تابع المحاضرة الثانية – الإثبات بالكتابة (المحررات الالكترونية)

أدى التطور التكنولوجي إلى ظهور وسائل وأساليب جديدة في إبرام العقود والمعاملات القانونية والتجارية والتي لاتفي بها أدوات التعامل التقليدي، فكان من الضروري أن تحل محلها الدعامات والوسائط الالكترونية، فهل يمكن لهذه الأدوات أن تؤدي نفس ما تؤديه الكتابة من الإثبات.

أولا– تعريف المحرر الالكتروني و شروطه :

لا يوجد في القانون ما يلزم الاعتداد بالكتابة ان تكون فوق الورق فالمهم هو نسبتها لصاحبها و هو ما اعتمدته الكثير من الاتفاقيات الدولية منها المادة 2/11 من اتفاقية روما "شرط التحكيم يمكن أن يرد في عقد ....خطابات أو برقيات..."، وكذا اتفاقية الأمم المتحدة في فينا حيث جاءت المادة 13 كما يلي "فيا يخص أغراض هذه الاتفاقية ينصرف مصطلح الكتابة أيضا إلى المراسلات الموجهة في شكل برقية او تلكس...". و هذا هو المفهوم الحديث للكتابة

1–تعريف المحرر الالكتروني:

تناول المشرع الجزائري المحررات الالكترونية لأول مرة عند تعديله وتتميمه للقانون المدني بموجب القانون رقم 05-10، المؤرخ في20 جوان 2005 ، ولم يقم بتعريفها وإنما أورد معنى واسع للكتابة وذلك في نص المادة 323 مكرر من ق.م والتي تنص على: "ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل الحروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم ،مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها، وكذا طرق إرسالها".

أما المشرع المصري فقد عرف المحرر الالكتروني كما يلي: "كل حروف أو أرقام أو رموز أو أي علامات تثبت على دعامة الكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أية وسيلة مشابهة وتعطي دلالة قابلة للإدراك " [1].

في حين عرفها بعض الفقه بناءا على تحديد الكتابة الالكترونية بأنه: "مجموعة من الحروف أو الأرقام أو الرموز أو الأصوات أو أية علامات أخرى يمكن أن تثبت على دعامة الكترونية ويمكن قراءتها وتضمن عدم العبث بمحتواها وحفظ المعلومات الخاصة لمصدرها وتاريخ ومكان إرسالها والاحتفاظ بكافة المعلومات الأخرى على نحو يتيح الرجوع إليها عند الحاجة"[2]

([1])المادة 1 فقرة أ من قانون التوقيع الالكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004

([2])سمير حامد عبد العزيز جمالو، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة (دراسة مقارنة ،) دار النهضة العربية ، القاهرة،2006،ص246.

منه يمكن تعريف المحرر الالكتروني على انه إفراغ هذه الكتابة السالفة الذكر في رسالة بيانات، وللكتابة الالكترونية أغراض عدة منها التواصل بين الأشخاص، إرسال المعلومات، إبرام العقود.

من خلال التعارف السالفة الذكر يتبين لنا انه لاعتبار المحررات الالكترونية دليلا كاملا للإثبات يجب توافر مجموعة من الشروط والتالي شرحها.

2-شروط المحرر الالكتروني:

حتى يكون للمحرر الإلكتروني الحجية الكاملة في الإثبات وإمكانية مساواته بالسندات الرسمية والعرفية يجب أن تتوافر فيه مجموعة من الشروط أوردتها نص المادة 323 مكرر1 من ق.م[3]، وهي القابلية للقراءة وإمكانية الاطلاع (أ) والمحافظة على سلامة البيانات المدونة فيه وعدم تحريفها (ب)، مع إمكانية تحديد هوية مصدر المحرر الالكتروني (ج).

أ-شرط القابلية للقراءة وإمكانية الاطلاع:

تعتمد الكتابة الإلكترونية أساسا على دعامات حديثة غير ورقية، وتتم وفقا لنظام تكنولوجي، يعتمد على برامج الحاسوب أو ما يسمى بلغة الكمبيوتر التي لا يمكن قراءتها مباشرة بل يجب الاستعانة بوسائل أخرى تسهل عملية قراءة الكتابة الإلكترونية.[4]، لذلك اشترطت جل التشريعات المقارنة منها الجزائري أن تكون الحروف والأشكال المكونة للمحرر الالكتروني ذات دلالة مفهومة ومقروءة مع إمكانية الاطلاع عليها في أي مرحلة سواء عند إنشاءها أو إعادة استرجاعها بعد حفظها.

ب-شرط الحفاظ على سلامة المحرر الالكتروني:

عادة ما تدون الكتابة الالكترونية على دعامة أو وسيط يسمح بثباتها وبقاءها مدة من الزمن من أجل الرجوع إليها بسهولة واستخدامها في الإثبات ولذلك من الضروري الحفاظ عليها من أي تعديل أو تحريف أو تلف، وذلك من خلال مخرجات الحاسوب أو الأقراص الممغنطة بمختلف أنواعها أو من خلال مواقع الويب أو البريد الخاص الأمر الذي يتيح السرعة و السهولة في استرجاعها و الحفاظ عليها .

ج-شرط إمكانية تحديد هوية مصدر المحرر الالكتروني:

([3])تنص المادة 323 مكرر 1 على :"يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها و أن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها".

([4])للمزيد راجع هدار عبد الكريم، مبدأ الثبوت بالكتابة في ظل ظهور المحررات الالكترونية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2013-2014، ،ص 49.

يقصد به وجوب تعيين الشخص الذي ينسب إليه المحرر بصورة قاطعة وليس من حرر الكتابة الالكترونية و عادة ما يتم ذلك عن طريق التوقيع الالكتروني الذي يعتبر شرط أساسي لثبوت المحرر للموقع وبدونه لا يكون للمحرر أي قيمة قانونية وهو ما كدته المادة 6 من القانون 04رقم 15-04 المؤرخ في 01 فبراير 2015 المحددة للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين والتي جاء نصها كما يلي:"يستعمل التوقيع الالكتروني لتوثيق هوية الموقع و إثبات قبوله مضمون الكتابة في الشكل الإلكتروني".

وقد عرف المشرع الجزائري التوقيع الالكتروني من خلال المادة 2 من ق رقم 15-04 السالف الذكر ولهذا الأخير عدة صور منها:

-الكود فالشخص الذي يحمل بطاقة الكترونية لما يدخلها في جهاز الخاص ويدخل الكود يعتبر وقع محررا الكترونيا يشير إلى تصرف قانوني معين سواء كان شراء او تحويل ...الخ.

-القلم الالكتروني ويكون بتخزين توقيع شخص و مطابقته على الشاشة فيسجله النظام.

-التوقيع البيروميتري وذلك بتسجيل بعض الخواص الفيزيائية للجسم (صفة العين، الصوت، بصمة اليد...الخ) ويتم قبوله بتطابق الخواص الموضوعية مع تلك المخزنة.

ولذلك كله يجب أن يكون النظام الالكتروني الذي ينظم التوقعات على درجة عالية من الكفاءة والدقة والسلامة .

ثانيا-حجية المحرر الالكتروني:

تبنى المشرع الجزائري في تعديله للقانون المدني بموجب القانون رقم 05-10 السالف الذكر مبدأ التكافؤ بين المحررات واعترف من خلاله للمحرر الالكتروني بالحجية الكاملة في الإثبات وسوى بينه وبين المحررات الورقية ،و يظهر ذلك جليا من خلال استقراء المادتين 323 مكرر1 ، و 8 من القانون رقم 15-04 .

إذن من الضروري تحديد مفهوم مبدأ التكافؤ بين المحررات الالكترونية والتقليدية (1) وإبراز تطبيقاتها في التشريع الجزائري (2).

1-مفهوم مبدأ تكافؤ بين المحررات الالكترونية و التقليدية :

ظهر مبدأ التكافؤ بين المحرر الالكتروني والتقليدي في قانون الاونيسترال النموذجي، إذ اعترف صراحة بحجية الكتابة بشأن التجارة الالكترونية لاسيما المادتين الخامسة والتاسعة منه، حيث وضع هذا القانون الإطار القانوني للدول لكي تصدر تشريعات خاصة بشأن الكتابة الالكترونية .

وهكذا تبنت كافة التشريعات هذا المبدأ وأخذت باستحداث نصوص قانونية تنظم هذا النوع من الكتابة، وكان المشرع الفرنسي السباق إلى ذلك بعد عدة أراء من محكمة النقض الفرنسية وذلك في نص المادة 1316 فقرة 1 من القانون المدني الفرنسي، ثم المشرع المصري والأردني وكذلك الجزائري.

2-تطبيقات الإثبات الالكتروني في التشريع الجزائري واستثناءاته:

اعتمد المشرع الجزائري من خلال تعديله للقانون المدني المفهوم الواسع للكتابة، وهذا ما سنبينه من خلال العديد من النصوص الخاصة تطبيقا لذلك (أ)، لكن السؤال المطروح هو مدى كفايتها لاعتبار المحرر الالكتروني كدليل إثبات كامل.

أ-: تطبيقات الإثبات الالكتروني في التشريع الجزائري:

أول قانون جزائري تضمن التعامل الالكتروني هو القانون رقم 05-02 المؤرخ في 6فيفيري 2005 والذي أضافه فقرة ثالثة للمادة 414 والخاصة بوفاء السفتجة ونفس الفقرة تم إضافتها أيضا بصدد تقديم الشيك للوفاء (المادة 502 ق.ت.ج)، كما استحدث فصل ثالث ضمن الكتاب الرابع من الباب الرابع يتضمن بطاقات السحب والدفع من خلال المادة 543مكرر23 من ق.ت، ومن ثم الأمر رقم 05-06 المؤرخ بتاريخ 23 أوت 2005 المتعلق بمكافحة التهريب حيث استعمل صراحة مصطلح " وسائل الدفع الإلكتروني "في المادة 3 [5]منه واعتبرها المشرع من بين التدابير والإجراءات الوقائية لمكافحة التهريب .

ضيف إلى ذلك، الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 26 أوت 2003 المتعلق بالنقد والقرض من خلال نص المادة 69 والتي تنص على " تعتبر وسائل الدفع كل الأدوات التي تمكن كل شخص من تحويل أموال مهما يكون السند أو الأسلوب التقني المستعمل ".

وفي الأخير يمكن لنا القول أن منح الحجية الكاملة للمحرر الإلكتروني تكون بشرط إعداده وحفظه في ظروف تضمن سلامته وإمكانية تحديد هوية من أصدره، وذلك لن يكون إلا بالتوقيع الالكتروني الصحيح وفي غياب نصوص خاصة بالتوقيع الالكتروني المحمي يعتبر التوقيع الالكتروني البسيط الوسيلة الوحيدة لذلك.

كما انه لا يسع للقاضي الجزائري التعامل مع الأدلة الكتابية المتنازعة في الإثبات على أساس مبدأ التكافؤ وذلك لعدة أسباب منها[6]:

([5]) ج .ر عدد59 الصادرة بتاريخ 23 آوت 2005.

([6])للمزيد راجع هدار عبد الكريم ، مبدأ الثبوت بالكتابة في ظل ظهور المحررات الالكترونية،مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق ،جامعة الجزائر، 2013-2014، ص ص82-85.

– تعود القاضي على التعامل مع الدليل الورقي ما يدفعه إلى الانحياز النفسي والحكم للدليل الورقي باعتباره الأكثر مصداقية من الدليل الإلكتروني إلى أن يثبت العكس وهو الأمر الذي لا يتوافق ومبدأ التكافؤ الذي أقره المشرع في المادة 323 مكرر1.

– التأكد من صحة المحرر الإلكتروني أو التوقيع هي من المسائل الدقيقة التي تحتاج إلى اضطلاع بالوسائل الحديثة، الأمر الذي يصعب على القاضي الجزائري التحكم فيه في غياب نصوص مفصلة لأحكامه.

ب– استثناءات تطبيق مبدأ التكافؤ:

استثنت العديد من التشريعات بعض المعاملات من إمكانية قبول المحررات الإلكترونية كدليل إثبات فيها حتى ولو كانت مستوفية لكافة الشروط وهي المعاملات ذات الشكلية الخاصة نظرا لأهميتها وخطورتها في نفس الوقت (ما تعلق بشؤون الأسرة والعقارات والخدمات العامة إضافة إلى الدعاوى القضائية وإعلاناتها ...الخ)، وهو نفس ما أشار إليه المشرع الجزائري من خلال القانون رقم 18-05 المؤرخ في 10 مايو 2018، المتعلق بعقود التجارة الالكترونية[7]،من خلال نص المادة 3و 5 منه حيث نصت المادتين على مجموعة من المعاملات لا تصلح محرراتها الالكترونية للإثبات، باعتبار التعامل فيها الكترونيا ممنوع أصلا.

([7]) ج.ر عدد28 ، الصادرة بتاريخ 16 مي 2018.