مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية
ISSN: 2352-975X ELBAHITH for Academic Studies EISSN: 2588-2368
المجلد: 09 / العدد: 02 / السنة: 2022 / ص ص: 499 - 513

الإثبات بالكتابة الإلكترونية على ضوء القواعد العامة حماية لحقوق المتعاملين بها "دراسة مقارنة"

proof by electronic writing in the light of the general rules for the protection of the rights of its users "Comparative study"

تاريخ الإرسال: 2019/07/14 تاريخ القبول: 2022/05/18

باهة فاطمة * Baha Fatma
جامعة تيارت University of Tiaret
bahafatma87@yahoo.com

ملخص:

إنّ كل من الفقه والقضاء أقدما على العديد من المحاولات للاعتداد بالكتابة الإلكترونية كدليل إثبات من خلال التوسع في الاستثناءات والثغرات التشريعية المنصوص عليها ضمن القواعد العامة حماية لحقوق المتعاملين بها، غير أن الاعتراف بحجيتها الكاملة في الإثبات أثار التساؤل حول ماهية قواعد الإثبات العامة التي تتيح امكانية الاعتداد بالكتابة الإلكترونية أمام القضاء؟ وإلى أي حد يمكن الاعتماد عليها؟، ومن خلال البحث في محاولات الفقه والقضاء الجاهدة للاعتداد بالكتابة الإلكترونية كدليل إثبات استنادا على بعض القواعد العامة، تبين بوضوح قصور هذه القواعد عن استيعاب امكانية تطبيقها على الكتابة الإلكترونية، وتعذر منحها الحجية القانونية الكاملة مقارنة مع الكتابة على الورق، وذلك نظرا لطابعيهما المختلفين، مما استلزم ضرورة التدخل التشريعي لتعديل القواعد التقليدية العامة للإثبات بالكتابة لتتوائم مع شكلها الإلكتروني المستحدث.

الكلمات المفتاحية: الكتابة الإلكترونية؛ حرية الاثبات؛ الثبوت بالكتابة؛ اتفاقات الاثبات؛ الحجية القانونية.

Abstract:

Doctrine and jurisprudence have repeatedly tried to admit electronic writing as a means of proof, broadening the legislative exceptions of the general rules to protect the rights of operators. However, the recognition of all its value as evidence raises the question of the notion of general rules that allow for the possibility of considering electronic writing before the judge and up to what limit can it be admitted? And by researching in doctrine and jurisprudence the attempts to recognize the electronic writing as a means of proof on the basis of the

* - المؤلف المُراسل.

general rules one discovers clearly the limits of the applicability of these rules on the electronic writing, and the impossibility to give it the full legal value of writing on paper, because of their differences which necessitated the importance of legislative intervention for the amendment of the general traditional rules of evidence in writing so that they adapt with the electronic form.

Keywords: *the electronic writing; freedom of proof; beginning of proof; the clause of evidence; the probative force.*

مقدمة:

تأخذ الكتابة حيزاً هاماً في مجال إثبات التصرفات القانونية، حيث منحت الكتابة الورقية حجية كاملة في الإثبات تفوق غيرها من الأدلة الأخرى لما تتمتع به من ضمانات، في حين لم تحظ الكتابة الإلكترونية بالاعتراف القانوني المناسب لها حتى الوقت الحاضر.

ولذلك حاول بعض الفقه والقضاء البحث في قواعد الإثبات التقليدية المنظمة للمعاملات المدنية والتجارية عن ثغرات قانونية من خلالها يمكن الاعتداد بالكتابة الإلكترونية كدليل للإثبات، حيث أنّه لم يوجد ما يمنع من منح الحجية القانونية لها، مادامت متروكة لقاضي الموضوع الذي من سلطاته تقدير مدى قبولها من عدمه بحسب ما تحمله من يقين ودلالة على الحقيقة وخلوها من التلاعب والتزوير.

ولذلك فإنّ الإشكالية التي تثور بهذا الشأن تكمن في التساؤل عن ماهية القواعد العامة التي استند عليها كل من الفقه والقضاء في محاولاتهم للاعتداد بالكتابة الإلكترونية أمام القضاء؟ وما مقدار الحجية القانونية الممنوحة لها مقارنة مع الحجية القانونية الممنوحة لنظريتها الكتابة عل الورق؟. وهل ثمة عوائق صادفت هذه المحاولات؟.

ومن ثمة فإنّ هذه الدراسة تهدف بشكل خاص إلى الوقوف على المبادئ العامة للإثبات، التي تم محاولة الاستناد عليها لغرض الاعتداد بالكتابة الإلكترونية في الاثبات، والتي تشمل بشكل خاص مبدأ حرية الإثبات من خلال استغلال الحالات التي لا يلزم فيها وجود الدليل الكتابي، وكذلك الاستثناءات الواردة على قاعدة وجوب الإثبات بالكتابة، بالإضافة إلى الاتفاقات المبرمة بين الأطراف التي تقضي

EISSN: 2588-2368 _____ ISSN: 2352-975X

باستبعاد الكتابة الورقية في الإثبات والاكتفاء بالكتابة الإلكترونية. غير أنّ محاولات الفقه والقضاء هذه لم تسلم من النقد وصادفتها العديد من العقبات التي تحول دون الاعتراف بحجية الكتابة الإلكترونية في ظل قواعد الإثبات القائمة، لذلك سنحاول فيما يلي إبراز محاولات الاعتداد بالكتابة الإلكترونية في ضوء القواعد التقليدية للإثبات بالكتابة، وأهم العقبات التي تصادف تلك المحاولات في المحورين التاليين.

المحور الأول: محاولات الاعتداد بالكتابة الإلكترونية على ضوء القواعد العامة للإثبات بالكتابة

للاحتجاج بالكتابة الإلكترونية في الإثبات استغل كل من الفقه والقضاء الحالات التي لا يلزم فيها وجود الدليل الكتابي والتي ترجع إلى مبدأ حرية الاثبات، وكذلك الاستثناءات على قاعدة وجوب الإثبات بالكتابة، بالإضافة إلى الاتفاقات المبرمة بين الأطراف التي تقضي باستبعاد الكتابة الورقية في الإثبات والاكتفاء بالكتابة الإلكترونية. وهو ما يتم تناوله فيما يلي:

أولا- الاستعانة بمبدأ حرية الإثبات في الاعتداد بالكتابة الإلكترونية:

يقصد بمبدأ حرية الإثبات هو عدم تقييد المدعى في إثبات ما يدعيه بطريق معين من طرق الاثبات، بحيث يمكنه ذلك بكافة الطرق بما فيها شهادة الشهود والقرائن القضائية[1]، وأغلب التشريعات المقارنة تأخذ بهذا المبدأ في التصرفات القانونية التجارية والتصرفات المدنية التي لا تتجاوز القيمة المحددة للإثبات بشهادة الشهود.

ويرى جانب من الفقه[2] والقضاء[3]، بأنه ونظراً لإمكانية إثبات المعاملات التجارية بكافة طرق الاثبات، فإن لطرفي المعاملة التجارية التي تتم عبر الانترنت أو الوسائط الإلكترونية غير الورقية الاستعانة بالمحررات في الشكل الإلكتروني لإثبات وجود ومضمون التصرفات القانونية التجارية بوصفها قرائن قضائية، كما يمكن كذلك الاستعانة بها لإثبات ما يخالف أو يجاوز ما هو وارد في الدليل الكتابي طالما كان التصرف تجارياً.

كما يمكن للأطراف تقديم المحررات المكتوبة في الشكل الإلكتروني كدليل لإثبات التصرفات القانونية التي يتم ابرامها عبر الوسائط الإلكترونية إذا كانت لا

EISSN: 2588-2368 _____ ISSN: 2352-975X

تزيد قيمتها عن القيمة المحددة قانونا، مع خضوع قبولها وتحديد قيمتها للسلطة التقديرية الواسعة للقاضي، الأمر الذي لا يدعم الاستقرار المأمول للمعاملات الإلكترونية ويوجب ضرورة الاعتراف التشريعي بحجية الكتابة الإلكترونية في الإثبات توازي الحجية المقررة للكتابة الورقية.

غير أنّ الاستعانة بمبدأ حرية الإثبات لقبول الكتابة الإلكترونية في إثبات المعاملات الإلكترونية ذو قوة محدودة في الاثبات، وذلك لأنه متروك للسلطة التقديرية للقاضي الذي له أن يأخذ بالكتابة الإلكترونية، اذا اقتنع بها بوصفها قرينة قضائية تدل على وجود التصرف وتحدد مضمونه، أو لا يأخذ بها إذا ما انتابه شك حولها.

كما أنّ هذه السلطة التقديرية تقوم على الاحتمال والترجيح وتستند على الاستنتاج الذي يتفاوت فيما بين القضاة، فما يراه قاض قرينة منتجة في الدعوى قد يراه آخر غير ذلك اذا ما اقتنع بقرينة أخرى يكون قد استنبطها من ظروف وملابسات الدعوى.، خاصة اذا كان موضوع النزاع كبير القيمة أو كانت عادة التّجار تجري على تحرير أوراق في مثل النزاع المعروض، وهو الأمر الذي يحول دون امكان اعتبار الكتابة الإلكترونية حجة قاطعة ودليل كامل في الإثبات، وهذا ما يؤدي إلى فقدان الثقة في التعامل بها .

ثانيا- الاستعانة بالاستثناءات الواردة على قاعدة وجوب الدليل الكتابي في الاعتداد بالكتابة الإلكترونية

الأصل العام أنّ التصرفات المدنية التي تزيد قيمتها عن القيمة المحددة في الإثبات بشهادة الشهود تخضع لقاعدة وجوب الإثبات بالكتابة، غير أن التمسك بهذه القاعدة في بعض الحالات قد يهدر حقوق بعض الخصوم، لذلك استثنى المشرع منها هذه الحالات الاستثنائية والواردة على سبيل الحصر وأجاز فيها قبول دليل غير كتابي من الخصم لإثبات دعواه شريطة استفائه جملة من الشروط التي حددها القانون.

واعتبر بعض الفقه والقضاء بأنه يمكن استغلال هذه الاستثناءات للاعتداد بالكتابة الإلكترونية، والمتمثلة في حالة توافر مبدأ الثبوت بالكتابة، وحالة تعذر الحصول على الدليل الكتابي لمانع حال دون ذلك أو بسبب فقده.

حيث تجيز التشريعات المقارنة ومنها التشريع الجزائري الإثبات بشهادة الشهود في

EISSN: 2588-2368 _____ ISSN: 2352-975X

كل ما كان يجب اثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ الثبوت بالكتابة، ويقصد بهذا الأخير كل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال، [4] وفي حالة توافره يجوز للخصم تكملة هذا الدليل بشهادة الشهود أو القرائن، غير أنّه يعد دليلاً ناقصاً لا يكفي بذاته لإثبات التصرف القانوني أو مضمونه، إلاّ أنه يصبح في مقام الدليل الكتابي الكامل إذا تعزز تكملته بأدلة أخرى. وهذا الأمر جوازي وخاضع للسلطة التقديرية للقاضي غير ملزم بإتباعه، على أنه يجب عليه في هذه الحالة تسبيب ذلك في حكمه[5].

وحاول بعض الفقه الاعتماد على مبدأ الثبوت بالكتابة لمنح الكتابة الإلكترونية حجية في الإثبات متى تم تعزيزها بأدلة أخرى مثل شهادة الشهود أو القرائن، متى كانت صادرة من الخصم وجعلت من التصرف المدعى به قريب الاحتمال[6].

ونجد بعض القرارات القضائية المقارنة قد اعتبرت التسجيلات الواردة على الشرائط المغنطة ورسائل الفاكس والتلكس ورسائل البريد الإلكتروني من قبيل مبدأ الثبوت بالكتابة، ولها حجيّة في الإثبات إذا ما قام الدليل على إرسالها من المنسوب إليه، وهي تعتبر دليل ناقص في الإثبات يمكن تكملته بأدلة أخرى مثل البينة والقرائن[7].

كما أجازت التشريعات المقارنة ومن بينها التشريع الجزائري جواز الإثبات بالشهود فيما يجب إثباته بالكتابة، إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي، أو إذا فقد الدائن سنده الكتابي لسبب أجنبي خارج عن ارادته[8].

والمانع هو كل ما ينشأ عنه استحالة الحصول على كتابة وقت التعاقد استحالة نسبية عارضة، أي استحالة مقصورة على شخص معين وراجعة إلى الظروف الخاصة التي تم فيها التعاقد"[9]، واعتبر بعض الفقه بأنّ الكتابة الإلكترونية يمكن أن تشكل مانعاً يحول دون الحصول على الدليل الكتابي، حيث توجد بعض الفروض العملية التي تشكل مانعاً أمام المتعاملين إلكترونياً تحول دون حصولهم على دليل كتابي، كأصحاب وكالات السفر الذين يتولّون حجز الفنادق ووسائل المواصلات عبر العالم وكمن يشترك في مزاد عبر الانترنت، وكذلك حالات التحويل الإلكتروني للنقود عبر جهاز الصرف الآلي في غير مواعيد عمل البنوك، فهذه الحالات ومثلها تعفي الخصم من الإثبات الكتابي وتجيز له الإثبات بكافة الطرق.

EISSN: 2588-2368 _____ ISSN: 2352-975X

وحاول بعض الفقه[10]، كذلك الاستعانة بالاستثناء المقرر في التشريع المتعلق بفقد الدليل الكتابي بسبب أجنبي، للاعتداد بالكتابة الإلكترونية في إثبات التصرفات القانونية المبرمة عبر الانترنت، وذلك في الحالات التي تختفي فيها البيانات المدونة على الدعامات الإلكترونية بسبب حوادث استثنائية مثل انقطاع التيار الكهربائي الذي يؤدي إلى عدم تسجيلها، أو دخول فيروس إلى قاعدة بيانات جهاز الكمبيوتر أو غير ذلك، ومن ثمة فإن هذه الحالات تعتبر من قبيل فقدان الدليل الكتابي بسبب أجنبي لا يد للمدعي فيه، وبالتالي جاز للمدعي إثبات ما يدعيه بكافة طرق الإثبات.

ثالثا- الاستعانة بالاتفاق على استبعاد قاعدة وجوب الدليل الكتابي في الاعتداد بالكتابة الإلكترونية

في الوقت الذي لم تكن فيه التشريعات تنظم حجية الإثبات الإلكتروني، وعدم استيعاب القواعد العامة للإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني، لجأ بعض الأطراف إلى عقد اتفاقات خطية فيما بينهم يصادقون من خلالها على صحة الوسائط الإلكترونية المستخدمة في إبرام التصرف والإقرار بالقوة الثبوتية لما يستخرج عن هذه الوسائط من أدلة، أو أية شروط أخرى تهدف إلى تسهيل إثبات الأطراف لحقوقهم ما لم تكن مخالفة للنظام العام.

حيث من المستقر عليه تشريعاً[11] وفقهاً[12] وقضاءً[13] بأن قواعد الإثبات الموضوعية والتي تحدد محل الإثبات، والخصم الذي يقع عليه عبء الإثبات، وأدلة الإثبات وشروط قبولها ومدى حجيتها، لا تتعلق بالنظام العام[14]، وبالتالي يجوز الاتفاق على خلاف حكمها. ومن هذا المبدأ فإنه يجوز للأطراف الاتفاق على استبعاد قاعدة وجوب الكتابة صراحة أو ضمناً واستبدالها بمبدأ الإثبات الحر، فيجوز لهم الاتفاق على قبول الكتابة الإلكترونية كوسيلة إثبات وتنظيم حجيتها لإثبات مضمون العقد ورضا ذوي الشأن.

لذلك اتجه المشرع الفرنسي للاعتراف صراحة بصحة اتفاقات الإثبات الإلكتروني من خلال تعديله للقانون المدني بالقانون الصادر في 13 مارس 2000، وإضافته للمادة (1316-2) التي تقضي بأنه: " ما لم ينص القانون على مبادئ أخرى، وما لم يوجد اتفاق صحيح بين الأفراد يقضي بغير ذلك، يقوم القاضي بتسوية المنازعات المتعلقة

EISSN: 2588-2368 _____ ISSN: 2352-975X

بالدليل الكتابي بكل الطرق لبيان السند الأكثر قبولا أيّاً كانت دعامته المثبت عليها " ويلاحظ من هذه المادة أنّ المشرع الفرنسي اعترف باتفاقات الإثبات دون أن يحدد شروط صحتها، وهذا يترتب عليه بأنّ المشرع الفرنسي قد منح القضاة السلطة التقديرية في تفسير القانون ومباشرة رقابته على صحة الاتفاق.

المحور الثاني: عقبات الاعتداد بالكتابة الإلكترونية على ضوء القواعد التقليدية للإثبات بالكتابة

رأينا كيف حاول كل من الفقه والقضاء الاعتراف بالحجية القانونية للكتابة في الشكل الإلكتروني في الإثبات في ظل قواعد الإثبات التقليدية ودون الحاجة إلى تنظيمها بقواعد قانونية جديدة، إلاّ أنّ هذه المحاولات قد اصطدمت ببعض العقبات التي أثارها الإثبات بالكتابة الإلكترونية والتي تتعلق أساساً ببعض الاشتراطات والمبادئ القانونية التي يقوم عليها نظام الإثبات المقيد، وتخوّف المتعاملين من قبول الكتابة الإلكترونية في الإثبات ومدى امكانيتها في تحقيق الضمانات التي تحققها الكتابة الورقية.

أولا- تعارض الإثبات بالكتابة الإلكترونية مع مقتضيات نظام الإثبات القانوني

توجد بعض الاشتراطات القانونية التي يفرضها نظام الإثبات القانوني، والتي تعيق الإثبات بالكتابة الإلكترونية، مثل الاشتراطات القانونية المتعلقة بإنشاء المحررات الرسمية التي يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلّف بخدمة عامة ما تم لديه أو تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه[15]، فهذا الأمر يشكل عائقاً أمام قبول الكتابة الإلكترونية كدليل للإثبات ومساواتها بالمحررات الرسمية ذلك أنّها لا تتوافر على ذات الشروط المتطلبة فيها[16].

بالإضافة إلى الاشتراط القانوني للكتابة، فقد تتطلب بعض القوانين المدنية ضرورة إعداد الدليل الكتابي المسبق لإثبات التصرفات القانونية المدنية التي تزيد قيمتها عن مبلغ محدد[17]، وذلك لأجل اجتناب المصاعب وتمكين كل من طرفي التصرف القانوني التمسك به لإثبات ما يدعيه ويحسم بذلك أي نزاع بشأن وجوده[18]، وكذلك الحال بالنسبة للتصرفات القانونية التي لا تزيد قيمتها عن هذا المبلغ إذا كانت ثابتة

EISSN: 2588-2368 _____ ISSN: 2352-975X

بالكتابة ويراد إثبات ما يخالف ما هو مكتوب فيها أو يجاوزه، فلا يجوز إثباته إلاّ بالكتابة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك[19].

وتفرق قواعد الإثبات التقليدية بين أصل المحرر الكتابي وصورته من حيث الاثبات[20]، بينما يشكل هذا الأمر عقبة أمام الاعتداد بالكتابة الإلكترونية في الإثبات، بسبب صعوبة التمييز بين الأصل وصورته في الكتابة المتخذة للشكل الإلكتروني وذلك وفقا لمفهومه التقليدي الذي يرتكز أساسا على تدوين الكتابة على دعامتها الأولى[21].

والواقع أن فكرة التمييز بين أصل الكتابة الإلكترونية وصورتها من حيث حجية الإثبات قد اختفت بالنسبة للمحرر الإلكتروني، وأصبح للصورة القيمة ذاتها المقررة للأصل، ذلك أنّ لمفهوم الأصل معنى أخر لا يركز على الخشية من سلامة نقل البيانات من دعامة إلى أخرى، وإنّما يرّكز على ضمان سلامة محتواها أثناء التخزين أو النقل حتى لا يصيبها أي تغيير أو تعديل منذ تدوينها على الدعامة لأول مرة وموثوقية دلالة التوقيع على صاحبه، فالعبرة في إضفاء الحجية في الإثبات على المحرر الإلكتروني في سلامة البيانات الواردة بمضمونه عند نقلها أو تخزينها، بصرف النظر عن الدعامة التي دونت عليها فمثلا إذا حدث تحريف أثناء تخزين بيانات مضمون المحرر، فذلك يصيب أصل المحرر ولا مجال لإثارة ما يعرف بالصورة منه[22].

ثانيا- تعارض الإثبات بالكتابة الإلكترونية مع مبدأ عدم جواز اصطناع الشخص دليلا لنفسه

الأصل أنّ للخصم الحق في إقامة الدليل على صحة ما يدعيه، فمن حقه أن يقدم كل ما يستطيع الحصول عليه من أدلة المسموح بها قانوناً لإثبات ما يدعيه، وذات الحق معطى للخصم الآخر المدعى عليه في الرد والنفي لإثبات عكس ما يدعيه الخصم المدعي، ولا يمكن للقاضي حرمانه من هذا الحق وإلاّ اعتبر الحكم الصادر عنه مشوباً بالقصور مما يستوجب معه النقض.

إلاّ إن هذا الأمر يحد منه مبدأ هام تقوم عليها قواعد الإثبات التقليدية وأطردت أحكام القضاء المقارن على تأييده، والذي يتعلق بعدم جواز اصطناع الخصم دليل إثبات لنفسه لإثبات ما يدعيه، وإنّما ينبغي أن يكون الدليل صادراً من الخصم الآخر

EISSN: 2588-2368 _____ ISSN: 2352-975X

نفسه حتى يمكن الاحتجاج به عليه، فإذا قدم الخصم دليلا كتابياً فينبغي أن لا يكون صادراً منه بل يجب أن يكون بخط خصمه أو يحمل توقيع خصمه لكي يمكنه أن يحتج به ضده في الإثبات[23]. وإن كانت غالبية التشريعات قد أوردت بعض الاستثناءات المحددة على هذا المبدأ لاعتبارات خاصة تهدف إلى إيصال الحق لأصحابه، حيث أجازت من خلالها للخصم أن يعتمد على أدلة اصطنعها لنفسه[24].

وقد يقف مبدأ عدم جواز اصطناع الشخص دليل لنفسه في بعض الحالات عائقاً أمام قبول الكتابة الإلكترونية في الإثبات، ومرد ذلك يرجع إلى أنّ هذا النوع من الكتابات يستخرج عن أنظمة معلوماتية تخضع لإرادة وإشراف الجهة التي تستخدمها، وبالتالي يمكن أن تعدها على الوضعية التي تصب في مصلحتها، ومن ثمّة فإنّه لا يمكن الاعتماد عليها لإثبات تصرف قانوني معين دون إقرارها من المدعي عليه، هذا فضلاً عن إمكانية التلاعب والتزوير التّي يمكن افتراضها في جانب الشخص الذي تكون الأنظمة الإلكترونية المحفوظة فيه الكتابة الإلكترونية تحت سيطرته[25].

واعتداداً بذلك أيضاً قضت محكمة النقض الفرنسية في 02 أفريل 1996 بتأييد حكم محكمة استئناف باريس عندما اعتبرت أن شركة القطارات الفرنسية SNCF قد أوفت بالتزامها بتأمين الراكب الذي يتعرض لحادث في قطاراتها، حيث استندت محكمة الاستئناف إلى الاعلانات التي تسيطر عليها شركة القطارات الفرنسية وإلى السجلات الإلكترونية التي تتم آلياً بواسطة القطارات، واستندت محكمة النقض في رفضها لأدلة الإثبات المذكورة على ما تقضي به المادة 1315 من القانون المدني الفرنسي من أنه: " لا يجوز للشخص أن يصطنع دليلاً لنفسه"[26].

غير أنّه يمكن للتشريعات المنظمة للإثبات في المعاملات الإلكترونية تجاوز هذه العقبة التي تحول دون قبول الكتابة الإلكترونية في الإثبات، وذلك من خلال إيجاد شخص أو طرف من الغير محايد يعمل على التحقق من صحة وسلامة المحررات الناجمة عن المعاملات التي تتم عن طريق شبكة الانترنت ويصادق على التوقيعات الإلكترونية الواردة عليها وبذلك يضمن حجيّتها في الإثبات.

ثالثا- تعارض الإثبات بالكتابة الإلكترونية مع متطلبات تحقيق الأمن القانوني

يترتب على الطابع المفتوح لشبكة الانترنت مشكلة الأمن القانوني لأطراف

EISSN: 2588-2368 _____ ISSN: 2352-975X

المعاملات الإلكترونية وحقوقهم المترتبة عليها، ويرتبط بها عدّة عقبات عملية يثيرها الإثبات بالكتابة الإلكترونية منها عقبات التعبير عن الارادة الإلكترونية والتوثق من هوية المتعاقدين عبر شبكة الانترنت، وعقبة بناء النظم القانونية التقنية القادرة على إثبات الموثوقية. وكل هذه العقبات أصبحت تشكل تحديات قانونية ينبغي على التشريعات المنظّمة للمعاملات الإلكترونية معالجتها لإتاحة البيئة المناسبة لقبول الوسائل الإلكترونية، ومنها الكتابة الإلكترونية واستفاء الوظائف التي تجيز قبولها في الإثبات.

حيث أن إجازة التعبير عن الإرادة إلكترونيا وانتقالها عبر التقنيات المستخدمة على شبكات الاتصال الإلكترونية[27]، أثارت العديد من الإشكاليات تجلت أهمها في ضرورة تحديد المعايير القانونية اللاّزمة لتحديد أحكام الايجاب والقبول الإلكترونيين مع تحديد زمانهما ومكانهما، واحتلت هذه المسائل أهمية كبيرة خاصة في حالة المنازعات لأنّها تتعلق بمدى قبول النظام القانوني لوجود التعاقد ابتداءً، وموقفه من إلزامية الايجاب وما إذا كان القبول قد صدر صحيحا أم لا، إلى جانب تحديد القانون المطبق على النزاع والمحكمة المختصة بنظره تبعا لعناصر التنازع الزماني والمكاني .

ونظراً إلى أن التعاقدات الإلكترونية عادة ما تتم عن بعد، فإنها تثير مسألة في غاية من الأهمية تتعلق بصعوبة التحقق من شخصية وأهلية المتعاقد الآخر عبر الشبكة، مما يعرض المتعاقد الإلكتروني لمخاطر التعاقد مع ناقصي الأهلية أو فاقدها، كما يعرض التصرف القانوني المبرم عبر الوسائل التقنية برمتها للبطلان. إذ لا ينعقد صحيحا ما لم يتم تحديد أطرافه تحديدا دقيقا، خصوصا ما يتعلق بهوية الطرف المتعاقد وأهليته القانونية[28].

ومسألة التحقق من أهلية المتعاقدين تعد مسألة فنية دقيقة أمام التطور الذي يعرفه مجال التقنيات في التعاقد الإلكتروني، الأمر الذي يستدعي ضرورة البحث عن وسائل تضمن بشكل دقيق التأكد والتحقق من أهلية المتعاقد إلكترونيا، الأمر الذي شكل عائقاً يقف أمام قبول الكتابة الإلكترونية في الإثبات، فقد عجز التقنيين والمتخصصين عن إيجاد الوسيلة التقنية الحاسمة التي تضمن التحقق من أهلية المتعاقدين في المجال الإلكتروني بشكل دقيق ويقيني، وعلى الرغم من ذلك فقد تم

EISSN: 2588-2368 _____ ISSN: 2352-975X

استحداث بعض الوسائل التي يمكن إتباعها نسبياً للابتعاد من الوقوع في فخ إبرام عقود مع أشخاص ناقصي أو عديمي الأهلية مثل التواقيع الإلكترونية وجهات التصديق الإلكتروني وتقنيات التشفير، والتي أتاحتها التشريعات الدولية والداخلية التي اهتمت بالإثبات في المعاملات الإلكترونية.

ومن ثمة فإنّ من أهم متطلبات تحقيق الأمن القانوني لأطراف المعاملات الإلكترونية، هو بناء النظم القانونية والتقنية القادرة على تجاوز عقبات التعبير عن الإرادة الإلكترونية وكفالة سرية وأمن المعلومات من حيث سلامة بياناتها وصحة توثيقها، ومن خلال ذلك يتم ضمان موثوقية الكتابة الإلكترونية وتوفير الثقة فيها وذلك من أجل الاعتراف بها كوسيلة لإثبات العقود الإلكترونية المبرمة عبر الانترنت، وذلك هو ما عملت على تحقيقه العديد من التدابير التشريعية على الصعيدين الوطني والدولي.

خاتمة:

تناولت الدراسة بالبحث محاولات الفقه والقضاء الجاهدة للاعتداد بالكتابة الإلكترونية كدليل إثبات التصرفات القانونية، وذلك بمجرد الاستعانة بالقواعد العامة للإثبات دون الحاجة إلى تعديلها بما يتلائم مع الطبيعة اللاّمادية للكتابة الإلكترونية.

وذلك من خلال التوسع في الاستثناءات والثغرات التشريعية التي شملت بوجه خاص الحالات التي لا يلزم فيها وجود الدليل الكتابي والتي ترجع إلى مبدأ حرية الاثبات، وكذلك الاستثناءات الواردة على قاعدة وجوب الإثبات بالكتابة، بالإضافة إلى الاتفاقات المبرمة بين الأطراف التي تقضي باستبعاد الكتابة الورقية في الإثبات والاكتفاء بالكتابة الإلكترونية.

إلاّ أنّه تبيّن من الدراسة بأنّ هذه المحاولات صادفتها العديد من المصاعب تعود في مجملها إلى التشكيك في مدى توافر الكتابة الإلكترونية على عناصر الدليل الكتابي الكامل من جهة، ومن جهة أخرى فإنّ الإثبات بالكتابة الإلكترونية أمام القضاء على ضوء القواعد العامة قبل الاعتراف التشريعي بحجيتها، بقي رهينا بالسلطة التقديرية لقضاة الموضوع وقناعتهم بها، وبحسب ظروف كل حالة

EISSN: 2588-2368 _____ ISSN: 2352-975X

وملابساتها، وغالبا ما كان القضاة يمنحون الكتابة الإلكترونية حجية ناقصة في الإثبات، وهو ما يؤدى إلى الاخلال بالثقة في المعاملات الإلكترونية التي أضحت سمة هذا العصر.

يضاف إلى ذلك كله أنّ هذه المحاولات قد اصطدمت ببعض العقبات التي أثارها الإثبات بالكتابة الإلكترونية، والتي تتعلق أساساً ببعض الاشتراطات والمبادئ القانونية التي يقوم عليها نظام الإثبات المقيد، والتي تعيق الإثبات بالكتابة الإلكترونية،

ومن جانب آخر فإن شيوع استخدام الوسائل المعلوماتية في إبرام التصرفات القانونية وتنفيذها على المستويين الوطني والدولي قد كشف عن الحاجة إلى تعديل قوانين الإثبات لمسايرة هذا التطور، ووضع تنظيم قانوني يكفل الاعتراف للكتابة في الشكل الإلكتروني حجيّة في الإثبات مساوية للكتابة المحررة على الدعامة الورقية. وهو الأمر الذي عملت على تحقيقه العديد من المؤسسات التشريعية الدولية والإقليمية والوطنية الأجنبية منها والعربية.

الهوامش والمراجع:

(1)- يس محمد يحي، القرائن القانونية وحجيتها في الاثبات، دار النهضة العربية، 1990، ص41 وما بعدها.

(2)- عبد العزيز المرسي حمود، مدى حجية المحرر الإلكتروني في الإثبات في المسائل المدنية والتجارية، دون دار للنشر، 2005، ص59. محمد حسام محمود لطفي، الاطار القانوني للمعاملات الإلكترونية " دراسة في قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية مع اشارة خاصة لبعض قوانين البلدان العربية، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، ط1، 2002.ص 37 ومابعدها.

(3)- قضت الدائرة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية حكماً صدر في 07 ديسمبر1997 بجواز إثبات قبول الحوالة عن طريق رسالة مرسلة بالفاكس والتي تكون مسجلة ومحفوظة على دعامة إلكترونية غير ورقية. ينظر:

Cass, Chambre commerciale, du 2 décembre 1997, 95-14.251, Publié au bulletin 1997 IV N° 315 p. 271,dalloz.1998, p 192

(4)- المادة (335) من القانون المدني الجزائري، المادة (30) من قانون البينات الأردني، المادة (62) من قانون الإثبات المصري، المادة (1347) من القانون المدني الفرنسي.

(5)- عاطف عبد الحميد، مبدأ الثبوت بالكتابة في ضوء التطور التكنولوجي الحديث، دار النهضة العربية، ، 2002، ص 46 وما بعدها.

EISSN: 2588-2368 _____ ISSN: 2352-975X

(6)- محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص 60 وما بعدها.

(7)- اعتبر القضاء الفرنسي في العديد من الاحكام الصادرة عنه التسجيلات الواردة على الشرائط الممغنطة بمثابة بداية ثبوت بالكتابة منها:

Ca.dijon, 29 juin 1955, dall , 1955, jur, p 583.ca.dijon, 26 juin 1957, J.C.P. ,1957 , II, 10279. ces arrêts cité par Dominique mougenot , droit des obligations , la preuve, 3° édition, larcier 2002, p 294.

كما اعتبرت محكمة النقض المصرية كذلك رسائل الفاكس بمثابة مبدأ الثبوت بالكتابة، من خلال النقض المدني رقم 987 لسنة 69 ق جلسة 2000/6/22، منشور بتاريخ 1 ديسمبر 2011 على الموقع الإلكتروني لمكتب الاستشارات القانونية وأعمال المحاماة للمستشار القانوني ابراهيم خليل التالي:

http: //kenanaonline.com/users/ibrahimkhalil/posts/352252

تاريخ الاطلاع 2016/03/29 على الساعة 16: 00.

(8)- المادة (336) من القانون المدني الجزائري، المادة (63) من قانون الإثبات المصري، المادة (30) من قانون البينات الأردني، المادة (1348) من القانون المدني الفرنسي.

(9)- سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 428.

(10)- محمد حسام محمود لطفي، ، المرجع السابق، 57 وما بعدها.

(11)- ينظر المادة (60) من قانون الإثبات المصري، المادة (1/28) من قانون البينات الأردني، المادة (333) من القانون المدني الجزائري...

(12)- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 367.

(13)- صدر بتاريخ 08 نوفمبر 1989 عن محكمة النقض الفرنسية حكم قضائي يقضى بأنه: " فيما تعلق بالحقوق التي منح فيها للأطراف حرية التصرف، فإن الاتفاقات التي تتعلق بقواعد الإثبات تعد مشروعة.

Cass, 1ére civ, 08 novembre1989, 86-16.197, Publié au Bulletin 1989 I N° 342 p. 230 .

وأكد قضاء النقض المصري كذلك في قراراته: بأن قواعد الإثبات غير متعلقة بالنظام العام ويجوز الاتقاف على مخالفتها صراحة أو ضمناً، كما يجوز لصاحب الحق في التمسك بها أن يتنازل عنه، من هذه القرارات الطعن رقم 2500 لسنة 75 ق جلسة 14 /2 /2006، مشار اليه على الموقع الإلكتروني لكلية الحقوق بجامعة المنصورة بمصر، قسم الاحكام القضائية والمبادئ المستقر عليها، التالي:

http: //www.f-law.net/law/archive/index.php/t-78247.htm.l

تاريخ الاطلاع 2016/03/29 على الساعة 16: 10.

(14)- محمد حسين منصور، قانون الاثبات، مبادئ الإثبات وطرقه، دار المعارف، الاسكندرية، 1998، ص 10 وما بعدها.

EISSN: 2588-2368 _____ ISSN: 2352-975X

(15)- المادة 324 من القانون المدني الجزائري، المادة 1317 من القانون المدني الفرنسي، المادة 06 من قانون البينات الأردني، المادة 10 من قانون الإثبات المصري.

(16)- الدمياطي تامر محمد سليمان، إثبات التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت" دراسة مقارنة"، بهجات للطباعة، مصر، الطبعة الاولى، ، 2009، ص 105.

(17)- المادة 333 من القانون المدني الجزائري، االمادة 1/28 من قانون البينات الأردني، المادة 60 من قانون الإثبات المصري، المادة 1341 من القانون المدني الفرنسي.

(18)- هذا بالنسبة للتصرف القانوني المدني أما التصرف القانوني التجاري فيمكن اثباته بكافة طرق الإثبات مهما بلغت قيمة مبلغه ما لم ينص القانون على خلاف ذلك. ينظر قروف موسى، سلطة القاضي المدني في تقدير الدليل الكتابي، مجلة المفكر، جامعة محمد خيضر ببسكرة، العدد الثامن، ص 92.

(19)- وهو ما أكدته العديد من الأحكام القضائية الجزائرية من بينها ما جاء به اجتهاد المحكمة العليا في إحدى قراراتها: " إثبات شراء عقار بعقد رسمي- إدخاله ضمن تركة - بناء على شهادة الشهود مخالفة للقانون، من المقرر قانونا أنه لا يجوز الإثبات بالبينة ولولم تزد القيمة على ألف دج فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه مضمونه عقد رسمي ومن ثم فان القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون .."، قرار مؤرخ في 1986/06/16 ملف رقم 41632 المجلة القضائية لسنة 1992 العدد 03 الصفحة 61 . وكذلك القرار المؤرخ في 1989/12/27 ملف رقم 63320 المجلة القضائية لسنة 1993 العدد 03 الصفحة 21.

(20)- المادة 325 و326 من القانون المدني الجزائري، المادة 08 و09 من قانون البينات الأردني رقم 30 لسنة 1952، المادة 09 و10 من قانون الإثبات في المواد التجارية والمدنية المصري رقم 25 لسنة 1968.

(21)- الدمياطي تامر محمد سليمان، المرجع السابق، ص 108.

(22)- محمد عمار تيبار، مدى حجية المحرر الإلكتروني في مجال الإثبات في القانون الليبي، مشاركة بالمؤتمر العلمي المغاربي الأول حول المعلوماتية والقانون، المنعقد في الفترة من 28 إلى 29 أكتوبر 2009، أكاديمية الدراسات العليا طرابلس بليبيا، ص 23.

(23)- أكد قضاء النقض الفرنسي على أن القاضي في استناده على دليل إثبات معين، يجب أن يكون هذا الدليل صادراً من الخصم نفسه حتى يمكن الاحتجاج به.

Cass. 1re civ., 23 juin 1998, n° 96-11.486, Bull. civ. I, n°220 ; Cass. 1re civ., 14 mai 2009, n° 08-10.457. Mustapha Mekki, «Charge de la preuve et présomptions légales. L'art de clarifier sans innover», Dossier «la réforme du droit des obligations», Droit et patrimoine, septembre 2015, n° 250, p. 43

(24)- فأجازت بعض التشريعات للتاجر ان يتمسك بدفاتره ضد خصمه اذا كانت منتظمة مثل المادة 1329 من القانون المدني الفرنسي والمادة 16 من قانون البينات الأردني والمادة 17 من قانون الإثبات المصري...، إلاّ ان هذه التشريعات ضيقت من هذا الاستثناء لعدم اعتبار هذه الدفاتر دليلاً كاملاً،

EISSN: 2588-2368 _____ ISSN: 2352-975X

وجعلت منه مبدأ ثبوت بالكتابة يسمح للقاضي بتكملته باليمين المتممة إلى اي من الخصمين. ينظر المادة 330 من القانون المدني الجزائري.

(25)- عباس العبودي، مدى تعارض الإثبات بالسندات الإلكترونية مع قاعدة عدم جواز اصطناع الخصم دليلاً لنفسه، مجلة جامعة كربلاء العلمية، المجلد الخامس، العدد الرابع، 2007، ص 118.

(26)- cass, chambre civile 1, du 2 avril 1996, 93-17.181, publié au bulletin.civ.1, 1996, n° 170 p. 119 ; d. 1996 somm, p 329.note p. delebecque.

(27)- ينظر مرزوق نو الهدى، التراضي في العقود الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة مولود معمري كلية الحقوق، تيزي وزو، 2012، ص20. وفراح مناني، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2009. ص 132.

(28)- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني"دراسة مقارنة"، الدار الجامعية، الاسكندرية، ص62 .

EISSN: 2588-2368 _____ ISSN: 2352-975X