العنوان:	التنازع بين الأدلة الكتابية الإلكترونية والتقليدية: دراسة مقارنة في ضوء التطورات التشريعية والتطبيقات القضائية الحديثة
المصدر:	مجلة القانون والأعمال
الناشر:	جامعة الحسن الأول - كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - مختبر البحث قانون الأعمال
المؤلف الرئيسي:	فايد، عابد فايد عبدالفتاح
المجلد/العدد:	ع85
محكمة:	نعم
التاريخ الميلادي:	2022
الشهر:	أكتوبر
الصفحات:	69 - 91
DOI:	10.37324/1818-000-085-004
رقم MD:	1329564
نوع المحتوى:	بحوث ومقالات
اللغة:	Arabic
قواعد المعلومات:	EcoLink, IslamicInfo
مواضيع:	القوانين والتشريعات، الأدلة الكتابية الإلكترونية، الأحكام القضائية، التنازع القانوني
رابط:	http://search.mandumah.com/Record/1329564

© 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

فايد، عابد فايد عبدالفتاح. (2022). التنازع بين الأدلة الكتابية الإلكترونية والتقليدية: دراسة مقارنة في ضوء التطورات التشريعية والتطبيقات القضائية الحديثة.مجلة القانون والأعمال، ع85، 69 - 91. مسترجع من http://search.mandumah.com/Record/1329564

إسلوب MLA

فايد، عابد فايد عبدالفتاح. "التنازع بين الأدلة الكتابية الإلكترونية والتقليدية: دراسة مقارنة في ضوء التطورات التشريعية والتطبيقات القضائية الحديثة."مجلة القانون والأعمالع85 (2022): 69 - 91. مسترجع من http://search.mandumah.com/Record/1329564

© 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.

التنازع بين الأدلة الكتابية الإلكترونية والتقليدية دراسة مقارنة في ضوء التطورات التشريعية والتطبيقات القضائية الحديثة

The conflict between electronic and traditional written evidence, a comparative study in the light of legislative developments and modern judicial applications

الدكتور: عابد فايد عبد الفتاح فايد

Dr : Abed Fayed Abdel Fattah Fayed

دكتوراة في الحقوق من جامعة باريس1(بانتيون- سوربون)

أستاذ القانون المدني كلية الحقوق- جامعة حلوان المحامي أمام محكمة النقض المصرية

Doctor of Laws from the University of Paris 1 (Pantheon-Sorbonne)

Professor of Civil Law, Faculty of Law - Helwan University, Lawyer before the Egyptian Court of Cassation

ملخص:

في العام ٢٠٠٦، أصدرت دولة الامارات العربية المتحدة القانون الاتحادي رقم ١ في شأن المعاملات والتجارة الالكترونية. وفي العام نفسه، أقدمت الدولة على خطوة لم يسبقها اليها-على حد علمنا- آية دولة عربية أخرى، وهي دمج الاثبات الإلكتروني في قانون الاثبات في المعاملات المدنية والتجارية رقم ١٠ لسنة ١٩٩٢، وقد تم ذلك بمقتضى القانون رقم ٣٦ لسنة ٢٠٠٦. ومنذ ذلك التاريخ، لم تتوقف محاولات التنسيق والمواءمة بين الإثبات التقليدي والاثبات الإلكتروني. ولا يزال الطريق مفتوحا لكل الاجتهادات الرامية إلى تحقيق هذا الهدف. وقد توجت هذه الجهود بصدور المرسوم بقانون اتحادي رقم 27 لسنة 2020 بتعديل بعض أحكام قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية، في إطار تشريعات " التحول الرقمي" التي تشهدها دولة الإمارات في الوقت الحالي. ويسير هذا البحث في ذات الطريق، ويقدم محاولة لفض التنازع المحتمل بين نوعي الاثبات التقليدي والالكتروني. وفي الحقيقة، تتجاوز طموحات هذا البحث هذه الإشكالية وتوصي بضرورة صياغة قانون إثبات يحقق التناسق التام بين الإثبات التقليدي والاثبات الإلكتروني. ويجري البحث الذي بين أيدينا في شكل دراسة مقارنة بين القانون الإماراتي وبعض القوانين والتشريعات العربية والاجنبية، ويعرض بعض اجتهادات القضاء في الدول محل المقارنة.

Abstract

In 2006, the United Arab Emirates issued Federal Law No. 1 regarding electronic transactions and commerce. In the same year, the state took a step that no other Arab country had taken before - to our knowledge - which is the incorporation of electronic proof into the Evidence Law in Civil and Commercial Transactions No. 10 of 1992, and this was done in accordance with Law No. 36 of 2006.

Since that date, attempts to coordinate and harmonize between traditional and electronic proof have not stopped. The road is still open for all efforts aimed at achieving this goal. These efforts culminated in the issuance of Federal Decree Law No. 27 of 2020 amending some provisions of the Evidence Law in civil and commercial transactions, within the framework of the "digital transformation" legislation that the UAE is currently witnessing.

This article follows the same path, and presents an attempt to resolve the potential conflict between the two types of traditional and electronic proof. In fact, the ambitions of this research go beyond this problem and recommend the need to formulate an evidence law that achieves complete consistency between traditional and electronic proof. This article is conducted in the form of a comparative study between UAE law and some Arab and foreign laws, and it presents some of the judiciary sentences in the countries under comparison.

المقدمة

تشهد قواعد الإثبات تطوراً ملحوظا تحت تأثير الثورة الرقمية. فقد نظمت كل القوانين المقارنة الإثبات الإلكتروني بنصوص تراعي خصوصية هذا الوافد الجديد. غير أن هذا التنظيم لم يواجه بالتأكيد كل ما يثيره الإثبات الإلكتروني من مشكلات. فالقاضي يجد نفسه في كل يوم في مواجهة جديد بشأن هذا النوع من الإثبات (168).

ومن مشكلات الإثبات الإلكتروني هذه، بلا شك، ما يمكن أن يثور من التعارض والتنازع بين الأدلة الكتابية التقليدية منها والإلكترونية.

وبنظرة في القانون المقارن، نجد أن المشرع الفرنسي قد سهل مهمة حل التنازع والتعارض هذه بإقراره ثلاثة أشياء في شأن أدلة الإثبات الإلكتروني:

الأمر الأول هو كيفية إدخال الأدلة الإلكترونية في قانون الإثبات لتصبح جزءا من نسيجه(169). **والأمر الثاني**، وبالرغم من أن الأدلة الإلكترونية أصبحت لحمة من نسيج الإثبات، إلا أن المشرع تصور قيام تنازع بين الأدلة الكتابية (التقليدية

(168) E. CAPRIOLI, « Le juge et la preuve électronique : réflexions sur le projet de la loi portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relatif à la signature électronique », 10 janvier 2000, Juriscom.net ; Elise TERNYNCK, *Le juge du contrat de travail et la preuve électronique*, thèse, Lille 2, 2014.

(169) فقد عرف المشرع الفرنسي في المرسوم الصادر في 30 مايو 2000 الدليل الكتابي الإلكتروني على النحو التالي: " الدليل الكتابي أو الإثبات عن طريق الكتابة يتكون من مجموعة من الحروف أو الأشكال أو الأرقام أو من إشارات أو غيرها من العلامات والرموز التي لها مدلول يسهل إدراكه، أيا

والإلكترونية) وعالجه بأن وضع في يد القاضي أدوات تساعده في فض هذا التنازع والوصول إلى الدليل الأكثر رجحانا. ويستخدم القاضي الفرنسي كل الوسائل المتاحة من أجل تحديد الدليل الراجح وإلا عد مرتكبا لجريمة إنكار العدالة.

وأخيرا، الأمر الثالث، تعرض المشرع الفرنسي لبعض الأفكار الدقيقة في هذا الصدد، مثل فكرة عقود الإثبات Les contrats de preuve، وهي فكرة تبناها بعد تعديل التقنين المدني في سنة 2016 كبديل عن اتفاقات الإثبات، وهذه الفكرة تثير بعض المشكلات مثل الشروط التعسفية في هذه العقود، ومدي إمكانية إنشاء قرينة قاطعة بمقتضى عقد الإثبات.

وفي المقابل، لم يسلك المشرع في الدول العربية (مصر والإمارات وعمان مثالا) هذا المسلك. بل أن المشرع قد نظم الإثبات الإلكتروني بقانون مستقل عن قانون الإثبات العادي(170). واكتفى في هذا القانون بأن أورد تعريفا للدليل الإلكتروني دون أن يتحمل عناء دمجه في المفهوم العام للكتابة(171). وهذه خطة بلا شك منتقدة ولا تحقق التطور المطلوب في مجال الإثبات الإلكتروني، بل هي خطة تشعر القائمين على تطبيق القانون بالازدواجية وعدم التناسق بين أحكام قانون الإثبات العادي وقانون الإثبات الإلكتروني. فضلا عن ذلك، لم يضع المشرع في الدول العربية تنظيما لتنازع الأدلة الكتابية، يساعد القاضي على فض هذا التنازع المتصور. وترتيبا على ذلك، لا يجد القاضي في هذه الدول ما يعينه في القيام بهذه المهمة: هل يستهدي بالحلول الموجودة في القانون الفرنسي أم عليه أن يبحث عن حل أصيل خاص به وبقانونه. ونعلم أنه ليست مهمة القاضي أن يضع القواعد القانونية، ولكن إلى أن يتدخل المشرع بتنظيم هذا الأمر، يجب على القاضي أن يبحث عن حل يحدد به الدليل الراجح.

وترتيبا على ما تقدم، تتضح معالم موضوع البحث واشكاليته، إذ يتعرض لكيفية حل التنازع بين الأدلة الكتابية (العادية والإلكترونية) المقدمة في الدعوى، ودور القاضي في هذا الصدد، وذلك في القانون الفرنسي وبعض القوانين العربية، وبصفة خاصة القانون المصري والعماني والاماراتي.

أهداف البحث: يهدف هذا البحث إلى معالجة:

- مفهوم التنازع بين الأدلة الكتابية ونبذة عنه في القوانين محل المقارنة.
- معايير فض التنازع بين الأدلة الكتابية الموجودة في القانون الفرنسي.
- الاجتهاد بشأن تحديد معايير فض التنازع بين الأدلة الكتابية في القوانين العربية: تطبيق المبادئ الموجودة في القانون الفرنسي – تطبيق المبادئ الموجودة في الفقه الإسلامي بشأن تعارض الأدلة القضائية- الجمع بين الحل الأصيل والحل المعاصر.

كانت الدعامة التي تحملها وطرق أو وسائل نقلها". وقد أدخل هذا الدليل في نسيج قانون الإثبات العادي (المادة 1316 أصبحت المادة 1365 بعد تعديل 10 فبراير 2016).

(170) في مصر، القانون رقم 15 لسنة 2004 بشأن التوقيع الإلكتروني وبإنشاء هيئة صناعة المعلومات، وفي الإمارات، القانون الاتحادي رقم 36 لسنة 2006 بتعديل بعض أحكام قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية، وأخيرا المرسوم بقانون اتحادي رقم 27 لسنة 2020 بتعديل بعض أحكام قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية، وفي سلطنة عمان، قانون المعاملات الإلكترونية الصادر بالمرسوم السلطاني رقم 69 لسنة 2008.

(171) وحتى القانون الاماراتي الذي عمد إلى إدخال الإثبات الإلكتروني في قانون الإثبات في المعاملات المدنية التجارية رقم 10 لسنة 1992، اكتفى بإضافة مادة جديدة هي المادة 17 مكررا دون أن يعمل على إدماج الدليل الإلكتروني في المفهوم العام للدليل الكتابي في قانون الإثبات.

- التعرض للأفكار الحديثة في هذا الشأن في القانون الفرنسي مثل عقود الإثبات والشروط التعسفية فيها، ورؤية مداها التطبيقي في قانونها والقوانين العربية محل المقارنة.
- اقتراح تنظيم كامل لقواعد الإثبات الكتابي، العادي والإلكتروني، في القوانين العربية، من أجل تجنب مشكلات الازدواجية بين نوعي الإثبات.

المنهج المتبع: نستخدم في هذا البحث المنهج التحليلي التأصيلي المقارن. نبدأ أولاً بتحليل النصوص القانونية القائمة، ثم نحاول استقراء الواقع من أجل الوصول إلى حل في القوانين التي لم تنص على تنظيم لحل التنازع بين الأدلة الكتابية، وأخيرا نجري هذا البحث في إطار مقارن بين القانون الفرنسي والقانون المصري والعماني والإماراتي. كل ذلك مع إبراز الجانب التطبيقي وذلك بالاستعانة بالأحكام القضائية والمبادئ القانونية التي أرستها المحاكم العليا في هذه الأنظمة القانونية محل المقارنة.

خطة البحث: نتناول التنازع بين الأدلة الكتابية العادية والإلكترونية، من خلال الخطة الآتية:

المبحث الأول: مفهوم التنازع بين الأدلة الكتابية ونبذة عنه في القوانين محل المقارنة.

المبحث الثاني: معايير فض التنازع بين الأدلة الكتابية العادية والإلكترونية.

المبحث الثالث: المشكلات العملية التي تثور بمناسبة فض التنازع بين الأدلة الكتابية العادية والإلكترونية.

المبحث الأول

مفهوم التنازع بين الأدلة الكتابية ونبذة عنه في القوانين محل المقارنة

ينظم القانون غالبا الفروض التي يحدث فيها تنازع بين أدلة الإثبات المختلفة، أو التنازع الذي يحدث بين الأدلة من طبيعة واحدة. وهذا ما يمكن تصوره بشأن الأدلة الكتابية، التقليدية والإلكترونية، إذا لم توجد نصوص قانونية تحل مثل هذا التنازع، فإن على المحاكم أن تحدد الدليل الراجح من بين الأدلة المتنازعة، كما أن الخصوم يمكنهم أيضا أن ينظموا هذا الأمر بمقتضى اتفاقاتهم الخاصة.

المطلب الأول

التنازع بين الأدلة الكتابية في القانون الفرنسي

من المحتمل أن يحدث تنازع بين الأدلة الكتابية بصفة عامة، أو بين الكتابة الإلكترونية والكتابة التقليدية بصفة خاصة. ومع أن هذا الأمر ليس كثير الحدوث، فإن اللجنة التي أعدت المشروع التمهيدي avant – projet لقانون الإثبات الإلكتروني في فرنسا(172) قدرت أنه قد يكون من المناسب، في هذه الحالة، إنشاء تدرج hiérarchie في داخل الإثبات الكتابي بين الكتابات التقليدية للقانون المدني والاشتراطات الجديدة الناتجة عن التطور الإلكتروني.

(172) Sur ce point voir: P. CATALA, " Ecriture électronique et actes juridiques", Mélanges M. CABRILLAC, Litec, Paris, 1999, p.91, notamment n° 11 et s., p.101 et s.; " Introduction de la preuve électronique dans le Code civil", Etude par un groupe d'Universitaires (composé de P. CATALA, P.-Y. GAUTIER, J. HUET, I. de LAMBERTERIE, X. LINANT de BELLEFONDS, A. LUCAS, C. LUCAS de LEYSSAC et M. VIVANT), JCP, éd. G., 1999, I, 182, spécialement, n° 11 et s., p.2073 et s.

من هنا تنص المادة 1316-1، فقرة 3، من المشروع التمهيدي على أنه:

لا يمكن الإثبات بواسطة الكتابة الإلكترونية ضد أو فيما يجاوز الكتابة المحررة على سجلات أو أوراق أيا كانت وموقعة من الأطراف.

« Il ne peut pas être prouvé par écrit électronique contre ou outre un écrit rédigé sur des registres ou papiers quelconques et signés par les parties ».

ولكن تعرضت هذه الجزئية للنقد من جانب المجلس الوطني للائتمان والسندات Le Conseil National du Crédit et du Titre، الذي استبعد في تقريره لسنة 1997 الإصلاح الذي رفع الإثبات المعلوماتي إلى مرتبة الإثبات " من الدرجة الأولى" premier rang، مؤسسا رفضه على أساس أن ديمومته واستمراره أمر ما زال مشكوكا فيه، وأنه يعتمد على نظام يسيطر عليه أحد الأطراف، الأمر الذي يمثل خطرا على مبدأ المواجهة بالدليل، وأخيرا سيكون للقاضي فيه سلطة كبيرة في التقدير (173). وقد انحاز بعض الفقه إلى هذا الرأي دون تحفظ(174)، في حين كان البعض الأخر أكثر تحفظا وترددا بخصوص هذه المسألة. من هؤلاء المستشار بيير لوكليرك. فهو وإن لم ينكر أن الإثبات الإلكتروني هو اليوم ما زال ينشأ ويحفظ بمبادرات من جانب واحد بدون أن يقدم الضمان الكامل لأمان المعاملة، ولا حتى الإمساك بحالات وأخطار الغش التي يقوم بها المستخدمون غير الدقيقين أو حتى الغير المتطفلين، إلا أنه يتساءل رغم ذلك: هل يجب على المشرع أن يكون أكثر حرصا في الوقت الحالي وأن يحيل إلى تشريع لاحق مسألة " التأمين القانوني" للكتابة الإلكترونية؟ أو هل بإمكاننا الاعتماد على فطنة وحرص القضاة وقد منحهم النص محل الدراسة سلطات كبيرة للتقدير حول ما يتعلق بنسبة الكتابة الإلكترونية(تحديد هوية الشخص الذي قام بها) وتكاملها؟ ويجيب هذا المؤلف على نفسه بقوله: ربما على اعتبار أنه قاض فانه يتمنى توسيع سلطة التقدير الممنوحة لزملائه، فان كاتب هذه السطور يميل إلى الحل الثاني(175).

---

(173) Conseil National du Crédit et du Titre, *Problèmes juridiques liés à la dématérialisation des moyens de paiement et des titres*, Mai 1997, Rapport p.55 à 80, Annexes p.43 et 44., notamment p.73 et 74., cité par les références précitées à la marge précédente: " Il est sans doute prématuré de donner aux preuves informatiques une telle consécration juridique, alors que leur fiabilité est variable et dépend assez souvent d'un système maîtrisé par l'une des parties (c'est généralement le cas des relations entre établissements financiers et, la plupart du temps, entre établissements financiers et entreprises). Un tel système risquerait de méconnaître le caractère contradictoire d'établissement de la preuve. Enfin, le juge doit conserver son pouvoir d'appréciation en la matière".

(174) X. LINANT de BELLEFONDS, "L'Internet et la preuve des actes juridiques", Expertises, juin -juillet, 1997, p.225, spécialement p.228: " Reste le problème de la hiérarchie: en cas de contradiction, quelle preuve prévaudrait de la preuve numérique ou de l'écrit signé? Par exemple, quid d'une convention écrite suivie de modifications par messages électroniques. La logique juridique de l'autonomie de la volonté considérait à dire que l'expression la plus récente de cette dernière oblitère la plus ancienne. Or ceci nous paraît fondamentalement imprudent. Dans tous les cas, l'écrit signé devrait prévaloir car il s'agit d'un acte investi d'une force démonstration particulière. Il sera toujours temps de faire sauter ce verrou lorsque les mœurs auront changé". Monsieur CATALA partageait entièrement ce point de vue : cf., P. CATALA, " Ecriture électronique et actes juridiques", art. préc, n° 11, p.102.

(175) P. LECLERCQ, " Propositions diverses d'évolutions législatives sur les signatures électroniques", Droit de l'informatique et des télécommunications, 1998/3, p.19 et s. : " législative la" sécurisation juridique" de l'écrit électronique? Ou peut-on s'en remettre à la vigilance des juges, auxquels le texte étudié tend à accorder de grands pouvoirs d'appréciation de ce constitue l'imputabilité de l'écrit électronique et son intégralité ? Peut- être parce qu'il est lui- même juge et, comme tel, peut souhaiter l'élargissement du pouvoir

وعندما أصدر المشرع الفرنسي قانون الإثبات الإلكتروني ظهرت المادة 1316-1 من التقنين المدني على النحو التالي: تتمتع الكتابة الإلكترونية بذات القيمة القانونية التي للكتابة الورقية إذا توفرت فيها الشروط التي يصدر بتحديدها قرار من مجلس الدولة، دون أن تظهر في المادة الفقرتان الثانية والثالثة.

ولم يعد بالإمكان حل التنازع بين الأدلة الكتابية بناء على نص المادة 1316-1 سالفة الذكر. ولهذا يجب اللجوء إلى نص المادة التي تليها، أي المادة 1316-2 من التقنين المدني، كما سنرى.

ومما تقدم يتضح أنه لا يوجد تنازع بين الأدلة الكتابية إذا كانت متفاوتة في الدرجة، ولكن يظهر في حالة تعارض الأدلة الكتابية من نفس الدرجة. وقد واجه القانون الفرنسي هذا الفرض كما سنرى فيما بعد.

المطلب الثاني

التنازع بين الأدلة الكتابية في القوانين العربية

على حد علمنا، لم يعالج المشرع العربي، في القوانين محل المقارنة، التنازع بين الأدلة الكتابية التقليدية والإلكترونية، ولا التنازع بين الأدلة الكتابية عموما. وإذا كان من المتصور أن يثور التنازع بين الأدلة الكتابية في القانون المصري، فإن قانون الإثبات الإلكتروني المصري الصادر سنة 2004 قد أغفل، رغم ذلك، معالجة هذا الفرض. والأمر نفسه نجده في القانون العماني، حيث لم يتناول قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية ولا قانون المعاملات الإلكترونية لسنة 2008 (176) هذا الأمر.

ولكن الملفت للنظر هنا هو موقف المشرع الإماراتي في القانون الاتحادي رقم 10 لسنة 1992 بشأن الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية. فعلى الرغم من تعديله، تحت تأثير الثورة الإلكترونية، بمقتضى القانون الاتحادي رقم 36 لسنة 2006، وبالمرسوم اتحادي رقم 2020، إلا أنه لم يعن بحل التنازع المتصور بين الأدلة الكتابية التقليدية والإلكترونية. ولماذا الاستغراب إذن إذا كان موقفه مثل نظيريه المصري والعماني؟ ذلك أن المشرع الإماراتي قد أضاف، بمقتضى القانون رقم 36 لسنة 2006، فصلا جديدا إلى قانون الإثبات، هو الفصل الثاني مكررا، وضمنه مادة وحيدة هي المادة رقم 17 مكررا. وتعالج هذه المادة الإثبات الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني والكتابة الإلكترونية وحجيتهم في الإثبات. ويجري نص المادة 17 مكررا على النحو التالي:

"1- تعتبر توقيعا إلكترونيا كل أحرف أو أرقام أو رموز أو اشارات أو صور أو أصوات لها طابع منفرد تسمح بتحديد شخص صاحب التوقيع وتمييزه عن غيره على النحو الوارد في قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية.

2- يعتبر محررا إلكترونيا كل انتقال أو إرسال أو استقبال أو تخزين لرموز أو إشارات أو كتابة أو صور أو أصوات أو معلومات أيا كانت طبيعتها تجري من خلال وسيلة تقنية معلومات.

Les preuves électroniques sont, d'appréciation de ses collègues, le rédacteur de ces lignes est enclin à la seconde solution". aujourd'hui encore trop unilatéralement établies et archivées, sans garantie de sécurité parfaite, ni même de détection, contre les risques de fraude, émanant d'employés indélicats voire de tiers intrus...". De plus, l'auteur s'interroge : " Faut-il pourtant que le législateur soit provisoirement très prudent, et reporte à une ultérieure modification

(176) ينظم الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية في سلطنة عمان القانون الصادر بالمرسوم السلطاني رقم 68/ 2008، ويحكم المعاملات الإلكترونية القانون الصادر بالمرسوم السلطاني رقم 2008/69.

3-للتوقيع الإلكتروني ذات الحجية المقررة للتوقيعات المشار إليها في هذا القانون إذا روعي فيه الأحكام المقررة في قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية.

4- للكتابة الإلكترونية والمحررات الإلكترونية والسجلات والمستندات الإلكترونية ذات الحجية المقررة للكتابة والمحررات الرسمية والعرفية في أحكام هذا القانون متى استوفت الشروط والأحكام المقررة في قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية".

وبمقتضى المرسوم بقانون اتحادي رقم 27 لسنة 2020، عدل المشرع الإماراتي المادة (17 مكررا) ليجري نصها على النحو التالي: " يكون للتوقيع الإلكتروني والكتابة والمحررات والسجلات والمستندات الالكترونية ذات الحجية المقررة للتوقيع والكتابة والمحررات والسجلات والمستندات الرسمية والعرفية في أحكام هذا القانون متى استوفت الشروط والأحكام المقررة في التشريعات النافذة".

وعلى هذا النحو، اعترف المشرع الإماراتي بالمساواة في الحجية بين الأدلة الإلكترونية والأدلة التقليدية، بل وجمعهما في قانون واحد، مثله مثل القانون الفرنسي، إلا أنه لم يتبن مفهوما عاما للدليل الكتابي مثل الذي فعله المشرع الفرنسي، وأيضا لم يضع حلا للتنازع المحتمل بين الأدلة الكتابية بنوعيها، مع أنه كان من السهولة واليسر أن يفعل ذلك.

ويمكن هنا أن نعطى مدلولا للتنازع المحتمل بين الأدلة الكتابية مقتضاه أن يحدث تعارض بينها. ويعني التعارض بين الأدلة هنا التساوي والتماثل بين الأدلة المتقابلة من كل الوجوه: في القوة والدرجة وغيرهما(177).

فاذا حدث مثل هذا التعارض، فكيف يمكن للقاضي أن يحل هذا التنازع وصولا إلى الدليل الراجح. هذا ما سنراه في المبحث التالي.

المبحث الثاني

معايير فض التنازع بين الأدلة الكتابية العادية والإلكترونية

يكون أمام القاضـي عدة معايير يمكنه اللجوء إليها لفض التعارض والتنازع بين الأدلة الكتابية العادية والإلكترونية. ونعرض أولا لهذه المعايير في القانون الفرنسـي (المطلب الأول)، ثم نعرض لها في القوانين العربية محل المقارنة (المطلب الثاني).

المطلب الأول

معايير فض التنازع بين الأدلة الكتابية الموجودة في القانون الفرنسي

لقد كان من المأمول أن يكمل نص المادة 1316-2 نص المادة 1316-1 فيما يتعلق بحل التنازع بين الأدلة الكتابية. لكن بعد استبعاد الفقرة الثالثة من المادة 1316-1 لم يعد أمام القاضي إلا اللجوء إلى نص المادة 1316-2.

كان نص المادة 1316-2 يجري في المشروع التمهيدي لقانون الإثبات الإلكتروني الفرنسي على النحو التالي:

(177) انظر في هذا الموضوع : د. حسن بن أحمد الحمادي، نظرية تعارض الأدلة القضائية في الفقه الإجرائي الإسلامي، ص80 وما بعدها.

" عندما لا يحدد القانون مبادئ أخرى، وعند عدم وجود اتفاق صحيح بين الأطراف، تحل المحاكم التنازع في الإثبات الكتابي محددة بكل الوسائل السند الأكثر رجحانا".

« Lorsque la loi n'a pas fixé d'autres principes, et à défaut de convention valable entre les parties, les tribunaux règlent les conflits de preuve littérale en déterminant par tous les moyens le titre le plus vraisemblable ».

غير أن هذه المادة صيغت في مشروع القانون المذكور ثم صدرت في نصوص القانون على النحو التالي:

" عندما لا يحدد القانون مبادئ أخرى، وعند عدم وجود اتفاق صحيح بين الأطراف، يحل القاضي التنازع في الإثبات الكتابي محددا بكل الوسائل السند الأكثر رجحانا، أيا كانت مادته".

« Lorsque la loi n'a pas fixé d'autres principes, et à défaut de convention valable entre les parties, le juge règle les conflits de preuve littérale en déterminant par tous les moyens le titre le plus vraisemblable, quel qu'en soit le support ».

وبعد تعديل 10 فبراير 2016، حملت المادة المتقدمة رقم 1368 من التقنين المدني وهي تنص على ذات الحكم بعبارات مختلفة بعض الشيء:

« A défaut de dispositions ou de conventions contraires entre les parties, le juge règle les conflits de preuve par écrit en déterminant par tout moyen le titre le plus vraisemblable ».

وبهذا النص، حدد المشرع ثلاثة معايير لحل التنازع بين الأدلة الكتابية: يتمثل المعيار الأول في وجود مبادئ أخرى ينص عليها القانون (المعيار القانوني)، ويتجسد المعيار الثاني في وجود اتفاق صحيح بين الأطراف أو ما يعرف بعقد الإثبات يحل التنازع بين الأدلة (المعيار الاتفاقي)، والمعيار الثالث والأخير يتمثل في اضطلاع القاضي بمهمة حل التنازع القائم في الإثبات الكتابي محددا بكل الوسائل الدليل الأكثر رجحانا، أيا كان الوسيط الذي يوجد عليه هذا الدليل (المعيار القضائي).

أولا- المعيار القانوني: وجود نص قانوني:

يجب على القاضي الفرنسي أولا البحث عن وجود نص قانوني يحكم المسألة. وهذا ما توجبه المادة 1368 من التقنين المدني. ويلاحظ على المادة 1368 من التقنين المدني الفرنسي أنها تحمل عددا من المعلومات(178).

من ناحية، يلاحظ عليها أنها تقرر قاعدة قانونية مكملة. ويبدو ذلك جليا عندما نصت في بدايتها على أنه **" عندما لا توجد نصوص قانونية أو اتفاق ... ".**

(178)P. CATALA, " Ecriture électronique et actes juridiques", n° 12, p.103 ; " Introduction de la preuve électronique dans le Code civil", n°12, p.2073;

د. عبد العزيز المرسى حمود، مدى حجية المحرر الإلكتروني في الإثبات في المسائل المدنية والتجارية، في ضوء قواعد الإثبات النافذة،2005، ص 96 وما بعدها، وكذلك المراجع المشار إليها فيه. مع ملاحظة أن هذه الملاحظات قد أبديت على المادة 1316-3 من التقنين المدني قبل تعديله في سنة 2016 والتي أصبحت تحمل رقم 1368 منه.

فالمشـــرع هو الذي يرجع إليه، في المقام الأول، إنشـــاء القواعد التي تبين التدرج في القوة في الإثبات بين الأدلة المختلفة (179). والأمثلة على هذا الأمر كثيرة في القانون: إضـــفاء حجية قوية على بيانات المحررات الرســـمية، إعطاء الأولوية للمبالغ المكتوبة بالحروف على المبالغ المكتوبة بالأرقام في حالة الاختلاف في البيانات الموجودة في السند، ...الخ.

ويلاحظ على النص المتقدم أنه يفسـح المجال للأفراد في أن ينظموا باتفاقاتهم الخاصـــة الأمور الفنية في الأدلة الإلكترونية. وتبدو الاتفاقات الخاصـــة ضـــرورية جدا، على وجه الخصـــوص، في أثناء التحولات الفنية المؤثرة على ديمومة واستمرار وسائل الاتصال والاحتفاظ بالمعلومات.

ثانيا- المعيار الاتفاقي: عقود الإثبات(180): Les contrats sur la preuve

من ناحية ثانية، يقدم نص المادة 1368 إسـهاما أخر. يتمثل هذا الإسـهام في الاعتراف بالاتفاقات الخاصـة كمصـدر ثان لحل التنازع بين الأدلة الكتابية، إذا لم ينظم المشرع هذه المسألة.

ومن الملاحظ أن المادة المتقدمة لم تؤكد صـحة هذه الاتفاقات ولم تجعل منها اسـتثناء على القواعد القانونية الآمرة، ولكنها قدمت فقط السـند القانوني لاتفاقات الإثبات. فالأمر في النهاية متروك دائما للقاضـي لتقدير صـحة هذه الاتفاقات. فنص المادة 1368 ينظر إليه والحال كذلك كأنه نص لتدعيم سلطة الاتفاقات الخاصة بين الأطراف (181). وللقاضي سلطة واسعة في تقدير الاتفاقات المتعلقة بالإثبات. فإذا تضمنت هذه الأخيرة شروطا تعسفية تضر بالطرف الضعيف فإن للقاضي أن يعفيه منها. وهذا ما أكدته نصوص تقنين الاستهلاك الفرنسي التي حظرت اتفاق الإثبات الذي يكون موضوعه نقل عبء الإثبات في غير صالح المستهلك، كما سنرى فيما بعد.

كما يجب ألا تخالف عقود الإثبات القرائن القانونية القاطعة ولا تعدل مدلول الإقرار أو اليمين، ولا يمكنها أن تنشئ قرائن قاطعة غير قابلة لإثبات العكس لصـالح أحد الأطراف، ويجب أن تحترم الحقوق الأسـاسـية، وبصـفة خاصـة الحق في قضـية عادلة(182). وسـوف نعرض لهذه الأمور كحدود لسـلطة الاتفاق الخاص كأحد المشـكلات العملية التي تعرض أمام القاضي في قيامه بمهمة حل التنازع بين الأدلة الكتابية العادية والإلكترونية.

ثالثا- المعيار القضائي: سلطة القاضي في تحديد الدليل الأكثر رجحانا:

---

(179) كانت الفقرتان الثانية والثالثة من المادة 1316-1 من المشروع التمهيدي لقانون الإثبات الإلكتروني تنظم التدرج في قوة الإثبات بين الأدلة المختلفة.

(180) حول عقود الإثبات انظر:

M. FABRE- MAGNAN, *Droit des obligations, 1-Contrat et engagement unilatéral*, 5e éd., PUF, Paris, 2019, n°344 et ., p. 273 et s. ; M.ESTANOVE, «L'entérinement de la notion de « contrat sur la preuve » par l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », https://www.lepetitjuriste.fr, le 15 avril 2018.

(181) ويبقى للقاضي سلطة واسعة في تقدير الاتفاقات المتعلقة بالإثبات. فإذا تضمنت هذه الأخيرة شروطا تعسفية تضر بالطرف الضعيف فإن للقاضي أن يعفيه منها. وهذا ما أكدته المادة L.132-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي التي حظرت اتفاق الإثبات الذي يكون موضوعه نقل عبء الإثبات في غير صالح المستهلك.

(182) انظر في ذلك:

M. FABRE- MAGNAN, *Droit des obligations, 1-Contrat et engagement unilatéral, op.cit*, n° 345 et s., p.274 et s.

وأخيرا، في حالة عدم وجود نص قانوني أو اتفاق صحيح بين الخصوم، فإن القاضي له كامل الحرية في حل التنازع بين أدلة الإثبات، فله أن يحدد وبكل الوسائل السند الأكثر رجحانا، أيا كان الوسيط الذي كتب عليه هذا السند، أي سواء كانت دعامة إلكترونية أو دعامة ورقية عادية.

وتوجد تطبيقات لصيغة " الأكثر رجحانا" في القانون المدني. من ذلك المادة 311-12 من التقنين المدني الفرنسي المتعلقة بمنازعات التبني (قبل إلغائها بمقتضى تعديل سنة 2016) ، التي كانت توجه المحاكم بأن تبحث عن التبني الأكثر رجحانا(183)، وهو معيار يوجد أيضا في منازعات الملكية فعلى القاضي أن يستخلص من القرائن " الحق الأفضل والأكثر رجحانا (184). المشرع هنا، والحال كذلك، يحيل القاضي إلى الاجتهاد والاقتناع الشخصي، بحيث إذا لم يوجد نص قانوني، أو عقد ينظم المسألة بين الخصوم، فلا يوجد بديل إلا سلوك هذا السبيل من أجل حل التنازع بين الأدلة الكتابية، مستخدما كل الوسائل المتاحة من أجل تحديد الدليل الراجح، وإلا عد القاضي مرتكبا لجريمة إنكار العدالة، تطبيقا للمادة 4 من التقنين المدني(185).

المطلب الثاني

معايير فض التنازع بين الأدلة الكتابية في القوانين العربية

لم تنص القوانين العربية، محل المقارنة، على معيار لحل التنازع بين الأدلة الكتابية. ويقضي الاجتهاد في هذا الوضع، وخاصة في مجال القضاء، اختيار أحد الحلول المتصورة: إما الاستهداء بالمبادئ الموجودة في القانون الفرنسي، السابق عرضها، وإما تطبيق المبادئ الموجودة في الفقه الإسلامي بشأن التعارض بين الأدلة القضائية، وأخيرا يمكن للقاضي الجمع بين الحلين السابقين.

أولا- الاستهداء بالمبادئ الموجودة في القانون الفرنسي:

إذا كان من المتصور أن يثور التنازع بين الأدلة في القانون المصري والعماني والإماراتي، فإن قوانين الإثبات في هذه الدول قد أغفلت، رغم ذلك، معالجة هذا الفرض. وهنا يمكن الاستهداء بالحلول الموجودة في القانون الفرنسي. وهذا ما ذهبنا إليه، في دراسة سابقة(186)، قبل أن تتسع الرؤية وتنضج أفاق النظر!

وتطبيقا لهذا الرأي، يتمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة في الترجيح بين الأدلة الكتابية، ولا يحد من سلطته هذه إلا وجود نص قانوني أو وجود عقد بين الأطراف يرجح دليلا على أخر.

---

(183) Art. 311-12 du Code civil: " Les tribunaux règlent les conflits de filiation pour lesquels la loi n'a pas fixé d'autre principe, en déterminant par tous les moyens de preuve la filiation la plus vraisemblable...".

(184) Dans ce sens: Cass. Civ.3., 12 juillet 1977, Bull. civ.,III, n°311: Le juge de la revendication dispose d'un pouvoir souverain pour dégager les présomptions de propriété les meilleures et les plus caractérisées.

(185) Art.4 du Code civil : « Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ». De plus, v. J.-L. Halpérin, « La preuve judiciaire et la liberté du juge », Communications 2009/1 n° 84), p. 21 et s.

(186) فقد رأينا حينئذ أنه " يمكن للمشرع المصري أن يستهدي بالحلول الموجودة في القانون الفرنسي": انظر كتابنا: الكتابة الإلكترونية في القانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2014، رقم 132.

ويلاحظ أن قاضي الموضوع في تحديده الدليل الراجح يخضع لرقابة المحكمة العليا على أساس أنه يفصل في مسألة قانونية تتعلق بتدرج أدلة الإثبات، وهذه مسألة قانونية كما رأينا(187). وفي هذا المعنى قضت المحكمة الاتحادية العليا في الإمارات بأنه " لئن كان قضاء هذه المحكمة أستقر على أن تقدير الأدلة في الدعوى وموازنتها والترجيح بينها والأخذ بما تطمئن المحكمة إليها ، هي من المسائل الموضوعية التي تستقل بها محكمة الموضوع بغير معقب عليها في ذلك من المحكمة الاتحادية العليا ، إلا أن المناط في صحة وسلامة ذلك التقدير والترجيح، مطابقته للأصول والقواعد العامة التي تحكم تدرج الأدلة في قوتها التدليلية في الإثبات المدني ، فلا يُغلب دليل قولي مرجوح على دليل كتابي راجح ، فذلك ليس إلا وجه من وجوه الخطأ في تطبيق القانون والفساد في الاستدلال"(188).

ويمتاز هذا الاجتهاد بسهولة التطبيق، غير أنه لا يحمل أصالة للقوانين العربية، التي تجد أصالتها في تبني منحى أخر.

ثانيا- تطبيق المبادئ الموجودة في الفقه الإسلامي بشأن التعارض بين الأدلة القضائية:

تمتلك الأنظمة القانونية العربية إرثا عظيما، هو الفقه الإسلامي، لو توافر لأمة أخرى لأقامت عليه صرحا قانونيا عظيما. وحتى نضع الأمور في نصابها، ولا نظلم هذه الأنظمة، فإن موقفها من هذا الفقه ليس واحدا. ففي حين، يوصف بعضها بالأنظمة القانونية المعتدلة! فان الأخرى توصف بأنها تقليدية orthodox (189).

وأيا ما كان الوصف الذي يطلق عليها في هذا الصدد، فان اتصال الأنظمة القانونية العربية بالفقه الإسلامي، يتمثل في اعتبار هذا الفقه مصدرا عاما للقانون. فقد نصت الدساتير العربية على اعتبار " مبادئ الشريعة الإسلامية" المصدر الرئيسي للتشريع. وهذا يعني، كما ترجمته بعض نصوص التشريعات العادية، أن القاضي إذا لم يجد نصا تشريعيا أو عرفا يطبقه، فإنه يطبق مبادئ الشريعة الإسلامية. ويوجد نص خاص بهذا المعنى في قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية في سلطنة عمان، الصادر بالمرسوم السلطاني رقم 68 لسنة 2008، هو نص المادة التاسعة، يقول: " إذا لم يجد القاضي نصا في هذا القانون حكم بمقتضى القواعد العامة في الشريعة الإسلامية". وكذلك يوجد نص مماثل في قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية في الإمارات، ولكنه أكثر تحديدا، هو نص المادة السادسة، الذي يقرر بأنه " إذا لم يجد القاضي نصا في هذا القانون حكم بمقتضى الشريعة الإسلامية على أن يراعي تخير أنسب الحلول من مذهبي الإمام مالك والإمام أحمد بن حنبل، فإذا لم يجد فمن المذاهب الأخرى حسبما تقتضيه المصلحة".

---

(187) قارن د. سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الإنترنت، ص 608، حيث يقرر أن القاضي يتمتع بسلطة تقديرية واسعة غير خاضعة لرقابة محكمة النقض، ما دام قد أقام قضاءه على أسباب سائغة (مشيرا إلى بحث د. على سيد قاسم، بعض الجوانب القانونية للتوقيع الإلكتروني، مجلة القانون والاقتصاد، سنة 2002، ص 38 وما بعدها).

(188) المحكمة الاتحادية العليا - الأحكام المدنية والتجار - الطعن رقم 733 - لسنة 27 قضائية - بتاريخ 15 - 10 – 2006واستطردت المحكمة بقولها: " لما كان ذلك وكان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أنه أستند في استخلاصه لواقعة إكمال الطاعنة لفترة الاختبار على شهادة مدير الشئون الإدارية والمالية لمؤسسة صندوق الزواج التي استمعت المحكمة لها بجلسة 4/9 / 2005 ، فيما لم يناقش الحكم المطعون فيه الورقة الرسمية (شهادة لمن يهمه الأمر) الوارد بياناتها تفصيلاً بوجه النعي والتي لم تكن محل إنكار أو طعن من الخصوم ليقول الحكم كلمته فيها رغم تمسك الطاعنة بدلالتها وبحجيتها وقوتها التدليلية في الإثبات ، الأمر الذي يعيب الحكم بمخالفة القانون والفساد في الاستدلال والقصور المبطل مما يتعين نقضه".

(189) B. BOTIVEAU, *Loi islamique et droit dans les sociétés arabes, mutations des systèmes juridiques du Moyen- Orient,* Editions Karthala, Paris, 1993, préface de Jacques BERQUE.

وفي هذا الشأن، يقول البعض: " أن شراح القانون (الوضعي) لم يخصصوا مباحث مفصلة لبيان مشكلة التعارض بين الأدلة القضائية أمام محكمة الموضوع"، ولكن انصبت دراساتهم، في الغالب، على " تقدير محكمة الموضوع لتعارض الأدلة التي تقدم بين يديها في الواقعة محل الدعوى، وكيف تراقب محكمة النقض محكمة الموضوع في هذا التقدير، وهل هي مسألة واقعية تستقل بها محكمة الموضوع أو مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض.." (190). وبالمقابل، صاغ فقهاء الشرع مبادئ معينة لحل التنازع بين الأدلة القضائية المتعارضة، كما عمل القضاء على تطبيقها. وتتمثل هذه المبادئ في أمرين : الأول : الجمع بين الأدلة المتعارضة، والثاني : الترجيح بين الأدلة المتعارضة(191). ويمكن للقاضي إذن اللجوء إليها لحل التنازع بين الأدلة المتعارضة:

1- الجمع بين الأدلة المتعارضة:

على القاضي في مواجهة الأدلة الكتابية المتعارضة، أن يعمل على الجمع بينها، إن أمكن ذلك. ويعرف هذا المنهج بمنهج المواءمة بين الأدلة المتعارضة. وفقا لجمهور فقهاء المذاهب الفقهية، إذا تعارضت الأدلة فعلي القاضي أن يجمع بينها فإن لم يستطع فعليه أن يرجح بينها(192).

2- الترجيح بين الأدلة المتعارضة:

رأينا أنه إذا تعذر على القاضي الجمع بين الأدلة المتعارضة، فعليه الترجيح بينها ويعرف هذا المنهج بمنهج الموازنة بين الأدلة المتعارضة. ولا خلاف في الواقع بين فقهاء المذاهب الفقهية في ضرورة الجمع أو الترجيح بين الأدلة المتعارضة، ولكن الخلاف يوجد في بأيهما يبدأ القاضي: الجمع إن أمكن ثم الترجيح أم الترجيح ثم الجمع إن أمكن. وفي حين يرى جمهور الفقهاء (المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية والإباضية والشيعة الإمامية) المنهج الأول، يرى فقهاء المذهب الحنفي المنهج الثاني(193).

وقد طبق القضاء الشرعي في مصر(194)، ومحكمة النقض المصرية، هذه المبادئ فيما يتعلق بتعارض الأدلة الكتابية العادية: " الأدلة الكتابية المتعارضة، إنما تترجح بعضها على بعضها الأخر بما تعضدها من قرائن سواء اختلفت من حيث حجيتها أم لم تختلف"(195).

فاذا لم يتمكن القاضي من الجمع بين الأدلة المتعارضة أو الترجيح بينها، سقطت هذه الأدلة ويجب الفصل في القضية المعروضة عليه بمقتضى أدلة أخرى.

---

(190) د. حسن بن أحمد الحمادي، نظرية تعارض الأدلة في الفقه الإجرائي الإسلامي، ص88 وما بعدها.

(191) انظر في تفصيل ذلك: د. حسن بن أحمد الحمادي، نظرية تعارض الأدلة في الفقه الإجرائي الإسلامي، ص153 وما بعدها؛ سليم علي محمد الرجوب، التعارض والترجيح في طرق الإثبات، دراسة فقهية قانونية مقارنة، رسالة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الدكتوراه في القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، آب 2006، الفصل الثاني ص 49 وما بعدها (الجمع بين الأدلة)، والفصل الثالث ص 86 وما بعدها (الترجيح بين الأدلة).

(192) انظر في عرض ذلك: د. حسن بن أحمد الحمادي، نظرية تعارض الأدلة في الفقه الإجرائي الإسلامي، ص156 وما بعدها.

(193) انظر في عرض هذا الاتجاه بالتفصيل: د. حسن بن أحمد الحمادي، نظرية تعارض الأدلة في الفقه الإجرائي الإسلامي، ص165 وما بعدها.

(194) انظر الأحكام التي أشار إليها د. حسن بن أحمد الحمادي، نظرية تعارض الأدلة في الفقه الإجرائي الإسلامي، ص179 وما بعدها

(195) نقض مدني، 26 فبراير 1970، الطعن رقم 582 لسنة 35 ق، مجموعة أحكام النقض، س 21، ع1، ص 382، المرجع السابق، ص 180.

ونرى صلاحية هذه المبادئ للتطبيق عند التعارض بين الأدلة الكتابية العادية والإلكترونية في القوانين العربية محل المقارنة، عندما لا يوجد نص قانون أو اتفاق بين الأطراف يرجح دليلا على أخر.

ثالثا- الجمع بين الحل الأصيل والحل المعاصر:

يمكن للقاضي في الدول العربية الجمع بين الحل الأصيل المستمد من الفقه الإسلامي والحل المعاصر المستمد من بعض القوانين كالقانون الفرنسي. يبدأ أولا بالبحث عن نص قانوني يحكم التنازع بين الأدلة الكتابية في القضية المعروضة عليه. فإذا لم يجد نصا يحكم المسألة، يبحث هل يوجد اتفاق بين الأطراف يعطي أولوية في التطبيق لدليل على أخر أم لا؟ فان لم يجد نصا أو اتفاقا يعمل على الجمع بين الأدلة المتعارضة إن أمكنه ذلك، فإن لم يتمكن من الجمع بين الأدلة كان عليه الترجيح بينها. وفي قيامه بالترجيح له أن يستعين بأي وسيلة تساعده في مهمته.

ويجد هذا الحل أساسه في أن القوانين تنص غالبا أنه على القاضي أن يطبق نصوص القانون الذي يحكم القضية، ثم يعطي له خيارات أخرى في حالة إذا لم يجد نصا يحكمها في القانون المعني. والمعيار الثاني وهو المعيار الاتفاقي يجد أساه في مبدأ سلطان الإرادة حيث يجوز للأطراف الاتفاق على حل التنازع بين أدلة الإثبات المتعارضة ما لم يكن الأمر متعلقا بالنظام العام، فهنا لا يجوز الاتفاق على خلافه. ويوجد في القانون الاتحادي الاماراتي رقم 1 لسنة 2006 في شأن المعاملات والتجارة الالكترونية(196)، وأيضا في قانون المعاملات الإلكترونية في سلطنة عمان الصادر بالمرسوم السلطاني رقم 69 لسنة 2008 (197)، ما يدعم سلطة الاتفاق الخاص بين الأطراف.

فإذا لم يجد القاضي نصا أو اتفاقا، ولم يستطع الجمع أو الترجيح بين الأدلة المتعارضة، طرح هذه الأدلة وبحث عن أدلة أخرى للفصل في الدعوى.

المبحث الثالث

المشكلات العملية التي تثور بمناسبة فض التنازع بين الأدلة الكتابية العادية والإلكترونية

منذ تبني الإثبات الإلكتروني تشريعيا في بداية القرن العشرين، يواجه القاضي كثيرا من المشكلات العملية في فض التعارض والتنازع بين الأدلة الكتابية العادية والإلكترونية.

---

(196) م 6 من قانون المعاملات والتجارة الاماراتي: " 1- ليس في هذا القانون ما يتطلب من شخص أن يستخدم أو يقبل معلومات بشكل الكتروني، إلا أنه يجوز استنتاج موافقة الشخص من سلوكه الإيجابي. 2- يجوز أن تتفق الأطراف التي لها علاقة بإنشاء أو إرسال أو استلام أو تخزين أو معالجة أية سجلات إلكترونية، على التعاقد بصورة مغايرة لأي من الأحكام الواردة في الفصل الثاني حتى الفصل الرابع من هذا القانون. 3- استثناء من أحكام الفقرة (1) السابقة، يجب أن يكون صريحا قبول الحكومة بالتعامل الالكتروني في المعاملات التي تكون طرفا فيها".

(197) م 4 من قانون المعاملات الالكترونية العماني: " 1- تطبق أحكام هذا القانون على المعاملات التي تتم بين الأطراف الذين اتفقوا على إجراء معاملاتهم بوسائل إلكترونية ويجوز استنتاج موافقة الشخص على ذلك من سلوكه. وبالنسبة للحكومة، يجب أن يكون قبولها بالتعامل الإلكتروني صريحا. 2- يجوز للأطراف الذين لهم علاقة بإنشاء أو إرسال أو تسلم أو تخزين أو معالجة سجلات إلكترونية الاتفاق على التعامل بصورة مغايرة لأي من القواعد الواردة في الفصل من الثاني حتى الرابع من هذا القانون. 3-لا يكون أي اتفاق بين الأطراف لإنجاز معاملة معينة بوسائل إلكترونية ملزما لأي منهم لإنجاز معاملات أخرى بذات الوسائل".

وأول مشكلة عملية تواجه القاضي هي المعيار الذي يمكن أن يلجأ إليه لحل هذا التنازع، وقد تناولنا ذلك في المبحث السابق. والمشكلة الثانية تتعلق بالشروط التي يتضمنها اتفاق أو عقد الإثبات، وبصفة خاصة في مواجهة الشروط التعسفية. والمشكلات لا تتوقف في التطبيقات القضائية مثل هل يمكن لعقد الإثبات أن يوجد قرينة قاطعة لا يمكن إثبات عكسها، فضلا عن التطبيق العادي لقواعد التعويض عن الإخلال بالالتزامات من أحد الأطراف والمطالبة بالفسخ من الطرف الأخر، وغير ذلك من المشكلات العملية.

ونبين فيما يلي: مبدأ إجازة الاتفاقات المتعلقة بالإثبات، وحدود هذه الإجازة وبصفة خاصة في مواجهة الشروط التعسفية، ومدى إمكانية الاتفاق على قرينة قاطعة غير قابلة لإثبات العكس، واحترام القرائن القاطعة وما يقضي به الإقرار واليمين والحقوق الأساسية.

المطلب الأول

مبدأ إجازة الاتفاقات المتعلقة بالإثبات

رأينا فيما سبق أن **المشرع الفرنسي أدخل بتعديل 2016 للتقنين المدني** ما يعرف بعقود الإثبات. ولكن لم يتحدث التقنين المدني عن عقود الإثبات التي أحالت إليها المادة 1356 منه.

ويأسف بعض الفقه (في ظل المادة 1316-2 من التقنين المدني) على أن التكريس القانوني للعقود التي تتضمن اتفاقات الإثبات جاء بمناسبة القيود restrictions التي يمكن أن يضعها الخصوم على حرية القاضي في تقدير أدلة الإثبات الكتابية، في حين أن الدقيق هو أن هذه القيود أو الاشتراطات يمكن أن يكون مداها بل صحتها ذاتها محل شك ومناقشة، خاصة بالنظر إلى القواعد التي تنظم الشروط التعسفية (198).

ونقرر أنه إذا كان مسموحا اليوم اعتبار قواعد الإثبات الموضوعية غير متعلقة بالنظام العام، وبالتالي إجازة الاتفاقات المتعلقة بها، فإن السؤال يطرح بصدد الاتفاقات المتعلقة بالإثبات الإلكتروني ومدى جوازها.

وإذا كانت القاعدة هي إجازة مبدأ الاتفاقات المتعلقة بالإثبات فإن لهذه الإجازة بلا شك حدود تقف عندها كما سنرى فيما بعد.

يستطيع الأشخاص، بمقتضى الاتفاقات المتعلقة بالإثبات، أن يمنحوا بعض العناصر قوة في الإثبات، هذه العناصر التي لم تكن تتمتع بقيمة في الإثبات أو كانت تتمتع بقيمة ضعيفة. وهذا ما حدث فيما يتعلق بالإثبات الإلكتروني (199).

وقد أجاز القضاء مثل هذه الاتفاقات بشرط أن يكون النظام الإلكتروني المقدم يتسم بالديمومة fiable وأن تكون فاعليته مؤمنة Crédible. من هذا حكم محكمة استئناف مونبلييه، الصادر في 9 ابريل 1987، والذي قضى بأن شركة Crédicas قد قدمت الإثباتات الكافية لحقوقها بمقتضى التسجيلات التي قامت بها الماكينة والتي تمت بالاستخدام المتزامن للكارت والرقم السري. ويلاحظ على هذا الحكم أنه قد صدر في وقت لم يكن قد تم فيه تنظيم الإثبات الإلكتروني. كما أن

(198) J. DEVÈZE, " La réforme du contrat électronique", in *La contrat électronique*, p.64 et s., citant LUCAS DE LEYSSAC, " Les conventions sur la preuve informatique", in *Informatique et droit de la preuve*, Editions des Parques, 1987, p.143 et s.

(199) انظر المادة الثامنة من اتفاقية الكارت بلو La Carte Bleue.

الإثبات كان حرا في هذه القضـية حيث كانت المبالغ أقل من نصـاب الكتابة (500 فرنك). وعندما عرض النزاع على محكمة النقض قضت في 8 نوفمبر 1989 بمشروعية الاتفاق الذي تضمن شرطا ينظم كيفية إثبات نظام الوفاء أو الدفع بما في ذلك التوقيع الإلكتروني (200).

وبعد صدور قانون سنة 2000 المتعلق بالإثبات الإلكتروني أصبحت المادة 1316-2 من التقنين المدني الأساس القانوني لصحة اتفاقات الإثبات. فقد حازت هذه الأخيرة، من حيث المبدأ إذن، السـند القانوني لإجازتها (201). وهي تحمل الآن رقم 1368 من التقنين المدني بعد تعديل سنة 2016، كما رأينا.

وتقرر المادة المذكورة بأنه ما لم يوجد نص قانوني أو يوجد اتفاق بين الأطراف.....

ويلاحظ بعض الفقه على هذه المادة أنها لم تأت بجديد فيما يتعلق بحل التنازع بين الأدلة الكتابية ولا فيما يخص اتفاقات الإثبات، وإنما أبقت على القواعد القديمة في التفسير(202).

والقواعد القديمة في التفسير المشار إليها هي قواعد مستقرة في التطبيق القضائي في النظام القانوني المصري. فالرأي السائد حاليا في الفقه والقضاء يري أن قواعد الإثبات الموضوعية لا تتعلق بالنظام العام. ويبدو أن نصوص قانون الإثبات قد أيدت هذا الاتجاه الأخير. فقد أجاز القانون الإثبات بشهادة الشهود في التصرفات التي تزيد قيمتها عن ألف جنية أو تلك غير محددة القيمة، وذلك في حالات معينة.

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض أن " قواعد الإثبات الموضوعية المتعلقة بتحديد محل الإثبات وعبئه وطرقه لا تعتبر من النظام العام لأنها مقررة لمصلحة الخصوم ومن ثم يجوز لهم أن يتفقوا علي ما يخالفها ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك، فيجوز الاتفاق علي نقل عبء الإثبات من المكلف به أصلا إلى الطرف الأخر صراحة أو ضمنا" (203).

وبناء على ما تقدم يجوز للأطراف الاتفاق بشأن الإثبات الإلكتروني. فلهم أن يحددوا قيمة بعض العناصر في الإثبات، وأن يضعوا من القواعد ما يلزم لحل التنازع بين الأدلة الكتابية المختلفة، وغير ذلك من المسائل(204). ولكن مثل هذا الاتفاق مقيد بألا يؤدي إلى حرمان أحد طرفيه من الحق في الإثبات وإلا كان باطلا(205). الأمر الذي يدعونا إلى تناول حدود صحة الاتفاقات المتعلقة بالإثبات في المواد الإلكترونية.

---

(200) Cass. Civ.1, 8 novembre 1990, D. 1990, 369, note GAVALDA.

(201) A. RAYNOURAD, " Le droit de l'écrit électronique", PA, 2 avril 2001, n°65, p.15, spéci..n°15

(202) A. RAYNOURAD, " Le droit de l'écrit électronique", *op. cit.*,n°15.

(203) نقض مدني 6 يناير 1975 مجموعة أحكام النقض، س 26، ص 106؛ نقض مدني 28 مايو 1986، مجموعة أحكام النقض، س37، ص 615.

(204) يلاحظ أن معظم الاتفاقات المتعلقة بالإثبات الالكتروني ظهرت في مجال معاملات البنوك والمؤسسات المصرفية (انظر اتفاقات الكروت البنكية التي تصدرها البنوك المصرية). غير أن ذلك لا ينفي عمومية مثل هذه الاتفاقات في العقود الالكترونية بصفة عامة. للمزيد من التفاصيل انظر: د. محمد المرسى زهرة، الدليل الكتابي وحجية مخرجات الكومبيوتر في الإثبات في المواد المدنية والتجارية، " دراسة تطبيقية على منافذ السحب الآلي"، مؤتمر القانون والكومبيوتر والإنترنت، كلية الشريعة والقانون- جامعة الإمارات العربية المتحدة، 1- 3 مايو 2000، أبحاث المؤتمر، المجلد الثالث، ص 795، وبصفة خاصة ص 821 وما بعدها.

(205) د. محمد المرسى زهرة، مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، بحث مقدم إلى مؤتمر الكويت الأول للقانون والحاسب الآلي، المنعقد في الفترة من 4-7 نوفمبر 1989، ص 460 وما بعدها.

المطلب الثاني

حدود صحة الاتفاقات المتعلقة بالإثبات في المواد الإلكترونية

كان يوجد بعض الغموض في نص المادة 1316-2 من التقنين المدني الفرنسي عندما يشير إلى اتفاق صحيح convention valable بين الأطراف. ومصدر هذا الغموض يأتي من المقصود بهذه الصحة وعما تتكون منه. هل هي الشروط التي تلزم لصحة أي تصـرف قانوني: رضـاء- محل- سـبب؟ إذا كانت هذه هي الحال، فإنه يكون من غير المفيد أن ينعت المشـرع الاتفاق بأن " صحيح" لأن كل اتفاق حتى يؤتي ثماره ويكون فعالا يجب أن يكون صحيحا.

أم على العكس يوجد شرط صحة خاص باتفاقات الإثبات يضاف إلى شروط صحة التصرف المعروفة، الأمر الذي يشير ضمنا إلى الفكرة التي تقول أنه في العلاقة بين المهنيين والمستهلكين مثل هذه الاتفاقات يمكن أن تكون بدون قيمة تذكر تطبيقا للمادة L.132-1، ملحق 1- q من تقنين الاستهلاك (206).

هذا الفرض الأخير يثير مسـألة اتفاقات الإثبات في المواد الإلكترونية وعلاقتها بالشـروط التعسـفية. هل تعد الاتفاقات المنظمة للإثبات في المواد الإلكترونية شروطا تعسفية؟

في الحقيقة تحظر المادة L.132-1 من تقنين الاسـتهلاك الشـروط التعسـفية في العقود المبرمة بين المهنيين والمسـتهلكين. وبالرغم من أن هذا النص لم يعرف إلا نجاحا محدودا جدا، إلا أنه يترجم إرادة المشـرع المؤكدة في منح الإمكانية للسـلطة اللائحية في أن تضع نهاية سريعة للعديد من حالات التعسف الملحوظة(207).

وبالاسـتناد إلى المادة المتقدمة يمكن اسـتبعاد اتفاقات الإثبات التعسـفية التي تنشئ " عدم توازن مؤثر" déséquilibre significatif في مواجهة المسـتهلك(208). ومن بين قائمة الشـروط التي يمكن اعتبارها تعسـفية تظهر الشـروط التي تعطل

(206) Art. L. 132-1, annexe, 1° q, Code de la consommation; J. HUET, " Le Code civil et les contrats électroniques", Contribution à l'ouvrage pour le Bicentenaire du Code civil, Université de Paris II, Dalloz 2004, n°16, p.12.

ويقدر هذا الفقيه أن هذا التفسير الأخير سيترتب عليه نتائج خطيرة لأنه سيعطل سير العقود التي تنظم مسائل الإثبات في العلاقات مع المستهلكين.

(207) Y. PICOD, H. DAVO, *Droit de la consommation*, Paris, Arman Colin, 2005, n°10, p.7.

(208)déséquilibre significatif : انظر حول " عدم التوازن المؤثر"

D. HOUTCIEFF, « Le nouvel équilibre contractuel (formation) », in *Les innovations de la réforme du droit des contrats* (sous la direction scientifique de Sarah BROS), Institut Universitaire Varenne, Diffusion LGDJ, Paris, 2018, p.55 et s.

ممارسة الدعاوى القضائية، بصفة خاصة عندما تحدد وسائل الإثبات المتاحة للمستهلك أو تفرض عليه عبء الإثبات عندما يكون هذا العبء واقعا على عاتق الطرف الأخر(209).

مما تقدم يبدو أن وصف " صحيح" الوارد بالمادة 1316-2 من التقنين المدني الفرنسي قد يعني أنه اتفاق لا يتضمن شروطا تعسفية. مع أن هذا التفسير قد يبدو هو الأخر تعسفيا، حيث لا تمليه عبارات هذه المادة، إلا أنه يبدو مقبولا، وبصفة خاصة نظرا لاتساع نطاق اتفاقات الإثبات في المواد الإلكترونية عندما لا يكون التوقيع الإلكتروني مؤمنا.

وكان من المنتظر مع تعديل 10 فبراير لسنة 2016 للتقنين المدني أن يزول الغموض الذي كان يكتنف المادة 1316-2 منه حول فكرة " الاتفاق الصحيح" convention valable، وبالفعل حذفت المادة 1368 التي حلت محل المادة السابقة لفظ " صحيح" دون أن تضيف أي شيء أخر.

وبهذا يخضع اتفاق الأطراف بشأن الإثبات لما تقضي به القواعد العامة وما يوجد من اشتراطات خاصة وضعها القانون بشأن عقود الإثبات. وتقضي القواعد العامة أن عقد الإثبات، مثله مثل أي عقد أخر، لا يمكنه أن يخالف القواعد المتعلقة بالنظام العام (المادة 1102 والمادة 1162 من التقنين المدني)، ومنها القواعد المتعلقة بقيمة المحررات في الإثبات. ففي عقود الاستهلاك وعقود الإذعان، وهي العقود التي ينفرد أحد الأطراف بتحديدها مقدما، يجب على الأطراف فيها أن يراعوا بأن لا يخلق اتفاقهم حول الإثبات " عدم توازن مؤثر بين حقوق والتزامات الطرفين" (المادة L212-1 من تقنين الاستهلاك، والمادة 1171 من التقنين المدني)، وإلا كانت هذه الشروط باطلة (أو تعتبر غير مكتوبة Etre réputées non écrites). وتطبيقا لهذا النظر، تعتبر تعسفية الشروط التي يكون من أثرها أن تفرض على المستهلك عبء الإثبات بطريقة قاطعة لا يمكن إثبات عكسها (المادة R212-1,12°). ومن هنا يبدو صعبا تصور اتفاق صحيح على قرينة قاطعة غير قابلة لإثبات العكس. وهذا ما سنراه في المطلب التالي.

المطلب الثالث

مدى إمكانية الاتفاق على قرينة قاطعة غير قابلة لإثبات العكس

في 6 ديسمبر 2017، أصدرت محكمة النقض الفرنسية حكما هاما يتعلق بالإثبات(210). تتلخص وقائع القضية التي صدر الحكم بشأنها في أن شركة RBI أبرمت مع شركة أخرى BIT عقد ترخيص وتوزيع برنامج Logciel صممته شركة BIT . ولكن نظرا لأن البرنامج لم يعمل كما يجب، فقد قامت شركة RBI بإنهاء العقد بالإرادة المنفردة. لم تسلم شركة BIT بهذا الأمر

(209) **Art. L.132-1 du Code de la consommation, Annexe : clauses visées au troisième alinéa de l'article L. 132-1.**

1. Clauses ayant pour objet ou pour effet : "q) De supprimer ou d'entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur, notamment en obligeant le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales ou à passer exclusivement par un mode alternatif de règlement des litiges, en limitant indûment les moyens de preuves à la disposition du consommateur ou en imposant à celui-ci une charge de preuve qui, en vertu du droit applicable, devrait revenir normalement à une autre partie au contrat.

Voir aussi, Y. PICOD, H. DAVO, *Droit de la consommation, op. cit.*, n° 183, p.103.

(210) Cass. Com., 6 déc.2017, n°16-19615 ; D. 2018, 327, note G. LARDEUX et 371, obs. M. MEKKI ; AJ Contrat 2018, 37, obs. T. DOUVILLE ; RTD civ., 2018, 123, obs. H. BARBIER ; RDC 2018-2, 205, obs. J. KLEIN

ولجأت إلى القاضي المختص مطالبة بالتعويضات، في المقابل طالبت شركة RBI بالفسخ القضائي للعقد. رفضت محكمة الاستئناف المختصة بالنزاع طلب BIT، الأمر الذي دفع هذه الأخيرة إلى الطعن بالنقض في هذا الحكم.

رفضت الغرفة التجارية بمحكمة النقض الطعن المقدم من BIT ضد حكم محكمة الاستئناف. وقالت المحكمة في هذا الصدد أنه إذا كانت عقود الإثبات صحيحة عندما تنصب على الحقوق التي يملك الأطراف التصرف فيها، فإنها لا يمكن أن تنشئ لصالح أحد الطرفين قرينة غير قابلة لإثبات العكس.

والشرط الذي صدر الحكم بصدده ينص على شروط "قبول" البرنامج، أي الإجراء الخاص باستلامه. ويكون أمام العميل خمسة عشر يومًا للإبلاغ عن أي خلل عن طريق صيغة مكتوبة. وإذا لم يقم العميل بذلك في الموعد المحدد، يعتبر أنه قد استلم البرنامج " استلاما ضمنيا".

ويتضح مما تقدم أنه إذا لم يظهر العميل في غضون أسبوعين من استلام البرنامج ما يوجد به من عيوب، فإنه لم يعد بإمكانه تقديم شكوى من هذه الأعطال. وهنا يفترض أن البرنامج يعمل بشكل صحيح.

ولم تتعرض محكمة النقض للمدة التي يجب فيها أن يعلن المتعاقد أن البرنامج لا يعمل بشكل صحيح وأنها مدة قصيرة، بل قصيرة للغاية، كما يقول البعض (211)، ولكنها ركزت على أن ما تم الاتفاق عليه هو افتراض غير قابل لإثبات العكس، وهذا لا يجوز إنشاؤه بمقتضى شرط في العقد.

ويترتب على هذا الحكم، أنه لا يجوز بمقتضى العقد إنشاء قرائن غير قابلة لإثبات عكسها، وإذا تم ذلك كان للطرف المعنى أن يثبت عكس ما تقضي به هذه القرينة. وفي الحالة محل الحكم، يجوز للمتعاقد إثبات عكس ما تقضي به القرينة العقدية، حتى ولو لم يوجه للطرف الأخر الصيغة المكتوبة المتفق عليها في العقد.

ويعد هذا الحكم تطبيقا للمادة 1356 من التقنين المدني، بعد تعديل قانون العقود وأحكام وإثبات الالتزامات بتاريخ 10 فبراير 2016. تنص المادة 1356 مدني على أن عقود الإثبات تكون صحيحة عندما تنصب على الحقوق التي يملك الأطراف حرية التصرف فيها. ومع ذلك لا يمكنهم مخالفة القرائن القاطعة التي نص عليها القانون أو مخالفة ما يقضي به الإقرار أو اليمين. فضلا عن ذلك لا يمكنهم أن يتفقوا على قرينة غير قابلة لإثبات العكس في صالح أحد الطرفين.

« Les contrats sur la preuve sont valables lorsqu'ils portent sur des droits dont les parties ont la libre disposition.

(211) Bruno DONDERO, « Le contrat ne peut instituer une présomption irréfragable (Cass. com., 6 déc. 2017, n° 16-19615), https://brunodondero.com/2017/12/07/le-contrat-ne-peut-instituer-une-presomption-irrefragable-cass-com-6-dec-2017-n-16-19615/

Néanmoins, ils ne peuvent contredire les présomptions irréfragables établies par la loi, ni modifier la foi attachée à l'aveu ou au serment. Ils ne peuvent davantage établir au profit de l'une des parties une présomption irréfragable ».

يضاف إلى ما قضى به الحكم المتقدم، تحظر المادة 1356 سالفة الذكر على الأطراف الاتفاق على ما يخالف القرائن القاطعة أو ما يقضي به الإقرار أو اليمين. فضلا عن ذلك، يجب على الأطراف احترام الحقوق الأساسية، وبصفة خاصة الحق في قضية عادلة.

المطلب الرابع

احترام القرائن القاطعة والاقرار واليمين والحقوق الأساسية(212)

تنص الفقرة الثانية من المادة 1356 على أن عقود الإثبات يجب ألا تخالف القرائن القاطعة " المنشأة بواسطة القانون" أو ما يقضي به الإقرار أو اليمين. ويقصد بالقرائن القاطعة التي ينشئها القانون معنى واسعا يتضمن القرائن التي ينص عليها القانون صراحة، مثل قرينة حجية الشيء المحكوم فيه، وأيضا تلك التي يستنتجها القاضي من تفسير نصوص القانون، مثل قرينة معرفة العيوب الخفية بواسطة البائع المحترف. فلا يمكن لشرط في عقد الإثبات أن ينازع في هذه القرينة.

كذلك، تقضي المادة المتقدمة أن سلطة الاتفاق الخاص تتحدد في غير ما يقضي به الإقرار واليمين. وفي ذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه إذا كان للأطراف الاتفاق على توزيع عبء الإثبات فيما بينهم أو على طرق أخرى للإثبات، فإنهم لا يملكون حرمان القاضي من سلطاته التقديرية التي يستمدها من القانون. وبصفة خاصة إذا كان للأطراف الاتفاق على منح قوة في الإثبات لعنصر ما، فإن القاضي يحتفظ بسلطته التقديرية فيما يتعلق بقيمة ومدى عنصر الإثبات المتفق عليه(213).

واخيرا، يجب أن يحترم عقد الإثبات الحقوق الأساسية، وبصفة خاصة الحق في قضية عادلة(214). فلا يمكن لأحد الخصوم، الطرف القوي خاصة، أن يلقي على عاتق الأخر، اثباتا ثقيل الوطأة، أو يجاوز حدا معينا، وإلا عد ذلك عقبة في سبيل تحقيق الحق في قضية عادلة. من ذلك ما تقضي به محكمة النقض الفرنسية من اعتبار بعض الشروط غير صحيحة، إذا كانت تلقي على عاتق أحد الأطراف اثباتا وان لم يكن مستحيلا ولكن على الأقل صعبا بشكل للغاية، مثل إثبات واقعة سلبية. مثال ذلك في قضية تطلبت وثيقة التأمين على السيارة أن يثبت المؤمن عناصر دقيقة وعمليا مستحيلة الإثبات حتى يمكنه الحصول على مبلغ التأمين في حالة السرقة (خاصة غلق المقود أو قفله أو تعديل توصيلات الكهرباء التي تسمح بتشغيل السيارة). نقضت محكمة النقض حكم قضاة الموضوع الذي اعتد بهذا الشرط على أساس أن إثبات الكارثة، وهو إثبات حر،

(212) M. FABRE- MAGNAN, *Droit des obligations, 1-Contrat et engagement unilatéral*, *op.cit*, n° 345 et s., p.274 et s.

(213) Par exemple, v. Cass. Com, 24 janv. 2018, n° 16-19866 ; RTD civ., 2018, 415, obs. H. BARBIER ; AJ Contrat, 2018, 195, obs. T. DOUVILLE

(214) Sur ce sujet, v. M. FABRE- MAGNAN, *Droit des obligations, 1-Contrat et engagement unilatéral*, *op.cit*, n° 347 et s., p.275 et s. Pour aller plus loin, v. M. MEKKI, « Preuve et droits fondamentaux. Réflexions sur les dangers d'un « droit à la vérité », https://www.mekki.fr/files/sites/37/2015/09/Mekki-fondamentalisation-preuve-RELU-AVANT-BAT.pdf; C GRIMALDI, « Preuve et droits fondamentaux », *in La preuve*, Journées internationales de l'Association Henri CAPITANT, Bruylant, 2015.

لا يمكن تقييده بواسطة العقد، مشيرة بصفة خاصة إلى المادة 6.1 من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان(215). وبالرغم من صرامة الصيغة التي استخدمتها محكمة النقض الفرنسية، إلا أن الحل يجب إقراره ويجب اعتباره صحيحا دائما على الرغم من إجازة مبدأ العقود المتعلقة بالإثبات(216).

وفي قضية أخرى، أقرت محكمة النقض الفرنسية محكمة الموضوع فيما قضت به من عدم فعالية الشرط الذي ألقى على العامل عبء إثبات عدم مخالفته لشرط عدم المنافسة، وهو إثبات سلبي صعب إثباته عمليا إن لم يكن مستحيلا(217).

كما قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه يشكل اعتداء على مبدأ تساوي الأسلحة الناتج عن الحق في القضية العادلة الذي تكفله المادة السادسة من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان منع الخصم من أن يثبت واقعة أساسية من أجل إثبات ما يدعيه (218).

وبالإضافة الى الحق في القضية العادلة توجد حقوق أساسية أخرى يمكن أن تكون محل اعتبار، مثل تلك التي تنص عليها المادة الأولى من البروتوكول الإضافي للاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان، مثل الحق في احترام أموال الخصم والحق الدستوري في تعويض الضرر الحاصل له. ولكن المقام لا يتسع لتناول هذه الحقوق.

الخاتمة

تناولنا في هذا البحث التنازع بين الأدلة الكتابية العادية والإلكترونية. وقد توصلنا فيه إلى عدة نتائج:

أولا- يقصد بالتنازع بين الأدلة الكتابية التعارض بينها إذا كانت من درجة واحدة ومتساوية في القيمة القانونية. وبناء على ذلك، لا يظهر التنازع بين الأدلة من درجات متفاوتة، لأنه في هذا الفرض يجب احترام التدرج بين الأدلة.

ثانيا- لقد وضع القانون الفرنسي مبادئ يمكن للقاضي اللجوء إليها لحل التنازع بين الأدلة الكتابية العادية والإلكترونية تتمثل في وجود نص قانون أو اتفاق بين الخصوم، فإن لم يوجد فيجب على القاضي الاجتهاد للوصول إلى حل في النزاع.

ثالثا- لا توجد نصوص لحل التنازع بين أدلة الإثبات في القوانين العربية محل المقارنة، ومن ثم يتمتع القاضي بسلطة تقديرية في هذا الخصوص، ويخضع في ممارسة لهذه السلطة لرقابة المحكمة العليا.

رابعا- أدخل القانون الفرنسي الإثبات الإلكتروني في قانون الإثبات وأصبح جزءا منه.

---

(215) Cass. Civ2., 10 mars 2004, n° 03-10154 ; RTI 2004, 337, obs. L. GRYNBAUM; RTD civ., 2005, 133, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

(216) En plus de détails, v. M.LE LOUP-VELAY, *L'assurance face aux droits fondamentaux de la personne humaine*, thèse Paris 9 (Paris-Dauphine), 2017. Voir aussi, notre article, « Réflexions sur le contrat d'assurance dans le Code des transactions civiles des Emirats Arabes Unies », Revue des recherches juridiques et judiciaires, Faculté de Droit, Université Américaine aux Emirats, n°1, mars 2019, p.3 et s.

(217) Cass. Soc., 25 mars 2009, n°07-41894 ; D.2009, 1441, obs. Centre de droit de la concurrence Yves SERRA ; 2128, obs. Ph. DELEBECQUE, J.-D. BRETZNER et T. VASSEUR ; Dr. Soc., 2009, 740, obs. J. MOULY ; JCP S, 2009, n°1241, obs. I. BEYNEIX.

(218) Cass. Com., 15 mai 2007 n° 06-10606; D.2007, 2771, obs. A. LEPAGE, L. MARINO et C. BIGOT ; RTD civ., 2007, 637, obs. R. PERROT et 753, obs. J. HAUSER ; H. BARBIER, « Quelques évolutions contemporaines du droit de preuve : chasse ou culture de la preuve diabolique », RLDC, n°71, mai 2010, suppl., p.3.

ومما يؤسف له في القوانين العربية هو الازدواجية في قانون الإثبات بين الإثبات العادي والإثبات الإلكتروني. فعلى خلاف القانون الفرنسي، الذي تبنى وحدة مفاهيم قانون الإثبات وبصفة خاصة الكتابة، ويعالج الإثبات العادي والإثبات الإلكتروني بتشريع واحد، تتبنى القوانين العربية مفاهيم متعددة أو على الأقل تفصل فصلا جامدا بين قانون الإثبات التقليدي وقانون الإثبات الإلكتروني.

وما رصدناه في هذا البحث ليس هو كل ما الأمر، ولكنه عرض لمرض، ومن أجل ذلك يجب تنظيم الإثبات الكتابي على نحو يضم نوعي الإثبات العادي والإلكتروني. وننتهز فرصة التحول الرقمي الموجود حاليا في دولة الإمارات العربية المتحدة وسائر الدول العربية، ونقترح الآتي:

بعد عرض الأحكام العامة للإثبات وطرق الإثبات الجائزة قانونا، يكون التعرض للأحكام الخاصة الإثبات بالكتابة : الأحكام العامة ، مبدأ عدم جواز اصطناع الخصم دليل إثبات كتابي لنفسه، الكتابة تشمل نوعى الكتابة الرسمية والعرفية، والورقية والإلكترونية، تمتع الكتابة الإلكترونية بذات قيمة الكتابة الورقية، متى توافرت فيها الشروط المتطلبة، التوقيع، ويشمل التوقيع العادي والإلكتروني، قواعد حل التنازع بين الأدلة الكتابية، المحررات الرسمية، بما فيها المحررات الرسمية الإلكترونية، المحررات العرفية، بما فيها المحررات العرفية الإلكترونية، وصحة المحررات الرسمية والعرفية، بما فيها المحررات الإلكترونية . ثم تكملة أحكام طرق الإثبات الأخرى. وتصدر اللوائح والقرارات اللازمة لتطبيق أحكام قانون الإثبات، بحسب الحاجة. ونأمل، في النهاية، أن يرى هذا الاقتراح النور، في ظل التحول الالكتروني الذي تشهده البلاد العربية في هذه الأيام.

المراجع والمصادر

أولا- المراجع باللغة العربية:

د. حسن بن أحمد الحمادي، **نظرية تعارض الأدلة القضائية في الفقه الإجرائي الإسلامي: دراسة تحليلية تأصيلية قضائية موازنة، النظرية العامة و التطبيقات، أبوظبي: معهد التدريب والدراسات القضائية، 2014.**

د. سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الإنترنت، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، 2009.

سليم علي محمد الرجوب، التعارض والترجيح في طرق الإثبات، دراسة فقهية قانونية مقارنة، رسالة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الدكتوراه في القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، آب 2006.

د. عابد فايد، الكتابة الإلكترونية في القانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2014.

د. عبد العزيز المرسى حمود، مدى حجية المحرر الإلكتروني في الإثبات في المسائل المدنية والتجارية، في ضوء قواعد الإثبات النافذة،2005.

د. محمد المرسى زهرة، مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، بحث مقدم إلى مؤتمر الكويت الأول للقانون والحاسب الآلي، المنعقد في الفترة من 4-7 نوفمبر 1989، ص460.

د. محمد المرسى زهرة، الدليل الكتابي وحجية مخرجات الكومبيوتر في الإثبات في المواد المدنية والتجارية، " دراسة تطبيقية على منافذ السحب الآلي"، مؤتمر القانون والكومبيوتر والإنترنت، كلية الشريعة والقانون- جامعة الإمارات العربية المتحدة، 1- 3 مايو 2000، أبحاث المؤتمر، المجلد الثالث، ص 795.

ثانيا- المراجع باللغة الفرنسية:

BARBIER (H.), « Quelques évolutions contemporaines du droit de preuve : chasse ou culture de la preuve diabolique », RLDC, n°71, mai 2010, suppl., p.3.

BOTIVEAU (B.), *Loi islamique et droit dans les sociétés arabes, mutations des systèmes juridiques du Moyen- Orient,* Editions Karthala, Paris, 1993, préface de Jacques BERQUE.

CAPRIOLI (E.), « Le juge et la preuve électronique : réflexions sur le projet de la loi portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relatif à la signature électronique », 10 janvier 2000, Juriscom.net.

CATALA (P.),, " Ecriture électronique et actes juridiques", Mélanges M. CABRILLAC, Litec, Paris, 1999, p.91.

CATALA (P.)," Introduction de la preuve électronique dans le Code civil", Etude par un groupe d'Universitaires (avec le concours de P.-Y. GAUTIER, J. HUET, I. de LAMBERTERIE, X. LINANT de BELLEFONDS, A. LUCAS, C. LUCAS de LEYSSAC et M. VIVANT), JCP, éd. G., 1999, I, 182.

DEVÈZE (J.), " La reforme du contrat électronique", in *La contrat électronique*, p.64 et s.

DONDERO (B.), « Le contrat ne peut instituer une présomption irréfragable (Cass. com., 6 déc. 2017, n° 16-19615), https://brunodondero.com/2017/12/07/le-contrat-ne-peut-instituer-une-presomption-irrefragable-cass-com-6-dec-2017-n-16-19615/

ESTANOVE (M.), «L'entérinement de la notion de « contrat sur la preuve » par l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », https://www.lepetitjuriste.fr, le 15 avril 2018.

FABRE- MAGNAN (M.), *Droit des obligations, 1-Contrat et engagement unilatéral*, 5e éd., PUF, Paris, 2019.

FAYED (A. F.A.), « Réflexions sur le contrat d'assurance dans le Code des transactions civiles des Emirats Arabes Unies », Revue des recherches juridiques et judiciaires, Faculté de Droit, Université Américaine aux Emirats, n°1, mars 2019, p.3 et s.

Halpérin (J.-L.), « La preuve judiciaire et la liberté du juge **»,** Communications 2009/1 n° 84), p. 21.

HUET (J.), " Le Code civil et les contrats électroniques", Contribution à l'ouvrage pour le Bicentenaire du Code civil, Université de Paris II, Dalloz 2004, n°16, p.12.

HOUTCIEFF (D.), « Le nouvel équilibre contractuel (formation) », in *Les innovations de la réforme du droit des contrats* (sous la direction scientifique de Sarah BROS), Institut Universitaire Varenne, Diffusion LGDJ, Paris, 2018, p.55 et s.

LECLERCQ (P.), " Propositions diverses d'évolutions législatives sur les signatures électroniques", Droit de l'informatique et des télécommunications, 1998/3, p.19.

LE LOUP-VELAY (M.), *L'assurance face aux droits fondamentaux de la personne humaine*, thèse Paris 9 (Paris-Dauphine), 2017.

LINANT de BELLEFONDS (X.), "L'Internet et la preuve des actes juridiques", Expertises, juin -juillet, 1997, p.225.

MEKKI (M.), « Preuve et droits fondamentaux. Réflexions sur les dangers d'un « droit à la vérité », https://www.mekki.fr/files/sites/37/2015/09/Mekki-fondamentalisation-preuve-RELU-AVANT-BAT.pdf.

PICOD (Y.), DAVO (H.), *Droit de la consommation*, Paris, Arman Colin, 2005.

RAYNOURAD (A.), " Le droit de l'écrit électronique", PA, 2 avril 2001, n°65, p.15.

TERNYNCK (E.), Le *juge du contrat de travail et la preuve électronique*, thèse, Lille 2, 2014. -1