المنظومة
ALMANDUMAH

العنوان:	دور المحررات الإلكترونية فى الإثبات
المصدر:	مجلة المنبر القانوني
الناشر:	إدريس كركين
المؤلف الرئيسي:	المقداد، سليمان
المجلد/العدد:	ع10
محكمة:	نعم
التاريخ الميلادي:	2016
الشهر:	أبريل
الصفحات:	93 - 110
رقم MD:	815664
نوع المحتوى:	بحوث ومقالات
اللغة:	Arabic
قواعد المعلومات:	IslamicInfo
مواضيع:	القوانين والتشريعات، المحررات الإلكترونية، الخدمات الإلكترونية، الاثبات الجنائى، المعاملات القانونية، المغرب
رابط:	http://search.mandumah.com/Record/815664

© 2025 المنظومة. جميع الحقوق محفوظة.
هذه المادة متاحة بناء على الإتفاق الموقع مع أصحاب حقوق النشر، علما أن جميع حقوق النشر محفوظة. يمكنك تحميل أو طباعة هذه المادة للاستخدام الشخصي فقط، ويمنع النسخ أو التحويل أو النشر عبر أي وسيلة (مثل مواقع الانترنت أو البريد الالكتروني) دون تصريح خطي من أصحاب حقوق النشر أو المنظومة.

للإستشهاد بهذا البحث قم بنسخ البيانات التالية حسب إسلوب الإستشهاد المطلوب:

إسلوب APA
المقداد، سليمان. (2016). دور المحررات الإلكترونية فى الإثبات.مجلة المنبر القانوني، ع10، 93 - 110. مسترجع من http://search.mandumah.com/Record/815664

إسلوب MLA
المقداد، سليمان. "دور المحررات الإلكترونية فى الإثبات."مجلة المنبر القانوني ع10 (2016): 93 - 110. مسترجع من http://search.mandumah.com/Record/815664

© 2025 المنظومة. جميع الحقوق محفوظة.
هذه المادة متاحة بناء على الإتفاق الموقع مع أصحاب حقوق النشر، علما أن جميع حقوق النشر محفوظة. يمكنك تحميل أو طباعة هذه المادة للاستخدام الشخصي فقط، ويمنع النسخ أو التحويل أو النشر عبر أي وسيلة (مثل مواقع الانترنت أو البريد الالكتروني) دون تصريح خطي من أصحاب حقوق النشر أو المنظومة.

دور المحررات الإلكترونية في الإثبات

✍ ذ. سليمان المقداد
باحث بصف الدكتوراه
في القانون الخاص
تخصص قانون العقود والعقار
كلية الحقوق – وجدة

المقدمة :

يشهد العالم اليوم ثورة كبيرة في ميدان الاتصالات، أو ما يسمى بثورة المعلومات[1]، والتي شملت مختلف مناحي الحياة، سياسية واقتصادية واجتماعية وغيرها.

ولعل السبب الرئيسي لهذه الثورة يعود لظهور الإنترنت، وارتباطها بالحاسبات الآلية، والتي تطورت بشكل متسارع، وفي وقت وجيز، بالنظر لقلة تكلفة استعمالها وسهولة وسرعة إنجاز المعاملات التي تتم من خلالها، مقارنة مع وسائل الاتصال الأخرى المعروفة، مما جعلها تشكل ملتقى للأفراد والشركات.

وأهم مجال تأثر بهذه التطورات التكنولوجية هو ميدان المعاملات القانونية بشتى أنواعها، مدنية كانت أو تجارية أو غيرها، وإن كانت المعاملات التجارية هي السبب الأساسي في دخول أنظمة المعلومات إلى الميدان القانوني، أو ما يسمى بالتجارة الإلكترونية، نظرا لكونها تساعد على سرعة انتقال المعلومات وإمكانية الاتصال والتعامل المباشر وتقديم الخدمات الإلكترونية، وبالتالي التحول إلى عصر حضاري جديد هو «عصر المعلومات»[2].

فبفعل العولمة أصبحت التجارة تتخذ بعدا عالميا، يستفيد منها الجميع بعد أن غدا العالم قرية كونية متشابهة، ينمو ويتلاحم بجميع أجزائه، وخاصة بعد الدور الذي لعبته شبكة الانترنت

1. د. محمد بوشيبة، الإثبات بين القواعد التقليدية ومستجدات التقنيات الحديثة، مجلة المحاكم المغربية، العدد 103، يوليوز – غشت 2006، ص. 149.
2. عبد الله الكندري، ماهية الأساليب الحديثة في إعلان الأوراق القضائية، مؤتمر الأساليب الحديثة في إعلان الأوراق القضائية بين النظر والتطبيق، 10 – 11 أبريل 2006، قسم الدراسات والبحوث والترجمة، معهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية، 2008 – 2009، ص. 66.

ومختلف أشكال ثورة الاتصالات[3]، والقانون باعتباره ظاهرة اجتماعية لابد وأن تتجاوب قواعده مع العولمة بمفهومها المعاصر[4].

وارتباطا بتطور وسائل التكنولوجيا الحديثة ظهرت مصطلحات ومفاهيم جديدة، لم تكن معروفة من ذي قبل، ويتعلق الأمر بالمحررات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني، كأدوات لإثبات المعاملات التي تتم عبر الانترنت، بعد أن كانت المعاملات تتم عبر المحررات الورقية والتوقيعات اليدوية، مما يشكل تطورا كبيرا في وسائل الإثبات[5]، والتي تلعب دورا هاما وحاسما في الاعتراف بالحقوق[6]، و تعتبر الأدلة الكتابية من أهم هذه الوسائل وأقواها حجية، والتي ترتبط ارتباطا وثيقا بالقاعدة التي تقضي بأن الإنسان لا يستطيع أن يقتضي حقه بنفسه، بل عليه اللجوء إلى القضاء[7].

ففي بداية الأمر وفي ما يتعلق بالتشريع المغربي نجد أنه تعامل مع الأدلة الكتابية في ق.ل.ع بنظرة تقليدية صرفة،[8] أي من زاوية عدم الاعتداد بأي جديد على مستوى وسائل الإثبات الحديثة، وذلك عندما نص على أن تكون بخط اليد والتوقيع كذلك[9]، مما أثار التساؤل حول إمكانية تجاوز هذه القراءة، نحو قراءة جديدة تسعف القواعد العامة في استيعاب كل مستجد على هذا المستوى؟[10].

ورغم النقاشات التي ثارت في هذا الإطار إلى أنه ففي اعتقادي لم يكن هناك مجال للتساؤل عن إمكانية الأخذ بالمحررات الإلكترونية في ظل القواعد التقليدية للإثبات، وإن كان من المسلم به أن القواعد القانونية تمتاز بخاصية العمومية والتجريد التي تضمن دوامها واستمرارها[11]،

3. هانس بيتر مارتن؛ هارالد شومان، فخ العولمة – الاعتداء على الديموقراطية والرفاهية –، سلسلة عالم المعرفة، العدد 238، أكتوبر 1998، ص. 10.

4. د. إدريس الفاخوري، المدخل لدراسة القانون – نظرية القانون والحق–، مطبعة دار النشر الجسور – وجدة، الطبعة الأولى 2000، ص. 77.

5. طبعا نحن هنا نتحدث عن الإثبات الذي يتم أمام القضاء، بالطرق التي حددها القانون، والذي ينصب على المصدر القانوني المنشئ للحق، تمييزا له عن أنواع الإثبات الأخرى التي لا تكون بوسائل محددة.
– د. توفيق حسن فرج، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة 2003، ص. 6.

6. ALAIN BENSOUSSAN, Internet aspects juridiques, édition hermes, paris, 1996, p. 67.

7. د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات المدني، دار الثقافة للتوزيع والنشر– عمان، الطبعة الأولى– الإصدار الثاني، 2005، ص. 10.

8. راجع الفصل 417 من ق.ل.ع قبل تعديله بمقتضى ق ت إ م ق.

9. تنص الفقرة الأولى والثانية من الفصل 426 من ق.ل.ع على ما يلي: «يسوغ أن تكون الورقة العرفية مكتوبة بيد غير الشخص الملتزم بها بشرط أن تكون موقعة منه.
ويلزم أن يكون التوقيع بيد الملتزم نفسه وأن يرد في أسفل الورقة...».

10. محمد أوزيان، مدى إمكانية استيعاب نصوص الإثبات في ظهير الالتزامات والعقود للتوقيع الإلكتروني، مجلة القضاء والقانون، العدد 155، 2008، ص. 38.

11. د. إدريس الفاخوري، م. س، ص. 57.

بشكل يجعلها صالحة للتطبيق على الحالات الراهنة أو التي ستحدث في المستقبل، إلا أنها بلغت حدا لا يمكن معها أن تحتوي أي تطور.

وعلى ضوء ذلك بات من اللازم التوفيق بين النصوص القانونية والتطورات الحاصلة في ميدان العقود، وتنظيم الإثبات بالمحررات الإلكترونية، لأن الإثبات يهم ميدان القضاء بالأساس، وهذا الأخير مقيد في تطبيق القاعدة القانونية السليمة باحترام التشريع الجاري به العمل،[12] وعدم التنصيص بشكل صريح على إدخال مثل هذه التقنيات الحديثة في ميدان الإثبات، يعني إقصاءها وانعدام حجيتها القانونية، ولا يمكن للقاضي إقرار هذه الحجية بدون وجود نص قانوني صريح.

ولم يكن أمام المشرع المغربي والتشريعات المقارنة إلا أن تتدخل لتعديل منظومة إثباتها، بالشكل الذي يجعلها تستوعب هذا النوع من المحررات، وتضمن حجيتها في إثبات التصرفات القانونية، ولن يتأتى ذلك إلا بفصل الكتابة والتوقيع عن دعامتهما، وعن الشكل اليدوي الذي تتم بها.

وإذا سلمنا بأن التكنولوجيا الحديثة قد أثرت بشكل كبير على الميدان القانوني، وبالخصوص فيما يتعلق بمنظومة الإثبات، فإن الإشكال المطروح في هذا الإطار يتمحور حول القيمة والحجية القانونية التي يمكن إضفاؤها على المحررات الإلكترونية، وما مدى إمكانية اعتبارها من قبيل الكتابة المعتد بها في إثبات التصرفات القانونية؟.

هذا ما سوف نبحثه من خلال مطلبين، حيث نوضح في (المطلب الأول) المفهوم القانوني للمحررات الإلكترونية، ثم نبحث في الاعتراف التشريعي بالمحررات الإلكترونية في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: المفهوم القانوني للمحررات الإلكترونية

من المسلم به أن المحررات الكتابية تعتبر من أهم طرق الإثبات، نظرا للحماية والأمان الذي تضفيه على التصرفات القانونية وحماية حقوق المتعاملين في الميدان القانوني[13]، والمحررات الإلكترونية باعتبارها أدلة كتابية تستدعي البحث أولا عن تعريف لها، وأنواعها حيث قد تكون محررات عرفية أو رسمية، وكيف يكون تطبيق هذا التقسيم على المحررات الالكترونية؟.

12. إدريس بلمحجوب، المصغرات الفيلمية كوسيلة للإثبات في الميدان البنكي، أبحاث في الفقه والقضاء- على ضوء الاتجاهات الحديثة للمجلس الأعلى، الجزء الأول - الميدان المدني، مطبعة الأمنية - الرباط، 2006، ص. 132.

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

وعليه سنخصص هذا المطلب للتعريف بالكتابة والمحررات الإلكترونية (الفقرة الأولى)، ثم نتعرض لصور المحررات الإلكترونية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: تعريف الكتابة والمحررات الالكترونية

نظرا لكون هذه المحررات[14] مفهوم جديد ظهر إلى الساحة القانونية، فإنه من الضروري البحث في مفهومها ومقوماتها، ومعرفة مواطن التقارب بينها وبين المحررات التقليدية، قبل الحديث عن تنظيمها القانوني، خصوصا في التشريع المغربي، وبالضبط فيما يتعلق بمكانتها ضمن منظومة الإثبات.

لقد ارتبط الدليل الكتابي تقليديا بالورق وبالتوقيع اليدوي[15]، هذا المفهوم الضيق[16] لم يعد يساير التطورات الحاصلة في ميدان العقود، لأن مفهوم الكتابة أصبح يشمل جميع الدعامات[17] كيفما كان نوعها، فالمهم فيها أن تكون ذات دلالة، والقول بغير ذلك سيؤدي إلى ضياع حقوق المتعاملين، وعدم الاستفادة من مستجدات وسائل الاتصال الحديثة.

بعبارة أخرى فكل كتابة تؤدي المعنى المراد تكفي للإثبات أيا كانت صيغتها ولغتها[18]، ولم تغب هذه المسألة عن اهتمام المشرع، حيث نجد أن جل التشريعات التي أصدرت قوانين خاصة تهم المعاملات الإلكترونية لكي تساير التطورات التكنولوجية، أخذت بالمفهوم الواسع للكتابة.

14. وقصد 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.

15. كان ينظر إلى المحرر التقليدي المعد للإثبات إلى أنه ذلك المحرر الخطي الذي يذيله شخص ما بتوقيعه وفق حركات خطية معينة.
- د. نور الدين الناصري، المعاملات والإثبات في مجال الاتصالات الحديثة، سلسلة الدراسات القانونية المعاصرة، العدد 12، الطبعة الأولى 1428 - 2007، ص. 20.
-V .SEDALIAN, preuve et signature électronique, p.2, disponible sur le site : www.juriscom.net/chr/2/fr20000509.htm

16. هناك من يرى بأن تعبير المستند - المحرر- يشمل المستند الورقي والإلكتروني، لأن الأصل اللغوي لهذه الكلمة لا يقتصر على نوع معين وإنما يشمل الكتابة بمفهومها التقليدي ويتسع لغيرها ومنها الكتابة الإلكترونية.
- راجع في ذلك: د. أشرف توفيق شمس الدين، الحماية الجنائية للمستند الالكتروني - دراسة مقارنة-، مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، 9-11 ربيع الأول 10-1424/12 ماي 2003، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد الثاني، منشورات جامعة الإمارات العربية المتحدة، ص. 497.

17. أو مايسمى بمبدأ الحياد التقني والوسائطي.
للتوسع في هذه الفكرة: د. عمر أنجوم و د. إدريس الحياني، إثبات العقد الإلكتروني وفق قانون الالتزامات والعقود وعلى ضوء مشروع قانون التبادل الإليكتروني للبيانات القانونية، مجلة القانون المغربي، العدد 11، ماي 2007، ص. 82.

18. د. عايض راشد المري، تأملات في مشروع قانون التجارة الإلكترونية الكويتية، مجلة الحقوق الكويتية، العدد 4، السنة 30، ذو الحجة 1427 - ديسمبر 2006، ص. 151.

والمشرع المغربي لم يكن بعيدا عن هذا التطور إذ تدخل مؤخرا لتعديل بعض فصول قانون الالتزامات والعقود بإصداره ق.ت.إ.م.ق[19]، ووسع من مفهوم الأدلة الكتابية[20]، بحيث يمكن أن تكون عبارة عن رموز أو إشارات، غاية ما في الأمر أن تدل على تصرف معين، متأثرا بما تبناه المشرع الفرنسي[21]، المصدر الأصلي لفصول القانون الجديد، رغبة في الاستفادة من مفرزات التطورات الحديثة، مما يشكل ترسيخا لاستقلالية الكتابة عن دعامتها[22].

وقد عرف المشرع الفرنسي الكتابة في المادة 1316 [23] من القانون المدني، وقد كانت محكمة النقض الفرنسية سباقة إلى هذا التوجه قبل التعديل التشريعي، حيث اعتبرت أن الكتابة يمكن أن تنشأ وتحفظ على أية دعامة، شريطة أن تكون تمامية وسلامة الوثيقة محفوظة ويمكن نسبة محتواها إلى الموقع[24].

وبخصوص الفقه فقد عرف الكتابة بكونها «كل الحروف أو الأرقام أو الرموز أو أي علامات أخرى تثبت على دعامة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أية وسيلة أخرى مشابهة تعطي دلالة قابلة للإدراك[25] وعرفها الأستاذ محمد إبراهيم أو الهيجاء[26] بأنها « لا تتعدى كونها رموزا تعبر عن الفكر والقول ولا يشترط لفهم هذا التعبير استناده إلى وسيط معين، فالعبرة هي في قدرة الوسيط، على نقل رموز الكتابة وبالتالي الاعتداد به».

فمادامت المحررات الالكترونية يمكن أن تقوم بالدور الذي تقوم به المحررات العادية، حيث أن الكتابة يتم معالجتها بطريقة رقمية، ويتم تخزين البيانات إلكترونيا، بشكل يمكن أصحاب الشأن من الاطلاع عليها وعلى مضمونها عن طريق جهاز الكمبيوتر، والذي يجعل هذه البيانات

19. ظهير شريف رقم 1.07.129 صادر في 19 من ذي القعدة 1428(30 نوفمبر2007) 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.

20. راجع الفصل 417 من ق.ل.ع .

21. 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.

22. D. GOBERT et E. MONTERO, l'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique, Jornal des tribunaux, 120e année N° 6000, 17 Fevrier 2001, p. 117.

23. « كل تدوين للحروف أو العلامات أو الأرقام أو أي رمز أو إشارة أخرى، ذات دلالة تعبيرية واضحة ومفهومة أيا كانت الدعامة التي تستخدم في إنشائها، أو الوسيط الذي تنقل عبره»،

24. C.cass, chambre commerciale, 2 décembre 1997, J. ESNAULT, la signature électronique, mémoire de DESS de droit du multimédia et de l'informatique, université de droit d'Economie et de sciences sociales, paris 2 PANTHEON-ASSAS, publier le 22/07/2003, disponible sur le site http://signelec.com/nems/1058788095.

25. د. نور الدين الناصري، المحررات الإلكترونية وحجيتها في إثبات التصرفات المدنية والتجارية، مجلة المحاكم المغربية، عدد 112، يناير– فبراير 2008، ص. 43.

26. د. محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية: العقود الإلكترونية – القانون الواجب التطبيق – المنازعات العقدية وغير العقدية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى 2005، ص. 62.

تظهر في صورة مقروءة وواضحة لأطراف التصرف[27]، وبالتالي تعبر عن إرادتهم الصحيحة، ويمكن التوقيع الوارد فيها من نسبتها إلى صاحبها.

والحديث عن المحررات الإلكترونية يجرنا إلى الحديث عن التوقيع الإلكتروني الذي تذيل به الكتابة الإلكترونية، فالمحررات الكتابية لا تعد أدلة كاملة في الإثبات إلا إذا كانت تحمل توقيعا معينا، فهذا الأخير هو العنصر الثاني من عناصرها، وإذا كانت المحررات الإلكترونية أدلة كتابية فإن ذلك مرتبط بتوفرها على توقيع وبطبيعة الحال لن يكون هذا التوقيع إلا إلكترونيا، مختلفا عن التوقيع العادي من حيث دعامته.

وتجدر الإشارة إلى أن هناك تباين في التعريفات التي أعطيت له، بحسب الزاوية التي ينظر منها إليه، فهناك من يقوم بتعريفه بالنظر إلى الوسيلة المستعملة في وضعه، ومن عرفه على أساس الوظائف التي يقوم بها في إضفاء الحجية على المحررات الإلكترونية[28].

ومن بين التشريعات التي عرفت التوقيع الإلكتروني انطلاقا من وظائفه، نجد المشرع المغربي في الفصل 2-417 [29] والذي حدد هذه الوظائف في التعريف بشخصية الموقع، والتعبير عن التزامه بمحتوى المحرر أو الوثيقة الإلكترونية[30]، متأثرا بتوجه المشرع الفرنسي[31] الذي أخذ عنه هذا المقتضى وبشكل حرفي، وقد أحسن المشرع المغربي والفرنسي صنعا عندما لم يتطرقا للطريقة أو الشكل الذي يكون عليه التوقيع الإلكتروني،[32] وهو أمر سيجعل النص القانوني يستوعب جميع الأشكال التي يتم بها حاليا أو التي ستستجد في المستقبل.

27. دة. نجوى أبو هيبه، التوقيع الإلكتروني: تعريفه- مدى حجيته في الإثبات-، مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، 9-11 ربيع الأول 1424/ 10 - 12 ماي 2003، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد الأول، منشورات جامعة الإمارات العربية المتحدة، ص. 437.

28. د. لورنس محمد عبيدات، إثبات المحرر الإلكتروني، دار الثقافة للتوزيع والنشر- عمان، الطبعة الأولى 2005، ص. 125.

29. تنص الفقرة الأولى الفصل 2-417 على ما يلي: «يتيح التوقيع الضروري لإتمام وثيقة قانونية التعرف على الشخص الموقع ويعبر عن قبوله للالتزامات الناتجة عن الوثيقة المذكورة».

30. في هذا الإطار هناك من يرى بأن المشرع المغربي لأول مرة يقوم بتعريف التوقيع بوجه عام.
د. أحمد ادريوش، تأملات حول قانون التبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية - عناصر لمناقشة مدى تأثير القانون رقم 53.05 على قانون الالتزامات والعقود -، منشورات سلسلة المعرفة القانونية، مطبعة الأمنية - الرباط، الطبعة الأولى 1430 - 2009، ص. 65.

31. ART.1316-4.

32. راجع في صور التوقيع الإلكتروني: سليمان المقداد، حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات، رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون العقود والعقار، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول - وجدة، السنة الجامعية 2008 - 2009، ص. 36 وما بعدها.

بينما نجد المشرع المصري قد عرفه[33] بكونه يتخذ شكل حروف أو أرقام أو إشارات أو غيرها ويكون له طابع متفرد يمكن من تحديد شخصية الموقع ويميزه عن غيره، وبالتالي يكون قد اعتمد على الشكل الذي يتخذه التوقيع الالكتروني والوظائف التي يقوم بها.

أما على المستوى الفقهي فمعظم التعريفات ركزت على وسيلة التوقيع ووظائفه، حيث عرفه أحد الفقهاء[34] باعتباره «مجموعة من الإجراءات القانونية التي تسمح بتحديد هوية من تصدر عنه هذه الإجراءات، وقبوله بمضمون التصرف الذي يصدر بمناسبته».

وتجدر الإشارة إلى أنه إذا كان من الممكن فصل الوثيقة الورقية عن التوقيع المذيل بها، أو اقتطاع جزء منها، فغنه بالنسبة للتوقيع الإلكتروني فذلك من الصعب تصوره لأن هذا الأخير لا يثبت الشخص صاحب الوثيقة فقط ولكن يثبت بشكل محدد الوثيقة محل التوقيع[35].

ويمكنا القول بأن التصور التقليدي للتوقيع ككتابة بخط اليد، لم يعد واردا في ظل التقنيات الحديثة، وهو الأمر الذي جعل المشرع الفرنسي يدخل تعديلا مهما على نص المادة 1326 من القانون المدني،[36] يغير فيه عبارة « de sa main » بعبارة « par lui-même »، لكي تستجيب للتطورات الحديثة، وبالتالي فالمهم في التوقيع الإلكتروني والتوقيع بصفة عامة هو التحديد الدقيق لشخصية الموقع ورضاه بالالتزام أما وسيلته فلا تهم، سواء تعلق الأمر بإمضاء بخط اليد أو بإمضاء معلوماتي[37]، فيجب أن يعرف بمعزل عن طريقته، حتى يستطيع استيعاب جميع أشكال التوقيع، الحالية والمستقبلية[38].

33. الفقرة (ج) من المادة 1 من ق.ت.إ.م.

34. د. حسن عبد الباسط جميعي، إثبات التصرفات التي يتم إبرامها عن طريق الانترنت، دار النهضة العربية – القاهرة، 2000، ص. 35.

35. هشام عبد الوهاب، الضوابط الفنية والتقنية لإضفاء ذات الحجية القانونية للتوقيعات الإلكترونية، هيئة تنمية صناعة تكنولجيا المعلومات، وزارة الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات، جمهورية مصر العربية، ص. 15. منشور على الموقع الإلكتروني للهيئة:www.electronicsignature.gov.eg

36. Art. 5 "A l'article 1326 du code civil, les mots: « de sa main » sont remplacés par les mots: « par lui-meme»".
- loi n°2000 - 230 du 13 mars 2000.

37. الهادي شايب عينو، بعض المشاكل الناجمة عن استعمال المعلوماتية في البنوك، الندوة الثالثة للعمل القضائي والبنكي، العمل القضائي وتطورات القطاع البنكي بالمغرب، الرباط: 10 – 11 ذو الحجة 1413/ 19 – 20 يونيه 1993، نشر المعهد الوطني للدراسات القضائية والمجموعة المهنية لبنوك المغرب، مطبعة الأمنية– الرباط، ص. 104.

38. SOUMAYA AKKOUR, Le commerce électronique et la protection du syberconsommateur en droit marocain, Thèse pour le doctorat en droit privé, centre d'Etudes et de recherches juridiques sur les espaces méditerranéen et africain froncophones, V. de perpignon via domita, F.D.S.E, 17 NOV 2006, p. 767.

الفقرة الثانية: صور المحررات الالكترونية

رأينا بأن المحررات الالكترونية أدلة كتابية مثلها مثل المحررات الورقية، حيث لا يمكن التغاضي عن أهميتها في ضمان حقوق الأفراد وإثبات تصرفاتهم القانونية في العصر الحديث، والمحررات تنقسم إلى نوعين، عرفية وأخرى رسمية[39]، هنا يثور التساؤل حول مدى إمكانية الحديث عن محررات إلكترونية عرفية وأخرى رسمية؟.

فبخصوص المحررات الإلكترونية العرفية تجدر الإشارة أولا أنه من المسلم به أن المحررات العرفية لا يشترط فيها المشرع أن تتخذ شكلا معينا[40]، ولكي تكون لها حجية في الإثبات لابد من توفر شرط جوهري وهو التوقيع[41]، ما لم يتم إنكاره[42]، والمحرر الورقي يمكن أن يكون له نفس القوة التي يتمتع بها المحرر الرسمي كما سنرى في حينه إذا اعترف به من يتمسك به ضده، أو المعتبر قانونا في حكم المعترف به[43]، كما إذا أنكر من يحتج ضده بالمحرر التوقيع، وثبت للمحكمة أنه منسوب إليه[44]، فهل يمكن اعتبار المحررات الإلكترونية محررات عرفية؟.

جوابا على هذا التساؤل عدد المشرع المغربي بعض الشروط التي تضفي 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 عنه[45]، وأن يكون المحرر الإلكتروني موقعا توقيعا مؤمنا[46]، وبتحقق هذه الشروط يصبح دليلا للإثبات.

39. ينص الفصل 417 من ق.ل.ع على ما يلي: «الدليل الكتابي ينتج من ورقة رسمية أو عرفية...».
راجع في نفس الإطار: قرار المجلس الأعلى رقم 3105، ملف مدني رقم 97/5/1/3907، بتاريخ 13 ماي 1998، م. ق. م. أعدد 53-54، السنة 21، ص. 247.

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

41. جاء في قرار للمجلس الأعلى ما يلي: «العقد العرفي يكتسب قوته الإثباتية بالتوقيع».
قرار المجلس الأعلى عدد 792، ملف مدني رقم 1407-86، بتاريخ 22 مارس 1989، م. ق. م. أعدد 46، نونبر 1992، ص. 94.

42. الفصل 431 من ق.ل.ع.
جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية ما يلي: «الورقة العرفية حجة بما دون فيها على من نسب إليه توقيعه عليها مالم ينكر صدورها منه». الطعن رقم 3039 لسنة 63 ق، جلسة 24-04-2001.
الموقع الالكتروني: www.lawyers-gate.com/vb/showthread.php?p=13013

43. الفصل 424 من ق.ل.ع.
راجع كذلك: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، الإثبات - آثار الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، 1982، ص. 190.

44. تعليق على قرار المجلس الأعلى عدد 777 الصادر عن الغرفتين بتاريخ 15 دجنبر 1976، م. ق. م. أعدد 26، ص. 27.

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

46. الفصل 3-417 من ق.ل.ع.

وتعتبر دليلا على تاريخها بين المتعاقدين وورثتهم وخلفهم الخاص حينما يعمل كل منهم باسم مدينه، ولكن حتى يحتج بها على الغير يجب أن يكون تاريخها ناتجا عن التوقيع الإلكتروني المؤمن، الذي يعرف بالوثيقة وبموقعها وفقا للمقتضيات القانونية المعمول بها[47].

يتبين 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 2-417 التي تنص على شروط إصباغ الرسمية على هذه المحررات، وحسنا فعل المشرع المغربي عندما عالج هذه المسألة، تفاديا للإشكاليات التي قد تثار بشأنه.

نفس الشيء بالنسبة للمشرع التونسي[48] والذي قرر عرفية الوثيقة الإلكترونية، إذا كانت محفوظة في شكلها النهائي بطريقة موثوق بها ومدعمة بإمضاء إلكتروني، وبفقدان أحد هذه الشروط تسقط حجيتها، وتنفي عنها صفة المحرر العرفي[49]، ولا تعتبر حينئذ حجة كاملة يعتد بها في الإثبات، وإنما بداية حجة كتابية.

أما المشرع المصري فلم يكن واضحا بهذا الخصوص حيث أضفى نفس الحجية التي تتمتع بها المحررات التقليدية على المحررات الإلكترونية سواء منها العرفية أو الرسمية[50]، مما يعني على الأرجح أنه تلميح إلى تطبيق القواعد العامة التي تحكم المحررات الكتابية.

أما بخصوص المحررات الإلكترونية الرسمية فكما هو معلوم أن المحررات الرسمية هي التي يتلقاها الموظف العمومي المرخص له قانونا بتوثيق العقود،[51] وهذا ما سار عليه أيضا القضاء المغربي[52]، والموظف العمومي هو كل شخص تعينه الدولة للقيام بخدمة من الخدمات، فكل من

47. الفقرة 6 من الفصل 425 من ق.ل.ع.
48. تنص الفقرة الثانية من الفصل 453 مكرر من م.إ.ع على ما يلي: «وتعد الوثيقة الإلكترونية كتبا غير رسمي إذا كانت محفوظة في شكلها النهائي بطريقة موثوق بها ومدعمة بإمضاء إلكتروني».
49. المنصف زغاب، الوثيقة الإلكترونية، مجلة القضاء والتشريع التونسية، العدد 10، السنة 47، شوال- ذو القعدة 1426/ ديسمبر 2005، ص. 203.
50. تنص المادة 15 من ق.ت.إ.م على ما يلي: « 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 وفقا للضوابط الفنية والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون».
51. الفصل 418 من ق.ل.ع.
52. 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.

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[53].

من 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، ويختم الوثيقة بتوقيعه، إلى جانب توقيع الأطراف ويحتفظ بالأصل في ديوانه ويسلم نسخة منها للأطراف[54].

لكن ما يهمنا هنا 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 وضع 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 417-2 من ق.ل.ع والفقرة الأولى من الفصل 418 من نفس القانون نجدهما متطابقين وما هو إلا تكرار فقط، فمادام أن المشرع منح صفة الرسمية للمحرر الإلكتروني مثل المحرر العادي، فكان عليه أن يكتفي بنص الفصل 418، ويجعله مسايرا 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؟.

مهمة كهذه تنطوي على تعقيدات كبيرة مقارنة مع المهمة التقليدية التي يقوم بها الموثق[55] 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 الانترنت، أي توثيق المحررات ومعاينة وضع التوقيع إلكترونيا، لكن هذا الإشكال وغيرها سيظل عائقا أمام تطبيق مقتضيات القانون الجديد ما لم يتدخل المشرع لحل هذه الإشكالية، عبر نص تنظيمي يحدد كيفية تطبيق هذا المقتضى، على

53. د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات المدني، م. س، ص. 125.
54. العربي جنان، التبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، (القانون المغربي رقم 05-53) دراسة تحليلية نقدية، المطبعة والوراقة الوطنية- مراكش، الطبعة الأولى 2008، ص. 26.
55. العربي جنان، م.س، ص. 27.

غرار المشرع الفرنسي[56]، الذي وضع مجموعة من القواعد التي تندرج ضمن كيفية تطبيق هذه المقتضيات، والذي أوجب على الموثقين استعمال نظام معالجة وتحويل للمعلومات مقبول معترف به من طرف المجلس الأعلى للتوثيق، وضامنا لسرية مضمون العقد[57]، لكن لم يحدد ولم يفصل في الإشكال المركزي المتعلق بكيفية التوثيق، والأمل معقود على القضاء ليدلي بدلوه في هذه المسألة.

أيضا إشكالية أخرى تثار بهذا الخصوص وهو ما يتعلق بكيفية توقيع الموظف العام على الوثيقة المعلوماتية أو الإلكترونية؟.

تنبغي الإشارة هنا إلى أن المشرع المغربي سكت عن هذا الأمر، ونعتقد رغم ذلك أنها مسألة بديهية، فتوقيعه هو الدليل الوحيد الذي يفيد بأن توقيع الأطراف تم وضعه أمام موظف عمومي مكلف بالتوثيق، وهو ما فعله المشرع الفرنسي بتنصيصه على ضرورة توقيع العقد من طرف موثق عبر وسيلة مؤمنة[58]، وضرورة الحفاظ عليه على دعامة إلكترونية ضامنة لمقروئيته[59]، لكن على المشرع المغربي أن يصدر نصا تنظيميا يوضح كل هذه المسائل، أو التنصيص على ذلك في أي تعديل لقانون للتوثيق، وإلا فإن رسمية المحررات الإلكترونية ستضل حبرا على ورق.

المطلب الثاني: الاعتراف التشريعي بالمحررات الالكترونية كوسيلة إثبات

أمام ظهور المحررات الإلكترونية، وما لها من دور في تسهيل المعاملات التجارية عبر العالم، كان من اللازم على المشرع التدخل لتعديل منظومة الإثبات لتستوعب هذه التقنيات الحديثة، كون القواعد القانونية التقليدية للإثبات لا تسعف في ذلك، كنتيجة حتمية لنظرة المشرع التقليدية 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 التي يتمتع بها أصلها؟.

هذا ما سوف نتعرض له في هذا المطلب، بحيث نتحدث أولا عن المعادلة التشريعية بين المحررات الالكترونية والورقية (الفقرة الأولى)، ثم نتطرق لحجية نسخ المحررات الإلكترونية (الفقرة الثانية).

56. DECRET 2005-973 du 10 août 2005 précisant les conditions d'établissement, de conservation et de copie des actes authentiques sur support électronique pour les notaires, J.O n° 186 du 11 août 2005, page 13096.
57. ART 16 du décret 2005- 973.
58. ART 17 du décret 2005- 973.
59. ART 28 du décret 2005- 973.

الفقرة الأولى: 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 فمادامت 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 دليلا من أدلة الإثبات الكتابية، بين مضيق وموسع، واختلفت في ذلك بين تعديل القوانين القائمة وإصدار قوانين خاصة تنظم المعاملات التجارية الإلكترونية، تبعا لمدى استجابة هذه المحررات للوظائف التي تحققها نظيرتها الورقية.

ويشهد للقانون الفرنسي في إطار التشريعات الوطنية، أنه كان السباق لوضع مقاربة واقعية وشاملة لحل مشكلة الإثبات الإلكتروني بشكل مقتضب ولكن كان شديد البيان[60]، تعريفا ومعادلة بين المحررات الإلكترونية وقرينتها التقليدية، بحيث أصبح ينظر إلى المحرر من حيث قيمته وليس من حيث دعامته أو شكل كتابته، مما يشكل انقلابا على قواعد الإثبات[61].

ولم يشأ المشرع الفرنسي أن يجعل سلما تدريجيا للمحررات بل إن الأدلة الكتابية في مرتبة واحدة، وتبعا لذلك فالمحررات الإلكترونية غير الموقعة تتساوى مع المحررات التقليدية غير الموقعة، من حيث حجيتها المحدودة، كما هو الحال بالنسبة لخلو المحرر الورقي من أي توقيع[62].

وتأثرا بهذا التنظيم قام المشرع المغربي بإقرار هذه المعادلة[63]، وتحويل الحجج الإلكترونية إلى حجج في المقام الأول[64]، واضعا بذلك حدا للتساؤلات التي ثارت وتثار حول مكانة المحررات

60. D. GOBERT et E. MONTERO, op. cite, p. 114 et 115.

61. طارق عبد الرحمن ناجي كميل، التعاقد عبر الانترنيت وآثاره «دراسة مقارنة»، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في قانون المقاولات، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس- أكدال، الرباط، السنة الجامعية 2003 - 2004، ص. 158.

62. M.Charles Joli bois, le projet de loi portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l‹information et relatif à la signature électronique, Rapport au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du surface universel, du règlement et d‹administration générale, N°203, session ordinaire de 1999-2000, p. 31 disponible sur le site : http://www.senat.fr/199-203/199-20329.html.

63. تنص الفقرة الأولى من الفصل 1-417 من ق.ل.ع على ما يلي: «تتمتع الوثيقة المحررة على دعامة إلكترونية بنفس قوة الإثبات التي تتمتع بها الوثيقة المحررة على الورق».

64. د. الميلود 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، ألقي بمقر الكلية يوم 2009/05/28، ص. 4.

الإلكترونية ضمن منظومة الإثبات، وحسنا فعل المشرع عندما نص على المعادلة الشاملة بين المحررات سواء العرفية منها أو الرسمية، لأن عدم التنصيص على هذه التسوية والمعادلة سيفتح المجال واسعا لاعتبار المحررات الإلكترونية محررات غير رسمية[65]، إلا أن المشرع المغربي في هذا الصدد لم ينص إلا على شرطين هشين[66]، وهما أن يتم التعرف على هوية صاحبها وأن يتم حفظها.

رغم أنه في اعتقادي أن مسألة حجية المحررات الإلكترونية، ومدى الوثوق والاعتراف بها بناء على تحقيقها للأهداف التي وضعت من أجلها، مسألة تقنية بامتياز، وكان على المشرع المغربي أن يتبع على الأقل نهج المشرع الفرنسي ويحيل على مرسوم[67]، لتحديد الضوابط التقنية لاعتماد هذه المحررات في الإثبات، ما دامت فكرة أخذ القوانين واستيرادها مازالت واردة في عقليته.

إلا أن هناك من يرى[68] بأن هذه المعادلة غير سليمة، وكان على المشرع أن يقر ببعض التفاوت بينهما، ولعل هذا الرأي على الأرجح يقصد أن تكون حجية المحررات الإلكترونية أقل من حجية المحررات الورقية، ونتيجة لذلك عند وقوع أي تضارب أو تنازع بينها ستكون لهذه الأخيرة حجية أقوى من الأولى، وإذا سلمنا بهذا الرأي فما الدافع الأساسي الذي توخاه المشرع من إدخال هذا النوع من الكتابة إلى ميدان الإثبات؟.

لأننا في هذه الحالة سنفرغ هذا التنظيم من محتواه وبدون أي سبب جلي، أما القول بأن المحررات الإلكترونية قابلة للتغيير في كل لحظة، وإن كان صحيحا فهناك وسائل وتقنيات تضمن وتحفظ هذه المحررات من كل تغيير قد يلحقها، بل أبعد من ذلك وحتى إن وقع فيها تغيير هناك تقنيات لكشف ذلك، فإذا كان ميدان المعاملات الإلكترونية محفوف بمخاطر اختراق أنظمة المعلومات والعبث ببياناتها، فقد شغلت القائمين على هذه الأجهزة والمتعاملين بها، لأن أمن الحواسيب والإنترنت من أمن الوثائق الإلكترونية[69]، ورغم ذلك لا ننفي أبدا المخاطر الكثيرة والكبيرة التي هي من سمات هذا الميدان الافتراضي.

65. 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.

66. د. الميلود بوطريكي، م. س، ص. 5.

67. Décret n° 2001- 272 du 30 mars 2001 pris pour l'application de l'article 1316-4 du code civil et relatif à la signature électronique, j.o n° 77, 31 mars 2001, p. 5070- 5072.

68. العربي جنان، م. س، ص. 23.

69. د. عبد الرحمان شعبان عطيات، م. س، ص. 121.

فهذه الخطورة ازدادت تعقيدا مع تطور حجم المعاملات الالكترونية عبر شبكة الإنترنت، وانتشار حفظ الوثائق والمعلومات على أجهزة الحاسوب، فكان من الضروري البحث عن حل لهذه المشكلة، حماية لهذه المعاملات، وظهر ما يسمى بتقنيات التشفير[70]، التي تعتبر حجر الزاوية في ميدان حماية الوثائق والتوقيعات الإلكترونية سواء المحفوظة منها أو المتبادلة إلكترونيا، وقد أولت لها التشريعات أهمية كبيرة في قوانينها المنظمة للمعاملات الإلكترونية، لكي تضمن ثقة المتعاملين بوسائل الاتصال الحديثة[71].

ويعتمد نظام التشفير على استعمال مفاتيح لغرض القيام بعملية تشفير المحرر وتحويله من صيغته المفهومة إلى صيغة من الرموز والإشارات والتي لا يمكن للإنسان فهمها، وللقيام بفك التشفير وإعادة المحرر إلى صيغته الأصلية من طرف المرسل إليه، ليتأكد من أن المحرر صادر عن الموقع، وأن مضمونه لم يتغير ولم يتعرض للتحريف.

وهناك وسيلة أخرى تضمن الأمان في الميدان الإلكتروني وهي المتعلقة بالمصادقة الإلكترونية، فبحثا عن تحقيق الحماية اللازمة للبيانات والتوقيعات الإلكترونية، ومنح الثقة في المعاملات الإلكترونية، تم التنصيص في التشريعات الدولية والوطنية على إيجاد جهة للمصادقة الإلكترونية[72] تتدخل بين المتعاملين من أجل تأمين محرراتهم، وتعطي لها قوتها الإثباتية التي يشترطها القانون.

وعودة إلى التشريعات التي أخذت بمبدأ المعادلة الشاملة بين المحررات التقليدية والإلكترونية والتي أدخلت المحررات الإلكترونية إلى منظومة إثباتها نجد المشرع المصري، والذي اعتمد مبدأ التسوية العامة بشأن المحررات الإلكترونية والمحررات التقليدية في المادة 15 من ق.ت.إ.

إلا أن هناك تشريعات لم تقر إلا بمعادلة نسبية بين هذه المحررات، فنجد المشرع البحريني[73] مثلا قد منحها حجية المحررات العرفية في الإثبات، والمشرع التونسي[74] كذلك والذي اعتبرها

70. قام المشرع المغربي بتعريف هذه التقنية بشكل مقتضب في الفقرة الثانية من المادة 12 من ق.ت.إ.م.ق، من خلال تعريفه لوسائل التشفير وتحديد وظائفه، بكونه تحويل للمعطيات سواء كانت عبارة عن رموز أو إشارات أو معلومات عن طريق برامج مخصصة لهذا الغرض.

71. دة. نجوى أبو هيبه، م.س، ص. 450.

72. نص المشرع المغربي على هذه الهيئة بمقتضى المادة 15 من ق.ت.إ.م.ق، ولم يحدث هيئة جديدة بل منح هذه المهمة للوكالة الوطنية لتقنين المواصلات حيث وسع من اختصاصاتها بمقتضى البندين 12 و 13 من المادة 29 من قانون البريد والمواصلات المعدل.

للتوسع في الموضوع يراجع: سليمان المقداد، حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات، م س، ص. 62 وما بعدها.

73. الفقرة الأولى من المادة الخامسة من مرسوم بقانون رقم (28) لسنة 2002، بشأن المعاملات الإلكترونية البحريني، بتاريخ 14 سبتمبر 2002، منشور على الموقع الإلكتروني التالي: http://www.morc.gov.bh

74. الفقرة الثانية من الفصل 453 مكرر من م.إ.ع.

كتبا - محرر- غير رسمي، لأن هذا المبدأ الذي وضعه والذي لا يشير إلى المعادلة العامة بين المحررات التقليدية والالكترونية هو الذي فتح المجال أمام المشرع التونسي إلى اعتبار هذه الأخيرة محررات غير رسمية، وتبعا لذلك إقصاؤها من دائرة الرسمية.

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

وتجدر الإشارة إلى أنه رغم تنصيص المشرع على أن للمحررات الإلكترونية نفس الحجية القانونية التي تتمتع بها المحررات التقليدية كمبدأ عام، إلا أنه وضع قيودا على هذا المبدأ باستثنائه[75] بعض المعاملات التي لا يجوز إبرامها أوإثباتها إلكترونيا، أولها التصرفات المرتبطة بالميدان الأسري، وذلك نظرا لما تتمتع به هذه التصرفات من أهمية، وارتباطها بمبادئ الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي، واشتراط حضور المتعاقدين لتبادل الإيجاب والقبول[76]، خصوصا فيما يتعلق بالزواج، وهذا ما نصت عليه المادة 11 من مدونة الأسرة، التي اشترطت في الإيجاب والقبول التطابق وضرورة وقوعه في مجلس واحد، فهي بالتالي من النظام العام[77]، ولا يجوز مخالفتها.

وكذا التعاملات المرتبطة بالضمانات الشخصية أو العينية المدنية أو التجارية، تتسم بنوع من الخطورة والأهمية، كالحقوق الواردة على العقار بصفة عامة أو كونها تصرفات شخصية أو مدنية محضة، كالمستندات المنشأة أو الناقلة لحقوق الملكية العقارية والكفالة[78]، فإن المشرع استثنى المحررات العرفية المتعلقة بها من ميدان الإثبات بالمحررات الإلكترونية، ويرى أحد الباحثين[79] أن هذا الاستثناء جاء حماية للطرف الضعيف في العقد، عندما يكون شخصا عاديا، أما إذا لم يكن كذلك فهذا الاستثناء لا يكون له أي مغزى وأي دور.

ومادام المشرع المغربي قد استثنى المحررات العرفية فقط من مجال الإثبات في هذه المعاملات، فإن المحررات الرسمية الإلكترونية تكون لها حجية كاملة في إثباتها، ولعل ذلك جاء نتيجة القوة الإثباتية التي تتمتع بها المحررات الرسمية حيث لا يتم الطعن فيها إلا بالزور.

75. تنص المادة الثانية من ق.ت.إ.م.ق على ما يلي: «الوثائق المتعلقة بتطبيق أحكام مدونة الأسرة والمحررات العرفية المتعلقة بالضمانات الشخصية أو العينية، ذات الطابع المدني أو التجاري لا تخضع لأحكام هذا القانون، ماعدا المحررات المنجزة من لدن شخص لأغراض مهنته».

76. د. أحمد ادريوش، م. س، ص. 47.

77. العربي جنان، م. س، ص. 11.

78. امحمد برادة غزيول، قراءة في القانون المتعلق بالتبادل الالكتروني للمعطيات القانونية، مجلة المعيار، العدد 39، يونيو 2008، ص. 19.

79. العربي جنان، م.س، ص. 11.

الفقرة الثانية: حجية نسخ المحررات الإلكترونية

بعد أن رأينا بأن المشرع قد عادل بين المحررات الإلكترونية والمحررات الورقية من حيث قوتها الإثباتية، تبقى مسألة بالغة الأهمية مرتبطة بها غاية الارتباط، ويتعلق الأمر بالنسخ المأخوذة عن الوثائق أو المحررات الإلكترونية ومدى حجيتها في الإثبات.

فإذا كان التمييز بين الأصل والنسخة في المحررات الورقية أمرا قائما ولا جدال فيه، بحيث أن الأصل هو المحرر الورقي الذي يحتوي على مجموعة من البيانات في شكلها الأصلي بما في ذلك التوقيع، أما النسخة فتعني المحرر الذي ينقل إليه ما ضمن بالأصل نقلا حرفيا[80]، وبالتالي فما هي إلا نموذج منقول عن الأصل[81].

وقد نص المشرع المغربي[82] على أن نسخ المحررات الرسمية والعرفية لها نفس قوة الإثبات التي لأصولها، عندما يشهد بمطابقتها الموظفون الرسميون المختصون بذلك[83]، ونفس الأمر يسري على النسخ المأخوذة عن الأصول بالتصوير الفوتوغرافي.

فهل ينطبق نفس الأمر على نسخ المحررات الإلكترونية؟.

في سبيل الإجابة على هذا التساؤل، جاء المشرع المغربي في الفقرة الثانية المضافة للفصل 440 من ق.ل.ع بمقتضى هام جدا، ويتعلق الأمر بمنحه نفس حجية الأصل لنسخه في ما يتعلق بالمحررات الإلكترونية، متى كانت مستوفية للشروط المنصوص عليها في الفصلين 417-1 و-2 417، 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 الأخيرة[84].

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

80. المنصف زغاب، م.س، ص. 204-205.

81. D .MOUGENOT, Droit des obligations- la preuve-, larcier, 3ème édition, 2002, p. 85.

82. الفقرة الأولى من الفصل 440 من ق.ل.ع.

83. 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».
قرار رقم 1196، ملف عدد 925-05، صادر بتاريخ 2005/10/06، منشور على موقع وزارة العدل المغربية:
http://adala.justice.gov.ma

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

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.[85]

وأعتقد ان هذا التوجه جد وجيه نظرا لأن التمييز في المحررات التقليدية بين الأصل والنسخة سهل كونها تحمل توقيعا يدويا وبخط اليد حيث من السهولة معرفة ذلك، أما في المحررات الالكترونية والتي تتم في قالب الكتروني وموقعة توقيعا الكترونيا فهذا أمر غير وارد، وحتى لو افترضناه فمن الصعب بل من المستحيل كشف ذلك.

لأن معنى الأصل في هذا المجال هو سلامة المحررات من التغيير والتعديل والمحافظة عليها على حالتها التي أنشئت عليها أول مرة[86]، فمعيار سلامة الوثيقة هو المحدد لمدى حجيتها في الإثبات، فإذا ما توفرت وسائل الحماية التي تحفظ الوثيقة الإلكترونية على حالتها الأصلية التي تمت بها، فحجيتها تبقى قائمة.

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 سواء كانت 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 المصري فقد عالج مسألة نسخ المحرر الإلكتروني الرسمي المستخرجة على الورق[87]، حيث أضفى نفس حجية الأصل على النسخ، وذلك بالقدر الذي تكون فيه مطابقة لأصلها، مع ضرورة وجود المحرر الإلكتروني وتوقيعه على الدعامة الإلكترونية لكي يتسنى الرجوع إليه عند منازعة أحد الأطراف في صحتها[88]، وهذا ما استقرت عليه محكمة النقض المصرية حتى بالنسبة للمحررات الورقية[89].

85. العربي جنان، م. س، ص. 47.
86. الفقرة الأولى من المادة الثامنة من قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية مع دليل التشريع 1996، مع المادة الإضافية 5 مكرر بصيغتها المعتمدة في عام 1998، منشورات الأمم المتحدة- نيويورك 2000.
87. المادة 16 من ق.ت.إ.م.
88. د. لورنس محمد عبيدات، م س، ص. 169.
89. صورة الورقة العرفية ليست لها حجية ولا قيمة لها في الإثبات إلا بمقدار ما تهدي إلى الأصل إذا كان موجودا فيرجع إليه، أما إذا لم يوجد الأصل فلا سبيل للاحتجاج بالصورة إذ لا تحمل توقيع من صدرت عنه، والذي يعتبر المصدر الوحيد لإضفاء الحجية على الورقة العرفية».
الطعن رقم 6264 لسنة 66 ق، جلسة 24-03-2003.
الموقع الإلكتروني: www.justice-lawhome.com/vb/showthread.php?t=3655

مما يجعلنا نقول بأن اندثار هذا الأصل يؤدي إلى نفي أي حجية قانونية للنسخة، وبالتالي يكون المشرع المصري قد طبق نفس القواعد المنظمة لنسخ المحررات العادية، وتنبغي الإشارة إلى أن نسخ المحررات الإلكترونية العرفية لا تكتسب حجيتها في الإثبات، إعمالا لإغفالها وعدم التنصيص عليها من طرف المشرع المصري، وحسنا فعل عندما لم ينص على النسخ الإلكترونية، لأنه كما قلنا لا مجال للتمييز في هذا الإطار.

أما المشرع الفرنسي[90]، 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 ومضمونا[91]، واتصافها بالثبات والدوام وعدم قابليتها للزوال.

وبغض النظر عن كل ذلك فإن نسخ المحررات الإلكترونية المأخوذة عن الأصل بطريقة فنية من شأنها الحفاظ على مقوماته التي تمنح له قيمته القانونية، تكون مقبولة وحجيتهما متماثلة ومتساوية.

خـاتمـة :

لقد حاولت في هذه الدراسة أن أسلط الضوء على المحررات الإلكترونية ودورها في الإثبات، حيث تبين أن نظرة المشرع إلى وسائل الإثبات وعلى وجه الخصوص الأدلة الكتابية قد تغيرت وتحولت من النظرة السطحية التي كانت تنظر إلى الدليل الكتابي بمفهوم الأوراق والتوقيعات التقليدية اليدوية، إلى نظرة موسعة تشمل الأدلة الكتابية الإلكترونية وما يرتبط بها، كل ذلك رغبة منه في تطوير الترسانة القانونية، والرضوخ لرياح العولمة وتطور تكنولوجيا الاتصالات، التي أثرت بشكل كبير على مجمل النظريات القانونية التقليدية وخصوصا نظرية الإثبات.

بالشكل الذي جعل التشريعات في مختلف دول العالم تتدخل لمنح القوة الإثباتية للمحررات الإلكترونية، وتضعها في ميزان واحد مع المحررات التقليدية، وقد ساير هذا التوجه كل من القضاء والفقه، مما نستطيع معه القول بالتالي بأن هذه السياسة التشريعية تكون قد أحدثت طفرة نوعية ومتميزة للدخول إلى الميدان الإلكتروني بمختلف تشعباته، وواكبت مستجدات التجارة الإلكترونية لكونها هي المرتع الخصب لاستعمال مثل هذه التقنيات أكثر من الميدان المدني، مما يشكل حماية للمتعاملين بالعقود الإلكترونية، وتشجيعا على الانخراط فيها بكل جدية، خصوصا أن هذا الميدان لا يعرف الحواجز ولا العقبات سواء كانت زمنية أو مكانية.

90. Article 148 du C.C.

91. محمد السعيد رشدي، حجية وسائل الاتصال الحديثة في الإثبات، النسر الذهبي للطباعة، (ط. غ) (ت. ط. غ)، ص. 88.