International Islamic University
Islamabad - Pakistan
Faculty of Shariah & Law

الجامعة الإسلامية العالمية
إسلام آباد - باكستان
كلية الشريعة والقانون

وسائل الإثبات الإلكترونية في المعاملات التجارية

– دراسة شرعية قانونية تطبيقية –

بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه في الشريعة والقانون

الباحث

محمد أنس رضوان

رقم التسجيل: 12-FSL/Ph.DIJ/S10

تحت إشـــراف

الأستاذ الدكتور عبد الله رزق المزيني

الأستاذ المساعد بكلية الشريعة والقانون

International Islamic Univ.
CENTRAL LIBRARY ISLAMABAD

العام الدراسي: ٢٠١٧م- ١٤٣٩هـ

Accession No. TH2985

PhD
٣٤٠ ٥٩٣
م ح و
فقه إسلامي - بحوث
فقه إسلامي - إثبات
فقه إسلامي - إلكترونية
فقه إسلامي - وسائل
فقه إسلامي - معاملات
فقه إسلامي - تجارات

بسم الله الرحمن الرحيم

Acceptance By the Viva Voce Committee

Title of the Thesis

وسائل الإثبات الإلكترونية في المعاملات التجارية

دراسة شرعية قانونية تطبيقية

Electronic Methods of Proof in Commercial Transactions

A Shari'ah Based Study of Applied Contemporary Laws

Submitted by: **Muhammad Anas Rizwan**
Registration No. 12-FSL/PhD IJ/S10

1. **Dr. Abdullah Rizk Al-Muzaini**
   Supervisor

2. **Dr. Ikram Ul Haq**
   External Examiner-I

3. **Dr. Muhammad Moti Ur Rehman**
   External Examiner-II

4. **Dr. Attaullah Faizi**
   Internal Examiner

إهداء

إلى النبي الكريم رحمة للعالمين صلى الله عليه وسلم

الذي بعث رحمة إلى كافة الناس، معلم البشرية، ومنقذها من الضلال إلى الهدى، سيد الخلق، ورسول الحق، سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم الذي حث على العلم، ورغّب في طلبه، وجعل ذلك من مستلزمات الإيمان الخالص، راجيا من الله سبحانه أن يرزقنا جميعا شفاعته والسقي من ماء الحوض.

إلى والدي الكريم رحمه الله تعالى

إلى من غرس في ذاتي دعومة الطموح والاعتماد على الله ثم على النفس، إلى من نقش في صدري حب العلم والعطاء والأنفة وعلو الهمة والتحدي للوصول إلى المبتغى والمرام، إلى من سهّل لي الطريق في جميع مشاكل الحياة، رحمه الله وأسكنه الفردوس الأعلى و جعله مع النبيين والصديقين و الشهداء والصالحين.

إلى والدتي الفاضلة المصونة حفظها الله تعالى

إلى أغلى الحبائب، إلى ملاكي في الحياة، إلى معنى الحب والحنان والتفاني، إلى بسمة الحياة وسر الوجود، إلى من كان دعاؤها سر نجاحي، التي قدّمت لي كل رعاية وتوجيه، ووضعتني على أول الطريق، إلى التي مهما وصفتها وقدمت لها لن أوفيها حقها، أمد الله في عمرها ومتعها بالصحة والعافية.

إلى أخي الكريم و أختي العزيزتين

إلى رموز الحب والحنان، إلى أجل وأرقى معاني الإخلاص، الذين عاشوا معي بقلوبهم خلال جميع المراحل التعليمية وخاصة فترة إعداد هذه الرسالة، أسعدهم ما أسعدني، وأهمهم ما أهمني، فجزاهم الله عني خير الجزاء.

شكر و تقدير

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات حمداً كثيراً طيباً مباركاً، وأشكره سبحانه وتعالى على نعمه الظاهرة والباطنة التي لا تعد ولا تحصى، والصلاة والسلام على أشرف الخلق والمرسلين سيدنا محمد وآله وأصحابه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

فامتثالاً لقول الله تعالى: ﴿لَئِن شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ﴾[1] و أداءً لحق الإحسان وتصديقاً لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم "مَنْ لاَيَشْكُرُ النَّاسَ لاَ يَشْكُرُ اللهَ "[2]. أتشرف بأن أتقدم بالشكر الجزيل العميق إلى المشرف على هذه الرسالة العلمية فضيلة الأستاذ الدكتور عبدالله رزق المزيني حفظه الله ورعاه إذ تكرم بقبول الإشراف على هذه الرسالة وحباني بالكلمة الطيبة، والتوجيه الرؤف، وراعى ظروف عملي، ودراستي ؛ ففتح لي باب مكتبه وبيته، أطرقهما متى شئت وفي أي وقت، وهو الذي زين الرسالة بملاحظاته القيمة وتوجيهاته السديدة وتصويباته الصائبة الدقيقة النافعة وإرشاداته الحميدة ونصائحه الطيبة و تصحيحاته ، وتشجيعه المحفِّز مرارا ، وتنبيهه الموقظ أحيانا، التي كانت بمثابة الندى للزهر الذي سقاه في يوم قائظ فأزهره، وقد منحني من وقته وعلمه الشيء الكثير رغم كثرة مشاغله والتزاماته وحتى بعد مغادرته إسلام آباد وإلتحاقه بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالمملكة العربية السعودية في أواخر أيام نهاية البحث ، مما كان له الأثر البالغ في إخراج هذه الرسالة، أسأل الله أن يجزيه عني خير الجزاء.

ثم أرفع آيات الشكر والتقدير إلى مقام فضيلة الأستاذ الدكتور محمد طاهر حكيم الذي بذل ما في وسعه حتى وفر لي من الدعم المعنوي ووسائل الراحة ما ضمن لي سير دراستي على أحسن الوجه وما أحاطني به من عطف وشفقة ، وكان لي كالأب في توجيهاته البارزة وإرشاداته العلمية ونصحاته المفيدة من بداية التعليم الجامعي حتى تكملة هذه الرسالة ، وقد استفدت دائما من توجيهاته السديدة، وإرشاداته الحميدة، وأخلاقه الكريمة و اكتسبتُ أيضا منه شيئا من التعمق والتدقيق في البحث، والجِد والاجتهاد في طلب العلم أسأل الله أن يمده بالصحة والعافية ويزيده علماً وإيماناً وعملا، فجزاه الله تعالى خير الجزاء في الدارين وبارك في حياته وعلمه ونفع به المسلمين .

---

(١) سورة إبراهيم، الآية: ٧.

(٢) أخرجه أبو داود عن أبي هريرة، باب "في شكر المعروف" رقم الحديث: ٤٨١٣، وجامع الترمذي للإمام الحافظ أبي عيسى محمد بن سورة ابن موسى الترمذي – رحمه الله – كتاب البر والصلة، باب ما جاء في الشكر لمن أحسن إليك، رقم الحديث: ١٩٥٤، ٣٣٩/٤.

كما لا يفوتني في غرة هذه المقدمة أن أتوجه بخالص الشكر الجزيل والتقدير إلى فضيلة الأستاذ شيخ الإسلام القاضي محمد تقي العثماني على بذر فكرة هذه الأطروحة العلمية وذلك بمرحلة التخصص في الإفتاء خلال تدريسه لنا بمادة المعايير الشرعية للبنوك الإسلامية في مدينة كراتشي، فجزاه الله تعالى عنا و طلاب العلم وعن المسلمين خيرا كثيرا وجعل ذلك في ميزان حسناته

وأتقدم بخالص الشكر والتقدير إلى سيدي وشيخي، رمز العطاء والحب والحنان والتقوى، سماحة فضيلة الشيخ محمود أشرف عثماني حفظه الله، شيخ الحديث والمفتي بجامعة دار العلوم بمدينة كراتشي، باكستان، الذي غرس في نفسي أهمية العلم الشرعي و علمني بأن بالجهد والعمل تتحقق الأحلام و درسني بأنَّ العلم نور وتجارة لن تبور وهو الذي فهمني بأن تقوى الله وحسن الخلق يكون الإنسان كاملا، إذ لم تكن تكملة هذه الرسالة إلا بتشجيعاته. وأتيقن أن هذه الرسالة بركة لدعواته، رعاه الله و حفظه من كل شر وسوء، و أسأل الله السميع المجيب أن يجعل ذلك كُلَّه في ميزان حسناته و جزاه عني خير الجزاء وأمده في عمره لخدمة الدين.

ثم أتقدم بوافر الشكروالتقدير العميق إلى رئيس و موظفي مكتبة المسجد النبوي الشريف، بالمملكة العربية السعودية ومكتبة جمعة ماجد الخاصة بدبي، بالإمارات العربية المتحدة الذين أتاحوا لي كل ما كان يهمني خلال سفري المبارك الى هذه الممالك لجمع المواد البحثي أثناء كتابة الرسالة، فلهم للشكر من أعماق قلبي و جزاهم الله عني خير الجزاء.

كما أشكر الجامعة الإسلامية العالمية بإسلام آباد التي أتاحت لي فرصة الدراسة بها وهيأت لي الكثير من وسائل التحصيل العلمي، وبالأخص كلية الشريعة والقانون وجميع الأساتذة الذين علّموني وشجّعوني فجزاهم الله عني خير الجزاء، وأيضا أشكر من صميم قلبي كلَّ من أفادني في كتابة الرسالة مباشرا أو غير مباشر، فجزاهم الله تعالى عني خير الجزاء.

وختاماً أرجو من الله سبحانه وتعالى أن يخدم عملي هذا دينه الحنيف ويجعله في ميزان حسناتي كما أرجو منه جل جلاله أن يتقبّل هذا العمل خالصاً لوجهه، وأن يكتبه لي في صحائف أعمالي حجّة لي لا عليّ، وأخيراً أسأل الله أن يسدد خطانا ويوفقنا لما يحبّه ويرضاه ويرزقنا الإخلاص في القول و العلم والعمل.

الباحث

محمد أنس رضوان

أطـــروحة البيان

إن التطور العلمي والتكنولوجي قد ساهم في تغيير وسائل الإثبات، لأن الوسائل التقليدية المستخدمة في الإثبات قد لا تتلاءم مع إفرازات التطور الحديث بعد ظهور نمط جديد في صور هذه الوسائل كالتوقيع الإلكتروني والسندات الإلكترونية وغيرهما. ويرغب الناس استخدام هذه الوسائل الإلكترونية لإثبات مسائل حياتهم لسهولتها ووفرتها. فمواكبة لهذا التطور، سارعت الدول إلى إصدار تقنينات جديدة تحيط بهذه الوسائل المستجدة. لهذا السبب، نحن بحاجة إلى معرفة هذه وسائل الإثبات الإلكترونية، حجيتها وتطبيقاتها ومدى حمايتها شرعاً وقانوناً.

المقدمة

وهي تشتمل على ما يلي:

- أهمية الموضوع
- إشكالية البحث
- فرضية البحث
- أهداف البحث
- الدراسات السابقة
- منهج البحث

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أفضل الخلق والمرسلين، سيدنا محمد وآله وصحبه أجمعين، وبعد.

أهمية الموضوع

إن الدين المحمدي هو أول من دعا إلى العدل ودفع الظلم، فأقام منهجا متقنا لأصحاب الحقوق وكان هذا لدرء الفساد ومنع الفوضى في المجتمع الإسلامي حيث أن المال بأنواعه هو السبب الرئيسي في إشعال نيران الخصومات والمنازعات و لذلك جعله الشريعة من أهم المقاصد الاسلامية الخمسة.

ولقد احتاج ميدان التحقيق والبحث العلمي أن يدخل إلى ميدان التوثيق المدني والتجاري حيث أن وسائل التوثيق السابقة لم تعد تخدم القصد و الغرض في العصر الحديث فضلا عن أن تكون كافية لإحقاق الحقوق المالية وغيرها.

من هنا توجه المحققون إلى اختراع وسائل التوثيق الحديثة ذات الأشكال الجديدة فتطورت من الشكل القديم الفيزيائي إلى شكل آخر افتراضي غير ملموس. كما أن الشرائع الجديدة بذلت جهودها الجبارة في سبيل فصل الكتابة عن الدعامة التي يكتب عليها وبالتالي تم الاعتراف بالكتابة و التوقيع في الشكل الالكتروني الحديث.

ومن المعلوم جدا أن أغلب العقود و المعاملات التجارية في هذا العصر تحولت من واقعها الملموس إلى منصة الشنكبوتية الافتراضية لسهولة التواصل وعموم التوافر، ثم أنها – الشنكبوتية – عدّت في العصر الحالي من أكبر الوسائل الدعائية و وسائل مشاركة المعلومات وإقامة العقود والصفقات ولا سيما في ما يعرف اليوم بالتجارة الالكترونية والتي هي من أكثر الجهات المستوثقة للشهادات و التوقيعات الالكترونية.

ومسايرة لهذا التقدم و الانتفاع منه ظهرت اتفاقيات ذات شأن في هذا الصدد. مثل اتفاقية نيويورك الخاصة بالتقادم في البيوع الدولية للبضائع لعام ١٩٧٤ م، ففي البند التاسع منها تعرضت الإتفاقية للكتابة الحديثة ومفهومها بجميع صورها.(١) وفي الثالث عشر من ديسمبر عام ١٩٩٩ م أصدر البرلمان الأوروبي قانونا حول التوقيع الالكتروني وألزم الأعضاء على العمل به قبل ١٩- ٧- ٢٠٠٠م ثم أتبعه قانون آخر رقم(٢٠٠٠ –٣١) في ٨ من يونيو عام ٢٠٠٠م. والذي تحتوي مادته التاسعة على أهمية اعتراف الأعضاء

---

١ وسيم القاضي الحجار ياسين، الإثبات الإلكتروني، مصر المنشورات الحقوقية، ٢٠٠٢م.

بامكانية إجراء العقود و المعاملات بواسطة التقنيات الإلكترونية الحديثة ، وناشد الأعضاء بإبعاد جميع أنوع الموانع في سبيل قبول هذه العقود و المعاملات.

ونظرا لهذا التطور السريع في هذا الميدان اقتضت الضرورة إلى وجود حكم شرعي واضح في هذا الصدد فكان من اللازم حينها أن يجرى بحث تحقيقي فقهي متكامل لدراسة هذا الأمر من جميع الجوانب.

إنه من المؤكد أن الشريعة المحمدية ما غفلت عن طرف من أطراف الحياة البشرية إلا وأدلت بدليلها وحكمها في ذلك الجانب بل وبينت كيفية التعامل مع تلك المشاكل والمواجهات. فإن الشريعة نزلت كاملت متكاملة حيث قال الله سبحانه وتعالى:"ما فرطنا في الكتب من شيء". (١) وقال أيضا :" الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا".(٢)

إن المحور الذي تدور حوله هذه الأطروحة هو التوثيق أوالتوقيع الإلكتروني الحديث ومايطوف حوله من أسئلة واستفسارات شتى، مثل تعيين حدود تعريف مصطلح " التوقيع الإلكتروني" وبيان شروطه وأنواعه وأثره في الواقع. وخصوصا البحث عن وجهة نظر الشريعة المحمدية تجاه التوقيع الإلكتروني ثم بيان مبادئه وأهدافه. و خلال التنقيب عن تلك الحقائق في بحر الشريعة الزخار سنستعين ببعض التقنيات الدولية و بعض الدول الإسلامية مع إلقاء نظرة تنقيدية للمقارنة بينهم حسبما يقتضي الحال.

إشكالية البحث

١ . ما ذا نقصد بوسائل الإثبات؟

٢ . ما هي ضوابط الإثبات؟

٣ . هل ضوابط الإثبات التقليدية والإلكترونية متماثلة أم مختلفة ؟

٤ . ماذا معنى الوسائل الإلكترونية وما أشكالها المتداولة؟

٥ . ماهي طريقة توثيق الوسائل الإلكترونية، وماذاعن الشهادات في هذا المجال؟

٦ . ما هي ضوابط صلاحية وسائل الإثبات الإلكترونية لإثبات العقد؟؟

٧ . ماذا نعني بالسندات الإلكترونية، وكيف يمكن صونها من التزييف ؟

٨ . ما هوالبريد الإلكتروني وكيف السبيل إلى حمايته من السرقة ؟

٩- ماذا نعني بالسندات الإلكترونية ، وما هي الشروط الأساسية في السندات الإلكترونية ؟

١٠- ما ذا يفرض كل من التوقيع الإلكتروني والبريد الإلكتروني والسندات الإلكترونية على الوسائل

---

١ سورة الأنعام، الآية :٣٨.

٢ سورة المائدة، الآية: ٣.

الإلكترونية للإثبات؟

١١- كيف يمكن تأهيل هذه الوسائل الإلكترونية إلى درجة الحجية القانونية والشرعية؟

١٢- أين يمكن معاينة الأشكال العملية لوسائل الإثبات الإلكترونية ؟

فرضية البحث

يفترض من البحث البلوغ إلى هذه النتائج:

١. لإثبات العقد ضوابط أساسية عامة.

٢. هنالك بعض الشروط مشتركة بين شروط الإثبات التقليدية والحديثة والبعض الآخر مختلفة.

٣. وسائل الإثبات الإلكترونية ومستنداتها حجة قانونا.

٤. يمكن أن تمنح وسائل الإثبات الإلكترونية صفة الأمن والحماية حتى تكون قابلة للاعتماد والعمل.

٥. هنالك بعض المشاكل في استخدام وسائل الإثبات الإلكترونية بشكل مطلق من الجهة القانونية والفقهية.

٦. يمكن العثورعلى حلول مقنعة وتقنيات طبق القانون لجعل الوسائل الحديثة مصونة عن الغش.

٧. الوثائق الإلكترونية مثلها مثل وسائل الإثبات التقليدية في الحجية الإثبات.

٨- إلزام الجهات المخلة في ضوابط وسائل الإثبات مسؤولية ذلك الإخلال.

٩- لاقت وسائل الإثبات الحديثة قبولا عالميا من حيث القانون والشريعة.

١٠- إن الشكل العملي لوسائل الأثبات الحديثة يتبع القانون والشريعة.

١١- قوانين وسائل الإثبات الحديثة غير محيطة بها بشكل شامل و كامل.

١٢- لازالت الحاجة تقتضي تعديل تلك القوانين وعادة بناءها بشكل تفصيلي لتطابق الشريعة الغراء.

أهداف البحث

١. الوصول إلى الضوابط الأساسية لإثبات العقود والمعاملات.

٢. التعرف على وسائل الإثبات التقليدية والإلكترونية والتمييز بينهما.

٣. معرفة صور التوقيع الإلكتروني وكيفية توثيقه.

٤. دراسة الوسائل الإلكترونية من زاوية الإثبات.

٥. ما هو البريد الإلكتروني وكيف يمكن أن يكون وسيلة للإثبات.

٦. إزالة جميع العراقيل في سبيل التعامل والبحث عن حلول مناسبة لها.

٧. تعيين حدود تعريف المستندات الإلكترونية وحدود استعمالاتها في الإثبات.

٨- بيان لنوعية المسؤولة المترتبة على وسائل الإثبات الحديثة ودراسة القوانين الضابطة لمخالفة تلك المسؤولية.

٩- دراسة شاملة للصور الواقعية لوسائل الإثبات الإلكترونية.

١٠- توضيح القوة الإثباتية للوسائل الإلكترونية و بيان ضوابطها من هذه الناحية.

١١- دراسة تحليلية شاملة للقوانين العالمية عامة و قوانين الدول المسلمة خاصة بشأن وسائل الإثبات الحديثة و موافقتها ل أومخالفتها للشريعة.

١٢- تعيين مواضع الخلل في هذه القوانين وتقديم أحسن التعديلات المطابقة للشريعة الإسلامية ذات العلاقة بوسائل الإثبات الالكترونية الحديثة.

الدراسات السابقة

حسب قراءتي ومطالعتي المتواضعة حول هذا الموضوع، فإنه موضوع جديد على الشريعة، فليس فيه كتب أو بحوث كثيرة تبين جوانبه وتوضح غوامضه وتجعل المسلم على بينة من أمره فيما يأتي ويذر من هذا المعاملات الإلكترونية بأنواعها، كالتعاقد عبر الإنترنت والتوقيع الإلكتروني وغير ذلك ولا أعني بذلك أن هذا الميدان يكون خاليا من الجهود والدراسات السابقة، بل هناك جهود متميزة وبحوث عديدة قدمت من قبل الباحثين على التجارة الإلكترونية والتعاقد الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني ومتعلقاته إلا أنني وجدت الغالب على الدراسات هو الجانب النظري أو الفكري لا التطبيقي والعملي وفي أكثرها يغلب عليها الوجهة القانونية أو التجارية فلا يوجد فيها موقف الشريعة باتا وإن وجد في بعضها الآخر يوجد فيه الحكم الشرعي موجزا بحيث لا يتضح الموضوع به.

و أهم الكتب المتوفرة والبحوث المقدمة التي قرأتها في هذا المجال ، هي كما يلي:

- "التوقيع الإلكتروني" لأيمن سعد سليم، وطبعته دار النهضة العربية في مصر سنة ٢٠٠٤م.

بدأ المؤلف فيه بذكر نشأة التوقيع الإلكتروني، ثم بين استخداماته والمشاكل التي واجهها في سبيل ذالك، وماتعود من المسؤولية على الجهة المصدقة له. ثم بين المشاكل القانونية فيه. و اتخذ المؤلف منهج الإجمال في الكتاب فلم يفرد لكل جزئية مبحثا. ولكنه أهمل الجانب الوظيفي والإثباتي للتوقيع الإلكتروني فيه. وهو يسرد دراسة تقابلية بين القانون المصري والفرنسي خلال كل ذلك.

- "خصوصية التوقيع الإلكتروني" لمحمد محمد سادات وطبعته دار الفكر والقانون في مصر سنة ٢٠١١م.

إن هذاالكتاب هو رسالة دكتوراه، درست التوقيع الإلكتروني من حيث تعريفه وغرضه و أشكاله

وخصائصه و وظائفه بشكل إجمالي غير مركز على التفاصيل، ثم شرع في الكلام عن القوانين العالمية في هذه الصدد قبل قانون الأونسترال النموذجي للتوقيعات الإلكترونية ،وقانون التوجيه الأوروبي والقانون المصري. غير أنه لم يذكر شيئا من القانون الفقهي للتوقيع الإلكتروني وصوره الواقعية في المجتمع، ولعل السبب في ذالك التغاضي هو عدم شيوع التعامل بالتوقيع الإلكتروني حتيها في المجتمعات.

- " التوقيع الإلكتروني" لسحر البكباشي وطبعته منشأة المعارف في مصر سنة ٢٠٠٩م.

كتاب صغير بدأ بتعريف التوقيع الإلكتروني ذكر صوره وأشكاله و شروطه ثم ناقش المسؤولية العائدة على الإنسان من التوقيع الإلكتروني، واختم بتوضيح القوة الإثباتية للتوقيع بشكل مختصر.

- " التوقيع الإلكتروني" لثروت عبد الحميد، وطبعته دار الجامعة الجديدة في مصر سنة ٢٠٠٧م.

بدأ المؤلف فيه بذكرمفهوم التوقيع الإلكتروني و بيان شروطه وقواعده، و بعدها ناقش حجيته و ذكر خلالها النصوص التقليدية، وبعدها استعرض مواقف الدول والحكومات في سبيل الإعتراف بالتوقيع الإلكتروني وذكر ضمنها التشريعات الوطنية المتعلقة بالموضوع.

- " إثبات المحرر الإلكتروني" للورنس محمد عبيدات، وطبعته دار الثقافة للنشر والتوزيع في الأردن سنة ٢٠٠٥م.

في هذاالكتاب بدأ المصنف بتعريف العقد الإلكتروني و خصائصه المميزة، ثم ناقش مراحل انعقاد العقدالإلكتروني، وفي الجزءالثالث تعرض لأنواع التحريرات الرسمية والعرفية وكم تنطبق شروطها على المحررات الإلكترونية أما في الجزء الأخير من الكتاب فبين المؤلف فيه قدرة المحررات الإلكترونية على الإثبات وأثرها في الحجية من الناحية الإقتصادية والتجارية دون اللجوء إلى الموقف الشرعي تجاهه.

- " أحكام عقود التجارة الإلكترونية " لنضال إسماعيل برهم، وطبعته دار الثقافة للنشر والتوزيع في الأردن سنة ٢٠٠٥م.

تعرض المؤلف في هذا الكتاب إلى الحديث عن التجارة الإلكترونية بشكل عام و كيفية إبرام العقود فيها، ثم ذهب إلى بيان حجية العقود التجارية الإلكترونية وتوضيح التوقيع الإلكتروني من حيث تعريفه و بيان مراحله في التوثيق. إن المؤلف ناقش في هذا الكتاب موضوع التوقيع باختصارو لكنه خاض إلى العمق عندما تحدث عن الجهة القانونية فيه رغم أنه لم يأت بتحليل أو مقارنة.

- " الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الإنترنت " ل بشار محمود دودين، وطبعته دار الثقافة للنشر والتوزيع في الأردن سنة ٢٠٠٦م.

بدأ المؤلف في هذاالكتاب بالحديث عن العقود التجارية على الشبكةوتية ، ثم تحدث عن مشروعية هذا الأمر، قبين حقيقة هذه العقود إنشاءً وانعقادًا بالتفصيل، مسلطا النور على المواقف الاقتصادية والتجارية ومبينا وجهة نظر القانون باختصار.

- " العقد الإلكتروني " لإبراهيم عبيد علي آل علي، و هي رسالته لدرجة الدكتوراه في كلية الحقوق بجامعة حلوان، مصر سنة ٢٠١٠م.

تضمن عدة مواضع عن حقيقة العقد الإلكتروني والتجارة الإلكترونية. وأثناء ذلك أسرد موقف الدستورالإماراتي في الإثبات الإلكتروني، متكلما عن تعريف التحرير الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني. وفي الأخير ختم ببيان آثارالعقد الإلكتروني وأحكامها و تحدث عن الجهات المسؤولة عن حل النزاعات في العقود الإلكترونية.

- "أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارية الإلكترونية "لمحمد سعيد احمد إسماعيل، و هي رسالته لدرجة الدكتوراة في كلية الحقوق بجامعة عين شمس، مصر سنة ٢٠٠٥م.

رسالة تم تقديمها قبل عشرة أعوام تقريبا، و تكلم فيها الباحث عن موضوعات شتى قبل الجانب التقني والتنظيمي والقانوني للتجارة الإلكترونية، ودورالمؤسسات العالمية والخاصة في تنظيم هذه التجارة ، ثم تناول موضوع التوقيع الإلكتروني بشكل مختصر مسردا تعريفه وأنواعه وخصائصه و طريقة توثيقه، وذكرأيضا بعض القوانين الدولية تجاه ذلك. وفي نهاية الرسالة تعرض لأساليب الدفع على الشبكةوتية والتحكم الإلكتروني.

- "الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية" لإبراهيم الدسوقي أبو الليل، وطبعته لجنة التأليف والتعريب والنشر في كويت سنة ٢٠٠٣م.

كتاب قيم ضمن موضوعات عن وسائل الإتصال الحديثة والعقود الإلكترونية وعن طريقة توثيقها ، و ما يلزم من المسؤوليات المخصوصة في التوثيق وإصدارالشهادات كماأنه أتى ببعض المقالات عن التعامل القانوني لتلك الوسائل الحديثة.

- "البيع عبر شبكة الإنترنت" لحسن رفاعي محمد، وطبعته دار الجامعة الجديدة في مصر سنة ٢٠٠٨م.

لقد ركز المؤلف في هذاالكتاب على ظاهرة الإنترنت وماحلبت من التطور السريع في مجال الإقتصاد والمعاملات. فذكر الشروط و الضوابط التي تلزم لعقد المعاملات على الإنترنت والمشكلات التي تواجه في ذلك. وذكرأيضا المسؤلية العائدة إثر تلك العقود وآثارها، و بعدها تناول موضوع التوقيع

الإلكتروني وحجيته في مثل هذه العقود الإلكترونية وذكر بعض التشريعات والقوانين للفصل بين الخصومات الواقعة في هذه العقود

- "الجانب الإلكتروني للقانون التجاري". لتسريين عبد الحميد نبية، وطبعته منشأة المعارف في مصر سنة ٢٠٠٨م.

اختصرت المؤلفة الحديث عن التوقيع الإلكتروني و دراسته التحليلية ، ولكنها بحاءت بتفاصيل بعض القوانين العالمية لضبط التعامل بالتوقيع الإلكتروني وتعيين جوانبه، ثم تحدثت بشكل مخصوص عن القوانين العربية في هذا المجال بدراسة مقارنة معقولة بينها.

- "وسائل الإثبات الإلكتروني في الفقه الإسلامي" لمحمد بن عيسى العويس، وهو هي رسالته لدرجة الماجستير في فقه المقارن بجامعة القصيم، سعودية سنة ٢٠١٤م.

هي رسالة درجة الماجستير، تناول فيها الباحث وسائل الإثبات الإلكترونية بشكل مختصر، ثم ذكر القواعد الفقهية التي لها علاقة بهذا الموضوع من غير تطبيق أو مقارنة مع التشريعات العربية أو العالمية، ولذلك لك تكن هذه الرسالة إلا نظرة ابتدائية حول الموضوع.

- " دور المستندات العادية في الإثبات " لمساعد صالح نزال الشمري، وهو رسالته لدرجة الماجستير في كلية الحقوق بجامعة الشرق الأوسط،أردن سنة ٢٠١٢م.

هي رسالة جامعية شاملة جمعت مواضيع عديدة، مثل ماهية السند الإلكتروني وحقيقة العقد الإلكتروني و شروط حجيته وإثباته مع ذكر بعض الصور الموجودة للمستندات الإلكترونية. و ختم الكتاب بدراسة مقارنة بين التشريع الأردني و التشريع الكويتي في هذا الصدد.

- " الوسائل الحديثة للإثبات الجنائي " لعباسي خولة، رسالته لدرجة الماجستير في كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة محمد خيضر،الجزائر سنة ٢٠١٤م.

تناولت الباحثة في رسالتها تعريف الإثبات وشروطه اللازمة في تحقيقه، ثم شرعت في بيان تفاصيل الإثبات في الفقه الجنائي فقط، و لم تتعرض لغير ذلك، فهي رسالة نافعة في الفقه الجنائي فقط.

- " مدى حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات " لأياد محمد عارف عطا سده، و هو رسالته لدرجة الماجستير في القانون الخاص بكلية الدراسات العليا بجامعة النجاح الوطنية، فلسطين سنة ٢٠٠٩م.

شرع الباحث في تفاصيل تعريف السند التقليدي ثم الإلكتروني ، و بين شروطهما و قوتهما في الإثبات، وضمن ذلك مفهوم التوقيع الإلكتروني و شروطه، وبعدها تناول قانون البينات الفلسطيني، وفي نهاية البحث قام بذكر حجية المحررات الإلكترونية و بين أهميتها و حكمها ، ثم قام

بمقارنتها بقوانين بعض الدول العربية.

- " البريد الإلكتروني" لأسعد فاضل منديل الجياشي، المدرس بكلية القانون، جامعة القادسية، مصر. محور هذا الكتاب هو البريد الإلكتروني حيث تناول جميع تفاصيله ، مثل التعريف به و ذكر تاريخه و تطوره عبر الزمن، ثم سرد مزاياه و نقائصه و مافيه من قوة الحجية و الإثبات، كما تناول الكتاب بيانا لبعض قوانين الدول العربية والولايات المتحدة الأمريكية المتعلقة بالبريد الإلكتروني. و في النهاية ختم الكتاب ببيان السند الإلكتروني و بيان شروطه.
- " حكم إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة " وهو مقالات علمية متنوعة طُبعت في مجلة مجمع الفقه الإسلامي سنة ١٩٩٠م.

إن مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر العالمي الإسلامي أقام دورته السادسة بعنوان "حكم إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة في سنة ١٩٩٠م. وقدم فيها بحوث عديدة التي تبين جوانب الموضوع وتحل غوامضه، فبالإيجاز يمكن تصنيف هذه البحوث إلى ثلاثة أصناف : منهم من أطال وفصل في المقال، ومنهم من أوجز، ومنهم من توسط، وملخصها هو : التعريف بالآلات الحديثة ووسائل الاتصال المتطورة بصورة موجزة، ثم الدخول في أن التعاقد إما أن يتم بين متعاقدين حاضرين ويشترط حينئذ اتحاد مجلس العقد، فلا يصح الإيجاب في مجلس والقبول في آخر، كما لابد من تحقق أركان العقد والشرائط الأخرى، وإما أن يتم بين متعاقدين غائبين فإنه يجوز أن يتراخى القبول، لأن التراخي مع غيبة أحد العاقدين لا يدل على الإعراض، ثم انتقل الباحثون إلى أن الاتصال الهاتفي يظل قائما ما دامت المكالمة الهاتفية مستمرة في شأن العقد.ثم انتقلوا إلى مناقشة النظريات التي تحكم زمان ومكان العقد بين العاقدين الغائبين، وتحديد موقف الفقه الإسلامي منها، والكل متفق بالجملة على أن التعاقد بوسائل الإلكترونية للإثبات من حاجاتنا اليومية

- " خصوصية التعاقد عبر الإنترنت " مؤلفه أسامة أبو الحسن مجاهد، وقد طبع من قبل المجلس الأعلى للثقافة في مصر عام ٢٠٠٣م.
- "بعض الجوانب القانونية للتوقيع الإلكتروني" مؤلفه سيد على قاسم، وقد طبع من قبل المجلس الأعلى للثقافة في مصر عام ٢٠٠٣م.
- "المسئولية الإلكترونية" مؤلفه محمد حسين منصور، وقد طبع من قبل منشأة المعارف في مصر عام ٢٠٠٦م.

لقد عالج الباحثون في مؤلفاتهم القانونية الثلاثة المذكورة آنفا موضوع التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الحديثة . لاسيما الإنترنت . وهذه المعالجات قانونية طيبة، فكان منهم من أسهب الكلام، ومنهم من أوجز، ومنهم من توسط، وملخص ما جاء فيها : التعريف بالوسائل الإلكترونية . وبخاصة الإنترنت . وأبعادها الفنية في التعاقد، وأهميتها ودورها في تيسير المعاملات، ثم دراسة مفهوم العقد الإلكتروني وتمييزه عن التعاقد عبر الوسائل التقليدية، وتحديد ماهية وطبيعة العقد المبرم عبر الوسائل الإثبات الإلكترونية، ثم استعراض مختلف النظريات حول زمان انعقاد العقد ومكانه، وتقييمها من وجهة نظر قانونية، ثم التعرض للآثار المترتبة على انعقاد العقد، ثم تناول مسألة حجية الوسائل الإلكترونية للإثبات بالإيجاز،ويتضح من مجموع هذه الكتابات القانونية الاتفاق والاعتماد على إثبات العقد بوسائل الإثبات الإلكترونية من الناحية القانونية

النتيجة والإضافة

بعد النظر إلى الكتب والبحوث المكتوبة في هذا الباب يمكننا الوصول إلى أن الباحثين قد انقسموا إلى طوائف،طائفة تكلمت على هذا الموضوع بناحية قانونية ونحارية،وأخرى ذكر التشريعات الوطنية والعربية من خلال وجهته القانونية وقامت بمقارنتها مع النصوص التقليدية,وطائفة ثالثة ذهبت إلى بيانها من ناحية شرعية من خلال قواعدها العامة ولكن بصورة موجزة بحيث يصعب على المتعامل أن يستفيد منها فائدة تامة، فنتيجة لذلك يظهر الاختلاف بنواحي الموضوع القانونية والشرعية,لذالك نحتاج أن نجمع بين هاتين النظريتين من حيث أنها قابلة للعمل في حياتنا التجارية المعاصرة وهو مقصودنا كما سيأتي ذالك بالتفصيل.

أود أن أشير أيضا إلى أن الباحثين مع استقاضتهم في تأصيل هذه المسألة على ضوء ما هو مستقر في الفقه الإسلامي، وبسطهم مشكورا، إلا أنهم لم يتعرضوا إلى وسائل الإثبات الإلكترونية، والمسائل المتعلقة بها تعرضا يفي بحقها، مع أنها من أحدث المسائل المستجدة في هذا الموضوع، وأكثرها شيوعا وانتشارا في العصر الحديث، كتفاديهم الحديث خاصة عن بيان وسائل الإثبات عن طريق تكنولوجيا الاتصالات، مع أن التباعد بين طرفي العقد يسبب إلى إمكانية التزوير والتزييف، وفاتهم أيضا الاستفادة والمقارنة لتطبيقات هذه الوسائل الإلكترونية للإثبات في القوانين الحالية في مختلف الدول وهذا قصور يجدر بالبحث تلافيه.

أما هذا البحث، فإنه يبين المتعلقات بالوسائل الإلكترونية للإثبات شرعا وقانونا، وفي ذلك يستفاد من التقنينات لبعض البلدان الإسلامية، كل ذالك لإيجاد موقف الشريعة من خلال قواعدها الفقهية العامة، مبادئها ومقاصدها في ذلك، ولا شك أن كل هذه الكتب والدراسات لم تلم بكل هذه الأمور، فهذا البحث سيساعد على إصدار قوانين جديدة أو تغيير في القوانين الحالية مستنبطة من أحكام الشريعة.

منهج البحث

١. المنهج المتبع في هذه الدراسة هو منهج وصفي شرعي قانوني وتطبيقي على أساسالو المتوفرة.

٢. سيرد البحث خلاصة عن العقد الإلكتروني ووسائل الإلكترونية للإثبات.

٣. المصادر الأصلية هي المرجع الأول و الأهم في هذا البحث مع عدم التغافل عن المصادر الثانوية عند الحاجة.

٤. سيتناول البحث دراسة عامة لقوانين بعض الدول المسلمة.

٥. سيشمل البحث الآثار المترتبة للوسائل الإلكترونية من الجانبين إيجابا وسلبا.

٦. سيتم الأخذ والإستفادة من التقنيات المتطورة والصور الواقعية للوسائل الإلكترونية من أجل دراستها بشكل صحيح ودقيق ، حتى يسهل استنباط الحكم الشرعي لها من الشريعة الإسلامية.

٧. سيتم وضع القواعد الفقهية العامة ومقاصد الشريعة الإسلامية في عين الاعتبار حتى يسهل الوصول إلى الموقف الشرعي تجاه الوسائل الإلكترونية في الإثبات

٨. سيتم الإحالة إلى مواضع و مصادر نصوص الحديث و آي القرآن الكريم عند الإستدلال منها.

٩. سيحاول الباحث استقصاء جميع الأدلة والبراهين لاثبات و جهة نظره.

١٠. سيقوم الباحث بدراسة وسائل الإثبات الإلكترونية في صورة مناقشة علمية مقنعة حتى يمكن أن يصل إلى نتائج واضحة و تحليل مقنع.

الفصل الأول

وسائل الإثبات، مبادئها وأساليبها شرعاً وقانوناً

ويتضمن على أربعة مباحث:

المبحث الأول: **التعريف بوسائل الإثبات الإلكترونية و بيان أهميتها وذكر خصائصها**

المبحث الثاني: **مشروعية وسائل الإثبات ومقصدها**

المبحث الثالث: **الضوابط والقوائم الأساسية الضرورية في وسائل الإثبات**

المبحث الرابع: **وسائل الإثبات، صورها وأساليبها في الشريعة والقانون**

المبحث الأول

التعريف بوسائل الإثبات الإلكترونية و بيان أهميتها وذكر خصائصها

ويشتمل على ثلاثة مطالب:

المطلب الأول : تعريف الإثبات

المطلب الثاني : ضرورة الإثبات

المطلب الثالث : التعريف بالوسيلة الإلكترونية و خصائصها

المطلب الأول: تعريف الإثبات

الإثبات في اللغة:

الإثبات في اللغة من مصدر الثبوت و فعله ثبت ثباتا و ثبوتا و معناه "استقر" و يقال ثبت بالمكان إذا أقام ، و أثبت الشيء أقره، وبذلك فإذاقيل أثبت الكتاب أي سجله و أثبت الحق و أقام حجته (١)،و يقال لا أحكم إلا بثبت (بفتح الباء) أي بحجة (٢) فالإثبات إذا حالات مكتوبة أو شفوية من الحقائق التي تعين على برهنة حقيقة شيء ما في المرافقة ، طبقا لقواعد وضعها القانون لتحديد نوع الأدلة المعتبرة أمام المحكمة وكيفية تقديمها (٣)

الإثبات في القانون : أما عند ماهري القانون فيعرف الإثبات بأنه (إقامة الدليل أمام القضاء، بالطرق التي حددها القانون، على وجود واقعة قانونية ترتبت آثارها)(٤)، مع الإختلاف في التعبير عند البعض والمقصود واحد.

هنا لكتفي بذكر الطرق المباحثة للإثبات دون ذكر الطرق الأخرى القانونية (٥)،حيث أن البعض لم يذهب إلى التفصيل في كون الطرق مباحة أو قانونية وعرفوا الإثبات بأنه(إقامة الدليل على حقيقة أمر مدعى به، نظراً لما يترتب عليه من آثار قانونية) (٦) أو (إقامة الدليل أمام القضاء على وجود واقعة قانونية، أي موضع يرتب حقاً أو يعدله أو يرتب انقضاءه، سواء كان حقاً موضوعاً، أم حقاً متعلقاً بالإجراءات).(٧)

نلاحظ في هذه التعاريف أنها موافقة لمذهب الإثبات المقيد لاحتواءه على الإشارة الى الطرق المحددة أو الجائزة في القانون، حيث أن هذا المذهب يحدد الطرق و يلزم الخصوم القاضي على ذلك. و هنا يقوم القاضي بدور سلبي محض، أو أن هذه التعاريف موافقة لمذهب الإثبات الحر (المطلق) الذي يلزم الطرفين على تقديم الأدلة أو بطرق محددة بل يتركه حرًا طليقا في الإدلاء بالحجج المقنعة للقاضي، وذلك بسبب احتواء تلك

---

١ إبراهيم مصطفى وآخرين، المعجم الوسيط، الجزأين الأول والثاني، الناشر مؤسسة دار الدعوة، استنبول – تركيا ١٩٨٩، ص: ٩٣.

٢ محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، الناشر دار الرسالة، الكويت، ١٩٨٣م، ص: ٨١-٨٢.

٣ P.H. Collin. A Dictionary of Everyday English Law Terms, 3rd Ed. Peter Collin, publishing British Library 2001. P. 136.

٤ د. أنور سلطان، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت – لبنان، ١٩٨٤م، ص: ٤.

٥ منهم المستشار أحمد نشأت الذي يعرف الإثبات بأنه (تأكيد حق متنازع فيه له أثر قانوني بالدليل الذي أباحه القانون لإثبات ذلك الحق)، رسالة الإثبات، ج١، الناشر دار الفكر العربي، مصر، ١٩٥٥م، ص: ٦.

٦ د. سليمان مرقس، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري مقارناً بتقنينات سائر البلاد العربية، الأدلة المطلقة، الناشر عالم الكتب، القاهرة – مصر، ١٩٨١م، ص: ١٩.

٧ د. أحمد أبو الوفا، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت – لبنان، ١٩٨٣م، ص: ١٠.

التعاريف على معاني وإشارات إلى إمكانية الإدلاء الحر دون الإهتمام بنوع الدليل ، هل هو محدد قانونيا أم جائز أم مباح ، كما أنها لم تطرق قطعا إلى ذكر دورالقاضي في الإثبات.

و نظرا إلى أن الغالبية من القوانين الحديثة (١)تسلك مسلك الإثبات المختلط ، وترى فيه الحل الأوسط للمشاكل الظاهرة في المذهبين السابقين، فكانت النتيجة مذهبا متوسطا، و أخذا من المذهب الحر (المطلق) بعضًا من القوة و منحها القاضي ليحسن إجراءات الدعوى و مقارنة الأدلة و ليكن دوره إيجابيا من طرف (٢)،و من الطرف الآخر ألزم القاضي بأدلة محددة قانونيا اقتباسا من المذهب المقيد.

ما الإثبات في القانون ؟

(إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون، لإقناع القاضي بوجود قضية أو واقعة قانونية، وبما يترتب على ثبوتها من آثار قانونية).(٣)

و يستشعر في التعريف من عبارة " إقناع القاضي" الإشارة إلى دور القاضي الإيجابي طبقا لمذهب الإثبات المختلط عن طريق تقوية أدلة الخصوم بإتمامها والقيام بإجراءات الازمة للإثبات (٤)،والإ كان حكم القاضي ملغيا و قابلا للنقض. (٥)

بعض الأمور المهمة المستنبطة من التعريف السابق

ويظهر من التعريف السابق ما يلي:

الأمر الأول: محل الإثبات هو قضية متنازع فيها و غرضه من الوجود هنالك هو إثبات وجود القضية و ليس محله الحق المتنازع فيه، بل القضية القانونية المتسببة في هذا الحق بغض النظر إذا ما كانت هذه القضية تصرفا قانونيا من جانبين (كعقد من العقود) أو من جانب واحد (كإرادة منفردة) أو قضية مادية (عمل غير مشروع) أو (إثراء بلا سبب).(٦)

الأمر الثاني: إن الإثبات الذي عين المشرع طريقه و طريقة تقديمه و له طرق محددة في القانون (٧)،لازم

---

١ كالقانون الفرنسي والإيطالي والبلجيكي والمصري والسوداني والسوري والأردني واللبناني والعراقي والكويتي الجزائري واليمني والباكستاني وغيرها من القوانين الحديثة.

٢ د. أنور سلطان، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، ص: ٧.

٣ د. آدم وهيب النداوي، المرجع في قانون الإثبات، منشورات جامعة بغداد – كلية القانون، ١٩٩٠م، ص: ٢٤.

٤ د. آدم وهيب النداوي، دور الحاكم المدني في الإثبات، ط١، الدار العربية للطباعة النشر، بغداد، العراق، ص: ١١٠ وما بعدها.

٥ د. آدم وهيب النداوي، دور الحاكم المدني في الإثبات، المصدر السابق، ص: ٢١٣.

٦ د. أنور سلطان، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، ص: ٥.

٧ د. آدم وهيب النداوي، دور الحاكم المدني في الإثبات، مصدر سابق، ص: ١٩٢.

على الخصوم و القانون معا في نفس الوقت.(١)

الأمر الثالث: و علم أيضا من التعريف السابق أن الفرق الأساسي بين الإثبات العام كما هو في التاريخ و العلوم و الإثبات القضائي المخصوص هو أن الثاني لا يتم إلا أمام القاضي و بشكل قانوني خاص فضلا أن يتصف القاضي فيه بصفته الإلزام (٢)

المطلب الثاني: ضرورة الإثبات

تكاد أهمية الإثبات تكبر عن أهمية الحق نفسه (٣)،فالحقوق تحفظ بالقانون إذا ما توافرت شروطه دون النظر إلى وسيلة الإثبات و في حال انقطاع الحق عن الدليل يفقد الحق قيمته و يكون وجوده وعدمه متساويان عند الخصام و استحال إلزام المنكر أو المتنازع فيه على ذلك الحق في القضاء فالإنسان عاجز عن استيفاء حقه بدون دليل عند الخصام . (٤)،والحق بلا دليل و لا شيء، كما أن القاضي لا يمكنه إثبات الحق إلا إذاأثبته صاحبه بدليل، و هذا كله يؤدي إلى إستحالة الاعتراف بالحقوق أمام القاضي و لو كان موجودا في الحقيقة.(٥) و لذلك قال الشراح في أهمية الإثبات بأن الدليل هو قوة الحق، وإنه يستوي حق معدوم وحق لا دليل عليه، وإن ما لا دليل عليه هو والعدم سواء. (٦)

و هذه العبارات خير دليل على ما ذكرنا آنفا و هي "إن الحق — وهو موضوع التقاضي — يتجرد من كل قيمة إذا لم يقم الدليل على الحادث التي يستند إليه، فالدليل هو قوام حياته ومقعد النفع فيه، حتى صدق القول بأن الحق مجرداً من دليله يصبح عند المنازعة فيه والعدم سواء" و تختلف العبارات و المعنى المقصود واحد، وهو الذي سبق إليه الرومان حيث قالوا أن الحق المجرد عن الدليل لا وجود له ويعدو عدماً عند حصول النزاع(٧)،وبهذا استبانت ضرورة مرافقة الحق لدليله ، و علم أن انعدام الدليل انعدامٌ للحق، لأنه

---

١ د. أنور سلطان، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، ص: ٥.

٢ للتفصيل في التمييز بين نوعي الإثبات ينظر، السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني،دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ١٩٦٨م، ص: ١٤-١٥.

٣ للتفصيل في أركان الحق (عناصر الحق) ينظر، د. عبد الحي الحجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، ص:١٨٧/٢، الحق وفقاً للقانون الكويتي — دراسة مقارنة، مطبوعات جامعة الكويت، كلية الحقوق والشريعة، ١٩٧٠، ص: ٦٧٤ وما بعدها.

٤ د. سليمان مرقس، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري مقارناً بتقنينات سائر البلاد العربية، الأدلة المطلقة، ص: ١٢ - ١٣.

٥ د. محمد حسين منصور، قانون الإثبات، مبادئ الإثبات وطرقه، الناشر منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ١٩٩٨م، ص: ٧.

٦ د. أنور سلطان، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، ص: ٥.

٧ يونس عرب، حجية الإثبات المستخرجات الإلكترونية في القضايا المصرفية، بحث منشور في مجلة (البنوك) تصدر عن جمعية البنوك الأردنية، العدد (٦)، المجلد ١٩، ٢٠٠٠.

قوامه وسبب وجوده. (١)

و لو تحقق مجتمع مثالي، يعرف كل فرد منه حق الآخر، و يسعى في أدائه لانعدمت أهمية الإثبات السابقة، و ما احتاج إليها بشر، ولكن كل ذلك محال لفطرة البشر الطماعة والميالة إلى المزيد و عدم رضاها بالموجود (٢)،و لقد تقدم البشر و صارت لهم دولة تتولى إصلاح الفاسد من أمورهم و ظهر القضاء ليحل النزاعات والخصومات و يحمي الحقوق و يصونها من التلف إذا ما أنكرت و حينما كان من اللازم على من يدعي الحق له أن يثبت دعواه ببرهان معترف لدى الدولة و القانون، و في حال عجزه يحرم من الحماية القضائية لحقوقه ، وبالتالي سيضيع حقه طبقا لقاعدة التي تنص بأن الإنسان لا يقدر على إثبات الحق لنفسه بنفسه. (٣)

و من هذا الباب يحقق الإثبات مصلحتين، مصلحة فردية لكل من المتخاصمين في إثبات حقوقهم ، و مصلحة عامة اجتماعية في حل الخصومة و درء الفساد المحتمل ، و تحقيق العدالة في إعطاء كل ذي حق حقه.(٤)

و هنا يمكن سر اتفاق أكثر الفقهاء (٥) على أن نظرية الإثبات هي من أهم النظريات القانونية وأكثرها تعاملا في الحياة البشرية بل و هي النظرية الأكثر شيوعا في المحاكم القضائية في قضاياها اليومية، بل و يمكن التصريح بأن أي قانون أو نظام قضائي خال عن نظام الإثبات ناقص و به إعواجاج (٦)، فأهمية الإثبات غير مقصورة على الحقوق المالية بل أحاطت جميع أشكال الحياة الأخرى، ثم أن الإثبات لم يكتف بكونه الركن الأساسي في القانون المدني وحده بل تعدى إلى أن يكون العنصر الأساسي في جميع فروع القانون المعروفة الأخرى.

---

١ د. آدم وهيب النداوي، الموجز في قانون الإثبات، ص: ٢٦.

٢ د. سليمان مرقس، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري مقارناً بتقنينات سائر البلاد العربية، الأدلة المطلقة، ص: ١٢.

٣ د. عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ١٩٩٧م، ص: ٢٠٠.

٤ د. جلال علي العدوي، مبادئ الإثبات في المسائل المدنية والتجارية، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر الإسكندرية، مصر، ١٩٦٨م، ص: ١٥.

٥ د. عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، (من هؤلاء الفقهاء السنهوري)، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٦٤م، ص: ٢/١٦.

٦ د. سليمان مرقس، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري مقارناً بتقنينات سائر البلاد العربية، الأدلة المطلقة ، ص: ١٣.

المطلب الثالث : الوسيلة الإلكترونية وخصائصها

سنتعرض في هذ المطلب إلى تعريف الوسيلة الإكترونية و بيان غرضها و خصائصها:

الفرع الأول: تعريف "الوسيلة" و"الإلكترونية"

الوسيلة في اللغة: مصدر من وَسَلَ، وهي ما يتقرب به إلى الشيء.(١) والمعنى الاصطلاحي للوسيلة ليس ببعيد عن معناها اللغوي، فهو الطريق المؤدية إلى المقصود، ووسيلة كل شيء، الطريق المؤدية إليه.(٢)

أما كلمة "الإلكتروني" فإشارة إلى الإلكترون الذي هو عبارة عن جسيم سالب الشحنة الكهربائية متناهي الصغر يبلغ وزنه حوالي جزاء واحد من ألف جزء من وزن البروتون الموجب الموجود في نواة الذرة(٣)، و إليه تنتسب جميع مسميات الآلات الكهربائية والإلكترونية الحديثة.

إن قانون الأونسيترال للتجارة الإلكترونية ساكت عن بيان تعريف الوسيلة الإلكترونية بينما نص قانون المعاملات الإلكترونية الأردني في المادة الثانية منه على أن معنى المصطلح الإلكتروني هو: "تقنية استخدام وسائل كهربائية أو مغناطيسية أو ضوئية أو إلكترومغناطيسية أو أي وسائل مشابهة في تبادل المعلومات وتخزينها."

كما تطرقت بعض القوانين العربية إلى تعريف هذا المصطلح، كقانون المبادلات والتجارة الإلكترونية الخاص بإمارة دبي والذي نص في مادته الثانية على أن المصطلح الإلكتروني هو: "ما يتصل بالتكنولوجيا الحديثة وذو قدرات كهربائية أو رقمية أو مغناطيسية أو لا سلكية أو بصرية، أو كهرومغناطيسية أو مؤتمتة أو ضوئية أو ما شابه ذلك."

ومثل قانون التجارة الإلكترونية البحريني، فعرف المصطلح بأنه : "تقنية استعمال وسائل كهربائية أو مغناطيسية أو كهرومغناطيسية أو بصرية أو بايومترية أو فونونية أو أي شكل آخر من وسائل التقنية المشابهة."

---

١ الرازي، محمد بن أبي بكر، مختار الصحاح، ص: ٣٠٠.

٢ العمر، أيمن محمد عمر، المستحدثات في وسائل الإثبات، رسالة دكتوراه غير منشورة، الجامعة الأردنية، عمان ٢٠٠٣م، ص: ٢.

٣ موسوعة القدس المفتوحة، التعايش مع التكنولوجيا، ط ١، عمان، ٢٠٠٢م، ص: ٣٤٨.

الفرع الثاني: صفات الوسيلة الكترونية

إن الوسائل الإكترونية تمتاز ببعض الصفات ، وهي تجذب مستخدميها إلى إتخاذها جزءا مهما في الحياة اليومية، ومنها:

١- السرعة الخارقة في التواصل و نقل المعلومات، و هي تتفاوت من جهاز إلى آخر حسب التقنيات المستخدمة فيه.

٢- أحجامها الصغيرة التي تسع في مكان ضيق، و تغني عن الرفوف و الدواليب الضخمة لتخزين المعلومات الورقية المتكاثرة. (١)

٣- قدرة الوسائل الإكترونية على إنشاء المعلومات والرسائل بواسطة إرشادات ضوئية سريعة (٢)،ثم تبادل ونقل تلك المعلومات من دون أوراق أو وسائل ملموسة.

٤- إمكانية نقل المعلومات الموجودة في شكل ورقي ملموس إلى معلومات إلكترونية غير ملموسة عن الطريق الماسح الضوئي (Scanner).

٥- يمكن ترجمة المعلومات الإكترونية إلى شتى لغات العالم من غير حاجة إلى مترجم متخصص في ذلك و في وقت أقل نسبيا بالإضافة إلى خاصة التدقيق اللغوي و التصحيح النحوي والإملائي. (٣)

٦- إمكانية التبديل والتغيير في الرسائل والمعلومات بكل بساطة و في مدة قصيرة بدون جهد ومن غير أن يتم إعداد الرسائل و المعلومات من جديد.

٧- منح المكفوفين متعة القراءة عن طريق آلات قارئة للمعلومات المطبوعة و محولة لها إلى شكل إلكتروني ثم إمرار تلك المعلومات عبر اختبار التدقيق اللغوي والنحوي والإملائي.(٤)

---

١ لطفي، محمد حسام محمود، الجوانب القانونية الناجمة عن استخدام الحاسب الآلي في المصارف، اتحاد المصارف العربية، بيروت، ١٩٩٤م، ص: ١٢٣-١٢٤.

٢ العنزي، سعود راشد، مستقبل الثورة الرقمية: كيف يستخدم العرب الإنترنت، كتاب العربي (٥٥)، ط١، مجلة العربي، الكويت، ٢٠٠٤م، ص: ٩٤.

٣ العنزي، ص: ١٥.

٤ المصدر نفسه، ص: ١٦.

المبحث الثاني

مشروعية وسائل الإثبات ومقصدها

ويشتمل على مطلبين:

المطلب الأول : مشروعية الإثبات

المطلب الثاني : القصد من الإثبات

المطلب الأول: مشروعية الإثبات

إن الإثبات هو الوسيلة المتينة إلى تحقيق العدالة بين الخلق عند الخصومات والمجادلات و إقامة حدود الله في الأرض ولقد قال الله سبحانه و تعالى: ﴿لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ﴾(١).

و كلما تطور البشر زاد الخلط و الخبط ، واختلطت الحقوق و تشوهت وجوهها، فدعت الحاجة إلى الإستظلال بمبدأ الإثبات لصيانة حقوق البشر وإقامة حدود الله في الأرض، فالبشر حتما سيواجهون الخصام و يلجون في النزاعات.

و من اعتقد خلاف ذلك في الإثبات، جرّ الحياة البشرية إلى شفا الدّمار و أهدر حق الله و ضيّع حقوق البشر في زمن المادة الذي تقوده الهوى و يحميه العدوان، ولكن اقتضت حكمة الله أن تبقى الحياة مستمرة في ظل تدبيره إلى أن يأتي الأجل المحتوم.

و خير دليل على ذلك أن الشرع السماوي اهتم بوسائل الإثبات و لم يغفل عنها فأرشد الخلق إلى بعضها في نصوص قطعية من القرآن الشريف مثل اليمين والكتابة والشهادة لصيانة حقوقهم.

فلقد قال الله تعالى: ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُبْ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئًا﴾ وقال أيضا ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى﴾ و قال ﴿وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾(٢).

فالله سبحانه و تعالى يرشد عباده بعلمه الأتم أن يستعينوا بوسائل الإثبات من الكتابة و الشهادة عندالتعامل والتعاقد، فليكتبوا العقود وليقيموا الشهود أو ليكتفوا بالشهادة فقط من غير كتابة وما ذلك إلا رحمة من الله على عباده ، فعلمه الأتم بطبيعة خلقه و معرفته لما يمكن أن يحدث من نزاع أوخصومات بين الخلق اقتضى أن يرشدهم إلى أسلم الطرق و آمنها عند التعامل والتعاقد، فكان من رحمة الله عليهم أن جعل لهم الكتابة والشهادة وسيلتين قاطعتين في حفظ الحقوق المتعلقة بالأموال أو النفس أولًا و إثباتها عند الخصام ثانيًا، كما قال الله سبحانه في آخر الآية السابقة : ﴿ذَلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَى أَلَّا تَرْتَابُوا﴾.

ثم أن الشارع منح الإثبات شأنا فلم يكتف بإصدار أو امر الكتابة والشهادة المطلقة، بل زاده تأكيدا وتوثيقا فاشمل في الحكم الصغير والكبير والقليل والكثير حيث قال الله جل وعلا: ﴿وَلَا تَسْأَمُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ

---

١ سورة الحديد، الآية: ٢٥.

٢ سورة البقرة، الآية: ٢٨٢.

كَبِيرًا إِلَىٰ أَجَلِهِ﴾(١).

ثم تبعت السنة النبوية مضامين القرآن الكريم فأكدتها و زادت من أهميتها فعن عبدالله بن مسعود رضي الله عنه، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "من حلف على يمين يقتطع بها مال امرئ، هو عليها فاجرٌ، لقي الله وهو عليه غضبان"، فأنزل الله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا﴾. الآية، فجاء الأشعث، فقال: ما حدثكم أبو عبدالرحمن؟ فيَّ أنزلت هذه الآية، كانت لي بئر في أرض ابن عمٍّ لي، فقال: "شهودك". قلت: ما لي شهود. قال: "فيمينه". قلت: يا رسول الله، إذاً يحلف، فذكر النبي صلى الله عليه وسلم هذا الحديث، فأنزل الله ذلك تصديقاً له. (٢)

و عن ابن عباس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "لو يعطى الناس بدعواهم لا دعى نفرٌ دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه"، وفي رواية البيهقي: "ولكن البينة على المدعي، واليمين على من أنكر".(٣)

فالأحاديث السابقة صريحة في بيان أهمية مشروعية الإثبات في حياة البشر لإثبات صدق المدعي وحفظ حقه و بعدمه يشيع الظلم وينتشر الفساد، ولكن شاءت رحمة الله أن يدير للبشر أمورهم ويحفظ لهم حقوقهم رغم طبيعة البشر الطماعة والميالة إلى الحيف والطغيان. فهداهم إلى أصوب الطرق وأسلمها في سبيل صيانة الحقوق النفسية والمالية، و هيأ لهم وسائل متنوعة في ذلك مثل الإقرار و الشهادة واليمين والقرائن وغير ذلك مما سنناقشه في الصفحات المقبلة. فالوصول إلى تحقيق العدالة في الحقوق أسرع وأيسر عبر الطرق المتنوعة المتكاثرة من الوصول عبر طريق واحد منفرد.

إنه من المعلوم أن أكثر البشر فهما وفقها للشريعة هم الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين لقربهم إلى مصدر الشريعة ومعايشتهم نزول الوحي فكانوا يستفسرون الرسول صلى الله عليه وسلم في كل نازلة فيرشدهم إلى أصوب الطرق من علمه أو وحي يعجله في الأمر. فتتبعا لحياتهم نجد أنهم فهموا عن الرسول صلى الله عليه و سلم أهمية الإثبات في شتى الأمور وأن الأمور بالأدلة والحجج لا بالظنون والتخمينات، وثبت ذلك من حياتهم العملية.

---

١ القرطبي، محمد بن أحمد الأنصاري، الجامع لأحكام القرآن دار الكاتب العربي، القاهرة، ١٩٥٧م، (٣/٣٨٣، ٤٠٩، ٤٠٣)؛ ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، دار المعرفة، بيروت، ط١، ١٩٨٧م، (١/٣٤٢، ٣٤٣).

٢ البخاري، محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، ضبط وترقيم، مصطفى ديب البغا، دار ابن كثير، بيروت، ١٩٩٠م، كتاب المساقات، باب: الخصومة في البئر والقضاء فيه (٢/٨٣٩)، رقم ٢٢٢٩.

٣ المرجع السابق، كتاب التفسير/ سورة آل عمران، باب: ﴿وإن منهم...﴾ (٤/١٦٥٦)، رقم ٤٢٧٧.

فعن مالك بن عمير الحنفي(١)، قال: أتى عمر بابن مظعون قد شرب خمراً، فقال: من شهودك؟ قال: فلان وفلان، وغياث بن سلمة – وكان يسمى غياث الشيخ الصدوق، فقال: رأيته يقيئها ولم أره يشربها، فجلده عمر الحد. (٢)

عن علقمة(٣) قال: قرأ عبد الله سورة يوسف بحمص، فقال رجل: ما هكذا أنزلت، فدنا منه عبدالله فوجد منه ريح الخمر، فقال له: تكذب بالحق وتشرب الرجس، والله لهو كما أقرأنيها رسول الله صلى الله عليه وسلم، لا أدعك حتى أحدّك، فجلده الحد. (٤)

عن سميع(٥) أبي سالم قال: شهدت الحسن بن علي وأتي برجل أقر بسرقة، فقال له الحسن: فلعلك اختلسته – لكي يقول: لا، حتى أقر عنده مرتين أو ثلاثاً، فأمر به فقطع. (٦)

المطلب الثاني: الغرض من الإثبات

إن تراكم الأدلة الشرعية السابقة ليست صدفة أو عبثا و إنما هي في سبيل بيان أهمية الإثبات في الشريعة الإسلامية ولتحقيق أهداف سامية، واتباعا لمنهج الشريعة الغراء نلاحظ أن الفقهاء أفردوا كتبا مستقلة منذ القدم في مباحث الإثبات أو على الأقل ذكروها ضمن طيات كتب الدعاوي والبينات.

و من تلك الأغراض السابقة للإثبات ما يلي:

أولاً: تعيين الحق وإدراك الحقوق

إن تدبرنا في أعماق الاثبات نجد أن الغرض الأول والأهم من الإثبات هو تعيين الحق وإدراك الحقوق، فإن الأحكام الشرعية تحتاج في تعيين معالمها وحدودها وجهاتها أدلة تثبت كل ذلك، والعبد ملزم بأن يبحث عن وسائل الإثبات تلك إما بنفسه أو مستعينا بالأئمة المجتهدين لإدراك ماله وما عليه من الرب سبحانه والخلق أيضا.

---

١ ابن حجر، أحمد بن علي، تهذيب التهذيب، تحقيق عبد الوهاب عبد اللطيف، دار المعرفة، بيروت، ط٢، ١٩٧٥م، ج: ١٠، ص: ١٨.

٢ ابن أبي شيبة، أبي بكر عبد الله بن محمد، المصنف، دار التاج، بيروت، ط١، ١٠٩هـ، ج: ٥، ص: ٢٥٢.

٣ البخاري، محمد بن إسماعيل، التاريخ الكبير، تحقيق السيد هاشم الندوي، دار الفكر، بيروت، ج: ٧، ص: ٤٩ ، السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، طبقات الحفاظ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤٠٣هـ، ج: ١، ص: ٣٠، ٢١.

٤ البخاري، محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، كتاب في فضائل القرآن، باب القراء من أصحاب النبي ﷺ (٤/٦/٢٩) رقم ٤٧١٥.

٥ البخاري، التاريخ الكبير (٤/١٨٩).

٦ ابن أبي شيبة، المصنف (٥/٤٨٣).

ثانياً: إعطاء كل ذي حق حقه

و قبل معاملة العبد بالرب سبحانه فإن له حقوقا متبادلة بالبشر الذي يعايشهم فاهتمت الشريعة على أن تختلط الحقوق في المجتمع، وأن يصل كل حق إلى من يستحقه، وترد عنه الأيدي الظالمة، سواء كان الحق في المال أوالنفس أو غير ذلك، و بهذا تجلب الشريعة لنا حقوقنا التي نستحقها وتبعدنا عن الخصام والمنازعة على حقوق الناس. (١)

إضافة إلى ذلك فإنه مسلم أن وجود الحق يقوم على وجود الإثبات فعدمه يعدم الحق و يعجز صاحبه عن إدراكه.(٢)

ثالثاً: إقامة العدل

و بعد أن ثبت حق الله على العباد وأدرك العبد حقه، وبعدت أيدي الظالمين عن حقوقه، واستقامت الشريعة في الخلائق، وذاك هو أمر الله في الأرض والكائنات، فلقد طالب العباد بأن يقيموا العدل والمساواة فيما بينهم كما أقامهما الرب سبحانه فيما بينه وبين الخلائق أجمعين.(٣)

رابعاً: الاستقرار والأمن

وحينها بعد أن أقيم أمر الله في الخلق، أعطي كل ذي حق حقه وأخذ على يد الظالم والغاشم من حق الغير، ساد الأمن والإستقرار في البشر، وتحقق هدفان عظيمان في الدنيا فالأول حصول مرضاة الله بإثبات أوامره و أحكاماته، والثاني حصول حياة الراحة والأمن والإطمينان فلقد حذرة النزاعات وقلت الخصومات لادراك ذي حق حقه و من تجرأ تحدى طولب بالأثبات ورد الدعاوى وحينها فضح و ظهر كذبه و بطلت دعاويه. و هو حق في معنى ما قاله الرسول صلى الله عليه وسلم برواية ابن عباس رضي الله عنه: "لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناسٌ دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه".(٤)

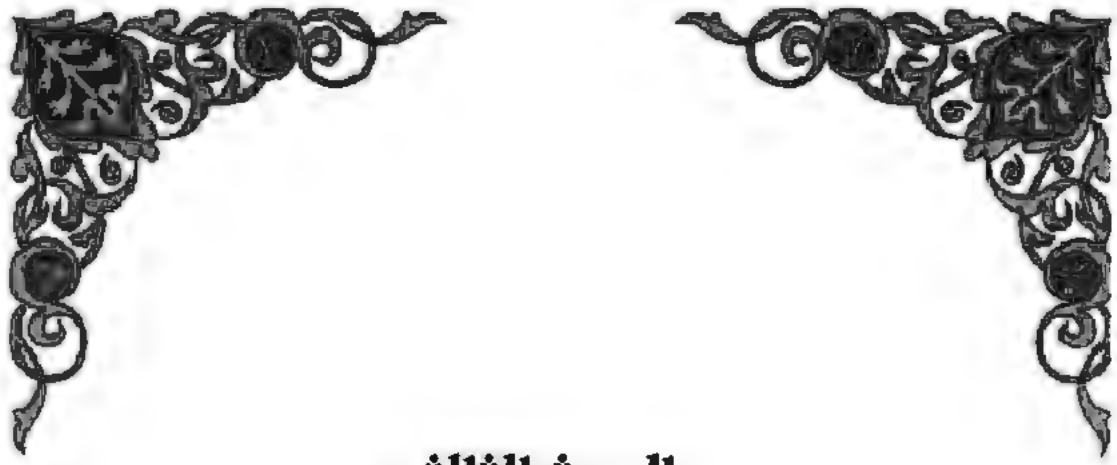
---

١ ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم، مجموع الفتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، جمع وترتيبه: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، دار إحياء الكتب العربية، مصر، (٣٥/٣٥٥)؛ باز، سليم رستم، مجلة الأحكام العدلية (مطبوع مع شرح المجلة) دار إحياء التراث العربي، ط ٣، ١٩٨٦م، رقم المادة ١٦٩٩؛ الدمياطي، أبو بكر محمد، إعانة الطالبين، دار الفكر، بيروت، ج: ٣، ص: ٣٢٩.

٢ مطر، محمد بن يحيى، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الدار الجامعية، ١٩٨٧م، ص: ١٠.

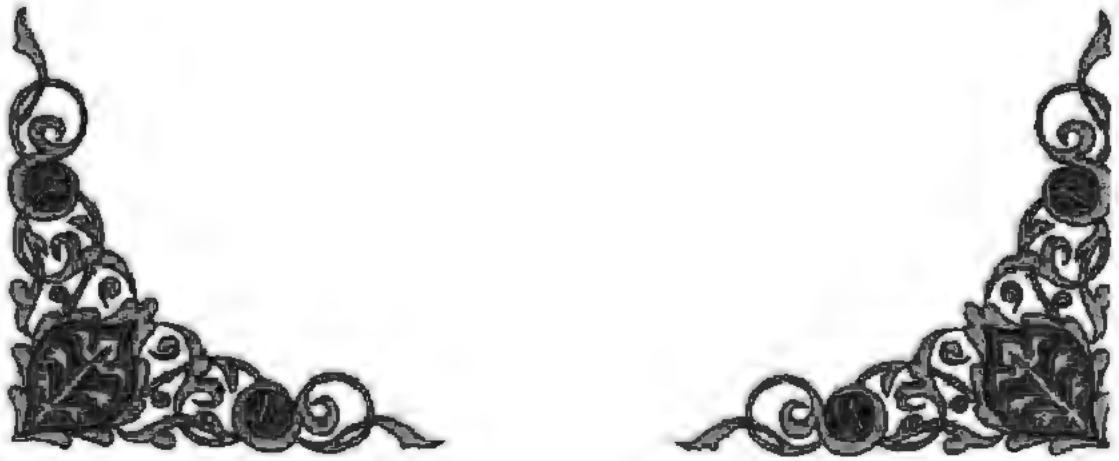
٣ ابن تيمية، مجموع الفتاوى (٣٥/٣٥٥).

٤ البخاري، صحيح البخاري، كتاب التفسير، سورة آل عمران، باب "إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم... الخ"، ٤/١٦٥٦، رقم ٤٢٧٧. وانظر: مطر، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، ص: ١٠، ٩٤.



المبحث الثالث

الضوابط والقوائم الأساسية الضرورية في وسائل الإثبات



تمهيد: إن الوسائل الإثبات عبارة عن آيات وذرائع موصولة إلى تحقيق الحقوق وإثبات الصواب في الخلافات الشرعية والجنائية و حلها.

ولذلك فإنه لا بد من تعيين أسس وشروط واضحة لمعرفة ما يصح أن يدخل في مصطلح "وسيلة الاثبات" وما لا يصح أن يعتبر منها. ولتحقيق مقاصد الشريعة في إقامة حقوق الله و إعطاء كل ذي حق حقه.
و هذه الشروط هي كالتالي:

الشرط الأول: كون الوسيلة مشروعة (١) تعني بذلك أن تكون الوسيلة مما ورد في نص شرعي أو جاء به القياس أو الإجماع أو غير ذلك مما يتفق مع مقاصد الشريعة. ونحترز في ذلك من الوسائل الباطلة التي نفاها الشرع من مثل السحر والشعوذة؛ لامتناعها في الأدلة الشرعية المجمع عليها، أو لتعارضها مع مقاصد الشريعة الغراء. (٢)

ووفقا لذلك فإن وسيلة الإثبات يجب أن تتحلى بصفتين لاغنى عنها:
الأولى: أن تثبت الوسيلة في حد ذاتها بنص شرعي، ولا تتعارض مع أصول ومقاصد الشريعة .
الثانية: أن تكون الوسيلة على قدرة تامة لتحقيق الحق وإثبات الأحكام الشرعية.

أمثلة للوسيلة المشروعة: فإنه بالتأمل في الشريعة نلاحظ أنها حرصت على مشروعية الوسائل التي يستخدمها الإنسان المكلف في أموره الدينية والدنيوية. مثل:

المثال الأول: ما روى الإمام مسلم في صحيحه، عن طارق بن سويد الجعفي، أنه سأل النبي صلى الله عليه وسلم عن الخمر، فنهاه أو كره أن يصنعها، فقال: إنما أصنعها للدواء، فقال: "إنه ليس بدواء ولكنه داء." (٣)

المثال الثاني: في صحيح البخاري – تعليقاً – عن ابن مسعود رضي الله عنه، أنه قال في السُّكَّر: "إن الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم".(٤)

---

١ أي مشروعة بحسب الأصل، وتجوز للضرورة.

٢ الزحيلي، محمد، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية، مكتبة البيان، دمشق، بيروت ١٩٩٤م، ١/٢٣-٥٩، ٢٤.

٣ مسلم، مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، ط١، ١٣٧٥هـ، كتاب الأشربة، باب تحريم التداوي بالخمر رقم ١٩٨٤، (١٥٧٣/٣).

٤ البخاري، محمد بن إسماعيل، في صحيحه تعليقاً، كتاب الأشربة، باب: شراب الحلوى والعسل (٢١٢٩/٥).

يتضح من الحديثين السابقين أن العرب كانوا يعتقدون شيئا من النفع في الخمر في تداوي المرضى والعلاج، ولما شرعت حرمة الخمر أراد الصحابة أن يأذن لهم الرسول صلى الله عليه وسلم باستخدام مخصوص في العلاج ولكن الرسول صلى الله عليه وسلم نهاهم بتاتا عن ذلك، وعلمهم أن اثمها أكبر من نفعها.

و لقد علل ابن القيم (١) رحمه الله حرمة الخمر بقوله : "فإن تحريمه يقتضي تجنبه والبعد عنه بكل طريق، وفي اتخاذه دواء حض على الترغيب فيه وملابسته، وهذا ضد مقصود الشارع." (٢)

فموقف الشريعة في اتخاذ وسائل الإثبات مشابه للقضية السابقة ولا يجوز الشرع أيا من الوسائل المحرمة وللمعارضة لمقاصد الشريعة السمحة، وإن كانت في ظاهرها نافعة و تقتضي الحاجة إليها. حيث أن القاعدة الشرعية تنص على أن " درء المفاسد مقدم على جلب المصالح ". ثم أن سد الذرائع ضامن لتجنب الوقوع في الحرام و بالتغافل عنه يوقع في الملابسة في الحرام، ففي السد رضاء الشارع .

وكذلك اتخاذ الوسائل الباطلة لتحقيق الأهداف المشروعة أمرٌ يخالفه الشرع، فإنه قد يتخذ دليلا في الإقدام على الفساد والباطل بحجة إقامة الحق، مع أن الشريعة منعت من اتخاذ الحيل في سبيل تحليل ماحرم الله، وتخلط الحق بالباطل .

المثال الثالث: والمثال الثالث على الوسيلة المشروعة هو نهي الشارع عن التجسس والتحسس ففي رواية أبي هريرة رضي الله عنه قال: يؤثر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "إياكم والظن، فإن الظن أكذب الحديث، ولا تجسسوا، ولا تحسسوا، ولا تباغضوا، وكونوا إخواناً، ولا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى ينكح أو يترك".(٣)

لا ريب في أن الحاكم قادر على تحقيق أمر شرعي محمود باتخاذ وسيلة التجسس و التحسس فيتبع عثرات الناس في ديارهم ، وليمنع الباطل قبل أن يقع، ويأتي بحكم النهي عن المنكر في أكمل وجه، ولكن الشارع منع عن كل ذلك بشكل إجمالي لما في ذلك من فساد أكبر من المصلحة التي يجلبها الحاكم بكل تلك الوسائل المذكورة.

---

١ ابن مفلح، إبراهيم بن محمد، المقصد الأرشد في ذكر أصحاب الإمام أحمد، تحقيق عبد الرحمن بن سليمان العثيمين، مكتبة الرشد، الرياض، ط١، ١٩٩٠م، ج: ٣، ص: ٣٨٤-٣٨٥.

٢ ابن القيم، محمد بن أبي بكر، زاد المعاد في هدى خير العباد، تحقيق شعيب الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٨٢م، ج: ٤، ص: ٢٥٦.

٣ صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب: لا يخطب على خطبة أخيه حتى ينكح أو يدع (ط/١٩٧٦)، رقم ٤٨٤٩.

بخلاف ما إذا كان الأمر أشد ضررا و أكثر تعديا على الغير في سلب الحقوق وإشاعة الفساد وكانت هناك من القرائن والأدلة الخارجية ما تساند وسيلة التجسس في إثبات الضرر، كخلو رجل بآخر لقتله، فيختلف الحكم حينها إلى الجواز للضرورة الشرعية ، ولاستدراك ما قد لا يستدرك فيما بعد.(١)

فعلم من ذلك أن التجسس الجالب للضرر على المجتمع هو الممنوع في الشرع أما ما كان في حق إصلاح المجتمع والناس فمسموح به و قد اتى الرسول صلى الله عليه وسلم بمثال في ذلك .

و بعد كل ذاك البسط أدركنا أن الشارع اهتم إهتماما فائقا بمشروعية وسائل الإثبات و نهى عن الوسائل المحرمة المعارضة لأصول الدين و أمر بالتي تقيم أصوله وتحافظ عليه.

و كل عقل سليم يدرك استحالة إقامة الشارع أصلا ثم يأمر بنقيضه و يهدمه.

الشرط الثاني: أن تفيد الوسيلة العلم اليقيني أو غلبة الظن

كون الوسيلة موصلة إلى الجزم واليقين أو الى غلبة الظن . الغرض من الإثبات هو تعين الحق المتنازع عليه و إقامة العدل المأمور به فيه القرآن حيث قال ﴿لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ﴾(٢). و لذا فمن اللازم أن يقوم الإثبات على وسائل قوية تؤدي الواجب، وماذاك بمستطاع إلا إذاكانت الوسيلة في الإثبات قادرة تماما على البلوغ إلى اليقين الجازم أو الظن الغالب في إثبات الحق.(٣)

فالقاضي مأمور على أن يجتهد كل الإجتهاد في البحث عن وسائل تأخذ به إلى الحق الجازم أو الظن الغالب حتى يصل إلى إدراك الحق و الا كان ماخوذا عند الله طبقا لقوله سبحانه ﴿وَأَنْ تَقُولُوا عَلَى اللَّهِ مَا لَا تَعْلَمُونَ﴾(٤).(٥)

فالقاعدة في الوسيلة المأخوذة بها أن تثبت الحكم بصورة قطعية وتفيد الحاكم العلم الجازم بالقضية بدليل قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَنْ شَهِدَ بِالْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ﴾(٦)، وفي حكايته عن إخوة يوسف قال: ﴿وَمَا شَهِدْنَا إِلَّا بِمَا عَلِمْنَا﴾(٧).

---

١ الماوردي، علي بن محمد، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، دار الكتب العلمية، بيروت، ص: ٣١٤.

٢ سورة الحديد، الآية: ٢٥.

٣ الزحيلي، وسائل الإثبات، المرجع السابق، (١/٥٥).

٤ سورة الأعراف، الآية: ٣٣.

٥ ابن القيم، محمد بن أبي بكر، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تعليق طه، عبد الرؤف سعد، دار الجيل، بيروت، ج١ ٤، ص: ١٧٣.

٦ سورة الزخرف، الآية: ٨٦.

٧ سورة يوسف، الآية: ٨١.

ولذلك اشترط العلماء العلم القطعي لإدلاء الشهادة، و بدونه تكون الشهادة مرفوضة أما الظن الغالب فيحل محل اليقين الجازم أحيانا عند الضرورة كالشهادة في التفليس و حصر الورثة وغير ذلك. (١)

فإذا عجز القاضي عن إثبات الحق باليقين الجازم حكم بالظن الغالب، و لكن بعد إجتهاد لا يتقيد عليه، حيث أن الشريعة أعلت الظن الغالب في عين الإعتبار في كثير من الأحكام الشرعية وحلته محل اليقين الجازم (٢)، ثم أرشدت العلماء إلى الإستناد بهذا الطريق في مسائل الاجتهاد والقضاء كمسألة رؤية الهلال وبداية رمضان ونهايته و بدايات أوقات الصلوات و نهاياتها والعمل بالإقرار واليمين والشاهدين والقرائن، مع أن هذه الوسائل لا تفيد إلا الظن الغالب و لكن يجب العمل بها شرعا.(٣)

ويقول اليعقوبي: "وأما اعتبار غلبة الظن لدخول الوقت – أي دخول وقت الصلاة – فإن غلبة الظن لها أثر في إثبات الأحكام الشرعية وهي البينة، وتقويم المقومين للمسروق بنصاب السرقة، وإلحاق الولد بالأب بقول القافة، فإن هذه المواضع جميعها ثبتت الأحكام بغلبة الظن، كذلك هذا".(٤) وهو ما أمر الله به نبيه صلى الله عليه وسلم في قوله: ﴿إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ﴾(٥). و قال القرطبي (٦) رحمه الله: "(بما أراك الله)" معناه على قوانين الشرع، إما بوحي ونص، أو بنظر جار على سنن الوحي..." (٧)، فالنبي صلى الله عليه وسلم مأمور بأن يحكم بين الناس بما أراه الله على سبيل القطع واليقين من خلال الوحي أو النص، أو عن طريق الاجتهاد باستفراغ الوسع في الوصول إلى الحق الذي قد يكون مبناه على الظن الغالب، كما في حديث أم سلمة رضي الله عنها، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سمع خصومة بباب حجرته، فخرج إليهم فقال: "إنما أنا بشر، وإنه يأتيني الخصم، فلعل بعضكم أن يكون أبلغ من بعض، فأحسب أنه صدق، فأقضي له بذلك، فمن قضيت له بحق مسلم، فإنما هي قطعة من النار، فليأخذها أو فليتركها".(٨) و من المعقول أيضا أن إلزام القاري على اليقين الجازم دون الظن الغالب

---

١ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن (١٦/٩٢٣).

٢ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن (١٦/٣٣٤).

٣ الزحيلي، وسائل الإثبات (٢/٧٤١).

٤ اليعقوبي، محمد بن أبي المكارم، شرح العبادات الخمس لأبي الخطاب، تحقيق فهد عبد الرحمن العيكان، مكتبة العبيكان، الرياض، ط١، ١٩٩٥م، ص: ١٤٧.

٥ سورة النساء، الآية: ١٠٥.

٦ ابن فرحون، إبراهيم بن علي، الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، تحقيق محمد الأحمدي أبو النور، دار التراث للطبع والنشر، القاهرة، ج: ٢، ص: ٣٠٨ – ٣٠٩.

٧ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن (٥/٣٧٦).

٨ صحيح البخاري، كتاب المظالم، باب: إثم من خاصم في باطل وهو يعلمه رقم ٢٣٢٩، (٢/٨٦٧).

في الأقضية والجنايات يضيع حقوق الناس حيث أنه من النادر جدًا الوقوف على الحقائق بشكل جازم في مثل هذه.

ويجب الإنتباه هنا إلى أن الظن المعتبر في الإثبات هو الظن الغالب الذي يوافقه دلائل وقرائن توصل به إلى الغابية أما غير ذلك من الظنون فلا قيمة لها في الشرع (١)، حيث قال الله تعالى: ﴿إِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا﴾(٢)، بلو أدخله الشرع في زمرة الذنوب فقال تعالى: ﴿إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ﴾(٣). وقال النبي عليه الصلاة والسلام: "إياكم والظن، فإن الظن أكذب الحديث".(٤)

و يوضح ذلك الإمام القرطبي – رحمه الله – فيقول: "للظن حالتان حالة تعرف وتقوى بوجه من وجوه الأدلة فيجوز الحكم بها وأكثر أحكام الشريعة مبنية على غلبة الظن كالقياس وخبر الواحد وغيرذلك من قيم المتلفات وأروش الجنايات(٥) والحالة الثانية أن يقع في النفس شيء من غير دلالة فلا يكون ذلك أولى من ضده فهذا هو الشك فلا يجوز الحكم به وهو المنهي عنه".(٦)

الشرط الثالث: أن تكون وسيلة الإثبات سالمة من القوادح

إضافة إلى الشرطين السابقين يجب أن تتحلى الوسيلة المعتبرة شرعًا بصفة السلامة من كل ما يقدح فيها و يذهب بقوتها الثبوتية، كالتزوير والتحريف.

فقبول الوسيلة من دون تحقق صحتها يفتح الباب لكل من هب ودب ليدّعي حقًا ثم يثبته بالباطل والزور، وبالتالي ستضيع الحقوق وتنتهك الحرمات و سيضيع شرع الله، لا سيما وأن فطرة البشر تميل إلى التفصي عن الأوامر والتخلص عن التكاليف عن طريق الحيل والرخص، كما قال الله تعالى: ﴿إِنَّا عَرَضْنَا الْأَمَانَةَ عَلَى السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَالْجِبَالِ فَأَبَيْنَ أَنْ يَحْمِلْنَهَا وَأَشْفَقْنَ مِنْهَا وَحَمَلَهَا الْإِنْسَانُ إِنَّهُ كَانَ ظَلُومًا جَهُولًا﴾(٧)، و على ذلك فإن القاضي ملزم بأن يتأكد من صحة الوسيلة الإثباتية مع اتخاذه إجراءات الحيطة والأمان في

---

١ ابن قدامة، عبد الله بن أحمد، المغني شرح مختصر الخرقي، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح الحلو، هجر للطباعة والنشر، القاهرة، ط ٢، ١٩٩٢م، ج ١، ص: ١٢٦.

٢ سورة يونس، الآية: ٣٦.

٣ سورة الحجرات، الآية: ١٢.

٤ سبق تخريجه، ص: ٤.

٥ الأروش: جمع أرش – بفتح ثم سكون – ما وجب من المال في الجناية على ما دون النفس. قلعجي، محمد رواس وآخر، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس، بيروت، ط ٢، ١٩٨٨م، ص: ٥٤.

٦ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن (٣٣٢/١٦).

٧ سورة الأحزاب، الآية: ٧٢.

حفظ وصيانة الوسائل والبينات عند الضرورة .

و لو اقتفى الواحد أثر الشهادة في أقوال الفقهاء لعلم أنهم على اهتمام تام بهذا الشرط في الشهادة فلم يتركوها منفردة بل أصحبوها بشروط تزيدها في القوة الإثباتية كالإسلام والبلوغ والعقل والعدالة والبراءة من التهمة وحتى التزكية النفسية (١)، فبذلك يتمهد الطريق للقاضي في الوثوق بالشهادة و إثبات الحقوق.

و قد يقع القاضي أحيانا في شبهة من أمره و يعجز عن الثقة بأدلة الطرفين، فقد يصادف دعاوي منفردة لا تقوم على دليل من أي من الطرفين، أو أن يصعب عليه الترجيح بين دلائل الطرفين، أو أن يقع في تردد في الوثوق بدلائل أحد الطرفين. وحينها يلزمه أن يتحرى الحق في البينات والدعاوي ، ولو اضطر إلى أن يلجأ إلى غيره من أهل التخصص والخبرات . فيأتي بما أمره الله به من إقامة العدل والمساواة.

و خير دليل على ذلك التحري والتحقيق في الأدلة والدعاوي هو قوله سبحانه: ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوا﴾(٢)، فالفاسق لم يُلغ خبره مطلقا بسبب عدم اجتنابه الكذب والخيانة واعتياده عليهما ، و إنما كُلّف القاضي بالتحقق من صحة دعواه ، فإن كان صادقا في ذلك أعملنا قوله و إن لم يكن رددناه.

و يؤكد ابن القيم ما قلناه حيث يقول: "والمقصود أن الشريعة لا ترد حقاً، ولا تكذب دليلاً، ولا تبطل أمارة صحيحة، وقد أمر الله بالتثبت والتبين في خبر الفاسق، ولم يأمر برده جملة، فإن الكافر الفاسق قد يقوم خبره على شواهد الصدق، فيجب قبوله والعمل به"....، ثم قال: "فقوله صلى الله عليه وسلم: (البينة على المدعي) أي عليه أن يظهر ما يبين صحة دعواه، فإن ظهر صدقه بطريق من الطرق حكم له، ولم يزل حذاق الحكماء والولاة يستخرجون الحقوق بالفراسة والأمارات، فإن ظهرت لم يقدموا عليها شهادة تخالفها ولا إقراراً، وقد صرّح الفقهاء كلهم بأن الحاكم إذا ارتاب بالشهود فرّقهم وسألهم: كيف تحملوا الشهادة؟ وأين تحملوها؟ وذلك واجب عليه متى عدل عنه أثم وجار في الحكم...". (٣)

و يجب التنبه في قول ابن القيم لأمر هام ، وهو أنه لا يمكن اعتبار خبر الفاسق بعد ثبوته مصدرا لإثبات الحكم ، و إنما ما كان من القاضي من التحقيق وتوثيق خبره من الثقات أو ما تواجدت من الإشارات والقرائن المرفقة للخبر هي التي ساهمت في إثبات الحكم وليس عين خبر الفاسق، حيث يقول ابن كثير رحمه

---

١ ويقصد بالتهمة هنا، كأن يكون الشاهد قريباً للمشهود له، أو عدواً له، أو مستفيداً، أو له منفعة شخصية. ابن فرحون، إبراهيم بن علي، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، ط١، ١٩٩٦م، ج: ١، ص: ٢٥٨-٢٧١.

٢ سورة الحجرات، الآية: ٦.

٣ ابن القيم، محمد بن أبي بكر، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تحقيق محمد حامد الفقي، دار الوطن، رياض، ص: ٢٤.

الله(١): "يأمر تعالى بالتثبت في خبر الفاسق ليحتاط له، لئلا يحكم بقوله، فيكون في نفس الأمر كاذباً أو مخطئاً، فيكون الحاكم بقوله قد اقتفى وراءه، وقد نهى الله عز وجل عن اتباع سبيل المفسدين".(٢)

و إن اطلعنا على سبب نزول الآية السابقة اثبت ما قلنا، فالرسول صلى الله عليه وسلم بعث الوليد بن العقبة إلى بني المصطلق لجمع الزكاة منهم، فتجمعوا إكراما له فهابهم ورجع يقول للرسول صلى الله عليه وسلم أنهم امتنعوا عن الزكاة وأرادوا قتله، فأرسل الرسول صلى الله عليه وسلم خالد بن الوليد رضي الله عنه ليتحقق من الأمر ، فرأى خالد منهم ما سره و رجع فأخبر الرسول صلى الله عليه وسلم القصة فنزلت هذه الآية. (٣)

---

١ ابن العماد عبد الحي بن أحمد، شذرات الذهب في أخبار من ذهب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ج: ٦، ص: ٢٣١.

٢ ابن كثير، إسماعيل بن عمر، تفسير القرآن العظيم ، دار المعرفة، بيروت، ط١، ١٩٨٧م، ج: ٤، ص: ٢٤٣.

٣ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن (١٦/٣١٢).

المبحث الرابع

وسائل الإثبات صورها وأساليبها في الشريعة والقانون

ويشتمل على مطلبين:

المطلب الأول : أنواع وسائل الإثبات في الشريعة

المطلب الثاني : أنواع وسائل الإثبات في القانون

تمهيد

وسائل الإثبات في الشريعة كثيرة ، و سنذكر أوجه الشبه والاختلاف بين الأهم منها. كما قال ابن فرحون : والبينات مرتبة بحسب الحقوق المشهود فيها، والمحتاج إلى إقامتها، وما هي عليه من التوسعة والتضييق والتثقيل والتخفيف وإمكان التوثيق وتعذره واختلاف مراتبها في القوة والضعف. (١)

المطلب الأول: أنواع وسائل الإثبات في الشريعة

التقسيم الأول: الوسائل العامة والخاصة

الوسائل باعتبار إثباتها للحقوق على قسمين:

الأول: الوسائل العامة: هي التي تقبل مطلقا في جميع القضايا كالشهادة والإقرار والكتابة والمعاينة والخبرة ، فهي حجة في الحدود والقصاص وسائر الأقضية.

الثاني: الوسائل الخاصة: أما الخاصة منها فهي التي تختص ببعض الأنواع منها دون غيرها، مثل اليمين فهو ليس بحجة في الحدود و مرفوض في سبعة أقضية أخرى عند الإمام أبي حنيفة والحنابلة (٢) وهي النكاح والنسب والمراجعة والفيء والإيلاء، والعتق والولاء والاستيلاد، أما جمهور العلماء فقد ذهبوا إلى قبول اليمين حجة في الأقضية المذكورة وهم الشافعية والصاحبان من الحنفية وهو المفتى به عندهم، والحنابلة في رواية والزيدية والإباضية والإمامية(٣) بجواز توجيه اليمين فيها، و قالت المالكية (٤) بحجية اليمين عامة إلا في النكاح لما يشترط فيه الإشهار لإبعاد التهمة. والقرائن من هذا القبيل فهي مرفوضة في الحدود والقصاص عند الجمهور، و يتبعها في الحكم بعض أنواع الشهادات التي تقبل أحيانا وترفض أحيانا فشهادة الشاهد الواحد مع المرأتان مقبولة في الأقضية المالية فقط عند الجمهور، و مقبولة مطلقا عند البعض، أما شهادة النساء لوحدهن فهي معتبرة فيما لا يطلع عليه الرجال، و يعرف هذا الأمر عند الفقهاء بـ" مراتب الشهادة" ، يقول ابن عابدين – رحمه الله –: وطريق القاضي إلى الحكم يختلف بحسب اختلاف المحكوم به.(٥)

---

١ تبصرة الحكام، (١/٢٠٢).

٢ ابن نجيم، زين العابدين بن إبراهيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة، بيروت، ج ٧، ص: ٣٠. ابن عابدين، محمد أمين، رد المختار على الدر المختار، شرح تنوير الأبصار (حاشية ابن عابدين) تحقيق عادل عبد الموجود وعلي معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٩٩٤م، ج: ٥، ص: ٤٨٥-٤٩٤.

٣ الماوردي، علي بن محمد، الحاوي الكبير في فقه المذهب الإمام الشافعي، تحقيق علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٩٩٤م، ج: ١٢، ص: ١٤٣.

٤ الدسوقي، أحمد بن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٩٩٦م، ج: ٤، ص: ٢٢٧.

٥ رد المختار (٥/٣٥٤)، وانظر تفصيل ذلك في فصل الشهادة.

التقسيم الثاني: وسائل مباشرة وغير مباشرة

أما باعتبار ثبوت المحل بمائه الوسائل فهي على ضربين مباشرة وغيرمباشرة كما بينها الزركشي حيث يقول (١):

"الحجة التي يستند إليها القاضي في قضائه قسمان: تحقيقية أي يتحقق المقصود منها مباشرة كالإقرار والشاهدين واليمين، وتقديرية وهي التي تؤول إلى غيرها وهي اليمين المردودة فإنها في تقدير البينة والإقرار والقضاء بعلمه على تقدير البينة".

التقسيم الثالث: وسائل ملزمة ومقنعة

أما من حيث إلزامها للقاضي فهي أيضا على قسمين ملزمة أو مقنعة.

فالأول ما كانت قوتها الثبوتية منصوصة في الشريعة فحسامها و تحقيقها مع انتفاء ضيرها يلزم القاضي على القضاء بما تثبته وهي الشهادة والإقرار واليمين.

أما الثاني: ما تعتمد في إثباتها على حرية القاضي وهي القرائن والمعاينة، ويدخل في هذا القسم الكتابة في القدم، حيث أنها لم تكن مصونة من التزوير فيها، فإذا تأكدت صحتها كانت حجة مثل ديوان القاضي و خطه و خط المورث.

لأن العادة لم تعرف الخطأ في هذا حينها.

التقسيم الرابع: وسائل متعدية وقاصرة

أما من حيث مدى حجيتها فهي إما متعدية وإما قاصرة،

فالأولى ما كانت حجة عامة على الجميع.

والقاصرة ما لم تتعد في حجيتها صاحبها كالإقرار واليمين والقاعدة الفقهية المشهورة: الإقرار حجة قاصرة والبينة حجة متعدية من هذا الباب.

التقسيم الخامس: وسائل حقيقية ومجازية

أما من حيث الحقيقة فهي أيضا على ضربين حقيقية ومجازية، فالحقيقية ما ثبت الحق أمام القاضي كالشهادة والكتابة والمعاينة والخبرة.

والمجازية ما يبرر المدعي عن الإثبات أو تكلف الخصم به و يجوز تسميتها بالبينة كالإقرار واليمين.

---

١ القواعد في الفروع، ص: ٨٤.

المطلب الثاني: أنواع وسائل الإثبات في القانون

وهي أيضا على عدة أقسام:

التقسيم الأول: أدلة مطلقة ومقيدة. وهذا التقسيم على أساس ما يجوز الإثبات بالأدلة (١)فالمطلقة ما تقبل مطلقا في العقود و غيرها كانت قيمة أو لم تكن ، وهي الكتابة والإقرار واليمين والخبرة والمعاينة. أما المقيدة فهي التي لا تقبل إلا في بعض الأقضية دون غيرها كالشهادة والقرائن حيث أنها لا اعتبار لها في الأشياء الثمينة أو مجهولة القيمة إلا الأشياء الرخيصة(٢)ولقد ذهب الدكتور سليمان المرقس إلى أن المعاينة والخبرة من القسم الأول رغم أنها صالحة للاحتجاج في الأقضية القانونية ذات القيم العالية. (٣)

التقسيم الثاني: أدلة أصلية وتكميلية: أما من حيث طبيعتها فهي على ثلاثة أقسام (٤)أصلية واحتياطية وتكميلية فالأصلية ما تقوم بذاتها وتكون حجة لوحدها كالكتابة والشهادة واليمين والقرائن والمعاينة والخبرة، و قد لا تكون حجة لوحدها وتحتاج إلى غيرها لتصل إلى التمام مثل إثبات التصرفات القانونية القيمة بالكتابة فالدليل أصلي ومع ذلك فهو بحاجة إلى تكميل بالشهادة أوالقرائن القضائية، ويدخل في ذلك القرائن القانونية غيرالقاطعة أما القاطعة منها فهي كافية حد ذاتها أما التكميلية : وهي التي لاقوام لها بذاتها وإنما تكون متممة لغيرها، كالبينة والقرائن القضائية واليمين المتممة في التصرفات القانونية القيمة التي تكمل إثبات وسيلة الكتابة، ويمكن أن تكون البينة والقرائن من الطرق الأصلية والبدلية في إثبات التصرفات القيمة في حال امتناع الكتابة، أما اليمين فهي متممة لجميع وسائل الإثبات الأصلية إذا رأى القاضي ذلك،و مثلها اليمين المتممة مع التقادم القصير (٥)أما الاحتياطية : فهي التي يأوي إليها أحد الأطراف إذا عجزعن الإثبات مثل اليمين والإقرار.

التقسيم الثالث: أدلة ملزمة وغير ملزمة: أما من حيث قوة حجيتها فبعضها ملزمة للقاضي (٦)أما من حيث قوة حجيتها فبعضها ملزمة للقاضي مثل الكتابة المعترفة والإقرار واليمين الحاسمة، فلا اختيار للقاضي

---

١ مرقس، موجز أصول الإثبات، المرجع السابق، ص: ٣١.

٢ أما حدود قلة القيمة وزيادته يختلف حسب اختلاف القوانين الوطنية والأزمنة المختلفة فعلى سبيل المثال يختلف في مصر، ما دون عشرين في القلة.

٣ مرقس، موجز أصول الإثبات، ص: ٣١.

٤ موجز أصول الإثبات، المصدر السابق نفسه، ص: ٣٣.

٥ أحمد نشأت، رسالة الإثبات، دار الفكر، بدون بلد نشر، ١٩٧٢م، ج ١، ص: ٥٩.

٦ موجز أصول الإثبات، مرقس، ص: ٣٣.

في مثل هذه، أما المقنعة ما كان للقاضي فيها حرية التقدير مثل المعاينة والبينة والقرائن القضائية.

ثم الأدلة الملزمة على قسمين منها مالا يمكن إثبات العكس مثل اليمين والقرائن القانونية القطعية ومنها مايقبل إثبات العكس مثل الكتابة والإقرار والقرائن القانونية البسيطة.

التقسيم الرابع: أدلة قاصرة ومتعدية: فالأدلة باعتبار قدرتها على الحجية (١) إما قاصرة وإما متعدية، فالقاصرة ما اقتصرت حجيتها على من صدرت منها فقط كاليمين والإقرار المكتوب أو الشفوي.

أما المتعدية ما تعدت حجيتها إلى العموم مثل الكتابة المسبقة والبينة والقرائن.

التقسيم الخامس: أدلة مباشرة وغير مباشرة: ومن حيث دلالة الأدلة على الأمور فهي مباشرة وغير مباشرة. (٢)

فالقسم الأول ما دلت مباشرة على الأمر المطلوب إثباته مثل المعاينة والبينة والكتابة.

والثاني : ما لا تدل مباشرة على الأمر المطلوب إثباته مثل قرائن الحال حيث تثبت أمراً يشير إلى الأمر المطلوب إثباته، كما قال الدكتور السنهوري (٣) أن اليمين والإقرار من الطرق غير المباشرة لأن صحة الواقعة تستخلص من الإقرار بالاستنباط، لأنه يعفي الخصم من الإثبات فتصبح الواقعة بطريق غير مباشر، واليمين احتكام لذمته فإن حلف اعتبرت صحيحة نزولاً على مقتضى الاحتكام، ويكون الخصم قد أعفاه من الإثبات، وإن نكل كان بمثابة إقرار يعفي خصمه من الإثبات.

التقسيم السادس: أدلة مهيأة وغير مهيأة: أما من حيث إعدادها فهي إما مهيأة أوغير مهيأة(٤)،فالنوع مهيأة(٤)،فالنوع الاول ما جهزها المبتلى به من قبل لإثبات حق له عند الخصام، مثل الكتابة المسماة بالسند لما يستند إليها عند الخصام مهيأة .

و ما سوى ذلك فجميع الطرق غير مهيأة مسبقا وإنما يتم تجهيزها عند حلول الخصام مثل الشهود والخبرة والمعاينة والقرائن واليمين، علما بأن الأدلة من النوع الثاني قد يعدها صاحب الأمر قبل الخصام فتكون مهيأة وكذلك العكس، مثل دفاتر التجار، فهي لم تعد للإثبات ولكنها تستخدم فيه عند الحاجة.

و بعد تقصي أنواع وسائل الإثبات و عد طرقها سنذكر وسائل الإثبات التقليدية وقواعدها في الفصل الثاني إن شاء الله تعالى.

---

١ موجز أصول الإثبات، ص: ٣٣.

٢ رسالة الإثبات (٣/٦١).

٣ الغزالي، محمد بن محمد بن سحر، الوسيط في المذهب، تحقيق أحمد إبراهيم ومحمد تامر، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، القاهرة، ط١، ١٩٩٧م، ج: ٢، ص: ٩٩-١٠٠.

٤ رسالة الإثبات (١/٦٠).

الفصل الثاني

أسس وسائل الإثبات العامة

ويشتمل على سبعة مباحث:

المبحث الأول : **القاعدة الفقهية وما يتعلق بها من المصطلحات**

المبحث الثاني : **قواعد الإثبات بالإقرار**

المبحث الثالث : **قواعد الإثبات بالشهادة**

المبحث الرابع : **قواعد الإثبات بالكتابة**

المبحث الخامس: **قواعد الإثبات باليمين**

المبحث السادس: **قواعد الإثبات بعلم القاضي**

المبحث السابع : **قواعد الإثبات بالقرائن**

المبحث الأول

القاعدة الفقهية وما يتعلق بها من المصطلحات

ويشتمل على ثلاثة مطالب:

المطلب الأول : تعريف القاعدة الفقهية

المطلب الثاني : تعريف الضابط الفقهي

المطلب الثالث : تعريف الأصول والأشباه والنظائر

المطلب الأول: تعريف القاعدة الفقهية

من العلماء من خصص للقاعدة الفقهية تعريفا خاصا بها مثل أبو عبد الله المقري، وأحمد بن محمد الحموي، غير التعريفات العامة لعلماء العصر، و سنتعرض هنا لتعريف المقري وتعريف الحموي في البداية لأرجحيتهما في البحث ثم سنتناول بقية التعاريف.

أولا: تعريف المقري: يعرّف أبو عبد الله المقري القاعدة الفقهية على أنها "كل كلي هو أخصّ من الأصول وسائر المعاني العقلية العامّة، وأعم من العقود وجملة الضوابط الفقهية الخاصة." (١)

بيان و توضيح التعريف :الكلي: هو الحكم العام المنطبق على أفراد المتماثلين من المجموعة الواحدة.

الأصول: و هي قواعد الشرع الأساسية المستنبطة من النصوص الثابتة لتحقيق مقاصد الشريعة، وبذلك فإن الأصول و أقوى وأوسع من القواعد الفقهية.

أما الضابط الفقهي للباب الفقهي الواحد فأخص و أضيق من القاعدة الفقهية.(٢)

ملاحظة :إن هذا التعريف فيه شيء من الإبهام والخفاء حيث وقع العلماء فيه في اختلاف (٣)

و يجب أيضا ملاحظة أن المقري أقام فهم تعريف القاعدة الفقهية على فهم شيء آخر و هو الضابطة الفقهية و بذلك يقع في التعريف دور ممتنع.(٤)

ثانيا: تعريف الحموي :يعرّف الحموي القاعدة الفقهية على أنها "حكم أكثري لا كلّي، ينطبق على أكثر جزئياته لتعرف أحكامها منه." (٥)

ملاحظة لقد أشار الحموي إلى أن القاعدة حكم ينطبق على أغلب أفراد المجموعة و هذا ليس بلازم وإنما لكل قاعدة استثناء. وذلك لا ينقص في تعريف القاعدة شيئا كما قال الشاطبي "إن الأمر الكلي إذا أثبت فتخلف في بعض الجزئيات عن مقتضى الكلي، لا يخرجه عن كونه كلياً ..." (٦)

---

١ المقري محمد بن محمد – القواعد، تحقيق أحمد عبد الله بن حميد، منشورات مركز إحياء التراث الإسلامي، جامعة أم القرى مكة المكرمة، ١/٢١٦

٢ الزركي محمد البركتي – قواعد الفقه للمالكية من خلال كتاب الإشراف على مسائل الخلاف، للقاضي عبد الوهاب، ناشر الرياض، ص: ٢٠٩

٣ المرجع السابق، ص: ٤١

٤ الباحسين يعقوب بن عبد الوهاب – القواعد الفقهية، مكتبة الرشد الرياض، المملكة العربية السعودية، ط١، ١٤٢٤هـ، ص: ٤٤

٥ ابن نجيم، إبراهيم بن محمد – الأشباه والنظائر مع تمزيز عيون البصائر للحموي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١: ١٤٢٥هـ، ١/٥١.

٦ الشاطبي، إبراهيم بن موسى، الموافقات، تحقيق مشهور حسن، دار ابن عفان، بدون بلد نشر، ط ٤١: ١٤١٧هـ، ٢/٥٣.

النتيجة : هذا التعريف قاصر عن بيان حدود القاعدة الفقهية بشكل كامل لمفهوم الأكثرية فيه. (١)

الفرع الثالث: القاعدة الفقهية عند العلماء المعاصرين

الغصن الأول: القاعدة الفقهية عند الشيخ مصطفى الزرقا – رحمه الله تعالى –

يعرف الشيخ مصطفى الزرقا – رحمه الله تعالى – القواعد الفقهية على أنها "أصول فقهية كلية، في نصوص موجزة دستورية، تتضمن أحكاماً تشريعية عامة، في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها".

و يوضحه – رحمه الله تعالى – بنفسه فيقول "فهي تمتاز بمزيد من الإيجاز في صياغتها، على عموم معناها وسعة استيعابه للفروع الجزئية، فتصاغ القاعدة بكلمتين أو ببضع كلمات محكمة من ألفاظ العموم".(٢)

ملاحظة :يظهر من هذا التعريف أن هنالك كلمات زائدة لا داعي لقصد البيان مثل كلمة (كلية) بعد (أصول) فمصطلح الأصل شامل لمعنى العموم الذي أريد من المصطلح (كلي) فلا معتقد لأئل كلي و أصل جزئي عند أحد.

و ظهر أيضا أن مفهوم المصطلح (أصول) متغاير عند العلماء في الاتساع و الضيق فنجد أنهم استخدموه في معنى

الضابط و هو معنى ضيق جدا. (٣)

الغصن الثاني: القاعدة الفقهية عند الدكتور محمد عبد الغفّار الشريف

يعرّف د. محمد عبد الغفار القاعدة الفقهية على أنها: "قضية شرعية عملية كليّة، يُتعرّف منها أحكام جزئياتها." (٤)

و هذا التعريف لاقى قبولا عند د.الباحسين مبينا أنه الأقرب إلى القصد،حيث أن تقيد القاعدة الفقهية بصفة "شرعية عملية" تقييد هام،رغم أنه تساهل في إضافة عبارة "يُتعرّف منها أحكام جزئياتها"إلى التعريف و ما ذاك من التعريف بشيء إنما تلك نتيجة وثمرة.(٥)

و طيات الكتب مليئة بتعاريف مختلفة لا أتطرق لها خشية الطول والإبرام.

---

١ الباحسين – القواعد الفقهية، ص: ٤٨.

٢ الزرقا، أحمد بن محمد، شرح القواعد الفقهية، تعليق مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم، دمشق، ط٢، ١٤١٩هـ ٢/٩٤٧.

٣ الباحسين – القواعد الفقهية، ص: ٤٩

٤ العلائي، خليل بن كيكلدي، المجموع المذهب في قواعد المذهب، تحقيق، محمد عبد الغفار الشريف، مطابع الرياض، الكويت، ط ١، ١٤١٤هـ، ١/٣٨.

٥ الباحسين – القواعد الفقهية، ص: ٥٣

المطلب الثاني: تعريف الضابط الفقهي

ذهب العلماء في إقامة حدود تعريف الضابط الفقهي إلى مذهبين:

أما الأول فلم يفرق بين الضابط و القاعدة (١)، فنجد الكمال بن الهمام يقول "ومعناها – أي القاعدة – كالضابط والقانون للأصل ..." (٢) يقصد أنهما متماثلان اصطلاحا(٣)، فتعريف الضابط عنده هو: المفاهيم التصديقية الكلية. (٤)

و يؤيد هذا الرأي الفيومي إذ يقول: "والقاعدة في الاصطلاح بمعنى الضابط وهي: الأمر الكلي المنطبق على جميع جزئياته".(٥)

أما الجمهور فعلى أن الضابط شيء والقاعدة شيء آخر، فمجال القاعدة الفقهية الفروع المختلفة من الأبواب المختلفة، أما مجال الضابط الفقهي في فروع الباب الواحد فقط. (٦)

و هناك من العلماء القدامى من يرى مثل ذلك مثل تاج الدين السبكي(٧)، وجلال الدين السيوطي(٨)، وابن نجيم(٩)، وابن النجار(١٠)، والكفوي(١١) – صاحب الكليات – وغيرهم.

مثال الضابط: قال الرسول صلى الله عليه و سلم "إذا دبغ الإهاب فقد طهر"(١٢) فالحكم في هذا الحديث الشريف ضابط فقهي في باب الأواني من كتاب الطهارة فقط. (١٣)

مثال القاعدة الفقهية: "الأمور بمقاصدها"(١٤) فالحكم هنا عام مطلق ينطبق على العديد من المسائل في

---

١ الباحسين – القواعد الفقهية، ص: ٥٨

٢ ابن الهمام، محمد بن عبد الواحد، التحرير في أصول الفقه، دار الكتب العلمية، بيروت، ١/٢٩.

٣ ابن أمير الحاج، التقرير والتحبير، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٩م، ج: ١، ص: ٢٩.

٤ ابن الهمام – التحرير، ١/٢٨

٥ الفيومي، أحمد ابن محمد، المصباح المنير، عطية مصطفى الحلبي، ط ١، دار الفكر، بيروت، ٢/٦٦٩.

٦ ياسين، محمد نعيم، مذكرة في القواعد الفقهية، مخطوط، ص: ٦

٧ السبكي، عبد الوهاب بن علي، الأشباه والنظائر، تحقيق: عادل عبد الموجود، وعلي محمد، دارالكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٤١١هـ، ١/١٧

٨ السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، تحقيق: محمد المعتصم بالله البغدادي، دار الكتاب العربي، بيروت، ط٣، ١٤١٤هـ، ١/١٠، ١١

٩ ابن نجيم – الأشباه والنظائر، ص: ١٩٢

١٠ ابن النجار، محمد بن أحمد، شرح الكوكب المنير، تحقيق: محمد الزحيلي ونزيه حماد، مكتبة العبيكان، الرياض، ط٥، ١٤١٧هـ، ١/٣٠

١١ الكفوي، أيوب بن موسى الحسيني، الكليات، عمان، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط ١، ١٤١٢هـ، ص: ٧٢٨

١٢ مسلم، مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، ط١، ١٣٧٥هـ، ١/٢٧٦.

١٣ الشريف – مقدمة تحقيقه كتاب المنهوج المذهب، ١/٣٣. المقري – القواعد، ١/٢٦٣، ٢٦٤

١٤ السيوطي، الأشباه، ص: ٨

مختلف الأبواب كالعبادات والبيوع والنكاح ... وغيرها.. (١)

ملاحظة : إن المطلع على المبحث يختلط عليه حقيقة الضابط و القاعدة ، فليعلم أن الفرق بينهما يكمن في مجال تطبيق كل منهما،فما صح تطبيقه في الأبواب المختلفة المتعددة كان قاعدة و ما لم يتعد الباب الواحد في التطبيق فهو ضابط. (٢)

القول الوسط :يرى الباحث أن الفرق بين القاعدة والضابط ليس إلا من حيث مجال تطبيقهما فما كان واسعا يشمل عدة من الأبواب المتفرقة كان قاعدة و ما ضاق اتساعه في باب واحد كان ضابطا. أما من حيث الحقيقة فلا فرق بينهما.(٣)

و طبقا لهذا التفصيل فالقاعدة مصطلح عام يشمل معنى مصطلح الضابط وهو أحد مراتب القاعدة من حيث مجال تطبيقه.فالقاعدة قد تكون عامة شاملة لجميع المباحث الشرعية و قد تكون ضيقة لا تتسع لا عنوان خاصا تتقيد به.(٤)

ويقول د. محمد الزركي أن الأساس في القاعدة الفقهية هو كونها كليا،و بذلك فكل حكم شرعي يتصف بالكلية يكون قاعدة فقهية، وإن سماه البعض بالضابط ، فالمقصود هو المعنى و ليس اللفظ. (٥)

المطلب الثالث : تعريف الأصول والأشباه والنظائر

الفرع الأول : تعريف الأصول :للأصل عدة معان اصطلاحا منها :

١. الراجح: ويعتبر هذا المعنى عند الاختلاف بين المجاز والحقيقة في الكلام فيقال" الأصل الحقيقة" أي الحقيقة ترجح على المجاز.

٢. القاعدة:هذا في مثل قول أحدهم: إباحة الميتة للمضطر على خلاف الأصل.

٣. الدليل: و يؤخذ هذا المعنى في سياق الحديث عن ذكر المسائل الثابتة من الكتاب والسنة. فيقال الأصل في هذه المسألة الكتاب والسنة.

٤. المستصحب: كقولهإذا قال أحدهم " تعارض الأصل والطارئ "، أي المستصحب، كما إذا توضأ أحد ثم شك في الحدث، فالأصل – أي المستصحب – الطهارة، والطارئ: الحدث.

٥. المقيس عليه: يقال "الخمر أصل النبيذ في الحرمة " فالنبيذ محرم عن طريق القياس على الخمر وهو

---

١ الشريف – مقدمة تحقيق كتاب المجموع المذهب، ٣٢/١

٢ ياسين – مذكرة في القواعد الفقهية، ص: ٦

٣ ياسين – مذكرة في القواعد الفقهية، ص: ٦

٤ الزركي – قواعد الفقه الإسلامي، ص: ١١٣

٥ الزركي – قواعد الفقه الإسلامي، ص: ١١٣

الأصل لوجود العلة في النبيذ أيضا. (١)

و إن امعنا النظر في جميع ما سبق من المعان للأصل فإننا ندرك بأن المعاني جميعها قائمة في دلالتها على أسس معان أخرى ، فنرى أن المجاز قائم على الحقيقة، وفروع القاعدة قائمة على القاعدة، والمدلول قائم على دليله و الطارئ قائم على المستصحب والمقيس قائم على المقيس عليه. (٢)

و ما وصلنا إليه من المعنى لكلمة الأصل بعد التدبر في المعاني المتعددة هو أن معنى الاصطلاح "الأصل" عند العلماء يشمل القاعدة والضابط، كانت القاعدة(٣) كلية فقهية في قولهم "الأصل أن ما ثبت باليقين لا يزول بالشك"(٤)، أو كلية أصولية في قولهم "الأصل أن يفرق بين علة الحكم وحكمته، فإن علته موجبة، وحكمته غير موجبة"(٥)، بالضافة إلى إطلاق هذا المصطلح على الضابط في قولهم "الأصل عند أبي حنيفة رحمه الله أنّ المحرم إذا أخر للنسك عن الوقت الموقت له أو قدمه لزمه دم." (٦)

الفرع الثاني: تعريف الاشباه والنظائر :الأشباه والنظائر عند السبكي: يعرّف السبكي اصطلاح "الأشباه" بقوله: "هو أن يجتلب الفرع أصلان، ويتنازعه مأخذان، فينظر إلى أولاهما وأكثرهما شبهاً فيلحق به".

كأن يقول أحد "أنت عليّ كجبين أمي"، ولم يرد الكرامة ولا الظهار بل أطلق، فالراجح أن يقصد به الإكرام من باب التغليب. (٧)

و لكن ما قاله السبكي لا يحيط بمفهوم كلمة الأشباه الكامل،رغم انه هو المفهوم عامة. (٨)

الأشباه والنظائر عند الإمام السيوطي: يوضح الإمام السيوطي الشبيه والنظير معناهما الاصطلاحي فيقول: "المشابهة تقتضي الاشتراك في أكثر الوجوه لا كلها، والمناظرة تكفي في بعض الوجوه ولو وجهاً واحداً ...". (٩)

فنلخص مما سبق بي أن النظير أوسع من الشبيه.

---

١ الأسنوي، جمال عبد الرحيم، نهاية السول، مطبع محمد علي صبيح، مصر، ١/١٤، ١٥

٢ أبو عبد – مباحث في أصول الفقه الإسلامي، ص: ٤٠

٣ الباحسين – القواعد الفقهية، ص: ٧٤

٤ الكرخي: عبيد الله الحسين، رسالة الإمام الأجل القدوة أبي الحسن الكرخي في الأصول التي عليها مدار فروع الحنفية، دار الفكر، بيروت، ط ١٣٩٩،١هـ، ص: ١٤٥

٥ المصدر السابق، ص: ١٥٤

٦ الدبوسي – تأسيس النظر، ص: ١٥

٧ السبكي – الأشباه والنظائر، ١٨٢/٢

٨ الندوي، علي أحمد، القواعد الفقهية، دار القلم، دمشق، ط ٢، ١٤١٢هـ، ص: ٦٥

٩ السيوطي – الحاوي للفتاوي، ٢٧٣/٢

النتيجة :ويرى الباحث أن الأشباه هي "الفروع الفقهية التي تشبه بعضها بعضاً في المعنى الجامع بينهما، وتشترك في الحكم."

ومن ضمنها المسائل التي تُخرّج على القواعد الفقهية.

و أما النظائر فهي "الفروع الفقهية التي تشبه بعضها بعضاً في الظاهر، وتختلف في الحكم."

ومن ضمنها "فن الفروق". (١)

العلاقة بين قواعد الفقه والأشباه والنظائر

القواعد هي الروابط الجامعة بين الأمور المتماثلة من الفروع التي المندرجة تحت القاعدة، أما الأشباه والنظائر فهي الوقائع الجزئية التي تنطبق عليها تلك المفاهيم أو تنتقي عنها.

---

١ الحقري – مقدمة تحقيقه كتاب الأشباه والنظائر لابن الوكيل، ١/٦٤. الباحسين – القواعد الفقهية، ص: ٩٧

المبحث الثاني

قواعد الإثبات بالإقرار

ويشتمل على ثلاثة مطالب

المطلب الأول : تعريف الإقرار

المطلب الثاني : ثبوت الإقرار في الشريعة

المطلب الثالث : القواعد المعتبرة في الإقرار وآثاره

المطلب الأول: تعريف الإقرار

الإقرار في اللغة :الإقرار في اللغة من قرّ الشيء قرّا، أي استقر بالمكان والمصدر منه القرار، وقرار الأرض: المستقر الثابت، والقرّ: البرد، وأقرّ بالحق: اعترف به، مأخوذ من المقر وهو المكان كأنما جعل المقر الحق في حيزه.(١)

الإقرار في الاصطلاح : فالإقرار اصطلاحا "إظهار المكلف الرشيد المختار ما عليه لفظاً أو كتابة في الأقيس، أو إشارة على موكله أو مورثه أو موليه بما يمكن صدقه فيه وليس بإنشاء." (٢)

يبين من هذا التعريف أن الدعوى و الشهادة لا تندرجان تحت هذا التعريف، فما يخبره المدّعي يدعيه لنفسه لا عليه.

وما يشهد به الشاهد هو حق الغير للغير لا حق عليه للغير. (٣)

و ختاما أريد أن أوضح أن الفقهاء (٤) على مذاهب متعددة في حقيقة الإقرار، غير أن مذهب الجمهور في أنه ليس بإنشاء بل إخبار.

المطلب الثاني: ثبوت الإقرار في الشريعة

يعد الإقرار في رأس قائمة الأدلة الشرعية، وقد ثبت في بالكتاب والسنة والإجماع والقياس. (٥)

الفرع الأول: الكتاب

أولاً: قال الله سبحانه وتعالى: ﴿وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئًا﴾.(٦)

---

١ الفيروز آبادي، محمد بن يعقوب، القاموس المحيط ، دار الجيل، بيروت، (١١٩/٢)، الراغب الأصفهاني، الحسين بن محمد، المفردات في غريب القرآن، تحقيق: محمد سيد الكيلاني، دارالمعرفة، بيروت، ص:٣٩٨.

٢ المرداوي، علي بن سليمان، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط٢، ١٤٠٠هـ (١٢٥/١٢)، ابن مفلح، محمد بن مفلح المبدع في شرح المقنع، المكتب الإسلامي، دمشق، ط ١٣٩٤هـ، (٢٩٤/١٠).

٣ نجل ابن عابدين، محمد علاء الدين، قرة عيون الأخيار، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ط ٢، ١٣٨٦هـ (٩٧/٨)، الشربيني، محمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج للنووي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٣٥٢هـ، (٢٣٨/٢)، الزحيلي، محمد مصطفى وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية، مكتبة دار البيان، دمشق، ط ١، ١٤٠٢هـ، ص:٢٣٤وما بعدها.

٤ المرغيناني، علي بن أبي بكر، الهداية بشرح بداية المبتدي، الناشر: المكتبة الإسلامية، (١٨٠/٣)، الحصكفي، محمد بن علي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ج: ٨، ص: ٩٧.

٥ انظر بالتفصيل: الزحيلي – وسائل الإثبات، ص: ٢٤١ – ٢٤٦.

٦ سورة البقرة، الآية: ٢٨٢.

وجه الاستدلال: يقول الجصاص – رحمه الله– في بيان مشروعية الإقرار من الكتاب "فيه إثبات إقرار الذي عليه الحق، وإجازة ما أقر به وإلزامه إياه، لأنّه لولا جواز إقراره إذا أقر لم يكن إملاء الذي عليه الحق بأولى من إملاء غيره من الناس.

و انتهى الجصاص في الأخير بالقول على أنّ الآية تضمّنت "جواز إقرار كل مقرٍّ بحق عليه".(١)

والحال أن العبد مأمور من عند الله تعالى بالتقوى فيما يلقيه على الكتاب ومنعه من أن يغير في ذلك شيئًا، وما هذا إلا دليل على أنّ الإقرار حجة.(٢)

ثانياً: قول الله تعالى: ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ﴾(٣).

وجه الاستدلال: يقول ابن عباس –رضي الله عنه–: "أمروا أن يقولوا الحق ولو على أنفسهم"(٤) و إذا شهد المرء خلاف نفسه فكأنما خصمه حقا عليه،و هذا يدل على أن الإقرار لحق الغير جائز ، بل يجب عند المطالبة به." (٥)

ثالثاً: يقول الله تعالى: ﴿وَإِذْ أَخَذْنَا مِيثَاقَكُمْ لَا تَسْفِكُونَ دِمَاءَكُمْ وَلَا تُخْرِجُونَ أَنْفُسَكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ ثُمَّ أَقْرَرْتُمْ وَأَنْتُمْ تَشْهَدُونَ﴾(٦).

وجه الاستدلال(٧): معنى قول الله تعالى (أقررتم) أي أقررتم بالميثاق،وهذا النوع من الخطاب يدل على أن الإقرار حجة.

الفرع الثاني: السنة النبوية الشريفة(٨)

أولاً: جاء ماعز بن مالك إلى النبي صلى الله عليه وسلم ، فقال: يا رسول الله، طهّرني، فقال: ويحك إرجع فاستغفر الله وتب إليه، قال: فرجع غير بعيد ثم جاء فقال: يا رسول الله، طهّرني، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ويحك إرجع فاستغفر الله وتب إليه، قال: فرجع غير بعيد ثم جاء فقال: يا رسول الله، طهّرني، فقال النبي صلى الله عليه وسلم مثل ذلك حتى إذا كانت الرابعة، قال النبي صلى الله عليه وسلم: فيم

---

١ الجصاص، أحمد بن علي، أحكام القرآن، دار الكتاب العربي، بيروت، مطبعة الأوقاف الإسلامية، ١٣٣٥هـ، (٤٨٥/١).

٢ ابن كثير، إسماعيل بن كثير، تفسير القرآن العظيم (٢٨٩/١)، النسفي – مدارك التنزيل (١٨٧/١)، الألوسي، شهاب الدين محمود، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، دار إحياء التراث العربي، ج ٣، ص: ٥٦.

٣ سورة النساء، الآية: ١٣٥.

٤ القرطبي، محمد بن أحمد الأنصاري، الجامع لأحكام القرآن، الناشر دار الكاتب العربي، القاهرة، ط ٣، ١٣٨٧هـ (٤١٣/٥).

٥ الجصاص – أحكام القرآن (٢٨٤/٢)، وانظر: الألوسي – روح المعاني (١٦٧/٥).

٦ سورة البقرة، الآية: ٨٤.

٧ الطبري، محمد بن جرير، جامع البيان عن تأويل أي القرآن، دار الفكر، بيروت، ١٩٨٤م، ج ١، ص: ٤٤١.

٨ هناك أدلة كثيرة وقد اقتصرت على ذكر اثنين منها من أجل الاختصار.

أطهّرك؟ فقال: من الزنا، فسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم: أبه جنون؟ فأخبر أنه ليس بمجنون، فقال أشرب خمراً؟ فقام رجل فاستنكهه فلم يجد فيه ريح خمر، قال فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أزنيت؟ قال: نعم، فأمر به فرجم.(١)

ثانياً: أتت امرأة من جهينة إلى النبي صلى الله عليه وسلم وهي حبلى من الزنا فقالت: يا نبي الله، أصبت حدا فأقمه عليّ، فدعا نبي الله صلى الله عليه وسلم وليّها فقال: أحسن إليها، فإذا وضعت فأتني بها ففعل، فأمر نبي الله صلى الله عليه وسلم فشدت عليها ثيابها فرجمت ثم صلى عليها.... (٢)

وجه الاستدلال: الشاهد من هذين الحديثين الشريفين، أولا إنّ النبي صلى الله عليه وسلم ما رجم ماعزا والمرأة الجهينية إلا لأنهما أقرا بذنبيهما و هذا يدل على أن الإقرار حجة(٣)، و ثانيا إن اعتبر النبي صلى الله عليه وسلم الإقرار حجة في الحدود ففي غيرها من الأحكام أولى بأن يقوم حجة. (٤)

الفرع الثالث: الإجماع

لقد ثبت إجماع الأمة قاطبة في حجية الإقرار في حق المقر، و اعتبروه حجة في الحدود والقصاص، و ثبوته منقول عن جم غفير من العلماء. (٥)

الفرع الرابع: القياس

أما من حيث القياس فإذاكانت الشهادة حجة فالإقرار أولى بذلك لأنه أكثر تأكيدا منها حيث أنه يستحال أن يجلب الشخص العاقل ضررا لنفسه بسبب كذبه (٦)، فثبوت الحكم بالإقرار أرجح(٧)، قول الإنسان عن نفسه أصدق من قوله عن غيره(٨) مثلما قال ابن فرحون.

---

١. مسلم – صحيح مسلم وحاشيه شرح النووي (١٩٩/١١-٢٠٦).

٢. مسلم – صحيح مسلم والنووي (٢٠٥/١١).

٣. البكري، محمد بن أبي بكر، الاعتناء أو الاستغنى في الفرق والاستثناء، تحقيق: عادل عبد الموجود وعلي محمد، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٤١١هـ (٦٠٢/٢)؛ وانظر: النووي، يحيى بن شرف، شرح النووي على صحيح مسلم، دار الفكر، ١٤٠١هـ، ج: ١١، ص: ١٩٩-٢٠١. الترمذي، محمد بن عيسى، الجامع الصحيح، تحقيق: أحمد شاكر ومحمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ٦٩٦/٤. ابن ضويان، إبراهيم بن محمد، منار السبيل، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٩٨٤م، ج: ٢، ص: ٤٥٠.

٤. قاضي زاده، أحمد بن قودر، تكملة فتح القدير، دار الفكر، بيروت، ط ٢، ج: ٦، ص: ٢٨٢. الزحيلي – وسائل الإثبات، ص: ٢٤٥.

٥. ابن عابدين – تكملة رد المحتار (٦٥/٨)؛ ابن مودود، عبد الله بن محمود، الاختيار لتعليل، الناشر: دار المعرفة، بيروت، ١٣٩٥هـ (١٩٧/٢).

٦. ابن قدامة، عبد الله بن أحمد وعبد الرحمن بن أبي عمر، المغني والشرح الكبير، دار الفكر، بيروت، ط١، ١٤٠٤هـ، ٢٧١/٥. الأسيوطي، محمد بن أحمد، جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود، دراسة: محي الدين المنيسي، دار الموسى، بيروت، (١٥/١)

٧. الأسيوطي – جواهر العقود (٢٥/١). الأنصاري – فتح الوهاب (٣٨١/١).

٨. ابن فرحون، إبراهيم بن محمد، تبصرة الحكام في أصول الأقضية والأحكام، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٣٠١هـ (٥٣/٢).

المطلب الثالث: القواعد المعتبرة في الإقرار وآثاره

قاعدة رقم (١)

أولاً- عبارة القاعدة :المرء مؤاخذ بإقراره(١)

وتعبر أيضا بـ : إقرار الإنسان على نفسه مقبول. (٢)

وتعبر أيضا بـ : الإقرار حجة يلزم في حق المقر كقضاء القاضي. (٣)

وتعبر أيضا بـ: الأصل أنَّ المرء يعامل في حق نفسه كما أقر به. (٤)

وتعبر أيضا بـ: الإقرار حجة في حق المقر. (٥)

ثانياً- شرح القواعد :تنص هذه القواعد على حجية الإقرار و إلزامه في حق صاحبه،و أنه مأخوذ بما بشروط،وهي: كونه بالغاً عاقلاً مختاراً ولم يكن محجوراً عليه، ولم يكذّبه الحسّ أوالشرع، و لا ظاهر الحال أو القاضي، وكون المقر به معلوما غير مجهول جهالة فاحشة، فالعاقل المختار لا يقر حقا لغيره على نفسه أو فعلا لنفسه يلحقه في ذلك بسبب كذبه، فالراجح هو الصدق، ولذلك فإن الحق يثبت مباشرة بإقرار المقر من غير حاجة لقضاء القاضي. أم يفعله القاضي فهو تنفيذ للحق، و طبقا للشروط السابقة فالصغير و المكره، لا يعتبر إقرارهما و مثلهما كذبه القاضي مثل أن يدعي شخص على عقار بأنّه اشتراه بألف، وثبت من جهة البائع أنَّ المشترى بألفين فتصل القاضي بذلك فالشفيع لا يأخذه إلا بألفين،حيث بطل إقراره بحكم القاضي بعد أن ثبت كذبه بالبينة، ومن يبطل إقرار من يكذبه الحس أو الشرع،مثل أن يقرّ له بأرض يده التي قطعها مع أنها موجودة، أوإن أقرّ بنفقة لزوجته الناشزة خلال وقت سابق، فإقراره لا يصح. (٦)

ثالثاً- دلائل القاعدة :هي نفس أدلة مشروعية الإقرارالمذكورة في بداية المبحث،و لا حاجة لتكرارها.

رابعاً- أمثلة تطبيقية للقاعدة :كان لرجلين كيس فيه ألف درهم، فأقر الأول بنصفه لثالث وأنكر الآخر، فالحكم أن يعتبر قوله في حقه فقط، ويلزمه ماثبت بإقراره، أماحق الشريك فلا يبطل. (٧)

---

١ الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص: ٤٠١.

٢ الزركشي، محمد بن بهادر، المنثور في القواعد، تحقيق: تيسير فائق، ط ٢، ١٤٠٢هـ، (٢٨٧/١)؛ السيوطي، الاشباه والنظائر، ص: ٢١٧.

٣ الحفدي، محمد جميم الإحسان، قواعد الفقه، الناشر محمد حسن طارق، كراتشي، ط١، ١٤٠٧هـ، ص: ٦٦.

٤ الكرخي، أصول الكرخي، ص: ١٦٢.

٥ السرخسي، محمد بن أحمد، المبسوط ، دار المعرفة، بيروت، ط١٩،١٣٩٨هـ (٨/١٧).

٦ الكاساني، أبو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، بيروت، ط٢، ١٤٠٢هـ (٢٦٢/٧)؛ ابن عابدين، رد المحتار (٥٩٠/٥)؛ ابن نجيم، الأشباه والنظائر (٥٦/٣).

٧ الندوي، علي أحمد، القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير، المؤسسة السعودية، القاهرة، ط١، ١٤١٨هـ، ص: ٣٢٦.

قاعدة (٢)

أولاً. عبارة القاعدة :الإقرار ملزم بنفسه ما لم يكذبه المقر له. (١)

ثانياً. توضيح القاعدة :بيان القاعدة أن الإقرار ملزم في حد ذاته و لا يحتاج إلى قضاء القاضي و لا إلى بينة في إلزامه إلا إذا كذّبه بنفسه أو كذّبه الشرع أو الحس، أما القاضي فيعمل على تنفيذ ما ثبت بالإقرار(٢)، إن تكاسل عنه المقر بنفسه.

ثالثاً- دليل هذه القاعدة :أما أدلة هذه القاعدة فهي نفسها التي ذكرت في بداية هذا المبحث و لا داعي لتكرارها مرة أخرى، و يبين منها بكل وضوح ان الرسول صلى الله عليه وسلم لم يرد إلا أن نفذ القرار باعتبار الإقرار ملزما في حد ذاته.

رابعاً- مثال القاعدة :فلو أقرّ شخص بدار لغيره فإنه مأخوذ بإقراره هذا و تكون الدار للذي أقر له بنفس الإقرار من غير قضاء القاضي إلا إذا أبطل الشرع أو الحس إقراره ذلك. (٣)

قاعدة رقم (٣)

أولاً- عبارة القاعدة :الإقرار حجة مهما أمكن إعماله لا يجوز إبطاله. (٤)

وبعبارة أخرى الإقرار إذا أمكن حمله على الصحة لزم. (٥)

ثانياً- توضيح القاعدتين والدلائل :توضح القاعدتان أن الإقرار المطلق أو ما له محمل واضح، الصادر من مكلف بشيء معين، يجب أن يتم العمل بمقتضاه و لا يبطل إقراره نظرا لما يتفهم من حالته الطبيعية و من عقله و دينه بأنه لن يقر إلا بالصحيح لاحتمال فساده من وجه. (٦)

---

١ السرخسي، المبسوط (١٧/١٤٨)؛ البورنو، محمد صدقي ابن أحمد، موسوعة القواعد الفقهية، مكتبة الدعوة، الرياض، دار ابن حزم، بيروت، ط ١، ١٤٢١هـ (٢/٢٣٦).

٢ ابن فرحون، تبصرة الحكام (٢/٥٣، ٥٤).

الشربيني، مغني المحتاج (٢/٢٥٩)؛ الرملي، محمد بن أبي العباس، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، المكتبة الإسلامية، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٤هـ (٤/٢٦)؛ الزحيلي، وسائل الإثبات، ص: ٢٥٤.

٣ هذا المثال وضعته من خلال فهمي للقاعدة.

٤ السرخسي، المبسوط (١٧/١٩٧)؛ الندوي، القواعد الفقهية (٢/٧٤).

٥ الماوردي، علي بن محمد، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي، تحقيق علي محمد، وعادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٤١٤هـ، (٧/٣٤)؛ الندوي، القواعد الفقهية (٢/٧٤).

٦ السرخسي، المبسوط (١٧/١٤٧)؛ الماوردي، الحاوي (٧/٣٤). بتصرف.

ثالثاً- مثال القاعدتين :إن أقرّ شخص إقرارا مطلقا بمال لجنين امرأة ، ولم يكن هذا الإقرار منسوبا إلى جهة مستحيلة أو ممكنة ففي مثل هذا النوع من الإقرار قولان، الأول: أن الإقرار صحيح – وفقا للقول الأصح – فالإقرار ملزم إن لم يخالف الصحة ولا يصح إلغاءه بسبب احتمال فساد –و كذلك الإقرار للطفل فإنه يصح، بالرغم من عدم تمكن المقر من استحقاق المعاملة، لأنّ له وجهاً في الصحة فكذلك في الحمل. (١)

القاعدة رقم (٤)

أولاً- عبارة القاعدة :الإقرار متى قرن بالعوض يجعل ابتداءً تمليكاً. (٢)

ثانياً- توضيح القاعدة : تبين القاعدة بأن الإقرار المقترن بالعوض يعتبر تمليكا منذ البداية و يستحق المقر له ما أُقِرّ به. (٣)

ثالثاً- مثال القاعدة :فكما ادعى رجل أنه تزوج امرأة فكذّبته ثم صالحها على ألف فرضيت بذلك فيعتبر الإقرار نكاحا منذ البداية. (٤)

القاعدة رقم (٥)

أولاً- عبارة القاعدة :الإقرار الباطل لا يجب فيه البيان. (٥)

ثانياً- توضيح القاعدة :تبين هذه القاعدة أن من أقر بشيء إقرارا باطلا لم يطالب بالبيان ولم يؤخذ بإقراره لانعدام الفائدة. (٦)

ثالثاً- مثال القاعدة ودليلها :رجل أقر بقتل آخر و قد كان قُتل منذ زمن بعيد، فلن يكالب بالتوضيح والشرح ولن يصدق أيضا، لأنه ميت لا يقتل. (٧)

---

١ الماوردي، الحاوي (٣٤/٧).

٢ الحسيني، محمود حمزة، الفرائد البهية في القواعد الفقهية، مطبعة حبيب خالد، دمشق، ١٢٩٨هـ، ص:١٤٥.

٣ البورنو، موسوعة القواعد الفقهية (٢٤٤/٢).

٤ الحسيني، الفرائد البهية، ص: ١٤٥، البورنو، موسوعة القواعد الفقهية (٢٤٤/٢).

٥ الحسيني، الفرائد البهية، ص: ٢٨.

٦ البورنو، موسوعة القواعد (٢٣٨/٢).

٧ المصدر السابق (٢٣٨/٢) بتصرف.

القاعدة رقم (٦)

أولاً- عبارة القاعدة :الإقرار بأصل العقد إقرار بشرطه. (١)

وبعبارة أخرى: الإقرار بالعقد إقرار به وبما هو من شرائطه. (٢)

ثانياً- توضيح القاعدتين :تدل هاتان القاعدتان على أنّ من أقر بعقد،لزمه جميع مقتضيات العقد من اللوازم والشروط وإن لم يصرح بها. (٣)

ثالثاً- مثال القاعدتين :فيما لو تنازع البائع والمشتري على أجل العقد فالاعتبار لقول المدعي عند أبي حنيفة لكونه شرطا في صحة العقد وهو داخل في إقراره و إنكاره له تراجع عن الإقرار أصالة. (٤)

القاعدة رقم (٧)

أولاً- عبارة القاعدة :الإقرار بالنسب وإن لم يعمل في إثبات النسب لمانع كان عاملاً في الحرية. (٥)

ثانياً- توضيح القاعدة :تبين القاعدة أن من أقر بنسب لشخص يدعيه ثم لم يثبت نسبه لسبب ما كما أن لو كان المقر له عبدا مجهول النسب فإنه يحرر رغم أن نسبه لايثبت. (٦)

ثالثاً- مثال القاعدة : إذا قال شخص لعبده المعروف نسبه من غيره "أنت إبني"، يعتق بذلك، و يعتبر قوله: أنت إبني كناية عن صيغة أعتقتك أو حررتك، و إن لم يثبت نسبه منه. (٧)

القاعدة رقم (٨)

أولاً- عبارة القاعدة :إقرار الزوج بما ينافي النكاح يبطله. (٨)

ثانياً- توضيح القاعدة ودليلها : إقرار الزوج بما يخالف النكاح يبطله، وكل أمر لا يصح وجوده مع وجود

---

١ السرخسي، المبسوط (٥/٣٧).

٢ المصدر السابق (١٣/٣٥)، البورنو، موسوعة القواعد (٢/٢٤٧).

٣ البورنو، موسوعة القواعد الفقهية (٢/٢٤٧).

٤ السرخسي، المبسوط (١٣/٣٥).

٥ السرخسي، المبسوط (١٧/١٠٦)، البورنو، موسوعة القواعد الفقهية (٣/٢٥٠).

٦ البورنو، موسوعة القواعد الفقهية (٢/٢٥٠).

٧ السرخسي، المبسوط (١٧/١٠٦).

٨ السرخسي، محمد بن أحمد، شرح كتاب السير (الكبير) لمحمد بن الحسن، تحقيق صلاح الدين المنجد، مطبعة شركة الإعلانات الشرقية، ١٩٧١م (٦/٥٤٦-٥٤٧)، البورنو، موسوعة القواعد الفقهية (٢/٢٥١).

النكاح يعتبر مخالفا للنكاح . (١)

ثالثاً : مثال القاعدة: أقرّ زوج بارتداده عن الإسلام بطل نكاحه لأن الارتداد سبب مانع للنكاح بداية. (٢)

القاعدة رقم (٩)

أولاً- عبارة القاعدة : الإقرار بعد الإنكار صحيح. (٣)

وفي عبارة: من أنكر حقاً لغيره ثم أقرّ به قبل. (٤)

ثانياً- توضيح القاعدتين : بيان القاعدتين أن من أنكر حقا ثم عاد فأقر بعض الحق فيقبل منه و لا يرد لإنكاره الأول.(٥)

ثالثاً- مثال القاعدتين : ادعى رجل فقال لآخر: أنا ابنك، فأنكر الثاني دعوى الأول و لم يثبت النسب، و لكنه إن رجع فأقر له بنسبه بعد إنكاره يصح ذلك ويثبت نسبه. (٦)

القاعدة رقم (١٠)

أولاً- عبارة القاعدة : كل من كان له على رجل مال في ذمته فأقرّ به لغيره قبل.(٧)

وفي عبارة: إذا كان له على رجل في ذمته مال فأقرّ به لغيره جاز في الحكم. (٨)

ثانياً- توضيح القاعدتين ودليلهما : تقول القاعدتان بأن من ثبت له مال في ذمة غيره فأقره لشخص ثالث كان المال للثالث، لما ترجح الصدق. (٩)

ثالثاً- مثال القاعدتين: كما لو أقر سعيدٌ ألف درهم لزيد. و لكن أقر زيد بالألف لعمرو ثبت الألف

---

١ البورنو، موسوعة القواعد الفقهية (٢/٢٥١).

٢ المرجع السابق (٢/٢٥٦).

٣ الماوردي، الحاوي (١٧/٣٦)؛ البورنو، موسوعة القواعد الفقهية (٢/٢٤١).

٤ ابن الوكيل، محمد بن عمر، الأشباه والنظائر، تحقيق: أحمد العنقري عادل الشويخ، مكتبة الرشد، الرياض، ط٢، ١٤١٨هـ (٢/٢٣١)؛ السبكي، الاشباه والنظائر (١/٣٤٧).

السيوطي، الاشباه والنظائر، ص: ٧١٨.

٥ البورنو، موسوعة القواعد الفقهية (٢/٢٣٤).

٦ الماوردي، الحاوي (١٧/٣٦).

٧ الجصاص، أبو بكر بن محمد، كتاب القواعد، تحقيق: عبد الرحمن الشعلان، وحميل العسيلي، مكتبة الرشد، ط١، ١٤١٨هـ، (٤/٩٦٣)؛ السيوطي، الأشباه والنظائر، ص: ٧١٩.

٨ السيوطي، الأشباه والنظائر، ص: ٧١٧.

٩ السبكي، الاشباه والنظائر (١/٣٣٨).

له. (١)

القاعدة رقم (١١)

أولاً- عبارة القاعدة :الإقرار آكد من البينة. (٢)

ثانياً- توضيح القاعدة ودليلها :بيانها أن الإقرار أقوى في الحجية من الشهادة، بدليل أنّ مع الإقرار يستحيل وجود الشك في الحق فالعاقل لا يجلب الضرر لنفسه بنفسه، أما الشهادة فلازالت إمكانية الشك والكذب فيها باقية. (٣)

ثالثاً- مثال القاعدة :إن أقر الراهن بأنه قبض الرهن من المرتهن ثم عاد فأنكره بقوله: أقررت بذلك ولم أكن قبضت شيئًا، أو أقر المرتهن بأنه قبض ثم عاد فأنكر، فالقول المعتبر هو قول المقر له وهو المرتهن في المثال الأول والراهن في المثال الثاني فإن طالب المنكر المدعي باليمين فعلى الصورتين، الأول لا يلزمه يمين، لأن الإقرار أقوى من البينة.(٤)

القاعدة رقم (١٢)

أولاً- عبارة القاعدة :الإقرار بالظرف لا يكون إقراراً بالمظروف والعكس(٥)

ثانياً- توضيح القاعدة ودليلها :بيانها أن الإقرار بأحد الإثنين من الظرف والمظروف لا يتعدى إلى الثاني لاختلافهما،و الحال أن المقر لم يجمعهما في إقراره، لأنه لا يثبت الإقرار إلا إذا كان محققا و خاليا عن الشك طبقا لما قاله الشافعية(٦) و حسب أصح أقوال الحنابلة (٧) وفي قول عند المالكية أيضا. (٨)

أما الأحناف فلقد قالوا: الظرف و المظروف شيء واحد والإقرار بأحدهما إقرار بالثاني كأن يقول :" له علي

---

١ هذا المعنى فهمته من خلال الأمثلة.

٢ ابن فرحون، تبصرة الحكام (٣٣/٢)، ابن قدامة، المغني (١٧١/٥).

٣ ابن قدامة، المغني (٣٣٦/٥).

٤ ابن قدامة، المغني (٤٦/٤).

٥ البغوي، الحسين بن مسعود، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، تحقيق: عادل عبد الموجود وعلي محمد، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٨هـ، (٢٥٣/٤).

٦ البغوي، التهذيب (٢٥٣/٤).

٧ ابن قدامة، المغني (٣٠٠/٥، ٣٠١)، البهوتي، منصور بن يونس، كشاف القناع عن متن الإقناع، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٢هـ (٤٨٦/٦)، الفتوحي، محمد بن أحمد، معونة أولي النهى شرح المنتهى، تحقيق: عبد الملك عبد الله، دار خضر، بيروت، ط١، ١٤١٦هـ، (٥٦٧/٨).

٨ الدردير، الشرح الكبير (٤٠٩/٣)، مع الإشارة إلى أن الخلاف عندهم إذا كان للظروف يستقل بدون ظرفه كالثوب، وأما إن كان لا يستقل بدون ظرفه فإن الظرف يلزم اتفاقاً عندهم، انظر الدردير، الشرح الكبير (٤٠٩/٣).

تمر في جراب" فيلزمه التمر مع الجراب؛ لأنَّ الإقرار بالتمر لوحده في الجراب إقرار بوجود سبب الضمان فيهما(١) وهو قول المالكية في العام بشرط أن لا يستقل المظروف عن الظرف مثل الزيت، فالظرف لازمٌ اتفاقاً عندهم.(٢)

ثالثاً- مثال القاعدة :أقر شخص بتمر في جراب لغيره لزمه التمر ، ولو قال "له عليَّ جراب فيه تمر"، يلزمه الجراب فقط. (٣) وعند الحنفية يلزمه في الحالتين.

القاعدة رقم (١٣)

أولاً- عبارة القاعدة :الإقرار حجة قاصرة: وفي عبارة: الأصل أنَّ المرء يعامل في حق نفسه كما أقرَّ به ولا يصدّق على إبطال حق الغير، ولا بإلزام الغير حقاً. (٤)

وفي عبارة: إقرار الإنسان على نفسه مقبول وعلى غيره غير مقبول. (٥)

وفي عبارة: إقرار المقر إنما يثبت في حقه خاصة. (٦)

وفي عبارة: الإقرار حجة قاصرة تظهر في حق المقر فحسب. (٧)

وفي عبارة: إقرار الإنسان على نفسه صحيح وعلى غيره لا.(٨)

وفي عبارة: الإقرار في إسقاط حق الغير لا يقبل.(٩)

وفي عبارة: إقرار المرء حجة على نفسه لا على غيره.(١٠)

ثانياً- توضيح القواعد :بيانها أن صاحب الإقرار لا يقر إلا على نفسه دون غيره فهو له ولاية على نفسه و ليست له ولاية على غيره تشتير، فالإرار مبني على الزعم وهو غير معتبر في حق غيره بالإضافة إلى أن

---

١ الكاساني، البدائع (٢٢٢/٧)، الحلبي، إبراهيم بن محمد، ملتقى الأبحر ، تحقيق: وهبي سليمان، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط١، ١٤٠٩هـ (١٢٤/٢).

٢ الدردير، الشرح الكبير (٤٠٩/٣)، ابن جزي، محمد بن أحمد، القوانين الفقهية، ضبطه وصححه محمد أمين الضناوي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٨هـ، ص: ٢٣٥.

٣ البغوي، التهذيب (٢٥٣/٤).

٤ الكرخي، أصول الكرخي، ص: ١٤٨.

٥ السيوطي، الأشباه والنظائر، ص: ٧١٧، الزركشي، المنثور (٢٨٧/١).

٦ المددي، محمد عميم الإحسان، قواعد الفقه، الناشر محمد حسن طارق، كراتشي، ط١، ١٤٠٧هـ، ص: ٦١.

٧ الدبوي، القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير، ص: ٤٨١.

٨ الندوي، المصدر السابق، ص: ٣٢٤.

٩ الندوي، القواعد والضوابط الفقهية (٧٤/٢).

١٠ السرخسي، المبسوط (٤٩/٩).

يحتمل أن يكون المقر كاذبا في إقراره على نفسه لغلط حق شخص ثالث (١)

ثالثاً- أدلة القواعد :

١- جاء ماعز بن مالك إلى النبي صلى الله عليه وسلم، فقال: يا رسول الله، طهّرني، فقال: ويحك إرجع فاستغفر الله وتب إليه، قال: فرجع غير بعيد ثم جاء فقال: يا رسول الله، طهّرني، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ويحك إرجع فاستغفر الله وتب إليه، قال: فرجع غير بعيد ثم جاء فقال: يا رسول الله، طهّرني، فقال النبي صلى الله عليه وسلم مثل ذلك حتى إذا كانت الرابعة، قال النبي صلى الله عليه وسلم: فيم أطهرك؟ فقال: من الزنا، فسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم: أبه جنون؟ فأخبر أنه ليس بمجنون، فقال أشرب خمراً؟ فقام رجل واستنكهه فلم يجد فيه ريح خمر، قال فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أزنيت؟ قال: نعم، فأمر به فرجم.(٢)

٢- أتت امرأة من جهينة إلى النبي صلى الله عليه وسلم وهي حبلى من الزنا فقالت: يا نبي الله، أصبت حدا فأقمه عليّ، فدعا نبي الله صلى الله عليه وسلم وليّها فقال: أحسن إليها، فإذا وضعت فأتني بها ففعل، فأمر نبي الله صلى الله عليه وسلم فشدت عليها ثيابها فرجمت ثم صلى عليها....(٣)

٣- ليس للمقر إلا ولاية على نفسه لا على غيره.

وجه الاستدلال :فالرسول صلى الله عليه وسلم لم يطالب ماعزا باخبار اسم المرأة التي وقع بها ولا المرأة الغامدية باخبار اسم الرجل وذا دليل على أن الإقرار حجة قاصرة.

رابعاً- أمثلة هذه القواعد :

- إن أقرت امرأة لا يُعرف نسبها بالرق لشخص ما وصدّقها المقر له تثبت بذلك أمّا له، مع أن نكاح زوجها باق، ولا يلزم على الزوج الضمان للمقر له إن كان قد أعطاها مهرها من قبل. (٤)

- لو أقر الشخص المؤجر أنّ الدار التي أجرها هي ليست له فلا تنفسخ الإجارة(٥)، إلا أن تقوم بينة أخرى.

---

١ الزرقا، موسوعة القواعد (٢/٢٢٨).

٢ مسلم – صحيح مسلم وبهامشه شرح النووي، ١/١٩٩-٢٠١.

٣ مسلم – صحيح مسلم والنووي، ١١/٢٠٥.

٤ الكرخي، أصول الكرخي، ص: ١٤٨.

٥ ابن نجيم، الاشباه والنظائر، ٣/٥٦.

المبحث الثالث

قواعد الإثبات بالشهادة

ويشتمل على ثلاثة مطالب:

المطلب الأول : تعريف الشهادة

المطلب الثاني : ثبوت الشهادة في الشريعة

المطلب الثالث : القواعد المتعلقة بحكم الشهادة وآثارها

المطلب الأول: تعريف الشهادة

الشهادة في اللغة: "الشهادة لغةً تنطبق على عدة معانٍ: فهي الخبر القاطع، والمشاهدة والمعاينة، وشهد الرجل المجلس شهوداً أي حضوراً، وشهد له: أي أدى ما عنده من شهادة، وشهد عند الحاكم أي صرّح بما يعلمه وأظهره".(١)

أما اصطلاحاً فالشهادة: عبارة عن "إخبار عدل حاكماً بما علم من حق للغير على الغير أو بأمر عام بلفظ خاص ليحكم بمقتضاه".(٢)

فمعنى بما علم: أي إخبارٌ فالشيء عن علمٍ لا عن الظن والشك.

ومعنى: بأمر عام: وذلك كإعلام العدول برؤيتهم الهلال.

ومعنى: من حق للغير على الغير: و هو قيد احترازي يخرج به الإقرار والدعوى عن هذا التعريف أما الأول فهو إخبار بحق الغير على المقر ، و أما الثاني فلأنه إخبار عن ثبوت الحق لنفسه على آخر. (٣)

المطلب الثاني: ثبوت الشهادة في الشريعة

الشهادة ثابتة بالكتاب والسنة والإجماع والعقل. (٤)

الفرع الأول: الكتاب

فالشهادة مذكورة في كثير من الآيات مثل:

١- الآية الأولى: ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ... وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَن تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَىٰ... وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ وَإِن تَفْعَلُوا فَإِنَّهُ فُسُوقٌ بِكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَيُعَلِّمُكُمُ اللَّهُ وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾.(٥)

---

١ ابن منظور، محمد بن مكرم، لسان العرب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط٣، ١٤١٣هـ، (٤/٤٢٣)؛ الرازي، محمد بن أبي بكر، مختار الصحاح، دار الكتاب العربي، بيروت، ط١، ١٩٦٧م، ص: ٣٤٩.

٢ لمحترز تعريف محمد عبد الله الشنقيطي، انظر: الشنقيطي، محمد عبد الله، تعاريف البينات فقه الإسلامي، مطابع دار الهلال، الرياض، ط١، ١٤١٢هـ، ص: ٩٥.

٣ الصاوي، أبو العباس أحمد، بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٥هـ، (٢/١٧٦)؛ الشنقيطي، تعاريف البينات، ص: ٩١.

٤ السرخسي – المبسوط (١٦/١١٢)، الماوردي – الحاوي، (١٧/٣)، ابن قدامة – المغني (١٢/٣).

٥ سورة البقرة، الآية: ٢٨٢.

طريق الاستدلال: لقد أمر الله تعالى العباد بالإشهاد في معاملات البيع و الدين لصيانة الحقوق؛ فهناك أسباب كثيرة قد تتسبب في ضياع الحق مثل التأخر في المطالبة والنسيان وجحود الحق، و أمر الله بها دليل على مشروعيتها،حتى أن جماعة من العلماء ذهبت إلى وجوب الشهادة وما ذلك بقولي اتباعا مذهب الجمهور و إنما الأمر هنا للندب. (١)

٢- الآية الثانية: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ﴾.(٢)

طريق الاستدلال: فالله سبحانه و تعالى في هذه الآية يمنعنا من كتمان شهادة الحق التي تسبب في ضياع حقوق الناس، في حين أن مال المسلم له حرمة كحرمة دماء المسلمين، ولذا شد الله في التعبير عندما واعد كاتم الشهادة فقال (فإنه آثم قلبه) أي يمسخ قلبه، و ذاك هو النفاق بعينه. (٣)

الفرع الثاني: السنة النبوية الشريفة

و أما ثبوت الشهادة في الأحاديث الشريفة فكثير من ذلك ما نورده هنا:

١- روى الأشعث بن قيس – رضي الله عنه – قال: كانت بيني وبين رجل خصومة في بئر، فاختصمنا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: (شاهداك أو يمينه). (٤)

٢- روى وائل بن حجر قال: (جاء رجل من حضرموت ورجل من كندة إلى النبي صلى الله عليه وسلم ، فقال الحضرمي: يا رسول الله، إنّ، هذا غلبني على أرض لي كانت لأبي، فقال الكندي: هي أرضي في يدي أزرعها ليس له فيها حق، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم للحضرمي: ألك بينة؟ قال:لا، قال: فلك يمينه..). (٥)

طريق الاستدلال: فالحديثان الشريفان السابقان صريحان في ثبوت الشهادة، حيث أن الرسول صلى الله عليه وسلم طالب المدعي بالشهادة "شاهداك" أي: لك ما يشهد به شاهداك، أو طالبه صلى الله عليه وسلم بالبينة، و منها الشهادة، و يستحيل أن الرسول صلى الله عليه وسلم يطالب أحدا بأمر غير مشروع. (٦)

---

١ ابن عادل، عمر بن علي بن عادل، اللباب في علوم الكتاب، تحقيق: عادل عبد الموجد وعلي محمد ومحمد رمضان، ومحمد المتولي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٩هـ، (٤/٤٨٠)، الجامع لأحكام القرآن، ٣/٣٨٩، ٤١٦. الزحيلي – وسائل الإثبات، ص: ١١٥.

٢ سورة البقرة، الآية: ٢٨٣.

٣ ابن عادل – اللباب (٤/٥١٤). القرطبي – الجامع لأحكام القرآن، ٣/٤١٥، ٤١٦. الزحيلي – وسائل الإثبات، ص: ١١٦.

٤ مسلم – صحيح مسلم وبهامشه شرح القاضي عياض، ١/٤٣٥.

٥ المصدر السابق، ١/٤٣٦.

٦ النووي – شرح النووي على مسلم، ١/١٦٠. الزحيلي – وسائل الإثبات، ص: ١١١، ١١٨.

الفرع الثالث: الإجماع

:لقد ثبت إجماع العلماء في ثبوت الشهادة منذ زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى اليوم و لم يختلف الناس في حجيتها. (١)

الفرع الرابع: ثبوتها من حيث العقل

المجتمع البشري مليء بالنزاعات والخلافات التي يسببها النسيان و الإنكار فيحتاج عندها إلى إثبات الحقوق و إبعاد الظلم و تنوير النفوس و بالتالي إلى إصلاح الأمور والصلات.و ذاك أمر فطري لا يمكن أن يستغني عنه إنسان.(٢)

المطلب الثالث: القواعد المتعلقة بحكم الشهادة وآثارها

القاعدة رقم (١)

أولاً- عبارة القاعدة: كتمان الشهادة كبيرة ويحرم التأخير بعد الطلب. (٣)

ثانياً- توضيح هذه القاعدة: بيان القاعدة أن من علم الحق يقينا ثم طولب بالشهادة له و لم يكن هنالك من يشهد بالحق كأن مات أو جن، يلزم عليه أن يُدلي بالشهادة فرض عين عليه و إنكارها أو التأخير عن إدلائها عند القاضي كبيرة محرمة. (٤)

ثالثاً- دلائل القاعدة

١- قال الله تعالى ﴿وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا﴾.(٥)

طريق الاستدلال: و هو نهي عام يشمل حال التحمل وحال الأداء. (٦)

٢- قال الله تعالى ﴿وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ﴾.(٧)

---

١ الشربيني – مغني المحتاج (٤/٤٢٦)، ابن قدامة – المغني: ١٢/٣.

٢ الماوردي – الحاوي: ١٧/٣. ابن قدامة – المغني: ١٢/٤. القرطبي – الجامع لأحكام القرآن: ٣/٤١٦.

٣ ابن نجيم: الأشباه (٢/٣٦٨).

٤ ابن العصكفي: الدر المختار ٥/٤٦٣، الدردير: الشرح الكبير (٤/١٩٩)، الشربيني: مغني المحتاج (٤/٤٥٠)، المقنوسي: محمد بن أحمد، مقولة أولي النهى، شرح المنتهى: دار مختصر، بيروت، ط١، ١٤٠٦هـ ج: ٩، ص: ٣١٢.

٥ سورة البقرة، الآية: ٢٨٢.

٦ الاسيوطي: جواهر العقود ص: ٦١٠.

٧ سورة البقرة، الآية: ٢٨٣.

طريق الاستدلال: فلقد منعنا الله سبحانه وتعالى هنا من كتمان شهادة الحق التي يضيع حقوق الناس، و لقد جعل الله سبحانه لمال المسلم حرمة كحرمة دمه ، ولذا شد الله في التعبير في الآية (فإنه آثم قلبه) أي تمسخ قلبه. (١)

٣- والشهادة تعتبر أمانة من جهة في الأداء عند الطلب مثل الوديعة(٢)، كما قال الله تعالى ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾.(٣)

رابعاً- مثال القاعدة : شهد رجلان على عقد نكاح ولم يتوفر غيرهما إما بسبب الغياب أو الموت أو الفسق ثم طلبهما القاضي للأداء وجبت عليهما الشهادة. (٤)

قاعدة رقم (٢)

اولاً- عبارة القاعدة. :البينة حجة في حق الكل(٥)

وفي عبارة: البينة حجة متعدية إلى الناس كافة. (٦)

وفي عبارة: البينة حجة في حق الناس كافة. (٧)

ثانياً- توضيح القواعد وادلتها :بيانها أن الشهادة حجة شرعية ثابتة في حق جميع من له صلة بالقضية بخلاف الإقرار الذي لا يثبت إلا في حق المقرّ. (٨)

ثالثاً- مثال القواعد :شخص أثبت مالاً له في ذمة بالشهادة خلاف وارث واحد فتتعدى الشهادة إلى باقي الورثة أيضا. (٩)

---

١ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن (٤٠٥/٣)؛ ابن عادل، اللباب (٥١٤/٤)؛ السيوطي، جواهر العقود، ص: ٦١٠؛ الزحيلي، وسائل الإثبات، ص: ١٩٦.

٢ الدوسي، زين الدين المنجي، الممتع في شرح المقنع، تحقيق: عبد الملك عبد الله، دار خضر، بيروت، ط١، ١٤١٨هـ (٣٠٨/٦)؛ ابن قدامة، المغني (٤/١٣).

٣ سورة النساء، الآية: ٥٨.

٤ الشربيني، مغني المحتاج (٤٥٠/٤) بتصرف.

٥ السرخسي – المبسوط (٨٣/٧).

٦ المصدر السابق، (٨/١١).

٧ الندوي – القواعد والضوابط، ص: ٤٨٣.

٨ البورنو – موسوعة القواعد (١٢٨/٣)؛ (١٦٥/٦)؛ الزرقا – شرح القواعد الفقهية، ص: ٣٩٥؛ شبير، محمد عثمان، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية، دار الفرقان، عمان، ط١، ١٤٢٠هـ، ص: ٣٥٠.

٩ حيدر، علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، منشورات مكتبة النهضة، بيروت، بغداد، (٦٩/١).

القاعدة رقم (٣)

أولاً- عبارة القاعدة :البينة لا تصير حجة إلا بالقضاء.(١)

وفي عبارة: الشهادة لا توجب الحق ما لم يتصل بها قضاء القاضي. (٢)

وفي عبارة: الشهادة لا تصير حجة ملزمة إلا بقضاء القاضي. (٣)

ثانياً- توضيح القواعد ودليلها :بيانها أن الشهادة حجة مشروعة في الأدلة الأربعة لإثبات الحقوق، وذلك لا يكون إلا بالقضاء، وبما فإنها تلزم أن تكون اما القاضي حتى يفصل على أساسها. (٤)

ثالثاً- أمثلة القواعد: [٥]شهد رجلان بقتل أبي رجل ثالث فلايصح قتله من قبل ولي القتيل إلا أن يفصل بذلك القاضي. شهد شخصان أمام ثالث بأنّ المال في يد الرابع ملك لأبي الثالث و قد غصبه الرابع من أبي الثالث ،والثالث هو الوارث الوحيد لأبيه ،فلا يصح له أن يأخذ حقه منه إلا إذا شهدا الشاهدان أما القاضي ثم فصل القاضي في حقه.

قاعدة رقم (٤)

أولاً- عبارة القاعدة :الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان. (٦)

وفي عبارة: الثابت بالبينة كالثابت بالعيان أو المعاينة. (٧)

وفي عبارة: الثابت بالبينة كالثابت باتفاق الخصم. (٨)

وفي عبارة: الثابت بالبينة كالثابت بمعاينة سببه أو تصادقهم عليه. (٩)

ثانياً- توضيح القواعد ودليلها :بيانها أن كل مدعى به ثبت عبر الشهادة فهو في درجة ما يثبت بالعلم

---

١. الدبوسي – القواعد والضوابط، ص: ٣٨٣.

٢. السرخسي – المبسوط (٢٠/٢٨١).

٣. الكاساني – البدائع (٦/٢٧٧).

٤. الكاساني – البدائع (٦/٢٧٧)، البورنو – موسوعة القواعد (٦/١٧٥)؛ الزحيلي – وسائل الإثبات، ص: ١٣٩.

٥. السرخسي – المبسوط (١٠/١٢٦، ١٢٧).

٦. الحدوي – قواعد الفقه، ص: ٧٣.

٧. الدبوسي – القواعد والضوابط، ص: ٣٥٤؛ السرخسي – المبسوط (١٩/٥٣).

٨. السرخسي – المبسوط (٣٠/١٤٦).

٩. الحدوي – قواعد الفقه، ص: ٧٣.

القاطع و كأنما ثبت بالعيان في حق المثبت.(١)

ثالثاً- مثال القاعدة :أشهد المشتري على أن الوكيل قد استلم منه الثمن و أنه قد وفاه ولكن الوكيل منكر، فحينها تبرأ ذمة المشتري من دفع الثمن، أما الوكيل فيبقى ضامنا للثمن، لأنّ الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة. (٢)

قاعدة رقم (٥)

أولاً- عبارة القاعدة :- البينة حجة شرعية يجب العمل بها بحسب الإمكان ما لم يتضمن العمل بها إبطال بينة اتصال بها القضاء، لأنّها ترجّحت باتصال القضاء بها. (٣)

وفي عبارة: الشهادة على إبطال قضاء القاضي لا تقبل. (٤)

ثانياً- توضيح القاعدتين ودليلهما :بيانها أنه لا تصح شهادة شاهدان لرد قضاء القاضي الذي صدر طبقا لأصول الشريعة.وقضاء القاضي يبقى باق حتى يخالف أصول الشريعة و مقاصدها، و كان ذلك لما ترجحت الشهادة للمصاحبة للقضاة فتقوت وترجحت. ثم أن كل قضاء تم موافقا لأصول ومقاصد الشريعة لا يصح إبطال إبقاء لأهمية القضاء في أعين المجتمع. (٥)

ثالثاً- مثال القاعدتين :قضى القاضي بالبينة العادلة أو الإقرار في قضية تداين، فلا يصح للمدعى عليه أن يعاود الشهادة خلافا لحكم القاضي السابق لإبطاله. (٦)

قاعدة رقم (٦)

أولاً- عبارة القاعدة :الشهادة إذا بطلت في البعض بطلت في الكل. (٧)

ثانياً- توضيح القاعدة ودليلها : الشهادة شيء لا يتجزأ إلى أجزاء فإذاأبطلها القاضي في بعض أجزاء

---

١ البرزلي – موسوعة القواعد (٦/١٥٥٤)، حيدر – درر الحكام (١/٦٥).

٢ السرخسي – المبسوط (١٩/٩٣).

٣ الدردير – القواعد والضوابط، ص: ٤٨٣.

٤ السرخسي – المبسوط (١٨٣/٣٦).

٥ البرزلي – موسوعة القواعد الفقهية، ١٦٧٧/٦.

٦ المصدر السابق، (١٦٧/٦)، وانظر أمثلة أخرى في: السرخسي – المبسوط، ١٨٣/٣٦.

٧ الحسيني – الفوائد البهية، ص: ١٢٦، ١٢٧.

لسبب ما فإنها باطلة تباعا في جميع المدعي عليه. (١)

ثالثاً- أمثلة القاعدة :

١- ادعى رجل على آخر بمالين، معلوم و مجهول، ثم أتى بالشهدة عليهما لاثبات حقيه، فسترد شهادته في كلا المالين لاقتران المال المعلوم بالمجهول.

٢- إن أدلى الشهود شهادتهم على وقف وشروط بالتسامع، فالشهادة مردودة في كلا الأمرين، لاقتران الشروط بالوقف. (٢) لأن الشهادة مقبولة في الوقف بالتسامع و مردودة في الشروط به.

قاعدة رقم (٧)

أولاً- عبارة القاعدة :الشهادة إذا خالفت الدعوى بالسبب مع اتحاد الحكم صحت. (٣)

ثانياً- توضيح هذه القاعدة ودليلها :الشهادة تبقى صحيحة مقبولة حتى ولو ذكر الشاهدان سببا للمدعى به غير الذي ذكره المدعي بنفسه و بذلك يثبت الحكم أيضا إن كان مماثلا لدعوى المدعي. (٤)

ثالثاً- مثال القاعدة :ادعى شخص على آخر بألف تكفل بها عن ثالث وذكر اسمه ، ثم أدلى شهادة عدلين، و لكنهما شهدا أنّ المدعى عليه أقر بألف عن شخص رابع – شخص مختلف عن الذي سماه المدعي – فالدعوى مقبولة ويثبت المال للمدعي، أما تغير الأسباب فلا يضر فحكم الكفالة بين المدعي و الشاهدين. (٥)

القاعدة رقم (٨)

أولاً- عبارة القاعدة :الشهادة إذا خالفت الدعوى بنقص عنها مع اتفاق الشاهدين صحت. (٦)

ثانياً- توضيح القاعدة ودليلها :إن شهد الشاهدان و أنقصا عما يدعيه المدعي،وكان متفقان على

---

١ البورنو – موسوعة القواعد الفقهية (١٥٦/٦).

٢ الحسيني – الفرائد البهية، ص: ١٢٧، وانظر: الحموي – غمز عيون البصائر، ٣٣٣/٢. البورنو – موسوعة القواعد الفقهية (١٥٦/٢).

٣ الحسيني – الفرائد البهية، ص: ١٢٧.

٤ البورنو – موسوعة القواعد الفقهية (١٥٨/٦).

٥ الحسيني – الفرائد البهية، ص: ١٢٩، ١٣٠، ابن نجيم، إبراهيم بن محمد، الأشباه والنظائر مع غمز عيون البصائر للحموي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤٠٥هـ، (٣٦/٢)، البورنو – موسوعة القواعد الفقهية (١٥٨/٦) بتصرف.

٦ الحسيني – الفرائد البهية، ص: ١٢٨، وانظر: الحصكفي – الدر المختار (٤٩٣/٥)، ابن نجيم – الأشباه (٣٢٩/٢).

ذلك،فالشهادة مقبولة حسب شهادة الشاهدين لا دعوى المدعي، أما عند الزيادة فبخلاف ذلك. (١)

ثالثاً- مثال القاعدة :ادعى شخص على شخص آخر بأن له عنده ألف دينا ثم جاء بشاهدين فشهدا بسبعمائة، فالشهادة صحيحةو لكن القاضي سيقضي بسبعمائة لا بألف، و العبرة في ذلك للمشهود لا للمدعي. (٢)

القاعدة رقم (٩)

اولاً- عبارة القاعدة :الشهادة بأكثر من المدعي باطلة بخلاف الأقل. (٣)

وفي عبارة: الشهادة متى خالفت الدعوى بزيادة مقدارية أو اعتبارية لا تصح. (٤)

ثانياً- توضيح القاعدتين ودليلهما :بيانها أن الشهود لو أتو بزيادة فيما ادعاه المدعي كانت في المقدار أو في الإعتبار تبطل الشهادة في كلا الاعتبارين، و بما فالدعوى تبطل أيضا. (٥)

ثالثاً- أمثلة القاعدتين: (٦)

- ادعى شخص بأن له على شخص آخر ألف فأنكر المدعى عليه، فجاء المدعي بشهود عدل و لكنهما شهدا في حقه بألفين فالشهادة باطلة بسبب الزيادة في المقدار.

- كذلك إذا ادعى شخص على آخر داراً ورثها من أبيه، فأنكر المدعي عليه فجاء المدعي بشهود عدل و لكنهما شهدا في حقه بأن الدار المذكورة ملك للمدعي،فالشهادة باطلة أيضا،بسبب الزيادة في الاعتبار؛ فدعوى المدعي كانت مقيدة بالإرث، أما الشهادة لم تتقيد به،و القاعدة تقول أن الاطلاق أكثر اعتبارا من التقييد في الاعتبار.

---

١ البورنو – موسوعة القواعد الفقهية (٩/٢٦٠).

٢ الحسيني – الفرائد البهية، ص: ١٢٩؛ البورنو – موسوعة القواعد الفقهية (٦/١٦٠)، وانظر: الحصكفي – الدر المختار (٥/٤٩٢).

٣ الحصكفي – الدر المختار (٥/٤٩٢)؛ الهندي – قواعد الفقه، ص: ٦٨.

٤ الحسيني – الفرائد البهية، ص: ١٢٨.

٥ الحسيني – الفرائد البهية، ص: ١٢٨؛ البورنو – موسوعة القواعد الفقهية (٦/١٦٢).

٦ الحسيني – الفرائد البهية، ص: ١٢٨ بتصرف؛ الطرابلسي، علي بن خليل، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، ومعه لسان الحكام لابن الشحنة، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ط٢، ١٣٩٣هـ، ص: ١٠٧؛ ابن الشحنة – لسان الحكام، مكتبة مصطفى الباجي الحلبي، مصر، ط ٢، ١٣٩٣هـ، ص: ٢٤٧.

القاعدة رقم (١٠)

أولاً- عبارة القاعدة :البينة أقوى من استصحاب الحال. (١)

ثانياً- توضيح القاعدة ودليلها :علما بأن الاستصحاب هو إقامة حكم على حكم آخر سابق لانعدام الدليل المغير، فإذا جاء أحد بالشهادة خلاف الاستصحاب كانت الشهادة دليلاً على التغير، لأنّ الشهادة صريحة والاستصحاب دلالة، والقاعدة تقول أن الصريح أقوى من الدلالة. (٢)

ثالثاً- مثال هذه القاعدة :رجل طلق زوجته أو خالعها ثم ادعى بأنها زوجته وجاء بوثيقة الزواج تاريخها متقدم على تاريخ دعوى الطلاق أو الخلع ،كبينة تثبت الزواج فلن يقبل قوله ،أم إذا صح أنه راجعها بعد طلاق رجعي أو نكحها مرة أخرى بعد طلاق بائن. (٣)

القاعدة رقم (١١)

أولاً- عبارة القاعدة :ما يبطل الشهادة لمخالفتها الدعوى في المقدار أو الاعتبار بالزيادة يبطلها لمخالفتها بذلك في الزمن. (٤)

ثانياً- توضيح القاعدة ودليلها :كما سبق أن ذكرنا بأن الشهادة الزائدة في المقدار أو الاعتبار باطلة فكذلك الحكم في الشهادة الزائدة في الزمن أن النقصان فلا تبطل. (٥)

ثالثاً- مثال القاعدة :ادعى رجل يسار عند آخر بأنها له منذ سنة فأنكر المدعي عليه، فجاء المدعي بشهادة تشهد له بأنها له منذ عشرين سنة،فالشهادة باطلة لمخالفتها في زيادة الزمن، و تقبل خلاف ذلك. (٦)

---

١ السرخسي – المبسوط (٣٠/٤٦:٦)؛ البورنو – موسوعة القواعد الفقهية (٦/١٢٧).

٢ البورنو – موسوعة القواعد الفقهية (٦/١٢٢).

٣ البورنو – موسوعة القواعد الفقهية (٦/١٢٧).

٤ الحسيني – الفرائد البهية، ص: ١٢٩.

٥ الحسيني – الفرائد البهية، ص: ١٢٩؛ البورنو – موسوعة القواعد الفقهية (٦/١٦٦).

٦ ابن عابدين – رد المحتار (٥/٤٩٢)؛ الحسيني – الفرائد البهية، ص: ١٢٩.

القاعدة رقم (١٢)

أولاً- عبارة القاعدة :التناقض يمنع صحة الشهادة كما يمنع صحة الدعوى. (١)

وفي عبارة: التناقض في الدعوى يمنع قبول الشهادة، لأنّ التناقض في الدعوى يمنع صحة الدعوى. (٢)

ويقابلهما: التناقض في الدعوى لا يمنع قبول البينة. (٣)

وفي عبارة: التناقض لا يمنع قبول البينة في الحرية. (٤)

ثانياً- توضيح القواعد ودليلها :إن ما يظهر من التناقض بين معنى القواعد السابقة ليس كذلك، فالمقصود أن المدعي إن أقام بينة على ما يدعي وقد كان منه في السابق ما يعاكس دعواه أو يخالفها مخالفة لا يمكن الجمع بينهما فحينها ترد دعواه، أما إذا كان الجمع والتوافق ممكنا بينهما فالدعوى مقبولة، و هذا يعني أن يُؤوّل كلام المتكلم بطريق يوافق بعضه البعض و لا يتضاد مع بعضه البعض. (٥)

و بعبارة أخرى إن التناقض لا يؤخذ به إلا في الخفي من الأمور وفي الحرية. (٦)

ومع ذلك يمكن إبعاد التناقض الظاهر في القواعد السابقة بإضافة بعض القيود إليها فنقول بأن التناقض أينما منع صحة الدعوى منع صحة الشهادة وأينما لم يمنع صحة الدعوى لم يمنع صحة الشهادة.

ثالثاً- أمثلة القواعد :امرأة وكّلت رجلاً حتى يقبض لها مهرها من زوجها فادعى الزوج أنّها اختلعت منه على كذا وكذا قبل ذلك، ثم شهد الوكيل و رجل آخر على الخلع على كذا وكذا، فشهادة الوكيل مقبوضة، للتناقض، لأنّ طلب الوكيل المهر من الزوج دليل على وجود النكاح، والشهادة بالخلع تناقض وكالته فالشهادة باطلة. (٧)

---

١ الحسيني – القواعد الفقهية، ص: ١٢٧.

٢ الندوي – القواعد والضوابط ص: ٤٢٧.

٣ الحميدي – قواعد الفقه، ص: ٧٢.

٤ ابن نجيم، الأشباه، ٢/٣٧٥.

٥ الندوي – القواعد والضوابط، ص: ٤٢٧، الدوريو – موسوعة القواعد الفقهية ٤/٤٨٩-٤٩٠.

٦ ابن نجيم، الأشباه، ٢/٣٧٥.

٧ الحسيني – القواعد الفقهية، ص: ١٢٧.

القاعدة رقم (١٣)

أولاً- عبارة القاعدة :ليس لمن وجب عليه أداء شيء أخذ أجرة عليه. (١)

ثانياً- توضيح هذه القاعدة ودليلها :أخذ الأجرة على الشهادة وإن لم تتعين عليه حرام في القول الأصح؛ لأنها أمانة في حقه بخلاف الكاتب، ثم أنه فرض كفاية، ولا يجوز أخذ الأجرة على فرض الكفاية مثل صلاة الجنازة، ثم أنه كلام بسيط لا مجهود فيه ليأخذ به أجرة.

و من لم يأد الشهادة المتعينة عليه إلا ببدل فذلك قدح في شهادة أصلا. (٢)

ثالثاً- مثال القاعدة :ادعى وحل على آخر بأنّ له عليه ألف، فأنكر المدعى عليه فجاء المدعي بشاهدين، و امتنع أحدهما عن الشهادة غلا مقابل مائة ؛ و هذا المال حرام له وهو "رشوة".(٣)

قاعدة رقم (١٤)

أولاً- عبارة القاعدة :الشيء ينفسخ بما هو مثله. (٤)

وفي عبارة: الشيء ينقضه ما هو مثله أو أقوى منه ولا ينقضه ما هو دونه. (٥)

وفي عبارة: الشيء لا ينقضه ما هو مثله أو دونه وينقضه ما هو فوقه. (٦)

ثانياً- توضيح القواعد ودليلها :بيانها أن الأحكام الثابتة بدليل لا يردها الدلائل الأقل منها في القوة ويردها ما كان أقوى منها، أما أمثالها ففيها تقاش؟(٧)

فالقاعدة عند جمهور الأصوليين أنّ الحكم الناسخ يجب أنْ يكون في قوة المنسوخ أو أقوى منه ولا يصح نسخ الأقل في القوة(٨)، وهذا في حال كون الناقض والمنقوض سواء، ثم تقوى المقصود نقضه عن طريق

---

١ البكري – الاعتناء (٢/١٠٢٣)؛ ابن عابدين – رد المحتار (٥/٤٦٣).

٢ الدردير – الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٤/١٩٩، ٢٠٠)؛ الغزالي – الوسيط (٧/٣٧٥)؛ الشربيني – مغني المحتاج (٤/٤٢٥)؛ الفتوحي – معونة أولي النهى (٩/ق ٣٢). ملاحظة: تصرفت بمعنى القاعدة على الشهادة لأنها موضوعنا.

٣ هذا المثال ضربته من خلال فهمي للقاعدة.

٤ المجددي، قواعد الفقه، ص: ٨٧.

٥ السرخسي، المبسوط (٢٥/٤٩).

٦ السرخسي، المبسوط (٢٥/١٧٩).

٧ البورنو، موسوعة القواعد (٦/١٩٤).

٨ الخضري، محمد الخضري، أصول الفقه، المكتبة التجارية، مصر، ط٦، ١٣٨٩هـ، ص: ٢٢٠.

دليل مرجح مثل السبق أو الاتصال بالقضاء فحينها لا يُنقض، والمثلية هنا اعتبارية لا حقيقية، فالأول أسبق وأيده القضاء فمنحه قوة على النقيض الآخر، و يثبت بذلك أن الحقيقة مختلفة، والنتيجة أن القواعد مماثلة في المعاني.(١)

ثالثاً- أمثلة القواعد

١- شهد شاهدان في أمر مالي ففصل القاضي حسب شهادتهما، فلو تراجعا عن الشهادة قضاء القاضي لن يبطل القضاء، أما المال فيضمنه الشاهدان حيث انهما أتلفاه على المشهود عليه بغير حق فالحكم في الأموال الضمان عند الخطأ والعمد. (٢)

٢- شهد شاهدان على ثالث بالسرقة، فقطعت يد السارق بشهادتهما ثم غير الشاهدان تعيين السارق فجاءا برجل آخر و قالا: هذا هو السارق ولقد أخذنا الوهم في الذي قطعت يده، فقضاء القاضي لن يبطل بل يغرم القاضي الشاهدين دية اليد المقطوعة، كما ثبت في الاثر أنّ شاهدين شهدا عند علي رضي الله عنه على رجل بالسرقة فقطع يده، ثم جاء الشاهدان برجل آخر فقالا: أوهمنا، إن السارق هذا يا أمير المؤمنين، فقال سيدنا علي رضي الله عنه: لا أصدقكما على هذا، وأغرمكما يد الأول، ولو علمت أنكما تعمدتما لقطعت أيديكما، والحادثة وقعت في حضور الصحابة — رضي الله عنهم — ولم نواجه أي إنكار من قبل أي صحابي و بالتالي فإنه إجماع. (٣)

و نستشهد من الأثر السابق أنّ قضاء علي رضي الله عنه الأول لم يبطل بقوله الثاني، لأنّ الأول يأيده القضاء فلا ينتقض بالقول الثاني المماثل له من حيث الشهادة،و الحقيقة أن القول الأول تقوى بسبب السبقية و التأييد بالقضاء.مع التوضيح ان الشهادة التي يُرجع عنها قبل الحكم بموجبها لا يصح العمل بها.(٤)

---

١ المرغيناني، الهداية مع النهاية (٣/٢٤١)؛ الماوردي – الحاوي (١٧/٢٥٥).

٢ ابن جزي، محمد بن أحمد، القوانين الفقهية، ضبطه وحققه محمد أمين الضناوي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٤١٨هـ، ص: ٢٣٣. الفتوحي، معونة أولي النهى (٩/٤٥٣٤)؛ ابن عبد البر الكافي في فقه أهل المدينة المالكي (٢/٩١٨)؛ عبدالرزاق، المصنف (٩/٤٠٤٦).

٣ الكاساني، البدائع (٦/٢٨٥٥)؛ وانظر: القرافي، أحمد بن إدريس، الذخيرة، تحقيق: محمد بوخبزة، دارالغرب الإسلامي، بيروت، ط١، ١٩٩٤م، (١٠/٣٠٧٠)؛ الماوردي — الحاوي (١٧/٢٥٦، ٢٥٧)؛ الفتوحي، المنتهى (٦/٣٧٦٣)؛ ابن قدامة المغني (١٢/١٣٩٣).

٤ البرتو، موسوعة القواعد الفقهية (٦/١٩٥٠).

القاعدة رقم (١٥)

أولاً- عبارة القاعدة :الشاهد إذا ردت شهادته لعلة ثم زالت العلة فشهد في تلك الحادثة لم تقبل. (١)

ثانياً- توضيح القاعدة ودليلها :بيان القاعدة أن الشاهد الذي شهد عند الحاكم و لم تقبل شهادته بسبب التهمة أو جرح شخصيته. ثم جاء و شهد بالشهادة مرة أخرى عند القاضي بعد زوال التهمة والجرح الذي وقع فيه، فشهادته مردودة فما رده القاضي باجتهاد لا ينتقض باجتهاد ثان منه، و السبب الثاني هو أن الشاهد صار متهما في الشهادة بالعودة فيها لأنه أراد ان يظهر العدالة حتى تقبل و ليزول ما حصل بردها. (٢)

ثالثاً- مثال القاعدة :شخصٌ فاسقٌ شهد أمام حاكم فردت شهادته بسبب فسقه، و بعدها تاب وكان صلحا وأدلى بالشهادة نفسها مرة أخرى فهي مردودة أيضا. (٣)

القاعدة رقم (١٦)

أولاً- عبارة القاعدة :الناس أحرار بلا بيان إلا في الشهادة والقصاص والحدود والدية. (٤)

ثانياً- توضيح القاعدة ودليلها :بيان القاعدة أنّ الإنسان حر في الأصل و لايحتاج إلى إثبات حريته في الحالات العامة إلا إذا كان الامر يتعلق بالشهادة والقصاص والحدود والدية، فالتحقيق مطلوب هنا، في حال كون الخصم مطعونا بالرق، أما عندما لا يكون مطعونا فلا يسأل،و السبب في ثبوت الحرية إما لأنه متواجد في ديار الحرية أو لأنه على الفطرة الآدمية الحرة.وبذلك يخرج من التحقيق ولكن لايثبت استحقاقه إلا بدليل موجب له. (٥)

ثالثاً- أمثلة القاعدة

١- مثال الشهادة – إذا شهد رجلان لرجل بحق من الحقوق، فقال للمشهود عليه هما عبدان، وإني لا أقبل شهادتهما حتى التأكد أنهما حران، فيسألان

---

١ ابن نجيم، الاشباه (٣٨٣/٢)، وانظر: الحسيني، الفرائد البهية، ص: ١٢٢.

٢ ابن فرحون، تبصرة الحكام (٢٠٠/١)، ابن قدامة، المغني (٨٣/١٢)، النووي، المنهج (٣٥٩/٩).

٣ ابن قدامة، المغني (٨٣/١٢)، الغزالي، الوسيط (٣٥٩/٧).

٤ ابن نجيم، الاشباه (٣٤١/٢).

٥ الحموي، غمز عيون البصائر (٣٤٢/٢، ٣٤٣).

٢- مثال الحد – قذف زيدٌ بكرا، ثم زعم زيدٌ أنّ المقذوف عبد(بكر)، فالقاذف لن يحد إلى ان يثبت المقذوف حريته.

٣- مثال القصاص – قطع زيدٌ يد بكر، و ادعى أن المقطوع عبد، فلن يُحكم بالقصاص حتى يثبت بكرٌ حريته.

٤- مثال الدية – قتل رجل آخر قتل خطأ، ثم ادعت العاقلة أنه عبد، فلن يقضى بالدية إلى أن يثبت أنه حر.(١)

القاعدة رقم (١٧)

أولاً- عبارة القاعدة: الأصل في الشهادة أن تكون عن مشاهدة وعيان.

وفي عبارة: الأصل في مستند الشاهد العلم اليقين.

وفي عبارة: الأصل في مستند الشاهد اليقين.

وفي عبارة: الأصل في الشهادة العلم واليقين.

ثانياً- توضيح القواعد:(٢) بيان القاعدة أنه الشاهد لا تصح له الشهادة حتى يكون على علم تام بما يشهد عليه وأقوى وسائل العلم هي علم المشاهدة والعلم اليقيني.

مع العلم بان ما يُشهد عليه من الأمور متفاوتة في الحصول على العلم التام فيها. فبعضها يؤخذ فيها بالشهادة إذا شهد بالمعاينة بالنظر فقط مثل القتل والسرقة والبعض الآخر لاينفع فيها المعاينة فقط و إنما يضاف إلى ذلك السماع أيضا مثل عقود النكاح والبيوع والإيجارات والطلاق على رأي الجمهور. فالأصوات تحتمل أن تشتبه ببعضها البعض، أما الحنابلة فتقول: أن السماع كاف شرط أن يعلم المتعاقدان علم اليقين بأنّه كلامهما.

و هنالك من الأمور ما يحصل العلم بها بالسماع الشائعات المتواترات،... و هي ما يقال الشهادة بالاستماع.

ومن العلم ما يُتحصل بالنظر والاستدلال(٣)، مثلما ما ورد أن أبا هريرة رضي الله عنه شهد أنّ رجلاً قاء

---

١ الحموي، غمز عيون البصائر (٣٤١/٢، ٣٤٢).

٢ الطرابلسي، علي بن خليل، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ط ٢، ١٣٩٣هـ، ص: ٦٨. الماوردي، الحاوي (٣٤/١٧) وما بعدها، ابن عبد الهادي، القواعد الكلية، ص: ٩٠، وزارة الأوقاف الكويتية، الموسوعة الفقهية (٣٣١/٢٦-٣٣٢).

٣ عبد الرزاق، عبد الرزاق بن همام، المصنف، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، منشورات المركز العلمي، جنوب أفريقيا، وكراتشي، ط١، ١٣٩٠هـ، (٢٤١/٩)، أقول: وردت هذه القصة عن عثمان رضي الله عنه، انظر: مسلم، صحيح مسلم (١٣٣/٣، ١٣٣٢).

خمراً فقال له عمر – رضي الله عنه – أتشهد أنّه شربها؟ فقال: أشهد أنه قاءها، فقال عمر: ما هذا التعمق؟! فلا وربك ما قاءها حتى شربها.

ثالثاً- أدلة القواعد

أولاً- من الكتاب :١- قول الله تعالى: ﴿إِلَّا مَنْ شَهِدَ بِالْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ﴾.(١)

٢- قول الله تعالى: حكاية عن إخوة يوسف عليهم السلام ﴿وَمَا شَهِدْنَا إِلَّا بِمَا عَلِمْنَا﴾.(٢)

٣- قول الله تعالى: ﴿وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ﴾.(٣)

وجه الاستدلال: نستنبط من هذه الآيات أنه لا شهادة إلا بالعلم. (٤)

ثانياً- السنة :ودليل هذه القواعد حديث ابن عباس ما ينص على أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكر عنده الرجل يشهد بشهادة فقال لي: يا ابن عباس "لا تشهد إلا على ما يضيء كضياء هذه الشمس، و أومأ رسول الله صلى الله عليه وسلم بيده إلى الشمس".(٥)

وجه الاستدلال: فالحديث صريح في وجوب قيام الشهادة أقوى وسائل العلم وهي للمشاهدة. (٦)

ثالثاً- مثال القواعد :أراد رجل أن يشهد في حادثة قتل، فشهادته لا تقبل إلا إذا كانت قائمة على العلم بحيث يكون قد عاين حادثة القتل، فيقول شاهدا " إني رأيت فلاناً يقتل فلاناً".

القاعدة رقم (١٨)

أولاً- عبارة القاعدة :البينة على المدعي واليمين على من أنكر. (٧)

ثانياً- توضيح القاعدة :بيانها أن مقال المنكر أقوى لأنه موافق للظاهر الذي ينفي الحق المدعى به، والقاعدة تنص ببراءة الذمة في الأصلو لم يبق إلا ان يجعل اليمين عليه، ثم أن جانب النفي لا يمكن إقامة

---

١ سورة الزخرف، الآية: ٨٦.

٢ سورة يوسف، الآية: ٨١.

٣ سورة الإسراء، الآية: ٣٦.

٤ انظر الماوردي، تفسير الماوردي (٦٨/٣)، راجع، مختصر تفسير ابن كثير (٦٩٧/١)، الموسوعة الفقهية، جماعة، إصدار وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ط ٢، ١٤٠٩هـ، (٢٣١/٢٦).

٥ الحاكم، محمد بن عبد الله المستدرك ، على الصحيحين، دار المعرفة، بيروت، ط١، ١٤١٨هـ (٩٨/٤) وقال عنه صحيح، وعلق الذهبي بقوله: فإن مكحول ضعفه غير واحد، وعمرو بن مالك كان يسرف الحديث.

٦ وزارة الأوقاف، الموسوعة الفقهية (٢٩٦/٢٣١).

٧ السيوطي، الاشباه ص٦ ٧٧٠، وانظر: م٧٦/ القلة.

البينة عليه، أما المدعي فهو مخالف للأصل والظاهر ويحاول أن يثبت ما ليس بثابت فيلزمه في ذلك أن يأتي ببينة ليقوي حجته و يثبت مدعاه. (١)

ثالثاً- دليل القاعدة :و دليل القاعدة قول الرسول صلى الله عليه وسلم "لو يعطى الناس بدعواهم لادّعى رجال دماء قوم وأموالهم، ولكن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه".(٢)

رابعاً- مثال القاعدة :ادعى رجل على آخر ألف درهم، فأنكرها، فعندها يجب على المدعي إثبات ما كان يدعيه ببينة، فالأصل في الذمة البراءة و تشريع البينة لم يكن إلا لإثبات ما يخالف الأصل. (٣)

---

١ الزرقاء: شرح القواعد الفقهية، ص: ٣٦٩، الزرقو، موسوعة القواعد (٣/١٣٢).

٢ مسلم: صحيح مسلم (٣/١٣٣٦).

٣ هذا المثال وضعته من خلال معنى القاعدة.

المبحث الرابع

قواعد الإثبات بالكتابة

ويشتمل على ثلاثة مطالب

المطلب الأول : تعريف اصطلاح الكتابة

المطلب الثاني : مشروعية الإثبات بالكتابة

المطلب الثالث : ما تثبت بالكتابة من الحالات

المطلب الأول: تعريف الكتابة

الكتابة في اللغة[١]: الكتابة في اللغة الخط، وهو تصوير اللفظ بحروف هجائه، والكتابة اسم للمكتوب، والكتاب اسم لما كتب مجموعاً.

الكتابة في الاصطلاح: لم تحظ الكتابة اهتماما مستقبلا من قبل الفقهاء كوسيلة مستقلة للإثبات ولكن استخدموا ألفاظا أخرى في ذلك المعنى مثل الصك والحجة والمحضر والسجل والوثيقة، فذكر البعض جميعها والبعض الآخر بعضها. (٢)

و ما نستند اليه في هذا المبحث من الدراسات السابقة في هذا الصدد هو التعريف العام للكتابة فهي عند الزحيلي بأنّها الخط الذي يعتمد عليه في توثيق الحقوق وما يتعلق بها، للرجوع إليه عند الإثبات. أو هي الخط الذي يوثّق الحقوق بالطريقة المعتادة ليرجع إليها عند الحاجة. (٣)

و يجب العلم أن مصطلح الكتابة شامل لجميع أنواعها المتعارف عليها في كل عصر، فهي شاملة لأنواعها المذكورة قديما و ما تداوله الناس من الكتابة الإلكترونية والمحررات والسندات الإلكترونية في العصرالحديث. (٤)

المطلب الثاني: مشروعية الإثبات بالكتابة

الفقهاء في هذا على مذهبين:

الأول: الكتابة ليست وسيلة مشروعة للإثبات إلا في بعض الحالات المخصوصةعلى رأي الجمهور وأحمد في رواية.(٥)

الثاني: إن الكتابة وسيلة مشروعة للإثبات على رأي المالكية و أحمد في رواية و بعض السلف والمتأخرين. (٦)

---

١ الفيومي، المصباح المنير (١٨٣/٢، ١٨٤)؛ ابن منظور، لسان العرب (٢٣/١٢) وما بعدها؛ الجرجاني، علي بن محمد الشريف، التعريفات، مكتبة لبنان، بيروت، ط١٩٨٥م، ص: ٢٩٢.

٢ الزحيلي، وسائل الإثبات، ص: ٤١٥-٤١٧.

٣ المصدر السابق، ص: ٤١٧.

٤ المصدر السابق، ص: ٤١٨.

٥ الحفدي، قواعد الفقه، ص: ١٢٧؛ الشربيني، مغني المحتاج (٣٩٩/٤)؛ الغزالي، الوسيط (٣١١/٧)؛ ابن القيم، الطرق الحكمية، ص: ٢٦٠.

٦ ابن القيم، الطرق الحكمية، ص: ٢٦٠، ٢٦٢ وانظر الزحيلي، وسائل الإثبات، ص: ٤١٣.

وسنتعرض هنا لعدد يسير من أدلة المذهبين لضيق المقام.

أولاً- أدلة من لا يرى الكتابة وسيلة مشروعة للإثبات.

١- إن المكتوب البشري يحتمل التزوير والتحريف، فالخط اليدوي لشخص واحد غير مميز عن غيره وبذلك لاتكون الكتابة دليلا للإثبات، ولقد أبطل ذلك دخول الاحتمال فسقط الإستدلال. (١)

والجواب أن الدعوى المذكورة نادرة الوقوع، والندرة لاعبرة لها، ثم أن هناك مختصون ماهرون يميزون الغث من السمين.

جواب آخر: إن قولكم ببطلان الاستدلال بوجود الاحتمال باطل، فالشهادة واليمين مما يقع فيه الاحتمال ومع رغم ذلك حجة شرعية عندكم. (٢)

٢- الكتابة لا تكون جادة دوما، وهي لعب و لهو أحيانا، فبذلك لا تكون دليلا.(٣) والفقهاء قد أجمعوا على أن العبرة بالمعاني لا بالألفاظ والمباني. (٤)

جواب القول : إن هذا مستبعد عقلا بأن يلعب الإنسان و يتسلى بتحرية كتاباته لحقوق الآخرين، وإجماع الفقهاء المذكور يرد قولهم، فالعبرة للمعاني لاللنقوش والعبارات، و يمكن أن يطبق قولهم على ما يكتبه عبثا، مثل الكتابة على.(٥)

ثانياً- أدلة من يعتبر الكتابة وسيلة مشروعة للإثبات

ولهم أدلة متعددة نتعرض لبعضها هنا.

أولاً: الكتاب :قول الله تعالى: ﴿ يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾ وقال تعالى: ﴿وَلْيَكْتُبْ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ﴾.(٦)

وجه الاستدلال :أمرالله سبحانه في هذه الآية بالكتابة دليل على مشروعيتها كوسيلة للإثبات بغض النظر عما قاله العلماء في وجوب الأمر بها أو الندب والإرشاد .

---

١ ابن عابدين: رد المختار (٥/٤٣٥)؛ الشربيني، مغني المحتاج (٤/٣٦٩).

٢ ابن فرحون، التبصرة (١/٢٨٤، ٢٨٥)؛ ابن القيم، الطرق الحكمية، ص: ٢٦٣.

٣ الزحيلي، وسائل الإثبات، ص: ٤٢٤.

٤ الزرقا، أحمد بن محمد، شرح القواعد الفقهية، تعليق مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم، دمشق، ط٢، ١٤١٩هـ، ص: ٥٥.

٥ الزحيلي، وسائل الإثبات، ص: ٤٢٤.

٦ سورة البقرة، الآية: ٢٨٢.

و بذلك تكون حجة احترازا من أن يذهب معنى الآية عبثا. والعياذبالله. (١)

ثانياً: السنة النبوية المطهرة : فلقد روي عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: لما فتحت مكة قام رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: من قتل له قتيل فهو بخير النظرين إما أن يودي وإما أن يقاد فقام رجل من أهل اليمن يقال له أبو شاه فقال: يا رسول الله، اكتب لي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: اكتبوا لأبي شاه. (٢)

وجه الاستدلال :إن أمر الرسول صلى الله عليه وسلم بالالتزام بالكتابة في الأحكام دليل على أنها مستند عند النزاع والحاجة كما كان يفعل الرسول في الأحكام والزكوات والديات لعمرو بن حزم فثبت أنها حجة مشروعة وقبلتها الأمة. (٣)

٢- قال الرسول صلى الله عليه وسلم "ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده". (٤)

وجه الاستدلال :فكتابة الوصية دليل على حجية الكتابة في الشريعة. (٥)

رأي الباحث :أما الباحث فيميل الى مشروعية الكتابة كوسيلة مقبولة للإثبات، لقوة الأدلة السابقة في ذلك، وللبلوى العام فيها . ثم أن القول بعدم صحة الكتابة حجة ، أمر يوقع في الحرج والمشقة ، وقد يتسبب في غمط الحقوق عندالعجز عن الإشهاد أوأنهم متعرضون للآفات البشرية الفطرية مثل الموت والنسيان أوالحوادث(٦)، والله أعلم.

ويلاحظ بعد التدبر في رأي الفقهاء أن ما يسبب في تراجعهم عن الأخذ بالكتابة كحجة شرعية هو ما يحتمل فيها من شبهة التزوير، فإذا إنتفت الشبهة عمل بها. (٧)

المطلب الثالث: ما تثبت بالكتابة من الحالات

الفرع الأول: الكتابة الحكومية

---

١ الجصاص، أحكام القرآن (١/٤٨١، ٤٥٤)؛ الزحيلي، وسائل الإثبات، ص: ٤٢٥.

٢ البخاري، صحيح البخاري، ص: ٢٢٤٧.

٣ الماوردي، الحاوي (١٦/٢١٢)؛ الزحيلي، وسائل الإثبات، ص: ٤٢٧.

٤ البخاري، صحيح البخاري، ص: ٥٠٤.

٥ ابن القيم، الطرق الحكمية، ص: ٢٦٢.

٦ الزحيلي، وسائل الإثبات، ص: ٤٣١.

٧ الشنقيطي، تعارض البينات، ص: ١٥٩.

إن تسيير أمور الدولة يحتاج إلى صور مختلفة من الكتابات مثل كتابة القاضي إلى قاض آخر أو إلى الديوان أو إلى أي جهة رسمية أخرى (١)؛ فقد ناقش الفقهاء بعضها، وسأتعرض لبعضها هنا مع ذكر القواعد الفقهية المتعلقة بها.

الفصل الأول: كتاب القاضي إلى القاضي(٢)

البند الأول: تعريف كتاب القاضي إلى القاضي:

وهو إرسال القاضي كتاباً حكمياً إلى قاض آخر في بلد آخر به حكم على شخص صار تحت سلطة القاضي المكتوب إليه القضائية حتى يتم تنفيذ الحكم تحت سلطته، أو أن يحتوي الكتاب على شهادة رجل أو رجلين لا يمكنهما الوصول إليه، أو تعديل شهود معينين. (٣)

الفصل الثاني: القاعدة الفقهية في حجية كتاب القاضي إلى قاض آخر

أولاً- عبارة القاعدة :كتاب القاضي إلى القاضي حجة في الأحكام(٤)

كتاب القاضي إلى مثله كالخطاب له في إثبات الحكم(٥)

الكتاب بمنزلة الخطاب(٦)

البيان بالكتاب كالبيان باللسان(٧)

ثانياً- توضيح القواعد : بيانها أن مكتوب القاضي إلى قاض آخر يعتبر حجة مشروعة تقوم مقام الخطاب، و هذا يعني الكتابات هي بمثابة الخطاب الشفهي في ترتب الأحكام عليها،نتيجتهما واحدة. (٨)

ولقد أجمع الفقهاء كلهم على جواز الإثبات بكتاب القاضي إلى القاضي. (٩)

ثالثاً- أدلة القواعد (١٠)

---

١ الزحيلي، وسائل الإثبات، ص: ٤٢٢.

٢ للعمل بكتاب القاضي إلى القاضي شروط، انظرها في الزحيلي، وسائل الإثبات، ص: ٤٤٨-٤٥٥، وقد أجاد وأفاد.

٣ أبو فارس، القضاء، ص: ٨٩، علبان، شوكت حلبان، الوجيز في الدعوى والإثبات في الشريعة الإسلامية، دار الراشد، الرياض، ط٢، ١٤٠٦هـ، ص: ٨٧.

٤ الجندي، قواعد الفقه، ص: ١٠٠.

٥ الحربي، القواعد والضوابط، ص: ١٢٨.

٦ الندوي، القواعد والضوابط، ص: ١٤٥، الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص: ٣٤٩.

٧ البورنو، موسوعة القواعد الفقهية (٤٦٢/١).

٨ البورنو، موسوعة القواعد (٤٦٢/١)، الحربي، القواعد والضوابط، ص: ١٢٨.

٩ ابن جزي، القوانين الفقهية، ص: ٣٢٢، الماوردي، الحاوي (٢٤١١/٦)، أبو فارس، القضاء، ص: ٩١.

١٠ سوف أذكر بعض هذه الأدلة.

أولاً: الكتاب :قال الله تعالى: ﴿إِنِّي أُلْقِيَ إِلَيَّ كِتَابٌ كَرِيمٌ * إِنَّهُ مِنْ سُلَيْمَانَ وَإِنَّهُ بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ * أَلَّا تَعْلُوا عَلَيَّ وَأْتُونِي مُسْلِمِينَ﴾.(١)

وجه الاستدلال: يقول الماوردي أنّ دليل حجية كتاب القاضي هو الآية الكريمة المذكورة آنفا(٢)، و هناك من الآيات الأخرى التي تؤيد نص هذه الآية مثل آية الدين وإن كانت شرع من قبلنا وبعض الأحاديث النبوية التي سأسردها هنا .(٣)

ثانياً: السنة النبوية :١- ورد عن الضحاك بن سفيان (أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب إليه أن ورّث امرأة أشيم الضبابي من دية زوجها). (٤)

وجه الاستدلال: إنّ الرسول صلى الله عليه وسلم لما أراد أن يأمر الضحاك بتنفيذ الحكم كتب إليه وهو دليل قبول الكتاب في الأحكام. (٥)

٢- كتاب النبي صلى الله عليه وسلم إلى أهل خيبر (إما أن يدوا صاحبكم وأما أن يؤذنوا بحرب).(٦)

وجه الاستدلال: إن الرسول صلى الله عليه وسلم كاتب اليهود في أمر مقتل عبد الله بن سهل واتهام اليهود به، و كتابة الرسول ي هذه القضية دليل على مشروعية كتاب القاضي. (٧)

ثالثاً: الإجماع :لقد ثبتت مشروعية كتاب القاضي إلى القاضي بالإجماع في عصر الصحابة رضي الله عنهم و توارثه العلماء حتى الآن. (٨)

رابعاً: ومن التأييدات لكون الكتاب بمثابة الخطاب في القضايا و الأحكام كتابُ الله تعالى إلى رسوله صلى الله عليه وسلم فإنه قائم مقام أوامره الخطابية نحوًا من الأمر والنهي التي تضمنها، وكذلك حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم فهو بمثابة خطابه صلى الله عليه وسلم المباشر لنا في الأوامر والمنهيات... و قياسا على

---

١ سورة النمل، الآيات: ٢٩-٣١.

٢ الماوردي، الحاوي (١٦/٢١٧).

٣ الزحيلي، وسائل الإثبات، ص: ٤٤٧.

٤ الترمذي، الجامع الكبير (٣/٨٣) وقال عنه حسن صحيح.

٥ الماوردي، الحاوي (١٦/٢١٢)، أبو فارس، القضاء، ص: ٥١.

٦ البخاري، صحيح البخاري، ص: ١٣٠٣.

٧ الزحيلي، وسائل الإثبات، ص: ٤٤٦.

٨ ابن قدامة، المغني (١١/٤٥٩).

ذلك فإن كتاب القاضي كخطابه المباشر في الأحكام و القضايا. (١)

رابعاً- مثال القواعد :كتب القاضي إلى قاضي آخر كتابا يحتوي على حكم بالنفقة على شخص قد صار إلى سلطته القضائية، فيجب على القاضي الثاني بموجب الكتاب من الأول بأن ينفذ الحكم بعد ان قد تأكد من صحة الكتاب وعدم تعرضه للتزوير.(٢)

الفصل الثالث: قواعد فقهية لها علاقة بديوان القاضي

قاعدة فقهية حول حجية الإثبات بديوان القاضي

اولاً- عبارة القاعدة :الخط لا آهمية له إلا في بعض المسائل مثل كتاب الأمان..، وكذلك شروط الأوقاف التي توفي شهودها في دواوين القضاة ولا تعامل بما بين العوام فإنه يسلك بما على ما في الدواوين المذكورة استحساناً. (٣)

ثانياً- توضيح القاعدة ودليلها :بيان القاعدة فيما إذا كان كتاب القاضي حجة أم لا . ففي ذلك اختلاف نذكره باختصار،فذهب الإمام أبويوسف ومحمد – وهو المفتى به عند الأحناف – و في أحد أقوال الشافعية و المالكية والحنابلة أنّه جائز، ويتبعه في الحكم من سبقه من القضاة إن سلم من التزوير والتحريف، وإن نسي القاضي خطه ولم يتعرف عليه و لم تكن هناك بينة عليها، و يتبعه في الحكم الصك في قبضة أحد المتخاصمين والمسجل في ديوان القاضي فهما حجة في الإثبات.... (٤)

و الاستحسان في القضية السابقة أنه بترك الاعتماد على كتاب القاضي يقوم الحرج ي إثبات حقوق العباد و ذلك خلاف مقاصد الشريعة.

و المذهب الثاني في ذلك قول أبي حنيفة رحمه الله و وافقه أحد أقوال الشافعية والحنابلة وهو أن كتاب القاضي المدون كان بخطه أو بخط غيره حجة مقبولة بشرطين:

الأول: بشرط ان يتحقق من كتابته فيتذكرها.

الثاني: عند وجود البينة على ديوان من سبقه، فإن لم يتعرف القاضي خطه فديوان القاضي مرفوض فهو

---

١ تنبيه: القواعد الكلية، ص: ٤٠٣ ونقد نقله عن شرح أدب القاضي للخصاف والنظر ابن حجر، أحمد بن علي، فتح الباري، دار الفكر، (١٤٠٩/١٣).

٢ هذا المثال وضعته من خلال معنى القواعد السابقة.

٣ الحسيني، الفرائد البهية، ص: ٦٧.

٤ الكاساني، البدائع (٢٧٣/٦)،الخصوي، غمز عيون البصائر (٣٠٦/٢). عليش، محمد عليش، فتح العلي المالك، مطبعة مصطفى الحلبي البابي الحلبي مصره ١٣٧٨هـ (٢٩٦/٢، ٢٩٢). الماوردي، الحاوي (٦ /٤٠٦)، ابن القيم، الطرق الحكمية، ص: ٢٦٠.

قضاء. (١)

نظر الباحث: فإني على المذهب الأول المطلق في جواز قبول كتاب القاضي في الأحكام لأسباب:

١- إنه من المستبعد ان يقع التزوير في ديوان القاضي فهو تحت أيد أمينة تحفظه.

٢- الأخذ بالقول الثاني يسبب الحرج للقاضي لتشابه الأمور واختلاطها ببعضها البعض و الحال أن الشريعة منعت الحرج كما في الآية (وما جعل عليكم في الدين من حرج). (٢)

٣- القول الثاني قد يتسبب في غمط حقوق الناس، و هذا مما يخالف مقاصد الشريعة، و ماتنصب القضاء إلا لحفظها و صيانتها من الأيدي الغاشمة.

٤- ماهية ديوان القاضي مثل كتاب القاضي لقاض آخر قبول الثاني يمنع رد الأول فهما متماثلان صورة وحكما. (٣)

ثالثاً- مثال القاعدة :دون القاضي عنده في ديوانه بعض الأحكام أو الشهادات، ثم مضى زمن و احتيجت حجة في قضية فحينها يمكن الاعتماد على ما كان قد دونه القاضي سواء أكان يتذكر خطه أم لا. (٤)

الفصل الرابع: قاعدة فقهية في عمل القاضي في ديوان من قبله من القضاة برأيه

أولاً- عبارة القاعدة :لا يعمل القاضي في سجل من قبله برأيه. (٥)

ثانياً- توضيح القاعدة ودليلها :بيان القاعدة ان القاضي إذا قدم له ديوان من سبقه من القضاة فعليه أن يتبع الديوان في أحكاماته و لا يخالفها، بخلا ما إذا قدم له كتاب قاض فله في ذلك أن يخال و يقضي برأيه. و الفرق أن الأول حكم و الثاني شهادة و يجب على القاضي اتباع الأحكام إذا وافق مجتهداً. (٦)

ثالثاً- مثال القاعدة :رجل قال لزوجته "أنت طالق البتة"، فاختلفا في نوع الطلاق فتخاصما عند فحكم لهما بالرجعي فهو رجعي عن محمد ، مع أن الزوج كان يرى الطلاق بائنا، ثم إذا رفعت القضية مرة اخرى

---

١ الكاساني، البدائع (٦/٢٧٣٠)، الشربيني، مغني المحتاج (٤/٣٩٩)، ابن القيم الطريق، ص: ٢٦٠.

٢ ينبغي الإشارة هنا إلى القاضي يجب عليه أن يتخذ كاتباً أميناً ورعاً ذكياً عالماً يكتب له الخصومات والدعاوى والأحكام ضماناً لعدم التزوير وحفظاً للحقوق، انظر الزحيلي، وسائل الإثبات، ص: ٤٦٤.

٣ ابن عابدين، رد المختار (٥/٣٧٠)، يوسف القاضي، والبينة، ص: ٥٠٨، ٥٠٩.

٤ هذا مثال مأخوذ من الزحيلي، وسائل الإثبات، ص: ٤٦٢ بتصرف.

٥ الحسيني، الفرائد البهية، ص: ٢١٦.

٦ المصدر السابق، ص: ٢١٦، وانظر: ابن عابدين، رد المختار (٥/٤٠٧).

اما قاض آخر و قضى بخلاف ذلك فلا يصح العمل به. (١)

الفصل الخامس: البراءات السلطانية

تعريف البراءات السلطانية :البراءات السلطانية هي الأوامر الكتابية التي تصدر من الحاكم الأعلى فيما يتعلق بموضوع خاص أو عام، وتكون ممهورة بخاتم الدولة وموقعة من رئيسها. (٢)

القاعدة الفقهية في حجية البراءات السلطانية

أولاً- عبارة القاعدة: لا عبرة بالخط عندنا إلا في مسائل منها كتاب الأمان... ومنها البراءات السلطانية.[٣]

ثانياً- توضيح القاعدة ودليلها: بيانها أن البراءات السلطانية نوع من الكتابات المشروعة كحجة للإثبات بسبب سلامتها من التزوير والتغيير. و ما يماثل البراءات السلطانية في العصر الحديث جميع قوانين وقرارت السلطة التشريعية والتنفيذية، فهي حجة عامة معلنة و سند لمن احتاج له. (٤)

ثالثاً- مثال القاعدة: أعطي رجل بقعة من الأرض المشاعة بقرار رسمي فهي ملكه و القرار سند ملكيته و حجة عند الخصام. (٥)

الفرع الثاني: الكتابة الصادرة من قبل الأفراد

الفصل الأول: سجلات الباعة والصرافة والسماسرة

قاعدة فقهية في بيان حجية سجلات الباعة والصرافة والسماسرة

أولاً – عبارة القاعدة: يعمل بدفتر السمسار والصراف والبياع(٦)

وفي عبارة : لا عبرة بالخط عندنا إلا في مسائل منها.. خط الصراف والسمسار. (٧)

ثانياً- توضيح القاعدتين: كما علمنا سابقا أن مسلك الأحناف العام عدم الأخذ بالكتابة إلا في أمور معدودة مثل سجلات الباعة والصرافة والسماسرة، و هي حجة عندهم في حد ذاتها من دون مرافقة امر

---

١ ابن عابدين، رد المحتار (٥/٤٠٧-٤٠٩) بتصرف.

٢ الزحيلي، وسائل الإثبات، ص: ٤٤٣.

٣ الحسيني، الفرائد البهية، ص: ١٧.

٤ الزحيلي، وسائل الإثبات، ص: ٤٤٣.

٥ هذا المثال مأخوذ من معنى القاعدة.

٦ ابن نجيم، الأشباه: (٢/٣٠٩)، ابن عابدين، رد المحتار (٥/٤٦٨).

٧ الحسيني، الفرائد البهية، ص: ١٧.

آخر معها و إن لم تكن معنونة بل تقبل حسب العرف الجاري. (١)

ثم أن حجية هذه السجلات معتبرة فيما يكتبه الإنسان على نفسه مع أن البعض من المتأخرين قيده بما يكتبه الإنسان خلاف نفسه، و ما يحتاج على التقدير أن الإنسان لو ادعى حقا على غيره بقوله الصريح لا يؤخذ به مجردا فكيف إن كتبه، كما قال الرسول صلى الله عليه وسلم (٢) (لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن البينة على المدعي). (٣)

وذهب ابن عابدين رحمه الله أيضا إلى التقييد إن كان سجله محفوظاً عنده، أما إن كانت كتابته في الذي عليه مدونة في سجل الطارف الآخر فإنه لا يعمل به كما هو في الظاهر ..فهناك احتمال قوي في أن يزور الخط، والحكم نفسه لو كان دفتره عند كتابته، فهناك احتمال أن يكون الكاتب قد كتب ذلك عليه دون أن يعلم، فهي ليست بحجة عند الخصام عند الإنكار. (٤)

ويضيف ابن عابدين رحمه الله إلى الرأي السابق أن الحجية ليت قاصرة في سجلات الباعة والصرافة والسماسرة بل تتعداه إلى كل ما تجري فيه العادة، فكتابة الأمراء وولاة الأمور المختومة بالخاتم المعروف لديهم في صك يدين عليهم حجة مقبولة لا تنكر، فهي مما يتعذر الإشهاد عليه. (٥)

ويدخل في هذا ما يتداوله التجار من الكتابة المختومة فيما بينهم في البلاد المختلفة، فالإشهاد متعذر في مثلها أيضا، فهي حجة تدون في السجل بعد التحقق منها، ويلجأ إليها عند الحاجة. (٦)

ثالثاً- أدلة القاعدتين: ١- البناء على العادة الظاهرة واجبٌ و بذلك فإن خط السماسرة والصرافة والباعة حجة لما جرى عليه العرف، فلقد قال ابن عابدين (إنّ العمل في الحقيقة إنما هو لموجب العرف لا لمجرد الخط). (٧)

٢- وما يكتبه هؤلاء في سجلاتهم ما هو إلا احترازا عن النسيان فيما هو لهم على الناس أو العكس، و يستبعد عقلا أن تكون هذه الكتابة عبثا.(٨)

رابعاً- مثال القاعدتين: دون خلاف على نفسه بمال معلوم وكان خطه معلوما في تجار البلد، و لما توفي

---

١ المجموع، النمر مع الأشباه (٢/٣٢٠)، ابن نجيم الأشباه (٢/٣٠٩)، ابن نجيم، البحر الرائق (٧/٤٤).

٢ ابن عابدين، رد المختار (٥/٤٣٧).

٣ سبق تخريجه.

٤ ابن عابدين، رد المختار (٥/٤٣٧).

٥ ابن عابدين، رد المختار (٥/٤٣٧).

٦ ابن عابدين، محمد أمين، مجموعة رسائل ابن عابدين، دار التراث، بيروت (٢/١٤٣). ابن عبد الهادي، يوسف بن الحسن، القواعد الكلية والضوابط الفقهية، تحقيق حاتم الدوسري، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط١، ١٤١٥هـ، ص: ١٠٤.

٧ ابن عابدين، رد المختار (٥/٤٣٦، ٤٣٧).

٨ ابن عابدين، رد المختار (٥/٤٣٧، ٦٠١) وانظر: عليش، فتح العلي المالك (٢/١١٣).

جاء غريم له يطالب ورثته بحقه على الصراف، حينها تملك التحقيق من الخط عند من يعرف خط الصراففلو ثبت أنه خطه فصل للغريم حقه. (١)

الفصل الثاني: الرسائل

القاعدة الفقهية في حكم حجية الرسائل

أولاً- عبارة القاعدة: الكتاب ممن نأى كالخطاب ممن دنا(٢)

وفي عبارة: الكتاب كالخطاب(٣)

وفي عبارة: الكتاب بمنزلة الخطاب. (٤)

وفي عبارة: البيان بالكتاب كالبيان باللسان.(٥)

وفي عبارة: الكتاب بين الغائبين كالخطاب بين الحاضرين(٦)

ثانياً- توضيح القواعد: تبين القواعد السابقة أنّ كتاب الغائب(٧) مثل خطاب الحاضر تنجز به عقود جميعها كالبيع والإجارة...، فالعاقدان حران في اختيار طريق العقد من بين الكتابة و المشافهة، فلو أرسل رجل خطابا إلى آخر و كتب فيه بأن لك في ذمتي ألف دينار أو أرسل إلى زوجته بالطلاق أو كتب كتابا لشخص بالوكالة...، فالرسالة في جميع الصور السابقة بمثابة المشافهة و هي حجة عليه أشهد عليها أو لم يشهد.

فخلاصة ما سبق أنّ الرسائل حجة في جميع الحقوق والواجبات من العقود المالية والزواج والطلاق والوقف و غير ذلك من العقود إلا الحدود والقصاص فليست بحجة فيها.

و من شروط صحة الكتاب أن يكون واضح الخط لا يستعصى قراءته؛ فما خالف ذلك لم تكن حجة كالكتابة على الماء مثلاً، ومن الشروط أيضاً أن يكون مضمونه مرسوماً على الوجه المعتاد فيحتوي على العنوان والتصديق والكتابة طبقا للقانون المتداول في البلاد. (٨)

---

١ ابن عابدين، رد المحتار (٥/٤٦٨).

٢ الحمدي، قواعد الفقه، ص: ٢٠٦.

٣ المصدر السابق، ص: ٩٩، الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص: ٣٤٩.

٤ الندوي، موسوعة القواعد والضوابط، ص: ١٤٥.

٥ البورنو، موسوعة القواعد (٦/٤٦٢).

٦ الزحيلي، وسائل الإثبات، ص: ٤٧٧.

٧ التقييد بالغائب لإخراج الحاضر فإن كتابته لا حكم لها انظر: الزرقا شرح القواعد، ص: ٣٤٩.

٨ المواق، محمد بن يوسف، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الفكر، بيروت، ط٢، ١٣٩٨هـ، (٦/٢٨٢)، الدردير، الشرح الكبير (٤/١٩٢)، ابن عبدالمجيد، القواعد الكلية، ص: ٤-١.

ثالثاً- دليل القواعد: أهم ما يمكن أن يكون دليلاً لهذه القواعد العرف،فلقد تعارف الناس منذ القدم على أنهم إن كانوا أضمنوا كتابهم الحقوق والواجبات لحفظها، فإن طبيعة المسلم ميالة إلى الخير و أداء الحقوق ولذلك يقر بها ويكتبها كانت له أو عليه رغم أن مجهول على حسب المال، فإذا كتب الرسالة حمل مضمونها عليه بدليل العرف. (١)

رابعاً- مثال القواعد: كتب رجل كتاباً إلى آخر غير حاضر فقال فيه "إنني أقر بأنّ لك في ذمتي ألف دينار" فلو استوفى الكتاب شروطه يبقى حجة في مطالبة الحق المعترف به فيها. (٢)

---

١ الزحيلي، وسائل الإثبات، ص: ٤٧٨.

٢ المصدر السابق، ص: ٤٧٧ بتصرف، يانظر لمثلة أخرى في الفروق، شرح القواعد الفقهية، ص: ٣٥٠، شبير، القواعد الكلية، ص: ٢٥٦.

المبحث الخامس

قواعد الإثبات باليمين

ويشتمل على ثلاثة مطالب

المطلب الأول : تعريف اليمين

المطلب الثاني : ثبوت اليمين في الشريعة

المطلب الثالث : قواعد لها علاقة بحكم اليمين وآثاره

المطلب الأول: تعريف اليمين

اليمين في اللغة[١]: اليمين لغة على عدة معانٍ فاليد اليمنى يمين، والقوة والمقدرة يمين، قال تعالى: "لأخذنا منه باليمين" أي بالقدرة. واليمين: الحلف والقسم.

اليمين في اصطلاح الفقهاء: الفقهاء في تعريف اصطلاح اليمين على مذاهب مختلفة بناءا على اختلافهم في الأحكام المتعلقة باليمين عند كل فريق.(٢)

الفصل الأول: مذهب الأحناف في تعريف اليمين

اليمين هي عقد قوي به عزم الحالف على الفعل أو الترك(٣)، أو هي تقوية أحد طرفي الخبر بالمقسم به. (٤) ولما أن للخبر جانبان ، جانب صدق وجانب كذب، والخبر يحتمل الجانبان، فالحالف يريد أن يرجح جانب الصدق على جانب الكذب بالمقسم به وهو الله تعالى.(٥)

الفصل الثاني: مذهب المالكية في تعريف اليمين

اليمين "تحقيق ما لم يجب بذكر اسم الله تعالى أو صفته".(٦)

فقوله: تحقيق: أي تأكيد وتثبيت.

وقوله: ما: أمر ما.

وقوله "لم يجب" أي لم يقع عقلاً و لا عادةً... فأخرج به الواجب العادي والعقلي كطلوع الشمس من المشرق.

وفي قوله: "بذكر الله" الباء سببية تتعلق بمصدر التحقيق و هو يشمل كل اسم لله تعالى أما قوله: "أو صفته" يعني بها صفات الله الذاتية كالعلم والوحدانية... (٧)

الفصل الثالث: مذهب الشافعية في تعريف اليمين

اليمين هي: تحقيق أمر غير ثابت بذكر اسم من أسماء الله تعالى أو صفة من صفاته ماضياً كان أو مستقبلاً

---

١ ابن منظور، لسان العرب، (١٥/٤٥٩، ٤٦٠).

٢ الزحيلي، وسائل الإثبات، ص: ٣١٧.

٣ الزيلعي، عثمان بن علي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤٢٠هـ (٢/٤١٧).

٤ الحلبي، إبراهيم بن محمد، ملتقى الأبحر، تحقيق وهبي سليمان، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط١، ١٤٠٩هـ، (٢/٣١٢).

٥ الزحيلي، وسائل الإثبات، ص: ٣١٨، بتصرف.

٦ الدردير، الشرح الكبير (٢/١٢٦).

٧ الدردير، الشرح الكبير (٢/١٢٦).

نفياً أو إثباتاً ممكناً أو ممتنعاً، صادقة كانت أو كاذبة، مع العلم بالحال أو الجهل به.

فقوله "تحقيق أمر": أخرج به يمين اللغو فذاك لا يقصد به تحقيق أمر.

وقوله "غير ثابت": أخرج به الأمور الثابتة، كقول أحدهم: "والله لأموتن" لتحقق الموت في نفس ذلك الرجل، ولكن لا معنى لتحققه في الواقع بقوله، ثم أن الحنث فيه متعذر. (١)

أما ما كانت صادقة من اليمين فمنعقدة والحنث فيها يوجب الكفارة.

وأما اليمين الكاذبة في الماضي تعرف باليمين الغموس. (٢)

الفصل الرابع: مذهب الحنابلة في تعريف اليمين

اليمين هي تأكيد حكم بذكر معظم على وجه مخصوص(٣)، والحلف على المستقبل. إرادة تحقيق خبر في المستقبل ممكن بقول يقصد به الحث على فعل الممكن أو تركه. (٤)

المطلب الثاني: ثبوت اليمين في الشريعة

اليمين ثابت بالكتاب والسنة والإجماع

الفرع الأول: الكتاب

إن في القرآن آي كثيرة يتضح منها مشروعية اليمين وتهتم بأهمية الوفاء بها وتتبعها من نتائج (٥)، منها:

١- قال الله تعالى: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ الْأَيْمَانَ﴾.(٦)

٢- و قال أيضا ﴿وَلَا تَنقُضُوا الْأَيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا﴾.(٧)

ولقد كان الرسول صلى الله عليه وسلم مأمورا من قبل ربه على الحلف بالقسم عليه في مواضع ثلاثة في القرآن الكريم، وهي:

١- قال الله تعالى: ﴿وَيَسْتَنبِئُونَكَ أَحَقٌّ هُوَ قُلْ إِي وَرَبِّي إِنَّهُ لَحَقٌّ﴾.(٨)

٢- قال الله تعالى: ﴿قُلْ بَلَى وَرَبِّي لَتُبْعَثُنَّ﴾.(٩)

---

١ الشربيني، مغني المحتاج (٤/٣٦٠)؛ أبو فارس، كتاب الإيمان والنذور، ص: ٢٠.

٢ أبو فارس، كتاب الإيمان والنذور، ص: ٢١؛ وانظر تعريف الغزالي في الوسيط (٣/٢٠٣).

٣ الزحيلي، وهبة مصطفى، الفقه الحنبلي الميسر، دار القلم، دمشق، ط١، ١٤١٨هـ (٢/١٣٥).

٤ المرداوي، الانصاف (١١/٣).

٥ الزحيلي، وسائل الإثبات، ص: ٣٦٤؛ عبيدات، فقه الإيمان والنذور، ص: ١٢.

٦ سورة المائدة، الآية: ٨٩.

٧ سورة النحل، الآية: ٩١.

٨ سورة يونس، الآية: ٥٣.

٩ سورة التغابن، الآية: ٧.

٣- قال الله تعالى: ﴿قُلْ بَلَى وَرَبِّي لَتَأْتِيَنَّكُمْ عَالِمِ الْغَيْبِ﴾.(١)

الفرع الثاني: السنة النبوية الشريفة

لقد صحت عن الرسول صلى الله عليه وسلم أحاديث كثيرة تثبت مشروعية اليمين وتوضح أحكامها. (٢)

١- قال الرسول صلى الله عليه وسلم "لو يعطى الناس بدعواهم لادّعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكنّ اليمين على المدّعى عليه". (٣)

وجه الاستدلال: فالحديث الشريف واضح في الدلالة مشروعية اليمين حيث كان على المدّعى عليه أن يحلف لرد الدعوى المنسوبة إليه. (٤)

٢- عن ابن عباس رضي الله عنهما أنّ النبي صلى الله عليه وسلم قضى باليمين على المدعى عليه. (٥)

وجه الاستدلال: الحديث الشريف صريح في مشروعية اليمين على المدّعى عليه. (٦)

الفرع الثالث: الإجماع

لقد ثبت الإجماع عن الأمة منذ عهد الرسول صلى الله عليه وسلم على مشروعية اليمين. (٧)

المطلب الثالث: قواعد لها علاقة بحكم اليمين وآثاره

القاعدة رقم (١)

أولاً- عبارة القاعدة: من حلف على فعل نفسه حلف على البت، وإن حلف على فعل غيره، فإن كان على إثبات فكذلك وإن كان على نفي حلف على نفي العلم. (٨)

وفي عبارة: إنّ الحالف على فعل نفسه يحلف على البت، وعلى فعل غيره على نفي العلم. (٩)

---

١ سورة سبأ الآية: ٣.

٢ الزحيلي، وسائل الإثبات، ص: ٣٢٥.

٣ مسلم، صحيح مسلم (٣/١٣٣٦).

٤ الزحيلي، وسائل الإثبات، ص: ٣٢٥.

٥ مسلم، صحيح مسلم (٣/١٣٣٦).

٦ النووي، شرح النووي على مسلم (٣/١٢)؛ الزحيلي وسائل الإثبات، ص: ٣٢٥.

٧ الشربيني، مغني المحتاج (٤/٣٦٠)، ابن قدامة، المغني (١١/١٦٠).

٨ السبكي، الأشباه والنظائر (٢/٤٣٤)؛ وانظر: الحصني، أبو بكر محمد، كتاب القواعد، تحقيق عبد الرحمن الشعلان وجبريل البصلي، مكتبة الرشد، الرياض، ط١، ١٤١٨هـ (٤/٣٦٠٤).

٩ ابن الوكيل، الأشباه والنظائر (١/٢٨٠).

وفي عبارة: من حلف على فعل نفسه نفياً أو إثباتاً فعلى البت، أو على فعل غيره إثباتا فعلى البت أو نفياً فعلى نفي العلم.(١)

ثانياً- توضيح القواعد: تبين القواعد أنَّ الإنسان العاقل إذا حلف على فعل نفسه نافيا حقا أو مثبتاً له فاليمين يمين قطع وجزم؛فهو مدرك لكل ما هو له و ما عليه من الحقوق والواجبات،وهذا متفق عليه عند المذاهب الأربعة. (٢)

و أما العاقل الحالف على فعل غيره بالإثبات فيمينه مقطوعة جازمة، و إذا كان الحلف في نفي فهو على نفي العلم لا على القطع، وهو قول المالكية والشافعية والحنابلة(٣) أما الأحناف فلقد قالوا أن حلف الإنسان في النفي إنما يكون لنفي علمه في فعل غيره على سبيل الإطلاق بغض النظر عن النفي و الإثبات. ودليلهم في ذلك أن الرسول صلى الله عليه وسلم حلّف اليهود في أمر القسامة "بالله قتلتم ولا علمتم له قاتلاً" فلقد كانت اليمين على عدم العلم في فعل الغير، ولهم دليل عقلي فيقولون أن الإنسان لا يعلم ما فعل غيره ظاهراً، ولذلك يحلف على نفي العلم. (٤)

ثالثاً- أدلة القواعد: و لقد استنبطت هذه القواعد من السنة النبوية الدلائل العقلية.

الأول- السنة النبوية: ١- قول الرسول صلى الله عليه وسلم لرجل حلّفه: (أحلف بالله الذي لا إله إلا هو ما له عندك شيء) (٥) يعني المدعي.

وجه الاستدلال: الحديث صريح في أن حلف الإنسان على فعل نفسه يكون على القطع والجزم.(٦)

٢- فلقد ورد عن الأشعث أنَّ رجلاً من كندة ورجلا من حضرموت اختصما إلى النبي صلى الله عليه وسلم في أرض من اليمن، فقال الحضرمي: يا رسول الله إن أرضي اغتصبنيها أبو هذا وهي في يده، قال: - أي الرسول صلى الله عليه وسلم - هل لك بينة؟ قال: لا، ولكن أحلفه والله العظيم ما يعلم أنها أرضي

---

١ الزركشي، المنثور (٣/٢٠٦)، (٢/٧٦)، وانظر: السيوطي، الأشباه، ص: ٧٦٦.

٢ الحصكفي، الدر المختار (٥/٥٢٣-ص)؛ الخرشي، مقرئة أولي النهى (٩/٤٠٦)، ابن قدامة، المغني (١٢/٢١٩)؛ البورنو، موسوعة القواعد (١/٤٨٤)؛ القرافي، أحمد بن إدريس، الذخيرة، تحقيق محمد بوخبزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط١، ١٩٩٤م، (١١/٩٦).

٣ القرافي، الذخيرة (١١/٩٦)؛ البغوي، التهذيب (٨/٢٤٨)؛ ابن قدامة، المغني (١٢/١١٦).

٤ الحصكفي، الدر المختار (٥/٥٢٦)؛ الزحيلي، وسائل الإثبات، ص: ٣٤٦.

٥ أبو داود، سليمان بن الأشعث، سنن أبي داود، دار الحديث القاهرة، ١٤٠٨هـ، (٣/٣٩).

٦ الزحيلي، وسائل الإثبات، ص: ٣٤٤؛ الصوري، عكرمة سعيد، اليمين في القضاء الإسلامي، مطبعة الرسالة المقدسة القدس، ط١، ١٤٢٠هـ، ص: ٢٠٢-٢٠٣.

اختصبنيها أبوه... (١)

وجه الاستدلال: فالعبارة صريحة في الحلف على نفي العلم في فعل الغير بسبب عدم إنكار الرسول صلى الله عليه وسلم تحليفه على عدم العلم على غصب أبيه.(٢)

الثاني- الدليل العقلي: لا يحلف الإنسان على سبيل القطع على فعل نفسه إلا لأنه يعتقد اعتقادا راسخا بانه قادرٌ على إتمام ذلك الفعل ولذلك كان الحلف مقطوعا في أمره.

و الحالف على فعل غيره مثبتاً حقا فكذلك حلف قطع وجزم،لأن الإنسان لا يدعي عمل غيره إلا بعد أن تأكد منه و كان على يقين بذلك، وأما الحالف على فعل غيره نافياً حقا فحلفه على نفي العلم على نفي الفعل لأن الإنسان عاجز من أن يعلم فعل غيره علم اليقين،فعلمه هنا حاصل من أخبار الآحاد و التواتر متعذر. (٣)

رابعاً- أمثلة القواعد: ١- يقال رجل لآخر: "والله لقد بعتك داري أو اشتريت دارك"، فالحلف هنا حلف قطع على فعل نفسه.

٢- و قال آخر "والله لقد اشترى منك أبي دارك أو والله لقد استأجر أبي منك دارك" فالحلف هنا أيضا حلف قطع على فعل نفسه في الإثبات.

٣- و قال آخر " والله لا أعلم أن أبي باعك ولا أعلم أنه آجرك..." أما في هذا المثال فالحلف على نفي العلم على فعل غيره لا على القطع؛ لأنّ الحلف هنا على نفي فعل الغير. (٤)

القاعدة رقم (٢)

أولاً- عبارة القاعدة: كل يمين قصد بها الدفع لا يستفاد بها الجليد.

وفي عبارة: كل يمين كانت لدفع شيء لا تكون لإثبات غيره. (٥)

ثانياً- توضيح القاعدتين ودليلهما: اليمين على قسمين:

الأولى: ما تقع خارج القضاء وحكمها أنها مكروهة إلا في الطاعة، فلقد ثبت عن الإمام الشافعي — رحمه

---

١ أبو داود، سنن أبي داود، (٣/٣٢١).

٢ ابن قدامة، المغني (١٢/١٢٠)؛ الزحيلي، وسائل الإثبات، ص: ٣٤٥.

٣ الماوردي، الحاوي، ١١٨، ١١٩؛ القدوحي، مبدأ أولى النهى (٤/٤٦١ - ٤٦٠).

٤ الماوردي، الحاوي (١٧/١٩٨).

٥ السبكي، الأشباه (١/٤٤٢).

الله تعالى- يقول :" ما حلفت بالله تعالى قط صادقاً ولا كاذباً".

الثانية: ما تقع داخل القضاء وهي أيضا على نوعين: يمين دفع ويمين إيجاب

١- فيمين الدفع: هي اليمين المشروعة في جانب المدعى عليه إذا أنكر، سبب تسميتها بهذا الاسم لأنها تدفع ادعاء المدعي.

٢- أما يمين الإيجاب: وهي اليمين التي يؤديها المدعي في إثبات حقه لسبب يستدعي القيام بها، وهي تتواجد في خمسة مواضع: اللعان، القسامة، ومع الشاهد الواحد في الأموال، ويمين المدعي إذا نكل المدعى عليه، ويمين الاستظهار مع البينة. (١)

بعد ما ذكرنا التوضيح السابق علمنا أن اليمين المشروعة هي لدفع الدعوى فقط لا لجلب الحقوق وهي التي يكلف بها المدعى عليه إذا أنكر.

ثالثاً- مثال القاعدتين: ادعى رجل على آخر ألف درهم ولم يستطع الإتيان ببينة ثم أنكر المدعى عليه فعليه أن يحلف على دفع دعوى المدعي، و اليمين التي يحلفها لا تجلب له حقا و إنما تثبت له براءة ذمته. (٢)

القاعدة رقم(٣)

أولاً- عبارة القاعدة: الأيمان لا تدخلها النيابة(٣)

وفي عبارة: النيابة لا تجري في اليمين(٤)

ثانياً- توضيح القاعدتين ودليلهما: بيان القاعدتين السابقتين أن اليمين يجب أن تكون شخصية حيث تتصل بذات الشخص فلا تصح النيابة فيه عن شخص آخر،فاليمين تعلق الأمر المحلوف به في ذمت الحالف وتقرره ، مع استحضار عظمة الله وجلاله ومؤاخذه على الكذب. (٥)

و طبقا لذلك فإن كان المدعى عليه صغيراً أو مجنوناً لا ينب عنه أحد في الحلف،بل ينتظر حتى يبلغ الصبي أو يعقل المجنون فيقر أو يحلف أو يقضى عليه بالنكول. (٦)

---

١ الخصيبي، القواعد (٤/٢٦١)، الزركشي، المنثور (٣/٣٨١)، الزحيلي، وسائل الإثبات، ص: ٣٥٧.

٢ وضعت هذا المثال من خلال معنى القاعدة.

٣ الندوي، القواعد والضوابط الفقهية، ص: ٩٨.

٤ المرداوي، محمد بن عبد الله، الزركشي مع الحلوي، دار صادر، بيروت (٧/٤١٤)، البغوي، التهذيب (٨/٢٥٥)، ابن قدامة، المغني (١٢/١٢٤).

٥ الزحيلي، وسائل الإثبات، ص: ٣٥٢، ٣٥٣.

٦ البغوي، التهذيب، (٨/٢٥٥)، ابن قدامة، المغني (١٢/١٢٤)، البهوتي، كشاف القناع (٦/٤٥١، ٤٥٢).

ثالثاً- مثال القاعدتين: ادعى رجل على صبي بألف درهم و عجز عن البينة، فلا يتوب عن الصبي وليه في الحلف بل ينتظر حتى يبلغ الصبي فيقر أو يحلف أو يقضي عليه بالنكول(١)، والقاعدة تقول أن الإنسان لا يحلف ليستحق غيره. (٢)

القاعدة رقم (٤)

أولاً- عبارة القاعدة: لا تحليف بلا طلب المدعي(٣)

وفي عبارة: لا تحليف إلا بطلب الخصم(٤)

ثانياً- توضيح القاعدتين: بيان القاعدتين أن المدعى عليه لا يأتي باليمين إلا بعد أن يطالب الخصم القاضي بأن يوجه أمره إلى المدعى عليه ليطالبه بالحلف، فإن حلف المدعى عليه قبل ذلك فقد ذهب الحلف لغو. (٥)

و كذلك لا تقبل يمين المدعي المردودة قبل نكول المدعى عليه عن اليمين الموجهة إليه، ثم ان العلاقة بين المدعي والمدعى عليه تكون بواسطة القاضي؛ فاليمين غير معتبرة من أحدهما بطلب الآخر من توجيه القاضي الأمر إليه.(٦)

ثالثاً- دليل القاعدتين: قال الرسول صلى الله عليه وسلم للمشتكي: "ألك بينة؟ قال: لا قال: فلك يمينه" وفي رواية: شاهداك أو يمينه. (٧)

رابعاً- مثال القاعدتين: ادّعى رجل على آخر ثلاثة آلاف درهم ثم أنكر المدعى عليه، ولم يستطع المدعي أن يحضر بينة فحلف المدعى عليه قبل أن يطالب المدعي القاضي بتحليف المدعى عليه فيمينه ذهبت سدى، و سيوجه القاضي الأمر إلى المدعى عليه مرة أخرى. (٨)

---

١ البهوتي، كشاف القناع (٦/٤٥١، ٤٥٢) بتصرف.

٢ الخرشي، شرح الخرشي (٧/٢١٤).

٣ ابن نجيم، الأشباه (٢/٤٢٣).

٤ الحسيني، الفرائد البهية، ص: ١٨.

٥ الكاساني، البدائع (٦/٢٢٧)؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي (٤/١٤٦)؛ البهوتي، كشاف القناع (٦/٤٥٢).

٦ المارديني، الجاوي (١٧/١٢٨)؛ الزحيلي، وسائل الإثبات، ص: ٣٥٢، صبري، اليمين، ص: ٤٨٢.

٧ البخاري، صحيح البخاري وبهامشه فتح الباري (٥/٢٨٠).

٨ هذا مثال مأخوذ من معنى القاعدة.

القاعدة رقم (٥)

أولاً- عبارة القاعدة: لا تحليف مع البرهان(١)

وفي عبارة: لا تحليف مع البينة(٢)

وفي عبارة: ليس للحاكم تحليف المدعي بعد إقامة البينة(٣)

ثانياً- توضيح القواعد: بيان القواعد السابقة أنَّ القاضي لا يجوز له أن يطالب المدعي باليمين بعد أن أتى بينة على دعواه و يلزم على القاضي أن يفصل بموجب البينة مثل أن أتى بشاهدين، و لم يختلف في هذا اثنان من الفقهاء. (٤)

ثالثاً- أدلة القواعد: هنالك دلائل من الكتاب والسنة والمعقول على مفهوم القاعدة،

الكتاب: فمن الكتاب قول الله تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾. (٥)

وجه الاستدلال: إن الله سبحانه وتعالى أمر بأن يحكم بالبينة ولم يصاحبها باليمين. (٦)

السنة النبوية: ١- قال الرسول صلى الله عليه وسلم "البينة على المدعي واليمين على من أنكر".(٧)

وجه الاستدلال: فلقد فرق الرسول صلى الله عليه وسلم بين البينة واليمين فجعل كل واحد منهما في جانب وبذلك فلا يجوز جمعهما في جانب واحد.(٨)

٢- قال الرسول صلى الله عليه وسلم "شاهداك أو يمينه".(٩)

---

١ ابن قيم، الأشباه (٤٢٢/٢)، الحسيني، الفرائد البهية، ص: ١٩.

٢ الحسيني، غمز عيون البصائر (٤٢٩/٢) مع الأشباه.

٣ البكري، الاعتناء (١٠٦٥/٢).

٤ ابن نجيم، الأشباه (٤٦٣/١)، ابن رشد، محمد بن أحمد، (الحفيد) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الكتب الإسلامية القاهرة، ط ٢، ١٩٨٣م، (٥٠٦/٢)، الماوردي، الحاوي (٣٠٨/١٧)، ابن القيم، الطرق الحكمية، ص: ١٩٣.

٥ سورة البقرة، الآية: ٢٨٢.

٦ الماوردي، الحاوي (٣٠٩/١٧).

٧ البيهقي، أحمد بن الحسين، السنن الكبرى، دار المعرفة، بيروت، ١٤١٤هـ، (٢٥٢/١٠).

٨ الماوردي، الحاوي (٣٠٨/١٧)، الزحيلي، وسائل الإثبات، ص: ٣٥٩.

٩ سبق تخريجه.

وجه الاستدلال: الحديث الشريف واضح في أن النبي صلى الله عليه وسلم طالب كلا من المدعي والمدعى عليه بأمور خاصة بهما و لم يحمه البينة واليمين على أحدهما معا. (١)

المعقول: الحلف بعد الشهادة طعن فيها و قدح في عدالة الشهود وذلك ممنوع،مثلما يمنع استحلاف القضاة لأنه قدح في عدالتهم و ما يحكمون من القضاء، ثم أنه لا يجوز الاستظهار بالذي لم يرد في الشرع وما يمنع منه. (٢)

إضافة إلى ذلك فإن الشهادة حجة تامة موجبة للحكم إذا كانت صحيحة و ترد إن لم تكن. (٣)

رابعاً- مثال القواعد: شهد رجلان على ثالث بدين في ذمة الثالث فطالب المدعي عليه القاضي باستحلاف المدعي على شهادة الشاهدين، لم يصح للقاضي استحلافه. (٤)

القاعدة رقم (٦)

أولاً- عبارة القاعدة: كل من ثبت له يمين فمات فإنها تثبت لورثته(٥)

ثانياً- توضيح القاعدة ودليلها: تبين القاعدة أنّه إن ثبتت اليمين لرجل فمات قبلها أدائها فهي لورثته، و عندها إن حلف المدعي عليه بتوجيه القاضي وتقاضى اليمين أحدهم فيمينه تجزيء عن الجميع، وأما إن لم يوجه القاضي إليه الأمر فكل من قام منهم عليه كلفه يميناً ثانية. (٦)

ثالثاً- مثال القاعدة: ادعى رجل على آخر ألف درهم و عجز عن البينة وثم أنكر المدعى عليه ومات المدعي قبل أن يحلف المدعى عليه، فهذه اليمين ثابتة لورثته. (٧)

القاعدة رقم (٧)

أولاً- عبارة القاعدة: إقامة البينة على خلاف ما حلف لا يكون حنثاً. (٨)

---

١ الماوردي، الحاوي (٣٠٨/١٧)؛ ابن حجر فتح الباري (٢٨٦/٥)؛ الرحيلي، وسائل الإثبات، ص: ٣٥٩.

٢ الماوردي، الحاوي (٣٠٨/١٧).

٣ السرخسي، المبسوط (١١٨/١٦).

٤ الماوردي، الحاوي (٣٠٨/١٧).

٥ السيوطي، الأشباه، ص: ٣٦٦.

٦ ابن فرحون، التبصرة (١٥٣/١).

٧ هذا المثال وضعته من خلال فهمي القاعدة.

٨ المقري، القواعد الفقهية، ص: ١٠٤.

ثانياً- توضيح القاعدة ودليلها: بيان القاعدة أن رجلاً إذا ادعى على آخر حقاً وعجز عن البينة ثم أنكر المدعى عليه وحلف، ثم أقام المدعي بينة مرة أخرى على حقه فقضى القاضي بموجب البينة الثانية ؛ ففي هذه الحالة لا يحنث المدعى عليه في ما حلف به، و إن كان اليمين بالطلاق – على قول من يرى التحليف به لا يقع – وعند محمد يقع الطلاق. (١)

ثالثاً- مثال القاعدة: ادعى رجل على آخر بألف درهم فأنكر فطلب المدعي استحلافه فحلف ثم أتى المدعي بشاهدين على الألف فحكم الحاكم بها، حينها لا يحنث المدعى عليه في يمينه، وإن كان اليمين بالطلاق. خلافاً لمحمد. (٢)

---

١ المصدر السابق، ص: ١٠٤ من خلال المثال أحلت للمحقق، وانظر حول هذه المسألة: ابن عابدين رد المحتار (م٥، ٥٥٠-٥٥٦)، الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص: ٣٨٣.

٢ الحسيني، الفرائد البهية، ص: ٢٠٤.

المبحث السادس

قواعد الإثبات بعلم القاضي

ويشتمل على ثلاثة مطالب

المطلب الأول : قاعدة في الزمن الذي يقبل فيه علم القاضي

المطلب الثاني : قاعدة في بيان درجة علم القاضي

المطلب الثالث : قاعدة في الحقوق التي يقضى فيها بعلم القاضي

المطلب الأول: قاعدة في الزمن الذي يقبل فيه علم القاضي

أولاً- عبارة القاعدة :يقضي القاضي بعلمه حال ولايته وقضاؤه بعلمه قبلها فيه خلاف. (١)

ثانياً- توضيح القاعدة : بيان القاعدة أن القاضي لا يبني قضاءه في حل القضايا و الخصومات إلا على معلومات حصلت له أثناء ولايته لمنصب القضاء، وقول أبي حنيفة والمتقدمون من الأحناف. (٢)
أما معلوماته التي حصلت له قبل ولايته المنصب ففيها اختلاف، فذلك ممنوع عند أبي حنيفة – رحمه الله – والمتقدمين من الأحناف(٣) أما الصاحبان وفقهاء الشافعية – في القول المشهور منهم- على الجواز ومعهم أحمد في رواية.(٤)

ثالثاً- أدلة القاعدة

أولاً: الكتاب: قال الله تعالى: ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ﴾.(٥)

وقال تعالى: ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ﴾.(٦)

وجه الاستدلال: إن العدل والقسط امر من أوامر الشريعة و أهم مظهر لتحقيق ذلك في الحياة هو القاضي فعلمه للحق والظلم يلزمه على إحقاق الحق و إبطال الباطل.(٧)

ثانياً: السنة النبوية المطهرة: ١- حديث هند رضي الله عنها أنها أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله إنّ أبا سفيان رجل شحيح، لا يعطيني من النفقة ما يكفيني ويكفي بني إلا ما أخذت من ماله بغير علمه فهل علي في ذلك من جناح؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي بنيك). (٨)

وجه الاستدلال :فالنبي صلى الله عليه وسلم في الحديث السابق قضى لهند رضي الله عنها من غير بينة ولا

---

١ الخريري، إبراهيم محمد، القواعد والضوابط الفقهية لنظام القضاء في الإسلام، دار عمان، عمان، ط٦، ١٤٢٠هـ، ص: ١٢٥.
٢ ابن عابدين، رد المحتار (٥/٤٣٨، ٤٣٩)؛ ابن نجيم، الاشباه (٢/٣٩٦، ٣٩٨)؛ أبو فارس، القضاء في الإسلام، ص: ١٢٥.
٣ ابن عابدين، رد المحتار (٥/٤٣٨)؛ وانظر الزحيلي، وسائل الإثبات، ص: ٥٦٦.
٤ ابن عابدين، رد المحتار (٥/٤٣٩).
٥ سورة النساء، الآية: ١٣٥.
٦ سورة المائدة الآية: ٨.
٧ أبو فارس، القضاء، ص: ١٤٢؛ ابن القيم الطرق الحكمية، : ٢٥٣.
٨ انظر نص الحديث في البخاري، صحيح البخاري، ص: ١٤٠٧، ٢٠٠٨.

إقرار بسبب علمه بصدقها رضي الله عنها ، وما هذا إلا دليل على أن القاضي يحكم بعلمه. (١)

٢- عن سعيد بن الأطول رضي الله عنه أنّ أخاه مات وثلاثمائة درهم وتَرَكَ عيالاً، قال: فأردت أن انفقها على عياله، فقال لي النبي صلى الله عليه وسلم: "إنّ أخاك محتبس بدينه فاقض عنه، فقلت: يا رسول الله، قد أدّيت عنه إلا دينارين ادعتهما امرأة وليست لها بينة قال: فأعطها فإنها محقة.(٢)

وجه الاستدلال: الشاهد في هذا الحديث أنّ النبي صلى الله عليه وسلم قد حكم بما ادعت المرأة من غير بينة على دعواها، لأنه صلى الله عليه وسلم كان عالما بصدقها فقضى لها على أساس علمه. (٣)

تلك هي دلائل المجوزين لقضاء القاضي بعلمه وسأضيف إلى ذلك بعض أدلة المنع عند حصول القاضي على العلم قبل ولايته القضاء أو حصوله العلم خارج مكان قضائه على قول الإمام أبي حنيفة- رحمه الله -. (٤)

فتوجيهه في ذلك أن العلمان مختلفان، فما حصل من العلم في زمن القضاء هو وقت كان القاضي فيه مكلفا بالقضاء فكانت كالبينة فيه، فالبينة هي الأصل في صحة القضاء إلا أن غيرها قد يلحق بها إشابهتها في معناها، مثل العلم الحاصل للقاضي في زمن القضاء. (٥)

أما ما حصل من العلم قبل ولاية القاضي منصب القضاء حصل في زمن لم يكن القاضي فيه مكلفا بالقضاء فلم يقم مقام البينة و لذلك لك يكن القضاء بهذا العلم جائزا.

رابعاً-مثال القاعدة: رجل قال لزوجته "أنت طالق ثلاثاً"،فسمعه القاضي،و وهو في زمن ومكان ولايته، فله أن يحكم بعلمه. (٦)

المطلب الثاني: قاعدة في بيان درجة علم القاضي

أولاً- عبارة القاعدة: قول القاضي فيما يخبر بمنزلة شهادة شاهدين.(٧)

---

١ ابن قدامة، المغني (١١/٤٠١)؛ ابن حجر، فتح الباري (٩/٥٠٩، ١٣/١٤٠)؛ القرافي، أبو العباس شهاب الدين، الصنهاجي، الفروق ، دار المعرفة بيروت، (٤/٤٥).

٢ الألباني، محمد ناصر الدين، صحيح سنن ابن ماجه، مكتب التربية العربي لدول الخليج، ط ٣، ١٤٠٨هـ (٢/٥٧).

٣ أبو فارس، القضاء، ص: ١٤٢، ابن القيم، الطرق الحكمية، : ٢٥٢.

٤ الزحيلي، وسائل الإثبات، ص: ٥٨٠، ولم أذكر الأدلة حتى الأطالة.

٥ الكاساني، البدائع (٧/٧)؛ السرخسي، المبسوط (١٦/١٠٥، ١٠٦)، الماوردي، الحاوي (١٦/٣٢٤).

٦ أبو فارس، القضاء، ص: ١٣٩ بتصرف.

٧ الحموي، غمز عيون البصائر (٣/٣٩٨).

وفي عبارة: علم القاضي كشهادة شاهدين.(١)

وفي عبارة: علم القاضي أقوى من شاهدين.(٢)

ثانياً- توضيح القواعد ودليلها : أما القاعدة الأولى والثانية فشرحها أنّ علم القاضي يعادل شهادة شاهدين، فلو علم القاضيأمرا ما وأدرك سبب حدوثه فله أن يقضي بمجرد علمه؛ فعلمه قائم مقام البينة، أوبمماثلها، والأصل في القضاء هو البينة. (٣)

و أما القاعدة الثالثة فبيانها أن علم القاضي أقوى في الاحتجاج من شهادة شاهدين. فما علمه القاضي عن طريق الشهود علمٌ ظنيّ، بينما ما علمه بنفسه بالمعاينة أو السماع فذاك علم قطعي. (٤)

ثالثاً- مثال القاعدة :ادعى رجل على آخر ألفا فأنكر، وكان القاضي ممرأى من المعاملة التي استحق فيها الألف، فعاينها وسمعها بنفسه، و عندها يصح للقاضي أن يقضي في حق المدعي.فعلمه يعادل قوة الشهادةبل أقوى منها. (٥)

المطلب الثالث : قاعدة في الحقوق التي يقضى فيها بعلم القاضي

أولاً- عبارة القاعدة: للحاكم أن يحكم بعلمه إلا في مسألة وهي أن يكون الحكم في حدود الله تعالى فلم يصح. (٦)

وفي عبارة: يقضي القاضي بعلمه إلا في الحدود والقصاص.(٧)

ثانياً- توضيح القاعدتين : بيان القاعدتين ان القاضي يجوز له أن يعمل رأيه في القضاء فيقضي كما يراه حقا إلا في حدود الله و أضيف إلى تلك القصاص في القاعدة الثانية. (٨)

---

١ ابن القيم، الطرق الحكمية،ص: ٢٥١.

٢ الغزالي، الوسيط (٣٠٨/٧) بتصرف، الماوردي، الحاوي (٣٢١/١٦)، البغوي التهذيب (١٩٢/٨).

٣ زيدان،عبد الكريم زيدان، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط٣، ١٤٠٩هـ، ص: ١٧٧؛ الكاساني، البدائع (٧/٧).

٤ الماوردي، الحاوي (٣٩٣/١٦)،الكاساني،البدائع (٧/٧)، ابن القيم، الطرق الحكمية،ص: ٢٥٠.

٥ البغوي، التهذيب (١٩٢/٨) بتصرف، أبو فارس، القضاء، ص: ٢٣٩ بتصرف.

٦ البكري، الاعتناء (١٠٦٤/٢).

٧ ابن نجيم، الاشباه (٣٤٠/٢).

٨ ذكر ابن نجيم في الاشباه أن للإمام أن يقضي بعلمه في حد القذف والقصاص والتعزير وعزاه السراجية، ثم ذكر بعد ذلك القاعدة الثانية وعزاها إلى التهذيب (٣٤٠/٢) وهو خلاف ما عليه جمهور الحنفية، الزحيلي، وسائل الإثبات، ص: ٥٨٥؛ هامش. والخلاصة عند الحنفية أنّ الحد الخالص لله تعالى لا يقضي فيه بعلم القاضي بخلاف غيره، وهذا ما عليه المتقدمون فالقصاص من حقوق العباد، انظر: ابن عابدين، رد المختار (٤٣٩/٥).

المبحث السابع

قواعد الإثبات بالقرائن

ويشتمل على ثلاثة مطالب

المطلب الأول : تعريف القرائن

المطلب الثاني : مشروعية الإثبات بالقرائن

المطلب الثالث : قواعد عامة في الإثبات بالقرائن

المطلب الأول: تعريف القرائن

القرائن في اللغة: القرينة مأخوذة من الفعل قرن الشيء بالشيء أي جمع بينهما...، واقترن الشيء بالشيء اتصل به وصاحبه، وتقارن الشيئان أي تلازما، والقرينة الزوجة. (١)

القرائن في اصطلاح الفقهاء: القرينة عند الفقهاء هي الأمارة و تعرّف كما يلي "ما يلزم من العلم به الظن بوجود المدلول، كالغيم بالنسبة إلى المطر، فإنّه يلزم من العلم به الظن بوجود المطر." (٢)

أما عند المحدثين فلها تعريفات كثيرة، و أحسن (٣) تعريف لها تعريف الشيخ مصطفى الزرقا – رحمه الله تعالى – وهو: القرينة هي كل أمارة ظاهرة تقارن شيئاً خفياً فتدل عليه، وهي مأخوذة من المقارنة بمعنى المرافقة والمصاحبة.(٤)

المطلب الثاني: مشروعية الإثبات بالقرائن

القرائن في أصل ذاتها مأخوذة بها عند الفقهاء في مختلف المسائل (٥)، مع أن هنالك اختلاف يسير في الأخذ بها عند البعض ولكنه في جزئيات بسيطة لا في أصل معنى العمل بالقرينة،و نلاحظ أيضا أن الكثير من الفقهاء لم يذكروا القرائن في مدوناتهم بشكل منفرد ولكنهم أخذوا بها مع عدم التصريح بذلك، و يمكننا ان نأول ذلك بأخذهم لجانب الحيطة والحذر في أمر القضاء؛ فالقضاء على أساس القرائن أمر فقير إلى فطانة و ورع غير عادي وتقوى مبينة خشية أن يخرج الظلم من منبع العدل.(٦)

فخلاصة القول أن الفقهاء أجمعوا على الأخذ بالقرائن في والقضاء. (٧)

بعض الأدلة التي يستنبط منها العمل بالقرائن:

أولاً: الكتاب: قال الله تعالى – في قصة يوسف عليه الصلاة والسلام – ﴿وَجَاءُوا عَلَى قَمِيصِهِ بِدَمٍ

---

١ مجمع اللغة العربية، المعجم الوجيز، مطابع شركة الإعلانات الشرقية، القاهرة، ط٢، (١٤٠٦هـ)، ص: ٤٩٩، ٥٠٠.

٢ الجرجاني، علي بن محمد الشريف، التعريفات، مكتبة لبنان، بيروت، ١٩٨٥م، ص: ٢٧، الزحيلي، وسائل الإثبات، ص: ٤٨٨.

٣ الزحيلي، وسائل الإثبات، ص: ٤٨٨، ٤٨٩.

٤ الزرقا، مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، مطابع ألف باء الأديب، دمشق، ط ٩، ١٩٦٨م، (٩١٨/٢)، وانظر تعريفات أخرى للمعاصرين في الزحيلي، وسائل الإثبات، ص: ٤٨٩، يوسف القاضي والبينة، ص: ٤٥٨، هاشم، محمود محمد، القضاء ونظام الإثبات في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية، ناشر عمادة شؤون المكتبات، جامعة الملك السعود، الرياض، ط١، ١٤٠٨هـ، ص: ٣١١.

٥ الطرابلسي، معين الحكام، ص: ١٦٦، الكاساني، البدائع (٢٥٣/٦)، ابن فرحون، التبصرة (٢٦٣/٢)، ابن جزي، القوانين الفقهية، ص: ٢٣٠، ٢٥٨، ابن القيم، الطرق الحكمية، ص: ٨ وما بعدها.

٦ الزحيلي، وسائل الإثبات، ص: ٥٠٠، الشنقيطي، تعارض البينات، ص: ٤٥.

٧ شلتوت، محمد شلتوت، الإسلام عقيدة وشريعة، دار الشروق، القاهرة، بيروت، ط ٨، ١٣٩٥هـ، ص: ٥٠٣ بتصرف.

كَذِبٍ﴾.(١)

وجه الاستدلال: هذه الآية دليل الفقهاء في العمل بالقرائن في المسائل الفقية مثل القسامة...، و تُبين إجماعه على أنّ النبي يعقوب عليه الصلاة والسلام لما رأى قميص يوسف ملطخا بالدماء ولم يتمزق فاستدل بذلك على كذبهم ولذلك ورد في رواية أنّ يعقوب عليه الصلاة والسلام قال لهم: متى كان الذئب حكيماً يأكل يوسف ولا يخرق القميص؟!(٢)

ثانياً: السنة النبوية : ١- عن عبد الرحمن بن عوف – رضي الله عنه – أنّ ابني عفراء تداعيا قتل أبي جهل يوم بدر، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: هل مسحتما سيفيكما؟ قالا: لا، فنظر في السيفين فقال: كلاكما قتله، والرجلان هما معاذ بن عمرو بن الجموح ومعاذ بن عفراء. (٣)

وجه الاستدلال: فالرسول صلى الله عليه وسلم فصل بالسلب بين ابني عفراء على أساس أثر الدم على السيف وهو قرينة، فهذا دليل مشروعية الإثبات بالقرائن(٤)، يقول ابن القيم – رحمه الله –: وهذا من أحسن الأحكام وأحقها بالإتباع فالدم في النصل شاهد عجيب. (٥)

٢- عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: لا تنكح الأيم حتى تستأمر، ولا تنكح البكر حتى تستأذن، قالوا: يا رسول الله وكيف إذنها قال: أن تسكت.(٦)

وجه الاستدلال: إن النبي صلى الله عليه وسلم نزل سكوت البكر منزلة القبول من جانبها لأن السكوت قرينة الرضا منها، والشهادة على رضاها جائزة، والحديث أقوى أدلة مشروعية الإثبات بالقرائن. (٧) و الأدلة غيرها كثيرة. (٨)

---

١ سورة يوسف، الآية: ١٨.

٢ حسونة عرفان حسونة، مختصر تفسير القرطبي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤٢٢هـ، (٤٦٥/٢)؛ ابن فرحون، تبصرة الحكام(٩٣/٢)؛ القرطبي، الجامع(١٤٩/٩).

٣ البخاري، صحيح البخاري، ص: ٥٧٢.

٤ الزحيلي، وسائل الإثبات، ص: ٥٠٦، ٥٠٧.

٥ ابن القيم، الطرق الحكمية، ص: ١٧.

٦ البخاري، صحيح البخاري، ص: ٩٦٨.

٧ ابن فرحون، التبصرة (٩٤/٢).

٨ راجع في هذه المسألة: ابن فرحون، التبصرة (٩٣/٢) وما بعدها، ابن القيم، الطرق الحكمية، ص: ٨-١٩. زيدان، نظام القضاء، ص: ١٨٥-١٨٧. عليان، الوجيز في الدعوى والإثبات، ص: ١٤٦-١٤٨.

المطلب الثالث: قواعد عامة في الإثبات بالقرائن

القاعدة رقم (١)

أولاً- عبارة القاعدة: هل القرائن تفيد العلم؟(١) وفي عبارة: القرائن إذا احتفت بالخبر حصل العلم. (٢) وفي عبارة: القرائن إذا انضمت إلى الضعيف الحقته بالقوي. (٣)

ثانياً- توضيح القواعد: يقول النّظام(٤) والإمام الجويني خلافا للجمهور بأنّ القرائن تفيد علم اليقين. (٥) فمذهب الجويني والرازي إلى أنّ القرائن إذا احتفت بالخبر حصل العلم، وتبعهما في ذلك الآمدي وابن الحاجب، وعبارة الرازي تنص على أن العلم يحصل بالقرائن فقط، وهو الظاهر في عبارة الجويني وكذلك المقتضى من كلام الأصحاب. (٦)

أما ابن الوكيل فعلى أنها تفيد العلم أحيانا(٧)، والحصني، على أنها تفيد الظن غالبا(٨)، وهورأيي أيضا فالقرائن مختلفة فبعضها تفيد اليقين والبعض الآخر تفيد الظن الغالب فقط. (٩)...

ثالثاً- مثال القواعد: رجل قال لزوجته "أنت طالق " ثم قال: أردت طلاقاً من وثاق أو كان نطق اسمها قريباً من لفظ الطلاق كطالع وطالب، فالشافعي على أن لا تعتمد المرأة قول زوجها ولتمتنع منه.(١٠) و روي عن الماوردي يحكم بهذا إن كان الزوج متهماً، فلو ثبتت قرينة دالة على صدقه وكان الغالب على ظنها ذلك بقرينة فحينها يمكن أن تقبل. (١١)

القاعدة رقم (٢)

---

١ ابن الوكيل، الاشباه (١/٢٣٥).

٢ الحصني، القواعد (٢/٤٠١).

٣ الزركشي، المنثور (٣/٥٩).

٤ النظام هو إبراهيم بن سيار وهو مولى، روى أنه كان أميا، وقد حفظ القرآن والتوراة والإنجيل وتفسيرها... قال الجاحظ: ما أيت أحداً علم بالكلام والفقه من النظام، انظر: عبد الجبار، فرق وطبقات المعتزلة، ص: ٥٩-٦٢.

٥ ابن الوكيل، الاشباه (١٢/٢٣٥)، الجويني، عبد الملك بن عبد الله، البرهان في أصول الفقه، تحقيق عبد العظيم الديب، ط ١، ١٣٩٩م، (١/٥٤٧، ٥٧٥).

٦ الحصني، القواعد (٢/٤٠١، ٤٠٢).

٧ ابن الوكيل، الاشباه (١/٢٣٥)

٨ الحصني، القواعد (٢/٤٠٢).

٩ وزارة الأوقاف الموسوعة الفقهية، ص: ١٥٧.

١٠ ابن الوكيل، الاشباه (١/٢٣٧).

١١ الحصني، القواعد (٢/٤٠٣) وانظر: الزركشي، المنثور (٣/٦٠).

أولاً- عبارة القاعدة: تقوم القرينة القاطعة والراجحة مقام البينة في إثبات الحقوق. (١)

ثانياً- توضيح القاعدة: القاعدة السابقة لها علاقة بالقرائن و قوتها في إثبات الأحكام(٢)، والذي أراه هو جواز الإثبات بالقرينة القاطعة أو التي تفيد الظن الغالب والاحتمال الراجح. (٣)

والخلاصة في ذلك أن البينة عبارة عن كل ما يبين الحق ويظهره(٤)، وأوضح صورها الإقرار والشهادة واليمين والكتابة، و عند انعدام البينات تكون القرائن قائمة مقامها في الدعاوى. (٥)

ثالثاً: أدلة القاعدة: لقد سبق ذكر بعض الادلة التي يستنبط منها مشروعية الإثبات بالقرائن، فلرجع إليها.

رابعاً- مثال القاعدة: لقد كان الرسول صلى الله عليه وسلم يأمر من يلتقط اللقطة أن يردها إلى من يصفها وكان يأمره بتعريف عقاصها ووعاءها ووكاءها (٦)، فكان وصف اللقطة قرينة قائمة مقام البينة، وقد يكون وصفها أوضح و أكثر دلالة من البينة نفسها.(٧)

القاعدة رقم (٣)

أولاً- عبارة القاعدة: إذا قويت القرائن قُدِّمت على الأصل. (٨)

ثانياً- توضيح القاعدة ودليلها: بيان القاعدة أن القرائن المحتفة بالأحكام إذا تعاضدت وتقوت فقد ترجح على الأصل (الظاهر، براءة الذمة بقاء ما كان على ما كان...) (٩).

ثالثاً: مثال القاعدة: اختلف الزوجان على الأمتعة المنزلية، فقرينة العرف والعادة تشير إلى أن يعطى الرجل أمتعة الرجال والمرأة أمتعة النساء رغم أنه يحتمل أن يكون للرجل ما هو مخصوص بالنساء وكذلك العكس (١٠)

---

١ الخريري، القواعد والضوابط الفقهية لنظام القضاء، ص: ٤٣٠. ابن القيم، الطرق الحكمية، ص: ٢٥

٢ كبير، القواعد الكلية، ص: ٤٠٣.

٣ الزحيلي، وسائل الإثبات، ص: ٤٩٠.

٤ ابن القيم، الطرق الحكمية، ص: ٩٧.

٥ الزحيلي، وسائل الإثبات، ص: ٤٩٩.

٦ البخاري، صحيح البخاري، ص: ٤٣٨ والعقاص، والوعاء من جلد أو خرقة... يكون فيه النفقة ونحوه انظر: أبو حبيب سعدي، القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، دار الفكر، دمشق، ط٢، ١٤٠٨هـ، ص: ٢٥٣ والوكاء: الخيط الذي تشد به الصرة أو الكيس: انظر أبو حبيب، القاموس، ص: ٣٨٧.

٧ ابن القيم، الطرق الحكمية، ص: ١٥.

٨ السعدي، عبد الرحمن بن ناصر، القواعد والأصول الجامعة والفروق والتقاسيم البديعة النافعة، مركز صالح بن صالح عنيزة، السعودية، ط٢، ١٤١٢هـ، ص: ٧٦.

٩ السعدي، القواعد، ص: ٧٦، مادة ٥٠ من المجلة.

١٠ المصدر نفسه، ص: ٧٦، الزرقا، المدخل الفقهي (٢/٩٢٠).

الفصل الثالث

وسائل الإثبات الإلكترونية ومدى إحاطة القواعد العامة للإثبات لها

ويشتمل على أربعة مباحث:

المبحث الأول: **المحددات العامة للإثبات**

المبحث الثاني: **بداية ظهور وتطور وسائل الإثبات الإلكترونية حتى الشكل الحديث لها**

المبحث الثالث: **مدى إحاطة قواعد الإثبات التقليدية للإثبات الإلكتروني**

المبحث الرابع: **المفهوم الحديث للعقد الإلكتروني**

تمهيد:

الحقوق في المنازعات و الخصومات في المحاكم لا تثبت إلا بقواعد وضوابط تختلف من تشريع لآخر، و لهذه التشريعات وسائل إثبات تختلف عن بعضها البعض في قوة حجيتها،و أقواهن في العصر الحديث الكتابة، ومنها ما هي رسمية وأخرى عرفية، و كل نوع له أسلوبه و قوته في الحجية،ولقبول هذه الحجج عند القاضي شروط لا بد منها.

و في العصر الحديث بعد أن ظهرت الوسائل الحديثة تغير مفهوم الكتابة باعتبارها دليلا للإثبات، ولما أن الفقه لم يتعرض لمثلها من قبل فسارع الفقهاء وعلماء القانون إلى دراسة الوسائل الحديثة و الاستفادة منها في الإثبات والقضاء، من أجل دفع التشريعات على تنظيمها.

و لقد ساهمت هذه الوسائل أيضا في تغيير معاني العقد بعد أن اخترعت الأجهزة البدائية، ثم تطورت التعامل بالانترنت على الحاسب الآلي أو غيره من الأجهزة الحديثة، و كان ذلك بسبب ما حدث من تطور في الميادين العلمية المختلفة التي انبثقت عن مصطلحات و مفاهيم حديثة. (١)

---

١ صفاء عادل سامي، حجية البصمة الوراثية في الاثبات الجزائي، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، مصر، ٢٠١٣م، ص: ٢٠.

المبحث الأول

المحددات العامة للإثبات

ويشتمل على مطلبين

المطلب الأول : المبادئ العامة للإثبات

المطلب الثاني : وسائل الإثبات بالكتاب

تمهيد: إن في كل دولة تشريع خاص بها، له أسس و ضوابط لصيانة حقوق مواطنيها و منع حدوث أي خداع أو تلاعب بحقوق الناس، وأغلب اشكالها في محل وعبء الإثبات والحق في الإثبات.

وكذلك مبدأ حياد القاضي و له دور كبير في التحقيق في الدعاوي والحقائق المخفية تحت الوقائع الظاهرة، فالقضي يسهر لتطبيق القانون، وهو نقاشنا في المطلب الأول.

أما في المطلب الثاني فسنناقش قواعد موضوعية لتحديد أدلة ووسائل الإثبات وتوضيح كيفية عرض تلك الأدلة أمام المحكمة.

المطلب الأول: المبادئ العامة للإثبات

الفرع الأول: مبادئ الإثبات والنظام العام

قبل أن نغوص في دراسة مبادئ الإثبات لينا أن نلقي نظرة سريعة على مذاهب الإثبات، و العلاقة بين الإثبات والنظام العام.

الفصن الأول: مذاهب الإثبات

لقد كان الرومان أول من أسس نظرية على أساس حقيقة مهمة وهي " أن الحق المجرد عن دليله لا وجود له ويكون هو والعدم سواء عند حصول النزاع"، والإثبات على مذاهب ثلاثة.

المذهب الأول: الإثبات المطلق

لا تقييد من قبل القانون على الطرفين للإثبات فالكل أحرار في إثبات حجته المقنعة للقاضي، وللقاضي أن يبحث عن الحقائق ويتحقق في الأمر بجميع الطرق التي يراها نافعة في ذلك، حتى يصل إلى الحق فيقضي به. (١)

و ما ينتقد على هذا المذهب أنه متساهل في المعاملات فالقضاة بشر يختلفون عن بعضهم البعض في مذاهبهم و أمزجتهم ، و هنالك احتمال كبير بأن يستغل القاضي هذه الحرية في سبيل تحقيق هواه، و لكن رغم ذلك التقييد المقنع فهناك من يعتقده عبرة للعمل به مثل ابن القيم الجوزية رحمه الله، والتشريع الإنجليزي والأمريكي. (٢)

---

١ مفلح عواد القضاة،البينات في المواد المدنية والتجارية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠٠٧م، ص: ٣٢.

٢ محمد حسن قاسم، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، ٢٠٠٧م، ص:١٢.

المذهب الثاني: الإثبات المقيد

بخلاف المذهب السابق تماما فالقانون هو الأساس في تحديد طرق الإثبات و قيمها، والقاضي مقيد بتلك الطرق، فلا يزيد و لا ينقص، حتى أنه يمنع علم القاضي الشخصي، وذاك ما يقدح فيه، بالإضافة إلى إجبار الخصوم على إثبات حقوقهم بوسائل معينة في القانون سلفاً.

الظاهر أن هذا المذهب ناجح في تحقيق استقرار المعاملات وهو موضع ثقة للمتخاصمين، بوجود أمل في الإنصاف ودفع الظلم في النزاعات، ولكنه أفرط في تشديد القيد على القاضي و تضييق دائرته في التحقيق و الإثبات فأخرج علمه الشخصي من الاثبات مما قد يمنعه عن تحقيق العدالة،، فيحدث كثيرا أن صاحب الحق قاصر عن الدليل و القاضي يعلم بذلك و لكنه عاجز عن الحكم بالحق له بناء على علمه.

ور غم كل تلك الاعتراضات على هذا المذهب إلا أن غالبية الفقه الإسلامي سلك هذا المسلك فنجد أنه اشترط في الإثبات بالبينة شهادة شاهدين وشهادة الواحد مردودة إلا في حالات استثنائية، و بمجرد توافر الشاهدين كان لزاما على القاضي أن يقضي بموجبها من غير تدخل.

المذهب الثالث: الإثبات المختلط

أما هذا المذهب فوسط بين المذهبين السابقين، فيجمع الحسن منهما و يدع الخلل، فأخذ مبدأ حياد القاضي وحدد الأدلة، و وجود بعض الأدلة فيه تعين على الإثبات، فيتسبب في استقرار المعاملات، وو يقلل من تسلط القاضي، فوظيفته تقدير الأدلة الجددة من قبل القانون ثم يقبلها قوة في الإثبات،و عندها يخرج من عيوب الإثبات المقيد يمنحه القاضي سلطة في الأخذ بالشهادة وردها ،و له دور في تغليب شهادة القلة على شهادة الكثرة عند تقارب الشهداء، و يحق له ايضا أن يوجه اليمين المتمة تلقائياً إلى أي من الطرفين. (١)

وكذلك الأمر في في القرائن القضائية فالقاضي يتمتع فيها بحرية واسعة، وهو المذهب المروج في أكثر الدول المسلمة كمصر والجزائر والأردن ولبنان.

الفصل الثاني: الإثبات والنظام العام

القواعد الموجودة في نصوص الإثبات على قسمين، قواعد موضوعية وقواعد شكلية أو إجرائية، فالموضوعية ما تقوم بتحديد أدلة الإثبات وشروط القبول، وقوة الدليل ومحل الإثبات وعبء الإثبات، مثل القاعدة التي

---

١ المادة ٣٤٨ من القانون المدني الجزائري.

تنص على أن الإثبات بالبينة لا يجوز في التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها عن نصاب معين. وأما القسم الاثني من القواعد وهي القواعد الإجرائية أو الشكلية فهي دلالة على الإجراءات التي يجب العمل بها أمام القضاء عند تقديم الدليل، ثم أن هذا التقسيم تسبب في حدوث اختلاف كبير في التشريعات حول محل عمل هذه القواعد، فالبعض خصص القواعد الموضوعية في القانون المدني، والقواعد الإجرائية في قانون المرافعات أو الإجراءات المدنية.

والبعض الآخر جمع أقسام القواعد السابقة كلها في قانون المرافعات، تماما مثل القانون الأمريكي والقانون الإنجليزي. (١)

الفرع الثاني: لوازم الإثبات

لدراسة لوازم الإثبات يجب علينا أن نخوض في تفاصيل العديد من المباحث الأخرى، مثل عبء الإثبات ببيان الخصم المكلف به، ومحله وما يجب إثباته، وكذلك الحق في الإثبات، ومبدأ حياد القاضي وحدوده.

الفصل الأول: عبء الإثبات

إن الحالة الأصلية للبشر تقتضي أن يتحمل المدعي عبء الإثبات، فالحالة العامة للكل هي براءة ذمة الفرد، فالمدعي مكلف بأن يثبت ما يدعيه خلاف الحالة العامة للفرد، عن ابن عباس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "لو يعطى الناس بدعواهم لادعى الناس أناس دماء رجال وأموالهم ولكن البينة على من ادعى." (٢)

أما بالنسبة للحقوق العينية فالعبرة فيها للظاهر أولاً، لأن الحق العيني تسلط مباشر للفرد على شيء ما، وصاحب الحق هو المنتفع بها أولا إلا أن تثبت الدلائل خلاف ذلك، فالقابض على أرض ما في الظاهر مالكها ولا يصح مطالبته بدليل يثبت ذلك، ثم إذا ادعي آخر خلاف الظاهر فهو مكلف حينها بأن يثبت دعواه القائمة خلاف الظاهر بدليل، وهو المحمل لعبء الإثبات. (٣)

ثم أنه من الممكن إلى جانب الوضع الثابت أصلاً أو عرضاً أو ظاهراً أن ينص القانون على قرائن قانونية فينتقل بذلك عبء الإثبات عن المدعي إلى الطرف الآخر، وحينها يجب على هذا الطرف أن يرد القرينة.

فلقد ذكر القانون المصري وبعض القوانين الأخرى مثل هذا، منها ما نصت عليه المادة ٥٨٧ من القانون

---

١ محمد حسن قاسم، ص: ٢٨.

٢ رواه البخاري ومسلم والبيهقي بإسناد صحيح.

٣ مفلح عواد القضاة، ص: ٥٦.

المدني المصري: "الوفاء بقسط من الأجرة قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة على هذا القسط حتى يقوم الدليل على عكس ذلك."

نتيجة ما سبق أن القرينة القانونية يمكنها أن تنقل عبء الإثبات من طرف المدعي إلى الطرف الآخر، وحينما يثبت الطرف الآخر خلاف القرينة يرد العبء على المدعي مرة أخرى.

الفصل الثاني: محل الإثبات

و يقصد بمحل الإثبات مصدر الحق لا الحق عينه، و بتعبير آخر هو السبب المنشئ له، أو الواقعة التي أنشأت هذا الحق، والوقائع متنوعة فمنها ما هي مادية طبيعية (مثل الوفاة)، فيترتب عليها انتقال الحقوق مثل الميراث، أو أن تكون الوقائع أفعال مثل الإحرام فيترتب على ذلك ثبوت حق لمن تعدى ليه الضرر فيطالب بالتعويض عن ضرره.

و أما التصرفات القانونية فهي إحداث أثر قانوني معين، كان من جانب واحد مثل الهبة و الوصية، أو من جانبين مثل البيع.

شروط التي يجب توافرها في الواقعة القانونية محل الإثبات

وللواقعة القانونية محل الإثبات شروط يجب أن تتوفر، وهي:

الشرط الأول: أن تكون الواقعة معينة

من اللازم أن تكون الواقعة التي يراد إثباتها واضحة التفاصيل بحيث يجعلها أمرا قاطعا لا شك فيه، وليس هذا إلا طبيعة في الأشياء (١)، فالإثبات مثل أي نشاط إنساني آخر يكون واضح المعالم والحدود، والواقعة التي تكون حدودها مجهولة يصعب إثباتها (٢)، فكل من يدعي ملكية شيء عليه أن يأتي بسند يثبت له ذلك مهما كان سبب الملكية.

الشرط الثاني: أن تكون الواقعة متنازع فيها.

فالقصد من الإثبات هو بيان وقعة حل فيها نزاع عند القاضي، وفي حال انعدام النزاع لا داعي لإثبات وجود الواقعة وتضييع وقت القضاء، و عند إقرار أحد الخصوم بالحق المدعى لا تبقى الوقعة محل إثبات، وبذلك تخرج الواقعة عن نقاش القاضي.

---

١ سمير تناغو، النظرية العامة في الإثبات، بدون دار نشر، الإسكندرية، ١٩٩٧م، ص: ٦٢.

٢ محمد حسين منصور، الإثبات التقليدي والإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الأزاريطة، الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص: ٣٥.

فمثلا لو ادعى رجل دينا على آخر وأقر المدعى عليه بذلك ولكنه ادعى أنه وفى الدين أو تقادم عهده فحينها لا نقاش للمحكمة في ذلك. لأنه أمر مسلم عند المدعى عليه. (١)

الشرط الثالث: أن تكون للواقعة علاقة بالدعوى

ومن اللازم أيضا أن تكون للواقعة التي يراد إثباتها علاقة قوية بالحق المزعوم فلو كان الأمر خلاف ذلك فإثبات الواقعة حينها أمر عبث، نحو ادعى المستأجر فترة مخصوصة من عقد الإيجار فله أن يثبت أنه أوفى أجرة لاحقة.

الشرط الرابع: أن تكون الواقعة مفيدة

من اللازم كون الواقعة التي يراد إثباتها قادرة على إنتاج فائدة للقاضي بصدق الدعوى أو التسبب في تحقيق الأثر القانوني المترتب على الدعوى. غير أنه لا يلزم أن تكون الواقعة سببا حتميا في حل الخلاف. وبذلك فإن المدين الذي ادعى عليه بوفاء الدين لا يقبل منه إثباته لوفائه عن طريق إثبات إقرار لم يصدر من الدائن لأن الإقرار المذكور غير مفيد في حق الدائن.(٢)

الشرط الخامس: أن يصح قبول الواقعة

والقصد من ذلك أن تكون الواقعة معقولة لا يستحيل وقوعها ولا ينكر القانون وقوعها ولا تتضاد مع العرف العام في الآداب والأخلاق العامة، فالذي يدعي ٣٠ يوما في شهر فبراير أو يدعي بنوّة من هو أصغر منه، فدعواه باطلة لاستحالة هذه الواقعات. وبيع ملك الغير من قبيل ذلك حيث أنه مخالف للعرف والأخلاق العامة.

الفصل الثالث: الحق في الإثبات

الإثبات عند القضاء واجب وحق، أما أنه واجب فكل من يدعي حقا يلزمه دليل على ذلك، وأما باعتباره حق له فلو التزم المدعي بإثبات واقعة وافية الشروط لزم على القاضي أن يسمح له بإثبات تلك الواقعة بكل ما يسمح القانون من دليل.

فلو امتنع القاضي عن السماح له بالإثبات كان مهدرا لحقه وبذلك يتهم القضاء ويلزم نقض الحكم فالمدعي له حق الإثبات بالشهود بشرط أن لايخالف القانون. ومماثله تماما حق الخصم في إثبات خلاف

---

١ نفس المرجع السابق، ص: ٣٦.

٢ مفلح عواد القضاة، ص: ٤٨.

ذلك وله الحق في نفي ما أثبته الطرف الآخر.

الفصل الرابع: مبدأ حياد القاضي

يقصد بمبدأ حياد القاضي أن يقف القاضي منحازا غير متطرف إلى أي جانب من الخصوم في الدعوى، فيأخذ الأدلة والبراهين ويتحقق في ثبوتها أو عدمها من دون أن يستند إلى معلوماته الشخصية أو يبحث عن أدلة إضافية. (١)

لقد ثبت من هذا المطلب في النهاية أن التشريعات منحت القاضي قوة وسلطة ولكن وضعتها في حدود وقيود، والقصد من وراء ذلك هو تحقيق العدل والإنصاف مع التحذير من تحكم القضاء في إثبات الحقوق.

المطلب الثاني: وسائل الإثبات بالكتابة

إن الكتابة من أهم وسائل التعبير عن الإرادة وإثبات الدعوى والتصرفات القانونية بل هي الأصل فيها.

فلقد خصها الله سبحانه وتعالى أهمية بالغة في القرآن في أطول آية في مجال الاثبات الحقوق حيث قال: ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ.... الخ﴾ (٢).

وتعتبر الكتابة أقوى الأدلة من بين الأدلة القانونية الحديثة، والكتابة يتغير شكلها وحيثيتها من حيث مصدرها من بين محررات وأسناد وكتابات رسمية وعرفية، وهنا نبذة تعريفية عن هذه الكتابات وستتعرض للتفاصيل في الفصلين الرابع والخامس إن شاء الله.

الفرع الأول: الكتابة الرسمية

الفصل الأول: مصطلح الكتابة الرسمية

مفهوم مصطلح الكتابة الرسمية في التشريع الأردني:

١- المستندات التي ينظمها الموظفون الذين من اختصاصهم تنظيمها طبقا للأوضاع القانونية ويحكم بما دون أن يكلف مبرزها إثبات ما نص عليه فيها ويعمل بها ما لم يثبت تزويرها.

٢- المستندات التي ينظمها أصحابها ويعدها الموظفون الذين من اختصاصهم تصديقها طبقاً للقانون وينحصر العمل فيها في التاريخ والتوقيع فقط..." (٣)

---

١ المادة ١٤٦ من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني.

٢ سورة البقرة، الآية: ٢٨٢.

٣ يوسف أحمد النوافلة، حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات، دار وائل للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، ٢٠٠٧م، ص: ٢٠ و ٢١.

وتعريفها في التشريع المصري في المادة العشرة من قانون الإثبات المصري ما نصه: "المحررات الرسمية هي التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن، وذلك طبقاً للأوضاع القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه..."

الفصل الثاني: شروط الكتابة الرسمية

التشريعات على اختلاف في تعريف مصطلح الورقة أو المحرر أو الكتابة أو السند الرسمي، ولكنها على اتفاق في وجود بعض الشروط لصحة الكتابة الرسمية وهي:

الشرط الأول: يجب أن يكون مصدر الكتابة الرسمية موظفا عاما أو ضابطا عاما أو شخصا مكلفا بخدمة عامة:

١- الموظف العام

من شروط كتابة العقد الرسمي كونه موظفا عاما ويقصد بذلك شخص يحتل منصبا دائما للمصالح العامة طبقا لقانون الوظيفة العمومية وخير مثال على ذلك موظفوا الجماعات المحلية ومستخدموا الشؤون الدينية وأساتذة الجامعات.

٢- المقصود بالضابط العمومي

وهو الشخص الذي منحه القانون سلطة تصديق العقود والمستندات. مثل المحضر القضائي وهو "ضابط عمومي مفوض من قبل السلطة العمومية يتولى تسيير مكتب عمومي لحسابه الخاص وتحت مسؤوليته"(١)

٣- أصحاب الخدمات العامة

وهم أولئك الأفراد الذي يسيرون شؤون المرافق العامة كضابط الحالة المدنية ومن ذلك ما أقرت به السلطة المصرية من القوة الثبوتية لكتابات وتحريرات رئيس المجلس الشعبي ونوابه في مسائل شتى، على سبيل المثال. يعتبر محضر الجلسة وثيقة معتمدة قانونيا لها قوة ثبوتية إلا أن تطعن أو تزور، وأيضا ما يُصدر مطلقا للقانون من القنصليات من كتابات أو تحريرات كله معتمد وهي تحريرات رسمية قانونية ذات قوة ثبوتية. (٢)

الشرط الثاني: لزوم كون الموظف مختصا بمضمون المستند

مهما كان كاتب التحرير كان موظفا عاما أو ضابطا عموميا أو شخصا ذا خدمة عامة فإنه يلزمه أن يكون صاحب تخصص في نوعية محتوى التحرير فلو لم يكن قادرا على كتابة عقود رسمية فلا يصح له ذلك.

ويجب أيضا أن يكون الشخص المدون للتحرير مزاولاً للمنصب المعهود له حين كتابته للتحرير الرسمي، فإن

---

١ يوسف أحمد النوافلة، ص: ٢٠٠، و٢١٠.

٢ محمد حسن قاسم، ص: ٥٩.

كان قد عزل أو نزل رتبة أو فقد القوة الرسمية في الإثبات فإنه لا يصح له ذلك.

وينص القانون المخصص لمهنة كاتب العدل في المادة الخامسة أن كاتب التحرير الرسمي لابد له من أن يقوم بنشاطات وظيفته في المكان المخصص له ولا يفارقه لإجراء عمل تقتضيه وظيفته إلا بإذن مكتوب من رئيس المحكمة. (١)

الشرط الثالث: لزوم اتباع الأوضاع التي خصصها القانون للورقة الرسمية

هنالك بعض السلطات المقننة تضع أوضاعا خاصة لكل نوع من أنواع الأوراق الرسمية تمثل في قواعد وإجراءات معينة خاصة بكل موظف أو مكلف بخدمة عامة، لابد من مراعاتها عند القيام بكتابة هذه الورقة، أو المحرر حتى تثبت له الصفة الرسمية. وإذا كانت الكتابة أو الورقة الرسمية لم تراعى فيها الشروط المذكورة فلا تعد كتابة أو ورقة رسمية بل تعد عرفية.(٢)

الفرع الثاني: الكتابة العرفية

الفصل الأول: مفهوم الكتابة العرفية

لقد كانت للكتابة العرفية قصب السبق في ميدان الإثبات بشكل عام وهي تسمى أيضا بالسندات العادية وتعريفها في الاصطلاح أنها أوراق تصدر من الأفراد دون حضور موظف عام أو ضابط عمومي رسمي، ولا تخضع لأي شكل من الأشكال أو شرط من الشروط كالكتابة والمحرر الرسمي، ويتم تحريرها بمعرفة أطرافها حسب العرف، وسبب تسميتها بالعرفية يعود إلى الوجوه السابقة.

الفصل الثاني: شروط الكتابة العرفية

من أهم شروط الكتابة العرفية شرطان وهما الكتابة والتوقيع.

ولقد توسعت التشريعات في الإحاطة بمفهوم هذا النوع من التحريرات، ففتحت الأبواب بمصراعيها لجميع أشكال الكتابة مثل الرسمية والعرفية والإلكترونية، ولهذا كان هذا الإقدام ثورة في ميدان قواعد الإثبات،ثم أنه لا يلزم قطعا للكتابة العرفية أن تكون في لغة خاصة أو تكتب بخط من يتعلق الأمر بهما من ملتزم بها ومتمسك، ومن ميزات الكتابة العرفية أنها تتصف بالحرية التامة في تحريرها إلا ما استثنى منه القانون، ويعتبر هذا التعريف للكتابة العرفية رسميا عند غالبة التشريعات. أما الشرط الثاني وهو شرط التوقيع فيجب أن يكون من طرف صاحب التحرير وهو الركيزة الأساسية في هذه الكتابة العرفية للإثبات فهو الموصل لصاحب المعاملة المذكورة في مضمون الكتابة وهي كافية للجنوب عنه. (٣)

---

١ مفلح عواد القضاة، المرجع السابق، ص: ٨٠.

٢ يوسف أحمد النوافلة، المرجع السابق، ص: ٢٥.

٣ المستشار محمد حسين منصور، الوجيز في شرح القانون المدني والإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ٢٠٠٤م، ص: ٧٠.

المبحث الثاني

بداية ظهور وتطور وسائل الإثبات الإلكترونية

ويشتمل على مطلبين:

المطلب الأول: تطور وسائل الإثبات وظهور الإثبات الإلكتروني

المطلب الثاني: أهمية الإثبات الإلكتروني لضمان المعاملات الإلكترونية

المطلب الأول: تطور وسائل الإثبات وظهور الإثبات الإلكتروني

الإنسان في كل عصر يلجأ إلى وسائل تثبت حقه وتكون هذه الوسائل رائجة في ذلك العصر، فلقد راجت في مبدأ الأمر طرق بدائية جدا لما كان لها مكانة في تلك الحضارة السائدة حينها، فالحق يقال إن القضاء لإثبات الحقوق أمر ذو علاقة وثيقة بالمجتمعات البشرية منذ القدم (١)، ولذلك فإن الإثبات القضائي مر بمراحل ثلاثة حتى وصل إلى ما هو عليه اليوم حيث كانت وسيلة الإثبات في كل مرحلة منها مرتبطة ارتباطا وثيقا بالحضارة السائدة آنذاك.

وبذلك فإنه من اللازم أن تتفق وسائل الإثبات في العصر الحاضر أيضا مع التقدم الحضاري والتكنولوجي الرائج اليوم، وهذا ما سنناقشه هنا عند بيان تلك المراحل الثلاثة:

المرحلة الأولى: مرحلة ما قبل القضاء

وهي المرحلة التي لم يكن فيها التشريعات والقوانين الحديثة والقضاء الرائج اليوم وإثبات الحق للنفس لم يكن إلا بالقوة، فالقوي هو صاحب الحق دوما وفي حالات الظلم والاعتداء لجأ الانسان المظلوم والضعيف الي تسخير قوى السحر الخفية لانتزاع حقه والانتقام من الغاصب. (٢)

المرحلة الثانية: عهد الدليل الإلهي

ولقد تطور الانسان بعض الشيء في هذه المرحلة فعرف قانونا طبيعيا لإثبات الحقوق، فهنالك من يختصم عند رجال الدين وسادة القبائل، وآخرون يحتكمون عند الآلهة والأصنام، أو يكون بين الخصمين السيف، وهناك من يلجأ إلى المحن والمصادفات كأن يُصب سما في إناء وماء في آخر، ثم يخير صاحب الحق ليختار بينهما، فإن اختار السم خسر وإن اختار ماء، ثبت الحق له. (٣)

و من ذلك أيضا استعانة الإنسان بالخوارق الصادرة من الآلهة، مثل أن يرمى الشخص المشكوك في النهر أو يسقي سما فنجاته دليل على براءته، ومن ذلك أيضا أن يحلف الشخص ويطلب فيه شرا لنفسه، حيث أن معتقد عقاب الله للجاني كان سائدا في الناس حينها، وهنالك أشخاص آخرون يفصلون في نزاعا تهم برأي رجال الدين والكهنة لعدالتهم المشهورة في الناس، ثم جاء زمن كانت المبارزة فيه وسيلة إثبات الحق حيث أن الطرفان كانا يحلفان قبل المبارزة ، والخاسر من أخطأ في أداء الصيغة، و من العجائب التاريخية ما ساد في الثقافة اليابانية القديمة أن من عجز عن إثبات حقه بالدليل شق بطنه عند باب الخصم و انتحر اعتقادا

---

١ د. آدم وهيب النداوي، دور الحاكم المدني في الإثبات، مصدر سابق، ص: ٥-٦.

٢ المستشار أحمد نشأت، رسالة الإثبات، مصدر سابق، ١/١٠-١١.

٣ د. غني حسون طه، مذكرات في تاريخ القانون، منشورات جامعة بغداد – كلية القانون، ١٩٧١م، ص: ٦.

منه أن بهذا يزل غضب الله على خصمه. (١)

المرحلة الثالثة: عهد الدليل الإنساني

وبعد تطور عظيم وصل الإنسان إلى هذه المرحلة وهي مرحلة الاستدلال بالأشخاص الشهود، ولما واجه الإنسان بعض المشاكل في إثبات الحق بالإشهاد مثل شهادة الزور أو الامتناع عن الشهادة أو غياب الشهود، لجأ إلى التعذيب في الحصول على الاعتراف، ولكن لما ظهرت الكتابة والطباعة شرع الإنسان يستخدمها في إثبات الحقوق واستخدامها كدليل مقنع، مما أغنى نسبيا عن الشهود، ثم تطورت الكتابة حيث تفرعا إلى أنواع و، وكانت الكتابة الرسمية حينها في أطور أشكالها التي حصلت فيما بعد على قوة ثبوتية ملزمة عند الخصام ولاسيما في الخصامات المدنية. (٢)

واشتهر عن الرومان قولهم "الأقوال تطير والكتابة تبقى" ففضلوا الكتابة على الشهود في الوزن و القيمة، وتبعهم الفرنسيون في هذه الأفكار فجعلوها قانونا رسميا عام ١٠٦٦م و مثلهم الأمريكان حيث قالوا " الورقة المكتوبة أفضل شاهد" (The best witness is a written paper). (٣)

تباعا للمنهج السابق لم تغفل الشريعة الإسلامية عن الكتابة بل اعتمدتها حجة قانونية ٥٥٧ واتباعا للسنة البشرية السابقة أخذت الكتابة موضعا مهما في إثبات الحقوق في العصر الحديث من قبل الجميع بلا تفريق، لأنها وسيلة قوية في صون الحقوق وجلب المنافع، وذلك هو السبب في إجبار القوانين الحديثة الناس على وجوب كتابة العقود والمعاملات في حال شروط ومبالغ ومواصفات معينة. (٤)

المرحلة الرابعة: عهد الدليل الإلكتروني

لم يزل يتطور الإنسان في وسائل الإثبات الرائجة حتى وصل إلى المرحلة المعاصرة المتميزة عن المراحل السابقة جميعها، فلقد تحولت البشرية من التواصل الاجتماعي عن طريق المشافهة والكتابة إلى تواصل اجتماعي معلوماتي فنشأت هنالك ما يسمى بالمجتمعات المعلوماتية (Information Societies) حيث أن العالم واجه ثورة عظيمة في مجال التكنولوجيا لم يسبق لها مثيل في تاريخ البشرية، وعرفت هذه الثورة باسم الثورة المعلوماتية (Information Revolution) أو ثورة الاتصالات، أو الثورة التقنية العالية (High Technology Revolution) وحينها دار النقاش عن عثر تقنية المعلومات والإنسان المعلوماتي

---

١ المستشار أحمد نشأت، رسالة الإثبات، مصدر سابق، ١/١٦-١٣.

٢ المصدر السابق، ص: ١٤.

٣ د. محمد حسام محمود لطفي، الحجة القانونية للمخرجات الطبعية في إثبات المواد المدنية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، المطبعة الفنية، القاهرة – مصر، ١٩٨٨م، ص: ٨-٩.

٤ د. عباس العبودي، السندات العادية ودورها في الإثبات المدني، الدار العلمية الدولية، ومكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط١، عمان، الأردن، ٢٠٠١م، ص: ١٣-١٥.

(Homo Information) نتيجة لهذه الثورة المعلوماتية المتشكلة في صورة الشبكة العنكبوتية والحواسيب والأجهزة الحديثة صار العالم بأسره قرية صغيرة واحدة. (١)

فشرع الناس في قضاء حاجاتهم وإجراء المعاملات وعقد الصفقات عبر هذه الوسائط الحديثة المعاصرة. (٢)

وعند ذلك عرف العالم نوعا جديدا من التجارة وهي التجارة الإلكترونية (E-commerce) والتي كانت تمارس نشاطاتها على الشبكة العنكبوتية لكونها الوسيلة الأسرع لتبادل المعلومات ونقل البيانات، ونتج عن ذلك تراجع وسائل الإثبات التقليدية عن ميدان الممارسة والنشاط مثل التلكس والفاكس والتليفزيون. (٣)

ثم أن هذا التطور الكبير في التجارة ووسائل نقل البيانات فتح الأبواب أمام التصرفات القانونية مثل العقود والصفقات الإلكترونية، وبالتالي ظهرت أدلة حديثة تقوم كحجة لإثبات الحقوق القانونية المختلفة والتي سميت فيما بعد بأدلة الإثبات أو وسائل الإثبات الإلكترونية. (٤)

وتمتاز هذه الأدلة الحديثة عن التقليدية بأنها كتابة في صورة مختلفة عن الصورة التقليدية، وهي كتابة ناتجة عن وسائل تقنية حديثة معينة لها قدرة عالية في استنساخ المعلومات بدقة (٥)، حيث أن الكتابة الإلكترونية مستغنية بشكل كامل عن الكتابة الورقية في كتابتها وتوقيعها وحفظها وإرسالها إلا إذا دعت الحاجة لذلك فتحول الكتابة الإلكترونية إلى كتابة ورقية. (٦)

وبعد التطلع على الدراسة السابقة يلزم أن يتطور الإثبات أيضا ليتخذ شكلا يوافق الحضارة المعاصرة فلقد ابتكرت الثورة المعلوماتية أدلة من نوع جديد، وهي الأدلة الإلكترونية، وعلى ذلك فإن الحاجة اقتضت لأن تبتكر طرقا جديدة ومعاصرة وموافقة للعصر المعلوماتي للتعامل مع تلك الأدلة، وتلك هي الوسائل التي أطلق عليها اسم وسائل الإثبات الإلكترونية (٧) أو الإثبات المعلوماتي.

---

١ رامي محمد علوان، التعبير عن الإرادة عن طريق الانترنت وإثبات التعاقد الإلكتروني، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، العدد الرابع، السنة ٢٦، شوال ١٤٢٣هـ، ديسمبر ٢٠٠٢م، ص: ٢٢٩-٢٣٠.

٢ د. طوني ميشال عيسى، التنظيم القانوني لشبكة الانترنت، ناشر، صادر لبنان، ط١، ٢٠٠١م، ص: ٢٨.

٣ هادي مسلم يونس، التنظيم القانوني للتجارة الالكترونية، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٩م، ص: ١٥.

٤ وهذه الأدلة والوسائل تشمل على سبيل المثال البريد الإلكتروني ومعطيات الحاسوب الآلي ورسائل ومحررات الإلكترونية وغيرها لأهميتها في المعاملات الإلكترونية وباعتبارها الأسلوب الحديث للتعامل التجاري الإلكتروني.

٥ د. عباس العبودي، حجية الأدلة الإلكترونية في الإثبات المدني، بحث منشور في مجلة (القانون المقارن) تصدر عن جمعية القانون المقارن العراقية، العدد (٣٣)، ٢٠٠٣م، ص: ٢٥.

٦ د. أحدم سعيد شرف الدين، دراسات في عقود التجارة الإلكترونية، حجية الكتابة الإلكترونية في الإثبات، مركز البحوث والدراسات بشرطة دبي، دبي — الأمارات العربية المتحدة، ٢٠٠١م، ص: ٣٤.

٧ د. طوني ميشال عيسى، مصدر سابق، ص: ٣٢٨.

المطلب الثاني: أهمية الإثبات الإلكتروني لضمان المعاملات الإلكترونية

الإثبات الإلكتروني أو المعلوماتي يقصد به أولئك البيانات المستخرجة من وسائل التقنية الحديثة، مثل ذرائع الاتصال المباشر وشبكات البيانات لممارسة التصرفات القانونية، ويعبر عن كل ذلك اصطلاحا بالسندات الإلكترونية (١)، أو بتعبير آخر، اعتبار الكتابة والتحارير والسندات أدلة قادرة على الإثبات (٢) ويعني ذلك أن يمنح الدليل الإلكتروني قوة إثباتية قانونية، ويدخل في مفهوم الدليل الإلكتروني جميع وسائل الإنترنت والفاكس والتلكس ومستخرجات الحاسوب أخرى. (٣)

لقد فتح التقدم التقني للعاصر المجال أمام رجال الأعمال بأن يمارسوا نشاطاتهم التجارية والتصرفات القانونية كإبرام العقود وعقد الصفقات على منصات حديثة مثل الفاكس والتلكس وشبكة الإنترنت، بالإضافة إلى الاستفادة من استخدام خاصية الدفع الإلكتروني (Electronic Payment) مثل استخدام بطاقات الائتمان في المصارف المالية من دون الحاجة إلى نقل فعلي للنقود من مكان لآخر وكذلك عدم الحاجة إلى تثبيت المعاملات بالتوقيعات اليدوية واستخدام التوقيعات الإلكترونية بدلاً منها. (٤)

طرق التعاقد عبر الإنترنت

فبناء على هذا يمكن القول بأن هناك طريقتين أساسيتين للتعاقد عن طريق الأنترنت:

أولاهما: يتم فيها التعاقد بالمراسلة من خلال البريد الإلكتروني.

ثانيهما: يتم فيها التعاقد بوساطة الاتصال المباشر من خلال زيارة العميل للموقع التجاري للبائع أو مقدم الخدمة ويكون عادةً عن طريق خدمة الويب (web) وإتمام التعاقد بشكل مباشر من خلال التوقيع على النموذج المتاح في هذا الموقع(٥)، أو قيام القابل بالضغط على إحدى العبارتين (أقبل) أو (لا أقبل) أو يطبع كلمات تفيد القبول (أنا أقبل العقد على الخط) أو (ok) – (I agree) ويسمى هذا النوع من العقود بعقود الويب. (٦)

---

١ قريب من هذا المعنى، د. عباس العبودي الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات المدني، الدار العلمية الدولية ومكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط١، عمان – الأردن، ٢٠٠٢م، ص: ٥.

٢ باسل يوسف، الاعتراف القانوني بالمستندات والتواقيع الإلكترونية في التشريعات المقارنة، بحث منشور في مجلة "دراسات قانونية" العدد (٣)، السنة الثالثة، ٢٠٠١م، ص: ٨-٢٤.

٣ د. عباس العبودي، وحجية الأدلة في الإثبات المدني، مصدر سابق، ص: ٢٥.

٤ د. أحمد سعيد شرف الدين – عقود التجارة الالكترونية (تكوين العقد وإثباته) كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠١م، ص: ٢٣٦.

٥ جميعي، د. حسن عبد الباسط، إثبات التصرفات القانونية وإبرامها عن طريق الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٢٠٠٠، ص ١٠.

٦ يونس عرب، قانون الكومبيوتر، اتحاد المصارف العربية، ٢٠٠١م، ص: ٤٠٢، وراضي محمد علوان، مصدر سابق، ص: ٢١٦.

ويتم عادةً تحرير العقود المبرمة بهاتين الطريقتين على وسائط إلكترونية (من أقراص أو شرائط ممغنطة) (١) التي هي سندات إلكترونية أو محررات إلكترونية مطبوعة على شاشة الحاسوب ويمكن استخراجها بوساطة الحاسوب الآلي المرتبط بشبكة الانترنت، إذ تتضمن بيانات مكتوبة وموقعة إلكترونياً على دعامات غير ورقية ويتم خزنها ونقلها إلكترونياً عبر شبكات الانترنت.(٢)

وإن هذه السندات والمحررات الإلكترونية بطبيعتها تتجرد على أي مرتكز ورقي، ولا تقترن بشكلية التوقيع، لذلك يصعب تكييفها في ظل نظام الإثبات القانوني القائم لإعطائها فعالية كاملة في الإثبات، لأنها على حد قول البعض(٣) قد تدحض وسائل الإثبات التقليدية أو قد تتعارض معها، وهكذا يلاحظ أن العقود المبرمة ضمن نطاق التجارة الإلكترونية لا تقوم على سندات مادية أو ورقية مكتوبة، الأمر الذي يؤدي إلى التساؤل عن كيفية إثبات التزامات الأطراف المتعاقدة من خلال شبكة الانترنت؟

إذ يصطدم التعامل الإلكتروني ضمن التجارة الإلكترونية الحديثة بعدة عقبات أفرزتها نصوص القوانين القائمة التي صيغت قواعدها، فيما يتعلق بتكوين العقود وإثباتها، على أساس حريان التعامل باستعمال الورق المكتوب وضرورة التوقيع بخط اليد أو بوسائل تقليدية كالختم والبصمة ومن هنا جاءت أهمية البحث عن طريق إزالة تلك العقبات القانونية لنمو التجارة من ناحية، وتهيئة بيئة قانونية أكثر أماناً في توثيق المعاملات الإلكترونية وأكثر يقيناً في حماية الحقوق المتولدة عنها وإثبات مصدرها من ناحية أخرى.(٤)

كما يكتسب الإثبات أهمية أبعد في بيئة التجارة الإلكترونية مقارنة بالتجارة التقليدية، لافتقاد هذه البيئة المرتكزات المادية أو الورقية التي تعتمد عادةً كطرق أساسية في الإثبات، مما أعطى للإثبات الإلكتروني أبعاداً نفسية وتقنية فضلاً عن الأبعاد القانونية، فالإثبات هنا لا ينصرف إلى وجود تصرف أو واقعة ما من عدمها فحسب، وإنما يتعلق بآليات أو أساليب إنشاء هذا التصرف الذي يتم بين أطراف متباعدين لا يتبادلون فيما بينهم التعابير أو البيانات إلا بأساليب إلكترونية، ومن خلال أجهزة ونظم لمعالجة المعلومات لا تترك أثراً مادياً على الورق يعتمد أو يعول عليه، بل أثراً إلكترونيا يحفظ أو يخزن في تلك الأجهزة حيث أن الإثبات في التجارة الإلكترونية لا تتقيد دائرته في إيجاد معاملة من العدم فقط بل تمتد إلى التفاصيل عن الآلات وطرق التعامل الإلكتروني بين أشخاص لا يجتمعون حقيقة في مكان ولا يواجهون بعضهم البعض بعناصر المعاملة بالتفصيل وجها لوجه لا شفويا ولا كتابيا، إنما من خلال أوساط وآلات إلكترونية افتراضية لا يبقى

---

١ د. حسن عبد الباسط جميعي، مصدر سابق، ص: ١٠.

٢ د. أحمد سعيد شرف الدين، ص: ٣٤.

٣ د. قاضي وسيم شفيق الحجار، الإثبات الإلكتروني، منشورات الحقوقية، ٢٠٠٢م، ص: ١١.

٤ د. أحمد سعيد شرف الدين، ص: ١١.

لها أية آثار مادية في الواقع الخارجي. (١)

نظرا لهذه الأهمية الكبيرة لرسائل بيانات التجارة الإلكترونية (البريد والكتابة والمستندات الإلكترونية) يلزم الاعتراف بشرعيتها حفاظا على الحقوق العامة المتعلقة بمعاملات التجارة الإلكترونية المتكاثرة (٢)، ولما أنها تؤدي نفس وظائف المستندات الورقية من توفير جميع صفات الأمن التي تؤكد صدق العقد الإلكتروني وتمنحه القوة الإثباتية الملزمة وتصون الحقوق الناتجة عنه. فإنه ذلك كله يفرض علينا أن نمنح تلك الرسائل الإلكترونية مكانة أدلة الإثبات القانونية وأن نتعامل معها مثل معاملتنا مع المستندات الورقية. (٣)

وإنه من المعلوم فضية أن الإثبات الإلكتروني صارت موضع اهتمام وسبب قلق للكثير من المتعاملين بها حتى على مستوى التجارة الدولية (٤)، وخصوصا إذا أجريت المعاملات على شبكة الإنترنت، ولأجل ذلك يتوجب علينا أن نمنح هذا الواقع الجديد المتداخل على الضروريات البشرية أهمية قانونية ملزمة تتمتع بقوة ثبوتية لدفع ضرورة البحث عن حلول قانونية وتقنية تتأقلم مع هذا المجال. (٥)

وهذا هي نقطة بحث هذه الدراسة التي بين أيدينا، والتي تهدف إلى التعرف على رسائل الإثبات الإلكترونية الحديثة بأشكالها المتداولة المتنوعة وبيان أهميتها القانونية من خلال الضوابط والقواعد القانونية المعروفة والجديدة منها، التي رتبتها بعض الأنظمة الشرعية المقارنة المسلمة منها وغير المسلمة، وبناء على كل ذلك نحاول الوصول إلى تعيين صفة الضمان التقني الذي يجلب المصداقية والثقة في التعامل الإلكتروني حتى تكون له قيمة قانونية مقبولة.

---

١ هادي مسلم يونس، مصدر سابق، ص: ٢٥٣.

٢ د. سيحة القيلوبي، المطالبة بإجراء تعديلات تشريعية في القانون المصري لاعتماد التوقيع الإلكتروني في المعاملات التجارية على الانترنت، ص: ١، متاح على العنوان الإلكتروني:

http:www.gn4me.com last visited (17/11/2004)

٣ د. أحمد سعيد شرف الدين، ص: ٢.

4 Dr. T ommaso Scannichio.1 Important Decision of the Italian Supreme Court of Cassazionie in the Matter of Electronic Documents, the Jounal of Information, Law and Technology. 2002 (2). P.3. available at:

http://www.wark wikt.ac.uk/fac/soc/law/elj/jilt/2002-/scanmechio.htm last visited (27/5/2005)

٥ د. طوني ميشال عيسى، مصدر سابق، ص: ٣١.

المبحث الثالث

مدى إحاطة قواعد الإثبات التقليدية للإثبات الإلكتروني

ويشتمل على مطلبين:

المطلب الأول : الأخذ بوسائل الإثبات الإلكتروني طبقا لقواعد الإثبات الموجودة

المطلب الثاني : مواجهة عوائق الإثبات الإلكتروني

المطلب الأول: الأخذ بوسائل الإثبات الإلكتروني طبقا لقواعد الإثبات الموجودة

الفرع الأول: الاستناد إلى قانون حرية إثبات المسائل التجارية

في مبدأ الأمر رجح الكثير من الفقهاء والقضاة أن يستندوا إلى قانون حرية الإثبات في الأخذ بوسائل الإثبات الإلكترونية وإعطائها مكانا راسخا.

والسبب في ذلك يعود إلى كون المعاملات لا تقوم إلا على أساس الثقة ثم إنها تمارس بشكل سريع، وفي نفس الوقت، فإن إعداد الدليل المحاسب للشروط المعقدة والإجراءات اللازمة يحتاج إلى وقت كاف قد يخل بمصالح التجار، فلذلك اندفع الشارع للأخذ بهذا المذهب.

ومع ذلك فإن هذا القانون يتضمن بعض الاستثناءات مثل التصرفات الواردة على المحال التجاري واشتراط فئة التجار، فلو اتصفت الاطراف في المعاملة التجارية بكونهم تجارا، فإن ذلك سيجلب لهم المنفعة ضمن الحدود التجارية غير المدنية.

ثم أن قانون حرية الإثبات يقتصر على التصرفات التجارية من مثل: السفتجة وعقد الشركة وحينها تلزم الكتابة، أما لو كانت الأطراف أو أحد الأطراف في المعاملة التجارية ليسوا بتجار مثل العمل التجاري المختلط فإن ذلك يجلب المنفعة مطلقا، لأن الطرف الذي لم يكن تاجرا بل كان مدنيا يحق له أن يثبت التصرفات القانونية خلافا للطرف التاجر بأي طريق للإثبات شاء. (١)

أما حين تطبيق قانون حرية الإثبات التجاري على المعاقدات الإلكترونية فغالبية الفقهاء على أن يمنح قوة في الإثبات. (٢)

وتماما مثل ذلك قانون حرية إثبات بعض التصرفات المدنية المحدودة في نصاب معين، فإنه سائدٌ أيضا، فمثلا التصرفات التي تتجاوز قيمتها على مئة ألف يمكن أن تثبت بشهادة الشهود، مع أنه لا يشمل بعض التصرفات القانونية و رغم عدم تجاوزها المقدار المذكور كالكفالة و الصلح، والأمر مشابه تماما في القاعدة التي تفرض الكتابة في إثبات المخالف أو المتجاوز عما ثبت بالكتابة حتى ولو كانت قيمة التصرف القانوني أقل من مئة ألف. (٣)

وخلاصة القول هي أن الشارع أعطى الفرد حرية تامة في إثبات التصرف القانونية ذوات القيم البخسة بأي طريق كان.

---

١ د. أحمد سعيد شرف الدين، دراسات في عقود التجارة الإلكترونية، ص: ٢.

٢ تامر محمد سليمان الدمياطي، إثبات التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الطبعة الأولى، الاسكندرية، ٢٠٠٩م، ص: ٢٤٤.

٣ محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص: ١٤٦.

الفرع الثاني: الالتجاء إلى الاستثناءات القانونية بسبب الحاجة التي تفرض الدليل الكتابي

لقد كان قانون حرية إثبات المعاملات التجارية قاصرا عن الأخذ به في وسائل الإثبات الإلكترونية ولم يكن قادرا على الإحاطة به لأنه يخاطب المعاملات التجارية فقط. وحينها اضطر الفقهاء والقضاة إلى اللجوء إلى الاستثناءات الواردة في فرض الدليل الإلكتروني حتة يتقبلوا الدليل الإلكتروني. وحينها قد كان اصحب الحصول على الدليل الكتابي لسبب ما أو لضياع السند الكتابي

الفصن الأول: استخدام مبدأ الثبوت بالكتابة

لقد نص المشرع على مبدأ الثبوت بالكتابة في المادة ثلاثمائة وخمسة وثلاثين من القانون المدني الجزائري، والذي قد وجد للتخفيف من صرامة الدليل الكتابي الذي يتطلبه القانون، ويقصد بهذا المبدأ كل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال. (١)
وهي من الحالات التي يسمح فيها بالإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة، وقد أشار إليه المشرع الأردني في المادة العشرين من قانون البينات، والمشرع المصري في المادة اثنين وستين من قانون الإثبات، المشرع الأردني في المادة ثلاثين من قانون البينات الأردني.

الشروط التي لا بد منها عند الأخذ بمبدأ الثبوت بالكتابة

وهي شروطٌ ثلاثة:
الأول- يجب أن تكون هنالك ورقة مكتوبة،
الثاني- وجوب كون الورقة صدرت من طرف المدعى عليه
الثالث- وجوب كون الورقة قادرة على جعل التصرف المدعى به ممكن الحدوث.
و لقد دار بين المتخصصين نقاش حول الأخذ بمبدأ الثبوت بالكتابة في اعتبار السندات الإلكترونية ، فلقد أنكر البعض اعتبار السند الإلكتروني لوجهين اثنين فقط، من دون الخوض في الوجوه الأخرى، الوجه الأول من حيث صورة الكتابة، وهو أن أساس هذا المبدأ الذي يتمثل في صورة الكتابة الخطية المتعلقة بالمدعى عليه منعدم في السند الإلكتروني، والوجه الثاني من حيث القدرة على الإضافة والتغيير في السند الإلكتروني فهي تكاد تنعدم إلى درجة كبيرة من غير إبقاء أي أثر لذلك، و مع ذلك الجدال الحاد في الموضوع إلى أن الأكثير من الماهرين سلكو طريق القبول و اعتبروا السند الإلكتروني من قبيل الثبوت بالكتابة. (٢)

---

١ المادة ٣٣٥ من القانون المدني الجزائري، المعدل بالقانون رقم ٠٥-١٠، المؤرخ في ٢٠ يونيو ٢٠٠٥م، الجريدة الرسمية رقم ٤٤، ص: ٢٥.

٢ الصالحين محمد العيش، الكتابة الرقمية طريقاً عن الإرادة ودليلاً للإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠١٨م من ص: ٢١٧.

وبالنظر إلى موقف القضاء فإننا نجد أنه تقبل بعض أحكام السند الإلكتروني واعتبرها من قبيل مبدأ الثبوت بالكتابة كالحكم رقم ١٩٨٧ الذي صدر من محكمة النقض المصرية في ٢٢-٦-٢٠٠٢.

فلقد أعطى السند المرسل عبر الفاكس مكانة مبدأ الثبوت بالكتابة مع اشتراط إيصال السند الأصلي للمرسل، أم وصاحبة السند الإلكتروني بالشهود أو القرائن. (١)

وإلى جانب ذلك، فإن محكمة النقض أيضا اعتبرت السند الإلكتروني من قبيل مبدأ الثبوت بالكتابة إذا استوفى الشروط القانونية الملازمة. (٢)

الفصل الثاني: في حال عدم القدرة على الحصول على الدليل الكتابي لمانع

لقد ورد هذا الاستثناء في القانون الجزائري في المادة ثلاثمائة وستة وثلاثين، بأنه يجوز الاستناد إلى الشهود في إثبات ما يصح إثباته بالكتابة عند العجز عن الحصول على الدليل الكتابي ماديا أو معنويا، ونلاحظ هنا أن القانون أفسح المجال هنا اما الفقه والقضاء ولم يقيده بحالات مخصوصة تجنبا للضيق.

ويمكن ملاحظة هذا الاستثناء بوضوح في معاملات يتجاوز فيها مقدار التصرف فوق ١٠٠٠٠٠ دينار، وأيضا عند إثبات زيادات لا يتضمنها العقد الرسمي، وكذلك في مثل عقد الكفالة الذي يطالب فيه القانون بالكتابة من دون النظر إلى مقدار التصرف (٣)، أما في المعاملات التي تكون فيها الكتابة ركنا من صحة التصرف، فلا يجوز هذا الاستثناء في مثل تلك التصرفات الشكلية.

ونظرا إلى القانون المصري فإننا نلاحظ أنه يشبه القانون الجزائري نوعا ما، فلقد ورد ذلك في قانون الإثبات في مادته الرقم ٦٣، وهناك رأي في القانون المصري يستند إلى المادة السابقة رقم ٦٣ ويقول بجواز الإستناد إلى السندات الإلكترونية في الإثبات، ووجهة نظرهم في ذلك أن التعامل الإلكتروني الرائج عبر شبكة الانترنت أو الفاكس أو التلكس أو غير ذلك من وسائل الاتصال الحديثة يعتبر مانعا ماديا يمنع المرء عن الحصول على الدليل الكتابي الرسمي.

ويرى آخرون أن لوازم ومقتضيات التجارة الإلكترونية الحديثة تعتبر مانعاً مادياً في حد ذاتها للحصول على الدليل الكتابي الرسمي. (٤)

ولكننا عندما نتدبر في أمر وجود المانع المادي في السندات الإلكترونية، فإننا نجد أن كثرة استخدام الأفراد

---

١ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، إثبات التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الطبعة الأولى، الإسكندرية، ٢٠٠٩م، ص: ٢٢.

٢ أحمد عزمي الحروب، السندات الرسمية الإلكترونية، دراسة مقارنة، دار الثقافة، الطبعة الأولى، الأردن، ٢٠١٠م، ص: ٥٦.

٣ محمد صبري السعدي، ص: ١٥٢ و١٥٣.

٤ محمد الرومي، المستند الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الإسكندرية، ٢٠٠٧م، ص: ٦٠.

للحواسيب في هذا الزمن وتوافرها في جميع الأماكن العمومية والخاصة تقريبا يمنع من الاقتناع بالقول بوجود المانع المادي في صورة عدم المعرفة العامة بين الناس في إنشاء الكتابة الإلكترونية. (١)

رغم ذلك فإن هنالك بعض الحالات الخاصة التي يمكن القول فيها بوجود المانع المادي من القدرة على الكتابة الإلكترونية كحالة دخول فيروس غلكتروني في جهاز الحاسب أو عدم توفر التيار الكهربائي أو انقطاعه فجأة.

الفصل الثالث: الأخذ بالكتابة الإلكترونية عند فقدان السند الكتابي

إن القانون الجزائري أجاز في المادة رقم ٣٣٦ اعتبار الشهود فيما يثبت بالكتابة، في حال ضياع السند الكتابي عن الدائن لسبب غير معروف لا يقدر عليه، (٢) ولقد ورد ذلك في القانون المدني رقم ١٣٤٨ أيضا؛ وورد أيضا في الدستور المصري في المادة رقم ٦٣ من قانون الإثبات.

الشروط التي يلزم توافرها للتمكن من الاستفادة من الاستثناء المذكور

لقد تم الاتفاق من قبل القوانين السابقة على وجوب وجود شرطين اثنين للتمكن من الانتفاع من هذا الاستثناء:

١- أن يكون للدائن قد سبق وتحصل على السند الكتابي الأصلي في حيازته (٣)، حيث أنه دليل على مضمون الدعوى وجود التصرف المزعوم،

٢- والأمر الثاني هو أن تتوفر علة خارجية تمنعه عن الدليل الكتابي كالضرورة أو الاضطرار. (٤)

ويرى الباحث في هذه الدراسة أن ما ذهب إليه عامة الفقهاء في الاستناد باستثناءات الدليل الكتابي موقف ضعيف لا يؤخذ به لأنه يقلل من شأن الكتابة الإلكترونية في مجال الإثبات وهو من التخلص عن الاجتهاد للتعامل مع وسائل الاثبات الإلكتروونية ومنحها مكانة مساوية للأدلة الكتابية،

ومع ذلك فإن الخوض في مناقشة هذه الأدلة الجديدة والتعامل معها من خلال الاستثناءات الفقهية أمر يستحق التقدير ويجب مساندته، وإن لاحظنا بدقة فسنجد أنه دعم هذه المحاولة في منحها القوة الاعترافية

---

١ يوسف أحمد النوافلة، ص: ٢٦٨.

٢ المادة ٣٣٦ من القانون المدني الجزائري، المعدل بالقانون رقم ٠٥-١٠ المؤرخ في ٢٠ يونيو ٢٠٠٥م، الجريدة الرسمية رقم ٤٤، ص: ٢٥.

٣ ابراهيس عائشة، الإثبات في العقود الإلكترونية المبرمة عبر الانترنت، رسالة ماجستير في القانون، كلية الحقوق ابن عكنون، الجزائر، الموسم الجامعي، ٢٠٠٦م/٢٠٠٧م، ص: ١٦.

٤ حسن عبد الباسط جميعي، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق شبكة الانترنت، بدون دار نشر، القاهرة، مصر، ٢٠٠٠م، ص: ٦٩.

في القوانين الداخلية والخارجية.

الفرع الثالث: الأخذ باتفاقات الإثبات

إنه من اللازم معرفته أن قواعد الإثبات على ضربين قواعد إجرائية وقواعد موضوعية، فأما الإجرائية منها فما لها علاقة بإجراءات الأوامر التي يكون القاضي ملزما بها في قضايا الإثبات، وهي التي لها علاقة بالنظام العام، ولقد أجمع عليها الفقهاء فلا يصح النقاش فيها.

أما الموضوعية فهي التي تناقش طرق الإثبات وعبئه ومحله، وإننا هنا سنتدارس هذا النوع من القواعد حيث أنها تقبل المخالفة والنقاش لعدم ارتباطها بالنظام العام (١)، فلقد ذهب القضاء المصري إلى هذا الرأي بغض النظر عن كيفية الاتفاق بين الأطراف كان صريحا او ضمنيًا، واتبعه في ذلك القضاء الأردني، فيقول بجواز مخالفة القواعد الموضوعية لأنها غير مرتبطة بالنظام. (٢)

وينشأ هنا سؤال، وهو: إلى أي مدى يمكن أن تعمل هذه الاتفاقات في مجال الإثبات الإلكتروني أي هل يصح للطرفين أن يتفقوا على منح الكتابة الإلكترونية قوة إثباتية مع أن القانون ساكت عنها في تلك الفترة.

حتى نخوض في البحث للوصول إلى إجابة مقنعة يلزم علينا أن نناقش بعض النقاط المهمة.

الاتفاق في مجال المعاملات الإلكترونية يشمل ما يلي:

الفصن الأول: العقود التمهيدية

هي العقود التي يعقدها الأطراف وغالبا ما تكون في منصات الاتصال المغلقة التي تلزم الأطراف على وجود معرفة مسبقة بينها قبل إبرام العقد، فإن المصلحة العامة للأطراف الذين يمارسون النشاطات التجارية بتكرار واستمرار تقتضي أن يعقدوا عقود الإطار أو رسالة التجارة الإلكترونية، فإن تلك النشاطات السابقة تحتوي على اتفاقات مثل منح وسائل الإثبات الإلكتروني الحجية في الإثبات.

الفصن الثاني: اتفاقات التبادل الإلكتروني للإثبات

إن مثل هذه الاتفاقات تجلب القوة الإثباتية الملزمة لعملية التبادل، والذي يظهر في عمليات التحويل وأوامر

---

١ عابد فايد عبد الفتاح فايد، الكتابة الإلكترونية في القانون المدني، الفكرة والوظائف، بحلة الحقوق بجامعة حلوان، دار الكتب القومية، مصر، العدد الثامن عشرة يوليو، ٢٠٠٨م، ص: ١٥٥.

٢ لورنس محمد عبيدات، إثبات المحرر الإلكتروني، دار الثقافة، الطبعة الأولى، الأردن، ص: ٩٥ و٩٦.

الدفع ومسائل أخرى يمكن أن يتفق على إمكان إثباتها بالوسائل الإلكترونية. (١)

وبناء على ما تقدم فإن للأطراف جانب من الحرية في الاتفاق حول الإثبات الإلكتروني، وبالتالي يصبح ذلك بمثابة قانون الأطراف، مما يمنح الحجية لوسائل الإثبات الإلكتروني.(٢)

المطلب الثاني: مواجهة عوائق الإثبات الإلكتروني

الفرع الأول: شروط لها علاقة بنظام الإثبات

لقد ذكرنا سابقا أن طرق نظام الإثبات ثلاثة، فالأول نظام الإثبات الحر وهو النظام الذي يمتاز بوجود الحرية لدى الأطراف، حيث من الممكن المتاح لجميع الأطراف أن يثبت دعواه بأي طريقة شاء من غير أي قيد، مثل الكتابة، والثاني نظام الإثبات المقيد وهو الذي يلزم فيه القاضي والأطراف جميعا من قبل القانون بطريقة واحدة معينة للإثبات، وأما الثالث فنظام الإثبات المختلط، وهو الذي سلك طريق الوسط بين النظامي السابقين فجمع المحاسن منهما.

وعند الحديث عن المسائل التجارية فالأساس فيها هو حرية الإثبات، ولكن الأخذ بهذا النظام موافقا للشروط القانونية قد انعكس أثره، وبيان ذلك كما يلي:

الفصن الأول: الشروط القانونية في التشريعات

البند الأول: شروط خاصة تتعلق بالكتابة الرسمية والعرفية

لقد كانت الكتابات والمحررات الرسمية الصادرة من قبل الموظف العام أو الضابط العمومي أو الشخص المكلف بخدمة عامة قبل ظهور القوانين الخاصة بإثبات المعاملات الإلكترونية عائقا قانونيا في طريق قبول الوسائل الإلكترونية في مجال الإثبات.

أما محررات الكتابة العرفية فهي لا تخالط المقتضيات الشكلية ونتيجة لذلك فمساواة الدليل أو المحرر الإلكتروني والمحرر العرفي التقليدي أمر لا يواجه الإشكالات التي يواجههافي حالة المحررات الرسمية، ولكننا رغم ذلك سنذكر لاحقا بعض الإشكالات التي تواجه المساواة بين محررات الكتابة العرفية ومحررات الكتابة الإلكترونية. (٣)

---

١ ابراهيم عائشة، مرجع سباق، ص: ٢٢.

٢ محمد زهيرة، مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات في المسائل المدنية والتجارية، أبحاث مؤتمر الكويت الأول للقانون والحاسب الآلي، مؤسسة الكويت للتقدم العلمي، كلية الحقوق، جامعة الكويت، الكويت، الطبعة الأولى، ١٩٩٤م، ص: ٤٥٤.

٣ لورنس محمد عبيدات، إثبات المحرر الإلكتروني، ص: ١٠٨.

البند الثاني: الإعداد المسبق شرط للمحرر الكتابي

إن القانون المدني الجزائري ينص على منح الكتابة قوة الدليل الإثباتي في التصرفات القانونية المتجاوزة مقدارها عن مائة ألف دينار، وبمائله في ذلك القانون المصري في نفس المسألة بنص في المادة رقم ٦٠ من قانون الإثبات.

فإنه يجب على أصحاب المعاملة أن يحضروا الدليل الكتابي المتضمن لتحرير خطي موقع مسبقا مع الاختلاف في حجيته بين الأصل والنسخة وصورة الأصل، ولكن الفكر التقليدي المذكور سابقا سبب مشاكل في سبيل الانتفاع بالوسائل المتطورة في ميدان الاتصالات الحديث لممارسة المعاملات المختلفة.

البند الثالث: التوقيع شرط في القانون

إن التوقيع هو الركيزة الأساسية لنظام الإثبات لما يعطي الكتابة والمحرر قوة الحجية في الإثبات، ثم أن التوقيع عبارة عن رسم الإنسان الإمضاء أو وضع الختم أو البصمة على المحرر والكتابة، والقصد من تلك توثيق المحرر بإبقاء علامة خاصة يمكن من خلالها الوصول إلى شخص خاص وتمييزه عن غيره، ثم أنه تعبير عن الموافقة على محتوى المحرر والكتابة. (١)

وبما أن التوقيع الحديث لم ينل الاعتراف القانوني الذي سيمنحه قوة ثبوتية فإنه يناقض المفهوم الجديد للإثبات الإلكتروني.

البند الرابع: حقيقة الكتابة والتحرير في الإثبات الإلكتروني:

هنالك فرق بين الكتابة أو التحرير الأصلي وبين صورته في قواعد الإثبات خلاف التحريرات الإلكترونية، فإنه يصعب الأمر في تفريق القواعد بين الكتابة أو التحرير الإلكتروني وبين صورته، والسبب في ذلك يعود إلى أمور تقنية خالصة ككيفية عمل وسائل التقنية الحديثة وطريقة تعاملها مع البيانات المعطاة لها، فإن مراحل عملية إدخال البيانات وحفظها والتعامل معها ثم استخراجها مرة أخرى من ذاكرة الجهاز كل هذا يحدث في بيئة تقنية معقدة، وإن التمييز بين أصل الرسالة وصورتها في سلسلة الرموز والحروف المستعملة أمر صعب جدا حسب معتقدي الفكر التقليدي الذي يؤمن بفكرة الكتابة اليدوية كسابق عهدها.

ومن هنا يعتقد مجموعة من الفقهاء أن الأخذ بشرط وجود الكتابة الأصلية للمعاملة وتحريرها مطابقة للتعريف التقليدي للأصل يعتبر عائقا كبيرا في سبيل اعتبار الدليل الإلكتروني في مجال الإثبات، والسبب في

---

١ عابد فايد عبد الفتاح فايد، الكتابة الإلكترونية في القانون المدني، ص: ١٣٢.

ذلك كما ذكرنا سابقا يعود إلى عدم إمكانية التمييز ما بين الأصل والصورة في البيئة الإلكترونية. (١)

الفرع الثاني: تحديات الأمن القانوني في الإثبات بالسندات الإلكترونية

إن الإثبات الإلكتروني يرتكز على وسائل اتصال تعتمد في الكثير من جوانبها على الإدخال اليدوي للبيانات، مثل السندات التي تصدر عن بعض الوسائل كالتيلكس والفاكس، والتي يتم التفصيل فيها لاحقاً، وقد يكون الخطأ البشري المتعمد أو الغير متعمد واردا فيها بشكل كبير، وهذا ما يفتح المجال واسعاً للتلاعب الأفراد.

كما يحول دون الأخذ بفكرة الإثبات الإلكتروني في بداية ظهور هذه الوسائل(٢)، وتلك المسائل تحتم علينا الخوض وهي كالآتي:

الفحص الأول: مبدأ عدم جواز اصطناع الشخص دليلاً لنفسه:

الأصل أن صاحب الشأن يجوز له إقامة الدليل المثبت لحقه، فيجب أن يكون هذا الدليل والذي يحتج به على خصمه صادراً منه، فلا قيمة لما يقدمه الشخص من كتابة ومحررات ينسبها لنفسه ويحتج به كدليل إثبات على خصمه، وهو تطبيق للمبدأ القائل بأن الشخص لا يستطيع أن يصنع بنفسه لنفسه أسباباً لحق يكسبه. (٣)

وإذا طبقنا هذا المبدأ المستمد أصلاً من قواعد العدالة نجده يقف عقبة في الأخذ بالإثبات الإلكتروني، حيث نصطدم بالعديد من الصعوبات والتناقضات، ذلك أن الكتابة والسندات الإلكتروني يفترض صدورها عن الطرف الذي يملك الجهاز التي تم حزنها فيه، وبالتالي لا يمكن لهذا الطرف أن يحتج بها دون إقرار المدعى عليه بوجود هذه الكتابة والسندات، وكذلك وجود الجهاز الذي تستخرج منه هذه الكتابة والسندات في حوزة صاحبه وتحت سيطرته، مما يفتح المجال واسعاً للتلاعب والتزوير فيها من قبل مالك الجهاز.(٤)

الفحص الثاني: مشكلات التعبير عن الإرادة والتحقق من هوية المتعاقدين في الحقل الإلكتروني

إذا كان التعبير عن الإرادة في العقود التقليدية يتسم بالسهولة والبساطة، حيث أن تلاقي الإيجاب والقبول لا يثير الصعوبات القانونية.

---

١ ثامر محمد سليمان الدمياطي، ص: ١٠٨.

٢ عباس العبودي، ص: ٨٠.

٣ ثامر محمد سليمان الدمياطي، ص: ١٠٨.

٤ عباس العبودي، ص: ٨٢.

إلا أن الأمر يصعب المعاملات الإلكترونية وما يرتبط بها من مسائل الإيجاب والقبول وتحديد زمان ومكان انعقاد العقد في إطار البيئة الإلكترونية، لذلك لابد من التأكد من وجود الإرادة لكي يكون العقد موجوداً وصحيحاً، وهي مسائل تظهر أهميتها عند المنازعات، وهو ما سوف ينعكس على إثبات هذا النمط من التعاقد.

وفي المجال الإلكتروني يمكن القول بأن التطور التقني والتكنولوجي الذي أفرزته ثورة الاتصالات والمعلومات قد جعل هذه المبادئ القانونية التقليدية تتلاشى، حيث تساوى أطراف العقد تدريجياً، ليحل محلها فيما بعد اللجوء لحماية الطرف الأقل خبرة فنياً أو اقتصادياً. (١)

أما بالنسبة لمسألة التحقق من هوية المتعاقدين في المعاملات الإلكترونية فهي جد هامة ودقيقة، حيث لا يمكن نفاذ أي عقد عند عدم تحقق ذلك، وإن كان هذا الأمر يتسم بالسهولة في المعاملات التقليدية فهو يختلف في المجالات الإلكتروني الذي لا يقتصر مجاله في حدود الدولة الواحدة، ويكرس الانفصال المكاني بين أطراف المعاملات.

حيث لا يعرف المتعاقد شخصية من يقابله في الجهة الثانية للعقد، ومركزه المالي، وأهليته لإبرام العقد، ويتمثل المعيار في التعرف على هوية الأطراف في اللجوء إلى الجانب التقني مثل الأرقام السرية والذي يحقق معرفة المتعاقدين.

ويتضح مما سبق ذكره إن آراء الفقه والقضاء يؤخذ عنها تقزيم وسائل الإثبات الإلكتروني في الاستثناءات الواردة على الكتابة، وهي حالات ضيقة وتخضع لشروط مشددة وفي بعض الأحيان للسلطة التقديرية للقاضي مما سيهدم لا محالة الدليل الإلكتروني، أو يتم الاعتراف بهذا الدليل في ظل الاتفاقات المتعلقة بالإثبات، وفي هذه الحالة نصطدم بالقيود التي تضعها التشريعات حيث لا تجيز الاتفاق على مخالفة النص القانوني.

فإذا نص القانون على الكتابة الخطية فلا مجال لاستبعادها بالاتفاق على دليل أخر، ثم حاول الفقه اللجوء لمبدأ حرية إثبات المسائل التجارية لقبول وسائل الإثبات الإلكتروني ويؤخذ على هذا الرأي اقتصاره كذلك على المسائل التجارية، والتي قوامها السرعة حيث لا تحتاج كثيراً للكتابة مع استبعاد المسائل المدنية.

وحتى في المجال التجاري هناك العديد من التشريعات بين تقيد هذه الحرية باشتراط الكتابة الخطية المثبتة على دعامة ورقية، مما يستبعد اللجوء لوسائل الإثبات الإلكتروني؛ أما فيما يتعلق باللجوء للمقدار المشترط الذي

---

١ خالد ممدوح إبراهيم، أمن المستهلك الإلكتروني، الدار الجامعية، الإسكندرية، مصره ٢٠٠٨م، ص: ٥٦.

يختلف من تشريع لآخر فالأخذ به يجعل مجال الدليل الإلكتروني محصور في معاملات بسيطة تضعف من قوته في الإثبات.

ورغم هذه الانتقادات إلا أنه في اعتقاد الباحث أن موقف الفقه والقضاء من الإثبات الإلكتروني في بداية ظهوره هو موقف رائد ويستحق التقدير، خاصة في غياب الاعتراف التشريعي في بداية ظهوره، وهو ما فتح الطريق للاعتراف التشريعي بالدليل الكتابي الإلكتروني فيما بعد.

المبحث الرابع

المفهوم الحديث للعقد الإلكتروني

المطلب الأول: الإطار المفاهيمي للعقد الإلكتروني

المطلب الأول: الإطار المفاهيمي للعقد الإلكتروني

يعتبر العقد الإلكتروني من العقود الحديثة لأنها جاءت نتيجة لاستخدام وسائل الإثبات الإلكترونية ودخولها كافة مناحي الحياة، وعلى الرغم من الاختلافات التي تميز عن العقود التقليدية فإننا نجد أن هذا العقد يقوم على أساس واحد هو أصل كافة العقود، وهو الرضا والمحل والسبب، وقد اختلف الفقهاء في تحديد مفهوم موحد للعقود الإلكترونية ومرد ذلك تنوعها الشديد.

الفرع الأول: تعريف وسمات العقد الإلكتروني

الغصن الأول: تعريف العقد الإلكتروني

البند الأول: تعريف العقد الإلكتروني في الاتجاهات الفقهية

إن للعقد الإلكتروني أهمية بالغة في الفقه منذ ظهوره، مع أنه هنالك مذاهب مختلفة في بيان تعريفه الاصطلاحي، منها من اعتمد صفة أطراف العلاقة القانونية وعرفه على أنه:"تنفيذ بعض أو كل المعاملات التجارية الواردة على السلع أو الخدمات التي تتم بين مشروع تجاري وأخر أو بين تاجر ومستهلك، وذلك باستخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات."(١)

ويرى مذهب آخر أن العقد الإلكتروني منحصر في نوع واحد من العقود التي تتم على الإنترنت ولقد عرف هذا المذهب العقد الإلكتروني على أنه "كل العقود الإلكترونية التي يتم ابرامها عن طريق اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد، وذلك بوسيلة مسموعة أو مرئية بفضل التفاعل بين الموجب والقابل"(٢)، وهناك تعريف ثالث للعقد الإلكتروني تدخل ضمنه جميع الوسائل الإلكترونية، غير أنه يشترط اكتمال كافة عناصر العقد الإلكتروني عن طريق الوسيلة الإلكترونية وحينها يعتبر العقد عقدا إلكترونيا ونص التعريف السابق كما يلي: "كل عقد يتم عن بعد باستعمال وسيلة إلكترونية وذلك حتى إتمام العقد." (٣)

وهناك فقهاء آخرون يعرفون العقد الإلكتروني بأنه "ذلك العقد الذي يتم انعقاده بوسيلة إلكترونية كلياً أو جزئياً، وتتمثل الوسيلة الإلكترونية في كل وسيلة كهربائية أو مغناطيسية أو ضوئية أو الاكترومغناطيسية أو أي وسيلة مشابهة صالحة لتبادل المعلومات بين المتعاقدين."

---

١ صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٨م، ص: ٦١.

٢ محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٣م، ص: ١٨.

٣ عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٢م، ص: ٤٩.

ومع كل ذلك فإن أغلب الفقهاء على أن الوسيلة الإلكترونية التي يتم من خلالها العقود الإلكترونية لها أهمية بالغة،

وللعقد الإلكتروني أشكال مختلفة وأظهرها ما يجرى على أجهزة الكمبيوتر وهذا النوع هو الظاهر عامة في التعريفات الاصطلاحية للعقد الإلكتروني لدى الفقهاء، وهناك رأي آخر يعتقد أن التطور التقني الحديث هو الذي ألزم الناس بهذا النوع من العقود لأنه غير متوافق مع العقود التقليدية الورقية التي يقل التداول بها بالتدريج كل يوم مع هذا التطور التقني السريع (١)

البند الثاني: مفهوم العقد الإلكتروني اصطلاحا لدى القوانين العامة والعربية خاصة

فعند الحديث عن القوانين العربية فإننا نلاحظ أن القانون المصري في مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري لعام ٢٠٠١م سلك مسلك الرأي السابق في تعريف العقد الإلكتروني ويقول أنه: "كل عقد تصدر فيه إرادة أحد الطرفين أو كليهما،

ويوافقه القانون الأردني في المادة رقم ٢ قانون رقم ٨٥ لعام ٢٠٠١م الخاص بالمعاملات الإلكترونية، فيقول في تعريف العقد الإلكتروني بأنه هو ذلك الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل إلكترونية كلياً أو جزئياً.

ويوضح القانون السابق وسائل الإبرام في مثل هذا العقود فيقول: "أية تقنية لاستخدام وسائل كهربائية أو مغناطيسية أو ضوئية أو أية وسائل مشابهة في تبادل المعلومات وتخزينها." (٢)

أما دستور دولة الإمارات الخاص بالتجارة الإلكترونية فلقد عرف في قانونه رقم ٢ لعام ٢٠٠٢م بأنها أي تعامل أو عقد أو اتفاقية يتم إبرامها أو تنفيذها بشكل كلي أو جزئي بواسطة المراسلات الإلكترونية.

البند الثالث: مفهوم العقد الإلكتروني اصطلاحا في القانون النموذجي لدى الأمم المتحدة

لم تغفل القوانين الدولية عن تحديد أبعاد تعريف العقد الإلكتروني فتحدثت عنها تحت عنوان عقود البيع الإلكتروني عن بعد، فلقد ورد في القانون النموذجي للأمم المتحدة الخاص بالتجارة الإلكترونية (٣)، في

---

١ عادل عبدالحميد المطرد، التراضي في العقد الإلكتروني، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، السنة الجامعية: ٢٠٠٩م، ص: ٣٢.

٢ محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، ٢٠٠٨م، ص: ٢٥.

٣ صدر هذا القانون في ١٢ حزيران ١٩٩٦م عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، وتم إقراره بناء على التوصية الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ٥١-١٦٢ في ١٦ ديسمبر ١٩٩٦م، يتكون هذا القانون من ١٧ مادة قابلة للزيادة في المستقبل، وهذه المواد مقسمة إلى بابين، الباب الأول يعالج موضوع التجارة الإلكترونية بصفة عامة في المواد من ١ إلى ١٠، أما الباب الثاني

المادة ٢ على أن العقد الإلكتروني هو: "يراد بمصطلح تبادل البيانات الإلكترونية نقل المعلومات من حاسوب إلى آخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات"، ورأت اللجنة المعدة لهذا القانون بأن هذا التعريف ينصرف إلى كل استخدامات المعلومات الإلكتروني ثم أن الهيئة القائمة لهذا القانون أقرت بأن التعريف السابق يشمل جميع صور المعلومات الإلكترونية.

سواء كانت هذه المعلومات في صورة العقد الإلكتروني أو غيره من الأعمال التجارية الإلكترونية، وطبقا لهذا البيان يتضح أن تعريف العقد الإلكتروني هو العقد الذي يستخدم في التعبير عن الإرادة فيه بين المتعاقدين، أما الوسائل المعينة في القانون النموذجي في المادة رقم ٢ هي كالتالي:

١- تحويل المعلومات المعطية من جهاز حاسوب إلى آخر تحت نظام العرض الموحد،

٢- تحويل الرسائل الإلكترونية في ضوء الضوابط العامة والقياسية،

٣- تحويل المعلومات النصية بواسطة الإنترنت أو أي وسيلة تقنية أخرى مثل التلكس والفاكس. (١)

إننا نستنتج مما سبق أن التقاعد الإلكتروني والتجارة الإلكترونية لا تنحصر نشاطاتها في شبكة الإنترنت فقط وبذلك سيكون التعريف قاصرا عن بيان جميع حدوده، فإنه من الممكن جدا أن تمارس هذه النشاطات عبر الإنترانت (الشبكات المغلقة) أو ذرائع أخرى مثل التلكس أو الفاكس.

ويجب العلم أيضا أن معظم الفقهاء يعتقدون أن القانون الموحد للتجارة الإلكترونية الذي صدرته لجنة القانون التجاري الدولي للأمم المتحدة ساكت عن بيان مفهوم العقد الإلكتروني ولكنه مع ذلك خاض في إحصاء وسائل إبرام العقد الإلكتروني فأخذه فيه مذهب التوسيع والإطالة.

البند الرابع: بعض الملاحظات على المفاهيم السابقة

نلاحظ في الدراسة السابقة أنه رغم خوض الفقهاء وأصحاب القانون في بيان مفاهيم العقد الإلكتروني بشكل له قدر وقيمة إلا أنه من المسلم أن تعريف العقد الإلكتروني لا زال ناقصا لا يلم جميع أفراده.

وتفصيل ذلك أن البعض ركز على مرحلة إنشاء العقد فقط من غير النظر إلى مصيره من تطبيق وتنفيذ، رغم أن المرحلة السابقة الذكر هي النقطة الأهم في تمييز العقد الإلكتروني الناتج عن طريق الحاسوب.

وهناك وجه آخر للنقد في تعريف العقد الإلكتروني المتوفر وهو أنه يهتم بالطابع الدولي منه فقط، وهذا

فيتكون من فصل وحيد متعلق بعقود نقل البضائع والمستندات في المادتين ١٦ و١٧ منه، ويلحق بهذا القانون ملحق داخلي يوجه خطاباً للدول الأعضاء بكيفية إدماجه ضمن تشريعاتها الداخلية.

١ المرجع السابق.

تعريف غير شامل ولا شاف، فإن العقود التي تتم عبر الإنترنت لا علاقة لها بالقيود الجغرافية وإنه من الممكن جدا أن تقع العقود الإلكترونية عبر الإنترنت بين طرفين عالميا أو وطنيا.

البند الخامس: تعريف العقود الإلكترونية الشامل والمقبول:

وبعد جميع التفاصيل السابقة فإننا يمكن أن نحصر تعريف العقد الإلكتروني في هذا التعبير:

"تلك الاتفاقات التي تنشأ بين شخصين ينتميان إلى إقليم دولة واحدة أو دول مختلفة من خلال وسائل الاتصال عن بعد وعبر وسائط إلكترونية بصفة كلية أو جزئية."

الفصل الثاني: سمات العقد الإلكتروني:

وفقا لهذا التعريف يمكننا أن نحصر مميزات العقود الإلكتروني في الأمور التالية:

البند الأول: لا تحتاج العقود الإلكترونية إلى تواجد حقيقي للأطراف حين الانعقاد

فإنه من الواضح جدا الفرق بين العقود التقليدية والعقود الإلكترونية الحديثة، فلقد كان تواجد الطرفين لإتمام الإيجاب والقبول أمر لا بد منه في العقود التقليدية والذي تحول إلى أمر افتراضي لا يلزم في العقود الإلكترونية المعاصرة.

وبالتالي فإنها خالية مما يسمى بمجلس العقد في السابق أو المفاوضة و المساومة في الاتفاق على شروط العقد، ومن هنا تتفرع العديد من الإشكالات بين نوعي العقود المذكورة:

١- الإشكال الأول: فهو أمر العقد الذي لا يرتكز على دعامة ورقية كالسابق، مما يحدث اختلافا مع الضوابط التقليدية للعقودن وتعتبر الحالة حالة استثنائية شاذة عن النظام السائد.

٢- وأما الإشكال الثاني: فأمر زمان ومكان وتنفيذ هذا العق، فهناك رأي فقهي يرى أن العقد الإلكتروني يتم بين طرفين حاضرين زمانا وغائبين مكانا. (١)

إضافة إلى ذلك فإنه من الممكن إتمام العقود الإلكترونية دون لجوء الأطراف إلى تغيير أماكنهم الجغرافية كما يحدث في عقود الخدمات المصرفية. (٢)

ويشترط البعض من الفقهاء وجوب مراعاة قواعد حماية حقوق المستهلك وخاصة في حال إبرام العقد بين

---

١ محمد فواز المطالقة، ص: ٣٤.

٢ لورنس محمد عبيدات، ص: ٣٨.

طرف مهني و آخر غير ذلك. (١)

وهناك رأي آخر من قبل بعض الفقهاء حيث أنهم يعتقدون أن فكرة إشكال البعد المكاني في العقود الإلكترونية فكرة مرفوضة لما أن التقنيات المعاصرة أتاحت لمستخدميها الحرية التامة في التصرف والإرادة.(٢)

البند الثاني: العقد الإلكتروني نوع من المعاملات الإلكترونية

إنه من المعلوم جدا أن العقود الإلكترونية تختلف عن التقليدية في طريقة إنشائها وإتمامها. فالعقود الإلكترونية تتم في وسط الإلكتروني افتراضي كالإنترنت خلاف العقود والتقليدية، وبالتالي فإنها تخرج عن القواعد العامة للعقود التقليدية المعروفة، وهذا يلزم بأن تكون هناك بنود قانونية خاصة تتعلق بطبيعة العقود الإلكترونية خاصة. (٣) ولاسيما إن تم العقد الإلكتروني في مجال الدفع الإلكتروني أو الإثبات، ومع كل ذلك الاختلاف، فإن العقود الإلكترونية تشبه التقليدية في موضوعها، فكلاهما يردان على كل ما يمكن التعامل به ولا يتحددان بأشياء ولا سلع ولا خدمات معينة.

والنتيجة أنه لا خلاف في قولهم إن العقد الإلكتروني هو أحد انواع المعاملات الإلكترونية، كما صرح بذلك التشريع الأردني في مادته الثانية من قانون المعاملات الإلكترونية بأن المعاملات الإلكترونية هي المعاملات التي تنفذ بواسطة الوسائل الإلكترونية.

ولكن هنالك رأي فقهي يعتقد أنه لا يفترض دوما أن يتم العقد الإلكتروني بجميع مراحله عبر الإنترنت أو أي وسيلة الإلكترونية بل إنها في بعض الأحيان تبدأ إلكترونياً وتتم بشكل تقليدي كما في حال بيع بعض الأمتعة أو المعدات المنزلية المعروضة للبيع على الإنترنت، والتي يتم القبض عليها وتسليمها بشكل تقليدي في نهاية الأمر. (٤)

البند الثالث: العقود الإلكترونية لا تكون دولية دوما

رغم ارتباط العقود الإلكترونية ارتباطا وثيقا بشبكة الإنترنت التي لا تتقيد بالأبعاد الجغرافية بين البقاع المختلفة في العالم مما أدى إلى قيام شبكة اتصال دائم بين دول العالم وكذلك مداولة هاته العقود الإلكترونية عبر الإنترنت تواجه عدة مشاكل متشابكة قبل مشكلة التأكد من شخصية الأطراف الحقيقية والتثبت من

---

١ أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠م، ص: ٤١.

٢ عمر خالد زريقات، عقد البيع عبر الانترنت، دراسة تحليلية، دار الحامد، الطبعة الأولى،بدون بلد نشر، ٢٠٠٧م، ص: ٦٩.

٣ فريد منعم جبور، حماية المستهلك عبر الانترنت ومكافحة الجرائم الإلكترونية، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، ٢٠١٠، ص: ٣٩.

٤ لورنس محمد عبيدات، ص: ٣٣.

أهلية الأطراف القانونية للتعاقد المخصوص وأيضا تعيين المحاكم المختصة عند قيام خلاف في العقود وأيضا مشكلة اختيار القانون الأكثر تناسبا للتطبيق. (١)

ومع كل ذلك فإننا لا يمكن لنا أن نحصر العقود الإلكترونية في الطابع الدولي فقط، فهناك الكثير منها تبرم محليا وتكون المنافع الذاتية للأطراف هي السبب في إنشاء هذه العقود دون أي علاقة بالاتفاقيات الدولية واحترام مبادئها، فكل دولة تسعى إلى الرقي والتقدم في اقتصادها. (٢)

ولكننا وجدنا أن هناك رأي فقهي لا يعتقد بوجود الطابع المحلي في العقود الإلكترونية التي تنعقد من خلال الإنترنت وتعتقد أنها عقود دولية فليس هنالك أي فارق بينهما على شبكة الإنترنت وعلى ذلك فإن العقد الإلكتروني إما يكون دوليا أو محليا حسب المعايير التالية:

١- **المعيار القانوني:** طبقا لهذا المعيار يكون العقد دوليا إن كانت الأطراف من دول مختلفة فعليا وكانوا متواجدين فيها حقيقة.

٢- **المعيار الاقتصادي:** فطبقا لهذا المعيار سيكون العقد دوليا إذا كان العقد يتعلق بالتجارة الدولية وإستيراد وتصدير المنتوجات عبر الحدود من دولة إلى أخرى. (٣)

البند الرابع: العقود الإلكترونية أحد أهم وسائل تنفيذ التجارة الإلكترونية

التجارة الإلكترونية عالميا تقوم بشكل أساسي على العقود الإلكترونية، ثم أن العقود الإلكترونية هي الترجمة الرسمية لتلاقي كل من مقدم الخدمة ومتلقيها في الجانب الآخر أو البائع من جهة والمشتري من جهة أخرى.

ثم أن العديد من الدول أقرت في قوانينها الربط بين مصطلح التجارة الإلكترونية والعقد الإلكتروني.

البند الخامس: أطراف العقود الإلكترونية لها كيفية خاصة.

إن العقود الإلكترونية قد تتم بين شخص بشري وآخر وكيل إلكتروني في صورة موقع على شكل الإنترنت، أو أنه يتم بين حاسوبين في كلا الطرفين، وتلك هي الفكرة التي ذكرتها اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بالخطابات الإلكترونية في المادة الرابعة من القانون عن طريق الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية (٤)، نصه: "يقصد بمصطلح نظام رسائل إلى كل برنامج حاسوبي أو وسيلة آلية أخرى تستخدم لاستهلال إجراء

---

١ خالد ممدوح إبراهيم، إثبات العقود والمراسلات الإلكترونية، ص: ١٩.

٢ عمر خالد زريقات، ص: ٧٤.

٣ إلياس ناصيف، ص: ٤٤.

٤ اعتمدت هذه الاتفاقية من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة في: ٢٣-١١-٢٠٠٥م.

ما أو للاستجابة كلياً أو جزئياً لرسائل بيانات أو لعمليات تنفيذها، دون مراجعة أو تدخل من شخص طبيعي في كل مرة يستهل فيها النظام إجراء ما أو ينشي استجابة ما"، ثم أن الاتفاقية في مادتها ١٢ أقرت بصحة العقود الإلكترونية التي تتم بين الوكيل الإلكتروني.

ثم أن قانون دولة الإمارات الاتحادي رقم ١ لعام ٢٠٠٦م المتعلق بالتجارة الإلكترونية نص على صحة الوسيط الإلكتروني المؤتمن وجاء بتعريفه أنه كل برنامج أو نظام الكتروني لوسيلة تقنية المعلومات تعمل بشكل تلقائي بصفة كلية أو جزئية دون تدخل أي شخص طبيعي في عملها. (١)

ونستنتج مما ذكرنا سابقا من القانون الاتحادي والاتفاقية السابقة أنه من الممكن جدا أن يتم التعاقد الإلكتروني بين شخص حقيقي وآخر افتراضي في صورة برنامج أو في صورة جهاز أو يتم التعاقد بين جهازين مختلفين.

ولكن الصورة الأخيرة تأخذ العقد الإلكتروني بعيدا عن طبيعة العقود التقليدية التي لم تكن تنعقد إلا بين شخصين لهما هوية قانونية.

وهذا هو الأمر الذي يؤثر على قانون "سلطان الإرادة" ثم أن هذه الأخيرة بقيت مقيدة في هاته العقود وهذا هو الظاهر في الطبيعية القانونية للعقود الإلكترونية ولكن مع ذلك فالأهم هو توفير الأمن القانوني.

البند السادس: حيثية العقد الإلكتروني التجارية والمدنية

لقد ذهب الفقه مذاهب شتى في قضية التفريق بين العقود المدنية والعقود التجارية، فهناك من أيد التفريق وآخرون أنكروا ذلك، ولكننا عندما نتابع الاتفاقيات الدولية، فإننا نجد أن غالبيتها لا تهتم بشأن الصفة التجارية أو المدنية للعقود التجارية.

فإن المادة ١ من اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بالخطابات الإلكترونية في العقود الدولية لسنة ٢٠٠٥ م نصت على أنه "٣- لا تؤخذ جنسية الأطراف ولا الصفة المدنية أو التجارية للأطراف أو للعقد في الاعتبار لدى تقرير انطباق هذه الاتفاقية...". (٢)

ونستنتج من ذلك أن الاتفاقية لا تقبل التفرقة بين الصفة المدنية والتجارية للعقد بخصوص تطبيق الأحكام، ولايصح لأي دولة مصدقة للاتفاقية أن تشترط الصفة التجارية للعقد في سبيل تطبيق أحكام الاتفاقية، وإنما بذلك خرجت عن المشاكل التي حدثت لأحكام الاتفاقية في نيويورك في سنة ١٩٠٨م المتعلقة بتنفيذ

---

١ خالد ممدوح إبراهيم، أمن المستهلك الإلكتروني، ص: ٦٧.

٢ وائل حمدي أحمد، الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية، دار الفكر والقانون، مصر، ٢٠١٠م، ص: ٤٣.

الأحكام الأصلية. وذلك مهد الطريق أمام دول الأعضاء لتحفظ وتطبيق الاتفاقية إلا في حالات الخلافات العقدية وغيرها ذات الصفة التجارية فقط.

ويعتقد الباحث أن العقد الإلكتروني يمكن أن يكون ذوطبيعة تجارية أو مدنية دون التفريق بينهما وبالتالي لا حاجة للتمييز بينهما حتى في التشريعات التي تأخذ بالوحدة القانونية.

الفصل الرابع

أنواع وسائل الإثبات الإلكترونية، خصائصها و وظائفها

ويشتمل على ثلاثة مباحث:

المبحث الأول : **البريد الإلكتروني**

المبحث الثاني : **السندات الإلكترونية**

المبحث الثالث : **التوقيع الإلكتروني**

المبحث الأول

البريد الإلكتروني

ويشتمل على ثلاثة مطالب:

المطلب الأول : تعريف البريد الإلكتروني

المطلب الثاني : خصائص البريد الإلكتروني

المطلب الثالث : التكييف القانوني لعنوان البريد الإلكتروني

المطلب الأول: تعريف البريد الإلكتروني

الفرع الأول: تعريف البريد الإلكتروني

إن مصطلح البريد الإلكتروني مركب من جزئين، فالأول: "البريد"، والثاني: "الإلكتروني"، و في التالي سنناقش المعنى اللغوي لكل منهما.

معنى كلمة البريد اللغوي : إن أصل هذه الكلمة مختلف فيه عند أهل اللغة، فالقول الأول أنها كلمة عربية ومعناها "الرسول"، و هناك قول آخر بأن هذه الكلمة أصلها فارسي ثم عُرِّبت، و قد كان أصلها في الفارسية "بريدة دم" بمعنى "مقطوع الذنب".(١)

و لقد ذكر في "لسان العرب": (والبريد فرسخان، وقيل: ما بين كل منزلين بريد، والبريد: الرسل على دواب البريد والجمع بُرُد وبَرَدَ بريداً: أرسله). (٢)

معنى كلمة الإلكتروني اللغوي : كلمة "الإلكتروني" مأخوذة من "الإلكترون"، وهي تعريب لكلمة "Electronic" الإنجليزية.، مع العلم بأن جميع الأجهزة التي تقوم بمهامها عن طريق الإلكترون في مجال مغناطيسي أو كهربائي تسمى بالأجهزة الإلكترونية نسبة إلى الإلكترون.(٣) وذكر "معجم الوسيط" تعريف الإلكترون بأنه: (دقيقة ذات شحنة كهربائية سالبة شحنتها هي الجزء الذي لا يتجزأ من الكهربائية). (٤)

الفرع الثاني: تعريف اصطلاح "البريد الإلكتروني" عند علماء القانون:

إن ألفاظ تعريف "البريد الإلكتروني " لدى علماء القانون متعددة، ولكنها تعبير عن نفس المفهوم، فيقول بعضهم أن "البريد الإلكتروني" هو: (مكنة التبادل غير التزامن للرسائل بين أجهزة الحاسب الآلي) (٥)، ويقول آخر أنه: (طريقة تسمح بتبادل الرسائل المكتوبة بين الأجهزة المتصلة بشبكة المعلومات) (٦)، و يقول ثالث أنه: (تلك المستندات التي يتم إرسالها أو استلامها بواسطة نظام اتصالات بريدي إلكتروني، وتتضمن ملحوظات مختصرة ذات طابع شكلي حقيقي، ويمكنه استصحاب مرفقات به مثل معالجة

---

١ شواربي، حسن (١٩٩٥م)، قصة البريد، (د ط)، القاهرة، دار الكتاب العربي، ص: ٣.

٢ ابن منظور، محمد بن مكرم، لسان العرب، دار المعارف، القاهرة، مادة "برد"، ص: ٥٦.

٣ الشذي، سليمان بن محمد (١٤٢٨هـ)، طرق حماية التجارة الإلكترونية، (ط١)، (د د)، ص: ١٦.

٤ مجمع اللغة العربية بمصر: المعجم الوسيط، ص: ٦٢.

٥ الغرضي، عبد الهادي فوزي، الجوانب القانونية للبريد الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠٠٥م، ص: ١٢.

٦ المرجع السابق، ص: ١٢.

الكلمات، وأية مستندات أخرى يتم إرسالها رفقة الرسالة ذاتها). (١)

الفرع الثالث: تعريف اصطلاح "البريد الإلكتروني" في أهم التشريعات المقارنة:

الفصن الأول: تعريف اصطلاح "البريد الإلكتروني" في التشريع الأمريكي:

يعرف القانون الأمريكي اصطلاح "البريد الإلكتروني" في قانونه الصادر سنة ١٩٨٦م فيما يتعلق بخصوصية الاتصالات الإلكترونية أنه: (وسيلة اتصال يتم بواسطتها نقل المراسلات الخاصة عبر شبكة خطوط تليفونية عامة أو خاصة، وغالباً يتم كتابة الرسالة على جهاز الكمبيوتر، ثم يتم إرسالها إلكترونياً إلى كمبيوتر مورد الخدمة الذي يتولى تخزينها لديه، حيث يتم إرسالها عبر نظام خطوط التليفون إلى كمبيوتر المرسل إليه). (٢)

الفرع الرابع: تعريف اصطلاح "البريد الإلكتروني" في التشريعات العربية:

الفصن الأول: تعريف اصطلاح "البريد الإلكتروني" في التشريع المصري:

فلقد ورد في التشريع المصري رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٤ الخاص بقانون تنظيم التوقيع الإلكتروني خالياً من تعريف البريد الإلكتروني، إلا أنه أقر بحجية المحررات الإلكترونية المتبادلة عن طريق التراسل بوسيلة الكترونية أو رقمية أو ضوئية، ومفهوم ذلك أن ضمنها البريد الإلكتروني.

و نص القانون المصري في مادته الأولى بأن "البريد الإلكتروني" هو : (المحرر الإلكتروني: رسالة تتضمن معلومات تنشأ أو تدمج، أو تخزن، أو ترسل أو تستقبل كلياً أو جزئياً بوسيلة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو بأية وسيلة أخرى مشابهة). (٣)

الفصن الثاني: تعريف اصطلاح "البريد الإلكتروني" في التشريع الأردني:

وجاء في قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١م أيضاً خالياً من مفهوم البريد الإلكتروني، ولكنه جعله وسيلة من والوسائل التي يتم إرسالها أو إنشاؤها بوسائل إلكترونية بما فيها البريد الإلكتروني، ومقبولة قانوناً لإبداء الإيجاب أو القبول بقصد إنشا التزام تعاقدي، وذلك تحت مصطلح "رسالة المعلومات".

وكان نص القانون فيه أن: (رسالة المعلومات: المعلومات التي يتم إنشاؤها، أو إرسالها، أو تسلمها، أو

---

١ إبراهيم، خالد ممدوح (٢٠٠٨م)، أمن مراسلات البريد الإلكتروني، (ط)، الاسكندرية، الدار الجامعية، ص: ٥٥.

٢ جاء نص التعريف في القوانين الفيدرالية "الأمريكية" كما يلي:.

٣ الفقرة (ب) من المادة الأولى من قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم (١٥) لعام ٢٠٠٤م.

تخزينها بوسائل إلكترونية، أو بوسائل مشابهة بما في ذلك تبادل البيانات إلكترونية، أو البريد الإلكتروني، أو البرق، أو التلكس أو النسخ البرقي). (١)

الفصل الثالث: تعريف اصطلاح "البريد الإلكتروني" في تشريع إمارة دبي:

و لقد سكت قانون إمارة دبي، قانون "المعاملات والتجارة الإلكترونية" رقم (٢) لسنة ٢٠٠٢م أيضا عن تعريف "البريد الإلكتروني"، ولكنه مع ذلك اعتبر الرسائل الإلكترونية بجميع أشكالها حجة بما فيها البريد الإلكتروني، حيث أنه كان ينص على أن تعريف "الرسالة الإلكترونية" هو: (معلومات إلكترونية ترسل أو تستلم بوسائل إلكترونية أيا كانت وسيلة استخراجها في المكان المستلمة فيه) (٢)، ثم عرف مصطلح "المراسلة الإلكترونية" بأنه: (إرسال واستلام الرسائل الإلكترونية). (٣)

المطلب الثاني: خصائص البريد الإلكتروني

سنذكر في هذا المطلب أهم خصائص البريد الإلكتروني التي منحته أهمية بالغة لدى مختلف طبقات المجتمع ؛ كالأفراد والمؤسسات، والحكومات،ثم تتبعها ببعض النقائص والعيوب المتواجدة في البريد الإلكتروني.

الفرع الأول: خصائص البريد الإلكتروني المميزة

يمتاز البريد الإلكتروني (E-mail) على البريد التقليدي بعدة أمور، منها: (٤)

١- السرعة الفائقة في إرسال الرسائل واستلامها عبره، فإن إرسال رسالة واستلامها بواسطة البريد الإلكتروني لا يستغرق أكثر من ثواني معدودة بغض النظر عن المسافات بين المرسل والمرسل إليه.

٢- إمكانية إرفاق محتويات أخرى من حاسوب المرسل مع الرسالة المراد إرسالها، بواسطة خاصية الإرفاق "attachment"، كبحوث و مقالات و بعض الصفحات من كتاب معين، كما أنه يمكن إرفاق الرسالة بعض الصور والرسومات، أو الأصوات في صورة "ملف متعدد الوسائط"، ويمكن أيضا أن يضاف إلى الملف بعض معلومات المخزنة في أجهزة التخزين الخارجية، مثل الأقراص المرنة و المدمجة وغيرها من أجهزة التخزين الخارجية.

---

١ المادة الثانية من قانون المعاملات الإلكتروني الأردني رقم (٨٥) لسنة ٢٠٠١م.

٢ المادة الثانية من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتية رقم (٢) لسنة ٢٠٠٢م.

٣ المادة الثانية من القانون نفسه.

٤ قندلجي، عامر إبراهيم (٢٠٠٣م)، المعجم الموسوعي لتكنولوجيا المعلومات والانترنت، (ط١)، عمان، دار المسيرة، ص: ١٤٣.

٣- أسعار مغرية جداً، فنظراً لكثرة الفوائد الحاصلة من البريد الإلكتروني فإن تكلفتها قليلة جدا ، حيث أن أسعار البريد الإلكتروني لا تعتمد على حجم الرسالة أو المسافات البعيدة التي يراد تخطيها في إيصال الرسالة.

٤- السهولة التامة في التعامل مع الرسائل الإلكترونية، فمن السهل جدًا إرسال رسالة واحدة مع مرفقاتها إلى عدد ضخم من المستقبلين للرسالة بضغطة زر واحدة، كما أنه يمكن صيانة الرسالة من التطلع عليها وتشفيرها عند الحاجة من الاستخدام الخاطئ، ثم أن الرد على الرسائل الإلكترونية يمكن أن يكون مباشرة بدون أي تأخير، و هي تحتفظ إلكترونيا بسهولة تامة في ملف المستقبل لها.

الفرع الثاني: سلبيات البريد الإلكتروني:

بالرغم من المزايا المذكورة للبريد الإلكتروني، إلا أنه لا يخلو من العيوب وأبرزها:

١- اختراق سرية الرسالة: إن اختراق سرية الرسائل الإلكترونية و الاطلاع على محتوياتها أو التحريف فيها قد يكون نشاطا سهلا عند بعض الماهرين في هذا المجال، وبالتالي فإنها دوما في حالة خطرة. (١)

٢- رسائل مزمنة تحمل مرفقات ضارة: مثل الفيروسات الإلكترونية(٢) فيتضرر جهاز المستقبل لهذه الرسالة، و رسائل خليعة مؤذية، و روابط لبعض المواقع المحظورة في الشرع و القانون. (٣)

٣- وسيلة لنشر أجهزة الاختراق غير المصرح به: هناك الكثير من البرامج التي تساعد على اختراق أجهزة الغير و سرقة محتوياتها أو إفساد أنظمتها، و يمكن أن يستخدمها أي شخص لديه خبرة يسيرة في استخدام الحواسيب ، وهذا يتسبب في خطورة كبيرة. (٤)

٤- انتحال الشخصية: و هي جريمة ظهرت في العصر الجديد ، وعرفها المتخصصون في مجال أمن المعلومات بهذا الاسم بعد أن شاعت هذه الجريمة في التجارة.

وهي عبارة عن انتحال هوية شخص آخر بدون إذن منه، لاستخدامها في أغراض مجرمة، أو لتسهيل عملية

---

١ إبراهيم، خالد ممدوح (٢٠١٠م)، حجية البريد الإلكتروني في الإثبات، (ط١)، الاسكندرية، دار الفكر الجامعي، ص: ٣٨.

٢ الفيروس هو (برنامج صغير له قدرة للعمل في خفاء، والتكاثر، يتم وضعه في الكمبيوتر بواحدة من طرق الاتصال لتخريب الكمبيوتر بالعديد وفقاً للأغراض المصمم من أجلها الفيروس) بسيوني، الكتاب الأسود عن فيروسات الكمبيوتر، ص: ١٣.

٣ الخثعر، خالد بن سليمان، والقحطاني، محمد بن عبد الله (١٤٢٩هـ)، أمن المعلومات لغة ميسرة، (ط١)، الرياض، مكتبة الملك فهد الوطنية، ص: ١٤٥.

٤ الماجري، إياس، (١٤٣٣هـ)، جرائم الانترنت مشكلة تؤرق مضجع قطاع الصناعة الرقمية، جريدة اليوم، الدمام، ع ١٤، ٧٧٨، ١ شوال ١٤٢٣هـ.

الإجرام بإخفاء شخصيته الحقيقية . (١)

٥- الانعزال والانقطاع الاجتماعي: يرى البعض أن التعامل عبر البريد الإلكتروني يتسبب في انعزال الأفراد عن بعضهم البعض وضعف الترابط بينهم مما سيتسبب في ضعف المجتمع. (٢)

٦- الإهمال اللغوي: يرى علماء اللغة ومهرتها أن اللغة المكتوبة الحديثة الإلكترونية تحالية نوعا ما عن القواعد النحوية التقليدية وخاصة الرسائل الإلكترونية. (٣)

مع ذلك فإن فوائد ومنافع البريد الإلكتروني حجبت نقائصه وعيوبه، فإن له يد طولى في التواصل الجتماعي في العصر الحديث.

المطلب الثالث: التكييف القانوني لعنوان البريد الإلكتروني

لقد حدث اختلاف كبير بين ماهري التشريع القانوني بخصوص أمر التكييف القانوني لعنوان البريد الإلكتروني (٤) حيث أنهم كرسوا جهودهم للبحث عن تطبيق قانوني مناسب للعنوان الإلكتروني، حتى يمكن أن يندرج تحت ضابطة قانونية محددة.

و هنا سيسرد الباحث المذاهب الأربعة الرئيسية في هذا الاختلاف العلمي بين الخبراء في تكييف البريد الإلكتروني قانونيا، وهي:

المذهب الأول : يرى أصحاب المذهب أن عنوان البريد الإلكتروني واحد من أهم العناصر المعترف بها قانونيا لتعيين الشخصية مثل الاسم والموطن،ويعتقد هؤلاء أنه نسخة مستحدثة من الاسم المدني أو الموطن، لأن الجزء الأيسر في عنوان البريد الإلكتروني يحتوي على اسم المستخدم ولقبه، وإضافة إلى ذلك فإن العنوان الإلكتروني يشبه الاسم في الوظيفة، فلو كان اسم الشخص يميزه عن الآخرين في المجتمع، فالعنوان الإلكتروني كذلك حيث أنه يميز صاحبه عن المستخدمين الآخرين لخدمة الدخول إلى شبكة الانترنت، ولك رأي هذا المذهب يوقع في إشكالات مهمة مثل: العنوان الإلكتروني يشبه أي صورة من صور الاسم بالتحديد؟ العائلي أم المستعار؟

و نتيجة هذا المذهب أنه رغم كون عنوان البريد الإلكتروني مأخوذا من اسم صاحبه ووظيفته وشكله

---

١ المرجع السابق.

٢ العوضي: الجوانب القانونية للبريد الإلكتروني، مرجع سباق، ص: ٢٣.

٣ الجزيرة نت، من موقع: http://www.aljazeera.net/NR/exeres/BE3B1413-A64F-408C-82F3.-

٤ العوضي: الجوانب القانونية للبريد الإلكتروني، ص: ٣١.

عامة،إلا أن ذلك لا اعتبار له كاسم من نوع جديد مع أنه مقلد منه، ولذلك فإنه لن ينطبق عليه القانون. (١)

و لقد قال بعض القائلين بهذا المذهب بأن العنوان الإلكتروني مشابه بالموطن "Domicile"، حيث أن الموطن هو مكان الإقامة المعتاد أو المقر القانوني، ويجعل الشخص مرتبطا بمكان جغرافي معين،والحقيقة أن الرأي ناقص و يناقض فكرة كون عنوان البريد الإلكتروني مرتبطا بالشخص من غير تعيين مكان محدد لأنه لا يعين إلا صاحب الخدمة على الشنكبوتية (٢)، فأجاب أولئك القوم هذا الإشكال بأنه هذا الموطن هو موطن أيضا ولكنه افتراضي. "Domicile Virtuel".

وعلة هذا القول مأخوذة من تعريف بعض أحكام القضاء العنوان الإلكتروني بأنه: (موطن افتراضي للأشخاص على شبكة الانترنت)، ولذلك فإن للمستخدم للعنوان الإلكتروني باسمه على الانترنت إنما يختار في الحقيقة مقراً قانونياً افتراضيا تتعلق به حاجته، ثم يمارس نشاطات إلكترونية ينشر فيه معلوماته الخاصة من خلال هذا البريد أو المقر الافتراضي. (٣)

وقضية المدرسة الوطنية العليا للاتصالات ENST التي صدر حكمها في ١٤ من أغسطس عام ١٩٩٦م في محكمة استئناف باريس تعد من هذا القبيل، وقصتها أن طالبا من المدرسة أنشأ موقعا خاصا له على الانترنت وحمل فيه بعض الأغاني المشهورة للمشاهير، وحينها قامت عليه دعوى التقليد في المحكمة، فدافع عن نفسه على أساس أن هذا تعد على موطنه الافتراضي على الشبكة وليس للعامة حق فيه، ولذلك كان من الواجب على القانون أن يمنحه الحماية القانونية الجنائية والمدنية، وللأسف لم تقبل المحكمة الدفاع لأسباب عدة، وهي: الموقع على الانترنت يعد موقعا عاما قانونيا للجماهير ولا خصوصية فيه لصاحبه بعض حمله على الانترنت، وبذلك فإنه موطن عام لا خاص. (٤)

المذهب الثاني : يعتقد أصحاب هذا المذهب بأن العنوان الإلكتروني مثل رقم الهاتف، أو رقم القيد في الضمان الاجتماعي "Social security number"، وتستند هذه الفكرة إلى تعريف العنوان الإلكتروني بأنه: (عبارة عن مجموعة من الحروف والأرقام التي يكتبها المستخدم، والتي يلزمها بروتوكول الاتصال).

---

١ المرجع السابق، ص: ٣٦.

٢ إبراهيم: حجة البريد الإلكتروني في الإثبات، ص: ٧٠.

٣ المرجع السابق، ص: ٧٠.

٤ خضاب: حماية العلامات التجارية عبر الانترنت في علاقتها بالعنوان الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٧م، ص: ٣٦.

وكذلك فرأي هؤلاء أن عنوان البريد الإلكتروني يماثل رمز الدخول في خدمة "المينتل Minitel" في فرنسا حيث أن هنالك شبه كبير بينهما من حيث الهيكل الفني والوظيفة (١)، و ما يعيب هذا المعتقد أنه لا يمنح العنوان الإلكتروني أي تكييف قانوني لما أن هذه الأعداد تفتقر إلى طبيعة قانونية خاصة وبالتالي لا يمكن تحويلها إلى العنوان الإلكتروني. (٢)

المذهب الثالث: ويسلك هذا المذهب مسلكا مخالفا لما سبق من الآراء، فيعتقد أن العنوان الإلكتروني أمر مستقل بذاته ولايستند إلى غيره من الأمور عن طريق المماثلة والتشابه، ودليلهم في ذلك أن الاحكام الفقهية مستقلة في تعيين صورتها القانونية ولا تحتاج إلى أن تشبها غيرها. (٣)

والحاصل من هذا المعتقد أن العنوان الاكتروني أمر قانوني مستقل بذاته غني عن المماثلة والتشابه بأمور قانونية أخرى، والنظام القانوني الذي ينطبق عليه يمكن أن يستند إلى عدد من المصادر كـ: مشارطات التسجيل الخاصة به، ووثائق الهيئات المختصة بتسجيله، والعادات، وأحكام القضاء، وحكم الواقع. (٤)

المذهب الرابع: ويعتقد هذا المذهب أن العنوان الإلكتروني عبارة عن جزء من أجزاء الملكية الصناعية، كالعلامة التجارية، والاسم والعنوان التجاري، واللافتة الإعلانية، وبالتالي تنتفع الأجزاء القائمة بالتنظيم القانوني له، وحينها يكون العنوان الإلكتروني بهذا الوصف واحد من أهم الأجزاء المعنوية للمحل التجاري، حيث أنه بمثابة المحور الرئيسي في إقامة الشهرة التجارية وإنشاء الثقة بين التجار، والظاهر أن هذا المذهب يركز على منافع العنوان الإلكتروني الاقتصادية التي تظهر في شكل التسويق الإلكتروني عن طريق العنوان الإلكتروني في علم الشتكينونية. (٥)

ومهما كانت الآراء في تعيين الطبيعة القانونية للعنوان الإلكتروني فإن ذلك لا يعني أنه فقير إلى الحماية القانونية وأنه غير مؤتمن، وإنما يمكن حفاظة حقوقه عن طريق إثبات حق الاسم كما يدعيه بعض المفكرين، ويمكن أيضا حمايته عن طريق إثبات حق العلامة التجارية أو الدعوى بتقليد العلامة، إضافة إلى ذلك يمكن حماية العنوان الإلكتروني بالعلامة الخاصة التي تدخل في اختصاص السلطة العامة كحالة استخدام العنوان الإلكتروني لإحدى النقابات بدون وجه حق أو بدون صفة. (٦)

---

١. غنام: حماية العلامات التجارية عبر الانترنت في علاقتها بالعنوان الإلكتروني، ص: ٣٨.

٢. إبراهيم: حجية البريد الإلكتروني في الإثبات، ص: ٧١.

٣. المرجع السابق، ص: ٧٢.

٤. غنام: حماية العلامات التجارية عبر الانترنت في علاقتها بالعنوان الإلكتروني، ص: ٤٢.

٥. إبراهيم: حجية البريد الإلكتروني في الإثبات، ص: ٧٣.

٦. العوضي: الجوانب القانونية للبريد الإلكتروني، ص: ٤١.

المبحث الثاني

السندات الإلكترونية

ويشتمل على ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: مفهوم السند الإلكتروني

المطلب الثاني: مزايا و خصائص السندات الإلكترونية

المطلب الثالث: عناصر السندات الإلكترونية ووظائفها

تمهيد: السندات الإلكترونية (Electronic Documents) مصطلح معاصر يدخل فيه جميع السندات الإلكترونية التي يتم تجهيزها عن طريق عن طريق التقنيات العلمية الحديثة، مثل التلكس والفاكس والحاسوب الآلي والانترنت (١)، و بناء على ذلك فإن السندات الإلكترونية تتواجد في صور متنوعة متماثلة وظيفيا ولا تختلف عن بعضها الأبعض إلا في الوسيلة التي يتم إنشاؤها عبرها.

ثم أن نوعي السندين الإلكتروني والورقي التقليدي يختلفان فيما بينهما في أصلهما عند إثبات التصرفات القانونية.

فإن أمر تكييفه و مقارنته للسند الكتابي (الورقي) حتى تكون له حجية السند المكتوب يكاد أن يكون مستحيلا، لأن يصعب الاطلاع على محتواه إلا عن طريق أجهزة إلكترونية مخصصة (٢)، إضافة إلى ذلك فإن عدم إمكانية التوقيع اليدوي على السند الإلكتروني الذي يعد جزءا مهما من الدليل الكتابي يوقع في التباس حول أمر المماثلة بين السند الإلكتروني والكتابي.(٣)

و هنا حين نحاول تكييف السند الإلكتروني مع القوانين الرائجة المعروفة تظهر مشاكل عويصة مختلفة، ونلاحظ أن القوانين الرائجة قاصرة عن الإحاطة بالسند الإلكتروني إلا إذا تم تطويرها وتحديثها لتوافق المتطلبات المعاصرة، ولمنح السند الإلكتروني حجية قانونية يحاذي بها السند الورقي الكتابي التقليدي في القوة الثبوتية عند الإدلاء به أو وصفها ككتاب موقع(٤)، وذلك هو السبب الذي دفع بعض الهيئات المتخصصة في المجال في بعض البلدان للتأمل في أمر السند الإلكتروني ومنحه القوة الثبوتية المماثلة للسند التقليدي بداية من المصطلحات القانونية الحديثة التي ظهرت مع سيل التطور المدني الحثيث في مجال الاتصالات ثم تبني التجارة الحديثة هذه الاتصالات الحديثة لممارسة نشاطتها لما أنها ضرورة العالم الحديث.(٥)

وحتى يكون بيان كل ذلك على شكل بين فإننا سنقوم بتعريف مصطلح السند الإلكتروني في المطلب الأول ثم سنتعرض لذكر خواص السندات الإلكترونية (المجهزة عن طريق الانترنت) في المطلب الثاني في الأخير سنقوم بذكر العناصر المهمة في السند الإلكتروني في المطلب الثالث.

---

١ د. عباس العبودي و د. جعفر الفضلي، حجية السندات الإلكترونية في الإثبات المدني في ضوء التعديل الجديد للقانون المدني، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق تصدر عن كلية القانون – جامعة الموصل، العدد (١١) ٢٠٠٦م، ص: ٢.

٢ القاضي وسيم شفيق الحجار، مصدر سابق، ص: ١٣.

٣ د. حسن عبد الباسط جميعي، مصدر سابق، ص: ٤.

٤ القاضي وسيم شفيق الحجار، مصدر سابق، ص: ٤.

٥ هادي مسلم يونس، مصدر سابق، ص: ٢٦٧.

المطلب الأول: تعريف مصطلح السند الإلكتروني

يعرّف البعض السند الإلكتروني على، أنه كل وسيلة الكترونية تستخدم في المعاملات ويمكن الاحتجاج بها أو اللجوء إليها لأغراض الإثبات، ويدخل في تعريف السند الإلكتروني هذا الكثير من المصطلحات الأخرى مثل الرسائل الإلكترونية، والسجلات الإلكترونية، والعقود الإلكترونية والصكوك الإلكترونية وغيرها. (١)

ويعرفه آخرون بأنها كتابة غير تقليدية للمعلومات مستخرجة من وسائط تخزن فيها تقنيات علمية، تعمل على تحويل الحروف المكتوبة والسندات المرسلة عن طريقها إلى نبضات كهربائية (٢)، و على الطرف الاخر يعرف آخرون السند الإلكتروني بأنه كل سند أنتج وحفظ على حاسب آلي، مثل رسالة، عقد أو التزام منفرد، ثم أن السند الإلكتروني قد يكون في شكل صورة، أو خريطة مسح، أو رسم، أو حتى تصوير فوتوغرافي، ولتوقيع مثل هذه السندات يتم استخدام التوقيع الإلكتروني. (٣)

نستنتج مما سبق أنه لا يوجد تعبير موحد لتعريف السند الإلكتروني، و كذلك قوانين التجارة والمعاملات الإلكترونية المتعلقة بهذا المجال سواء الصادرة عن السلطات التشريعية الوطنية أو الهيئات الدولية ليس بينها انسجام وتوافق، مثل لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة (الأونسترال) فيما يتعلق بمفهوم أو التعبير الموحد للسند الإلكتروني، فهنالك تعابير و تعاريف متعددة للسند الإلكتروني،و السبب في ذلك يعود إلى أمرين اثنين، الأول كونها مفاهيم حديثة العهد والثاني الفارق اللغوي بين لغتين حين ترجمة المصطلحات والتعاريف، نحو استخدام تعابير (رسالة بيانات)، أو (رسالة المعلومات)، أو (السجل أو المستند الإلكتروني)، أو (المحرر الإلكتروني)، أو (الوثيقة الإلكترونية) وغيرها.

فإن قانون الأونسترال النموذجي الخاص بالتجارة الإلكترونية لسنة ١٩٩٦م استخدم في الفقرة (ا) من المادة الثانية كلمة (رسالة بيانات) ما تعبيره : (يراد بمصطلح رسالة بيانات" المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية، أو البريد الإلكتروني، أو البرق، أو التلكس، أو النسخ البرقي).

"Data message" means information generated. Sent, received or stored by electronic, optical or similar means including, but not limited to, electronic data interchange (EDI), electronic mail, telegram, telex or telecopy" (4)

---

١ المصدر السابق، ص: ٢٦٧-٢٦٨.

٢ د. عباس العبودي ود. جعفر الفضلي، مصدر سابق، ص: ٢.

٣ القاضي وسيم شفيق الحجار، مصدر سابق، ص: ٧٥.

٤ UNCIT RAL Model Law on Electronic Commerce with its Guide to Enactment. 1996. Available at:<htt:\\www.uncitral.org/English/text/electecom/mt-ecom-hun?lastvisited (15 10 2004).

نقاط مهمة حول التعريف: من الملحوظ في هذا التعريف أنه استخدم صيغة مطلقة وشاملة تضم جميع ما ينتجه الحاسوب، أعني جميع أنواع البلاغات، كانت إيجاباً أم قبولاً، تفاوضاً أم دعوة إلى التعاقد وغيرها، ثم أن هذه المادة تؤكد أن عبارة رسالة البيانات تضم جميع رسائل البيانات الإلكترونية التي هي ليست في الصورة الورقية، أما المقصود من الإشارة (الوسائل المشابهة) هو أن يتحقق الغرض من القانون النموذجي، وذلك ليس فقط أن ينطبق على ذرائع الاتصال الحديثة المتوفرة بل يلزم أن تكون قادرة على الإحاطة بوسائل الاتصال التي يتوقع ظهورها في المستقبل. والهدف من هذا التعريف هو الإحاطة الشاملة بجميع اشكال الرسائل المنتجة أو المخزنة أو المبلغة الغير ورقية من الأساس، ولذلك كان من اللازم صوغ هذه المادة بأسلوب شامل يمكنه استيعاب جميع التقنيات الحديثة التي يمكن توقع ظهورها في المستقبل، بالإضافة إلى قدرته الكاملة على أداء وظيفة رسالة البيانات، ثم أن هذه المادة ذكرت أمثلة عديدة وصرحت بأنها مجرد أمثلة و يمكن أن يتعدى الأمر تلك الأمثلة إلى صور أخرى، و بذلك لم يقصد مقننو هذه المادة تقييد حدود تعريف رسالة البيانات في الأمثلة التي تم ذكرها في القانون، ولكنها تتعدى لتحاول الإحاطة بالتقنيات الجديدة التي قد تظهر مع تطور التكنولوجيا مع الزمن بشكل أوسع. (١)

وبما أن المقصد من إصدار القانون النموذجي هو جعله وسيلة نشطة للدول التي ترغب في تحديث قوانينها بواسطة استعمال البيانات المذكورة في القانون، وليس الغاية منه كونه قانوناً ملزماً للدول الأخرى بمقدار ما هو مرشد للبلدان لتستعين به فتغير وتبدل فيه حسب المقتضى الوطني لها.

لهذا نجد أن أكثرية القوانين الخاصة بالتجارة الإلكترونية الحديثة اتخذت نفس التعبيرات المذكورة في القانون النموذجي وإن اختلف تعبيرانها بعض الشيء، مثل رسالة المعلومات التي وردت في قانون المعاملات الإلكترونية الأردني (٢)، أو السجل الإلكتروني الوارد في قانون التجارة الإلكترونية البحريني (٣)، والسجل أو المستند الإلكتروني في قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي (٤)، والمحرر الإلكتروني في مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري. (٥)

---

١ الدليل التشريعي المرفق مع قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، التعليق على المواد، منشورات الأمم المتحدة، النسخة العربية، ص: ٢٦.

٢ نصت المادة الثانية من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١م. وللإطلاع على النص الكامل لهذا القانون ينظر الموقع الإلكتروني: <http:\www.gn4me.com>

٣ نصت المادة الأولى من قانون التجارة الإلكترونية البحريني رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٢م. ويمكن الاطلاع على نصوص هذا القانون في الموقع الإلكتروني: <http:\www.gn4me.com>

٤ نص المادة الثانية من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي رقم ٢ لسنة ٢٠٠٢م. ويمكن الاطلاع على نصوص هذ القانون في الموقع الإلكتروني: <http:\www.gn4me.com>.

٥ نصت المادة الأولى من مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري. وللإطلاع على نصوص هذا المشروع ينظر الموقع الإلكتروني:

و القانون الفيدرالي الأمريكي الخاص بالتوقيع الإلكتروني الذي صدر في التاريخ ٢٠٠٠/٦/٣٠م، فلقد قام بتعريف السند أو المحرر الإلكتروني على أنه (كل مستند ينشأ أو يرسل، أو يستقبل، أو يخزن بوسائل إلكترونية). An electronic necod is a arecord created, sent, received, or stored by electronic means.

النتائج المستنبطة من التعاريف: بعد دراسة هذه التعاريف وصل الباحث إلى نتائج عديدة ، وهي:

١- التعريفات المذكورة قد توافق أو تخالف قانون الأونسترال النموذجي الخاص التجارة الإلكترونية لسنة ١٩٩٦م لمصطلح (رسالة بيانات)، ورغم صياغتها في تعبيرات مختلفة إلا أن المقصود واحد، والسبب في ذلك هو التطور التقني الذي طور المعاملات الإلكترونية التي يتم ممارسها عن طريق تلك التقنيات الجديدة.

٢- و عند دراسة هذه التعريفات نجد أن هنالك محاولات كثيرة لإنشاء مصطلحات يقبلها أغلب الناس، وذلك بسبب طبيعة المعاملات الإلكترونية، حيث أنها تمارس على شبكة الإنترنت العالمية.

٣- إن التعبيرات المستخدمة لهذه التعريفات تعبيرات واسعة المفهوم حيث أنها تضم جميع التقنيات الحديثة المتوفرة وبها صلاحية أن تسع تقنيات أخرى لازالت قيد البحث والتطور وستظهر يوما ما قريبا، مثل تعبير الوسائل إلكترونية و تعبير الوسائل المشابهة،وغير ذلك.

المطلب الثاني: مزايا و خصائص السندات الإلكترونية

إن السند الإلكتروني يتمتاز عن السند التقليدي في أمور عدة، من أهمها:

الفرع الأول: يمتاز السند الإلكتروني بالسرعة في تمام العقود

لقد قدم التطور التقني إلى البشرية ذرائع مختلفة لإجراء التواصل الإلكتروني بين الأفراد، مثل البريد الإلكتروني والاتصال المباشر من على الموقع في الإنترنت، أو الاتصال الصوتي المرئي عن طريق تطبيقات على الشبكة، ومهما كان الحال فإننا نتعامل مع رسالة بيانات إلكترونية في هيئة سند إلكتروني داخل الكمبيوتر المتصل بآخر عن طريق شبكة الإنترنت. (١)

ويعبر عن الإرادة بطريق الشبكة العنكبوتية ، إما بواسطة البريد الإلكتروني (e-mail) أو بواسطة شبكة المواقع (web) أو بواسطة المحادثة (chat) أو بواسطة الكتابة أو بالكلام المباشر أو باستخدام إشارات ورموز متفق عليها على شبكة الويب أو المبادلة الفعلية التي تدل على رضا الجانبين من خلال بطاقات

<http:\www.gn4me.com>.

١ بولين عرب، قانون الكومبيوتر، مصدر سابق، ص: ٤٦٢.

الائتمان أو أيا من وسائل الدفع الإلكتروني، حتى ولو كان التعبير المستخدم بصراحة أم ضمنياً. (١)

ثم أن التطور التقني أوجد ذرائع حديثة للتعبير عن الإرادة مثل بعث رمز المرور إلى التاجر للتأكد من شخصية الطرف الآخر، أو التأكد من الطلبية عبر البريد الإلكتروني، أو الإقدام على عمل الخطوات اللازمة لإجراء عملية الدفع عن بعد، أو النقر (click) بواسطة الفأرة (mouse) أو كبس أحد أزرار لوحة المفاتيح (keyboard) الخاص بالحاسب الآلي(٢)، بالإضافة إلى ذلك يجوز التعبير عن الإرادة عن طريق الوسيط الإلكتروني أو الأنظمة المؤتمتة، فإن استخدام الوسيط الإلكتروني أو ما يسمى بالنظام الحاسوبي المؤتمت (Automated computer system) كثر جداً، مثل الطريقة التلقائية للتعبير عن الإرادة في التجارة الإلكترونية وانعقاد إبرام العقود الإلكترونية عن طريق الأنظمة المذكورة. (٣)

و من المهم ذكره هنا هو أن هذه الأنظمة قادرة على عقد العقود بسرعة عالية جداً، كان العقد بين أفراد في دولة واحدة أو أكثر من دولة، و مهما اختلفت أماكن هؤلاء الأفراد(٤)، فالتجارة الإلكترونية تمتاز بكونها سريعة جداً في إتمام المعاملات والعقود من غير لجوء إلى ركيزة مادية في شكل ورقي، و النشاطات التي تمارس على التجارة الإلكترونية غنية عن الكثير من المستندات الورقية المرافقة للمعاملة التجارية، مثل أوراق أوامر البيع والشراء والشحن وغير ذلك، و هذه صفة استثنائية يحتاج إليها زمن التكنولوجيا المعاصر. (٥)

الفرع الثاني: يتحلى السند الإلكتروني بصفة الأمن والثقة

من المعروف أن طبيعة شبكة الانترنت حرة طليقة، ليس لها مركز سلطة يقودها بإحكام وضوابط، ولذلك فإن السند الإلكتروني و غيره من المعلومات والبيانات الإلكترونية تجري حرة طليقة دون زمام يحكمها من قبل مستخدم الإنترنت(٦)، من هنا تبدو ضرورة الأمن (security) والتوثيق (authentication) نحو التداول مع التطبيقات التجارية لشبكة الانترنت، بالايين البلاغات أو المراسلات الإلكترونية التي تتجاوز عبر هذه الشبكات من تدخلات غير مرغوبة فيها كتلك التي تحصل من قراصنة البيانات (Hackers) للاعتداء

---

١ أحمد خالد العجلوني، التعاقد عن طريق الانترنت —دراسة مقارنة، الدار العلمية للدولية ومكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط١، عمان — الأردن، ٢٠٠٢م، ص: ٤٥-٤٨.

٢ د. طوني ميشال عيسى، مصدر سابق، ص: ٢٧٠.

٣ آمانج رحيم أحمد، التراضي في العقود الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت — دراسة تحليلية مقارنة، رسالة ماجستير قدمت على مجلس كلية القانون — جامعة السليمانية، ٢٠٠٣، ص: ٧٣وما بعدها.

٤ د. طوني ميشال عيسى، مصدر سابق، ص: ٥٦ الهامش (١).

٥ عمر حسن المومني، التوقيع الإلكتروني وقانون التجارة الإلكترونية — دراسة قانونية وتحليلية مقارنة، دار وائل للنشر، ط١، عمان — الأردن، ٢٠٠٣م، ص: ٣٣-٣٤.

٦ د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، ٢٠٠١م، ص: ٣ - ٤.

على خصوصية البيانات الأمر الذي يقود إلى عدم إقبال الدوائر والشركات على الاعتماد تماماً على الشبكة لتسيير أعمالهم وإبرام صفقاتهم التجارية. (١)

الفرع الثالث: السندات الإلكترونية حل لأحد أكبر صعوبات الزمن الراهن وهو أمر حفظ السندات الورقية

إن التداول الإلكتروني قلل إشكالية حفظ السندات الورقية المتداولة في مجال السندات التقليدية (الورقية) إلى درجة كبيرة حيث أحلت السندات الإلكترونية مكان السندات التقليدية الورقية في التداول التجاري أو البنكي، وبالتالي تستغني بالسندات الإلكترونية عن الأرفف الكبيرة التي يصل طولها إلى الكيلومترات من أجل استعمالها لأهداف التخزين (الأرشيف) في الشركات الكبرى، وازدادت اعداد تلك الوثائق مع الدهر بحيث لا يمكن معرفة مقاديرها إلا بالوزن و لا يمكن عدها(٢)، وعند ذلك يتسبب في التقليل من استخدام السندات الورقية القديمة أو استخدام السندات الكترونية بدلها، ثم أن السندات الإلكترونية تتميز عن غيرها بأن ليس لها صورة مادية ورقية، بل هي موجودة في مجال فرضي صوتي. (٣)

الفرع الرابع: استخدام السندات الإكترونية توفر الكثير من النفقات

إن السندات الإلكترونية توفر إدارة تجارية متقنة ذات نفقات ضئيلة جدا مقارنة بالطرق التقليدية للمراسلات التقليدية وتداول السندات التجارية عبر البريد التقليدي، حيث أن إرسال برقية بالبريد التقليدي أمر مكلفٌ مقارنة بإرسالها عن طريق السندات الإلكترونية. وذلك من ناحية التكلفة. ويمكن أيضا قياس المنافع الاقتصادية أيضا بمعاينة نوعية الخدمة المتوفرة. (٤)

إضافة إلى ذلك فإن التعامل بهذه السندات الإلكترونية أحدث تخفيفا واضحا في نفقات الشحن (Shipping Costs) والذي أدى إلى انخفاض أسعار العديد من البضائع التي تباع وتشترى عن طريق الإنترنت، ووصلت نسبة الانخفاض في نفقات توصيل البضائع وتسليمها للمستهلك إلى (٥٠-٩٠%)

---

١ ويعرف الـ(Hackers)، بأنهم مجموعة من الأشخاص لهم خبرات واسعة في نظم التشغيل والشبكات (ثقافة الوقعة)، أي أنهم مؤهلون علمياً ويدركون بأنما يقومون به هي أعمال غير قانونية وبوسائل عدة منها إرسال آلاف الرسائل عن طريق البريد الإلكتروني إلى عدد كبير من الحواسيب أو إدخال حيض من الفيروسات إلى ذلك الموقع مثل فيروس (I love you) والذي كان مصدره يضع مراهقين في الولايات المتحدة الأمريكية، ينظر: نزار، حازم محمد حسين، التعاقد عن طريق شبكة المعلومات العالمية (الانترنت) رسالة ماجستير، قدمت إلى كلية القانون، جامعة الموصل، ٢٠٠٢م، ص: ١٢.

٢ د. لطفي، محمد حسام محمود، الحجية القانونية للمصغرات الفنية، القاهرة، مصر، ١٩٨٨م، ص: ٨-٩.

٣ يونس عرب، قانون الكومبيوتر، مصدر سابق،ص: ٤٦٤.

٤ طوني ميشال عيسى، مصدر سابق، ص: ٥٦، الهامش رقم (١).

فيما يتعلق بالمنتوجات الإلكترونية (الرقمية – Digital) والخدمات المالية (Financial Services) وتطبيقات وبرمجيات الحاسب الآلي (Soft ware) وتذاكر السفر ومستلزماته الأخرى (Travel) التي تعد جزءا أساسيا من التجارة الإلكترونية. (١)

ولما أن السلع المذكورة تناول عن طريق التجارة الإلكترونية فإن استخدام السندات الإلكترونية للتعامل معها سيؤثر تأثير واضحا على أسعار هذه البضائع، على سبيل المثال: شراء تذكرة سفر و حجز للمقاعد في الطيران مباشرة عن طريق شبكة الإنترنت يقلل من تكاليف التذكرة بمقدار(٨٧%) مقارنة بشرائها بالطرق التقليدية، والأمر مشابه تماما في كل من المعاملات البنكية ودفع الفواتير و بيع وشراء تطبيقات وبرمجيات الحاسب الآلي.

الفرع الخامس: تداول السندات الإلكترونية يوسع حدود السوق التجاري والعولمة الاقتصادية

إن أمر استخدام السندات الإلكترونية في السوق التجاري أمر لا يقيد بالمكان والحدود، فبركة الشبكة العالمية جمعت جميع أسواق العالم أمام المستهلك تحت سقف واحد مهما كانت المواقع الجغرافية للطرفين، وبخال للناظر كانما أن أصبح العالم كله قرية صغيرة واحدة في متناول ايدي كل من يرغب في أي جزء منه بغض النظر عن القيود الزمانية والمكانية. (٢)

وبهذا الشكل نجحت العولمة الاقتصادية الراهنة في اتصالها الوثيق بذرائع الاتصال الحديثة التي هي ثمرة الأنترنت أو نتيجة من النتائج؟ حيث أنها وفرت معرضا سوقيا شاملا لرجال التجارة والأعمال من ناحية والمستفيدين والمستهلكين من ناحية أخرى من غير أن يحتاج الفرد إلى الانتقال من مكان إلى مكان آخر أو ان يضطر إلى استعمال الوثائق الورقية التقليدية، فقط عن طريق استخدم حاسوب متصل بشبكة الانترنت. (٣)

ولهذا فإني أوافق قول من يرى أن الوسائل الإلكترونية بما فيها السندات الإلكترونية لها دور أساسي في تمهيد الطريق وتسريع العولمة، وبشكل خاص العولمة التجارية، حيث وفرت الاتصال السريع، والمباشر، لما أنه من الأسباب الرئيسية لتطوير العولمة وأشدها أثرا في إدارة أمورها والسير بها إلى إنجاز إغراضها، بالإضافة على

---

١ OECD, back ground reports for Ottawa ministerial conference, 7-9, October, 1998. The Economic and Social impact of Electronic Commerce. P.63.
Available at: <http://www.oecd.org/dsti/sti/it/ec/news/ottawa.htm>

٢ د. فايق الشماع، التجارة الإلكترونية، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية، تصدر عن قسم الدراسات القانونية في بيت الحكمة، بغداد، ٢٠٠٠م، ص:٣٨-٣٩.

٣ د. أحمد عبد الكريم سلامة، مصدر سابق، ص: ٥.

عوامل اقتصادية أخرى مثل الشركات المتعددة الجنسيات والمنظمات الاقتصادية العالمية، وغير ذلك عوامل العولمة العديدة. (١)

المطلب الثالث: عناصر السندات الإلكترونية ووظائفها

السند الإلكتروني يختلف في تعريفه عن السند التقليدي الورقي، ولذا من الصعب اعتبار محتواه كتابة ومنحه حجية السند الورقي، لما أن محتوى السند الإلكتروني فرضي ضوئي لا يمكن الوصول إليه عملا عن طريق أجهزة مخصصة لقراءتها، بالإضافة إلى صعوبة إلحاقها بالتوقيعات الإلكترونية في ضوء الضوابط التقليدية التي تجعل من اللازم أن يكون التوقيع بخط يدوي أو في صورة بصمة.

ونستنتج مما سبق أن ماهية الكتابة والتوقيع في السند الإلكتروني تختلف تماما عن ماهية الكتابة والتوقيع في السند الورقي التقليدي المتداول في البيئة الورقية، ولذلك نرى من اللازم علينا أن نوضح العنصرين الأساسيين من عناصر السند الإلكتروني، وهما الكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني، ويلزم أيضا أن نعاين مقدار ملائمة هذين العنصرين مع حقيقة الكتابة اليدوية والتوقيع اليدوي التقليدي.

الفرع الأول: الكتابة ووجودها في السند الإلكتروني

إن الكتابة باعتبارها دليلاً من أدلة الإثبات وبما لها من مفهوم حدده القانون ووظائف أنيطت بها، تختلف عن السندات الإلكترونية كدليل لإثبات التصرفات القانونية المبرمة بأسلوب إلكتروني، و لذلك كان من اللازم توضيح فكرة الكتابة و وجودها في السند الإلكتروني في الغصن الأول، ويلزم أيضا توضيح وظيفة الكتابة ووجودها في السند الإلكتروني في الغصن الثاني.

الغصن الأول: فكرة الكتابة ووجودها في السند الإلكتروني

إن الكتابة من أهم أساليب الإثبات في الزمن الحاضر، وهي من أكثرها استخداما (٢)،

لأنها الطريقة الأكثر مكالا والأفضل في إثبات شتى أنواع الوقائع، كانت قانونية أو مادية، ومهما ازدادت قيمة الحق المطلوب إثباته، ثم أنها تمتاز بكونها دليل ملزم القاضي باعتبار الحجية، فإثبات خلافها لا يصح إلا بوجود دليل كتابي آخر مثله، بالإضافة إلى ذلك تمتاز الكتابة بأنها دليل عام مطلق فتصح إثبات جميع أنواع الوقائع بها، كما أنها دليل متعد أيضا، أي يصح أن يواجه بها جميع الناس كحجة في حال كونها كتابة

---

١ د. حسين توفيق فيض الله، هل يمكن للعولمة أن تتكلم الكوردية، بحث منشور في مجلة تاريژ، تصدر عن نقابة المحامين في كوردستان، ٢٠٠٢م، ص: ٢٥١.

٢ السنهوري، الوسيط، ج ٢، مصدر سابق، ص: ٩٠.

رسمية بلا تمييز. (١)

ولهذا السبب اعتبرت جميع التشريعات الكتابة دليلا قويا في الإثبات لضمان صون التصرف القانوني الذي يتضمنه العقد وتمنحه الحفاظة والدوام والاستقرار.(٢)

أما تعريف الدليل الكتابي، فهو كل كتابة يمكن أن يستند عليها في إثبات الحق أو نفيه، وحسب هذا التعريف يحيط مفهوم الدليل الكتابي السندات الرسمية والسندات العادية، وغيرها من الأسناد المأخوذ بها في الإثبات، مثل الرسائل والبرقيات والدفاتر التجارية والأوراق الخاصة والتأشير على السندات. (٣)

وحيث تداول الناس وتعارفوا على تحرير الأسناد القانونية والعادية على أوراق خطية بلغة خاصة بالأطراف المتعاقدة أو اللغة المعتمدة لكتابة العقود، فإن كتابة تلك السندات عن طريق الآلات الإلكترونية والإشارات الكهربائية في لغة يفهمها الكمبيوتر يرفع استفسارات وأسئلة حول اعتبار المحرر أو السند الإلكتروني ككتابة.(٤)

أما الكتابة في اللغة، فهي تصوير الكلام وخواطر الفكر برسم خطوط وإشارات اصطلاحية أو علامات مقررة(٥)، و يمكن إفرغها على أو أيا من الدعامات المادية، و للفرد الحرية الكاملة في كتابة السند العادي دون أي قيود معينة لا في كيفية الصيغة والتعبير ولا في أسلوب الكتابة، و لا في الآلة المستخدمة في هذه الكتابة، كانت كتابة يدوية أو بالآلة الطابعة أو الحاسوب و لا في اللغة التي عبرت فيه الكتابة كانت لغة البلد أو أي لغة أخرى، أو لغة رمزية خاصة، بشرط أن كانت أطراف العقد على علم بمفاتيح هذه الرموز الكتابية وكانت معتمدة من جانبهم. (٦)

إن الكتابة في ميدان الإثبات تكون عادة على الورق، و حينها تسمى هذه الورقة محررا، و يصح أيضا نصب الكتابة على أي دعامة مادية أخرى مثل الكمبيوتر أو الميكروفلم، و مع ذلك فيبقى اسم الكتابة في هذه الحالة أيضا المحرر أو السند، و على هذا الاعتبار يصح أن يقال إن هناك محرر ورقي و آخر تقني متطور (مثل الإلكتروني). (٧)

---

١ د. سليمان مرقس، أصول الإثبات وإجراءاته، مصدر سابق، ص: ١٣٣ - ١٣٤.

٢ د. آدم وهيب النداوي، الموجز في قانون الإثبات، مصدر سابق، ص: ٧٤-٧٥.

٣ الحلبي حسين المؤمن، نظرية الإثبات، ج ٣، الحررات أو الأدلة الكتابية، الناشر مكتبة النهضة، بيروت – بغداد، ١٩٧٥م، ص: ٥.

٤ د. حسن عبد الباسط جميعي، مصدر سابق، ص: ١٧.

٥ المعجم في اللغة العربية المعاصرة، ط ١، دار المشرق، بيروت – لبنان، ٢٠٠٠م، ص: ١٢١٣.

٦ السنهوري، الوسيط، ج ٢، مصدر سابق، ص: ١٧٨ - ١٧٩.

٧ د. أسامة أحمد شوقي المليجي، استخدام مستخرجات التقنيات العلمية الحديثة وأثره على قواعد الإثبات المدني – دراسة مقارنة، دار

ثم أن معنى كلمة المحرر في اللغة هو (الكتابة) (١)، وليس هناك ما يقيد معنى هذه الكلمة في حدود شكل خاص من الكتابة على دعامة من نوع خاص، بل تشمل كلا نوعي المحرر الكتابي والإلكتروني. (٢)

و لذلك قامت المنظمة الدولية للمواصفات والمقاييس (ISO) بتعريف مصطلح المحرر على أنه (مجموعة من المعلومات والبيانات المدونة على دعامة مادية بشكل دائم بحيث يسهل قراءتها مباشرة عن طريق الإنسان أو باستخدام آلة مخصصة لذلك) (٣) و نستنتج من هذا التعريف أن المحررات الكتابية ليست لها أي علاقة بالدعامة المستعملة في الكتابة، فلم يحدد التعريف نوعا خاصا من دعائم الكتابة، و بذلك نستنتج أنه لا توجد أي علاقة قانونية بين المحرر() و لزوم وجود مضمونه على دعامة ورقية، وبالتالي لا يصح إنكار السند الإلكتروني لمجرد انها لم تكتب على دعامة ورقية.

وعلى أساس ما سبق من بيان فإن مصطلح الكتابة يحيط بجميع أشكال وصور الكتابة من أرقام أو حروف أو رموز تشير على معاني دقيقة، مهما كانت دعامتها، و كيفما كانت هيئتها و ذرائع تنقلها، ولو لم يمكن الوصول إليها بدون مساعدة ذرائع و آلات خاصة بها. (٤)

ونتيجة لما سبق يجب العلم أن حدود مصطلح الكتابة واسع يحيط بالسند الإلكتروني،حيث أنها كتابة غلكترونية أجريت عن طريق الحواسيب الآلية المتصلة بالإنترنت، وساعد فيها بعض تقنيات التخزين على الكمبيوتر التي على المعلومات و البيانات التي يمكن قراءتها ونسخها و كتابتها، كالأقراص الصلبة (Hard Disk) التي تنصب في داخل الحاسب الآلي كجزء منه ، والأقراص المرنة (Flopy Disk) أو الأقراص الليزرية أو الفيدوية (Compact Disk-CD) التي لا فيها خاصية القراءة غير الكتابة، ويجب العلم أن السند الإلكتروني بدأ يسود استخدامه وتداوله بالتدريج في عدد كبير من دول العالم كما كان الحال في السند الورقي القديم. (٥)

و لهذا، فإن التعريف السابق للكتابة الذي يدخل فيه السند الإلكتروني، يقع في مقام السند الورقي القديم كدليل كتابي تام في ميدان الإثبات، و أكثر التشريعات المتعلقة بالتجارة الإلكترونية اعتبرت هذا التعريف السابق كمعيار بما فيها للمنظمات العالمية مثل الأونسترال و منظمات التقنين الوطنية لأولئك البلاد التي

النهضة العربية، المؤسسة الفنية للطباعة، القاهرة – مصر، ٢٠٠٠م، ص: ٣٩-٨٠.

١ المتعمد في اللغة العربية المعاصرة، مصدر سابق، ص: ٢٦٩.

٢ لطفي، محمد حسام محمود، استخدام وسائل الاتصال الحديثة في التفاوض على العقود وابرامها، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣م، ص: ٨.

٣ مشار إليه عنده د. حسن عبد الباسط جميعي، مصدر سابق، ص: ١٨.

٤ القاضي وسيم شفيق الحجار، مصدر سابق، ص: ٢٠.

٥ لمزيد من هذا المعنى، د. لمياء توفيق قليج، الحجية القانونية لمخرجات الحاسوب الآلي في الإثبات المدني، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، تصدر عن كلية القانون – جامعة الموصل، العدد (٤-١)، ٢٠٠١م، ص: ٩٩-١٠٠.

وضعت دستورا خاصا للتجارة الإلكترونية، أو التحازن عن دستورها لمواكبة التقدم التقني حتى يمكن الإقرار بالإثبات الإلكتروني، وهذا ما سنناقشه فيما بعد عندما سنتحدث عن حجية ذرائع الإثبات (السند) الإلكترونية من خلال التوضيحات الحديثة للإثبات.

الفصل الثاني: وظيفة الكتابة ومدى تحققها في السند الإلكتروني

إن الكتابة لها أكثر من دور واحد في ميدان القانون، ففي بعض الأحيان تكون في شكل شروط شكلية لإبرام العقود والتصرفات القانونية مثل عقد الشركة، وفي شكل أوراق تجارية، وفي بعض الأحيان تكون في شكل دليل لإثبات التصرفات القانونية. (١)

أما في الشكل الأول فالقانون يلزم الفرد على وجود الكتابة لإيجاد التصرف القانوني، فعدمها ينعدم ركن من أركان التصرف القانوني، وهذا يتسبب في انعدام آثاره المترتبة عليه، و أما في الشكل الثاني فالقاعدة الأساسية أن الكتابة هي الدليل الأولي لإثبات التصرفات القانونية، لا سيما و قد اشترط القانون وجود الكتابة لإثباتها(٢)، و طبقا لهذا التمهيد سنخوض في موضوع وظيفة الكتابة بشكليها المذكورين، ثم سنسعى إلى البحث عن وجودهما في السندات الإلكترونية.

البند الأول: الوظيفة الأولى (الشكلية)

إن الشكلية هي إحدى أقدم وسائل التصرفات القانونية، و لا تزال جزءا من القانون إلى اليوم، مع أنها تغيرت من كونها الضابطة الأساسية في العقود والتصرفات القانونية إلى كونها استثناءا من ضابطة الرضائية بعد أن صارت الرضائية هي القاعدة العامة، و نتيجة لذلك لم يبق من الشكلية في القانون الحديث إلا ما لا غنى عنه. (٣)

ثم ان أغراض الشكلية التي تلزمها القانون مختلفة، فهي أحيانا لغرض حفاظة المتعاقدين و تنبيه من كمخاطر التصرف الذي أقدموا عليه (٤)، و أحيانا لأهميتها في مجال الإثبات لجميع من له علاقة بالعقد حتى الفرد الثالث الأجنبي عن العقد، و في بعض الأحيان تهتم الشكلية بأمور إدرية مثل ما يكون في عقد ملكية العقارات أو السيارات.

---

١ د. أسامة أحمد شوقي المليجي، مصدر سابق، ص: ٨١.

٢ المصدر السابق، ص: ٨٣.

٣ د. فايق محمد الشماع، الشكلية في الأوراق التجارية، مصدر سابق، ص: ١٢٣ – ١٢٥.

٤ منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني – دراسة مقارنة، ج١، مصادر الالتزام، منشورات جامعة بغداد – كلية القانون، بغداد – العراق، ١٩٩١م، ص: ٥٣.

أما صور الشكلية فهي متعددة، مثل الكتابة أو تدوين العقود في سجلات سلطات مخصوصة مثلما يحدث في التصرفات القانونية الخاصة بالعقارات (١)،ومختلف المنقولات مثل السيارات والماكينات، أو في شكل فعل مخصوص مثل القبض في العقود العينية حسب رأي عدد من الفقهاء(٢)، و حينها في جميع الصور السابقة لا يتم العقد إلا عند استيفائها.

وهنا يرفع سؤال، وهو هل يمكن أن يكون السند الإلكتروني قادرا على القيام بمهمة الكتابة بحيثية الشرط الشكلي حتى يمكن إقامة التصرف القانوني ومن ثم انعقاده؟

و حتى نتمكن من الرد على السؤال يجب أن نعلم أن هناك رأيان متعاكسان في هذه المسألة، موقف الرأي الأول هو أن ركن الكتابة في العقد لا يجب أن تكون في شكل ورقي خطي وإنما تصح أن تكون في الشكل الإلكتروني أيضا، و السبب في ذلك أن الشريعة حينما جعلت الكتابة شرطا لتمام العقد فإنما كانت تقصد حماية أحد الخصوم في العقد، و إن هذه الحماية حاصلة أيضا في الكتابة الإلكترونية، وأما موقف الرأي الثاني؛ فهو خلاف الأول حيث يرى أن جميع التصرفات الشكلية مثل عقود الشركة و التصرفات التي لها علاقة بالحقوق العينية على العقارات لا تتم إلا بواسطة الكتابة الورقية الخطية، ولا يمكن أن تحل الكتابة الإلكترونية في مثلها، و رغم أن الممكن أن بعض التصرفات ليس لها شكلا ماديا، ولكن مع ذلك لا يمكن إتمام عقد الزواج أو العقود الناقلة أو الناشئة لحقوق عينية عقارية عن طريق الكتابة الإلكترونية على دعائم إلكترونية. (٣)

و بالمقارنة بين الرأيين السابقين يميل الباحث إلى رأي ثالث وسيط بين الرأيين السابقين، وتفصيله أن في بعض العقود يمكن فيها تحقيق المساواة بين السندات الإلكترونية والورقية، وبالتالي يصح حينها قيام السند الإلكتروني محل السند التقليدي الورقي في مثل تلك العقود، رغم ذلك فإن هنالك بعض الاستثناءات على هذا الرأي، و ذلك في مثل المسائل التي يعين القانون فيها شكلا خاصا للعمل القانوني، لأنه يصير حينها جزءا أساسيا من أجزاء العمل القانوني، و بانعدامه يتعدم العمل القانوني، مثل حال الوصية التي يشترط فيها الخط اليدوي، و غيرها من المسائل الذاتية أو مسائل المحاكم. (٤)

---

١ خالد لفته شاكر وعبد الله عزا سلمان، شرح قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١م، منشورات وزارة التعليم العالي والبحث العلمي – هيئة المعاهد الفنية، بغداد – العراق، ١٩٩٠م، ص: ٥٤ وما بعدها.

٢ د. سعدي الزرقي، ملاحظات انتقادية حول القانون المدني مع التعمق، مجموعة محاضرات في كلية القانون والسياسة، جامعة صلاح الدين، ٢٠٠٣م – ٢٠٠٤م.

٣ عمر حسن المومني، مصدر سابق، ص: ٣٩.

٤ القاضي وسيم شفيق الحجار، الإثبات الإلكتروني، مصدر سابق، ص: ١١٤.

ويرى الباحث أن نواقص النظام التقني الحديث يمكن تخطيها مع التطور التقني المتقدم، و يمكن إتاحة نظام كامل و شامل يحيط بجميع التصرفات القانونية الرضائية والشكلية الحاصلة على الانترنت.

البند الثاني: وظيفة الإثبات

إن حقيقة الكتابة في أي تصرف قانوني أو معاملة اتفاقية هي أنها ذريعة لإثبات وجود العمل القانوني أو المعاملة الاتفاقية بين الأطراف وإثبات حدوده ومضمونه كذلك، ولذلك يتم الرجوع إلى تلك الكتابة عند وقوع أي اختلاف بين الأطراف المشاركة في المعاملة، ويتم الإدلاء بها في المحكمة، فيعلم من ذلك أن المقصود الشرعي من الكتابة يمكن تحقيقه عن وظيفتها كدليل قانوني في الإثبات ولا حاجة في ذلك إلى تحديد شكل الكتابة ونوع وسطها والآلات المستعملة في تجهيزها أو تعيين شكل مضمونها. (١)

أم في ميدان الإثبات فإن الكتابة لها عدة وظائف مهمة، مثل إيجاد دليل ملموس على نية الالتزام لدى الطرفين ومعاونتهما في تحصيل الآثار المترتبة على التعامل، وحفاظة الكتابة في شكل سجل دائم يمكن الرجوع للجميع إليه عند الحاجة، وكذلك الاحتفاظ بالكتابة عن التغيير والتبديل، ومنح كل طرف من المعاملة نسخة من الكتابة ليرجع إليها عند الضرورة، بالإضافة إلى القدرة على إضافة توثيق خطي على كتابة للمعاملة من قبل الجهات الرسمية و توقيعها، كما يمكن الحصول على حجة ملموسة عند الجهات العامة والمحاكم القضائية و غير ذلك من الوظائف التي يمكن أن تؤديها الكتابة.(٢)

الفصل الثالث: الشروط التي يلزم وجودها في الكتابة التقليدية وإلى أي مدى يمكن تحققها في الكتابة الإلكترونية

إن الكتابة حتى تتمكن من القيام بوظيفتها لا بد أن تتحلى ببعض الصفات، مثل أن تكون قابلة للقراءة، وأن تتصف بصفة الاستمرار والثبات، وهنا سنناقش هذه الصفات ثم سنرى إلى أي مدى يمكن أن توجد هذه الصفات في السند الإلكتروني حتى يمكن معرفة كفاءتها على القيام بوظيفة الإثبات.

البند الأول: قابلية الكتابة على القراءة

للاحتجاج بمضمون السند المكتوب في مواجهة الآخرين، يجب أن يكون السند مقروءاً أي مدوناً بحروف أو رموز معروفة ومفهومة للشخص الذي يراد الاحتجاج عليه بهذا السند (٣) هذا من جهة، ومن جهة أخرى،

---

١ د. حسن عبد الباسط جميعي، مصدر سابق، ص: ١٩.

٢ د. فايز محمود الشماع، التجارة الإلكترونية، مصدر سابق، ص: ٣٧.

٣ د. حسن عبد الباسط جميعي، مصدر سابق، ص: ٢٠.

فإن أية تغييرات تعاقدية يجب أن يثبت كتابة أيضاً، فإذا كانت التغييرات شفوية فإنها لا يمكن أن تلزم، بل يبقى العقد الأولى أو الأصلي (المكتوب) ملزماً في مواجهة الأطراف والآخرين. (١)

وإذا تمعّنا في المستندات الإلكترونية نجد أنها تدون على الوسائط الإلكترونية بلغة الآلة التي لا يمكن قراءتها من قبل الإنسان مباشرة، وإنما عن طريق إيصال للمعلومات إلى الحاسوب الآلي الذي يتم تغذيته ببرامج لها القدرة على ترجمة لغة الآلة إلى اللغة المقروءة للإنسان، وعلى الرغم من أن قراءة السند الإلكتروني لا تتم مباشرة وإنما تحتاج إلى تدخل جهاز الحاسوب لقراءته بالنظر إلى طريقة التدوين والرموز المستخدمة، إلا أن هذه السندات يمكن قراءتها في جميع الأحوال بوساطة جهاز الحاسوب مما يعني استيفاء الشرط المتعلق بإمكانية قراءة السند وفهمه طالما أن اللغة التي تظهر على الجهاز، هي لغة مفهومة ومقروءة من قبل أطراف العقد. (٢)

البند الثاني: استمرارية الكتابة

حتى تعتبر الكتابة بأنها دليل معتد به، يجب أن تكون مثبتة على وسط مادي تضمن الحفاظ على الكتابة واستمرارها، ليمكن الاستناد إليها لمعرفة تفاصيل المعاملة المدونة عليها عند الحاجة وتقديمها عند المخاصمات أمام القاضي، ثم أن العادة الرائجة بين الناس هي أن المستندات القانونية تجهز عن طريق أدوات الكتابة التقليدية كالحبر والورق (٣)، حيث أن الكتابة المعدة عن طريق الآلات المذكورة صالحة لأن تحفظ الكتابة في شكل مادي دائم، أما تحضير الكتابة عن طريق الوسائل الإلكترونية فيثير تساؤلات حول هذا الموضوع، فهل هي قادرة على تحقيق هذا البند من أجل أن تعطي حجية السند القانوني؟

إنه من المعلوم أن شرطا مثل هذا قد لا يكون من السهل تحقيقه، حيث أن ماهية الوسائل الإلكترونية التي يتم عبرها التعاقد على الشبكة العنكبوتية حساسة جدا، للدرجة أنها قد تتعرض للتلف السريع عند حدوث عطب في الكهرباء أو إصابة هذه الوسائل بدرجة حرارة عالية تعرضها للعطب والخراب، و إن خصائص الوسائل الإلكترونية هذه تجعلها غير قابلة على الاحتفاظ بمضمون الكتابة بشكل موثوق لفترات طويلة من الزمن. (٤)

رغم ذلك الضعف المذكور الموجود في الوسائل الإلكترونية إلا أن التقدم التكنولوجي اخترع وسائل إلكترونية

---

١ Geoof Monahan. Essential Contract Law. Covendish Publishing (Australia) pty limited, Sydney – London. Printed & bound in Great Britain. 1997. P. 42-43.

٢ د. حسن عبد الباسط، مصدر سابق، ص: ٢١٠.

٣ المصدر السابق، والصفحة نفسها.

٤ د. عباس العبودي، السندات العادية ودورها في الإثبات المدني، مصدر سابق، ص: ٢٨.

حديثة أفضل بكثير مما سبق من الوسائل الإلكترونية في ضمان حفظ المحتوى لأمد بعيد، و لربما كانت الوسائل الإلكترونية المتطورة ذات كفاءة منافسة و جودة عليا من الوسيط المادي التقليدي للكتابة -الورق- ، فمن المحتمل جدا أن الورق أيضا يتآكل ويتلاشى مع مرور الزمن واختلاف الفصول المتغايرة عليه، و إنه أيضا عرضة لعوامل الطبيعة المختلفة مثل الحشرات والأجواء الرطبة، نستنتج مما سبق أنه يمكن اعتبار الوسائل الإلكترونية المتطورة وسائل آمنة تتصف بالاستمرارية و هي ضامنة للحفاظ على الكتابات القانونية إلى أزمان طويلة مثل وسائل الكتابة التقليدية أو أكثر منها. (١)

البند الثالث: اتصاف الكتابة بالثبات الذي لا يتغير إلا بأثر مادي

إن غالبية التشريعات المعاصرة اهتمت اهتماما بالغا بالشكل الظاهري للسند سواء كان رسميا أو خاصا، فلقد منحت القضاء قوة تنفيذية مطلقة فيما يتعلق بالعيوب الظاهرية في السند المكتوب كشطب أو حذف أو تغيير، فالمحكمة لها الاختيار الحر في اعتبار السند المعيوب على هيئته مع نقصان قيمته القانونية من أجل العيب الظاهر في السند بدليل جلي من قبل القضاء على وجود العيب، أو إلغاء حيثية السند المكتوب القانونية مطلقا عند الإثبات. (٢)

و من الظاهر جدا أن العيوب المادية الموجودة في السند التقليدي -الورقي- تؤثر بشكل كبير على حيثية السند القانونية، فإما يتم إلغاءه مطلقا أو ينقص قيمته، والسبب في ذلك يرجع إلى وجوب كون الكتابة التقليدية ثابتة و محفوظة بحيث لا تقبل التبديل ولا التغيير، إلا ما أضيف إليها أو عُدّل فيها قانونيا بشكل ظاهر غير خفي و معتبر عن القضاء والإثبات،(٣) بخلاف الكتابة على الوسائل الإلكترونية مثل الأقراص المدمجة والمضغوطة، فكل تغيير أو تبديل في محتوى الكتابة الإكترونية تغيير خفي ليس له أي أثر يبقى من بعده ليدل عليه، ولذا من الممكن جدا أن يقوم أحد أطراف المعاملة بتعديل الكتابة الإلكترونية لصالحه و لا يترك وراءه أي أثر يمكن إدراك المتهم في ذلك. (٤)

نتيجة لما سبق اتضح أن الكتابة الإلكترونية فقيرة لأهم صفة يجب أن تكون موجودة فيها، وهي صفة الثبات والاستقرار في السند التقليدي والحماية من أي نوع من أنواع التغيير والتبديل، إلا إذا تم إتلاف السند تماما أو بقيت هنالك آثار جلية للتغيير الواقع على السند، فذلك يبعث الطمأنينة في حق المحتوى الموجود

---

١ المصدر السابق، ص: ٢١-٢٢.

٢ تنظر الفقرة (ثانياً) من المادة (٣٥) من قانون الإثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩م والمادة (٢٨) من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨م.

٣ قريب من هذا المعنى، د. آدم وهيب النداوي، الموجز في قانون الإثبات، مصدر سابق، ص: ١٠٦.

٤ د. حسن عبد الباسط جميعي، مصدر سابق، ص: ٢٣.

على السند ليكون قابلا للثقة.

لقد قدم التطور التكنولوجي حلولا لهذه المشكلة من خلال استخدام برامج حاسوب خاصة تسمح بتحويل النص (Document Word Processing) إلى صورة ثابتة لا يمكن التدخل فيها أو تعديلها، ويعرف هذا النظام باسم (Document Image Processing)، أو من خلال حفظها في صناديق إلكترونية لا يمكن فتحها إلا بمفتاح خاص تحت رقابة جهات معتمدة من قبل الدولة، بحيث أن أية محاولة من قبل أطراف التعامل لتعديل الوثيقة الإلكترونية تؤدي إلى إتلافها أو محوها تماماً. (١)

وعلى الرغم من أن التكنولوجيات الحديثة مكنت من استيفاء هذا الشرط، لكن تقييم مدى قدرة الوسيلة المستخدمة لتأمين بيانات السند يبقى خاضعاً لتقدير قاضي الموضوع، مما يؤدي إلى إضعاف في الإثبات مقارنة بالسندات المدونة على الورق التي يلتزم القاضي بقبولها كدليل كتابي كامل متى كانت موقعة من أطرافها وحيث أن ذلك من شأنه إضعاف الثقة بالسندات الإلكترونية، لذا نرجح الرأي القائل بوجوب تدخل المشرع بالنص صراحة على التكنولوجيا المعتمدة في تأمين بيانات السندات لتجعلها تستوفي شرط الثبات وعدم القابلية للتعديل دون الحاجة إلى تدخل القاضي في تقدير مدى توافر هذا الشرط. (٢)

مما تقدم يتضح لاعتقاد الباحث أن التكنولوجيات الحديثة قد ساهمت وبشكل فعال في توفير الشروط اللازمة في السندات الإلكترونية لمنحها القيمة القانونية في مجال الإثبات، لذلك يمكن القول بأن السندات الإلكترونية قادرة على أداء وظيفة الكتابة التقليدية في مجال الإثبات، كونها سندات مقروءة ومفهومه من قبل الإنسان، وإن الكتابة عليها تتصف بالاستمرارية والثبات بعدم القدرة على إجراء التعديلات أو الإضافات عليها باعتماد تكنولوجيات متطورة بهذا الشأن، وهذا ما جعل أغلبية القوانين الحديثة، المنظمات الدولية والوطنية ومنها قوانين الدول المسلمة تجعل السند الإلكتروني متساوية مع السند الورقي من حيث قوتها الثبوتية.

الفرع الثاني: عنصر التوقيع ومدى تحققه في السندات الإلكترونية

لا يخفى على أحد أن الكتابة والتوقيع هما العنصران الأساسيان في الدليل الكتابي الكامل، سواء أكان سنداً رسمياً أم عادياً، وإذا كان التوقيع هو الشرط الوحيد لإنشاء السند العادي كما يراه جانب من الفقهاء والشراح(٣)، فأن التوقيع نفسه لا يمكن أن يرد شفاهاً، بل لابد من كتابته على السند. (١)

---

١ المصدر السابق، ص: ٢٣ - ٢٤.

٢ المصدر السابق، ص: ٢٥ - ٢٥.

٣ من هؤلاء الفقهاء، السنهوري، الوسيط، ج ٢، مصدر سابق، ص: ١٧٦.

وهكذا فإن الكتابة والتوقيع هما العنصران المكونان للسند العادي، فإذا كان السند خالياً من التوقيع، اقتصرت قيمته في الإثبات على مبدأ الثبوت بالكتابة إذا كان مكتوباً بخط المدين(٢)، لأن التوقيع يتضمن تعبيراً صريحاً عن إرادة صاحبه في قبول الالتزام بما جاء في السند وأن عدم اكتمال هذا الإجراء يعتبر قرينة على أن الأطراف قد عدلوا عن المضي قدما في إبرام التصرف القانوني. (٣)

وما يهمنا هنا هو أن أسلوب التوقيع حتى القرن الخامس عشر الميلادي كان يتم عن طريق الختم، ومع بداية القرن السادس عشر ظهر التوقيع بخط اليد أو الإمضاء الكتابي كإلزام قانوني، ومع نهاية القرن العشرين وأوائل القرن الحادي والعشرين وتحت تأثير الثورة المعلوماتية ظهر التعبير عن الالتزام بالعمل القانوني من خلال إدخال أرقام أو كلمة سر أو شفرة معينة في أجهزة الحواسيب الآلية ومنها المرتبطة بشبكة الانترنت أصطلح على تسميته بالتوقيع الإلكتروني، وإذا كان التوقيع هو الشرط الأهم والجوهري في السندات عموماً، وعلى الأخص، في السند العادي للاعتراف بحجيته في الإثبات، فاعلم أيضاً أن للتوقيع عنصرين أساسيين، أحدهما مادي ويتمثل بالإشارة الظاهرية التي يكتب بها التوقيع من إمضاء أو ختم أو بصمة إصبع، وثانيهما معنوي وهو توافق إرادة الموقع مع محتويات السند ودليل على موافقته على التصرف القانوني الوارد فيه.(٤)

وأن هذين العنصرين للتوقيع يشكلان في الواقع المفهوم التقليدي للتوقيع، فوفقاً لهذا المفهوم لا يمكن فصل العنصر المادي الذي تمثله العلامة المميزة عن العنصر المعنوي المتمثل بإرادة الموقع ولهذا فإن التوقيع بمفهومه التقليدي لا يخرج عن كونه عن علامة مرئية مميزة يضعها شخص معين على سند ما للتعبير عن إرادته بالالتزام بما يحتويه هذا السند وهذا يقتضي بطبيعة الحال أن يكون السند الذي يضم التوقيع مادياً، ولاشك بعد ذلك طبيعته، طالما كان له كيان مادي ملموس، إذ جرى العمل على أن يكون التوقيع بمفهومه التقليدي على سند ورقي باعتباره البيئة المعتادة لحمل المعلومات وبالتالي فإنه البيئة المعتادة أيضاً لحمل وسائل تصديق هذه المعلومات ومن بينها التوقيع التقليدي. (٥)

---

١ د. عباس العبودي، السندات العادية ودورها في الإثبات المدني، مصدر سابق، ص: ٢٧.

٢ هريجة، المستشار مصطفى مجدي، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الثقافة للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٨٦م، ص: ١٨٣.

٣ د. ثروت عبد الحميد، حجية التوقيع الالكتروني في الإثبات، مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون وغرفة صناعة دبي، في الفترة من ١٠-١٢ مايو ٢٠٠٣م، (١/٤٠١).

٤ المحامي حسين المؤمن، مصدر سابق، ص: ٢٩٨.

٥ د. آلاء يعقوب يوسف، التوقيع الرقمي تطور في المفهوم والأحكام، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق جامعة النهرين، مجلة علمية محكمة تصدرها كلية الحقوق — جامعة النهرين، العدد (١٣)، المجلد (٧)، ٢٠٠٤م، ص: ٩٨.

الفصل الأول: شروط التوقيع الأساسية ومدى تحققها في السند الإلكتروني

إن ما يعطي التوقيع من أهمية في إثبات الحقوق ليس إلا أن له دور هام في سبيل الإثبات حيث يمكن بواسطته معرفة الموقع وإرادته حول محتو السند القانوني. وتحقيقا لتلك المقاصد فإنه يلزم وجود هذه الشروط في التوقيع:

البند الأول: التوقيع علامة شخصية وذاتية:

حتى تثبت حجية التوقيع ويقوم كدليل لا بدّ أن يكون دالا على الموقّع بشكل واضح ومميّز وقد يكون التوقيع في شكل اسم الموقّع لأنه الأوضح و الأكثر دلالة على صاحبه و لكن مع ذلك فقد يكون التوقيع إمضاءً أو ختماً أو بصمةً. والتوقيع من أبعد صور الكتابة ولذلك فشرطه شروط الكتابة نفسها من حيث معرفته بشكل مباشر أو غير مباشر أو عن الطريق الآلي. (١)

البند الثاني: أن يكون التوقيع قابلا للقراءة وقابلا للعودة إليه:

إن ما يهمنا في هذا الموضع هو أن التوقيع مطلقا والكتابي منه خاصة –لما أنه شكل من أشكال الكتابة – يجب أن يكون قابلا للقراءة و يكون من صفاته صفة الاستمرارية و إنه من المعلوم أن التوقيع الإلكتروني كونه شكل من أشكال الكتابة الإلكترونية، يمتاز بجميع صفات التوقيع الخطي التقليدي مثل القراءة والاستمرارية والاثبات، و بذلك يمكن الحكم على وجود المساواة بين نوعي التوقيع.

البند الثالث: الالتزام بمحل التوقيع في المستند

ومعنى ذلك أن يكون موضع التوقيع في الورقة القانونية هو الوجه الأمامي منها للدلالة على إرادة الموقّع بأنه موافق على محتوى المستند القانوني وبذلك يكون الموضع الأفضل للتوقيع هو الجزء الأسفل من الورقة القانونية غير أنه يجوز أن يكون بغير مكان التوقيع من الورقة. (٢)

البند الرابع: كون التوقيع بيّنًا وواضحًا:

لقد اعتاد الناس على أن يميزوا التوقيع عن مضمون السند ولذلك عادة ما يكون في مؤخرة السند. وكذلك إن النسخة الكربونية من هذا التوقيع يمتلك قوة قانونية مؤثرة فهي حجة.

---

١ د. حسن عبد الباسط جميعي، مصدر سابق، ص: ٢٨.

٢ د. عباس العبودي، السندات العادية ودورها في الإثبات المدني، مصدر سابق، ص: ٥٢.

أماعن التوقيع بوساطة ورقة الكربون فقد اختلفت فيه مواقف القضاء(١)، ولا نعتقد بأن الأمر مختلف مع السند الإلكتروني إذا ما تم الاعتراف به قانوناً، لأن الوسائل التكنولوجية المستخدمة في تبادل رسائل البيانات تكون كفيلة بضمان صحتها والتزام منشئها بمضمونها، وأيضاً فإن التوقيع الإلكتروني يعد وسيلة لتحديد هوية الموقع لينسب إليه السند دون غيره، وعلى الأخص، التوقيع الرقمي إذ أن لكل شخص رقمه السري – وهو العنصر الجوهري في إنشاء التوقيع الرقمي – ينفرد به عن أي شخص آخر، كما إنه يعد وسيلة للتعبير عن الإرادة، إذ أن اتخاذ إجراءات التوقيع الإلكتروني (الرقمي) بصدد سند إلكتروني معين، إنما يدل على موافقةمرسل السند على ما جاء فيه من بيانات، وباتخاذ هذه الإجراءات يعبر الموقع عن إرادته بالالتزام بما ورد في السند. (٢)

ثم أن التوقيع الإلكتروني (الرقمي) يمكن أن يكون وسيلة لتصديق السند الإلكتروني وتأكيد صحته، وذلك بتصديق السند وقت توقيعه بما يضمن في الوقت ذاته عدم تحريفه بعد توقيعه، إذ أن جوهر هذا التوقيع يقوم على إتباع إجراءات التشفير، فالسند الموقع توقيعاً رقمياً يصل إلى المرسل إليه مشفراً، فإذا حلت شفرته عاد إلى الحالة التي كان عليها وقت القيام بتوقيعه، وهو ما يعزز بطبيعة الحال الثقة بالسند الإلكتروني الموقع توقيعاً رقمياً. (٣)

---

١ د. أسامة أحمد شوقي المليحي، مصدر سابق، ص: ٨٨.

٢ Chris Swidells & Kay Henderson. Legal Regulation of Electronic Commerce. The Journal of Information. Law and Technology. 1998 (3) P. 5. Avaiabl at: http:\\warwick.acuk/jilt98-3swindells.htm.

٣ تعرضنا هنا موضوع التوقيع الإلكتروني كعنصر أساسي للسندات الإلكترونية بالاختصار حسب ما يقتضيه المقام، وأما التفصيل للتوقيع الإلكتروني كموضوع مستقل فسنتعرض له في المبحث الثاني من هذا الفصل إن شاء الله تعالى.

المبحث الثالث

التوقيع الإلكتروني

ويشتمل على ثلاثة مطالب:

المطلب الأول : ماهية التوقيع الإلكتروني وشروطه

المطلب الثاني : أنواع التوقيع الإلكتروني ووظائفه

المطلب الثالث : الشروط الواجب توافرها لتحقيق الدليل الكتابي ومدى توافرها في التوقيع الإلكتروني

تمهيد :ظهور التوقيع وتطوره عبر الزمن

إن تاريخ التوقيع يعود إلى عصر البابليين، فلقد كان الملك دابوس يستخدم خاتما يلبسه في إصبعه كختم له. ومن بعدهم استخدمه الفراعنة، فكان هامان - وزير فرعون — يختم الخطابات الملكية والأوامر بختم فرعون. وكان للرومان حظ من ذلك فغدا لكل فرد منهم ختم خاص به له قوته وسلطته. ثم تناقلت هذه الظاهرة إلى الفرنسيين فاتخذ ملك فرنسا ختما في شكل صليب لتوثيق مستنداته الرسمية. أما العامة من الناس فقد تركوا استخدام الصليب كختم لهم. ثم استبدل الختم المخطط بالإمضاء الخطي في القرن العشرين وشاع بين الناس في نهاية هذا القرن أما المسلمون فما استخدموا توقيعا غير الختم وتداوله الخلفاء والأمراء في خطاباتهم الملكية والرسمية. وفي العصر العباسي ظهر ديوان خاص بالختم يتولى أمره وزير مختصّر.

أما في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم فأول ما استخدم الختم في رسائل الرسول صلى الله عليه وسلم إلى الملوك والامراء عندما علم الرسول صلى الله عليه وسلم أن العجم لا يلقون بالا لكتاب غير مختوم.

فاتخذ الرسول صلى الله عليه وسلم حينها خاتما منقوش عليه "محمد الرسول الله" في ثلاثة أسطر أفقية. ثم منع الرسول صل الله عليه وسلم الصحابة من تقليده. ولقد توارثه الخلفاء من بعده غير عثمان ففقده وصنع غيره.

وضالتنا في كل هذا البسط ان التوقيع دام في صورة ختم إلى القرن الخامس عشر ومع إشراقة القرن السادس عشر تحول إلى الإمضاء الكتابي للالتزام بقانون ما. ثم في نهاية القرن العشرين تحول التوقيع مرة أخرى إلى شكله الحديث إثر التطور التكنولوجي فظهر اصطلاح جديد يشمل جميع الوسائل التوثيقية والإثباتية الحديثة مثل إدخال الأرقام أو الرموز السرية أو الحروف المشفرة في الحواسيب الآلية أو العنكبوتية وهو " التوقيع الإلكتروني" ولما كان التوقيع هو المكون الأساسي في المستندات الخاصة والعامة حتى يكون لها بها وزنا قانونيا وتقوم حجة عند الخصام فيجب حينها أن نعلم أن التوقيع يقوم على ركيزتين مهمتين.

أولاهن: مادية في صورة إمضاء أو ختم أو بصمة والثانية: معنوية وهي معتقد الموافقة من قبل الطرفين حسب ما ينصه المستند من شروط وضوابط والموفقة القانونية على التصرف.

إن هذا المفهوم هو مفهوم التوقيع التقليدي وعليه فإنه من المعتذر أن يفرق بين الركيزتين السابقتين للتوقيع وحينها لن يكون التوقيع إلا عبارة عن علامات متميزة من طرف شخص محدد على مستند ما للتعبير عن موافقته لجميع محتويات المستند" وطبقا لهذا المفهوم فإنه يلزم أن يكون محل التوقيع التقليدي ماديا ملموسا بغض النظر عن ماهيته.

ولما أن العرف جرى بنقل المعلومات في أوراق فاقتضى أن يكون تصديق وتوثيق تلك المعلومات على نفس الأوراق الناقلة للمعلومات، وذلك هو التوقيع التقليدي. (١)

أهمية التوقيع: من المعلوم أنه لا يمكن أن تتسبى الورقة مستندا قانونيا إلا إذا ازدانت بتوقيع فهو شرط الثبوت و التوثيق و هذا في الخطية و الإثبات في العالم بأسره و غياب هذا التوقيع يفقد الورقة قيمتها القانونية فلا هي بحجة عنصا و لا دليل، لأن التوقيع هو الذي يمنح الورقة قيمتها القانونية وينسبها إلى صاحبها و إن كتبت بخط غيره.(٢)

المطلب الأول: ماهية التوقيع الإلكتروني وشروطه

نتناول في هذا المطلب تعريف التوقيع الإلكتروني بصورة عامة ثم على المستوى الدولي والعربي مع بيان الشروط اللازمة له، وفي الأخير نتعرض لموقف الفقه الإسلامي من التوقيع وذلك في فروع أربعة.

الفرع الأول: التعريف بالتوقيع وشروطه الجوهرية

نتعرض بالبحث في هذا الفرع تعريف التوقيع والشروط المتعلقة به بصورة عامة، بطريق موجز وذلك حسب التقسيم التالي:

الفصن الأول: : تعريف التوقيع الإلكتروني حسب المفاهيم الدولية والدول المسلمة

للتوقيع تعريفات عدة عند الفقهاء ليست ببعيدة عن بعضها البعض في معناها و محتواها. وذلك فإننا نقتصر بذكر البعض منها و نتجاوز عن الباقي لمماثلتها في المحتوى. فأحسنها و أجمعها لأفراد معانيها هو أنه :"علامة خطية خاصة ومميزة يضعها الموقع بأي وسيلة على مستند لإقراره".(٣)

الفصن الثاني: الشروط الجوهرية للتوقيع

ومن هذا التعريف للتوقيع بصورة عامة يمكن استخلاص شروط التوقيع الجوهرية:

(١) التوقيع علامة شخصية

فمن خلال التوقيع يمكن هوية الموقع، وتكون هذه العلامة من أحد الخواص الاسمية.

---

١ ـ نوري محمد خاطر، وظائف التوقيع في القانون الخاص، كلية الدراسات الفقهية والقانون، الأردن، أكتوبر ٢٠٠٥م. ص: ٢٨

٢ ـ د. نوري محمد خاطر، وظائف التوقيع في القانون الخاص، المرجع السابق.

٣ ـ د. محمد المرسي زهرة، الدليل الكتابي وحجية في الإثبات، مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ١، ٢٠٠٨م، ص: ٨٠٨.

للموقع هي إسمه ولقبه فالاسم هو (روح) التوقيع ويرجع ذلك إن الاسم يستطيع التعبير عن الشخص بطريقة واضحة ومحددة ولا يغني عن الاسم أي علامة رمزية أو التوقيع بالأحرف الأولى، ويجب أن يكون التوقيع كقاعدة عامة بخط يد الموقع فالإمضاء وكما جاء في تعريف محكمة النقض المصرية للتوقيع بأنه: "الكتابة المخطوطة بيد من تصدر منه، وأجاز المشرع أن يكون التوقيع بالإمضاء أو الختم أو البصمة بقدمه في المادة (١/١٤) من قانون الإثبات ٢٥ لسنة ١٩٨٦م، يعتبر المحرر العرفي صادراً ممن وقع ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة.(١)

ويعتبر التوقيع شكلاً خاصاً من أشكال الكتابة، وهو بالتالي يخضع لذات الشروط التي تخضع لها الكتابة من حيث إمكان الاطلاع عليه وقراءته سواء بشكل مباشر أو عن طريق استخدام آلة معينة (كالحاسب الآلي).

(٢) يجب أن يكون التوقيع واضحاً ومرئياً

لقد جرى العمل أن يكون التوقيع مستقلاً عن محتوى السند وغير متداخل فيه أو مختلطاً به ولذلك يوضع التوقيع في نهاية الكتابة، وتعتمد الصورة الكربونية المتعددة النسخ وبالتالي النسخة الكربونية للمحرر الثابت بهذا التوقيع تعد محرراً قائماً بذاته له حجيته في الإثبات.

أما في دولة الإمارات العربية المتحدة فلقد فصل القضاء على أن النسخة الكربونية من هذا التوقيع هي نتاج يد هذا الموقع نفسه ولذلك فإنها حجة لها حجيتها.(٢)

وكذلك هو موقف المحكمة المصرية في حجية النسخة الكربونية من التوقيع واستدلت بدليل أن "إذا كان المقصود بالإمضاء هو الكتابة بيد من تصدر منه، وكان الإمضاء بالكربون من صنع ذات يد من نسبت إليه، فإن المحرر الموقع عليه بإمضاء الكربون يكون في حقيقته محرراً قائماً بذاته له حجية في الإثبات".(٣)

ويرى الباحث أن النسخة الكربونية من التوقيع الخطي هي نسخة طبق الأصل من التوقيع الخطي ولها أثره ولا فرق بينهما.

(٣) اتصال التوقيع بالمحرر الكتابي

---

١ د. محمد المرسي زهرة، الدليل الكتابي وحجية في الإثبات، متوفر القانون والكمبيوتر والانترنت، دار النهضة، العربية، القاهرة، ط١، ٢٠٠٨م، ص: ٨٠٨.

٢ أنظر دلي ٢٩ فبراير ١٩٩٥ مجلة القضاء والتشريع العدد السادس ديسمبر ١٩٩٧م رقم ٣٣ وكذلك ٦٠٢٠ في ١٢ نوفمبر ١٩٩٥م ذات المجموعة والحكم رقم ١٢٧ ص ٥٧٢٨ فبراير ١٩٩٥م ذات المجموعة.

٣ د. محمد حسام الدين لطفي حجية النسخة الإلكترونية في الإثبات – مجلة الأحكام – المجلد الخامس س ١٩٩٦م، ص: ١٢٧ وما بعدها.

يجب أن يرتبط التوقيع بموضوع المحرر فهو إثبات إقرار الموقع بما دون في المحرر فيجب أن يكون هذا التوقيع متصلاً اتصالاً مادياً ومباشراً(١) بالمحرر المكتوب.

الفرع الثاني: التعريف بالتوقيع الإلكتروني وشروطه كما أوضحت المنظمات الدولية

الفصل الأول: لجنة الأمم المتحد لقانون التجاري الدولي (الأونستيرال)

أصدرت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي القانون النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية لعام ٢٠٠١م، ويهدف هذا القانون إلى زيادة الثقة القانونية بشأن استخدام التوقيعات الإلكترونية وليضع معايير للتكافؤ التقني بين التوقيعات الإلكترونية والتوقيعات بخط اليد. ويتبع القانون النموذجي للتوقيعات الإلكترونية نهجاً محايداً من الناحية التكنولوجية يتجنب تفضيل استخدام أي ناتج تقني محدد، إضافة إلى ذلك فإنه يرسي قواعد سلوك أساسية يمكن أن تتخذ كمبادئ توجيهية لتحديد المسؤوليات والالتزامات المختلفة للموقع والطرف الأول والأطراف الثالثة الموثقة المتدخلة في عملية التوقيع. (٢)

ولقد قامت المادة (٢/أ) من هذا القانون بتعريف التوقيع الإلكتروني فنصت على أنه : "توقيع إلكتروني يعني بيانات في شكل إلكتروني مدرجة في رسالة بيانات، أو مضافة إليها، أو مرتبطة بها منطقياً، يجوز أن تستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة إلى رسالة البيانات، ولبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات".

إضافة إلى ذلك قامت اللجان المختصة بشأن قانون التجارة الدولية لعام ١٩٩٨م التابعة للأمم المتحدة بوضع مشروع قواعد موحدة في التوقيع و نصت المادة الأولى منه بتعريفه كما يلي: "رمز أو إجراء من يستعمل من قبلالشخص أو بالنيابة عنه لتعيين هويته والإشارة إلى موافقته على المعلومات التي رضيت بهذا التوقيع".

الفصل الثاني: التشريعات الغربية التي اعترفت بالتوقيع الإلكتروني

الكثير من الحكومات الغربية أدخلت التواقيع الإلكترونية ضمن دستورها كجزء من القوانين. مثل:

لقد أصبحت للتوقيع الإلكتروني نفس القيمة التي كانت للتوقيع اليدوي في القانون الإنجليزي مثل ٢٥- ٧- ٢٠٠٠ في نفس تاريخ إصدار قانون الاتصالات الإلكترونية رقم ١٧٩٨ لعام ٢٠٠٠م، ولقد وضع

---

١ د. حسن عبد الباسط جميعي – إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عبر الانترنت – ص: ٣٢.

٢ اعتمد هذا القانون بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ٥٦/٨٠ بناءاً على تقرير اللجنة السادسة A/56/5888 بالجلسة العامة بتاريخ ١٢ ديسمبر ٢٠٠١م. وراجع نص هذا القانون على الموقع الإلكتروني:
http://www.uncim.org.phdf/arabic/text/electrom/mel-elecsig-a.pdf

القانون الأمريكي قانون التوقيع الإلكتروني في التجارة العالمية والوطنية لسنة ٢٠٠٠م و كان محتواه أنه ينص على إضافة القوة التوثيقية الخاصة بالتوقيع اليدوي للتوقيع الإلكتروني. وعندها حرّ ذلك الأمر الولايات المتحدة الأمريكية إلى تقنين القوانين التي تحد في الإثبات من قيود المحررات الموقعة الإلكترونية.

ولقد أصدر البرلمان الكندي القانون رقم ٦١ لعام ٢٠٠٠م في حق التجارة الإلكترونية وفي المادة (١/١١)منه تصريحٌ بأن الإلكتروني حجة في التوثيق و يرى الباحث أن جميع القوانين السابقة تشير إلى مفهوم واحد و هو المساواة بين التوقيع الإلكتروني و التوقيع اليدوي في التوثيق و الإثبات.

وقد درست دول عديدة المساواة بين التوقيع الإلكتروني والتوقيع اليدوي في تشريعات نافذة اعترافاً منها بالحجية القانونية للتوقيع الإلكتروني واعتباره توقيعاً مقبولاً في الإثبات وعلى سبيل المثال من هذه الدول الأرجنتين وكولومبيا وفنلندا والهند وكوريا الجنوبية واليابان وفنزويلا. (١)

ولقد وضع الفريق العامل في لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، والمعني بالتجارة الإلكترونية قانون أونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية لعام ١٩٩٦م. (٢) وقد نصت الفقرة الأولى من المادة السابعة من هذه القانون على أنه:

(م٧/١): "عندما يشترط القانون وجد توقيع من شخص، يستوفي ذلك الشروط بالنسبة إلى رسالة البيانات إذا استخدمت طريقة لتعيين هوية ذلك الشخص والتدليل على موافقته على المعلومات الواردة في رسالة البيانات.

كانت تلك الطريقة جديرة بالتعويل عليها بالقدر المناسب للغرض الذي أنشئت أو أبلغت من أجله رسالة البيانات في ضوء كل الظروف بما في ذلك أي إتفاق متصل بالأمر."

وفي سنة ٢٠٠١ وضعت الامم المتحدة قانون أونسترال في ما يتعلق بالتوقيعات الإلكترونية. واحتوت المادة السادسة منه على ما يلي: "عندما يشترط القانون وجود توقيع من شخص، يستوفي ذلك الشرط بالنسبة إلى رسالة البيانات إذا استخدم توقيع إلكتروني موثوق بالقدر المناسب للغرض الذي أنشأت أو أبلغت من أجله رسالة البيانات في ضوء كل الظروف بما في ذلك أي اتفاق ذي صلة"،كما ورد في الفقرة الثالثة من نفس المادة السابقة أنه "يعتبر التوقيع الإلكتروني موثوقاً لغرض الوفاء بالشرط المشار إليه في الفقرة (١) إذا:

الشرط الأول: أن تكون لوسيلة إنشاء التوقيع الإلكتروني علاقة خاصة بالموقّع دون غيره في السياق الذي

---

١ الموقعالإلكتروني: http://www.bmck.Com/ecommerce/whatsnew.wsignaure.june.des.2000.htm

٢ الموقع الإلكتروني: And 2http://uncitral.org/englinb/text/electom/ml.ec.htm.A/CN/.9/WG.JV/WP.86: http://www.bmck.Com/ecommerce/whatsnew.wsignaure.June.des.2000.htm

يستخدم فيه هذا التوقيع.

الشرط الثاني: أن تكون وسيلة التوقيع الإلكتروني تحت السيطرة التامة للموقّع فقط دون غيره.

كان أي تغيير في التوقيع الإلكتروني، يجري بعد حدوث التوقيع قابلاً للاكتشاف. كان الغرض من اشتراط التوقيع قانوناً هو تأكيد سلامة المعلومات التي يتعلق بها التوقيع وكان أي تغيير يجري في تلك المعلومات بعد وقت التوقيع قابلاً للاكتشاف. (١)

الفصل الثالث: التوجيه الأوروبي

اعترف التوجيه الأوروبي الصادر في ١٣ ديسمبر ١٩٩٩م بالتوقيع الإلكتروني حيث ألزم الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي بمنح هذه التوقيعات الحجية القانونية ذاتها التي يتمتع بها التوقيع الخطي واعتباره دليلاً كاملاً في الإثبات كلما توافرت فيه الشروط التي يتطلبها القانون (مادة ٥). (٢)

الشروط المتعلقة بالتوقيع

ولقد اشترط التوجيه الأوروبي ٩٣ لسنة ١٩٩٩م في التوقيع الإلكتروني لكي يتمتع بالحجية القانونية الشروط التالية:

١- أن يكون مرتبطاً بشخص مصدرة.

٢- أن يكون محدداً لشخصية الموقع ومميزا له عن غيره من أشخاص.

٣- أن يتبع بالنسبة له الإجراءات التقنية التي مصدرة من السيطرة عليه.

٤- أن يكون مرتبطاً بالمعلومات التي يتضمنها السند الإلكتروني بطريقة تسمح باكتشاف أي تعديل يطرأ عليه أو على مضمون السند ذاته.

وأما القانون الأوروبي فلقد فرّق بين التوقيع الإلكتروني المعزز وغير المعزز ثم حدّد لكل واحد منهما حدوده وتعريفه. وهما:

---

١ د. نبيل مهدي زيدان: المحررات الإلكترونية – دراسة مقارنة – ص: ٢٩ – وراجع نصوص القانون على الموقع الإلكتروني http://www.Uneitral.org.

٢ د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل – توثيق المعاملات الإلكتروني ومسؤولية جهة التوثيق تجاه الغير المتضرر – مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون المجلد الخامس – مرجع سابق – ص: ١٨٦٣

التوقيع الإلكتروني (١): عبارة عن معلومات على شكل إلكتروني متعلقة بمعلومات إلكترونية أخرى ومرتبطة بها ارتباطاً وثيقاً وتستخدم أداة للتوثيق.

التوقيع الإلكتروني المعزز (٢): وهو عبارة عن توقيع إلكتروني يقوم على شروط أساسية، و هي:

١- له ربط من شكل خاص بصاحب التوقيع.

٢- يمكن أن تثبت به هوية صاحبه.

٣- يجب أن يتحلى بصفة السرية التامة في حق صاحبه

٤- له علاقة قوية بالمعلومات الشاملة في الرسالة فيتعرف على أي تغيير فيها.

وفي هذا الصدد يرى الباحث أنه من الضروري لمعادلة التوقيع الإلكتروني بالتوقيع التقليدي بأن يستخدم له إحدى وسائل التأمين أو أن يعادل شهادة مؤهلة تقوم كحجة قانونية صادرة من جهة مصدقة قانونية.

أما التوقيع المعزز فلا يذكر لمجرد أنه توقيع إلكتروني أو غير معزز بالشهادة المؤهلة. أو أنه لم يتم باستخدام إحدى أدوات التوقيع. (٣)

الفرع الثالث: التعريف بالتوقيع الإلكتروني في التشريعات الدول المسلمة وشروطه

نتناول في هذا فرع التوقيع الإلكتروني حسب التشريعات الدول المسلمة، وهي كما يلي:

الفصن الأول: أصدرت الحكومة المصرية القانون رقم ١٥ عام ٢٠٠٤م بشأن تطوير تقنية المعلومات وتنظيم التوقيع الإلكتروني و كان تعريفه في المادة الأولى (٤) "بأنه ما يوضع على محرر الإلكتروني ويتخذ

---

١ "Electronic Signature" means data in electronic from which are attached to or logically associated which other electronic data and which as a method of authentication.

٢ "Advanced Electronic Signature" means a electronic signature which meets the following requirements:
It is uniquely linked to the signatory.
It is campanile identifying the signature.
It is created using means that the signatory can maintain under his sole control: and
It is linked to the data to which it relates in such a manner that any subs equent change of the data is detectable

د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، توثيق المعاملات الإلكتروني مؤتمر الأعمال المصرفية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، ص: ١٨٦٦

٣ د. حسن عبد الباسط جميعي – إثبات التصرفات القانونية التي إبرامها عن طريق الإنترنت، مرجع سابق –ص: ٩٠

٤ الجريدة الرسمية العدد (١٧) تابع (د) في ٢٢ إبريل سنة ٢٠٠٤م، ولقد صدرت اللائحة التنفيذية لهذا القانون بعد عام من صدور هذا القانون وذلك بقرار السيد وزير المواصلات رقم ١٠٩ لسنة ٢٠٠٥م بتاريخ ٢٠٠٥/٥/١٥م بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع

شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها ويكون له طابع منفرد يسمح بتحديد شخص الموقع وتميزه عن غيره".

و تعليقا على نص تعريف القانون المصري فإنني – الباحث– أرى أن يحذف منه كلمة (أو غيرها) لمنع باب النصب و الحيل في زمن يشهد تقدما كل ليلة في ميدان تقنية المعلومات. (١)

الفصل الثاني: قانون المعاملات الإلكتروني بدولة الإمارات العربية

أما الدستور الإماراتي وبالخصوص قانون إمارة دبي رقم ٢ لعام ٢٠٠٢م فلقد قسم التوقيع الإلكتروني إلى نوعين اثنين رئيسيين وهما التوقيع الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني المحمي.

فتعريف الأول هو كما يلي : "هو توقيع مكون من حروف أو أرقام أو رموز أو صوت أو نظام معالجة ذي شكل إلكتروني أو مرتبطاً منطقياً برسالة الكترونية ومن بينه توثيق أو اعتماد تلك الرسالة".

أما التوقيع الإلكتروني المحمي فهو التوقيع القائم على شروط المادة رقم (٢٠) من القانون السابق ونصه كما يلي: "يعامل التوقيع على أنه توقيع إلكتروني محمي إذا كان من الممكن التحقق من خلال تطبيق إجراءات توثيق محكمة، منصوص عليها في هذا القانون أو معقولة تجارياً ومتفق عليها بين الطرفين"،

وبالنظر إلى هذا التعريف للتوقيع الإلكتروني فإنه يتبين لنا أن التوقيع الإلكتروني يجب أن يحتوي على عدد من الشروط و هي كالتالي:

١- يمكن استخدام هذا التوقيع في القراءة.

٢- أن تكون هوية الشخص ممكنة الإثبات من خلاله.

٣- وأن يكون تحت القدرة التامة لصاحبه إنشاء واستعمالا عند التوقيع.

٤- أن يكون له صلة برسالة إلكترونية أو أي وسيلة أخرى معتمدة يمكن الاعتماد عليها.

وهذا التعريف هو ذات التعريف الذي تضمنته المادة الأولى من القانون الاتحادي للمعاملات والتجارة الإلكترونية الصادر في ٢٠٠٦/٢/٢٣م. (٢)

الإلكتروني وبإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات، راجع الوقائع المصرية العدد ١١٥ (تابع) في ٢٥ مايو ٢٠٠٥م.

١ د. عبد الفتاح بيومي حجازي، التوقيع الإلكتروني في النظم القانونية المقارنة، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٥م، ص: ٦٠

٢ د. أسامة الروبي، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات والإدعاء مدنيا بتزويره، المؤتمر العلمي السابع عشر، مؤتمر المعاملات، ص: ٥٠٨

الفصل الثالث: القانون الأردني الخاص بالمعاملات الإلكترونية

أصدر المشرع الأردني القانون ٨٥ لسنة ٢٠٠١م بشأن المعاملات الإلكترونية وقام بتعريف التوقيع الإلكتروني في المادة الثانية منه والتي عرفت التوقيع الإلكتروني بأنه "البيانات التي تتخذ هيئة حروف أو أرقام رمز أو إشارات أو غيرها وتكون مدرجة بشكل إلكتروني أو رقمي أو ضوئي أو أي وسيلة أخرى مماثلة.

في رسالة معلومات أو مضافة عليها أو مرتبطة بها ولها طابع يسمح بتحديد هوية الشخص الذي وقعها وتميزه عن غيره من أجل توقيعه وبغرض الموافقة على مضمونه. (١)

ويلاحظ على تعريف المشرع الأردني أنه قام بذكر التوقيع الإلكتروني بأنه بيانات وذكر أن هذه البيانات تتخذ صوراً متعددة وهو بذلك حدد لتوقيع تفرزها التكنولوجيا الحديث ويمكن لهذا القانون القيام بأشياء بما محددة هوية الشخص الذي قام بالتوقيع على هذه الرسالة ومميزة له عن غيره وبينة التزامه بما وقع عليه إلكترونياً وموافقته على مضمون ما ورد في هذه الرسالة الإلكترونية.

وفي اعتقاد الباحث ملخص ذلك التفصيل السابق أن التوقيع الإلكتروني يقوم بالوظائف التي يقوم بها التوقيع المادي أو التوقيع التقليدي، وهي تميز هوية الشخص والتعبير عن رضائه للارتباط بالعمل القانوني وتوفير الامان والموثوقية.

الفرع الرابع: موقف الشريعة الإسلامية من التوقيع عموما والإلكتروني منه خصوصاً

إنه من المعروف عامة أن الهدف الرئيسي للتوقيع مطلقا بجميع أنواعه هو إثبات المستندات ثم نسبتها إلى أصحابها إضافة إلى التعبير عن رضا الطرفين في العقد.

ولم تغفل الشريعة عن تلك الأهداف الحساسة فأشار القرآن إلى ذلك في آيات عديدة حيث قال الله تعالى: ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾ وقال سبحانه: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَن تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَىٰ﴾ إلى قوله سبحانه وتعالى: ﴿وَلَا تَسْأَمُوا أَن تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ أَجَلِهِ ذَٰلِكُمْ أَقْسَطُ عِندَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا﴾ (٢).

ولما أن التوقيع هو رمز التوثيق للمستندات فضمنت النصوص هذا الجانب أيضا و اعتبرت التوقيع دليلا على نسبة المسند لصاحبه بدليل أن الرسول- صلى الله عليه وسلم - استخدم الختم كتوقيع على جميع

---

١ القانون الأردني بشأن المعاملات الإلكترونية رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١م.

٢ سورة البقرة، الآية: ٢٨٢.

مكاتباته سواء كانت إلى ولاته و أمرائه أم إلى الملوك و أمراء الأمصار (١)، وكان الخلفاء من بعده يبعثون الرسائل والأوامر مختومة إلى الجهات المختلفة . (٢)

أما الفقهاء فقد قسموا الوثائق المحررة إلى قسمين. وثائق رسمية يتراسلها القضاة والرسميون فيما بينهم وأخرى وثائق عرفية وهي التي تخص الأشخاص على انفراد. وكان للقسم الأول حظا أكبر من اهتمام الفقهاء.

الوثائق الرسمية: لقد تعددت الروايات في تعريفه فقال ابن القيم: "أن يرى القاضي حجة فيها حكم لإنسان فيطلب منه إمضاءه والعمل به، فعن أحمد ثلاث روايات: أحداهن أنه إذا تيقن أنه خطه نفذه وإن لم يذكره، والثانية أنه لا ينفذه حتى يذكره، والثالثة أنه إذا كان في حرزه وحفظه نفذه وإلا فلا"(٣)، ويقول ابن قدامة: "وإذا ارتفع إليه خصمان فذكر أحدهما أن حجته في ديوان الحكم، فأخرجها الحاكم من ديوانه فوجدها مكتوبة بخطه تحت ختمه، وفيها حكمه، فإن ذكر ذلك حكم به، وإن لم يذكره لم يحكم به، نصَّ عليه أحمد في الشهادة وقاله بعض أصحابنا وهو قول أبي حنيفة والشافعي ومحمد بن الحسن، وعند أحمد أنه يحكم به وبه قال ابن أبي ليلى...

وجه الأولى: أن الوثيقة الرسمية هي أمر حاكم إن لم يعلمه لم يصح تنفيذه إلا ببينة كأمر غيره. ولأنه يمكن أن يزور توقيعه بخط آخر (٤)، ولم يكن هذا الموقف من قبل الفقهاء الا من باب الاحتياط الذي يدل على أهمية التوقيع او المحرر الرسمي وإلا فالختم والتوقيع يدويا كاف.

أما المحرر العرفي: فهو أيضا دليل قانوني يتمتع بصفة الإثبات والتوثيق إن تم تأكيده بتوقيع من صاحبه أو إشهاد أو ختم أو غيرها من ذرائع الإثبات. ولذا قال بعض الفقهاء: "أن من مات فوجدت وصيته مكتوبةً عند رأسه ولم يشهد عليها وعُرِفَ خطه وتوقيعه فإنه يقبل ما فيها، أو كانت مختومة بختمه." (٥)

بل وقال آخرون أن الخط المتشابه دليل على ثبوت نسبة الكاتب المحرر. فورد في تبصرة الأحكام : "إذا ادعى رجلٌ على رجلٍ بمال فجحده، فأخرج المدعي صحيفة مكتوب فيها خط المدعى عليه وإقراره بما ادعى عليه، وزعم المدعي أنها بخط المدعى عليه فأنكره المدعى عليه، وليس بينهما بينة، فطلب المدعي أن يجبر المدعى عليه أن يكتب بحضرت العدول ويقابل ما كتبه بما أظهره المدعي فأفتى أبو الحسن اللخمي بأنه يجبر

---

١ انظر ما أخرجه البخاري في كتاب العلم باب ما يذكر في المناولة، الحديث رقم ٦٤ – ٦٥.

٢ المغني لابن قدامة ٤٧٢/٨.

٣ الطرق الحكمية، ص: ١٧٣.

٤ المغني ٥٧/١٤، البهوتي، منصور بن يونس. كشاف القناع عن متن الاقناع، مطبعة أنصار السنة المحمدية، ١٣٦٦هـ، بدون ذكر بلد النشر، ٢٨٨/٦.

٥ المغني (بتغير) ٤٧٠/٨، كشاف القناع ٢٨٣/٤.

على ذلك، وعلى أن يطول فيما يكتب تطويلاً لا يمكن معه أن يستعمل خطأ غير خطه، والعدول يقابلون ما يكتبه الآن بما أحضره المدعي، ويشهدون بموافقته له أو مخالفته، ورجح أكثر الشيوخ ما أفتى به اللخمي." (١)

وقرر البعض الآخر أن معرفة الخط دليل على نسبة التحرير إلى صاحبه كما جاء في كتاب تبصرة الأحكام:: "ولو كتب ذلك(٢) في صحيفة أو في لوح أو خرقة لزمه إن شهدَ أنه خطه".(٣)

والجمهور على أن المحرر المنسوب إلى صاحبه بأي طريق كان حجة ودليل من أدلة الإثبات المعتمدة ، يقول ابن القيم: "فإن القصد حصول العلم بنسبة الخط إلى كاتبه، فإذا عُرِفَ ذلك وتيقن كان كالعلم بنسبة اللفظ إليه، فإن الخط دال على اللفظ، واللفظ دالٌ على القصد والإرادة"(٤)

ويرى الباحث أن الفقهاء لم يقيدوا طرق التوثيق في صورة معينة بل وسعوا المجال لذلك مع أخذ نوع المحرر في عين الاعتبار. فكان منهم من ركز على المحرر الرسمي مثل خطاب القاضي إلى القاضي، وذهب الآخرون ليفسحوا المجال للمحرر العرفي في كل ما يثبت نسبة المحرر لصاحبه ويعتبر ذلك حجة كاملة، وهذا إن دل على شيء فإنه يدل على أن الفقه الإسلامي فاتح مضراعيه لكل وسيلة توثيق حديثة ما دامت تؤدي مهام التوقيع ونسبة التحرير إلى صاحبه.

وهذه هي الصفة المميزة للشريعة الإسلامية عن القوانين الموضوعة من قبل البشر فإنها شاملة في أصولها وضوابطها تتسع جميع ما يشهده العالم الجديد من تطور وتقدم خلاف الأنظمة البشرية التي قلما تتمكن من إيجاد ضوابط ملائمة للمستجدات التي تواجهها بدون إلغاء وترميم وتعديل.

المطلب الثاني: الصور المختلفة للتوقيع الإلكتروني وأثره الوظيفي

التوقيع الإلكتروني له أنواع عدة منها التوقيع الرمزي أو السري، والبايومتري القائم على خصائص الإنسان الجسدية وسلوكياته والتوقيع الرقمي وهو عبارة عن رموز مشفرة مرتبطة بمفاتيح خاصة .

إننا هنا في هذا البحث سنتحدث عن جميع هذه الأنواع و سنتعرض لوظيفة كل نوع من التوقيع ثم سنأتي ببيان فصل عن مدى استطاعة التوقيع الإلكتروني على أن يحل محل التوقيع اليدوي التقليدي في صوره و

---

١ انظر تبصرة الحكام لابن فرحون ١/٣٠٨.

٢ أي لفلان على كذا —كما في الجملة التي قبلها —.

٣ تبصرة الحكام لابن فرحون ٢/٥٧.

٤ الطرق الحكمية، ص: ١٧٥.

وظائفه.

وسيكون هذا البحث على هذا المنوال:

١. التوقيع الرمزي أو السري

٢. التوقيع بالقلم الإلكتروني

٣. التوقيع البايومتري(Biometric signature).

٤. التوقيع الرقمي (Digital Signature)

٥. التوقيع الناشئ عن استخدام بعض أزرار لوحة مفاتيح الحاسوب.

٦. الأغراض الحديثة للتوقيع الإلكتروني

٧. مدى وصول التوقيع الإلكتروني إلى أغراضه وأهدافه.

الفرع الأول: التوقيع الرمزي الكودي أو الرمز السري (P.I.N)

التوقيع الكودي أو توقيع الرمز السري عبارة عن بعض الحروف أو الأرقام أو كليهما معا تستخدم كوسيلة لتوثيق المعلومات والملفات و المعاملات الإلكترونية و من خصائصها أنها سرية بين صاحبها والطرف الآخر و تسمى بالإنجليزية (Personal Identification Number) واختصاراً (P.I.N) (١)

وفي أغلب الأحيان يرتبط هذا النوع من التوقيع مع البطاقات الإلكترونية والممغنطة مثل بطاقات السحب الآلي وبطاقات الدفع الإلكتروني وغير ذلك من البطاقات التي لها ذاكرة داخلية. (٢)

هناك العديد من أمثال هذه البطاقات التي تمارس وظائفها عمليا مثل بطاقة "فيزا" (visa)، وماستركارد (Master Card)، وأمريكان أكسبريس (American Express).

---

١ د. حسني عبد الباسط جميعي – إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت، ص: ٣٤.

٢ ظهرت البطاقات البنكية (Bank card) كوسائل للدفع الإلكتروني في الولايات المتحدة الأمريكية حوالي عام ١٩١٤م عندما أصدرت شركات البترول الأمريكية بطاقات معدنية لعملائها لشراء ما يحتاج من منافذ التوزيع التابعة لها وتسوية هذه المشتريات في نهاية كل مدة محددة، وتطور استخدام هذه البطاقات وانفصلت عن الجهة التي تصدرها بحيث يجوز لمستخدم البطاقة لشراء احتياجات متنوعة وعلى مستوى جغرافي واسع دون التقيد بمنافذ التوزيع التابعة للجهة المصدرة. ثم انتشرت وسائل الدفع الإلكتروني إلى باقي الدول الأوروبية والعالم. راجع رضوان، محمد أنس، الأحكام الشرعية لأنواع البطاقات البنكية، رسالة ماجستير، غير مطبوع، كلية الشريعة والقانون – الجامعة الإسلامية العالمية – ٢٠٠٩م، ص: ٢٣٧ و ٢٤٠ وما بعدها.

أما عملية أداء أمثال هاته البطاقات لوظيفتها في دفع المال أو أدائه فتمر عبر هذه الخطوات التالية:

١- إمرار البطاقة الإلكترونية المزودة بمعلومات العميل الموثقة إلى جهاز خاص بمعرفة وقراءة تلك المعلومات وبيانات البطاقة.

٢- درج الرمز السري الخاص بصاحب البطاقة (P.I.N).

٣- إكمال عملية سحب أو دفع الأموال بواسطة الضغط على زر الموافقة على الحاسب الآلي.

وينصح البعض (١) بالاحتفاظ على الرمز السري (P.I.N) بعيدا عن الآخرين لقدرة الغير على السرقة و انتحال شخصية المالك الأصلي.

وهناك رأي آخر(٢) ويوافقه الباحث في أن الرأي السابق الناقد لصورة التوقيع في البطاقات الإلكترونية رأي غير مقنع حيث أن هذا النوع من التوقيع يمتاز بمزايا التأمين التي توثق أمانة الأسرار وحفظ الحقوق. أما أن يفقد صاحب البطاقة والرقم السري كليهما معا في نفس الوقت ثم يتحصل عليها شخص واحد في وقت واحد فهذه نادرا ما تحصل ويعود إلى الإهمال البالغ من قبل الشخص المالك مع أنه يمكنه تجنب السرقة بإلغاء البطاقة بضغطة زر على الحاسوب أو اتصال إخطاري إلى الجهات المعنية لذلك.

ولقد قرر القضاء مؤخرا مبناقية هذا النوع من التوقيع (التوقيع الكودي) لكونه متمتعا بوسائل التأمين واحتوائه على شروط الاثبات الموجودة في التوقيع التقليدي.ولقد اعتمدت المحكمة الفرنسية الحجية القانونية لهذا النوع من التوقيع الإلكتروني خاصة في المعاملات التي تنعقد بين أصحاب الشأن حيث تنص على ذلك بصراحة.

ويرى الباحث بالاستناد إلى رأي فقهي آخر أن هذا النوع من التوقيع لا يصلح لأن يكون توثيقا للدليل الكتابي القانوني لأنه يحتفظ سرا ولا يلحق بالمستندات الشبكية فضلا عن أن يكون توثيقا للأوراق القانونية الأخرى. حتى أن البنك في حد ذاته يتوخى الحذر في إثارة هذا النوع عند العقد مع العميل صاحب البطاقة. (٣)

---

١ د. حسني عبد الباسط جيعي – إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت – مرجع سابق –، ص: ٣٦.

٢ د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، توثيق المعاملات الإلكترونية، مؤتمر الأعمال المصرفية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، الإمارات العربية المتحدة، ١٠-١٢ مايو، ٢٠٠٣م، ص: ١٨٥.

٣ د. حسني عبد الباسط جيعي – إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت – مرجع سابق –، ص: ٣٧.

الفرع الثاني: التوقيع بالقلم الإلكتروني (Pen.Op)

مع تطور العلم والتكنلوجيا تطور التوقيع البايوميتري (البصمي) (Pen.Op) إلى شكل آخر في شكل قلم إلكتروني يكتب على شاشة نوع خاص من الأجهزة تستخدمها جهات الأمن والمخابرات (١) لتحديد شخصية معينة قد سبق تخزين هويته سابقاً في الجهاز وفيه برنامج من نوع خاص له مواصفات خاصة يعمل على قراءة التوقيع على الشاشة وتحليله ثم تعيين شخصية معينة عن طريق معالجة خاصة. (٢)

طريقة التوقيع عن طريق القلم الإلكتروني

يستخدم الشخص قلما من نوع خاص على شاشة في جهاز مخصص مزود بمواصفات خاصة يعمل على معرفة التوقيع وصاحبه.

وظائف التوقيع بالقلم الإلكتروني

إن هذا البرنامج يؤدي وظيفتين من النوع الحديث من بين هذا النوع من التوقيعات. (٣)

خدمة التقاط التوقيع The Signature Capture Service

خدمة التحقق من صحة التوقيع The Signature Verification Service

وفيما يلي سنذكر بيان هاتين الوظيفتين:

الوظيفة الأولى: خدمة التقاط التوقيع The Signature Capture Service

في حالة استخدام القلم الإلكتروني، يضع الشخص بطاقة خاصة داخل جهاز ماسح خاص فيفتح ملف ذلك الشخص على الشاشة ثم يرسم توقيعه على الشاشة عبر قلم آلي في داخل الشاشة وحينها يقوم الجهاز بتأكيد التوقيع أو إعادة المحاولة. فإذا أكد الشخص رسم التوقيع يقوم الجهاز بقراءة التوقيع وحفظه في شكل رموز مشفرة ثم يضيف إليه باقي البيانات المهمة من معلومات للحساب وأوقات الاستخدام ومرات المحاولة وغير ذلك. وتسمى هذه البيانات المشفرة (Biometric Token) (٤) بالشارة البيومترية.

---

١ انظر: د. عبد العزيز المرسي، مدى حجية الحرر الإلكتروني في الإثبات، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥م، ص: ٣٦.

٢ د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل – توثيق المعاملات الإلكتروني ومسؤولية جهة التوثيق تجاه الغير المضرور – مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون المجلد الخامس – مرجع سابق –، ص: ١٨٥٧.

٣ د. عبد الفتاح بيومي حجازي، التوقيع الإلكتروني – مرجع سابق –، ص: ٤٠٠.

٤ د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، توثيق المعاملات الإلكتروني مؤتمر المعاملات المصرفية الإلكترونية – مرجع سابق –، المجلد الخامس، ص: ١٨٥٨.

الوظيفة الثانية : خدمة التحقق من صحة التوقيع The Signature Verification Service

في حالة استخدام القلم الإلكتروني. يضع الشخص بطاقة خاصة داخل جهاز ماسح خاص فينفتح ملف ذلك الشخص على الشاشة ثم يرسم توقيعه على الشاشة عبر قلم آلي في داخل الشاشة وحينها يقوم الجهاز بتأكيد التوقيع أو إعادة المحاولة. فإذا أكد الشخص رسم التوقيع يقوم الجهاز بقراءة التوقيع وحفظه في شكل رموز مشفرة ثم يضيف إليه باقي البيانات المهمة من معلومات الحساب وأوقات الاستخدام ومرات المحاولة وغير ذلك. وتسمى هذه البيانات المشفرة (Biometric Token) بالشارة البايومترية. (١)

الصعوبات التي تقابل استخدام التوقيع بالقلم الإلكتروني

ويرى الباحث أن هذه الطريقة من التوقيع الإلكتروني طريقة لا يمكن الوثوق بها قطعا، حيث أنه من المحتمل تماما أن تنسخ صورة التوقيع المكتوب بواسطة القلم الإلكتروني ثم استخدام هذه الصورة استخداما مخالفا للقانون على مستندات و عقود ورقية و إلكترونية (٢)

ولذلك فإنه لايمكن الاعتماد بهذا النوع من التوقيع الإلكتروني من أجل جمع جميع أجزاء الدليل الكتابي.

الفرع الثالث: التوقيع البيومتري Biomitric Signature

هذا التوقيع يتمتع بدرجة كبيرة من الحجية والقدرة على الاثبات. حيث أن أساس هذا التوقيع هو الصفات والخواص الجسدية والفيزيائية والعضوية للإنسان. وقد أجمع العالم سابقا أن كل فرد من البشر يمتاز عن غيره بصفات جسدية وسلوكية مميزة عن غيره. فبذلك يكون حجة و دليل. (٣)

و هناك أنواع عديدة لهذا النوع من التوقيع(٤) مثل:

(١) بصمة البنان/الإصبع (Finger Printing)

(٢) بصمة العين البشرية (Iris & Retina Scanning)

---

١ د. حسن عبد الباسط جميعي: إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الانترنت، ص: ٤٢.

٢ د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل – توثيق المعاملات الإلكترونية – مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية، المجلد الخامس، ص: ١٨٥٩.

٣ د. عبد العزيز المرسي حمود -- مدى حجية المحرر الإلكتروني في الإثبات– مرجع سابق –، ص: ٣٦.

وراجع المواقع الإلكترونية في التوقيع البيومتري:

http://www.cybersign.com/techoveriew

http://www.ibia.org (International Biomatric Industry Association)

٤ د. عادل محمود شرف ود. عبد الله إسماعيل عبد الله – ضمانات الأمن والتأمين في شبكة الانترنت – مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت – كلية الشريعة والقانون – جامعة الإمارات العربية ١ – ٣ مايو ٢٠٠٠م، المجلد الثاني، ص: ٣٩٣.

(٣) **التعرف على التضاريس المتميزة للوجه البشري.** (Facial Recognition)

(٤) **التعرف على خصائص** اليد البشرية. (Hand Geometry)

(٥) **التعرف من نبرات الصوت وتردده.** (Voice Recognition)

(٦) **التوقيع الشخصي** . (Handwritten Signature)

(٧) **البطاقة الذكية**. (Smart Card)

وتدخل معظم الشركات المصنعة لهذه الأجهزة البيومترية هذه الوسائل ضمن جهاز الفأرة (mouse) ولوحة المفاتيح (keyboard) وأجهزة إدخال المعلومات الأخرى وعلى سبيل المثال فعند استخدام مسح العين أو الصوت أو اليد البشرية أو انبصمة الشخصية يتم أولاً أخذ صورة دقيقة للشكل وتخزينها بصورة مشفرة داخل الحاسب في نظام ضغط الذاكرة (Compressed storge system permant) ورغم أهمية نظام البيومتري والنتائج التي حققها إلا أنه يقابله مشاكل كثيرة. نتخلص فيما يلي: (١)

١- صورة البيومتري توضع على القرص الصلب لجهاز الحاسب (Hard disk) وبالتالي يمكن مهاجمتها أو نسخها بواسطة الطرق المختلفة المستخدمة في القرصنة الإلكترونية أو نظم فك التشفير والترميز.

٢- عدم تمكن استخدام هذه التقنية الحديثة في كل الحاسبات المتوفرة نظراً لاختلاف نظم التشغيل وأساليب التخزين وخصوصيات حزم البرامج المتنوعة.

٣- فقدان السرية والكفاءة الضمانية لهذه التقنية نظراً لمحاولة الشركات المصنعة لنظم البيومتري الإتفاق على طريقة موحدة (Standard) لهذه التقنية.

٤- التكلفة العالية التي يتطلبها وضع نظام أمن في شبكة المعلومات باستخدام الوسائل البيوميترية أدت إلى الحد من انتشاره إلى درجة كبيرة وجعلته قاصراً على بعض الاستخدامات المحدودة.

٥- إمكانية تغير بعض الخواص بفعل الظروف كحالة التوتر وتأثيرها على التوقيع أو تطابق أشكال التواءم وغيرها.

يرى الباحث أنه رغم ادعاء الشركات المنتجة لأجهزة التعرف (البايومترية) على خصائص الأعضاء البشرية بأنها موثقة ومأمونة ٩٩% إلى ٩٩,٩% إلا أنه يقع التردد والشك في هذا الادعاء عند ما تظهر حالات احتيال وعدم تعريف الأجهزة المخصصة على البصمة البلاستيكية المطاطية (Latex Rubber Fingers)

---

١ د. المرجع السابق، ص: ٣٩٥.

أو عدم قدرة الأجهزة المصنوعة من (Silicon Senson) على التحقق من وثائق السيليكون من كشفها أو التعرف عليها.(١)

الفرع الرابع : التوقيع الرقمي (Digital Signature)

هو عبارة عن تشفير للتوقيع ومحتوى الرسالة الموقعة ذات المضمون الموافق عليه برموز و أرقام معقدة لا تقرأ و لا تفهم. (٢) عن طريق أساليب رياضية معقدة و تسمى هذه الرسالة المشفرة (Message digest)، ويتم فك هذه الرسالة المشفرة عن طريق النظام السيمتري (Symetrique) الذي يعتمد على مفتاح واحد عند المرسل والمستسلم. ولذلك فإن هذا النظام يعتبر غير موثق لعملية الإثبات. (٣)

وتطويرا لجانب الأمن والتوثيق في هذا النظام ظهر نظام آخر باسم (Asymetrique)، وهو يمتاز عن الأول بأنه يعتمد على مفتاحين، الأول للتشفير و يسمى المفتاح الخاص (Private key) والآخر لفك هذا التشفير و يسمى (Public key)، ثم وظهر مصطلح جديد لهذا النظام باسم نظام المفتاح العام.

أما التوقيع الإلكتروني فيتشكل من سلسلة من الأرقام الحسابية صفر، آ، ومن مجموعها يتكون التوقيع الإلكتروني الرقمي(٤)، وعلى سبيل المثال فمن يرغب في التعامل إلكترونياً يقوم بعد كتابة الرسالة بالتوقيع عليها باستخدام مفتاحه الخاص وتمريرها من خلال برنامج بالتشفير في الحاسب الآلي، حيث يقوم هذا البرنامج الخاص بتشفير المعاملة بعمليات حسابية معقدة بمقتضاها تتحول الرسالة المكتوبة إلى رسالة رقمية (Hash) ولكي يتمكن من أرسلت إليه هذه الرسالة من قراءتها يتعين عليه أولاً فك شفرتها، وذلك لا يتم إلا عن طريق المفتاح الآخر لمرسل الرسالة، أي مفتاحه العام، الذي يقوم بإرساله إلى مستسلم الرسالة.

وعن طريق هذا المفتاح العام وباستخدام برنامج التشفير الخاص بالحاسب الآلي يتمكن المرسل إليه من فك شفرة الرسالة وتحويلها من صورتها الرقمية إلى صورتها الأصلية المقروءة، فإذا طرأ على الرسالة أي تغيير في محتواها أو تم التلاعب في توقيع المرسل، فإن الحاسب الآلي يوضح ذلك على الفور، وبذلك يتوثق المتسلم من أن الرسالة التي تسلمها موصلة بالفعل من المرسل، وأن مضمونها سليم لم يتم التلاعب فيه، كما يتوثق

---

١ د. عصام عبيد – التوقيع الإلكتروني – دراسة في المفاهيم والتقنيات والمعايير وواضع الموقع الإلكتروني: http://www.knol.google.com/k/dressam/eibeed/228no0b4xj973/43#.

٢ د. عصام عبيد – التوقيع الإلكتروني – دراسة في المفاهيم والتقنيات والمعايير وواضع الموقع الإلكتروني: http://www.knol.google.com/k/dressam/eibeed/228no0b4xj973/43#.

٣ د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل – توثيق المعاملات الإلكتروني– مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون – كلية الشريعة والقانون – جامعة الإمارات – المجلد الخامس – مرجع سابق –، ص: ١٨٥٥.

٤ د. عايض راشد عايض المري – مدى حجية التكنولوجيا الحديثة في إثبات العقود التجارية رسالة الدكتوراه –كلية الحقوق – جامعة القاهرة ١٩٩٨م، ص: ١١٢ بند ٦٤.

من صحة توقيع المرسل.

أما عن كيفية تيقن المرسل إليه من أن المفتاح العام الذي تسلمه يخص بالفعل المرسل الذي يرغب في التعامل معه فهذا يستلزم وجود شخص أو جهة محايدة موثوق فيها تقود بدور الوسيط في تسليم المفتاح العام من المرسل إلى المرسل إليه، كما تقوم بإصدار شهادات إلكترونية تحدد هوية المتعاملين وصحة المعلومات التي تتضمنها رسائلهم. (١)

وظائف للتوقيع الرقمي (Digital Signature)

يهدف التوقيع الرقمي إلى وظائف مستحدثة، وهي كالتالي:

الوظيفة الأولى: التوثيق: من أهداف التوقيع الإلكتروني المميزة له قدرته على تعيين هوية وشخصية المتعاقدين في المعاملة.

الوظيفة الثانية: السلامة: ضمان عدم القدرة على تغيير محتوى نص التحرير القانوني و بالتالي تحقق متطلبات القانون في التحرير فيكون دليلا كتابيا قانونيا. (٢)

الوظيفة الثالثة: السرية: من مزايا التوقيع الإلكتروني السرية التامة للمعلومات الداخلة ضمن نص العقد حيث أن العملية يتم فيها تشفير للمحتوى بطريق لا يُقرأ و لا يُفهم إلا عن طريق صاحب المعاملة و المفتاح العام الخاص بالمعاملة.

الوظيفة الرابعة: عدم الإنكار: و من مزاياه أنه يلزم الموقّع على الانضباط التام بما وقع عليه ولا يفسح له المجال لإنكار توقيعه على التحرير أو المعاملة المنسوبة إليه (Non repudicational) بسبب الربط الوثيق بين المفتاح العام و المفتاح الخاص. (٣)

الفرع الخامس: التوقيع عن طريق الضغط على أحد مفاتيح الحاسب الآلي بما يفيد الموافقة على التصرف القانوني

تعقد الصفقات على الإنترنت من خلال إرسال رسالة إلى صاحب المعاملة تحتوي على جميع محتويات و بنود

---

١ د. عايض راشد عايض المري – رسالة الدكتوراه – ص: ١٢٣.

٢ د. بشار طلال مومني – مشكلات التعاقد عبر الانترنت – دراسة مقارنة – عالم الكتب الحديثة – أربد – الأردن ٢٠٠٤م، ص: ١١٤

راجع الموقع الإلكتروني http://www.kenanaonline.com/wsk/khaled17/page/77870.

٣ د. حسن عبد الباسط جميعي، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق شبكة الانترنت، ص: ٣٥.

العقد وأمامها مربعات القبول (نعم) أو مربعات الرفض (لا) ويتم قبول هذا النوع من التوقيع بمجرد الضغط على زر القبول. (١)

و في بعض الأحيان يطالب المتعامل بالضغط على الزر مرتين لضمان صحة المعاملة وتأكيدها. (٢)

وهذا النوع من التوقيع الإلكتروني والذي ليس له أي شكل مادي ملموس أو ملموس يثير التساؤل عن مدى اعتباره تعبيراً عن الإرادة بالمعنى المحدد في القانون المدني فنص المادة (٨٩) على أنه: (أن يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد).

كذلك فإنه بالرجوع لنص المادة (٩٠) من القانون المدني نجد أن القانون يؤكد على عدم الحاجة إلى أن يتخذ التعبير عن الإرادة شكلاً معيناً أو مظهراً خاصاً... فتنص المادة (٩٠) على أنه:

١- التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على حقيقة المقصود.

٢- ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنياً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً.

يرى الباحث أن طريقة التوقيع هذه طريقة معقولة وتعبير صريح عن إرادة المتعاقدين في هذا الشكل الخاص على شاشة الحاسوب.

أما عن تحقيق هذا التوقيع لغرض الاثبات فإن مجرد الضغط على زر (OK) لا يعتبر سبباً كافياً لأن يكون دليلاً كتابياً. لأن المحررات الإلكترونية تتطلب أن يكون فيها إمكانية استخدام المفتاح الخاص الذي تمنحه الجهات المصدقة القانونية. (٣)

الفرع السادس: مدى تحقيق التوقيع الإلكتروني لوظائف التوقيع العادي

نذكر بأن وظائف التوقيع التقليدي هي التعريف بصاحب التحرير القانوني وتعيين مواصفاته الشخصية إضافة إلى النيابة عن رضاه بمحتوى المستند القانوني.

وقد ينشأ سؤال في بعض الأذهان بأن التوقيع الإلكتروني غير قادر على أداء المهام الأساسية للتوقيع اليدوي

---

١ د. حسن عبد الباسط جميعي: إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق شبكة الانترنت، ص: ٣٧.

٢ د. حسن عبد الباسط جميعي: إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق شبكة الانترنت، ص: ٣٨.

٣ د. خالد ممدوح إبراهيم: إبرام العقد الإلكتروني – دراسة مقارنة – دار الفكر الجامعي ٢٠٠٦م ص: ٢٠١.

لأنه عبارة عن أشعة كهربائية ليس لها واقع ملموس ثم أنها تجري في سط إلكتروني لا يستطيع التعرف على الأشخاص بشكل فيزيائي ملموس بخلاف التوقيع اليدوي فإنه يوصل إلى صاحبه عن طريق دراسة فنية و تقنية للتوقيع على يد خبراء ومهرة. (١)

وكون التوقيع الإلكتروني بالصفة السابقة يوقع العقل في تردّد بأن هل يستطيع التوقيع الإلكتروني تحقيق وظائف التوقيع الأساسية أم لا؟ (٢)

ولكن رغم كل ذلك فإننا نقر بأن التوقيع الإلكتروني لا يفرق عن اليدوي الا في الوسيلة والوسط الذي يتم فيه ممارسته فإنه يؤدي جميع وظائف التوقيع اليدوي من غير شك ولاريب

الفصل الأول: تحقيق الشخصية

إن أهم وظيفة للتوقيع هي تعيين هوية الموقع وتمييزه عن غيره و هي بارزة تماما في التوقيع اليدوي. (٣)

إنه من البداهة أن إجراءات التوقيع الآلي عن طريق الأرقام السرية والرموز المشفرة باستخدام البطاقات والمفاتيح المزدوجة تعمل على تحقيق الثقة والأمن بدرجة تفوق ثقة التوقيع اليدوي. (٤)

ثم أن طريقة التشفير المزدوج تقلل من احتمالات الغش والاحتيال فإنه من البساطة بمكان تعطيل أي مفتاح سري في حالة الطوارئ، والتعرف على هوية الموقع له بشكل خاص في التوقيع الإلكتروني حيث أن الطرفان لا يلتقيان إلى التوقيع اليدوي إلا بعد المرور من جميع المراحل الاتباتية كالجسد والصوت المألوف والوصول إلى حالة نزاع حول العقد لغرض تحديد هوية الموقع.

أما في التوقيع الإلكتروني فيتم التوثيق من شخصية أو هوية الموقع في بداية الأمر دون الحاجة إلى المرور بكل تلك المراحل التوثيقية إضافة إلى أن التوثيق يتم مرارا في كل مرة يستخدم فيها الشخص رقمه أو رمزه السري من دون الانتظار إلى الوصول إلى مرحلة النزاع. (٥)

---

١ عبد الحميد، التوقيع الإلكتروني، ماهيته ومخاطره، ص: ١٧٢، وكذلك: لطفي، محمد حسام محمود، الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية، الطبعة دار النشر، القاهرة، ٢٠٠٢م، ص: ٣٠.

٢ عبيدي، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عبر الانترنت، ص: ٤٣.

٣ المادة رقم (٢) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني المؤقت رقم (٨٥) لسنة ٢٠٠١م.

٤ عبيدي، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الانترنت، ص: ٤٥.

٥ منصور، ضياء أمين، التوقيع الإلكتروني، دراسة مقارنة، المنشورات الحقوقية، دار صادر، بيروت، ٢٠٠٣م، ص: ١٥٠، وكذلك: الحضار، الإثبات الإلكتروني، ص: ١٧٢.

الفصل الثاني: قدرة التوقيع الإلكتروني على تحقيق رضاء الشخص الموقع:

(التعبير عن إرادة صاحب التوقيع عن الرضاء بالتعاقد والقبول بالالتزام به):

تعرّف العقد بأنه: "هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقها على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر."

و نعلم من التعريف أن للعقد أركان عدة و هي: المحل والسبب والرضا(١)، فالركنان الأولان طبيعة تطبيق القواعد عليهما مماثلة تماما كما هي موجودة في العقود التقليدية الورقية الملموسة. أما العقود التي عقدها على الإنترنت فإنها لها شكل آخر. فهي لا تجرى على أوراق فيزيائية. و خصوصا إذا كانت عقود الإنترنت غير مقيدة بشكل خاص قانونيا.

فالمحور التي تدور حوله العقد الالكتروني هو تراضي الطرفين وغالبا ما يكون العقد التقليدي قائما على أسس مادية مثل لقاء الطرفين و كتابة العقد على ورقة قانونية. وذلك هو العنصر المفقود في العقد الإلكتروني لأن حالة الطرفين فيه لا تسمح بالتلقاء الجسدي بسبب البعد الفيزيائي. وبالتالي انعدام الكتابة في هذه العقود الحديثة. (٢)

إن التكنولوجيا الحديثة زودت الوسائل الإلكترونية بصفة الثقة فكانت مثل الوسائل التقليدية. وأدت هذه الثقة إلى صحة التوقيع الإلكتروني القائم على المفتاح المزدوج المشفر وبالتالي إلى توجه إرادة صاحب التوقيع إلى إصداره. وقد تتحقق صحة التوقيع الإلكتروني ونسبته إلى صاحبه عن طريق تحديد هوية في سجل الإلكتروني الذي خزنت فيه معلوماته في السابق في حال إذا كان الطرفان راضين على العمل بهذه الطريقة.

ويرى الباحث أن التوقيع الإلكتروني يمكن أن يعين هوية صاحب التحرير الإلكتروني إذا كان المفتاح الخاص و العام متفائلان و كان مرتبطا بشهادة التوثيق وبالتالي فإن التوقيع الإلكتروني بشكل عام والتوقيع الرقمي بشكل خاص جزء أساسي في تعبير هوية الموقع و وفقا لذلك فإنه يسمح بتأمين للتعبير الصحيح للاتفاق.

وتنص المادة (١٣) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني المؤقت على أنه "تعتبر رسالة المعلومات وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة المقبولة قانوناً لإبداء الإيجاب أو القبول بقصد إنشاء التزام تعاقدي."

---

١ السنهوري، عبد الرزاق أحمد، (١٩٦٤م). الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام. بيروت: دار النهضة العربية، ص: ١٨٣. ويرى العلامة السنهوري: أن "العقد يقوم على الإرادة، أي تراضي المتعاقدين، والإرادة يجب أن تتجه إلى غاية مشروعة وهذا هو السبب، أما المحل فهو ركن في الالتزام لا في العقد."

٢ الأباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الانترنت، دراسة تطبيقية لعقود الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣م، ص: ٣٣.

وحيث إن التقنيات الحديثة وفرت الثقة في الوسائل الإلكترونية حيث تساوت مع الوسائل العادية التقليدية، ويؤدي توفر الثقة في صحة التوقيع الإلكتروني من خلال استخدام المفتاح المزدوج المشفر إلى توجه إرادة صاحب التوقيع إلى إصداره(١)، وقد أكدت ذلك المادة (١٠) الفقرة (ب) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني المؤقت رقم (٨٥) لسنة ٢٠٠١م، حيث نصت على أنه: "ب - يتم إثبات صحة التوقيع الإلكتروني ونسبته إلى صاحبه إذا توافرت طريقة لتحديد هويته والدلالة على موافقته على المعلومات الواردة في السجل الإلكتروني الذي يحمل توقيعه إذا كانت تلك الطريقة مما يعول عليها لهذه الغاية في ظل الظروف المتعلقة بالمعاملة بما في ذلك اتفاق الأطراف على استخدام تلك الطريقة"

وقد تظهر قدرة التوقيع الرقمي على تحديد هوية منشئ المحرر الإلكتروني بالتطابق بين المفتاحين العام والخاص والذي يرتبط بشهادة التوثيق.

لذا فإن التوقيع الإلكتروني عامة والتوقيع الرقمي خاصة يبدو كعنصر محدد في إثبات هوية الموقع، إذ يسمح بتأمين التعبير الصحيح والأكيد للموافقة. (٢)

المطلب الثالث: الشروط الواجب توافرها لتحقيق الدليل الكتابي ومدى توافرها في التوقيع الإلكتروني

تمهيد :لما أن التوقيع مرتبط بالدليل الكتابي فإنه يلزم أن تتوفر فيه شروط الدليل المكتوب كوسيلة للتوثيق بالإضافة إلى شروط أخرى في نفس التوقيع التي تجعله يحقق أغراضه مثل تعيين شخصية الموقع وإقراره بمحتوى السند وكذلك نسبة التحرير إلى الموقع. (٣)

وسوف نتعرض هذا البحث في النقاط التالية:

تفرض النصوص القانونية المتعلقة باستخدام الوسائل الإلكترونية. (٤) أن يكون العقد موقعاً من شخص أو جهة لها صلاحية التوقيع وبذلك يكون للتوقيع الإلكتروني دوراً أساسي وهام في انعقاد العقد وما يترتب على

---

١ جميعي، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عبر الانترنت، ص: ٤٧.

٢ مشعيش، التوقيع الإلكتروني: دراسة مقارنة، ص: ١٥١.

٣ د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل – توثيق المعاملات الإلكترونية – مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية من الشريعة والقانون، المجلد الخامس – مرجع سابق –، ص: ١٨٥٩.

٤ د. حازم حسن جمعة، اتفاق التحكم الإلكتروني وطرق إثباته عبر وسائل الاتصال الحديثة، المؤتمر العلمي الدول حول الجوانب القانونية والأمنية، أكاديمية شرطة دبي، ٢٠٠٣م، ص: ٢٠.

هذا الانعقاد من التزام الأطراف بأحكامه وإثباته. (١)

ولقد وضعت المنظمات المختصة بالقانون والجهات التشريعية ضوابط أساسية لإثبات حجية الكتابة والتوقيع الإلكتروني وسأتعرض هنا للمهم منها في فرع مستقل. ثم سأذكر حجية التوقيع الإلكتروني في فروع أخرى مستقلة، كالتالي:

١- أن يرتبط التوقيع بالموقع بالتحديد دون غيره

٢- السيطرة التامة من قبل الموقع على الوسيط الإلكتروني.

٣= إمكانية الكشف عن أي ترميم أو تعديل في معلومات المحرر أو التوقيع الإلكتروني.

ونتناول في هذا المطلب الشروط الواجب توافرها في التوقيع الإلكتروني للأخذ بحجيته في الإثبات ونتناولها في الفروع التالية:

الفرع الأول: ارتباط التوقيع بالموقع دون غيره.

الفرع الثاني: سيطرة الموقع على الوسيط الإلكتروني دون غيره.

الفرع الثالث: إمكانية كشف أي تعديل أو تبديل في التوقيع الإلكتروني.

الفرع الأول: ارتباط التوقيع بالموقع دون غيره

تنص المادة (١٨/١) من القانون ١٥ لسنة ٢٠٠٤م بشأن التوقيع الإلكتروني المصري على أنه:

يتمتع التوقيع الإلكتروني والكتابة الإلكترونية والوسائل الإلكترونية بالحجية في الإثبات إذا ما توافرت فيها الشروط الآتية: (٢)

الفصل الأول: ارتباط التوقيع الإلكتروني بالموقع وحده دون غيره.

وقضت المادة (٦/١) من القانون النموذجي للتوقيعات الإلكترونية أنه "عندما يشترط القانون وجود توقيع من شخص، يستوفي ذلك الشرط بالنسبة إلى رسالة البيانات إذا استخدم توقيع الإلكتروني موثوق بالقدر المناسب للغرض الذي أنشئت أو أبلغت من أجله رسالة البيانات في ضوء كل الظروف، بما في ذلك أي اتفاق ذي صلة كما جاء في المادة (٦/٣) من هذا القانون، "يعتبر التوقيع الإلكتروني موثوقاً لغرض الوفاء

---

١ د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل – توثيق المعاملات الإلكترونية – مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية من الشريعة والقانون، المجلد الخامس – مرجع سابق – ص: ١٨٥٩.

٢ وهذا ما أكدت عليه المادة الثانية / ١ من التوجيه الأوروبي ٩٣ لسنة ٩٩ الصادر في ١٣ ديسمبر ١٩٩٩م.

بالشرط المشار إليه في الفقرة (١) إذا كانت الوسيلة المستخدمة لإنشاء التوقيع الإلكتروني مرتبطة في السياق الذي تستخدم فيه بالموقع دون أي شخص آخر." (١)

: لقد حقق القانون المصري رقم ١٥ لعام ٢٠٠٤ (م١٨/١) الخاص بالتوقيع الإلكتروني هذا الشرط من الجانب الفني و التقني كلما استند هذا التوقيع إلى اللائحة التنفيذية للقانون ١٥ لعام ٢٠٠٤ و تواجدت إحدى الحالتين الآتيتين:

الأولى : أن يرتبط التوقيع بشهادة تصديق إلكترونية سارية المفعول صدرت من جهة مرخص لها.

الثانية إذا تم التحقق من صحة التوقيع الإلكتروني طبقاً للمادة (٧) من هذه القائمة.

و حتى تكون منظومة تكوين بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني في أمان (م٢) يجب توافر الشروط التالية: (٢)

الشرط الأول: الطابع المنفرد لمعلومات إنشاء التوقيع الإلكتروني.

الشرط الثاني: السرية التامة لمعلومات إنشاء التوقيع الإلكتروني.

الشرط الثالث: استحالة معرفة معلومات إنشاء التوقيع الإلكتروني عن طريق الاستنباط والاستنتاج.

الشرط الرابع: . التأكد من استحالة تزوير التوقيع أو تقليده أو أي شكل من أشكال الاحتيال.

الشرط الخامس: التأكد من حفاظة محتوى التحرير المراد توقيعه.

الشرط السادس : عدم تخول هذه المنظومة قبل معرفة الموقع علما تاما بالمحتوى.

الفصل الثاني: الضوابط الفنية والتقنية اللازمة لتكوين بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني

ويجب أن تتضمن منظومة تكوين بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني المؤمنة الضوابط الفنية اللازمة وعلى الأخص ما نصت عليه (م٣) من اللائحة التنفيذية: (٣)

الضابط الأول: أن تكون المنظومة مستندة إلى تقنية شفر المفتاحين العام والخاص وإلى المفتاح الشفري الجذري الخاص بالجهة المرخصة لها والذي تصدره لها الهيئة وذلك كله وفقاً للمعايير الفنية والتقنية المشار إليها في الفقرة (أ) من الملحق الفني والتقني من اللائحة التنفيذية للقانون ١٥ سنة ٢٠٠٤م.

---

١ راجع (م١٠ /أ/١) قانون دولة الإمارات للمعاملات الإليكترونية رقم ٢ لسنة ٢٠٠٢م. وراجع (م٣١) قانون المعاملات الأردني ٨٥ لسنة ٢٠٠١م.

٢ قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤

٣ نفس المرجع السابق، ص: ٢٢.

الضابط الثاني: أن تكون التقنية المستخدمة في إنشاء مفاتيح الشفرة الجذرية لجهات التصديق الإلكتروني من التي تستعمل مفاتيح تشفير بأطوال لا تقل عن ٢٠٤٨ حرف إلكتروني (DIT).

الضابط الثالث: أن تكون أجهزة التأمين الإلكتروني Hardware Security Modulked المستخدمة تعتمده طبقاً للضوابط الفنية والتقنية المشار إليها في الفقرة (ب) من الملحق الفني والتقني اللائحة.

الضابط الرابع: أن يتم استخدام بطاقات ذكية غير قابلة للاستنساخ محمية بكود سري على عناصر متفردة للموقع وهي بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني وشهادة التصديق الإلكتروني ويتم تحديد مواصفات البطاقة الذكية وأنظمتها وفقاً للمعايير الفنية والتقنية المبينة في الفقرة (جـ) من الملحق الفني والتقني للائحة.

الضابط الخامس: أن تتضمن المنظومة لجميع أطراف التعامل إتاحة البيانات الخاصة بالتحقيق من صحة التوقيع الإلكتروني وارتباط بالموقع دون غيره. وأن تضمن أيضاً عملية الإدراج القدري والاتاحة اللحظية لقوائم الشهادات الموقوفة أو الملغاة على أن يتم ذلك خلال فترة محددة ومعلومة للمستخدمين حسب القواعد والضوابط التي يضعها مجلس إدارة الهيئة. (١)

الفرع الثاني سيطرة الموقع على الوسيط الإلكتروني دون غيره

نصت المادة (٢/١٨) من قانون التوقيع الإلكتروني المصري ١٥ لسنة ٢٠٠٤ على أنه يتمتع التوقيع الإلكتروني والكتابة الإلكتروني والوسائل الإلكترونية بالحجية في الإثبات إذا ما توافرت فيها الشروط التالية:

١- سيطرة الموقع وحده دون غيره على الوسيط الإلكتروني.

وهي مطابقة للمادة (٦/٣/٥)(٢) من القانون النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية والتي تنص على:

٢- أن تكون بيانات إنشاء التوقيع خاضعة لسيطرة الموقع.

السيطرة التامة للموقع الإلكتروني على الوسيط الإلكتروني سيطرة تامة تكون عن طريق معرفة تفاصيل عملية إنشاء التوقيع الإلكتروني. ولذلك سنوضح هنا تفاصيل ومراحل عملية إنشاء التوقيع الإلكتروني.

إن عملية إنشاء التوقيع الإلكتروني في التعامل الإلكتروني تمر على مرحلتين أساسيتين متتابعتين. هما:

المرحلة الأولى: يتم إرسال بيانات خاصة تتضمن محتوى التصرف القانوني وتكون بمثابة مفتاح عام (Public Key) وبما أنه عام فيمكن لأي شخص أن يطلع عليه. ولكن لا فائدة لهذا المفتاح إلا برفقة المفتاح الخاص

---

١ المرجع السابق، ص: ٢٢.

٢ البند الخامس من الفقرة الثانية من المادة السادسة.

وهو المرحلة التالية.

المرحلة الثانية: قبل كل شيء يتم إنشاء المفتاح الخاص (Private Key) عن طريق تركيب أرقام و بيانات و لا يمكن لأي أحد الوصول إلى هذا المفتاح فهي تحت قدرة الموقع وحده (١)

ويتوالى هذان المفتاحان في العملية القانونية فالخاص يعقب العام، حيث يمكن أن تمثل المفتاح الخاص بعمل بيانات الموقع على وسائل مختلفة كبرنامج على الحاسوب أو بطاقة السحب الآلي. (٢)

ونتخلص وقائع هذه القضية فيما يلي :أن محامي أحد الأشخاص (الموقع) احتج بالتوقيع الإلكتروني لموكله أمام المحكمة، وقدم في صحيفة دعواه ببيانات هذا التوقيع السرية التي من المفترض أن الموقع هذا الذي يعلمها وحده دون غيره، كما أن هذه البيانات كان يعرفها أيضاً أشخاص آخرون يعملون في مكتب المحامي، وقد رفضت المحكمة الحكم بصحة هذا التوقيع الإلكتروني لأن دوره في إثبات شخصية الموقع أصبح مشكوكاً فيه، ولأن بيانات التوقيع خرجت من تحت يد الموقع إلى شخص آخر وهو محاميه ومعاونوه في مكتبه.

و المقصود مما سبق أن التوقيع الإلكتروني له أثر قانوني إذا ما كانت هذه الوسائل تحت سيطرة الموقع التامة و عند انعدام الشروط لا يبقى التوقيع الإلكتروني حجة ولا دليلا في الإثبات.(٣)

وخلاصة القول هي أننا حتى نستطيع أن نقول بأن التوقيع الإلكتروني له أثر قانوني فإنه يلزم أن يكون التوقيع معبر تماما عن هوية صاحبه وذلك يقتضي أن يكون المفتاح العام برضا الموقع إما في حالة القلم الإلكتروني فمن اللازم أن يستخدمه الموقع عن رضا لا يشوبها غش ولا إكراه. وللتأكد من ذلك يجب أن يكون هناك طرف ثالث بين الطرفين يؤكد الأمر وهو الذي يعرف بجهة التوثيق للتوقيع الإلكتروني ومن مهامه أنه يمنح شهادة على تصديق التوقيع الإلكتروني و أنه حقا منسوب إلى موقعه الأصلي.

الفرع الثالث: إمكانية كشف أي تعديل أو تبديله في التوقيع الإلكتروني

تنص المادة (١٨/٣) من القانون ١٥ لسنة ٢٠٠٤م بشأن التوقيع الإلكتروني في مصر على أنه "يتمتع التوقيع الإلكتروني والكتابة الإلكترونية والوسائل الإلكترونية بالحجية في الإثبات إذا ما توافرت فيها الشروط الآتية:

.... إمكانية كشف أي تعديل أو تبديل في بيانات المحرر الإلكتروني أو التوقيع الإلكتروني.

---

١ د. لحسن سعد سلطي، التوقيع الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤م، ص: ٢٢.

٢ د. محمد المرسي زهرة، الحاسوب والقانون، مؤسسة الكويت للتقدم العلمي، ١٩٩٥م، ص: ١١١ بند ٥٢.

٣ المرجع السابق، ص: ٢٩.

وتحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون الضوابط الفنية والتقنية اللازمة لذلك. وهذا ما نصت عليه المادة (٦/٣/جـ، د) من القانون النموذجي للتوقيعات الإلكترونية. .... كان أي تغير في التوقيع الإلكتروني يجري بعد حدوث التوقيع قابلاً للاكتشاف.

كان الغرض من اشتراط التوقيع قانوناً هو تأكيد سلامة المعلومات التي يتعلق بها التوقيع وكان أي تغيير يجري في تلك المعلومات بعد وقت التوقيع قابلاً للاكتشاف.

ويتم من الناحية الفنية أو التقنية كشف أي تعديل أو تبديل في بيانات الوسائل الإلكتروني الموقع باستخدام تقنية المفتاحين العام والخاص وبمضاهاة شهادة التصديق وبيانات إنشاء التوقع بأصل هذه الشهادة وتلك البيانات أو بأي وسيلة مشابهة. (١)

وصياغة المادة (١٨) من القانون ١٥ لسنة ٢٠٠٤ على هذا النحو تتضمن تطبيق للقواعد العامة في قانون الإثبات من ناحية أن القانون افترض في الكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني والوسائل الإلكترونية الصحة حتى يقوم الدليل على عكس ذلك وهو ذات ما نصت عليه المادة (١٤) من قانون الإثبات ٢٥ لسنة ١٩٦٨م المصري، بشأن المحررات العرفية (يعتبر المحرر العرفي صادراً ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة. (٢)

وكذلك ما نصت عليه المادة (١١) من قانون الإثبات المصري ٢٥ لسنة ١٩٦٨م المحررات الرسمية حجة على الناس كافة بما دون فيها من أمور قام بها محررها في حدود مهمته أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره ما لم يثبت تزويرها بالطرق المقررة قانوناً. (٣)

والمادة (١٨/جـ) من القانون ١٥ لسنة ٢٠٠٤م والتي جاءت مستمدة من القانون النموذجي للتوقيعات الإلكترونية المادة (٦/٣/جـ،د) تهدف إلى تحقيق سلامة التوقيع الإلكتروني وسلامة المعلومات التي يوقع عليها إلكترونياً إضافة إلى تحقيق الأمن والثقة(٤)، وهذا ما أكد عليه القانون النموذجي للتوقيع الإلكتروني في دليل الاشتراع تعليقاً على المادة (٦/٣/جـ/د). (٥)

---

١ للمستشار د. عبد الفتاح بيومي حجازي، التوقيع الإلكتروني، ص: ٤٤٤.

٢ د. محمد المرسي زهرة – الدليل الكتابي – وحجية في الإثبات – مؤتمر القانون والكمبيوتر – ص: ٥٠٩.

٣ د. جمال عبد الرحمن محمد علي، الحجية القانونية للمستندات الإلكترونية، بدون دار نشر، ٢٠٠٤م، ص: ٩٨.

٤ د. نجوى أبو هيبة، التوقيع الإلكتروني، تعريفه، ماهيته في الإثبات، مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، المجلد الأول، ص: ٤٤٩، ص.

٥ انظر الوثيقة (A/CN-9/467) الفقرات ٧٢-٨٠.

الفصل الخامس

حجية وسائل الإثبات الإلكترونية وتطبيقاتها

ويشتمل على خمسة مباحث:

المبحث الأول : **حجية البريد والسندات الإلكترونية في الإثبات**

المبحث الثاني : **حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات**

المبحث الثالث : **حجية وسائل الإثبات الإلكترونية في ظل الاتجاهات والمفاهيم الحديثة للإثبات**

المبحث الرابع : **نطاق قبول وسائل الإلكترونية في الإثبات**

المبحث الخامس : **التطبيقات العلمية لوسائل الإثبات الإلكترونية في الحياة العملية**

المبحث الأول

حجية البريد والسندات الإلكترونية في الإثبات

ويشتمل على ثلاثة مطالب

المطلب الأول: حجية رسائل المرسلة (عن طريق الهاتف المحمول وعن طريق البريد الإلكتروني) في الإثبات

المطلب الثاني: الحجية القانونية للسندات الإلكترونية (المرسلة عن طريق الفاكس) في الإثبات

المطلب الثالث: حجية رسائل التلكس في الإثبات

تمهيد: نتعرض في هذا المبحث ببعض نماذج لصور البريد والسندات الإلكترونية وحجيتهما في الإثبات، مثل رسائل أجهزة الهاتف المحمول النصية والمرئية ورسائل البريد الإلكتروني وحجية السندات المرسلة عن طريق الفاكس والتلكس.

المطلب الأول: حجية رسائل المرسلة (عن طريق الهاتف المحمول و عن طريق البريد الإلكتروني) في الإثبات

يعتبر التلفون المحمول من أهم وسائل الاتصال اللاسلكية في الوقت الحاضر ومن الأعمال المنتشرة حالياً عبر هذا الجهاز الأعمال المصرفية الإلكترونية الخلوية أو ما يعرف ببنوك الخلوي M-Banking، هذا بالإضافة إلى عقد الاتفاقات أو إبرام العقود من خلال الهاتف المحمول E-Contract.

والهاتف المحمول أو (الخلوي) هو أحد أشكال الاتصال التي تعتمد على الاتصال اللاسلكي عن طريق شبكة من أبراج البث الموزعة ضمن مساحة معينة، وهو يتألف من دائرة استقبال وإرسال عن طريق إشارات ذبذبة عبر محطات إرسال أرضية وقد أجريت أول مكالمة به في ٣ إبريل ١٧٣ من قبل العالم الأمريكي Martin Copper الباحث في شركة موتورولا للاتصالات في شيكاغو والذي استفاد من خبرات وأبحاث شركة Lost Technologies في هذا المجال. (١)

ومن أهم استخداماته المعتمدة إمكانية الدخول على موقع الحكومة الإلكترونية والتفاعل معه. على أن مفهوم الحكومة الإلكترونية يقوم أساساً على أنها شبكة متطورة من النظم الكمبيوترية التي تمكن الجمهور من الوصول إلى عدد كبير من الخدمات والمعاملات الحكومية بأنواعها بشكل آلي ومؤتمن عبر الانترنت بواسطة البريد الإلكتروني أو عبر الهاتف المحمول. إضافة إلى إنجاز الحكومة ذاتها في مختلف أنشطتها باعتماد شبكات الاتصال والمعلومات لخفض التكلفة وتحسين الأداء وسرعة الإنجاز ومثالية التنفيذ. (٢)

ومن تطبيقات الحكومة الإلكترونية للهاتف المحمول التبليغ عن طريق دوائر التنفيذ القضائية حيث بدأت هذه الدوائر في بعض الدول العربية مثل الأردن عبر إرسال الرسائل النصية القصيرة عبر الأجهزة الخلوية (المحمول) متضمن تاريخ الجلسة وموعدها ورقم القضية المطلوب فيها ومكان انعقاد الجلسة. (٣) رغم أن

---

١ راجع الموقع الإلكتروني: http://www.only4arab.com/vb/showthread.php – T=186.

٢ المحامي الدكتور / يونس عرب – الحكومة الإلكترونية – ندوة معهد الحكومة الإلكترونية – دبي – على الموقع الإلكتروني: http://egovernmentinstitute.com.

٣ جريدة الرأي الأردنية الرسمية ٣/٢/٢٠٠٩م. راجع الموقع الإلكتروني: http://www.alrai.com.

قانون المعاملات الأردني رقم ١٥ لسنة ٢٠٠١م نص صراحة في المادة (٦/أ/٦) على أن لا تسري أحكام هذا القانون على ما يلي: (لوائح الدعاوي والمرافعات وإشعارات التبليغ القضائية وقرارات المحاكم).

الفرع الأول: التعبير عن الإرادة من خلال الهاتف المعمول ومن خلال البريد الإلكتروني

التراضي هو توافق إرادتي على إحداث الأثر المقصود من العقد، ويتحقق هذا التوافق قانوناً بتبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين. (١)

وتنص المادة (٨٩) من القانون المدني المصري على أن: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد."

والتعبير عن الإرادة هو الإعلان عن إرادة تتجه إلى إحداث أثر قانوني، سواء كان إعلاناً عن إيجاب أو قبول أو إرادة منفردة أو غير ذلك.

وقد يكون التعبير عن الإرادة صريحاً وقد يكون ضمنياً، وفي ذلك تنص المادة (٩٠) من القانون المدني المصري على أن: (٢)

التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة المتداولة عرفاً، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على حقيقة المقصود.

ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنياً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً.

وتنص المادة (١٣٦) من قانون المعاملات المدنية بدولة الإمارات رقم (٥) لسنة ١٩٨٥م على أن:

"التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو بالكتابة ويجوز أن يكون بصيغة الماضي، كما يكونان بصيغة المضارع أو الأمر إذا أريد بهما الحال أو بالإشارة المعهود عرفاً ولو من غير الأخرس أو بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي، أو باتخاذ أي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على التراضي."

ويقر القانون المدني المصري الإيجاب عن طريق التليفون والبريد الإلكتروني، فقد يصدر الإيجاب من شخص لآخر عن طريق التليفون والبريد الإلكتروني كما نص على ذلك صراحة في المادة ٩٤ (١) إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد دون أن يعين ميعاد القبول فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً. وكذلك الحال إذا صدر عن شخص إلى آخر بطريق التليفون أو بأي طريق مماثل كالبريد الإلكتروني وغير ذلك.

---

١ د. عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، مطبعة مصطفى الحلبي، ط٢، ١٩٥٤م، ، بند ٦٥ ص: ٨٠.

٢ د. زيد محمود عقابلة، حجية وسائل المرسلة عن طريق الهاتف المحمول، مؤتمر السابع عشر، مؤتمر المعاملات المصرفية الالكترونية، كلية القانون، جامعة الأمارات، أبو ظبي، ١٩-٢٠ مايو، ٢٠٠٩م، ص: ٥٣٨.

وهذا ما يؤكد عليه المشرع بدولة الإمارات في المادة (١٤٣) التي نظمت التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني والهاتف بقولها:

"يعتبر التعاقد بالهاتف أو بأي طريقة مماثلة كالبريد الإلكتروني بالنسبة للمكان كأنه تم بين متعاقدين لا يضمهما مجلس واحد حين العقد وأما فيما يتعلق بالزمان فيعتبر كأنه تم بين حاضرين في المجلس."

وهذا هو موقف المشرع الأردني في القانون ٤٣ لسنة ٧٦ في المادتين (٩٣) بشأن التعبير عن الإرادة والمادة (١٠٢) بشأن التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني والتليفون. (١)

والتعاقد بطريق التليفون (الهاتف) يكون من المتعذر إثباته عندما يستلزم القانون الإثبات بالكتابة، لأن طبيعة إجراءات التعاقد عن طريق الهاتف لا تستدعي الكتابة أو الشهادة لإثبات هذه المخاطبة وحتى في الحالات التي يجري فيها التعاقد بالهاتف ويعقبها دليل كتابي بالبريد الإلكتروني وغير ذلك، فإن هذا الدليل هو الذي يثبت التعاقد وليست المخاطبة التليفونية، أما إذا لم توجد الكتابة وجاز الإثبات بالبينة فإنه يصعب الإثبات بشهود يعلمون ما دار بين المتعاقدين من حديث. (٢)

الفرع الثاني: الرسالة الإلكترونية المرسلة عبر الهاتف المحمول وعبر البريد الإلكتروني

تناولنا فيما سبق استخدام البريد الإلكتروني والهاتف المحمول في التعبير عن الإرادة من ناحية الخاصية المشتركة بينه وبين البريد الإلكتروني والتليفون العادي، ونتناول الآن التعبير عن الإرادة وحجيتها في الإثبات.

توجد عدة أنواع من الرسالات عبر البريد الإلكتروني والهاتف المحمول منها رسائل (SMS) التي تعد أشهر الأنواع وأقلها تكلفة، وتتسم بقصرها وأثبتت كفاءتها عالمياً، وهناك رسائل (Multimedia message service) وهي تعد أكثر الأنواع تقدماً وأكثرها تكلفة، إذ تتيح إرسال رسائل (لايف) بالصوت والصورة، وهي خاصية لأنواع معينة من الهواتف المحمولة، بالإضافة إلى تكلفتها العالية وتشهد تكنولوجياً الهواتف المحمولة أنواعاً وإمكانيات حديثة ومتطورة ذات إمكانيات عالية كلها ممكن أن يستخدم في نطاق إرسال رسائل إلكترونية مكتوبة ومسموعة في آن واحد. (٣)

وهناك من التشريعات من عدت رسالة المعلومات بطريق الهاتف المحمول والبريد الإلكتروني وغير ذلك من

---

١ يرى المؤلف أن المشرع بدولة الإمارات العربية قد أخذ القانون ٥ لسنة ١٩٨٥م للمعاملات المدنية عن القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦م الأردني.

٢ د. عبد الرزاق السنهوري – نظرية العقد – الطبعة الأولى – مطبعة دار الكتب المصرية ١٩٣٤م، ص: ٢٩٠ بند ٢٨٧.

٣ د. زيد محمود العمايلة – حجية الرسائل الإلكترونية المرسلة عن طريق الهاتف المحمول – المؤتمر العلمي السابع – مؤتمر المعاملات الإلكترونية – الحكومة الإلكترونية – كلية القانون – جامعة الإمارات العربية المتحدة ١٩ – ٢٠ ٢٠٠٩م، ص: ٥٤٣.

الطرق المماثلة وسيلة مقبولة قانوناً للتعبير عن الإرادة ومنها القانون الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم ١ لسنة ٢٠٠٦م فنص في المادة (١/١٢) على: "لأغراض التعاقد يجوز التعبير عن الإيجاب والقبول جزئياً أو كلياً بواسطة المراسلة الإلكترونية.

ونص في المادة (٢/١١) لا يفقد العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد إنه تم بواسطة مراسلة إلكترونية واحدة أو أكثر.

وهذا ما أكدت عليه المادة (١/٤) من القانون ذاته والتي نصت على:

"لا تفقد الرسالة الإلكترونية أثرها القانوني أو قابليتها التنفيذ لمجرد أنها جاءت في شكل إلكتروني."

على أن العقد الإلكتروني لم يرد له تعريفاً في قانون إمارة دبي ٢ لسنة ٢٠٠٢م أو القانون الاتحادي لدولة الإمارات العربية رقم ١ لسنة ٢٠٠٦م، إنما ورد تعريفاً في قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١م والذي عرف العقد الإلكتروني في المادة الثانية منه بأنه "الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل إلكترونية كلياً أو جزئياً." (١)

ونص في المادة (٧) من القانون ٨٥ لسنة ٢٠٠١م الأردني للمعاملات الإلكترونية على أنه: لا يجوز إغفال الأثر القانوني للسجل الإلكتروني والعقد الإلكتروني والبريد الإلكتروني والرسالة الإلكترونية والسند الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني لمجرد أنها أجريت بوسائل إلكترونية شريطة اتفاقها مع أحكام هذا القانون. (٢)

الفرع الثالث: إثبات التعاقد عن طريق وسائل الإلكترونية كالهاتف المحمول والبريد الإلكترونية

يقصد بإثبات التعاقد عن طريق الهاتف المحمول وعن طريق البريد الإلكتروني، تلك القوة القانونية الملزمة للرسالة الإلكترونية المرسلة عبر الهاتف المحمول وعبر البريد الإلكتروني في إثبات التعاقد الذي يجري عن طريقها، فالمشكلة في التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الحديثة بما في ذلك الهاتف المحمول هي مشكلة إثبات في المقام الأول، ونظراً لسهولة استخدام الهواتف المحمولة ولانتشارها. فالرسائل الإلكترونية تعد ثورة حقيقية في عالم الاتصالات الحديثة واستخدامها في إبرام العقود فيمكن أن تصل لأي شخص في أي مكان وبأسعار منخفضة جداً.

ففي مجال المعاملات التجارية.. فإن المبدأ هو حرية الإثبات وبموجب هذا المبدأ الذي تتبعه معظم التشريعات الدول المسلمة والأجنبية. غير أن المشكلة تظهر في المعاملات المدنية التي تزيد عن مقدار معين يحدده

---

١ د. لورنس محمد عبيدات، إثبات المحرر الإلكتروني، دار الثقافة، عمان – الأردن، ٢٠٠٥م، ص: ٢٥.

٢ نفس المرجع السابق، ص: ٢٦.

القانون سلفاً حيث أن القاعدة أنه لابد أن تزيد من الدليل الكتابي إذا زادت قيمة التصرف عن المبلغ المحدد في القانون.(١)

موقف القانون المصري: تنص المادة (٦٠/١) من القانون ٢٥ لسنة ١٩٦٨م على أن (في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على خمسمائة أو كان غير محدد القيمة، فلا تجوز شهادة الشهود في إثبات وجوده أو إنقضائه ما لم يوجد إتفاق أو نص يقتضي بغير ذلك. (٢)

ويحدد المشرع في دولة الإمارات مبلغ خمسة آلاف درهم فلقد نص المشرع في المادة (١/٣٥) من قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية رقم ١٠ لسنة ١٩٩٢م في دولة الإمارات العربية المتحدة على أنه:

(في غير المواد التجارية إذا كان التصرف تزيد قيمته على خمسة آلاف أو كان غير محدد القيمة، فلا تجوز شهادة الشهود في إثبات وجوده أو انقضائه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك). (٣)

ويحدد المشرع في المملكة الأردنية الهاشمية القيمة بمائة، وذلك طبقاً للمادة (١/٢٨) من قانون البينات رقم ٣٠ لسنة ١٩٥٢م المعدل بالقانون رقم ٣٧ لسنة ٢٠٠١م الأردني والتي تنص على: (في الالتزامات التعاقدية، تراعى في جواز الإثبات بالشهادة وعدم جوازه الأحكام الآتية:

إذا كان الالتزام التعاقدي في غير المواد التجارية يزيد على مائة أو كان غير محدد المقدار فلا تجوز الشهادة في إثبات وجود الالتزام أو البراءة منه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك مهما بلغ مقدارها وفي الالتزامات المدنية إذا لم تزد على مائة.

ولما كان التعاقد عبر الرسائل الإلكترونية المرسلة عن طريق الهاتف المحمول وعن طريق البريد الإلكتروني يعد تعاقداً كتابياً لأن طبيعة إجراءات التعاقد عن طريق الرسائل المرسلة عبر الهاتف المحمول وعبر البريد الإلكتروني تستدعي الكتابة، فإنه والحال كذلك لابد من البحث عما إذا كانت الرسالة المرسلة عن طريق الهاتف المحمول وعن طريق البريد الإلكتروني يتحقق لها شروط الكتابة من عدمه.(٤)

---

١ د. أسامة شوقي المليجي – استخدام مستخرجات التقنيات العلمية الحديثة – دراسة على قواعد الإثبات المدني– دار النهضة العربية ٢٠٠٠م، ص: ٦٨.

٢ د. محمد حسام محمود لطفي، الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية، القاهرة ٢٠٠٢م، ص: ٥٠.

٣ د. محمد حسام محمود لطفي، الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية، القاهرة ٢٠٠٢م، ص: ٥٠.

٤ د. زيد محمود العقايلة – مرجع سابق، ص: ٤٨.

الفرع الرابع: الشروط الواجب توافرها في الكتابة ومدى تحققها على الرسائل عبر الهاتف وعبر البريد الإلكتروني

نتعرض الآن بالبحث فيما يلي للشروط الواجب توافرها في الكتابة ومدى انطباقها على الرسائل المرسلة عبر الهاتف المحمول وعبر البريد الإلكتروني.

الفصل الأول: الكتابة

تعتبر الكتابة أهم طرق الإثبات وأدلته في وقت تعقدت فيه المعاملات بين الناس، فالمفروض في الدليل الكتابي أن يثبت بدقة الأمور المدونة فيه مما يقلل من احتمالات النزاع حوله ويسر حسمه إذا قام. بالإضافة إلى أن الكتابة توفر ضمانات حقوق أطراف العلاقة أكثر مما توفره أدلة الإثبات الأخرى. (١)

البند الأول: الكتابة في اللغة(٢)

كتب الكتاب بمعنى خطه، ويقال كتب الكتاب أي عقد القرآن وكتب الله الشيء أي فرضه مثل قوله تعالى: ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِكُمْ﴾(٣).

وكاتب صديقه أي راسله، وفي القرآن الكريم من النصوص القرآنية الكثيرة التي تنص على كتابة الديون والمعاملات ومن ذلك قوله تعالى: : ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾(٤).

والكتابة بوجه عام هي رموز تعبر عن القول والفكر، ولا يتقاطع هذا المفهوم العام للكتابة مع المفهوم القانوني لها. ففي القانون الكتابة رموز تعبر عن فكرة معينة، وإذا كان البحث في الكتابة في اتفاق التحكيم فهذا معناه وجود رموز تبين اتفاق الأطراف وتبادل إرادتهما على اتخاذ التحكيم وسيلة لفض النزاع بينهما. (٥)

ومن الفقه من يذهب إلى أنه ليس في الفقه أو في اللغة ما يلزم بالاعتقاد في أن الكتابة وهي رموز تعبر عن القول والفكر لا تكون إلا فوق الورق، فمن الجائز الكتابة على الورق أو الخشب أو الحجر وأن هناك من الاتفاقيات الدولية تتبنى هذا الرأي، وهي عدم الإشارة إلى دعامة من نوعية معينة لدى الحديث عن الكتابة.

---

١ د. أحمد شرف الدين، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، طبعة نادي القضاة، ٢٠٠٤م، بدون ذكر بلد نشر، ص: ٣٥.

٢ المعجم الوجيز – مجمع اللغة العربية –القاهرة ٢٠٠٢م، ص: ٥٤٦.

٣ سورة البقرة، الآية: ١٨٣.

٤ سورة البقرة، الآية: ٢٨٢.

٥ د. آلاء يعقوب النعيمي، الإطار القانوني لاتفاق التحكيم الإلكتروني، المؤتمر السادس عشر، مؤتمر التحكيم التجاري الدولي، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ٢٨-٣٠، إبريل ٢٠٠٨م، ص: ١٠١٠.

ومن هذه الاتفاقية إلى أن مصطلح الكتابة ينصرف أيضاً إلى المراسلات الموجه في شكل برقية أو تلكس (م٩) وكذلك اتفاقية الأمم المتحدة فينا ١٩٨١م بشأن النقل الدولي للبضائع، فتنص المادة ١٣ منها على أنه: "فيما يخص أغراض هذه الاتفاقية ينصرف مصطلح الكتابة أيضاً إلى المراسلات الموجهة في شكل برقية أو تلكس."(١)

ويوضح رأي فقهي(٢) إلى أن تطور مفهوم الكتابة من المفهوم التقليدي لها المتمثل بالرموز المترتبة على سند ورقي إلى المفهوم الحديث لها لتشمل أي رموز تكون مرتبة عند قراءتها آيا كانت الدعامة المثبتة لها، لم يطرأ بمناسبة الحديث عن اتفاق التحكيم الإلكتروني أو بمناسبة ظهور عقود التجارة الإلكترونية على الإنترنت. فقد بدأ الأمر على يد القضاء بأنه يجوز لقاضي الموضوع أن يعتبر رسالة الفاكس دليلاً كتابياً على القبول، لأنها ليست مجرد صورة بل نسخة أخرى من أصل الرسالة. إذ أن جهاز الفاكس المتلقى يتلقى الرسالة كما هي في صورة ذبذبات على أجزائه الداخلية فتكون نسخة أصلية من المجرد بكتابة إلكترونية ثم يخرجها مرة أخرى على ورق.

وبهذا الحكم قد فتحت الباب لإعادة النظر في المفهوم التقليدي لكتابة بحيث يشمل بالإضافة إلى الكتابة الورقية الكتابة على دعامة ما دامت تسمح بحفظ الكتابة وقراءتها.

ولقد أعقب هذا الحكم وما تلاه من انتشار العقود المبرمة عبر الانترنت والبريد الإلكتروني وهي تتم عبر وسيلة إلكترونية صدور العديد من التشريعات على المستوى الوطني والدولي. ومنها على المستوى الدولي قانون التجارة الإلكترونية النموذجي (الأونسترال) ١٩٩٦م والذي ينص في المادة (١/٦) على أنه: "عندما يشترط القانون أن تكون المعلومة مكتوبة تستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط إذ تيسر الاطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليها لاحقاً". ومن ذلك أيضاً القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي ١٩٨٥م في المادة (٢/٧) والتي تنص على أنه ينبغي "أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً، ويعتبر الاتفاق مكتوباً إذا ورد في وثيقة موثقة من الطرفين أو في تبادل رسائل أو تلكسات أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال السلكي واللاسلكي لتكون بمثابة سجل الاتفاق، أو في تبادل المطالبة والدفاع الذي يدعي فيها أحد الطرفين وجود اتفاق ولا ينكره الطرف الآخر. وتعتبر الإشارة في عقد ما إلى مستند يشتمل على شرط لتحكيم بمثابة اتفاق تحكيم شريطة أن يكون الاتفاق مكتوباً وأن تكون الإشارة قد وردت بحيث تجعل ذلك الشرط جزءاً من العقد.

---

١ د. محمد حسام محمود لطفي، الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية، القاهرة ٢٠٠٢م، بدون دار النشر، ص: ٢٧.

٢ د. آلاء يعقوب النعيمي – الإطار القانوني لاتفاق التحكيم الإلكتروني، ص: ١٠١١.

وكذلك (م٢/٢) من اتفاقية نيويورك ١٩٥٨م بشأن الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها، والتي نصت على أنه يقصد بالاتفاق المكتوب شرط التحكيم في عقد أو في اتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف أو الاتفاق الذي تضمنته الخطابات المتبادلة أو البرقيات. ولقد حذت حذو اتفاقية نيويورك معظم التشريعات الوطنية الدول المسلمة ومنها قانون التحكيم المصري ٢٧ لسنة ١٩٩٤م.(١)

ولقد عرفت المادة (١/أ) من قانون تنظيم التوقيع الإلكتروني رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤م، وإنشاء هيئة تنمية صناعة التكنولوجيا الكتابة الإلكترونية بأنها "كل حروف أو أرقام أو رموز أو أي علامات أخرى تثبت على دعامة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أية وسيلة أخرى مشابهة وتعطي دلالة قابلة للإدراك.

ولقد أوردت المادة (٦/٢) من القانون ٥٨ لسنة ٢٠٠١م بشأن المعاملات الإلكترونية الأردني إنشاؤها أو إرسالها أو تسلمها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو بوسائل مشابهة بما في ذلك تبادل البيانات الإلكترونية أو السند الكتروني أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي.

الفصل الثاني: شروط الكتابة اليدوية ومدى توافرها في الكتابة الإلكترونية

حتى تحقق الكتابة وظيفتها في الإثبات يجب أن تتوافر فيها بعض الشروط:

الشرط الأول: أن تكون الكتابة الإلكترونية مقروءة أو قابلة للقراءة، ومنسوبة لصاحبها وأن تدون بشكل مفهوم سواء أكانت بحروف أم برموز معروفة أو أن تكون قابلة للقراءة كما لو كانت مشفرة وتم فك الشفرة.(٢)

ويلاحظ أن هذا الشرط ينطبق على الرسائل الإلكترونية المرسلة عبر الهاتف المحمول، وعبر البريد الإلكتروني فإنه يمكن قراءتها في جميع الأحوال باستخدام الأمر الذي يعني استيفائها لهذا الشرط المتعلق بإمكانية قراءتها وفهم محتواها طالما أن اللغة التي تظهر بها على شاشة الهاتف المحمول والحاسب الآلي هي لغة مفهومة ومقروءة لأطراف العقد، أما بالنسبة لنسبة الرسالة لصاحبها فقد عالجتها المادة (١٣) من القانون الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة ١ لسنة ٢٠٠٦ التي نصت على أنه: (٣)

تعتبر الرسالة الإلكترونية صادرة عن المنشئ إذا كان هو الذي أصدرها بنفسه.

---

١ راجع مواد القانون على الموقع الإلكتروني: http://www.uneitral.org.

٢ د. حسن عبد الباسط جميعي – إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت – ص: ٢٠.

٣ نص المادة ١٣ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٦م الاتحادي هو ذات نص المادة (١٣) من القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية ١٩٩٦م. راجع نصوص القانون على الموقع الإلكتروني: https://www.uneitral.org.

في العلاقة بين المنشئ والمرسل إليه، تعتبر الرسالة الإلكترونية صادرة عن المنشئ إذا أرسلت: من شخص له صلاحية التصرف نيابة عن المنشئ فيما يتعلق بالرسالة الإلكتروني.

من نظام معلومات مؤتمن ومبرمج تلقائياً من قبل المنشئ أو نيابة عن.

ويتضح من ذلك أن المادة (١٣) من قانون الأونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية لعام ١٩٩٦م والمادة ١٣ من القانون الاتحادي بدولة الإمارات العربية تقران أن رسالة المعلومات قد صدرت عن المنشئ في حالتين:

١- إذا كانت الرسالة الإلكترونية قد صدرت عن المنشئ ولحسابه، وإذا كانت قد صدرت بواسطته.

٢- إذا كانت الرسالة قد صدرت بواسطة وسيط إلكتروني معد للعمل بشكل تلقائي أو أوتوماتيكي بواسطة المنشئ أو بالنيابة عنه. (١)

وقد أوردت المادة (٣/١٣) من القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية ١٩٩٦م والمادة (٣/١٣) من القانون الاتحادي بدولة الإمارات حالتين يحق فيهما للمرسل أن يعتبر أن الرسالة الإلكترونية قد صدرت عن المنشئ أو يتصرف على أساس ذلك وهاتان الحالتان هما:

١- إذا طبق المرسل إليه تطبيقاً صحيحاً إجراء سبق أن وافق عليه المنشئ من أجل التأكد من أن الرسالة الإلكترونية قد صدرت عن المنشئ لهذا الغرض.

٢- إذا كانت الرسالة الإلكترونية كما تسلمها المرسل إليه ناتجة عن تصرفات شخص تمكن بحكم علاقته بالمنشئ أو وكيل للمنشئ من الوصول إلى طريقة يستخدمها المنشئ لإثبات أن الرسالة الإلكترونية صادرة عنه.

الشرط الثاني: حفظ محتوى المحرر (الاستمرارية): نص قانون الأونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية ١٩٩٦م في المادة (١/٦) على أنه: "عندما يشترط القانون أن تكون المعلومة مكتوبة تستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط إذا تيسر الإطلاع على البيانات الواردة منها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليها لاحقاً."

ومفاد ذلك أن الكتابة يجب أن تكون على وسيط يسمح بثبات الكتابة عليه واستمرارها بحيث يمكن الرجوع إلى المحرر كلما كان ذلك لازماً لمراجعة بنود العقد أو لعرضه على القضاء عند حدوث خلاف بين أطرافه. (٢)

---

١ د. زيد العمايلة – مرجع سابق، ص: ٥٥٢.

٢ راجع دليل الاشتراع، الفقرات ٤٧، ٤٨، ص: ٣٤.

وتأكيداً لذلك فإن منظمة المواصفات العالمية (ISO) وبخصوص المواصفات الخاصة بالمحررات أكدت أن على المحرر هو (مجموعة المعلومات والبيانات المدونة على دعامة مادية يسهل قراءتها عن طريق الإنسان أو باستخدام آلة مخصصة لذلك).(١) وهذا ما أكدت عليه المادة (٧) من القانون ١ لسنة ٢٠٠٦م الإتحادي لدولة الإمارات العربية.

الشرط الثالث: عدم قابلية الكتابة للتعديل: نصت المادة (٢٨)من قانون الإثبات المصري ٢٥ لسنة ١٩٦٨م بأنه للمحكمة أن تقدر ما يترتب على الكشط والمحو والتحشير وغير ذلك من العيوب المادية في المحرر من إسقاط قيمته في الإثبات أو إنقاصها وإن كانت صحة المحرر محل شك في نظر المحكمة جاز لها من تلقاء نفسها أن تدعو الموظف الذي صدر عنه أو الشخص الذي حرره ليبدي ما يوضح حقيقة الأمر منه.

ويتضح من هذا النص أن تقدير قوة المحرر الكتابي في الإثبات يتحدد في ضوء السلامة المادية للمحرر وعدم إدخال تعديلات عليه بالإضافة أو المحو أو بالتحشير أو بظهور عيوب مادية في المحرر، فإن حدثت تلك التعديلات، فإن ذلك يجب أن يكون له أثر مادي ظاهر على المحرر حتى يمكن للقاضي تقدير ما يترتب على ذلك من آثار قانونية. وهذا هو موقف المشرع المصري في القانون ١٥ لسنة ٢٠٠٤م(٢) بشأن تنظيم التوقيع الإلكتروني، فلقد نصت المادة (١٨) منه على أنه: "يتمتع التوقيع الإلكتروني والمستند الإلكتروني والبريد الإلكتروني أو الكتابة الإلكترونية والمحررات الإلكترونية بالحجية في الإثبات إذا ما توافرت فيها الشروط الآتية:

إمكانية كشف أي تعديل أو تبديل في بيانات المحرر الإلكتروني أو السند الإلكتروني أو البريد الإلكتروني أو التوقيع الإلكتروني. (٣)

أما الرسالة الإلكترونية فتتميز بقدرة المرسل على تعديلها بالإضافة أو الإلغاء لبعض مضمونها وإعادة تنسيقها قبل إرسالها دون وجود أي علامة تدخل على الإلغاء أو الإضافة كما أن تعديلها من المرسل إليه أمر غير ممكن حيث يستطيع المرسل إليه أن يضيف أو يلغي أو يعدل لبعض مضمونها، ويمكن إجراء مطابقة بين الرسالتين بحيث تكون الرسالة التي وصلت إليه هي الرسالة العائدة للمرسل دون تعديل أو تغيير وهذا يعني استيفائها لهذا الشرط المتعلق بعدم وجود عيوب مادية من شأنها أن تقلل من قيمتها من خلال الكشط والمحو التحشير.(٤)

---

١ د. حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص: ١٨.

٢ د. حسن عبدالباسط جميعي – ص: ٢٢.

٣ د. زيد العقايلة – ص: ٥٥٥.

٤ نفس المرجع السابق، ص: ٥٥٥.

الفرع الخامس: حجية الرسالة المرسلة عبر جهاز التليفون المحمول وعبر البريد الإلكتروني

نص القانون ٢ لسنة ٢٠٠٠م لإمارة دبي في المادة السابعة منه على أنه:

١- لا تفقد الرسالة الإلكترونية أثرها القانوني أو قابليتها للتنفيذ لمجرد أنها جاءت في شكل إلكتروني.

٢- لا تفقد المعلومات التي تشير إليها الرسالة الإلكترونية دون تفعيل أثرها القانوني أو قابليتها للتنفيذ متى كان الاطلاع على تفاصيل تلك المعلومات متاحاً ضمن النظام الإلكتروني الخاص بمرسلها وتمت الإشارة إلى كيفية الاطلاع عليها.

وهذه المادة (١٢) من قانون إمارة دبي ٢ لسنة ٢٠٠٢م والمطابقة للمادة (١٠) من القانون الاتحادي رقم ١ لسنة ٢٠٠٦ على أنه: لا يحول دون قبول الرسالة الإلكترونية أو السند أو البريد أو التوقيع الإلكتروني كدليل إثبات: لمجرد أن الرسالة أو السند أو البريد أو التوقيع قد جاء في شكل إلكتروني.

وكذلك المادة ٢/١٣ من القانون ٢ لسنة ٢٠٠٢م، والمادة ٢/١١ من القانون الاتحادي (١) لسنة ٢٠٠٦م أنه: (لا يفقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد أنه جاء بواسطة رسالة إلكترونية).(١)

المطلب الثاني: الحجية القانونية للسندات الإلكترونية (المرسلة عن طريق الفاكس) في الإثبات

الفرع الأول: مفهوم جهاز الفاكس

يعد جهاز نقل المستندات (الفاكس) من أسرع الخدمات البريدية في عالم الاتصالات وأكثرها تطوراً، ويطلق عليه الاستنساخ عن بعد (نقل الصورة عن بعد).

ويعرف جهاز الفاكس بأنه جهاز استنساخ بالهاتف يمكن به نقل الرسائل والمستندات المخطوطة باليد والمطبوعة بكامل محتوياتها كأصل وتسلمها عن طريق شبكة الهاتف المركزية أو عن طريق الأقمار الصناعية، ويمكن استخدامه داخل المدينة أو خارجها أو بين دول العالم، ويتم إرسال المستندات وتسلمها عن طريق تزويد رقم هاتف المسلم للمرسل إليه (المحلي أو الدولي) الذي لديه جهاز فاكس، فتظهر هذه المستندات نسخة كأصلها، فتأتي نغمة خاصة تشبه إشارة الجرس يقوم بإرسالها الجهاز عند استعداده لتسلم الوثائق ونغمة أخرى عند الانتهاء من تسلمها.(٢)

---

١ قانون إمارة دبي، المادة رقم ٢ لسنة ٢٠٠٢م.

٢ د. عباس العبودي – الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات المدني – دار الثقافة – عمان – المملكة الأردنية الهاشمية –

ولقد شاع استخدام أجهزة الفاكس في إنجاز العديد من الأعمال التجارية والمدنية والإجرائية لما تتميز به من سرعة في تبادل المعلومات والبيانات المطبوعة في شتى أشكالها.

ولا يثير استخدام أجهزة الفاكس ومستخرجاتها في التعاملات أية مشكلات لكن المشكلة تثور عندما يدب الخلاف بين أطراف العمل القانوني تتعلق:

أولاً: مدى استعجال رسائل الفاكس للاشتراطات القانونية للدليل على وقوع العمل في الشكل المطلوب.

ثانياً: مدى حجيتها في الإثبات. (١)

الفرع الثاني: فوائد استخدام الفاكس

- توفير الوقت واختصاره بشكل كبير، إذ يمكن إرسال الرسائل والمستندات في مدة لا تتجاوز الدقيقة الواحدة.
- ضمان وصول الرسائل والمستندات. إن استخدام نظام الفاكس يتيح تبادل البيانات بين طرفين لا يجمعهما مجلس واحد ومن دون تدخل وسيط بينهما، مما يحقق ضمان وصول الرسائل والسندات بسهولة ويسر.
- المحافظة على سرية المراسلات وانعدام احتمال ضياعها.
- تجنب جميع الأخطاء التي يمكن وقوعها عن طريق الاتصال بالهاتف أو البرق أو التلكس، لأن الرسائل المرسلة عن طريق نظام الفاكس لا تحتاج إلى تدقيق الأخطاء فيها، لأنها تصل بالصورة والشكل والحجم نفسيهما فالأخطاء خلال النقل بهذا النظام تعد معدومة.
- لا يحتاج جهاز الفاكس إلى عمالة مدربة، بعكس التلكس الذي يحتاج إلى عمالة مدربة لاستخدامه.
- فرض التعامل بالفاكس نجاحاً واسعاً في مجال إثبات التعاقد اليومي للأفراد شأنها في ذلك شأن السندات المرسلة عن طريق التلكس. (٢)

٢٠٠٢م، ص: ٩٦.

١ د. أحمد السعيد شرف الدين – عقود التجارة الإلكترونية (تكوين العقد وإثباته) كلية الحقوق – جامعة عين شمس ٢٠٠١م، ص: ٢٣٦.

٢ راجع د. عباس العبودي – التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الحديثة – ص: ٩٧.

الفرع الثالث: موقف التشريعات من حجية الفاكس

عرفت المادة (٧) من قانون الأونسيترال للتحكيم التجاري الدولي(١) اتفاق التحكيم وشكله ونصت الفقرة الرابعة منها على:

يستوفي اشتراط أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً بواسطة خطاب إلكتروني إذا كانت المعلومات الواردة متاحة بحيث يمكن الرجوع إليها لاحقاً، ويقصد بتعبير "الخطاب الإلكتروني" أي خطاب يوجهه الطرف بواسطة رسالة بيانات، ويقصد بتعبير "رسالة البيانات" المعلومات المنشأة أو المرسلة أو المتلقاة أو المخزنة بوسائل إلكترونية أو مغناطيسية أو بصرية أو بوسائل مشابهة تشمل على سبيل المثال لا الحصر – التبادل الإلكتروني للبيانات والبريد والسند والتوقيع الإلكتروني والبرق والتلكس والنسخ البرقي.

ولقد صدرت ملحوظات الأونسترال عن تنظيم إجراءات التحكيم عن الأمم المتحدة – فيينا ١٩٩٦م(٢)، ونصت في المادة (٨/أ) الفقرة (٣٥) على أنه:

يلاحظ أن الفاكس، والذي يوفر مزايا عديدة تفوق ما توفره وسائل الاتصال التقليدية مستعمل على نطاق واسع في إجراءات قضايا التحكيم. ومع ذلك إذا ما ارتأى أنه بسبب خصائص المعدات المستعملة قد يكون من الأفضل عدم الاعتماد على صورة مستند مرفقة بالفاكس فقط، فمن الجائز النظر في اللجوء إلى ترتيبات خاصة. كأن يرسل بند معين من بنود الأدلة المكتوبة بواسطة البريد والسند أو أن يسلم شخصياً بطريقة أخرى. أو أن يتم تأكيد بعض رسائل الفاكس عن طريق إرسال السندات، التي يثبت نسخها بالوسائل الإلكترونية، بواسطة البريد أو تسليمها بدلاً من ذلك.

وعندما ينبغي أن لا يرسل سند ما بواسطة الفاكس، وقد يكون من المناسب تجنباً لإتباع إجراء عديم المرونة دونما ضرورة، أن تحتفظ هيئة التحكيم بالسلطة التقديرية في قبول نسخة مسبقة من السند ترسل بواسطة الفاكس بغرض الوفاء بموعد نهائي، شريطة أن يرد السند نفسه بعد ذلك بوقت معقول. (٣)

ويرى الباحث.. أن ما جاء بالملحوظة الواردة في الفقرة (٣٥) من ملحوظات الأونسترال عن تنظيم إجراءات التحكيم قد أقرت بأهمية الفاكس ومزاياه المتعددة، واستعماله على نطاق واسع في مجال التحكيم

---

١ المعدلة بالصيغة التي اعتمدتها اللجنة في دورتها التاسعة والثلاثين في عام ٢٠٠٦م.
راجع الموقع الإلكتروني: للأونسترال، ص: ٤. http://www.uncitral.org.

٢ نشر مشروع المبادئ التوجيهية بالوثيقة (A/CN ADD 1 9/396) أعيد نشره في حولية الأونسترال، المجلد الخامس والعشرون ١٩٩٤م، الجزء الثاني رابعاً.

٣ د. عباس العبودي، ص: ٩٩.

تفوق ما توفره وسائل الاتصال التقليدية إلا أن المشرع قدر رأي أنه زيادة في الاحتياط والتأمين قد يكون من الأفضل عدم الاعتماد كلياً على صورة السندات المرسلة بالفاكس بل من الممكن إرسال بعض الأدلة عن طريق البريد أو أن يسلم شخصياً أو أن يتم تأكيد بعض رسائل الفاكس التي أرسلت إلكترونياً بإرسالها مرة أخرى عن طريق البريد أو قد يكون مناسباً أن تحتفظ هيئة التحكيم بالسلطة التقديرية في قبول نسخة مسبقة مرسلة عن طريق الفاكس شريطة أن يرد السند نفسه بعد ذلك بوقت معقول.

وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على ضرورة الاحتياط من السندات المرسلة بواسطة الأجهزة الإلكترونية لما قد تتعرض له مخاطر التلاعب والتزوير وتحسباً لإنكار المرسل بأن هذه السندات مرسلة عن طريقة مما يشكل عائقاً في سير العملية التحكيمية، إضافة إلى أن السندات المرسلة عن طريق الفاكس والتي يتسلمها المرسل إليه ليست سنداً أصلياً وإنما هي صورة حرفية مستنسخة.

الفرع الرابع: حجية لرسالة الفاكس

إذا كانت رسالة الفاكس التي يتسلمها المرسل إليه من قبيل الكتابة والمحررات العرفية التي يمكن الاتفاق على اعتبارها دليلاً في الإثبات إلا أن تحديد حجيتها، على الصعيد القانوني يتطلب التحقق من الاشتراطات التي يتطلبها القانون في المحرر العرفي (الكتابة والتوقيع) ليكون له قيمة الدليل الكامل(١)، ومن الثابت قانوناً أن حجية الدليل الكتابي تتوقف على وجود توقيع أصلي عليه ممن هو منسوب إليه(٢)، وإذا كانت رسالة الفاكس كما استقبلها المرسل إليه تستوفي شرط الكتابة إلا أن الظاهر أن التوقيع ليس إلا توقيعاً مصوراً وبذلك تكون هذه الرسالة عبارة عن صورة فوتوغرافية لأصلها الموقع عليه.. فهل تكون لرسالة الفاكس تلك حجية الصورة الفوتوغرافية؟

وللإجابة عن هذا التساؤل نتعرض بعض أحكام محاكم التمييز في الدول المسلمة. (٣)

الفرع الخامس: اعتبار رسالة الفاكس مبدأ ثبوت بالكتابة

استقر الفقه القانوني في مصر على أن "رسالة الفاكس حين تعتبر صورة لورقة عرفية فلا حجية لها في الإثبات إذا أنكرها من هي منسوبة إليه، وفي هذه الحالة لا يكون للقاضي ملزماً بإحالة الدعوى للتحقق أو قبول أدلة أخرى على صدور الرسالة ممن هي منسوبة."

---

١ د. أحمد السعيد شرف الدين – عقود التجارة الإلكترونية – كلية الحقوق – جامعة عين شمس – ص: ٢٣٨.

٢ فرج، د. توفيق حسن: قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، محكمة النقض المصرية، منشورات الحلبي، بيروت، لبنان، ص: ١٠٢.

٣ د. أحمد السعيد شرف الدين – ص: ٢٣٩.

وإزاء شيوع استخدام الفاكس في إنجاز العديد من المعاملات فإنه لا يمكن إهدار كل قيمة لرسائله في الإثبات لمجرد جحدها ممن هي منسوبة إليه. ولقد أصدرت محكمة النقض المصرية حكماً باعتبار رسائل الفاكس دليلاً كتابياً ناقصاً يصدق عليه ويكون لها من ثم حجية الإثبات إذا قام الدليل على المنسوب إليه رسالة الفاكس قد أرسلها بالفعل... واعتبرت محكمة النقض على أن الحكم المطعون عليه قد أخطأ في تطبيق القانون وعابه القصور في التسبب حين رفض طلب الطاعنة إحالة الدعوى للتحقيق لإثبات الواقعة المدعى بها بكافة طرق الإثبات مؤسساً هذا الرفض على أن رسالة الفاكس ما هي إلا صورة لورقة عرفية لا حجية لها في الإثبات طالما أن المطعون ضده قد أنكرها ولم تقدم الطاعنة أصلها." (١)

الفرع السادس: الموقف القانوني في الإمارات

اعتبار رسالة الفاكس نسخة أصلية من المحرر العرفي وتحمل توقيع المرسل

قبل القضاء في دولة الإمارات العربية المتحدة لإثبات بواسطة الفاكس، فلقد اعتبرت محكمة تمييز دبي في العديد من أحكامها، أن الأصل في رسالة الفاكس المرسلة إلى المرسل إليه أنها "تعتبر عند ثبوت صدورها ممن أرسلها نسخة من أصلها وليست مجرد صورة ضوئية له وأن هذا الأصل يكون محفوظاً لدى مرسلها مما لا يجوز معه في هذه الحالة تكليف المرسل إليه بتقديمه. (٢)

وقررت في حكم آخر أنه "من المقرر وعلى ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة أنه من المعلوم للكافة أن نقل الرسالة بواسطة جهاز الفاكس يتم بوضع أصلها في الجهاز الموجود لدى الجهة المرسلة الذي يقوم بدوره بنقلها مصورة كما هي وبثها من جهاز الفاكس الآخر الموجود لدى الجهة المرسل إليها. ومن ثم فإن رسالة الفاكس التي يطبعها جهاز الفاكس المتلقي بطريق التصوير نقلاً عن جهاز الفاكس المتلقي وتكون موقعة من الجهة المرسلة تعتبر نسخة أصلية من تلك الرسالة المرسلة والتي تكون محفوظة لدى مرسلها، مما لا يجوز معه — في تلك الحالة — تكليف الجهة المرسلة إليها بتقديمه ويكون لهذا الأصل الذي قدمه المرسل إليه قيمة الورقة العرفية من حيث الإثبات ولا سبيل لمنازعة الجهة المنسوب إليها تلك الرسالة فيها إلا بإنكار صدورها منها أو إثبات عدم مطابقتها لأصلها الموجود لديها. ولا يعني عن ذلك مجرد ادعائها بأنها صورة تتحسر عنها قيمتها في الإثبات. (٣)

ولقد أصدرت محكمة تمييز دبي حكماً ثالثاً جاء في "إنه من المقرر وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن

---

١ د. أحمد السعيد شرف الدين — ص: ٢٤٨.

٢ رشدي، د. محمد السعيد، حجية وسائل الاتصال الحديثة في الإثبات، بدون ناشر، ص: ٣٣.

٣ د. محمد السعيد رشدي — حجية وسائل الاتصال الحديثة في الإثبات، ص: ٣٣.

لرسالة الفاكس حجية الورقة العرفية من حيث الإثبات إلى أن يثبت العكس، فمجرد وتقل الرسالة بواسطة جهاز الفاكس المرسل إلى الجهاز المرسل إليه موقعة من الجهة المرسلة تعتبر نسخة أصلية من تلك الرسالة ولها قوة الإثبات ولا يعتبر من ذلك مجرد الادعاء بأن هذه الرسالة لم تصدر عن الجهة المرسلة دون إقامة بينة طالما أنها موقعة توقيعاً شاملاً وبيناً وليس ما يمنع المحكمة من اعتماد صحة الورقة العرفية دون إجراء تحقيق إذا ما اقتنعت من ظروف الدعوى ومستنداتها بصحة المستند العرفي، كما لها في نطاق سلطتها التقديرية أن تعتمد في تكوين عقيدتها بصحة التوقيع على ما تلمسه بنفسه من تلك الأوراق المذكورة وعلى ما هو مقدم في الدعوى من أوراق ثبت لها أنها صادرة ممن تشاهد عليه ودون ما حاجة إلى اللجوء إلى التحقيق والمضاهاة بواسطة الخبراء. (١)

ومن هذه الأحكام يمكن أن يستخلص أنه لا مانع في قبول الفاكس كدليل في الإثبات إذ يتمتع حجية الكتابة والمحررات العرفية في الإثبات وفقاً لما هو ثابت في ضوء الوضع التشريعي الراهن.

الفرع السابع: شروط حجية الفاكس

يتعين لكي يكتسب الفاكس هذه الحجية توافر الشروط التالية:

أن تحتوي الرسالة المرسلة عبر جهاز الفاكس وبوضوح على رقم الفاكس الخاص بالجهة – المرسلة.

أن تحتوي الرسالة بوضوح على الرقم الكودي للمدولة.

توقيع الرسالة من الجهة المرسلة.

وتجدر الإشارة إلى أن قانون التجارة المصري الجديد ١٧ لسنة ١٩٩٩م قد اعتمد رسالة الفاكس في إعذار المدين في حالة الاستعجال. كذلك قانون البينات بالمملكة الأردنية الهاشمية رقم ٣٠ لسنة ١٩٥٢م للعدل بالقانون رقم ٣٧ لسنة ٢٠٠١م فلقد نص في المادة (١٣/٣-أ) على أنه (وتكون لرسائل الفاكس والتلكس والبريد الإلكتروني قوة الإسناد العادية في الإثبات ما لم يثبت من نسب إليه إرسالها أنه لم يقم بذلك أو لم يكلف أحد بإرسالها). (٢)

---

١ د. محمد السعيد رشدي – حجية وسائل الاتصال الحديثة في الإثبات، ص: ٣٥.

٢ المرجع السابق، ص: ٣٧.

المطلب الثالث: حجية رسائل التلكس في الإثبات

التلكس هو نظام دولي لتبادل المراسلات النصية والمكاتبات التجارية بشكل فوري من وإلى أي مكان في العالم تقريباً يحصل كل مشترك في خدمة التلكس على رمز تعريفي "أنسرباك" "Answer Back" فريد يستخدم للتأكد من هويته.

ولقد تطورت خدمة التلكس فأصبح يمكن إرسال رسائل إلى (٨) مشتركين في الوقت نفسه(١) وتتكون كلمة telex من مقطعين هما (tele) برقية و(x) بمعنى تبادل ومدلول الكلمة التبادل البرقي.

الفرع الأول: مفهوم جهاز التلكس

ويعرف جهاز التلكس بأنه جهاز طباعة إلكتروني مبرق، يطبع البيانات الصادرة من المرسل باللون الأحمر والبيانات الصادرة من المرسل إليه باللون الأسود، فيستطيع المشترك بذلك الاتصال بأي مشترك آخر يمتلك الجهاز نفسه وإرسال إجابة وتسلم رده سواء كان داخل القطر أم خارجه. وتظهر البيانات مكتوبة بسرعة عالية خلال ثوان في كلا الجهازين، فلكل مشترك رقم ورمز نداء خاص، ولا يمكن إرسال الرسالة إلا إذا تم تسلم رمز النداء من الجهاز المرسل إليه.

وإذا كان المتعاقد ليس مشتركاً في خدمة التلكس فإنه يستطيع أن يرسل رسائله بالتلكس عن طريق مكتب (البريد).

ويعمل جهاز (التلكس) على تحويل الحروف المكتوبة التي تتم عن طريق الإرسال والتسلم بالاتصال السلكي واللاسلكي إلى نبضات كهربائية فيحول الضغط الحروف إلى إشارة كهربائية تتحول بعدها إلى موجات كهرومغناطيسية تمر خلال سلوك(٢) أو أقمار محددة لخدمة إرسال واستقبال التلكسات المرسلة أو المستقبلة عبر السفن في البحار. (٣)

---

١ راجع الموقع الإلكتروني لشركة اتصالات العالمية http://etisalat.ae.

٢ د. عباس العبودي – الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات المدني – ص: ٦٠.

٣ خدمة التلكس الدولي – راجع موقع الشركة المصرية للاتصالات: http:///telecomequptalextripod.com.

الفرع الثاني: فوائد نظام الاتصال بالتلكس

يميز نظام الاتصال بالتلكس المزايا التالية:

الفصل الأول: السرعة

يستطيع الشخص الذي يرغب في التعاقد عن طريق جهاز التلكس تأمين وصول إيجابة إلى الشخص الآخر الذي يرغب فيه إتمام التعاقد معه في أي بلد كان والحصول على الإجابة المباشرة بالقبول أو الرفض خلال ثوان أو دقائق معدودة، ومن دون حاجة إلى الذهاب إلى مكتب البرق أو البريد.

الفصل الثاني: السرية

لأن الرسالة المرسلة بالتلكس، رسالة مكتوبة لا يعرف ما فيها من معلومات إلا المرسل الذي أرسل أو الشخص المخول بإرسالها، خلافاً للبرقية العادية التي تفقد الكثير من سريتها إذ يتبادلها عدة أشخاص حتى تصل إلى المرسل إليه.

الفصل الثالث: الإتقان والوضوح

يتم إعداد رسالة التلكس قبل إرسالها على شريط مثقب.. (والذي حدث تطوراً كبيراً فيه ويستخدم في العديد من الدول الشريط المغناطيسي بدلاً من واسترجاع المعلومات المخزونة من خلال شاشة تتيح للمشغل إجراء التعديلات المطلوبة). وتكون الرسالة خالية من الأخطاء، فإذا حدثت أخطأ عند كتابة الرسالة يمكن تصحيحها عند وصولها، فتظهر الرسالة منظمة وخالية من الأخطاء.

يتيح جهاز التلكس الاتصال بعدة فروع متباعدة الأماكن في الوقت نفسه وموقعة بأكثر من نسخة وإرسال الرسالة نفسها مما يوفر الجهد والوقت.

تعد أهم السمات الأساسية للتلكس أنه يترك أثراً مادياً مكتوباً للوثائق المرسلة عن طريقه ولذلك يكون أفضل وأدق من المخاطبة التي تجري عن طريق الهاتف، مما يرضي كلاً من الطرفين اللذين يرغبان في التعاقد. (١) ولذا اكتسب التلكس حجية قانونية في الإثبات، وقد تمتع بقبول فائق في مجال الأعمال وأقره تشريعات عديدة، وجاء في أحد أحكامه أن لمحكمة الاستئناف سلطة تقديرية في تحديد مدى حجة التلكس كوسيلة للإثبات، وقد كانت محكمة استئناف باريس قد اعتبرت أن للتلكس حجية في الإثبات. (٢)

---

١ د. عباس العبودي – الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات المدني – ص:٦٢.

٢ سبق وأن تعرضنا بإيجاز لصور التوقيع الإلكتروني وفي..... وما بعدها.

الفرع الثالث: موقف القضاء الإنجليزية من حجية التلكس في الإثبات

لقد لقي التعامل بالتلكس رواجاً في القانون الإنجليزي إذ قبل فيها القضاء إثبات إتمام العقد المبرم بهذه الوسيلة.

ونشير هنا إلى قضية حررت وقائعها على النحو التالي(١):

شركة إنجليزي مقرها في لندن تعاقدت مع شركة أمريكية مقرها في أمستردام، وكانت كلتاهما لديهما جهاز تلكس بواسطته يمكن إرسال التعبيرات عن طريقة ماكينة Telepronete تعمل على آلة كاتبة Typewriter بحيث أن الكتابة التي تقوم بها هذه الآلة في بلد معين تتلقاه في نفس الوقت آلة التلكس الموجودة في البلد الآخر، وعن طريق هذه الآلة أرسلت الشركة الإنجليزي إلى الشركة الأمريكية إيجاباً بشراء بضائع منها وقبلت الشركة الأمريكية ذات الإيجاب، وبعد ذلك ادعت الشركة الإنجليزية على الشركة الأمريكية أنها لم تنفذ العقد، ورفعت عليها دعوى أمام المحكمة الإنجليزية في لندن، فدفعت الشركة المدعى عليها (الأمريكية) التي مقرها استردام بأنها قبلت الإيجاب في أمستردام وأن العقد يعتبر بذلك أنه قد تم في أمستردام ولكن المحكمة الإنجليزية قضت بأن القبول لا يتم إلا إذا تلقاه الموجب، ولقد حدث هذا في لندن، وبذلك تكون المحكمة الإنجليزية هي المختصة.

وواضح أن المسألة كانت تتعلق بتحديد زمان انعقاد العقد ومكانه في التعاقد بين غائبين وقتها قد اعتبرت المحكمة أن التعاقد بالتلكس كالتعاقد بالتليفون وليس في الأمر خروج على القاعدة العامة وهي إن العقد لا يتم حتى يعلم الموجب بقبول القابل، وحيث أن الإيجاب قد عمل في لندن وأن العلم بالقبول قد حصل في لندن، فإن العقد الذي ينشأ من ذلك يعتبر قد تم في لندن، ولكن المهم أن المحكمة قد اعتمدت التلكس كوسيلة آمنة تقنياً وقانونياً لإبرام العقود وبالتالي إثباتها "إذ هي من الأصل لم تطرق إلى مناقشة هذه الوسيلة من قريب أو بعيد، من حيث مدى ما لها من قوة في الإثبات." (٢)

---

١ د. محمد السعيد رشدي – ص: ٣٠.

٢ المرجع السابق، ص: ٣١.

المبحث الثاني

حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات

ويشتمل على أربعة مطالب:

المطلب الأول: حجية التوقيع الإلكتروني على أساس اتفاق الأطراف

المطلب الثاني: حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات عند انعدام الاتفاق بين الأطراف

المطلب الثالث: قبول التوقيع الإلكتروني في الحالات التي لا يجب فيها الإثبات بالكتابة

المطلب الرابع: مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات

تمهيد :سنتناول هذا الموضوع حسب الضوابط العامة للإثبات وحسب حالتي وجود اتفاق الأطراف وعدمه. وذلك في ضوء العناوين الفرعية للبحث.

المطلب الأول: حجية التوقيع الإلكتروني على أساس اتفاق الأطراف

يجب العلم بأن أمر صحة اتفاق الأطراف المربوط بحجية التوقيع الإلكتروني في مسائل الإثبات يقتضي معرفة مدى ارتباط ضوابط وشروط الإثبات بالنظام العام. وهنا خلال الصفحات التالية سنخوض في بيان هذا الأمر من خلال المباحث التالية:

الفرع الأول: مدى ارتباط ضوابط الإثبات بالنظام العام

إن العديد من فقهاء القانون المصري والمختصين فيه يرون أن ضوابط الإثبات لها ارتباط وثيق بالنظام العام، و ما يؤيد هذا الرأي هي عدد من الأحكام خلال التقنين المدني السابق.(١)

على الرغم من أن القضاء المصري و فقهه ، كلاهما يعتقدان أن ضوابط الإثبات الخاصة بعبء الإثبات أو بالقواعد الموضوعية في الإثبات لا علاقة لها بالنظام العام (٢)

سوى أولئك التي يتبين من ظاهرها أن لها صلة وثيقة بالنظام العام بحجية المحرر الرسمي قبل الكافة إلى أن يطعن فيها بالتزوير، وحجية القرائن القانونية القاطعة، و بذلك فإنه يجوز الموافقة على نقل عبء الإثبات، أو إنكار قاعدة موضوعية.(٣)

و إنه من المتفق عليه ان ضوابط الإثبات لا تعد من النظام العام، و لذلك فإنه من الصحيح إنكارها، "سكوت الخصم على الاعتراض على الإجراء مع قدرته على إبدائه، اعتباراً قبولاً ضمنياً له وتنازلاً عن التمسك بأي بطلان يكون مشوباً به" و من المتفق عليه أيضا أن ضابطة الإثبات عن طريق البينة في الصور التي يلزم فيها الإثبات عن طريق الكتابة لا تعد من النظام العام، وبذلك فإنه يجوز الموافقة على إنكارها بصراحة أو بالإشارة.(٤)

---

١ د. أحمد نشأت – رسالة الإثبات – الجزء الأول – الطبعة السادسة.

٢ د. ثروت عبد الحميد – حجية التوقيع الالكتروني في الإثبات – مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة وصناعة دبي – في الفترة من ١٠ – ١٢ مايو ٢٠٠٣م، المجلد الأول، ص: ٤٠٦.

٣ د. ثروت عبد الحميد – حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات – مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون ٢٠٠٣م، المجلد الأول، ص: ٤٠٢.

٤ نقض مدني مصري، ٢٥ مايو ١٩٩٨م، طعن ٢٢٩ س ٦٤ ق.
نقض مدني مصري ١٦ مايو ١٩٨٥م، طعن رقم ٢٠٤٥ س ٥١ ق

ثم أن موافقة الجانبين على إنكار ضوابط الإثبات يمكن أن تكون قبل وقوع الخصام أو بعده، و يمكن أيضا أن يذكر خلال الدعوى(١)، مع أن بعض الفقهاء يميلون إلى عدم صحة الموافقة على إنكار ضوابط الإثبات قبل الخصام، لما يقع في ذلك من احتمال الاستفادة من الجانب الآخر بشكل غير جائز. (٢)

الفرع الثاني: مدى صحة الاتفاقات المرتبطة بحجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات

إن طرفي التوقيع يتفقان على قوة حجية العقد قبل المعاملة الإلكترونية (٣)، ومن أوضح الأمثلة على ذلك الاتفاقيات التي تسبق عقود إصدار بطاقات السحب الآلي وبطاقات الائتمان وتتضمن شروط هدفها الحجية الكاملة للتوقيع الإلكتروني عند استخدام تلك البطاقات. وبذلك تفرغ المصارف عن مسؤولية تصديق هوية الشخص وتوقيعه الإلكتروني عند كل استخدام لتلك البطاقات.

المطلب الثاني: حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات عند انعدام الاتفاق بين الأطراف

في غياب أي اتفاق بين الأطراف ينظم حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، أو في الأحوال التي يوجد فيها الاتفاق بين الأطراف ولكن القاضي يهدره، فإن تحديد قيمة المحرر الإلكتروني في الإثبات تحكمه القواعد العامة، والتي تقضي بأن التوقيع الإلكتروني يمكن الاستعانة به كدليل إثبات في الأحوال التي لا يشترط فيها الإثبات بالكتابة، أو الحالات المستثنية من مبدأ وجوب الإثبات بالكتابة وكل ذلك يخضع لتقدير القاضي.(٤) وسنخوض في البحث عن حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات عند انعدام اتفاق بين الأطراف ينظم حجية من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: الاعتداد بالتوقيع الإلكتروني في الإثبات استناداً إلى قناعة القاضي

في هذه الحالة يعتمد القاضي على جدارة الجهاز الخاص بمعالجة التوقيع الإلكتروني وكذلك المنهج المتبع في

---

١ د. أسامة أحمد شوقي المليجي، استخدام مستخرجات التقنيات الحديثة في الإثبات ت دراسة مقارنة دار النهضة العربية ٢٠٠٠م، ص: ١١٦ وما بعدها.

٢ السنهوري، د. عبد الرزاق، النظرية العامة للالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢م، ص: ٦١٥.

٣ د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل – توثيق المعاملات الإلكتروني – مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون – المجلد الخامس – مرجع سابق – ص: ٤٠.

٤ د. ثروت عبد الحميد – مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات على ضوء القواعد التقليدية في الإثبات – بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون – كلية الشريعة والقانون – جامعة الإمارات العربية مايو ٢٠٠٣م، المجلد الأول، ص: ٤٠٨.

تلك العملية. مثل معالجة جميع معاملات البطاقات الإلكترونية التي تعالج آليا دون تدخل بشري من طرف البنك بشرط استخدام البطاقة المعطاة الخاصة.

فطبقاً للاصطلاح القانوني لبطاقة الائتمان هي: (بطاقات بلاستيكية ممغنطة يصدرها البنك لعميله بشروط معينة ويعطي له رقماً سرياً غير معروف إلا للعميل وحده، ويقوم العميل بإدخال الرقم السري كتابة إلى الحاسب ويطلب المبلغ المراد سحبه من جهاز الصراف الآلي الموجود خارج البنك وبدون أي تدخل من موظف البنك. (١)

فعلى أساس هذه المقدمات يستطيع القاضي أن يقيم قرينة على أن حامل البطاقة هو الذي تولى بشخصه القيام بهذه العملية، لكنها قرينة بسيطة يجوز إثبات عكسها وذلك بإقامة الدليل على اختلال نظام تسجيل البيانات داخل المؤسسة المصرفية، أو على سرقة البطاقة واختلاس الرقم السري، وهذه الحالات لا تعدو كونها مجرد أمثلة، فالاتفاق بين البنك والعميل في المثال السابق على حجية التوقيع الإلكتروني يستطيع القاضي أن يهدره إلا أنه يعتد بالتوقيع الإلكتروني لأنه الأقرب إلى الاحتمال وليس استناداً إلى اتفاق الأطراف.

الفرع الثاني: الاعتراف للتوقيع الإلكتروني بحجية كاملة إذا توافرت فيه شروط معينة

قد تشهد الواقعة المعروضة أمام قاضي الموضوع إلى الاعتراف للتوقيع الإلكتروني بحجية كاملة في الإثبات تعادل الحجية الكاملة للتوقيع التقليدي، مثال ذلك أن يعرض على القاضي نزاع بين المصرف والعميل الذي يستخدم بطاقة سحب صادرة عن ذلك المصرف ويستعملها العميل حسب شروط محددة ويقوم القاضي بندب خبير للتأكد من وجود التوقيع الإلكتروني – فإذا ما انتهى الخبير إلى توافر التوقيع الإلكتروني بكافة شروط صحته من الناحية الفنية، أصبح له نوع من الوجود القانوني وسوف يقدر القاضي حجيته كالتوقيع التقليدي، وتبقى مسألة هامة وهي من الأطراف يتحمل عبء الإثبات، هل يجب على من ينكر صدور التوقيع الإلكتروني منه أن يثبت ذلك؟ وهذا الأمر يبدو صعباً، لأنه أولاً يتعلق بإثبات واقعة سلبية، وثانياً لأن الجهاز أو الآلة التي تولت استقبال التوقيع الإلكتروني وتسجيله غالباً ما تكون بيد الطرف الآخر ولا يبقى إلا القول بأن عبء الإثبات يقع على عاتق الجهة التي تقدم التسجيلات الخاصة بالتوقيع الإلكتروني، حيث تلتزم بإثبات أنها تستخدم نظام معلوماتي جدير بالثقة، وأن العملية التي قام بها الطرف الآخر تم

---

١ د. هدى حامد قشقوش – الصور الإجرامية لحالات السحب الإلكتروني من الرصيد – ورقة عمل مقدمة إلى ندوة أكاديمية الشرطة بالقاهرة في ٩٤/١٢/١٩٩٨م.

تسجيلها بدقة، وأن أيا من أجهزتها لم يتعرض للعطل أو الاختلال.(١)

المطلب الثالث: قبول التوقيع الإلكتروني في الحالات التي لا يجب فيها الإثبات بالكتابة

الفرع الأول: مدى حجية التوقيع الإلكتروني في إثبات التصرفات التجارية

القاعدة هي حرية الإثبات في المواد التجارية — حتى بالنسبة للتصرفات القانونية والعقود التي يتطلب القانون المدني الكتابة لإثباتها، طالما كان طرفاها تاجرين وتمت لأغراض تجارتهما ويستثنى من ذلك الحالات التي يستلزم فيها القانون التجاري نفسه الكتابة لإجراء العمل القانوني، وكذلك حالة اتفاق الأطراف على وجوب الكتابة لإثبات التصرف القانوني، حيث يصبح الدليل الكتابي ضرورياً لإثبات التصرف عن المدعي به، وتنص المادة (١/٦٩) من قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م على ما يلي: (يجوز إثبات الالتزامات التجارية أيا كانت قيمتها بكافة طرق الإثبات ما لم ينص القانون على غير ذلك). (٢)

فإذا كان التصرف تجارياً بالنسبة لطرفيه جاز لكل منهما إثباته بكافة طرق الإثبات القانونية، وفي ذلك تقول محكمة النقض المصرية "متى كان طرفاً النزاع تاجرين فلا جناح على المحكمة إن هي أحالت الدعوى إلى التحقيق ليثبت المدعي صدور بيع منه إلى المدعى عليه وقيمة الأشياء المبيعة، ذلك لأن الإثبات في المواد التجارية جائز بكافة طرق الإثبات.(٣)

أما إذا كان التصرف مختلطاً بين تاجر وغير تاجر أو بين تاجرين ولكن الأعمال لا تتصل بالتجارة أو مدنية بطبيعتها، اتبعت في إثباته وسائل الإثبات الأخرى التجارية بالنسبة للتاجر ووسائل الإثبات المدنية بالنسبة لغير التاجر أو بالنسبة للتاجر الذي يعتبر العمل مدنياً من ناحيته، وعلى ذلك إذا كان طرفا التصرف القانوني تاجرين، وكان موضوعه منصباً على أعمال تجارية، جاز للطرفين إثبات حصول التعاقد ومضمونه بكافة طرق الإثبات بما في ذلك المحررات الموقعة إلكترونياً، المحررة على وسيط غير مادي. ويلاحظ أن تقدير قيمة الدليل المستمد من التوقيع الإلكتروني في هذه الحالة مرده للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، والذي له

---

١ د. ثروت عبد الحميد — حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات — بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون — ٢٠٠٣م، المجلد الأول، ص: ٤١٠.

٢ د. عبد الفتاح بيومي حجازي، قضاء النقض المدني التي قررتها محكمة النقض في ٦٨ عاماً ١٩٣٩م — ١٩٩٩م، منشأة المعارف ٢٠٠٠م، ص: ٢٠، ٢١.

٣ د. عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني، — دار الثقافة — عمان — المملكة الأردنية الهاشمية ١٩٩٧م، ص: ٢٩١.

أن يعول على مدى كفاءة الجهاز الإداري والفني الذي تم عن طريقه الحصول على منظومة التوقيع الإلكتروني. (١)

ويجب على التاجر أن يستخدم في إنشاء التوقيع الإلكتروني البيانات ونقلها وتخزينها واستعادتها إلكترونياً طريقة جديرة بالحفاظ عليها وعدم المساس بها، والاحتفاظ بها المدة المقررة لتقادم الحقوق الواردة بها على الأقل، وأن تشتمل سندات التعاقد ما يفيد إحاطة الطرف الآخر بشروط التعاقد العامة والخاصة وعلى نحو يجعل رضاءه صادراً عن بينه واختيار.

ولقد أجاز التوجيه الأوروبي الصادر في ٢٠ مايو ١٩٩٧م للتجار بتقديم دفاترهم على وسائط الإلكتروني. (٢)

الفرع الثاني: حجية التوقيع الإلكتروني في التصرفات التي لا تجاوز قيمتها حداً معيناً

في حال عدم تجاوز مقدار التصرف القانوني نصاب الإثبات بشهادة الشهود، يسود قانون حرية الإثبات، فحينها يصح لجميع الأطراف أن يقدموا الأدلة على وجود التصرف القانوني وعلى محتواه بجميع أساليب الإثبات القانونية، و إن لم يكن لدى الأطراف أي حجة كتابية كان لهم أن يقدموا أي دليل في أي صورة من صور الإثبات، أما في الدستور المصري فإن كل تصرف لم يبلغ إلى خمسمائة يصح إثباته بالشهود، و إن تجاوز النصاب المذكور أو كان مجهول القيمة فمن الجائز إثباته بأي طريقة من طرق الإثبات. (٣)

و يصح لأطرف المعاملة القانونية أن يقدموا التحرير الإلكتروني لإثبات المعاملة و محتواها، كما في عملية سحب النقود عن طريق بطاقة الائتمان، أو البيع والشراء إلكترونيا عن طريق التلفزيون والهاتف والفاكس والانترنت.

ثم أن القيمة الإثباتية للتحرير الموقع إلكترونيا في مثل هذه الصورة، خاضعة لأمر القاضي وسلطته التقديرية تماما مثل أساليب الإثبات الأخرى. (٤) فطبقا لذلك، يتمتع القاضي بحرية كاملة فيما إذا منح التوقيع الإلكتروني ذات قوة التوقيع التقليدي أو جعله قرينة من القرائن أو هدر قيمته هدرا كليا في الإثبات.

---

١ د. ثروت عبد الحميد – حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات– بحث مقدم لمؤتمر المعاملات المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون – ص: ٤١٣.

٢ د. محمد السعيد رشدي – حجية رسائل الاتصال الحديثة في الإثبات – بدون ناشر أو سنة، ص: ٧٠.

٣ د. عبد الفتاح بيومي حجازي: التوقيع الإلكتروني في النظم المقارنة – ص: ٣٥٥.

٤ د. ثروت عبد الحميد – حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات– ص: ٤١٤.

الفرع الثالث: مبدأ الثبوت بالكتابة والتوقيع الإلكتروني

إن المقصود بمبدأ الثبوت بالكتابة، هو كل كتابة تصدر من الخصم، و من خصائصها أنها تقرب التصرف المدعى به من الاحتمال، فكلما اعتبرت الورقة مبدأ الثبوت بالكتابة كان من اللزم أن تكون قد صدرت من قبل الخصم أو نائبه – مثل الولي الشرعي أو الوصي أو الوكيل في حدود نيابته – و من خصائصها كذلك أنها تقرب أيضا الحق المراد من الاحتمال، فكلما صح الاعتراف بكون الورقة التي هي في قبضة الخصم أنها مبدأ ثبوت الكتابة، لم يلزمه إحضار الحجة الكتابية الكاملة، و من حقه إثبات وقوع التصرف القانوني و محتواه بجميع أساليب الإثبات، مثل البينة والقرائن والخبرة، ولو اشترطت الكتابة بنص القانون أو باتفاق الأطراف، أو أن يخالف المراد أو يجاوز ما تضمن دليلا كتابيا. (١)

يجب العلم أن مبدأ الثبوت بالكتابة لا يتسبب في حد ذاته إلى إثبات التصرف القانوني أو محتواه، بل أثره محدود إلى حد أن يجعل الإثبات جائزاً عن طريق وسائل مختلفة لم تكن لتقبل لولا وجوده. كما أن تصديق القاضي بوجود مبدأ الثبوت بالكتابة، وهكذا اعتبار التصرف المدعى بوجوده ممكنا جدا – لا تحرم سلطة المحكمة من قياس قيمة مقدار الشهادة أو القرائن المطروحة في مواجهتها لإتمام و تقوية مبدأ الثبوت بالكتابة. ففي حال اطمئنان المحكمة بالدلائل التي طرحت عندها، تثبت لمبدأ الثبوت بالكتابة والكتابة قوة في الإثبات. (٢)

و من خلال العمل بالضوابط السابقة إنه من الممكن – تحت ظل أصول الفقه والقضاء المتفق عليها عند التعامل مع أمر مبدأ ثبوت الكتابة – التمييز بين فرضين لنقدر على إثبات أن التحرير إلكتروني يصح أن يصير مبدأ ثبوت الكتابة.

الفرض الأول: في صورة كون التحرير قد وقع عليه الجانبين، واستخدمت في إنشاء لك التحرير وحفظه ثم استخراجه مرة أخرى تقنية متقنة في العمل، حينها يصح للجانبين الاستشهاد بهذا التحرير لكونه مبدأ الثبوت بالكتابة،

و يصح إتمامه عن طريق البينة أو القرائن أو الخبرة ليصير حجة قانونية تامة، فلقد ثبت القضاء على أن العميل لو كان قابضا على البطاقة في يده و كان يمتلك الرمز السري الخاص بها لوحده فإن ذلك قرينة معتبرة يمكنها إتمام التحرير المقدم للمصرف، و قد كان يحتوي على التوقيع الإلكتروني للعميل، فيعتبر مبدأ الثبوت

---

١ د. ثروت عبد الحميد – حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات– ص: ٤١٥.

٢ د. أحمد شرف الدين – أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية – ص: ١٧٧.

بالكتابة. (١)

الفرض الثاني: وذلك في حال استخراج التحرير الإلكتروني من إحدى الشركات التي تتعامل بوسائل تقنية المعلومات في معاملاتها- تتعامل عبر الإنترنت- و لا تمتلك نظام التنظيم المعلوماتي، فبذلك يخسر التحرير الإلكتروني صفة الثقة والأمانة، و حينها لا تستطيع تلك الشركة الإدلاء بالتحرير السابق المعلوماتي كدليل قبل غيره، حيث أن هذا يناقض مبدأ أساسيا من مبادئ الإثبات، وهو أنه لا يجوز للفرد أن يصطنع لنفسه دليلاً في الإثبات، بخلاف ما إذا أراد الغير الاستناد إليه ضد الشركة التي صدر منها، و في حال فقدان محددات وقواعد الاعتماد في التحرير السابق ليكون تحريرا تاما فإن له نفس قوة الاحتجاج في الإثبات، وحينها يصح أن يعطى مكانة – مبدأ الثبوت بالكتابة – إذا تعضد وتقوى بالبيئة والقرائن.

الفرع الرابع: مدى حجية التوقيع الإلكتروني إذا وجد ما يمنع الحصول على دليل كتابي أو تقديمه

إن الدستور – الاستثناء- يعتبر الإثبات صحيحا بسبب البيئة والقرائن ، حينما تكون الكتابة واجبة للإثبات و كان هناك سببا ناديا أو أدبيا يمنع من الوصول إلى دليل كتابي تام، ثم أن المادة رقم (٦٣) من قانون الإثبات المصري رقم ٢٥ لعام ١٩٦٨م ينص على أنه: (يجوز كذلك الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بدليل كتابي... (أ) إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي..) (٢)

فلقد اتضح من النص السابق أن القانون أجاز لمن لم يستطع الإثبات بالدليل الكتابي لسبب ما كان ماديا أو أدبيا في حال كان من الواجب حصول الإثبات عن طريق الكتابة أن يقيم الإثبات عن طريق شهادة الشهود، وهذا استثناء منطقي جدا، فالمقنن عندما أجاز للفرد بعض التصرفات المحددة وألزمه إثبات تلك التصرفات كتابيا، فإنه لم يغفل في ذلك عن قدرة الفرد على تهيئة الدليل الكتابي للإثبات، فكلما امتنع الفرد عن إقامة الدليل الكتابي ، سمح له القانون أن يقيم الإثبات عن طريق الشهود للضرورة.

قد يكون المانع ماديا في حال كون التصرف تحت ظرووف لا تمنح لصاحبها زمنا أو سببا للقدرة على الدليل الكتابي.

و قد يكون أدبيا في عندما يعجز الدائن عن مطالبة المدين بدليل كتابي لأسباب أدبية او نفسية، وحينها تكون الاستحالة من قبيل لاستحالة النفسية أو المعنوية. ويمكن أن يتضح ذلك بمثل صلة الأبوة أو الأخوة

---

١ د. أحمد شرف الدين – أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية – ص: ١٨٤.

٢ قانون الإثبات المصري، رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨م.

أو صلة الزوجية بين طرفي التصرف القانوني وذلك هو السبب في إعاقة القدرة على السند الكتابي ومثل ذلك عرف بعض المهن. (١)

في حين أن الرأي المذكور سابقا هو القانون في أمر الإثبات في المواد المدنية والتجارية، فالسؤال الذي يطرح نفسه هنا هو هل يصح اعتبار وضع التوقيع الإلكتروني في شكل تحريري على أسس معنوية ثم توقيعه عن طريق دعائم إلكترونية كمانع قانوني يمنع عن القدرة على الدليل الكتابي التام؟

إن القطع بعدم إمكانية القدرة على الدليل الكتابي مطلقا غير ممكن، حتى يصح للفرد أن يوثق التصرف عن طريق دعائم إلكترونية في شكل اضطراري، بل الصحيح هو خلاف ذلك حيث يتمكن المتعاقدين- في أغلب الأحيان – أن يستندا إلى القانون ليتمكنا من إقامة التوقيع الإلكتروني على التصرف القانوني ثم يوثقانه في شكل كتابي، ولكنهم لم يلجأوا إلى الوسائط الإلكترونية إلا لأنها تمتاز بسمة السرعة والسهولة الاقتصاد في النفقة.

و الحقيقة أن هناك الكثير من الحالات الحقيقية التي يتواجد فيها مانع حقيقي عن الدليل الكتابي الكامل، كالتعامل بالبيع والشراء عبر المزاد الإلكتروني على الإنترنت. وشراء تذاكر السفر وحجز المقاعد والغرف و التعامل بإحالات الأموال عبر الإنترنت.

ففي مثل هذه التصرفات القانونية هناك مانع حقيقي عن الدليل الكتابي التام، فيعجز المتعاقد عن الإثبات، وحينها يصح له أن أن يقدم أدلة على وجود التصرف القانوني بشتى أساليب الإثبات الممكنة. (٢)

أما ما يتعلق بالتعاملات الرائجة بين التجار واعتبارها مانعا عن الدليل الكتابي، فالصحيح أنه لا ينكر وجود بعض الصور من التعاملات فيما بين التجار تمنع حقيقة عن الدليل الكتابي التام، مثل علاقة الخادم بسيده وعلاقة المريض بطبيبه وصاحب المطعم بعملائه.

يرى بعض الفقهاء أنه لابد من الفرق بين عادتين، عادة خاصة وأخرى عامة، فالخاصة ما اعتاد عليها شخصان في تعاملهما فيما بينهما وذلك يصح أن يكون حجة على وجود علاقة قوية بين الطرفين، وذلك مانع من القدرة على دليل كتابي، وهذا مانع أدبي، أما العادة الخاصة فما تعامل به جمع من الناس حتى صارت المعاملة قاعدة نابعة من العرف العام ولها قبولها في النفس، وهذه تشكل المانع المادي، وهناك رأي آخر يقول أن كلا أشكال المانعين الأدبي والمادي(٣) يجتمعان عند العادة، وحينها يكاد أن يكون التمييز

---

١ المرجع السابق، ص: ١٨٩.

٢ د. ثروت عبد الحميد – مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات – ص: ٤١٧.

٣ د. سليمان مرقص – موجز الإثبات – ص: ٢٩٩.

بينهما بشكل دقيق مستحيلاً نوعا ما. (١)

فإن العادة كونها قاعدة مألوفة للسلوك المتبع يصعب بوجودها القدرة على الدليل الكتابي تعتبر مانعاً مادياً، وكونها تتسرب إلى باطن الفرد المتعامل بما فيتراجع عن مطالبة دليل كتابي تعتبر مانعاً أدبياً. (٢)

أما أمر وجود هذه العادة، وكونها بدرجة تصح أن تكون مانعا من القدرة على الدليل الكتابي التام، أمر موقوف على القاضي المعين في الحالة، فيقرر فيها بالنظر في ظروف كل قضية، لأنه أمر ثبت في القانون في شكل استثنائي، فلابد ألا لا يتعدى دائرة الاستثناء، وإلا أحدث ذلك فجوة في ضوابط الإثبات الرصينة وتغير المانع الذاتي إلى المانع الموضوعي. (٣)

ثم أنه يلزم على القاضي أن يسبب تقديره، ويلزمه أيضا أن ينتبه إلى أنه لا يصح التمسك ببحث تقدير المانع لأول مرة أمام محكمة النقض لأنه أمر موضوعي. (٤)

المطلب الرابع: مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات

بينا فيما سبق أن التوقيع يعد عنصراً مهماً وفعالاً في المعاملات التجارية المحلية والدولية، فهو جزء من العقد أو السند، ودون ذلك لا يكون للسند أية قيمة قانونية في الإثبات، ومع ازدياد التطور التكنولوجي وتطور المعاملات بين الأفراد اتسع مفهوم التوقيع، فلم يعد قاصراً على التوقيع التقليدي، فقط بل شمل أيضاً التوقيع الإلكتروني، إن هذا التحول من استخدام التوقيع التقليدي إلى التوقيع الإلكتروني في مجال المعاملات المدنية والتجارية يوجب الحفاظ على الدور الذي يلعبه التوقيع التقليدي، وهذا ما سعى إليه فقهاء القانون والقضاء محاولة منهم في إيجاد نوع من الحماية للتوقيع الإلكتروني، وما نتج عن ذلك بين مؤيد ومعارض، فالرأي المعارض لا يفرق بين وظيفة التوقيع وشكله، ومن ثم لا يعتد به في الإثبات، أما الرأي المؤيد والراجح فيفرق بين وظيفة التوقيع وشكله، ومن ثم فإن التوقيع الإلكتروني من حيث وظيفته يمكن اعتباره حجة في الإثبات لقيامه بالوظائف نفسها التي يقوم بها التوقيع العادي، وهو تحديد هوية الموقع وإظهار موافقته على الالتزام بمضمون المحرر الذي قام بتوقيعه.(٥) وهناك من يرى في هذا الموضوع أنه لا يوجد أي حجية لهذا النوع من التوقيع بسبب عدم توفر الأمان والضمانات الكافية واللازمة لمثل هذا التوقيع، إلا أنه وبصدور القوانين

---

١ د. توفيق حسن فرج – قواعد الإثبات – ص: ١٨٨.

٢ د. سليمان مرقص – موجز الإثبات – ص: ٣٠٠.

٣ د. توفيق حسن فرج – قواعد الإثبات – ص: ١٨٩.

٤ الأعمال التحضيرية للقانون المدني: ٣/٣١٣.

٥ محمود، د. عبد العزيز المرسي، مدى حجية المحرر الالكتروني في الإثبات في المسائل المدنية والتجارية، بدون ناشر، ٢٠٠٥م، ص: ٥٩.

الخاصة بالتجارة الإلكترونية أعطيت الحجية لمثل هذا التوقيع وذلك من خلال وضع إجراءات تحقق الأمن والثقة به، وتوفر له الحماية القانونية والتقنية، حيث يتم إصدار التوقيعات من قبل جهة معتمدة تصدر شهادات توثيق به ويكون مودعاً لديها. (١) وهي تعمل بترخيص وتحت إشراف السلطة التنفيذية، وتقوم هذه الجهة بتقديم شهادة إلكترونية لتأكيد هوية الموقع وصفته وصحة توقيعه ونسبة رسالة البيانات أو العقد لصاحبه. (٢) وقد كان أول اعتراف بالتوقيع الإلكتروني عام ١٩٨٩م في مجال البطاقات الائتمانية حيث أقرت محكمة النقض الفرنسية بصحة التوقيع الإلكتروني، واعتبرت أنه يتألف من عنصرين هما إبراز البطاقة الائتمانية، وإدخال رقم حامل البطاقة السري. وأكدت هذه المحكمة كذلك أن هذه الوسيلة توفر الضمانات الموجودة في التوقيع اليدوي، بل تفوقها. (٣) وصدر أيضاً في بداية عام ١٩٩٩م إرشاد عن الاتحاد الأوروبي حول التوقيع الإلكتروني، حيث ورد في المادة الثانية منه على أن التوقيع الإلكتروني يجب أن يستوفي الشروط الآتية:

الفرع الأول: شروط حجية التوقيع الإلكتروني

١- أن يكون التوقيع مرتبطاً بشخص الموقع وحده.

٢- أن يسمح بتعريف هوية الموقع، أي قدرة التوقيع على تحديد شخصية الموقع.

٣- أن يكون قد وجد بوسائل تمكن الموقع من إبقائها تحت رقابته الحصرية.

٤- أن يكون التوقيع مرتبطاً بالبيانات التي يحال إليها بشكل يسمح بكشف كل تعديل لاحق عليها. (٤)

وبهذا الصدد تنص المادة (١٠/أ) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني على أنه "إذا استوجب تشريع نافذ توقيعاً على المستند أو نص على ترتيب أثر على خلوه من التوقيع فإن التوقيع الإلكتروني على السجل الإلكتروني يفي بمتطلبات ذلك التشريع."

وتنص المادة (١٤) من قانون التوقيع الإلكتروني المصري على أن: "للتوقيع الإلكتروني، في نطاق المعاملات التجارية والمدنية والإدارية، ذات الحجية المقررة للتوقيعات في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية إذا روعي في إنشائه وإتمامه الشروط المنصوص عليها في هذا القانون والضوابط الفنية والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون."

---

١ الجنبيهي، د. حسن عبد الباسط، ص: ٤٥.

٢ منصور، محمد حسين، المسئولية الالكترونية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٧م، ص: ٢٧٥.

٣ برهم، نضال إسماعيل، أحكام عقود التجارة الالكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط١، ص: ١٧٧.

٤ برهم، نضال إسماعيل، ص: ١٧٧.

ويلاحظ من النصوص السابقة أن المشرع قد ساوى في الحجية ما بين التوقيع التقليدي والتوقيع الإلكتروني، وبذلك يمكن القول أن التوقيع الإلكتروني في ظل ضمانات معينة يمكنه أن يقوم بذات الدور الذي يؤديه التوقيع التقليدي، بل يرى البعض أن التوقيع التقليدي قد لا يجد له مكاناً في ظل المعالجة الإلكترونية للمعلومات، وبذلك يمكن الاعتماد على الرقم السري كوسيلة بديلة أو إضافية للتوقيع التقليدي، يمكنها أن تقوم بذات الدور التقليدي، فضلاً عن ملاءمتها لنظم المعلوماتية. (١)

ونخلص مما سبق وبما أن التوقيع الإلكتروني أثبت قدرته على أداء مهام التوقيع الكتابي التقليدي، فلابد من دعوة المشرع لاعتماد هذا التوقيع الإلكتروني، ومنحه القوة الثبوتية أمام المحاكم، والجهات الحكومية، ولابد من منح السندات الإلكترونية القوة الممنوحة للسندات الورقية التقليدية، إذ أصبح هذا واقعاً لا مفر منه في ظل التطورات الحالية في المعاملات التجارية الدولية عبر شبكة الانترنت، وهذا ما جعل الاعتراف بالتوقيع الإلكتروني والسندات الإلكترونية مسألة ضرورية بما يمكن الأطراف المتعاقدة من تقديم السندات بعد استخراجها من الحاسب الآلي وتوقيعها إلكترونياً، وعدها أدلة للإثبات تقدم إلى الجهات القضائية. (٢)

ونتمنى أن يواكب التشريع في باكستان هذه التطورات لنتمكن من مسايرة التقنيات الحديثة، إلا أن التطور التقني يخلق أحياناً بعض التحديات، لكنه بالمقابل يجد الحلول دائماً لهذه التحديات ونحن على يقين أننا نستطيع ليس فقط مسايرة التطورات الحديثة وإنما المساهمة فيها.

---

١ د. حجازي، عبد الفتاح بيومي، ص: ٣.

٢ حسن، يحيى يوسف فلاح، التنظيم القانوني للعقود الالكترونية، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، ٢٠٠٧م، ص: ٩٥.

المبحث الثالث

حجية وسائل الإثبات الإلكترونية في ظل الاتجاهات والمفاهيم الحديثة للإثبات

ويشتمل على مطلبين:

المطلب الأول: الجهود الدولية للاعتراف بحجية الوسائل الإلكترونية في الإثبات

المطلب الثاني: حجية الوسائل الإلكترونية في ظل التشريعات الحديثة

تمهيد :يبدو أن الاتجاه التقليدي في الإثبات لا يتناسب مع متطلبات التطور التكنولوجي السريع، لا من حيث إمكانية قبول البريد والسندات والتواقيع الإلكترونية كدليل لإثبات التصرفات القانونية، ولا من حيث منح هذه الوسائل قوة ثبوتية أو حجية ملزمة في الإثبات.(١)

وحتى في حالة إعطاء تفسير واسع لطرق الإثبات ومنها الدليل الكتابي، فإن النصوص التقليدية للإثبات تبقى عاجزة عن قبول هذه الوسائل الإلكترونية كطريقة أو دليل لإثبات التصرفات القانونية المختلفة، أو إعطائها الحجية التي تتمتع بها الوسائل التقليدية الورقية في الإثبات مما يشكل عائقاً أمام التجارة الإلكترونية (E-Commerce) وتطورها، وهذا ما جعل الكثير من الدول والهيئات الدولية تشخص هذا النقص التشريعي فاندفعت إلى اتخاذ تدابير تشريعية لتنظيم الوسائل الإلكترونية، للاعتراف بها كوسيلة أو طريقة لإثبات مختلف التصرفات القانونية وتتمتع بحجية الأدلة الكاملة في الإثبات انطلاقاً من مفاهيم قانونية حديثة فرضها واقع التطور السريع في وسائل الاتصالات والمعلومات وازدهار التجارة الإلكترونية في كنفها بوصفها حاجة وواقعاً ملموساً. (٢)

وقد تبنت التشريعات المعاصرة، سواء الصادرة عن الهيئات الدولية أم البلدان المختلفة، اتجاهاً جديداً يسمح بإعطاء الوسائل الإلكترونية حجية الوسائل التقليدية (الورقية المكتوبة) فأخذت بالمفهوم الحديث لعناصر هذه الوسائل من حيث الكتابة والتوقيع، بحيث تشمل الوسائل الإلكترونية كالبريد والسندات والتواقيع الإلكترونية والمستخرجة من التقنيات العلمية الحديثة كالتلكس والفاكس والحاسوب الآلي وشبكة الانترنت، وبذلك أصبحت الوسائل الإلكترونية بعنصريها الكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني حجية تضاهي حجية الوسائل الكتابية الورقية في الإثبات. (٣)

ولا مناص هنا من استعراض هذه المفاهيم الحديثة للإثبات في ظل الجهود الدولية للهيئات والمنظمات الدولية والإقليمية، وكذلك بيان موقف القوانين الغربية التي عدلت عن الأخذ بالمفاهيم التقليدية وأخذت بالمفاهيم الحديثة للإثبات، ومن ثم تعالج موقف القوانين العربية التي نظمت حجية الوسائل الإلكترونية على ضوء المفاهيم الحديثة للإثبات.

---

١ د. طوني ميشال عيسى، مصدر سابق، ص: ٣٤٢.

٢ هادي مسلم يونس، مصدر سابق، ص: ٢٦٦-٢٦٧.

٣ د. عباس العبودي – الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات المدني – مصدر سابق، ص: ١٣٣.

المطلب الأول: الجهود الدولية للاعتراف بحجية الوسائل الإلكترونية في الإثبات

منذ نهاية عقد السبعينات من القرن الماضي طالبت المنظمات والهيئات الدولية المعنية بالتجارة الإلكترونية (E-Commerce)، بضرورة إلغاء العقبات والمعوقات القانونية التي تعترض التجارة بطريق الحاسوب الآلي، ولعل من أهم تلك المعوقات عدم الاعتراف بالقيمة القانونية لمخرجات الحاسوب الآلي، سواء كانت ورقية أم إلكترونية، أمام المحاكم وهيئات التحكيم باعتبار أن هذه المخرجات ليست بمنأى عن الغش أو التزوير أو التقليد.

وبغياب وجود معاهدة دولية حول التجارة الإلكترونية فإن المعالجة القانونية الدولية لها وجدت عن طريق آليات التنظيم الذاتي (Self Regulation)(١) أو ما يسمى بالتنظيم التلقائي (Auto Regulation)(٢) والذي يطلق عليه أيضاً القانون المرن (Soft Law)(٣)، وتتميز هذه القواعد بأنها ليست صادرة عن السلطة المختصة بإصدار التشريع كما أنها لا تتسم بعنصر الإلزام.

ومضافاً إلى قواعد التنظيم الذاتي، فقد بذلت على المستوى الدولي جهود كثيفة من قبل المنظمات والهيئات الدولية التي اهتمت بتنظيم المسائل القانونية الخاصة بالتجارة الإلكترونية ومنها مسألة الاعتراف بحجية وسائل الإثبات الإلكترونية، ولعل في مقدمتها منظمة الأمم المتحدة من خلال جهود لجنة الأونسترال والتي أسفرت في النهاية عن وضع صكين دوليين مهمين في هذا المجال وهما القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لعام ١٩٩٦م، والقانون النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية لعام ٢٠٠١م، كما ساهمت منظمات دولية أخرى، منها منظمة التجارة العالمية (WTO) وغرفة التجارة الدولية (ICC) والهيئة الدولية لتقنيات المعلومات والاتصالات والتجارة الإلكترونية التي قررت في اجتماعها في مايو ٢٠٠١م أن يصبح أسمها (هيئة الانترنت والاتصالات وتقنية المعلومات). (٤)

وعلى المستوى الإقليمي فإن الجهود التي بذلتها المنظمات الأوروبية من خلال المجلس الأوروبي عن طريق إصدارها العديد من التوجيهات بهدف تنظيم مختلف جوانب التجارة الإلكترونية ولعل أهمها في مجال دراستنا التوجيه الأوروبي بشأن التوقيع الإلكتروني في (١٣/١٢/١٩٩٩م). (٥)

---

١ W TO. Committee on Trade and Development. Seminar on Electronic Commerce and Development. New York. 19 – Feb 1999, P. 2.

٢ د. أسامة أبو الحسن مجاهد: مصدر سابق، ص: ٢٢.

٣ باسل يوسف: الاعتراف القانوني بالمستندات والتواقيع الإلكترونية، مصدر سابق، ص: ٤٩.

٤ للمزيد عن جهود هذه الهيئات والمنظمات الدولية ينظر د. ثروت عبد الحميد: مصدر سابق، ص: ١٤٦ وما بعدها وكذلك WTO. Op. Cit. P. 2-3.

٥ يمكن الاطلاع على هذه التوجيهات في الموقع الإلكتروني الآتي: <http://www.europa.edu.int> (2005/4/5).

لذا سوف نتناول دراسة الجهود الدولية هذه ودورها في مجال إظهار الحجية والقوة القانونية فيما يأتي:

الفرع الأول: جهود لجنة الأونسترال (UNCITRAL) لإقرار حجية الوسائل الإلكترونية

تم إنشاء هذه اللجنة والتي تسمى بلجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (The United Nation Commission on International Trade Law) وتعرف اختصاراً بالأونسترال (UNCIRTRAL) سنة ١٩٦٦م، من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بقرارها المرقم (٢٢٠٥) (٢١-D) في (١٩٦٦/١٢/١٧) وأسندت إليها ولاية تشجيع التنسيق والتوحيد التدريجيين للقانون التجاري الدولي وذلك عن طريق عقد إتفاقيات دولية أو طرح قوانين نموذجية على الدول الأعضاء ليستعين بها المشرع الوطني لوضع القواعد القانونية الداخلية بهدف تحقيق نوع من الانسجام المطلوب لهذه القواعد في مجال التجارة الدولية. (١)

وفيما يتعلق بجهود هذه اللجنة في مجال إضعاف الحجية على وسائل الإثبات الإلكترونية أقرت هذه اللجنة بقانونية التوقيع الإلكتروني من خلال اتفاقية الأمم المتحدة بشأن نقل البضائع لعام ١٩٧٨م والتي تسمى باتفاقية هامبورج(٢)، ومهدت السبيل لقبول الوسائل الحديثة ومنها البريد والتواقيع والسندات الإلكترونية كأدلة لإثبات البيوع الدولية للبضائع من خلال اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع لعام ١٩٨٠م والمسماة باتفاقية فيينا.(٣)

وبعدها اهتمت هذه اللجنة بالاعتراف القانوني بالمعطيات المستخرجة من الحواسيب الآلية منذ دورتها الخامسة عشرة في العام ١٩٨٢م، ومن ثم نظرت في دورتها السابعة عشرة عام ١٩٨٤م في تقرير الأمين العام للأونسترال والذي كان عنوانه (الجوانب القانونية للتجهيز الآلي للبيانات)(٤) وحدد عدة مسائل قانونية تتعلق بالقيمة القانونية لبعض الوسائل الحديثة كالسجلات الحاسوبية واشتراط الكتابة والتوثيق والشروط العامة والمسؤولية وسندات الشحن.

---

١ وبهذا الصدد نصت الفقرة (٣) من المادة (١٤) من هذه الاتفاقية على أنه (يجوز أن يكون التوقيع على سند الشحن بخط اليد أو بالصورة أو بالصورة المطابقة للأصل (Facsimile) أو بالتشقيب أو بالختم أو بالرموز أو بأية وسيلة آلية أو إلكترونية أخرى. بشرط أن لا يتعارض ذلك مع قوانين البلد الذي يصدر فيه سند الشحن.

٢ ينظر:

United Nations Convention of the Carriage of Good by Sea. 1978 (Hamburg) Art 14 UNCITRAL. United Nations Publication, Sales No. E 86 V8. UN-New Yourk. 1986. P. 181.

٣ وقضت المادة (١١) من هذه الاتفاقية بأنه (عقد البيع لا يستلزم إبرامه أو إثباته بالكتابة ولا يخضع لأي أية متطلبات شكلية، ويمكن إثباته بأية وسيلة بما فيها الشهود).

United Nations Convention of the Carriage of Good by Sea. 1978 (Hamburg) Art 14 UNCITRAL. United Nations Publication, Sales No. E 86 V8. UN-New Yourk. 1986. P. 118.

٤ الوثيقة الرسمية (A CN9 254). مشار إليه في سجل تطورات القانون النموذجي وعليقه المرفق مع قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لعام ١٩٩٦م، منشورات الأمم المتحدة، النسخة العربية. نيويورك ١٩٩٦م، ص: ٥٩.

ورأي التقرير أن المشاكل القانونية الناشئة في هذا المجال تتعلق أساساً بالقانون التجاري الدولي وعليه قررت اللجنة إدراج موضوع الآثار القانونية الناشئة عن استخدام المعالجة الآلية للبيانات في تدفق التجارة الدولية في برنامج عملها كبند ذي أولوية.(١)

وفي هذا الإطار عرض على اللجنة في دورتها الثامنة عشرة (١٩٨٥م) تقرير مقدم من الأمانة العامة للأونسترال عنوانه (القيمة القانونية للسجلات الإلكترونية)(٢)، مفاده أن تشريعات الدول تتسم بالمرونة نسبياً بشأن استخدام البيانات المختزنة في الحواسيب الآلية كأدلة في الدعاوى القضائية، إلا أن العقبة تتمثل في إلزام التشريعات بأن تكون الوثائق موقعة أو صادرة على دعامة ورقية. (٣)

وبناءً على هذا التقرير اعتمدت اللجنة توصية أدرجت في قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة (٤٠/٧١) في (١١/١٢/١٩٨٥) حول المعالجة الآلية للبيانات والمعوقات القانونية التي تحول دون استخدامها في التجارة ومنها قيمتها القانونية في الإثبات، وجاء في هذه التوصية التي سميت بـ(Automatic Processing) أن الأونسترال لاحظت أن استخدام المعالجة الآلية للبيانات قد أوشك أن يصبح أمراً مستقراً في كل أرجاء العالم، في كثير من مراحل المعاملات التجارية المحلية والدولية وكذلك في الدوائر الإدارية، وإن القواعد القانونية المتعلقة بالوسائل الورقية تشكل عقبة في هذا الاتجاه مما أثار القلق وأعاقت فعالية استخدام المعالجة الآلية للبيانات. (٤)

وعلى هذا فقد أوصت الأونسترال الحكومات بإعادة النظر في القواعد القانونية التي تعوق استخدام السجلات الحاسوبية كأدلة في الدعاوى القضائية وكذلك بإعادة النظر في المتطلبات القانونية التي تشترط أن تكون الوسائل ذات الصلة بالتجارة مكتوبة أو مجهورة بتوقيع بخط اليد، بما يتيح المجال لاستخدام المعالجة الآلية للبيانات – أي الوسائل الإلكترونية – في المعاملات التجارية أو حتى تقنينها في الدوائر الإدارية إذا كانت تلك الوسائل في صيغة مقروءة حاسوبياً. (٥)

وتضمنت أعمال الدورة الحادية والعشرين لعام ١٩٨٨م والثالثة والعشرين لعام ١٩٩٠م معالجة المسائل القانونية المتعلقة بتكوين العقود بالوسائل الإلكترونية، وفي الدورة الرابعة والعشرين عام ١٩٩١م عرض على

---

١ دليل تشريع قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لعام ١٩٩٦م، سجل تطورات القانون النموذجي وخلفيته، المصدر السابق، ص: ٥٩ - ٦٠.

٢ الوثيقة المرمزة (A/CN.9/265) مشار إليه في المصدر السابق، ص: ٦٠.

٣ المصدر السابق، ص: ٦٠.

٤ المصدر السابق، ص: ٦٠-٦١.

٥ المصدر السابق، ص: ٦١-٦٢.

اللجنة تقرير بعنوان (التبادل الإلكتروني للبيانات) وتوصل هذا التقرير إلى أنه بالإمكان إلى حد ما، وضع إطار عام لتنظيم تقنيات التجارة الإلكترونية عن طريق ترتيبات تعاقدية بين أطراف العلاقة بدلاً من وضع قانون موجد باعتبار إنه خطوة سابقة للأوان.(١)

وعلى الرغم من إصدار اللجنة عقداً نموذجياً لاستخدام المعطيات الإلكترونية، لكنها كانت تعمل وبشكل متواز في ذات الوقت، لإيجاد قانون موحد بشأن التجارة الإلكترونية وهو ما كرست اللجنة جهودها تجاهه طيلة الدورات من الخامسة والعشرين إلى التاسعة والعشرين وأثمر مشروع القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية واعتمدته الجمعية العامة للأمم المتحدة بقرارها المرقم (١٦٢/٥١) بتاريخ (١٩٩٦/١٢/١٦م).

وبالنظر لأهمية هذا الصك الدولي كونه صدر عن لجنة الأونسترال واعتمدت عليه أغلبية التشريعات الوطنية المنظمة للمعاملات والتجارة الإلكترونية، وعلى الأخص، في موضوع منح الحجية للوسائل الإلكترونية فأننا نتناول هذا القانون بشيء من التفصيل فيما يأتي.

الفرع الثاني: القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية(Electronic Commerce Model Law)

إن قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لعام ١٩٩٦م(٢)، قد تم تقسيمه إلى جزأين رئيسيين من الأحكام القانونية موزعة على (١٧) مادة إضافة إلى دليل تشريعي المقدم من الأمانة العامة للأونسترال الذي أرفق مع هذا القانون.

ويتضمن الجزء الأول تحت عنوان التجارة الإلكترونية عموماً (Electronic Commerce in general) ثلاثة فصول موزعة على (١٥) مادة، خصص الفصل الأول منه للأحكام العامة (General Provisions) في حين خصص الفصل الثاني لتطبيق الاشتراطات القانونية على رسائل البيانات (Application of legal requirement to data message)، أما الفصل الثالث والأخير من الجزء الأول فقد خصص لإبلاغ رسائل البيانات (Communication of data message).

وتضمن الجزء الثاني تحت عنوان التجارة الإلكترونية في مجالات محددة (Electronic commerce in specific areas) فصلاً واحداً عن نقل البضائع (Carriage of goods) ويتكون من مادتين، أولاهما تخص الأفعال المتصلة بنقل البضائع وثانيتهما تخص مستندات النقل، مع ملاحظة أن هذا الجزء من القانون النموذجي يمكن إضافة مجالات أخرى إليه عن طريق استحداث فصول أخرى.

---

١ المصدر السابق، ص: ٦٤.

٢ للإطلاع على النص الكامل لهذا القانون مع دليل تشريعه ينظر الموقع الإلكتروني الآتي:
<http://www.unitral.org> last visited (2005/4/25).

كما أن القانون النموذجي مشفوع بدليل لإشتراعه يسمى بدليل تشريع قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لعام ١٩٩٦م واعتمد هذا الدليل على الأعمال التحضيرية لمشروع القانون ويعد مكملاً لهذا القانون، لأن الدليل يساعد الدول على وضع قوانين وطنية بشأن تنظيم المعاملات والتجارة الإلكترونية. (١)

ولم يعرف القانون النموذجي المقصود بالتجارة الإلكترونية، ولكنه عرف الوسائل المستخدمة في إبرام عقود التجارة الإلكترونية وقد وسع في سرد وسائل هذه التجارة فذكر على سبيل المثال، تبادل البيانات الإلكترونية والبريد الإلكتروني والبرق والتلكس والنسخ البرقي (أي الفاكس). (٢)

ويمكن القول أن مزايا القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية علاوة على توحيدها القواعد القانونية المعمول بها في مجال التجارة الإلكترونية على الصعيدين الدولي والداخلي، فإنها يقدم حلولاً دولية موحدة لإثبات المعاملات الإلكترونية في الصفقات التجارية، فضلاً عن مسائل أخرى تتعلق بتكوين العقود كالقواعد التي تحكم زمان ومكان تسلم واستلام الاتصالات الإلكترونية. (٣)

ولعل الغرض الأساسي من هذا القانون هو إنشاء نوع من التكافؤ بين الصفقات التجارية التقليدية المستخدمة فيها الأوراق عادة والتجارة الإلكترونية، أي نوع من التكافؤ الوظيفي (Functionally Equivient) بين التجارة التقليدية والتجارة الإلكترونية. (٤)

لأن أحد أهم أهداف القانون النموذجي يتضمن تسهيل أو تيسير استخدام التجارة الإلكترونية وتوفير معاملة متساوية لمستخدمي التوثيق الكتابي ومستخدمي المعلومات ذات الأساس الحاسوبي، إذ أن القانون النموذجي يعتمد على منهج متكافئ فعال يستند إلى تحليل أغراض ووظائف متطلبات أو شروط الأوراق العادية (التقليدية) بقصد تحديد كيف أن تلك الأغراض أو الوظائف يمكن أن تتحقق من خلال تقنيات التجارة الإلكترونية.

وفي هذا الإطار نشير إلى أهم أحكام القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لعام ١٩٩٦م المتصلة بموضوع بحثنا (وسائل الإثبات الإلكتروني):

---

١ ينظر دليل تشريع قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لعام ١٩٩٦م، مصدر سابق، ص: ١٥.

٢ ينظر المادة الثانية من قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لعام ١٩٩٦م، وكذلك دليل تشريع قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية (١٩٩٦م)ن باء – النطاق. مصدر سابق، ص: ١٧.

٣ د. عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، الكتاب الأول – نظام التجارة الإلكترونية وحمايتها مدنياً، مصدر سابق، ص: ١٦٧.

٤ WTO. Cit. P. 13.

فقد نصت المادة الخامسة من القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية وتحت عنوان (الاعتراف القانوني برسائل البيانات) على أنه (لا تفقد المعلومات مفعولها القانوني، أو صحتها، أو قابليتها للتنفيذ، لمجرد أنها في شكل رسالة بيانات).

"Information shall not be denied legal effect, validity or enforce-ability solely on the ground that it is in the form of a data message". (١)

ولعل الغرض الأساسي من هذه المادة هو منح الاعتراف القانوني بالبلاغات الإلكترونية وإعطائها القوة القانونية اللازمة شأنها في ذلك شأن البلاغات أو المعاملات التقليدية المتعارف عليها في البيئة الورقية والتي من الممكن أن تشمل بشكل أساسي العقود الإلكترونية (E-Contracts)، الواجب على البلدان الاعتراف بها وعدم إنكار قوتها القانونية لمجرد إنها أبرمت بوسائل إلكترونية عن طريق الوسائل الإثبات الإلكترونية المرسلة والمستلمة بالبريد الإلكتروني (E-mail) أو مواقع الويب (Web sites) من خلال شبكة الانترنت.

وتتعلق المادة السادسة من القانون النموذجي بشرط الكتابة إذ جاء في هذه المادة: (عندما يشترط القانون أن تكون المعلومات مكتوبة، تستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط إذا تيسر الاطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها والرجوع إليها لاحقاً.)

"Where the law requires information to be in writing, that requirement is met by a data message if the information contained therein is accessible so as to be usable for subsequent reference."

وكما ذكرنا سابقاً، أن القوانين عندما اعتمدت الكتابة في البيئة الورقية عند القيام بالتصرفات القانونية، كان ذلك ناتجاً عن الوظائف العديدة التي تضطلع بها الكتابة ومعاصة الأدوار التي تقوم بها الكتابة في مجال الإثبات. (٢)

وبما إنه من الصعوبة أن تضطلع الوسائل الإلكترونية بنفس هذه الوظائف، فقد جاء في التعليق الرسمي على المادة السادسة أنه ليس من الملائم إعطاء مفهوم مفرط في الشمول بشأن الوظائف التي تؤديها الكتابة، فالاشتراطات الحالية التي تقضي بأن تعرض البيانات في شكل مكتوب، تجمع في أغلب الأحيان بين اشتراط الكتابة ومفاهيم متميزة عن الكتابة مثل التوقيع والأصل، ولذلك ينبغي لدى الأخذ بنهج وظيفي ايلاء الاهتمام لضرورة اعتبار شرط (الكتابة) أدنى الشروط في التسلسل الهرمي لمقتضيات الشكل الذي يحد مستويات متميزة من موثوقية الوسائل الورقية وإمكانية الرجوع إليها وعدم قابليتها للتحريف. (٣)

---

١ UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce of 1996. Op. Cit. P.5-6.

٢ فايق الشماع، التجارة الإلكترونية، مصدر سابق، ص: ٣٧.

٣ الدليل التشريعي لقانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية (١٩٩٦م)، التعليق على المواد، مصدر سابق، ص: ٣٩-٣٣.

لذلك يمكن القول وبكل بساطة أن الشروط التي يفرضها القانون النموذجي من أن تفي رسالة البيانات بشروط الوسائل الورقية هي الحد الأدنى من الشروط التي يجب توافرها لأغراض التعامل بتلك الوسائل التي عبر عنها الدليل التشريعي للقانون النموذجي بنهج النظير الوظيفي (Functionally Equivalent) ألا وهي الوثوق بالبيانات، أي محتوى رسائل البيانات، كما هو الحال في البيئة الورقية وإمكانية الرجوع إليها لاحقاً وعدم قابليتها للتحريف.

ومن الإطلاع على نص هذه المادة يمكن استخلاص الشروط التي يجب أن تتوفر في رسائل البيانات، بحيث متى توفرت تلك الشروط، يمكن اعتبارها بأنها تقوم بوظائف الوسائل الموثوقة في البيئة الورقية، أي اعتبارها بمثابة الوسائل الورقية، وهذه الشروط هي:

١- أن تكون رسائل البيانات مقروءة، أي يسهل على مستلمها قراءة هذه الرسائل.

٢- أن تكون هناك إمكانية الرجوع إليها.

٣- عدم قابليتها للتحريف.

وتعلقت المادة السابعة من القانون النموذجي بشرط التوقيع وجاء في الفقرة الأولى منها أنه (عندما يشترط القانون وجود توقيع من شخص، يستوفي ذلك الشرط بالنسبة إلى رسالة البيانات إذا:

أ- استخدمت طريقة لتعيين هوية ذلك الشخص والتدليل على موافقة ذلك الشخص على المعلومات الواردة في رسالة البيانات؛

ب- كانت تلك الطريقة جديرة بالتعويل عليها بالقدر المناسب للغرض الذي أنشأت أو أبلغت من أجله رسالة البيانات، في ضوء كل الظروف، بما في ذلك أي اتفاق متصل بالأمر.)

" 1- Where the law requires a signature of person, that requirement is met in relation to data message if:

(a) a method is used to identify that person and to indicate that person' approval of the information contained in the data message; and

(b) That method is as reliable as was appropriate for the purpose for which the data message was generated or communicated, in the light of all the circumstances, including any relevant agreement." (١)

ومن دراسة هذا النص يتبين أن القانون النموذجي لا يعير أهمية للشكل أو الأسلوب الذي يتم به التوقيع وإنما الوظيفة التي يؤديها التوقيع لتعيين هوية الشخص صاحب التوقيع الإلكتروني وأن يدل التوقيع على

---

١ UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce of 1996. Op. Cit, P.6

مشاركة ذلك الشخص بالذات (أي صاحب التوقيع الإلكتروني) في إجرائه، أو بعبارة أخرى، الربط بين صاحب التوقيع ومضمون السند الموقع وموافقته على المعلومات الواردة في رسالة البيانات (Data message) (١).

إذ أن وظيفة التوقيع (Signature) هي لتعريف هوية الموقع أو التعرف بهوية الموقع، ودليل على موافقته أي قبول الموقع لمحتويات الوثيقة الموقع عليها، لذلك فإن كل وثيقة إلكترونية تغطي وظائف التوقيع أعلاه يمكن أن تقبل من الناحية القانونية، وتكون صحيحة من هذه الناحية.(٢)

والملحوظ على الصياغة العامة لهذه المادة والمرونة الكبيرة في التعليق الرسمي عليها، إشارة واضحة إلى عدم اتجاه نية واضعي القانون النموذجي إلى تحديد أو تقييد وسائل وطرق التوقيع مادامت تحقق أغراضها في تعيين هوية منشأ رسالة البيانات وموافقته على المعلومات الواردة فيه، بغض النظر على المستوى التكنولوجي المتاحة حالياً والتي تستخدم عادة في التوقيع الإلكتروني طريقة (مفتاح عام – خاص) أو سلطات التصديق أو التوثيق، لكي لا يقف استخدام التكنولوجيات المختلفة عائقاً أمام التجارة الإلكترونية.(٣)

وتعلقت المادة الثامنة من القانون النموذجي بشرط (الأصل) إذ نصت هذه المادة على أنه (عندما يشترط القانون تقديم المعلومات أو الاحتفاظ بها في شكلها الأصلي، تستوفي رسالة البيانات هذا الشرط إذا:

أ. وجد ما يعول عليه لتأكيد سلامة المعلومات منذ الوقت الذي أنشأت فيه للمرة الأولى في شكلها النهائي، بوصفها رسالة بيانات أو غير ذلك، و

ب. كانت تلك المعلومات مما يمكن عرضه على الشخص المقرر أن تقدم إليه وذلك عندما يشترط تقديم تلك المعلومات.)

"1- Where the law requires information to be presented or retained in its original for, that requirement is met by a data message it:

(a) there exists a reliable assurance as to the integrity of the information from the time when it was first generated in its final form, as a data message or otherwise; and

(b) where it is required that information be presented, that information is capable of being displayed to the person to whom it is to be presented." (٤)

---

١ د. حسين توفيق فيض الله، نظرة شاملة لقانون الأونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية. محاضرات غير منشورة، كلية القانون، جامعة السليمانية، ٢٠٠١م، ص: ٧-٢٣.

٢ د. حسين توفيق فيض الله، نظرة شاملة لقانون الأونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية، ص: ٢٤.

٣ WTO. Op. Cit. P.13.

٤ UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce of 1996. Op. Cit. P.7.

ويلاحظ على الرسوم إن القوانين الوطنية أولت اهتماماً كبيراً بمسألة (الأصل)، أي أن تكون الوسائل في شكلها الأصلي لغرض الرجوع إليها عند حدوث المنازعات، أو الاحتفاظ بهذه الوسائل كواجب إلزامي على صاحبها وإلا تعرض لعقوبات معينة مفروضة قانوناً.

وفيما يتعلق بالوسائل الإلكترونية، وكما يذهب إلى ذلك بحق، واضعوا القانون النموذجي في تعليقهم للرسم على المادة الثامنة والمتعلقة بـ(الأصل)، بأنه سيكون من المستحيل الحديث عن (رسائل بيانات أصلية) لأن الطرف الذي ترسل إليه رسائل البيانات يتلقى نسخة (copy) من الرسالة دائماً، لذا لا يمكن الحديث في البيئة الإلكترونية في الوقت الحاضر وضمن التكنولوجيات المتاحة عن النسخة الأصلية (original) ضمن الشروط الحالية التي تتطلبها القوانين الوطنية في البيئة الورقية، لذا فأن الهدف من القانون النموذجي هو الاعتراف بأن هناك عدة وسائل تقنية يمكن استخدامها بشكل يؤكد أن محتويات رسالة البيانات إنما هي مطابقة للأصل، وبدون الاعتراف بهذا الجانب فإن متطلبات الأصل، أي السندات الأصلية في العقود الإلكترونية تشكل عقبة أمام هذه التجارة وقد تضطر الأطراف إلى استعمال الوثائق أو السندات الورقية لتعزيز الصفقة الإلكترونية وهو ما يعرقل التجارة الإلكترونية ويحد من انتشارها وتطورها. (١)

وأما المادة التاسعة فقد تعلقت بقبول رسائل البيانات وحجيتها في الإثبات إذ جاء فيها أنه (في أية إجراءات قانونية، لا يطبق حكم من أحكام قواعد الإثبات من أجل الحيلولة دون قبول رسالة البيانات كدليل إثبات:

أ- لمجرد إنها رسالة بيانات.

ب- بدعوى إنها ليست في شكلها، إذا كانت هي أفضل دليل يتوقع بدرجة معقولة من الشخص الذي يستشهد بها أن يحصل عليه) وبينت الفقرة الثانية من نفس المادة على أنه (يعطي للمعلومات التي تكون على شكل رسالة بيانات ما تستحقه من حجية في الإثبات وفي تقدير حجية رسالة البيانات في الإثبات، يولي الاعتبار لجدارة الطريقة التي استخدمت في إنشاء أو تخزين أو إبلاغ رسالة البيانات بالتعويل عليها، ولجدارة الطريقة التي استخدمت في المحافظة على سلامة المعلومات بالتعويل عليها، وللطريقة التي حددت بها، هوية منشئها، ولأي عامل أخر يتصل بالأمر).

"1- In any legal proceedings, nothing in the application of the rules of evidence shall apply so as to deny the admissibility of a data message in evidence: (a) on the sole ground that it is a data message; or,

(b) if it is the best evidence that the person adducing it could reasonably be expected to obtain, on the grounds that it is not its original form.

2- Information in the form of a data message shall be given due evidential

---

١ د. حسين توفيق فيض الله، نظرة شاملة لقانون الأونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية، ص: ٢٩-٣٠.

weight. In assessing the evidential weight of a data message, regard shall be had to the reliability of the manner in which the data message was generated, stored or communicated, to the reliability of the manner in which the integrity of the information was maintained, to the manner in which its originator was identified, and to any other relevant factor." (١)

والغرض الأساسي من هذه المادة، ولعلها المادة الأهم في مجال دراستنا، هو إقرار مبدأ عام يقضي بالاعتراف برسائل البيانات (Data message) وقوتها في الإجراءات القانونية من حيث الإثبات وعدم إنكار قوتها القانونية في الإثبات لكونها في شكل إلكتروني فقط، أو بعبارة أخرى، قبول رسائل البيانات بما فيها من معلومات كدليل إثبات التصرفات والوقائع القانونية في حال النزاعات القضائية، شأنها في ذلك شأن أدلة الإثبات الأخرى في البيئة الورقية وعدم إنكار مشروعيتها لأنها في الشكل الإلكتروني.

وهذه المادة تحيل حجية الإثبات على وسائل فنية وعلمية يمكن بموجبها التحقق من هوية الشخص الذي أنشأ رسالة البيانات وطرق حفظها وإبلاغها للمرسل إليه، ويلاحظ على العموم من نصوص المواد (٦-٧-٨) والخاصة بمتطلبات الكتابة والتوقيع والأصل، تداخل كبير بين المتطلبات القانونية والمواصفات الفنية التي يفترض أن تتمتع بها نظام معالجة المعلومات التي يتم من خلالها إنشاء وإرسال وتبادل واستلام وحفظ واسترجاع البيانات التي تتضمنها رسالة البيانات – الوسائل الإلكترونية – وذلك راجع إلى طبيعة هذه الوسائل كونها في شكل إلكتروني مما يستلزم توافر هذه المتطلبات التقنية فيها حتى تؤدي وظيفتها في الإثبات.

والجدير بالذكر أن الأونسترال وبعد اعتماد القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية أصدرت وثيقة هامة في دورتها السابعة والثلاثين التي عقدت في فيينا عام ٢٠٠٠م، تضمنت مشروع القواعد الموحدة بشأن التوقيعات الإلكترونية واعتمدتها الجمعية العامة للأمم المتحدة في (٢٠٠١/١/٣٠م) وتتضمن الجزء الأول قانون الأونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية والذي انطوى على (١٢) مادة، في حين تضمن الجزء الثاني دليل إشتراع هذا القانون النموذجي. (٢)

وتناولت المادة الأولى نطاق تطبيق قواعد هذا القانون بأنها تطبق حيثما تستخدم وسائل الإلكترونية كالمستندات والتوقيعات الإلكترونية في سياق أنشطة تجارية، مع ملاحظة أن مصطلح (تجاري) يفسر في هذا المقام تفسيراً واسعاً كما جاء في حاشية المادة الأولى، وأقر هذا القانون مبدأ الحياد التكنولوجي من خلال المادة الثالثة التي تناولت (المعاملة المتكافئة للتكنولوجيات التوقيع) بعدم التمييز بين أشكال التوقيع

---

١ UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce of 1996. Op. Cit. P.7.

٢ د. حسن توفيق فيض الله، ص: ٣٣.

الإلكتروني.

وتناولت المادة السادسة بيان مصداقية الوسائل الإلكترونية كالبريد والسند والتوقيع الإلكتروني وشروط صحته، والغرض من هذه المادة ان توفر إرشاداً بشأن الكيفية التي يمكن بها استيفاء معيار الموثوقية (الجدارة بالتعويل) الواردة في المادة السابعة من قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لعام ١٩٩٦م، كما وتناول هذا القانون مسؤولية ومهام موردي خدمات التصديق وكذلك الاعتراف بالشهادات والتوقيعات الإلكترونية الأجنبية. (١)

وقد صدر هذا القانون استناداً إلى المبادئ الأساسية التي تستند إليها المادة(٧) من قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، فيما يتعلق بأداء وظيفة التوقيع في بيئة إلكترونية، ويهدف هذا القانون النموذجي الجديد (قانون التوقيعات الإلكترونية ٢٠٠١م) إلى مساعدة البلدان على إقامة إطار تشريعي عصري ومنسق للتصديق بفعالية أكبر لمسائل التوقيعات الإلكترونية. (٢)

الفرع الثالث: الجهود الأوروبية للاعتراف بحجية الوسائل الإلكترونية

من الضرورة الإشارة إلى دور المجلس الأوروبي (EU-Council) والتوجيهات الصادرة منه للإقرار بحجية الوسائل الإلكترونية في الإثبات، إذ كان المجلس الأوروبي أول منظمة دولية بين الحكومات والمنظمات درست موضوع قبول الوسائل غير الورقية في الحاسوب بعد أن ناقشتها لجنة الخبراء، حيث اعتمدت اللجنة الوزارية بتاريخ (١٩٨٦/١٢/١١م) التوصية الموجهة إلى الدول الأعضاء والمتعلقة بتوفيق التشريعات التي تشترط الكتابة بحيث تقبل الوثائق والبيانات المعلوماتية، وعلى الدول أن تعترف بأن الأوراق والوثائق والبيانات يمكن أن تكون مسجلة على الحاسوب.

وبناءً على ذلك وضعت المجموعة الأوروبية برنامج عمل أطلق عليه تعبير (Trade Electronic Data Interchanges System – TEDIS) منذ تاريخ (١٩٨٧/٥/١٠م) وانتهى تنفيذه في عام ١٩٩٤م، استهدفت تطبيق أنظمة (EDI) في المجموعة الأوروبية. (٣)

---

١ للإطلاع على النص الكامل لهذا القانون مع دليل إشتراعه بنظر الموقع الإلكتروني الآتي:
<http://www.uniteal.org> last visited (2005/4/25)
للتوسع في أحكام هذا القانون النموذجي بنظر: منير الجنبيهي وممدوح الجنبيهي، البنوك الإلكترونية، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، ٢٠٠٥م، ص: ٧٨.

٢ دليل إشتراع قانون الأونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية (٢٠٠١م)، منشورات الأمم المتحدة، النسخة العربية، نيويورك، ٢٠٠٢م، ص: ١٤.

٣ باسل يوسف، الاعتراف القانوني بالمستندات والتواقيع الإلكترونية في التشريعات المقارنة، مصدر سابق، ص: ١١.

وقد وضعت للجوانب القانونية ثمانية إجراءات وخاصة فيما يتعلق بالغاية من نظام نموذج (EDI) وموضوع التحليل القانوني لوسائل حفظ البيانات وموضوع التواقيع الإلكترونية وصياغة مقترحات لتوفيق التشريعات الأوروبية مع النظام النموذج، وأظهرت الدراسات، والتقارير صعوبات ثلاث لتطبيق هذا النظام ألا وهي، صلاحية وقبول الوسائل غير الورقية، وقوة الإثبات التي تتمتع بها الوسائل الإلكترونية وأخيراً صياغة العقود الإلكترونية.

وكان موضوع الغاية من النظام النموذج من أولويات اهتمامات اللجنة الأوروبية مما دفعها إلى اعتماد توصية هامة في (١٩/١٠/١٩٩٤م) دعت فيها إلى استخدام النموذج وملاحقه القانونية والفنية. (١)

وهكذا فإن اللجنة أو المفوضية الأوروبية (EU-Commission) والمتعلقة بـ(TEDIS)قامت بعمل عقد (EDI) مخصص للاستعمال من قبل الشركات والمنظمات الأوروبية والمتعلقة بالاتصالات الإلكترونية ضمن نظام داخلي بدول الاتحاد الأوربي، وكان الغرض منه هو خلق نوع من الانسجام بين الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي فيما يتعلق بالتحويلات أو نقل البلاغات الإلكترونية، وتضمن هذا العقد تفاصيل خاصة فيما يتعلق بالدخول في العقد ووسائل الإثبات وحماية للمعلومات الشخصية والمتطلبات التقنية والمسؤولية فضلاً عن وجود قواعد تفسيرية للمواد الخاصة بالعقد.

ولقد كان القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية التي أعدته الأونسترال وأقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة في (١٦/١٢/١٩٩٦م)، مصدر إلهام المشرع الأوروبي، حيث أصدرت اللجنة الأوروبية في (١٧/١٠/١٩٩٧م) بياناً أعلنت فيه عن نيتها إعداد مشروع لتوجيه أوروبي حول إطار عام للتوقيع الإلكتروني وعمليات التشفير، بهدف ضمان الأمن والثقة بالمبادلات التجارية الإلكترونية. (٢)

ومن أجل إيجاد هذا الإطار العام الذي تلتزم به دول المجموعة الأوروبية أثنا إصدار تشريعاتها الداخلية المتعلقة بتعديل قواعد الإثبات، وحتى يمكن تلافي أي تعارض بين هذه التشريعات مما يعرقل التجارة الإلكترونية (E-Commerece)، فقد حدد التوجيه الأوروبي المحاور الأساسية التي يجب معالجتها والتنسيق بشأنها بين تشريعات دول المجموعة الأوروبية.

فالمحور الأول يتعلق بتحديد الأثر القانوني الذي يترتب على إصدار وسائل الإثبات الإلكترونية كالسند والتوقيع الإلكتروني، وتعلق المحور الثاني بتنظيم خدمة اعتماد هذا الوسائل الإثبات الإلكترونية كالسند والتوقيع بشكل يسمح بالإعتراف المتبادل بين الدول الأعضاء بالاعتمادات الصادرة من الجهات المتخصصة

---

١ المصدر السابق، ص: ١٢.

٢ باسل يوسف، مرجع سباق، ص: ١٥.

في ذلك وهو ما يقتضي تحديد المواصفات التي يتم على أساسها اعتماد التوقيع الإلكتروني، وتعلق المحور الثالث بتحديد التزامات الجهة التي تقوم على خدمة اعتماد وسائل الإثبات الإلكترونية كالسند والتوقيع الإلكتروني، هذا ولقد قامت اللجنة المكلفة بوضع مشروع التوجيه الأوروبي بشأن (الإطار العام لتنظيم الإثبات عن طريق الوسائل الإثبات الحديثة كالبريد والمستندات الموقعة إلكترونياً) ووافق عليه البرلمان الأوروبي في (١٣/١٢/١٩٩٩م)، ويتوجب على الدول الأعضاء واتخاذ الإجراءات اللازمة لإدماج أحكام هذا التوجيه في قوانينها الداخلية في مدة أقصاها (١٨) شهراً من تاريخ نفاذه والذي انتهى في (١٩/٧/٢٠٠١). (١)

وأخيراً لابد من الإشارة إلى أن التوجيه الأوروبي يستجيب لضرورة متابعة التطورات القانونية المتعلقة بوسائل الإثبات الإلكترونية كالبريد والسند والتوقيع الإلكتروني مما يجعله يتساوى في القيمة القانونية من حيث الإثبات مع وسائل الإثبات الإلكترونية كالبريد والسند والتوقيع العادي بخط اليد والمكتوب على دعامة ورقية.(٢)

المطلب الثاني: حجية وسائل الإلكترونية في ظل التشريعات الحديثة

كان لظهور الانترنت والثورة المعلوماتية التي صاحبتها أثر كبير على مختلف الأنظمة القانونية في مجالات عدة، منها قواعد الإثبات، للاعتراف بحجية الوسائل الحديثة المستخرجة من شبكة الانترنت.

إذ فرض التطور المعلوماتي المتسارع تحديات كبيرة على مختلف الدول، فبفضل ارتباط الشبكات المعلوماتية ومنها شبكة الانترنت، سواء على المستوى الكوني أم المستوى المحلي، أصبح في الإمكان تبادل المعلومات وإبرام المعاملات دون حاجة إلى دعامة ورقية، وإذا كانت لهذا التطور فوائده بالنسبة للفرد والمجتمع على حد سواء لسرعة وسهولة إجراء المعاملات، فإنه خلف الكثير من المشاكل على المستوى التنظيمي والقانوني والتقني، الأمر الذي فرض على العديد من الدول التدخل لتعديل القواعد والأحكام الموجودة لتتناسب مع ما يشهده المجتمع من تطور من جهة(٣)، ومن جهة أخرى، فإن الجهود الدولية – التي أشرنا إليها فيما سبق في هذا المبحث – من قبل لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسترال) بإصدارها القانونين النموذجيين بشأن التجارة الإلكترونية والتوقيعات الإلكترونية في عامي ١٩٩٦م، و٢٠٠١م، وحثت الدول الأعضاء في منظمة الأمم المتحدة لاتخاذها نموذجين عند وضع النصوص التشريعية المنظمة

---

١ د. ثروت عبد الحميد، مصدر سابق، ص: ١٥٦.

٢ المصدر السابق، ص: ٢٠.

٣ د. ثروت عبد الحميد، مصدر سابق، ص: ١٥٦.

للتجارة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني أثرها على القوانين الصادرة في العديد من بلدان العالم لإضفاء الحجية على الوسائل الإلكترونية.

أضف إلى ذلك، أن للتوجيه الأوروبي الصادر بشأن الوسائل الإلكترونية كالسندات والتواقيع الإلكترونية في (١٣/١٢/١٩٩٩م) أثره الفعال على كافة الدول الأعضاء في المجموعة الأوروبية، إذ ألزم هذه الدول باتخاذ الإجراءات اللازمة لإدماج أحكام هذا التوجيه في قوانينها الداخلية، مما يعني الاعتراف القانوني بالوسائل الإلكترونية كالسندات والتواقيع الإلكترونية المدونة على الوسائط الإلكترونية ومنها شبكة الانترنت. (١)

وهكذا بدأت موجة من التدابير التشريعية تجتاح قوانين أكثرية البلدان في حقل التجارة الإلكترونية وما يتصل بها من مواضيع، ولاسيما، الاعتراف بحجية الوسائل الإلكترونية في الإثبات والتي انطلقت على نحو مباشر عقب صدور قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لعام ١٩٩٦م، سواء عن طريق تشريع قوانين وطنية لتنظيم التجارة والمعاملات الإلكترونية أو من خلال تعديل القوانين التقليدية للاعتراف بحجية الوسائل الحديثة كالتواقيع والسندات والوثائق الإلكترونية المستخدمة في هذه التجارة. (٢)

عليه نتناول حجية الوسائل الإلكترونية في ظل التشريعات الحديثة من خلال عرض موقف بعض القوانين الغربية وكذلك التشريعات الحديثة للدول المسلمة التي نظمت حجية تلك الوسائل في فرعين متتاليين.

الفرع الأول: موقف القوانين الغربية من حجية وسائل الإثبات الإلكترونية

إن شيوع ممارسة التجارة الإلكترونية وانتشارها الواسع في أغلبية الدول المتسلحة، أدت إلى إيجاد تنظيم قانوني لمختلف جوانبها ومنها الإقرار بحجية الوسائل والسندات والتواقيع الإلكترونية في الإثبات، سواء من خلال إصدار تشريعات خاصة بالتجارة الإلكترونية أم التواقيع الإلكترونية لتنظيم تلك الحجية، أم من خلال تعديل قواعد الإثبات التقليدية بشكل يستوعب حجية الوسائل الحديثة والسندات والتواقيع الإلكترونية.

فهناك دول عديدة نظمت هذه الحجية من خلال قوانينها كالولايات المتحدة الأمريكية، سواء على الصعيد الفدرالي (الاتحادي) أم على صعيد الولايات(٣)، وكندا وألمانيا والدانمارك(١)، وإيطاليا وفرنسا وأكثرية

---

١ المصدر السابق، ص: ١٥٧.

٢ يونس عرب، قانون الكومبيوتر، مصدر سابق، ص: ٣٧٩ وما بعدها وكذلك.

٣ على الصعيد الاتحادي صدر قانون المعاملات الإلكترونية الموحد لعام ١٩٩٩م (Uniform Electronic Transaction Act 1999) والقانون الفدرالي المتعلق بالتوقيع الإلكتروني لسن التجارة الإلكترونية الداخلية والعالمية ٢٠٠٠ (Elotronic Signature in Global and National Commerce Act 2000). أما على صعيد الولايات فإنه وحتى صيف عام ١٩٩٨م فإن إحدى وأربعين ولاية أمريكية قد سنت شكلاً من القوانين لتنظيم التجارة الإلكترونية وإن قوانين أكثرية هذه الولايات لا تتكر القوة القانونية للتوقيع الإلكتروني بسبب إلا أجرى الكترونياً فقط. وللمزيد ينظر: OECD. Ibid. P. 98.

البلدان الأوروبية والغربية الأخرى.

وبما أننا لا نستطيع حصر جميع هذه التشريعات واستعراض أحكامها، سنتاول موقف القانون الإنكليزي كنموذج للنظام الأنكلوسكسوني باعتبارها أكثر الأنظمة القانونية شهرة في العالم.

الفصل الأول: موقف القانون الإنكليزي

تسيطر على القانون الأنكلوسكسوني في الإثبات والذي يُعرف بالقانون العرفي (Common law of evidence) قاعدتان أساسيتان وهما، قاعدة الشهادة السماعية (Hearsy rule) وقاعدة الدليل الأفضل أو الأصل (Best evidence rule)، وباعتبار القانون الإنكليزي نموذجاً للقانون الأنكلوسكسوني فإن قانون الإثبات الإنكليزي (English law of evidence) تحكمه هاتان القاعدتان وتستبعد الأولى أية أقاويل يتم توريدها بمعرفة أشخاص لم يتصل علمهم مباشرة بالواقعة محل الإثبات وتعتمد فقط على أقوال من كان حاضراً، أو بعبارة أخرى، وإنها ضد السرد السمعي (Aganest Hearsy) أما الثانية فتطلب — لإثبات الحقيقة على أحسن وجه — وجود أصل السند أو المحرر (Original document).(٢)

ولم يكن قانون الإثبات المدني الإنكليزي القديم الصادر بتاريخ (١٩٦٨/١٠/٢٥م) يسمح بالإثبات بوساطة الوسائل الإلكترونية ولاسيما تلك المتأتية من خلال شبكة الانترنت(٣)، على الرغم من أن هذا القانون أعطى نطاق القضايا المدنية لبيانات الحاسب الآلي (الكومبيوتر) حجية الشهادة واعتبرها بمثابة دليل شفوي مباشر، بيد أن هذا الحكم جاء على حذر حيث ورد محاطا بشروط وقيود عديدة علاوة على أنه أعطى للمحكمة سلطة واسعة للفصل في حجية هذه البيانات وتقديرها. (٤)

وقد تبنى هذا القانون مفهوماً واسعاً للسند المقبول في الإثبات، فشمل إلى جانب السندات المكتوبة وفق نص المادة (١) من الفصل العاشر (١٠) أية أسطوانة أو شريط أو تسجيل صوتي أو أي جهاز يتم وضع

---

١ صدر في كندا القانون الكندي الموحد بشأن التجارة الإلكترونية سنة ١٩٩٩م (Candian Uniform Electronic Commerce Act 1999) وفي الدنمارك قدمت الحكومة مشروع قانون في عام ١٩٩٨م حول التوقيع الرقمي أو الإلكتروني وذلك لغرض سد الحاجة الواسعة النمو المتزايد للتجارة الإلكترونية ودخل حيز التنفيذ في عام ٢٠٠٠م، أما في ألمانيا فقد تم إصدار قانون التوقيع الإلكتروني الألماني ودخل حيز التنفيذ في ١٩٩٩/٨/١م. وللمزيد ينظر: OECD. Ibid. P. 17-18.

٢ للمزيد ينظر: د. أسامة أحمد شوقي المليجي، مصدر سابق، ص: ٣٩ وما بعدها وكذلك:
David Bain bridge, Introduction to Computer Law. 3rd ed. Printed and bound in Great Britain. Glasgow, 1996. P. 217.

٣ د. طوني ميشال عيسى، مصدر سابق، ص: ٣٤٥.

٤ سعيد شيخو مراد السندي، المسئولية المدنية الناتجة عن استخدام الكمبيوتر، رسالة ماجستير، قدمت إلى مجلس كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٥م، ص: ٣٤٥.

صوت أو بيانات عليه بصورة غير مرئية بحيث يمكن إعادة إنتاجها مرة أخرى سواء بمساعدة أو بدون مساعدة أية معدات أخرى(١)، وهذا التعريف الواسع للسند أو الوثيقة (Document) يشمل السندات المخزونة في جهاز الحاسوب الآلي (الكومبيوتر)، كما ويسمح ببيان هذه السندات عن طريق نسخ مطبوعة. (٢)

وفي هذا الإطار تم وضع شروط خاصة في الباب الخامس من قانون الإثبات المدني الإنكليزي لسنة ١٩٦٨م تسمح للنصوص المضمونة بالسند المنتج بالكومبيوتر (مثلاً طابعة الكومبيوتر) أن تكون دليلاً لأية حقائق منصوصة أو مدونة، وفيما عدا ذلك، تكون مسموعة كدليل شفوي مباشر وفق شروط يمكن إجمالها بما يأتي:

١- أن يتم استخدام الكومبيوتر بشكل منتظم (Regularly) لخزن ومعالجة المعلومات.

٢- أن يعمل الكومبيوتر بشكل مناسب (Properly).

٣- المعلومات المتضمنة في السند المأخوذ من الكومبيوتر تم استخراجها بصورة اعتيادية.

وقد عرف هذا القانون الكومبيوتر بأنه أي جهاز لخزن ومعالجة المعلومات، وهو تعريف واسع جداً وليس محدوداً للأجهزة الإلكترونية فقط(٣)، ويسير التعريف إلى الجانب المادي (Hard Ware) في الكومبيوتر بكونه جهازاً يخزن ويخرج المعلومات أو المستخرجات دون الإشارة إلى البرامج (Soft ware) التي يحتويها والتي تعتبر مؤثرة في عمل الكومبيوتر ومن الممكن أن تكون مصدراً للخطأ في المعلومات التي يحتويها. (٤)

وإضافة إلى ذلك فإن قاعدة الدليل الأفضل أو الأصل (Best evidence rule) التي تستلزم تقديم الأصل عند الإثبات وقفت عائقاً أمام قبول الوسائل الحديثة الصادرة عن الحاسوب الآلي (الكومبيوتر) باعتبارها تسجيلاً للسند الأصلي(٥)، وإن هذه الوسائل ليست إلا نسخة عادية من الأصل المتكون من البيانات الرقمية التي لا يمكن قراءتها إلا بعد الاستعانة بالحاسوب الآلي، مما جعل الإثبات بواسطة الوسائل الإلكترونية صعباً، إن لم يكن مستحيلاً في ظل نصوص القانون الانكليزي القديم لسنة ١٩٦٨م.

---

١ V. Section in Civil evidence Act 1968 No. 1: (document) includes. In addition to a document in writing any disc. Tape, sound traok or other device in which sound or other data (not being visual images are embodied so as to be capable with or without the aid of some other equipment) of being reproduced there form: and any film, negative, tape or other device in which one or more visual images and embodied to so as to be capable (as aforesaid) of being reproduced there from.

٢ David Bain Bridge. Op. Cit. P. 218..

٣ Section 5 (6) any device for storing and processing information Ibid. P. 218-219..

٤ A. Kelman et R. Sizer. The Computer in Court. Aldershort. Gower. 1982. P. 21.

٥ أسامة أحمد شوقي المليجي، مصدر سابق، ص: ٤٨.

غير أن قانوناً جديداً للإثبات المدني صدر في عام ١٩٩٥م، ودخل حيز التنفيذ في ١٩٩٦م، ليحل محل القانون السابق لعام ١٩٦٨م ويسمح بالإثبات بوساطة الوسائل الإلكترونية بشكل ملموس وبسطه، ولكن بشرط أن يعتمد وفق آلية خاصة وبقدر كاف من الفعالية بحيث يساهم في تكوين قناعة القاضي، ويتسم هذا النظام الجديد في الإثبات بقدر هائل من الأهمية بالنسبة إلى قواعد وأصول الإثبات الإلكتروني في شبكة الانترنت فبحسب قانون الإثبات الجديد، لم يرفض، من حيث المبدأ، أي سند إلكتروني بحد ذاته كوسيلة في الإثبات لأن الفصل الثالث عشر (Section 13) من هذا القانون عرف السند بأنه (يشمل أي شيء فيه تسجيل للحرف، أو وصف لأية معلومات). " Document means any thing in which information of any description is recorded." لتكون النسخ والوسائل الإلكترونية قد أصبحت جميعها مقبولة وصالحة كوسيلة إثبات ممكنة، ويصح الأمر أيضاً بالنسبة إلى رسائل البريد الإلكتروني والمجموعات الأخبارية وصفحات الويب وسائر أنواع التواقيع والسندات الإلكترونية الرقمية الوافدة من شبكة الانترنت. (١)

وأخيراً تقتضي الإشارة إلى أن بريطانياً قد وضعت بتاريخ (٢٠٠٠/٥/٢٥م) قانوناً حول الاتصالات الإلكترونية يشمل التوقيع الإلكتروني والتخزين الإلكتروني للمعلومات، حيث يقر هذا القانون للوسائل الحديثة كالتوقيع الإلكتروني والسند الإلكتروني الموقع بالقيمة الثبوتية، إذ نصت المادة الخامسة من القسم الثاني حول تسهيل التجارة الإلكترونية وتخزين المعلومات على أن (أي توقيع إلكتروني أدمج أو أرفق بالاتصال الإلكتروني معين أو بمعلومة إلكترونية معينة، وكذلك تصديق هذا التوقيع من قبل أي شخص، هو مقبول في الإثبات فيما يتعلق بموثوقية الاتصال أو المعلومة أو سلامتها).(٢)

لذلك، فإن هذا التشريع قد تضمن ثلاثة أهداف معلنة وهي توضيح مكانة وسائل الإثبات الحديثة كالتوقيعات الإلكترونية أولاً، وإزالة العوائق القانونية للاتصالات الإلكترونية ثانياً، وبناء الثقة بشفرة المفتاح العام ثالثاً وأخيراً، وفي محاولة لعمل تلك الأهداف، فإن هذا التشريع قد عرض نطاقاً قانونياً للتصديق الطوعي لمجهزي الخدمات المشفرة يحقق الاعتراف القانوني بوسائل الإثبات الحديثة كالتوقيعات الإلكترونية ويوفر إطاراً لإزالة العقبات أو العوائق القانونية للوسائل الإلكترونية بدلاً من الوسائل الورقية. (٣)

وهكذا يتبين أن القانون الإنكليزي يجيز الإثبات بالوسائل الإلكترونية ويعترف بالبريد والتواقيع والسندات

---

١ للتفصيل ينظر: د. طوني ميشال عيسى، مصدر سابق، ص: ٣٤٥ وما بعدها.

٢ مشار إليه عند: القاضي وسيم شفيق الحجار، مصدر سابق، ص: ١٠٨.

٣ Jamie Murray, Public Key Infrastructure Digital Signature and Systematic Risk. The Journal of information. Law and Technology. (Jilt) No. (1) 2003. P. 4. Available at: http://www.warwick.ac.uk last visited (29/5/2005)

الإلكترونية التي تحملها هذه الوسائل ويمنحها القيمة القانونية اللازمة لإثبات التصرفات والوقائع القانونية المختلفة عبر شبكة الانترنت.

الفرع الثاني: موقف بعض القوانين الدول المسلمة من حجية وسائل الإثبات الإلكترونية

إن الإقرار بحجية وسائل الإثبات الإلكترونية والمستخرجات الإلكترونية، سواء أكانت مستخرجات الحاسوب الآلي أم شبكة الانترنت، يستلزم معالجة التشريعات الدول المسلمة التي تصدت لهذا الموضوع.

وفي هذا الإطار ينبغي عرض مختلف القوانين التي نظمت تلك الحجية، وهي قوانين خاصة بالتجارة والمعاملات الإلكترونية وقوانين معدلة لقواعد الإثبات التقليدية وقوانين متعلقة بالمعاملات المصرفية وقوانين أخرى، فإننا نكتفي باستعراض الأحكام القانونية الخاصة بتنظيم حجية الوسائل الإلكترونية في الإثبات.

وعلى الرغم من ممارسة التجارة الإلكترونية في الدول المسلمة بمستويات ضئيلة مقارنة بالدول المتقدمة التي حققت فيها التجارة الإلكترونية انتشاراً واسعاً وحجماً كبيراً(١)، فإن البعض من الدول المسلمة أصدرت تشريعات خاصة بالتجارة والمعاملات الإلكترونية نظمت من خلالها حجية الوسائل الإلكترونية في الإثبات، ومن هذه الدول المسلمة الأردن، إمارة دبي، مصر وغيرها. وهذا ما نتناول عرضه مع التشريعات العربية الخاصة بالتجارة والمعاملات الإلكترونية، على أن يسبق هذه المواضيع عرض شامل لاتجاه التشريع الأردني في كيفية التعامل مع حجية الوسائل والمستخرجات الإلكترونية على الأصعدة القانونية كافة في المملكة الأردنية وتناول هذه القوانين تباعاً.

الفصن الأول: موقف التشريع الأردني

لقد ظهرت في الأردن دعوات عديدة تطالب بوجوب التنظيم التشريعي لوسائل الإثبات الإلكترونية للاعتراف بحجية وسائل ومستخرجات الحاسوب والمراسلات الإلكترونية، غير أن المشرع الأردني لم يعالج هذه المسألة بشكل شمولي وإنما كانت معالجته جزئية في حدود عدد ضيق من التشريعات الحديثة التي استلزمتها ظروف تحرير التجارة واستحقاقات العضوية في منظمة التجارة العالمية (WTO).

ومن استقراء التشريعات الأردنية الجديدة وإخضاعها لعملية المسح من زاوية أحكامها المستحدثة في حقل الإثبات، يتضح أن ثمة اتجاه تشريعي لقبول حجية وسائل الإثبات الإلكترونية بالنسبة لطائفتين من

---

١ د. شريف هاشم، دراسة تطالب بتشريع عربي موحد للتجارة الإلكترونية، متاح على العنوان الإلكتروني: <http://www.gn4me.com> وكذلك يونس عرب، قانون الكومبيوتر، مصدر سابق، ص: ٣٦٦.

التشريعات، أولاهما تشريعات الخدمات المالية، وثانيتهما تشريعات الملكية الفكرية.(١)

ففي الطائفة الأولى جاء في قانون الأوراق المالية الأردني أنه (على الرغم مما ورد في أي تشريع آخر يجوز الإثبات في قضايا الأوراق المالية بجميع طرق الإثبات بما في ذلك البيانات الإلكترونية أو الصادرة عن الحاسوب وتسجيلات الهاتف ومراسلات أجهزة التلكس والفاكسميلي) (٢)، كما وتضمن قانون البنوك الأردني الجديد نصاً مماثلاً إذ جاء فيه أنه (على الرغم مما ورد في أي تشريع آخر يجوز الإثبات في القضايا المصرفية بجميع طرق الإثبات بما في ذلك البيانات الإلكترونية أو البيانات الصادرة عن أجهزة الحاسوب أو مراسلات أجهزة التلكس)(٣).

أما في طائفة تشريعات الملكية الفكرية فقد تضمن قانون الرسوم والنماذج الصناعية نصاً يجيز الإثبات بالوسائل الإلكترونية إذ جاء فيه أنه (يجوز استعمال الحاسوب الآلي لتسجيل الرسوم والنماذج الصناعة والبيانات المتعلقة بها وتكون البيانات والمستندات والوثائق المستخرجة منه المصدقة من المسجل حجة على الكافة ما لم يثبت صاحب الشأن عكسها)(٤)، كما وتضمن قانون العلامات التجارية الأردني رقم ٣٣ لسنة ١٩٥٢م المعدل بالقانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٩٩م نصاً مماثلاً حيث جاء فيه أنه (يجوز استعمال الحاسوب الآلي لتسجيل العلامات التجارية وبياناتها وتكون البيانات والوثائق المستخرجة منه والمصدقة من المسجل حجة على الكافة)(٥).

وعلى صعيد التجارة الإلكترونية، فإن المشرع الأردني قد أقر بصلاحية البريد والمستندات والتواقيع الإلكترونية وأعطتها حجية المستندات الورقية والتوقيع الخطي في الإثبات، إذ أصبحت للمستندات الإلكترونية القيمة الثبوتية ذاتها للمستندات المكتوبة على الدعامات الورقية في مجال المعاملات الإلكترونية.

وفي هذا الإطار نص قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١م على إنه (يعتبر البريد الإلكتروني والسجل الإلكتروني والعقد الإلكتروني والرسالة الإلكترونية والمستند الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني منتجاً للآثار القانونية ذاتها المترتبة على الوثائق والمستندات الخطية والتوقيع الخطي بموجب أحكام التشريعات النافذة من حيث إلزامها لأطرافها أو صلاحيتها في الإثبات)(٦)، وأوضح أيضاً أنه لا يجوز إغفال الأثر

---

١ يونس عرب، حجية الإثبات بالمستخرجات الإلكترونية في القضايا المصرفية، بحث منشور في مجلة "البنوك" تصدر عن جمعية البنوك الأردنية، العدد (٦)، المجلد (١٩)، ٢٠٠٠م، ص: ٥.

٢ الفقرة (ج) من المادة (٧٢) من قانون الأوراق المالية الأردني رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٧م.

٣ الفقرة (ب) من المادة (٩٢) من قانون البنوك الأردني رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٠م.

٤ الفقرة (ج) من المادة (٣) من قانون الرسوم والنماذج الصناعية رقم ١٤ لسنة ٢٠٠٠م.

٥ الفقرة (ب) من المادة (٣) من قانون العلامات التجارية الأردني رقم ٣٣ لسنة ١٩٥٢م المعدل بالقانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٩٩م.

٦ الفقرة (أ) من المادة (٧) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١م.

القانوني لأي من السجل الإلكتروني أو العقد الإلكتروني أو الرسالة الإلكترونية أو السند الإلكتروني أو التوقيع الإلكتروني لمجرد إجرائه بوسائل الكترونية. (١)

وهكذا يتضح أن المشرع الأردني قد جعل القيمة الثبوتية للوسائل الإلكترونية عموماً أياً كان شكلها، سواء أكان سجلاً أم عقداً أم رسالة أم سنداً أم توقيعاً إلكترونياً، مساوياً للحجية المقررة للمستندات والوثائق المكتوبة والموقعة خطياً في الإثبات.

وفي مجال قانون البينات (الإثبات)، فإن للمشرع الأردني تبني اتجاهاً جديداً يسمح بمنح الوسائل المستخرجة من الوسائل العلمية المتطورة حجية الوسائل الورقية، وبهذا يكون التشريع الأردني التشريع العربي الرائد في تنظيم هذه الأدلة الحديثة في الإثبات وفي جميع المعاملات التي تتم عبر الوسائل الإلكترونية الحديثة، مدنية كانت أم تجارية(٢)، إذ تم تعديل قانون البينات الأردني رقم ٣٠ لسنة ١٩٥٢بموجب القانون رقم ٣٧ لسنة ٢٠٠١م وتمت إضافة فقرة جديدة إلى المادة (١٣) من قانون البينات الأردني والتي جاء فيها بأنه:(٣)

أ- وتكون لرسائل الفاكس والتلكس والبريد الإلكتروني قوة الإسناد العادية في الإثبات ما لم يثبت من نسب إليه إرسالها إنه لم يقم بذلك أو لم يكلف أحداً بإرسالها.

ب- وتكون وسائل التلكس بالرقم السري المتفق عليه بين المرسل والمرسل إليه حجة على كل منهما.

ج- وتكون لمخرجات الحاسوب المصدقة أو الموقعة قوة الإسناد العادية من حيث الإثبات ما لم يثبت من نسبت إليه إنه لم يستخرجها أو لم يكلف أحداً باستخراجها.

مما يتبين أن المشرع الأردني قد أقر صراحةً بالقيمة الثبوتية لوسائل الإثبات الإلكترونية كالسند والتوقيع البريد الإلكتروني ومنحها حجية من حيث الإثبات إذا كانت تلك الوسائل مصدقة أو موقعة.

الفصل الثاني: موقف قانون إمارة دبي

لقد اعتبر مشرع قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي الرسالة والمستندات الإلكترونية والبريد والتوقيع الإلكتروني كدليل من أدلة الإثبات القانونية، من خلال نص المادة الثانية عشرة والذي جاء فيه بأنه (لا يحول دون قبول المستندات والرسالة الإلكترونية أو البريد أو التوقيع الإلكتروني كدليل إثبات:

---

١ الفقرة (ب) من المادة (٧) من نفس القانون.

٢ د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون البينات الجديد، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ص: ٢٥٦.

٣ مشار إليه عند: الصغير المرجع السابق، ص: ٢٥٣.

أ- لمجرد أن السند والرسالة أو البريد والتوقيع قد جاء في شكل إلكتروني...) (١)

كما واعترف بحجيتهما وصلاحيتهما القانونية في الإثبات بنصها (يكون للمعلومات الإلكترونية ما تستحقه من حجية في الإثبات) (٢)، وبذلك يكون المشرع في إمارة دبي قد جعل البريد والسندات والتواقيع الإلكترونية كدليل من أدلة الإثبات تتمتع بالحجية القانونية المقررة للبريد والسندات والتواقيع الخطية المكتوبة.

الفصل الثالث: موقف القانون المصري

وينفس اتجاه التشريعات العربية المنظمة للتجارة الإلكترونية تضمن مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري إقراراً بحجية الوسائل الإلكترونية في الإثبات، إذ جاء فيه أنه تتمتع الكتابة والمحررات الإلكترونية بالحجية المقررة للكتابة والمحررات العرفية في قانون الإثبات بشأن ما يرد في هذه الكتابة والمحررات من حقوق والتزامات بعد استيفائها للشروط والأوضاع المقررة في اللائحة التنفيذية(٣)، كما وأكد هذا المشروع على الاعتراف بالتوقيع الإلكتروني ومساواته مع التوقيع العادي أو الخطي من حيث الحجية في الإثبات، إذ ورد فيه أنه يعتبر التوقيع الإلكتروني توقيعاً في مفهوم قانون الإثبات وتتمتع بالحجية المقررة للتوقيع العادي على أن يستوفي الشروط والأوضاع المقررة في اللائحة التنفيذية. (٤)

وهكذا يكون المشروع المصري قد أقر بحجية البريد والسندات والتواقيع الإلكترونية بعد استيفائهم للمواصفات التقنية التي تتضمنها اللائحة التنفيذية، إذ أن التوقيع الرقمي على شبكة الانترنت — وكما يرى البعض من الفقهاء — لن يكون له أي أثر أمام المحاكم في مصر، إلا إذا عدلت قواعد العقود والإثبات أو صدر تشريع خاص بمعاملات الانترنت ينص فيه على قواعد خاصة بها ويعالج ما استجد من حالات وفقاً لطبيعة الانترنت والبيئة الإلكترونية. (٥)

وهو ما يستلزم تعديل قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية لاعتماد التوقيع الإلكتروني الرقمي والاعتراف بالرسائل والسندات الإلكترونية وقبول الدليل الإلكتروني وتحديد القيمة القانونية للوثيقة الإلكترونية وتنظيم إمساك السجلات الإلكترونية وأساليب الاحتفاظ بالبيانات الخاصة بالتعاملات الإلكترونية لدى طرف ثالث موثوق بين كل من أطراف التعامل الإلكتروني، وهذا بالإضافة إلى توثيق الصفقات الإلكترونية

---

١ الفقرة (أ) من المادة (١٢) من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي رقم ٢ لسنة ٢٠٠٢م.

٢ الفقرة (٣) من المادة (١٢) من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي رقم ٢ لسنة ٢٠٠٢م.

٣ المادة (١٠) من مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري.

٤ المادة (٤) من نفس المشروع.

٥ د. أحمد نجيب رشدي، تعقيدات التجارة الإلكترونية هل تحتاج إلى تعديلات جذرية للنظام والتشريع في مصر؟ متاح على العنوان الإلكتروني: http://www.gn4me.com (last visited (17/12/2004

وحفظها بعد اعتمادها من جهة التوثيق الإلكتروني لدى جهة حفظ محايدة درءاً للإنكار في حال المنازعة وحمايةً لها من العبث والتحريف.(١)

ويبدو أن المشروع المصري قد تضمن الخطوة الأولى للاعتراف القانوني بالمحررات والمستندات والتوقيعات الإلكترونية في سياق معاملات التجارة والإلكترونية، وتتبعها خطوات أخرى في مجال تعديل قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، كما أشار إليها الفقهاء فيما تقدم.

رأي الباحث

وبعد استعراض أهم الأحكام القانونية الواردة في القوانين الدول المسلمة التي أقرت حجية الوسائل الإلكترونية في الإثبات يمكن للباحث أن يقدم النتائج باختصار في النقاط الآتية:

١- إن تنظيم حجية الوسائل الإلكترونية في الإثبات في مجال التشريعات الدول المسلمة المنظمة للمعاملات والتجارة الإلكترونية، قد اتخذ من قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية أساساً لها باعتباره قانوناً نموذجياً مرجعياً يسترشد به المشرعون الوطنيون كمجموعة من القواعد الدولية المقبولة حول كيفية إزالة المعوقات القانونية أمام التجارة الإلكترونية، ومنها مسألة الاعتراف القانوني بالوسائل الحديثة كالبريد والمستندات والتواقيع الإلكترونية وضرورة توافر متطلبات (الكتابة والتوقيع والأصل) في الشكل الإلكتروني.

٢- تكاد تكون سياسة الاستنساخ التشريعي والترجمة والنقل للأحكام القانونية الواردة في القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لعام ١٩٩٦م واضحةً في أغلبية التشريعات الدول المسلمة المنظمة للمعاملات والتجارة الإلكترونية، مما جعلتها تتحد في مجال الاعتراف القانوني للوسائل الحديثة كالبريد والمستندات والتواقيع الإلكترونية بحجيتها في الإثبات.

٣- إن اتجاه القانون الأردني في معالجته الجزئية لإقرار الحجية لوسائل الإثبات الإلكترونية في مجال مختلف التشريعات ومنها تشريعات الخدمات المالية والملكية الفكرية، إضافة إلى تنظيم تلك الحجية في مجال المعاملات والتجارة الإلكترونية وكذلك الاعتراف بها في مجال قانون البينات الأردني بموجب التعديل الأخير رقم ٣٧ لسنة ٢٠٠١م، يدل على مواكبة هذا القانون للتطورات التكنولوجية الجارية في وقتنا الحاضر وضرورة تنظيم حجية الوسائل الحديثة والمستخرجات الإلكترونية بما فيها مستخرجات الحاسوب الآلي وشبكة الانترنت في الحقول التشريعية المختلفة – وهو اتجاه نؤيده – للانتشار الواسع والسريع للحاسوب الآلي وشبكة الانترنت في أغلبية بلدان العالم بما فيها البلدان النامية.

---

١ عمرو زكي عبد المتعال، البيئة التشريعية للتجارة الإلكترونية في جمهورية مصر العربية، متاح على العنوان الإلكتروني: http://www.gn4me.com (last visited (19/12/2004.

٤- على صعيد قوانين الإثبات الدول المسلمة، فإنه وباستثناء، تعديل قانون البينات الأردني لم تشهد تلك القوانين أية تعديلات للإقرار بحجية الوسائل الحديثة والمستخرجات الإلكترونية مما يدل على عدم مواكبة قوانين الإثبات في أغلبية الدول المسلمة للتطورات التكنولوجية الجارية في عصر تكنولوجياً المعلومات.

٥- على الرغم من أن أغلبية القوانين الحديثة قد أعطت الوسائل الإلكترونية حجية الوسائل العادية في الإثبات، كما أن القانون الأردني وفي مجال تشريعات الملكية الفكرية اعتبر البيانات المستخرجة من الحاسوب الآلي والتي يتم تصديقها من قبل المسجل فيما يتعلق بالرسوم والنماذج الصناعية وكذلك العلامات التجارية حجة على الكافة ما لم يثبت صاحب الشأن عكسها(١)، أي إنها بمثابة الوسائل الرسمية التي تعتبر حجة على الناس كافة بما دون فيها من أمور قام بها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة في حدود اختصاصه... ما لم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانونا.

---

١ ينظر الفقرة (ب) من المادة (٣) من قانون الرسوم والنماذج الصناعية الأردني رقم ١٤ لسنة ٢٠٠٠م. وكذلك الفقرة (ب) من المادة (٣) من قانون العلامات التجارية الأردني رقم ٣٣ لسنة ١٩٥٢م المعدل بالقانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٩٩م.

المبحث الرابع

نطاق قبول وسائل الإلكترونية في الإثبات

ويشتمل على مطلبين:

المطلب الأول: المعاملات التي تقبل فيها وسائل الإثبات الإلكترونية

المطلب الثاني: المعاملات التي لا تقبل فيها وسائل الإثبات الإلكترونية

تمهيد: يكون البحث في هذا المطلب في نطاق وسائل الإثبات الإلكترونية كالتوقيع الإلكتروني على سبيل المثال وغير ذلك فيما إذا يتم قبوله على جميع المعاملات، وفيما إذا كان هناك معاملات لا يقبل فيها وسائل الإثبات الإلكترونية كالتوقيع الإلكتروني على سبيل المثال بسبب طبيعته الخاصة التي يتميز بها، وذلك وفقاً لنصوص القانون على النحو الآتي:

المطلب الأول: المعاملات التي تقبل فيها وسائل الإثبات الإلكترونية

تنص المادة رقم (٥٦) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني على أنه: تسري أحكام هذا القانون على ما يلي: (١)

١- المعاملات الإلكترونية والسجلات والسندات الإلكترونية والتوقيع والبريد الإلكتروني وأي رسالة معلومات إلكترونية.

٢- المعاملات الإلكترونية التي تعتمدها أي دائرة حكومية أو مؤسسة رسمية بصورة كلية أو جزئية.

كما وتنص المادة (٥) من ذات القانون على أنه:"تطبق أحكام هذا القانون على المعاملات التي يتفق أطرافها على تنفيذ معاملاتهم بوسائل الكترونية ما لم يرد فيه نص صريح يقضي بغير ذلك.

أما بالنسبة لقانون الأونسترال النموذجي بخصوص التجارة الإلكترونية فإنه يطبق فقط على المعاملات التجارية تحديداً، وهذا من يستنبط من خلال نص المادة (١) منه والتي ورد فيها: "ينطبق هذا القانون على أي نوع من المعلومات يكون في شكل رسالة بيانات مستخدمة في سياق أنشطة تجارية".

بالنسبة للمشرع الأردني أجاز للدوائر الحكومية والرسمية إجراء معاملاتها جميعاً أو جزء منها بوسائل إلكترونية، فإذا ما قامت إحدى الدوائر بذلك فإن قانون المعاملات الإلكترونية سوف ينطبق على هذه المعاملات جميعاً، وسواءً كانت هذه المعاملات ذات طابع تجاري أو مدني، وعليه فإن المشرع الأردني لم يحدد سريان قانون المعاملات الإلكترونية فقط على الأنشطة التجارية كما فعل قانون الأونسترال بل جاء النص عاماً دون تخصيص، وهذا يعد توسعاً من المشرع في سياق التوجه نحو الحكومة الإلكترونية التي ظهرت حديثاً، وبدأ تطبيقها في كثير من دول العالم، وحيث أن المعاملات التي تتم عن طريق الحكومة الإلكترونية تحتاج إلى استخدام الوسائل الإلكترونية المدعم بشهادة توثيق من الجهات المختصة للتحقق من شخص المتعامل معها، والجهة الحكومية التي تؤدي الخدمة بحاجة أيضاً استخدام الوسائل الإلكترونية حتى تكون

---

١ قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، المادة رقم ٥٦.

إجراءاتها قانونية.(١) كذلك فإن الملاحظ من ظاهر نص المادة (٤) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني أن تنظيم السندات الرسمية كأصل عام جائز إلا أن المشرع الأردني قد قرن هذه الإمكانية بمدى اعتماد الدوائر الحكومية على إجراء وتنظيم معاملاتهم إلكترونياً، فأجاز المشرع ذلك وفق ضوابط معينة بأن تقوم إحدى الدوائر الحكومية بتنظيم وسائلها إلكترونياً، وبالتالي، فإذا أعلنت إحدى الدوائر الرسمية رغبتها بإتمام معاملاتها الرسمية إلكترونياً فإن ذلك جائز قانوناً كأصل عام.(٢) وكل ذلك شرط أن لا تكون هذه المعاملة ليست من المعاملات التي استثناها المشرع من الوسائل الإلكترونية وذلك في المادة (٦/ب) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني. (٣) أما بالنسبة للنص المادة (٥) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني فمن الملاحظ أن المشرع الأردني ترك للأطراف حرية الاختيار في إبرام عقودهم بوسائل إلكترونية، فإذا ما اتفق الأطراف على اختيار الوسائل الإلكترونية كوسيلة لإثبات اتفاقهم، فإن هذا الاتفاق يكون ملزماً لهم، وبالتالي لا يجوز لهما إثبات هذا الاتفاق بغير هذه الوسيلة إعمالاً لقاعدة (العقد شريعة المتعاقدين).

نخلص مما سبق أن وسيلة الإثبات الإلكتروني لا تطبق إلى على ما تم الاتفاق عليه، أما ما سيتم الاتفاق عليه لاحقاً فهو شأن آخر لا يسري عليه الاتفاق السابق، وقد قصد المشرع من ذلك حيث الإفراد المتعاملين للجوء للوسائل الإلكترونية في تنفيذ معاملاتهم دون أن يقوم بإجبارهم على ذلك. (٤) ومن الملاحظ أن ما يسري بشأن القاعدة العامة في هذا الصدد تسري بشأن المعاملات الإلكترونية أيضاً، إذ إن الإثبات بهذه الوسيلة هو إثبات ناشئ عن الاتفاق ما بين الطرفين على إثبات معاملات محددة بينهم بالوسائل الإلكترونية، وبالتالي، تعتبر هذه الوسائل دليل إثبات كامل للمعاملات التي تتم بين الطرفين. وهذا ما أكدته المادة (١٥) من قانون تنظيم التوقيع الإلكتروني المصري والتي أعطت الوسائل الإلكترونية ذات حجية المحررات الخطية والتوقيع الخطي. (٥) وللملاحظ أن قانون الأونسترال النموذجي لم يتم تحديد معنى التجارة الإلكترونية، لذا فإنه من الممكن أن مفهوم أنشطة تجارية قد يشمل في ظروف معينة استخدام

---

١ لصوراني، علاء محمد عيد، حجة التوقيع الإلكتروني في الإثبات، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط١، ٢٠٠٥م، ص: ١٦٢، وما بعدها.

٢ المومني، عمر حسن، التوقيع الإلكتروني وقانون التجارة الالكترونية (٢٠٠٥م)، ص: ١٠٠، تاريخ الاطلاع ٢٠٠٨/١/١٥م الساعة (٤:٠٠) www.arablaw.org..

٣ تنص المادة (٦/ب) على أنه (لا تسري أحكام هذا القانون على ما يلي: (ب- الأوراق المالية إلا ما تنص عليه تعليمات خاصة تصدر عن الجهات المختصة استناداً إلى قانون الأوراق المالية النافذ المفعول).

٤ حسن، يحيى يوسف فلاح، ص: ٩٩.

٥ تنص المادة (١٥) من قانون التوقيع الإلكتروني المصري على أنه: "للكتابة الإلكترونية والمحررات الإلكترونية، في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية ذات الحجية المقررة للكتابة والمحررات الرسمية والعرفية في أحكام قانون الإثبات في المواد التجارية والمدنية، متى استوفت الشروط المنصوص عليها في هذا القانون وفقاً للضوابط الفنية والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون".

تقنيات مثل التلكس والنسخ البرقي، لذا ينبغي تفسيرها تفسيراً واسعاً على أن يشمل المسائل الناشئة عن جميع العلاقات ذات الطابع التجاري سواء كانت تعاقدية أو غير تعاقدية كالأعمال الهندسية والخدمات الاستشارية والتمثيل التجاري واتفاق التوزيع وغيرها من العلاقات التجارية. (١) ومن الملاحظ كذلك أن قانون الأونسترال النموذجي تناول التجارة الإلكترونية في مجالات محددة من حيث تطبيقها على البضائع فقط، أما الجوانب الأخرى من التجارة الإلكترونية فقد تدعو الحاجة إلى تناولها في المستقبل، ومن ثم فيمكن النظر إلى هذا القانون على أنه صك مفتوح المجال يكمل بأعمال ينظر بها مستقبلاً، فقد يتم تقرير أحكام جديدة أو تعديل الأحكام الحالية وفقاً للظروف ومقتضيات المصلحة العامة. (٢)

المطلب الثاني: المعاملات التي لا تقبل فيها وسائل الإثبات الإلكترونية

تنص المادة (٦) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني على أنه "لا تسري أحكام هذا القانون على ما يلي: (٣)

أ- العقود والمستندات والوثائق التي تنظم وفقاً لتشريعات خاصة بشكل معين أو تتم بإجراءات محددة ومنها:

١- إنشاء الوصية وتعديلها.

٢- إنشاء الوقف وتعديل شروطه.

٣- معاملات التصرف بالأموال غير المنقولة بما في ذلك الوكالات المتعلقة بها وسندات ملكيتها وإنشاء الحقوق العينية عليها باستثناء عقود الإيجار الخاصة بهذه الأموال.

٤- الوكالات والمعاملات المتعلقة بالأحوال الشخصية.

٥- الإشعارات المتعلقة بإلغاء أو فسخ عقود خدمات المياه والكهرباء والتأمين الصحي والتأمين على الحياة.

---

١ يونس عرب، قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية مع دليل التشريع ١٩٩٦م، المؤتمر الدولي الأول لقانون الانترنت، ورشة عمل نحو علاقات قانونية وإدارية واقتصادية وسياسية واجتماعية جديدة، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، منظمة الدول العربية، الغردقة، جمهورية مصر العربية: ٢١-٢٥/٨/٢٠٠٥م، ص: ٣.

٢ بندق، وائل أنور، موسوعة القانون الإلكتروني وتكنولوجيا الاتصالات، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ط ١، ٢٠٠٧م، ص: ٣٥ وما بعدها.

٣ قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، المادة رقم ٦.

٦- لوائح الدعاوى والمرافعات وإشعارات التبليغ القضائية وقرارات المحاكم.

ب- الأوراق المالية إلا ما تنص عليه تعليمات خاصة تصدر عن الجهات المختصة استناداً لقانون الأوراق المالية النافذ المفعول."

يلاحظ من هذا النص أن المشرع الأردني استثنى بعض المعاملات من إطار وسائل التكنولوجيا الحديثة بنص صريح حتى ولو كانت مستوفية لكافة الشروط والأوضاع القانونية التي نص عليها القانون، أيضاً المشرع ذكر هذه المعاملات على سبيل المثال لا الحصر، فقد أورد المشرع هذه الاستثناءات نظراً لأنها تمس حقوق الأفراد بشكل عام ولا تتعلق بعلاقات فردية، فالشخص الذي يقوم بإنشاء وصية ثم بعد ذلك توفي فلا يمكن بأي حال من الأحوال أن يتمكن من التوصل إلى معرفة مدى صحة توقيعه الإلكتروني الوارد على السند الإلكتروني كونه توفي، خاصة أنه يمكن استخدام أكثر من نوع من أنواع التوقيع الإلكتروني إضافة لخطورة مثل هذه المعاملات من الناحية العملية، وكذلك الأمر بالنسبة للوقف.(١) فهذه المعاملات تتعلق بشريحة واسعة من الإفراد المجتمع كبيع الأموال المنقولة أو الوكالات العامة أو الخاصة، وكذلك الأمر بالنسبة لعقود اشتراك المياه والكهرباء وغيرها، وبالتالي ولأهمية مثل هذه المعاملات وخطورتها قام المشرع باستثنائها من تطبيق القانون عليها وبالتالي عدم إمكانية استخدام الوسائل الإلكترونية لإنشائها أو تعديلها أو إنهائها كما هو حال الكثير من تشريعات الدول الأخرى كحال المشرع بإمارة دبي الذي استثنى بعض هذه الأوضاع القانونية من قانون تطبيق المعاملات عليها. (٢)

المشرع الأردني قسم الاستثناءات إلى قسمين رئيسين هما:

الفرع الأول: المعاملات ذات الشكلية الخاصة

الفصل الأول: إنشاء الوقف والوصية وتعديلهما

استثنى المشرع الأردني الوقف والوصية وتعديلهما من مجال الوسائل الإلكترونية حتى لو كانت مستكملة الشروط القانونية في القانون المدني(٣)، فهي بحاجة إلى توثيق لخطورتها من الناحية الشرعية، حيث يشترط

---

١ تنص المادة (٢/١٢٣٤) من القانون المدني الأردني على أنه "يتم الوقف أو النذر في مصارفه وشروطه بإشهار رسمي لدى المحكمة المختصة وفقاً للأحكام الشرعية".

٢ النوافلة، يوسف أحمد، ص: ١٠١ وما بعدها.

٣ تنص المادة (١١٢٧) من القانون المدني: "لا تسمع دعوى إنكار عقد الوصية أو الرجوع عنها بعد وفاة الموصي إلا إذا وجدت أوراق رسمية محررة بخط المتوفى عليها إمضاؤه أو كانت ورقة الوصية أو الرجوع عنها مصدقاً على توقيع الموصي عليها". نشر هذا القانون في الصفحة (٢) من الجريدة الرسمية رقم (٢٦٤٥) بتاريخ ١/٨/١٩٧٦م.

في الوصية أن يقوم للموصي بالتوقيع خطياً على الوصية حتى يتمكن الموصي له من الاحتجاج بها بعد الوفاة، وبالتالي لا يجوز سماع دعوى الوصية إلا إذا كانت محررة بموجب أوراق مكتوبة وموقع عليها خطياً.(١) أما بخصوص الوقف فإن استثناء المشرع له من نطاق المعاملات الإلكترونية يعود لطبيعة إنشاء الوقف وتعديله وشروطه التي تخضع للأحكام الشرعية لدى المحاكم المختصة، فلا يمكن إنشاء العقود أو المعاملات المتعلقة به بوسائل إلكترونية. وهذا ما أكدته المادة ١٢٣٧/٢/أ من القانون المدني الأردني والتي أشرنا إليها، حيث أن القانون اشترط الإشهار الرسمي لدى المحاكم المختصة بالنسبة للوقف، فلا يستطيع أحد تقرير أو إنشاء الوقف بوسائل إلكترونية مثل الكتابة والتوقيع الإلكتروني، لأن هذا الوقف يتوقف عليه آثار قانونية واقتصادية مهمة لذا كان لابد من إحاطتها بكافة الاحتياطات اللازمة حتى لا يكون هناك شك فيها لزاماً أن تتم عن طريق الإشهار الرسمي لدى المحاكم المختصة.(٢)

الفصل الثاني: معاملات التصرف بالأموال غير المنقولة وما قد ينشأ عنها من وكالات متعلقة بها وسندات ملكية وانشاء الحقوق العينية

إن استثناء هذه المعاملات من نطاق الوسائل الإلكترونية جاء من خلال نص المادة (٢)

من قانون التصرف بالأموال غير المنقولة الأردني رقم (٤٦) لعام ١٩٥٣م بقولها على أنه: "ينحصر إجراءات معاملات التصرف في الأراضي الأميرية والموقوفة والأملاك والمستغلات الوقفية وإعطاء سندات التصرف بها في دوائر تسجيل الأراضي." (٣)

يتضح لنا من خلال هذا النص أن معاملات التصرف بالأموال غير المنقولة من أراضٍ وعقارات وشقق وأبنية وغيرها وما يتعلق بها من وكالات بيع وشراء وما ينشأ عنها من حقوق انتفاع وغيره لابد أن تخضع للإجراءات المنصوص عليها في هذا القانون. (٤)

الفصل الثالث: معاملات الأحوال الشخصية

إن استثناء هذه المعاملات من نطاق الوسائل الإلكترونية جاءت نتيجة طبيعة هذه المعاملات والتي لابد من خضوعها لإجراءات محددة نص عليها قانون الأحوال الشخصية الأردني المعدل رقم (٦١) لسنة ١٩٧٦م والذي أوجب حضور الخاطب أو نائبه أمام المأذون الشرعي لتنظيم عقد الزواج من خلال محرر رسمي

---

١ عبيدات، لورنس محمد، ص: ١٦٣.

٢ حسن، يحيى يوسف فلاح، ص: ١٠٢.

٣ نشر هذا القانون في عدد الجريدة الرسمية رقم ١٢٣٥ بتاريخ ١٩٥٣/٢/١.

٤ د. عبيدات، لورنس محمد، ص: ١٦٤.

مكتوب، وذلك لما يترتب على هذا العقد من حقوق وآثار اجتماعية لكلا الزوجين والتي قد تؤثر على البنيان الاجتماعي.(١) وهو ما نصت عليه المادة (١) بقولها على أنه:

١- يجب على الخاطب مراجعة القاضي أو نائبه لإجراء العقد.

٢- يجري عقد الزواج من مأذون القاضي بموجب وثيقة رسمية وللقاضي بحكم وظيفته في الحالات الاستثنائية أن يتولى ذلك بنفسه بإذن قاضي القضاة." (٢)

الفصل الرابع: الإشعارات المتعلقة بإلغاء أو فسخ عقود خدمات المياه والكهرباء والتأمين الصحي والتأمين على الحياة

إن إجراء مثل هذه المعاملات لا يمكن أن تتم بوسائل إلكترونية بأي حال من الأحوال، فهي تحتاج لإثباتات خطية تقليدية، إذ إن مسألة إنهائها يكون عن طريق إعلام الطرف الآخر خطياً، وهذا ما نراه بالنسبة لبلدية نابلس حيث أنه في حال عدم تسديد المشترك للأموال المترتبة عليه لقاء خدمات المياه والكهرباء المقدمة من البلدية فإنه عادة يتم إخطاره أنه في حالة عدم التسديد لفترة معينة سيتم قطع الكهرباء للمياه عنه، ويتم حالياً إضافة عبارة "دفع الفاتورة ضمن المدة المحددة ويعكس ذلك يفصل التيار ولا يعاد إلا بعد دفع المبالغ المستحقة وطرق التأمين ورسم إعادة التيار" على الفاتورة الشهرية الصادرة عن بلدية نابلس، ولهذا لا تستطيع البلدية قطع التيار الكهربائي أو المياه إلا إذا كان هناك إخطار صدر عنها مسبق وبغير ذلك يلجأ المستخدم للقضاء وهذا كله لن يتم بوسائل إلكترونية بل لابد أن يكون بوسائل تقليدية وموقع عليها وهذا ما أكدته محكمة التمييز الأردنية في قرار لها أعلنت فيه: ((أن الفواتير التي تخلو من التوقيع أو لم تعزز بإقرار أو بينة لا تصلح حجة على الخصم وذلك لا يؤخذ بالدفع المجرد من الدليل)).(٣)

الفصل الخامس: لوائح الدعاوى والمرافعات وإشعارات التبليغات القضائية وقرارات المحاكم

إن هذه المعاملات تتم بإجراءات محددة نص عليها القانون، ولهذا فقد نصت المادة (٤٥) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية على ما يلي: "يقيد قلم المحكمة لائحة الدعوى يوم إيداعها في سجل القضايا بعد دفع الرسم وتعطى رقماً مسلسلاً وتختم بخاتم المحكمة ويدون التاريخ باليوم والشهر والسنة". وحيث كما هو واضح من خلال النص أن تقديم لائحة الدعوى يجب أن يكون مكتوباً كما وتنص المادة (١٨١) من

---

١ د. عبدالحفيظ لبوزيني محمد، ص: ١٦٣.

٢ قانون الأحوال الشخصية الأردني المعدل رقم (٦١) لسنة ١٩٧٦م، نشر هذا القانون في العدد (٢٦٦٨) من الجريدة الرسمية تاريخ ١٩٧٦/١٢/١م.

٣ قرار تمييز رقم (٨٥/٦١٩) مجلة نقابة المحامين الأردنيين، الصادر سنة (١٩٨٧م) على الصفحة رقم (١٨٨٤).

ذات القانون على أنه: "إذا كان الحكم واجب النفاذ يحق للمحكوم له الحصول على صورة تنفيذية من الحكم لأجل تنفيذه مختومة بخاتم المحكمة وموقعه من رئيس قلم المحكمة". فمن خلال هذا النص أيضاً يتبين لنا أنه في حال صدر الحكم في جلسة علنية، فإنه يكون من حق المحكوم له أن يحصل على صورة من الحكم بغية تنفيذ الحكم في دائرة الإجراء، ولا يستطيع تنفيذ ذلك إلا إذا كان الحكم موقعاً توقيعاً حياً من القاضي ومختوماً بختم المحكمة، وهذا لا يمكن أن يتم بوسائل إلكترونية.

الفرع الثاني: معاملات الأوراق المالية

تستثنى معاملات الأوراق المالية من نطاق قانون المعاملات الإلكترونية وذلك لاعتبارات تخص طبيعة هذه المعاملات من حيث أن لها أهمية وخصوصية احتاط لها المشرع، فلم يجز أن تصدر بوسائل إلكترونية حتى لو كانت مستوفية لجميع الشروط القانونية الكاملة، إلا أن القانون أعطى للجهات المختصة وهي البنك المركزي وهيئة الأوراق المالية بأن تقوم بوضع تعليمات خاصة بإصدار هذه الأوراق، وذلك لكي تكون قادرة على تحقيق الائتمان والثقة عند إصدارها من خلال وضع ضوابط وشروط لإصدار هذه الأوراق بوسائل إلكترونية، فإذا لم تحقق هذه الوسائل الإلكترونية الثقة والائتمان فإنها تفقد المبدأ الأساسي من عدم جواز إصدارها بوسائل إلكترونية.(١)

ويرى البعض أن المشرع الأردني قد استثنى هذه المعاملات من تطبيق أحكام قانون المعاملات الإلكترونية عليها مؤقتاً، أو ما لم يرد نص خاص بحقها ومبرراً ذلك بأن الاتجاه إلى مشروع الحكومة الإلكترونية يشير إلى ذلك إشارة واضحة، أي أنه من الممكن قبول إجراء مثل هذه المعاملات وغيرها بشكل إلكتروني في المستقبل، لافتاً أنه لابد من قيام الحكومة بإتباع إجراءات محددة تتم عملية إجراء المعاملة بطريقة إلكترونية، وذلك بإيضاح آلية إجراء مثل هذه المعاملة، والشكل الذي تتم به، وطريقة إجراء مثل هذه المعاملات، ونوع التوقيع الإلكتروني المطلوب، وطريقة توثيقه لإثباته، وإجراءات الرقابة لغايات تعديل نصوصه.(٢)

---

١ د. عيسات، لورنس محمد، ص: ١٦٤.

٢ د. حجازي، عبد الفتاح بيومي، مقدمة في التجارة العربية الإلكترونية، الكتاب الثاني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، لسنة ٢٠٠٣م، ص: ٦٢ وما بعدها.

المبحث الخامس

التطبيقات العلمية لوسائل الإثبات الإلكترونية في الحياة العملية

ويشتمل على مطلبين:

المطلب الأول : وسائل الدفع الإلكتروني

المطلب الثاني : العقود الإلكترونية

تمهيد: إنه بدخول الحاسوب إلى معظم دول العالم، فقد تنوعت أشكال وأنواع استخداماته حيث أفرزت التجارة الإلكترونية آليات ووسائل إلكترونية حديثة لم تكن معروفة من قبل تتم عبر شبكة الانترنت دون أي تدخل من قبل الأطراف، ولا يمكن إتمامها إلا بوسائل الإثبات الإلكترونية ومن خلال التوقيع الإلكتروني، وسوف نعرض أهم وأبرز تطبيقات في هذا المجال:

المطلب الأول: وسائل الدفع الإلكترونية

الفرع الأول: الشيك الإلكتروني

يشبه الشيك الإلكتروني من حيث المضمون الشيك الورقي، فهو التزام قانوني بسداد مبلغ معين في تاريخ محدد لصالح فرد أو جهة معينة، إذ يتضمن الشيك الإلكتروني بيانات كالمبلغ والتاريخ والساحب والمستفيد والمسحوب عليه، غير أنه يختلف عن الشيك الورقي في الأداة التي يحررها، فهي أداة إلكترونية مثل الكمبيوتر أو الهاتف المحمول وغيرها من الصور، بحيث يتضمن الشيك الإلكتروني توقيعاً منسوباً إلى مصدره، وهذا التوقيع يكون إلكترونياً وباستيفائه لبياناته يكتسب نفس حجية الشيك الورقي وذلك في التشريعات التي أقرت بنظام التوقيع الإلكتروني.(١) ويتم التعامل بالشيك الإلكتروني من خلال الساحب والمستفيد، غير أنه في كثير من الصورة يلجأ الطرفان إلى طرف ثالث وهو مقدم خدمة الشيكات الإلكترونية، وهنا يقوم العميل بزيارة موقع البائع على إحدى الشيكات الإلكترونية ويطلب شراء بعض ما يعرضه البائع، ثم بعد ذلك يقوم البائع في حال الموافقة بتحويل طلب المشتري بشكل تلقائي إلى الجهة مقدمة خدمة الشيكات الإلكترونية وإخطاره ببيانات التعامل كاسم العميل وعنوانه ورقم حساب وقيمة الصفقة، ثم بعد ذلك يقوم مقدم الخدمة بعرض نموذج للشيك على الشاشة يتضمن كافة بيانات الشيك الورقي، ويقوم بملء كافة البيانات التي تلقاها من البائع من خلال الإخطار المرسل له من قبله، ثم بعد ذلك يقوم بتضمين الشيك توقيعاً إلكترونياً ليقوم المشتري بوضعه، وقد يحتاج مقدم الخدمة إلى التأكد من هوية المشتري بوسائل أخرى، كطلبه وضع رقم هويته الشخصية ضمن البيانات، ويتأكد مزود الخدمة من صحة البيانات المعطاة له، ومن ضمنها كفاية الرصيد وهل هو قابل للسحب عن طريق الاتصال بمصرف المشتري، وفي حال تم ذلك يودع مقدم الخدمة الشيك الإلكتروني لدى البنك المسحوب عليه. (٢)

---

١ د. العربي، نبيل صلاح محمود، الشيك الإلكتروني والنقود الرقمية، دراسة مقارنة، دراسة مقدمة إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون الذي عقدته كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة في الفترة من ١٠-١٢ مايو سنة ٢٠٠٣م، دبي، المجلد الأول، ص: ٦٣.

٢ العربي، نبيل صلاح محمود، ص: ٦٩.

الفرع الثاني: الشيك النكي

وهو عبارة عن شيك مزود بشريط ممغنط مسجل عليه بيانات مشفرة، وعند إدخال الشيك في جهاز الخاص يقوم بقراءة البيانات والاتصال بحساب الشخص في المصرف المحول عليه الشيك ليتم التأكد من صحة بياناته من حيث مدى وجود الرصيد وكفايته وقابليته للسحب، ثم بعد ذلك يقوم بحجز قيمة الشيك لحساب المستفيد، ويلاحظ أن هذا الشيك ما يزال محتفظاً بطبيعته الورقية، ومن ثم يعد التزوير الوارد على بياناته تزويراً يخضع للقواعد العامة ولا يتميز بأحكام خاصة.(١)

الفرع الثالث: النقود الإلكترونية

هناك عدة تعريفات للنقود الإلكترونية، فقد عرفها البعض بأنها دفع أو تحويل الودائع المدخلة والمعالجة الكترونيا ضمن أنظمة البنوك الإلكترونية، غير أنه من الملاحظ على هذا التعريف أنه تطرق إلى وسيلة تحويل القيمة إلكترونياً دون أن يتطرق إلى تعريف القيمة نفسها، فيما ذهب رأي آخر إلى أن النقود الإلكترونية هي بطاقات تحتوي على مخزون إلكتروني أو أرصدة نقدية محملة إلكترونياً على بطاقة تخزين القيمة، غير أن هذا التعريف لم يعرف هو الأخر النقود الإلكترونية، بل عرف الوسيلة التي يتم فيها تخزين أو حفظ تلك النقود. (٢)

وقد عرفها التوجيه الأوروبي رقم ٤٦/٢٠٠٠ الصادر بتاريخ ١٨/٩/٢٠٠٠م بأنها: "قيمة نقدية مخلوقة من المصدر مخزنة على وسيط إلكتروني وتمثل إيداعاً مالياً تكون مقبولة كوسيلة دفع من قبل الشركات المالية غير الشركة المصدرة". حيث تصدر هذه النقود من شركات مالية عالمية مثل شركة Monex التي تصدر البطاقات الذكية لإتمام المعاملات، بحيث ينحصر التعامل بالنقود الإلكترونية على حاملي بطاقة Mondex والتي تحمل التوقيع الرقمي للشركة، وفي المعاملات التجارية يتم الخصم من بطاقة المشتري أولاً ثم تضاف نفس القيمة المخصومة إلى بطاقة البائع، وهناك أيضاً نظام آخر لإصدار النقود الإلكترونية يعرف باسم سيبركاش Cybercash وهو يكون في شكل بطاقات الثمان، يستطيع العميل من خلالها إتمام العمليات التجارية والتسوق وسداد ديونه عبر شبكة الانترنت.(٣) مما تقدم يمكننا أن نعرف النقود الإلكترونية بأنها عبارة عن قيمة نقدية بعملة محددة تصدر في صور بيانات إلكترونية مخزنة على كرت ذكي أو قرص صلب بحيث يستطيع صاحبها نقل ملكيتها إلى من يشاء دون تدخل شخص ثالث.

---

١ محي الدين، أشرف توفيق، ص: ٧٦.

٢ زوين، نبيل مهدي، النقود الإلكترونية، دراسة مقارنة، www.dahsha.com.

٣ منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية website:www.arado.org.eg – – مرجع سابق – ص: ٢٣٨.

الفرع الرابع: بطاقات الدفع الإلكتروني

الفصل الأول: بطاقات الائتمان

تعتبر بطاقات الائتمان من أولى الصور والوسائل التي استخدم بها التوقيع الإلكتروني.

وهي عبارة عن بطاقات تصدر بواسطة مؤسسة مالية باسم أحد الأشخاص وتقوم تلك البطاقة بوظيفتي الوفاء والائتمان، أي أن حاملها يملك إمكانية تتبع سداد المبلغ الذي استخدمه من الاعتماد المفتوح من جانب مصدر البطاقة. (١)

وتستخدم بطاقات الائتمان في مجالات مختلفة ومتنوعة، فالعديد من البنوك والمؤسسات المالية الكبرى ساهمت إلى حد بعيد في انتشارها وتنوعها، وذلك لأجل تطوير مؤسساتها وتسهيل التجارة بهدف الحصول على الأرباح(٢)، حيث بدأ استعمالها كوسيلة وفاء لدى عملاء محطات الوقود والمحلات التجارية الكبرى، وهذه كانت في أول نشأتها ثنائية الأطراف، تقتصر على التعامل مع محطة الوقود أو الشراء من المحل التجاري الذي تولى إصدارها، ولكن سرعان ما عملت المؤسسات الكبرى والبنوك على تطويرها ونشرها على نطاق واسع. (٣) ويلاحظ أن المشرع المصري لم يقرر حماية خاصة لبطاقات الائتمان، وإنما يتم الرجوع في ذلك للقواعد العامة في قانون العقوبات المصري المتعلقة بالسرقة أو النصب أو خيانة الأمانة أو الإتلاف وذلك بعكس الوضع في بعض التشريعات العربية ومنها على سبيل المثال التشريع العماني الذي أفرد بعض الأحكام الخاصة بحماية بطاقات الائتمان.(٤) وهناك أنواع متعددة من بطاقات الائتمان والتي تختلف بحسب الغرض من إصدارها، كما أنه من المحتمل أن تكون البطاقة الواحدة تؤدي أكثر من غرض في آن واحد ومن هذه البطاقات:

---

١ د. الرومي، محمد أمين، التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، ط١، ٢٠٠٤م، ص: ٨٨.

٢ رضوان محمد أنس، الأحكام الشرعية لأنواع البطاقات البنكية، بحث ماجستير مقدم عام ٢٠٠٩م، كلية الشريعة والقانون – الجامعة الإسلامية العالمية – إسلام آباد، باكستان، ص: ٩١ وما بعدها بتصرف.

٣ د. عبد الحميد، ثروت، ص: ٨٣.

٤ تنص المادة (٢٧٦) الصادرة بموجب المرسوم السلطاني العماني رقم ٢٠٠٤/٧٢: "تعني أنه يعاقب بالحبس مدة لا تزيد عن (٥) سنوات وبغرامة لا تتجاوز ألف ريال كل من: ١- قام بتقليد أو تزوير بطاقة من بطاقات الوفاء أو السحب. ٢- استعمل أو حاول استعمال البطاقة المقلدة أو المزور مع العلم بذلك. ٣- قبل الدفع ببطاقة الوفاء المقلدة أو المزورة مع العلم بذلك. نقلاً عن د. الرومي، محمد أمين، جرائم الكمبيوتر والإنترنت، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، لعام ٢٠٠٣م، ص: ٨.

الفصل الثاني: بطاقة الصراف الآلي أو السحب الآلي

تعتبر هذه البطاقة الأكثر شيوعاً، بموجبها يمكن لصاحب هذه البطاقة سحب مبالغ مالية من حسابه عبر جهاز الصراف الآلي، بحد أقصى يومي أو أسبوعي متفق عليه بينه وبين البنك مصدر البطاقة، تكون عملية السحب من خلال تمرير البطاقة في فتحة خاصة بجهاز الصراف الآلي، ثم بعد ذلك تظهر شاشة أمام الشخص مكتوب عليها اختيار اللغة، وفي حالة اختيار صاحب البطاقة تظهر أمامه على الشاشة عبارة إدخال الرقم السري، والذي يتكون غالباً من أربعة حروف، وفي حال تم الموافقة من قبل الجهاز على المعلومات المدخلة تظهر شاشة أمام صاحب البطاقة وهي قائمة بالمبالغ الذي يستطيع سحبها في حال كان له رصيد كاف لدى البنك، ولذلك فإن بطاقة السحب الآلي لا تعتبر بطاقة ائتمان لعدم توفر تسهيلات ائتمانية للعميل عادة. (١) لأنه في حال لم يكن رصيد للعميل في البنك بالمبالغ المنوي سحبها فلا يستطيع السحب لعدم توفر الرصيد.

الفصل الثالث: بطاقة الائتمان

هذه البطاقة على شكلين اثنين، فيزاكارد وماستركارد، وبموجبها يحصل المستخدم حامل البطاقة على تسهيل ائتماني لدى البنك مصدر البطاقة بحدود مالية معينة بحسب الاتفاق ما بين المستخدم والبنك، إذ يتفقان على تحديد سقف أعلى للسحب بواسطتها بحيث يستطيع هذا المستخدم الشراء والدفع بواسطة هذه البطاقة في داخل الدولة أو خارجها، وحتى وإن لم يكن له رصيد في حسابه، حيث تتولى المؤسسة المصرفية تسوية ثمن المشتريات والخدمات التي يحصل عليها الشخص حامل البطاقة ولا تحصلها منه مباشر بل تمنحه أجلاً للسداد، وإلا كان عرضة لدفع فوائد عالية، ولذلك فإنها تعتبر بطاقة ائتمان فعلية. (٢)

الفصل الرابع: بطاقات الوفاء (بطاقات الدفع الإلكتروني)

ظهرت هذه البطاقات في الولايات المتحدة في بداية الخمسينات عندما أصدر بنك فرانكلن بطاقة الوفاء الوطنية (National credit card) ثم بعد ذلك توالى إصدار هذه البطاقات، إلى أن أصدرت البنوك بطاقة موحدة وهي ماستركارد، ولهذا فإن بطاقة الوفاء تعتبر عقداً يتعهد بمقتضاها مصدر البطاقة بفتح اعتماد بمبلغ معين لمصلحة حامل البطاقة والذي يستطيع بواسطتها الوفاء بمشترياته لدى المحلات التجارية التي ترتبط مع مصدر البطاقة بعقد، بحيث يتعهد البنك أو مصدر البطاقة بقبول الوفاء بثمن مشتريات حامل البطاقة على

---

١ د. عبد الحميد، ثروت، ص: ٨٥.

٢ د. عبد الحميد، ثروت، ص: ٨٦.

أن تتم التسوية النهائية بين مصدر البطاقة وحاملها حسب المدة المحددة في العقد. (١) ولهذا فلابد من توفر الجهاز الخاص بهذه البطاقة في المتجر لكي يتم تمرير البطاقة من خلال هذا الجهاز وخصم الثمن منها ثم بعد ذلك يقوم الجهاز بإصدار فاتورتين إحداهما يوقعها المشتري ويأخذها البائع والأخرى تبقى بحوزة المشتري المستخدم للبطاقة، فمن خلال هذا الجهاز الآلي يقوم البنك بتحويل قيمة الفاتورة أو المبلغ النقدي المطلوب من حساب العميل إلى حساب التاجر. (٢) ومن الملاحظ هنا أن بطاقة الوفاء لا تعطي للعميل ائتماناً، بحيث إذا لم يكن هناك رصيد كافٍ للعميل بالبنك مصدر البطاقة فلا يستطيع استعمال هذه البطاقة للشراء أو الوفاء لدى المحلات التجارية، عكس بطاقة الائتمان التي تعطي للعميل ائتماناً بحيث تتعهد الجهة المصدرة للبطاقة بالتسديد في مواجهة التاجر حتى بدون وجود رصيد.

المطلب الثاني: العقود الإلكترونية

كان التعاقد في السابق يتم ما بين الأطراف وجهاً لوجه بحيث يجلس المتعاقدين ويتفقا على بنود العقد وبوقعانه، أما في هذا العصر فإن تلك الآلية قد تغيرت كثيراً فأصبح التفاوض على الشراء أو البيع يتم بواسطة الانترنت كما يتم الاتفاق على جميع بنود العقد بدءاً من نوع البضاعة وآلية الدفع والاستيراد والجودة وزمان ومكان التسليم ورسوم الشحن والضرائب وغيرها يتم بواسطة الانترنت، وقد تصل الأمور إلى حد أن المتعاقدين لا يعرفان بعضهما البعض، وكل ذلك لابد فيه من استخدام التوقيع الإلكتروني الذي سبق الإشارة إليه، كي نتأكد أن الموقع على العقد الإلكتروني هو ذات المتعاقد وليس شخصاً يستعمل اسمه وتوقيعه.

ويعرف الفقه التجارة الإلكترونية بأنها "عقد الصفقات التجارية العالمية عبر الوسائل الآلية أوتوماتيكيا باستخدام الكمبيوتر "الانترنت"(٣)، كما تعرف بأنها: "عملية تبادل المعطيات المعلوماتية في مجالات الإدارة والتجارة والنقل أو عمليات تبادل المعلومات بطريقة آلية تعتمد على التكنولوجيا الحديثة باستخدام وسائل حديثة كالبريد الإلكتروني من خلال أو بدون الاستعانة بالانترنت والنقل والتحويل الإلكتروني للأموال لدى البنوك والنقود الإلكترونية، والبطاقات الذكية واستخدام البريد الإلكتروني، والسند الإلكتروني والتلكس والفاكس وإبرام الصفقات." (٤)

ويلاحظ أن التجارة الإلكترونية تقوم على النشاط التجاري واستخدام الحاسوب لإبرام عقود هذه التجارة

---

١ برهم، نضال إسماعيل: أحكام عقود التجارة الإلكترونية، ص: ٩٢.

٢ د. عبد الحميد، ثروت، ص: ٨٤.

٣ أبو هيبة، ص: ٥٤-٥٥.

٤ د. عبد الحميد، ثروت، ص: ٨٦.

أي استخدام دعامات غير مادية مكان الدعامات المادية وأن هذه التجارة بإمكان الجميع استخدامها عن أي دولة كانت.

وفكرة التجارة الإلكترونية ظهرت على شاشات الانترنت وكثيراً ما نشاهدها، بحيث أصبح هناك مواقع لمعظم الشركات التجارية الكبرى تقوم من خلالها بعرض أحدث منتجاتها وعرض أفضل خدماتها وبإمكان الجميع الدخول إلى هذه المواقع ومشاهدة هذه العروض والبضائع والخدمات وذلك لشراء ما يناسبه منها، فإذا ما اختار شيئاً يقوم بمخاطبة الشركة بواسطة البريد الإلكتروني والتي تقدم له عروضها وأسعارها، فإذا توصل معها إلى اتفاق أبرم العقد معها إلكترونياً، ويتم الاتفاق على آلية الدفع وتسليم البضاعة، ويشار إلى أن الشركات تقوم باستخدام إجراءات معينة عبر الانترنت للتحقق من شخصية المشتري حتى تكون العملية صحيحة وموثوقة. (١)

مما سبق يلاحظ بأن الإيجاب والقبول وانعقاد العقد وما يرافقه من شروط الدفع والاستلام والتسليم والنفقات والضرائب وغيرها كل ذلك يتم بواسطة الانترنت، أو الفاكس أو غيرها من وسائل التقدم العلمي الحديث، وجميعها بحاجة إلى التوقيع الإلكتروني الذي سبق ودرسناه، وبالتالي لا يمكن إتمام هذه الصفقات إلا بالاستيثاق من التوقيع الإلكتروني الذي حل محل التوقيع التقليدي.

---

١ د. الكيلاني، محمود، وسائل التعاقد الإلكتروني وقواعد الإثبات في المسائل التجارية، الملتقى والمعرض الأردني الأول للتشريعات المعاملات الالكترونية، عمان، الأردن، ٢٠٠٩م، ص: ٤٩٤.

الفصل السادس

تكييف جرائم الاعتداء على وسائل الإثبات الإلكترونية وحمايتها شرعاً و قانوناً

ويشتمل على أربعة مباحث:

المبحث الأول: جرائم الاعتداء على الوسائل الإلكترونية

المبحث الثاني: التكييف الفقهي لجرائم الاعتداء على الوسائل الإلكترونية

المبحث الثالث: الحماية القانونية لوسائل الإثبات الإلكترونية

المبحث الرابع: الحماية الشرعية لوسائل الإثبات الإلكترونية

المبحث الأول

جرائم الاعتداء على الوسائل الإلكترونية

ويشتمل على أربعة مطالب:

المطلب الأول : اختراق الوسائل الإلكترونية وانتهاك سريتها

المطلب الثاني : الرسائل الاقتحامية (SPAM)

المطلب الثالث : الرسائل الاحتيالية (PHISHING)

المطلب الرابع : تزوير وسائل الإلكترونية

المطلب الأول: اختراق الوسائل الإلكترونية وانتهاك سريتها

يسمى الاختراق باللغة الإنجليزي "Hacking"، وبالعربية "قرصنة أو اختراقاً"(١)، وهي من أكثر الجرائم المعلوماتية شيوعاً، فبواسطته يتم اختراق البريد الإلكتروني، والاستيلاء عليه، وتغيير محتوياته، أو سرقة ما فيه، أو التجسس، أو تدمير الأنظمة المعلوماتية بعدة طرق ووسائل يستخدمها القراصنة.

الفرع الأول: تعريف الاختراق (Hacking)

هو (قيام جهة بمحاولة الوصول إلى أنظمة أو شبكات أفراد أو منشآت بمساعدة بعض البرامج المختصة في سرقة وفك كلمات السر، وتصريحات الدخول عن طريق مهارتهم وخبراتهم).(٢)

وعُرِّف الاختراق في "القانون العربي النموذجي الموحد" بأنه: (الدخول غير المصرّح به، أو غير المشروع لنظام المعالجة الآلية للبيانات، وذلك عن طريق انتهاك الإجراءات الأمنية) (٣).

ويرتبط الاختراق بشبكة الانترنت، التي تعد وسيلة لاختراق الأجهزة والشبكات المعلوماتية؛ بهدف التأثير في أداء أجهزة الحاسب الآلي وتعطيلها، وتدمير البيانات والنظم، والتعدي على الممتلكات، وبث البرمجيات الخبيثة التي تقوم بتدمير معطيات الحاسب ونظم التشغيل، والتعدي على البيانات والمعلومات الشخصية، واستخدام اسم النطاق وغيرها من الأفعال التي تتم بواسطة الاختراق. (٤)

ويعني اختراق الوسائل الإلكترونية: (الدخول غير المشروع إلى المعلومات والبيانات المرسلة عن طريق البريد ورسالته وسنده الإلكتروني) (٥).

ويطلق على من يقوم باختراق الوسائل الإلكترونية والمواقع الإلكتروني اسم "الهاكرز Hackers"، وهم أشخاص يصلون بطرق غير قانونية إلى المعلومات في نظام حاسوبي، كما أنهم قد يباشرون لتعديل هذه المعلومات.(٦) ويعتمد الاختراق على السيطرة عن بُعد "Remote"، وهي لا تتم إلا بوجود عاملين مهمين:

١- البرنامج المسيطر، ويعرف "بالعميل Client".

---

١ الحمدان، محمد بن عبد الله عبد الرحمن، أساسيات أمن المعلومات، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، ط١، ١٤٢٧-٢٠٠٧م، ص: ٤٨.

٢ المرجع السابق، ص: ٤٨.

٣ القانون النموذجي العربي الموحد لمكافحة سوء استخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، ٢٠٠٤م.

٤ الحسيد، محمد دباس، ونينو، ماركو إبراهيم (١٤٢٧-٢٠٠٧م)، حماية أنظمة المعلومات، (ط١)، الأردن، دار الحامد، ص: ٦٥.

٥ السند، عبد الرحمن بن عبد الله (١٤٢٦-٢٠٠٦م)، الأحكام الفقهية للتعاملات الإلكترونية، (ط٢)، الرياض، دار الوراق، ص: ٣٠١.

٦ نعيم، مأمون (دت)، وجها لوجه: الهاكرز بلا أقنعة، (ط١)، سوريا، شعاع للنشر والعلوم، ص: ٢٨.

٢- "الخادم Server"، الذي يقوم بتسهيل عملية الاختراق. (١)

ويتم اختراق الوسائل الإلكترونية كالسند والبريد الإلكتروني من خلال بعض البرامج ووسائل أخرى، ومن أهمها:

الفصن الأول: أحصنة طروادة (Trojan Horses)

ويكون مصدرها البريد الإلكتروني، والمواقع المشبوهة التي تستخدم، Activex, Java Applets, Java Script ويكمن ضررها في إمكان التجسس والتعرف على كلمات العبور وتدمير الملفات. (٢)

وهذا البرنامج لا يمكّن صاحب الجهاز من ملاحظة وجود دخيل يتمكن من الدخول على الجهاز في غيبته، وكذلك فإن البرنامج لا يمكن كشفه بواسطة البرامج المتخصصة في كشف الفيروسات، وعليه فإنه لا يمكن في الأغلب الأعم من الأحوال معرفة وجود مثل هذا البرنامج على جهاز الكمبيوتر، أو الإحساس بوجوده للقضاء عليه. (٣)

الفصن الثاني: عن طريق (IP Address)

ويتم الاختراق عن طريق دخول شخص على جهاز شخص آخر، أو ربط جهازين بعضهما ببعض، عن طريق المودم، وباستخدام بروتوكول TCP\IP، وبذلك يمكن السيطرة على الجهاز الآخر بطريقة أو أكثر إما بالتخفي أو بطريق ظاهرة، ويمكن إرسال ملفات أو تحميل ملفات وإجراء محادثة، أو كتابة أو مسح معلومات. (٤)

الفصن الثالث: عن طريق الـ(Cookie)

يمكن تحقيق الاختراق عن طريق "الكوكي Cookie"، وهو ملف صغير تضعه بعض المواقع التي يزورها المستخدم على قرصه الصلب، والهدف منه في الأساس تجاري، ولكنه يساء استخدامه من قبل المبرمجين المتمرسين بلغة "الجافا JAVA" التي لديهم القدرة على التعمق أكثر داخل الأجهزة والحصول على معلومات أكثر عن المستخدم. (٥)

---

١ علوة، رأفت نبيل (٢٠٠٦م)، قرصنة الانترنت، (ط١) الأردن، مكتب المجتمع العربي، ص: ١٣.

٢ شوقي، حسام (٢٠٠٣م)، حماية المعلومات على الإنترنت، (دط)، القاهرة، دار الكتب العلمية، ص: ١٠٣.

٣ الجنيهي، منير محمد، والجنيهي، ممدوح محمد (٢٠٠٦م)، جرائم الإنترنت والحاسب الآلي ووسائل مكافحتها (دط)، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، ص: ٥٦.

٤ بسيوني، عبدالحميد (٢٠٠٣م)، الحماية من أخطار الإنترنت، (د ط)، القاهرة، دار الكتب العلمية، ص: ١٣٣.

٥ علوة، قرصنة الانترنت، ص: ١٨.

الفرع الثاني: أهداف الاختراق

ومن أهداف اختراق الوسائل الإلكترونية ما يلي: (١)

١- التجسس، سواء على دول أو منظمات أو هيئات أو مؤسسات أو أفراد.

٢- قصد السرقة ومعرفة أرقام بطاقات الائتمان، وأرقام الحسابات وغيرها، ولذلك يسعى لصوص الكمبيوتر إلى اختراق أجهزة المستخدمين، وحل رموز الرسائل السرية، وسرقة محتويات الأجهزة والمعلومات الخاصة بهم، ويستغل هؤلاء اللصوص بعض الثغرات الفنية التي توجد في برامج تشفير رسائل الوسائل الإلكترونية.

٣- المنافسة بين الدول أو الشركات أو المؤسسات أو الأفراد، فمن الأهداف التي يقصدها مخترق الوسائل الإلكترونية الاطلاع على الرسائل الإلكترونية للمنافس له كما تقوم بذلك بعض الشركات لمعرفة النشاط الذي تقوم به الشركات الأخرى، وما تنوي القيام به من مشاريع وأعمال، للاطلاع على مشروع معين أو صفقة معينة.

٤- الفضول والعبث وإثبات القدرة على اختراق الوسائل الإلكترونية، فقد يسعى بعض مستخدمي الانترنت إلى محاولة اختراق وسائل الإلكترونية معينة، ويقوم بترك رسالة لصاحب الوسائل الإلكترونية المخترقة تفيد بأن رسالته الإلكترونية قد اخترقت، وقصد المخترق من ذلك بيان قدرته على هذا العمل.

٥- الحرب المعلنة بين أطراف مختلفين فيما بينهم، سواء على مستوى الدول أو المنظمات أو الهيئات، والسيطرة التامة على الوسائل الإلكترونية للخصم لمعرفة جميع تحركاته وتخطيطه ومراسلاته، وقد استخدم هذا النوع من الاختراق في بعض الحروب القائمة في هذا العصر.

ولذا فإن الوسائل الإلكترونية تعد من قبيل المراسلات الخاصة، ومجرد الدخول إلى الوسائل الإلكترونية والاطلاع على الرسائل ومحتوياته، بدون إذن صاحبه يُعد جريمة، وبالتالي فهي محمية شرعاً وقانوناً. (٢)

ونظراً للأهمية البالغة لمبدأ حرمة الرسائل وسريتها، فقد كرّسته الاتفاقيات الدولية بنصوص صريحة، ورفعته الدساتير والتشريعات الوطنية إلى مصاف الحقوق الدستورية، حيث قررت عدم جواز مراقبة المراسلات أو مصادرتها أو إفشاء سريتها إلا في الأحوال والحدود المبينة في القانون.(٣) وهذه السرية للمراسلات والاتصالات مكفولة أيضاً في الدستور الأمريكي، وفي بعض القوانين التي تحمي الحياة الخاصة، ومنها

---

١ السند، الأحكام الفقهية للتعاملات الإلكترونية، مرجع سابق، ص: ٣٠٢.

٢ المسند، مرجع سابق.

٣ العوضي، الجوانب القانونية للبريد الإلكتروني، ص: ١١٩.

الاتصال الإلكتروني في الولايات المتحدة الأمريكية، ومكفول أيضاً في كندا بالقانون الجنائي الكندي، ولذا فإنه لا يجوز اعتراض الرسائل الإلكترونية أو الاطلاع على المضمون دون إذن السلطة الحكومية المختصة. (١)

وفي اتفاقية "بودابست" لمكافحة جرائم المعلوماتية في "المادة الثالثة" المسماة بـ"الاعتراض غير القانوني" والهدف منه هو حماية الحق في احترام نقل البيانات، وأن هذه الجريمة تمثل انتهاكاً للحق في احترام الاتصالات مثل التصنت، والتسجيل التقليدي للمحادثات التلفونية بين الأشخاص، كما أن الحق في احترام المراسلات مكفول عن طريق المادة الثامنة من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان. (٢)

المطلب الثاني: الرسائل الاقتحامية (SPAM)

ويقصد بها: (إساءة استخدام نظام الرسائل الإلكترونية "Electronic Messaging System" بإرسال كم هائل من الرسائل العشوائية وغير المطلوبة، أو المتوقعة أو المرغوبة من قبل المستقبلين لهذه الرسائل). (٣)

وقد عرفت "اللجنة الوطنية للمعلوماتية والحريات" بأن الرسائل الاقتحامية هي: (إرسال نسخ متكررة من نفس الرسالة – غالباً ما يكون الغرض منها هو الإعلان التجاري – وذلك بشكل مكثف لأشخاص لم يتعامل معهم المرسل من ذي قبل، ولم يطلبوا منه هذه الرسائل).(٤)

ووفق هيئة الاتصالات وتقنية المعلومات يمكن تعريف الرسائل الاقتحامية، وذلك حسب ما جاء في الإطار التنظيمي لمكافحة الرسائل "SPAM" بأنها: (أية رسائل إلكترونية غير مطلوبة تحتوي على محتويات تجارية أو مرفوضة يتم إرسالها دون موافقة مسبقة عبر وسائل الاتصالات المختلفة، بما في ذلك خدمات البريد الإلكتروني، ورسائل الجوال، والفاكس، والتلكس، والبلوتوث، والرسائل الفورية). (٥)

ويطلق على هذه الرسائل عدة مسميات، مثل: "البريد المزعج"، و"بريد القمامة"، و"البريد التطفلي"، و"الرسائل غير المرغوبة" وغيرها.

---

١ خيال، محمود السيد عبد المعطي، الإنترنت وبعض الجوانب القانونية، (د ط)، القاهرة، دار النهضة، ص: ٩٠.

٢ أحمد، هلالي عبد الله (٢٠٠٧م)، اتفاقية بودا بست لمكافحة الجرائم المعلوماتية معلقاً عليها، (ط٢)، القاهرة، دار النهضة العربية، ص: ٦٠.

٣ الفيفي، خالد بن سليمان، والحقيل، زياد بن عثمان الاصطياد الالكتروني، الأساليب والإجراءات المضادة مكتبة الملك فهد الوطنية، ط١، ص: ٢٦.

٤ العوضي: الجوانب القانونية للبريد الإلكتروني، ص: ٨١.

٥ البرنامج الوطني لمكافحة الرسائل، من موقع: http://www.spam.gov.sa/ara_def2.htm.

وقد بدأت هذه العملية في عام ١٩٩٦م عندما أرسلت إحدى الشركات إعلانات عنها بالبريد الإلكتروني إلى الآلاف من مواقع الانترنت، وفضلاً عن تعطيل الشبكة الذي نجم هذا الإغراق فقد تكلف متلقي هذه الرسائل الكثير في استقبالها، ودفع ثمن مدة الاتصال اللازمة لاستقبال هذه الرسائل مع ما يصاحبها من ملفات، وكذلك يقع ضحية لهذه الجريمة أيضاً مقدمو خدمة الإنترنت حيث يتم ملء منافذ الاتصال "Communication - Ports" وقوائم الانتظار "Queues" لأجهزة الخدمة الخاصة بهم، وينتج عن ذلك انقطاع الخدمة عن زبائنهم(١)، وبالتالي تكبيد مقدمة الخدمة خسائر مادية ومعنوية غير محدودة، لذلك فقد لجأت بعض الشركات إلى تطوير برامج مناسبة، تسمح باستقبال جزء محدود من الرسائل فقط، في حال تدفق أعداد كبيرة منها. وفي إحصائية يبنت أن نسبة البريد الإلكتروني غير المرغوب بناءً على المعلومات التي جمعها مزودو خدمة الشبكة العالمية "ISP" بلغت ٥٤% لعام ٢٠٠٧م، وكان معظمها رسائل تسويقية. (٢)

وبالنسبة للأشخاص العاديين الذين يمتلكون الوسائل الإلكترونية، فإنهم في حال تعرضهم للإغراض بالرسائل الاقتحامية، فإنه من الطبيعي سيعجز البريد الإلكتروني عن الصمود طويلاً، أمام الكم الهائل من الرسائل، والتي تكون في معظمها غير مفيدة، فضلاً عن أنه قد يصاحب تلك الرسائل فيروسات، أو صور غير مرغوب بها، أو ملفات كبيرة الحجم(٣)، كما أنه سبب لإهدار الوقت والجهد.

ومما ساهم في وجود هذه الرسائل وانتشارها هو ثمنها البخس، إذ تعد من أرخص طرق التسوق التقليدية، فهو لا يكلف المرسل أي شيء يذكر، ونتيجة للآثار السلبية التي تسبب في فقدان ثقة المستهلك في عمليات التسويق الإلكتروني، وخصوصاً مع تطور التجارة الإلكترونية ونموها وسرعة انتشارها، فقد انقسمت الدول في تنظيمها لهذه المسألة إلى اتجاهين اثنين.

الأول: "نظام Opt-in"، حيث يتطلب أن يعبر المستهلك عن إرادته باستلام رسائل دعائية بشكل صريح، قبل أن يكون بإمكان الراغب بالتسويق أن يرسل الرسائل إليه. (٤)

الثاني: "نظام Opt-out"، وهي التي لا يحتاج فيها أصحاب الشركات أو مقدمو الرسائل إلى إذن مسبق من المستقبلين، غير أنه عقب استلام المستقبل للرسالة، فإنه يجب أن يكون لديه الخيار لطلب توقف المرسل

---

١ داود، حسن طاهر (٢٠٠٠م)، جرائم نظم المعلومات، (ط١)، الرياض، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، ص: ٩٣.

٢ البرنامج الوطني لمكافحة الرسائل الاقتحامية، من موقع: http://www.spam.gov.sa/ara_def2.htm.

٣ قنديلجي، عامر إبراهيم؛ والسامرائي، إيمان فاضل (٢٠٠٩م)، شبكة المعلومات والاتصالات، (ط١)، الأردن المسوق، حيان، ص: ١٨٩.

٤ برانير، أبحاث في القانون وتقنية المعلومات، ص: ١١٤.

عن إرسال المزيد من الرسائل إليه، وذلك من خلال الطلب من المرسل التوقف عن إرسال أي رسائل أخرى. (١)

وقد أخذ الاتحاد الأوربي بالاتجاه الأول في التوجيه الخاص بالتجارة الإلكترونية الذي أصدره في عام ٢٠٠٠م، حيث سمح بالتسويق المباشر بالأساليب الإلكترونية فقط بالنسبة للمشتركين الذي عبروا عن إرادتهم المسبقة بذلك(٢)، وهذا ما يظهر في المادة ١٣-١ والتي فيها بأنه: (على الدول أن تحظر إرسال الرسائل الإلكترونية غير المرغوب فيها بواسطة الفاكس، والبريد الإلكتروني أو أية وسيلة الكترونية مثل "رسائل MMS" و"رسائل SMS"، ما لم يكن الأشخاص المعنيين قد أعطوا رضاهم الصريح المسبق). (٣)

وفي انجلترا، فقد واجه المشرع ظاهرة الرسائل الاقتحامية بالقانون عام ٢٠٠٣م، والذي كرس فيه نظام الرضا الصريح المسبق للمرسل إليه، كما نص على سلطة مفوض المعلومات في رفع الدعاوى على من يقوم بإرسال هذه الرسائل الاقتحامية. (٤)

وأما الاتجاه الآخر فقد أخذ به القانون الصادر في الولايات المتحدة الأمريكية في عام ٢٠٠٣م والمسمى بقانون "CAN SPAM Act"، حيث صرحت الحكومة الأمريكية بأن هدفها من إصداره يكمن في رغبتها بتنظيم استخدام التسويق الإلكتروني التجاري، وبضرورة التزام مرسلي الرسائل الإلكترونية بعدم تضليل المستقبلين عن محتوى ومصدر هذه الرسائل، وأخيراً بحق مستلمي هذه الرسائل في التعبير عن إرادتهم في رفض استلام أي رسائل دعائية أخرى، أي أن هذا القانون قد سمح للشركات جميعها بأن ترسل رسالتها التسويقية والدعائية الأولى إلى المستهلكين، بشرط أن تتيح لهم المجال بأن يرفضوا بسهولة استلام رسائل أخرى لاحقة. (٥)

---

١ البرنامج الوطني لمكافحة الرسائل الاقتحامية، من موقع: http://www.spam.gov.sa/ara_def2.htm.

٢ براتبو، أبحاث في القانون وتقنية المعلومات، ص: ١٢٥.

٣ العوضي: الجوانب القانونية للبريد الإلكتروني، ص: ٨٢.

٤ المرجع السابق، ص: ٩٢.

٥ براتبو، أبحاث القانون وتقنية المعلومات، ص: ١١٥.

المطلب الثالث: الرسائل الاحتيالية (Phishing)

وتسمى "رسائل التصيد Phishing" أو "الرسائل المخادعة"، وتعرف على أنها: (سرقة المعلومات الشخصية عن طريق انتحال شخصية أو مؤسسة موثوقة، وتستخدم بشكل عام لغرض سرقة الهوية). (١)

بل يرى بعضهم بأنّ: (الاحتيال المعلوماتي يتحقق كلما كانت هناك نية تحقيق ربح مادي غير مشروع للجاني، ينتج عنه خسارة مادية تلحق بالمجني عليه، وكان استخدام الحاسوب وسيلة لارتكاب الاحتيال أو تسهيله أو التعجيل بتنفيذه.) (٢)

سمي هذا النوع من الرسائل "رسائل الاصطياد الإلكتروني"؛ لأن مُرسليها يستخدمون رسالة الوسائل الإلكترونية كطعم لاصطياد الأرقام السرية وغيرها من البيانات الشخصية الحساسة الأخرى من بحر مستخدمي الشبكة العالمية. (٣)

ومن الأمثلة على ذلك، رسالة البريد الإلكتروني من موظفي البنك الذي يتعامل معه الضحية، أو موقع إلكتروني مفضل لديه؛ ويطلب منه تحديث معلومات سرية، أو تأكيد معلومات البطاقة الائتمانية لطلب رقم الحساب وتاريخ الانتهاء، وعلى أثرها يقع المستخدم ضحية لنصب واحتيال وسرقة لأرقامه السرية وهويته الخاصة، أو يقع ضحية لرسالة تلقاها مفادها بأنه قد فاز بجائزة مالية بحرية، وتكون الجهة الراعية للجائزة إما شركة أو أي جهة معروفة أو نصب لشخص مشهور، أو رسائل تروج لأنواع عامة من الأدوية، أو أجهزة وأدوات كهربائية والتي يمكن شراؤها عن طريق الإنترنت أو رسائل تروج لاستثمارات معينة، وتؤكد على ربحيتها وغيرها من الأساليب الاحتيالية الأخرى.

ويمكن للمحتال الحصول على عنوان البريد الإلكتروني الخاص بالشخص المستهدف بما فيها رقم الهاتف المحمول من خلال عدة طرق، على سبيل المثال، عن طريق تسجيل المستخدم في المجموعات الإخبارية، ومن خلال الوسائل الإلكترونية، ومن خلال بعض المنتديات وخصوصاً التي لا تحترم خصوصية المشترك لديها، أو عن طريق الحصول على جميع عناوين البريد الإلكتروني الموجودة على خادم الشركات، أو عن طريق "بنك المعلومات Data Bank"(٤) وغيرها من الطرق.

---

١ البرنامج الوطني لمكافحة الرسائل الاقتحامية، من موقع: http://www.spam.gov.sa/ars_def2.htm#_Toc194898099

٢ قورة، نائلة عادل (٢٠٠٤م)، جرائم الحاسب الاقتصادية، (ط١)، دار النهضة العربية، القاهرة، ص: ٤٤٣.

٣ الغثير، الخفيل، الاصطياد الإلكتروني الأساليب والإجراءات المضادة، ص: ٤٦.

٤ وهو تكوين قاعدة بيانات تفيد موضوعاً معيناً وتهدف لخدمة غرض معين ومعالجتها بواسطة أجهزة الحاسبات الإلكترونية؛ لإخراجها في صورة معلومات تفيد مستخدمين مختلفين في أغراض متعددة (قايد، أسامة عبدالله، (١٩٩٤م)، الحماية الجنائية للحياة الخاصة وبنوك المعلومات، (ط٣)، القاهرة، دار النهضة، ص: ٤٨.

وقد صدر في الولايات المتحدة الأمريكية قانون فيدرالي لتجريم عمليات الاحتيال التي تستخدم عن طريق شبكة الانترنت عن طريق الاحتيال للحصول على معلومات شخصية، والمعروف باسم التصيد في ٢٨ فبراير ٢٠٠٥م "Anti-Phishing"، والذي جرم فيه استعمال طرق نصب واحتيال عبر الوسائل الإلكترونية والبريد الإلكتروني.

ويتضمن الاحتيال أشكالاً مختلفة أهمها: "تزوير البريد والسند الإلكتروني E-Mail & E-Document Forgery" التزوير سلوك من سلوكيات جرائم المعلومات والتحريف في الوثائق يهدد شخصية الوثيقة الأصلية، كما يعتبر نوعاً من أنواع سرقة الهوية، حيث يستخدم سارقو الهوية التزوير والتواقيع على الوثائق المسروقة الخاصة بالضحية، ومن هذا المنظور فإن التزوير نوع من أنواع سرقة الهوية.

وتزوير الوسائل الإلكترونية تظهر أن مرسل الرسالة هو شخص ذو منصب معين كمدير شركة أو عضو في فريق صيانة لمؤسسة ما، وقد يطلب من المستخدم معلومات عن حسابه متذرعاً بحجة ما،فينخدع المستخدم بذلك، ويستجيب لطلبه، ويعتبر هذا النوع ضمن أساليب الهندسة الاجتماعية "Social Engineering".

ومن الطرق التي تستخدم في تزوير الوسائل الإلكترونية والبريد الإلكتروني هو خرق حرمة حساب الحاسب. (١)

وإرسال رسائل من داخل ذلك الحساب، كقيام إحدى موظفات شركة أوراكل "Oracle" والتي اشتكت مدعية أن مدير الشركة "لاري إليسون Larry Ellison" فصلها، ولكي تدعم أقوالها فقد قامت أدلين "Adelyn" بإنتاج رسائل إلكترونية من حساب مديرها الإلكتروني، يقول فيها إنه أنهى خدماتها بناء على طلب "إليسون"، ولكن مديرها لم يكن قد أرسل هذه الرسائل، ولقد حوكمت في عام ١٩٩٧م في التزوير وانتحال صفة الغير، والكذب، وخرق حرمة الحاسب.

---

١ البداينة، ذياب (٢٠٠٢م)، الأمن وحرب المعلومات، (ط١)، الأردن، عمان، دار الشروق، ص: ٣٠٢.

المطلب الرابع: تزوير الوسائل الإلكترونية

التزوير هو تغيير الحقيقة بقصد الغش في إحدى وسائل الالكترونية كالسند أو البريد أو والشيفة أو أي محرر آخر بإحدى الطرق المادية والمعنوية التي بينها القانون، تغييراً من شأنه إحداث ضرر بالمصلحة العامة أو بشخص من الأشخاص. (١)

ومن الضروري الإشارة هنا إلى أن الادعاء بالتزوير الذي نحن بصدده يختلف عن دعوى التزوير الجزائي، ذلك أن الادعاء بالتزوير يقصد به، استبعاد السند المزور كدليل لإثبات التصرف القانوني الذي يتضمنه، ويترتب على الحكم باستبعاد السند وعدم العمل به، اقتصار الأمر على الدعوى المبرز فيها السند ولا يسري على غيرها من الدعاوى ويجوز رفضه والاحتجاج به في دعوى أخرى. (٢)

أما دعوى التزوير الجزائي فهي التي تقام أمام المحكمة الجزائية والتي تهدف إلى إيقاع العقوبة على مرتكب جريمة التزوير وعلى مستعمل السند المزور أيضاً، أي أن الحكم بتزوير السند يجعله عديم القيمة ويسقطه من الإثبات نهائياً، أما إذا حكم بعدم تزويره فيعتبر ذلك السند صحيحاً ولا يجوز الطعن فيه مرة أخرى. (٣)

ويلاحظ أن الهدف من دعوى التزوير الجزائية بالإضافة إلى إسقاط القوة الثبوتية للسند، هو إثبات فعل التزوير ومعاقبة الفاعل وشركائه، في حين أن الادعاء بالتزوير أو كما يسمى بدعوى التزوير المدنية، القصد منها هو إسقاط حجية السند الثبوتية فقط. (٤)

لذا فإن ادعاء التزوير لا يعد إلا أن يكون تجريحاً للسند وطعناً في صحته والطلب من القاضي نبذه وعدم الاستناد إليه في الدعوى، ويتم ذلك عن طريق الإجراءات التي ينص عليها القانون لإثبات صحة السندات. (٥)

ويرى البعض من الفقهاء أن المهم في هذا المجال، وهو الصور التقليدية الثلاث للتزوير المادي في السندات ألا وهي التغيير والمحو والإضافة، فهذه الصور الثلاث أفعال من شأنها تغيير الحقيقة في السندات، وهذا هو جوهر التزوير وبما أن السندات الإلكترونية تعد سندات كتابية، فإن ما يقع عليها من تغيير أو محو أو إضافة

---

١ د. ماهر عبد شويش الدرة، شرح قانون العقوبات – القسم الخاص، منشورات وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة الموصل، ١٩٨٨م.

٢ د. عصمت عبد المجيد بكر، الوسيط في شرح قانون الإثبات، مطبعة الزمان، بغداد، العراق، ١٩٩٧م، ص: ٢٤.

٣ المصدر السابق، ص: ١٣٨ – ١٣٩.

٤ المحامي حسين المؤمن، مصدر سابق، ص: ٦٠ – ٦١.

٥ د. آدم وهيب النداوي، شرح قانون الإثبات، مصدر سابق، ص: ١٢٨.

يعد تزويراً وتنطبق عليه أحكام التزوير في السندات التي نص عليها قانون العقوبات ومن ثم فلا نكون بحاجة إلى نصوص عقابية في هذا الشأن طبقاً لهذا الرأي.

وعلى الرغم من وجاهة هذا الرأي، يلاحظ في هذا الشأن أن طرق التزوير المادي سواء بالتغيير أم الحذف أم الإضافة، في السندات الكتابية الورقية عموماً وحسب طبيعتها المادية تترك أثراً في السند يمكن الاستناد إليه للطعن في صحة تلك السندات، بيد أن الطبيعة الخاصة للسندات الإلكترونية، تسمح وبكل سهولة بتغيير أو حذف أو إضافة في تلك السندات دون أن تترك أثراً يعول عليه، ويترتب على ذلك صعوبة التعرف أو الكشف عن التزوير الحاصل مادياً في السند للطعن في صحته.

هذا بالإضافة إلى أن التطور التكنولوجي المتلاحق يجعل السندات الإلكترونية القديمة التي كانت تعتبر آمنة وموثوقة، عرضة للتزوير أو للتحرير، الأمر الذي يتطلب إعادة صياغتها تقنياً بين فترة وأخرى. (١)

ويقصد بالتزوير المعلوماتي ((أي تغيير للحقيقة يرد على مخرجات الحاسوب الآلي، سواء تمثلت في مخرجات ورقية مكتوبة كتلك التي تتم عن طريق الطابعة أو كانت مرسومة عن طريق الرسام، ويستوي في المحرر المعلوماتي – أي السند الإلكتروني – أن يكون مدوناً باللغة الإنجليزية أو العربية أو لغة أخرى لها دلالتها، كذلك قد يتم في مخرجات لا ورقية شرط أن تكون محفوظة على دعامة – كبرنامج منسوخ على أسطوانة – وشرط أن يكون المحرر المعلوماتي ذا أثر في إثبات حق أو أثر قانوني معين.)) (٢)

وبهذا الصدد فإن قانون التجارة الإلكترونية البحريني وتحت عنوان (الطعن في صحة السجلات والتوقيعات الإلكترونية) نص على أنه (لصاحب المصلحة الطعن بالتزوير في السجلات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني عليها، والطعن ببطلان استعمال هذا التوقيع، إذا تم ذلك بدون تفويض من صاحب الحق، أو لغير ذلك من أسباب البطلان المقررة في شأن التوقيع الخطي). (٣)

وبذلك يكون المشرع البحريني قد أجاز الطعن في صحة السندات الإلكترونية والموقعة الكترونياً باستخدام أساليب التوقيع الإلكتروني عن طريق الادعاء بتزويرها، بعد أن جرم صورة الاعتداء على تلك السندات والتوقيع الإلكترونية ومنها تحريف أو تغيير أو استعمال أو إفشاء أداة إنشاء التوقيع الإلكتروني دون تفويض صاحب التوقيع أو استعمال شهادة الكترونية أو توقيع الإلكتروني لغرض احتيالي. (٤)

---

١ القاضي وسيم شفيق الحجار، مصدر سابق، ص: ٩٩.

٢ نقلاً عن: د. عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، الكتاب الثاني – الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية، مصدر سابق، ص: ٣٠٦.

٣ الفقرة الأولى من المادة (٢٢) من قانون التجارة الإلكترونية البحريني رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٢م.

٤ ينظر نص المادة (٢٤) من قانون التجارة الإلكترونية البحريني رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٢م.

فعلى ذلك يتضح في اعتقاد الباحث أن التزوير المعلوماتي يرد على وثائق معلوماتية – أي المستندات الإلكترونية – التي يتم الحصول عليها بوسائل معلوماتية (الكترونية)، أي تكون ناشئة عن جهاز الكتروني أو كهرومغناطيسي أو طبع ممغنط. (١)

الفرع الأول: شروط لإثبات التزوير

إذا لجأ أحد الخصوم إلى الطعن في صحة الوسائل الإلكترونية بادعاء تزويرها، فإن مهمة المحكمة تقتصر على البت في قبول الطلب أو رده، وذلك حسب توفر الشروط على النحو الآتي:

١- أن يدعي الخصم تزوير الوسائل الإلكتروني.

٢- أن يكون الادعاء بالتزوير منتجاً في النزاع، أي مؤثراً على القرار الذي سيصدر فيه.

٣- أن تجد المحكمة دلائل وقرائن قوية على صحة ادعاء تزوير الوسائل الإلكتروني.

٤- أن تلزم المحكمة مدعي التزوير بكفالة شخصية أو نقدية لضمان حق الطرف الآخر.

فإذا ما توافرت هذه الشروط، عند ذلك تقوم المحكمة باتخاذ إجراءات التحقيق عن صحة الوسائل الإلكتروني، والتي تبدأ بإحالة الخصوم على محكمة التحقيق لاتخاذ ما يلزم لهذا الصدد والوقوف على صحة الادعاء وما انتهت إليه محكمة الموضوع وذلك بالاستعانة بالخبراء المختصين في كشف التزوير الذي يتضمنه الوسائل الإلكتروني بوساطة الفنيين في مجال الحواسيب الآلية والشبكات الرقمية التي تثبت حصول التزوير المعلومات من عدمه، وهو ما يسمى في مجال قانون المرافعات بـ(وقف المرافعة).(٢)

---

١ د. عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، الكتاب الثاني – الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية، مصدر سابق، ص: ٣٠٢.

٢ د. آدم وهيب النداوي، شرح قانون الإثبات، ص: ١٣٠.

المبحث الثاني

التكييف الفقهي لجرائم الاعتداء على الوسائل الإلكترونية

ويشتمل على أربعة مطالب:

المطلب الأول: اختراق البريد والسند الإلكتروني

المطلب الثاني: التكييف الفقهي لجريمة الرسائل الاقتحامية

المطلب الثالث: التكييف الفقهي لجريمة الاحتيال عبر الوسائل الإلكترونية

المطلب الرابع: التكييف الفقهي لجريمة التزوير عبر الوسائل الإلكترونية

تمهيد: بعد أن تعرّض الباحث لبعض من جرائم الاعتداء على الوسائل الإلكترونية والبريد الإلكتروني، فإنه سيتم التطرق إلى التكييف الفقهي لتلك الجرائم التي تقع على تلك الوسائل الإلكترونية.

المطلب الأول: اختراق البريد والسند الإلكتروني

تتعدد أهداف الاختراق للبريد والسند الإلكتروني بعدة أهداف كالفضول أو العبث الإتلاف وتبديد المال أو الاستيلاء عليه، أو انتهاكاً لسريته.

الفرع الأول: تكييف جريمة اختراق بكونها غصباً للبريد والسند الإلكتروني

تعريف الغصب لغة: الغَصْبُ: (أَخْذُ الشيءِ ظُلْماً غَصَبَ الشيءَ يَغْصِبُه غَصْباً واغْتَصَبَه فهو غاصِبٌ وغَصَبَه على الشيءِ قَهَره وغَصَبَه منه). (١)

الغصب في الاصطلاح:

تعددت تعريفات الفقهاء للغصب، وسيتم التطرق لتعريفات الغصب عند المذاهب الأربعة.

تعريف الغصب في المذهب الحنفي: قال أبو حنيفة وأبو يوسف – رحمهما الله –: (هو إزالة يد المالك عن ماله المتقوم على سبيل المجاهرة والمغالبة بفعل في المال). (٢) وقال بعضهم: (هو أخذ مال متقوّم محترم بغير إذن المالك على وجه يزيل يده). (٣) وعرفه بعضهم بأنه: (الاستيلاء على مال الغير بإثبات اليد لنفسه على وجه تكون يده مفوتاً ليد المالك) (٤)؛ لأن الضمان واجب بطريق الجبران، فلا يجب إلا بتفويت شيء عليه، وليس في الغصب تفويت العين.

تعريف الغصب في المذهب المالكي: عرفوه بأنه: (أخذُ المال قهراً تعدّيًا بلا حرابة).(٥)

تعريف الغصب في المذهب الشافعي: قالوا في تعريفه بأنه: (الاستيلاء على حق الغير عدواناً). (٦)

تعريف الغصب في المذهبي الحنبلي: عرف علماء الحنابلة الغصب بأنه: (استيلاء غير حربي عرفاً على حق

---

١ ابن منظور، لسان العرب، (مرجع سابق)، (ج١٦)، ص: ٥٤.

٢ الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (مرجع سابق)، (ج٧)، ص: ٢٤٤.

٣ ابن الهمام، محمد بن عبد الواحد (١٣٩٧هـ)، فتح القدير، (ط٢)، بيروت، دار الفكر، (ج٩)، ص: ٢١٦.

٤ السرخسي، محمد بن أحمد، (١٩٨٩م) المبسوط (د ط)، بيروت، دار المعرفة، (ج١١)، ص: ٥٥.

٥ الخطاب، محمد بن عبد الرحمن (١٣٩٨هـ)، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، (ط٢)، بيروت، دار الفكر، (ج٥)، ص: ٢٧٥.

٦ الأنصاري، محمد بن أبي العباس أحمد (٢٠٠٣م)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، (ط٣)، بيروت، دارالكتب العلمية، (ج٥)، ص: ١٤٥.

غيره قهراً بغير حق). (١)

وعرفه ابن قدامة بأنه: (الاستيلاء على مال الغير قهراً بغير حق).(٢)

حكم الغصب: هو محرم بالكتاب والسنة والإجماع

أما الكتاب: فقوله تعالى: (يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ) (٣) وقوله تعالى: (وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ) (٤)

أما السنة: فما ورد عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال: (كل المسلم على المسلم حرام، دمه وماله وعرضه). (٥)

أما الإجماع: فقد أجمع المسلمون على تحريم الغصب جملة، وإنما اختلفوا في فروع منه. (٦)

والمال المغصوب قد يكون عقاراً وقد يكون منقولاً(٧)، ويلزم رد المغصوب لصاحبه، وكذلك يلزمه رد المغصوب بزيادته، سواء كانت متصلة أو منفصلة، لأنها نماء المغصوب، فهي لمالك الأصل، وإن كان الغاصب قد بنى في الأرض المغصوبة أو غرس فيها، لزمه قلع البناء والغراس إذا طالبه المالك بذلك. (٨)

وقد ذهب أكثر الفقهاء إلى أن الغصب كما يقع على العقار والدور يقع على المنقول، واتفقوا على الغاصب إذا تعدى على المنقول أو العقار يضمن؛ لأنه من باب الإتلاف وهو موجب للضمان.

الخلاصة: وتبين فيما سبق أن اختراق الوسائل الإلكترونية كاختراق السند والبريد الإلكتروني والاستيلاء عليه بطريق غير مشروع يعتبر تعدياً على حقوق الآخرين، وإتلافاً لممتلكاتهم، وانتهاكاً لأسرارهم.

ولما كان الغصب محرّماً في الشريعة الإسلامية كان اختراق الوسائل الإلكترونية كاختراق البريد والسند الإلكتروني فعلاً محرّماً في الشريعة الإسلامية قياساً عليه، ويوجب الضمان على المخترق، سواء تعدى أو لم

---

١ الزحيلي، مصطفى السيوطي، (١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م)، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، (ط٢)، طبعة خاصة، (ج٥)، ص: ٢٦١.

٢ ابن قدامة، عبد الله بن أحمد، المقنع والشرح الكبير ومعهما الإنصاف، دار هجر للطباعة والنشر، القاهرة، ط١، ١٤١٥هـ (ج١٥)، ص: ١١١.

٣ سورة النساء، الآية: ٢٩.

٤ سورة البقرة، من الآية: ١٨٨.

٥ سنن البيهقي الكبرى، من كتاب الغصب، حديث رقم ١١٦٩٠، (ج٨)، ص: ٤٨٧.

٦ ابن قدامة، المغني (مرجع سابق)، (ج٧٩، ص: ٣٦٠.

٧ البهوتي، الروض المربع بشرح زاد المستقنع، ص: ٣٣٠.

٨ المرجع السابق، ص: ٣٣١.

يتعدَّ، سواءٌ كان متعدّياً بفعله ذلك أو لم يكن، وسواءٌ فرّط أو لم يفرّط.

الفرع الثاني: تكييف جريمة اختراق بكونها تجسساً للبريد والسند الإلكتروني

اختراق البريد والسند الإلكتروني لغرض التصنت والاطلاع على البيانات السرية يعد في الإسلام تجسساً نهى عنه الشارع.

تعريف التجسس: تعريف التجسس لغة: (والجَسُّ: جَسُّ الخَبَر، ومنه التجسس، وجس الخبر وتجسسه: بحث عنه وفحص، والتحسس، بالجيم: التفتيش عن بواطن الأمور، وأكثر ما يقال في الشر). (١)

وفي الموسوعة الفقهية الكويتية عرف التجسس بأنه: (التجسس لغة: تتبع الأخبار، يقال: جس الأخبار وتجسسها: إذ تتبعها، ومنه الجاسوس، لأنه يتتبع الأخبار ويفحص عن بواطن الأمور، ثم استعير لنظر العين، ولا يخرج المعنى الاصطلاحي عن المعنى اللغوي). (٢)

حكم التجسس: حكمه محرم في الكتاب والسنة.

أما في الكتاب: قال تعالى: (يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ وَلَا تَجَسَّسُوا وَلَا يَغْتَبْ بَعْضُكُمْ بَعْضًا أَيُحِبُّ أَحَدُكُمْ أَنْ يَأْكُلَ لَحْمَ أَخِيهِ مَيْتًا) (٣)

أما في السنة: عن معاوية بن ابن سفيان: قال: سمعت رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقول: (إنك إن اتبعت عورات الناس أفسدتهم أو كدت أن تفسدهم). (٤)

وعن أبي هريرة أن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: (إياكم والظن فإن الظن أكذب الحديث ولا تحسسوا ولا تجسسوا....). (٥)

فالشريعة الإسلامية نهت عن هذا العمل المشين ورتبت عليه العقوبة، يقول ابن قدامة: (ومن اطّلع في بيت إنسان من ثقبٍ أو شقّ بابٍ أو نحوه فرماه صاحب البيت بحصاةٍ أو طعنه بعودٍ فقلع عينه لم يضمنها وبه قال الشافعي). (٦)

---

١ ابن منظور، لسان العرب، (ج٣)، ص: ١٤٧.

٢ الموسوعة الفقهية الكويتية، (٢٧ ١٤٠٤هـ)، الكويت، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، (ج١١)،ص: ١٥١.

٣ سورة الحجرات، الآية: ١٢.

٤ رواه أبو داود، كتاب الأدب، باب النهي عن التجسس، حديث رقم (٤٨٨٨)، (ج٤)، ص: ٢٩٤.

٥ رواه البخاري في كتاب الأدب، باب ما ينهى عن التحاسد والتدابر، حديث رقم ٦٠٦٤، ص: ١١٧٢.

٦ ابن قدامة، المغني، (ج ١٢)، ص: ٥٣٩.

واستدل على ذلك بما رواه أبو هريرة رضي الله عنه أنّ رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: (لو أنّ اطّلع عليك بغير إذن فحذفته بحصاةٍ ففقأت عينه لم يكن عليك جناح). (١)

وبما رُوي أنّ رجلاً اطّلع في جُحر في باب النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ورسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يحك رأسه بمدري في يده فقال: (لو علمتُ أنك تنظرني لطعنت بها عينك).(٢)

ولذا فإن الشريعة الإسلامية عندما نهت عن التجسس وحاربته لم تفرق بين التجسس الذي يتم من خلال ثقب الباب، وبين التجسس الذي يتم بواسطة الآلات والوسائل التقنية ومن ضمنها شبكة الإنترنت وتطبيقاتها، فكلاهما منكر من ذات النوع، وحكمهما واحد لا يتغير طالما يترتب عليه ضرر بالمسلمين، فمصطلح التجسس الوارد في الآية وفي الأحاديث جاء عاماً شاملاً لكل أنواع التجسس طالما كان الهدف منه هو تتبع عورات الناس وكشف أسرارهم. (٣)

ونتيجة لاهتمام الإسلام بموضوع الخصوصية وحرمة التعدي على هذه الخصوصية، فقد وضع عقوبة لمن يمارس التجسس؛ لذلك فإن المتجسس يعزر من قبل القاضي(٤)؛ لأن التجسس معصية، وقد قال العلماء: (من أتى بمعصية لا حدّ فيها ولا كفارة فعليه التعزير). (٥)

وقد يكون التجسس مشروعاً في أحوال معينة كالتجسس على المجرمين من اللصوص وقطاع الطرق، فقد لا يعرفون إلا بطريق التجسس(٦)؛ وقد أجاز الفقهاء التجسس على اللصوص وقطاع الطريق، وطلبهم بطريق التجسس عليهم وتتبع أخبارهم. (٧)

وعلى هذا يجوز اختراق الوسائل الإلكترونية كالسند والبريد الإلكتروني الخاص بأعضاء الإسلام في حال

---

١ أخرجه البخاري في كتاب الديات، باب من أطلع في بيت قوم ففقؤوا عينه فلا دية له، حديث رقم (٦٥٠٦)، (ج٦)، ص: ٢٥٣١.

٢ أخرجه البخاري في كتاب الديات، باب من أطلع في بيت قوم ففقؤوا عينه فلا دية له، حديث رقم (٦٥٠٦)، (ج٦)، ص: ٢٥٣٠.

٣ الغافري، حسين، والأفي، محمد (٢٠٠٨م)، جرائم الإنترنت بين الشريعة الإسلامية والقانون، (د ط)، القاهرة، دار النهضة العربية، ص: ٧٨.

٤ عباس، حسن عبد الله، والفضلي، صلاح محارب (٢٠٠٥م)، أخلاقيات الكمبيوتر، (ط١)، الكويت، فهرسة مكتبة الكويت الوطنية، ص: ١٦٤.

٥ الزركشي، بدر الدين محمد بن بهادر (٧٤٥هـ - ١٩٨٥م)، المنثور في القواعد، (تحقيق محمود، تيسير فائق)، (ط٢)، الكويت، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، (ج٣)، ص: ١٩٨.

٦ المسند، عبد الرحمن بن عبد الله، الأحكام الفقهية للتعاملات الإلكترونية (مرجع سابق)، ص: ٣٠٥.

٧ ابن فرحون، إبراهيم بن محمد، (١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م)، تبصرة الحكام في الأقضية والأحكام، (طبعة خاصة)، الرياض، دار عالم الكتب، ص: ١٤٩.

الحرب معهم؛ لمعرفة أخبارهم وعددهم وعتادهم؛ لما في ذلك من فائدة ونصرة لجند المسلمين. (١)

وكذلك يجوز اختراق الوسائل الإلكترونية كالسند والبريد الإلكتروني للمجرمين من المفسدين في الأرض واللصوص؛ لتتبعهم ومعرفة خططهم وأماكن وجودهم؛ لقطع شرهم ودفع ضررهم عن المسلمين، وهذا موافق لمقاصد الشريعة الإسلامية التي جاءت بحفظ الدين والعرض والمال والنفس والعقل. (٢)

المطلب الثاني: التكييف الفقهي لجريمة الرسائل الاقتحامية

كما سبق فإن الأضرار التي تلحق بصاحب الوسائل الإلكترونية ومزودي الخدمة من هذه النوعية من الجرائم، هي إتلاف النظام وتعطيله.

وعلى هذا فيمكن تكييف هذه الجريمة من منظور فقهي بكونها إتلافاً لمحل متقوم معصوم مملوك.

والأصل في الإتلاف: الحظر إذا كان غير مأذون فيه شرعاً، كإتلاف مال المسلم المنتفع به شرعاً وطبعاً، ويترتب على الحظر حكمه الأخروي وهو الإثم(٣)، وحكمه الدنيوي وهو الضمان، حيث ذكر الإمام السيوطي – رحمه الله – أنّ من أسباب الضمان: (الإتلاف نفساً أو مالاً). (٤)

وقد يكون الإتلاف واجباً قد أمر الشارع به، كإتلاف آلات اللهو المحرم؛ وإتلاف الكتب المحرقة، كالكتب السحر والكفر ونحوها؛ فإنه يحرم بيعها ويجب إتلافها. (٥)

وإتلاف الأموال على نوعين:

النوع الأول: إتلاف العين، كإتلاف الحاسب الآلي بحرقه أو تكسيره.

النوع الثاني: إتلاف المنفعة، كإتلاف منفعة الوسائل الإلكترونية كمنفعة السند والبريد الإلكتروني، بأن يعطل أجهزة مقدمي الخدمة أو امتلاء السعة التخزينية للبريد والسند الإلكتروني بالرسائل الاقتحامية الضارة.

وقد يكون الإتلاف مباشرة أو بالتسبب، ولا ينسب الحكم إلى السبب إلا إذا كان الفعل في محل يفضي إلى

---

١ السند، عبد الرحمن بن عبد الله، الأحكام الفقهية للتعاملات الإلكترونية، ص: ٣٠٦.

٢ المرجع السابق، ص: ٣٠٦.

٣ المرجع السابق، ص: ٣٤٨.

٤ السيوطي، الأشباه والنظائر، (ت٩١١هـ)؛ وابن قدامة، المغني مرجع سابق (ج١٢)، ص ٨٩-٩٠؛ والنووي، روضة الطالبين، (ج٧)، ص: ١٧٢.

٥ ابن عابدين، محمد أمين (١٢٠٧هـ-١٩٨٧م)، رد المحتار على الدر المختار، (ط٢)، بيروت، دار إحياء التراث العربي، (ج٥)، ص: ٣٧١.

تلف غيره عادة، وكلاهما يوجب الضمان؛ لأن كل واحد منهما يقع اعتداء وإضراراً. (١)

ويشترط لضمان المتلف ما يلي(٢):

١- أن يكون الشيء المتلف مالاً؛ فلا يجب الضمان بإتلاف الميتة مثلاً؛ لأنها ليست مالاً.

٢- أن يكون الشيء المتلف متقوماً، فلا يجب الضمان على المسلم بإتلاف الخمر؛ لأنه ليس متقوماً.

٣- أن يكون المتلف من أهل وجوب الضمان.

٤- أن يكون في وجوب الضمان فائدة، فلا ضمان على المسلم بإتلاف مال حربي؛ ولا على الحربي بإتلاف مال المسلم في دار الحرب.

وإتلاف أجهزة مقدمي الخدمة أو تعطيل الوسائل الإلكترونية كالسند والبريد الإلكتروني عن صاحبه أو حتى عن الشركات والمؤسسات الحكومية، محرم ولا يجوز؛ لما فيه من الإضرار والاعتداء على الغير الذي جاءت الشريعة الإسلامية بتحريمه والنهي عنه.

المطلب الثالث: التكييف الفقهي لجريمة الاحتيال عبر الوسائل الإلكترونية

يعد كل من الكذب والغصب(٣) والاحتيال معاني سيئة يبغضها الإسلام، ويحذر منها أشد الحذر، وذلك لما تسببه من المخاطر والأضرار التي تلحق بالشخص المغرر به، وهي في نفس الوقت سبب لأكل أموال الناس بالباطل.

تعريف الاحتيال لغة: جاء في مختار الصحاح: (الحيلة اسم من الاحتيال، وكذا الحيِّل والحوَّل.. يقال لا حول ولا قوة، لغة في حوَّل. وهو أحيل منه، أي أكثر حيلة، ويقال ماله حيلة ولا احتيال ولا محال بمعنى واحد). (٤)

تعريف الاحتيال في الاصطلاح: "هو نوع من العمل الذي يتحول به فاعله من حال إلى حال، ثم غلب استعماله عرفاً في سلوك الطرق الخفية التي يتوصل بها إلى حصول الغرض، بحيث لا يتفطن لها إلا بنوع من

---

١ الكاساني، البدائع، ١٠/٧٠.

٢ المرجع السابق، ١٠/٧٥.

٣ الغصب هو: الاستيلاء على شيء مملوك بطريقة احتيالية بقصد تملك ذلك الشيء، أو الاستيلاء على مال الغير بطريق الحيلة بنية تملكه، أو الاستيلاء على مال منقول مملوك للغير، بناء على الاحتيال بنية تملكه، والشخص الذي يمارس ذلك يسمى الغصاب، أو الدخال، أو المحتال (طنطاوي، إبراهيم حامد (١٩٩٧م)، المسؤولية الجنائية عن جرائم التهرب والاحتيال، القاهرة، شركة ناس للطباعة، ص: ١٠.

٤ الرازي، محمد بن أبي بكر، مختار الصحاح، ص: ٩٧.

الذكاء والفطنة". (١)

وبين النصب والاحتيال علاقة تناسب، وهي: أن الاحتيال وسيلة لمزاولة النصب، وهو الاستيلاء على مال الغير، فلا يستطيع أن ينصب الشخص على أحد دون الاحتيال عليه. (٢)

تقسيم الحيل عند ابن القيم رحمه الله: قسم ابن القيم الحيل إلى خمسة أقسام تبعاً للأحكام الخمسة: الواجب والمندوب والمباح والمكروه والحرام.

فقال رحمه الله: "وإذا قسمت باعتبارها لغة انقسمت إلى الأحكام الخمسة فإن مباشرة الأسباب الواجبة حيلة على حصول مسبباتها، فالأكل والشرب واللبس والسفر الواجب حيلة على المقصود منه والعقود الشرعية واجبها ومستحبها ومباحها كل حيلة على الحصول على المعقود عليه، والأسباب المحرمة كلها حيلة على حصول مقاصدها منها،وليس كلامنا في الحيلة بهذا الاعتبار العام الذي هو مورد التقسيم إلى مباح ومحظور، فالحيلة جنس تحته التوصل إلى فعل الواجب وترك المحرم، وتخليص الحق ونصر المظلوم، وقهر الظالم، وعقوبة المعتدي، وتحته التوصل إلى استحلال المحرم وإبطال الحقوق وإسقاط الواجبات. (٣)

وجعل – رحمه الله – القسم الأول فيما يتوصل به إلى محرم، فقال: (القسم الأول: الطرق الخفية التي يتوصل بها إلى ما هو محرم في نفسه، بحيث لا يحل بمثل ذلك السبب بحال، فمتى كان المقصود بما محرماً في نفسه فهي حرام باتفاق المسلمين، وذلك كالحيل على أخذ أموال الناس، وظلمهم في نفوسهم، وسفك دمائهم، وإبطال حقوقهم، وإفساد ذات بينهم). (٤)

فحكم الحيلة يأخذ حكم مقصدها ووسيلتها.

حكم الاحتيال في الإسلام: مما لا شك فيه أن الشريعة الإسلامية جاءت بالمحافظة على الضرورات الخمس والتي هي: الدين، والنفس، والعقل، والمال، والعرض أو النسل.

ولا شك أن جريمة النصب، والاحتيال من أعظم الاعتداء على المال المحترم، ولقد حرمت الشريعة الإسلامية الاستيلاء على أموال الآخرين بكل طرق، وبأية حيلة، ولقد ذم النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الذين يستحلون

---

١ الموسوعة الفقهية الكويتية، ١٨/٣٢٩.

٢ العمر، معن خليل، (٢٠٠٤م): جرائم الاحتيال وأساليبها في التنمية، (ط١)، الرياض، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، ص: ٤٧.

٣ ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر، (تحقيق سعد، طه عبد الرؤوف)، (١٣٨٨هـ)، أعلام الموقعين عن رب العالمين، مصر، مكتبة الكليات الأزهرية، ٣/٣٦٦.

٤ المرجع السابق، ص: ٣٦٧.

أموال الناس، ويستولون عليها بالحيل، وذكر أن ذلك من فعل اليهود. (١) حيث جاء في الحديث بأن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: (لا ترتكبوا ما ارتكبت اليهود، فتستحلوا محارم الله بأدنى الحيل) – بأي بأقلها –، قال ابن بطة: حدث موسى بن الدقداق: أن أبا عبد الله: (لا يجوز شيء من الحيل). (٢)

وإذا صاحب جريمة الاستيلاء على أموال الناس كذب، وزور، ونفاق، وتزيين للمرء بما لم يعط، وخلف وعد، ونقض عهد، وفجور في الأيمان، وحنث فيه، فقد اشتملت جريمة النصب على كبائر، وموبقات لا حصر لها، فكفى بصاحبها إثماً أن يعصي الله من أنواع شتى، وأبواب من الذنوب متفرقة. (٣)

وعن طريق استخدام الوسائل الحديثة والتقنيات السريعة، صارت الحيلة بمساعدة هذه التقنية يصعب الحذر منها، حيث يتم إرسال بعض الرسائل الإلكترونية إلى المستخدمين ومن دون أن يعرف مصدرها، وفيها محتويات توهم المستخدم وتخدعه عن منتج أو بنك أو شركة، وهي في الواقع فخ للاستيلاء على الأموال وغيرها من الممتلكات المهمة والخاصة بالنسبة للمستخدم. وهذا العمل بكلّ أشكاله وصوره حرامٌ باتفاق المسلمين – كما نقل عن ابن القيم رحمه الله تعالى –.

المطلب الرابع: التكييف الفقهي لجريمة التزوير عبر الوسائل الإلكترونية

تعد جريمة التزوير من أكثر الجرائم شيوعاً على شبكات الانترنت؛ فلا تخلو جريمة من جرائم أنظمة المعلومات من عملية التزوير كاستخدام تقنية التوقيع الإلكتروني للوصول إلى تزوير أي محرر على الحاسب واستخدامه بعد ذلك عبر الشبكات والبنوك ونحوها، أو تزوير عناوين البريد الإلكتروني تخص شخصيات بارزة أو تابعة لشركات مشهورة.

تعريف التزوير لغة: ففي لسان العرب هي: (والتزوير إصلاح الشيء، وكلامٌ مزورٌ أي محسنٌ، والتزوير: تزيين الكذب). (٤)

تعريف التزوير في الاصطلاح: "هو تحسين الشيء ووصفه بخلاف صفته، حتى يخيل إلى من سمعه أو رآه أنه بخلاف ما هو عليه في الحقيقة. فهو تمويه الباطل بما يوهم أنه حق". (٥)

---

١ الشوربجي، عبد العزيز بن عبد الرحمن (١٤٢٩هـ)، جريمة النصب والاحتيال، مجلة العدل، العدد (٣٩)، ص: ١٨٦.

٢ العكبري، عبيد الله بن محمد بن بطة، (١٤٢٨هـ)، إبطال الحيل، (ط٢)، مكة: دار عالم الفوائد، ص: ١١٣.

٣ الشوربجي، جريمة النصب والاحتيال، ص: ١٨٧.

٤ ابن منظور، لسان العرب، ٧٩/٢.

٥ النووي، محيي الدين، (١٤٢٨هـ – ٢٠٠٧م)، صحيح مسلم بشرح الإمام النووي، (ط١٢)، بيروت: دار المعرفة، ٤/ ٢٢٩.

حكم التزوير في الإسلام :حرم الإسلام الزور بأنواعه، سواء أكان هذا الزور متمثلاً في شهادة كاذبة، أو وثيقة مزورة محرفة، أو كان بتغيير أقوال وبيانات معينة، ولكل ذلك شواهد من الكتاب والسنة فمما ورد في النهي عن الكذب قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا يَفْتَرِي الْكَذِبَ الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِآيَاتِ اللَّهِ وَأُولَئِكَ هُمُ الْكَاذِبُونَ﴾ (١)، ومن تحريم تزوير المكتوب ما ذكره الله عن الذين يزورون كلاماً وينسبونه إليه زوراً وبهتاناً قال تعالى: ﴿وَإِذْ قَتَلْتُمْ نَفْسًا فَادَّارَأْتُمْ فِيهَا وَاللَّهُ مُخْرِجٌ مَا كُنْتُمْ تَكْتُمُونَ﴾ (٢)، وقوله تعالى: ﴿فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَوْثَانِ وَاجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ﴾ (٣).

وقال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: (ألا أنبئكم بأكبر الكبائر؟ ثلاثاً، قالوا: بلى يا رسول الله، قال: الإشراك بالله وعقوق الوالدين، وجلس وكان متكئاً فقال: ألا وقول الزور وشهادة الزور فمازال يكررها حتى قلنا: ليته سكت)، (٤)

والزور كما هو في القول يكون في الفعل، فهو يشمل تزوير الكتابات والمحررات والمستندات والوثائق والتواقيع الإلكترونية؛ لما في ذلك من إبطال الحق وإثبات الباطل. (٥)

ويضمن المزور ما أتلفه من مال أو ما تسبب به من ضياع مال، أو تلف أو ضرر حصل للغير بسبب هذا التزوير، فإنه يعاقب بما يرفع الضرر عن غيره ولذلك ذهب الفقهاء إلى تضمين شاهد الزور ما ترتب على شهادته من إتلاف؛ لأنه سبب في إتلافه. (٦)

---

١ سورة النحل، الآية: ١٠٥.

٢ سورة البقرة، الآية: ٧٢.

٣ سورة الحج، الآية: ٣٠.

٤ أخرجه الإمام البخاري في باب: ما قيل في شهادة الزور، من كتاب الشهادات، حديث رقم: ٢٦٥٤، ص: ٥٠٣.

٥ السند، عبد الرحمن بن عبد الله، الأحكام الفقهية للتعاملات الإلكترونية، ص: ٣٨٣.

٦ ابن قدامة، المغني، ٢٦٢/١٤.

المبحث الثالث

الحماية القانونية لوسائل الإثبات الإلكترونية

ويشتمل على أربعة مطالب:

المطلب الأول: الحماية القانونية (الجنائية) لوسائل الإثبات الإلكترونية

المطلب الثاني: المسئولية المدنية الناشئة عن الوسائل الإثبات الإلكترونية

المطلب الثالث: المسئولية التقصيرية في الوسائل الإثبات الإلكترونية

المطلب الرابع: التعويض

تمهيد: أوضحنا فيما سبق الحماية التقنية لوسائل الإثبات الإلكترونية، وفيما يلي توضيح الحماية القانونية لوسائل الإثبات الإلكترونية، وتتضمن هذه الحماية شقين أحدهما جنائي كمطلب أول وثانيهما مدني كمطلب ثاني وفيما يلي نعرضهما تباعاً.

المطلب الأول: الحماية القانونية الجنائية لوسائل الإثبات الإلكترونية

شمل المشرع المصري وسائل الإثبات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني بالحماية الجنائية من ستة صور من السلوك الصادر من الأشخاص بالمخالفة للقانون ونستعرضها فيما يلي:

الفرع الأول: إصدار شهادات التصديق دون ترخيص

يتمثل السلوك الإجرامي في هذه الجريمة في ممارسة أحد الأشخاص نشاط إصدار شهادات التصديق دون ترخيص من الجهة المختصة وهي "الهيئة العامة لتنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات"، وقد عاقب المشرع المصري على هذا السلوك الإجرامي بالحبس والغرامة(١)، وقد حظر المشرع المصري مزاولة نشاط إصدار شهادات التصديق الإلكتروني إلا بترخيص من الهيئة، ذلك لأن من شأن مخالفة هذا الحظر وممارسة هذا السلوك أن يهدر الثقة في المعاملات الإلكترونية، وقد استلزم المشرع المصري توافر قصد جنائي عام لدى الجاني في هذه الجريمة، وهو أمر بديهي حيث لا يتصور عقلاً أن يصدر شخص شهادة تصديق دون إرادته وعلمه بها.(٢)

الفرع الثاني: مزاولة نشاط التصديق بدون ترخيص

يتمثل الركن المادي لهذه الجريمة في قيام أحد الأشخاص أو الهيئات بممارسة نشاط التصديق دون مراعاة الإجراءات التي حددها القانون رقم ١٥ سنة ٢٠٠٤م في المادة (١٩) وهي:

١- ضرورة الحصول على ترخيص من هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات.

٢- سداد رسم الهيئة مقابل ممارسة هذا النشاط.

٣- عدم جواز التوقف عن النشاط المرخص به أو الاندماج في جهة أخرى أو التنازل عن الترخيص للغير إلا بعد الحصول على موافقة كتابية من الهيئة.

ويختلف هذا السلوك الإجرامي عما سبقه في صورته حيث تمثل صورة الركن المادي لهذه الجريمة في عدم

---

١ شواء، محمد سامي، ثورة المعاملات وانعكاساتها، دار النهضة العربية، القاهرة، ص: ١٤٤.

٢ د. مدحت عبد الحليم رمضان، السعي إلى اعتماد مظاهر وآثار القانونية الدار الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٠م، ص: ٥٢.

دفع مقدم خدمات التصديق الرسوم اللازمة لجهة تنمية تكنولوجياً المعلومات، أو التنازل عن الترخيص دون موافقة الهيئة، بينما يتمثل النشاط الإجرامي في الجريمة الأخرى في ممارسة النشاط دون ترخيص نهائياً. ويستلزم المشرع قصداً جنائياً عاماً للعقاب على هذا السلوك الإجرامي. (١)

الفرع الثالث: إتلاف أو تزوير أي وسيلة إلكترونية كالتوقيع الإلكتروني

يتمثل السلوك الإجرامي في إتلاف أو تعيب أي وسيلة من وسائل الكترونية كالتوقيع الإلكتروني مثلاً، وذلك بإفساد البريد والسند والتوقيع الإلكتروني بأي وسيلة مما يحول دون الاستفادة منه مثل تشويهه. ويتحقق تزوير البريد والسند والتوقيع الإلكتروني عن طريق الاصطناع أو التقليد أو التعديل أو التحوير الخ. وقد عاقب المشرع المصري على هذه الأفعال بالحبس والغرامة. وقد استلزم للعقاب على هذه الجريمة توافر القصد الجنائي العام والخاص. (٢)

الفرع الرابع: استعمال بريد أو سند أو توقيع إلكتروني تالف أو مزور

جرم المشرع استعمال بريد أو سند أو التوقيع الإلكتروني المزور أو التاليف، ولكن حقيقة الأمر فإن السلوك الإجرامي في هذه الجريمة يقتصر على استعمال البريد والسند والتوقيع المزور، وقياساً على ذلك فإن محاكم الجنايات تعاقب على التزوير في العملة القابل للتداول أما التزوير الذي لا يخدع الكافة فلا يعاقب عليه، ويعاقب المشرع الجنائي على استعمال المحرر المزور بالحبس والغرامة. ويعد البريد والسند والتوقيع الإلكتروني مزور إذا تم بطريقة التقليد أو الاصطناع وأصبح يخدع الكافة عند التعامل به، ويستلزم المشرع لوقوع هذه الجريمة توافر القصد الجنائي. (٣)

الفرع الخامس: إفشاء سرية البيانات الإلكترونية

يتمثل السلوك الإجرامي في هذه الجريمة في قيام الجاني، وهو أحد الأشخاص المتخصصين في مجال وسائل الإثبات الإلكترونية والسند والتوقيع الإلكتروني، والذي عهد إليه صاحب التوقيع الإلكتروني ببياناته الخاص، والتي تلزم للقيام بإنشاء توقيع الكتروني خاص به، ثم قام هذا الشخص بإذاعتها بمقابل مادي. وتعد هذه الجريمة من الجرائم العمدية التي تتطلب علم الجاني واتجاه إرادته إلى هذا السلوك الإجرامي. (٤)

---

١ د. سمير تناغو، مصادر الالتزام، ص: ١٦٧.

٢ د. أحمد سعيد، مصادر الالتزام في القانون المصري واليمني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠م، ص: ٦١٦.

٣ د. عبد الحي حجازي، النظر العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، ١٩٥٤م، ص: ٤٧٥.

٤ نجام، أحمد حسام طه، الجرائم الناشئة عن استخدام الحاسب الآلي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٦، ٢٠٠٠م، ص: ٣٢٤.

الفرع السادس: الحصول بطريق غير مشروع على الوسائل الإثبات الإلكترونية كالتوقيع الإلكتروني

يتمثل السلوك الإجرامي في هذه الجريمة في صورتين:

أولهما : الحصول على توقيع الكتروني مملوك للغير بوجه غير مشروع.

ثانيهما : اختراق التوقيع أو اعتراضه عن أداء وظيفته، ونستعرض بيانها هاتين الصورتين فيما يلي:

تتمثل الصورة الأولى في استحصال الجاني على توقيع الكتروني مملوك للغير بطريقة غير مشروعة وذلك عن طريق النصب أو الاحتيال أو السرقة أو خيانة الأمانة. بينما تتمثل الصورة الثانية في قيام الجاني بتعطيل الوسيط الإلكتروني أو اعتراضه أو اختراقه مما يحل دون تشغيل نظام التوقيع الإلكتروني وإعاقته عن أداء وظيفته، ويستلزم المشرع المصري. للمعاقبة على هذا السلوك توافر القصد الجنائي العام لدى الجاني. (١)

المطلب الثاني: المسئولية المدنية الناشئة عن الوسائل الإثبات الإلكترونية

تمهيد :تنص المادة ١٦٣ مدني مصري على أن "كل خطأ سبب ضرر للغير يلزم مرتكبه بالتعويض". فكل من تسبب بخطاء في إيقاع الضرر بالغير نشأت مسئوليته بالتعويض الذي سببه للشخص الآخر، ويوجد نوعان من المسئولية تنشأ أولهما عند الاخلال بالالتزامات العقدية، وتنشأ الثانية عند الإخلال بالالتزامات القانونية. وفيما يتعلق بموضوعنا فإن المسئولية العقدية تنشأ عند إخلال المتعاقد بأحد الالتزامات الواردة في العقد الإلكتروني، بينما تنشأ الثانية في حالة إخلال الشخص بأحد الالتزامات القانونية مثل الدخول إلى شبكة الانترنت وسرقة المعلومات وهو ما يطلق عليه الجرائم الإلكترونية. ونستعرض فيما يلي نوعي المسئولية وهي كالتالي. (٢)

الفرع الأول: المسئولية العقدية في وسائل الإثبات الإلكترونية

يقصد بالعقد الإلكتروني العقد الذي يتم إبرامه عبر شبكة الانترنت، ويمكن أن يبرم بين متعاقدين من دولتين مختلفتين، وإذا خالف أحد طرفي هذا العقد تنعقد مسئوليته، وتنشأ هذه المسئولية بمجرد توافر أركانها الثلاثة، وهي الخطأ، والضرر، وعلاقة السببية بينهم. وفيما يلي نعرض هذه الأركان الثلاثة تفصيلاً:

الفصن الأول: الخطأ في وسائل الإثبات الإلكترونية

يعتبر إخلال المتعاقد بأحد الالتزامات الواردة في العقد الإلكتروني خطأ عقدياً يستوجب مسئوليته، ويدخل

---

١ د. محمد سامي الشوا، المرجع السابق، ص: ١٤٦.

٢ د. مدحت رمضان، المرجع السابق، ص: ٥٨.

في إطار هذا الخطأ التأخير في تنفيذ الالتزامات العقدية، أو تنفيذها بشكل مخالف للاتفاق.(١) وتعد سلطة القاضي في استخلاص خطأ الموجب المسئولية سلطة تقديرية متى كان استخلاصه سائغاً ومستنداً إلى عناصر تؤدي إليه من وقائع الدعوى. ويتخذ الخطأ في إطار العقد الإلكتروني صورتين،

أولهما: مخالفة شروط العقد المبرم بين الهيئة وجهة إصدار شهادات التصديق الإلكتروني، مثل عدم مراعاة هذه الجهة الضوابط المحددة في القانون واللائحة التنفيذية، حيث يشكل هذا الخطأ مخالفة للمادة ٢٦ من القانون ١٥ لسنة ٢٠٠٤م.

ثانيهما: تتمثل في قيام الموقع بالأدلة ببيانات غير صحيحة لمقدم خدمات التصديق فيما يتعلق بمركزه المالي وقدراته وسائر تعهداته.

الفصل الثاني: الضرر في وسائل الإثبات الإلكترونية

ينتج الخطأ العقدي في العقد الإلكتروني ضرراً يتمثل في صورتين :

أولهما: الضرر الناتج عدم تنفيذ الالتزام الوارد في العقد الإلكتروني أو التأخير في تنفيذ الالتزام.

ثانيهما:(٢) الضرر الذي يصيب المصالح المالية للشخص أو سمعته المهنية وشرفه. ويشترط لتحقق المسئولية عن الضرر أن يقع فعلاً، أو أن يكون محقق الوقوع، وأن يصيب حقاً مكتسباً لدى المضرور. وتوجد عدة صور للضرر في الوسائل الإثبات الإلكترونية مثل امتناع الجهة المرخص لها بالتصديق الإلكتروني عن تقديم شهادات التصديق، أو إصدارها شهادات مخالفة للشروط الواردة في القانون ولائحته التنفيذية.

وتنقسم الالتزامات إلى نوعين إما التزام بتحقيق نتيجة أو التزام ببذل عناية، وقد ادخل المشرع المصري الالتزامات الناشئة عن وسائل الإثبات الإلكترونية في طائفة الالتزامات بتحقيق نتيجة بالنظر إلى طبيعة الالتزامات وحجيتها في الإثبات.

الفصل الثالث: رابطة السببية في وسائل الإثبات الإلكترونية

إذا ارتكب المتعاقد خطأ في العقد الإلكتروني، وتسبب هذا الخطأ في إيقاع الضرر بالمتعاقد الآخر التزم المخطئ بالتعويض. ومن الأمور البديهية في هذا المجال اشتراط وجود رابطة سببية بين هذا الخطأ والضرر، فإذا انتفت هذه الرابطة امتنع التزام المخطئ بالتعويض. (٣)

---

١ د. سمير تناغو، مصادر الالتزام، ص: ١٦٩.

٢ د. أحمد سعده مصادر الالتزام في القانون المصري واليمني، المرجع السابق، ص: ٢٤٣.

٣ د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، كلية الحقوق والشريعة، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٥٤م، ص:

المطلب الثالث: المسئولية التقصيرية في الوسائل الإثبات الإلكترونية

تسري ذات القواعد المتعلقة بالمسئولية العقدية على المسئولية التقصيرية، وقد عرف الفقيه السنهوري المسئولية التقصيرية بأنها إخلال بالتزام قانوني، ويشترط توافر ثلاث أركان لانعقاد المسئولية العقدية، هم الخطأ والضرر وعلاقة السببية، وفيما يلي نستعرض هذه الأركان الثلاثة في فروع ثلاثة بالتفصيل:

الفرع الأول: الخطأ في وسائل الإثبات الإلكترونية

يأخذ ركن الخطأ في وسائل الإثبات الإلكترونية صوراً متعددة، نعرضها تباعاً: (١)

١- **إصدار شهادة تصديق الكتروني دون ترخيص مسبق من الهيئة المختصة:** ألزم المشرع الشركات التي ترغب في ممارسة نشاط التصديق الإلكتروني بأن تستصدر ترخيص مسبق من الهيئة المختصة وذلك إعمالاً للمادة ١٩ من قانون التوقيع الإلكتروني رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤م التي حظرت على الشركات ممارسة التصديق الإلكتروني دون ترخيص مسبق بمزاولة هذا النشاط من الهيئة المختصة. وذلك حرصاً على حقوق المتعاملين بالتوقيع الإلكتروني.

٢- **إتلاف أو تعييب الوسائل الإثبات الإلكترونية بأي طريقة:** أدرك المشرع خطورة التلاعب الوسائل الإثبات الإلكترونية، ولذلك حظر كل أنواع الاتلاف التي تقع على المستندات الإلكترونية والتوقيعات، ويعد هذا الاتلاف خطأ تقصيرياً يستوجب مسئولية مرتكبه بالحبس والغرامة.

٣- **التعدي على خصوصية المعلومات الإلكترونية:** حظر المشرع انتهاك سرية المعلومات بأي طريقة من مقدم خدمة التصديق التي تتيح له وظيفته التعرف على كافة المعلومات السرية المتعلقة بالوسائل الإثبات الإلكترونية وبالتالي شدد المشرع عقوبته في حالة افشاؤه هذه المعلومات المتعلقة بالمتعاملين معه بحكم وظيفته. (٢)

٤- **عدم إمداد الأشخاص الاعتبارية هيئة تكنولوجيا المعلومات بالتقارير والإحصائيات المتصلة بنشاطها:** حيث الزم المشرع في المادة ٢٤ من قانون التوقيع الإلكتروني الأشخاص الاعتبارية بموافاة الهيئة بكل التقارير المتصلة بنشاطها في مجال المعاملات الإلكترونية وذلك حرصاً منه على المراقبة والترابط بينها وبين الهيئات التي تمارس الأنشطة الإلكترونية.

.٥٢٢

١ د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، ص: ٥٢٢.

٢ نفس المرجع السابق، ص: ٥٣٢.

الفرع الثاني: ركن الضرر التقصيري في وسائل الإثبات الإلكترونية

يتمثل الضرر في مجال وسائل الإثبات الإلكترونية في انتهاك سرية البيانات الخاصة بالمتعاقدين عن طريق إتلاف البيانات والتوقيع أو تعيبه بأي صورة من الصورة، مما يهدد سلامة عملية تداول البيانات المتعلق بالمعاملات الإلكترونية ويفقدها الثقة في التعامل من خلالها ويزال من حجيتها في الإثبات. يأخذ الضرر صورتان أولهما ضرر أدبي، وثانيهما ضرر مادي، ويقع عبء إثبات الضرر على المضرور في هذه الحالة، وتعد مسألة استخلاص ثبوت الضرر من المسائل الموضوعية التي في نطاق سلطة قاضي الموضوع دون رقابة قضاء النقض.

الفرع الثالث: ركن علاقة السببية في وسائل الإثبات الإلكترونية:

يشترط لانعقاد مسئولية المخطئ في مجال وسائل الإثبات الإلكترونية ارتباط خطأه بالضرر بعلاقة سببية بينهما، فإذا انتفت هذه الرابطة انتفت مسئوليتها وتعد مسألة استخلاص ارتباط الخطأ بالضرر بعلاقة السببية من المسائل الموضوعية التي يناط بها قاضي الموضوع دون معقب من قضاء النقض ويعد استخلاص رابطة السببية من الأمور الدقيقة التي يصعب على قضاة الموضوع التوصل إليها نظراً لحداثة هذا التخصص ودقته. مفاد ذلك أنه لا يكفي وقوع الخطأ وإصابة المتعاقد بضرر، لمعاقبة المخطئ، فلابد من وجود علاقة سببية تربط هذا الخطأ بالضرر الواقع على المتعاقد حتى تنعقد مسئوليته التقصيرية.

المطلب الرابع: التعويض

تنص المادة ١٦٣ من القانون المدني على أن "كل خطأ سبب ضرر للغير يلزم مرتكبه بالتعويض"، فإذا ارتكب شخص ما خطأ في مجال وسائل الإثبات الإلكترونية، وتسبب هذا الخطأ في إيقاع الضرر بالغير، انعقدت مسئوليته والتزم بالتعويض، وتختلف طريقة تقدير القضاء لهذا التعويض بحسب نوع المسئولية.

– حدد المشرع المدني أساس التعويض في مجال المسئولية العقدية في المادة ٢٢١ مدني مصري التي تنص على أن "يشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب"، بينما يكلف المضرور بإثبات الضرر الواقع عليه والذي يطلب جبره بالتعويض في مجال المسئولية التقصيرية.

– ويكون التعويض في شكل مبلغ مالي يتقاضاه المضرور، وتعد سلطة القاضي في هذا المجال سلطة تقديرية. وقد يأخذ التعويض شكل التنفيذ العيني في بعض الأحيان – ويعد هذا الأصل العام – لأن المدين يجب أن يلتزم بتنفيذ الالتزام لصالح الدائن وإذا لم يلتزم نلجأ إلى التعويض – فعلى سبيل المثال يلتزم مقدم خدمات التصديق بتنفيذ الالتزامات الواردة في العقد، فإذا نفذ هذه الالتزامات ينقضي التزامه، ومن ناحية أخرى فإن

المخطئ في مجال المسئولية التقصيرية يلتزم بإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل خطأه. (١)

- وفيما يخص موضوع دراستنا يتساوى الأمر بين المسئولية التقصيرية والعقدية، ففي الأخيرة إذا توافرت أركانها التزم المخطئ بتعويض المضرور على أساس ما فاته من كسب وما لحقه من خسارة.

في اعتقاد الباحث مفاد ذلك كله أن المسئولية في مجال الوسائل الإثبات الإلكترونية متساوية، فيلتزم المخطئ بتعويض المضرور، ويتولى قاضي الموضوع تحديد هذا المبلغ استناداً إلى الظروف المتعلقة بكل دعوى على حده.

---

١ د. محمد سامي الشواء المرجع السابق، ص: ١٤٩.

المبحث الرابع

الحماية الشرعية لوسائل الإثبات الإلكترونية

ويشتمل على أربعة مطالب

المطلب الأول: حماية الشريعة للحقوق والممتلكات

المطلب الثاني: نظرية الضمان في الشريعة الإسلامية

المطلب الثالث: ملكية الوسائل الإلكترونية

المطلب الرابع: التكييف الفقهي لملكية وسائل الإثبات الإلكترونية

المطلب الأول: حماية الشريعة للحقوق والممتلكات

الفرع الأول: مفهوم الحق

اختلف الفقهاء في استعمالات مفهوم "الحق" إلى عدة استعمالات فمنهم من استعمله بمعنى عام يشمل كل ما يثبت للشخص من ميزات أو مكنات، سواء أكان الثابت مالياً أم غير مالي.

ومنهم من استعمله في مقابلة الأعيان المنافع المملوكة، ويراد به المصالح الاعتبارية الشرعية التي لا وجود لها إلا باعتبار الشارع؛ كحق الشفعة، وحق الطلاب، وحق الحضانة والولاية.

ومنهم من استعمله بناءً على المعنى اللغوي فقط، كحقوق الدار، ويقصد بذلك مرافقها، كحق التعلي، وحق الشرب؛ لأنها ثابتة للدار ولازمة لها.

الفصن الأول: تعريفه في اصطلاح الفقهي

عُرِّف الحقُّ بأنه: (اختصاص مظهر فيما يقصد له شرعاً).(١)

وعرف بأنه: (اختصاصٌ يقرر به الشرع سُلْطة أو تكليفاً).(٢)

وعرفه الدكتور فتحي الدريني بأنه: (اختصاص يقرر به الشرع سلطة على الشيء، أو اقتضاء أداء من آخر تحقيقاً لمصلحة معينة). (٣)

الفصن الثاني: تعريف الحق في القانون الوضعي:

فقد اختلف علماء القانون الوضعي في تعريف الحق إلى اختلافات متعددة، ونتج عن ذلك أربعة مذاهب رئيسة. (٤)

المذهب الأول: الإرادي أو الشخصي

عرف أصحاب هذا المذهب الحق، بأنه: (قُدرة أو سلطة إرادية، يخولها القانون لشخص معين).

---

١ العبادي، عبد السلام داود (١٣٩٤هـ - ١٩٨٤م)، الملكية في الشريعة الإسلامية، طبيعتها ووظيفتها وقيودها، (ط١)، الأردن: مكتبة الأقصى، ١/٩٦.

٢ الزرقا، مصطفى بن أحمد (١٣٨٣هـ - ١٩٦٤م)، المدخل إلى نظرية الالتزام في الفقه الإسلامي، (ط٥)، دمشق، مطبعة الحياة، ص: ١١.

٣ الدريني، الحق ومدى سلطة الدولة في تقييده، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط ٣، ١٩٨٥م، ص: ١٩٣.

٤ العبادي، ص: ٣٠٤.

المذهب الثاني: المذهب المصلحي أو الموضوعي

عرف أصحاب هذا المذهب الحق، بأنه: (مصلحة يحميها القانون)، وسمي هذا المذهب بالمذهب الموضوعي؛ لأنه يعرف الحق بالنظر إلى موضوعه، وأنه يهدف إلى تحقيق المصلحة.

المذهب الثالث: المذهب المختلط

جمع أصحاب هذا المذهب المذهبين السابقين في تعريف الحق، فعرفه البعض بأنه (مصلحة يحميها القانون، وتقوم على تحقيقها قدرة أو إرادة معينة)، وعرفه آخرون بأنه: (سلطة إرادية يعترف بها القانون، ويحميها في سبيل تحقيق مصلحة معينة).

المذهب الرابع: المذهب الحديث

اقترح القانوني الهنجيكي "جان دابان" تعريفاً جديداً للحق نقل إلى العربية فيما يلي: (الحق استئثار شخص بمزية يقررها القانون له، ويخوله بموجبها أن يتصرف في قيمة معينة باعتبارها مملوكة أو مستحقة له."

فهذا المذهب يفترض وجود مركز يمتاز به صاحب الحق على سائر الناس، وعليهم احترامه، وعلى القانون حمايته.

الفصل الثالث: أنواع الحقوق

اهتم الفقهاء والأصوليون بدراسة الحقوق وتبيين أنواعها، فالفقهاء قسموه إلى حقوق مالية وحقوق شخصية، والأصوليون قسموه باعتباره حقوقاً مستحقة لله أو العبد.

وقد قسم الحافظ ابن رجب الحقوق إلى خمسة أنواع، وتقسيمه ينصب على حقوق العباد التي تتعلق بالأموال، وهي: (١)

١- حق الملك، كحق السيد في مال المكاتب.

٢- حق التملك، كحق الأب في مال ولده.

٣- حق الانتفاع، ويدخل فيه صور ثلاث منها: وضع الجار خشبة على جدار جاره إذا لم يضر به، وإجراء الماء في أرض غيره إذا اضطر إلى ذلك في إحدى الروايتين، لو باع أرضاً فيها زرع يحصد مرة واحدة ولم يبد صلاحه، أو شجراً عليه ثمر لم يبد صلاحه.

---

١ ابن رجب، أبو الفرج عبد الرحمن (١٤٢٥هـ - ٠٠٥م): القواعد في الفقه الإسلامي، (ط١)، بيروت، المكتبة العصرية، ص: ٢٨٣.

٤- حق الاختصاص، وهو: (عبارة عما يختصُّ مستحِقُّه بالانتفاع به ولا يملك أحد مزاحمته فيه، وهو غير قابل للشمول والمعاوضات)، وذكر فيها عدة صور منها: مرافق الأسواق المتسعة التي يجوز البيع والشراء فيها، كالدكاكين فالسابق إليها أحق بها.

٥- حق التعلّق لاستيفاء الحق، وذكر فيها عدة صور منها: تعلق حق المرتهن بالرهن، وتعلق حق الجناية بالجاني.

الفرع الثاني: تعريف الملكية في الاصطلاح الفقهي

عرّف الملك على أنه: (اتصالٌ شرعيٌ بين الإنسان وبين شيء يكون مطلقاً لتصرفه فيه، وحاجزاً عن تصرف غيره فيه). (١)

وعرّف أيضاً بأنه: (اختصاص حاجز شرعاً يسوغ صاحبه التصرّف إلا لمانع). (٢)

الفصل الأول: أنواع الملكية

وأما أنواع الملكية فقد حصرها ابن رجب في أربعة أنواع: (٣)

١- ملك عين ومنفعة، قال السيوطي: (وهو الغالب) (٤) كامتلاك العقار والمنقولات ونحوها.

٢- ملك منفعة بلا عين، كمنافع الدار الموقوفة يستحقها الموقوف عليه والدّار ليست ملكاً له، وكذلك منافع الدار المؤجرة يملكها المستأجرة، ولا يملك العين.

٣- ملك عين بلا منفعة، كالعبد الموصى بمنفعته أبداً رقبته ملكٌ للوارث، وليس له شيءٌ من منافعه.

٤- ملك انتفاع من غير ملك المنفعة، كالمستعير يملك الانتفاع من غير ملكٍ للعين ولا للمنفعة.

الفصل الثاني: العلاقة بين الحق والملك

من تعريف الحق والملك يتبين أن بين المعنيين عموماً وخصوصاً، فالحق أعم مطلقاً من الملك، إذ كلّ ما يملكه الإنسان فهو حقٌ له، ولا عكس، فليس كلّ حق ملكٌ للإنسان.

وعلى هذا، إذا أمكن تطبيق هذه القاعدة على مستخدم الوسائل الإلكترونية فإنه بالإمكان لمستخدم

---

١ الجرجاني، الشريف علي بن محمد، (١٤١٦هـ - ١٩٩٦م)، التعريفات، (ط١)، بيروت، عالم الكتب، ص: ٢٠٤.

٢ الزرقا، مصطفى بن أحمد (١٩٥٢م)، المدخل الفقهي العام، (ط١)، دمشق، مطبعة جامعة دمشق، ٢/٢٢٠.

٣ ابن رجب، أبو الفرج عبد الرحمن، القواعد في الفقه الإسلامي، المكتبة العصرية، بيروت، ط ١، ١٤٢٥م، ص: ٣٩٠.

٤ السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر (د ت)، الأشباه والنظائر، (د ط)، القاهرة، دار إحياء الكتب العربية، ص: ٣٥٣.

الوسائل الإلكترونية أن يملك منفعته، ويباح له استخدامه، وطالما أنه يملك منفعته فهو حقٌ من حقوقه، يصحّ التعاقد عليه، والمعاوضة عنه، والتصالح عليه، والتنازل عنه، ويضمن بالاعتداء عليه، ويورث عنه، وغير ذلك.

الفرع الثالث: ما يجوز تملكه وما لا يجوز تملكه

كل ما اعتبره الفقهاء مالاً سواءً كان عيناً أو منفعة صح تملكه، وعلى هذا حصر الفقهاء ما لا يجوز تملكه في أمرين:

١- الأعيان التي لا تشتمل على منفعة مقصودة يعتد بها شرعاً، بحيث لا يكون لها قيمة بين الناس، مثل الحشرات.

فهذه الأعيان لا يصح أن تكون محلاً للملك، ومن ثم إذا حازها شخص، واعتدى آخر عليها؛ فإنه لا يترتب على هذا التعدي أي ضمان. (١)

٢- الأعيان والمنافع المحرمة، فجميع الأعيان والمنافع التي حرمها الله لا يجوز أن تكون محلاً للملك، كالخمر، وآلات اللهو المحرم. (٢)

وأما غير هذه الأعيان من الأموال فإنها قابلة للتمليك والتملك. (٣)

الفرع الرابع: أدلة على مشروعية الملكية في الإسلام

يوجد هناك أدلة كثيرة تدل على مشروعية الملكية في الإسلام من الكتاب والسنة، وفيما يلي بعض منها:

أ- القرآن الكريم

قال تعالى: ﴿إِنَّمَا أَمْوَالُكُمْ وَأَوْلَادُكُمْ فِتْنَةٌ وَاللَّهُ عِنْدَهُ أَجْرٌ عَظِيمٌ﴾(٤)، وقال تعالى ﴿أَوَلَمْ يَرَوْا أَنَّا خَلَقْنَا لَهُمْ مِمَّا عَمِلَتْ أَيْدِينَا أَنْعَامًا فَهُمْ لَهَا مَالِكُونَ﴾(٥).

يقول الزمخشري: ("فهم لها مالكون" أي: خلقناها لأجلهم، فملكناها إياهم، فهم متصرفون فيها تصرفات

---

١ العبادي، الملكية في الشريعة الإسلامية طبيعتها ووظيفتها وقيودها، ص: ٢٠٤.

٢ العبادي، الملكية في الشريعة الإسلامية طبيعتها ووظيفتها وقيودها، ص: ٢٠٥.

٣ المرجع السابق، ص: ٢٠٧.

٤ سورة التغابن، الآية: ١٥.

٥ سورة يس، الآية: ٧١.

الملاك، مختص بالانتفاع فيها، لا يزاحمون). (١)

ب- السنة النبوية

قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في خطبة الوداع: (... فإنَّ دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام، كحرمة يومكم هذا، في شهركم هذا...) (٢).

وهناك الكثير من أفعال الرسول صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ تدل على إقرار الإسلام للملكية الخاصة، من ذلك توزيعه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ للصدقات والغنائم، وإقطاعه للأراضي، وإعطاؤه العطايا، مما هو معروف ومشهور. (٣)

وبهذا يتبين بأن الإسلام أقر الملكية واعترف بحق المالك في الانتفاع بملكه، وحق التصرف فيه طوال حياته، وبعد مماته، كما يحميه من كل اعتداء عليه.

ونظام الملكية في الإسلام يختلف عن النظام الشيوعي، فالشيوعية لا تعترف بالملكية الخاصة إلا في الأشياء البسيطة التي يستعملها الإنسان كقلمه وملابسه ونظارته، وهي بذلك تتعارض مع العقل والمنطق ومع غريزة الإنسان الفطرية التي تميل إلى حب التملك.

وعكس النظام الشيوعي، النظام الرأسمالي، حيث يكون للمالك السلطة المطلقة فيما يملك من دون أي قيد عليه، فله أن يحتكر ويكنز ويسرف. (٤)

فالإسلام وسط بين هذين النظامين، فهو أباح الملكية مع بعض القيود، والمصلحة تعود على الفرد والمجتمع.

المطلب الثاني: نظرية الضمان في الشريعة الإسلامية

الفرع الأول: تعريف الضمان في اللغة

الضمان لغة: الالتزام. يقال: ضمنت المال وبالمال ضماناً، فأنا ضامن وضمين، أي التزمته، وضمنته المال ألزمته إياه. (٥)

---

١ الزمخشري، جار الله محمود بن عمر، (د ت)، الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل، (د ط)، بيروت، دار الفكر، ٣/٣٣٠.

٢ أخرجه البخاري، كتاب العلم، باب رب مبلغ أوعى من سامع، حديث رقم (٥٦)، ١/٣٧.

٣ العبادي، الملكية في الشريعة الإسلامية طبيعتها ووظيفتها وقيودها، ص: ٣٨٩.

٤ السرخاني، محمد فهمي (١٤٦٨هـ - ١٩٩٧م)، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، (ط٢)، (د ب)، المكتبة التوفيقية، ص: ٣٨.

٥ الفيومي، أحمد بن محمد بن علي، (١٤١٤هـ - ١٩٩٤م)، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، (ط١)، بيروت، دار الكتب

الضمان في اصطلاح الفقهاء :استعمل الفقهاء هذا المصطلح في عدة معان: (١)

الأول: الضمان بمعناه الأعم في لسان الفقهاء هو: (شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل سبب من الأسباب الموجبة له). (٢)

الثاني: بمعنى الكفالة، وقد استعمله فقهاء الشافعية والمالكية والحنابلة، فقال الشافعية: (الضمان هو التزام حق ثابت في ذمة الغير، أو إحضار من هو عليه، أو عينٌ مضمونة)(٣)، وقال المالكية: (الضمان شغل ذمةٍ أخرى بالحق) (٤)، وقال الحنابلة: (الضمان ضمّ ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق، فيثبت في ذمتهما جميعاً، ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما.) (٥)

الثالث: بمعنى "الغرامة"(٦) أو التعويض عن الضرر، فهو: (عبارة عن رد مثل الهالك إن كان مثلياً، أو قيمته إن كان قيماً). (٧)

الفرع الثاني: مشروعية الضمان

من الكتاب قوله تعالى: ﴿وَلِمَن جَاءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ﴾(٨)، ومن السنة قوله ﷺ: (الزَّعيم غارم) (٩).

فالضمان وسيلة من وسائل حفظ أموال الناس وصيانتها، محافظة على حقوقهم وبُعداً عن ضررهم، وردعاً للمعتدين عليهم، وجبراً لما انتقص من أموالهم.(١٠)

العلمية، ٢/٣٦٤.

١ حماد، نزيه كمال، (١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م)، الحيازة في العقود في الفقه الإسلامي، (ط١)، دمشق، دار البيان، ص: ١٩١.

٢ الخفيف، علي (١٩٧٩م)، الضمان في الفقه الإسلامي، (د ط)، القاهرة، المطبعة الفنية الحديثة، ص: ٥.

٣ الشربيني، محمد الخطيب، (د)، مغني المحتاج في معرفة ألفاظ المنهاج، (د ط)، بيروت، دار إحياء التراث العربي، ٢/١٩٨.

٤ الحطاب، أبو عبد الله محمد بن محمد المغربي، (١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م)، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، (طبعة خاصة)، ٤/٣٠٠.

٥ ابن قدامة، عبد الله بن أحمد (١٤١٥هـ)، المقنع والشرح الكبير ومعهما الإنصاف، (ط١)، تحقيق: التركي، عبد الله بن عبد المحسن، القاهرة، دار هجر للطباعة والنشر، ١٣/٥.

٦ آل حفيظ، راشد بن فهد (١٤٢٥هـ)، ضمان العارية، مجلة العدل، العدد (٢٤)، ص: ٨٦.

٧ الحسيني، أحمد بن محمد الحسيني (١٢٩٠هـ)، غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر، (د ط)، مصر، دار الطباعة العامرة، ٤/٢١٠.

٨ سورة يوسف، الآية: ٧٢.

٩ الترمذي، أبواب البيوع، باب ما جاء في أن العارية مؤداة، حديث رقم (١٢٦٥)، ص: ٣٠٨، وأبو داود، كتاب الإجارة، باب تضمين العارية، حديث رقم (٣٥٦٥)، ص: ٢٨٦، وابن ماجه، كتاب الصدقات، باب الكفالة، حديث رقم (٢٤٠٥)، ص: ١٥٠.

١٠ الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، ص: ٨.

الفرع الثالث: أسباب الضمان

للضمان أسباب عديدة أشار إليها الفقهاء في مواضع متفرقة، ويمكن حصر هذه الأسباب في أربعة(١): إلزام الشارع، الالتزام، الفعل الضار، اليد. (٢)

ويتم تقسيم الأسباب ما يلي:

السبب الأول: إلزام الشارع :يظهر إلزام الشارع في العديد من الحالات مثل: الديات، والأروش، وكفارات الأيمان، وضمان النفقات... إلخ، فالذمة المالية في مثل هذه الحالات تشغل بما يجب أداؤه شرعاً.

ويلاحظ: أن الضمان المترتب على أسباب الضمان الأخرى لا يعدو أن يكون ضماناً أمر به الشارع وألزم به؛ لأن الضمان حكم، ولا حكم إلا للشارع، فكل التزام تشغل به الذمة مرده إلى إلزام الشارع؛ غير أن إلزام الشارع قد يكون مباشراً وقد يكون مترتباً على سبب مقرر أيضاً بواسطة الشارع. (٣)

السبب الثاني: الالتزام :قد يكون الضمان عقداً في حد ذاته مثل عقد الكفالة، وقد يكون هناك من العقود ما شرع لإفادة حكم آخر غير الضمان، ولكن الضمان يترتب كأثر لازم لحكمه مثل: عقد البيع، فالمشتري يضمن الوفاء بالثمن.

وضمان العقد في نظر الفقهاء لا يكون إلا فيما نص عليه في العقد؛ لأن ضمان العقد يقوم على الرضا والاتفاق الذي تضمنه العقد حسب رغبتهما من العقد. (٤)

السبب الثالث: الفعل الضار :ويراد به: (كل فعل حسي ترتب عليه ضرر، سواء أكان قد ترتب عليه بطريق المباشرة أو ترتب عليه بطريق التسبب). (٥)

ويكون بطريق المباشرة إذا لم يفصل بينه وبين حدوث الضرر فعل آخر، كأن يعمد إنسان إلى إناء لغيره فيكسره، ويكون بطريق التسبب إذا فصل بينه وبين الضرر فعل آخر أدى إليه دون أن يمنع نسبة الضرر إليه، كأن يحفر إنسان حفرة في طريق عام سار فيه حيوان فتردى في تلك الحفرة فتلف.

---

١ المرجع السابق، ص: ٩.

٢ يقول السيوطي – رحمه الله – أسباب الضمان أربعة: أحدها: العقد، كالبيع والثمن المعين قبل القبض، والمثلية والإجارة، الثاني: اليد، مؤتمنة كانت، كالوديعة والشركة والوكالة والمقارضة – إذا حصل التعدي – أولاً، كالغصب والسوم والعارية والشراء فاسداً، الثالث: الإتلافُ نفساً أو مقالاً، ويفارق ضمان اليد يتعلق بعماء، والرابع: الحيلولة (السيوطي، الأشباه والنظائر، ص: ٣٩٠).

٣ الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، ص: ١٣.

٤ المرجع السابق، ص: ١٦.

٥ المرجع السابق، ص: ٤٠.

والضمان على المباشر لا خلاف فيه، أما عند اجتماع المباشر والمتسبب فيقع على المتسبب إذا كان متعمداً، وكان المباشر كالآلة في يد المتسبب. (١)

السبب الرابع: اليد :تمثل اليد على المال في حيازته، فإذا حاز إنسان مالاً في يده، أو تحت يده فإن ذلك موجب لضمانه، وحيازة المال في اليد قد يكون: على ولاية شرعية، وذلك ما يعني إقرار وجوده في هذه الحالة من قبل الشارع، وقد يكون: اعتداء.

وإذا كانت حيازة المال في اليد من قبل الشارع، فقد تكون اليد: يد أمانة وقد تكون اليد يد ضمان، فإذا كانت يد أمانة، لم يجب على صاحبها الضمان عند التلف أو ما في معناه، وإذا كانت يد ضمان، وجب على صاحبها الضمان عند تلف ما تحتها من الأموال أو نقصة. (٢)

المطلب الثالث: ملكية الوسائل الإلكترونية

الفرع الأول: ملكية الوسائل الإلكترونية حال الحياة

تعتبر الوسائل الإلكترونية كالسند والبريد الإلكتروني مملوكاً ملكية خاصة لصاحبه، سواء أكان شخصاً طبيعياً أم اعتبارياً، لما يوجد في محتواه من رسائل وسندات خاصة، أو ما أجراه صاحبه من معاملات مالية.

فالعقد الذي يتم به الاشتراك مع مورد الخدمة، فإنه يكون تحت مسؤولية، فالمورد يتخلص من مسؤوليته فيما يتعلق بالعنوان البريدي ذاته، فقد يكون مقلداً أو منتحلاً، كما يتخلص من المسؤولية عن المضمون غير المشروع للوسائل الإلكترونية كالسند والبريد الإلكتروني، إذا يقتصر دور مقدم الخدمة في تقديم الأدوات الفنية فقط، وعليه فإنه يحرص أن يضمّن في العقد شروطاً تعفيه من أن يكون شريكاً لصاحب العنوان الإلكتروني عندما تنعقد مسؤوليته القانونية.(٣)

ومثل ذلك ما نصت عليه الشروط العامة لاستخدام الوسائل الإلكترونية كالسند والبريد الإلكتروني لدى شركة "Google"، ففي "المادة الثامنة" من الفقرة الأولى ما نصه: "إنك تدرك أن جميع المعلومات مثل ملفات البيانات، النصوص المكتوبة، برامج الكمبيوتر، الموسيقى، الملفات المسمعية، الصور، الأفلام المصورة أو غير ذلك من الصور، التي يمكنك الدخول إليها ضمن أو من خلال استعمالك للخدمات هي مسؤولية

---

١ الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، ص: ٤٠ (بتصرف).

٢ المرجع السابق، ص: ٤٠٣.

٣ تنص المادة (٢/١٢٣٤) من القانون المدني الأردني على أنه "يتم الوقف أو النذر في مصارفه وشروطه بإشهار رسمي لدى المحكمة المختصة وفقاً للأحكام الشرعية".

الشخص الذي نشأت عنه هذه المحتويات وحده). (١)

الفرع الثاني: ملكية الوسائل الإلكترونية بعد الوفاة

إنّ القوانين والتشريعات في معظم دول العالم لا تنظم هذه المسألة مباشرة، ولا يوجد أيضاً أحكام قضائية توضح بشكل عملي الإجراءات والخطوات الواجب اتخاذها إذا كان الشخص راغباً في الحفاظ على محتويات وسائل إثباته كسنده وبريده الإلكتروني بعد موته. (٢)

وهناك آراء حول مصير الوسائل الإلكترونية كالسند والبريد الإلكتروني ومحترياته بعد الوفاة بين مؤيدين ورافضين لانتقالهم للورثة.

الرأي الأول :يذهب إلى أن الوسائل الإلكترونية كالسند والبريد الإلكتروني يكون ملكاً لصاحب العنوان البريدي سواء أكان شخصاً طبيعياً أم اعتبارياً، ووفق هذا الرأي وفي حالة وفاة صاحب البريد والسند الإلكتروني ينتقل للورثة باعتباره عنصراً من عناصر التركة وتخضع بالتالي للأحكام القانونية الخاصة بانتقال التركات، وذلك قياساً على الأوراق العائلية والأشياء المتعلقة بالورثة نحو المتوفى، كملكياته الشخصية وشهاداته وأصول مؤلفاته وأوسمته وملابسه الرسمية وصوره الفوتوغرافية. (٣)

وفي القانون الأمريكي تقاس على القواعد العامة التي تتعلق بالعقود والحق في الخصوصية والإرث وحق الملكية، أي أنه لا يوجد نص تشريعي في مصير ملكية الوسائل الإلكترونية بعد وفاة صاحبه. (٤)

وأمام تزايد الطلبات التي تقدم لموزدي منافذ الدخول لوصول إلى الوسائل الإلكترونية كالسند والبريد الإلكتروني أقارب المتوفين، فقد انتهج موردو المنافذ سياسة السماح للورثة أو للأقارب بالدخول إلى الحساب البريدي للمتوفى، شريطة تقديم ما يثبت صلة القرابة.

ويرى بعض أصحاب التشريع القانوني، أنه من الضروري النص في العقد بين العميل ومورد خدمة منافذ الدخول على مصير الرسائل الموجودة في الصندوق البريدي(٥)، فيما ينصح البعض بأن الإجراء القانوني الوحيد الذي يستطيع كل شخص القيام به هو تنظيم وصية خاصة بوسائل إثباته كسنده وبريده الإلكتروني، يقوم بتوثيقها لدى كتاب العدل أو مكاتب التوثيق، يحدد فيها بشكل واضح وصريح إرادته في تمكين بعض

---

١ المرجع السابق، ص: ٤٦.

٢ برانبو، أبحاث القانون وتقنية المعلومات، ص: ٣٦.

٣ إبراهيم: حجية البريد الإلكتروني في الإثبات، ص: ٤٩.

٤ برانبو، أبحاث القانون وتقنية المعلومات، ص: ٣٠.

٥ العوضي: الجوانب القانونية للبريد الإلكتروني، ص: ٥١.

الأشخاص من الولوج إلى وسائل إثباته كسنده وبريده الإلكتروني بعد وفاته. (١)

الرأي الثاني :يرى إلى عدم جواز انتقال الوسائل الإلكترونية كالسند والبريد الإلكتروني إلى الورثة، ويستند هذا الرأي إلى أن الوسائل الإلكترونية كالسند والبريد الإلكتروني تعتبر من المواسلات الخصوصية، وبالتالي تخضع للقواعد القانونية المنظمة لسرية المراسلات، والتي تحظر على غير المرسل إليه الاطلاع عليه أو التعرف على محتواه. (٢)

واستند هذا الرأي إلى قانون العقوبات رقم ١٥/٢٢٦ والذي ينص على أنه: (يعاقب بالحبس وبغرامة ٤٥٠٠٠ ألف كل من قام بسوء نية بفتح أو حذف أو تأخير أو تحوير المراسلات المرسلة إلى الغير، سواء وصلت لمكان الوصول أم لا، أو من اطلع بطريقة غير مشروعة على مضمونها، كما يعاقب بالعقوبات نفسها من قام بسوء نية باعتراض أو تحوير أو استعمال أو إذاعة المراسلات الصادرة أو المنقولة أو الواردة بطريق الاتصال عن بعد، أو تركيب أجهزة مصممة لتحقيق مثل هذه الاعتراضات.) (٣)

ويرى البعض عدم صحة هذا الرأي؛ لأن حرمة الحياة الخاصة من الحقوق الملازمة للشخصية والتي تنتهي حتماً بالوفاة، على اعتبار أنه يشكل عنصراً من عناصر التركة، ويخضع بالتالي للأحكام القانونية الخاصة بانتقال التركات. (٤)

الرأي الثالث :ويذهب أصحاب هذا الرأي إلى أن الحق الناتج عن ملكية الوسائل الإلكترونية كالسند والبريد الإلكتروني ليس حق ملكية، وإنما هو حق استعمال واستخدام محدد بمجال معين، ويستند أنصار هذا الرأي في رفض تكييف الحق على العنوان الإلكتروني بأنه حق ملكية لعدة أسباب، منها: أن مستخدم عنوان البريد الإلكتروني لا يستطيع حوالته، كما أنه ملزم في بعض الأحوال بسداد مبالغ نقدية إلى الجهة المختصة بالتسجيل، وإلا سقط حقه في استخدامه، وأصبح العنوان متاحاً للجميع، كما أن من المعتاد أن نجد في الشروط العامة لاستعمال الوسائل الإلكترونية كالبريد الإلكتروني لبعض المواقع المهمة مثل "hotmail, Yahoo" أن تنص على حق هذه المواقع في إلغاء الحساب البريدي في حالة عدم الاستخدام وعدم الاتصال بالبريد الإلكتروني فترة معينة من الزمن، وهذا يتعارض ولا شك مع طبيعة حق الملكية. (٥)

---

١ براتيوه أبحاث القانون وتقنية المعلومات، ص: ٢٢.

٢ إبراهيم: حجية البريد الإلكتروني في الإثبات، ص: ٥٠.

٣ العوضي: الجوانب القانونية للبريد الإلكتروني، ص: ٤٨.

٤ العوضي: الجوانب القانونية للبريد الإلكتروني، ص: ٥٠.

٥ هنام، حماية العلامات التجارية عبر الانترنت في علاقتها بالعنوان الإلكتروني، ص: ٤٥.

المطلب الرابع: التكييف الفقهي لملكية وسائل الإثبات الإلكترونية

قبل أن يتحدث الباحث عن هذه المسألة، يجب عليه أن يوضّح معنى "التكييف" لغة واصطلاحاً.

الفرع الأول: مفهوم التكييف

التكييف في اللغة :الكيف: هيئة قارة في الشيء لا يقتضي قسمة ولا نسبة لذاته، كما أن الكيفية منسوبة إلى كيف وهي معرفة الحال؛ لأن كيف سؤال عن حال، وكيف كلمة مدلولها استفهام عن عموم الأحوال التي من شأنها أن تدرك بالحواس، فكيفية الشيء حاله وصفته. (١)

التكييف في الاصطلاح :يعتبر مصطلح التكييف الفقهي من المصطلحات الحادثة التي لم يذكرها العلماء السابقون بهذا اللفظ، وإنما ذكروه بألفاظ مقاربة منها: (٢)

١- "تصوير المسألة" أو "تصوّر المسألة" ومن ذلك قولهم في القاعدة: "الحكم على الشيء فرع عن تصوّره."

٢- "التخريج" سواء أكان تخريج الفروع على الأصول، أم تخريج الفروع على الفروع، وهو نقل حكم مسألة ما بشابهها والتسوية بينهما.

٣- "تحقيق المناط" وهو النظر والاجتهاد في معرفة وجود العلة في آحاد الصور، سواء أكانت العلة معروفة بالنص أم بالاستنباط.

تعريف التكييف الفقهي :ولقد تنوعت العبارات في تعريف: "التكييف الفقهي" فمنها:

١- هو: (تحرير المسألة وبيان انتمائها إلى أصل معين معتبر). (٣)

٢- عرّفه الدكتور مسفر القحطاني بأنه: (التصوّر الكامل للواقعة وتحرير الأصل الذي تنتمي إليه). (٤)

٣- وعرّفه الدكتور محمد قدير بأنه: (تحديد لحقيقة الواقعة المستجدة لإلحاقها بأصل فقهي، خصه الفقه الإسلامي بأوصاف فقهية، بقصد إعطاء تلك الأوصاف للواقعة المستجدة عند التحقق من المجانسة

---

١ الجرجاني، التعريفات، ص: ٢٣٩.

٢ القحطاني، مسفر بن علي (١٤٢٤هـ)، استنباط أحكام النوازل الفقهية المعاصرة، (ط١)، جدة، دار الأندلس الخضراء، ص: ٣٥٩.

٣ قلعه جي، محمد رواس، وقنيبي، حامد صادق، (١٤٠٥هـ-١٩٨٥م)، معجم لغة الفقهاء، (ط٢)، بيروت، دار النفائس، ص: ١٤٣.

٤ القحطاني، استنباط أحكام النوازل الفقهية المعاصرة، (مرجع سابق)، ص: ٣٤٥.

والمشابهة بين الأصل والواقعة المستحدثة في الحقيقة). (١)

والاشتراك في خدمة وسائل الإلكترونية كالسند والتوقيع والبريد الإلكتروني تعني إمكانية استخدام الحاسب وتخزين المراسلات الإلكترونية في خوادم المزود، يقدمها مالك المضيف أو الخادم يقوم بمنح مساحة للمشترك في ذلك الخادم يمكن لهذا المشترك القيام بالتراسل عبره. (٢)

فبعد الموافقة على عقد الاشتراك بين المشترك وبين مقدم الخدمة، يصبح للمشترك حساب في وسائل الإلكترونية كالسند والتوقيع والبريد الإلكتروني وحسب المساحة المطلوبة التي يرغبها المشترك، فغالبية الشركات الكبرى تقدم مساحة بقدر معين مجاناً، فإن رغب المشترك الزيادة فعليه دفع مبلغ للحصول على ما يريده.

الفرع الثاني: تكييف وسائل الإلكترونية على عقد الإجارة

ولتكييف ملكية الوسائل الإلكترونية كالسند والتوقيع والبريد الإلكتروني ينبغي التحدث عن عقد الإجارة فيما يلي:

الفصن الأول: تعريف الإجارة

هي: (عقد على منفعة مباحة معلومة تؤخذ شيئًا فشيئًا، مدة معلومة من عين معينة، أو موصوفة في الذمة، أو على عمل معلوم بعوض معلوم). (٣)

مشروعية الإجارة :

الكتاب: والإجارة مشروعة وجائزة من الكتاب والسنة، فمن الكتاب:

١- قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾. (٤)

٢- وقوله تعالى: ﴿قَالَتْ إِحْدَاهُمَا يَا أَبَتِ اسْتَأْجِرْهُ إِنَّ خَيْرَ مَنِ اسْتَأْجَرْتَ الْقَوِيُّ الْأَمِينُ﴾.(٥)

٣- وقوله تعالى: ﴿فَانْطَلَقَا حَتَّى إِذَا أَتَيَا أَهْلَ قَرْيَةٍ اسْتَطْعَمَا أَهْلَهَا فَأَبَوْا أَنْ يُضَيِّفُوهُمَا فَوَجَدَا فِيهَا جِدَارًا

---

١ شبير، محمد عثمان (٢٠٠٤م)، التكييف الفقهي للوقائع المستجدة وتطبيقاته الفقهية، دمشق، دار القلم، ص: ٣٠.

٢ يونس، عمر بن محمد (٢٠٠٦م)، المعاملات الرقمية وقانون الإنترنت، (د ط)، القاهرة، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية، ص: ١١٧.

٣ البهوتي، منصور بن يونس، (١٤١٧هـ)، الروض المربع بشرح زاد المستقنع، (ط٦)، بيروت، دار الكتاب العربي، ص: ٣١٨.

٤ سورة الطلاق، من الآية: ٦.

٥ سورة القصص، الآية: ٢٦.

يُرِيدُ أَنْ يَنْقَضَّ فَأَقَامَهُ قَالَ لَوْ شِئْتَ لَاتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْرًا﴾. (١)

السنة النبوية: ودلت على جوازه السنة، ومن ذلك:

١- ما ثبت من أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ استأجر رجلاً من بني الديل، هادياً خريتاً. (٢)

٢- ولما جاء في الحديث القدسي أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: (قال الله تعالى ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة، رجلٌ أعطى بي ثم غدر، ورجل باع حراً فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يعطه أجره). (٣)

الفصل الثاني: أركان الإجارة

أركان الإجارة:

١- العاقد: ويشمل طرفي العقد "المؤجر والمستأجر".

٢- الصيغة، والمراد بها الإيجاب والقبول، وتنعقد بلفظ: "الإجارة" و"الكراء" وما في معناهما.(٤)

٣- معرفة المنفعة؛ لأنها المعقود عليها، وتعرف بأمرين: الأول بالعرف، والثاني بالوصف.(٥)

٤- معروفة الأجرة، وهو: (العوض الذي يعطي مقابل منفعة الأعيان، أو منفعة الآدمي). (٦)

شروط الإجارة :ويشترط لصحة الإجارة عدة شروط:

١- كون العاقدين جائز التصرف، وذلك بأن يكونا عاقلين، بالغين، رشيدين. (٧)

٢- حصول الرضا من المتعاقدين، فلا يصح عقد الإجارة مع إكراههما، أو إكراه أحدهما(٨) لقوله تعالى: ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا

---

١ سورة الكهف، الآية: ٧٧.

٢ أخرجه البخاري في كتاب الإجارة، باب استئجار المشركين عند الضرورة، حديث رقم ٢٢٦٣، عن عائشة رضي الله عنها، ص: ٤٢١.

٣ رواه البخاري، كتاب الإجارة، باب: إثم من منع أجر الأجير، حديث رقم: ٢٢٧٠، ص: ٤٢٣.

٤ البهوتي، الروض المربع بشرح زاد المستقنع، ص: ٣١٨.

٥ المرجع السابق، ص: ٣١٨.

٦ حيدر، علي (د.ت)، (تعريب الحاكم فهمي الحسيني)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (د.ط)، بيروت، مكتبة النهضة، ١/٣٧٢.

٧ الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود (٢٠٠٣م)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (ط٢)، بيروت، دار الكتب العلمية، ٥/٥٢٤.

٨ المرجع السابق، ص: ٥٢٦.

أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾. (١)

٣- ملك المتعاقدين للتصرف في المعقود عليه، وذلك بأن يكون العاقد مالكاً للمعقود عليه، أو مأذوناً له في التصرف فيه، بأن يكون وكيلاً، أو وصياً أو ولياً للمالك، أو ناظراً للوقف. (٢)

٤- كون المنفعة معلومة للمتعاقدين، بحيث ترتفع جهالتها ويزول عنها الغرر. (٣)

وكون الأجرة معلومة للعاقدين(٤)؛ ولأن جهالة العمل في الاستئجار على الأعمال جهالة مفضية إلى المنازعة، فيفسد العقد. (٥)

٥- القدرة على تسليم المنفعة المعقود عليها، حقيقة وشرعاً؛ لأن العقد لا يقع وسيلة إلى المعقود بدونه. (٦)

أنواع الإجارة: قسم الفقهاء – رحمهم الله –الإجارة من حيث المحل الذي تستوفى منه المنفعة إلى نوعين:

النوع الأول: إجارة على منافع أعيان محسوسة. (٧)

النوع الثاني: إجارة منافع في الذمة. (٨)

أنواع الأجراء: الأجراء على نوعين:

النوع الأول: الأجير الخاص

وهو: (من استؤجر مدة معلومة يستحق المستأجر نفعه في جميعها) (٩)، والأجير الخاص لا يضمن ما تلف أو تعيب تحت يده إذا لم يتعمد الإتلاف أو لم يهمل في العمل أو يتساهل في الحفظ، وإن حصل منه التعدي أو فرّط: ضمن. (١٠)

---

١ سورة النساء، الآية: ٢٩.

٢ الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ص: ٥٢٨.

٣ المرجع السابق، ص: ٥٣٩.

٤ المرجع السابق، ص: ٥٤٩.

٥ ابن قدامة، عبد الله بن أحمد بن محمد (١٤١٣هـ)، المغني (تحقيق: التركي، عبد الله بن عبدالمحسن، والحلو، عبد الفتاح محمد)، (ط٢)، القاهرة، دار هجر للطباعة، ١٤/٨.

٦ الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ص: ٥٥٨.

٧ ابن رشد، محمد بن أحمد (١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، (ط١)، بيروت، دار ابن حزم، ص: ٥٨٠.

٨ المرجع السابق، ص: ٥٨٠.

٩ البهوتي، الروض المربع بشرح زاد المستقنع، ص: ٣٢٣.

١٠ المرجع السابق، ص: ٣٢٤.

النوع الثاني: الأجير المشترك.

وهو: (الذي يعمل لعامة الناس)، كالصانع والصباغ، والقصار، والكواء، والخياط العام.(١)

ويضمن الأجير المشترك ما تلف بفعله؛ لأن عمله مضمون عليه لكونه لا يستحق العوض إلا بالعمل. (٢)

النتيجة

وفي اعتقاد الباحث يتضح مما سبق أن العقد الذي بين مزود الخدمة وبين المشتركين يشترك مع عقد الإجارة في ثلاث نقاط:

١- الخدمة يقوم بتأمين هذه الخدمة مقابل رسوم معينة.

والمجانيّة في الاشتراك ليست سوى منطقة صورية ظاهرية، فليس هناك خدمة مجانية وإنما هناك تنوع في المقابل تقوم بها دراسات جدوى اقتصادية متعددة. (٣)

إذن يمكن القول: بأنّ العقد المبرم بين مزوّد الخدمة والمشترك (المستخدم) عقد إجارة.

٢- أنّ هذا المزوّد للخدمة ملتزمٌ المتعلقة بتأمين وتقديم هذه الخدمة للمشتركين، ويضمنها لهم؛ لأنّ مقدم الخدمة ملتزمٌ وضامنٌ لكافة الخدمات لوسائل الإثبات الإلكترونية، كالحماية من الفيروسات، والرسائل الاقتحامية والاختراق، والصيانة، والتعويض إذا تسبب في إتلاف محتويات البريد أو الانقطاع وغيرها، فهو ملتزم بتقديم الخدمة في الوسائل الإلكترونية كالسند والتوقيع والبريد الإلكتروني ويعمل للمشتركين، ويضمن ما يتلف بيده، وهذه هي شروط الأجير المشترك.

فإذن يمكن القول: بأنّ مزوّد الخدمة من قبيل (الأجير المشترك).

٣- أنّ العقد بين مزوّد الخدمة وبين المشتركين معلوم الابتداء غير معلوم وقت الانتهاء، وهذا ما يسمى في الفقه الإسلامي بـ(بالعقد غير محدّد المدة) وقد قال بجوازه جميعٌ من العلماء، وقد مثلوا له بما لو قال شخصٌ لآخر: "أجرتك هذه الدار كلّ شهر بكذا".

فيرى المالكية(٤) والحنابلة(١) جواز هذا العقد وإن كان بمجهول وقت نهاية العقد.

---

١ الزحيلي، وهبة، المعاملات المالية المعاصرة، دار الفكر، دمشق، ط ٤، ٢٠٠٢م، ص: ٧٦.

٢ البهوتي، الروض المربع بشرح زاد المستقنع، ص: ٣٢٣.

٣ يونس، عمر بن عبد، المعاملات المالية وقانون الإنترنت، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة ٢٠٠٦م، ص: ١١٧.

٤ الدردير، أبو البركات سيدي أحمد، (د. ت)، الشرح الكبير على مختصر خليل، بيروت، دار الفكر، ٤/٤٤، الأزهري، صالح عبد السميع الأزهري، جواهر الإكليل على مختصر خليل، دار المعرفة، ٢/١٩٦.

فإذن يمكن القول: بأنّ العقد بين مزوّد الخدمة وبين المشتركين من هذا القبيل، أي من (العقود غير محدّدة المدّة).

ولما كان عقد الإجارة مشروعاً – كما تبيّن سابقاً – كان هذا العمل وهو الاشتراك في خدمة وسائل الإثبات الإلكترونية كالسند والتوقيع والبريد الإلكتروني مشروعاً بالقياس عليه.

الآثار المترتبة على كون العقد بين مزوّد الخدمة ومستخدم الوسائل الإلكترونية عقد إجارة

أنّ صاحب الذي تستخدم وسائل الإثبات الإلكترونية كالسند والتوقيع والبريد الإلكتروني يمتلك حق الانتفاع بها، بل يملك منفعتها، كسائر عقود الإجارة. طالما أنه يملك منفعتها فهو حقٌ من حقوقه؛ لأنه مما سبق تبيّن أنّ بين الملك والحق عمومٌ وخصوص، وأنّ الحقّ أعمّ من الملك، فيكون الوسائل الإلكترونية كالسند والتوقيع والبريد الإلكتروني حقاً من حقوق صاحبه، ويترتب على ذلك عدة أمور:

١- أنّه يورث من بعده، وينتقل حق منفعته والانتفاع به لورثته، كسائر الحقوق.

٢- أنّه محترمٌ ومصونٌ في الشريعة الإسلامية، وقواعد الشرع تحافظ على حقوق وممتلكات الإنسان.

٣- أنّ من اعتدى على هذا الحقّ بإتلافٍ أو تعطيلٍ أو ذهاب منفعةٍ فهو ضامن.

٤- أنّ المعتدي يستحقّ العقوبة ويجب عليه الضمان، يقول الدكتور / فتحي الدريني: (الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة على أنّ المنافع أموالٌ متقومة في ذاتها كالأعيان، سواءٌ بسواء، إذا كان الانتفاع بها شرعاً، وتأسيساً على ذلك تردُ عليها العقود الناقلة للملكية، وتضمن بالغصب، بمعنى أنه تتقرّر مسؤولية غاصب مصادرها أو محالها، بالتعويض، ويجري فيها الإرث على الجملة).

٥- أنّ العقد بين المستخدم وبين مزوّد الخدمة لا ينفسخ إلاّ ما ينفسخ به عقد الإجارة.

٦- أنّ العقد بين الطرفين من العقود اللازمة، فلا ينفسخ إلا برضا الطرفين.

٧- أنّ مستخدم وسائل الإثبات الإلكترونية كالسند والتوقيع والبريد الإلكتروني ملزمٌ بدفع الأجرة حتى ولو لم يستخدم فعلياً؛ لأنّ الأجرة في الفقه الإسلامي تجب بالعقد لا باستيفاء المنفعة. (٢)

---

١ ابن قدامة، المغني، ٨/٢٠.

٢ الدريني، فتحي، حق الابتكار في الفقه الإسلامي المقارن، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط ٣، ١٩٨٤م، ص: ٢٠.

الخاتمة

النتائج والتوصيات

في ختام هذه الرسالة فإنه لابد من الإشارة إلى أن التطور المتواصل في مجال الاتصالات والتكنولوجيا بمختلف أشكالها تفرض علينا ضرورة مواكبتها وسن التشريعات جديدة تتواءم مع هذه التغيرات سواء في طرق التعاقد أو وسائل الإثبات. فوسائل الإثبات الالكترونية كالبريد والمستند والتوقيع الإلكتروني ورسالة المعلومات الالكترونية وغيرها أصبحت جزءاً من حياة العديد منا، ولا يمكن بحال من الأحوال أن نبقى بمنأى عنها. لذا كان لابد من صدور التشريعات التي تنظمها وضرورة تعديل القائم منها بما يتناسب ويتلاءم مع هذه التغيرات والتطورات.

إلا أن إصدار التشريعات أو تعديلها لا يكفي وحده لمواكبة هذه التطورات، فلا يكفي وجود تشريع عصري وحديث ينظم هذه الوسائل الالكترونية ، بل لابد من إعداد الفرد أيضاً كي يتمكن من التعامل مع هذه الوسائل، والإعداد لا يكون للقاضي أو المحامي وحده، فلابد من إعداد التاجر والموظف أيضاً، إذ أن الكثير من قطاعات الشعب يستخدم هذه التكنولوجيا سواء الموظف الحكومي أو موظف البنك أو السوق المالي أو التاجر أو المحامي انتهاءً بالقاضي الذي يتعين عليه التعامل مع هذه الوسائل الالكترونية من خلال العقود أو إثباتها والذي يقوم بدوره بتطبيق النص القانوني على الوقائع المعروضة. فلابد إذا من تأهيل الأشخاص لاستخدام هذه التقنيات الحديثة.

لقد تناولت هذه الدراسة الوسائل الإثبات الالكترونية في المعاملات التجارية وحجيتها في الإثبات خاصة أنها أصبحت تمثل جزءاً ليس يسيراً من الحياة اليومية وأصبحت هذه الوسائل تحل كثيراً محل الوسائل التقليدية في الإثبات، وصارت تحل في كثير من القطاعات محل السندات التقليدية، وعما قريب ستحل في الدوائر الحكومية وسيصبح بالإمكان تنظيم السندات بوسائل إلكترونية.

وقد قسمت من خلال هذه الدراسة ببيان وسائل الإثبات الالكترونية، مبادئها، مشروعيتها ومقصدها ثم تقسيمها وطرقها في الشريعة والقانون ثم تطرقت إلى بيان قواعد الإثبات الأساسية في الشريعة الإسلامية وبعد ذلك بدأت ببيان وسائل الإثبات الالكترونية ومدى استيعابها ضمن القواعد العامة للإثبات. ثم تناولت ماهية وسائل الإثبات الالكترونية كالبريد والمستندات والتوقيع الالكترونية على سبيل المثال وشروطها وخصائصها ووظائفها.

ثم تناولت حجية الوسائل الالكترونية في الإثبات ومدى استيعاب النصوص التقليدية لوسائل الإثبات الالكترونية (كالبريد والمستندات والتواقيع الالكترونية) وحجية هذه الوسائل الالكترونية في الإثبات من خلال قانون المعاملات الالكترونية لبعض الدول المسلمة وقانون الأونسترال النموذجي والمشروع الأوروبي وغير ذلك حسب ما يقتضيه المقام، ثم تحدثت إلى بيان بعض جرائم الاعتداء على الوسائل الإثبات الالكترونية،

تكييفها وحمايتها تقنيا ثم شرعياً وقانونياً.

ولقد انتهيت في هذه الدارسة إلى نتائج و توصيات، أوجزها كالآتي:

أولاً: النتائج

١- المعنى الخاص للإثبات عند الفقهاء هو إقامة الحجة أمام القضاء بالطرق التي حددتها الشريعة الإسلامية على حق أو واقعة، تترتب عليها آثار شرعية.

٢- الإثبات من خير أسباب الصفاء والوئام، لأنه يؤدي إلى أن توضع الحقوق في مواضعها الصحيحة، إضافة إلى أنه رادع للإدعاءات الكاذبة أو الضعيفة.

٣- أنّ قواعد الإثبات في الفقه الإسلامي تكوّن نظرية كاملة كالنسيج، فيجب أن تؤخذ كاملة رجاء الاستفادة منها والحصول على مقاصدها.

٤- إذا تعارضت البيّنات فيجب العمل على الجمع بينها ما أمكن، لأنّ العمل بالدليلين أولى من إهمالهما أو إهمال أحدهما، مع الإشارة إلى أنّ التعارض في حالة إمكان الجمع إنما هو تعارض ظاهري فقط.

٥- إن العقود الالكترونية التي يتم إبرامها بوسائل الاتصال الحديثة لا تختلف عن مثيلاتها التقليدية إلا من حيث الوسيلة المستعملة للتعبير مثل البريد الالكتروني أو شبكة الويب، غير أنها تثير العديد من الصعوبات تبدأ من تحديد وقت وزمن الانعقاد ومكانه وانتهاء بإثباته، ومازالت هذه العقود لم يتطرق لها الباحثون كثيراً لاسيما في باكستان.

٦- الوسائل الالكترونية اصطلاح حديث، يطلق على كل الوسائل المستخرجة من التقنيات العلمية الحديثة ومنها الانترنيت، نظمت هذه الوسائل في أغلبية التشريعات الحديثة المنظمة للمعاملات والتجارة الالكترونية لأغلبية البلدان ومنها الدول المسلمة، وبينت حجيتها في الإثبات في ضوء قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية.

٧- تمتاز الوسائل الالكترونية بخصائص معينة تجعلها فريدة ومتميزة عن الوسائل التقليدية الأخرى، كتوافر عناصر السرعة وميزة الأمن والثقة عند التعامل بها، إضافة إلى عدم اعتمادها المطلق على المرتكزات والدعامات الورقية، فضلاً عن دور هذه الوسائل في تقليل التكاليف والنفقات وتوسيع نطاق الأسواق التجارية ضمن عمليات التجارة الالكترونية بشكل عام.

٨- الأصل هو أن القاضي يتمتع بسلطة تقديرية بشأن رسالة البريد الالكتروني والسندات والتواقيع الالكترونية كما هو الحال بالنسبة للسندات والتواقيع ورسالة البريد التقليدية (الورقية) من حيث

صحتها وما يظهر فيها من عيوب تؤثر على قيمتها في الإثبات، سواء من تلقاء نفسها أو عند الطعن في صحتها، إلا أن هذه السلطة يجب أن لا تصل إلى حد تتمتع المحكمة بموجبها إلى صلاحية رفض رسالة البريد الالكتروني والسندات والتواقيع الالكترونية وعدم الاعتداد بها لمجرد إنها في شكل إلكتروني لأن القانون إذا نظم حجية رسالة البريد الالكتروني والسندات والتواقيع الالكترونية، فإن القاضي لا يستطيع عدم الإقرار بحجيتها أو رفضها استناداً إلى المساواة القائمة بين رسالة البريد الالكتروني والسندات والتواقيع الالكترونية والعادية الورقية التي يقيمها القانون في ظل المفاهيم الحديثة للإثبات. ومن هنا تظهر ضرورة التدخل التشريعي لتنظيم حجية رسالة البريد الالكتروني والسندات والتواقيع الالكترونية وعدم ترك الأمر لسلطة القاضي التقديرية.

٩- على الرغم من ضالة حجم التجارة الالكترونية في أغلبية البلدان المسلمة وعدم ممارستها بشكل واسع كما هو الحال في الدول الغربية، إلا أن البعض من الدول المسلمة أصدرت تشريعات خاصة لتنظيم التجارة والمعاملات الالكترونية ومن ضمنها حجية رسالة البريد والسندات والتواقيع الالكترونية في الإثبات. واتجه البعض الآخر من البلدان المسلمة إلى معاملة هذا الجانب عن طريق تعديل قواعد الإثبات الواردة في قوانينها التقليدية، وذلك بتنظيمها لحجية مستخرجات أجهزة الحاسوب الآلي وشبكات الانترنيت على أصعدة قانونية وتشريعية مختلفة، سواء في مجال الإثبات والمعاملات الالكترونية، أم تشريعات والخدمات المالية والمصرفية.

١٠- إن المفاهيم التقليدية للإثبات، ولاسيما، النصوص الواردة في أغلبية قوانين الإثبات للدول المسلمة لا تستوعب السندات الالكترونية إلا من خلال التفسير الواسع والمرن من قبل القضاء للاعتداد بعناصر السندات الالكترونية ومنحها حجية الأدلة الكتابية في الإثبات.

١١- سرعة انتشار الوسائل الإثبات الالكترونية في العالم، وقبولها بين الناس، بل إنه أصبحت من الأركان المهمة في التعاملات التجارية الالكترونية.

١٢- الوسائل الالكترونية كغيرها من الوسائل التي أوجدها الإنسان لخدمته والتي أصبحت ذات فاعلية وله آثار واضحة في الحياة اليومية، وأصبحت هذه الوسائل تحل كبديل عن الوسائل التقليدية في الإثبات في كثير من القطاعات. وهذا لا يغير من حقيقة أن لها بعض السلبيات التي يسعى الإنسان بشكل مستمر إلى التغلب عليها، الأمر الذي يجب معه و هو سد الفراغ التشريعي في هذا الصدد ولمواكبة التطورات في هذا المجال.

١٣- تعد وسائل الإثبات الالكترونية من قبيل المراسلات الخاصة، فهي محمية شرعاً وقانوناً.

١٤- وسائل الالكترونية حجة في الإثبات لدى جميع الفقهاء عند استكمال شروط إعدادها.

١٥- إن أغلبية البلدان الغربية أقرت واعترفت بالقيمة القانونية لرسالة البريد والسندات والتواقيع

الالكترونية لشيوع ممارسة التجارة الالكترونية وانتشارها الواسع وتدفق حجمها المتزايد، ولعل إقرار حجية تلك الرسالة البريد والسندات والتواقيع من قبل رجال القانون في أمريكا وإنكلترا وغيرهما من البلدان المتقدمة يدل على أهمية الاعتراف بهذه الوسائل الإثبات الالكترونية كالرسالة البريدية والسندات والتواقيع الالكترونية ومنحها الحجية القانونية لدورها البارز في نمو وتطور التجارة الالكترونية ومعاملاتها.

١٦- تتضمن رسالة البريد الالكتروني والسندات الالكترونية عنصرين أساسيين هما الكتابة الالكترونية والتوقيع الالكتروني. وإن هذين العنصرين يؤديان وظيفة الكتابة والتوقيع العاديين أو التقليديين في البيئة الورقية، وعلى الأخص، في مجال الإثبات وعليه يمكن الاعتماد على هذه الرسالة البريدية والسندات الالكترونية كأدلة كتابية حديثة لإثبات مختلف التصرفات القانونية استناداً إلى قيامها بأداء وظيفة الأدلة الكتابية في البيئة الورقية وهو ما عبر عنه القانون النموذجي بنهج النظير أو التساوي الوظيفي (Functional Equivalent).

١٧- في مجال تحديد المقصود بالتوقيع الالكتروني فقد تبين أن هذا التوقيع يقوم على استخدام التقنيات الحديثة من حاسوب وإنترنيت وغيرها. لذا فهو يتخذ بيانات في شكل إلكتروني تنفذ عن طريق مجموعة من الإجراءات أو الوسائل التقنية. وهذا التوقيع يتخذ عدة صور وأشكال ولا ينحصر في صورة أو شكل واحد، وذلك لتعدد طرق إصدار التواقيع الالكترونية التي قد تكون على شكل حروف أو أرقام أو رموز لا يعلمها إلا صاحبها، وتحفظ على الحاسب الآلي بشكل مشفر وعن طريق معادلات رياضية ، تضمن عدم العبث بمحتواها، ويتم حفظ التوقيع على الحاسب الآلي بشكل مشفر يتم الرجوع إليه عند الحاجة من قبل مصدره.

١٨- منح حجية التوقيع الالكتروني في الإثبات، متوقف على درجة الأمان التي توفرها تقنية الاتصال الحديثة التي تستخدمها الأطراف المتعاقدة، ولهذا تسعى كثير من التشريعات بوضع إجراءات تحقق الأمن والثقة والحماية القانونية للتوقيع الالكتروني من خلال إصدار التوقيعات من قبل جهة معتمدة تصدر شهادات توثيق به ويكون مودعاً لديها.

١٩- تعد وسائل الإثبات الالكترونية من أهم تطبيقات الانترنيت، بل إنها سبب لوجود الشبكة المعلوماتية.

٢٠- في مجال تطبيقات التوقيع الالكتروني، لوحظ أن التوقيع الالكتروني يتم استخدامه في العديد من المجالات المهمة، مثل الأوراق التجارية كالشيك الالكتروني والشيك الذكي والنقود الالكترونية وبطاقات الائتمان وغيرها، ومن المنتظر أن تزداد استخداماته في المنظور القريب.

٢١- إن الضمانات التقنية التي يستلزم توافرها في رسالة البريد والسندات والتواقيع الالكترونية تمثل شرطاً

جوهرياً أكدت عليه أغلبية القوانين الحديثة لإقرار حجية رسالة البريد والسندات والتواقيع الالكترونية ومنحها القيمة القانونية الموازية لرسالة البريد العادية والسندات والتواقيع الورقية المكتوبة.

٢٢- إن لجهات توثيق التوقيع الالكتروني دوراً هاماً ورئيساً في توفير بيئة أمنية للمتعاملين بالوسائط الالكترونية.

٢٣- إن التوقيع الالكتروني الموثق والمبني على شهادة توثيق معتمدة له القوة القانونية وهو ذات الحجية الممنوحة للتوقيع العادي.

٢٤- رسالة البريد و السندات والتواقيع الالكترونية باعتبارها أدلة كتابية حديثة تخضع لنفس قواعد إثبات صحة البريد و السندات والتواقيع التقليدية المكتوبة، من حيث طرق الطعن في صحتها ومنها الإنكار أو الإدعاء بتزويرها، مع الأخذ بنظر الاعتبار أن تدخل سلطة التصديق (Certification Authority) يجعل من الصعب إنكار البيانات والتوقيع التي تتضمنها السندات الالكترونية.

٢٥- إن ما يميز رسالة البريد الالكتروني و رسالة المعلومات الالكترونية عن رسائل المعلومات الأخرى هو ارتباطها وجوداً وعدماً بالوسيلة الالكترونية التي تستخدم في إنشائها أو إرسالها أو حفظها أو استلامها.

٢٦- إن مساواة رسالة البريد الالكتروني و رسالة المعلومات الالكترونية بالدليل الكتابي الورقي تعتمد على تحقيق أمرين هما:

الأول: مساواة الكتابة الالكترونية الورقية ويتحقق ذلك عندما تكون الأولى مقروءة وقابلة للتفسير بحيث تعطي معنى وإذا ما توافرت فيها المزايا التي توفرها الأخيرة من حيث الثبات والاستقرار.

الثاني: مساواة التوقيع الالكتروني بالتوقيع اليدوي وهي مسألة تتوقف على درجة الأمان والثقة التي يوفرها التوقيع الالكتروني للمستخدم.

٢٧- أن العقد الذي بين مزود خدمة وسائل الالكترونية كالبريد الالكتروني وبين المشتركين هو عقد إجارة، وأن مزود الخدمة من قبيل الأجير المشترك الذي يضمن ما يتلف بيده.

٢٨- من أكثر الجرائم شيوعاً التي تقع على وسائل الإثبات الالكترونية هي احتراقها وانتهاك سريتها.

٢٩- لقد اهتمت أكثر الدول العالمية، بمكافحة جريمة الرسائل الاقتحامية (SPAM)، مدركين خطرها وعظم أثرها خصوصاً في مجال التجارة الالكترونية.

٣٠- هناك اتجاهان رئيسان حول الجرائم المعلوماتية، فبعض الدول جعلت له أنظمة وقوانين خاصة بها، وبعض الدول أضافتها إلى الجرائم التقليدية وتطبق النصوص القائمة عليها.

٣١- يتميز نظام مكافحة الجرائم المعلوماتية في أنه أعطى للقاضي سلطة تقديرية واسعة في الاختيار بين

نوع العقوبة المقررة ومقدارها.

٣٢- بعض الدول حتى الآن لم تصدر أنظمة حول مكافحة الجرائم المعلوماتية وكذلك حول نظام التعاملات الالكترونية.

٣٣- أن اختراق وسائل الإثبات الالكترونية والاستيلاء عليها بطريق غير مشروع يعتبر تعدياً على حقوق الآخرين، وإتلافاً لممتلكاتهم، وانتهاكاً لأسرارهم.

٣٤- ولما كان الغصب محرما في الشريعة الإسلامية كان اختراق وسائل الإثبات الالكترونية فعلاً محرماً في الشريعة الإسلامية قياساً عليه، ويوجب الضمان على المخترق سواء تعدى أو لم يتعدّ، سواءٌ كان متعدّياً بفعله ذلك أو لم يكن، وسواءٌ فرّط أو لم يفرّط.

٣٥- إتلاف أجهزة مقدمي الخدمة أو تعطيل وسائل الإثبات الالكترونية عن صاحبها أو حتى عن الشركات والمؤسسات الحكومية، محرم ولا يجوز؛ لما فيه من الإضرار والاعتداء على الغير الذي جاءت الشريعة الإسلامية بتحريمه والنهي عنه.

٣٦- يمتاز المنهج الشرعي بالكفاءة والمرونة في مواجهة الجرائم أيا كان نوعها أو أي وسيلة مختلفة كانت حتى لا يبتكر المجرمون طرائق جديدة يفلتون بها من العقاب، وحتى على فرض أن النص التجريمي لا يحتمل إلا الصورة المادية فإن صلاحيات القاضي الشرعي تسمح له بالقياس لتطابق العقوبة مع ذات الجرم.

ثانياً: التوصيات

إن الباحث يقترح التوصيات التالية :

١- زيادة الوعي لدى المتعاملين بالوسائط الالكترونية ببيان أهمية وسائل الإثبات الالكترونية وبإجراءات توثيقها. وذلك بعقد الندوات والدورات المتخصصة والمؤتمرات، التي تعالج هذا الموضوع الهام.

٢- ضرورة قيام كافة الجهات المعنية بالعمل على تطوير مجتمع الأعمال ونشر التثقيف بأهمية استخدام الشركات لشبكة الانترنت في القيام بصفقات تجارية إلكترونيا سواء بين الشركات الوطنية أو بين شركات الدولية وأخرى أجنبية.

٣- الاسترشاد بالقوانين ذات الصلة بموضوع الإثبات الالكتروني وفي مقدمتها قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية لسنة ١٩٩٦م والتوقيعات الالكترونية لسنة ٢٠٠١م. وكذلك التشريعات للدول المسلمة المنظمة للتجارة والمعاملات الإلكترونية عند إجراء تعديلات تشريعية لإقرار حجية رسالة البريدية والسندات والتواقيع الالكترونية عموماً بضمنها مستخرجات شبكة الانترنيت والاعتراف بوصفها دليلاً من أدلة الإثبات القانونية من خلال إعادة التعريف بالدليل

الكتابي ليستوعب رسالة البريدية والسندات والتواقيع الالكترونية استناداً إلى نهج النظير أو التساوي الوظيفي (The "Functional Equivalent" approach) بين الرسالة البريدية والسندات والتواقيع الالكترونية والبريد والتواقيع و السندات التقليدية الورقية.

٤- يقترح الباحث إنشاء مؤسسة من مهامها إصدار الوسائل الالكترونية كبريد إلكتروني لكل مواطن عنوان خاص به على بطاقة هويته، وتكون بديلة عن الشبكات البريدية الأجنبية، تلبي جميع احتياجات المواطنين، وتساعد على إنجاز التعاملات الحكومية الالكترونية، وتحقيقاً للأمن المعلوماتي.

٥- ضرورة إصدار النظام اللازم المتعلق بآلية توثيق السند و التوقيع الالكتروني، لأنه بدون هذا النظام فإن السند و التوقيع الالكتروني يبقى معطلاً عن العمل.

٦- إقرار مبدأ المساواة بين التواقيع الالكترونية والتواقيع العادية أو التقليدية، مادامت التواقيع الالكترونية تؤدي وظيفة التوقيع من حيث التعرف على شخصية الموقع والتعبير عن إرادته في قبول التصرف القانوني.

٧- ضرورة استكمال هذه الدراسة المتواضعة بدراسات لاحقة جديدة من أجل إيجاد تخصص جديد بغية الإحاطة الكاملة والشاملة لمختلف الجوانب القانونية و الشرعية للمعاملات والتجارة الالكترونية، وخاصة، المعاملات التجارية المبرمة عبر الانترنيت.

٨- ضرورة تكوين رجال القانون مثل القضاة والمحامين في مجال المعلوماتية وتقنياتها التي ترتكز عليها وسائل الإثبات الالكتروني، لاسيما في ضوء القصور التشريعي الحالي.

٩- ضرورة تأهيل القاضي لاستخدام الوسائل الالكترونية والاطلاع على آلية عملها سواءً في الداخل أو الخارج وذلك بإرساله بدورات تدريبية متخصصة في الدول التي تستخدم هذه الوسائل وتطبقها منذ زمن حتى يتمكن من التعامل مع المشاكل الناجمة عنها إذا عرضت عليه.

١٠- لا يخفى علينا أن وسائل الإثبات الالكترونية متطورة ومتغيرة بسرعة وبالتالي لابد من دراسة هذه التشريعات من فترة لأخرى لتواءم هذه التغيرات.

١١- الاهتمام وبذل الجهود من قبل السلطات الحكومية والقضاء والجامعات لغرض تأهيل وتوفير الكوادر البشرية والكفاءات العلمية واستحداث مراكز بحوث متطورة لدراسة الجوانب القانونية والتقنية والشرعية للتجارة الالكترونية ومنها وسائل الإثبات الالكترونية وإدخالها ضمن مناهج الشريعة و القانون في كليات الشريعة و القانون، وكذلك العمل على نشر الوعي الثقافي للإحاطة بالجوانب التقنية والقانونية والشرعية بالتجارة الالكترونية عموماً و وسائل الإثبات الالكترونية خصوصاً، وذلك من خلال تدريس قوانين الانترنت والتجارة الالكترونية والمعلوماتية والحاسوب ر

في مختلف مراحل الدراسة القانونية الأولية والدراسات العليا في كليات القانون والمعاهد القانونية و الشرعية والقضائية بقصد توفير الكوادر القانونية و الشرعية المختصة في هذا المجال.

١٢- الاستفادة من بنود الاتفاقيات والمعاهدات الدولية الخاصة بتقنية المعلومات.

١٣- ضرورة الاستفادة من تجارب الدول المختلفة في مجال نشاط التصديق الالكتروني لما له من أهمية في ربط شخص الموقع مع التوقيع الصادر عنه، كما يضفي على التوقيع الالكتروني الثقة والأمان.

١٤- يجب الاهتمام بوسائل الإثبات الإلكترونية في الأنظمة والقوانين الخاصة بجرائم المعلوماتية والتعاملات الالكترونية.

١٥- على الجهات الفنية التي حددها نظام مكافحة الجرائم المعلوماتية، إصدار نشرات توعية ونصائح إرشاديه عبر وسائل التقنية الحديثة من خلال البرامج الإعلامية ومناهج التعليم العام والجامعي والمناشط المختلفة حول استخدام الوسائل الإثبات الالكترونية والحذر من المخاطر التي تقع على الوسائل الإثبات الالكترونية.

١٦- تعريف الناس بمخاطر الرسائل الاقتحامية (SPAM)، وكيفية مواجهتها و كذلك إنشاء برامج لمكافحة الرسائل الاقتحامية.

١٧- ضرورة العمل على إيجاد نوع من التوازن بين حرية المعلومات واستخدامها من جهة، وحماية الفرد وخصوصيته من جهة أخرى، لمواجهة جرائم التعدي على حريات الآخرين وخصوصياتهم.

١٨- تشديد الجزاءات الجنائية على الجرائم المتعلقة بالحاسوب ونظم المعلومات مثل عمليات السرقة والتزوير والتي يتم ارتكابها بواسطة الحاسوب، وتؤثر سلبياً على انتشار التجارة الالكترونية.

١٩- ضرورة تنظيم مسألة أمن البريد والسند والتوقيع الالكتروني حتى يكتسب ثقة كافية لمنع التغيير و التلاعب به وعدم إساءة استعماله من قبل العابثين، وحتى تتحقق هذه النتيجة لابد من تنظيم عملية تشفير البريد والسند والتوقيع الالكتروني وآلية التشفير.

٢٠- الاستفادة من تجارب الدول الأخرى في مجال توثيق وسائل الإثبات الالكترونية ، وذلك بإرسال المهتمين والمختصين بهذا المجال إلى تلك الدول للاطلاع على آلية عمل هذه الجهات ودراسة مدى إمكانية تطبيق تلك الآلية في دولتنا.

٢١- لا بد من إقامة منظمات تصديق و توثيق خاصة ، ويجب أيضا إقامة بيئة آمنة ومضمونة للخوض في نشاطاتها، و إن هذا سيؤدي إلى حفاظ الضرورات المشتركة لنشاطات تقنية الكعلومات و يتسبب أيضا في مساندة المشاريع المتوسطة والصغيرة بسبب إقامة البيئة الآمنة للتاجر والمستهلك.

٢٢- يجب إنشاء مجموعة من القوانين الحديثة الخاصة بأمر الإثبات الإلكتروني والتجارة الإلكترونية والبريد الإلكتروني والسندات والتوقيعات الإلكترونية وغير ذلك، كل على انفراد.

٢٣- لا بد من تنشيط المجلس التشريعي لمواكبة التطور السريع في التجارة الإلكترونية، وبذلك يمكن العمل على تطبيق تلك القوانين التي تصدرها المجلس التشريعي في القواني الداخلية في فترة انتقالية معينة من قبل جهات خاصة تماما مثل الاتحاد الأوروبي في هذا الصدد.

٢٤- من المهم أيضا تسريع عملية إصدار القوانين الخاصة بالمعاملات الالكترونية في شتى البلدان الإسلامية وعلى المستوى العالمي كذلك.

٢٥- توحيد التشريعات المنظمة للمعاملات الالكترونية في نطاق الدول المسلمة وسرعة تعديل التشريعات الحالية لتتلاءم مع طرق تسوية المنازعات إلكترونياً.

٢٦- من المهم أن تقوم الدول المسلمة بإنشاء منظمة خاصة بها مثل التحاد الأوروبي، حتى تركز هذه المنظمة بشكل جيد على التوجيهات المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية في الدول المسلمة، ثم تقتفي أثرها الدول المسلمة الأخرى في إنشاء قوانين خاصة بهذا المجال، و من الممكن أيضا إنشاء منظمة خاصة بالدول الغربية، لا سيما وهناك الكثير من المجالت المتشابهة بين هذه الدول.

٢٧- منح وسائل الإثبات الالكترونية والبريد والسند والتوقيع الالكتروني حجية في الإثبات أمام المحاكم بمختلف أنواعها وتشكيلاتها وإعطائها حجية وسائل الورقية في الإثبات.

٢٨- لابد من إعداد نظام خاص بقوانين التجارة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني والبحث عن ذرائع قادرة على العمل بتلك القوانين، ومن المستحسن أن تدمج في قانون واحد ويعرف باصطلاح خاص به.

٢٩- الاهتمام بالإرشاد الدائم حول المنهج الإسلامي القويم في المعاملات، لما في ذلك من نفع دائم في المجتمع وخاصة في صون حقوق الفرد، ودفع الخلاف والخصام بين أفراد المجتمع.

٣٠- الاهتمام بوجود جميع الشروط اللازمة توافرها في الشخص القائم على كتابة هذه التعاملات بين الناس، ولا بد أيضا من اتباع المنهج الشرعي المستقيم الذي يشترط العدالة والتقوى والمعرفة بالفقه الشرعي في الشخص الذي يتولى أمر كتابة نص الوسائل الإثبات الإلكترونية.

٣١- لا بد من إدخال هذه المواضيع في المناهج المقررة في المدارس والجامعات منذ المراحل الدراسية الإبتدائية، لأننا نعيش في مجتمع مسلم، والفرد فيه يحتاج إلى معرفة الضوابط الشرعية للمعاملات بجميع صورها كالبيع والشراء والإجارة .... الخ.

٣٢- إن مواكبة التطور العلمي والتقني في مبدان المعاملات القانونية أمر مستحسن إلا أنه يلزم علينا ألا نغفل خلال هذا التطور عن تعليمات ديننا الإسلامي الحنيف و عادتنا و تقاليدنا التي ورثناها، فالجائز لغيرنا قد لا يكون جائزا لنا. ولذلك يلزم علينا أن نأخذ الحيطة والحذر التامين خلال التعامل مع هذا التطور.

تم بحمد الله

الفهارس الفنية

فهرس الآيات القرآنية

م	الآية	رقم الآية	السورة	الصفحة
١	وَإِذْ قَتَلْتُمْ نَفْسًا فَادَّارَأْتُمْ فِيهَا	٧٢	البقرة	٣٠٤
٢	وَإِذْ أَخَذْنَا مِيثَاقَكُمْ لَا تَسْفِكُونَ دِمَاءَكُمْ	٨٤	البقرة	٣٥
٣	يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِكُمْ	١٨٣	البقرة	٢١٦
٤	وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ	١٨٨	البقرة	٢٩٧
٥	يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُبْ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئًا فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا	٢٨٢	البقرة	٢٨ ٥٤ ٦٦ ٦٨ ٨٤ ١٠٢ ١٢٢ ١٩٠ ٢١٦
٦	وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ	٢٨٣	البقرة	/٦٧ /٦٨ ٦٩
٧	إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا	٧٧	آل عمران	٢٩
٨	لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ	٢٩	النساء	٣٢٧/٢٩٧

م	الآية	رقم الآية	السورة	الصفحة
٩	إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ	٥٨	النساء	٦٩
١٠	إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ	١٠٥	النساء	٣٦
١١	يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ	١٣٥	النساء	١٠٦/٥٥
١٢	الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي	٣	المائدة	١٠
١٣	يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ	٨	المائدة	١٠٦
١٤	لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ	٨٩	المائدة	٩٦
١٥	ما فرطنا في الكتب من شيء	٣٨	الأنعام	١٠
١٦	وَأَنْ تَقُولُوا عَلَى اللَّهِ مَا لَا تَعْلَمُونَ	٣٣	الأعراف	٣٥
١٧	إِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا	٣٦	يونس	٣٧
١٨	وَيَسْتَنْبِئُونَكَ أَحَقٌّ هُوَ قُلْ إِي وَرَبِّي إِنَّهُ لَحَقٌّ	٥٣	يونس	٩٦
١٩	وَجَاءُوا عَلَى قَمِيصِهِ بِدَمٍ كَذِبٍ	١٨	يوسف	١١٠
٢٠	وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ	٧٢	يوسف	٣١٩
٢١	وَمَا شَهِدْنَا إِلَّا بِمَا عَلِمْنَا	٨١	يوسف	٨٠/٣٥
٢٢	وَلَا تَنْقُضُوا الْأَيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا	٩١	النحل	٩٦
٢٣	إِنَّمَا يَفْتَرِي الْكَذِبَ الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ	١٠٥	النحل	٣٠٤
٢٤	وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ	٣٦	الإسراء	٨٠
٢٥	قَالَ لَوْ شِئْتَ لَاتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْرًا	٧٧	الكهف	٣٢٥
٢٦	فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَوْثَانِ	٣٠	الحج	٣٠٤

م	الآية	رقم الآية	السورة	الصفحة
٢٧	وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ	٧٨	الحج	٧٩
٢٨	إِنِّي أُلْقِيَ إِلَيَّ كِتَابٌ كَرِيمٌ	٢٩-٣١	النمل	٨٦/٨٧
٢٩	قَالَتْ إِحْدَاهُمَا يَاأَبَتِ اسْتَأْجِرْهُ	٢٦	القصص	٣٢٥
٣٠	إِنَّا عَرَضْنَا الْأَمَانَةَ عَلَى السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ	٧٢	الأحزاب	٣٧
٣١	قُلْ بَلَى وَرَبِّي لَتَأْتِيَنَّكُمْ عَالِمِ الْغَيْبِ	٣	سبأ	٩٧
٣٢	أَوَلَمْ يَرَوْا أَنَّا خَلَقْنَا لَهُمْ مِمَّا عَمِلَتْ أَيْدِينَا	٧١	يس	٣١٧
٣٣	إِلَّا مَنْ شَهِدَ بِالْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ	٨٦	الزخرف	٨٠/٣٥
٣٤	يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَإٍ	٦	الحجرات	٣٨
٣٥	إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ	١٢	الحجرات	٢٩٨/٣٧ ٣٠٢/
٣٦	لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا	٢٥	الحديد	٣٥/٢٨
٣٧	قُلْ بَلَى وَرَبِّي لَتُبْعَثُنَّ ثُمَّ لَتُنَبَّؤُنَّ	٧	التغابن	٩٦/٩٧
٣٨	إِنَّمَا أَمْوَالُكُمْ وَأَوْلَادُكُمْ فِتْنَةٌ	١٥	التغابن	٣١٧
٣٩	فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ	٦	الطلاق	٣٢٥

فهرس الأحاديث النبوية الشريفة

م	الحديث	الصفحة
١	من حلف على يمين يقتطع بها مال امرئ، هو عليها فاجرٌ، لقي الله وهو عليه غضبان	٢٩
٢	لو يعطى الناس بدعواهم لا دعى ناسٌ دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين	/٣١/٢٩ /٩١/٨١ ١١٩/٩٧
٣	أتي عمر بابن مظعون قد شرب خمراً، فقال: من شهودك؟	٣٠
٤	قرأ عبد الله سورة يوسف بحمص، فقال رجل: ما هكذا أنزلت	٣٠
٥	عن سميع أبي سالم قال: شهدت الحسن بن علي وأتي برجل أقر بسرقة	٣٠
٦	عن طارق بن سويد الجعفي، أنه سأل النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن الخمر، فنهاه	٣٣
٧	إن الله لم يجعل شفاءكم فيما حرّم عليكم	٣٣
٨	قال: "إياكم والظن، فإن الظن أكذب الحديث، ولا تحسسوا، ولا تجسسوا،	٣٤
٩	إنما أنا بشر، وإنه يأتيني الخصم، فلعل بعضكم أن يكون أبلغ من بعض،	٣٦
١٠	إياكم والظن، فإن الظن أكذب الحديث	٣٧
١١	إذا دبغ الإهاب فقد طهر	٤٩
١٢	ويحك ارجع فاستغفر الله وتب إليه	٦٤/٥٥
١٣	أحسن إليها، فإذا وضعت فأتني بها ففعل	٦٤/٥٦
١٤	شاهداك أو يمينه	٦٧
١٥	ألك بينة؟ قال:لا، قال: فلك يمينه	٦٧
١٦	لا تشهد إلا على ما يضيء كضياء هذه الشمس	٨٠
١٧	من قتل له قتيل فهو بخير النظرين إما أن يؤدي وإما أن يقاد	٨٥
١٨	ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده	٨٥

م	الحديث	الصفحة
١٩	أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب إليه أن ورّث امرأة أشيم الضبابي من دية زوجها	٨٧
٢٠	إما أن يدوا صاحبكم وأما أن يؤذنوا بحرب	٨٧
٢١	قضى باليمين على المدعى عليه	٩٧
٢٢	أحلف بالله الذي لا إله إلا هو ما له عندك شيء	٩٨
٢٣	هل لك بينة	٩٨
٢٤	ألك بينة؟ قال: لا قال: فلك يمينه" وفي رواية: شاهداك أو يمينه	١٠٢/١٠٦
٢٥	البينة على المدعي واليمين على من أنكر	١٠٢
٢٦	خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي بنيك	١٠٦
٢٧	إنّ أخاك محتبس بدينه فاقض عنه	١٠٧
٢٨	هل مسحتما سيفيكما؟	١١١
٢٩	لا تنكح الأيم حتى تستأمر، ولا تنكح البكر حتى تستأذن	١١١
٣٠	الملتقط أن يدفع اللقطة إلى واصفها وأمره أن يعرف عفاصها ووعاءها	١١٣
٣١	لقد كان الرسول صلى الله عليه وسلم يأمر من يلتقط اللقطة أن يردها إلى من يصفها وكان يأمره بتعريف عفاصها ووعاءها ووكاءها	١١٣
٣٢	كل المسلم على المسلم حرام، دمه وماله وعرضه	٢٩٧
٣٣	إنك إن اتبعت عورات الناس أفسدتهم أو كدت أن تفسدهم	٢٩٨
٣٤	إياكم والظن فإن الظن أكذب الحديث ولا تحسسوا ولا تجسسوا...	٢٩٨
٣٥	لو أنّ اطّلع عليك بغير إذن فحذفته بحصاةٍ ففقأت عينه لم يكن عليك جناح	٢٩٩
٣٦	لو علمتُ أنك تنظرني لطعنت بها عينك	٢٩٩
٣٧	لا ترتكبوا ما ارتكبت اليهود، فتستحلوا محارم الله بأدنى الحيل	٣٠٣
٣٨	ألا أنبئكم بأكبر الكبائر؟ قالوا: بلى يا رسول الله، قال: الإشراك بالله وعقوق الوالدين، وجلس وكان متكئاً فقال: ألا وقول الزور وشهادة الزور	٣٠٤

م	الحديث	الصفحة
٣٩	إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا، في شهركم هذا	٣١٨
٤٠	الزَّعيم غارم	٣١٩
٤١	أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ استأجر رجلاً من بني الديل، هادياً خريتاً	٣٢٦
٤٢	أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: قال الله تعالى ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة	٣٢٦

فهرس المصادر والمراجع

- القرآن الكريم
- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، إثبات التعاقد الإلكتروني عبر الانترنيت، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الطبعة الأولى، الإسكندرية، ٢٠٠٩م.
- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، مجلس النشر العلمي، لجنة التأليف والتعريب والنشر، جامعة الكويت، الكويت، الطبعة الأولى، ٢٠٠٣م.
- إبراهيم مصطفى وآخرين. المعجم الوسيط. الجزأين الأول والثاني. الناشر مؤسسة دار الدعوة. استنبول – تركيا ١٩٨٩.
- إبراهيم، خالد ممدوح (٢٠١٠م)، حجية البريد الإلكتروني في الإثبات، (ط١)، الاسكندرية، دار الفكر الجامعي.
- ابن الهمام، محمد بن عبد الواحد (١٣٩٧هـ)، فتح القدير، (ط٢)، بيروت، دار الفكر.
- ابن الوكيل (٦٦٥-٧١٦هـ) محمد بن عمر بن مكي، فقيه أصولي محدث، متكلم،... ولي مشيخة دار الحديث الأشرفية ودرس بالمشهد الحسيني.
- ابن رجب، أبو الفرج عبد الرحمن (١٤٢٥هـ - ٢٠٠٥م)، القواعد في الفقه الإسلامي، (ط١)، بيروت، المكتبة العصرية.
- ابن رشد، محمد بن أحمد (١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، (ط١)، بيروت، دار ابن حزم.
- ابن عابدين، محمد أمين (١٤٠٧هـ-١٩٨٧م)، ردالمختار على الدر المختار، (ط٢)، بيروت، دار إحياء التراث العربي.
- ابن فرحون، إبراهيم بن محمد، (١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م)، تبصرة الحكام في الأقضية والأحكام، (طبعة خاصة)، الرياض، دار عالم الكتب.
- ابن قدامة، عبد الله بن أحمد (١٤١٥هـ)، المقنع والشرح الكبير ومعهما الإنصاف، (ط١)، تحقيق: التركي، عبد الله بن عبد المحسن، القاهرة، دار هجر للطباعة والنشر.
- ابن قدامة، عبد الله بن أحمد بن محمد (١٤١٣هـ)، المغني (تحقيق: التركي، عبد الله بن عبدالمحسن، والحلو، عبد الفتاح محمد)، (ط٢)، القاهرة، دار هجر للطباعة.

- ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر: (تحقيق سعد، طه عبد الرؤوف)، (١٣٨٨هـ)، أعلام الموقعين عن رب العالمين، مصر، مكتبة الكليات الأزهرية.
- أحمد خالد العجلوني، التعاقد عن طريق الانترنيت – دراسة مقارنة، الدار العلمية للدولية ومكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط١، عما – الأردن، ٢٠٠٢م.
- أحمد عزمي الحروب، السندات الرسمية الإلكترونية، دراسة مقارنة، دار الثقافة، الطبعة الأولى، الأردن، ٢٠١٠م.
- أحمد، هلالي عبد اللاه (٢٠٠٧م)، اتفاقية بودا بست لمكافحة الجرائم المعلوماتية معلقاً عليها، (ط١)، القاهرة، دار النهضة العربية.
- أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنيت، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠م.
- أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، بدون بلد نشر، ٢٠٠٢م.
- آماتج رحيم أحمد، التراضي في العقود الإلكترونية عبر شبكة الانترنيت – دراسة تحليلية مقارنة، رسالة ماجستير قدمت على مجلس كلية القانون – جامعة السليمانية، ٢٠٠٣م.
- الأنصاري، محمد بن أبي العباس أحمد (٢٠٠٣م)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، (ط٣)، بيروت، دارالكتب العلمية.
- براهيم، خالد ممدوح (٢٠٠٨م)، أمن مراسلات البريد الإلكتروني، (ط)، الاسكندرية، الدار الجامعية.
- برنيو، عدنان غسان (٢٠٠٧م)، أبحاث في القانون وتقنية المعلومات، (ط١) سوريا، شعاع للنشر والعلوم.
- بسيوني، عبدالحميد (٢٠٠٣م)، الحماية من أخطار الإنترنت، (د ط)، القاهرة، دار الكتب العلمية.
- البقمي، ناصر بن محمد (٢٠٠٩م)، جرائم المعلوماتية ومكافحتها في المملكة العربية السعودية، (ط١)، الرياض، مكتبة الملك فهد الوطنية.
- البهوتي، منصور بن يونس، (١٤١٧هـ)، الروض المربع بشرح زاد المستقنع، (ط٦)، بيروت، دار الكتاب العربي.

- بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ٢٠٠٧م.
- تامر محمد سليمان الدمياطي، إثبات التعاقد الإلكتروني عبر الانترنيت، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الطبعة الأولى، الاسكندرية، ٢٠٠٩م.
- د. الرومي، محمد أمين، جرائم الكمبيوتر والإنترنيت، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، لعام ٢٠٠٣م.
- الجرجاني، الشريف علي بن محمد، (١٤١٦هـ - ١٩٩٦م)، التعريفات، (ط١)، بيروت، عالم الكتب.
- الجنبيهي، منير محمد، والجنبيهي، ممدوح محمد (٢٠٠٦م)، جرائم الانترنت والحاسب الآلي ووسائل مكافحتها (دط)، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي.
- الحطاب، أبو عبد الله محمد بن محمد المغربي، (١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م)، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، (طبعة خاصة).
- الحطاب، محمد بن عبد الرحمن (١٣٩٨هـ)، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، (ط٢)، بيروت، دار الفكر.
- حماد، نزيه كمال، (١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م)، الحيازة في العقود في الفقه الإسلامي، (ط١)، دمشق، دار اليمان.
- الحموي، أحمد بن محمد الحسيني (١٢٩٠هـ)، غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر (د ط)، مصر، دار الطباعة العامرة.
- الحميد، محمد دباس، ونينو، ماركو إبراهيم (٢٠٠٧م)، حماية أنظمة المعلومات، (ط١)، الأردن، دار الحامد.
- حيدر، علي (د ت)، (تعريب المحامي فهمي الحسيني)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (د ط)، بيروت، مكتبة النهضة.
- خالد لقته شاكر وعبد الله عزا سلمان، شرح قانون التسجيل العطاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١م، منشورات وزارة التعليم العالي والبحث العلمي – هيئة المعاهد الفنية، بغداد – العراق، ١٩٩٠م.
- خالد ممدوح إبراهيم، إثبات العقود والمراسلات الإلكترونية، الدار الجامعية، الطبعة الأولى، الإسكندرية، ٢٠١٠م.

- الخفيف، علي (١٩٧١م)، الضمان في الفقه الإسلامي، (د ط)، القاهرة، المطبعة الفنية الحديثة.
- خيال، محمود السيد عبد المعطي، الإنترنت وبعض الجوانب القانونية، (د ط)، القاهرة، دار النهضة.
- د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل – توثيق العملات الإلكتروني– مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون –كلية الشريعة والقانون – جامعة الإمارات – المجلد الخامس.
- د. أحمد أبو الوفا، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت – لبنان. ١٩٨٣م.
- د. أحمد السعيد شرف الدين – عقود التجارة الإلكترونية (تكوين العقد وإثباته) كلية الحقوق – جامعة عين شمس ٢٠٠١م.
- د. أحمد سعيد، مصادر الالتزام في القوانين المصري واليمني، دار النهضة العربية،القاهرة.
- د. أحمد شرف الدين – أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية – طبعة نادي القضاة ٢٠٠٤م.
- د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي الإلكتروني والسياحي والبيئي، دار النهضة العربية القاهرة، الطبعة الأولى بدون سنة.
- د. أسامة أحمد شوقي المليجي، استخدام مستخرجات التقنيات العلمية الحديثة وأثره على قواعد الإثبات المدني – دراسة مقارنة، دار النهضة العربية. المؤسسة الفنية للطباعة، القاهرة – مصر، ٢٠٠٠م.
- د. آلاء يعقوب يوسف، التوقيع الرقمي تطور في المفهوم والأحكام، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق جامعة النهرين، مجلة علمية محكمة تصدرها كلية الحقوق – جامعة النهرين، العدد (١٢)، المجلد (٧)، ٢٠٠٤م.
- د. العربي، نبيل صلاح محمود، الشيك الإلكتروني والنقود الرقمية، دراسة مقارنة، دراسة مقدمة إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون الذي عقدته كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة في الفترة من ١٠-١٢ مايو سنة ٢٠٠٣م، دبي، المجلد الأول.
- د. أنور سلطان، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت – لبنان، ١٩٨٤م، ص: ٤. د. محمد حسين منصور، قانون الإثبات – مبادئ الإثبات وطرقه، الناشر منشأة المعارف، الإسكندرية – مصر، ١٩٩٨م.

- د. بشار طلال مؤمني – مشكلات التعاقد عبر الانترنت – دراسة مقارنة – عالم الكتب الحديثة – أربد – الأردن ٢٠٠٤م.
- د. ثروت عبد الحميد – مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات على ضوء القواعد التقليدية في الإثبات – بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون – كلية الشريعة والقانون– جامعة الإمارات العربية مايو ٢٠٠٣م، المجلد الأول.
- د. جمال عبد الرحمن محمد علي، الحجية القانونية للمستندات الإلكترونية، بدون دار نشر، ٢٠٠٤م.
- د. حجازي، عبد الفتاح بيومي، مقدمة في التجارة العربية الإلكترونية، الكتاب الثاني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، لسنة ٢٠٠٣م.
- د. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني – دراسة مقارنة – دار الفكر الجامعي ٢٠٠٦م.
- د. زيد محمود العقايلة – حجية الرسائل المرسلة عن طريق الهاتف المحمول في إثبات العقد دراسة في القانون الإماراتي والقوانين المقارنة – بحث مقدم للمؤتمر العلمي السابع عشر– مؤتمر المعاملات الإلكترونية (التجارة الإلكترونية – الحكومة الإلكترونية) كلية القانون – جامعة الإمارات المتحدة – ف – الفترة من ١٩ – ٢٠ مايو ٢٠٠٩م.
- د. سعدي البرزنجي، ملاحظات انتقادية حول القانون المدني مع التعمق، مجموعة محاضرات في كلية القانون والسياسية، جامعة صلاح الدين، ٢٠٠٣م – ٢٠٠٤م.
- د. سليمان مرقس، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري مقارناً بتقنينات سائر البلاد العربية، الأدلة المطلقة، الناشر عالم الكتب، القاهرة – مصر، ١٩٨١م.
- د. طارق كميل، حجية شهادات المصادقة الإلكترونية الأجنبية، دراسة مقارنة، المؤتمر السنوي السابع عشر، مؤتمر المعاملات الإلكترونية، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية، أبوظبي، ٢٠٠٩م.
- د. عادل محمود شرف ود. عبد الله إسماعيل عبد الله – ضمانات الأمن والتأمين في شبكة الانترنت – مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت – كلية الشريعة والقانون – جامعة الإمارات العربية ١ – ٣ مايو ٢٠٠٠م، المجلد الثاني.
- د. عايض راشد عايض المري – مدى حجة التكنولوجية الحديثة في إثبات العقود التجارية رسالة الدكتوراه – كلية الحقوق – جامعة القاهرة ١٩٩٨م.

- د. عباس العبودي – الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات العلمي – دار الثقافة – عمان – المملكة الأردنية الهاشمية – ٢٠٠٢م.
- د. عباس العبودي ود. جعفر الفضلي، حجية السندات الإلكترونية في الإثبات المدني في ضوء التعديل الجديد للقانون المدني، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق تصدر عن كلية القانون – جامعة الموصل، العدد (١١) ٢٠٠١م.
- د. عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني، – دار الثقافة – عمان – المملكة الأردنية الهاشمية ١٩٩٧م.
- د. عبد الرزاق السنهوري – نظرية العقد – الطبعة الأولى – مطبعة دارالكتب المصرية ١٩٣٤م.
- د. عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، الكتاب الثاني – الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية.
- د. عبد الفتاح بيومي حجازي، التوقيع الإلكتروني في النظم القانونية المقارنة، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٥م.
- د. عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، الكتاب الأول – نظام التجارة الإلكترونية وحمايتها مدنياً، دار الكتب القانونية – مصر، ٢٠٠٧م.
- د. كامران الصالحي، الصيغة القانونية لمسؤولية فرد وخدمات التصديق، المؤتمر السنوي السابع عشر مؤتمر المعاملات الإلكترونية (التجارة الإلكترونية، الحكومة الإلكترونية)، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، في الفترة من ١٩ – ٢٠ مايو ٢٠٠٩م.
- د. لورنس محمد عبيدات، إثبات المحرر الإلكتروني، دار الثقافة، عمان – الأردن، ٢٠٠٥م.
- د. ماهر عبد شويش الدرة، شرح قانون العقوبات – القسم الخاص، منشورات وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة الموصل، ١٩٨٨م.
- د. محمد المرسي زهرة، الحاسوب والقانون مؤسسة الكويت للتقدم العلمي، ١٩٩٥م.
- د. محمد حسام محمود لطفي، الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية، القاهرة ٢٠٠٢م، بدون دارنشر.
- د. منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني – دراسة مقارنة، ج١، مصادر الالتزام، منشورات جامعة بغداد – كلية القانون، بغداد – العراق. ١٩٩١م.
- د. نجوى أبو هيبة، التوقيع الإلكتروني، تعريفه، ماهيته في الإثبات، مؤتمر الأعمال المصرفية

الإلكترونية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، المجلد الأول.

- د. هدى حامد قشقوش – الصور الإجرامية لحالات السحب الإلكتروني من الرصيد – ورقة عمل مقدمة إلى ندوة أكاديمية الشرطة بالقاهرة في ١٤/١٢/١٩٩٨م.
- داود، حسن طاهر (٢٠٠٠م)، جرائم نظم المعلومات، (ط١)، الرياض، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية.
- الدردير، أبو البركات سيدي أحمد، (د ت)، الشرح الكبير على مختصر خليل، بيروت، دار الفكر،
- الآبي، صالح عبد السميع الأزهري، جواهر الإكليل على مختصر خليل، دار المعرفة.
- الدريني، فتحي، (١٤٠٤هـ – ١٩٨٤م)، حق الابتكار في الفقه الإسلامي المقارن، (ط٣)، بيروت، مؤسسة الرسالة.
- دليل إشتراع قانون الأونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية (٢٠٠١م)، منشورات الأمم المتحدة. النسخة العربية، نيويورك، ٢٠٠٢م.
- الرازي، محمد بن أبي بكر، مختار الصحاح، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، (لا. ت).
- رامي محمد علوان، التعبير عن الإرادة عن طريق الانترنيت وإثبات التعاقد الإلكتروني، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، العدد الرابع، السنة ٢٦، شوال ١٤٢٣هـ، ديسمبر ٢٠٠٢م.
- الزحيباني، مصطفى السيوطي، (١٤٢١هـ – ٢٠٠٠م)، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، (ط٢)، طبعة خاصة.
- الزحيلي، وهبة (٢٠٠٢م)، المعاملات المالية المعاصرة، (ط٦)، دمشق، دار الفكر.
- الزرقاء، مصطفى بن أحمد (١٣٨٣هـ – ١٩٦٤م)، المدخل إلى نظرية الالتزام في الفقه الإسلامي، (ط٥)، دمشق، مطبعة الحياة.
- الزركشي، بدر الدين محمد بن بهادر (١٤٠٥هـ – ١٩٨٥م)، المنثور في القواعد، (تحقيق محمود، تيسير فائق)، (ط٢)، الكويت، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية.
- الزمخشري، جار الله محمود بن عمر، (د ت)، الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل، (د ط)، بيروت، دار الفكر.
- السرجاني، محمد فهمي (١٤١٨هـ – ١٩٩٧م)، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية،

(ط٢)، (د ب)، المكتبة التوفيقية، ص: ٣٨.

- السرخسي، محمد بن أحمد، (١٩٨٩م) المبسوط (د ط)، بيروت، دار المعرفة.
- سمير برهان، إبرام العقد في التجارة الإلكترونية، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية، أعمال المؤتمرات، مصر، ٢٠٠٧م.
- سمير تناغو، النظرية العامة في الإثبات، بدون دار نشر، الإسكندرية، ١٩٩٧م.
- سمير عك عبد الفتاح، الحجية القانونية لوسائل المعلومات المستحدثة في الإثبات، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، قسم القانون المدني، الموسم الجامعي: ١٩٩٩م.
- السند، عبد الرحمن بن عبد الله (٢٠٠٦م)، الأحكام الفقهية للتعاملات الإلكترونية، (ط٢)، الرياض، دار الوراق.
- السنهوري، عبد الرزاق أحمد، (١٩٦٤م). الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام. بيروت: دار النهضة العربية.
- سيمون برايد، (ترجمة خليفة، إبراهيم إبراهيم)، (١٩٩٨م)، البريد الإلكتروني للمكتبيين، (دط) مصر، مركز الاسكندرية للوسائط الثقافية والمكتبات.
- السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر (د ت)، الأشباه والنظائر، (د ط)، القاهرة دار إحياء الكتب العربية.
- الشبرمي، عبد العزيز بن عبد الرحمن (١٤٢٩هـ)، جريمة النصب والاحتيال، مجلة العدل، العدد (٣٩).
- شبير، محمد عثمان (٢٠٠٤م)، التكييف الفقهي للوقائع المستجدة وتطبيقاته الفقهية، دمشق، دار القلم.
- الشربيني، محمد الخطيب، (د)، مغني المحتاج في معرفة ألفاظ المنهاج، (د ط)، بيروت، دار إحياء التراث العربي.
- شوقي، حسام (٢٠٠٣م)، حماية المعلومات على الانترنيت، (دط)، القاهرة، دار الكتب العلمية.
- شيرازي، حسن (١٩٦٥م)، قصة البريد، (د ط)، القاهرة، دار الكتاب العربي.
- صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٨م.
- صالح بوبشيش، التجارة الإلكترونية من منظور الفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير في الفقه

وأصوله، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة باتنة، الموسم الجامعي: ٢٠٠٥م/٢٠٠٦م.

- الصالحين محمد العيش، الكتابة الرقمية طريقاً عن الإرادة ودليلاً للإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٨م.
- صفاء عادل سامي، حجية البصمة الوراثية في الاثبات الجزائي، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، مصر، ٢٠١٣م.
- صلاح الدين كامل سعد الله أحمد، طرق الإثبات المستحدثة في المواد التجارية، رسالة ماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة طنطا، مصر.
- عابد فايد عبد الفتاح فايد، الكتابة الإلكترونية في القانون المدني، الفكرة والوظائف، مجلة الحقوق لجامعة حلوان، دار الكتب القومية، مصر، العدد الثامن عشر، يوليو، ٢٠٠٨م.
- عادل عبدالحميد المطر، التراضي في العقد الإلكتروني، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، السنة الجامعية: ٢٠٠٩م.
- عبابنة، محمود أحمد (٢٠٠٩)، جرائم الحاسوب وأبعادها الدولية، (ط١)، الأردن، دار الثقافة.
- العبادي، عبد السلام داود (١٣٩٤هـ - ١٩٨٤م)، الملكية في الشريعة الإسلامية، طبيعتها ووظيفتها وقيودها، (ط١)، الأردن، مكتبة الأقصى.
- عباس العبودي، الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات المدني، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، ٢٠٠٢م.
- عباس العبودي، تحديات الإثبات بالسندات الإلكترونية ومتطلبات النظام القانوني لتجاوزها، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت – لبنان، ٢٠١٠م.
- عباس، حسن عبد الله، والفضلي، صلاح محارب (٢٠٠٥م)، أخلاقيات الكمبيوتر، (ط١)، الكويت، فهرسة مكتبة الكويت الوطنية.
- عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٢م.
- عبد الهادي فوزي العوضي، الجوانب القانونية للبريد الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠٠٥م.
- عطا عبد العاطي السنباطي، الإثبات في العقود الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة،

٢٠١٢م.

- العكيري، عبيد الله بن محمد بن بطة، (١٤٢٨هـ)، إبطال الحيل، (ط٢)، مكة، دار عالم الفوائد.
- علاء حسين مطلق التميمي، الأرشيف الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، القاهرة، ٢٠١٠م.
- علي عدنان الفيل، الإجرام الإلكتروني، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، مصر، ٢٠١١م.
- عمر حسن المومني، التوقيع الإلكتروني وقانون التجارة الإلكترونية – دراسة قانونية وتحليلية مقارنة، دار وائل للنشر، ط١، عمان – الأردن، ٢٠٠٣م.
- عمر خالد زريقات، عقد البيع عبر الانترنيت، دراسة تحليلية، دار الحامد، الطبعة الأولى،بدون بلد نشر، ٢٠٠٧م.
- العمر، أيمن محمد عمر، المستجدات في وسائل الإثبات، رسالة دكتوراه غير منشورة، الجامعة الأردنية، عمان ٢٠٠٢م.
- العمر، معين خليل، (٢٠٠٤م)، جرائم الاحتيال وآثارها في التنمية، (ط١)، الرياض، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية.
- العنزي، سعود راشد، مستقبل الثورة الرقمية: كيف يستخدم العرب الإنترنت، كتاب العربي (٥٥)، ط١، مجلة العربي، الكويت، ٢٠٠٤م.
- الغافري، حسين، والأثمي، محمد (٢٠٠٨م)، جرائم الإنترنت بين الشريعة الإسلامية والقانون، (د ط)، القاهرة، دار النهضة العربية.
- الغثبر، خالد بن سليمان، والقحيل، زياد بن عثمان (٢٠٠٩م)، الاصطياد الإلكتروني الأساليب والإجراءات المضادة (ط١)، الرياض، مكتبة الملك فهد الوطنية.
- فادي محمد عماد الدين توكل، عقود التجارة الإلكترونية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، ٢٠١٠م.
- فريد منعم جبور، حماية المستهلك عبر الانترنيت ومكافحة الجرائم الإلكترونية، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، ٢٠١٠م.
- الفيومي، أحمد بن محمد بن علي، (١٤١٤هـ - ١٩٩٤م)، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، (ط١)، بيروت، دار الكتب العلمية.
- قلعه جي، محمد رواس، وقنيبي، حامد صادق، (١٤٠٥هـ-١٩٨٥م)، معجم لغة الفقهاء،

(ط١)، بيروت، دار النفائس.

- قنديلجي، عامر إبراهيم (٢٠٠٣م)، المعجم الموسوعي لتكنولوجيا المعلومات والانترنيت، (ط١)، عمّان، دار المسيرة.
- قنديلجي، عامر إبراهيم، والسامرائي، إيمان فاضل (٢٠٠٩م)، شبكة المعلومات والاتصالات، (ط١)، الأردن المسيرة، عمان.
- قورة، نائلة عادل (٢٠٠٤م)، جرائم الحاسب الاقتصادية، (ط١)، دار النهضة العربية، القاهرة.
- الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود (٢٠٠٣م)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (ط٢)، بيروت، دار الكتب العلمية.
- لورنس محمد عبيدات، إثبات المحرر الإلكتروني، دار الثقافة، الطبعة الأولى، الأردن.
- المحامي حسين المؤمن، نظرية الإثبات، ج ٣، المحررات أو الأدلة الكتابية، الناشر مكتبة النهضة، بيروت – بغداد، ١٩٧٥م.
- محمد الرومي، المستند الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الإسكندرية، ٢٠٠٧م.
- محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، الناشر دار الرسالة. الكويت، ١٩٨٣م.
- محمد حسن قاسم، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، ٢٠٠٧م.
- محمد حسين منصور، الإثبات التقليدي والإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الأزاريطة، الإسكندرية، ٢٠٠٦م.
- محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٣م.
- محمد زهرة، مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات في المسائل المدنية والتجارية، أبحاث مؤتمر الكويت الأول للقانون والحاسب الآلي، مؤسسة الكويت للتقدم العلمي، كلية الحقوق، جامعة الكويت، الكويت، الطبعة الأولى، ١٩٩٤م.
- محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، ٢٠٠٨م.
- محمود عبد الرحيم الشريفات، التراضي في تكوين العقد عبر الانترنيت، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، ٢٠٠٩م.
- مفلح عواد القضاة، البينات في المواد المدنية والتجارية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع،

الأردن، ٢٠٠٧م.

- المنجد في اللغة العربية المعاصرة، ط (١، دار المشرق، بيروت – لبنان، ٢٠٠٠م.
- الموسوعة الفقهية الكويتية، (١٤٠٧هـ)، الكويت، وزارة الأوراق والشؤون الإسلامية.
- المومني، نهلا عبد القادر (٢٠٠٨م)، الجرائم المعلوماتية، (ط١) الأردن، دار الثقافة.
- نبيل صقر – مكاري نبيلة، الوسيط في القواعد الإجرائية والموضوعية للإثبات في المواد المدنية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، ٢٠٠٩م.
- نعيم، مأمون (دت)، وجهاً لوجه: الهاكرز بلا أقنعة، (ط١)، سوريا،شعاع للنشر والعلوم.
- النووي، محيي الدين، (١٤٢٨هـ – ٢٠٠٧م)، صحيح مسلم بشرح الإمام النووي، (ط١٢)، بيروت، دار المعرفة.
- الهاجري، إياس، (١٤٣٣هـ)، جرائم الانترنيت مشكلة تؤرق مضجع قطاع الصناعة الرقمية، جريدة اليوم، الدمام، ع ١٤، ٧٧٨، ١ شوال ١٤٢٣هـ.
- وائل حمدي أحمد، الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية، دار الفكر والقانون، مصر، ٢٠١٠م.
- يوسف أحمد النوافلة، حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات، دار وائل للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، ٢٠٠٧م.
- يونس، عمر بن محمد (٢٠٠٦م)، المعاملات الرقمية وقانون الإنترنت، (د ط)، القاهرة، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية.

المراجع الأجنبية:

- Kelman et R. Sizer. The Computer in Court. Aldershot. Gower. 1982.
- Chris Swidells & Kay Henderson. Legal Regulation of Electronic Commerce. The Journal of Information, law and technology. 1998.
- David Bain bridge, Introduction to Computer Law. 3rd edition. Printed and bound in Great Britain. Glasgow, 1996.
- Geoof Monahan. Essential Contract Law. Cavendish Publishing (Australia) pvt limited. Sydney – London. Printed & bound in Great

Britain. 1997.

- Jamie Murray, Public Key infrastructure Digital Signature and Systematic Risk. The Journal of information. Law and Technology. (Jilt) No. (1) 2003.
- John Angel. Why use digital signatures for Electronic Commerce, The Journal of information. Law and Technology (JILT), 1999 (2).
- OECD, back ground reports for Ottawa ministerial conference, 7-9, October, 1998. The Economic and Social impact of Electronic Commerce.
- P.H. Collin. A Dictionary of Everyday English Law Trade, 3rd Ed. Peter Collin publishing British Library 2001.
- Philip. R. Zimmerman, Testimony on the subcommittee on science, Technology, and space of the us senate committee on commerce. P. 2. June, 1996.
- UNCIT RAL Model Law on Electronic Commerce with its Guide to Enactment. 1996.
- UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce of 1996.
- United Nations Convention of the Carriage of Good by Sea. 1978 (Hamburg) Art 14 UNCITRAL. United Nations Publication, Sales No. E 86 V8. UN-New York. 1986.
- WTO. Committee on Trade and Development. Seminar on Electronic Commerce and Development. New York. 19 – Feb 1999.

فهرس شبكة الويب العالمية(WORLD WIDE WEB):

- http://journal.cybraians.info/index.php?option=com_contents&view=article&id=364:2009-07-12-11-16-37&catid=140:2009-05-20-09-52-20.

- http://www.bmck.Com/ecommerce/whatsnew.wsignaure.june.des.2000.htm
- http://www.bmck.Com/ecommerce/whatsnew.wsignaure.june.des.2000.htm
- http://www.cvbersign.com/techoverlew
- http://www.ibia.org (International Biometric Industry Association)
- http://www.knol.google.com/k/dressam/eibeed/228no0b4xj973/43#.
- http://www.knol.google.com/k/dressam/eibeed/228no0b4xj973/43#.
- http://www.spam.gov.sa/ara_def2.htm#_Toc194898099.
- http://www.spamlaws.com/state/summary.shtml.
- http://www.gn4me.com
- http://www.pgp.com/phil-quotes.egi
- http://www.unitral.org
- http://www.unitral.org
- http://www/un.org.at.uncitral.article.1997.htm
- http:/www.warwiek.uc.uk/jilt/99-2/angel.htm
- http:/www.warwiek.uc.uk/jilt/99-2/angel.htm
- http:\\warwick.acuk/jilt98-3swindells.htm
- http://www.oecd.org/dsti/sti/it/ec/news/ottawa.htm
- http://uncitral.org/englinh/text/electom/ml.ee.htm.A/CN/.9/WG.IV/WP.86
- at:htt:\\www.uncitral.org/English/text/electecom/mt-ecom-hun?
- http:///www.warwick.ac.uk

فهرس الموضوعات

م	الموضوع	الصفحة
١	الإهداء	٠٠
٢	كلمة الشكر والتقدير	٠٠
٣	أطروحة البيان	٠٠
٤	المقدمة	٠٩
٥	أهمية الموضوع	٠٩
٦	إشكالية البحث	١٠
٧	فرضية البحث	١١
٨	أهداف البحث	١١
٩	الدراسات السابقة	١٢
١٠	منهج البحث	١٨
١١	الفصل الأول: وسائل الإثبات مبادئها وأساليبها شرعا و قانونا	١٩
١٢	المبحث الأول: التعريف بوسائل الإثبات الإلكترونية، بيان أهميتها و ذكر خصائصها	٢٠
١٣	المطلب الأول: تعريف الإثبات	٢١
١٤	المطلب الثاني: ضرورة الإثبات	٢٣
١٥	المطلب الثالث: الوسيلة الإلكترونية و خصائصها	٢٥
١٦	المبحث الثاني: مشروعية وسائل الإثبات ومقصدها	٢٧
١٧	المطلب الأول: مشروعية الإثبات	٢٨
١٨	المطلب الثاني: الغرض من الإثبات	٣٠
١٩	المبحث الثالث: الضوابط و القوائم الأساسية الضرورية في وسائل الإثبات	٣٢
٢٠	المبحث الرابع: وسائل الإثبات تقسيمها وطرقها في الشريعة و القانون	٤٠
٢١	المطلب الأول: أنواع وسائل الإثبات في الشريعة	٤١
٢٢	المطلب الثاني: أنواع وسائل الإثبات في القانون	٤٣
٢٣	الفصل الثاني:أسس وسائل الإثبات العامة	٤٥

م	الموضوع	الصفحة
٢٤	المبحث الأول: القاعدة الفقهية وما يتعلق بها من المصطلحات	٤٦
٢٥	المطلب الأول: تعريف القاعدة الفقهية	٤٧
٢٦	المطلب الثاني: تعريف الضابط الفقهي	٤٩
٢٧	المطلب الثالث: تعريف الأصول والأشباه والنظائر	٥٠
٢٨	المبحث الثاني: قواعد الإثبات بالإقرار	٥٣
٢٩	المطلب الأول: تعريف الإقرار	٥٤
٣٠	المطلب الثاني: ثبوت الإقرار في الشريعة	٥٤
٣١	المطلب الثالث: القواعد المعتبرة في الإقرار وآثاره	٥٧
٣٢	المبحث الثالث: قواعد الإثبات بالشهادة	٦٥
٣٣	المطلب الأول: تعريف الشهادة	٦٦
٣٤	المطلب الثاني: ثبوت الشهادة في الشريعة	٦٦
٣٥	المطلب الثالث: القواعد المتعلقة بحكم الشهادة وآثارها	٦٨
٣٦	المبحث الرابع: قواعد الإثبات بالكتابة	٨٢
٣٧	المطلب الأول: تعريف الكتابة	٨٣
٣٨	المطلب الثاني: مشروعية الإثبات بالكتابة	٨٣
٣٩	المطلب الثالث: ما تثبت بالكتابة من الحالات	٨٦
٤٠	المبحث الخامس: قواعد الإثبات باليمين	٩٤
٤١	المطلب الأول: تعريف اليمين	٩٥
٤٢	المطلب الثاني: ثبوت اليمين في الشريعة	٩٦
٤٣	المطلب الثالث: القواعدها علاقة بحكم اليمين وآثاره	٩٧
٤٤	المبحث السادس: قواعد الإثبات بعلم القاضي	١٠٥
٤٥	المطلب الأول: قاعدة في الزمن الذي يقبل فيه علم القاضي	١٠٦
٤٦	المطلب الثاني: قاعدة في بيان درجة علم القاضي	١٠٧
٤٧	المطلب الثالث: قاعدة في الحقوق التي يقضى فيها بعلم القاضي	١٠٨
٤٨	المبحث السابع: قواعد الإثبات بالقرائن	١٠٩
٤٩	المطلب الأول: تعريف القرائن	١١٠

م	الموضوع	الصفحة
٥٠	المطلب الثاني: مشروعية الإثبات بالقرائن	١١٠
٥١	المطلب الثالث: قواعد عامة في الإثبات بالقرائن	١١٢
٥٢	الفصل الثالث: وسائل الإثبات الإلكترونية ومدى إحاطة القواعد العامة للإثبات لها	١١٤
٥٣	المبحث الأول: المحددات العامة للإثبات	١١٦
٥٤	المطلب الأول: المبادئ العامة للإثبات	١١٧
٥٥	المطلب الثاني: وسائل الإثبات بالكتابة	١٢٢
٥٦	المبحث الثاني: بداية ظهور وتطور وسائل الإثبات الإلكترونية	١٢٥
٥٧	المطلب الأول: تطور وسائل الإثبات وظهور الإثبات الإلكتروني	١٢٦
٥٨	المطلب الثاني: أهمية الإثبات الإلكتروني لضمان المعاملات الإلكترونية	١٢٩
٥٩	المبحث الثالث: مدى إحاطة قواعد الإثبات التقليدية للإثبات الإلكتروني	١٣٢
٦٠	المطلب الأول: الأخذ بوسائل الإثبات الإلكتروني طبقا لقواعد الإثبات الموجودة	١٣٣
٦١	المطلب الثاني: مواجهة عوائق الإثبات الإلكتروني	١٣٨
٦٢	المبحث الرابع: المفهوم الحديث للعقد الإلكتروني	١٤٣
٦٣	المطلب الأول :الإطار المفاهيمي للعقد الإلكتروني	١٤٤
٦٤	الفصل الرابع: أنواع وسائل الإثبات الإلكترونية، خصائصها و وظائفها	١٥٢
٦٥	المبحث الأول: البريد الإلكتروني	١٥٣
٦٦	المطلب الأول: تعريف البريد الإلكتروني	١٥٤
٦٧	المطلب الثاني: خصائص البريد الإلكتروني	١٥٦
٦٨	المطلب الثالث: التكييف القانوني لعنوان البريد الإلكتروني	١٥٨
٦٩	المبحث الثاني: السندات الإلكترونية	١٦١
٧٠	المطلب الأول: تعريف مصطلح السند الإلكتروني	١٦٣
٧١	المطلب الثاني: مزايا و خصائص السندات الإلكترونية	١٦٥
٧٢	المطلب الثالث: عناصر السندات الإلكترونية ووظائفها	١٦٩
٧٣	المبحث الثالث: التوقيع الإلكتروني	١٨١
٧٤	المطلب الأول: ماهية التوقيع الإلكتروني وشروطه	١٨٣

م	الموضوع	الصفحة
٧٥	المطلب الثاني: الصور المختلفة للتوقيع الإلكتروني و أثره الوظيفي	١٩٢
٧٦	المطلب الثالث: الشروط الواجب توافرها لتحقيق الدليل الكتابي ومدى توافرها في التوقيع الإلكتروني.	٢٠٣
٧٧	الفصل الخامس: حجية وسائل الإثبات الإلكترونية وتطبيقاتها	٢٠٩
٧٨	المبحث الأول: حجية البريد والسندات الإلكترونية في الإثبات	٢١٠
٧٩	المطلب الأول: حجية رسائل المرسلة (عن طريق الهاتف المحمول و عن طريق البريد الإلكتروني) في الإثبات.	٢١١
٨٠	المطلب الثاني: الحجية القانونية للسندات الإلكترونية (المرسلة عن طريق الفاكس) في الإثبات	٢٢١
٨١	المطلب الثالث: حجية رسائل التلكس في الإثبات	٢٢٧
٨٢	المبحث الثاني: حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات	٢٣٠
٨٣	المطلب الأول: حجية التوقيع الإلكتروني على أساس اتفاق الأطراف	٢٣١
٨٤	المطلب الثاني: حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات عند انعدام الإتفاق بين الأطراف	٢٣٢
٨٥	المطلب الثالث: قبول التوقيع الإلكتروني في الحالات التي لا يجب فيها الإثبات بالكتابة	٢٣٤
٨٦	المطلب الرابع: مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات	٢٣٩
٨٧	المبحث الثالث: حجية وسائل الإثبات الإلكترونية في ظل الاتجاهات والمفاهيم الحديثة للإثبات	٢٤٢
٨٨	المطلب الأول: الجهود الدولية للاعتراف بحجية الوسائل الإلكترونية في الإثبات	٢٤٤
٨٩	المطلب الثاني: حجية الوسائل الإلكترونية في ظل التشريعات الحديثة	٢٥٦
٩٠	المبحث الرابع :نطاق قبول وسائل الإلكترونية في الإثبات	٢٦٧
٩١	المطلب الأول: المعاملات التي تقبل فيها وسائل الإثبات الإلكترونية	٢٦٨
٩٢	المطلب الثاني: المعاملات التي لا تقبل فيها وسائل الإثبات الإلكترونية	٢٧٠
٩٣	المبحث الخامس :التطبيقات العلمية لوسائل الإثبات الإلكترونية في الحياة العملية	٢٧٥

م	الموضوع	الصفحة
٩٤	المطلب الأول: وسائل الدفع الإلكترونية	٢٧٦
٩٥	المطلب الثاني: العقود الإلكترونية	٢٨٠
٩٦	الفصل السادس: تكييف جرائم الاعتداء على و سائل الإثبات الإلكترونية وحمايتها شرعا و قانونا	٢٨٢
٩٧	المبحث الأول: جرائم الاعتداء على الوسائل الإلكترونية	٢٨٣
٩٨	المطلب الأول: اختراق الوسائل الإلكترونية وانتهاك سريتها	٢٨٤
٩٩	المطلب الثاني: الرسائل الاقتحامية (SPAM)	٢٨٧
١٠٠	المطلب الثالث: الرسائل الاحتيالية Phishing	٢٩٠
١٠١	المطلب الرابع: تزوير الوسائل الإلكترونية	٢٩٢
١٠٢	المبحث الثاني: التكييف الفقهي لجرائم الاعتداء على الوسائل الإلكترونية	٢٩٥
١٠٣	المطلب الأول: اختراق البريد والسند الإلكتروني	٢٩٦
١٠٤	المطلب الثاني: التكييف الفقهي لجريمة الرسائل الاقتحامية	٣٠٠
١٠٥	المطلب الثالث: التكييف الفقهي لجريمة الاحتيال عبر الوسائل الإلكترونية	٣٠١
١٠٦	المطلب الرابع: التكييف الفقهي لجريمة التزوير عبر الوسائل الإلكترونية	٣٠٣
١٠٧	المبحث الثالث : الحماية القانونية لوسائل الإثبات الإلكترونية	٣٠٥
١٠٨	المطلب الأول: الحماية القانونية الجنائية لوسائل الإثبات الإلكترونية	٣٠٦
١٠٩	المطلب الثاني: المسئولية المدنية الناشئة عن الوسائل الإثبات الإلكترونية	٣٠٨
١١٠	المطلب الثالث:المسئولية التقصيرية في الوسائل الإثبات الإلكترونية	٣١٠
١١١	المطلب الرابع: التعويض	٣١١
١١٢	المبحث الرابع: الحماية الشرعية لوسائل الإثبات الإلكترونية	٣١٣
١١٣	المطلب الأول: حماية الشريعة للحقوق والممتلكات	٣١٤
١١٤	المطلب الثاني: نظرية الضمان في الشريعة الإسلامية	٣١٨
١١٥	المطلب الثالث: ملكية الوسائل الإلكترونية	٣٢١
١١٦	المطلب الرابع: التكييف الفقهي لملكية وسائل الإثبات الإلكترونية	٣٢٤
١١٧	الخاتمة	٣٣٠
١١٨	النتائج	٣٣٢

م	الموضوع	الصفحة
١١٩	التوصيات	٣٣٦
١٢٠	الفهارس الفنية	٣٤٠
١٢١	فهرس الآيات القرآنية	٣٤١
١٢٢	فهرس الأحاديث الشريفة	٣٤٤
١٢٣	فهرس المصادر والمراجع	٣٤٧
١٢٤	فهرس الموضوعات	٣٦١