحجيتهما في الإثبات الجنائي (دراسة مقارنة في ضوء التشريعات واجتهادات الفقه والقضاء)، مرجع سابق، ص ص 170، 171.

نجيمي جمال، إثبات الجريمة على ضوء الاجتهاد القضائي، دار هومة، الجزائر، 2013، ص 448.

(6) الخمليشي أحمد، شرح قانون المسطرة الجنائية، دار نشر المعرفة، الرباط، 1990، ص 281.

(7) شلالا نزيه نعيم، دعاوى التصنت على الغير، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010، ص ص 28، 29.

(8) Garraud.R; Traite théorique et pratique de procédure pénal, Paris, 1973, p 223.

(9) الشهاوي محمد محمد، مرجع سابق، ص 415.

(10) نجيمي جمال، إثبات الجريمة على ضوء الاجتهاد القضائي، دار هومة، الجزائر، 2013، ص 448.

(11) الشهاوي محمد محمد، مرجع سابق، ص 415.

(12) المحلاوي أنيس حسيب السيد، مدى مشروعية الوسائل التي تستخدم بشكل خفي كدليل في الإثبات الجنائي، مجلة كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، عدد 20، ج 4، 2018، ص 2759.

(13) زوزو زوليخة، مشروعية أساليب التحري الحديثة، مجلة الحقوق والعلوم السياسية خنشلة، عدد 08، ج 02، 2017، ص 759.

(14) الحسيني عمار عباس، مدى مشروعية التسجيل الصوتي بالهواتف النقالة كدليل في الإثبات الجنائي، مرجع سابق، ص 174.

(15) القبائلي سعد محمد صالح، ضمانات حق المتهم في الدفاع أمام القضاء الجنائي (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 318.

(16) الحسيني عمار عباس، مدى مشروعية التسجيل الصوتي بالهواتف النقالة كدليل في الإثبات الجنائي، مرجع سابق، ص 178.

الحسيني عمار عباس، مدى مشروعية التسجيل الصوتي بالهواتف النقالة كدليل في الإثبات الجنائي، مرجع سابق، ص 187.

(17) معمري عبد الرشيد، ضوابط مشروعية أساليب التحري الخاصة، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 11، عدد 01، 2015، ص ص 478، 479.

(18) Art 3 du loi 91-646 relative au secret des correspondances émises par la voie des communications électroniques

(19) Losappio Serge,L'accès aux correspondances émiée par voie électronique, publiée aux site web: https ://www.village-justice.com/articles/acces-correspondances-emises,3353.html

(20) الحسيني عمار عباس، مدى مشروعية التسجيل الصوتي بالهواتف النقالة كدليل في الإثبات الجنائي، مرجع سابق، ص 187.

(21) بالي سمير فرنان، الإثبات التقني والعلمي (اجتهادات قضائية)، منشورات الحلبي، بيروت، 2009، ص 265.

(22) بالي سمير فرنان، مرجع سابق، ص 262.

(23) Arrêt de cour de cassation, chambre criminelle, 31/01/2012

(24) Brochard,La preuve est libre en droit penal, URL: https://brochard-avocat.com/preuve-libre-droit-pénal/

(25) تتلخص وقائعها في قيام ابنة السيدة ليليان بتنكورت بتقديم شكوى إلى محكمة نانتر من أفعال إساءة استغلال الضعف وقامت بتقديم أقراص مدمجة تحوي على رسالة من محاميها إلى المنفذ تفيد بأن لها مصلحة في تسجيل المحادثات للمسؤول عن فندق الذي تديره السيدة بتنكورت وكذلك بعض الأشخاص المحيطين بها مثل محاميها.

(26) *les enregistrements audio obtenus à l'insu d'une personne sont recevables en justice en tant que preuve afin de porter plainte contre cette personne au titre d'infractions pénales dont elle se serait rendue coupable et sans que le droit au respect de la vie privée ni même la violation du secret professionnel puisse valablement constituer une limite,voir: https://brochard-avocat.com/preuve-libre-droit-penal/*

(27) Arrêt de cour de cassation 20-11-1991 que dit: (*si l'employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité ses de s**es salaries** pendant le temps du travail, tout enregistrement, quells qu' en soient les motifs,d'image ou de paroles a leur insu constitue un mode de preuve illicite)*

(28) نجيمي جمال، مرجع سابق، ص ص 447، 448.

(29) معمري عبد الرشيد، مرجع سابق، ص 478.

(30) Baldeck, Marilyn, Clemence,Joz, L'enregistrement comme moyen de preuve au pénal, si c'est possible! URL: https://www.avft.org/2013/01/24/lenregistrement-comme-moyen-de-preuve-au-penal-si-cest-possible/

(31) معمري عبد الرشيد، مرجع سابق، ص 478.

(32) معمري عبد الرشيد، مرجع سابق، ص ص 478، 479.

الضوابط القانونية في مراقبة الاتصالات الالكترونية

د/ شريفة سوماتي
جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة (الجزائر)
c.soumati@univ-dbkm.dz

****

ملخص:

أصبح اجراء مراقبة الاتصالات الالكترونية من أهم الاجراءات التي تتخذها السلطات المختصة بمكافحة الجريمة من اجل اكتشاف خيوطها والمتورطين فيها أو القبض عليهم، وبالرغم من أهمية هذا الاجراء في العمل الشرطي الا أنه ينطوي على مساس خطير بحق الانسان في حياته الخاصة، لذلك توجب احاطته بمجموعة من الضمانات التي تحد من سلطة السلطات المختصة في المساس بهذا الحق، وإبقاء ممارسته ضمن الحدود التي تتطلبها مكافحة الجريمة والقبض على الجناة، وعليه فإن هذه المداخلة تهدف تحليل وتوصيف الضوابط القانونية التي تحيط بعملية مراقبة الاتصالات الالكترونية في التشريع الجزائري؟ ومدى قدرتها على ضمان حماية الحياة الخاصة للإنسان.

الكلمات المفتاحية: مراقبة، الاتصالات الالكترونية، الضمانات

مقدمة:

تعد مراقبة الاتصالات الالكترونية من أهم الاجراءات المستحدثة بموجب القانون 09-04 مؤرخ في 5 غشت 2009 يتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الاعلام والاتصال ومكافحتهما[(1)] بموجب المادة 4 منه، وهو إجراء ينطوي على مساس كبير وخطير بحق الانسان في حياته الخاصة المكفولة في المعاهدات والمواثيق الدولية[(2)] والدساتير الوطنية وقبل هذا وذاك مكفولة بمقتضى الشريعة الاسلامية الغراء في جملة من الآيات القرآنية والأحاديث النبوية والقصص والعبر الإسلامية التي نقلت عن السلف الصالح[(3)].

وان كانت الدول اليوم بما فيها الجزائر، تجعل من الشواغل المتعلقة بالأمن القومي والنشاط الإجرامي مبرراً لاستخدام تكنولوجيات مراقبة الاتصالات بصورة استثنائية. غير أن القوانين الوطنية التي تنظم ما يمكن أن يشكل تدخلاً ضرورياً ومشروعاً ومتناسباً من الدولة في مراقبة الاتصالات هي إما قاصرة أو منعدمة في أغلب الأحيان، وقصور الأطر القانونية الوطنية يوفر مرتعا لارتكاب انتهاكات تعسفية ومخالفات يعاقب عليها القانون تطال الحق في خصوصية الاتصالات، وبذلك، يهدد أيضا حماية الحق في حرية الرأي والتعبير[(4)]. الأمر الذي يجعلنا نبحث عن أهم الضمانات التي توفر حماية حقيقية لحق الانسان في حياته الخاصة وليست مجرد ضمانات مكتوبة قد تكون مجرد حبر على ورق.

وانطلاقا من هذه الأهمية، فأننا سنحاول في هذه المداخلة تهدف تحليل وتوصيف الضوابط القانونية التي تحيط بعملية مراقبة الاتصالات الالكترونية في التشريع الجزائري؟ ومدى قدرتها على ضمان حماية الحياة الخاصة للإنسان، باتباع منهج وصفي واخر تحليلي كما أننا سنستعين بالمنهج المقارن في بعض أجزاء هذه

الدراسة من أدل تبيان المساعي التشريعية في هذا الموضوع بما يتواءم وطبيعة هذه الدراسة، وفق خطة تتكون من محورين أساسين:

المحور الأول: مفهوم مراقبة الاتصالات الالكترونية

المحور الثاني: ضوابط مراقبة الاتصالات الالكترونية

المحور الأول

مفهوم مراقبة الاتصالات الالكترونية

يعتبر مراقبة الاتصالات الالكترونية من المصطلحات التقنية التي يتوجب تعريفها على أن يتم تعريف الاتصالات الالكترونية (أولا) ثم عملية المراقبة (ثانيا)، كما يتوجب علينا إيجاد أهم الفروقات الموجودة بين مصطلح مراقبة الاتصالات الالكترونية واعتراض المراسلات الواردة في قانون الاجراءات الجزائية (ثالثا) ثم الى أهم الطرائق التي يتم اعتمادها من طرف الدول في عملية المراقبة (رابعا).

أولا: تعريف الاتصالات الالكترونية

بداية تجدر بنا الاشارة الى ان المشرع الجزائري لم يعرف المقصود بمراقبة الاتصالات الالكترونية وانما اكتفى فقط بتعريف المقصود بالاتصالات الالكترونية في المادة 2/و من القانون 09-04 السالفة الذكر بقولها :**"أي تراسل أو إرسال أو استقبال علامات أو إشارات أو كتابات أو صور أو أصوات أو معلومات مختلفة بواسطة أي وسيلة إلكترونية"**، وعرف المشرع الاتصال الالكتروني بموجب المادة 03 من القانون 18-07 مؤرخ في 10 يونيو 2018 يتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي(5) على أنه: **"كل إرسال أو تراسل أو استقبال علامات أو إشارات أو كتابات أو صور أو أصوات أو بيانات أو معلومات مهما كانت طبيعتها عبر الأسلاك أو الألياف البصرية أو بطريقة كهرومغناطسية"** وهو ذات التعريف الذي تضمنته المادة 10 من القانون 18 -04 يتضمن قانون البريد والاتصالات الالكترونية.

كما أننا رصدنا بعض التعريفات للمقصود بالاتصالات الالكترونية حيث ان هناك من اعتبره اتصال لاسلكي معرفا إياه: **" هو ارسال أو انتقال أشكال مختلفة من البيانات من مجموعة من الوسائل الالكترونية عبر قنوات معينة إلى مجموعة أخرى من الوسائل الالكترونية المنتشرة جغرافيا إذن الاتصالات اللاسلكية أو لاتصالات عن بعد هي نلك الاتصالات التي تسمح بتداول المعلومات عن طريق وسائل الكترونية وعبر مسافات معينة بطريقة مباشرة والاتصالات اللاسلكية تشبه الاتصالات الشخصية فقط يكون المرسل والمستقبل هنا هو الحاسب الآلي"**(6)، ولقد عرف القانون الفيدرالي الأمريكي للمراقبة السلكية واللاسلكية الاتصال الالكتروني بأنه : **" أي تحويل للمؤشرات أو إشارات أو كتابات أو صور أو أصوات أو بيانات أو أي معلومات من أي نوع يتم بثها جزئيا أو كليا بواسطة نظام سلكي أو لا سلكي أو كهرومغناطيسي او كهروضوئي او ضوئي بصري .."**(7).

ثانيا: المقصود بمراقبة الاتصالات الالكترونية

أما فيما يخص تعريف مراقبة الاتصالات الالكترونية في القانون المقارن فلاحظنا من خلال البحث في هذه النقطة أن التشريعات المقارنة أعطت تعريفات واسعة تشمل مراقبة جميع أنواع الاتصالات سواء كانت

سلكية عن طريق الهاتف أو لاسلكية (التي تتم عن بعد) من هذا القبيل قانون المراقبة السلكية واللاسلكية الفيدرالي الأمريكي الذي عرفها بأنها: "**الالتقاط السمعي أو التقاط لمحتويات اي اتصال سلكي (عبر الهاتف) أو الكتروني أو شفوي باستخدام أي جهاز الكتروني أو ميكانيكي أو أي جهاز اخر له قابلية او القدرة على القيام بذلك**"، وكذا قانون الاتصالات اللاسلكية العراقي لسنة 1980 حيث جاء في المادة الأولى منه بأنه: "**ارسال أو استلام للأمواج اللاسلكية بكافة أنواعها أو اتصالاتها سواء كانت بواسطة إشارة أو علامة أو كتابة أو صورة أو صوت أو أي معلومات أخرى مهما كان نوعها ولأي غرض كان وبضمنها المبرقات وأجهزة ناقل الصورة وتبادل المعلومات وأجهزة الهواتف المجفرة والمحورة تقنيا والتي تربط على الخطوط السلكية**"(8)، وكذا التعريف الذي اعتمده مجلس حقوق الإنسان التابع للأمم المتحدة في 17 أفريل 2013 بخصوص مراقبة الاتصالات بشكل عام على أنها: " **رصد المعلومات التي يتم إيصالها أو نقلها أو توليدها عبر شبكة الاتصالات واعتراض هذه المعلومات وجمعها وحفظها واستبقاؤها**".

أما في التشريعات العربية فنستدل بالمشرع الفلسطيني، بمقتضى القانون رقم 10 لسنة 2018 المتعلق بالجرائم الالكترونية يفرق بين التقاط الاتصالات الذي يقصد به: " مشاهدة البيانات أو المعلومات أو الحصول عليها "وبين الاختراق الذي يقصد به الدخول غير المصرح به أو غير المشروع لنظم تكنولوجيا المعلومات أو الشبمة الالكترونية".

وعموما تتكون عملية الاتصال من مكونات أساسية نوجزها في المرسل وهو مصدر الرسالة، الرسالة وهي الموضوع أو المحتوى الذي يريد المرسل أن ينقله الى المستقبل، الوسيلة وهي الطريقة أو القناة التي تنتقل بها الرسالة، المستقبل وهو الجهة أو الشخص الذي توجه له الرسالة ويستقبلها من خلال حواسه(9).

واستنادا على التعاريف السابقة يمكننا تعريف مراقبة الاتصالات الالكترونية أنها: "**رصد وتجميع وتسجيل المعلومات التي يتم إيصالها أو نقلها أو توليدها هم طريق جهاز الحاسب الالي والتي تتخذ شكل البريد الالكتروني(E.Mail) أو شكل محادثة فورية (Instant message) والتي تتم عبر شبكة الأنترنت**"(10).

ويمكن تعريفها أيضا أنها: "التقاط الاتصالات الالكترونية التي تتم عن بعد، وهي تستهدف جميع أشكال الاتصالات الالكترونية سواء كانت مرئية أم مكتوبة أم مسموعة التي تتم عبر وسائل الاتصال اللاسلكية كالهاتف النقال والبريد الالكتروني والرسائل النصية المرسلة أو المستلمة ومواقع التواصل الاجتماعي عن طريق تشات أو الفيسبوك أو توتير أو الفايبر وغيرها من الاتصالات التي تتم عبر وسائل التقنية الحديثة التي تدخل في هذا الحكم.

ثالثا: أنواع مراقبة الاتصالات في التشريع الجزائري والفروق الموجودة بينهما

تجدر بنا الإشارة إلى أن المشرع سبق له التنصيص على إجراء مماثل لمراقبة الاتصالات الالكترونية بمقتضى قانون الإجراءات الجزائية المعدل سنة 2006 هو" اعتراض المراسلات" الذي يقصد به أساسا التصنت على المكالمات الهاتفية سواء تلك التي تتم بوسائل الاتصال السلكية كالهاتف التقليدي والتلغراف أو اللاسلكية التي تتم بواسطة الأجهزة الإلكترونية. اذ أن هناك من يعتبرهما ذو مدلول واحد(11) غير أننا نرى أن واعتراض المراسلات ومراقبة الاتصالات الالكترونية يتشابها من حيث أنهما يستهدفان الحصول على المعلومات التي تضمنها الاتصال. غير انهما يختلفان اختلافات جوهرية من حيث(12):

- يستخدم مصطلح اعتراض عادة على التصنت على المكالمات الهاتفية والاتصالات السلكية واللاسلكية عندما يكون محل الاعتراض جهاز الهاتف العادي أو الهاتف النقال أما المراقبة الالكترونية فيستخدم عندما يكون محل المراقبة شبكات الأنترنت سواء كانت تلك المراقبة تستهدف البريد الالكتروني أم غرف المحادثة "الشات".

- اعتراض المراسلات يتخذ عند الاتصال نفسه قصد التنصت على المحادثات الشخصية التي يجمع أطراف الاتصال أي أن الاعتراض يستهدف الاستماع خلسة لاتصال محدد وأشخاص محددين، أما بخصوص مراقبة الاتصالات الالكترونية فيتعين علينا التمييز بين ما إذا كانت موجهة للوقاية من الأفعال الموصوفة إرهابية أو تخريبية أو الجرائم الماسة بأمن الدولة فهي في هذه الحالة تستهدف مراقبة النشاط الرقمي على شبكة الأنترنت قصد الاطلاع بشكل دائم ومستمر على جميع أشكال الاتصالات الالكترونية الآنية سواء كانت شفوية أو مرئية أو مسموعة المتحركة في نظام معلوماتي المتبادلة بين الأشخاص أي من دون أي تحديد لهاتف محدد أو من دون تحديد المشتبه فيه، وتتبعها وتسجيل محتواها في حينها، بناء عليه تخضع المراقبة الالكترونية في هذه الحالة للأحكام الخاصة الواردة في المادة 4 الفقرتين3 و4 من القانون 09-04 المتعلقة بالجهة المصدرة للإذن ومدته وكذا الأشخاص المؤهلين لتنفيذها.

- اعتراض المرسلات يقتصر على تقنيات محددة تستهدف التقاط اتصال معين والتنصت عليه وتسجيله، وهي نفس التقنيات التي تستخدم عادة في مراقبة الاتصالات الالكترونية للأغراض المنصوص عنها في الفقرات ب، ج، د، أما مراقبة الاتصالات الالكترونية للأغراض المنصوص عليها في الفقرة أ فهي تتم بعدة تقنيات تبدأ بوضع الأجهزة الأمنية نظام يحتوي على مجموعة من الألفاظ يتولى جهاز المراقبة التقاطها من كافة الاتصالات وتحويلها إلى أنظمة المؤسسات الأمنية التي تتولى تتبع الاتصال واعتراضه وتسجيله، كما أنه يتم استخدام عدة برمجيات في المراقبة منها ما هو خاص بالقرصنة أو من خلال وضع برمجيات خاصة بالتجسس كحصان طروادة، وأخرى خاصة للاختراق وغيرها من أشكال المراقبة الالكترونية الأخرى.

اعتراض المراسلات هو من اجراءات التحري والتحقيق في جرائم وقعت فعلا بينما يعد مراقبة الاتصالات الإلكترونية إجراء مزدوج لأنه يتخذ كأسلوب للوقاية عن جرائم لم تقع بعد بغية منع وقوعها، كما يتخذ بعد وقوع الجريمة كأسلوب للكشف والتحري عن الجريمة مرتكبيها.

- اعتراض المراسلات يتخذ للبحث والتحري عن جرائم محددة حصرا، أما مراقبة الاتصالات الالكترونية فيتخذ للوقاية أو للبحث والتحري عن جرائم غير محددة مما يعني أن مجال تطبيقه أوسع من مجال تطبيق اعتراض المراسلات.

ما يميز تشريعنا الوطني ان كلا من اعتراض المراسلات ومراقبة الاتصالات لا يجوز اتخاذها الا بعد الحصول على اذن من الجهات القضائية المختصة على عكس ما كان سائد ولا يزال سائد في بعض الدول كالولايات المتحدة الامريكية التي تدعي الديمقراطية واحترام حقوق الانسان التي تميز بين الاعتراض القضائي والاعتراض الاداري بحيث يستوجب في الاعتراض القضائي الحصول على إذن من السلطات المختصة ووفق ضوابط وشروط معينة، والاعتراض الاداري الذي يتخذ كأسلوب وقائي ودون الحصول على ترخيص من الجهات المختصة بحيث تجريه السلطة الادارية أو السياسية بهدف جمع المعلومات المتعلقة بالأمن الوطني القومي والحفاظ علة الموارد الاقتصادية والعلمية والوطنية ودرء خطر الارهاب(13).

رابعا: طرائق مراقبة الاتصالات الالكترونية

لم يحدد المشرع الجزائري الطرائق التي يتم من خلالها مراقبة الاتصالات الالكترونية لأنها عملية تقنية لا يمكن حصرها في نصوص قانونية، وعموما تستطيع الدول الحصول على أنواع مختلفة من التقنيات والتكنولوجيا لمراقبة الاتصالات على الاتصالات الخاصة بالشخص المستهدف. وفق عدة طرق من أهمها:

- التنصت على المكالمات الهاتفية التي يجريها أي شخص عن طريق جهاز الهاتف الثابت أو المحمول وتسجيلها، وذلك عبر تسخير قدرات الاعتراض التي يطلب من جميع، ويمكن التحقق من شبكات الاتصالات إدماجها في منظوماتها، لممارسة الرقابة من قبل الدول وقراءة رسائله النصية وتسجيلها. ويمكن لسلطات الدولة أيضاً أن ترصد نشاط الشخص على شبكة الإنترنت بما في ذلك المواقع التي يتصفحها وذلك عن طريق تثبيت جهاز تنصت على كابل الإنترنت الذي يستخدمه موقع أو شخص ما.

- قد يكون النفاذ إلى مضمون البريد الإلكتروني والرسائل التي يخزنها الشخص بالإضافة إلى بيانات الاتصال الأخرى ذات الصلة أمرا متاحا من خلال شركات الإنترنت ومقدمي خدمة الإنترنت.

- في مقدور الدول تعقب حركة هواتف محمولة محددة، وتحديد هوية جميع الأشخاص الذين يملكون هاتفا محمولا ضمن منطقة معينة، واعتراض الاتصالات والرسائل النصية، باعتماد أساليب مختلفة. وتستخدم بعض الدول الأجهزة الخاصة بمراقبة الهاتف المحمول وهي مقفلة، والتي تعرف بصائد رقم التعريف العالمي للمشترك في اتصالات الهاتف المحمولIMSI) ، وهي أجهزة قابلة للتركيب في موقع من المواقع بصورة مؤقتة (كالموقع الذي تنظم فيه مظاهرة أو مسيرة) أو بصورة دائمة (كالمطار أو غيره من المعابر الحدودية). وتحاكي الأجهزة الصائدة هذه برج الهاتف المحمول عن طريق إرسال إشارات الهاتف المحمول والاستجابة لها من أجل استخراج الرقم الفريد لبطاقة تحديد هوية المشترك (SIM) من جميع الهواتف المحمولة داخل منطقة معينة.

- ان الدول تسعى أيضاً على حيازة البرامجيات التي يمكن استخدامها لاختراق الحاسوب أو الهاتف المحمول أو غيره من الأجهزة الرقمية الخاصة بشخص ما باستخدام برامجيات التطفل الهجومية، بما في ذلك تلك التي يطلق عليها "حصان طروادة) "وتعرف أيضاً باسم برامجيات التجسس أو البرامجيات الخبيثة)، لتشغيل ميكروفون أو كاميرا الجهاز، لتتبع العمليات التي أجريت من الجهاز، والوصول إلى أي معلومات مخزنة عليه أو تحويرها أو محوها. وهذه البرمجيات تمكِّن الدولة من التحكم تماما في الجهاز الذي تم اختراقه، ولا يمكن كشفها عملياً.

- مراقبة وسائل الاتصال الجماهيري الذي سبق لنا الاشارة اليه سابق.

- يعد رصد وسائل التواصل الاجتماعي أداة أخرى من الأدوات التي تلجأ الدول إلى استخدامها بانتظام اليوم. فالدول قادرة فعلياً على رصد الأنشطة على مواقع التواصل الاجتماعي على الإنترنت والمدونات والمنافذ الإعلامية.

- سعي الدول، بالإضافة إلى اعتراض وتتبع محتوى الاتصالات التي يجريها الأفراد، إلى الاطلاع على بيانات الاتصال المحفوظة لدى الأطراف الثالثة المقدمة للخدمة وشركات الإنترنت. وتتزايد قيمة الاطلاع على بيانات الاتصال باعتباره من تقنيات المراقبة التي تستخدمها الدول في ظل تزايد كميات ما يجمعه القطاع.

- لم يقتصر أثر التطورات التكنولوجية على تسهيل اعتراض الاتصالات وإمكانية الاطلاع عليها في حالات محددة، وإنما تعدى ذلك إلى تمكين الدول من ترشيح النشاط الشبكي على نطاق واسع، حتى على الصعيد الوطني. ويلجأ كثير من البلدان إلى ترشيح الانترنت تحت غطاء الحفاظ على الوئام الاجتماعي أو القضاء على خطاب الكراهية، لكنها تستخدمه في الواقع للقضاء على المعارضين أو المنتقدين

المحور الثاني

ضوابط مراقبة الاتصالات الالكترونية

تأخذ الاتصالات الالكترونية شكل مراسلات مكتوبة أو محادثات شفوية أو صور ملتقطة وهي تشكل بذلك أهم العناصر الأساسية التي يقوم عليها الحق في حرمة الحياة الخاصة، ولهذا يعد هذا الاجراء من أخطر الاجراءات الحديثة التي تمس الانسان في حقه في الخصوصية[14] لذاك وجب إحاطتها بجملة من الضوابط الشكلية والموضوعية تحاط بممارسة هذه الأساليب تتمثل في مجموعة من الشروط ينبغي على سلطة التحقيق التقيد بها عند اتخاذ أساليب التقنية الحديثة نظرا لما قد يترتب عنها من مساس بالحياة الخاصة للأفراد. وبقدر ما تكون هذه الضوابط واضحة وكافية تتحق كفالة الحريات الفردية وعلى العكس من ذلك كلما كانت هذه الضوابط غير واضحة وغير كافية كلما منحت سلطة تقديرية واسعة للسلطة القضائية في ممارسة المراقبة الالكترونية وبالتالي المساس بالحياة الخاصة، فهل تعد هذه الضمانات التي قررها المشرع الجزائري واضحة كافية لحماية حق الانسان في حياته الخاصة؟

أولا: الضوابط الموضوعية

تتعلق الضوابط الموضوعية بنشوء الحق في اللجوء إلى استخدام أساليب التحري الخاصة تتعلق بضابط أساسي يتمثل في تحقق حالات المراقبة، حيث حددت المادة 3 من القانون 09-04 الإطار العام والمحاور الأساسية التي تطبق فيها هذه الأساليب الحديثة، المتمثلة في مقتضيات حماية النظام العام، ومستلزمات التحريات أو التحقيقات القضائية الجارية، في حين فصلت المادة 4 من نفس القانون الحالات التي تسمح باللجوء إلى مراقبة الاتصالات الإلكترونية، في الآتي:

أ- للوقاية من الأفعال الموصوفة بجرائم الإرهاب أو التخريب أو الجرائم الماسة بأمن الدولة.

ب- في حالة توافر معلومات عن احتمال اعتداء على منظومة معلوماتية على نحو يهدد النظام العام أو الدفاع الوطني أو مؤسسات الدولة أو الاقتصاد الوطني.

ج- لمقتضيات التحريات والتحقيقات القضائية، عندما يكون من الصعب الوصول إلى نتيجة تهم الأبحاث الجارية دون اللجوء إلى المراقبة الإلكترونية.

د- في إطار تنفيذ طلبات المساعدة القضائية الدولية المتبادلة

ولقد سبق لنا الحديث عن أثر تطبيق المراقبة في هذه الحالات على حق الانسان في حياته الخاصة في عدة مناسبات علمية[15] لذلك لابد من توافر الضوابط الموضوعية لمراقبة الاتصالات الالكترونية المشار إليها أدناه وفق التحليل الاتي:

أ- الوقاية من الجريمة

حيث يلاحظ أن المشرع سمح باتخاذ اجراء المراقبة قبل وقوع الجريمة كإجراء وقائي، وكمراقبة إدارية تدهل في إطار الضبط الاداري[16] في الحالتين المذكورتين في أ و ب، أي في جرائم الارهاب والتخريب نظرا لخطورة هذه الجرائم وصعوبة كشفها أو التكهن بها من طرف الشرطة القضائية. فكان لابد من منح السلطات المختصة الاذن بمراقبة الاتصالات الالكترونية كإجراء وقائي سواء تمت داخل الوطن أو وردت من الخارج من أجل إجهاض المخططات الاجرامية الارهابية والماسة بأمن الدولة قبل وقوعها. ورغم ذلك فهماك شبه اتفاق على عدم شرعية هذه الاجراءات لمساسها المباشر بحرمة الحياة الخاصة وفي ظل جريمة لم تقع بعد.

وتعتبر الحكومة الأمريكية أول من أصدر قانون يجيز التنصت على الاتصالات واعتراضها في الجرائم الارهابية وذلك عقب أحداث سبتمبر 2001 بموجب قانون التشريع الشهير المعروف ب (Patriot ACT) قانون بتريوت الذي سمح للأجهزة الأمنية بمودبه خرق بعض الحريات الأساسية ومنها سرية التخابر والقوانين السابقة المعمول بها وذلك من أجل الكشف والوقاية من عمليات ارهابية محتملة ، وجون الحاجة لاستصدار إذن من القاضي، ولقد اتخذ القضاء الامريكي موقفا مشددا من هذا القانون ، ففي إحدى القضايا المعروضة أمام المحكمة الجزائية لمنطقة جنوبي نيويورك أصدر القاضي (فيكتور ماريور) في قضية (ألبرتو جواتريس) بعدم شرعية إصدار قانون باتريوت لأنه ينتهك حق الخصوصية أن إعطاء الصلاحيات للجهات التحقيقية بمراقبة الاتصالات السلكية واللاسلكية والالكترونية دون اذن قضائي تحت ذريعة الامن القومي الامريكي أمر غير قانوني وقد أوقف تطبيق القانون لمدة 90 يوما لإعطاء المهلة للحكومة لاستئناف القرار[17].

من جهة أخرى نثير الحالة الثانية المتعلقة بمسألة توفر معلومات عن احتمال وقوع اعتداء على منظومة معلوماتية على نحو يهدد النظام العام أو الدفاع الوطني أو مؤسسات الدولة أو الاقتصاد الوطني. ويتعلق ضابط **المراقبة** هنا بجريمة يحتمل وقوعها والقول هنا باحتمالية وقوع الجريمة تعني ان المراقبة تبنى على أساس الشك أو الاعتقاد وليس على الصحة واليقين وهو ما قد يدفع إلى القول بالتدهل السافر للدولة في الاطلاع على الحياة الخاصة وأن احتمالية وقوع الجريمة لا يمكن أن يشكل بأي حال من الاحوال مبررا لمراقبة الاتصالات، على عكس خلاف بعض التشريعات المقارنة كسويسرا وألمانيا مثلا التي لا تسمح باتخاذ التفتيش الوقائي عن بعد إلا في حالة وجود دلائل قوية أو خطر حقيقي يهدد الأمن القومي، أو في حالة تحريات أو تحقيقات لجرائم على درجة من الخطورة ارتكبت فعلا[18].

ب -غاية المراقبة وضرورتها

وهو ما عبر عنه المشرع "لمقتضيات التحريات والتحقيقات القضائية، عندما يكون من الصعب الوصول إلى نتيجة تهم الأبحاث الجارية دون اللجوء إلى المراقبة الإلكترونية" وعليه تبنى المراقبة في الحالتين المذكورتين

في البندين ج و د على وجود جريمة وقعت فعلا لمقتضيات التحريات والتحقيقات القضائية، عندما يكون من الصعب الوصول إلى نتيجة تهم الأبحاث الجارية دون اللجوء إلى المراقبة الإلكترونية، مما يعني ان المراقبة تتخذ في أطار الاجراءات الجزائية للضبط او التحقيق القضائي وله حالتان، لمستلزمات ومقتضيات التحقيق[19] المشار اليها في هذه الفقرة ومن اجل تنفيذ طلبات المساعدة القضائية الدولية المتبادلة المشار اليها في الفقرة أدناه.

ج - في إطار تنفيذ طلبات المساعدة القضائية الدولية المتبادلة:

والملاحظ في هذا الصدد أنه لا توجد جرائم محددة بهذا الاجراء في هاتين الحالتين كما هو الحال بالنسبة لاعتراض المراسلات[20]، بل يمكن أن يتخذ الاجراء في جميع الجرائم شريطة أن يكون من الصعب الوصول إلى نتيجة تهم الأبحاث الجارية دون اللجوء إلى المراقبة الإلكترونية، او في حالة المساعدة القضائية المتبادلة المقررة في بعض القوانين مثل جرائم الفساد، والتهريب، وتبييض الأموال وتمويل الإرهاب والجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية.

ثانيا : الضوابط الشكلية :

تتمثل في :

أ- وجوب الحصول على إذن قضائي

من الضوابط المتفق عليها وجوب الحصول على إذن قضائي يبرر شرعية مراقبة الاتصالات الالكترونية خاصة وان هذا الاجراء كما أسلفنا ينطوي على مساس خطير بحق الانسان في حياته الخاصة، غير أن مصدر هذا الإذن يختلف بيم ما إذا كانت المراقبة موجهة للحالة أ وهما يتعين الحصول على الاذن من طرف النائب العام على مستوى مجلس قضاء الجزائر الذي يتولى منح الاذن والاشراف على عملية المراقبة ومراقبتها.

أما الحالات المنصوص عليها فيجب البنود ب ج د فيتم الحصول على الإذن من طرف الجهات القضائية المختصة وهي وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق المختص حسب الجهة الموجودة فيها القضية.

ب- احترام المدة المقررة للمراقبة

حددها المشرع بأربعة أشهر في الحالات ب ج د من المادة 4 من القانون 09-04 وستة أشهر في الحالة المنصوص عليها في الفقرة "أ" وكلا المدتين طويلتين جدا مقارنة ببعض التشريعات المقارنة كالمشرع السعودي الذي قرر مدة المراقبة بعشر أيام قابلة للتجديد في حين جعلت أغلب التشريعات المدة المحددة لإجراء المراقبة أو التنصت بشهر واحد كأقصى حد قابل للتجديد ضمن الضوابط القانونية المنصوص عليها[21].

ج- اختصاص في اجراء المراقبة وشرعيتها

يشترط المشرع الجزائري أن تتم مراقبة الاتصالات الإلكترونية من طرف ضباط الشرطة القضائية المنتمين إلى الهيئة الوطنية للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتهم[22]، وقبل القيام بعملية المراقبة والحصول على إذن بالمراقبة يتوجب على ضباط الشرطة القضائية المنتمين إلى الهيئة المذكورة أعلاه بتحرير تقرير يبين طبيعة الترتيبات التقنية المستعملة والأغراض الموجهة له يوجه للنائب العام

الذي له أن يؤذن بناء على هذا التقرير اتخاذ مراقبة الاتصالات الالكترونية. مع ضرورة أن تكون الترتيبات التقنية الموضوعة لمراقبة الاتصالات الإلكترونية موجهة حصرا لتسجيل وتجميع معطيات ذات صلة بتلك الأفعال ومكافحتها، وذلك تحت طائلة العقوبات المنصوص عليها في قانون العقوبات بالنسبة للمساس بالحياة الخاصة للغير **وكذا** إلزام مقدمي الخدمات بالحفاظ على سرية العمليات والمعلومات المتحصل عنها تحت طائلة العقوبات،

من جهة أخرى تلزم المادة 119 من قانون البريد والاتصالات الإلكترونية باتخاذ التدابير التي من شأنها أن تضمن سرية المكالمات والمعلومات التي يحوزونها عن مشتركيهم، ـ وألا يسمحوا بوضع أي ترتيبات بغرض اعتراض الاتصالات أو مراقبة المكالمات، الهاتفية والوصلات والمحادثات والمبادلات الإلكترونية دون إذن مسبق من السلطة القضائية. ويجب عليهم أن يطلعوا أعوانهم على التزاماتهم والعقوبات التي يتعرضون لها عند عدم احترامهم لهذه الأحكام.

وفي اعتقادنا المتواضع تبقى هذه الضوابط غير كافية، لكونها لا تحمي أبدا الحق في حياة الانسان الخاصة، إذ أنه من لصعب جدا وضع حد بين التنصت في إطاره القانوني والتنصت الذي يعرض الحريات الفردية إلى الانتهاك.

وبإجراء مقارنة بين التشريع الوطني وبعض التشريعات المقارنة نلاحظ أن هناك من التشريعات الغربية قد خطت خطوات متقدمة نحو حماية الحق في الخصوصية، ففي ألمانيا وليتوانيا مثلا لن تجرى المراقبة على أساس أهذ عينات عشوائية أو وجود كلمات أو عبارات محددة ضمن " قائمة شائعة" لن تجرى المراقبة إلا بحسب كل حالة على حدى عند وجود سبب محدد يستدعي التخوف، لن تقرأ رسائل البريد الالكتروني التي تعد شخصية.(أي رسائل البريد الالكتروني التي تتضمن تعبيرا صريحا بأنها شخصية أو خاصة، أو رسائل البريد الالكتروني التي يجعل محتواها القارى يعرف أنه رسائل بريد إلكتروني أنها شخصية، عند فتح رسالة بريد الكتروني أو رسالة فورية غير متضمنه كلمة " شخصية" أو" خاصة " ، في سطر الموضوع واتضح بأنها شخصية ستغلق على الفور ولن يقرأ المزيد منها[23].

وفي السويد أيضا لن تفتح رسالة البريد الالكتروني أو الرسالة الفورية أو ستغلق على الفور، ولن يقرأ المزيد منها إذا كان واضحا أو اتضح عند فتحها أنها رسالة شخصية فعلا، أما بالنسبة لرسائل البريد الالكتروني أو الرسائل الفورية التي تحتوي على معلومات شخصية لن تتعدى الحد الأدنى الضروري لأغراض الامتثال[24].

الخاتمة:

تواكب التشريعات بصورة عامة وتيرة التغييرات التي تشهدها التكنولوجيا وفي أكثرية الدول، فإن المعايير القانونية غير موجودة أو غير مناسبة للتعامل مع البيئة الحديثة لمراقبة الاتصالات، لذلك، تسعى الدول على نحو متزايد، لتبرير استخدام تكنولوجيات جديدة، في الأُطر القانونية القديمة دون الاعتراف بأن ما يتوفّر لديها من قدرات هامة حالياً يتجاوز بكثير ما تخوله تلك الأُطر. ويعني ذلك تذرع العديد من البلدان بأحكام قانونية مُبهمة وذات مفهوم عام لإخفاء المشروعية على استعمال تقنيات تطفلية خطيرة وإقراره ودون سنّ قوانين

واضحة تخوّل استعمال هذه التكنولوجيات والتقنيات وتعرّف نطاق استعمالها، لا يمكن للأفراد أن يتوقعوا تطبيقاتها أو حتى يعرفوا بوجودها. وفي الوقت نفسه، تُعتمد قوانين بهدف توسيع نطاق الاستثناءات تحت بند الأمن القومي، أو لإضفاء الصبغة الشرعية على تقنيات المراقبة دون رقابة أو مراجعة مستقل، وتزيد المعايير القانونية غير المناسبة من احتمال تعرّض الأفراد لانتهاك الحق في الخصوصية. ولهذه المعايير أيضاً آثار سلبية على فئات معينة من الأفراد مثل أعضاء بعض الأحزاب السياسية أو النقابيين أو الأقليات القومية والإثنية واللغوية الذين قد يتعرّضون أكثر من غيرهم لمراقبة الدولة لاتصالاتهم، وبدون وضع أشكال حماية قانونية قوية.

وعليه فإن مراقبة الاتصالات كعمل تطفلي بدرجة كبيرة يتعارض مع والحق في الخصوصية ويهدد دعائم المجتمع الديمقراطي، وفيما يلي أهم الاقتراحات التي نراها ضرورية من أجل تعزيز الحق في الخصوصية في مواجهة الجريمة الالكترونية:

- تنمية الوعي لدى الأفراد بضرورة احترام خصوصيات الأفراد والحفاظ عليها في البيئة الالكترونية.
- تشديد الرقابة على بيع واستيراد الأجهزة الرقمية المتطورة وجعلها في متناول الأفراد سواء ما تعلق منها بالتسجيل أو التصوير، وذلك بعدم تداولها إلا بناء على ترخيص بالتنسيق مع الهيئات القضائية.
- تهيئة الأرضية التقنية المناسبة من أجل ضمان حقوق الشخص المعني عن طريق تفعيل البرامج الحمائية.
- العمل على القضاء على الثغرات الرقمية التي تؤثر على التطبيق الفعلي لضمانات حماية الحصوصية في القانون 18-07.
- تضمين القانون 09-04 نصوص أكثر حماية للحياة الخاصة كالنص مثلا بضرورة اغلاق رسائل البريد الالكتروني والرسائل الفورية إذا ما تبين صراحة أو ضمن سطور الرسالة انها رسالة شخصية.
- أن يتم ادراج ضمان أن تكون المراقبة ضرورية على نحو محدد وظاهر لتحقيق غرض شرعي.
- تضمين القانون 09-04 فصل خامسا يتضمن تجريم الأفعال التي من شأنها المساس بالحق في الخصوصية عبر الأجهزة الالكترونية والرقمية سواء من طرف الجناة العاديين او من طرف القائمين مع ضرورة أن تتكفل هذه النصوص بتحديد صفة العمد المقررة لكل نموذج اجرامي وتشديد العقوبات المقررة.
- تقليص مدة مراقبة الاتصالات الالكترونية إلى شهر واحد قابل للتجديد.
- ضرورة حصر مراقبة الاتصالات الالكترونية في الحالتين "ج" و"د" في جرائم محددة حصرا وعلى درجة كبيرة من الخطورة كجرائم عصابات الأحياء مثلا.

الهوامش:

[1] جريدة رسمية عدد 47 الصادرة في تاريخ 16 غشت 2009.

[2] أنظر على وجه الخصوص المادة 12 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948، والمادة 17 من العهد الدولي الخاص بالحقوق السياسية والمدنية لعام 1966.

[3] تعتبر الشريعة الإسلامية من الشرائع السباقة في حماية هذا الحق، حيث ورد في القرءان الكريم العديد من الآيات الدالة على ذلك لعل من أبرزها قوله تعالىً ﴿يا أيها الذين امنوا لا دخلوا بيوتا غير بيوتكم حتى تستأنسوا وتسلموا على اهلها ذلكم**

خير لكم لعلكم تهتدون. فإن لم تجدوا فيها أحدا فلا تدخلوها حتى يؤذن لكم وإن قيل لكم ارجعوا فارجعوا ذلك أزكى لكم والله بما تعملون عليم "، وقال رسولنا الكريك ص " يا معشر من امن بلسانه ولم يدخل الإيمان قلبه، لا تؤذوا المسلمين ولا تتبعوا عوراتهم فمن يتبع عورة أخيه المسلم تتبع عورته يوشك أن يفضحه ولو في جوف بيته" وفي قصص الصحابة الراشدين عرف عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه كان يتتبع أحوال الناس ويتحرى أخبارهم خفية دون علمهم وقد روي أنه خرج في ليلة مظلمة يتفقد الأمور في المدينة فسمع صوت رجل يتغنى، فتسور الحائط وحبط أرض الدار فوجد رجل امامه إناء خمر فقال له عمر: يا عدو الله أظننت أن الله يسترك وأنت على معصية ؟ فأجابه الرجل وقد عرف أنه عمر: يا أمير المؤمنين إني قد أخطأت فاقبل توبتي فأجابه عمر: أضربك الحد على هذه المعصية فر د الرجل قائلا: لا تتعجل وأنصفني ، أنا عصيت الله مرة واحدة ، وأنت عصيت الله ثلاثا ، فالله قد قال ص ولا تجسسوا "وأنت تجسست وقال "واتوا البيوت من أبوابها" وأنت تسورت وأتيت من السطح وقال "لا تدخلوا بيوتا غير بيوتكم حتى تستأنسوا وتسلموا على أهلها "هذه الرواية إن دلت على شيء ، إنما تدل على أن حق الإنسان بحماية حياته الخاصة من اي اعتداء مهما كان نوعه او مصدره ، هو حق مقدس كرسته مختلف الشرائع السماوية والوضعية ، وعلى الناس كافة الالتزام باحترام هذه الخصوصية وهذا الالتزام موجه للحكام قبل الأفراد، والحقيقة هي أن الدلائل على حرمة الحياة الخاصة كثيرة قد لا يسعنا المقام لذكرها كلها في هذه الدراسة.

(4) الأمم المتحدة، الجمعية العامة، مجلس حقوق الانسان الدورة 23، تقرير المقرر الخاص المعني بتعزيز وحماية الحق في حرية الرأي والتعبير، فرانك رالو" 17 أفريل 2013، ص 03.

(5) جريدة رسمية عدد 48 مؤرخة في 13 ماي 2018

(6) عبد الله جعفر الكوفلي، "مراقبة الاتصالات في التنظيم الدولي والداخلي"، ط 1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2017، ص 21.

(7) المرجع نفسه، ص 95.

(8) المرجع نفسه، ص 94.

(9) المرجع نفسه، ص 22.

(10) شيماء عبد الغني، محمد عطا الله" الحماية الجنائية للتعاملات الالكترونية "دراسة مقارنة بين النظامين اللاتيني والأنجلو امريكي" رسالة دكتوراه، جامعة المنصورة، 2005، ص 286.

(11) أنظر: فطيمة جبار" مراقبة الاتصالات الالكترونية بين الحظر والإباحة في التشريع الجزائري " مجلة الدراسات القانونية المقارنة، عدد 03، ديسمبر 2016، ص 17.

(12) تم الاشارة الى هذه الفروقات ضمن أطروحتنا للدكتوراه: أنظر أكثر شريفة سوماتي، "السياسة الجنائية للمشرع الجزائري في مواجهة الجريمة المستحدثة"، نوقشت في 2018/11/20 كلية الحقوق سعيد حمدين الجزائر 1.

(13) عبد الله الكوفلي، مرجع سابق، ص 100.

(14) ثابت دنيا زاد، "مراقبة الاتصالات الالكترونية والحق في الحياة الخاصة في القانون الجزائري"، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة تبسة، عدد 6، ص 207.

(15) ينظر في ذلك شريفة سوماتي، "السياسة الجزائية للمشرع الجزائري في مكافحة الجريمة المستحدثة" وينظر كذلك: شريفة سوماتي "قوانين مكافحة الجريمة الالكترونية بين متطلبات الحد من الجريمة وانتهاك الحق في الحياة الخاصة"، الملتقى الوطني حول " اليات مكافحة الجريمة الالكترونية"، المنظم في جامعة أفلو الاغواط 25 يوم سبتمبر 2011.

(16) فريد روابح، "ضمانات حرمة الحياة الخاصة أثناء اجراء مراقبة الاتصالات الالكترونية"، مجلة الأبحاث القانونية والسياسية، المجلد 2، العدد 2، الجزائر، 2020، ص 17.

(17) عبد الله الكوفلي، مرجع سابق، ص 105.

(18) شريفة سوماتي، مرجع سابق، ص ص 308، 309.

(19) فريد روابح، المرجع السابق، ص 17.

(20) يتخذ اجراء اعتراض المراسلات للتحري والتحقيق في جرائم محددة حصرا هي: "الجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية، جرائم الصرف، جرائم الفساد، جرائم المساس بالمعالجة الالية للمعطيات، جرائم المخدرات والمؤثرات العقلية، جرائم الارهاب، جرائم التهريب " بالاضافة الى الجرائم الماسة بالمعلومات والوثائق الادارية المقرر بموجب 26 من الأمر 21-09 مؤرخ في 8 يونيو 2021 يتعلق بحماية المعلومات والوثائق الإدارية جريدة رسمية عدد 45 مؤرخة في 9 يونيو 2021.

(21) عبد الله جعفر كوفلي، مرجع سابق ص 184.

(22) أكثر تفصيل حول مهام الهيئة أنظر المرسوم الرئاسي رقم 19-172 المؤرخ في 6 يونيو 2019 يحدد تشكيلة الهيئة الوطنية للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الاعلام والاتصال وتنظيمها وكيفيات سيرها، الجريدة الرسمية عدد 37 الصادرة في9 يونيو 2019، الذي ألغى المرسوم الرئاسي رقم 15-261 مؤرخ في 8 اكتوبر 2015 يحدد تشكيلة وتنظيم وكيفيات سير الهيئة الوطنية للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتهما، جريدة رسمية عدد 53 الصادرة في تاريخ 8 اكتوبر 2015.

(23) سياسة مراقبة الاتصالات الالكترونية، صادرة عن إدارة الامتنثال تنطبق على موظفي moody's، 1 مارس 2021 على الرابط الالكتروني التالي:

https://www.moodys.com/uploadpage/Mco Documents/SP14123A_Electronic Communications Monit، ص 3

(24) المرجع نفسه.

سلطات القاضي الجزائي في تقدير الدليل الإلكتروني في جرائم التجارة الإلكترونية

Criminal judge's powers to assess electronic evidence of e-commerce crimes

د/ عائشة عبد الحميد

جامعة الشاذلي بن جديد. الطارف (الجزائر)

draicha614@gmail.com

ملخص:

يعد الدليل الالكتروني إحدى وسائل و طرق إثبات التي أخذ بها المشرع الجزائري، والتي يمكن للقاضي الاستناد إليه ضمن اعتبارات خاصة تتعلق بالقناعة أولا، وضمان حق الدفاع بالإضافة إلى الحفاظ على مصلحة المجتمع ثانيا، وهذا تبع لتطور الجرائم المعلوماتية ونظم ضبطها والتحري عنها من طرف ضباط الشرطة القضائية وكذا استغلال الدليل الرقمي من أجل الوصول إلى إظهار الحقيقة في الجرائم المعلوماتية، حيث منح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري للضبطية القضائية سلطات وصلاحيات استثنائية في مجال نظم التفتيش والتحري عن الجرائم المعلوماتية باعتبارها من الجرائم التي يصعب التحري فيها بالإضافة إلى صعوبة إثباتها إذا ما قورنت بالجرائم الأخرى.

الكلمات المفتاحية: القاضي الجزائي؛ القانون؛ الدليل الرقمي؛ الإثبات؛ المنازعات.

Abstract:

The electronic evidence is one of the means and methods of proof taken by the Algerian legislator, on which the judge can rely on special considerations related to conviction first, and to ensure the right of defense in addition to preserving the interest of society secondly, and this followed the development of information crimes and systems of control and investigation by judicial police officers and the exploitation of the digital directory in order to reach the truth in information crimes, where the Algerian Penal Procedure Law for Judicial Control was granted powers and powers Exceptional in the field of inspection and investigation systems for information crimes as crimes that are difficult to investigate and difficult to prove when compared to other crimes.

Keywords: Criminal Judge; Law; Digital Evidence; Proof; Disputes.

مقدمة:

إن التطور المذهل في تكنولوجيات الإعلام والاتصال جعل التشريعات الجنائية العالمية عاجزة على مواجهة مثل هذا النوع من الجرائم ونتيجة لخصوصياتها وطابعها غير الملموس يتعذر تطبيق النصوص التقليدية لقانون العقوبات، وأية محاولة لتحميلها بما لا يطاق قد تصطدم بمبدأ الشرعية، لذا بدأ المشرعون ينتبهون إلى ضرورة محاصرة الإجرام المعلوماتي بقواعد جديدة ونصوص تتلاءم مع طبيعتها الخاصة، ولعل التشريع الجزائري يعتبر من الأوائل الذين تفطنوا إلى هذا النوع من الإجرام والفراغ التشريعي الذي أحدثته، حيث سارع بدوره إلى تعديل قانون العقوبات في 2004، وأورد قسما جديدا تحت عنوان "المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات".

وشكل الجانب الإجرائي في جرائم التجارة الإلكترونية تحدي أمام مختلف التشريعات الإجرائية، الأمر الذي أدى بهذه الأخيرة إلى إنشاء مراكز قانونية جديدة تساهم في مكافحة هذا النوع من الجرائم، وإنشاء أجهزة متخصصة خصيصا في البحث والتحري عنها، كما أن جمع الأدلة في هذا النوع من الجرائم يتم وفق نصوص تقليدية مما آثار العديد من الإشكاليات، خاصة وأن جرائم التجارة الإلكترونية قد تأخذ طابع دولي، إضافة إلى إخضاع هذا النوع من الجرائم إلى قواعد إجرائية خاصة تمس بالحقوق العامة.

حيث خصصت مختلف التشريعات إجراءات خاصة للبحث عن الجرائم بمختلف أنواعها وذلك للكشف عنها والوصول إلى مرتكبيها وإظهار الأدلة الخاصة بها وجرائم التجارة الإلكترونية التي تعد صورة من صور الجرائم المعلوماتية إحدى هذه الجرائم غير أنه ونظرا للخصوصية التي يتمتع به هذا النوع من الجرائم وأعطى هذه الاختصاصات فئات معينة تستطيع التعامل مع هذا النوع من الجرائم، هذه الإجراءات تتم خلال مختلف مراحل الدعوى القضائية وبداية بمرحلة البحث والتحري.

وقد أحال القانون مهمة مكافحة الجرائم بصفة عامة إلى جهاز الضبطية القضائية وذلك هو الأمر بالنسبة لجرائم التجارة الإلكترونية، حيث خول المشرع لهذا الجهاز اختصاصاتك متنوعة وواسعة حيث يقوم هذا الجهاز بضبط أدلة الجريمة والبحث عن مرتكبيها وذلك مساعدة لأجهزة التحقيق القضائي للوصول إلى أدلة الجريمة، غير أنه ولخصوصية هذا النوع من الجرائم تم إنشاء أجهزة خاصة لمكافحتها سواء كانت هذه الأجهزة على المستوى الوطني أو الدولي.

وجرائم التجارة الإلكترونية هي إحدى صور الجريمة المعلوماتية وهذه الأخيرة هذه الصالح العام، لذا يتخذ بشأنها مجموعة من الإجراءات التي تؤدي إلى الكشف عن الجرائم والبحث عن مرتكبيها وجمع المعلومات بالإضافة إلا أنها تتميز بنوع من الخصوصية وكغيرها من الجرائم تحتاج إلى أدلة لإثباتها وباعتبار أن هذه الجريمة من صور الجرائم المعلوماتية فإن الدليل المستعمل فيها هو الدليل الإلكتروني، وهذا الأخير ونظرا لأهميته في الإثبات الجنائي أدى بالسلطات إلى إنشاء أجهزة مختصة للتعامل مع هذا الأخير.

وعلى ذلك سوف نقوم بطرح الإشكالية التالية: **ما هو دور جهاز الضبطية القضائية في البحث والتحري عن جرائم التجارة الإلكترونية؟ وما هو الدليل الإلكتروني، ومتى يعتبره القاضي حجية لإثبات هذا النوع من الجرائم؟**

نتناول هذا الطرح من خلال:

- **المبحث الأول:** دور جهاز الضبطية القضائية في مكافحة جرائم التجارة الإلكترونية.
- **المبحث الثاني:** الدليل الإلكتروني كحجية للإثبات أمام القاضي الجزائي.
- **المبحث الثالث:** ضوابط قبول اقتناع القاضي بالدليل الرقمي.

المبحث الأول

دور جهاز الضبطية القضائية في مكافحة جرائم التجارة الإلكترونية

ويقصد بالضبط القضائي جميع الإجراءات التي تهدف إلى التحري في الجرائم والبحث عن مرتكبيها، وجمع كافة العناصر والدلائل اللازمة للتحقيق في الدعوى الجنائية للتصرف فيها على ضوئه، وتبدأ من لحظة وقوع الجريمة أي اللحظة التي يفشل فيها الضبط الإداري في منعها.

والقانون منح صفة الضبطية القضائية إلى فئتين من الأشخاص هما:

1- الطائفة الأولى لها الحق في مباشرة جميع أنواع الجرائم، وهي الطائفة التي تعرف بمأموري الضبط القضائي ذوو الاختصاص العام[1].

2- أما الطائفة الثانية القانون لا يمنحها صفة الضبطية القضائية إلا في أنواع معينة من الجرائم وتسمى هذه الطائفة بمأموري الضبط القضائي ذو الاختصاص الخاص.

دون المساس بالنصوص القانونية الخاصة على غرار قانون القضاء العسكري الذي منح خصوصية معينة للضبطية القضائية العسكرية، طبقا للمادة 45 وما بعدها من قانون القضاء العسكري، وكذلك بالنظر إلى المرسوم الرئاسي رقم 08-52 المؤرخ في 09 فيفري 2008 الذي يتضمن إحداث مصلحة مركزية للشرطة القضائية للمصالح العسكري للأمن التابعة لوزارة الدفاع الوطني ويحدد مهامها[2].

وفي 11 جويلية 2019 هناك مشروع قانون أمام البرلمان لتعديل قانون الإجراءات الجزائية الجزائري والذي يهص الشرطة القضائية التابعة للجيش الوطني الشعبي في مجال مكافحة الفساد.

كما أصبح من تاريخ 22 جويلية 2019 الحرب الإلكترونية من اختصاص وزارة الدفاع الوطني، حيث أصبحت تابعة لدائرة الإشارة وأنظمة المعلومات كما أصبح لدى الجزائر الجيش الإلكتروني الذي يتصدى لكل محاولات العبث واختراق المواقع الإلكترونية الرسمية.

حيث تنص المادة 15 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائي على الأشخاص الذين يتمتعون بصفة ضباط الشرطة القضائية وهم:

1- رؤساء المجالس الشعبية البلدية.

2- ضباط الدرك الوطني.

3- الموظفون التابعون للأسلاك الخاصة للمراقبة، ومحافظي وضباط الشرطة للأمن الوطني.

4- ذوو الرتب في الدرك، ورجال الدرك الذين أمضوا في سلك الدرك الوطني ثلاث (3) سنوات على الأقل والذين تم تعيينهم بموجب قرار مشترك صادر عن وزير العدل ووزير الدفاع الوطني، بعد موافقة لجنة خاصة.

5- الموظفون التابعون للأسلاك الخاصة للمفتشين وحفاظ وأعوان الشرطة للأمن الوطني الذي أمضوا ثلاث (3) سنوات على الأقل بهذه الصفة والذين تم تعيينهم بموجب قرار مشترك صادر عن وزير العدل ووزير الداخلية والجماعات المحلية، بعد موافقة لجنة خاصة.

6- ضباط وضباط الصف التابعين للمصالح العسكرية للأمن الذين تم تعيينهم خصيصا بموجب قرار مشترك صادر عن وزير الدفاع الوطني ووزير العدل.

يحدد تكوين اللجنة المنصوص عليها في هذه المادة وتسييرها بموجب مرسوم.

وتجدر الإشارة إلى أن صفة الضبطية القضائية يباشرها موظفون رسميون يمنحهم القانون، غير أن بعض التشريعات سمحت بإضفاء صفة الضبطية القضائية بموجب قوانين خاصة أو مرسوم أو نظام على عكس التشريعات الأخرى التي حددت من يتمتع بهذه الصفة بموجب قانون الإجراءات الجزائية[3].

ويتولى عادة ضباط الشرطة القضائية البحث والتحري في كافة الجرائم بما في ذلك الجرائم المعلوماتية فلا يوجد مانع قانوني يحد من ممارسة هؤلاء لأعمالهم المتعلقة بالبحث والتحري في الجرائم المعلوماتية إلا تبليغهم بوقوعها، سوى أن يتوفر شرط الاختصاص النوعي لهم وذلك للتقيد بما يفرضه نص المادة 05 من الفصل الثالث المتعلق بالقواعد الإجرائية الخاصة بتفتيش النظم المعلوماتية الوارد في القانون 09-04 المتضمن القواعد الخاصة بالوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال وسبل مكافحتها[4].

المطلب الأول: الهيئات المستحدثة والمعنية بمكافحة جرائم التجارة الإلكترونية

نظرا للتعقيد الكبير الذي تتميز به الجرائم المعلوماتية بصورة عامة وجرائم التجارة الإلكترونية بصورة خاصة، وأمام محدودية قدرة الضبطية القضائية في الكشف عن هذه الجرائم وعن مرتكبيها، أصبح ضروريا إنشاء أجهزة مختصة للكشف عن هذه الجرائم، وهذا ما دعت إليه الاتفاقية الأوروبية لجرائم الإنترنت، وكذلك المؤتمر المنعقد في السوريون بتاريخ 2005/01/19 تحت عنوان شرطة الإنترنت[5].

حيث يختص على المستوى الوطني بمباشرة أعمال البحث والتحري في الجرائم المعلوماتية وحدات متخصصة منها التابعة لوزارة العدل، وأخرى تابعة لسلك الأمن الوطني وتابعة للدرك الوطني وما يميز هذه الأجهزة حداثة نشأتها نظرا لحداثة المجتمع الجزائري مع الجرائم المعلوماتية والتي تستمر بالانتشار عبر الحواسيب والهواتف الذكية المرتبطة بشبكة الإنترنت عبر شبكات الجيل الثالث والرابع[6].

حيث قام المشرع الجزائري باستحداث الهيئة الوطنية للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال ومكافحتها بموجب القانون رقم 09-04 المتعلق بالوقاية من جرائم الاتصال والمعلومات ومكافحتها من خلال المواد 13، 14 من هذا القانون، حيث تتولى هذه الهيئة تنشيط وتنسيق عمليات الوقاية من جرائم المعلومات ومكافحتها ومساعدة كل من السلطة القضائية ومصالح الشرطة في تحرياتها[7].

هذا وقد أنشأت المديرية العامة للأمن الوطني المخبر المركزي للشرطة العلمية بشاطوناف بالجزائر العاصمة ومخبرين جهويين بكل من قسنطينة ووهران حيث تحتوي هذه الأجهزة على فروع تقنية من بينها خلية الإعلام الآلي[8].

كما وقامت المديرية العامة للأمن الوطني باستحداث أربع هيئات مصالح مختصة في تشكيل نيابة مديرية وذلك من أجل أن يعمل كل منها على مكافحة نوع معين من الجرائم دون سواها وهذه الهيئات هي:

1- نيابة مديرية الشرطة العلمية.
2- نيابة مديرية الاقتصادية والمالية.
3- نيابة القضايا الجنائية.
4- مصلحة البحث والتحليل[9].

وعلى مستوى جهاز الدرك الوطني أنشأ المعهد الوطني للأدلة الجنائية وعلم الإجرام ببوشاوي التابع للقيادة العامة للدرك الوطني قسم الإعلام والاتصال والإلكتروني، هذا الجهاز يختص بالتحقيق في الجرائم المعلوماتية، إضافة إلى مركز الوقاية من جرائم الإعلام الآلي والجرائم المعلوماتية ومكافحتها الذي يتواجد على مستوى بئر مراد رايس والتابع لمديرية الأمن العمومي للدرك الوطني[10].

كما أصدر المشرع الجزائري القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية[11].

المطلب الثاني: الصلاحيات الاستثنائية للضبطية القضائية في مجال مكافحة جرائم التجارة الإلكترونية

لأجل مكافحة جرائم التجارية الإلكترونية بصفة خاصة والجرائم المعلوماتية بصفة عامة منح المشرع لجهاز الضبطية القضائية صلاحيات استثنائية[12] تتمثل في القيام ببعض إجراءات التحقيق[*]، وذلك في حال وجود ظروف تستدعي تدخل هذا الجهاز وهذه الظروف تتمثل أساسا في حالات التلبس، عرف الفقهاء التلبس "حالة تقارب زمني بين وقوع الجريمة وكشفها"، وعرفها جانب آخر من الفقه بأنها: "كشف الجريمة حال ارتكابها أو بعد ارتكابها ببرهة قصيرة"[13].

وتناول المشرع الجزائري حالة التلبس من خلال نص المادة 41 من قانون الإجراءات الجزائية[14]، والتي تتمثل حالاتها في:

1- اكتشاف الجريمة عقب ارتكابها.
2- إدراك الجريمة عقب ارتكابها ببرهة قصيرة.
3- تتبع الجاني إثر وقوع الجريمة.
4- وجود الجاني بع وقوع الجريمة بوقت قريب حاملا أشياء أو به أثار يستدل منها على أنه الفاعل الأصلي في الجريمة أو شريك في ارتكابها.

الفرع الأول: المعاينة

هو إجراء يهدف إلى الوصول إلى معرفة الحقيقة وتعرف بأنها " الإجراءات التي تتخذ بواسطة الفنيين في محل الحادث سواء عن طريق وصفه أو تصويره أو رسمه ولرفع الآثار المادية منه[15]، وتتم المعاينة عن طريق أي حاسة من الحواس كالبصر أو اللمس أو السمع أو الشم أو التذوق ، وقد تقع المعاينة على شخص أو شيء أو مكان[16]. ونص المشرع الجزائري على إجراء المعاينة من خلال نص المادة رقم 42 من قانون الإجراءات الجزائية والمعاينة لها أربع صور هي:

1- معاينة الأماكن مثل المزارع والطرق أو المساكن والمحلات التجارية.
2- معاينة الجاني الذي هو الشخص المرتكب للجريمة.
3- معاينة المجني عليه الذي هو الضحية.
4- معاينة الأشياء، وذلك من خلال عدم لمس الأشياء الموجودة بمسرح الجريمة.

وتتجلى أهمية المعاينة في الجرائم التقليدية بهدف الحفاظ على الآثار المادية للجريمة لفحصها وبيان مدى صحتها في الإثبات، غير أنه في مجال الجرائم المعلوماتية فإن الأدلة تكون عرضة للمحور والتلف أو التعديل، وبالعودة إلى نص المادة 47 الفقرة الثالثة من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري نجد أن المشرع الجزائري خرج عن القاعدة العامة المتعلقة بمعاينة المساكن من خلال سماحه القيام بهذا الإجراء في جميع ساعات الليل والنهار في حال تعلق الأمر بجرائم المعالجة الآلية للمعطيات [17].

حيث يقوم أعوان الضبطية القضائية المختصة بمكافحة الجرائم المعلوماتية عند معاينتهم لهذا النوع من الجرائم بـ:

1- تصوير شاشة الحاسب الآلي.

2- عدم نقل أي مادة معلوماتية من مسرح الجريمة لمنع تلفها.

3- تعطيل حركة الاتصال.

4- الاستعانة بأهل الخبرة عند الضرورة[18] .

الفرع الثاني: التفتيش

هو أحد إجراءات التحقيق القضائي الهادف إلى الحصول على أدلة الجريمة وإسنادها إلى المتهم لممارسة حق المجتمع في العقاب، ويتم ذلك من خلال ضبط أدوات الجريمة وكذا المسروقات، وهو إجراء يباشره موظف مختص للبحث عن أدلة الجريمة جنحة كانت أو جناية، ويتسم هذا الإجراء بأنه يمس بحرمة الحياة الخاصة لذا أخضعه المشرع لقيود تتمثل في الحصول على إذن التفتيش وذلك صراحة من خلال نص المادة 44 من قانون الإجراءات الجنائية، حيث لا يجوز إصدار إذن التفتيش إلا لضبط جريمة واقعة بالفعل[19].

ومحل التفتيش في الجرائم المعلوماتية قد يكون المتهم أو منزله أو غير المتهم أو غير منزله وفي التشريع المصري هو إجراء تباشره النيابة العامة أو قاضي التحقيق أو بإذن به لأحد مأموري الضبط القضائي، غير أن المشرع الجزائري جعل الاختصاص الأصيل في التفتيش لقاضي التحقيق ولا يحق للنيابة العامة إلا في حالة التلبس، ويجوز لقضاي التحقيق أن ينيب أحد ضباط الشرطة القضائية للقيام بهذا الإجراء وذلك حسب المواد 138، 142 من قانون الإجراءات الجزائية[20].

التفتيش يخضع لشروط في حضور المتهم حسب المادة رقم 45 الفقرة 1 من قانون الإجراءات الجنائية الجزائري، وذلك أن هذا الإجراء يمس بحقوق وحريات الأفراد، وفي حالة تعذر حضور المتهم قام ضابط الشرطة القضائية بتكليف ممثل عنه، وفي حالة امتناع الشخص عن ذلك قام ضابط الشرطة القضائية بتعيين شاهدين من غير الموظفين الخاضعين لسلطته.

كما وأنه بالعودة إلى نص المادة 47 من قانون الإجراءات الجزائية فإن هذا الإجراء لا يجوز ممارسته إلا في إطار زمني معين حدده المشرع الجزائري من الخامسة صباحا إلى غاية الساعة الثامنة ليلا، غير أنه يجوز إجراء التفتيش خارج المواعيد المعينة في حال طلب صاحب المنزل أو وجود نداء من الداخل أو وجود أحوال استثنائية قررها المشرع، وفي الجرائم المعلوماتية يجوز إجراء التفتيش في جميع أوقات النهار والليل وذلك حسب المادة 47 الفقرة 3[21].

الفرع الثالث: الضبط

الضبط هو وضع اليد على شيء متصل بجريمة وقعت ويفيد في كشف الحقيقة عنها وعن مرتكبيها.

وفي مجال الجرائم المعلوماتية يجب على الأجهزة القضائية المختصة بالضبط أن تعرف كيفية التعامل مع الأدلة بطريقة فنية صحيحة لتفادي إمكانية تلف هذه الأدلة والحفاظ عليها ويجب عليهم أخذ نسخة احتياطية عن وسائط تخزين المعلومات الموجودة في مسرح الجريمة.

وحسب نص المادة 47 الفقرة 3 يجوز إجراء الضبط في كل محل سكني أو غير سكني في كل ساعة من ساعات النهار أو الليل بناء على الإذن المسبق من وكيل الجمهورية المختص[22].

كما أجاز المشرع الجزائري لقاضي التحقيق القيام بهذا الإجراء في أي مكان على امتداد التراب الوطني مخالفا بذلك الإجراءات المتبعة في الجرائم التقليدية التي تخضع للقواعد العامة للاختصاص النوعي والمكاني

لقاضي التحقيق حسب المادة 47 الفقرة 4 من قانون الإجراءات الجزائية، من خلال تغليب المشرع الجزائري للمصلحة العامة على حساب صلاحيات الأفراد وذلك للاعتبارات التالية:

- ذاتية الجريمة المعلوماتية.
- الدليل الرقمي هو الدليل الوحيد في الدعوى القضائية وترتكز عليه الدعوى الجزائية في الجرائم المعلوماتية[23].
- حيث أن الدليل الرقمي أو الإلكتروني هو الدليل المأخوذ من أجهزة الكمبيوتر لكن مع كل هذا لم يعرف المشرع الجزائري الدليل الإلكتروني وإنما ترك ذلك للفقه والقضاء[24].

المبحث الثاني

مفهوم الدليل الإلكتروني كوسيلة للإثبات

المطلب الأول: تعريف الدليل الإلكتروني

الفرع الأول: تعريف الدليل الإلكتروني

إن التعاريف التي جاءت فيما يخص الدليل الإلكتروني، كانت متباينة، فمنها ما جاء واسعا ومنها ما جاء ضيقا، وهذا يرجع للعلم الذي ينتمي إليه هذا الدليل، فاختلفت بين بذلك آراء الباحثين في مجال التقنية والباحثين في المجال القانوني.

وعليه سوف نورد التعاريف الفقهية للدليل الإلكتروني وتعريفه من قبل المنظمة الدولية لأدلة الحاسوب.

- حيث عرف على أنه: "كل البيانات تمكن إعدادها أو تخزينها في شكل رقمي بحيث تمكن الحاسوب من إنجاز مهمة ما"[25].

- كما عرفه الأستاذ " كيسي" بأنه: "يشمل جميع البيانات الرقمية التي يمكن أن تثبت أن هنالك جريمة قد ارتكبت، أو توجد علاقة بين الجريمة والجاني أو بين الجريمة والمتضرر منها، والبيانات الرقمية هي مجموعة من الأرقام التي تمثل مختلف المعلومات بما فيها النصوص المكتوبة، الرسومات، الصوت والصورة".

- التعريف الصادر عن المنظمة الدولية لأدلة الحاسوب (IOCE)[26] وقد عرفته المنظمة لأول مرة في مارس سنة 2000 وهذا بقولها بأنه: "المعلوماتية المخزنة أو المتنقلة في شكل ثنائي والتي تمكن الاعتماد عليها أمام المحكمة"[27].

الفرع الثاني: خصائص الدليل الإلكتروني

إن الدليل الإلكتروني في إطار الإثبات الجزائي يتميز بعدة خصائص تجعله ذو طبيعة خاصة بالمقارنة مع الدليل الجزائي التقليدي، حيث نجده يتميز بالخصائص التالية:

- يعتبر دليل غير ملموس أي هو ليس دليلا ماديا فهو تلك المجالات المغناطيسية أو الكهربائية، ومن تم فإن ترجمة هذا الدليل وإخراجه في شكل مادي ملموس، لا يعني أن هذا التجميع يعتبر دليل، بل إن هذه

العملية لا تعدو كونها عملية نقل لتلك المجالات من طبيعتها الإلكتروني إلى الهيئة التي تمكن الاستدلال بها على معلومة معينة[28].

- يعتبر من قبل الأدلة الفنية أو العلمية فهو من الأدلة المستمدة من الآلة.
- تمكن استخراج الدليل الإلكتروني بعد محوه، وإصلاحها بعد إتلافها، وإظهارها بعد إخفائها، مما يؤدي إلى صعوبة الخلاص منها وهي من أهم خصائص الدليل الإلكتروني بالمقارنة مع الدليل التقليدي، فهنالك العديد من البرامج الحاسوبية وظيفتها استعادة البيانات التي تم حذفها أو إلغاؤها[29].
- الأدلة الجزائية الإلكترونية ذات طبيعة ديناميكية فائق السرعة، تنتقل من مكان لآخر عبر شبكات الاتصال متعدية الحدود الزمان والمكان.
- امتيازه بالسعة التخزينية العالية، فآلة الفيديو الإلكترونية يمكنها تخزين مئات الصور[30].
- يمكن من خلال الدليل الإلكتروني رصد المعلومات عن الجاني وتحليلها في ذات الوقت، فالدليل الإلكتروني تمكنه أن يسجل تحركات الفرد، كما أنه يسجل عاداته وسلوكياته[31].

المطلب الثاني: صور الأدلة الإلكترونية وشروطها

الفرع الأول: صور (أنواع) الأدلة الإلكترونية

إن الدليل الإلكتروني ليس صورة واحدة بل يوجد له العديد من الصور والأشكال وقد قسمها البعض إلى الأقسام الرئيسية التالية:

- أدلة رقمية خاصة بأجهزة الحاسب الآلي وشبكاتها.
- أدلة رقمية خاصة بالشبكة العالمية للمعلومات والإنترنت.
- أدلة رقمية خاصة ببروتوكولات تبادل المعلومات بين أجهزة الشبكة العالمية للمعلومات.
- أدلة خاصة بالشبكة العالمية للمعلومات.

كما يمكن تقسيم الدليل الإلكتروني لنوعين رئيسيين هما[32]:

* **أدلة أعدت لتكون وسيلة إثبات:** والمتمثلة في السجلات التي تم إنشاؤها بواسطة الآلة تلقائيا وكذلك السجلات التي تم حفظ جزء منها بالإدخال وجزء تم إنشاؤه بواسطة الآلة.

* **أدلة لم تعد لتكون وسيلة إثبات:** وهي أدلة تنشأ دون إرادة الشخص، أي أنها أثر يتركه الجاني دون أن يكون راغبا في وجوده وسمي هذا النوع بالبصمة الإلكترونية أو الآثار المعلوماتية الإلكترونية وهي تتجسد في الآثار التي يتركها مستخدم الشبكة المعلوماتية، بسبب تسجيل الرسائل المرسلة منه أو التي يستقبلها وهو لم يعد أساسا للحفظ من قبل من صدر منه، غير أن الوسائل الفنية الخاصة تتمكن من ضبط هذه الأدلة ولو بعد فترة زمنية من نشوئها.

ويتخذ الدليل الجزائي الإلكتروني 03 أشكال رئيسية:

1- **الصور الرقمية:** وهي عبارة عن تجسيد الحقائق المرئية حول الجريمة، وغالبا ما تقدم الصورة إما في شكل ورقي أو على الشاشة.
2- **التسجيلات الصوتية:** وتشمل المحادثات الصوتية على الهاتف والإنترنت.

3- **النصوص المكتوبة:** وهي التي يتم كتابتها بواسطة الآلة الرقمية ومنها الرسائل عبر البريد الإلكتروني، الهاتف المحمول، وسائل التواصل الاجتماعي(33).

الفرع الثاني: شروط قبول الدليل الإلكتروني كوسيلة للإثبات

هناك نوعان من الشروط لقبول صحة الدليل الإلكتروني في إثبات المسائل الجزائية، شروط قانونية وأخرى فنية.

- **الشروط القانونية:** إن الدليل الإلكتروني الجزائي يقوم على عنصرين هما: الكتابة والتوقيع.
- **بالنسبة للكتابة:** وحتى تكون لها حجية في الإثبات الجزائي يجب أن تكون
- **مقروءة:** وهذا يقتضي أن تكتب بحروف أو رموز أو إشارات تدل على المقصود منها، ويستطيع الغير فهمها(34).
- **باقية:** بقاء الكتابة ودوامها يقتضي تدوينها على دعامة تسمح بثباتها وبقائها، أي تكون دونت بمادة وعلى مادة تمكنها من البقاء والاستمرار حتى يمكن الرجوع إليها إن لزم الأمر.
- **أن تكون الكتابة غير قابلة للتعديل:** إن وجود عيوب مادية في الدليل الإلكتروني، سواء بالإضافة إلى بياناته أو محو بعضها أو التغيير فيها يفقد الدليل قيمته وبالتالي لن يكون ملزما للقاضي(35).
- **أما عن التوقيع:** ومهما كانت صورته أو شكله لابد أن تتوفر فيه شروط معينة لكي يؤدي وظيفته أو دوره القانوني في الإثبات الجزائي، إذ يجب أن يتميز بالدوام والاستمرارية وأن يكون مرتبطا بصاحبه وأن يكون متصلا بالمحرر الإلكتروني(36).
- **الشروط الفنيــة:**

يجب أن يرتبط التوقيع الإلكتروني بالموقع وحده دون غيره بسيطرة الموقع دون غيره على الوسيط الإلكتروني، إمكانية الكشف عن أي تعديل أو تبديل في بيانات المحرر الإلكتروني أو التوقيع الإلكتروني.

السلطة التقديرية للقاضي الجزائي في تقدير الأدلة الإلكترونية.

المطلب الثالث: سلطة القاضي الجزائي في تقدير الدليل الرقمي

إن الدليل الرقمي يخضع للمبدأ العام في الإثبات الجنائي، وهو حرية القاضي الجنائي في الاقتناع وحريته في هذا الشأن لها أهمية بالغة باعتبار أن القاضي الجنائي هو الذي يقدر وحده قيمة الدليل الإلكتروني، وذلك تبعا للأثر الذي يحدثه في وجدانه من ارتياح، ومن جهة أخرى نجد أن دور الإثبات العلمي أصبح له أهمية كبيرة خاصة مع ظهور الدليل الإلكتروني المطلوب للإثبات في الجرائم الإلكترونية، وهذا ما يجعل من سلطة القاضي الجنائي في الإثبات الجنائي أساسا لتكوين وجدانه الضروري للحكم.

ولقد أخذ المشرع الجزائري بفكرة الاقتناع القضائي في المادة 307 من قانون الإجراءات الجزائية (37)، بالإضافة إلى أن المحكمة العليا أكدت على ضرورة مراعاة مبدأ الاقتناع القضائي وتوصي بأعماله أمام المحاكم الجنائية(38) .

المبحث الثالث

ضوابط قبول اقتناع القاضي بالدليل الرقمي

المطلب الأول: الضوابط التي تتعلق بمصدر الإقناع: ويتمثل في:

- ضابط أن يكون الدليل الإلكتروني مقبولا: فعلى القاضي أن يستمد اقتناعه من أدلة مقبولة ومشروعة وتحترم الإنسان وحريته.
- ضابط ضرورة طرح الدليل الإلكتروني في جلسة للمناقشة: يجب على القاضي أن يستمد قناعته من أدلة طرحت بالجليسة وخصصت للمناقشة بين الخصوم تبعا لمبدأ الشفافية المذكور في المواد 300، 304، 353 من قانون الإجراءات الجزائية، ومبدأ العلانية بحسب المواد 285، 342، 355، 399 من نفس القانون.

المطلب الثاني: الضوابط التي تتعلق بالاقتناع ذاته

وجب على القاضي أن يصدر حكمه على اقتناع يقيني، بالإضافة إلى ضابط ملائمة الاقتناع القضائي لمقتضيات العقل والمنطق، أي أنه على القاضي استنتاج الحقيقة الواقعة وما كشف عنها من أدلة لا يخرج عن مقتضيات العقل والمنطق من غير تعسف في الاستنتاج[39].

بالإضافة إلى ضرورة توفر ضابط مهم حتى لا يستبد القاضي في حكمه وهو مراقبة المحكمة العليا لسلطة القاضي الجنائي[40].

الخاتمة:

لجرائم التجارة الإلكترونية الأثر الكبير من الناحية المالية بالنسبة للدول، ولا زالت خطورتها في تزايد إلى حد الآن، باعتبار أن الجاهزية الإجرائية لمواجهتها ليست بالمستوى المطلوب، ونتيجة لهذا الوضع لابد من اتخاذ مسألة الحماية الجنائية الإجرائية للتجارة الإلكترونية بصفة خاصة والحماية الجنائية الإجرائية للتجارة الإلكترونية بصفة عامة على نحو أكثر جدية من طرف التشريعات، فلمواجهة هذه التطورات قامت الدول بسن قوانين خاصة لمواجهة هذا النوع من الإجرام، والجزائر هي الأخرى قامت ولا زالت تقوم بذلك من خلال التعديلات المتتالية قانون الإجراءات الجزائية والتي كان آخرها بموجب القانون رقم 17-06 المؤرخ في 18 جمادي الثانية 148 الموافق لـ 27 مارس 2017، إضافة إلى إصدارها للقانون رقم 09-04 المتضمن القواعد الخاصة بالوقاية المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها والذي جاء في وقته مواكبة للتطورات التكنولوجية ، كما قامت الوزيرة المكلفة بقطاع البريد وتكنولوجيا الإعلام والاتصال بمناقشة مشروع قانون التجارة الإلكترونية رقم 18-05 .

ومن خلال هذا الطرح يمكن استخلاص النتائج التالية:

1- قيمة الدليل الإلكتروني لا تقل عن قيمة الدليل العلمي لا يمكن القول أن له موثوقية أكبر لما يتميز به من خصائص علمية ومادية يقينية لا تترك مجال للشك.
2- الدليل الإلكتروني أو الرقمي مثله مثل الدليل التقليدي يمكن أن يكون دليل إدانة أو دليل براءة.

3- حجية الدليل الإلكتروني تختلف حسب النظم الإجرائية المتبعة، لكنه في الغالب خاضع لسلطة القاضي التقديرية.

4- الدليل الإلكتروني يمكن الاستناد إليه إذا تم الحصول عليه بطرق مشروعة.

5- جرائم التجارة الإلكترونية يفصل فيها المحاكم الجزائية حسب الوصف الإجرامي للفعل، وفيما يخص الاختصاص القضائي في حال كانت الجريمة لها بعد دولي فتبقى خاضعة لمبادئ قانون العقوبات والتي أهمها مبدأ العينية والشخصية، أما فيما غير ذلك فقد تخضع لاتفاقيات تسليم المجرمين بين الدول.

6- إجراءات البحث والتحقيق في جرائم التجارة الإلكترونية هي إجراءات من نوع خاص تستلزم التقيد التام بالنص القانوني لما تنطوي عليه هذه الإجراءات في هذا النوع من الجرائم من مساس بحقوق وحريات الأفراد.

7- تبقى الحماية الجنائية الإجرائية للتجارة الإلكترونية في التشريعات الأجنبية الصورة الأمثل التي وصلت إليها التشريعات الإجرائية في حماية هذا النشاط.

8- إجراء التفتيش في جرائم التجارة الإلكترونية يجب القيام به من فئات خاصة تجيد التعامل مع مسارح الجرائم المعلوماتية لما يتميز به هذا النوع من الجرائم.

9- واكب المشرع الجزائري الحركة التشريعية العالمية من خلال إصداره للقانون 09-04 والتعديلات المتلاحقة لقانون الإجراءات الجزائية.

10- الكشف عن الجرائم المعلوماتية بصفة عامة من أصعب الأعمال التي تواجه الأجهزة المتخصصة بالكشف عن الجرائم.

وعلى ضوء النتائج السابقة فقد تم التوصل إلى طرح جملة من الاقتراحات الآتية:

1- التجديد المتواصل للمواد القانونية الإجرائية بما يكفي للتعامل مع هذا النوع من الجرائم.

2- تصعيد مستوى تكوين الأجهزة المتخصصة بالتعامل مع الجرائم المعلوماتية خاصة في التشريع الجزائري.

3- تعزيز صور التعاون بين الدول خاصة فيما يخص مجال الجرائم المعلوماتية في مجال تسليم المجرمين بالخصوص وتبادل المعلومات حول المجرمين.

4- إنشاء آليات متخصصة لمكافحة جرائم التجارة الإلكترونية نظرا لخطورة النشاط الإجرامي الذي يمكن أن يقع على هذا النشاط والأهمية المتزايدة له يوميا.

الهوامش:

(1) أنظر قانون القضاء العسكري، بموجب الأمر رقم 71-28 المؤرخ في 28 أفريل 1974 (ج.ر عدد 38) المعدل بالقانون رقم 18-14 المؤرخ في 29 يوليو 2018 (ج.ر عدد 47).

(2) المرسوم الرئاسي رقم 80-52 (ج.ر عدد 8).

(3) نص قانون الإجراءات الجزائية الجزائري على ضباط الشرطة القضائية بموجب المادة 15 منه، أنظر في ذلك: عبد الله أوهايبية، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، الجزء الأول، طبعة 2017-2018، دار هومة، ص 258 وما بعدها.

وكذلك قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، بموجب الأمر رقم 66-155 المعدل والمتمم، وكذلك نصر الدين هنوي، الضبطية القضائية في القانون الجزائري، دار هومة، 2008.

(4) حسين ربيعي، آليات البحث والتحقيق في الجرائم المعلوماتية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة باتنة 1، 2015-2016، ص ص 196-197.

(5) صالح شنين، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة لدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2012-2013، ص 214.

(6) حسين ربيعي، المرجع السابق، ص 170.

(7) أنظر القانون رقم 09-04 المؤرخ في 05 أوت 2009، يتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها، (جريدة رسمية، عدد 47) ، والمرسم الرئاسي رقم 15-261 المؤرخ في 08 أكتوبر 2015 يحدد تشكيلة وتنظيم وكيفيات سير الهيئة الوطنية للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها،(جريدة رسمية عدد 53).

(8) نعيم سعيداني، آليات البحث والتحري في الجريمة المعلوماتية في القانون الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، زرارة صالحي الواسعة، كلية الحقوق، جامعة باتنة، 2012-2013، ص 107.

(9) حسين ربيعي، المرجع السابق، ص 177.

كما يساهم أيضا أفراد الجيش الوطني الشعبي في مكافحة الجريمة الإلكترونية بوجهها العام ، أنظر أيضا: مداخلة مقدمة في ملتقى دولي حول: " الإجرام السيبراني المفاهيم والتحديات "، 11، 12 أفريل 2017، الأستاذة أمال بن صويلح، موضوعها:" الهيئة الوطنية للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام خطوة هامة نحو مكافحة الإرهاب الإلكتروني في الجزائر "، وأيضا مقال : الجيش الوطني الإلكتروني يوقف 160 داعشيا في الجزائر، منشور على الموقع : www.akbarelyoum.com تاريخ دخول الموقع: 16 جويلية 2019.

(10) أنظر: المرسوم الرئاسي رقم 04-183 المؤرخ في 26 يونيو 2004 يتضمن إحداث المعهد الوطني للأدلة الجنائية وعلم الإجرام للدرك الوطني وتحديد قانونيه الأساسي (جريدة رسمية، عدد 41).

وقد عدل بموجب المرسوم الرئاسي رقم 09-118 المؤرخ في 14 أفريل 2004.

(11) أنظر: القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية (جريدة رسمية، عدد 28).

(12) بخصوص الصلاحيات الاستثنائية للضبطية القضائية في بعض الجرائم، أنظر عائشة عبد الحميد، نوال ملوك، مداخلة مقدمة في يوم دراسي بكلية العلوم الاقتصادية، جامعة الطارف 19 مارس 2019.

(*) التحقيق هو " مجموعة الإجراءات والوسائل المشروعة التي يتبعها المحقق للوصول إلى الحقيقة "، والتحقيق الجنائب هو " ذلك التحقيق الذي يكون محله جريمة ارتكبت ضد المجتمع ويعرف أيضا بأنها إجراءات يتخذها شخص مخول قانونا ضمن نطاق أحكام المشكلة بناء على ظروف القضية وتكون لديه المقدرة والشخصية لإثبات وقوع الجريمة "، أنظر درهم محمد ظاهر، تنظيم التحقيق الابتدائي في الجرائم، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر والتوزيع، الاردن، 2013، ص ص 13-14.

(13) فادي محمد عقلة مصلح، السلطات الممنوحة لمأموري الضبط القضائي في حالة التلبس الجرمي، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، 2013، ص ص 18-20.

(14) جاء في نص المادة 41 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري:" توصف الجناية أو الجنحة بأنها في حالة تلبس إذا كانت مرتكبة في الحال أو عقب ارتكابها ".

(15) عبد الفتاح عبد اللطيف الجبارة، الإجراءات الجنائية في التحقيق، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2015، ص 149.

(16) عبد المعطي حمدي عبد المعطي، الجوانب الموضوعية والإجرائية لعقاب المتهم في مراحل الدعوى الجنائية دراسة مقارنة، د.ط، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2014، ص 122.

(17) نصت الفقرة 3 من المادة 47 من قانون الإجراءات الجزائية على:" وعندما يتعلق الأمر بجرائم المخدرات أو الجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية أو الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات وجرائم تبييض الأموال والإرهاب وكذا الجرائم المتعلقة بالتشريع الخاص بالصرف فإنه يجوز إجراء التفتيش والمعاينة والحجز في كل محل سكني أو غير سكني في كل ساعة من ساعات الليل وذلك بناء على إذن مسبق من وكيل الجمهورية المختص.

(18) عبد الفتاح عبد اللطيف الجبارة، المرجع السابق، ص 352.

(19) محمود إبراهيم غازي، الحماية الجنائية للخصوصية والتجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، 2014، ص 734.

(20) حسين ربيعي، المرجع السابق، ص 243.

(21) الغرض من التفتيش قد يكون تفتيش إداري، أو تفتيش تحقيق، تفتيش وقائي، تفتيش تنفيذي، أنظر: عبد الفتاح عبد اللطيف الجبارة، المرجع السابق، ص ص 376-385.

(22) أنظر المادة 47 فقرة 3 من الدستور 2016، والمتضمن على ما يلي:" لا تفتيش إلا بأمر مكتوب صادر عن السلطة القضائية المختصة ".

(23) يوسف صغير، الجريمة المرتكبة عبر الإنترنت، أطروحة ماجستير، جامعة تيزي وزو، 2013، ص 77.

(24) مناصر يوسف، الدليل الإلكتروني في القانون الجزائري، دار الخلدونية، 2018، ص 30.

(25) عائشة بن قارة مصطفى، حجية الدليل الإلكتروني في مجال الإثبات الجنائي، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2010، ص 53.

(26) محمد الأمين البشري، التحقيق في الجرائم المستحدثة، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2014، ص 233.

(27) أحمد مسعود مريم، آليات مكافحة جرائم تكنولوجيا الإعلام والاتصال في ضوء القانون 03-04، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، الجزائر، 2013، ص 02.

(28) عبد المطلب ممدوح عبد الحميد، قواعد اعتماد الدليل الرقمي للإثبات في جرائم الإرهاب الإلكتروني، بحث منشور في مركز بحوث شرطة الشارقة، شعبة العدالة الجنائية، 2007، ص 90.

(29) عبد المطلب ممدوح عبد الحميد، استخدام بروتوكول (TCPIP) في بحث وتحقيق الجرائم على الكمبيوتر، المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية منظم من طرف شرطة دبي، مركز البحوث والدراسات رقم 04، تاريخ الانعقاد 2628 أفريل 2003، دبي الإمارات المتحدة، ص 649.

(30) سعيد عبد اللطيف حسن، إثبات جرائم الكمبيوتر والجرائم المرتكبة عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص 18.

(31) ممدوح عبد المطلب، مرجع سابق، ص 650.

(32) نبيل عبد المنعم جاد، جرائم الحاسب الآلي، مطبعة بن دمال، دبي، ط1، 2014، ص 128.

(33) ممدوح عبد المطلب، مرجع سابق، ص 25.

(34) معتصم مشعشع، إثبات الجريمة الإلكترونية، ندوة تقنية المعلومات، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية القانون، ص16.

(35) عبد الحميد الشواربي، الإثبات الجنائي في ضوء القضاء والفقه، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط3، ص 43.

(36) جمال عبد الرحمن، الحجية القانونية للتوقيع الإلكتروني في الإثبات الجنائي ، دار الفكر العربي، الإسكندرية، ط1، 2010، ص 115

(37) قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، بموجب الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 06 يونيو 1966 المعدل والمتمم حسب آخر تعديل في 2010.

(38) عائشة بن قارة مصطفى، مرجع سابق، ص 242.

(39) العربي شحط عبد القادر، نبيل صقر، الإثبات في المواد الجنائية، دار الهدى للنشر والتوزيع، دون سنة نشر، الجزائر، ص29 .

(40) عائشة بن قارة مصطفى، مرجع سابق، ص 281.

استحداث وسيلة الترصد الالكتروني كآلية لكشف ومكافحة الجريمة المعلوماتية وأثرها على الحرية الشخصية

د/ بطينة مليكة
جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي (الجزائر)
malikahammad.39@gmail.com

د/ لموشية سامية
جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي (الجزائر)
slemouchia@hotmail.com

****

ملخص:

مواكبة لتميّز الجرائم المعلوماتية بالحداثة من حيث أساليب ارتكابها وسرعة تنفيذها عبر الحدود، وسرعة اخفاء معالمها؛ اهتم المشرع الجزائري – على غرار التشريعات المقارنة – باستحداث وسائل اثبات جنائي حديثة لكشفها، فنص في القانون رقم: 01/06 المؤرخ في: 2006/02/20 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته؛ على مشروعية الية الترصد الالكتروني، ثم أقرّه في تعديل قانون الإجراءات الجزائية بالقانون رقم:22/06 المؤرخ في: 2006/12/20.

رغم نجاعة الية الترصد الالكتروني في الحصول على الدليل الالكتروني لكشف الجرائم المعلوماتية، إلا أن مباشرتها تشكّل انتهاكات خطيرة على الحرية الشخصية وحرمة الحياة الخاصة المحميّة دستوريا، فيثار البحث حول ضمانات حمايتها عند مباشرة الية الترصد الالكتروني.

من هذا المنطلق تطرح مداخلتنا إشكالية؛ نبحث من خلالها عن: الضمانات القانونية للحرية الشخصية باستحداث الية الترصد الالكتروني كإجراء للحصول على الدليل الجنائي الالكتروني لكشف الجريمة المعلوماتية.

الكلمات المفتاحية: الجريمة المعلوماتية، حرمة الحياة الخاصة، الترصد الالكتروني، الدليل الجنائي الالكتروني.

مقدمة:

تعد الجريمة المعلوماتية من الجرائم المستحدثة والخطرة التي استفحل وجودها على المستويين؛ الوطني والدولي، الأمر الذي دفع المشرع لوضع نصوص قانونية تحقق التوازن بين؛ حق المجتمع بالاستفادة في استعمال المستحدثات العلمية من جهة، وحق الدولة في معاقبة انتهاك هذا الحق بتجريم الاستخدام السيء وغير المشروع للنظام المعلوماتي من جهة أخرى، بالنص على الجريمة الالكترونية؛ وهي الجريمة التي يكون محلها المعطيات المعالجة بلغة الالة أي المعلومات والبرامج...، إضافة إلى وسيلة ارتكابها؛ الكومبيوتر أو أية وسيلة الكترونية لها نفس إمكاناته لأنه لا يمكن الدخول إلى النظام بدونه[1]، وما يزيد خطورة هذه الجريمة؛ طبيعتها الخاصة

والمتميزة عن الجرائم التقليدية من حيث صعوبة اكتشافها واثباتها، فهي لا تترك اثار مادية خارجية والمجرم فيها ليس بالمجرم العادي فهو مجرم ذكي ومحترف في تكنولوجيا المعلومات...، ممّا يستلزم على المشرع إيجاد اليات للبحث والتحقيق جديدة للكشف عنها، بحيث تتماشى مع طبيعتها حتى يمكن مكافحة هذه الجرائم أو على الأقل تطويقها، من بين هذه الاليات؛ الية الترصد الالكتروني التي ذكرها المشرع في القانون رقم: 01/06 المؤرخ في: 20 فيفري 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته[2] بنص المادة (56) منه[3] كأسلوب تحري خاص بهذه الجرائم، دون تعريفه أو تحديد صوره أو تنظيمه.

ثم جاء القانون رقم: 22/06 المؤرخ في: 20 ديسمبر 2006 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية[4]؛ فعدّد صورا متعارف أنها من طبيعة الترصد الإلكتروني دون أن يذكره بمصطلحه التي تتعلق ب: اعتراض المراسلات وتسجيل المكالمات والتقاط الصور، ضمن نص المادة (65) و(مكرراتها 5-6-7 -8- 9- 10) في الفصل الرابع من الباب الثاني من هذا القانون وهي التي نظمت احكام تطبيقها.

انطلاقا مما سبق، رصدنا إشكالية مداخلتنا حول: ضمانات وضوابط إجراء الترصد الالكتروني في مجال كشف ومكافحة الجريمة المعلوماتية على النحو التالي:

إلى أي مدى وفّق المشرّع الجزائري في وضع أحكام قانونية تحقق الشرعيّة الإجرائية في مجال كشف الجريمة المعلوماتية بالية الترصد الالكتروني من أجل مكافحتها وحماية فعليّة للحق في الحياة الخاصة؟

للإجابة على الاشكالية المطروحة قسمنا هذه الدراسة إلى محورين حيث نتناول في: **المبحث الأول**: الضمانات القانونية لإجراء الترصد الالكتروني في مجال مكافحة الجريمة المعلوماتية من أجل حماية الحرية الشخصية. أما **المبحث الثاني**: ضوابط مباشرة الترصد الالكتروني في مجال كشف ومكافحة الجريمة المعلوماتية من أجل حماية الحرية الشخصية.

يقتضي البحث في هذا الموضوع؛ إتباع منهج تحليل مضمون لأجل تحليل النصوص القانونية المتعلقة به الواردة في قانون الإجراءات الجزائية وتوضيح الجوانب النظرية له والإحاطة بعناصره.

المبحث الأول:

الضمانات القانونية لإجراء الترصد الالكتروني في مجال مكافحة الجريمة المعلوماتية من أجل حماية الحرية الشخصية.

نقصد بالضمانات القانونية لألية الترصد الالكتروني؛ مجموعة القواعد القانونية التي تنظم مباشرة الية الترصد وفق الهدف الذي أراده المشرع، فهي تقيّد الجهة التي تباشره وفي ذات الأمر تشكل ضمانات لحرية الفرد الشخصية.

يترتب على خرق هذه الضمانات عدم قبول الية الترصد الالكتروني أي رفضها؛ وبالتالي يرفض الدليل المتحصل عليه جرّاء مباشرة الية الترصد، كما لا يمكن تصحيحه إلا بتوافرها.

تتمثل هذه الضمانات فيما يلي:

المطلب الأول: الضمانات الموضوعية لإجراء الترصد الالكتروني في مجال مكافحة الجريمة المعلوماتية من أجل حماية الحرية الشخصية.

نجد الضمانات الموضوعية ضمن النصوص القانونية التي تنظم الية الترصد الالكتروني، حيث أنها تتعلق بكيفية اجراء وقيام عملية الترصد الالكتروني في حد ذاتها.

وبالرجوع إلى قانون الإجراءات الجزائية في النصوص القانونية التي تنظم أحكام تسجيل الأصوات واعتراض المراسلات والتقاط الصور في المادتين (65 مكرر5 و6) من ذات القانون، نجدها تتمثل فيما يلي:

الفرع الأول: أن تكون الجريمة ماسة بأنظمة المعالجة الالية للمعطيات:

تنص المادة (65 مكرر5 /1) من قانون الإجراءات الجزائية[5] بأنه: "إذا اقتضت ضرورات التحري في الجريمة المتلبس بها أو التحقيق الابتدائي في جرائم المخدرات أو الجريمة المنظمة أو العابرة للحدود الوطنية أو الجرائم الماسة بأنظمة الالية للمعطيات أو جرائم تبييض الأموال أو الإرهاب أو الجرائم المتعلقة بالتشريع الخاص بالصرف وكذا جرائم الفساد، يجوز لوكيل الجمهورية المختص أن يأذن بما يلي:....."

بناء على هذا النص؛ أقرّ أن المشرع إمكانية اللجوء إلى ألية الترصد الالكتروني إذا اقتضت ضروريات التحري في الجريمة المتلبس بها أو التحقيق الابتدائي في مجموعة من الجرائم من بينها الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الالية للمعطيات.

وعليه لا يمكن اللجوء إلى هذا الاجراء إلا لداعي البحث والتحري في الجريمة المعلوماتية للوصول إلى الحقيقة، وذلك كي لا يكون وسيلة للمساس بحرمة حياة الشخص الخاصة، وبهذا القاعدة يكون؛ المشرع قد حرص على حماية الأنظمة المعلوماتية التي تخزن بموجبها المعطيات الالكترونية للأشخاص (طبيعيين- معنويين) تشكل جزء هاما في حياته، ومن ثمة تشكل هذه القاعدة ضمان ضد اللجوء إلى إجراء الترصد الإلكتروني كإجراء تعسفي.

وما يجب ذكره هنا؛ أحكام المادة (65 مكرر6 في فقرتها الثانية) من قانون الإجراءات الجزائية[6] التي تنص على أن:" إذا اكتشفت جرائم أخرى غير تلك التي ورد ذكرها في إذن القاضي، فإن ذلك لا يكون سببا لبطلان الإجراءات العارضة"، وبالتالي؛ يتعيّن على القضاء قبول دليل جنائي يتعلق بجرائم أخرى - غير التي ذكرت في الإذن –، بحيث تمّ اكتشافه والحصول عليه جرّاء مباشرة عملية ترصد الكتروني على المشتبه فيه بخصوص جريمة معلوماتية منصوص بها في الإذن الممنوح، وذلك من أجل مواجهتها ومكافحتها.

الفرع الثاني: أن يكون الهدف من اللجوء إلى الترصد الإلكتروني هو الحصول على دليل اثبات جنائي لإثبات الجريمة المعلوماتية:

إن مباشرة الترصد الإلكتروني بجميع صوره يعد وسائل مستحدثة لمواكبة كشف جرائم حديثة لا يمكن الوصول إلى حقيقتها باستعمال وسائل وطرق البحث والتحري التقليدية، وبالتالي؛ لا يباشر إجراء الترصد

الإلكتروني بهدف التصنت على المشتبه فيه أو التجسس عليه أو الانتقام منه، كما لا يكون إجراء الترصد الإلكتروني وسيلة مشروعة بهدف جمع أدلة ضد مشتبه فيه كوسيلة ضغط في مجالات أخرى.

وعليه حتى يكون الترصد الإلكتروني وسيلة مشروعة للحصول على الدليل الجنائي للإثبات في الجريمة المعلوماتية؛ أن يكون الهدف من اللجوء إليه هو إظهار الحقيقة وكشف لغز الجريمة.

الفرع الثالث: أن يتم مباشرة الترصد الإلكتروني بمناسبة جريمة معلوماتية متلبس بها أوفي إطار التحقيق الابتدائي:

دعما للحماية الجنائية للحق في حرمة الحياة الخاصة؛ أكّد المشرّع إلى اللجوء إلى الية الترصد الالكتروني من أجل الحصول على دليل اثبات للجريمة المعلوماتية عند الاقتضاء أي على سبيل الاحتياط، إذ جعل منه الية للوقاية من هذه الجرائم بدل الية للمكافحة، وهو ما نص عليه في المادة (65 مكرر5 في فقرتها الأولى) من قانون إجراءات الجزائية على انه "إذا اقتضت ضرورات التحري في الجريمة المتلبس بها أو التحقيق الابتدائي..." وبالتالي فالمشرع حدّد إطار اجراء الية الترصد الالكتروني عندما تكون الجريمة متلبس بها أوفي إطار التحقيق الابتدائي.

- **ففي حالة التلبس**: حيث يكون اكتشافها حال ارتكابها أي زمن قيام مسرح الجريمة، فهنا يجوز مباشرة الترصد الالكتروني وفق م نص عليه القانون.
- **وفي حالة التحقيق الابتدائي**: الأصل أن يباشر التحقيق الابتدائي غرفة الاتهام (قاضي التحقيق)، غير أنه طبقا لنص الفقرة السادسة من المادة (68) من قانون إجراءات الجزائية[7] من قانون إجراءات الجزائية؛ جاز لقاضي التحقيق أن يندب ضابط الشرطة القضائية للقيام بتنفيذ جميع أعمال التحقيق اللازمة ضمن الشروط المنصوص عليها في المواد (138 إلى 142) من ذات القانون.

المطلب الثاني: الضمانات الشكلية لإجراء الترصد الالكتروني في مجال مكافحة الجريمة المعلوماتية من أجل حماية الحرية الشخصية.

نقصد بالضمانات الشكلية؛ القواعد القانونية التي تبّين كيفية مباشرة الية الترصد الالكتروني عمليا بما يكفل حماية حرمة الحياة الخاصة للشخص ولا يمكن مباشرة هذه العملية إلاّ بها، وهو ما تفرضه الشرعية الإجرائية.

وبالرجوع إلى قانون الإجراءات الجزائية في النصوص القانونية التي تنظم أحكام تسجيل الأصوات واعتراض المراسلات والتقاط الصور؛ نجد في المادة (65 مكرر5) من ذات القانون أن هذه الضمانات الشكلية تتمثل أساسا: الإذن، الذي يجب أن يصدر عن الجهة المختصة قانونا بإصداره وأن يتوافر على جميع المتطلبات القانونية فيه.

الفرع الأول: الجهة المختصة بمنح الأذن:

بناء على أحكام المادة (65 مكرر5) من قانون إجراءات الجزائية في فقرتيها الخامسة والسادسة؛ تباشر إجراءات الترصد الإلكتروني تحت اشراف ومراقبة وكيل الجمهورية المختص أو قاضي التحقيق.

في حين وسّع المشرع الفرنسي من قائمة الهيئات التي لها الحق في منح الإذن بالترصد الإلكتروني ليشمل – بالإضافة إلى قاضي التحقيق – كلّا من غرفة الاتهام ومحكمة الجنح ومحكمة الجنايات، وللهيئة القضائية المختصة ـ حسب الحالة ـ، كامل السلطة التقديرية في منح الترخيص من عدمه حسب مدى اقتناعها بجدية ونجاعة الترصد الإلكتروني في مرحلة التحقيق[8]، على النحو التالي:

1- **وكيل الجمهورية**: تنص المادة (65 مكرر5 في فقرتها الخامسة) من قانون إجراءات الجزائية[9] بأن: "تنفذ العمليات المأذون بها على هذا الأساس تحت المراقبة المباشرة لوكيل الجمهورية "، وهو ما أقرته ذات المادة في فقرتها الأولى؛ بأن: "يجوز لوكيل الجمهورية أن يأذن بما يلي:....."، وهذا نظرا لمساس هذه العملية بحرمة الحياة الخاصة للشخص.

2- **قاضي التحقيق**: طبقا لأحكام المادة (65 مكرر5 في فقرتها السادسة) من قانون إجراءات الجزائية[10] التي تنص بأنه: " في حالة فتح تحقيق قضائي، تتم العمليات المذكورة بناء على إذن من قاضي التحقيق وتحت مراقبته المباشرة" فإنه؛ يجوز لقاضي التحقيق أن يأمر ضابط الشرطة القضائية بترخيص كتابي وتحت إشرافه مباشرة للقيام باعتراض المراسلات التي تتم عن طريق وسائل الاتصال السلكية واللاسلكية ووضع الترتيبات التقنية دون موافقة الشخص المعني[11]، وذلك بناء على إخطاره من وكيل الجمهورية بموجب طلب افتتاحي أو بناء على شكوى مصحوبة بادعاء مدني.

الفرع الثاني: المتطلبات الشكلية في الإذن بالترصد الالكتروني:

يجب أن يتضمن الإذن بالترصد الالكتروني مجموعة من العناصر منصوص عليها في المادة (65 مكرر7) من قانون الإجراءات الجزائية[12] وهي:

1- أن يكون الإذن بالترصد الالكتروني مكتوبا وهذا من دون أن يشترط له المشرع شكل معين، غير أنه من الناحية الشكلية؛ يجب أن يصاغ فيه عبارة صريحة تظهر منها إرادة مصدره بجواز مراقبة المراسلات واعتراضها مثل عبارة: نأمر أو نأذن....

وهنا يطرح التساؤل حول وجوب التسبيب الصريح للإذن بمباشرة هذه العملية؛ بجعله عنصرا أساسيا في الإذن، يترتب على تخلفه البطلان[13].

2- يجب أن يتضمن الإذن كافة العناصر التي تسمح بالتعرف على الاتصالات المطلوب التقاطها وتحديد الأماكن المقصودة سواء أكانت سكنية أو غيرها - وذلك لتحديد الإطار المكاني الذي تباشر فيه هاته التقنيات من قبل الضبطية القضائية –، وكذا تحديد الجريمة التي تبرر اللجوء إلى هذه التدابير وأن تكون الجريمة - المقترفة محل البحث - قد وقعت فعلا.

بحيث يتعلق الإذن بالمواضيع التالية[14]:

- اعتراض المراسلات، التي تتم عن طريق؛ وسائل الاتصال السلكية واللاسلكية.
- التقاط وبث وتثبيت وتسجيل الكلام، في أماكن خاصة أو عمومية، ودون حاجة إلى موافقة المعنيين.
- التقاط صور لشخص أو عدة أشخاص، في مكان خاص.

3- أن يكون الإذن محدد المدة: بحيث حدّد المشرع المدة الزمنية لإنجاز عملية الترصد الإلكتروني بأن لا تتجاوز أربعة (04) أشهر كحد أقصى، قابلة للتجديد ضمن نفس الشروط الشكلية والزمنية المقررة وذلك بتحديد تاريخ بداية العملية أو نهايتها.

المبحث الثاني

ضوابط مباشرة الية الترصد الالكتروني في مجال كشف ومكافحة الجريمة المعلوماتية من أجل حماية الحرية الشخصية

لم يكتف المشرع بوضع ضمانات قانونية لمباشرة عملية الترصد الالكتروني في مجال مكافحة الجريمة المعلوماتية، بل دعّم ذلك بضوابط منصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية يجب مراعاتها خلال مباشرة هذه العملية، حرصا منه على الحماية الحق في الحياة الخاصة.

وضوابط مباشرة الية الترصد الالكتروني؛ عبارة عن قواعد قانونية ذات طابع عملي تلتزم بها الجهة المخوّل لها قانونا مباشرة الية الترصد الإلكتروني، من هذه الضوابط ما يتعلق بالجانب الإجرائي للممارسة العملية وأخرى تتعلق بشخص الذي يباشرها وهي تشكل جانب فني لها.

المطلب الأول: الضوابط الإجرائية لمباشرة الترصد الالكتروني في مجال كشف ومكافحة الجريمة المعلوماتية من أجل حماية الحرية الشخصية:

مادامت الجريمة المعلوماتية تتطلب لمواجهتها أليات وإجراءات خاصة تواكب خصوصيتها، فيجب أن تفعّل آلية الترصد الإلكتروني وفق الضوابط التي نص عليها القانون تحت طائلة بطلانها، ضمانا لعدم المساس بحرمة الحياة الخاصة المكفولة دستوريا.

ووفقا لشروط الترصد الإلكتروني السالف ذكرها أعلاه؛ التي تخول اختصاص مباشرة هذه الإلية لوكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق - حسب الحالة - أو ضابط الشرطة القضائية الذي توجه له الإنابة أن يباشر ألية الترصد الالكتروني إلا بالقدر اللازم، وفي الحدود التي تمكنه من أداء واجبه المهني وتحقيق الغاية المرجوة منها؛ وهو استجلاء الحقيقة.

وبالرجوع إلى القانون رقم: 22/06 المعدل والمتمم للأمر رقم 155/66 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية؛ نجد أن نص المادتين تتضمن الإجراءات التي يجب اتباعها لمباشرة هذه الالية، وهي على النحو التالي:

الفرع الأول: تسخير الاعوان المؤهلين لدى مصلحة عمومية أو خاصة:

نصت المادة (65 مكرر8) من القانون رقم: 22/06 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية[15] بأن: "يجوز لوكيل الجمهورية أو ضابط الشرطة القضائية الذي له إذن ولقاضي التحقيق أو ضابط الشرطة القضائية الذي ينيبه أن يسخّر كل عون مؤهل لدى مصلحة أو وحدة أو هيئة عمومية أو خاصة مكلفة بالمواصلات السلكية واللاسلكية للتكفل بالجوانب التقنية للعمليات المذكورة في المادة (65 مكرر 5) أعلاه".

بقراءة هذا النص تتّضح لنا ضوابط الاحكام الإجرائية التي يتعين على وكيل الجمهورية أو ضابط الشرطة القضائية الذي أذن له مباشرة القيام بالترصد الالكتروني في اطار البحث و التحري عن الجرائم المعلوماتية، وكذا قاضي التحقيق أو ضابط الشرطة الذي ينيبه في هذا الاطار، والتي تتمثل أساسا في أنه؛ لهؤلاء دون سواهم تسخير أشخاص ذوو خبرة و كفاءة و تأهيل في مجال تقنيات معلومات الاتصالات بصفة عون لدى أحد المصالح أو الوحدات أو الهيئات العمومية و الخاصة المكلفة بالمواصلات السلكية و اللاسلكية كبريد الجزائر أو موبيليس... من أجل القيام بالترتيبات والتدابير التقنية للعمليات المذكورة بالمادة (65 مكرر 5) من قانون الإجراءات الجزائية، نظراً للطابع العملي الفني لهذه العمليات والذي يحتاج إلى خبرتهم وكفاءتهم في هذا المجال وصولا الى الحقيقة، كون وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق وغيرهم لا يحسنون استعمالها لعدم تخصصهم فيها ولا يملكون من الإمكانيات ما يمكنهم من كشف الجريمة.

يجدر الذكر؛ أن نطاق التسخير (أي أن هذه العمليات إضافية عن عملهم وهي بأمر من خوّل له القانون ذلك) هو القيام بالأعمال الفنية فقط في مجال تقنيات الاتصالات السلكية واللاسلكية والتي يهدف من ورائها الحصول على الدليل الالكتروني لإثبات الجريمة فقط، دون أن يمتد إلى المعلومات المتعلقة بالملف، وبالتالي لا يجوز ندبهم للقيام بإجراء الترصد الالكتروني، بل يمكن الاستعانة بهم فقط على أن يبقى تحت إشراف الضبطية القضائية.

هذا بالإضافة الى الالتزام بالمحافظة على الطابع السري وفقا لنص المادة (2/11) من قانون الإجراءات الجزائية[16].

والجدير بالذكر؛ أن الاستعانة بأعوان مؤهلين من غير مؤسسات الاتصال العامة من شأنه تسجيل المزيد من الانتهاكات للحق في الحياة الخاصة، لأن أغلب الهيئات المكلفة بالاتصال السلكي واللاسلكي في الجزائر ذات طابع خاص مثل: (شركة اوراسكوم المصرية أو اوريدو للاتصالات القطرية)، رغما كون المستخدمين المسخرين ملزمين بحفظ السّر المهني[17].

الفرع الثاني: القيام الترتيبات التقنية اللازمة:

تنص المادة (65 مكرر5 في الفقرة الثالثة) من قانون الإجراءات الجزائية[18] على أن:

– وضع الترتيبات التقنية دون موافقة المعنيين من أجل التقاط وتثبيت وبث وتسجيل الكلام المتفوه به بصفة خاصة أو سرية من طرف شخص أو عدة أشخاص في أماكن خاصة أو عمومية أو التقاط صور لشخص أو عدة أشخاص يتواجدون في مكان خاص".

بناء على نص هذه الفقرة ؛ تتم مباشرة الية الترصد الالكتروني من طرف وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق بوضع ترتيبات تقنية، تتمثل في؛ توفير وتشغيل وتركيب التجهيزات الخاصة لمراقبة المحادثات أو الاعتراض على المراسلات و التصوير من أجل التقاط الصور للأشخاص في الأماكن العامة أو الخاصة أو التقاط الاصوات بالأشخاص و البث و التسجيل في الأماكن العامة و الخاصة، حسب الحالة العملية التي يراد القيام بها بهدف الحصول على الدليل الالكتروني للوصول إلى الحقيقة ووفق ما تم تحديده في الإذن، في اتخاذ الإجراءات و الوسائل اللازمة للعملية وهو ما قد يتطلب الدخول إلى المحلات السكنية أو غيرها، سواء للمتهم أو غيره (مثل جاره) حتى يضبط الوسيلة المتعلقة بتقنيات العلمية كالإجراءات المتعلقة بعملية التجسس على الهاتف، ولو بغير علم أو رضا الأشخاص حق على هذه الأمكنة، بل وحتى خارج المواعيد المحددة في المادة (47) من قانون الإجراءات الجزائية.

غير أنه أمام التطور التكنولوجي للوسائل التقنية لوضع هذه الترتيبات، لا يحتاج الى هذه الاحكام اذ يمكن الحصول على المعلومات عبر تقنيات الاتصال اللاسلكي وعن بعد دون الدخول الى الأمكنة الخاصة لوضع أجهزة التسجيل.

الفرع الثالث: تحرير المحضر

بالرجوع الى نص المادة (65 مكرر 9) من قانون الإجراءات الجزائية؛ نجد أنها تنص على أن: " يحرر ضابط الشرطة المأذون له أو المناب من طرف القاضي المختص محضرا عن كل عملية اعتراض وتسجيل المراسلات وكذا عن عمليات وضع الترتيبات التقنية وعمليات الالتقاط والتثبيت والتسجيل الصوتي أو السمعي البصري.

يذكر بالمحضر تاريخ وساعة بداية هذه العمليات والانتهاء."

يتضح جليا من خلال قراءة هذا النص؛ أن المشرع أوكل لضابط الشرطة المأذون له أو المناب له من طرف القاضي المختص في الفصل في الجريمة المعلوماتية المعروضة عليه - ما دام إجراء الترصد من أعمال الضبطية القضائية -؛ أن يحرر محضرا مفصلا عن كل عملية ترصد الكتروني أيا كانت طبيعتها (تصوير، تسجيل...)، موضحا فيه عملية وضع الترتيبات - التي سبق ذكرها؛ كترتيب كاميرات التصوير وربط الكابلات وكل ما استعمل من الوسائل لنجاح هذه التقنية -، بكل تفاصيل العملية، بمعنى أن يتضمن المحضر جميع مراحل وخطوات العملية بالتفصيل من حيث وقائعها وحيثياتها القانونية.

غير أنه؛ وإن كان المشرع لم يحدد شكل معين لتحرير هذا النوع من المحضر- وهو ما يجدر ذكره -، إلا أنه أكد على ذكر بيان في غاية الأهمية لشرعية التجريم، يتعلق بتاريخ توقيت مباشرة الاعتراض أو عملية الترصد، وهو ما يعزّز حجّية الدليل الالكتروني الذي بطبيعته أين تثبت الإدانة في حق المتهم بالسلوك الاجرامي وقت مباشرة عملية الترصد، وهو ما يشكل حالة تلبّس.

في حين نرى أن البيانات المعتاد تطلبها في محاضر التحقيق، كالمكان وهويات الأشخاص أو التوقيع، تكون مستبعدة في الجريمة الالكترونية أحيانا لخصوصية وقوعها المنظم والعابر للحدود في أن واحد.

لنخلص القول؛ بأن تحرير المحاضر من طرف الضبطية القضائية يخضع للقواعد العامة لتحرير المحاضر وفق أحكام المادة (18) من قانون الإجراءات الجزائية، مع التأكيد على توافر هذه الشروط الخاصة وضرورة توافر الاختصاص النوعي والمكاني لمحرر المحضر؛ يشمل على تفاصيل العملية من كل جوانبها القانونية والتقنية، وهذا لضمان حماية الحرية الشخصية وحرمة الحياة الخاصة للشخص المتهم.

الفرع الرابع: نسخ وترجمة التسجيلات

نصت المادة (65 مكرر 10) من قانون الإجراءات الجزائية[19] بأن: "يصف أو ينسخ ضابط الشرطة القضائية المأذون له أو المناب؛ المراسلات أو الصور أو المحادثات المسجلّة والمفيدة في إظهار الحقيقة في محضر يودع بالملف.

تنسخ وتترجم المكالمات التي تتم باللغات الأجنبية عند الاقتضاء، بمساعدة مترجم يسخَّر لهذا الغرض".

يتبين من هذا النص المادة أن المشرع أوجب على ضابط الشرطة القضائية في إطار مهمة كتابة المحضر و إعداد ملف القضية؛ أن يصف أو ينسخ المراسلات أو الصور أو المحادثات المسجلة كوسائل للحصول على الدليل الجنائي شرط أن تكون مفيدة لها علاقة مع موضوع الجريمة، حيث يجب أن تهدف إلى الحقيقة، أما غيرها فلا حاجة بها حتى لا يتسع المجال للمساس بحرمة الحياة الخاصة للمشتبه فيه أو المتهم، فقد أوجب المشرع الجزائري ضرورة نقل الوقائع - التي تمت معاينتها-؛ بموضوعية، لذلك فإن الأسلوب الذي يحرر به يجب أن يكون؛ بلغة بسيطة وأسلوب واضح و دقيق وأن يتم نقل الوقائع بتسلسل دون اسهاب ممل أو ايجاز مخل، بحيث يتجنب المحرّر كل العبارات التي يكون مدلولها يقبل عدة تفسيرات، فالأسلوب الذي يجب أن يتبعه هو الأسلوب الوصفي التي تكون بمثابة الكاميرا التي تنقل الوقائع و تسلسلها منطقيا إلى القارئ[20].

وفي حالة المكالمات التي تمت باللغة الأجنبية؛ فإنه يسخّر مترجم لترجمة هذه التسجيلات، للمحافظة على مصداقية الأقوال وعدم ضياع احداثيات الجريمة نتيجة أخطاء الترجمة، وأن تراعى الجوانب القانونية كالمصطلحات وقواعد الترجمة عند صياغة هذه المكالمات.

المطلب الثاني: الضوابط الفنية لقبول الترصد الالكتروني كدليل خاص لإثبات الجرم المعلوماتي

تتعلق الضوابط الفنية بالية الترصد الالكتروني للحصول على الدليل الالكتروني لإثبات الجرم المعلوماتي؛ بالالتزام بسرية مباشرته مراعاة لضمانات تتعلق بالمتهم من جهة واثبات الجريمة من جهة ثانية،

فأمام خطورة هذه العملية على حرمة الحياة الخاصة للمعني المحمية دستوريا بما يعتريها من كشف لأسرارها، وضرورة جمع الأدلة وضبطها في أقل وقت حماية من ضياعها أو اتلافها تسهيلا لكشف الجريمة؛ أصبح مبدأ سرية التحري والتحقيق في هذه الجرائم وجهان لعملة واحدة؛ ضمان الحرية الشخصية والوصول الى الحقيقة، وهو المبدأ الذي أسس عليه المشرع مباشرة عملية الترصد الالكتروني بموجب نص المادة (65 مكرر 6 في فقرتها الأولى) من قانون الإجراءات الجزائية[21] بأن: "تتم العمليات المحددة في المادة (65 مكرر 5 أعلاه)، دون المساس بالسّر المهني المنصوص عليه في المادة (45) من هذا القانون".

وبما أن الترصد الالكتروني الية من اليات التحقيق والتحري للكشف عن الجريمة المعلوماتية، فالأصل فيه أن يتم بصورة سرية طبقا لأحكام المادة (11) من قانون الإجراءات الجزائية التي تنص على أن: " تكون إجراءات التحري والتحقيق سرية، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، ودون اضرار بحقوق الدفاع.

وكل شخص يساهم في هذه الإجراءات ملزم بكتمان السر المهني، بالشروط المبينة في قانون العقوبات وتحت طائلة العقوبات المنصوص عليها فيه ".

وعليه، بناء على احكام المادتين السالفتين الذكر (11) و(65 مكرر6) من قانون الإجراءات الجزائية نجد أن؛ السرية تكمن في التزام بالسر المهني، وهي تعني القيام بقدر الإمكان ممّن هو قائم بالتحري أو مكلف بإجراءاته أو ساهم فيه بالمحافظة على السر المهني.

وعليه فالضابط المأذون له باعتراض المراسلات وتسجيلات الأصوات والتقاط الصور؛ ملزم قانونا بكتمان السر المهني، ويجب ان يأخذ مسبقا بالتدابير اللازمة لضمان المحافظة على هذا الالتزام طبقا لأحكام المادة (45 في فقرتها الثانية) من قانون الإجراءات الجزائية[22] التي تنص على بأن: "... شخص ملزم قانونا بكتمان السر المهني أن تتخذ مقدما التدابير اللازمة لضمان احترام ذلك السر".

الخاتمة:

أمام الاستعمال الواسع للمعلوماتية وتنامي الجريمة المعلوماتية وتفاقم اضرارها، نلحّ على المشرع الجزائري؛ أن يصدر قانونا خاصا بأساليب التحري الخاصة وتحديدا قانون خاص بالترصد الالكتروني بحيث يتضمن:

أولا: النص صراحة على مصطلح الترصد الالكتروني، الية قانونية للحصول على أدلة الكترونية لإثبات الجريمة المعلوماتية وليس الاكتفاء بذكر صوره المتمثلة في: "اعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والتقاط الصور".

ثانيا: اصدار تشريعات تتعلق بالأعوان المؤهلين الذين يباشرون عملية الترصد تحت اشراف الضبطية القضائية حال مباشرتهم لعملية الترصد الإلكتروني.

ثالثا: النص على تحرير التسجيلات بعد انهاء العمل بها.

رابعا: تعزيز برامج الحماية الالكترونية بمساعدة خبراء مختصين في مجال المعلوماتية والاتصالات خاصة أمام التقدم الهائل الذي عرفه ميدان التكنولوجيا في مجال التفتيش والتلاعب والقرصنة.

خامسا: التضييق – قدر الإمكان – في اللجوء إلى اختيار الية الترصد الالكتروني كألية للتحقيق والكشف عن الجرائم المعلوماتية، خاصة بالنسبة لحسني النية، حتى لا يكون حجّة لكشف خصوصياتهم بسماع تسجيلاتهم أو التقاط صورهم... وغيرها.

الهوامش:

(1) غنية باطلي، الجريمة الالكترونية (دراسة مقارنة)، منشورات الدار الجزائرية، الجزائر،2016. ص.24.

(2) القانون رقم: 01/06 المؤرخ في: 20 فبراير 2006، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، جريدة رسمية، عدد 14 لسنة 2006، المعدّل والمتمم بموجب الأمر رقم:05/10 المؤرخ في: 26 أوت 2010 جريدة رسمية، عدد: 50 لسنة 2010، والمعدّل بموجب القانون رقم :15/11 المؤرخ في: 2 أوت 2011، جريدة رسمية، عدد: 44 لسنة 2011.

(3) تنص المادة (56) من القانون رقم: 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته بأن:"

(4) القانون رقم: 22/06 المؤرخ في: 20 ديسمبر 2006 المعدل والمتمم للأمر رقم: 155/66 المؤرخ في: 8 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية. الجريدة الرسمية، عدد 84، لسنة 2006.

(5) الفقرة الأولى من المادة (65 مكرر5) من قانون الإجراءات الجزائية.

(6) الفقرة الثانية من المادة (65 مكرر6) من قانون الإجراءات الجزائية.

(7) الفقرة السادسة من المادة (68) من قانون إجراءات الجزائية.

(8) حاحة عبد العالي وأمال يعيش تمام، الترصد الإلكتروني كآلية للتحري عن جرائم الفساد بين متطلبات حماية الحقوق والحريات وضرورات الكشف عن الجريمة. مجلة كلية القانون الكويتية العالمية - أبحاث المؤتمر السنوي الدولي الخامس 9 - 10 مايو2018. ملحق خاص - العدد 3 - الجزء الثاني - اكتوبر 2018م صفر 1440.ص.ص.375 و376.

(9) الفقرة الخامسة من المادة (65 مكرر5) من قانون إجراءات الجزائية.

(10) الفقرة السادسة من المادة (65 مكرر5) من قانون إجراءات الجزائية.

(11) عنتر أسماء وحيتالة معمر، أساليب البحث والتحري الخاصة - الترصد الإلكتروني نموذجا، الحوار الوسطي، المجلد الحادي عشر- العدد 3 ديسمبر 2020. ص. 431.

(12) المادة (65 مكرر7) من قانون إجراءات الجزائية:" يجب أن يتضمن الإذن المذكور في المادة 65 مكرر 5 أعلاه. كل العناصر التي تسمح بالتعرف على الاتصالات المطلوب التقاطها والأماكن المقصودة سكنية أو غيرها والجريمة التي تبرر للجوء إلى هذه التدابير ومدتها

يسلم الإذن مكتوبا لمدة أقصاها أربعة (4) أشهر قابلة للتجديد حسب مقتضيات التحري أو التحقيق ضمن نفس الشروط الشكلية والزمنية."

(13) لمناقشة هذا الموضوع انظر: عنتر أسماء وحيتالة معمر، نفس المرجع، ص. ص. 431 و432

(14) انظر: أسود ياسين، التحري كأسلوب وجوبي في جريمة اختلاس الأموال العمومية. مجلة الأكاديمية للبحوث في العلوم الاجتماعية، المجلد / 01 العدد 02 لسنة 2020، جامعة بلحاج بوشعيب-عين تموشنت (الجزائر). ص.180.

(15) المادة (65 مكرر8) من القانون الإجراءات الجزائية.

(16) المادة (2/11) من قانون الإجراءات الجزائية.

(17) حاحة عبد العالي وامال يعيش تمام، المرجع السابق. ص. 378.

(18) الفقرة الثالثة من المادة (65 مكرر5) من قانون الإجراءات الجزائية.

(19) المادة (65 مكرر 10) من قانون الإجراءات الجزائية

(20) أحمد غازي، الوحيد في تنظيم ومهام الشرطة القضائية، ط5، دار هومة، الجزائر 2004.ص.188.

(21) الفقرة الأولى من المادة (65 مكرر 6) من قانون الإجراءات الجزائية.

(22) الفقرة الثانية من المادة (45) من قانون الإجراءات الجزائية.

الإثبات الجنائي في الجريمة المعلوماتية وفقاً للتشريع التونسي

د/ سلخ محمد لمين
جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي (الجزائر)
selkh-mohammedlamine@univ-eloued.dz

ط.د/ هويدي سامية
جامعة سوسة (تونس)
houidisamia2018@gmail.com

ملخص:

صاحب التطور الإلكتروني المذهل الذي يشهده العالم والمتغيرات الحاصلة في مجال التكنولوجيا ظهور نمط جديد من الجرائم، يتعلق بالجريمة المعلوماتية.

تحتاج هذه الجريمة في كشفها ومعاقبة مرتكبيها إلى إثبات جنائي خاص وفق اجراءات قانونية تمكن من ملاحقة المجرمين وتسليط العقاب.

يعيق الاثبات الجنائي في الجرائم المعلوماتية بعض الصعوبات نظرا لطبيعة هذه الجريمة ومرتكبيها.

الكلمات المفتاحية: الإثبات الجنائي، الجريمة، المعلوماتية، التشريع التونسي.

مقدمة:

مما لا شك فيه أن إثبات أي جريمة يعتمد أساسا على الاجراءات الأولية والتحقيقات التي على ضوئها يمكن التوصل إلى اكتشاف ملابسات الجريمة مما يسهل على القضاء اثباتها ومن ثمة ادانة المتهم أو تبرئة ساحته.

إن طبيعة الجرائم المعلوماتية[1] تتطلب أساليب غير تقليدية لاكتشاف الدليل وإثبات الجرم فجمع الأدلة في مثل هذه الجرائم يتطلب وقفة من قبل المشرع والقضاء لاتخاذ مجموعة من الخطوات الإصلاحية لمواجهتها، على اعتبار أن عالم تقنية المعلومات واسع لا يحده حد وان الوسائل المستعملة في ارتكاب الجريمة المعلوماتية متشعبة ومتنوعة.

إنّ الجرائم المعلوماتية التي لم تُكتشف أكثر بكثير من تلك التي كُشف الستار عنها، لأنها عادة ما يتم اكتشافها عن طريق الصدفة، بل وبعد وقت طويل من ارتكابها، ولعلّ ذلك يرجع إلى صعوبة إجراءات التحقيق في هذا النوع من الجرائم وإلى عدة معطيات اخرى من ذلك اخفاء الجريمة وسهولة وسرعة محو أو تدمير أدلة ومعالم الجريمة والضخامة البالغة لكمية البيانات المراد فحصها على الشبكة، وتبرز الصعوبات كذلك في مسائل جمع الأدلة من المعاينة والتفتيش والضبط وغيرها من الإجراءات فضلاً عن الطابع العالمي الذي تمتاز به هذه الجرائم لكونها من الجرائم التي تتجاوز عنصري الزمان والمكان.

إنّ هذا النقاش يدفعنا لطرح الإشكالية التالية: **كيف يتم الإثبات الجنائي في الجرائم المعلوماتية؟**

إنّ الإجابة على هذا الإشكال تقتضي طرح التساؤلات الفرعية التالية:

- ✓ **الاجراءات المتبعة في الاثبات الجنائي للجرائم المعلوماتية؟**
- ✓ **ما هي صعوبات الاثبات الجنائي في الشكل الالكتروني؟**

ولتسليط الضوء على هذا الموضوع والإجابة على إشكالية الدراسة والتساؤلات المرتبطة نقترح تقسيم العمل إلى مبحثين نخصص الأول للإجراءات المتبعة في الاثبات الجنائي لهذا النوع من الجرائم ثم نتعرض في المبحث الثاني إلى صعوبات الاثبات الجنائي في هذا المجال، وحوصلة البحث لدراسة وتحليل هذه الإشكالية السالفة الذكر سنتوصل حتمًا إلى نتائج جوهرية سنقرنها باقتراحات ذات صلة سيتم إدراجها ضمن الخاتمة.

المبحث الأول:

إجراءات الاثبات الجنائي في الجريمة المعلوماتية

لا شك أن للإثبات أهمية بالغة في هذا المجال، على أساس أن الدليل هو عصب الواقعة أي أنه النتيجة التي حققتها وسائل الاثبات وهذا الاخير يقصد به تلك القواعد المتعلقة بالبحث عن الادلة وإقامتها أمام القضاء وبالتالي فالإثبات هو تلك الاسباب المنتجة لليقين والحقيقة[2].

ومن هذا المنطلق فالإثبات الجنائي في الجريمة المعلوماتية يتجسد في تلك الأدلة التي تؤكد وقوع السلوك الإجرامي، والتي من شأنها تحقيق حالة اليقين لدى القاضي ليتوصل إلى البراءة أو الإدانة في مواجهة المتهم، فالإثبات الجنائي في مجال مكافحة الجريمة المعلوماتية له عدة إجراءات تنطلق من مرحلة التحري وجمع الأدلة ثم التفتيش والخبرة في هذا المجال[3]، بالإضافة إلى الوسائل الإجرائية الحديثة كتقنية الاعتراض والاختراق حيث ينص مشروع القانون المتعلق بمكافحة جرائم أنظمة المعلومات والاتصالات على أن قاضي التحقيق يأذن بالاعتراض الفوري لمحتوى الاتصالات وتسجيلها أو نسخها[4]، ولا يمكن أن تتجاوز مدة الاعتراض[5] ثلاثة أشهر بداية من تاريخ الشروع الفعلي في إنجازه قابلة للتمديد مرة واحدة وبمقتضى قرار معلل من قاضي التحقيق المتعهد بالقضية[6]

المطلب الأول: التحري وجمع الادلة

من الصعب الإبلاغ عن الجرائم المعلوماتية في حينها لما تتطلبه من مهارات فنية لكشفها، إلا أنّ أي إخبار عن جريمة سواء كان فاعلها مجهولاً أم معلوماً ينبغي أن يتضمن على الأقل معلومات أولية عن الجريمة مثل تحديد محل الجريمة ومكان وقوعها ونوعها، وهي عناصر مهمة وضرورية لمساعدة رجال الضبطية القضائية في أي إخبار متعلق بجرائم تقنية المعلومات، بحيث تُمكنهم من تحديد معالم الجريمة ووضع خطة عمل لمواجهتها[7].

هذا وتتم الاستعانة في الكشف عن هذا النوع من الجرائم بوضع برمجيات حاسوبية معينة[8] كما يتم الحصول على المعلومات من موقع ارتكاب الجريمة بعد أن يتم اكتشافه باستخدام البرمجيات الحديثة، أو من خلال الحصول على المعلومات عن طريق رصد البيانات المنقولة من وإلى الموقع[9]، وفي إطار التحري عن هذه الجريمة لا بد من التحفظ على الأجهزة وملحقاتها و حوامل التخزين المعدة لتخزين المعلومات والمستندات الموجودة وغيرها من الأشياء التي يعتقد أن لها صلة بالجريمة و توضع المحجوزات في ظرف مختوم مع بيان تاريخ الحجز وعدد المحجوزات و رقم محضر الحجز[10] ثم تعرض على المشتبه فيه[11]، إضافة إلى إثبات الطريقة التي تم بواسطتها اعداد النظام والعمليات الالكترونية مع الحفاظ على البيانات من المحو والتبديل، خاصة وأن الأمر يتعلق مسرحين للجريمة، أحدهما تقليدي يقع خارج بيئة الحاسوب، ويتكون بشكل رئيسي من المكونات المادية المحسوسة للمكان الذي وقعت فيه الجريمة، وهو أقرب ما يكون إلى مسرح أية جريمة تقليدية

قد يترك فيها الجاني آثارا عدة، كالبصمات وغيرها وربما متعلقات شخصية أو وسائط تخزين رقمية، وثانيهما سيبراني يقع داخل بيئة الحاسوب أو الحاسب الآلي، ويتكون من البيانات الرقمية التي تتواجد وتنتقل داخل بيئة الحاسوب وشبكاته، في ذاكرته وفي الأقراص الصلبة الموجودة بداخله[12].

المطلب الثاني: التفتيـــــش

يعتبر التفتيش[13] إجراءً من إجراءات التحقيق ويُقصد به البحث عن جسم الجريمة والأداة المستعملة في ارتكابها وكل ماله علاقة بها أو بفاعلها، ويهدف عموما إلى الكشف عن الحقيقة والعثور على أشياء تساعد على إظهارها[14]، أما التفتيش في جرائم المعلوماتية فيقصد به الدخول إلى نظم المعالجة الآلية للمعطيات بما تحتويه من مدخلات وتخزين ومخرجات من أجل البحث عن الأفعال والسلوكات المرتكبة غير المشروعة[15] والتفتيش في عالم تقنية المعلومات لا بد أن يكون محله الكيانات المادية والمعنوية أيضا فالأولى مثل البحث في المكونات المادية للحاسوب أو ما يتصل به من أجهزة ويمكن في هذه الصورة أن نطبق القواعد العامة للتفتيش.

أما التفتيش في الكيانات المعنوية وتتمثل في مجموع البرامج والأساليب المتعلقة بتشغيل وحدة معالجة البيانات، وتنقسم إلى كيانات أساسية تضم البرامج الضرورية التي تقوم بتشغيل واستخدام جهاز الحاسب الآلي وكيانات تطبيقية تضم برامج تمكّن المستخدم من أن يُنفِّذ بواسطته عملا معينا. والملاحظ أنه يمكن أن يكون حاسب المتهم متصلا بغيره من الحواسيب عبر الشبكة الإلكترونية، وهنا نفرق بين حالتين:

الحالة الأولى: حالة وجود جهاز متصل بجهاز المتهم داخل الدولة: يمكن تفتيش سجلات البيانات المتصلة في النهاية الطرفية للحاسوب في منزل المتهم مع جهاز أو نهاية طرفية في مكان آخر، حيث يمكن توسيع الحق في تفتيش المساكن إلى نظم المعلومات الموجودة في موقع آخر حينما يهدف إلى إظهار الحقيقة.
الحالة الثانية: حالة وجود جهاز متصل بجهاز المتهم خارج الدولة: حيث يقوم مرتكبي الجرائم الإلكترونية بتخزين بياناتهم في أنظمة معلوماتية خارج إقليم الدولة بهدف عرقلة جمع الأدلة.

ولحل هذا الإشكال يرى جانب من الفقه أن تفتيش أنظمة الحاسب الآلي العابر للحدود لابد أن يتم في إطار اتفاقيات تعاون ثنائية أو دولية.

المطلب الثالث: الاختبار أو الخبـــرة

يقوم المحقق الجنائي في مجال كشف الجريمة المعلوماتية وفاعلها باعتباره أول جهة تتصل بالجريمة بعد وقوعها باتخاذ بعض الإجراءات والوسائل والتي من ضمنها الاستعانة بأهل الخبرة وذلك تحقيقاً لمبدأ هام وهو مبدأ التخصص نظراً لكون الخبرة هي تقدير مادي أو ذهني يُبديه أصحاب الفن أو الاختصاص في مسألة فنية لا يستطيع القائم بالتحقيق معرفتها وبمعلوماته الخاصة سواء أكانت تلك المسألة الفنية متعلقة بشخص المتهم أو بجسم الجريمة أو المواد المستعملة في ارتكابها أو آثارها.

ونظراً للطبيعة الخاصة التي تتميز بها الجرائم المعلوماتية كونها مرتبطة بمسائل فنية وعلمية بحتة أصبح من اللازم الاستعانة بالخبراء والمختصين[16] فإذا كانت الاستعانة بالخبراء في المسائل الفنية البحتة في الجرائم التقليدية أمر جوازي فالاستعانة بهم في مجال الجريمة المعلوماتية أكثر من ضرورة وذلك بسبب أن عملية استخلاص الأدلة الجنائية الرقمية تتطلب مهارة ودراية كبيرة في مجال الحاسب الآلي[17]، فينبغي إذا على الخبير

أن يكون ملما بالجوانب الفنية والتقنية و أن تكون لديه خبرة علمية وكفاءة فنية عالية في حقل أو أكثر من حقول تقنية المعلومات ونظمها ووسائلها لأن تصدي المحقق لفحص شيء وإبداء الرأي فيه دون أن تتوافر لديه المعرفة اللازمة يجعل قراره معيباً يضر بمصلحة التحقيق ويعوق الوصول إلى الحقيقة المطلوبة.

وتجدر الملاحظة أن التحقيق في جرائم المعلوماتية قد يتطلب الاستعانة ببعض خبراء مسرح الجريمة التقليدية مثل خبير البصمات، وخبير التصوير، الذين يعدون من الخبراء الأساسيين في معظم أنواع الجرائم، بالإضافة إلى غيرهم من الخبراء الذين قد يفرضهم ارتباط الجرائم المعلوماتية والانترنت محل التحقيق بجريمة أخرى من الجرائم التقليدية كجريمة القتل وغيرها[18].

المبحث الثاني

صعوبات الاثبات في الجريمة المعلوماتية

إن صعوبات الاثبات الجنائي في هذه الجرائم منها ما هو متصل بالجريمة في حد ذاتها ومنها ما هو متعلق بالجهات المتضررة من الجرم، هذا من جهة ومن جهة اخرى قد ترجع الصعوبة لأسباب متعلقة بجهات التحقيق[19] أو للواقع التشريعي الخاص بهذا النوع من الجرائم، وهي الصعوبات التي سنأتي على بيانها من خلال المطالب الآتية.

المطلب الأول: الصعوبات المتعلقة بالجريمة والمتضرر منها

إنّ الجريمة المعلوماتية في حد ذاتها لها بعض الخصوصية[20] التي تميزها عن باقي الجرائم التقليدية من حيث الوسائل التي ترتكب بواسطتها ومن حيث المحل الذي تقع عليه وخاصة من حيث الجناة بحيث يمكن القول أن الأساس في خطر هذه الجرائم يكمن في أنها في طبيعتها تجمع بين الذكاء الاصطناعي والذكاء البشري وهو ما يجعل إثباتها جنائيا يكون في منتهى الصعوبة[21]، نتيجة للأسباب التالية:

- سرعة ارتكابها حيث لا يحتاج الجاني إلا لبعض الثواني في بعض الجرائم.
- سرعة اخفاء آثار الجريمة وغياب الدليل المرئي الممكن فهمه بالقراءة بفضل مهارة مرتكبيها في استخدام التقنيات وبرامجها.
- صعوبة الوصول إلى الدليل المثبت للجريمة بسبب إحاطته من طرف الجناة بوسائل حماية تمنع الوصول إلى الحقيقة.
- سهولة محو الدليل أو تدميره في زمن وجيز يصعب معه كشف الجريمة.
- ضخامة حجم المعلومات والبيانات وإمكانية خروجها عن نطاق إقليم الدولة.
- عدم استخدام الجاني المعلوماتي جهازه الخاص بل يلجأ إلى مقاهي الانترنت التي لا تتقيد بأي ضوابط أو أنظمة أمنية وهو ما يمنع التعرف على مستخدم الجهاز ومصدره.
- اتساع مجالها إذ هي جرائم لا تعترف بالحدود الجغرافية وتتعدى حدود الدولة الواحدة.

وقد ترتبط هذه المعوقات بالمتضرر من الجريمة في حد ذاته من ذلك:

– عدم إدراك الضحية خطورة الجرائم المعلوماتية مع غياب التوعية لإرشاد المستخدمين إلى خطورتها لا سيما إذا تعلق الامر بالمؤسسات المختلفة.

– عدم الابلاغ عن الجرائم المعلوماتية في حينها لعدم اكتشافها أو بسبب عدم رغبة الجهات المتضررة في الظهور كضحية لهذه الجرائم خوفا من نعتها بالإهمال أو قلة الخبرة أو عدم أخذ الاحتياطات اللازمة لحماية معلوماتها.

– تعدد الضحايا المتضررين منها مرتكبيها في معظم الأحيان.

– عدم تركيز الشركات والمؤسسات على الجانب الامني في تقديم الخدمات المعلوماتية واهتمامها بتبسيط الاجراءات وتسهيل استخدام البرامج والخدمات الالكترونية[22].

المطلب الثاني: الصعوبات المتعلقة بجهات التحقيق

مما لا شك فيه أن للتحقيق الامني أو القضائي أهمية بالغة في إثبات الجريمة وكشفها باعتباره أول مرحلة تلي ارتكاب الجريمة جهة تتصل بالجريمة بعد وقوعها، على أن هناك تشابه كبيرا بين التحقيق في جرائم الحاسوب والانترنت وبين التحقيق في الجرائم التقليدية، فهي تمر بنفس المراحل والإجراءات تقريبا، وتهدف للوصول إلى مرتكبيها، إلا أن التحقيق في الجرائم المعلوماتية يتميز عن التحقيق في الجرائم التقليدية بشكل رئيسي بالعدد الكبير من السجلات التي يجب الاطلاع عليها، إضافة إلى أن التحقيق في الكثير من مراحله سيجرى في بيئة رقمية وببعض الخصوصية في عناصر التحقيق الفرعي والإجراءات الشكلية المتبعة كتلقي البلاغات والعناية بمسرح الجريمة وتكوين فرق عمل المحققين، وأساليب تأمين الأدلة المادية[23] هذا ما يترتب عليه صعوبات بالغة ومعوقات كثيرة تتعلق بجهات التحقيق نوجزها فيما يلي:

– عدم مهارة المحقق في استخدام جهاز الكمبيوتر وعدم تمكنه من استعمال تقنيات الاتصالات الحديثة بالإضافة إلى عدم الاهتمام بمتابعة المستجدات في مجال الجرائم الالكترونية.

– عدم توفر الاجهزة والبرامج المناسبة للتحقيق وعدم التنسيق بين المحققين في هيئات التحقيق والعاملين في مجال المعلومات والأنظمة الالكترونية والحاسوب.

– عدم التخصص في مجال التحقيق لإثبات الجرائم المعلوماتية ومواكبة التقنيات العالمية الحديثة.

المطلب الثالث: الصعوبات المتعلقة بالواقع التشريعي

مما لا شك فيه أن عالم تقنية المعلومات عالم متطور ومتسارع بشكل مذهل، نظرا للابتكارات الجديدة في هذا المجال لذلك يجب توافر اطلاع دائم وكاف على هذا العالم اللامتناهي، كي تتمكن الجهات التشريعية بكشف كل مستجد في مجال تقنية المعلومات حتى تعمل بدورها على سد الثغرات في مجال التشريعات الالكترونية، ومع كل ذلك تظهر عدة مسائل على الصعيدين الوطني والدولي تعيق الاثبات في مجال الجرائم المعلوماتية.

إنّ مسألة الواقع التشريعي يمكن أن نعالجها من خلال قانون العقوبات بمفهومه الواسع وكذا قانون الاجراءات الجزائية، فالأول يتصدى للظواهر الاجرامية فيُحددها ويضع العقوبات الرادعة لكل منها، أما الثاني

فيحدد القواعد الاجرائية والضمانات التي ينبغي أن تحترمها الجهات المعنية وصولا إلى محاكمة عادلة، وتبرز إشكالية التشريع في مدى نجاعة وكفاية النصوص التقليدية لوضع حد لهذه الظواهر المتجددة والمتنامية التي حتمت على المشرع ضرورة تعديل هذه النصوص أو إضافة نصوص جديدة لتشمل كافة الجرائم المعلوماتية بإضافة البعد الخاص بالحاسب الآلي أو استحداث أقسام جديدة للجرائم الالكترونية على غرار الأقسام التقليدية.

كما أن الطبيعة الخاصة للجريمة المعلوماتية تطرح عدة إشكالات تتعلق بالاختصاص الإقليمي[24] على أساس أن هذه الجريمة قد تقع في مكان ما في العالم وتُنتج آثارها في أماكن أخرى خارج اقليم الدولة وهو ما يدعو إلى التعاون الدولي بهذا الخصوص، غير أن الصعوبة تُطرح حول اختلاف منظور الدول للجريمة و تباين الرؤى وفلسفة النظم القانونية وتفاوت دول العالم في هذا المجال وصعوبة توحيد الجهود لمكافحة الجرائم المعلوماتية، ولعل من أبرز المنظمات الدولية التي عملت في هذا الشأن **الاتحاد الدولي للاتصالات التابع للأمم المتحدة**.

وعلى هذا الأساس ينبغي الإسراع في المصادقة على مشروع القانون المتعلق بمكافحة جرائم أنظمة المعلومات والاتصالات[25] و إصداره أسوة ببعض الدول[26] مع تثمين خطوة استهلال المشروع بالتعريف ببعض المصطلحات التقنية المتعلقة بالجرائم المعلوماتية والتي لها دور كبير في تحديد السلوك الإجرامي و بالنتيجة تكوين أركان الجريمة نظرا لصعوبة هذه المصطلحات واستحالة ضبطها سواء من طرف القانونيين أو غيرهم، ولكنها غير كافية، مع ضرورة تشجيع التعاون و التنسيق الدوليين لمواجهة هذا الخطر المحدق باعتبارها من الجرائم العابرة للحدود الوطنية.

الخـاتمة:

إنّ الجريمة المعلوماتية تطال الحقوق وتمس حرمة الحياة الخاصة للأفراد وتُهدد الأمن الوطني وتُؤدي إلى فقدان الثقة بالتقنية وغيرها من مفاصل الحياة العامة المختلفة.

من بين الاشكالات المتعلقة بهذه الجريمة مسألة الاثبات الجنائي للجريمة في حد ذاتها ومعرفة زمانها ومكانها ومرتكبها.

اهتمت جل التشريعات بهذه المسألة لما لها من أهمية خاصة في مواجهة ومكافحة هذا النوع من الجرائم، فرتبت عدة إجراءات قانونية وطرق حديثة ومواكبة للجريمة كل ذلك بهدف إقامة الدليل الجنائي على ارتكابها ومن ثم الكشف على الجناة، وذلك أمام تأكد قصور الوسائل التقليدية في الإثبات وعدم نجاعتها.

لا شك أن هناك عدة صعوبات ومعوقات تعترض سبيل المحققين قصد كشف معالم الجريمة وتشخيص الجناة وبسط الرقابة وصولا لمحاكمة عادلة، من بين هذه المعوقات ما يتصل بالجريمة في حد ذاتها من حيث الطبيعة والأشخاص ومنها ما يتعلق بنوع التحقيقات التي تتطلبها هذه الجرائم المتطورة ومنها ما يتعلق بالنص العقابي الذي يجعل المشرع متأهبا لمواكبة هذه الجرائم المتنامية والتي لم يرد النص على تجريمها في النصوص التقليدية.

وينطوي نظام الإثبات في جرائم المعلوماتية في التشريع التونسي على عديد النقائص أيضا يتمثل أساسا في تقييد سلطات البحث من جهة، إضافة إلى غياب التنصيص على حجية الأدلة الرقمية في المادة الجزائية من جهة أخرى

وهذا ما يؤكد أن النظام العقابي للجريمة المعلوماتية في التشريع التونسي يحتاج إلى تطوير مستمر لمواكبة مكافحة هذا النوع من الجرائم التي تتميز بالحداثة والتنامي

أما الاقتراحات التي يمكن لنا إثارتها حول هذا الموضوع فارتأينا طرح ما يلي:

✓ تكثيف التكوين لرجال الأمن والقضاء لا سيما في المجال الالكتروني وفقا للمعايير الحديثة حتى نكون أمام جهات أمنية وقضائية تمتاز بالمهارة والدقة، كل ذلك قصد السيطرة على هذه الجرائم المتطورة وكشف مرتكبيها.

✓ تطوير التشريعات العقابية لمكافحة هذا النوع من الجرائم حتى تكون النصوص الجزائية قابلة للتطبيق محلياً وعالمياً على الجرائم المعلوماتية ومرتكبيها.

✓ نشر الوعي العام المساند للتحول الإلكتروني من جهة والتنبيه من وعن المخاطر التي يسببها للجمهور وضرورة التبليغ عن هذه المخاطر عند حدوثها حتى تسهل السيطرة عليها.

✓ إنشاء هيئات متخصصة في التحقيق والإثبات الجنائي في مجال الجرائم المعلوماتية.

✓ الاستفادة من التجارب الأجنبية والعربية في مجال مكافحة الجريمة المعلوماتية، دراسة وتبادلاً للمعلومات والخبرات مع تحقيق التواصل بين الدول العربية في هذا المجال.

الهوامش:

(1) يطلق عليها أيضا مصطلح "الجرائم الإلكترونية"، "الجرائم السبرانية"، "جرائم الفضاء الإلكتروني"،"الجرائم المستحدثة".

(2) ثنيان ناصر آل ثنيان، اثبات الجريمة الالكترونية، رسالة ماجستير، تخصص السياسة الجنائية، كلية الدراسات العامة، قسم العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الامنية، الرياض السعودية، 2012.

(3) نمديلي رحيمة، خصوصية الجريمة الالكترونية في القانون الجزائري والقوانين المقارنة، مداخلة في اعمال المؤتمر الدولي الرابع عشر المتعلق بالجرائم الإلكترونية، يومي 24 و25 مارس 2017، طرابلس ليبيا.

(4) الفصل 13 من مشروع القانون المتعلق بمكافحة جرائم أنظمة المعلومات والاتصالات.

(5) حماية للخصوصية وحتى لا يتم التوسع في الاجراءات الاستثنائية فقد نص الفصل 34 من مشروع القانون المتعلق بمكافحة جرائم أنظمة المعلومات والاتصالات على إحداث هيئة عمومية مستقلة تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال الإداري والمالي تسمى " الهيئة التونسية لمراقبة الاعتراض "تكلف بمراقبة احترام إجراءات تنفيذ عمليات النفاذ إلى قواعد البيانات والاعتراض على حركة الاتصالات ومحتواها .

(6) الفصل 14 من مشروع القانون المتعلق بمكافحة جرائم أنظمة المعلومات والاتصالات.

(7) محمد بن نصير محمد السرحاني، مهارات التحقيق الجنائي الفني في جرائم الحاسوب والإنترنيت، رسالة ماجستير، تخصص السياسة الجنائية، كلية الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض السعودية، 2004.

(8) منها برامج تُنصَّب على أجهزة الحاسوب قبل وقوع الجريمة وتهدف إلى حماية الشبكات من الاعتداءات المختلفة وما يميزها حفظ الأنشطة والعمليات التي تتم على الحاسوب في سجلات هذه الأخيرة تحوي الكثير من المعلومات التي قد تساعد المحققين في الوصول إلى الجاني. ومن أمثلتها: الجدار الناري، الخادم الوكيل، نظام كشف الاختراق، نظام جرة العسل، أدوات تدقيق ومراجعة العمليات الحاسوبية، بالإضافة إلى أن هناك برامج خاصة بالحقيق الجنائي وتتنوع بحسب متطلبات وطبيعة كل قضية منها: برمجيات النسخ الاحتياطي الجنائي، برامج البحث عن المفردات النصية، برامج استعادة البرامج المحذوفة، برامج

تحرير الملفات الست عشرية، برامج كسر كلمات السر في بعض الملفات، برامج تتبع الاتصال الشبكي، برامج استعراض الصور، وغيرها من البرامج.

(9) أقر المشرع التونسي في الفصل 32 من قانون منع الاتجار بالأشخاص وسائل إثبات خاصة تتمثل في اعتراض اتصالات ذي الشهبة والاختراق، ويشمل **الاعتراض** الحصول على بيانات المرور والتنصت أو الاطلاع على محتوى الاتصالات وكذلك نسخها أو تسجيلها باستعمال الوسائل الفنية المناسبة. كما نص الفصل 35 من نفس القانون " في الحالات التي تقتضيها ضرورة البحث يمكن اللجوء إلى الاختراق بواسطة عون أمن متخفي أو مُخبِر معتمد من قبل مأموري الضابطة العدلية"، كما نص القانون الاساسي عدد: 26 لسنة 2015، المتعلق بمكافحة الإرهاب ومنع غسل الأموال، إلى تقنية الاعتراض في الفصل 54 وتقنية الاختراق في الفصل 57.

(10) الفصل 97 من مجلة الإجراءات الجزائية.

(11) الفصل 76 من مجلة الإجراءات الجزائية.

(12) تركي بن عبد الرحمان المويشير، بناء نموذج أمني لمكافحة الجرائم المعلوماتية وقياس فاعليته، مركز الدراسات والبحوث، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض السعودية، 1433 هـ-2012م، ص165-166.

(13) نظرا لأهمية هذه الوسيلة في الإثبات فقد خصصت اتفاقية المجلس الأوروبي المتعلقة بالإجرام السيبيري العنوان الرابع للتفتيش وحجز البيانات المعلوماتية المخزنة، وأوصت الدول الأطراف بإرساء التدابير والإجراءات القانونية التي تخول للسلطات المختصة، التفتيش أو النفاذ إلى الأنظمة المعلوماتية وحوامل التخزين وكذلك إلى البيانات التي تحتوي عليها ونسخها.

(14) الفصل 93 مجلة الإجراءات الجزائية.

(15) جابر غنيمي، اثبات الجرائم الإلكترونية، مقال منشور على الموقع التالي:

https://m.facebook.com/permalink.php?id=106334717726289&story_fbid=188576589502101 تاريخ الاطلاع: 20-نوفمبر 2021، على الساعة: 18:53.

(16) نظرا لأن التحقيق في جرائم المعلوماتية يتطلب مهارات فنية وتقنية عالية وخاصة لا تتوفر بالتأكيد عند رجال الضبطية القضائية بسبب طبيعة تكوينهم التقليدية في أغلب الأحيان فإن تشكيل فريق خاص بالتحقيق في هذا النوع من الجرائم أصبح أمرا ضروريا مادام أسلوب عمل الفريق أمر معمول به في جرائم أخرى. لأكثر معلومات حول تكوين فريق التحقيق أنظر: تركي بن عبد الرحمان المويشير، بناء نموذج أمني لمكافحة الجرائم المعلوماتية وقياس فاعليته، ص162 وما بعدها.

(17) جابر غنيمي، المرجع السابق.

(18) تركي بن عبد الرحمان المويشير، المرجع السابق، ص161-162.

(19) بعرة سعيدة، الجريمة الالكترونية في التشريع الجزائري، دراسة مقارنة، مذكرة ماستر، تخصص القانون الجنائي، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة الجزائر، 2015/ 2016.

(20) تتميز أيضا الجرائم المعلوماتية في التشريع التونسي عن الجرائم التقليدية في الجهات المختصة في تحريك الدعوى العمومية بشأنها فقد نص الفصل80 من مجلة الاتصالات على أن الوزير المكلف بتكنولوجيا الاتصال يحيل المحاضر إلى وكيل الجمهورية المختص ترابيا(إقليما) وبالتالي تكون الوزارة هي الطرف الأصلي في تحريك الدعوى و النيابة طرف منضم وتتمتع الوزارة المعنية بنفس سلطة الملاءمة التي تمتلكها النيابة، كذلك الهيئة الوطنية لحماية المعطيات طبقا للفصل 77 من القانون عدد: 64 لسنة 2004، كذلك منظمات الدفاع عن حقوق الإنسان في خصوص الجرائم المرتكبة بواسطة الصحافة الواردة بمرسوم عدد: 115لسنة 2011 المتعلق بحرية الصحافة والطباعة والنشر وفقا للفصل 69 منه.

(21) الجرائم الالكترونية الواقعة على الأشخاص في القانون التونسي، مساهمة الوفد التونسي ضمن المؤتمر التاسع لرؤساء المحاكم العليا، بيروت 17-19 ديسمبر 2018، ص-21-20.

(22) جدي نسيمة، جرائم المساس بأنظمة المعالجة الالية للمعطيات، رسالة ماجستير، تخصص القانون الجنائي، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2013/2014.

[23] تركي بن عبد الرحمان المويشير، المرجع السابق، ص146.

[24] وضعت الاتفاقية الدولية المتعلقة بالجريمة السيبرية الصادرة في 23 نوفمبر2001 مجموعة مبادئ حددت بموجبها الاختصاص بالنسبة إلى الجرائم المتعلقة بالأنظمة المعلوماتية والمحتوى المعلوماتي. فقد حدَّدت مبدأ الاختصاص الترابي كقاعدة عامة بحيث يؤول الاختصاص إلى مكان ارتكاب الجريمة، فتختص مثلا البلاد التونسية بالنظر في هذه القضايا إذا كان الفاعل والنظام المعلوماتي يوجدان على التراب التونسي أو إذا وجد أحدهما فقط، كما يلحق بالاختصاص الجرائم المرتكبة بالسفن أو الطائرات الحاملة لعلم البلاد التونسية. كما اعتمدت على ضابط الجنسية لتحديد الاختصاص وذلك في حالة ارتكاب الجريمة ببلاد أجنبية أو خرجت عن اختصاص أية دولة في العالم فإن الاختصاص يعود إلى الدولة التي ينتمي إليها المتهم، وأبقت الاتفاقية على حرية تحديد الاختصاص إلى القوانين الوطنية للدول الأطراف فيها. وقد يؤول الاختصاص لعدة دول بسبب تورط عدة أطراف في ارتكاب نفس الجريمة، كأن يلحق الضرر بعدة أنظمة معلوماتية في عدد من الدول في وقت واحد وبسبب نفس الجريمة نصت الاتفاقية إلى ضرورة التشاور بين الدول المتعاقدة لتحديد الجهة المختصة، وقد يفضي التشاور إلى إسناد الاختصاص إلى دولة معينة، كما قد ينتهي إلى توزيع الاختصاص بين عدة دول وفي نقاط معينة غير أن مسألة التشاور غير ملزمة.

[25] جاء في شرح الأسباب لهذه المبادرة أن المجلة الجزائية أصبحت غير ملائمة في بعض فصولها للتطور التكنولوجي مع ضرورة المحافظة على حرية الصحافة والتعبير باعتبارهما مكسب من المكاسب التي لا يمكن المساس بها.

إن استفحال ظاهرة الإجرام السيبيري في ظل النسق السريع لتطور وسائل الاتصال الحديثة يؤدي حتما إلى التفكير في ضرورة تنقيح المجلة الجزائية لمواكبة تفشي هذه الجرائم فإن النصوص الجزائية الواردة بالقوانين الخاصة غير كافية لزجر وتجريم كافة الأفعال المحتملة باعتبار أن الانترنت ساهمت في ظهور جرائم مستحدثة يصعب حصرها وتحديد نطاقها.

وحيث وعلاوة عن ذلك فان البعد الإجرائي للجرائم المعلوماتية على اختلاف وسائلها ينطوي على مشكلات وتحديات جمّة، عناوينها الرئيسية الحاجة إلى سرعة الكشف عن الجريمة خشية ضياع الدليل وخصوصية قواعد التفتيش والضبط الملائمة لهذه الجرائم وقانونيّة وحجيّة أدلة هذه الجرائم ومشكلات الاختصاص القضائي والقانون الواجب التطبيق والحاجة إلى تعاون دولي شامل في حالة امتداد إجراءات التحقيق والتتبع خارج الحدود.

لقد أضحت الحاجة إلى تنظيم تشريعي لإجراءات وقواعد الإثبات في حقل الجرائم الالكترونية تجد موجبها في الحاجة إلى توفير معيار مقبول يقيم التوازن بين حقوق وحريات الأفراد وحماية خصوصياتهم من جهة، وبين موجبات المكافحة والتصدي لهذه الجرائم وحاجتها إلى قواعد خاصة فرضتها تحديات هذه الجرائم من جهة أخرى.

[26] تعد السويد من أوائل الدول التي سنت تشريعات قانونية جديدة خاصة بجرائم الانترنت والحاسب الآلي سمّي بـ"قانون البيانات" سنة 1973.

إجراءات الحصول على الدليل الالكتروني للجريمة بين الإثبات والمكافحة في التشريع الجزائري

د/ بن خليفة الهام
جامعة الشهيد حمه لخضر (الوادي)
Ilham.benkhalifa@gmail.com

ط.د/ عطية سليمة
جامعة الشهيد حمه لخضر (الوادي)
sasoua88@a@gmail.com

ملخص:

من المعلوم أن التكنولوجيا تجلب معها تهديدات جديدة، وهذه التهديدات كبيرة أثرت بشكل مباشر على حياة البشر وهددت استقرارهم، فقد انتشرت في الآونة الأخيرة ظاهرة ما يعرف بالجرائم الالكترونية بشكل كبير ومتزايد، بسبب انتشار أجهزة الحاسوب الآلي وأجهزة الهواتف الذكية المتصلة على شبكة الانترنت، وبلا شك فان هذا النوع من الجرائم أصبح واقع وبشكل مريب سمعة وحياة الأفراد. مما حذا بالتشريعات الجنائية السعي لتطوير تشريعاتها الجنائية والسعي لمواكبة التطور في الإثبات الدليل الالكتروني للجريمة ومكافحته في سبيل الحد والتصدي لهذه الجرائم. كل هذا جعل من المشرع الجزائري مضطرا لمتابعة هذه المستجدات المستحدثة والتعامل معها من خلال التدخل التشريعي ومكافحته سواء من خلال المكافحة التشريعية المتمثلة في قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجزائية وبعض القوانين الخاصة، أو من خلال آليات المكافحة للتصدي لهذا الدليل الالكتروني للجريمة.

الكلمات المفتاحية: دليل الكتروني، إثبات جنائي، جريمة سيبريانية.

مقدمة:

من المعلوم أن الفضاء الالكتروني يشكل بيئة خصبة، لارتكاب الجريمة، وكلما كان تطور وسائل التكنولوجيا الجديدة متسارعا، كلما أخذت الوسائل الإجرامية أبعادا متطورة مواكبة في ذلك هذا التطور ومتلازمة مع في السياق.

ولا شك إن التكنولوجيا تجلب معها تهديدات جديدة، وهذه التهديدات كبيرة أثرت بشكل مباشر على حياة البشر وهددت استقرارهم، فقد انتشرت في الآونة الأخيرة ظاهرة ما يعرف بالجرائم الالكترونية بشكل كبير ومتزايد، بسبب انتشار أجهزة الحاسوب الآلي وأجهزة الهواتف الذكية المتصلة على شبكة الانترنت، وبلا شك فان هذا النوع من الجرائم أصبح واقع وبشكل مريب سمعة وحياة الأفراد. مما حذا بالتشريعات الجنائية السعي لتطوير تشريعاتها الجنائية والسعي لمواكبة التطور في الإثبات الدليل الالكتروني للجريمة ومكافحته في سبيل الحد والتصدي لهذه الجرائم.

تلك الإجراءات الخطيرة والمعقدة للدليل الالكتروني المستحدثة جعلت من الإجراءات التقليدية للبحث والتحري عاجزة عن اكتشاف ذلك النوع من الجرائم، وملاحقة مرتكبيها في حالة اكتشافها، فهي اجراءات لا

تتوافق مع مسرح الجريمة الالكترونية ولا مع دهاء وفطنة مرتكبيها، هذا الأمر جعل من مختلف المشرعين ومن بينهم المشرع الجزائري يستحدثون اجراءات استثنائية تتوافق مع خصوصية جريمة الدليل الالكتروني في الإثبات.

كل هذا جعل من المشرع الجزائري مضطرا لمتابعة هذه المستجدات المستحدثة والتعامل معها من خلال التدخل التشريعي ومكافحته سواء من خلال المكافحة التشريعية المتمثلة في قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجزائية وبعض القوانين الخاصة، أو من خلال آليات المكافحة للتصدي لهذا الدليل الالكتروني للجريمة، من خلال كل ذلك نطرح الإشكال التالي: **هل استطاع المشرع الجزائري في إجراء الحصول على الدليل الالكتروني للجريمة التوفيق بين إثباته ومكافحته؟**

ولدراسة هذا الموضوع اعتمدنا المنهج التحليلي من خلال استقراء وتحليل النصوص القانونية الناظمة للدليل الجنائي الالكتروني في إثبات الجريمة.

وللإجابة على هذه الإشكالية قنا بتقسيم هذه الورقة البحثية لمبحثين اثنين نتناول في المبحث الأول اجراءات الحصول على الدليل الالكتروني لإثبات الجنائي، في حين نتناول في المبحث الثاني سبل مكافحة الدليل الالكتروني للجريمة، لنختم الدراسة ببعض النتائج والتوصيات.

المبحث الأول

إجراءات الحصول على الدليل الالكتروني لإثبات الجريمة

إن الإجراءات المستحدثة للحصول على الدليل الالكتروني لإثبات الجريمة فاقت بكثير من الإجراءات التقليدية، حيث مست جميع المجالات بل أكثر من ذلك باتساع إجراءاتها ورقعتها، فهي لا تعرف حدود زمنية أو بشرية أو جغرافية وهذا ما صعب مهمة الدول في مكافحتها ومسك أدلتها، لذلك هذا الدليل الالكتروني سن له قوانين تثبت أدلته مثله مثل إثبات الدليل التقليدي. وعليه سنقوم بتوضيحه كما يلي:

المطلب الأول: الإجراءات التقليدية لإثبات الدليل الجنائي الالكتروني

لقد نظم المشرع الجزائري الإجراءات التقليدية لإثبات الدليل الجنائي الالكتروني بقواعد إجرائية تقليدية تواكب إثبات هذا النوع من الجريمة متمثلة في اجراءات مادية وأخرى فنية سنوضحها كما يلي:

الفرع الأول: الإجراءات المادية لإثبات الدليل الجنائي الالكتروني

أولا: بلاغات وشكاوى الدليل الالكتروني

الإبلاغ هو إعلام السلطات المختصة عن وقوع جريمة سواء من الضحية أو من شخص آخر شهدها أو علم بها. بالنسبة للجريمة المعلوماتية فانه يتم التبليغ عنها سواء بالشكل التقليدي أو من خلال تبليغ الدليل الالكتروني، نجد في الجزائر الدليل الالكتروني للتبليغ عن الجريمة من خلال جهاز الدرك الوطني الذي يضع تحت تصرف المواطنين بريد للتبليغ عن الجرائم الالكترونية تحت عنوان: cgn@mdn.dz.

أو من خلال الخدمة التي أصبحت متاحة منذ سنة 2015 المتعلقة بإيداع الشكاوى أو المعلومات المتعلقة بالجرائم عبر الرابط: www.ppgn.mdn.dz.

كذلك المديرية العامة للأمن الوطني بدورها وضعت تحت تصرف المواطنين للتبليغ عن أي جريمة مع ضمان السرية عبر الموقع:www.dgsn.dz .

وأيضا الشرطة الجزائرية كان لها إسهام للتبليغ الدليل الالكتروني من اجل طلب النجدة أو التبليغ عن الجرائم من خلال الرقم الأخضر المجاني 1584 أو الرقم 17.

ما نلاحظه غياب ثقافة الوعي لدى الشعب الجزائري بشأن الشكوى والتبليغ الالكتروني بالرغم من كل الشرطة والدرك الوطني وضع بريد وخط للشكاوى من اجل سهولة التبليغ وتسريع الإجراءات الكشف عن الجريمة بالدليل الالكتروني. لذلك لابد من التوعية مادية واقعية من خلال مختلف وسائل الإعلام أو عقد ندوات وملتقيات بشأن خطورتها.

ثانيا: معاينة الدليل الالكتروني

المقصود بمعاينة الدليل الالكتروني للجريمة هو الوقوف على الآثار التي يخلفها مستخدم النظام المعلوماتي، حيث يعتبر الانتقال إلى عين المكان أولى الخطوات التي يقوم بها رجال الضبطية القضائية في تعاملهم مع مسرح الجريمة لمعاينة واثبات الآثار والمخلفات المادية والمحافظة عليها، واثبات حالات الأماكن والأشخاص عن طريق الكتابة والتخطيط والصور ويمنع إحداث اي تغيير في معالم مسرح الجريمة، كما يراعى تسجيل وقت وتاريخ التقاط الصور والفيديو والسرعة في اتخاذ القرارات الكفيلة بإثبات هوية بعض الحضور وسماعهم، وفي بعض الحالات منعهم من مغادرة الأمكنة، وإخطار نيابة الجمهورية بذلك فوراً[1].

ومن القواعد الإجرائية لمعاينة الدليل الالكتروني للجريمة، هي جملة الإجراءات المطبقة في كافة الجرائم، إلا أن الجرائم التي تقع في وسط الدليل الالكتروني أو داخل المنظومة الالكترونية لها قواعد وإجراءات خاصة تتمثل في:

إخطار وكيل الجمهورية، لا يمكن معاينة الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات، إلا بعد إخطار وكيل الجمهورية بدائرة الاختصاص من قبل ضابط الشرطة القضائية، وهذا ما نصت عليه المادة 42 من قانون الإجراءات الجزائية[2].

وفي أوقات المعاينة، بالرجوع إلى نص المادة 47 والمادة 49 من قانون الإجراءات الجزائية نجد أن المشرع الجزائري أجاز إجراء المعاينة في كل محل سكني أو غير سكني، وفي كل ساعة من ساعات الليل والنهار ودون تأخير هذه الإجراءات، وعندما يتعلق الأمر بالجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات، كما يجوز لضباط الشرطة أن يستعين بأشخاص مؤهلين لذلك[3].

وعليه لا يجوز تفتيش المساكن ومعاينتها وضبط الأشياء المشتبه فيها، إلا برضا صريح من الشخص الذي ستتخذ لديه هذه الإجراءات، ويجب أن يكون هذه الرضا صريحا، وكذا الشأن يتعلق بخصوص الجرائم الواقعة على النظم المعلوماتية. حسب المادة 64 من نفس القانون.

ثالثا: تفتيش الدليل الالكتروني

التفتيش هو إجراء من اجراءات التحقيق يهدف للبحث عن أدلة مادية لجناية أو جنحة تحقق وقعها في محل يتمتع بحرمة، وفقا للضمانات والقيود المقررة قانونا، وتفتيش الدليل الالكتروني في الجرائم المعلوماتية يحتاج إلى تقنيات خاصة لسهولة إخفاء المعطيات وصعوبة تحديد مكانها، والذي من الممكن أن يكون خارج مسرح الجريمة تماما او خارج حدود الدولة كليا[4].

حيث نص المشرع الجزائري على مجمل أحكامه في المواد من 44 إلى 48 والمادة 64 والمادتين 82 83 من قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم بالقانون رقم 22/06، وبالتالي فهو إجراء يضطلع به قاضي التحقيق وضباط الشرطة القضائية في حالة التلبس أو الإنابة القضائية.

ولما كان تفتيش الدليل الالكتروني للحاسوب يتكون من مكونات مادية ومعنوية، فالإشكال يثور حول مدى إمكانية خضوع هذه المكونات للتفتيش.

المكونات المادية لتفتيش الدليل الالكتروني: هذه المكونات لا تثير أي إشكال فيما يخص تفتيشها، فهي تخضع للقواعد القانونية المنصوص عليها في المادة 44، وفي نطاق الجريمة الالكترونية فان مختلف الضمانات المقررة عند إجراء عملية التفتيش لا يؤخذ بها من احترام للميقات القانوني للتفتيش، حيث يكون في أي ساعة من ساعات النهار أو الليل، وحضور المعني لعملية التفتيش لا يكون إجباري وعدم الأخذ برضاه.

أما المكونات المعنوية لتفتيش الدليل الالكتروني: أثارت مسالة المكونات المنطقية خلافا فقهيا، إلا انه في الأخير تم الأخذ بالرأي القائل بإمكانية تفتيشها، وهذا ما جسده المشرع الجزائري بموجب المادة 05 من القانون رقم 04/09 والتي أجازت للسلطة القضائية المختصة، وكذا لضباط الشرطة القضائية في إطار قانون الإجراءات الجزائية وفي الحالات المنصوص عليها في المادة 04 من نفس القانون.

ويخضع التفتيش لمجموعة من الشروط نذكر منها: توافر سبب التفتيش ونقصد به وقوع الجريمة الكترونية فعلا محل التفتيش، وكذلك السلطة القضائية المختصة، وحصول إذن من عند وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق المختص...الخ[5].

الفرع الثاني: الإجراءات الفنية لإثبات الدليل الجنائي الالكتروني

أولا: الخبرة في الدليل الالكتروني

منذ ظهور الجرائم ذات الصلة بالتقنية والحاسب الآلي، بدا جهاز الاستدلال والتحقيق الاستعانة بأصحاب الخبرة الفنية في هذا المجال، بهدف كشف الجريمة وجمع الأدلة ومساعدة سلطات التحقيق في

كشف غموض هذه الجرائم الالكترونية محل تحقيق، وتتأثر أهمية الاستعانة بالخبرة في الجريمة الالكترونية عند غيابها، فبغياب الخبرة عن جهات التحقيق والاستدلال تعد عاجزة عن فك شفرات الجريمة وكشفها، فلا يمكنها تجميع الأدلة الجنائية التي تثبتها، وبسبب جهلها قد تدمر أو تمحو تلك الأدلة عند التعامل معها[6].

وبالرجوع إلى المادة 05 في الفقرة الأخيرة من القانون رقم 04/09 نجد ا انه أشار إلى الخبرة في الدليل الالكتروني في مجال الجريمة الالكترونية والتي نصت على انه يمكن للسلطات المكلفة بالتفتيش تسخير كل شخص له دراية بعمل المنظومة المعلوماتية قصد مساعدتها وتزويدها بكل المعلومات الضرورية[7]، كذلك المادة 19 من القانون رقم 261/15 الذي سمح للهيئة الوطنية من جرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال الاستعانة بخبير قصد مساعدتها في أعمالها.

ثانيا: الشهادة في الدليل الالكتروني

الشهادة هي دليل من أدلة الإثبات الدليل الالكتروني للجريمة، فعند وقوع جريمة ما، يتم الاستماع إلى شهودها من غير أطراف الخصومة فيها من اجل إثبات الجريمة والوقوف على وقائعها وتفاصيلها، والسماع إلى الشهود يكون بالسماح لهم بالإدلاء بما لديهم من معلومات حول الواقعة محل الاستدلال أو التحقيق أو المحاكمة، فالشاهد المعلوماتي وفق ذلك المفهوم، لابد أن يكون ذا خبرة فنية في مجال الجهاز الالكتروني[8].

كما تمثل الشهادة الالكترونية إحدى أهم الدليل الالكتروني لإثبات الجريمة بموجب الأمر رقم 02/15 بوصفها آلية إجرائية ستهدف إرساء نظام خاص لحماية الشهود في نمط من الجرائم وحصرها المشرع في جرائم الإرهابية وجرائم الفساد.

ويشترط لصحة الشهادة الالكترونية علاوة على اتصالها بالجرائم المقررة بموجب نص المادة 65 مكرر19 من قانون الإجراءات الجزائية أن تؤدى شفاهة وفي مواجهة الخصوم، أما شفاهة الشهادة الالكترونية فيقصد بها أن تؤدى هذه الشهادة شفويا أمام المحكمة وان تستمع هذه الأخيرة لنفسها بالشهادة عبر المنظومة الالكترونية وان تناقش الشهود شفويا وان تمكن الخصوم من ذلك حتى يمكنها أن تقيم الشهادة وتقدرها تقديرا سليما ويجد هذا الشرط أساسه في نص المادة 233 من قانون الإجراءات الجزائية[9].

المطلب الثاني: المطلب الثاني: الإجراءات المستحدثة لإثبات الدليل الجنائي الالكتروني

الفرع الأول: التسرب

عالج المشرع هذا الإجراء في 08 مواد وهي المادة 65 مكرر11 إلى 65 مكرر18 من قانون الإجراءات الجزائية، حيث تناولت جل الأحكام المتعلقة بالتسرب من تحديد المقصود بعملية التسرب وكل ما يدور في فلكها من شروط.

أولا: تعريف التسرب:

تصدى المشرع الجزائري هذه الميزة بتحديد المقصود من عملية التسرب بالرغم هذا من عمل الفقه، فنصت المادة 65 مكرر12 على أنه: "يقصد بالتسرب قيام ضابط أو عون الشرطة القضائية، تحت مسؤولية ضابط الشرطة القضائية المكلف بتنسيق العملية، بمراقبة الأشخاص المشتبه في ارتكابهم جناية أو جنحة بإيهامهم أنه فاعل معهم أو شريك أو خاف"[10].

الشيء الجميل الذي أتى به المشرع انه فرض لعون الشرطة أو الضابط حماية خاصة بهم، كما ألزمهم بعدم كشف الهوية أثناء عملية في أي مرحلة من مراحل الإجراءات لأنه يحظر على التسرب إظهار الهوية مهما كانت الأسباب إلا لرؤسائهم السلميين، لأنه هذا يؤدي إلى إفشال الخطة المنتجة في القبض على المشتبه فيهم وتحريض العضو المكشوف عن هويته للخطر، وهذا ما أكده المشرع بموجب المادة 65 مكرر16 نصت صراحة انه لا يجوز إظهار الهوية الحقيقية للضباط أو أعوان الشرطة القضائية الذين باشروا التسرب تحت هوية مستعارة في أي مرحلة من مراحل الإجراءات.

ورغم أن المشرع أجاز هذه الأفعال التي تعتبر في حقيقة الأمر جرائم من اجل خلق الثقة وتعزيزها في ضباط الشرطة القضائية وأعوانهم المرخص لهم بإجراء عملية التسرب من قبل المشتبه فيهم والنجاح في ايهامهم بأنهم شركاء أو فاعلون، مع ذلك منع المشرع هؤلاء الضباط والأعوان أن يحرضوا المشتبه فيهم على ارتكاب الجريمة، بمعنى انه يمنع على الضباط والأعوان المتسربين أن يخلقوا الفكرة الإجرامية لشخص الموضوع تحت المراقبة ودفعه الارتكاب الجريمة، فهذا الفعل ممنوع تحت طائلة بطلان الإجراء.

ثانيا: شروط عملية التسرب

ونذكر منه الإذن الذي يجب أن يتحصل عليه المتسرب من الجهة القضائية المختصة، ممثلة في وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق، على إن يكون هذا الإذن مكتوب ومسببا تحت طائلة البطلان، والذي يجب أن يتضمن هوية الضابط الذي تتم عملية التسرب تحت مسؤوليته والمدة المحددة لعملية التسرب هي 04 أشهر قابلة لتجديد حسب مقتضيات التحري والتحقيق في الجريمة الالكترونية، ويمكن للقاضي الذي أمر بهذه الإجراء أن يأمر بتوقيفه قبل انقضاء المدة المحددة.

وبالرجوع إلى المواد 56 مكرر11 ومكرر16 ومكرر17 وكذلك تحديد نوع الجريمة على أن تكون من الجرائم الالكترونية....الخ من ألاحكم التي تضبط عملية التسرب خاصة فيما يخص عملية القائمين بها.

ومثال على ذلك الجريمة الالكترونية أن يقوم المتسرب وهو ضابط أو عون الشرطة القضائية بالدردشة مع المشتبه فيهم وإخبارهم مثلا بأنه قام باختراق موضع وهمي ما مع تجسيد ذلك فيصدقونه ويتعودا الحديث معه وإخباره بمختلف أنشطتهم الإجرامية الالكترونية[11].

الفرع الثاني: المراقبة الالكترونية

المشرع الجزائري لم يتصدى لضبط تعريف المراقبة الالكترونية لا في قانون الإجراءات الجزائية ولا في مواد القانون رقم 04/09 المتعلق بالقواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها، لكن بالرجوع إلى مواد 56 مكرر5 إلى 65 مكرر10 نجد المشرع نص عليها في صور الترصد الالكتروني والتي تتمثل في: اعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والتقاط الصور.

في الغالب تنصب على المراسلات الالكترونية مهما كان نوعها أو البرامج التي تمت بواسطتها، حيث يهتم القائمون بعملية المراقبة بإخضاع كل المراسلات الالكترونية لعملية الاعتراض، لان المراسلات تعتبر مصدر غنيا لتحصيل أدلة إثبات الجريمة المعلوماتية ومن بين أنواع المراسلات التي تتم مراقبتها في الوقت الحالي هي تلك التي تتم عبر البريد الالكتروني وعبر برامج الفايسبوك أو برامج الماسنجر والفايبر والسكايب وغيرها من برامج التواصل الاجتماعي، كون تلك البرامج أكثر الأدلة الحديثة استخداما للاتصال عبر الانترنت، وتعتبر مجالا خصبا للربط بين الأشخاص في مختلف أنحاء العالم بسرعة فائقة وبدون حواجز[12].

من حيث أدلة الجريمة تعتبر دليل قوي يكشف على ارض الواقع مصور الكتروني بكل التفاصيل ومثال على ذلك ما حدث مؤخرا في جرائم الحرائق التي حدثت بالجزائر وكشفت من هم المجرمون ومن المتسبب وراء الفعل الحريق وكذا الجريمة المخطط لها بالقتل التي راح ضحيتها الشاب المغدور جمال بن إسماعيل، وكل ذلك تم بفضل تحريات الشعب عبر وسائل التواصل الاجتماعي"الفايسبوك". الذي اعتمد عليه بدرجة اولى في بث الجريمة ومن ثم كشف حيثيات القضية والمتورطين فيها.

لذلك أحيانا ضوابط تعتمدها الشرطة أو العون القضائي لا تعلب دورها، لأنها تكون وفق اجراءات معقدة وحازمة تتطلب الحذر. لان القانون لا يأخذ بها كدليل الكتروني إلا استثناءا.

كما انه يفضل عدم بيع الهاتف أو الجهاز الحاسب، لأنه المجرم يقوم بالاستيلاء على بيانات الضحية من خلال استخدام برامج قادرة على استرجاع البيانات المحذوفة عن ذاكرة الهاتف أو الحاسب الآلي، لذلك يجب عدم إعطاء أو بيع الهاتف الخلوي أو جهاز الحاسوب لأي كان، لأنه يستخدم برامج قادرة على استعادة البيانات المحذوفة سوف يقوم الجاني باستعادة كل يخص الضحية من ملفات ومعلومات،

ومن حالات اللجوء إلى المراقبة الالكترونية: نصت عليه المادة 04 من القانون رقم 04/09 إلى الحالات التي إذا توفرت يمكن منها اللجوء إلى إجراء المراقبة الالكترونية هي كالتالي:

- الوقاية من الأفعال الموصوفة بجرائم الإرهاب أو الجرائم الماسة بأمن الدولة. فهنا طبق المشرع الجزائري مستوى من مستويات السياسة الجنائية وهو المستوى الوقائي على غرار المستويين التجريمي والعقابي[13].

- في حالة توفر معلومات عن احتمال اعتداء على منظومة معلوماتية على نحو يهدد النظام العام أو الدفاع الوطني أو مؤسسات الدولة أو الاقتصاد الوطني.
- لمقتضيات التحري والتحقيقات القضائية عندما يكون من الصعب الوصول الى نتيجة تهم الأبحاث الجارية دون اللجوء إلى المراقبة الالكترونية.
- في إطار تنفيذ طلبات المساعدة القضائية الدولية المتبادلة[14].

باستقراء الحالات المذكورة في المادة 04 يتبين لنا المشرع حصر الحالات التي يمكن اللجوء فيها إلى عملية المراقبة الالكترونية مثل اقتصارها على الجرائم التي تمس الأمن الوطني وذلك لأنه الأمر عندما يتعلق بالجرائم الإرهابية التي تطال المدنيين، لا يمكن الحديث عن حقوق الإنسان وعن حق الشخص في الخصومة لان المصلحة العامة في خطر، بالإضافة كذلك إلى حالات المساعدة القضائية، إلا أن إضافة الحالة الواردة الفقرة الثالثة من المادة 04 المتعلقة بإمكانية اللجوء في كل قضية متعصبة إلى المراقبة الالكترونية صغيرة كانت أم كبيرة يؤدي إلى تعميم استخدام الآلية دون حد[15].

ومن ضوابط اللجوء إلى مراقبة الدليل الالكتروني و نظرا لخطورة إجراء المراقبة الالكترونية على حقوق وحريات الأفراد فقد أورد المشرع العديد من الضمانات والإجراءات التي تعتبر بمثابة قيود ترد على السلطة التي تأمر بإجراء المراقبة وتحول دون تعسفها سواء كانت هي أو السلطات التي تتولى تنفيذها، حيث قيد القانون اللجوء إلى عملية المراقبة الالكترونية بشرط الحصول المسبق على الإذن المكتوب ومسبب من الجهات القضائية المختصة المتمثلة في النائب العام لدى مجس قضاء الجزائر، حيث يعتبر هو المختص بمنح الإذن لإجراء المراقبة الالكترونية في الجرائم الماسة بأحكام القانون رقم 04/09، بينما في الأحكام العامة المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية، فان الإذن الذي يمنح لإجراء المراقبة الالكترونية يكون من طرف وكيل الجمهورية أثناء مرحلة التحقيق الابتدائي او قاضي التحقيق في مرحلة التحقيق القضائي وألا كان الإجراء باطلا، وهو ما نصت عليه المادة 65 مكرر5 من القانون رقم 156/66 من قانون الإجراءات الجزائية المعدل.

وقد حدد المشرع الجزائري مدة الإذن الممنوح لضابط الشرطة القضائية ستة 06 أشهر قابلة للتجديد وتركها مطلقة ولم يقيدها بوقت محدد أو بعدد المرات التي يجوز فيها تجديد المراقبة بها، كما اشترط المشرع في منح الإذن لضابط الشرطة القضائية للممارسة إجراء الرقابة الدليل الالكتروني أن يكون منتمين لتشكيلة الهيئة الوطنية للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال ومكافحتها من اجل السماح لهم من القيام بالعملية المراقبة بموجب إذن مكتوب صادر عن النائب العام لدى مجلس قضاء الجزائر.

كما تكون الترتيبات التقنية الموضوعة والمنصوص عليها وفقا لما وردته الفقرة الأولى من المادة 04 من القانون رقم 04/09 موجهة حصريا تجميع وتسجيل معطيات ذات صلة بالأفعال الإرهابية التخريبية والاعتداءات على امن الدولة والوقاية منها ومكافحتها فقط دون غيرها من الحالات الأخرى التي أوردتها المادة 04 من القانون رقم 04/09[16].

نثمن قيام المشرع الجزائري بقصر اللجوء إلى المراقبة الالكترونية على حالات محددة حصرا، إلا أننا لمسنا غياب أي إشارة إلى تفريغ ضباط الشرطة القضائية المكلفين بإجراء المراقبة الالكترونية لمختلف المعلومات المتوصل إليها والإجراءات المتبعة في محاضر، باعتبار إن المحاضر الصادرة من طرف ضباط الشرطة القضائية مهمة جدا في الاستدلال[17].

المبحث الثاني

سبل مكافحة الدليل الجنائي الالكتروني

المطلب الأول: المواجهة التشريعية للدليل الجنائي الالكتروني

سارع المشرع الجزائري كغيره من الدول إلى احتواء الجريمة الدليل الالكتروني من خلال التعديلات التي ادخلها إلى قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجزائية وسن بعض القوانين والنصوص الخاصة التي لها صلة بجرائم الدليل الالكتروني ستعرضها فيما يلي:

الفرع الأول: مكافحة الدليل الالكتروني للجريمة من خلال قانون الإجراءات الجزائية وقانون العقوبات

أولا: قانون الإجراءات الجزائية:

لقد أدرك المشرع الجزائري جيدا بان المواجهة الفعالة للإجرام الالكتروني لا تكون فقط بإرساء قواعد قانونية موضوعية ذات طبيعة ردعية، إنما لابد من مصاحبة هذه القواعد بقواعد أخرى إجرائية وقائية وتحفظية، والتي من شانها إن تفادي وقوع الجريمة الالكترونية أو على الأقل الكشف عنها في وقت مبكر يسمح بتدارك مخاطرها، وهو ما استدركه المشرع بتضمين القانون رقم 22/06 المعدل للقانون الإجراءات الجزائية تدابير إجرائية مستحدثة تتعلق بالتحقيق في الجرائم الالكترونية تتمثل في مراقبة الاتصالات الالكترونية تسجيلها والتسرب[18]، ونص على جريمة المساس بأنظمة المعالجة في المادة 51 فقرة 6، وكذا على اعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والتقاط الصور من المادة 65 مكرر 10/5 من قانون الإجراءات الجزائية نص ألا يجوز ضبطها إلا في إطار تحقيق بأمر من السلطة القضائية أو قاضي التحقيق أو النيابة.

غير انه طبقا لقانون الإجراءات المعدل والمتمم في الفصل الرابع تحت عنوان" اعترض المراسلات وتسجيل الأصوات والتقاط الصور نصت المادة 65 مكرر5/3 على انه في حالة الضرورة أو التحقيق في مجموعة من الجرائم من ضمنها الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات يجوز لوكيل الجمهورية المختص أن يأذن بالاعتراض ووضع ترتيبات تقنية دون موافقة المعنيين من اجل التقاط وتثبيت وبث وتسجيل الكلام المتفوه به بصفة خاصة أو سرية في أماكن خاصة أو عامة[19].

ثانيا: قانون العقوبات:

يعتبر قانون العقوبات وسيلة ردعية للكشف عن ارتكاب الجرائم بصفة عامة بما أن الجرائم المعلوماتية تلحق أضرار بالغير أو تلك الواقعة على المعلومات المدرجة بالنظام المعلوماتي، فقد اقر المشرع عقوبات ردعية لتلك الجرائم وهي ما جاءت به المادة 394 مكرر من قانون العقوبات التي تنص: "يعاقب بالحبس من سنة 6

أشهر إلى ثلاث 3 سنوات وبغرامة مالية من 5000.00 دج على كل من ادخل بطريقة الغش معطيات في نظام المعالجة أو أزال أو عدل بطريق غش المعطيات التي يتضمنها".

ومن أبرز الجرائم التي عالجتها المحاكم الجزائرية وهذا بموجب القانون رقم 15/04 المتعلق بقانون العقوبات وذلك من خلال المواد 394 مكرر 394 مكرر7 من خلال استقراء نصوص المواد حاول المشرع الجزائري حصر هذه الجرائم والعقوبات المقررة فيما يلي:

- جريمة دخول المعالجة الآلية للمعطيات عن طريق الغش.
- جريمة إزالة أو تعديل معطيات في نظام المعالجة الآلية بطريقة تدليسية.
- جريمة نشر حيازة أو الاتجار بالمعطيات المخزنة أو المعالجة.
- جرائم المعالجة الآلية الماسة بالدفاع الوطني أو الهيئات أو المؤسسات المكافحة للقانون العام.
- الجرائم المعلوماتية للشخص المعنوي.
- جريمة تكوين جمعية أشرار المعلوماتيين لفرق التحضير للجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية[20].

الفرع الثاني: مكافحة الدليل الالكتروني للجريمة من خلال قوانين الخاصة

أولا: القانون رقم 04/09 المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من جرائم الخاصة المتصلة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال ومكافحتها

إن الهدف من هذا القانون هو مكافحة الجريمة الدليل الالكتروني عن طريق مجموعة من التدابير تتمثل في تحديد الحالات التي يجوز فيها لسلطات الأمن مراقبة المراسلات الالكترونية وهي أربع حالات: الوقاية من الأفعال التي تحمل وصف جرائم الإرهاب والتخريب والجرائم ضد امن الدولة – عندما توفر معلومات عن احتمال وقوع اعتداء علة منظومة معلوماتية على نحو يهدد مؤسسات الدولة والدفاع الوطني أو النظام العام- ضرورة التحقيقات والمعلومات القضائية حينما يصعب الوصول إلى نتيجة تهم الأبحاث الجارية دون اللجوء إلى المراقبة الالكترونية- في إطار تنفيذ طلبات المساعدة القضائية الدولية المتبادلة[21].

ثانيا: القانون المتعلق بالقواعد العامة للبريد والاتصالات:

نجد أن المشرع أشار إلى مكافحة الدليل الالكتروني للجريمة من خلال القانون رقم 04/18 المحدد للقواعد العامة المتعلق بالبريد والاتصالات خاصة من خلال المادة 164 التي نصت على معاقبة كل من ينتهك سرية المراسلات المرسلة عن طريق البريد أو الاتصالات الالكترونية أو تبقى مضمونة أو بنشره أو يستعمله دون ترخيص[22].

ثالثا: قانون التأمينات الاجتماعية

كافح المشرع جريمة الدليل الالكتروني للجريمة من خلال القانون رقم 01/18 المعدل لقانون رقم 11/83 المتعلق بالتأمينات الاجتماعية المسلمة للمؤمن له، حيث أشارت المادة 6 مرر1 منه إلى البطاقة الالكترونية المسلمة للمؤمن له، كما أشارت المواد من 293 مكرر إلى 293 مكرر6 إلى العقوبات المطبقة على كل من يقوم عن طريق الغش بتعديل و حذف كلي او جزئي للمعطيات التقنية أو الإدارية للمؤمن له اجتماعيا في المفتاح

الالكتروني، كما جرم كل من اعد او عدل أو نسخ بطريقة غير مشروعة البرمجيات التي تسمح بالوصول او باستعمال المعطيات الدرجة في البطاقة الالكترونية للمؤمن له[23].

رابعا: قانون التوقيع الالكتروني رقم 03/15

أصدر المشرع الجزائري القانون رقم 03/15 المتعلق بعصرنة العدالة، حيث تطرق في الفصل الثاني إلى المنظومة المعلوماتية المركزية للوزارة العدل والإشهاد على صحة الوثائق الالكترونية، وضمان حمايتها، أما الفصل الثالث تعرض إلى ألاحكم الجزائية لحماية التوقيع والتصديق الالكترونيين، حيث أن المادة 17 منه تعاقب كل من يستعمل بطريقة غير قانونية العناصر الشخصية المتصلة بإنشاء التوقيع الالكتروني يتعلق بتوقيع شخص آخر، أما المادة 18 تعاقب كل شخص حائز على شهادة الكترونية يستعملها بعد انتهاء صلاحيتها أو إلغائها[24].

وعليه المشرع الجزائري قد اتبع السياسة المزدوجة لمكافحة جريمة الدليل الالكتروني، فمن ناحية قام بتعديل الجوانب الموضوعية من خلال تعديل قانون العقوبات، أما الإجرائية للتشريع العقابي العام من خلال قانون الإجراءات الجزائية، والجميل في ذلك انه جعلها تواكب التطور التكنولوجي الحديث، وقام من جهة ثانية باستحداث قوانين خاصة أكثر تجاوب مع جريمة الدليل الالكتروني، وحسن فعل المشرع بتنوعه التشريعي الذي ساهم حقيقة ولو على الأقل للتصدي لهذه الجريمة

المطلب الثاني: المكافحة العملية (الآلية) للدليل الالكتروني للجريم

من خلال الآليات:

الفرع الأول: الهيئة الوطنية للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال ومكافحتها

الأصل أن السلطة القضائية هي المكلفة ممثلة في القضاء الجزائري باتخاذ تدابير للتحري والتحقيق في مختلف الجرائم من خلال الأجهزة المقررة لذلك عبر مختلف المراحل التي تمر بها القضية الجنائية من مرحلة جمع الاستدلالات لدى الضبطية القضائية تحت إشراف ورقابة وكيل الجمهورية، إلى القرار الذي سيتخذه بصدد إبلاغه على محاضر الضبطية القضائية.

وفي سبيل مكافحة الجرائم المعلوماتية أو كما يسميها المشرع الجزائري جرائم تكنولوجيا الإعلام والاتصال، استحدث المشرع بموجب لمادة 04 من المرسوم الرئاسي رقم 261/15[25] هيئه وطنية كانت تتمتع بصفة السلطة الإدارية المستقلة ليتراجع عن ذلك لظروف سياسية ويلغي هذا المرسوم ويعوضه بالمرسوم الرئاسي رقم 172/19[26] ليجعل منها هيئة إدارية موضوعة تحت سلطة وزارة الدفاع، هذه الهيئة تضطلع بدورين، دور وقائي بصدد الجرائم الإرهابية أو التخريبية الماسة بأمن الدولة، ودور مكافح لباقي جرائم تكنولوجيا الإعلام والاتصال ومساعد للهيئات القضائية بعد حدوث الجريمة، ثم جاء المرسوم الرئاسي رقم 439/21 المؤرخ في 2 ربيع الثاني عام 1443 الموافق ل 7 نوفمبر سنة2021 يتضمن إعادة تنظيم الهيئة الوطنية للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال ومكافحتها.

الفرع الثاني: القطب الوطني المتخصص في محاربة الجريمة الالكترونية

بهدف تشديد العقوبات ضد الجرائم السيبريانية، تم استحداث القطب الوطني المتخصص في محاربة الجريمة الالكترونية بموجب الأمر رقم 11/21 يتمم الأمر رقم 155/66 المتعلق بقانون الإجراءات الجزائية المتضمن إنشاء القطب الجزائي الوطني المتضمن مكافحة الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال ومكافحتها، ووفق المادة 211 مكرر 22 تم تنصيب القطب على مستوى محكمة مقر مجلس قضاء الجزائر، حيث يختص بالمتابعة والتحقيق في الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال والجرائم المتصلة بها، وحدد هذا النص التشريعي 5 جرائم رئيسية يختص فيها وكيل الجمهورية لدى القطب وقاضي التحقيق ورئيس ذات القطب بالمتابعة والتحقيق والحكم بمعنى إصدار أحكام قضائية ضد المتورطين بعد متابعتهم والتحقيق بشان الأفعال المنسوبة إليهم[27].

الفرع الثالث: المعهد الوطني للأدلة الجنائية على الإجرام

يتكون من إحدى عشرة دائرة متخصصة في مجالات مختلفة، جمعها تتضمن انجاز الخبرة، التكوين والتعليم وتقديم المساعدات التقنية، ودائرة الإعلام والآلي والالكتروني مكلفة بمعالجة وتحليل وتقديم كل دليل رقمي يساعد العدالة، كما تقدم مساعدات تقنية للمحققين في المعاينات[28].

الخاتمة:

وما نلخص إليه تأخر المشرع الجزائري كثيرا في التعامل مع الإجراءات الخاصة للحصول على للدليل الالكتروني لإثبات الجريمة سواء من حيث الإجراءات التقليدية أو المستحدثة، وكذا مكافحة التشريعية للجريمة التي تعاقب أو تجرم الأفعال التي تدخل في إطار الدليل الالكتروني، أو من حيث النصوص القانونية الإجرائية التي تسهل عملية التحري والبحث عن الجريمة، بالرغم من الاهتمام الدول المبكر للمكافحة هذه الجريمة.

من خلال الإجراءات الحصول على الدليل الالكتروني لإثبات الجريمة سواء التقليدية أو المستحدثة للتحري والبحث نجد المشرع الجزائري بالرغم من خطورة هذه الإجراءات ومساسها بالحياة الخاصة والشخصية للمشتبه فيهم، إلا انه حسن ما فعل حينما كرس كافة الضمانات الكفيلة بتحقيق التوازن بين حماية الأشخاص من جهة والمحافظة على حقوقهم وحرياتهم من جهة أخرى، لاسيما إلزامية الحصول على الإذن المسبق من الجهة القضائية قبل اتخاذ أي إجراء من الإجراءات.

الإجراءات المستحدثة للحصول على الدليل الالكتروني للجريمة فرضت على المشرع استحداث نمط جديد من الأدلة في الإثبات، وهذا اعتراف صريح من المشرع الجزائري بان الدليل الرقمي هو الأنسب له في الإثبات الجريمة.

تلك الإجراءات المستحدثة تعتبر خطوة جريئة من المشرع الجزائري ونقلة نوعية في سياستيه المنتهجة لمكافحة الدليل الالكتروني للجريمة، خاصة ما علمنا أن الإجراءات المستحدثة قد أثارت كثيرا من الجدل كونها تعتبر مساسا وانتهاكا لخصوصية الحياة الشخصية وسرية المراسلات والاتصالات الالكترونية.

الدليل الالكتروني لإثبات الجريمة فرض نفسه كدليل إثبات في المجال الجنائي يتمتع بقوة ثبوتية وحجة قاطعة، رغم صعوبة العمل به وما يترتب عنه من مشاكل تقنية وإجرائية خاصة.

نثمن قيام المشرع الجزائري بقصر اللجوء إلى المراقبة الالكترونية على حالات محددة حصرا، إلا أننا لمسنا غياب أي إشارة إلى تفريغ ضباط الشرطة القضائية المكلفين بإجراء المراقبة الالكترونية لمختلف المعلومات المتوصل إليها والإجراءات المتبعة في محاضر، باعتبار إن المحاضر الصادرة من طرف ضباط الشرطة القضائية مهمة جدا في الاستدلال.

إن الغاية من اللجوء إلى مراقبة الدليل الالكتروني هو الحصول على دليل من شانه أن يساهم في كشف الحقائق وتأكيد لأدلة الاتهام، لان إسناد الجريمة لشخص معين يقتضي معه إقامة دليل على صلته بها.

غياب ثقافة الوعي لدى الشعب الجزائري بشأن الشكوى والتبليغ الالكتروني بالرغم من كل الشرطة والدرك الوطني وضع بريد وخط للشكاوى من اجل سهولة التبليغ وتسريع الإجراءات الكشف عن الجريمة بالدليل الالكتروني. لذلك لابد من التوعية مادية واقعية من خلال مختلف وسائل الإعلام أو عقد ندوات وملتقيات بشأن خطورتها.

ما يؤخذ عليه في التشريع الجزائري انه في مجال مكافحة جريمة الدليل الالكتروني، ورغم النصوص الموجودة التي تهدف للمكافحة هذه الجريمة والتصدي لها، إلا تعتبر غير كافية لبلوغ الأهداف التي تواكب التطورات التكنولوجية السريعة، خاصة وانه هذه الجرائم لم تعد مقصورة على الأفعال المنصوص عليها في أحكام ومواد قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجزائية، لذلك لابد من التوجه نحو التعديل والجديد في كل مرة للمكافحة هذه الجريمة بأحدث التقنيات والوسائل المتطورة.

التوصيات:

- تعزيز التعاون مع الدول الأخرى واخذ الخبرة عنها سواء في مجال إعداد الخبراء المتخصصين، لو في مجال البحث والتحري، وتطوير التعاون مع جهاز العدالة وخدمة الاتصالات من اجل تسهيل الوصول إلى الدليل الرقمي الذي من شانه الإفادة في التحقيق.
- يجب النص صراحة على الدليل الالكتروني لإثبات الجريمة باعتباره حجة قاطعة والاعتراف به كدليل مهم جدا وأساسي، وليس استثناء لسلطة القاضي في تقدير الدليل.
- ضرورة إنشاء قانون خاص تحت مسمى قانون الدليل الالكتروني. يجمع فيه مختلف تشريعات الجرائم الالكترونية سواء في القوانين العامة أو الخاصة، ووضع باب خاص لآليات مكافحتها وفرض عقوبات جنائية لها.

الهوامش:

[1] حليم رامي، اجراءات استخلاص الدليل في الجرائم المعلوماتية، دفاتر البحوث العلمية، المجلد 09، العدد 01، 2021، ص 230.

[2] المادة 42 من الأمر رقم 155/66 مؤرخ في 08 يوليو سنة 1966 يتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم بالقانون رقم 07/17 المؤرخ في 27 مارس2017، ج ر ج، عدد 20 صادرة بتاريخ 29 مارس 2017. من قانون الإجراءات الجزائية.

[3] المادة 47 و49 من قانون الإجراءات الجزائية، المرجع نفسه.

[4] حليم رامي، المرجع السابق، ص 05.

[5] عبد العالي حاحة وسمية قلات، المكافحة الإجرائية للجرائم الالكترونية، دراسة حالة الجزائر، مجلة المفكر، المجلد 13، العدد 02، جانفي 2018، ص 231.

[6] مسعود بن حميد المعمري، الدليل الالكتروني لإثبات الجريمة الالكترونية، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد 03، أكتوبر 2018، ص 227.

[7] المادة 05 من قانون رقم 09/ 04 يتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المعلوماتية المتصلة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال ومكافحتها، ج ر ج ج، العدد 47 الصادرة بتاريخ 16 أوت 2009.

[8] مسعود بن حميد المعمري، المرجع السابق، ص 232.

[9] عادل بوزيدة، دور الشهادة الالكترونية في الإثبات الجزائي على ضوء قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، مجلة نبراس للدراسات القانونية، المجلد الأول، العدد الأول، سبتمبر 2016، ص 139.

[10] المادة 65 مكرر12 من الأمر رقم 155/66 مؤرخ في 08 يوليو سنة 1966 يتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم بالقانون رقم 07/17 المؤرخ في 27 مارس2017، ج ر ج، عدد 20 صادرة بتاريخ 29 مارس 2017.

[11] عبد العالي حاحة وسمية قلات، المرجع السابق، ص 236.

[12] عبد الحليم بن بادة، المراقبة الالكترونية كإجراء لاستخلاص الدليل الالكتروني بين الحق في الخصوصية ومشروعية الدليل الالكتروني، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 10، العدد 03، 2019، ص 392.

[13] عبد العالي حاحة وسمية قلات، المرجع السابق، ص 238.

[14] المادة 04 من القانون رقم 04/09، السابق ذكره.

[15] عبد الحليم بن بادة، المرجع السابق، ص 11.

[16] عبد الحليم بن بادة، المرجع نفسه، ص 13.

[17] عبد الحليم بن بادة، المرجع السابق، ص 403.

[18] أسمهان بوضياف، الجريمة الالكترونية والإجراءات التشريعية لمواجهتها في الجزائر، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد الحادي عشر، سبتمبر 2018، ص 364 .

[19] المادة 65 مكرر5/3من قانون الإجراءات الجزائية، السابق ذكره.

[20] فاروق خلف، مداخلة بعنوان "الآليات القانونية لمكافحة الجريمة المعلوماتية"، الملتقى الوطني للجريمة المعلوماتية بين الوقاية والمكافحة، جامعة محمد خيضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 16-17نوفمبر 2015، ص 10.13.

[21] قانون رقم 09/ 04، السابق ذكره.

[22] قانون رقم 04/18 المؤرخ في 10 ماي 2018 يحدد القواعد العامة بالبريد والاتصالات الالكترونية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 27 صادرة بتاريخ 13 ماي 2018.

[23] رابح سعاد، ضوابط مكافحة الجريمة المعلوماتية، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن، المجلد السابع، العدد 01، جوان 2021، ص 274.

[24] فاروق خلف، المرجع السابق، ص 12.

[25] المرسوم الرئاسي رقم 261/15 مؤرخ في 8 أكتوبر 2015 يحدد تشكيلة وتنظيم وكيفيات سير الهيئة الوطنية للوقاية من جرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال ومكافحتها، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 53، لصادرة في 8 أكتوبر 2015.

[26] مرسوم رئاسي رقم 172/19 مؤرخ في يونيو 2019 يحدد تشكيلة الهيئة الوطنية للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الاتصال والإعلام ومكافحتها وتنظيمها وكيفية تسييرها، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 37، الصادرة في 9 يونيو 2019.

[27] الامر رقم 11/21 المؤرخ في 16 محرم عام 1443 الموافق 25 غشت سنة 2021 يتمم الامر رقم 155/66 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق 8 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية.

[28] أسمهان بوضياف، المرجع السابق، ص 370.

الإثبات الالكتروني الجزائي في الجريمة الالكترونية

Criminal electronic evidence in electronic crime

د/ أمال بويحياوي
جامعة الشاذلي بن جديد الطارف (الجزائر)
amelmouhamed20@gmail.com

د/ رابح وهيبة
جامعة الشاذلي بن جديد الطارف (الجزائر)
rabahouahiba@hotmail.fr

الملخص:

إن الإثبات التقليدي المنظم وفق نظام قانوني ثابت له أهميته، إلا أنه في الوقت الحالي لم يعد كافي على إثر الثورة المعلوماتية الهائلة لإثبات قدر هائل من الجرائم المستحدثة، وعليه كان الأمر لازما الأخذ بأدلة الإثبات الحديثة، أو ما يعرف بالإثبات الالكتروني الجزائي، حيث أضحت هناك ضرورة للاستعانة به على المستوى الدولي والمحلي كإجراء للإثبات، خاصة بالنسبة للجرائم الالكترونية.

الكلمات المفتاحية: أدلة الإثبات الجزائي، حجية الإثبات، الإثبات الالكتروني، الجريمة الالكترونية، الشهادة الالكترونية.

Abstract

The traditional evidence framed by a fixed legal system has its importance, but it was not sufficient after the massive informatics revolution to prove a huge amount of new crimes, therefore it was necessary to adopt a modern evidence of proof, or what is known as penal electronic proof, where it became necessary to use it At the international and local level, as a procedure of proof, especially for electronic crimes.

***Keywords**: proofs of criminal evidence, evidential weight, electronic proof, electronic crime, electronic certificate.*

مقدمة:

من أهم التطورات التي لامست الحياة الاجتماعية، التطورات التكنولوجيا الحديثة، حيث أثرت بشكل كبير في الحياة اليومية للأفراد من جميع مختلف الجوانب، بسبب الظهور الكبير لوسائل التواصل المختلفة على الشبكة العنكبوتية، حيث تم استغلال هذه الوسائل من استغلالا سلبيا واستغلالا ايجابيا، فالسلبي منه، أدى إلى تطور اقتراف الجريمة بسرعة فائقة فأصبح ما يعرف بالجريمة الالكترونية، خاصة في ظل وجود الإجرام المستحدث والعابر للحدود الوطنية الذي بات يخطط له بصورة دقيقة وباحترافية وبكل سرية تامة عن طريق وسائل التواصل، إذ سهل بالدرجة الأولى إلى التعارف وتبادل وجهات النظر بين مختلف العصابات الإجرامية في مختلف بقاع العالم في زمن يسير، ولم يتوقف الأمر عند هذا الحد فالجريمة الالكترونية الداخلية لها نصيب كبير في الاستفادة من خدمات الانترانت المختلفة. أما الاستغلال الايجابي فقد سهل الآمر على الجهات القضائية لاستقاء الدليل الالكتروني بكل سهولة ويسر، كما سهل الأمر على القيام بالمتابعة الجزائية على أكمل وجه. ومن هذا المنطلق فان التطور السريع والمستمد من نظام المعالجة الإلية للمعلومات له انعكاسات بعيدة المدى من الناحية القانونية على مختلف فروع القانون خاصة الجزائي منها.

إن الإثبات التقليدي المنظم وفق نظام قانوني ثابت له أهميته، إلا أنه لم يعد كافي على إثر الثورة المعلوماتية الهائلة لإثبات الجرائم المستحدثة، وعليه كان الأمر لازما الأخذ بأدلة الإثبات الحديثة، أو ما يعرف بالإثبات الالكتروني الجزائي، حيث أضحت هناك ضرورة للاستعانة به على المستوى الدولي والمحلي.

والدليل الالكتروني على غرار أدلة الإثبات الأخرى يحظى بأهمية كبيرة، وسبب ذلك يرجع إلى الانتشار الواسع لاستخدام تقنية المعلومات الرقمية، والتي تعاظم دورها مع دخول الانترنت في جميع مجالات الحياة، فالجرائم التي ترتكب تنشأ في الوسط الرقمي أو ما يعرف بالوسط الافتراضي، لذا كان الدليل الالكتروني هو الدليل الأنسب لإثبات الجرائم مثل هذا النوع، لأنه يعتبر من طبيعة هذا الوسط الذي ارتكبت فيه هذه الجرائم. وبالتالي وجب ضرورة تنظيم أدلة الإثبات الالكتروني وفق نظام قانوني ثابت، حتى يتم الأخذ بها، واعتبارها كأدلة للإثبات وفق شروط تقنية قانونية وضوابط تقنية وفنية، وإلا كانت تحت طائلة إجراءات البطلان. وهذا ما سوف نحاول معرفته والتطرق إليه من خلال الإجابة على إشكالية الدراسة التي تدور حول: ما **مدى التنظيم والأخذ بأدلة الإثبات الالكتروني الجزائي؟ وكيف عالج المشع الجزائري نظام الشهادة الالكترونية كدليل إثبات في الجريمة الالكترونية؟** وذلك في ظل مشاركتنا في الملتقى الدولي الهادف إلى التعريف بأدلة الإثبات الالكتروني في المادة المدنية والجزائية، والموسوم ب: **الإثبات الالكتروني في المواد المدنية والجزائية- بين الإطلاق والتقييد**-وبحثنا هذا يدخل ضمن المحور الأول الموسوم ب: **الإطار المفاهيمي للإثبات الالكتروني**، بمداخلة موسومة ب: **الإثبات الالكتروني الجزائي في الجريمة الالكترونية**، معتمدين في ذلك على المنهج الوصفي التحليلي المناسب للدراسة، ووفق خطة منهجية يتلخص مضمونها حول مفهوم أدلة الإثبات بصفة عامة، بما فيها أدلة الإثبات الالكتروني الجزائي بصفة خاصة كمطلب أول، مع التطرق إلى دليل الإثبات الالكتروني الجزائي للجريمة الالكترونية في ظل القانون الجزائري.

المطلب الأول

مفهوم أدلة الإثبات

الإثبات هو من أدق وأهم المسائل التي تواجه القضاء عموما والقاضي خصوصا، فالإثبات في المسائل الجزائية لا يكون إلا بعد التحري والتدقيق والتثبت، وهو ينصب في الغالب على وقائع مادية قد تحتمل الصدق أو الكذب. ولأن الإثبات الجنائي هو إقامة الدليل على وقوع الجريمة وصحة إسنادها إلى المتهم، فهو ينشد دائما الحقيقة، فإذا لم يقدم الدليل على إدانة المتهم في الدعوى فلا يجوز الحكم بإدانته، بل يجب الحكم ببراءته، لأن الأصل في المتهم البراءة إلى أن يثبت العكس.

وفي هذا المطلب سنتطرق إلى البحث بصفة موجزة عن مفهوم أدلة الإثبات الالكتروني.

الفرع الأول: تعريف أدلة الإثبات والأنظمة القانونية المعتمدة

إن الإحاطة بالتعريف الدقيق لأدلة الإثبات، وبيان الأنظمة القانونية المعتمد في ذلك، يعتبر من الأهمية، لإقامة الدليل ضد مرتكب الجريمة. وفي هذا العنصر سنتطرق إلى تعريف أدلة الإثبات بما فيها الدليل الالكتروني، مع التطرق إلى الأنظمة القانونية المعتمد من قبل التشريعات القانونية في الإثبات.

أولا: تعريف أدلة الإثبات

سوف نتطرق إلى تعريف أدلة الإثبات بوجه عام، ثم نبحث في تعريف دليل الإثبات الالكتروني.

1-تعريف أدلة الإثبات لغة واصطلاحا

الإثبات في اللغة من ثبت الشيء ثبوتا، أي دام واستقر فهو ثابت وثبت الأمر، أي صح[1].

ويقصد بالإثبات اصطلاحا: "إقامة الدليل لدى السلطات المختصة على حقيقة معينة حددها القانون، وفق القواعد التي تخضع له"[2].

نلاحظ من خلال تعريف الإثبات أن هذا الأخير ينصب على وقائع الجريمة بركنيها المادي والمعنوي، وليس على تطبيق القانون على هذه الجريمة، والعقوبة التي تستند إلى الفاعل. ويتمحور الإثبات كذلك حول هوية مرتكب الجريمة وإسنادها إليه[3].

وذهب رأي فقهي في تعريف الإثبات في المواد الجنائية بأنه: " إقامة الدليل لدى السلطات المختصة بالإجراءات الجزائية على حقيقة واقعة ذات أهمية قانونية، وذلك بالطرق التي حددها القانون ووفق القواعد التي أخضعها لها"[4].

من خلال هذا التعريف يتضح أن الإثبات يتضمن :

- مجال الإثبات الجزائي لا ينحصر في إقامة الدليل أثناء مرحلة المحاكمة، بل يتسع إلى سلطات الضبطية القضائية، وكذا سلطة الاتهام وسلطة التحقيق (قاضي التحقيق وغرفة الاتهام)، فالإثبات هو النتيجة التي تحققت من استعمال وسائل الإثبات المختلفة أي إنتاج الدليل،

- إن الإثبات الجنائي لا يهدف فقط إلى إثبات التهمة في حق المتهم، بل يشمل أيضا أدلة نفي التهمة عنه .

- الدليل في المسائل الجنائية يجب أن يكون مشروعا، فلا يجوز الاستناد في الإدانة على دليل غير مشروع تم التوصل إليه خلافا للقانون.

- الدليل الجنائي يجب أن يكون يقينيا، أي مؤسسا على أدلة صحيحة في القانون[5].

إن الهدف الأسمى الذي تسعى إليه التشريعات الجزائية الحديثة هو أن يصيب القاضي الحقيقة في حكم، سواء بالإدانة أو البراءة، ولذلك يجب على القاضي قبل النطق بالحكم، أن يكون قد وصل إلى الحقيقة من الأدلة المؤكدة، وهو يصل إلى هذه الحقيقة يجب أن يكون لديه يقين يؤكد حدوثها، إذ أن يقين القاضي

وحده أساس كل العدالة الإنسانية، وهو مصدر ثقة المواطنين في هذه العدالة، فبدون هذا اليقين لا يمكن إدراك الحقيقة[6].

2- تعريف الدليل الالكتروني

كما سبق وأن أشرنا في مقدمة البحث بأن الدليل الإلكتروني من الأدلة الحديثة التي أفرزها التطور التقني، وهو ذو طبيعة خاصة من حيث الوسط الذي نشأ فيه والطبيعة التي يبدو عليها، لذا أثير الإشكال من حيث مشروعيته والأخذ به، ويشترط الإثبات بوجه عام من حيث وجوده والحصول عليه حتى يقبله المشرع ضمن أدلة الإثبات الجنائي.

ويعرف الدليل الالكتروني بأنه الدليل المأخوذ من أجهزة الكومبيوتر، يكون في شكل مجالات أو نبضات مغناطيسية أو كهربائية يمكن تجميعها وتحليلها، باستخدام برامج تطبيقات، وهي عبارة عن مكون رقمي لتقديم معلومات في أشكال متنوعة مثل النصوص المكتوبة أو الصور أو الأصوات أو الأشكال والرسو، وذلك من أجل اعتماده أمام أجهزة إنفاذ القانون وتطبيقه[7].

نستنتج من هذا التعريف أنه حصر الدليل الالكتروني على ذلك الذي يتم استخراجه من الحاسوب، وهذا يعد تضييقا لدائرة الأدلة الالكترونية، التي تتمثل آلات رقمية أخرى مثل الهاتف وآلات التصوير وغيرها من الأجهزة التي تعتمد على التقنية الرقمية في تشغيلها، يمكن أن تكون مصدرا للدليل الالكتروني.

الدليل الالكتروني له أهمية كبيرة في إثبات الجرائم الالكترونية ونسبتها إلى مرتكبيها، غير أن هذا الدليل يمكن استخدامه في إثبات أو نفي الجرائم التقليدية أيضا، كما لو كانت هناك رسالة الكترونية تحمل اعترافا للجاني بارتكابه جريمة قتل أو الاحتيال، فهناك العديد من الجرائم المرتكبة في البيئة التقليدية تم اكتشافها عن طريق شبكة الانترنت.

ثانيا: أنظمة الإثبات القانونية

لقد عرفت الأنظمة القضائيّة ثلاثة أنظمة أساسية في الإثبات :النظام الأول: هو نظام الإثبات المقيد، والنّظام الثاني: هو نظام الإثبات الحر، والنظام الثالث: هو نظام الإثبات المختلط.

1- نظام الإثبات القانوني المقيد

يقوم هذا النظام بتحديد الأدلة التي يستند إليها القاضي في حكمه، فقد يشترط دليلا معينا أو شروط مضافة إلى الدليل الذي يحكم القاضي به بناء عليه بعقوبة معينة[8].

إن هذا النظام يستبعد اقتناع القاضي ويقوم مقامه اقتناع المشرع المبني على افتراض صحة الدليل، ويقتصر دور هذا الأخير على الحرص على تطبيق القانون من حيث توافر الدليل وشروطه، فدور القاضي هنا سلبي. وهذا الدليل يحمي المتهم من تعسف القضاة بناء على أدلة محددة مسبقا[9].

2- نظام الإثبات القانوني الحر (الإثبات المعنوي)

إن المبدأ الأساسي الذي يقوم عليه هذا النظام هو مدى اقتناع القاضي، وبناء على ضميره يبني أساسا لإحكامه دون مراعاة لطريقة معينة يمليها عليه المشرع في الوصول إلى الحقيقة[10]، فالقاضي حر في الاستعانة بكل وسائل الإثبات، كحرية تقديره للأدلة المطروحة عليه.

3- نظام الإثبات القانوني المختلط:

يقو م هذا النظام على المزج بين النظامين، أي أن القاضي يحكم بناء على اقتناعه الشخصي، وكذلك بناء على الأدلة التي أخذ بها المشرع.

4-موقف المشرع الجزائر:

لقد أخذ المشرع الجزائري بمبدأ حرية الإثبات حسب نص المادة 212 من ق.ا.ج فقرة1 "يجوز إثبات الجرائم بأي طريق من طرق الإثبات". وعليه جواز الإثبات بأي وسيلة من وسائل الإثبات ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، وللقاضي هنا سلطة واسعة في شأن الاستناد إلى وسائل الإثبات، أيا كانت، وأن يقدر قيمته تبعا لما تقتضيه قناعته وضميره الشخصي.

الفرع الثاني: خصائص الدليل الالكتروني وأشكاله

الدليل الالكتروني في المادة الجزائية يتميز ببعض الخصائص المعينة، كما أن له أشكال وأنواع ينفرد بها، وفي نفس الوقت فغن العمل به ينجر عنه بعض المخاطر. وهذا ما سوف نتطرق إليه في هذا العنصر.

أولا: خصائص الدليل الالكتروني

للدليل الالكتروني خصائص معينة تميزه عن الدليل التقليدي نذكر منها:

1- الدليل الالكتروني دليل علمي:

يتكون هذا الدليل من بيانات ومعلومات ذات هيئة الكترونية غير ملموسة لا تدرك بالحواس العادية، بل يتطلب إدراكها الاستعانة بأجهزة ومعدات، وأدوات الحاسبات الآلية، واستخدام نظم برامجية حاسوبية آلية.

2- الدليل الالكتروني دليل تقني:

وهو مستوحى من البيئة التي يعيش فيها وهي البيئة الرقمية أو التقنية، وتتمثل هذه الأخيرة في إطار الجرائم الالكترونية في العالم الافتراضي، وهذا العالم كامن في هذا الحاسب الآلي والخوادم والمضيفات والشبكات بمختلف أنواعها[11].

3- الدليل الالكتروني يصعب التخلص منه:

من أهم خصائص الدليل الالكتروني، أنه يمكن التخلص بكل سهولة، وهي خاصية أو ميزة يتمتع بها الدليل الرقمي عن غيره من الأدلة التقليدية، كالأوراق والأشرطة المسجلة إذا حملت، فيسهل التخلص منها،

حيث يقوم الشخص المرتكب لهذه الجرائم وذلك بتمزيق وحرق الأوراق وبكسر الأشرطة. كما يمكن أيضا من بصمات الأصابع بمسحها.

4- الدليل الالكتروني قابل للنسخ:

حيث يمكن استخراج نسخ من الأدلة الجنائية الرقمية مطابقة للأصل ولها نفس القيمة العلمية وهذه الخاصية لا تتوفر في أنواع الأدلة الأخرى التقليدية، مما يشكل ضمانة شديدة الفعالية للحفاظ على الدليل ضد الفقد والتلف والتغيير عن طريق نسخ طبق الأصل[12].

5- الدليل الالكتروني له سعة تخزين عالية:

يمتاز الدليل الالكتروني بالسعة التخزينية العالية، وآلة الفيديو الرقمية يمكنها تخزينها مئات الصور، وقرص صغير يمكنه تخزين مكتبة صغيرة، كما بإمكان الدليل الالكتروني رصد معلومات عن الجاني ويحللها في ذات الوقت، حيث يمكنه أن يسجل تحركات الفرد، كما أنه يسجل عاداته وسلوكياته وبعض الأمور الشخصية عنه، لذا فإن البحث الجنائي قد يجد غايته بسهولة أيسر من الدليل المادي.

6- تنوع وتطور الدليل الالكتروني:

إن الأدلة الالكترونية ذات طبيعة ديناميكية فائقة السرعة والقدرة على الانتقال من مكان لآخر عبر شبكات الاتصال غير معترفة بحدود الزمان والمكان من خلال الدليل الالكتروني، حتى أن البعض يرى أن هناك مرونة في التعامل مع الدليل الالكتروني مقارنة بالدليل التقليدي، هذا الأخير الذي يكون أكثر عرضة للتلف خاصة إذا كان موجود على دعامة ورقية[13].

ثانيا: أشكال الدليل الالكتروني وعبئ إثباته

سوف نتطرف في هذا العنصر إلى أشكال الإثبات الالكتروني، وعلى من يقع عبئ الإثبات؟

1- أشكال الدليل الالكتروني:

أشكال، أي أنواع الإثبات الالكتروني ثلاث وهي كالتالي:

أ- النصوص المكتوبة

هي عبارة عن نصوص يتم كتابتها بالآلة الرقمية، ومنها الرسائل عبر البريد الالكتروني، والهاتف المحمول والبيانات المسجلة في الحاسوب...الخ[14].

وتعتبر الرسالة الالكترونية وسلة إثبات حديثة في القانون، أو هو تلك الرسالة التي تتضمن معلومات تنشأ أو تدمج أو تخزن أو ترسل أو تستقبل كليا أو جزئيا بوسيلة الكترونية أو رقمية[15].

وعرفه القانون العربي النموذجي الموحد: بأنه نظام للتراسل باستخدام الحاسب، وهذا البريد يستخدم لحفظ المستندات والأوراق والمراسلات التي تتم معالجتها رقميا في صندوق خاص وشخصي للمستخدم، لا يمكن الدخول إليه إلا عن طريق كلمة مرور، وتكمن الخطورة في أن الولوج إليه من شخص غير صاحبه بعد

حصوله على كلمة المرور بأي طريقة، سواء كانت عن إهمال صاحبه بتسريب كلمة المرور منه دون قصد متعمد أو إهماله فنيا ومن ثم يصيبه ضرر"[16].

ب- الصورة الرقمية

وهي عبارة عن تجسيد الحقائق حول الجريمة، وتقدم في شكل ورقي أو شكل مرئي، باستخدام الشاشة المرئية، والصورة الرقمية تمثل تكنولوجيا بديلة للصورة الفوتوغرافية التقليدية[17].

ت- التسجيلات الصوتية

وهي التسجيلات التي يتم ضبطها وتخزينها بواسطة الآلة الرقمية، كالمحادثات الصوتية على الانترنت والهاتف المحمول...الخ[18].

2- عبئ إثبات الدليل الالكتروني

يقصد بعبء الإثبات تكليف أحد المتداعيين بإقامة الدليل على صحة ما يدعيه، والأصل في الإنسان البراءة ومن يدعي غير ذلك فعليه الإثبات. وإذا كان الأصل في الإنسان البراءة فعلى من يدعي عكس هذا الأصل إثباته، وانطلاقا من هذا الأصل فإن التشريعات الجنائية تلقي عبء الإثبات على من يدعي ذلك. والمدعي في الدعوى ى العمومية هي النيابة العامة، حتى ولو كان محركها هو المدعي بالحق المدني، وهو إن تعرض لإثبات التهمة فإنما ليدلل على أحقيته في التعويض المطالب به، لذلك فعلى النيابة العامة أن تثبت توافر جميع العناصر القانونية المكونة للجريمة في حق المتهم، فإذا لم تقدم الدليل القاطع على المتهم فلا يجوز الحكم بعقوبته[19].

وإذا كانت القاعدة العامة هي وقوع عبء الإثبات على عاتق النيابة العامة، فإن هذه القاعدة يرد عليها بعض الاستثناءات، وذلك حين يتدخل المشرع بنص صريح ليلقى عبء الإثبات على عاتق المتهم، ومن أمثلة ذلك، الذي افترض على المتهم بالغش أو الفساد إذا كان من المشتغلين بالتجارة، وألقي على الأمر الخاص بالمنافسة على عاتقه عبء إثبات انتفاء هذا العلم. ومن أهم الاستثناءات التي استقر في شأنها القضاء افتراض علم الشريك في الزنا بزواج من زنى بها، وافتراض علم المتهم بجريمة هتك العرض دون قوة[20].

وقد استقر القضاء على أن النيابة العامة لا تحمل عبء إثبات المتهم في هذه الأمور بل أنه لا يقبل من المتهم مجرد دفعه بجهله، بل يتعين عليه أن يثبت هذا الجهل، ولا يقبل منه أي دليل بل يتعين عليه أن يثبت أن جهله يرجع لأسباب قهرية أو ظروف استثنائية، وأنه لم يكن في مقدوره أن يقف على الحقيقة[21].

المطلب الثاني

دليل الإثبات الالكتروني للجريمة الالكترونية في ظل القانون الجزائري

إن التطور الحاصل للوسائل التكنولوجيا، وكذا الاستخدام غير المشروع للتقنية المعلوماتية، أدى إلى ظهور الجريمة الالكترونية، وعلى غرار الجرائم التقليدية الأخرى فلها أركان وعناصر تقوم عليها، ومتابعتها

تستدعي هي الأخرى إجراءات جزائية معينة، والأهم في ذلك هو إمكانية إثبات الجريمة الالكترونية بالدليل الالكتروني الذي لا يخرج عن منبعا ومنشئها التكنولوجي.

وفي هذا المطلب سنتطرق إلى مفهوم الجريمة الالكترونية في فرع أول. وفي فرع ثان سنحاول التعرف على دليل الإثبات الالكتروني في هذه الجريمة وفق القانون الجزائي الجزائري، وهو الشهادة الالكترونية.

الفرع الأول: مفهم الجريمة الالكترونية

سنتطرق في هذا العنصر إلى بعض العموميات حول الجريمة الالكترونية في ظل القانون الجزائري.

أولا: تعريف الجريمة الالكترونية

تعرف الجرائم الإلكترونية بأنها: «تلك الأفعال الإجرامية الناتجة من خلال أو بواسطة استخدام المعلوماتية والتقنية الحديثة المتمثلة في الكمبيوتر والمعالجة الآلية للبيانات أو نقلها"[22]. ولقد عرفتها منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية OECD[23] بأنه: "كل فعل أو امتناع من شأنه اعتداء على الأموال المادية والمعنوية يكون ناتجا مباشرة أو غير مباشرة عن تدخل التقنية المعلوماتية"[24].

أما بالنسبة للتعريف القانوني للجريمة الإلكترونية، فقد اصطلح المشرع الجزائري على تسميتها بمصطلح الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال، وعرفها بموجب أحكام المادة 02 من القانون رقم: 09-04[25] هي: "جرائم المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات المحددة في قانون العقوبات، وأي جريمة أخرى ترتكب أو يسهل ارتكابها عن طريق منظومة معلوماتية، أو نظام للاتصالات الإلكترونية".

وحسب المشرع الجزائري فإنه قد تتحقق الجريمة الإلكترونية بمجرد أن ترتكب الجريمة، أو يسهل ارتكابها عن طريق منظومة معلوماتية، أو نظام الاتصالات الإلكترونية، مما يجعل هذا التعريف يشمل عدد كبير من الجرائم، كما أن التعريف تضمن تكرار كون أن مفهوم نظام الاتصالات الإلكترونية يندرج ضمن مصطلح المنظومة المعلوماتية .ومن أمثلة الجريمة الإلكترونية المرتكبة في الجزائر، تسرب أسئلة البكالوريا لسنة 2016 ، وقيام القرصان الجزائري "حمزة بن دلاج "بقرصنة حسابات بنكية عالمية، حيث ألقي عليه القبض من طرف الشرطة الفيدرالية الأمريكية[26].

ثانيا: أنواع الجريمة الالكترونية عند المشرع الجزائري

لقد قسم للمشرع الجزائري الجريمة الإلكترونية إلى جرائم مرتكبة بواسطة النظام ألمعلوماتي نص عليها المشرع ولم يحددها، وبالتالي تشمل كل الجرائم المرتكبة بواسطة تكنولوجيا الإعلام والاتصال، أما النوع الثاني من الجرائم يتمثل في الجرائم الواقعة على النظام ألمعلوماتي حددها المشرع بموجب قانون العقوبات.

1- الجريمة الإلكترونية الواقعة على النظام ألمعلوماتي:

من أجل سد الفراغ الذي عرفه التشريع الجزائري في هذا في مجال الجرائم الالكترونية، جاء القانون رقم: 04 15 - الصادر في 10 نوفمبر 2004، المتضمن قانون العقوبات بتجريم كل أنواع الاعتداءات التي تستهدف أنظمة المعالجة الآلية للمعطيات، وقد ورد النص على هذه الجرائم في القسم السابع مكرر من قانون

العقوبات، تحت عنوان المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات، وذلك في المواد 394 مكرر إلى 394 مكرر 07 ، وتأخذ صور الاعتداء صورتين وهما:

أ- الدخول والبقاء في منظومة معلوماتية،

ب- المساس بمنظومة معلوماتية،

ت- صور أخرى للغش[27].

2- الجريمة الإلكترونية المرتكبة باستخدام النظام ألمعلوماتي:

يشمل هذا التصنيف أهم الجرائم التي تتصل بالمعلوماتية، ويعد الحاسب الآلي وسيلة لتسهيل النتيجة الإجرامية ومضاعفا لجسامتها، وهي أنواع منها الجريمة الواقعة على الأشخاص، كالجريمة الواقعة على النظم المعلوماتية الأخرى، والجريمة الواقعة على الأسرار[28].

3- أفعال إجرامية أخرى:

جرمت المادة 394 مكرر02 من قانون العقوبات السابق الذكر الأعمال الآتية: تصميم أو بحث أو تجميع أو توفير أو نشر أو الاتجار في معطيات مخزنة أو معالجة أو مرسلة عن طريق منظومة معلوماتية، يمكن أن ترتكب بإحدى جرائم الغش ألمعلوماتي السابقة الذكر.

ويقصد بتصميم المعطيات هنا الفيروسات المعلوماتية، وبرامج القرصنة التي يمكن أن تستعمل في ارتكاب جرائم معلوماتية إما ضد الأنظمة المعلوماتية، أو المعطيات المعلوماتية في حد ذاتها[29].

كما جرم المشرع كذلك أفعال الحيازة أو إفشاء أو نشر أو استعمال المعطيات المتحصل عليها من إحدى جرائم الغش ألمعلوماتي لآي غرض.

الفرع الثاني: وسيلة الشهادة الالكترونية للإثبات

لا تزال الشهادة من أهم وسائل الإثبات وأقدمها استعمالا، ولأهميتها تم استحداث طرق جديدة لأدائها، تسهيلا على الأفراد المكلفين بها ولضمان سير الدعوى وعدم تعطيلها. وتعتبر شهادة الشهود الالكترونية من أهم الوسائل ومن أهم التدابير المستحدثة بموجب الأمر 15-02[30] في القانون الجزائري.

أولا: تعريف الشهادة الالكترونية

تبعا للاجتهادات الفقهية والاتجاهات القضائية في تعريف الشهادة الالكترونية، يقصد بها " إثبات واقعة معينة من خلال ما يقوله أحد الأشخاص عما شاهده بحواسه عن هذه الواقعة بطريقة مباشرة بالإدلاء بأقواله بواسطة منظومة الكترونية أو بواسطة وسيط معلوماتي" أو هي تقرير الشخص لما يكون قد رآه أو أدركه أو سمعه على وجه العموم بحواسه، على أن يتم هذا التقرير عبر نظم المعلوماتية أو الوسائط الالكترونية"[31]. وفي هذه الحالة فان الشهادة الالكترونية تصبح من الأدلة غير الملموسة وافتقارها للتمثيل المادي، إضافة إلى

إدراجها من أدلة الإثبات المستمدة من الآلة، مما يتعين بإتباع إجراءات معينة للاستعانة بها كدليل الكتروني للإثبات.

وفي الجريمة الإلكترونية الشاهد هو الفني صاحب الخبرة والتخصص في التقنية وعلوم الحاسب الآلي، لديه معلومات جوهرية لازمة للولوج في نظام المعالجة الآلية للبيانات، إذا كانت مصلحة التحقيق تقتضي التنقيب عن أدلة الجريمة الداخلية، ويطلق عليه اسم الشاهد الإلكتروني، تمييزا له عن الشاهد التقليدي.

والشهادة الالكترونية نوعين هي الشهادة المسجلة، التي يتم عرضها على وسائل الاستماع، للاستماع إليها ومناقشتها كتابة على اعتبار أنه يتم صبها في محاضر مكتوبة للإثبات. أما الشهادة الثانية فهي شهادة الكترونية فورية، يتم بثها مباشرة عن طريق وسيط رقمي في مواجهة الخصوم، ويتم مناقشتها فورا والرد عليها شفاهة[32].

ثانيا: التزامات الشاهد بالإعلام في الجريمة الإلكترونية.

التزام الشاهد بالإعلام في الجريمة الإلكترونية، يعني وباختصار أنه في الجرائم الإلكترونية ومتى كان الشاهد حائزا لمعلومات جوهرية لازمة لاختراق نظام المعالجة الآلية للبيانات بحثاً عن أدلة للجريمة داخلة تتطلبها مصلحة التحقيق، فإنه يكون مطالباً بأن يعلم بها سلطات التحقيق والتحري على سبيل الإلزام، وإلا تعرض لعقوبات المقررة للامتناع عن الشهادة، وذلك في غير الأحوال التي يجيز له القانون في ذلك.

والتزام الشاهد بالإعلام في الجريمة الالكترونية له شروط هي:

1- التزام الشاهد بالإعلام في الجريمة الالكترونية لابد أن يكون التزاما قانونيا

يعني بهذا الالتزام مطالبه الفنيين **والحرفيين** من الشهود ومستخدمي الحاسوب بتقديم شهادتهم إلى سلطات التحقيق لمساعدتهم في المهام المنوطة بهم، خاصة أن الجريمة الالكترونية لازالت في طور الحداثة بالنسبة لهم.

2- **الالتزام بالإعلام في الجريمة الالكترونية هو التزام له ذاتية خاصة به.**

وهذا الالتزام يجب أن يكون قانونيا خاصة من بعض الفنيين والحرفيين من الشهود ومستخدمي الحاسوب، وذلك بتقديم المعلومات الجوهرية والهامة التي تتصل بنظام ألمعلوماتي المحل البحث[33].

3- الالتزام بالإعلام في الجريمة الالكترونية هو التزام وقائي

ويترتب على عدم مراعاة هذا الالتزام والأخذ به تجنب ضبط الشبكات الكبيرة أو الممتدة أي ما يعرف ب Wide Area Networkفمن الملاحظ أن الشكوى قد تثو رفيها الحالات التي تكون فيها البيانات مخزنة في وحدة معالجة مركزية في حاسب ضمن شبكة معلومات ممتدة، ففي هذه الحالة فإن صياغة الشرط يعطي للمحقق إمكانية ضبط هذا النظام الشبكي بأكمله وعزله عن البيئة المحيطة، و لا يعد أمرا مشروعاً طبقاً لمبدأ التناسب، لما فيه من مساس بحقوق الغير في النظام محل الضبط، لذلك يلعب الالتزام بالإعلام في الجريمة الإلكترونية دورا وقائياً في بيئة تكنولوجيا المعلومات[34].

ثالثا: عناصر المعلومات الجوهرية التي يجب على الشاهد الإلكتروني الإدلاء بها

هناك عناصر من المعلومات الجوهرية التي يجب على الشاهد الإلكتروني الإدلاء بها أمام سلطات التحقيق وهي:

1- طبع البيانات المخزنة على الحاسب الآلي.

2- كلمة السر، التي تعتبر وسيلة تامين للحاسب الآلي ضد الاستخدام غير المشروع من قبل بعض الأشخاص.

3- الإفصاح عن مفاتيح الشفرات، حيث أ ن لكل حاسب آلي شفرة خاصة بتنفيذ البرامج المختلفة[35].

رابعا: حجية اعتماد الشهادة الالكترونية طبقا للمشرع الجزائري

الشهود أمام المحكمة تخضع للسلطة التقديرية شأنها وإن البحث عن الحجية القانونية للشهادة التي يدلي شهود أمام المحكمة تخضع للسلطة التقديرية شأنها شأن سائر الأدلة، وتعتبر الشهادة أهم ميادين تطبيق مبدأ حرية القاضي في الاقتناع، وقد أخذ المشرع الجزائري المبدأ حينما نص في المادة 212 ، من ق.إ.ج.ج، على أنه: "يجوز إثبات الجرائم بأي طريقة من طرق الإثبات ما عدا الأحوال التي ينص فيها القانون على غير ذلك، وللقاضي أن يصدر حكمه تبعا لاقتناعه الخاص ولا يسوغ للقاضي أن يبني قراره إلا على الأدلة المقدمة له في معرض المرافعات والتي حصلت فيها المناقشة حضوريا أمامه". وحتى تكون للشهادة الحجية الكاملة، حرص المشرع الجزائري على وضع قواعد صارمة يجب أن تحترم من طرف قاضي التحقيق وقاضي الحكم على السواء لدى سماعهم الشهود، مع الإشارة إلى أن هناك فارق بين الشهادة أمام قاضي الحكم والشهادة أمام قاضي التحقيق.

كما أن للمحكمة الحق في تجزئة الشهادة، فتأخذ منها ما تطمئن إليه، وتبعد منها ما لا فائدة منه، وللمحكمة الحق في أن تأخذ بشهادة شاهد ضده في واقعة أخرى منسوبة إلى نفس المتهم، فمحكمه الموضوع لها الحق في وزن الشهادة كبينة وأن تقدرها. وتأخذ بما تطمئن إليه دون أن تورد لذلك أسباب، ولا حرج عليها في ذلك[36].

الخاتمة:

من خلاصة بحثنا يتضح لنا أن موضوع الإثبات الالكتروني في ظلال قانون الإجراءات الجزائية موضوع ذو أهمية بالغة في الحياة اليومية، فهو يهدف إلى إظهار الحقيقة التي هي محل بحث وتنقيب واليقين، ولا يتحقق هذا إلا إذا كانت الأدلة المتحصل عليها في عملية التنقيب مشروعة، وترسي قواعد العدالة، فإن لم يقم الدليل القاطع على إدانة المتهم في الدعوى، فلا يجوز الحكم عليه بعقوبة ما، بل يجب التصريح ببراءة مادام أن الأصل في الإنسان البراءة إلى أن تثبت إدانته بدليل تقبله المحكمة ولا يدع مجالا للشك. لا تقتصر أهمية الإثبات في الكشف عن الجريمة، بل هناك مكانة هامة للإثبات في المسائل الجزائية، ذلك أن الجريمة واقعة تنتمي إلى الماضي، ومن غير الممكن أن تعاينها المحكمة بنفسها وتتعرف على حقيقتها، ومن ثم يتعين أن تستعين بوسائل تعيد أمامها شريط الأحداث والتي هي عبارة عن أدلة الإثبات الالكترونية الأكثر حداثة، خاصة في مجال إثبات الجريمة الالكترونية.

إن الشاهد في الجريمة الإلكترونية له دور هام في إثبات الجرائم المستحدثة، ونظرا لطبيعة هذه الجرائم فإن دور الشاهد وسماته في هذه الجرائم يختلف اختلافاً كبيرا عن دور الشاهد في الجرائم التقليدية من حيث وجوب توافر الخبرة لديه من جهة، وضرورة الالتزام و تقديم المعلومات المتعمقة بالجريمة المرتكبة من جهة أخرى،

ذلك أن اعتبار الشهادة المقدمة في الجريمة الإلكترونية من ذوي الخبرة بمثابة الخبرة التي يستطيع القاضي اللجوء إليها أثناء نظره في الدعوى.

ومن خلال بحثنا هذا فإننا نقترح ونوصي بما يلي:

- على المشرع الجزائري الاستعانة بمرصد جنائي الكتروني، يعمل على التعريف بالوسائل العلمية التكنولوجية الحديثة، يعمل على القيام بدورات تحسيسية يعرف فيها بنوعية الجرائم المستحدثة، وعلى رأسها الجريمة الالكترونية وسبل إثباتها بطرق الإثبات الجنائي الجديدة.
- ضرورة تفعيل الوسائل العلمية الحديثة والأخذ بها في إطار الإثبات الالكتروني.
- إرسال القضاة والمحققين الجنائيين إلى دو را ت فنية متخصصة في مجال التعامل مع الأدلة العلمية الحديثة بشكل حرفي متخصص، والتعاون في هذا المجال مع البلدان الأخرى سواء كانت أجنبية أم عربية
- تقليص الحرية الممنوحة للقاضي بخصوص الشهادة في الجرائم الإلكترونية، ووضع ضوابط من شأنها أن تتناسب مع قيمة الشهادة في الجريمة.
- ضرورة تسبيب أحكام المحكمة فيما يخص شهادة الشاهد الالكتروني، سواء كان ذلك التسبيب مرده إلى الأخذ بالشهادة أو التنازل عنها.

الهوامش:

(1) محمد ابن بكر ابن منظور لسان العرب، جزء 1، ط 3، بيروت، 1994، ص85.

(2) آمال عبد الرحمن يوسف حسن، **الأدلة** العلمية الحديثة ودورها في الإثبات الجنائي، رسالة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2012/2011، ص13.

(3) المرجع نفسه، ص 13.

(4) عاسية زروقي، طرق الإثبات في ضوء قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة سعيدة، 2018/2017، ص 4.

(5) المرجع نفسه، ص 4.

(6) نصر الدين مروك، النظرية العامة للإثبات الجنائي، محاضرات في الإثبات الجنائي، الجزء الأول، دار هومة، ط 2014، ص 487.

(7) الحسن الطيب عبد السلام الأسمر الحضيري، الإثبات الجنائي بالوسائل العلمية الحديثة، دراسة مقارنة بين القانون الجنائي الليبي والفقه المعاصر، رسالة ماجستير، قسم الشريعة والقانون، جامعة مولانا ملك إبراهيم الإسلامية الحكومية (مالا نج)، فيفري 2016، ص 58.

(8) فراس بقاش، أنظمة الإثبات الجنائي وخصائصها، مجلة الحضارة الإسلامية، المجلد 10، عدد 13، ص 382.

(9) المرجع نفسه، ص ص 382-383.

(10) المرجع نفسه، ص 348.

(11) عاسية زروقي، مرجع سابق، ص 336.

(12) المرجع نفسه، ص 336.

(13) المرجع نفسه، ص 337.

(14) انظر الرابط: http://univ-ex.blogspot.com/2013/02/blog-post_7.html، تاريخ النشر 2013/02/07، تاريخ الاطلاع، 2021/11/17.

(15) المرجع نفسه. حجية هذا الدليل ألاتفاقي تبقي خاضعة للسلطة التقديرية للقاضي، من حيث كونها دليلاً كاملا أو ناقصا، فقواعد حجية الأدلة الكتابية تتعلق بالنظام العام باعتبار أن هذه القواعد ترتبط بأداء القضاء لوظيفته، فهذا الاتفاق لا يجب أن يقف حائلاً أمام ممارسة القاضي لسلطته التقديرية لتقدير حجية الدليل المقدم في الإثبات. الرسالة الإلكترونية لا تتمتع بالثقة فيما يتعلق بهوية مرسلها ومدي إمكانية نسبة الرسالة إليه وسلامة محتواها، وبالتالي فإن قوتها في الإثبات ستخضع لسلطة القاضي التقديرية، ومدي إلمامه وتفهمه بالنواحي التقنية الخاصة بتكنولوجيا المعلومات والكمبيوتر والأدوات المعلوماتية. راجع المرجع نفسه.

(16) المرجع نفسه.

(17) الحسن الطيب عبد السلام الأسمر الحضيري، مرجع سابق، ص 63.

(18) المرجع نفسه، ص 63.

(19) نصر الدين مروك، عبئ الإثبات في المسائل الجنائية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية عدد 3، مجلد 38، عدد 3، ص ص47-48

(20) عاسية زروقي، مرجع سابق، ص 54.

(21) المرجع نفسه، ص ص 54-55.

(22) انظر الرابط: https://www.droitetentreprise.com/21247، تاريخ النشر: 2020/11/9، تاريخ الاطلاع: 2021/11/18.

(23) منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية بالإنجليزية(Organisation for Economic Co-operation and Development) كما تعرف اختصاراً بالإنجليزية(OECD) وهي منظمة دولية تهدف إلى التنمية الاقتصادية وإلى إنعاش التبادلات التجارية. تتكون المنظمة من مجموعة من البلدان المتقدمة التي تقبل مبادئ الديمقراطية التمثيلية واقتصاد السوق الحر

(24) انظر الرابط: https://www.droitetentreprise.com/21247، تاريخ النشر 2020/11/9، تاريخ الاطلاع: 2021/11/18.

(25) القانون 09-04 الصادر في 05أوت 2009، المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها، ج ر عدد 47.

(26) جازية سليماني، الجديد العربي https://www.alaraby.co.uk/medianews.30h20، تاريخ النشر: 2017/02/09، تاريخ الاطلاع: 2021/11/18.

(27) فتيحة رصاع، الحماية الجنائية للمعلومات على شبكة الأنترنت، رسالة ماجستير في القانون العام، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011 -2012 ص 27.

(28) المرجع نفسه، ص 24.

(29) نسيم دردور، جرائم المعلوماتية على ضوء القانون الجزائري والمقارن، رسالة ماجستير، القانون الجنائي، جامعة منثوري، قسنطينة، 2012 -2013، (د. ص).

(30) أمر رقم 15-02 مؤرخ في 7 شوال عام 1436 وافق 23يوليو جويلية 2015ريعدل ويتمم الأمر رقم: 155-66المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق ل:8 جوان 1966 والمتضمن قانون الإجراءات الجزائية الجزائية.

(31) عادل بوزيدة، دور الشهادة الالكترونية في الإثبات الجزائي على ضوء قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، مجلة النبراس للدراسات القانونية، المجلد الأول، العدد الأول، سبتمبر2016، ص137.

(32) المرجع نفسه، ص 137.

(33) يحي الشديدي، الشهادة في الجريمة الالكترونية، مجلة جامعة البعث، المجلد 38، عدد 50، 2016 ،. ص52.

(34) المرجع نفسه، ص ص53-54.

(35) عاسية زروقي، مرجع سابق، ص 214.

(36) المرجع نفسه، ص217.

توصيــات الملتقى

التوصيات المنبثقة عن الملتقى الدولي السادس عشر حول:
الاثبات الالكتروني في المواد المدنية والجزائية بين الاطلاق والتقييد
المنعقد يوم: 09 ديسمبر 2021

في يوم الخميس 09 ديسمبر 2021 وعلى الساعة الواحدة 13:00 زوالا، اجتمعت لجنة التوصيات للملتقى الدولي السادس عشر حول: **الاثبات الالكتروني في المواد المدنية والجزائية بين الاطلاق والتقييد** برئاسة: الأستاذ الدكتور محمودي بشير وعضوية السيدات والسادة الآتية أسماؤهم:

- د/ كمال فتحي ادريس (جامعة الوادي)
- د/ عادل عميرات (جامعة الوادي)
- د/ محمد الطاهر جرمون (جامعة الوادي)
- د/سامية لموشية (جامعة الوادي)
- د/ محمد العروسي منصوري (جامعة الوادي)
- د/ نورة هارون (جامعة بجاية)
- د/ محمد بن فردية (جامعة غرداية)
- د/ بن قارة مصطفى عائشة (جامعة مستغانم)
- أ/ وردة بلجاني (جامعة الوادي)

وإذ نشكر اللجنة بجميع أعضائها، وتثني الجهد المبذول من السيد الفاضل أ.د/ عمر فرحاتي مدير الجامعة، والسيد الفاضل أ.د/ المكي دراجي" عميد الكلية، وكل أعضاء اللجنتين العلمية والتنظيمية، وبخاصة القائمين على إجراءات تنظيم هذا الملتقى عن طريق تقنية التحاضر المرئي عن بعد في ظل انتشار جائحة كورونا، وبسببها التي نتمنى رفع هذا الوباء والبلاء في القريب العاجل إن شاء الله،

وقد خلصت اللجنة إلى التوصيات التالية:

1- ضرورة موائمة التشريعات الوطنية مع التشريعات الصادرة في دول العالم الأخرى فيما يتعلق بالمعاملات الالكترونية والتوقيع الالكتروني.

2- ضرورة سن قانون إثبات مستقل يشمل وينظم قواعد الإثبات المدني بمفهومه الواسع بما فيها وسائل الإثبات الالكترونية، بما يتماشى وتطور التكنولوجيا الرقمية والاتصالات.

3- تحديث القانون المنظم لمهنة التوثيق وذلك من خلال إقرار وتفعيل الكتابة الالكترونية على مستوى مكاتب التوثيق على نحو يواكب تطور المعاملات الإلكترونية.

4- اعتماد أحكام خاصة بآلية حماية التوقيع الالكتروني، وتنظيم عملية التحقق ومتابعتها وتكوين مدققين وتأهيلهم وفقا للمواصفات الدولية، بما في ذلك تقنية التشفير وتحديد طريقة عملها وفقاً للمعايير الدولية المعمول بها وذلك قصد تحقيق الأمن القانوني.

5- ضرورة وجود سبل التعاون العربي والدولي من أجل وضع قواعد موحدة لإضفاء الشفافية فيما يتعلق بالمعاملات الالكترونية وذلك تفادياً لتشعب تنازع القوانين.

6- ضرورة تعزيز التعاون القضائي الدولي من خلال إبرام اتفاقيات ثنائية وجماعية تنظم قواعد الحصول على الدليل الالكتروني، والاعتراف المتبادل بشهادات التصديق الإلكترونية الأجنبية لإعطاء دفع جديد للتجارة الإلكترونية.

7- تحيين التشريع الجنائي الإجرائي والموضوعي لاستيعاب الجرائم الالكترونية، سواء في إطار القوانين الوطنية أو على صعيد الملاحقة الجنائية الدولية، لبناء بنية تشريعية جنائية وطنية كفيلة بملاحقة الجناة وتطوير كيفيات ووسائل الإثبات، لا سيما ما تعلق بالأدلة الالكترونية لما تتصف به من جوانب وأبعاد تقنية، وبما يضمن في كل الأحوال احترام مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات من ناحية، ومبدأ الشرعية الإجرائية من ناحية أخرى.

8- دعوة المشرع الجزائري إلى إعادة ضبط حالات اللجوء إلى إجراء المراقبة الالكترونية بشكل يضمن عدم استعماله المفرط، ومن ثم وجوب تحديد عدد مرات اللجوء إلى هذا الإجراء وعدم تركه مفتوحاً إلا في حالات محددة حصراً يجب النص عليها صراحة.

9- ضرورة إعادة تأهيل المنظومة القضائية الوطنية والدولية لتكون قادرة على التعامل مع المنازعات الالكترونية.

10- ضرورة التوجه التشريعي وتطويع النصوص القانونية في مجال الإثبات الإلكتروني بما يساير ويتناسب وخطورة الأزمات المستجدة منها جائحة كورونا - كوفيد19 - والذي لا يزال العالم يعيش على وقع مفاجآته وتحولاته وتبعاته المستمرة.

11- ضرورة تظافر الجهود مع مؤسسات المجتمع المدني لزيادة الوعي القانوني وتفعيل دورها في نشر ثقافة التعامل الالكتروني تكريساً لقيم النزاهة والمسؤولية والشفافية في الحياة العامة.

الوادي في: 2021/12/09

فهرس محتويات الملتقى

الموضـــــــــــــوع	رقم الصفحة
• برنامج الملتقى	04
• كلمة مدير الملتقى د/ بن خليفة الهام: رئيس فرقة البحث الحماية القانونية للثقة العامة في الكتابة الالكترونية	10
• أدلة الإثبات الجنائي من خلال الهواتف الذكية مفهومها وحجيتها د/ الجرادات ضرغام، كلية العلوم والدراسات الإسلامية (فلسطين)	12
• حجية التوقيع الالكتروني في الإثبات "دراسة تحليلية مقارنة" د/ عبد الرازق وهبه سيد احمد محمد سيد، كلية الدراسات الإنسانية والإدارية (السعودية)	32
• القاضي الإداري وإثبات مقبولية الكتابة الرقمية أ.د/ سلطاني آمنة (جامعة الوادي)، ط.د/ عزوي محمد (جامعة الوادي)	47
• الحجية القانونية لإثبات التوقيعات الإلكترونية "دراسة تحليلية مقارنة" د/ محمد طلعت يدك، كلية الحقوق، جامعة بنها (مصر)	59
• عبء الإثبات الجنائي الإلكتروني أ/ المرشد أمجاد سعد، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية (السعودية)	75
• الشهادة الإلكترونية ومدى حجيتها في إثبات جريمة الزنا في الشريعة الإسلامية (دراسة فقهية) د/ محمد جبر السيد عبد الله جميل، أستاذ بكلية العلوم الإسلامية (جامعة المدينة العالمية)	88
• مدى تأثير مشكلات الدليل الالكتروني على اقتناع القاضي د/ بن قارة مصطفى عائشة (جامعة مستغانم)	112
• وسائل الإثبات في منازعات المعاملات الإلكترونية طبقا لأحكام القانون 05/18 د/ دريس كمال فتحي (جامعة الوادي)	124
• ماهية الأدلة الالكترونية في الاثبات الجنائي د/ سعود أجمد (جامعة الوادي)، د/ شنوف بدر (جامعة الوادي)	134
• الدليل الإلكتروني ودوره في الإثبات الجنائي د/ شملال عبد العزيز (جامعة أم البواقي)	144
• تزوير التوقيع الالكتروني: نموذج للإجرام المعلوماتي د/ هارون نورة (جامعة بجاية)	155

• ماهية الإثبات المدني الإلكتروني د/ بروك الياس (جامعة قالمة)، د/ عميرات عادل (جامعة الوادي)	165
• الصعوبات المحيطة بعملية الوصول للدليل الإلكتروني د/ خيرجة ميلود (جامعة الوادي)، د/ شريفي عماد (جامعة الوادي)	175
• قواعد الإثبات في التحكيم الإلكتروني - دراسة تحليلية مقارنة - د/ جارد محمد (جامعة بشار)، د/ محتال آمنة (جامعة بشار)	182
• دور التشفير في تحقيق أمن المبادلات التجارية الإلكترونية في التشريع الجزائري أ/ شيبات سارة (جامعة الوادي)، د/ عمامرة مباركة (جامعة الوادي)	198
• المحرر العرفي الإلكتروني ومدى حجيته في الإثبات في القانون الجزائري د/ منصوري محمد العروسي (جامعة الوادي)، د/ العمري خالد (المركز الجامعي إليزي)	207
• حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات المدني د/ قريشي رزيقة (جامعة الوادي)	223
• الإثبات بالمحررات الرسمية الالكترونية في المواد المدنية والتجارية في التشريع الجزائري - دراسة مقارنة - د/ سكيل رقية (جامعة الشلف)	233
• التعادل الوظيفي في الإثبات بين المحرر التقليدي والإلكتروني في التشريع الجزائري د/ حويذق عثمان (جامعة الوادي)، د/ الذهبي خليفة (جامعة الوادي)	248
• القوة القانونية للإثبات بالتوقيع الالكتروني في المسائل القانونية د/ محده جلول (جامعة الوادي)، ط.د/ ورخ نور الدين (جامعة سوق أهراس)	256
• الحجية القانونية للمحررات الالكترونية د/ سكفالي ريم (جامعة الوادي)، أ.د/ محمودي بشير (جامعة الوادي)	270
• اثبات عقد الزواج الالكتروني ط.د/ حوحو رميساء (جامعة بسكرة)، د/ قزي عبد العالي (جامعة الوادي)	278
• ضوابط قبول الدليل الجنائي الرقمي أمام القاضي الجزائي د/ بن فردية محمد (جامعة غرداية)	293
• مشروعية التسجيل الصوتي في الإثبات الجنائي د/ بن عمر ياسين (جامعة ورقلة)، د/ غريسي جمال (جامعة الوادي)	308
• الضوابط القانونية في مراقبة الاتصالات الالكترونية د/ سوماتي شريفة (جامعة خميس مليانة)	321

• سلطات القاضي الجزائي في تقدير الدليل الإلكتروني في جرائم التجارة الإلكترونية د/ عائشة عبد الحميد (جامعة الطارف)	333
• استحداث وسيلة الترصد الالكتروني كآلية لكشف ومكافحة الجريمة المعلوماتية وأثرها على الحرية الشخصية د/ بطينة مليكة (جامعة الوادي)، د/ لموشية سامية (جامعة الوادي)	347
• الإثبات الجنائي في الجريمة المعلوماتية وفقاً للتشريع التونسي د/ سلخ محمد لمين (جامعة الوادي)، ط.د/ هويدي سامية جامعة سوسة (تونس)	359
• إجراءات الحصول على الدليل الالكتروني للجريمة بين الإثبات والمكافحة في التشريع الجزائري د/ بن خليفة الهام (جامعة الوادي)، ط.د/ عطية سليمة (جامعة الوادي)	368
• الإثبات الالكتروني الجزائي في الجريمة الالكترونية د/ بويحياوي أمال (جامعة الطارف)، د/ رابح وهيبة (جامعة الطارف)	383
• توصيات الملتقى	396
• فهرس محتويات الملتقى	398

جامعة الشهيد حمه لخضر
الوادي - الجزائر
كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة الوادي
كلية الحقوق والعلوم السياسية

الإثبات الإلكتروني في المواد المدنية والجزائية
- بين الإطلاق والتقييد -

ISBN 978-9931-9796-0-9