

العنوان:	شكلية الإثبات في العقود الإلكترونية
المصدر:	مجلة القانون التجاري
الناشر:	عبدالله المحبوب
المؤلف الرئيسي:	أهتوت، محمد
المجلد/العدد:	ع5,6
محكمة:	نعم
التاريخ الميلادي:	2019
الصفحات:	145 - 160
رقم MD:	1019255
نوع المحتوى:	بحوث ومقالات
اللغة:	Arabic
قواعد المعلومات:	IslamicInfo
مواضيع:	العقود الإلكترونية، المحررات الكتابية، التشريعات المغربية، التقنيات الحديثة
رابط:	http://search.mandumah.com/Record/1019255

للاستشهاد بهذا البحث قم بنسخ البيانات التالية حسب أسلوب الاستشهاد المطلوب:

أسلوب APA

أهتوت، محمد. (2019). شكلية الإثبات في العقود الإلكترونية. مجلة القانون التجاري، ع5,6، 145 - 160. مسترجع من
<http://search.mandumah.com/Record/1019255>

أسلوب MLA

أهتوت، محمد. "شكلية الإثبات في العقود الإلكترونية." مجلة القانون التجاري ع5,6 (2019): 145 - 160. مسترجع من
<http://search.mandumah.com/Record/1019255>

شكليات الإثبات في العقود الإلكترونية

د. محمد اهتوت،

باحث بسلك الدكتوراه في القانون الخاص.

مقدمة؛

سارعت التشريعات الدولية والوطنية على حد سواء، إلمسايرة الثورة التقنية التي مست ميدان المعاملات بمختلف صورها، من خلال إرساء قواعد قانونية تتلاءم وتستوعب هذه التطورات، بالشكل الذي يجعل العقود المبرمة في إطارها ذات قيمة قانونية، خصوصا في ميدان الإثبات.

فبالموازاة مع الشكليات في العقود التقليدية، ظهرت الشكليات الإلكترونية القائمة على الكتابة الإلكترونية المختلفة عن نظيرتها التقليدية، ليس في مضمونها وإنما في طريقتها ودعامتها، من هنا يمكن التساؤل عن إمكانية استجابة المحررات الإلكترونية لضوابط الشكلية المطلوبة في ظل القوانين الحديثة؟

وباعتبار هذه المحررات مفهوم جديد ظهر في الساحة القانونية، فإنه من الضروري البحث في مفهومها ومقوماتها، ومعرفة مواطن التقارب بينها وبين نظيرتها التقليدية، قبل الحديث عن تنظيمها القانوني، خصوصا في التشريع المغربي، وبالضبط فيما يتعلق بمكانتها ضمن منظومة الإثبات.

وعليه، سنتحدث عن ماهية المحررات الإلكترونية في (المطلب الأول)، ثم عن الاعتراف التشريعي بالمحررات الإلكترونية في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: ماهية المحررات الإلكترونية

قصد الإحاطة بماهية المحررات الإلكترونية، تنبغي الإشارة بداية إلى أن هناك العديد من المصطلحات التي تطلق على الأدلة الكتابية المعدة للإثبات، فنجد مثلا الورقة والمحرر، لكن ارتأيت استعمال هذا الأخير نظرا لشموليته من جهة، وقدرته على استيعاب جميع أنواع

الكتابة كيفما كانت دعامتها من جهة ثانية، أما الورقة والتي استساغها الفقه¹، فإنها تنصرف دائما إلى الكتابة الورقية فقط دون غيرها، مما يجعلها في ظل الأخذ بالوسائل الإلكترونية محل نظر، فما المقصود إذن بالمحررات الإلكترونية؟ وما هي الحجة القانونية التي تكتسبها؟ وعليه، نتطرق للمفهوم القانوني للمحررات الإلكترونية في (الفقرة الأولى)، ونبحث في الاعتراف التشريعي بالمحررات الإلكترونية في (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: المفهوم القانوني للمحررات الإلكترونية:

تعتبر الكتابة أو المحررات الكتابية من أهم طرق الإثبات²، نظرا للحماية والأمان الذي تضيفه على التصرفات القانونية وحماية حقوق المتعاملين في الميدان القانوني³. والمحررات الإلكترونية باعتبارها أدلة كتابية تستدعي البحث أولا عن تعريف لها، وبالنظر لكون المحررات الكتابية تتراوح بين اعتبارها محررات عرفية وأخرى رسمية، فإن التساؤل المطروح هو كيفية تطبيق هذا التقسيم على المحررات الإلكترونية؟ وعليه سنخصص هذه الفقرة للتعريف بالكتابة والمحررات الإلكترونية (أولا)، ثم التعرض لصور المحررات الإلكترونية (ثانيا).

أولا: تعريف الكتابة والمحررات الإلكترونية:

ارتبط الدليل الكتابي تقليديا بالورق وبالتوقيع اليدوي، هذا المفهوم الضيق لم يعد يساير التطورات الحاصلة في ميدان العقود، لأن مفهوم الكتابة أصبح يشمل جميع الدعامات⁴ كيفما كان نوعها، فالمهم فيها أن تكون ذات دلالة، والقول بغير ذلك سيؤدي إلى ضياع حقوق المتعاملين، وعدم الاستفادة من مستجدات وسائل الاتصال الحديثة.

1 - د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام-الإثبات وآثار الالتزام-، دار النهضة العربية-القاهرة، 1968، ص 105.

2 - الفصل 404 من قانون الالتزامات والعقود المغربي.

3 - د. عبد الرحمن شعبان عطيات، أمن الوثائق والمعلومات، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، مركز الدراسات والبحوث، الرياض 1925، 2004، ص 12.

4 - أو ما يسمى بمبدأ الحياد التقني والوسائطي.

والمشروع المغربي لم يكن بعيدا عن هذا التطور إذ تدخل مؤخرا لتعديل قانون الالتزامات والعقود بإصداره للقانون المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية⁵، ووسع من مفهوم الأدلة الكتابية⁶، بحيث يمكن أن تكون عبارة عن رموز أو إشارات، متأثرا بما تبناه المشروع الفرنسي⁷، والذي يعرف الكتابة في المادة 1316، وقد كانت محكمة النقض الفرنسية سباقة إلى هذا التوجه قبل التعديل التشريعي، حيث اعتبرت أن الكتابة يمكن أن تنشأ وتحفظ على أية دعامة.

والمحركات الإلكترونية يمكن أن تقوم بالدور الذي تقوم به المحركات العادية، حيث أن الكتابة يتم معالجتها بطريقة رقمية، ويتم تخزين البيانات بكيفية إلكترونية، بشكل يمكن أصحاب الشأن من الاطلاع عليها وعلى مضمونها عن طريق جهاز الكمبيوتر، والذي يجعل هذه البيانات تظهر في صورة مقروءة وواضحة لأطراف التصرف، وبالتالي تعبر عن إرادتهم الصحيحة، ويمكن التوقيع الوارد فيها من نسبتها إلى صاحبها.

ثانيا: أنواع المحركات الإلكترونية:

تعد المحركات الإلكترونية أدلة كتابية مثلها مثل نظيرتها الورقية، حيث لا يمكن التغاضي عن أهميتها في ضمان حقوق الأفراد وإثبات تصرفاتهم القانونية، والمحركات تنقسم إلى نوعين، عرفية ورسمية⁸، ومادامت المحركات الإلكترونية تدخل في الأدلة الكتابية، فإنه من المتعين التساؤل حول مدى إمكانية الحديث عن محركات إلكترونية عرفية وأخرى رسمية؟ مع ما ينتج عن ذلك من اختلاف في القيمة القانونية لكل منها؟

5 - ظهر شريف رقم 1.07.129 صادر في 19 من ذي القعدة 1428 (30 نوفمبر 2007) بتنفيذ القانون رقم 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، ج. ر عدد 5584، بتاريخ 25 ذو القعدة 1428 (6 ديسمبر 2007)، ص 3879-3888.

6 - ينص الفصل 417 من ق.ل.ع على ما يلي: "الدليل الكتابي ينتج من ورقة رسمية أو عرفية... أو عن أي إشارات أو رموز أخرى ذات دلالة واضحة، كيفما كانت دعامتها وطريقة إرسالها".

7 - loi n°2000- 230 du 13 mars 2000, portant adaptation de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, J.O. n° 62 du 14 mars 2000, p. 3968

8 - ينص الفصل 417 من ق.ل.ع على ما يلي: "الدليل الكتابي ينتج من ورقة رسمية أو عرفية...".

- راجع في نفس المعنى: قرار المجلس الأعلى رقم 3105، ملف مدني رقم 97/5/1/3907، بتاريخ 13 ماي 1998، م. ق. م. أ عدد 53-54، السنة 21، ص 247.

هذا ما سوف نتعرض له بتفصيل من خلال الحديث أولا عن المحررات الإلكترونية العرفية (1) ثم ثانيا عن المحررات الإلكترونية الرسمية (2).

1 - المحررات الإلكترونية العرفية:

من المسلم به أن المحررات العرفية لا يشترط فيها المشرع أن تتخذ شكلا معينا⁹، ولكي تكون لها حجية في الإثبات لابد من توفر شرط جوهري وهو التوقيع¹⁰، ما لم يتم إنكاره¹¹، والمحرر الورقي يمكن أن يكون له نفس القوة التي للمحرر الرسمي إذا اعترف به من يتمسك به ضده، أو المعتبر قانونا في حكم المعترف به¹²، كما إذا أنكر من يحتاج ضده بالمحرر التوقيع، وثبت للمحكمة أنه منسوب إليه، فهل يمكن اعتبار المحررات الإلكترونية محررات عرفية؟

جوابا على هذا التساؤل فقد وضع المشرع المغربي بعض الشروط التي تضيء عليها الحجية من قبيل إمكانية التعرف على الشخص الذي صدرت عنه بطريقة قانونية، وأن تكون معدة ومحفوظة وفق شروط تضمن تماميتها، وأن يدل التوقيع الوارد فيها على الشخص الذي صدر عنه المحرر، والتعبير عن إرادته في قبول الالتزامات الناتجة عنه¹³، وأن يكون المحرر الإلكتروني موقعا توقيعاً مؤمناً¹⁴، وبتحقق هذه الشروط يصبح دليلاً للإثبات.

ويتبين من خلال ما سبق أن المشرع المغربي أعطى للمحرر الإلكتروني الذي تتوفر فيه الشروط القانونية نفس القيمة التي يتمتع بها المحرر الورقي، ويستخلص ذلك من خلال الفقرة الثانية من الفصل 417-2 التي تنص على شروط إصباغ الرسمية على هذه المحررات.

9 - د. محمد يحيى مطر، وسائل الإثبات في القضايا المدنية والتجارية، المكتبة القانونية، الدار الجامعية - بيروت، طبعة 1991، ص 121.

10 - جاء في قرار للمجلس الأعلى ما يلي: "العقد العرفي يكتسب قوته الإثباتية بالتوقيع".

11 - الفصل 431 من ق.ل.ع. المغربي.

12 - الفصل 424 من ق.ل.ع. المغربي.

- راجع كذلك: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، الإثبات - آثار الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، 1982، ص 190.

13 - الفقرة الثانية من الفصل 417-1 والفقرة الأولى من الفصل 417-2 من ق.ل.ع. المغربي.

14 - الفصل 417-3 من ق.ل.ع. المغربي.

وأعتقد أنه حسنا فعل المشرع المغربي عندما عالج هذه المسألة، تفاديا للإشكاليات التي قد تثار بهذا الخصوص.

2 - المحررات الإلكترونية الرسمية:

المحررات الرسمية هي التي يتلقاها الموظف العمومي المرخص له قانونا بتوثيق العقود¹⁵، وهذا ما سار عليه أيضا القضاء المغربي¹⁶، ويقصد بالموظف العمومي كل شخص تعينه الدولة للقيام بخدمة من الخدمات، فكل من تتوفر فيه صلاحية كتابة محرر ما يصبح ذلك المحرر رسميا، مع اشتراط أن يكون للموظف العمومي الحق في تحرير السند الرسمي من حيث الموضوع والزمان والمكان.

ومن ثم يتبين أن ما يعطي الحجية للمحرر الرسمي هو توثيقه من طرف موظف عمومي تكون له صلاحية التوثيق بمقتضى القانون، فهو الذي يتولى مهمة الإشراف والمصادقة على إرادة الأطراف، ويكون مسؤولا عما شهد به من وقائع واتفاقات وقعت أمامه، ويختتم الوثيقة بتوقيعه، إلى جانب توقيع الأطراف ويحتفظ بالأصل في ديوانه ويسلم نسخة منها للأطراف، لكن ما يهمننا هنا هو هل المحرر الإلكتروني محرر رسمي؟

تجيب على هذا السؤال الفقرة الثانية من الفصل 2-417 من ق.ل.ع بما يلي "تصبح الوثيقة رسمية إذا وقع التوقيع المذكور عليها أمام موظف عمومي له صلاحية التوثيق"، فظاهر النص يوحي بأن ما يكسب المحرر الإلكتروني صبغة الرسمية هو وضع التوقيع الإلكتروني أمام الموظف العمومي، إضافة إلى الشروط التي ذكرناها بالنسبة للمحرر الإلكتروني العرفي، وبمقارنة بسيطة بين نص الفقرة الثانية من الفصل 2-417 من ق.ل.ع والفقرة الأولى من الفصل 418 من نفس القانون نجد أنهما متطابقين وما هو إلا تكرار فقط، فهادام أن المشرع منح صفة الرسمية للمحرر الإلكتروني مثل المحرر العادي، فكان عليه أن

15 - الفصل 418 من ق.ل.ع. المغربي.

16 - جاء في قرار للمجلس الأعلى ما يلي "الرسم العدلي الذي جاء خلافا للشكل الذي يحدده القانون (الفصل 412 من ق.ل.ع) لا يعتبر ورقة رسمية".

- قرار رقم 150، ملف شرعي رقم 427-78، بتاريخ 27 ماي 1981، م. ق. م. أعدد 27، ص 51.

يكتفي بنص الفصل 418، ويجعله مسيرا للمقتضيات الجديدة، فالمهم هو كيفية تطبيق هذا المقتضى في الواقع العملي.

والتساؤل المطروح هو كيف يمكن توثيق هذه المحررات أمام الموظف العمومي؟ وما طبيعة الدور الذي يقوم به الموثق في خضم هذه القواعد الجديدة؟ وعن كيفية وضع التوقيع أمام الموثق؟

إن مهمة كهذه تنطوي على تعقيدات كبيرة مقارنة مع المهمة التقليدية التي يقوم بها الموثق¹⁷ في المعاملات العادية، لأن الأمر قد يستدعي تدخل أكثر من موثق، أو انتقال أطراف العلاقة التعاقدية إليه، أو انتقاله إلى المتعاقدين، وكل هذه الافتراضات من الصعب تحقيقها في ظل المعاملات الإلكترونية.

والحل الذي يمكن اعتماده هو شبكة الأنترنت، أي توثيق المحررات ومعاينة وضع التوقيع إلكترونياً، لكن هذا الإشكال وغيرها سيظل عائقاً أمام تطبيق مقتضيات القانون الجديد ما لم يتدخل المشرع لحل هذه الإشكالية، عبر نص تنظيمي يحدد كيفية تطبيق هذا المقتضى.

الفقرة الثانية: الاعتراف القانوني بالمحررات الالكترونية كوسائل إثبات تشريعية:

أمام ظهور المحررات الإلكترونية، وما لها من دور في تسهيل المعاملات، كان من اللازم على المشرع التدخل لتعديل منظومة الإثبات لتستوعب هذه التقنيات الحديثة، على اعتبار أن القواعد القانونية التقليدية للإثبات لا تسعف في ذلك، كنتيجة حتمية لنظرة المشرع إلى الأدلة الكتابية باعتبارها محررات ورقية مكتوبة وبخط اليد لا غير.

من هنا نتساءل عن الحجية التي يمكن أن يمنحها المشرع للمحررات الإلكترونية؟ وما هي قيمة النسخ المستخرجة منها؟ وهل تتمتع بنفس الحجية؟

هذا ما سوف نتعرض له في هذه الفقرة، حيث نتحدث عن المعادلة التشريعية بين المحررات الالكترونية والورقية (أولاً)، ثم نتطرق لحجية نسخ المحررات الإلكترونية (ثانياً).

17 - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، الإثبات - آثار الالتزام، م.س. ص 200.

أولاً: المعادلة التشريعية بين المحررات الإلكترونية والورقية:

لقد كان للتطور التكنولوجي والتقني أثر كبير على ميدان العقود، بظهور المحررات الإلكترونية كنتيجة حتمية للدخول في ميدان المعاملات الإلكترونية، وبطبيعة الحال فهاضمت المحررات قد وجدت لإثبات التصرفات القانونية فإنه كان من اللازم البحث عن مكانة المحررات الإلكترونية بالموازاة مع المحررات التقليدية (العرفية والرسمية) ضمن منظومة الإثبات؟

إن غالبية الدول تدخلت لتنظيم المعاملات الإلكترونية واعتبار المحررات الإلكترونية دليلاً من أدلة الإثبات الكتابية، بين مضيق وموسع، واختلفت في ذلك بين تعديل القوانين القائمة وإصدار قوانين خاصة تنظم المعاملات الإلكترونية، تبعاً لمدى استجابتها للوظائف التي تحققها نظيرتها الورقية.

وقد قام المشرع المغربي بتحويل الحجج الإلكترونية إلى حجج في المقام الأول¹⁸، واضعاً بذلك حداً للتساؤلات التي ثارت والتي قد تثار حول مكانة المحررات الإلكترونية ضمن منظومة الإثبات، وحسناً فعل المشرع عندما نص على المعادلة الشاملة بين المحررات سواء العرفية منها أو الرسمية، لأن عدم التنقيص على هذه التسوية والمعادلة سيفتح المجال واسعاً لاعتبار المحررات الإلكترونية محررات غير رسمية¹⁹، إلا أن المشرع المغربي لم ينص إلا على شرطين اثنين²⁰، وهما أن يتم التعرف على هوية صاحبها وأن يتم حفظها.

ومن بين التشريعات الأخرى التي أدخلت المحررات الإلكترونية إلى منظومة إثباتها نجد المشرع المصري، والذي اعتمد مبدأ التسوية العامة بشأن المحررات الإلكترونية والمحررات التقليدية في المادة 15 من القانون المدني المصري.

18 - الميلودي بوطريكي، ملاحظات حول قانون رقم 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، أشغال اليوم الدراسي المنظم من طرف الكلية المتعددة التخصصات بالناظور، حول موضوع الثورة المعلوماتية وانعكاساتها على القانون، يوم 2009/05/28، ص 4.

19 - د. نور الدين الناصري، المعاملات الإلكترونية في ضوء القانون رقم 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات الآلية، مجلة القانون الاقتصادي، العدد الثاني، يناير 2009، ص 135.

20 - د. الميلودي بوطريكي، م. ص، ص 5.

وأعتقد أن هذه المعادلة مبتورة وغير سليمة لأنه سيفتح المجال أمام كل شخص للتصل من التزاماته والطن فيها، خصوصا ونحن نعلم بأن المحرر العرفي يمكن الطعن فيه بكل الوسائل لدحض حجته، وهو ما يتنافى مع الاستقرار الذي تقتضيه المعاملات الإلكترونية نظرا للخطورة التي تتضمنها.

ثانيا: حجية نسخ المحررات الإلكترونية:

نص المشرع المغربي²¹ على أن نسخ المحررات الرسمية والعرفية لها نفس قوة الإثبات التي لأصولها، عندما يشهد بمطابقتها الموظفون الرسميون المختصون بذلك²²، ونفس الأمر يسري على النسخ المأخوذة عن الأصول بالتصوير الفوتوغرافي، فهل ينطبق نفس الأمر على نسخ المحررات الإلكترونية؟

وللإجابة، جاء المشرع المغربي في الفقرة الثانية المضافة للفصل 440 من ق.ل.ع. بمقتضى هام جدا، ويتعلق الأمر بمنحه نفس حجية الأصل لنسخه فيما يتعلق بالمحررات الإلكترونية، متى كانت مستوفية للشروط المنصوص عليها في الفصلين 1-417 و2-417، مع ضرورة أن تكون وسيلة حفظ الوثيقة تتيح لكل طرف الحصول على نسخة منها أو الولوج إليها، وبالتالي يكون قد نص صراحة على أن النسخ المأخوذة عن الوثيقة الإلكترونية الأصلية تتمتع بنفس قوة الإثبات التي تتمتع بها هذه الأخيرة²³.

وأول ملاحظة حول هذه المعادلة هي أن المشرع لم يحدد نوع النسخ المقصودة، هل هي التي يتم تراسلها إلكترونيا أم النسخ الورقية المستخرجة من الحاسوب، لكن يظهر أنه قصد بالأحرى النسخ الإلكترونية، رغم أن التمييز بين الأصل والنسخة في ميدان المحررات والوثائق الإلكترونية غير وارد ولا محل له، لأن التقنيات الحديثة جعلت من الأصل والنسخة شيئا واحدا.

21 - الفقرة الأولى من الفصل 440 من ق.ل.ع. المغربي.

22 - جاء في قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بفاس ما يلي: "وثائق السجل التجاري المدلى بها ابتدائيا مجرد صور غير مطابقة للأصل ولا حجية لها في الإثبات بمفهوم الفصل 440 من ق.ل.ع". المغربي.

- قرار رقم 1196، ملف عدد 925-05، صادر بتاريخ 2005/10/06.

23 - د. عبد القادر العراري، الوجيز في النظرية العامة للعقود المسماة، الكتاب الأول - عقد البيع -، مطبعة الكرامة - الرباط، الطبعة الثانية 1430 - 2009، ص 61.

وكان حريا بالمشرع المغربي أن يبتعد عن هذه الازدواجية التي لا طائل من ورائها ويعتمد على معيار السلامة من التحريف والتعديل لإقرار الحجية أو نفيها، وإن كان المهم ليس شكل النسخة على دعامة ورقية أو إلكترونية، وإنما الأهم في نظر المشرع هو التأكد من مدى أخذ النسخة وحفظها بطريقة تقنية تضمن سلامتها وتمنع أي تغيير أو تحريف قد يلحقها.

أما المشرع الفرنسي، فقد اشترط في النسخ التي يقدمها الأطراف أو المودع لديه عندما لا يحتفظون بالسند الأصلي، أن تكون مطابقة للأصل وغير قابلة للتغيير والزوال، فيتعين لكي تكتسب النسخة حجيتها أن تكون مطابقة للأصل تمام التطابق شكلا ومضمونا²⁴، واتصافها بالثبات والدوام وعدم قابليتها للزوال.

المطلب الثاني: مقومات الإقرار بالمحررات الإلكترونية في مجال الإثبات:

إذا كان من المسلم به أخيرا بأن التشريعات الوطنية والدولية قد منحت القيمة القانونية اللازمة للمحررات الإلكترونية في الإثبات، مثلها مثل المحررات التقليدية، وبدون وضع أي تسلسل بينها، واعتبارها أدلة كتابية مهما كانت دعامتها، فإن هذه الحجية مبنية على توافر مجموعة من المقومات والشروط حتى تكون في مصاف الأدلة الكتابية المعترف بها، والتي بانعدامها لا نكون أمام حجة كتابية كاملة بالمفهوم القانوني.

وعليه، نقف من خلال فقرتين، على شروط المحررات الإلكترونية في (الفقرة الأولى)، ثم المحررات الإلكترونية بين التقييد والحرية في (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: شروط المحررات الإلكترونية:

لقد اتفق الفقه على ضرورة توافر مجموعة من الشروط للاعتداد بالمحررات في الإثبات، كيفما كانت الدعامة المستعملة، ورقية كانت أو إلكترونية أو غير ذلك من الدعومات، التي قد تظهر في المستقبل.

وإعمالا لذلك فالمحررات الإلكترونية كي نعترف بقيمتها في إثبات التصرفات القانونية، يجب أن تتوفر فيها ثلاث شروط أساسية، وهي نفسها المشترطة في المحررات

24 - محمد السعيد رشدي، حجية وسائل الاتصال الحديثة في الإثبات، النسر الذهبي للطباعة، ص: 88.

العادية، وستعرض لها تباعاً، ويتعلق الأمر بقابلية الكتابة الإلكترونية للقراءة (أولاً)، واستمرارية ودوام الكتابة الإلكترونية (ثانياً)، وأن تحفظ من كل تحريف أو تعديل (ثالثاً).

أولاً: قابلية الكتابة الإلكترونية للقراءة:

إن الاحتجاج بالمحررات الإلكترونية والتي تعتمد في كتابتها على الإشارات والرموز والأرقام، يقتضي أن تكون مقروءة ومفهومة لدى أطراف العقد، ولن يتأتى ذلك إلا باستعمال رموز وحروف معروفة لديهم²⁵، وهذا الشرط بطبيعة الحال متوفر في الكتابة الإلكترونية وإن كان ذلك يستدعي استعمال الحاسب الآلي، عن طريق برامج معينة تقوم بترجمة هذه الرموز المستعملة إلى اللغة التي يفهمها ويستوعبها الإنسان.

ولا يعني ذلك أبداً عدم توفر شرط القراءة، ولا يطعن في حجية المحررات الإلكترونية لأنه لا يوجد شرط يقضي بأن تتوفر قراءتها بطريقة مباشرة²⁶، لأن هذه المحررات ما دامت تقوم على وسائط غير مادية - إلكترونية - فمن الطبيعي أن تتم قراءتها بواسطة جهاز الحاسوب، طبعاً بلغة مفهومة وواضحة.

ثانياً: استمرارية ودوام الكتابة الإلكترونية:

إذا كانت المحررات الورقية تتوفر على هذا الشرط بالنظر لطبيعتها فإن استخدام المحررات الإلكترونية يثير إشكالا هاما حول مدى تحقق شرط الاستمرارية فيها بالنظر إلى طبيعتها غير المادية التي تقوم عليها.

فالكتابة الإلكترونية لتكون دليلاً يعتد به في إثبات الحقوق والتصرفات القانونية أمام القضاء، لا بد من أن تتوفر فيها شرط الاستمرارية، وبطبيعة الحال فأى حجة وأي دليل كيفما كان نوعه وطريقة تحريره ومهما كانت دعامته، إن لم يكن مستمرا في الزمن فلا قيمة له من

25 - د. حسن عبد الباسط جميعي، إثبات التصرفات التي يتم إبرامها عن طريق الانترنت، دار النهضة العربية - القاهرة، 2000، ص 20.

26 - د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، التوقيع الإلكتروني ومدى حجتيه في الإثبات - دراسة مقارنة -، مشروع قانون التجارة الإلكترونية الكويتي - حلقة نقاشية عقدتها مجلة الحقوق بتاريخ 2005/4/5 -، مجلة الحقوق الكويتية، ملحق العدد 3، السنة 29، شعبان 1426 - سبتمبر 2005، ص 115.

الناحية القانونية، لأن الدليل الكتابي مثلاً لا نستطيع أن نحدد متى سنحتاج إليه، لأنه وجد أصلاً لحالة وقوع نزاع بين أطراف التصرف القانوني، ولإثبات حق معين إذ اعتدي عليه.

وقد اشترط الفقه أن يكون الدليل الكتابي الإلكتروني مثله مثل الأدلة الكتابية الورقية، متصفاً بالدوام والاستمرارية، حتى تتوفر إمكانية الرجوع إليه عند الحاجة من طرف كل ذي مصلحة من الأطراف²⁷.

ثالثاً: حفظ المحررات الإلكترونية من كل تعديل أو تحريف:

كشرط ثالث من شروط الاعتراف بالكتابة الإلكترونية كدليل لإثبات التصرفات والحقوق، يجب أن تكون محمية من التعديل والتغيير، أي أن يكون المحرر الإلكتروني مقاوماً لأي محاولة لإجراء تعديل أو تحريف في مضمونه، سواء بالإضافة أو الحذف، حتى يحوز على الثقة والأمان، مما يجعل هذه المسألة أهم مشكلة للعمل بالمحررات الإلكترونية في الميدان القانوني.

إذا كانت المحررات الورقية قد وضعت لها قواعد تضمن سلامتها، إضافة إلى كونها محررة بطريقة يسهل معه كشف أي تحريف وقع فيها سواء بالعين المجردة أو بالخبرة الفنية، حيث لا يتم التغيير إلا بإتلاف الدليل أو ترك أثر عليه، فإن المحرر الإلكتروني عكس ذلك قد يتعرض للتغيير والتحريف دون ترك أي أثر، ما عدا البيان الذي يسجله الحاسوب والمتعلق بزمان وتاريخ التغيير²⁸.

لكن حتى هذا البيان قابل للتغيير إذ أن الجهاز يمكن أن نبرمجه وفق أي تاريخ نرغب فيه، قبل القيام بتغيير المحرر، وبالتالي يسجل التاريخ الذي وقع فيه التغيير ويكون موافقاً لتاريخ كتابة المحرر، وهنا يرى أحد الباحثين²⁹ أنه من الضروري الاعتماد على أنظمة تحقق

27 - د. أحمد أدريوش، تأملات حول قانون التبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية - عناصر لمناقشة مدى تأثير القانون رقم 53.05 على قانون الالتزامات والعقود -، منشورات سلسلة المعرفة القانونية، مطبعة الأمانة - الرباط، الطبعة الأولى 1430 - 2009، ص 64.

28 - أحمد أدريوش، م.س، ص 64.

29 - الميلودي بوطريكي، م.س، ص 15.

التطابق الدائم للقرص الصلب مع مواقيت مرجعية من أجل ضمان تاريخ التصرفات القانونية الإلكترونية.

مما يجعل هذه الوسائل محط تساؤل، وعنصر الثقة والأمان فيها محل نظر؟ لذلك تم ابتكار وسائل متطورة تجعل من المحرر الإلكتروني مجرد رموز وإشارات غير مفهومة وغير واضحة، بحيث لا يستطيع أحد المساس بها أو كشف محتواها إلا لمن يتوفر على المفتاح الخاص بذلك، وهذه التقنية هي المسماة بتقنية التشفير، والتي تقف في وجه أي تغيير قد يلحق المحرر.

الفقرة الثانية: الإثبات بالمحررات الإلكترونية بين التقييد والحرية:

يعتبر الإثبات من بين أهم المواضيع التي اهتمت بها التشريعات، فلولا ما كان يستطيع أحد على أن يقيم الدليل على مصدر حقه،³⁰ فالحق الذي لا دليل عليه يعتبر في حكم العدم، وليس جديرا بالحماية، وقد تبنى المشرع المغربي في الإثبات النظام المختلط، المقيد في المادة المدنية والحر في المادة التجارية³¹، فما مدى استيعاب هذا النظام للتقنيات الحديثة في الإثبات؟

وعليه، سوف نتحدث عن المحررات الإلكترونية ومبدأ تقييد الإثبات في المادة المدنية (أولا)، ثم نتطرق للمحررات الإلكترونية على ضوء حرية الإثبات في المادة التجارية (ثانيا).

أولا: المحررات الإلكترونية ومبدأ تقييد الإثبات في المادة المدنية:

مبدئيا الإثبات في المادة المدنية يسوده الحرية، فالمشرع منح للأطراف إمكانية إثبات تصرفاتهم بجميع وسائل الإثبات، إلا أن هذه الحرية ليست مطلقة، بل هي محصورة في الأفعال والتصرفات القانونية وكذلك الاتفاقات والتي لا تتجاوز حدا معين وضعه المشرع.

إذ في هذه الحالة يتقيد الأفراد بقاعدة هامة ألا وهي عدم جواز إثبات هذه التصرفات إلا بالكتابة، والتي تتمتع بالقوة المطلقة في الإثبات، إذ تصلح لإثبات جميع

30 - د. محمد يحيى مطر، م. س، ص 10.

31 - الحكمة من إقرار المشرع حرية الإثبات في المادة التجارية هي ما تقتضيه المعاملات التجارية من سرعة وبساطة، الأمر الذي يتنافى واشترط الكتابة في الإثبات والذي يكون مدعاة للبطيء والتعقيد.

الوقائع المادية وجميع التصرفات القانونية مهما بلغت قيمتها³²، وهي بالتالي أهم دليل من أدلة الإثبات الأصلية³³، بشقيها الرسمي والعرفي والتي تجذب اطمئنان القاضي عند عدم وجود أي لبس أو غموض، وتجعله ميالا إلى الاعتداد بمضمونها³⁴، بعد فحصه والتأكد منه.

وإذا كان الإثبات بالمحركات التقليدية لا يثير أي إشكال، فإن الأخذ بالمحركات الإلكترونية ظل ولمدة طويلة من الزمن محل خلاف، لكن مع ذلك وأمام شيوع استعمال التقنيات الحديثة في إبرام العقود، أصبحت المحركات الإلكترونية تفرض نفسها في مختلف جوانب المعاملات المدنية، وبالتالي أخذت بها جل التشريعات واعتبرتها أدلة كتابية كاملة، صالحة لإثبات التصرفات المدنية، والاتفاقات والأفعال القانونية أمام القضاء.

والمرشح المغربي لم يكن بمعزل عن هذه الثورة المعلوماتية الجديدة، إذ تدخل ومنح في الفقرة الأولى من الفصل 1-417 الحجية الكاملة للمحركات الإلكترونية في الإثبات مثلها مثل المحركات التقليدية، لأن تكوين المغاربة لا يسمح لهم على الأقل في الوقت الحاضر، الانخراط في ميدان المعاملات الإلكترونية ولو في تصرفاتهم المدنية، أضف إلى ذلك التكوين الذي تلقاه القضاة والذي يقتصر على التكوين القانوني دون التقني، مع عدم الاستهانة بحجم الوسائل والأجهزة التي يستعان بها لتطبيق هذه مقتضيات الجديدة.

لذلك على المشرع المغربي إعادة النظر في التكوين القانوني والتقني للقضاة بشكل يجعلهم يستوعبون التقنيات الحديثة ودورها في الإثبات، حتى يتسنى لهم الحسم في النزاعات التي قد تنشأ عن المعاملات الإلكترونية المدنية، وتمكين المحاكم من الأجهزة الحديثة للقيام بعملها على أحسن وجه.

32 - محمد المرسى زهرة، الدليل الكتابي وحجية مخرجات الكمبيوتر في الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت، 1-3 مايو 2000، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد الثالث، منشورات جامعة الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الثالثة، 2004، ص 828.

33 - الفصل 443 من ق.ل.ع.

34 - محمد أوزيان، الرقابة القضائية على أدلة الإثبات في الأدلة المدنية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في قانون العقود والعقار، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، السنة الجامعية 2004-2005، ص 30.

ثانيا: المحررات الإلكترونية في ظل مبدأ حرية الإثبات في المادة التجارية:

إذا كان الميدان المدني يسوده مبدأ الحرية المقيدة في الإثبات، فإن الميدان التجاري يسوده مبدأ حرية الإثبات³⁵، فمن حق الأطراف اللجوء إلى أي وسيلة من الوسائل القانونية لإثبات حقوقهم³⁶ ولا يتقيدون بالكتابة إلا في حالات استثنائية إما بنص القانون أو بالاتفاق³⁷، وهنا يصبح الدليل الكتابي ضروريا لإثبات التصرف أو الحق المدعى به³⁸.

وفي خضم ذلك، وبالرجوع إلى التنظيم القانوني للمعاملات الإلكترونية في التشريع المغربي بمقتضى القانون الجديد، نجده لم يتطرق للفرقة بين الميدان المدني والتجاري، عند حديثه عن المعادلة بين المحررات الإلكترونية والتقليدية، بحيث جاء النص عاما يشمل جميع الميادين، بما فيها الميدان التجاري، على اعتبار أن ق.ل.ع شريعة عامة وهي التي تتضمن القواعد العامة لجميع المسائل القانونية بما فيها الإثبات.

لكن مع ذلك أعتقد أن المشرع المغربي قد جانب الصواب في هذه المسألة، لكون الميدان التجاري له قانونه الخاص به، وكان عليه أن يعدل مدونة التجارة لتستجيب لمقتضيات التجارة الإلكترونية ووسائل إثباتها، وخير منهج في التشريع في هذا الإطار هو الذي اتخذه المشرع التونسي، الذي تدخل وعدل فصول من مجلة الالتزامات والعقود لتساير التطورات الحديثة، وبعد ذلك أصدر قانونا خاصا ينظم المبادلات التجارية الإلكترونية.

وبغض النظر عن ذلك، فجميع التصرفات التجارية التي يشترط فيها المشرع أن تجري كتابة، يستوي فيها أن تكون هذه الكتابة على دعامة ورقية أو إلكترونية، رسمية أو عرفية، ما دنا توصلنا إلى الاعتراف التشريعي بهذه المحررات.

35 - راجع بخصوص التمييز بين حرية الإثبات في المواد المدنية وحرية الإثبات في المواد التجارية:

- إبراهيم وليد عودة، النظام القانوني للبطاقات البنكية، مكتبة دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع-الرباط، الطبعة الأولى 2008، ص 170.

36 - د. عبد الكريم الطالب، الإثبات في المادة التجارية بين الحرية والتقييد، مجلة المحامون، العدد 6، السنة 1998، ص 50.

37 - المادة 334 من م. ت.

38 - د. ثروت عبد الحميد، مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، المجلد الأول، م. س، ص 411.

فمثلاً نجد المادة 397 من مدونة التجارة³⁹ تقتضي أن يثبت عقد الوكالة التجارية وكذلك كل التعديلات الواردة عليه عند الاقتضاء بواسطة الكتابة، أيضاً ما تنص عليه المادة 11 من قانون شركات المساهمة⁴⁰ التي أوجبت أن يرد النظام الأساسي كتابة في محرر عرفي أو رسمي، لأن المشرع رأى بأن هذه التصرفات لا يتصور وجودها بغير الكتابة أو أنها تنطوي على أهمية خاصة⁴¹، وبالتالي فالإثبات فيها لا يتم إلا بالكتابة بجميع أشكالها.

وهناك من ذهب إلى أبعد من ذلك⁴²، ورأى بأن الإثبات الإلكتروني سيصبح هو الأصل في الميدان التجاري مع مرور الوقت، وبالضبط في التجارة الإلكترونية، وسيؤدي إلى غياب المحررات الورقية من هذا المجال.

بل أكثر من ذلك سوف يؤدي إلى اندثار مبدأ حرية الإثبات، ففي ظل اللجوء إلى وسائل الاتصال الإلكترونية في إبرام وعقد الصفقات التجارية، يصبح معه مستقبل مبدأ حرية الإثبات مهدداً، وما يشكل ذلك من نتيجة هامة، ألا وهي توحيد النظام القانوني للمعاملات، بالشكل الذي يجعل إثبات المعاملات التجارية تميل في اتجاه القانون المدني حيث تحتل الكتابة مكان الصدارة.

لكن وإن كنا لا ننفي التأثير الكبير لمبدأ حرية الإثبات بالتقنيات الحديثة، فإن ذلك لا يكفي للقول بزواله واندثاره بصفة مطلقة، لأن هناك وسائل أخرى يمكن أن تثبت بها هذه المعاملات، رغم كونها تتم عبر وسائل حديثة وفي دعائم غير مادية، ومن بينها الإقرار الذي

39 - ظهير شريف رقم 1.96.83 صادر في 15 من ربيع الأول 1417 (فاتح أغسطس 1996)، بتنفيذ القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة، ج.ر عدد 4418 بتاريخ 19 جمادى الأولى 1417 (3 أكتوبر 1996)، ص 2187-2256.

40 - ظهير شريف رقم 1.96.124 صادر في 14 من ربيع الآخر 1417 (30 أغسطس 1996)، بتنفيذ القانون رقم 17.95 المتعلق بشركات المساهمة، ج.ر عدد 4422، بتاريخ 4 جمادى الآخرة 1417 (17 أكتوبر 1996)، ص 2320-2369.

41 - د. نور الدين الناصري، المحررات الإلكترونية وحجيتها في إثبات التصرفات المدنية والتجارية، م. س، ص 50.

42 - د. هاني دويدا، مستقبل مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية، مؤتمر المعاملات الإلكترونية (التجارة الإلكترونية-الحكومة الإلكترونية)، م. س، ص 503-505.

تطرق له المشرع المغربي في ق.ل.ع⁴³ والذي يعتبر سيد الأدلة⁴⁴، وقد عرفه الفقه بكونه "اعتراف شخص بحق عليه لآخر، سواء قصد ترتيب هذا الحق في ذمته أم لم يقصد"⁴⁵.

لذلك أعتقد أنه لا مجال للقول بزوال مبدأ حرية الإثبات ما دام المشرع لم ينص على ذلك، فيبقى قائماً سواء في ميدان المعاملات العادية أو الالكترونية.

43 - راجع الفصلين 405 و 407 من ق.ل.ع. المغربي.

44 - د. محمد ابن معجوز، وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي، دار الحديث الحسنية، طبعة 1416 - 1995، ص 41.

45 - د. عبد الرزاق السنهوري، الجزء الثاني، م. س، ص 471.