



مستقبل مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية

مستقبل مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية في ظل أحكام الإثبات الإلكتروني

إعداد

الأستاذ الدكتور/ هاني دويدار

أستاذ القانون التجاري والبحري، كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية
عميد كلية الحقوق - جامعة بيروت العربية

مقدمة:

١. في ظل الازدواج في التنظيم القانوني للمعاملات بين قواعد عامة تحكم العقود والالتزامات عموماً وقواعد خاصة تحكم العقود والالتزامات التجارية خصوصاً، لا يحكم إثبات هذه العقود تلك المبدأ ذاته^(١). فالمبدأ السائد في المواد المدنية هو مبدأ الإثبات المقيد، بمعنى أن القانون يرسم للقاضي أدلة الإثبات التي يتعين عليه التقيد بها، فيحدد له بذلك أدلة الإثبات التي يجوز له قبولها أو تلك التي لا يجوز له قبولها حسب الحالة المعروضة

(1) ويعتبر ذلك من أسباب ذاتية القانون التجاري في علاقته بالقانون المدني، إلي جانب أسباب أخرى تبرر في نظر الفقه اتجاري الازدواجية التي لا تزال القوانين اللاتينية تشهدا في تنظيم المعاملات.

قرب في هذا المعنى:

GORE : Droit des affaires, Les Commerçants et l'entreprise commerciale, Editions Montchrestien, Paris, 1973, No 52.





د. هاني حويحار

عليه^(٢). أما العقود التجارية فتخضع لمبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية والذي بمقتضاه لا ينقيد القاضي بأدلة إثبات معينة في تكوين عقيدته، وإنما يجوز إثبات العقود التجارية بكافة طرق الإثبات بغض النظر عن قيمة هذه العقود^(٣).

ولعل المقابلة الأساسية بين مبدأ الإثبات المقيد في المواد المدنية ومبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية تأتي بشأن العقود بما يلزم إثبات العقد المدني بالدليل الكتابي إذا تجاوزت قيمة الأداءات المترتبة عليه مقداراً يحدده القانون^(٤)، وبحرية إقامة الدليل على العقد التجاري بكافة طرق الإثبات، بما فيها البينة والقرائن، مهما بلغت قيمة هذا العقد وتجاوز حد نصاب الإثبات بالكتابة^(٥).

(2) محمد حسن قاسم: قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٥، ص ١٣.

(3) محسن شفيق: الوسيط في القانون التجاري، الجزء الأول، دار نشر الثقافة، الإسكندرية، الطبعة الأولى ١٩٥١، ص ٣٢.

(4) ذلك أنه من المسلم به أن إثبات الوقائع المادية يكون بكافة طرق الإثبات إذ لا يتصور بشأنها سبق إعداد دليل إثبات لها.

أنظر: نبيل سعد: الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٩٥، ص ٤٩.

أما التصرفات القانونية فيكون نصاب إثباتها في القانون المصري ألف جنيه (المادة ٦٠ من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية)، وفي القانون اللبناني خمسمائة ألف ليرة (المادة ٢٤١ من قانون أصول المحاكمات المدنية لعام ١٩٨٣، المعدلة بالمرسوم رقم ٣٨٠٠ بتاريخ ٦/٩/٢٠٠٠).

(5) المادة ٦٩ من قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، والمادة ٢٥٤ من قانون التجارة اللبناني لعام ١٩٤٢.





مستقبل مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية

٢. وإذا كان مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية قد تقرر في ظل أوضاع للمعاملات يكثر التعامل الورقي بشأنها، فإن الولوج إلى عصر التعامل بالوسائل الإلكترونية، وتحديد كيفية إثبات المعاملات التي تتم عبر هذه الوسائل، من شأنه أن يثير التساؤل حول مستقبل العمل بمبدأ حرية الإثبات في ظل قواعد الإثبات الإلكتروني^(٦).

فالملاحظ أن التعامل الورقي لا يزال يسود العالم، ويزاحمه تعامل إلكتروني في تزايد مطرد وإنما بدرجات متفاوتة بين الدول الرأسمالية المتقدمة والدول النامية وتلك الأقل نمواً^(٧). ومع ذلك جاءت أغلب القوانين التي سعت

(6) ونقصد بذلك أنه متى قام الأساس القانوني لتنظيم إثبات المعاملات التي تتم عبر وسائل الاتصال الإلكترونية علي رفع المحررات الإلكترونية إلي مرتبة المحررات الورقية كدليل إثبات، يصبح الإثبات الإلكتروني مظهراً من مظاهر العمل بمبدأ الإثبات المقيد، يتناقض إذا مع مبدأ حرية الإثبات.

قرب من هذا المعنى:

MARTIN, THESSALONIKOS et BENSOUSSAN : Informatique : La signature électronique, premières réflexions après la publication de la directive du 13 mars 2000, Gazette du Palais, 2000, 2, 1273-1278, No 4. GAUTIER : De l'écrit électronique et des signatures qui s'y attachent, JCP 2000 I 236, No 2.

وقارن مع ذلك في اعتبار الإثبات الإلكتروني تعبيراً عن الإثبات الحر:

BENSOUSSAN : Contribution théorique au Droit de la preuve dans le domaine informatique : Aspect juridique et Solutions techniques, Gazette du Palais, 1991, 2, Doctrine 361, P. 362.

(7) في هذا المعنى: يونس عرب: قانون تقنية المعلومات والتجارة الإلكترونية، محاضرة ألقيت ضمن

برنامج المحامين المتدربين - الأردن، ٢٠٠٣ - ٢٠٠٤، ص ٢. محمد شكري سرور: التجارة الإلكترونية ومقتضيات حماية المستهلك/ ضمن أعمال المؤتمر العلمي الأول لأكاديمية شرطة دبي حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، دبي، الإمارات العربية المتحدة، ٢٦ - ٢٨ أبريل ٢٠٠٣، الجزء الثاني، ص ١٠٢ - ١٠٣. محمد السعيد رشدي: حجية وسائل الاتصال





د. هاني حويحار

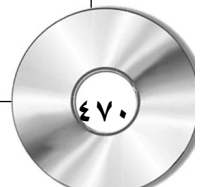
إلى تنظيم كيفية إثبات المعاملات التي تتم عبر وسائل الاتصال الإلكتروني بمنهجية محددة تتمثل في رفع حجية المحررات الإلكترونية إلى مرتبة حجية المحررات الورقية، وإن تفاوتت هذه القوانين في صياغة قواعد الإثبات الإلكتروني. فمنها من قام بتطويع الأحكام العامة للإثبات من أجل أن تصبح صالحة لأن تشمل ظاهرة المعاملات الإلكترونية، مثل القانون الفرنسي^(٨). ومنها على العكس من ذلك من أصدر قانوناً خاصاً للإثبات الإلكتروني دون تعديل الأحكام العامة للإثبات، مثل القانون المصري^(٩). والسؤال الذي يطرح نفسه هو: هل لاختلاف نهج المشرع في سن قواعد الإثبات الإلكتروني أثره في استمرار أو عدم استمرار العمل بمبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية؟

٣. ومن جانب آخر يشير البعض إلى ما يترتب على التعامل الإلكتروني من اختزال لعنصري الزمان والمكان، وهو ما ينبئ عن ضرورة تنظيم العقود

الحديثة في الإثبات، ضمن أعمال مؤتمر أكاديمية شرطة دبي سابق الإشارة إليه، الجزء الثاني، ص ٤٢٧.

(٨) المواد من ١٣١٦ إلى ١٣١٦ - ٤ من التقنين المدني الفرنسي لعام ١٨٠٤، المعدلة والمضافة بموجب القانون رقم ٢٠٠٠ - ٢٣٠ بتاريخ ١٣ مارس ٢٠٠٠ (الجريدة الرسمية الفرنسية، ٢٠٠٠/٣/١٤، ص ٣٩٦٨).

(٩) القانون رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤ بتنظيم التوقيع الإلكتروني وإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات الصادر بتاريخ ٢٠٠٤/٤/٢١ (الجريدة الرسمية المصرية، العدد ١٧ تابع (د)، ٢٠٠٤/٤/٢٢، ص ١٧).





مستقبل مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية

التي تبرم عبر الوسائل الإلكترونية بقواعد مغايرة لتلك الواردة بالقانون المدني في صياغته التقليدية^(١٠).

(10) تعد هذه المسألة من المسائل الخلافية الحادة في الفقه، إذ يميل البعض إلي القول بأنه في بيئة الإنترنت تزول الحدود والفواصل الجغرافية:

HUET : Aspects juridiques de l'EDI, Echanges de Données Informatisées (Electronic Data Interchange), Dalloz 1991, Chronique 181, P. 188.

نادر شافي: الإثبات الإلكتروني بين الواقع والقانون، مجلة الجيش، العدد ٢٣٣، تشرين الثاني (نوفمبر) ٢٠٠٤، ص ٤٠. عبد الفتاح بيومي حجازي: النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في دولة الإمارات العربية المتحدة، مقدمة في التجارة الإلكترونية العربية، الكتاب الثاني، دار الفكر العربي، ٢٠٠٣، ص ٢٠٥. مجموعة المستثمرين: التحديات القانونية للتجارة الإلكترونية، موقع المجموعة علي شبكة الإنترنت في ص ٢:

<http://mosgcc.com/mos/magazine/print.php?storyid=162>

تاريخ زيارتنا للموقع: ٢٠٠٧/٣/٣.

بينما يتجه فريق آخر إلي اعتبار التعاقد الإلكتروني تعاقد عن بعد، حيث يفصل الفراغ الافتراضي لشبكة الإنترنت بين الطرفين المتعاقدين:

GAUTIER, op. cit, No 2.

إبراهيم الدسوقي أبو الليل: إبرام العقد الإلكتروني في ضوء أحكام القانون الإماراتي والقانون المقارن، ضمن أعمال مؤتمر أكاديمية شرطة دبي سابق الإشارة إليه، الجزء الثاني، ص ٢٦. عايض راشد المري: تأملات في مشروع قانون التجارة الإلكترونية الكويتي: مجلة الحقوق، صادرة عن مجلس النشر العلمي - جامعة الكويت، العدد الرابع، السنة الثلاثون، ديسمبر ٢٠٠٦، ص ١٤٣ - ١٤٤.

وأنظر في اعتبار التعاقد عبر وسائل الاتصال الإلكترونية تعاقد بين غائبين مع التسليم باعتبار مجتمع الإنترنت مجتمعاً افتراضياً مصطنعاً ينقسم إلي مناطق شبكية للاتصالات وليس إلي أقاليم: أحمد عبد الكريم سلامة: حماية المستهلك في العقود الدولية الإلكترونية وفق مناهج القانون الدولي الخاص، ضمن أعمال مؤتمر أكاديمية شرطة دبي سابق الإشارة إليه، الجزء الثالث، ص ٦ و ص ٣٨.





د. هاني حويحار

فإذا كان الفقه التجاري يذهب في عمومه إلى تأسيس مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية على عنصر السرعة التي تنسم بها المعاملات التجارية، مبرراً بذلك تمييزها عن المعاملات المدنية^(١١)، أبقى هناك مجالاً للتمييز بين العقود المدنية والعقود التجارية لحاجات الإثبات حال إبرامها عبر الوسائل الإلكترونية^(١٢)؟

وفي ضوء ما تقدم يتطلب التساؤل عن مستقبل مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية في ظل قواعد الإثبات الإلكترونية بحث المسألتين الآتيتين:

الأولى: أثر منهج صياغة قواعد الإثبات الإلكتروني في استمرار العمل بمبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية.

الثانية: مبررات استمرار العمل بمبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية في ظل قواعد الإثبات الإلكترونية.

RIPERT et ROBLLOT : Traité élémentaire de Droit commercial, Tome I, (11) LGDJ, Paris, 17^e édition 1998, par DELEBECQUE et GERMAIN, No 340.

(12) وتجدر الإشارة إلى ما ذهب إليه رأي قبل تدخل المشرع الفرنسي بتنظيم الإثبات الإلكتروني من اعتبار تبادل البيانات إلكترونياً مانعاً مادياً من الحصول على دليل كتابي بمفهومه التقليدي أي الورقي، وهو ما كان ليبرر - في نظره - إمكانية اللجوء إلى الوسائل الإلكترونية للإثبات:

BENSOUSSAN, op. cit, P. 363. MARTIN, THESSALONIKOS et BENSOUSSAN, op. cit, No 1.1.

وينبغي علي ذلك تحرير العقود الإلكترونية من قيود الإثبات بالدليل الكتابي سواء كانت عقوداً مدنية أو عقوداً تجارية، وأياً كانت قيمة هذه العقود.





مستقبل مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية

أولاً: مبدأ حرية الإثبات في ضوء صياغة قواعد الإثبات الإلكتروني:

٤. يعبر الاتجاه التشريعي نحو رفع المحرر الإلكتروني إلى مرتبة المحرر الورقي عن موقف رافض لكل دعوة بإلغاء الشكلية في العقود أو بإلغاء الدليل الكتابي لإثبات العقود^(١٣). ويأتي ذلك اتساقاً مع الرأي الذي يدعو إلى ضرورة تفادي الانقلابات الحادة على تنظيم العقود وإثباتها، وإلى ضرورة وضع الحلول المناسبة للمعاملات الإلكترونية^(١٤).

ولقد أخذت عدة الدول بالتوصيات الصادرة عن جهات مختلفة تعنى بتنظيم التجارة الدولية^(١٥)، والتي صارت في اتجاه رفع المحررات الإلكترونية إلى مرتبة المحررات الورقية من حيث الحجية في الإثبات^(١٦).

(13) وجهت الدعوة المشار إليها بصفة أساسية لجنة الأمم المتحدة لأوروبا UNEEC. أنظر:

HUET, op. cit, P. 181.

TROYE : Aspects légaux de l'EDI et présentation du rapport sur la situation des États membres, Droit de l'Informatique et des Télécoms, 1990 – 1, P. 64. CAPRIOLI : La loi française sur la preuve et la signature électroniques dans la perspective européenne. Directive 1993/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999, JCP 2000, Doctrine 224, Nos 2 – 3.

(15) ومن أمثلة تلك الجهات: المجلس الأوروبي، ومجلس التعاون الجمركي، ولجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي UNCITRAL، وغرفة التجارة الدولية ICC. راجع:

HUET, op. cit, P. 181 – 182.

(16) ولقد تحقق ذلك تحت تأثير الأحكام الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة UNCITRAL عام ١٩٩٦. في هذا المعنى: مجموعة المستثمرون، سابق الإشارة إليها، ص ٢.





د. هاني حويحار

وينبني على الأخذ بمبدأ تكافؤ المحررات الإلكترونية والمحررات الورقية كدليل إثبات أنه يلزم أولاً بحث ثبوت حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات من حيث المبدأ العام، أي تحديد ما إذا كان يستقيم اعتبار المحررات الإلكترونية دليل إثبات التصرفات القانونية التي تعبر عنها. ثم على إثر ذلك يمكن الوقوف إلا أن هذا النهج منتقد في نظر البعض لاختلاف طبيعة الدعامة الإلكترونية، وهي دعامة غير مادية، عن الدعامة الورقية، وهي دعامة مادية، حيث كان يفترض في اختلاف طبيعة الدعامتين تباين الأحكام المنظمة للإثبات عبر الوسائل الإلكترونية أو بواسطة الوثائق والمستندات الورقية:

HUET : Vers une consécration de la preuve et de la signature électroniques, Dalloz 2000, Chronique 95, No 3.

على القوة الثبوتية للمحررات الإلكترونية، أي تحديد مدى الحجية التي يمكن للقانون الاعتراف بها لهذه المحررات⁽¹⁷⁾.

هـ. وبناءً على ذلك، وسواء جاءت قواعد الإثبات الإلكترونية ضمن الأحكام العامة للإثبات أو في صيغة قانون خاص، لا بد من اتحاد عناصر

(17) ويؤسس البعض حجية المحررات الإلكترونية على اعتبارها تطبيقاً لمبدأ الثبوت بالكتابة قياساً على الرسائل المنسوخة بالآلة الكاتبة والتي لا تحمل توقيعاً:

MARTIN, THESSALONIKOS et BENSOUSSAN, op. cit, No 1.1. HUET : Vers une consécration..., op. cit, No 2. GAUTIER, op. cit, No 28. BOIZARD : note sous Cour d'appel de Montpellier, 1^o Chambre, Section D, 9 avril 1987, JCP 1988 II 20984.

وقارن مع ذلك:

Groupe d'Universitaire présidé par CATALA : L'introduction de la preuve électronique dans le Code civil, JCP 1999, Doctrine 182, No 4.





مستقبل مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية

الإثبات الإلكتروني وعناصر الإثبات الورقي حتى يمكن الاعتراف للمحرر الإلكتروني بذات حجية المحرر الورقي في الإثبات^(١٨).

وإذا كانت عناصر الإثبات تتحدد بعناصر المحرر الذي يتم البحث عن مناط الاحتجاج به في الإثبات، فإن عناصر الإثبات الإلكتروني تتحدد، قياساً على عناصر الإثبات الورقي، بالدعامة الإلكترونية^(١٩)، والكتابة الإلكترونية^(٢٠)، والتوقيع الإلكتروني^(٢١).

وتأتي قوة الاحتجاج بالمحررات الورقية في الإثبات من توافر الخصائص الآتية فيها:

(18) ويؤسس في هذا المعنى:

BREBAN et POTTIER : Sécurité, Authentification et Dématérialisation de la preuve dans les transactions électroniques (1o Partie): La problématique juridique des échanges électroniques face à la preuve, Gazette du Palais du Palais, 1996, 1, 276.

(19) Groupe d'Universitaires, op. cit, No 5. BREBAN et POTTIER, op. cit, (2o Partie) : Les ouvertures à la dématérialisation, Gazette du Palais, 1996, 2, 863.

(20) فالكتابة تتحدد بالرموز من أحرف وأرقام التي تستخدم للتعبير عن المعاني لا بنوع الدعامة التي تحمل تلك الرموز. في هذا المعنى:

MARTIN, THESSALONIKOS et BENSOUSSAN, op. cit, No 4.

(21) BITAN : La signature électronique : comment la technique répond-elle aux exigences de la loi, Gazette du Palais, 2000, 2, 1279.

محمد السعيد رشدي، المرجع السابق، ص ٤١٠ وما بعدها.

أن الرضي بالمحرر إنما ينسحب إلى كامل مضمون المحرر.





د. هاني حويحار

- (١) أن المحرر الورقي غير قابل للتجزئة بطبيعته، وهو ما يترتب عليه.
- (٢) أن التوقيع الوارد على المحرر الورقي هو توقيع حسي يتحقق بخط اليد، أي الإمضاء، أو الختم، أو ببصمة الإصبع المميزة للإنسان.
- (٣) أن الدعامة الورقية للمحرر تسمح بالكشف عن أي تعديل يتم إدخاله على الكتابة الواردة به، وكذلك عن أي تحريف له.
- (٤) أن المحرر الورقي يسمح بطبيعته بأن يتم الاحتفاظ به لمدة طويلة نسبياً^(٢٢).

٦. ولا يجوز القول بأن المعالجة الإلكترونية التي تتم للبيانات بواسطة الحاسب الآلي من شأنها أن تؤدي إلى تمييز الكتابة الإلكترونية عن الكتابة الورقية. فلم تكن يوماً وسيلة الكتابة، بالنقش على الجدران، أو بالنقر على الألواح الحجرية أو الخشبية، أو باستخدام العظام للكتابة على جذع النخل، أو الريشة أو القلم للكتابة على الورق عند اختراعه، أو حتى الكتابة باليد أو بواسطة آلة كتابة، مما يتحدد به مفهوم الكتابة^(٢٣). ومن ثم لا يجوز تمييز

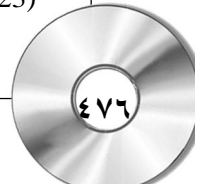
(22) GAUTIER, op. cit, No 18. وفي بيان

مدى إمكانية توافر هذه الخصائص في المحرر الإلكتروني أنظر:

JACQUES : Le Décret No 2001 – 272 du 30 mars 2001 relatif à la signature électronique, JCP 2001, Actualité 1601, No 6.

محمد السعيد رشدي، المرجع السابق، ص ٣٦٩.

(23) قرب في اعتبار التعبير عبر الوسائط الإلكترونية بمثابة كتابة:





مستقبل مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية

الكتابة باستخدام تكنولوجيا المعلوماتية عن الصور الأخرى للكتابة للقول بعدم إمكانية معادلة حجية المحررات الإلكترونية بحجية المحررات الورقية^(٢٤). ولا يبقى بعد ذلك سوى بيان إلى أي مدى تسمح الدعامة الإلكترونية بتوفير ذات الخصائص المحددة للقوة الثبوتية كما تسمح الدعامة الورقية بتوفيرها للمحرر.

وفي هذا السياق يشير الفقه الفرنسي إلى وجوب توافر شرطين في المحرر الإلكتروني حتى يمكن رفعه إلى مرتبة المحرر الورقي كدليل للإثبات. هذان الشرطان هما:

BENSOUSSAN, op. cit, P. 362. GAUTIER, op. cit, No 1.

ومع ذلك ينفي أحد الكتاب عن التعبير بالوسائل الإلكترونية وصف الكتابة: وسيم الحجار: الإثبات الإلكتروني، المنشورات الحقوقية صادر، بيروت، ٢٠٠٢، ص ١٣.

بينما يعلق كاتب آخر الأمر على اعتراف المسرع بالكتابة على الدعامة الإلكترونية: يوسف العلي: مدى صلاحية قواعد تنازع القوانين لحكم التعاملات التي تتم على شبكة الإنترنت، مؤتمر أكاديمية شرطة دبي سابق الإشارة إليه، الجزء الثالث، ص ٢٤٥.

(24) آلاء يعقوب يوسف: المسؤولية المدنية لمجهز خدمات التصديق على التوقيع الرقمي تجاه الغير، مجلة البحرين، المجلد الثالث، العدد الأول ٢٠٠٩، ص ٢٤٥.

وأنظر علي خلاف هذا الرأي من حيث وجوب التمييز بشأن أحكام الإثبات بين الإثبات بالوسائل الإلكترونية والإثبات بالمستندات التقليدية أي الورقية:

HUET : Aspects juridiques..., op. cit, P. 185.

سامي منصور: نظام الإثبات في القانون اللبناني والتقنيات الحديثة، مؤتمر أكاديمية شرطة دبي سابق الإشارة إليه، الجزء الثاني، ص ١٩٤

الورقي، وإلى أي مدى يمكن للتوقيع الإلكتروني أن يقوم مقام التوقيع الحسي الذي يتضمنه المحرر الورقي.





د. هاني حويحار

١- شرط الانتساب Imputabilité : ويعني إمكانية نسبة المحرر الإلكتروني إلى الشخص الذي صدر منه، دون أن يكون له إنكار قيامه بإرسال البيانات التي يتكون منها المحرر.

٢- شرط السلامة Intégralité : ويعني إمكانية حفظ جميع بيانات المحرر على نحو يضمن عدم إدخال تعديلات أو إجراء تحريف لا يمكن الكشف عنه^(٢٥).
٧. وفي التعبير عن مدى توافر الشرطين المتقدمين في المحرر الإلكتروني يختلف نهج المشرع الفرنسي عن نهج المشرع المصري عند صياغة قواعد الإثبات الإلكتروني.

فلقد جاء القانون الفرنسي مطوعاً للقواعد العامة في الإثبات، وذلك بأن قام بتحديد عنصر الدعامة في مجال الإثبات بالكتابة، فتكون لها حجية في الإثبات في جميع الأحوال، أي بغض النظر عن الدعامة التي تحتويها، سواء كانت الدعامة ورقية أو الكترونية. وبعبارة أخرى أصبح المشرع الفرنسي يغض الطرف عن أي اختلاف بين الدعامة الورقية، وهي دعامة مادية، والدعامة الإلكترونية، وهي دعامة غير مادية، بشأن إثبات التصرفات القانونية^(٢٦).

(25) MARTIN, THESSALONIKOS et BENSOUSSAN, op. cit, No 2.2. HUET : Vers une consécration..., op. cit, No 3.

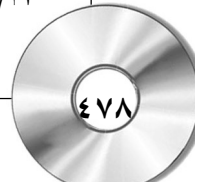
وحول إثارة الشك في سلامة المحررات الإلكترونية بالنظر إلي الطابع غير المادي للدعامة

الإلكترونية:

Groupe d'Universitaires, op. cit, No 7. ABALLEA : La signature électronique en France, Etat des lieux et perspectives, Dalloz 2001, Le point sur 2835.

(26) المادة ١٣١٦ من التقنين المدني الفرنسي المعدلة بالقانون رقم ٢٠٠٠ - ٢٣٠ بتاريخ

٢٠٠٠/٣/١٣.





مستقبل مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية

أما المشرع المصري فقد أصدر قانون خاص بإثبات المعاملات الإلكترونية^(٢٧). ويقوم هذا القانون في النظام القانوني المصري إلى جانب قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية^(٢٨). وتتحدد بالتالي العلاقة بين القانونين بوصف قانون الإثبات الشريعة العامة للإثبات، بينما يصبح قانون الإثبات الإلكتروني بمثابة النص الخاص في إثبات معاملات بعينها، هي تلك التي تتم عبر وسائل الاتصال الإلكترونية^(٢٩).

وينبغي علي ذلك أن نصاب الإثبات بالكتابة يكون واحداً سواء تم الإثبات عبر المحررات الورقية أو المحررات الإلكترونية:

GAUTIER, op. cit, No 24.

وجدير بالذكر أن حكماً قد ذهب إلي قبول وسائل الإثبات الإلكترونية من قبل تعديل أحكام الإثبات في القانون الفرنسي بالرغم من تجاوز قيمة العقد نصاب الإثبات بالكتابة، استناداً إلي أن تلك الوسائل يتحقق بها الدليل الكتابي الذي يتطلبه القانون:

Cour d'appel de Montpellier, 1^o Chambre, Section D, 9 avril 1987, JCP 1988

كما تجدر الإشارة إلي أن البعض يقترح وضع نصاب خاص للإثبات بالوسائل الإلكترونية: محمد أحمد أبو القاسم: التسويق عبر الإنترنت، دار الأمين للنشر والتوزيع، القاهرة، الطبعة الأولى ٢٠٠٠، ص ١٠٦.

(27) هو القانون رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤، سابق الإشارة إليه.

(28) القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ بإصدار قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية (الجريدة الرسمية المصرية، العدد ٢٢، ٣٠/٥/١٩٦٨).

(29) وقد عبر قانون التوقيع الإلكتروني عن ذلك في المادة ١٧ منه، وذلك بالنص علي أنه تسري في شأن إثبات صحة المحررات الإلكترونية الرسمية والعرفية والتوقيع الإلكتروني، فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون أو في لائحته التنفيذية الأحكام المنصوص عليها في قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية.





د. هاني حويحار

٨. ويمكن الاختلاف الجوهري بين المشرعين الفرنسي والمصري في أن الأول يسوي بين الدعامة الورقية والدعامة الإلكترونية للكتابة، بينما يقر المشرع المصري باختلاف الدعامتين في الطبيعة، وبالتالي فيما يمكن أن ترتبه كل منهما من آثار قانونية تتعلق بإثبات التصرفات القانونية^(٣٠).

وبالتالي، وفي حين لا يكون المشرع الفرنسي بحاجة إلى تعريف الكتابة الإلكترونية أو تعريف المحرر الإلكتروني، يلزم على المشرع المصري تحديد المقصود بها وذلك من أجل تعيين نطاق تطبيق القواعد الخاصة بالإثبات الإلكتروني^(٣١).

(30) أنظر في القول باختلاف طبيعة الدعامتين وضرورة أن ينعكس ذلك على أحكام الإثبات: HUET : Aspects juridiques..., op. cit, P. 185.

وأنظر في القول بحياد الدعامة في شأن تطبيق أحكام الإثبات بالرغم من إقراره باختلاف طبيعة الدعامة الإلكترونية عن طبيعة الدعامة الورقية:

GAUTIER, op. cit, No 15.

(31) أنظر في شرح هذا التعريف: حازم حسن جمعة: اتفاق التحكيم الإلكتروني وطرق الإثبات عبر وسائل الاتصال الحديثة، مؤتمر أكاديمية شرطة دبي سابق الإشارة إليه، الجزء الثالث، ص ٨٧ - ٨٨.





مستقبل مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية

وينفق القانونان الفرنسي والمصري في مبدأ تحديد المقصود بالتوقيع الإلكتروني، وإلا يصعب الاعتراف بالرموز الرقمية كبديل للإمضاء. كما ينتفان علي تحديد الشروط الواجب توافرها فيه حتى يمكن الاعتراف بحجية المحرر.

الإلكتروني الذي يقترن به هذا التوقيع⁽³²⁾.

ولا يأتي تعريف التوقيع الإلكتروني واحداً في كل من القانون الفرنسي والقانون المصري⁽³³⁾، وإن كانت لهما ذات الدلالة في بيان المقصود. ذلك أن جوهر التوقيع الإلكتروني في القانونين هو ثبوت الارتباط بين صاحب التوقيع وبين التصرف القانوني الثابت في المحرر الإلكتروني الذي اقترن به التوقيع. فالجوهر في الأمر أن يسمح التوقيع الإلكتروني بتحديد شخص الموقع ليتواصل موضوع القانون، أي التصرف القانوني، بشخص القانون، وهو صاحب التوقيع، على نحو يسمح بالاحتجاج بالمحرر الإلكتروني في مواجهته،

CAPRIOLI, op. cit, Nos 7 et s.

(32)

ويعود اتفاق القانونين علي الشروط الواجب توافرها في التوقيع الإلكتروني إلي أنها شروط متعارف عليها دولياً. في هذا المعنى: نادر شافي: التوقيع الإلكتروني: الاعتراف التشريعي به وتعريفه القانوني وشروطه وأنواعه والمصادقة عليه، مجلة الجيش، السبت 3 آذار (مارس) 2007، ص 7.

(33) أنظر بشأن القانون الفرنسي:

HUET : Vers une consécration..., op. cit, No 4. BUFFET DELMAS :

L'achèvement du cadre juridique de la signature électronique sécurisée. Décret no 2002 - 535 du 18 avril 2002 et Arrêté du 31 mai 2002, JCP 2002 Actualité 519.

وبشأن القانون المصري أنظر: نادر شافي، المرجع السابق، ص 4.





د. هاني حويطار

فتتوافر بالتالي في هذا المحرر حجيته في الإثبات^(٣٤). ويدل ذلك على حرص القانون على معادلة التوقيع الإلكتروني بالتوقيع الحسي تمهيداً لمعادلة المحرر الإلكتروني بالمحرر الورقي كدليل إثبات^(٣٥).

٩. ومن النتائج المترتبة على اختلاف نهج كل من القانون الفرنسي والقانون المصري في صياغة قواعد الإثبات الإلكتروني أن المشرع الفرنسي قد نص على حجية المحرر الإلكتروني في سياق القواعد المنظمة للإثبات في القانون المدني، لتأتي شروط هذه الحجية ضمن سياق العمل بمبدأ الإثبات المقيد في القانون المدني، وكأن العقود المدنية وحدها التي يتم إبرامها إلكترونياً هي التي تخضع للقواعد المشار إليها. ويمكن القول إزاء ذلك أن المشرع الفرنسي في تنظيمه للإثبات الإلكتروني لا يحول دون تطبيق مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية^(٣٦).

(34) أنظر بشأن القانون الفرنسي:

ويتحقق ذلك في الواقع باستبدال سرية التوقيع الإلكتروني بشخصية التوقيع الخطي أي الإضاء:

CROZE : Informatique, preuve et sécurité, Dalloz 1987, Chronique 31, No 19.

(35) في هذا المعنى: آلاء يعقوب يوسف، المرجع السابق، ص ٣١١. وبالإشارة إلى نص المادة ٥/ف ٢ من توجيه الاتحاد الإلكتروني الخاص بالتوقيعات الإلكترونية الصادر في ١٣/١٢/١٩٩٩ فإنه يلزم توافر مقومات الدور الذي يلعبه الإضاء في التوقيع الإلكتروني، ويتمثل هذا الدور في تحديد شخص الموقع من جانب وفي التعبير عن قبول هذا الشخص الالتزام بمضمون المحرر من جانب آخر. أنظر:

MARTIN, THESSALONIKOS et BENSOUSSAN, op. cit, No 1.2.

(36) ذلك أن المشرع الفرنسي أبقى على نطاق تطبيق كل من القواعد المدنية في الإثبات وتلك التجارية في الإثبات دون أي تعديل، مدمجاً أحكام الإثبات الإلكتروني في القواعد المدنية للإثبات وحدها: BREBAN et POTTIER, op. cit, 2o Partie, P.867.





مستقبل مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية

أما القانون المصري فقد ميز بين الأحكام العامة للإثبات، الواردة بقانون الإثبات لعام ١٩٦٨، وبين أحكام الإثبات الإلكتروني، الواردة بقانون التوقيع الإلكتروني لعام ٢٠٠٤. ولقد رسم المشرع العلاقة بين القانونين بنصه على أنه "تسري في شأن إثبات صحة المحررات الإلكترونية الرسمية والعرفية والتوقيع الإلكتروني والكتابة الإلكترونية، فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون أو في لائحته التنفيذية، الأحكام المنصوص عليها في قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية"^(٣٧).

ويتضح من ذلك أن عبارة النص تشير إلى أن إثبات المعاملات الإلكترونية يخضع لأحكام قانون الإثبات في مسألتين محددتين:

الأولى: هي حجية المحرر الإلكتروني التي تتحدد في ضوء الأحكام المتعلقة بحجية المحررات الورقية في قانون الإثبات.

وجدير بالذكر في هذا الصدد أن مشروع القانون المنظم للإثبات الإلكتروني كان قد تضمن فقرة ثانية للمادة ١٣١٦ - ١ تنص على أنه يجوز إثبات عكس ما هو ثابت بالمحرر الإلكتروني بالقرائن شرط أن تكون مؤثرة، ومحددة، ومتسقة. ثم تقرر إلغاء هذه الفقرة عند إصدار القانون، وهو ما ترتب عليه من جهة الإبقاء على نصاب الإثبات بالكتابة سواء كانت المعاملة تقليدية أو إلكترونية، ومن جهة أخرى عدم الخروج على قواعد الإثبات المقيد بشأن الإثبات العكسي إذا كانت المعاملة إلكترونية: Groupe d'Universitaires, op. cit, No 10.

(37) المادة ١٧ من القانون رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤.





د. هاني حويجار

الثانية: هي إثبات صحة المحرر الإلكتروني وعناصره من كتابة وتوقيع، والذي يخضع للأحكام والإجراءات الواردة بقانون الإثبات⁽³⁸⁾.

وبفرض التسليم بأن المعاملات الإلكترونية لا تخضع لأحكام قانون الإثبات إلا فيما يتعلق بهاتين المسألتين وحدهما، فإن معنى ذلك أن المشرع قد رسم نطاقاً لتطبيق أحكام القانون رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤ يختلف عن نطاق تطبيق أحكام قانون الإثبات، ليتحدد الأول بالمعاملات الإلكترونية وحدها، بينما يتحدد نطاق تطبيق الثاني بالمعاملات التي تعقد وفقاً للأوضاع التقليدية، تلك الأوضاع التقليدية التي نذكر بأنها لا تشترط إثبات التصرفات القانونية بالكتابة إلا إذا توافر نصاب معين⁽³⁹⁾. وينبغي على هذا التفسير لاختلاف

(38) وتتحدد حجية المحررات تطبيقاً للمادتين ١٤ و ١٥ من القانون رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤، الأولي تتناول التوقيع الإلكتروني والثانية حجية الكتابة الإلكترونية، بينما تتحدد العلاقة بين القانونين بشأن إثبات صحة المحرر الإلكتروني في المادة ١٧ من القانون المذكور.

(39) ويؤكد ذلك أن أحكام قانون الإثبات لا تتصور الكتابة إلا ثابتة في دعامة ورقية، مما يحول دون تأويل نصوص قانون الإثبات بما يسمح بتطبيقها على الكتابة الإلكترونية. فمثلاً تتناول المادة ١٢ من قانون الإثبات حكم الصورة الرسمية سواء كانت خطية أو فوتوغرافية، وهو ما يؤكد أن هذه الصورة لا تثبت، كالأصل سواء بسواء، إلا على دعامة ورقية. كذلك المادة ١٤ من القانون، فإنها تنص على أن المحرر العرفي يكون حجة ما لم يتم إنكار الخط أو التوقيع بالإمضاء أو الختم أو البصمة، في إشارة حاسمة إلى الكتابة الورقية. يراعي أنه في ظل القانون الفرنسي جاء النص صريحاً على عدم جواز ترجيح المحرر الورقي على المحرر الإلكتروني بالنظر إلى طبيعة المحرر وحدها، وإنما على القاضي الوقوف على عناصر الثقة التي يوليها لأي من المحررين المقدمين له:

HUET : Vers une consécration..., op. cit, No 3.

بينما في ظل القانون الفرنسي يقوم الإقرار مقام الكتابة الإلكترونية، كالورقية سواء بسواء.

أنظر : GAUTIER, op. cit, No 30.





مستقبل مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية

نطاق تطبيق القانونين عدم خضوع المعاملات الإلكترونية للمقابلة التي أتى بها قانون الإثبات بين المعاملات المدنية والمعاملات التجارية بشأن أدلة الإثبات، لتخضع جميع المعاملات الإلكترونية لقواعد الإثبات التي أتى بها قانون التوقيع الإلكتروني لعام ٢٠٠٤.

١٠. ولا يخفى ما يترتب على هذا التفسير لنطاق تطبيق الأحكام الخاصة بإثبات المعاملات الإلكترونية نتائج خطيرة نشك في أن المشرع المصري قد قصد ترتيبها فعلاً. ذلك أنه يجعل المعاملات الإلكترونية جميعاً، أي سواء كانت معاملات مدنية أو تجارية، خاضعة لقواعد تأتي تطبيقاً لمبدأ الإثبات المقيد ودون مراعاة لقيمة التصرف القانوني فيما يلزم إثباته بالطرق المحددة قانوناً لإثبات المعاملات الإلكترونية وما يمكن إقامة الدليل عليه بكافة طرق الإثبات. وبعبارة أخرى يصبح السبيل الوحيد لإثبات جميع المعاملات الإلكترونية، وأياً كانت قيمتها، هو تقديم المحرر الإلكتروني، أو ما يقوم مقامه في الإثبات من محرر ورقي أو إقرار أو يمين^(٤٠).

فهل قصد المشرع المصري فعلاً منع إثبات المعاملات الإلكترونية التجارية أو تلك التي لا تتجاوز قيمتها خمسمائة جنيه بشهادة الشهود والقرائن والمعايينة والخبرة لتبقى حبيسة الإثبات بالكتابة أو ما يقوم مقام الكتابة؟

(40) أضف إلي ذلك أن نهج المشرع المصري يثير إشكالا خاصا بتطبيق قواعد الإثبات المقيد ذاتها علي المعاملات الإلكترونية. فهل يكون الإثبات العكسي مثلا بالكتابة الإلكترونية وحدها بالنظر إلي أن المحرر الأصلي هو محرر إلكتروني أم يمكن أن يكون بالكتابة الورقية أيضا عملا بمبدأ تكافؤ المحررات الذي يعد أساس قواعد الإثبات الإلكتروني؟



د. هاني حويحار

واستصحاباً لذلك هل قصد المشرع المصري عدم جواز إثبات المعاملات التجارية الإلكترونية عن طريق الاحتجاج بالدفاتر التجارية التي يمسكها طرفا المعاملة أو أحدهما؟

بالرغم من عدم دقة الصياغة التشريعية لقواعد الإثبات الإلكتروني لا نعتقد أن المشرع المصري قد قصد النتائج المشار إليها، لأن قانون التوقيع الإلكتروني قد أتى من أجل تحديد الشروط والأوضاع التي بتوافرها تنقرر حجية الكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني، ومن ثم حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات. ولم يفرض المشرع بصريح النص وجوب إثبات المعاملات الإلكترونية بواسطة المحررات الإلكترونية^(١). أضف إلى ذلك أنه في المرحلة الراهنة التي لم تصبح فيها المعاملات الإلكترونية بعد هي الأصل في التعامل لا يستقيم القول بحرمان الأطراف من اللجوء إلى وسائل الإثبات التي كان مقرراً لهم بحسب الأصل اللجوء إليها، وإلا كان في ذلك دعوة إلى عدم إتمام المعاملات عبر الوسائل الإلكترونية.

١١. إلا أنه تجدر الإشارة إلى أنه ما لا يجوز القول به اليوم سوف يأتي يوم قريب يصبح هو الرأي الواجب إتباعه بشأن الإثبات الإلكتروني. ونقصد

(41) ولعل قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي رقم ٢ لسنة ٢٠٠٢ هو أصدق القوانين تعبيراً عن هذا المعنى، إذ تنص المادة ١/٦ منه على أنه ليس في هذا القانون ما يتطلب من شخص أن يستخدم أو يقبل معلومات بشكل إلكتروني. بينما تنص الفقرة الثانية من المادة على أنه يجوز أن يتفق الأطراف الذين لهم 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. أنظر في ذلك: إبراهيم أبو الليل، المرجع السابق، ص ٢٧.



مستقبل مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية

بذلك حلول الزمن الذي يصبح فيه التعامل عبر الوسائل الإلكترونية هو الأصل في إبرام العقود التجارية. ومؤدي ذلك أنه بمعرض تنظيم إثبات المعاملات الإلكترونية لن يكون هناك مجال لأخذ أوضاع تقليدية في الاعتبار، ليصبح الأصل هو الإثبات طبقاً لأحكام الإثبات الإلكتروني والاستثناء هو اللجوء إلى وسائل أخرى للإثبات^(٤٢).

ونخلص من ذلك إلى أن نمط صياغة قواعد الإثبات الإلكتروني قد تؤدي بمبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية قبل الأوان. فهل هناك ما يبرر الاستمرار في العمل بهذا المبدأ إلى أن يصبح التعامل الإلكتروني هو الأصل في التعامل؟ هذا ما نشرع إلي بيانه الآن.

ثانياً: مبررات الاستمرار في العمل بمبدأ حرية الإثبات في ظل قواعد الإثبات الإلكتروني:

١٢. لا شك أن تكنولوجيا الاتصالات قد سمحت بتبادل البيانات المعالجة إلكترونياً في سرعة فائقة، سواء تحقق هذا التبادل من أجل إتمام معاملات مدنية أو معاملات تجارية. فمتى أصبح التعامل التجاري متحققاً عبر وسائل الاتصال الإلكتروني هل تستقيم التفرقة بين المعاملات الإلكترونية المدنية وتلك التجارية على غرار التفرقة التي لا زلنا نشاهدها حتى اليوم بين الأعمال المدنية والأعمال التجارية؟ وبعبارة أخرى هل تستمر عناصر السرعة والائتمان مبرراً للتمييز بين النظام القانوني للأعمال المدنية والنظام القانوني

(42) في هذا المعنى: محمد أحمد أبو القاسم، المرجع السابق، ص ١٨ - ٢٣.





د. هاني دويحار

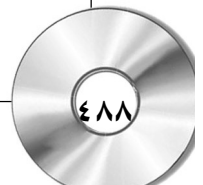
للأعمال التجارية حال إبرام العقود عبر الوسائل الإلكترونية والوفاء بأثمان السلع والخدمات باستعمال بطاقات الائتمان أو باللجوء إلى النقود الإلكترونية^(٤٣)؟

فلو تم تخصيص نظام قانوني للمعاملات التجارية مراعاة للأوضاع الخاصة بمزاولة الأنشطة التجارية، وليس بالنظر إلى الطبيعة القانونية للعقد التي لا تختلف بحسب ما إذا تم وصف العقد بأنه عقد مدني أو تك وصفه بأنه عقد تجاري^(٤٤). وحيث أن الفرض هو اللجوء إلى ذات الوسائل للتعاقد، هي وسائل الاتصال الإلكتروني، ليس هناك أهمية، في حدود قضايا الإثبات، للتمييز بين العقد الذي يوصف بأنه عقد مدني وذلك الذي يوصف بأنه عقد تجاري.

(43) ولقد قيل في هذا الصدد بأن القواعد القانونية الناطمة للأنشطة التجارية والعقود أمكنها أن تظل حاضرة وقادرة على محاكاة الواقع المتطور والمنغير في عالم التجارة، لكن الأمر يختلف بالنسبة إلى التجارة الإلكترونية: مجموعة المستثمرون، سابق الإشارة إليها، ص ١. في هذا المعنى:

LYON – CAEN Gérard: Contribution à la recherche d'une définition du droit commercial, Revue Trimestrielle de Droit Commercial, 1949, P. 587.

(44) فالصحيح في تقديرنا أن السرعة والائتمان هما من خصائص الأنشطة التجارية لا الأعمال المكونة لها. فكثرة العقود التي يلزم إبرامها وتنفيذها في إطار ممارسة النشاط التجاري هي التي تملي وجود قواعد تلائم هذه الظاهرة. كما أن أهمية الائتمان التي تفوق أهمية توظيف الأموال الذاتية في التجارة هي التي تملي توقيف حماية فعالة للائتمان التجاري، أو بعبارة أدق، حماية رؤوس الأموال المستثمرة في التجارة.





مستقبل مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية

١٣. وإذا افترضنا جدلاً أن هناك جدوى من الاستمرار في التمييز بين المعاملات المدنية وتلك التجارية، يثور التساؤل عما إذا كان هذا التمييز يستمر، وبالتالي لا يمكن إدراك مبررات الخروج بأحكام خاصة علي القواعد العامة للمعاملات غلا بمقابلة الأنشطة الاقتصادية التي كان القانون الذي يحكمها تاريخياً بتلك التي أتى القانون التجاري حديثاً ليحكمها فيما تتميز به من خصائص جوهرية.

في ضوء المعايير التقليدية للتمييز بين الأعمال المدنية والأعمال التجارية، أم أن هناك معايير أخرى يمكن أن تصبح هي مناط التمييز بين الأعمال المدنية والأعمال التجارية.

فالقول باستمرار التفرقة في ضوء المعايير التقليدية يجرّد نمط التعامل الإلكتروني من أي تأثير في تحديد النظام القانوني للأعمال التجارية، بينما يمكن التساؤل عما إذا كان من شأن التعامل الإلكتروني أن يصير عنصراً من عناصر التمييز بين الأعمال المدنية والأعمال التجارية من حيث النظام القانوني الذي تخضع له هذه الأعمال^(٤٥).

إن القول بأن التعامل عبر وسائل الاتصال الإلكتروني هو محض وسيلة لتسويق السلع والخدمات تأتي جنباً إلى جنب وسائل التسويق التقليدية، ومهما بلغت أهميتها النسبية، ينفى عنها تأثيرها في إعادة النظر في التفرقة التقليدية

(45) يمكن القول بذلك في ظل الرأي الذي يعتبر الإثبات الإلكتروني غير مقيد بشروط ليصلح بالتالي المحرر الإلكتروني دليل إثبات تطبيقاً لمبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية. أنظر في هذا الرأي: محمد السعيد رشدي، المرجع السابق، ص ٤٣١.





د. هاني دويحار

بين الأعمال المدنية والأعمال التجارية، فتبقى أعمالاً تجارية تلك التي تتم بمناسبة نشاط يتم وفقاً لطريقة الإنتاج الرأسمالي مع استبعاد الأنشطة الأولية كأصل عام^(٤٦).

أما إذا قيل بأنه لتبادل البيانات إلكترونياً تأثيره في تحديد ما يجب اعتباره عقداً تجارياً، أو على الأقل عقداً من عقود التجارة الإلكترونية، وما يجب اعتباره عقداً مدنياً، فلا بد إزاء ذلك من البحث عن معيار آخر للتمييز بين الأعمال المدنية والأعمال التجارية.

١٤- ولقد أشار البعض إلى أن مفهوم تبادل البيانات إلكترونياً هو أوسع من مفهوم العقود الإلكترونية، وكذلك من مفهوم التجارة الإلكترونية. ويشير هذا الرأي إلى أربعة مستويات لتبادل البيانات إلكترونياً لأغراض اقتصادية^(٤٧).

(١) هناك تبادل للبيانات داخل قطاع بعينه كقطاع المصارف أو قطاع التأمين. ويتم ذلك تحقيقاً لأغراض خاصة مثل تقدير مخاطر الائتمان أو إجراء دراسات إحصائية. ومما لا شك فيه أن تبادل هذه البيانات لا يؤدي إلى إبرام

(46) راجع في ذلك تفصيلاً بحثنا في الأعمال التجارية بالقياس، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٤، وعلي وجه الخصوص بشأن استبعاد الأنشطة الأولية من نطاق تطبيق القانون التجاري، البند ٥٠ وما يليه.

(47) TAHA Walid : Le cadre juridique du commerce en ligne, Thèse Droit, Montpellier, 2006, Tome II, P. 499 et s.



مستقبل مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية

عقد من العقود، فلا يثور بشأنه التساؤل عما إذا كان الأمر متعلقاً أم لا بالتجارة الإلكترونية^(٤٨).

(٢) قد يتحقق تبادل أوامر التوريد والدفع بين الأفراد باستعمال تقنية البريد الإلكتروني أساساً. وفي هذا الفرض لا يتم الإعلان عن عروض بيع السلع والخدمات على شبكة الانترنت وإنما ينحصر التعامل في الأطراف الذين يتبادلون رسائل البريد الإلكتروني. ومما لا شك فيه أنه لا يمكن استتباط الطابع المدني أو الطابع التجاري لهذه العقود من النمط المتبع في إبرامها إلكترونياً، ولا مناص بالتالي من الرجوع إلى عناصر خارجية عن التعامل الإلكتروني إذا كانت هناك أهمية لإضفاء الصفة التجارية أو الصفة المدنية على هذه العقود^(٤٩).

(48) ومع ذلك يلاحظ أن تبادل البيانات قد يكون ذا أثر في إبرام عقد من العقود من حيث اتخاذ قرار إبرام العقد أو رفضه. والمثال على ذلك تبادل البنوك للمعلومات المتعلقة بالعملاء وقد تؤدي بالبنك على رفض التعامل مع عميل وصلته معلومات عن اشتهاره بإعساره الدائم. كذلك قد تؤدي البيانات الإحصائية التي تتبادلها شركات التأمين إلى رفض إحدى الشركات طلب التأمين المقدم من أحد العملاء.

(49) في هذا المعنى: محمد حسين منصور: المسؤولية العقدية الإلكترونية: الخطأ العقدي الإلكتروني، مؤتمر أكاديمية شرطة دبي سابق الإشارة إليه، الجزء الثاني، ص ٢١٤ - ٢١٥. والمقصود بذلك تلك الفروض التي لا يندمج فيها الاتصال الإلكتروني في موقع الإعلان عن بيع السلع والخدمات على شبكة الانترنت، وإنما التعامل مباشرة عبر البريد الإلكتروني. في هذا المعنى: محمد أحمد أبو القاسم، المرجع السابق، ص ٣٦.





د. هاني حويحار

(٣) يقوم بعض الأفراد بتخصيص مواقع على شبكة الانترنت للإعلان عن عروض بيع السلع والخدمات دون أن يرتبط هذا الإعلان بنشاط تجاري تتوافر فيه مقومات المشروع التجاري الخاضع لقواعد تنظيم التجارة^(٥٠). ومما لا شك فيه أن تخصيص الموقع على شبكة الانترنت يفيد الانتظام في الإعلان عن عروض بيع السلع والخدمات، وينبئ ذلك عن احترام نشاط البيع دون أن يتوافر بالضرورة المشروع التجاري، اللهم إلا إذا كان من الجائز اعتبار تخصيص الموقع تعبيراً عن تأسيس مشروع تجاري افتراضي على شبكة الانترنت^(٥١).

(50) ويغلب في هذه الأحوال أن ينشئ المرء موقعاً له على شبكة الإنترنت لعروض سلع أو خدمات مخاطباً المستهلكين عبره من مسكنه الخاص. فليس لهذا المرء تجارة غير تلك التي يتعامل فيها مع الجمهور عبر وسائل الاتصال الإلكترونية. وفي كثير من الأحيان تتعلق السلعة أو الخدمة بما يصلح توريده عبر تلك الوسائل أيضاً، مثل الصور الرقمية، والأفلام السينمائية، والأغاني، وأفلام الأغاني المصورة.

وتثير هذه التجارة الإلكترونية البحتة أكثر مشكلات العدوان على حقوق الملكية الفكرية على شبكة الإنترنت، سواء تعلق الأمر بالاعتداء على حقوق المؤلف بالنسبة إلى المنصات الفنية خصوصاً، أو تعلق الأمر بالاعتداء على العلامات التجارية لبعض السلع الشهيرة فيما يتم إطلاقه من أسماء على المواقع الإلكترونية.

حول المشكلات الناجمة عن الاعتداء على حقوق الملكية الفكرية في شبكة الإنترنت أنظر:

LAMY Informatique et réseaux, Titre VII, Chapitre VI, Noms de domaine et propriété intellectuelle, modes de résolution des conflits, Nos 4303 - 4343.

(51) من أنصار هذا الرأي:

VIALA : note sous Tribunal de Grande Instance de Paris, 3o Chambre, 23 mars 1999, Dalloz 2000 Jurisprudence 131.

محمد أحمد أبو القاسم، المرجع السابق، ص ٢٤. مجموعة المستثمرون، سابق الإشارة إليها، ص ١.





مستقبل مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية

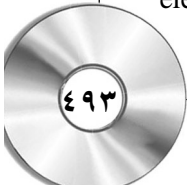
(٤) تقوم بعض المشروعات التجارية، سواء كانت مشروعات فردية أو شركات، بتخصيص مواقع على شبكة الانترنت للإعلان عن عروض بيع السلع والخدمات. ويشير سبق تأسيس المشروع التجاري وفقاً لقواعد تنظيم التجارة إلى أن الإعلان عن عروض بيع السلع أو الخدمات على شبكة الانترنت ما هو إلا وسيلة إضافية لتسويق منتجات المشروع التجاري^(٥٢).

١٤- ولعل المعيار الذي يمكن تبنيه في تحديد ما يعد من عقود التجارة الإلكترونية هو الإعلان على شبكة الانترنت عن عروض بيع السلع والخدمات. فتعتبر العقود التي يتم إبرامها ترتيباً على هذا الإعلان من عقود التجارة الإلكترونية. أما العقود التي يتم إبرامها عن طريق تبادل رسائل البريد الإلكتروني فلا تعد من قبيل عقود التجارة الإلكترونية وإن كانت بلا شك تعتبر عقوداً إلكترونية^(٥٣).

ومع ذلك يلاحظ أن الأخذ بهذا الضابط من شأنه إحداث انقلاب حاد في التنظيم القانوني للمعاملات كما نشاهده الآن. فمن جانب يمكن اعتبار التعاقد عبر تبادل رسائل البريد الإلكتروني الوسيلة المثلى لإبرام العقود بين الصانع وتاجر الجملة، أو عقود التوزيع التي تبرم بين تاجر الجملة وتاجر التجزئة، أو

(52) وبعبارة أخرى إن التجارة الإلكترونية تسمح بخلق أنماط مستحدثة من وسائل إدارة النشاط التجاري. في هذا المعنى: يونس عرب، المحاضرة سابق الإشارة إليها، ص ١٧.

(53) LAMY Informatique et réseaux, Titre VII, Chapitre VII : Le commerce électronique : des EDI au commerce en ligne, No 4435.





د. هاني حويحار

العديد من الخدمات المصرفية التي تقدمها البنوك لعملائها عبر البريد الإلكتروني^(٥٤).

وفي المقابل يعبر الإعلان على شبكة الانترنت عن عروض بيع السلع والخدمات عن مخاطبة منتج أو موزع السلعة أو الخدمة لجمهور المستهلكين. والأصل في المستهلك أنه ليس تاجراً، وإن كان كذلك فإنه يحصل على الكثير من السلع والخدمات لاستعماله الخاص^(٥٥).

ويتضح من ذلك أن القول بحصر مفهوم التجارة الإلكترونية في الإعلان عن عروض البيع على شبكة الانترنت يجعل محور التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية دائراً حول محور العلاقة الناشئة بين التاجر والمستهلك. وفي ضوء المعايير التقليدية للفرقة بين الأعمال المدنية والأعمال التجارية لا تعتبر العلاقة المذكورة ذات طابع تجاري محض في أغلب الأحوال. فكثيراً ما تنشأ هذه العلاقة عن عمل مختلط، هو عمل تجاري بالنسبة إلى المنتج أو الموزع وعمل مدني بالنسبة للمستهلك. وتلك العلاقة تملّي كذلك توجيه العناية الخاصة إلى حماية مصالح المستهلك بمقتضى القواعد التي باتت تشكل ما يعرف بقوانين

(54) قرب في هذا المعنى:

HUET : Aspects juridiques..., op. cit, P. 182.

ولذلك يميز البعض بين الأسواق الافتراضية، وفيها تتم الصفقات بين التجار فيما يعرف بتجارة الأعمال Business to Business أو اختصاراً B to B ، وبين المتاجر الإلكترونية، ومن خلالها يخاطب التاجر المستهلكين فيما يعرف بالتجارة من أجل المستهلك Business to Consumer أو اختصاراً B

to C. راجع: LAMY, Le commerce électronique..., op. cit, No 4399. (55) Groupe d'Universitaires, op. cit, No 4.





مستقبل مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية

حماية المستهلك والتي صارت تقطع جانباً هاماً من الصلاحية التشريعية للقانون المدني^(٥٦).

خلاصة القول إذن أنه بتبني معيار الإعلان عن عروض التجارة على شبكة الانترنت يصبح أساس التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية دائراً حول ضرورات حماية المستهلك وليس تنظيم النشاط ذاته من منظور من يقوم بالإعلان عن عروض البيع على شبكة الانترنت. ويترتب على ذلك أن التاجر لن يستطيع تجاوز قواعد الإثبات الإلكتروني في إثبات العقد في مواجهة المستهلك، بينما تملّي حماية مصالح المستهلك أن يتقرر له إثبات العقد الإلكتروني بكافة الطرق ولو بتجاوز قواعد الإثبات الإلكتروني. وبالتالي يبقى هناك مجال لتطبيق مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية بصفة جزئية. أما التعاقد عبر تبادل الإيجاب والقبول بالبريد الإلكتروني فلم يعد من قبيل التجارة الإلكترونية بهذا المفهوم الجديد الذي يبدو متصادماً مع أبسط المبادئ المسلم بها في القانون التجاري، إذ يبرم العقد بهذه الوسيلة في الغالب بين تاجرين يتعاقدان معاً لحاجات تجارتهما، ومع ذلك يبقى إثبات العقد حبيس قواعد الإثبات الإلكتروني، أي أنه في الوقت الذي تسمح فيها علاقة التجار بالمستهلكين من

(56) أنظر في ذلك: محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص ١٠١ وما بعدها. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص ٣١٨ وما بعدها. خالد المهيري: حماية المستهلك الإلكتروني، مؤتمر أكاديمية شرطة دبي سابق الإشارة إليه، الجزء الثاني، ص ٤٨٧ وما بعدها. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص ٥ وما بعدها.



د. هاني حويحار

غير التجار بتطبيق مبدأ حرية الإثبات تصبح العلاقات التجارية الخالصة حائلة دون ذلك^(٥٧).

١٧- ومع ذلك إذا قيل بأن وسائل تبادل البيانات إلكترونياً ما هي إلا تقنيات لا تقوى على التأثير في أسس تنظيم التجارة من الوجهة القانونية، لن يمثل هذا القول سوى حل جزئي للإشكالية المطروحة. فالقول المتقدم يمثل حلاً في حدود عدم التمييز بين عقود التجارة التي تبرم عبر البريد الإلكتروني مباشرة وبين العقود التي تبرم ترتيباً لإعلان عن عروض البيع على شبكة الإنترنت^(٥٨). ولكن كيف يتسنى لنا غض الطرف عن قيام أفراد لا يستغلون مشروعات تجارية، بمعنى غياب كل وحدة عضوية لإنتاج أو توزيع السلع أو الخدمات، بالإعلان عن عروض بيع السلع والخدمات على شبكة الإنترنت. فإذا قيل بأن هؤلاء يستوون مع مستغلي المشروعات التجارية من محال تجارية أو

(57) لذلك يقترح البعض تحديد مفهوم جديد للموانع المادية والأدبية من تقديم الدليل الكتابي في مجال الإثبات الإلكتروني:

GAUTIER, op. cit, No 29.

وفي نظر البعض يكون الإثبات بكافة الطرق ممكناً كلما وجد مانع يتعذر معه إعداد دليل كتابي، أيا كان نوع هذا المانع، وبدخل في ذلك أيضاً المانع بحكم العادة كما في التعاقد عبر وسائل الاتصال الإلكترونية: محمد السعيد رشدي، المرجع السابق، ص ٤٤٢.

(58) وهذا التمييز يكون أشبه بالتمييز الذي يجريه الفقه التجاري بين الاتصال بالعملاء والسمعة التجارية كعنصرين معنويين للمحل التجاري. فبينما يعبر التعامل عبر البريد الإلكتروني عن اتصال التاجر بعملاء ثابتين، يعبر التعامل عبر موقع الإعلان عن السلع والخدمات عن قدرة الموقع علي جذب العملاء العابرين وهم الأشخاص الذين ينتقلون في فضاء الإنترنت. أنظر في التفرقة بين الاتصال بالعملاء والسمعة التجارية بشأن المحل التجاري: مصطفى كمال طه: الوجيز في القانون التجاري، الجزء الأول، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٦٦، بند ٥٧١.



مستقبل مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية

شركات، لم يعد من السائع القول بأن وسائل الاتصال الإلكتروني هي محض تقنيات تتسم بالحياد وينعدم أثرها في تحديد أسس التنظيم القانوني للتجارة^(٥٩).

وبعبارة أخرى إذا تقرر استيعاب الظاهرة المشار إليها ضمن التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية، مع بقاء التنظيم القانوني للتجارة بوجه عام دائراً حول فكرة المشروع التجاري، لا مناص من الاعتراف بالمشروع الافتراضي الذي يؤسسه الأفراد على شبكة الانترنت عند قيامهم بالإعلان عن عروض بيع السلع أو الخدمات^(٦٠).

١٧- إلا أنه يجب أخذ في الاعتبار الأهمية الجوهرية لشهادات التصديق في مجال إثبات المعاملات الإلكترونية^(٦١). فلقد نص قانون التجارة المصري الجديد على اكتساب من يعلن عن صفته كتاجر هذه الصفة وخضوعه بالتالي

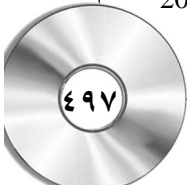
(59) والمقصود بذلك أن جانباً كبيراً من القوانين التجارية الوطنية تشترط في النشاط لاعتباره نشاطاً تجارياً إطاراً تنظيمياً معيناً - فكرة المشروع - أو أن تتم مزاويلته علي وجه الاحتراف - فكرة الحرفة- وإلا بقي النشاط موصوفاً بالنشاط المدني ولا تخضع الأعمال المكونة له إلا لأحكام القانون المدني. وبالتالي إذا قيل بأنه يكفي الإعلان عن بيع السلع أو الخدمات عبر موقع ينشأ علي شبكة الإنترنت لاعتبار النشاط تجارياً، أصبحت هذه التقنية بدورها مناطاً لتجاري الأنشطة مثل فكرة المشروع أو فكرة الحرفة.

(60) مجموعة المستثمرون، سابق الإشارة إليها، ص ١.

(61) MARTIN, THESSALONIKOS et BENSOUSSAN, op. cit, No 2.3. BITAN, op. cit, Nos 1280 - 1281. JACQUES, op. cit, Nos 8 - 9.

ولمزيد من التفاصيل حول شهادات التصديق الإلكتروني، أنظر:

PENNEAU : La certification des produits et systèmes permettant la réalisation des actes et signatures électroniques (à propos du décret no 2002 - 535 du 18 avril 2002), Dalloz 2002 Doctrine 2065.





د. هاني حويحار

لأحكام القانون التجاري، بل خضوع كل من يظهر بمظهر التاجر لأحكام هذا القانون^(٦٢).

ومما لا شك فيه أن اعتماد حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات كدليل لإثبات رئيسي للمعاملات الإلكترونية سوف يحدد لنا مناط الخضوع لأحكام قانون التجارة. فشهادة التصديق تقترن بالتوقيع الإلكتروني الذي يقترن بالمحرر بغض النظر عما إذا تم التعاقد عبر البريد الإلكتروني مباشرة أو ترتيباً لإعلان عن عروض البيع على شبكة الانترنت. فلو أن الشخص قد أعلن عن صفته كتاجر والتي تشهد به شهادة التصديق الإلكتروني لم يعد هناك مجال لعدم إخضاع هذه المعاملة لأحكام قانون التجارة. بينما يكفي الإعلان عن عروض التجارة على شبكة الانترنت لافتراض قيام الحرفة التجارية دون أن تمثل هذه الحرفة بالضرورة الوجه الشخصي للمشروع التجاري^(٦٣). فإن دارت أحكام

(62) المادة ١٩ من قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ التي تنص علي أنه تفترض صفة التاجر فيمن ينتحلها بالإعلان عنها في الصحف أو في منشورات أو في الإذاعة أو التلفزيون أو بأية وسيلة أخرى، ويجوز نفي هذه القرينة بإثبات أن من انتحل الصفة المذكورة لم يزاول التجارة فعلاً.

(63) ومعنى ما تقدم أن التعاقد عبر البريد الإلكتروني دون تصديق للتوقيع الإلكتروني الذي يحوي الإعلان عن صفة التاجر يجعل العمل عابراً في حياة الشخص تنفي معه صفة العمل التجاري. أما إذا كان التعاقد بمقتضي تصديق للتوقيع الإلكتروني وكانت شهادة التصديق تحوي الإعلان عن صفة التاجر، فإن هذه الصفة تفترض في الشخص، كما يفترض في العمل أنه تجاري تطبيقاً لقرينة التجارية. ومع ذلك تبقى كل من قرينة الصفة وقرينة التجارية قرائن بسيطة يمكن دحضها بكافة طرق الإثبات. لمزيد من التفاصيل راجع:

TAHA Walid, op. cit, Tome I, P. 39 et s.



مستقبل مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية

قانون التجارة حول فكرة المشروع التجاري، لا فكرة الحرفة التجارية، لن يكون.

وأخيراً إذا تم التعاقد عبر موقع الإعلان عن بيع السلع أو الخدمات، فإن ذلك يكفي لاعتبار النشاط تجارياً إذا كان القانون يشترط احترام النشاط لاعتباره كذلك. أما إذا كان القانون يشترط مزاوله النشاط في شكل مشروع لاعتباره نشاطاً تجارياً فلن يعد النشاط كذلك إلا عبر تصوير الموقع على شبكة الإنترنت على أنه متجر افتراضي.

هناك من مناص سوى الاعتراف بالمشروع الافتراضي على شبكة الانترنت.

ونظراً للأهمية الجوهرية لترتيب النتائج المشار إليها من حيث تحديد أسس التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية، يبدو لنا أن الرأي السديد يميل إلى ضرورة قصر إثبات المعاملات الإلكترونية في المستقبل على وسائل الإثبات الإلكتروني.

١٨- ولا ينبغي أن يفوتنا أن حجر الزاوية في الإثبات الإلكتروني هو افتراض سلامة منظومة التبادل الإلكتروني للبيانات. وهذا الافتراض لا يمكن أن يقام إلا بصفة القرينة البسيطة، وهو ما نص عليه المشرع الفرنسي صراحة^(٦٤). فألية البريد الإلكتروني تشكل خطراً من حيث إمكانية الاعتداء

(64) المادة ١٣١٩ - ٤ من التقنين المدني الفرنسي المضافة بالقانون الصادر عام ٢٠٠٠. أنظر في ذلك: HUET : vers une consécration..., op.cit, No 4. GUINIER : Une signature électronique insatisfaisante est-elle encore une signature ? Gazette du Palais, 2001, 1, 559.





د. هاني حويحار

على سرية المراسلات. وينتج ذلك عن إمكانية خلق قنوات اتصال إلى صناديق البريد الإلكتروني تسمح بالاطلاع على الرسائل التي يتم إرسالها أو استقبالها. ويمكن كذلك اختلاس العناوين الإلكترونية وإعادة استعمالها لإرسال الدعاية والإعلان رغماً عن صاحب صندوق البريد. أضف إلى ذلك أن لمورد الخدمة الإلكترونية بإنشاء البريد الاطلاع على الرسائل وتتوافر لديه القدرة على خلق آلي لصور الملفات الافتراضية لحفظ الرسائل دون رضا صاحب صندوق البريد الإلكتروني^(٦٥).

ومع ذلك يلاحظ أن هذه المخاطر تزداد كثيراً بشأن الخدمات الإلكترونية المجانية على شبكة الانترنت، إذ تبقى تدابير الأمن وسلامة الاتصالات محدودة. ولا يحد من هذه المخاطر سوى التزام جهات التصديق الإلكتروني بمراعاة الضوابط الفنية والتقنية التي يحددها القانون^(٦٦). وإذا كانت جهات التصديق لا تشترط حتى الآن عدم اللجوء إلى الخدمات المجانية في إنشاء البريد الإلكتروني، إلا أنها أصبحت تفرض قيوداً على ذلك لدفع العملاء إلى عدم اللجوء إلى تلك الخدمات حتى صارت تميل إلى تعليق موافقتها على التصديق على التوقيع الإلكتروني على استعمال التوقيع في إرسال البريد الإلكتروني الذي تنشئه شركات متخصصة تقدم خدماتها بمقابل^(٦٧).

(65) في التمييز بين المواقع الآمنة والمواقع غير الآمنة لخدمات البريد الإلكتروني أنظر: محمد أحمد أبو القاسم، المرجع السابق، ص ٦٧.

BITAN, op. cit, Nos 1279 – 1280. BOURRIE – QUENILLET.

(66) L'utilisation de la messagerie électronique dans l'entreprise, Aspects juridiques et managériaux en France et aux Etats-Unis, JCP 2002 I 102, No 1.

(67) في هذا المعنى: BUFFET DELMAS, op. cit, No 4.





مستقبل مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية

ونرى أنه يجب على القانون مراعاة احتمال وقوع خلل في عمل منظومة التبادل الإلكتروني للبيانات. فإذا أراد من يحتج عليه بمحرر إلكتروني إنكاره أو إثبات عكس أو ما يجاوز ما هو ثابت فيه، عليه أن يقيم الدليل على الخلل بكافة طرق الإثبات. ومتى يكون الشخص قد اثبت الخلل التقني يجوز له إثبات مضمون التصرف القانوني الذي كان طرفاً فيه بكافة طرق الإثبات. ومعنى ما تقدم بقاء الأمر في إطار الإثبات المقيد، مع حلول "المانع التقني" محل المانع المادي والمانع الأدبي في الأحكام العامة للإثبات^(٦٨).

ونخلص مما تقدم أن القانون في طوره الراهن لا يفرض التعامل التجاري إلكترونياً، لكنه يحدد الشروط الواجب توافرها للاحتجاج بالمعاملات التي تتم عبر الوسائل الإلكترونية، تلك الشروط، وما يترتب عليها من ضرورة مراعاة الضوابط الفنية والتقنية التي يحددها القانون، لا يجوز التجاوز عنها تحت شعار حرية الإثبات في المواد التجارية. فلا يجوز الاحتجاج بالمحرر الإلكتروني الذي لا يفترن به توقيع إلكتروني، أو يفترن به توقيع لا تتوافر فيه الشروط التي يستلزم القانون توافرها في التوقيع الإلكتروني^(٦٩). كذلك إذا كان القانون يعلق حجية المحرر الإلكتروني علي استصدار شهادة تصديق علي التوقيع

(68) أنظر في القول بذلك: GAUTIER, op. cit, No 29.

(69) عبد الله الخشروم: عقود التجارة الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت وفقاً لأحكام الشريعة الأردنية، مؤتمر أكاديمية شرطة دبي سابق الإشارة إليه، الجزء الثالث، ص ٣٠٦. وقارن: سامي منصور، المرجع السابق، ص ١٨٠ - ١٨١.





د. هاني دويحار

الإلكتروني^(٧٠)، فلا يجوز الاحتجاج بمحرر إلكتروني لا يتوافر بشأنه ما اشترطه القانون من تصديق بدعوى أن المحرر يعبر عن معاملة تجارية تخضع لمبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية.

(70) عبد الله الخشروم، المرجع السابق، ص ٣٥٣. وقارن: محمد السعيد رشدي، المرجع السابق، ص ٤٣١.

بل إن هناك رأياً يذهب إلى أن التصديق الإلكتروني قد يمثل شرطاً ضرورياً للإقرار بحرية تبادل السلع والخدمات عبر الوسائل الإلكترونية:

LAMY, Le commerce électronique..., op. cit, No 4390.





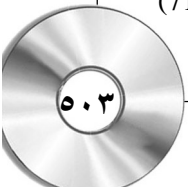
مستقبل مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية

الخاتمة:

٢٠- في ضوء التحليلات المتقدمة نرى أن مستقبل مبدأ حرية الإثبات بات مهدداً في ظل اللجوء إلى وسائل الاتصال الإلكتروني في عقد الصفقات التجارية. فمتى أصبح الأصل هو التعاقد عبر هذه الوسائل لم يعد هناك مجال لتجاوز الشروط التي يتطلبها القانون للاحتجاج بالمحررات الإلكترونية كدليل إثبات.

ويجب ألا نغالي في إبراز مخاطر الإثبات الإلكتروني، تبريراً لاستمرار العمل بمبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية. ذلك أن التعاقد عبر الوسائل الإلكترونية صار يتمتع بضمانات جادة لسلامة الإرادة ورضي المستهلك بإبرام العقد. فلو أن المستهلك يجيب عرضاً لبيع السلع والخدمات على شبكة الانترنت يبدأ بالنقر على خانة "التعاقد". وتعتمد عروض السلع والخدمات على طريقة النقر المزدوج double click، بمعنى أنه يطلب من العميل الذي وافق أول مرة على العرض أن يؤكد رضاه بالشراء مرة أخرى. وللوصول إلى المرحلة النهائية للتعاقد ينتقل العميل من صفحة إلى أخرى حيث يتم تفصيل مختلف جوانب الصفقة: محل الصفقة، شروط عقدها، طريقة الوفاء، شروط الشحن، وغيرها من المسائل. وينتقل العميل من صفحة إلى أخرى عن طريق النقر على خانة "أكمل Continue" أو "تابع Next"، فيتواصل بذلك إبرام العقد. وبما أن الانتقال من صفحة إلى أخرى يستغرق دقائق معدودات، يستطيع العميل الاطلاع على الشروط التفصيلية للتعاقد^(٧١).

(71) Groupe d'Universitaires, op. cit, No 9. GAUTIER, op. cit, No 13.





د. هاني حويحار

٢٠- وترتيباً على ذلك تأتي شروط الاحتجاج بالمحرر الإلكتروني مؤكدة لهذا، التكون المتتابع لرضاء العميل، ليصبح طبيعياً ألا يعترف القانون بأية حجية للمحرر الإلكتروني إلا بتوافر الشروط التي يحددها لهذه الغاية، يستوي في ذلك أن يكون المحرر ثابتاً لمعاملة مدنية أو لمعاملة تجارية. وحين يتأكد هذا الحكم، ويصبح الأصل في التعامل التجاري هو اللجوء إلى وسائل الاتصال الإلكتروني، يكون ناقوس فناء مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية قد دق لا محال.

ومع ذلك لا يخفى ما تمثله النتيجة المتقدمة من خطوة هامة نحو توحيد النظام القانوني للمعاملات. ولئن كان التوسع في المشروعات الرأسمالية في شتى المجالات يجعل دفة التوحيد مائلة في اتجاه القانون التجاري، يكون في

أحمد شرف الدين: الإيجاب والقبول في التعاقد الإلكتروني وتسوية منازعاته، مؤتمر أكاديمية شرطة دبي سابق الإشارة إليه، الجزء الثاني، ص ١٣.

ولقد أخذت به المادة ١٣٦٩ - ٢ من التقنين المدني الفرنسي المضافة بالقانون رقم ٢٠٠٤ - ٥٧٥ بتاريخ ٢٠٠٤/٦/٢١ بشأن الثقة في الاقتصاد الرقمي. راجع في ذلك:

CACHARD: Droit du commerce électronique, Revue de Droit des Affaires Internationales, no 5, 2004, P. 686, No 25. LAMY, Le commerce électronique..., op. cit, No 4397.

وتجدر الإشارة كذلك إلى إلي أن مشروع القانون الذي أعدته وزارة الاقتصاد التجارة بلبنان المتعلق بالاتصالات والكتابة والمعاملات الإلكترونية يقترح تعديل المادة ١٨٢ من قانون الموجبات والعقود لاعتماد نهج النقر المزدوج للتعبير عن إرادة التعاقد عبر وسائل الاتصال الإلكترونية.



مستقبل مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية

عودة إثبات المعاملات التجارية الإلكترونية إلى حظيرة الإثبات المقيد ما يجعل التطور في مجال الإثبات يميل في اتجاه القانون المدني^(٧٢).

(72) ولا غرابة في ذلك في قناعتنا لأن الإنسان لن يستغني يوماً عن الكتابة ما بقي في هذه الدنيا. ففي البدء "كانت الكلمة" وقد أمر الإنسان "اقرأ".

