الإثبات فى العقد الإلكترونى

مبارك الحسناوى

في خضم الثورة الرقمية، و الصحوة المعلومايتة التي يعرفها العالم اليوم، حيث تكنولوجيا المعلومات أصبحت تشكل الجهاز العصبي للمجتمعات الحديثة، فقد عرفت العمليات التعاقدية مجموعة من المتغيرات مست نظامها و بنيتها القانونية، فأصبح إبرام العقود الذي يتم عن طريق وسائل الاتصال الحديثة يثير اهتمام رجل القانون و القاضي على سواء.

لذا فإن ظهور الانترنت وما رافقه من تطور في مجال الإعلاميات أدى إلى إحداث تغييرات كبيرة على مستوى المعاملات، لا سيما التجارية منها ، والتي لم تعد في حاجة إلى عقد مجلس يحضره الأطراف، ولا إلى تدوين الاتفاقات على دعائم ورقية، أو الأداءات النقدية، أو غيرها. كل هذا حل محله الحضور الافتراضي ، و الكتابات الرقمية ، و التوقيع الإلكتروني ، و التحويلات ، و النقود الإلكترونية التسويق بالبطاقات ألائتمانية، واستخدام الشبابيك الأوتوماتيكية ، و السرعة و الدقة في إبرام العقود و تنفيذها بأقل جهد و أدنى نفقات.

وبذلك اتسعت دائرة التعامل مع العملاء و الموردين نتيجة سهولة التواصل عبر المواقع المفتوحة على مدار الساعة لتبادل المعلومات التي تتيح العلم الفوري بكل تقلبات الأسواق، وهذه الأشكال من ممارسة الأنشطة التجارية تشكل جانبا مهما من التجارة الالكترونية.

وقد أصبحت التجارة الالكترونية تلعب دورا هاما و حيويا في التجارة العالمية حيث عملت على تقريب المسافات و إزالة الحوجز بمختلف أشكالها بما في ذلك حاجز اللغة بين المستهلكين و المنتجين، ولم يعد التواصل بين الأفراد و الشركات صعب المنال أينما كانوا إلا أنها كالتجارة لتقليدية تثير الكثير من الإشكالات القانونية في عدة مجالات أهمها أمن المعلومات و الملكية الفكرية. ويبدوا أن المشكلة الحقيقية في مجال التجارة الإلكترونية و استخدام الطرق المعلوماتية بصفة أعم هي مشكلة الإثبات، كون القوانين المنظمة للإثبات أصبحت قاصرة على تنظيم مسائل الإثبات في المعاملات الإلكترونية أمام تنامي الدور الذي بدأت تلعبه الوسائل الحديثة للإتصال في مجال المعاملات التجارية و ظهور وسائل إثبات جديدة أفرزها التطور التكنولوجي لحالي. لذلك بدأت جل التشريعات في التفكير في وضع إطار قانوني ما حتى تكتسي حجية تعادل تلك التي تحظى بها وسائل الإثبات التقليدية. فكان أن أصدرت لجنة القانون التجاري الدولي التابعة لمنظمة الأمم المتحدة قانون الأونسترال النموذجي للتجارة الالكترونية تلاه القانون النموذجي للتوقيع الإلكتروني، و ضمن هذا التوجه سارت العديد من التشريعات في أوربا و أمريكا و شرق آسيا.

أما بالنسبة للمشرع المغربي، فقد تم وضع خطة عمل أطلق عليها بإستراتيجية المغربي الإلكتروني (E-MAROC) و التي من ضمن عناصرها إصدار قانون رقم ٥٣-٠٥ المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية حيث اقتضت صياغته اعتماد مقاربة قانونية تقوم على تعديل أو تتميم بعض مقتضيات القانون الحالي المتعلق بظهير الالتزامات و العقود.

إن الإثبات بمعناه القانوني هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية ترتب في مواجهة من ينكرها أثرا قانونيا لمن يدعيها .

فالشخص لا يستطيع أن يصل إلى حقه عند المنازعة فيه إلا إذا طلب من القضاء حماية هذا الحق ، فإذا رفع النزاع إلى القضاء، فإنه لا يستطيع أن يأخذ بما يدعيه الشخص من حق لنفسه مالم يتحقق من ان ما يدعيه موافق للحقيقة.

اما بالنسبة للإثبات في العقود التي تجري عبر الأنترنيت فإنها لا تقوم على دعامة مادية ورقية ثابتة، يمكن الرجوع إليها كلما اقتضى الأمر ذلك ، بل هي مثبتة على دعائم إلكترونية غير مادية، وهو الامر الذي أدى إلى ظهور ما يسمى بالإثبات الإلكتروني .

فإلى أي حد استطاع المشرع المغربي عن طريق قانون ٥٣-٠٥ باعتباره الإطار القانوني المنظم للمعاملات الإلكترونية أن يضع مقاربة قانونية لتفعيل وسائل الإثبات في المجال الإلكتروني؟ ولتوضيح هذه الإشكالية و إيجاد الاجوبة الملائمة فإننا ارتأينا تناول هذا الموضوع في مبحثين :

المبحث الأول : المحرر الإلكتروني

المطلب الاول : مفهوم المحرر الإلكتروني

المطلب الثاني : حجية المحرر الإلكتروني في الإثبات

المبحث الثاني : التوقيع الإلكتروني

المطلب الاول : مفهوم التوقيع الإلكتروني

المطلب الثاني : حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات

المبحث الأول : المـحـــرر الإلـــكتـــرونـــي

تعتبر رسالة البيانات التي يتبادلها طرفي العلاقة العقدية الوسيلة التي يعول عليها في إثبات التصرف القانوني الذي أبرم الكترونيا.

لذلك سنقوم بتعريف المحرر الالكتروني من خلال ما أورده قانون الأونسترال النموذجي و قوانين المعاملات الالكترونية العربية و آراء الفقه (مطلب أول) و ذلك للوصول إلى مدى حجية المحرر الالكتروني في الإثبات (المطلب الثاني).

المطلب الأول : مفـــهـــوم المـحـــرر الإلكتـــرونـــي

لقد نصت المادة الاولى من قانون الاونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية على تعريف رسالة البيانات بأنها : " المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو إنشاؤها أو استلامها أو تخزينها بوسائل الكترونية أو ضوئية أو بوسائل متشابهة، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الالكترونية ، أو البريد الالكتروني ، أو البرق، أو التلكس أو النسخ البرقي".

ونجد أن قانون الاونسترال عرف المحرر الإلكتروني من خلال تعريفه لرسالة البيانات ، خلافا لقانون المعاملات الالكترونية الأردني الذي عرف المحرر الالكتروني في المادة الأولى منه و ذلك من خلال تعريفه لرسالة المعلومات و الذي جاء مطابقا للتعريف الذي جاء به قانون الانسترال النموذجي.

وعرف قانون التوقيع الإلكتروني المصري المحرر بأن : " المحرر الالكتروني رسالة بيانات تتضمن معلومات تنشأ كليا أو جزئيا بوسيلة الكترونية أو رقمية، أو ضوئية أو أية وسيلة أخرى مشابهة".

كما أضاف المشرع الفرنسي في المادة ١٣١٦ من القانون المدني الفرنسي بشأن الإثبات عن طريق الوسائل الالكترونية في تعريفه للمحرر المستخدم في الإثبات بأنه :

" كل تتابع لحروف أو الرموز أو الأرقام أو اشارات أخرى تدل على المقصود منها و يستطيع الغير أن يفهمها... ".

في مقابل المشرع المغربي لم يعرف المحرر الالكتروني في حين المشرع التونسي الذي عرف المحرر الالكتروني في الفصل ٤٥٥ مكرر من ق.ل.ع. على الشكل التالي :

" الوثيقة الالكترونية هي الوثيقة المتكون من مجموعة احرف و ارقام أو أية إشارات رقمية أخرى بم في ذلك تلك المتبادلة عبر وسائل الاتصال تكون ذات محتوى يمكن فهمه و محفوظة على حامل الكتروني يؤمن قراءتها و الرجوع إليها عند الحاجة" .

بناءا على ما سبق يمكننا أن نعرف المحرر الالكتروني بأنه مجموعة من الأرقام و الإشارات أو الرموز الأخرى ذات دلالة واضحة محررة على دعامة الكترونية أو مرسلة بطريقة الكترونية، يكون بالإمكان التعرف بصفة قانونية على الشخص الذي صدرت عنه ، وتكون معدة و محفوظة وفق شروط من شأنها ضمان تماميتها و سلامتها.

المطلب الثاني : حجيـــة المـــحـــرر الإلـــكترونـــي في الإثبـــات

إذا كان قانون ٥٣,٠٥ المتعلق بالتبادل الالكتروني للمعطيات القانونية قد اعتراف بالكتابة الالكترونية كشكلية لانعقاد التصرفات القانونية في حدود معينة، فإنه قد أحال الفصل ٢-١ من ق.ل.ع. بشأنها على المقتضيات التي خص بها الوثيقة الالكترونية كوسيلة للإثبات و التي ضمنها في الفصول ٤١٧ وما بعده من ق.ل.ع. حيث جعلها مساوية للوثيقة المحررة على الورق سواء كانت مطلوبة للانعقاد أو للإثبات فقط.

كما ان المشرع المصري قد منح المحررات الناتجة عن الفاكس و التلكس و الميكروفيلم و أي وسيلة الكترونية مماثلة نفس القوة القانونية للمحررات التقليدية سواء أكانت أصل المستند أو صورته، ذلك بشرط أن يتم إصدار قرار من وزير العدل يحدد القواعد و الضوابط الخاصة بمثل هذه المحررات، إضافة إلى ضرورة شرط الاستعجالي ليتم إسباغ الحجية عليها. وفي حال عدم توافر هذا الأخير فإن للمحررات التي تتم بالوسائل التي حددها المشرع في قانون التجارة لا تكون لها حجية المحررات التقليدية في الإثبات. وهو نفس المقتضى الذي يأخذ به في مجال التحكيم حيث منح حجية قانونية للوسائل الالكترونية، واشترط توفر الكتابة لتحقيق ذلك، بالإضافة إلى اتفاق إدارة طرفي التحكيم المسبقة لقبول مثل هذه الوسائل و مخرجاتها.

أما المشرع الفرنسي فقد أكد هذه الحجية بطريقة أخرى، فبعد أن منح هذه السندات الحجية القانونية الكاملة في المادة ١-١٣١٦ من القانون المدني الفرنسي المعدل بموجب القانون رقم ٢٣٠ لسنة ٢٠٠٠ الصادر في ١٣ مارس ٢٠٠٠، عاد و أكد في الفقرة الثانية من هذه المادة علة أنه عند قيام التعارض بين سند الكتروني و سند تقليدي، فيجب على القاضي أن يفاضل بينهما دون أن يعتمد على الوسيلة التي عقد بها هذا السند، أو بعبارة أخرى لا يجوز للقاضي في هذه الحالة أن يقدم السند التقليدي على السند الالكتروني كون الأخير أعد على ركيزة الكترونية.

وبناءا عليه نستنتج بان انتشار تقنيات الاتصال الحديثة في التفاوض على العقود و إبرامها و تنفيذها، أدى إلى صدور العديد من القوانين سواء على المستوى الدولي أو الإقليمي أو في العديد من دول العامل لمختلفة، و ذلك بهدف الاعتراف بالمحررات الإلكترونية و منحها نفس الحجية القانونية المقررة للمحررات الكتابية التقليدية.

إلا أن الملاحظ أن الوثيقة الالكترونية العرفية لا تطرح نفس الإشكال الذي تطرحه الوثيقة الالكترونية الرسمية ما يستدعي بيان ذلك :

الفقرة الاولى : الوثيقة (المحرر) الالكترونية العرفية :

الورقة العرفية هي التي يتم تحريرها من طرف من لهم مصلحة فيها دون تدخل الموظف العمومي، على خلاف الأوراق الرسمية التي تعتبر بوجه عام معدة للإثبات، فان الأوراق العرفية على نوعين، أوراق تعد مقدما للإثبات و تكون موقعه ممن حجة عليهم كعقد البيع و الكراء، و أوراق لم تعد مقدما للإثبات ولكن القانون يجعل لها حجية في الإثبات إلى مدى معين و أكثرها لا يكون موقعا ممن هي حجة عليه كقواعد المحاسبة التي حلت محل الدفاتر التجارية و قد يكون بعضا موقعا كالرسائل و أصول البرقيات.

الوثيقة الالكترونية العرفية حتى تكتسب حجية في الإثبات يشترط فيها أن تستوفي شروط الفصلين ١-٤١٧ و ٤١٧-٢ من ق.ل.ع وهي كالتالي :

١ـ تعرف بالشخص الذي صدرت عنه :

معنى هذا الشرط أن تدل المعلومات المحفوظة على السند (المحرر الالكتروني) على هوية الشخص الذي انشأ هذه المعلومات أو تسلمها، ويجب أن تدل هذه المعلومات أيضا على لحظة إرسال أو تسلم هذا السند. و لتحقيق هذا الشرط يجب أن تكون المعلومات المحفوظة على السند مفهومة وواضحة و قابلة للقراءة حتى يمكن الاحتجاج بمضمون هذا السند، ومن المعلوم أن السندات الالكترونية تكتب بلغة خاصة ثم تترجم إلى لغة مقروءة من قبل الإنسان عن طريق برامج معدة لهذا الشأن.

و التعرف على الشخص الذي صدرت عنه الوثيقة يجب أن يتم بصفة قانونية ، لأن المعطيات الخاصة بالتعريف ذات طابع شخصي تستوجب الحماية، و بالتالي يمنع استعمال الوسائل غير المشروعة للتعرف على أي شخص.

٢ـ أن تكون معدة و محفوظة ضمن شروط تضمن تماميتها :

وهذا أيضا من الشروط الأساسية للاعتداء بالوثيقة الالكترونية و لمساواتها للوثيقة المحررة على الورق. فهذه الأخيرة قابلة بطبيعتها للحفظ مهما طال الزمن لان حامل الكتابة فيها الذي هو الورق، قابل للحفظ و التخزين و الأرشفة، أما الدعامة الالكترونية، أيا كان شكلها، فيجب أن تكون قابلة بدورها للحفظ بالطرق الفنية المعروفة حيث أن المشرع المغربي لم يعرف الحفظ كما لم يبين أشكاله بخلاف ما فعله القانون التونسي المتعلق بالتجارة الالكترونية في الفصل الرابع منه " يعتمد حفظ الوثيقة الالكترونية كما يعتمد حفظ الوثيقة الكتابية، و يلتزم المرسل بحفظ الوثيقة الالكترونية في الشكل المرسلة به و يلتزم المرسل إليه بحفظ هذه الوثيقة في ا لشكل الذي تسلمها به .

و عموما فإن المشرع اشترط أن تكون الوثيقة الالكترونية معدة و محفوظة ضمن ظروف تضمن تماميتها، و يمكن القول بان المقصود بها شمولية المضمون و تمامة دون زيادة أو نقصان ، سواء بقصد أو بغير قصد.

٣ـ أن تحمل توقيعا مؤمنا.

٤ـ ان تحمل تاريخا ناتجا عن التوقيع الالكتروني المؤمن.

الفقرة الثانية : الوثيقة (المحرر) الالكترونية الرسمية :

من المعلوم أن الوثيقة الرسمية بشكل عام ، هي التي يتلقاها موظف عمومي له صلاحية التوثيق في مكان ابرام العقد، فالموثق على هذا النحو يتولى مهمة الإشراف و المصادقة على تعبير الأطراف عن إرادتهم بالموافقة على التصرف و يكون بذلك مسؤولا عما شهد من وقائع و اتفاقات وقعت أمامه، و يختم الوثيقة يتوقيعه إلى جانب توقيع الأطراف و يحتفظ بأصلها في ديوانه ولا يسلم لهم سوى نسخة منها، و الوثيقة الرسمية بهذا الشكل تتوفر على قوة إثباتية و تنفيذية في نفس الوقت.

اما الوثيقة الالكترونية فتتميز بكونها محررة بلغة رقمية تقرأ على الشاشة و تفرض النقل الالكتروني للمعطيات لوجود مسافة جغرافيا تفصل بين المتعاقدين.

ومن هذا المنطلق تأتي التساؤلات الأتية :

* كيف نتصور حضور الموظف الرسمي لواقعة وضع التوقيع الالكتروني؟ هل بحضوره الفعلي الملموس بذاته وصفته أو بحضور افتراضي على الشبكة؟ و هل يضع توقيعه الالكتروني هو أيضا على الوثيقة؟

* كيف يتم حفظ الوثيقة الالكترونية ؟

إن الحضور الشخصي للموثق في المعاملة الالكترونية لا يمكن أن يكون في مجلس واحد بسبب تباعد الأطراف مكانيا، إذ لو كان المجلس واحد ما كانت هناك حاجة للتعاقد الالكتروني أصلا، ومن تم فان ما يمكن تصوره هو حضور الموثق الفعلي لوضع التوقيع الالكتروني لأحد الأطراف فقط من بعد ذلك يرسل الوثيقة الكترونيا للطرف الآخر للغرض نفسه أمام موثق آخر أو أمام نفس الموثق إذا تسنى له الانتقال لذلك الطرف، و أما تصورنا الحضور الافتراضي للموثق فمعنى ذلك أن معاينته كذلك تكون افتراضية لوضع التوقيع الالكتروني، و هذا يتطلب معدات تقنية و برمجيات متطورة جدا لكي توفر مجالا لتلاقي الموثق بالأطراف على شبكة الانترنيت على غرار الندوة الفيديوفونية أو منتدى النقاش وهي إمكانية غير متاحة حاليا للموثقين في أغلب البلدان المتقدمة فبالأحرى في بلادنا إذا مازال استعمال وسائل الاتصال في التوثيق مقتصرا لدينا على الطبع و تخزين البيانات و على البريد الالكتروني و الويب.

إن الورقة الرسمية متى استوفت الشروط و تمت بالمعايير التي حددها القانون إلا و اكتسبت حجية قاطعة لا بالنسبة للمتعاقدين فحسب بل حتى بالنسبة للغير، يتضح أن هناك نوعان من البيانات يكسبان الورقة الرسمية حجيتها وهي :

١ ـ البيانات التي قام بها الموظف في حدود مهمته و بينهما في الورقة الرسمية من قبل التاريخ، مكان التلقي، توقيعه، و توقيع دوي الشأن والإجراءات المصاحبة لذلك من تسجيل و غيره.

٢ ـ الاتفاقات والوقائع التي حصلت في محضر الموظف من طرف المتعاقدين، وهذا يتعلق بموضوع الورقة الرسمية التي حررت بمعرفة الموظف العمومي بيعا أو غير ذلك، و هذا البيانات بنوعيها تكسب الورقة الرسمية حجية لا يمكن الطعن فيها إلا بالزور لأن فيها مساس بأمانة الموظف العمومي.

وتجدر الإشارة في الأخير أن المشرع المغربي إلى تحديث الترسانة القانونية بمقتضى قانون ٥٣-٠٥ و مواكبته للتطورات التقنية في مجال المعلومات وكذا حرص المشرع على تهيئة بيئة قانونية ملائمة للتطورات التقنية في المعاملات الالكترونية.