

الفصل الرابع

وسائل الإثبات في عقود التجارة الإلكترونية

أصبح التعاقد عبر التجارة الإلكترونية من أسمى وسائل المعاملات التجارية وذلك لتكريس هذه التقنيات لقواعد القانون التجاري القائمة على السرعة والثقة والائتمان. وأمام التطور التكنولوجي وعدم كفاية ضماناته أو بالأحرى عدم اكتسابه للثقة اللازمة من طرف المتعاملين إلكترونياً أو حتى من المقبلين مستقبلاً على التعاقد إلكترونياً، يعد الإثبات من الموضوعات المهمة التي لا يستطيع أي قاض الاستغناء عنه لأنه الفاصل بين الحق والباطل، كما أن الإثبات لا يمكن أن يتجاهله المدعي وذلك لتفادي الدعوى الكيدية.

يعد الإثبات من أهم المعوقات التي تواجه التجارة الإلكترونية وارتفاعها، فالتجارة الإلكترونية لا تعترف بالوسائل التقليدية في الإثبات، لذلك تولف حديثاً من الكتابة والتوقيع الإلكتروني، وفي هذا الفصل يتناول الباحث ماهية الإثبات وحجية الكتابة الإلكترونية (الحرر الإلكتروني)، والتوقيع الإلكتروني في إثبات عقود التجارة الإلكترونية من خلال ثلاث مباحث:

المبحث الأول: الإثبات

المطلب الأول: ماهية الإثبات

سيوضح الباحث من خلال هذا المطلب المعنى اللغوي والاصطلاحي والقانوني للإثبات:

أولاً: المعنى اللغوي للإثبات²⁴⁰: هو الدوام والاستقرار²⁴¹، ويقال بُتَّ فلان في المكان يثبتُ ثبوتاً، فهو ثابت إذا أقام به، والثبتُ الحجة والبينة، وأثبت حجته: أقامها وأوضحها²⁴²، تقول أثبت الكاتب الاسم أي كتبه عنده، وتقول لا أحكم بكذا إلا بثبت أي بحجة، وأثبت حجته أقامها وأوضحها²⁴³، والإثبات يعني أيضاً الإيضاح والإقناع، ولا يعول على الإقناع إلا إذا كان منطقياً، الأمر الذي يستوجب ضرورة قيامه على عناصر ملموسة يمكن الرجوع إليها والثوق بها²⁴⁴. استعمل الفقهاء الإثبات بمعناه اللغوي، وهو إقامة الحجة مطلقاً سواء كان على حق أم على واقعة، وسواء أكان أمام القاضي أم أمام غيره، وسواء أكان عند التنازع أم قبله، حتى أطلقوه على توثيق الحق وتأكيدده عند إنشاء الحقوق والديون، وعلى كتابة المحاضر والسجلات، وعلى تحقق بعض الأمور العلمية في الطب والفلك

²⁴⁰ بُتَّ الشيء ثباتاً وثبوتاً دام واستقر، وثبت الأمر تحقق وتأكّد، فيقال أثبت أي عرف حق المعرفة وأكده بالبيّنات، فمادة ثبت تفيد المعرفة والبيان والدوام والاستقرار، والإثبات تقديم النسب، والإنسان ضد السلب والشيء. ونقول: لا أخكم بكذا إلا بثبت بفتح الباء، أي بخجة و (الْبَيْتُ) الثابت العَقْل. وأُثِّقَ عَلَى الْأَمْرِ ثُبْتُ عَلَيْهِ غَزْمُهُ. الرازي. زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي. مختار الصحاح. 1999م. بيروت: المكتبة العصرية- الدار النموذجية. ط5. ج1. ص48. محمد الدين الفيروزآبادي. 2005م. القاهرة: دار

الحديث. بيروت: مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع. ص137.

²⁴¹ الفيومي، أحمد بن محمد المقرئ. د. ت. المصباح المنير. ص31.

²⁴² ابن منظور، محمد بن مكرم. 1414هـ. لسان العرب. بيروت: دار صادر. ص79.

²⁴³ الفيومي، أحمد بن محمد المقرئ. د. ت. المصباح المنير. ص80.

²⁴⁴ تروت، عبد الحميد. 2003م. التوقيع الإلكتروني ماهيته ومخاطره وكيفية مواجهتها ومادى حجته في الإثبات. المنصورة: مكتبة دار الجلاء الجديدة. ط2. ص8.

والرياضة والتاريخ وغير ذلك من المجالات العلمية، وذلك لأن كل قول في أي علم من العلوم لا قيمة له إلا بإثبات صحته، وذلك لا يأتي إلا بإقامة الحجة عليه، وإلا كان قولاً مردوداً²⁴⁵.

ثانياً: المعنى الفقهي الاصطلاحي للإثبات: هو تأكيد وجود أو صحة أمر معين بأي دليل أو برهان²⁴⁶. يرد بالإثبات الشيء الصحيح قال تعالى: ﴿يُثَبِّتُ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا بِالْقَوْلِ الثَّابِتِ فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَفِي الْآخِرَةِ وَيُضِلُّ اللَّهُ الظَّالِمِينَ وَيَفْعَلُ اللَّهُ مَا يَشَاءُ﴾²⁴⁷، أي القول الصحيح. وثبت في الأمر والرأى واثبتت تأتي فيه ولم يجعل، قال تعالى: ﴿وَكَلَّا تَقْصُ عَليكَ مِنْ أَنْبَاءِ الرُّسُلِ مَا نُثَبِّتُ بِهِ فُؤَادَكَ﴾²⁴⁸ وثبتت الفؤاد معناه تسكين القلب. في الشريعة الإسلامية التي لم تحصر وسائل الإثبات بعدد معين أو شكل محدد وإنما كل وسيلة يبين فيها الحق فهي من أدوات الإثبات²⁴⁹. لم يرد تعريف مصطلح الإثبات عند قدامى الفقهاء، وكانوا يطلقون مصطلح الإثبات على إقامة الحجة أو الدليل على الشيء وقد عرفه الجرجاني فقال "الإثبات هو الحكم بنبوت شيء لآخر"²⁵⁰، وهذا التعريف هو المعنى العام للإثبات، أما المحدثون من علماء الشريعة الإسلامية فقد عرفوا الإثبات بتعريف خاص، واختلفت عباراتهم فيه في حين وتقارب في حقيقة معناه وقد اقتضت على التعريف التالي، الإثبات هو:

تقديم الدليل المعتبر شرعاً أمام القضاء على حق أو واقعة ترتب عليه آثاره الشرعية²⁵¹.

²⁴⁵ الزحيلي، محمد مصطفى. 1982م. وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية الأحوال الشخصية. بيروت: مكتبة دار البيان. ص22-23.

²⁴⁶ قاسم، محمد حسن. 2005م. قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية. ص7

²⁴⁷ القرآن. سورة إبراهيم 14: 27

²⁴⁸ القرآن. سورة هود 11: 120

²⁴⁹ الناصر، عبد الله ابن إبراهيم بن عبد الله. 2003م. "العقود الإلكترونية دراسة فقهية مقارنة". ص1.

²⁵⁰ الجرجاني، علي بن محمد بن علي الزين الشرف. 1983م. كتاب التعريفات. بيروت: دار الكتب العلمية. ص9.

²⁵¹ الزحيلي، محمد مصطفى. 1982م. وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية الأحوال الشخصية. ص25.

شرح التعريف: تقدم الدليل: جنس في التعريف يعني به تقديمه إلى من يقتنع به، ويشمل الدليل العلمي، والتاريخي، والدليل العام أمام القضاء وغيره²⁵². والدليل هو: الحجة أو البراهين الشرعية التي يقدمها الخصوم للقاضي للنظر في الخصومة، والدليل جنس في التعريف يشمل كل الأدلة سواء كانت بينة شخصية، أم بينة خطية، أو قرينة، أو يعلم القاضي، وسواء كانت دليلاً مادياً أو معنوياً²⁵³. المعتبر شرعاً: قيد يخرج فيه تقدم الدليل الغير مشروع في نظر الشارع كالأدلة العرفية المخالفة للشرعية²⁵⁴. أمام القضاء: قيد خرج به تقدم الأدلة أمام غير القاضي، وهو ضروري لبيان أن الإثبات لا يكون منصباً إلا على واقعة متنازع فيها بين الناس²⁵⁵. على حق أو واقعة وهو محل الإثبات. والحق: هو اختصاص يقر به الشرع سلطته على شيء أو اقتضاء أداء من آخر تحقيقاً لمصلحة معينة²⁵⁶. يترتب عليه آثار شرعية: قيد يخرج به إثبات أمور طبيعية أو عادية فلا يترتب عليه حق كإثبات طلوع الشمس²⁵⁷. والإثبات بالمعنى السابق يتفق مع المعنى اللغوي، وهو يعني الدليل والحجة والبرهان²⁵⁸.

ثالثاً: المعنى القانوني للإثبات: الإثبات هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق المحدد في القانون على صحة واقعة قانونية يترتب على ثبوتها ضرورة الإعتناء بالحق الناشئ عنها²⁵⁹. فالإثبات هو تأكيد لحق

²⁵² الجرجاني، علي بن محمد بن علي الزين الشرف. 1983م. كتاب التعريفات. ص 17.

²⁵³ حسين، أحمد فراج. 2004م. أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي. الاسكندرية: دار الجامعة الجديدة. ص 13.

²⁵⁴ أدریس، عبد القادر. 2010م. الإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع. ص 17.

²⁵⁵ الزحيلي، محمد مصطفى. 1982م. وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية الأحوال الشخصية. ص 25.

²⁵⁶ الدريني، فتحي. 1984م، الحق ومبادئ سلطان الدولة في تنفيذ. بيروت: مؤسسة الرسالة. ط 3. ص 182.

²⁵⁷ أدریس، عبد القادر. 2010م. الإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي. ص 17.

²⁵⁸ الزحيلي، محمد مصطفى. 1982م. وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية الأحوال الشخصية. ص 22-23.

²⁵⁹ دودين، بشار محمود. 2006م. الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الإنترنت. ص 218.

متنازع عليه يترتب له أثر قانوني بالدليل الذي أباحه القانون لإثبات ذلك الحق²⁶⁰، فالدليل القانوني هو حياة الحق، فالحق بدون دليل هو والعدم سواء، وتظهر أهمية الإثبات في ساحة القضاء، فالشخص في المجتمعة المتحضرة لا يستطيع اقتضاء حقه بنفسه بل يتعين عليه إذا نازعه غيره في حق له أن يلجأ إلى القضاء طالباً منه توفير الحماية لذلك الحق، كما يتعين عليه أيضاً أن يقيم الدليل على صحة الواقعة القانونية أو المادية المنشئة للحق، فإن استطاع صاحب الحق إثباته قضى له به وإلا فلا²⁶¹.

المطلب الثاني: الاتجاهات القضائية في الأخذ بالإثبات.

تنوع الاتجاهات المتبعة في الإثبات بين ثلاثة أنظمة، تبعاً لقدرة الحرية المتروكة للقاضي.

الاتجاه الأول: نظام الإثبات الحر أو المطلق يظهر عندما لا ينص القانون على طريقة أو طرق محددة للإثبات، فيكون الإثبات بأي وسيلة توصل على إقناع القاضي، فلا تحم الوسيلة، ودور القاضي هنا هو دور إيجابي في تسيير الدعوى باستجلاء الأدلة حتى تكون القناعة لديه للبت في الدعوى²⁶².

الاتجاه الثاني: يعرف بنظام الإثبات القانوني أو التقليدي فيوجد عندما يقوم المشرع بتقييد الإثبات بعد أن يحدده تحديداً دقيقاً، وبالتالي لا يستطيع المتقاضى إثبات حقه إلا بالطرق التي حددها المشرع مسبقاً. وموقف القاضي هنا موقف سلبي بمعنى أنه لا يستطيع أن يتدخل من المتقاضى أي طريقة إثبات لم يحددها له المشرع مسبقاً²⁶³.

²⁶⁰ نشأت، أحمد. 1972م. رسالة الإثبات. القاهرة: دار الفكر العربي. م. 1. ط 7. ص 14.

²⁶¹ السنهوري. 1998م. الوسيط في شرح القانون المدني الجديد. ص 364.

²⁶² فرج، توفيق حسن. 1982م. قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية. الإسكندرية: مؤسسة النفاة الجامعية. ص 11.

²⁶³ المري، عايش راشد. 2006م. قانون الإثبات الكويتي. الكويت: مطبعة جامعة الكويت. ص 48.

الاتجاه الثالث: يعرف بالنظام الوسطي أي المختلط بين النظامين السابقين، فهو نظام إثبات مقيد فيما يتعلق بالمسائل المدنية، لأنه لا يسمح إلا بطرق محددة في الإثبات لكل طريق منها قيمة يحددها المشرع مقدماً، كما أن الأصل فيه هو سلبية موقف القاضي مع إعطائه سلطة تقديرية للأدلة التي لم يحدد لها القانون قوة معينة.²⁶⁴

ومن الأهمية يمكن القول بأن دور الكتابة وقومها في الإثبات قد تطورت من الكتابة العرفية إلى الرسمية إلى الكتابة الإلكترونية، وبفضل الانتشار المعلوماتي المتسارع أظهرت ثورة المعلومات وانتشار الحواسيب دعائم جديدة تختلف بشكل جذري عن الدعائم الورقية التقليدية المعروفة، وهذا بدوره أدى إلى تراجع دور المستندات الورقية التقليدية في الإثبات لتحل محلها دعائم جديدة (كالأشرطة والأسطوانات الممغنطة والميكروفيلم)، ناهيك عن المعاملات التي تتم عبر شبكة الإنترنت والتي تعتبر عاملاً جديداً غير ورقي يطرح تحديات جديدة بسبب ما ينطوي عليه إجراء هذه المعاملات من مخاطر²⁶⁵، وأهم هذه المخاطر وأعظمها تكمن في كُفَيَّة إثبات عقود التجارة الإلكترونية عبر الإنترنت ذات الدعائم الإلكترونية وما مدى قبول المحاكم الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني عبر الإنترنت كوسيلة بديلة للمستند المكتوب والموقع بالشكل التقليدي المألوف²⁶⁶.

²⁶⁴ سلطان، أنور. 1984م. قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية. بيروت: الدار الجامعية للنشر والتوزيع. ص7.

²⁶⁵ الوائلي، خليفة بن عبد الله بن سعيد. 2011م. عقود التجارة الإلكترونية عبر الإنترنت. ص205.

²⁶⁶ فرج، توفيق حسن. 1982م. قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية. ص11.

المبحث الثاني: الكتابة وحجيتها في الإثبات.

ساعد التطور المستمر لتكنولوجيا معالجة ونقل المعلومات باستخدام تقنيات وسائل الاتصال الحديثة إلى ظهور شكل جديد للكتابة والتوقيع والمحركات بالأسلوب الإلكتروني، تدون على دعامات غير ملموسة تتسم بالطابع الإلكتروني، غير أن هذا التطور التقني ألقى بضلاله على قواعد إثبات التصرفات المدنية التي ترتبط بصفة جوهرية بوجود محرر ورقي يتضمن كتابة موقعة على ورق، لأن استخدام الوسائط الإلكترونية أدى إلى انفصام الرابطة بين الكتابة والدعامة التي تدون عليها، فهي توفر مفهوماً واسعاً للكتابة يركز على اعتبارها رموزاً معبرة عن الفكر بصرف النظر عن دعامتها، فتصبح مجردة ولا تنقيد بالرابطة التقليدية بين الكتابة والورق²⁶⁷.

وبعبارة أخرى اختلف مفهوم المحرر المكتوب الذي تقوم عليه قواعد الإثبات بالكتابة، فمثلاً لم يعد ضرورياً أن يتخذ المحرر شكلاً ورقياً، حيث ظهرت أنواع جديدة من المحررات تعتمد على دعامات غير ورقية ترد في صورة أقراص ممغنطة أو ما يسمى بمخرجات الحاسب الآلي، وهو الأمر الذي يثير التساؤل حول مدى اتساع مفهوم المحرر في إطار قواعد الإثبات التقليدي ليشمل المحرر الإلكتروني والمحرر الورقي على حد سواء، وبعبارة أدق هل يمكن الاعتراف للمحرر الإلكتروني في ظل القواعد التقليدية بحجية ما في مجال الإثبات، أم يتعين تمييزه بقواعد خاصة تنفذ بقوله وحجته في إثبات وجود ومضمون التصرف القانوني²⁶⁸.

²⁶⁷ تيار، محمد عمار. 2009م. "مدى حجية المحرر الإلكتروني في مجال الإثبات". المؤتمر المغاربي الأول حول المعلوماتية والقانون.

طرابلس. أكاديمية الدراسات العليا. المنعقد في الفترة من 28-29 أكتوبر. ص2.

²⁶⁸ عبد الحميد، أحمد أبو عيسى. 2009م. "مدى حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات في القانون المدني الليبي". المؤتمر المغاربي الأول حول المعلوماتية والقانون. طرابلس: أكاديمية الدراسات العليا. المنعقد في الفترة من 28-29 أكتوبر.

المطلب الأول: ماهية الكتابة وما أهميتها في القانون الليبي.

أولاً: مفهوم الكتابة: تلعب الكتابة دوراً مهماً في مجال الإثبات، بيد أنها تعتبر من الأفكار القانونية التي يصعب تعريفها. وقد نظر إليها البعض بمنظور تقليدي ضيق يرتبط بالدعامة الورقية المحررة بخط اليد أو الآلة، التي تُفرض فيها تلاقي الإرادات. وقد ظلت العلاقة بين الكتابة والدعامة الورقية التي تدوّن عليها وثيقة لفترة طويلة من الزمن حيث يسود الاعتقاد بأن الكتابة = ورق.²⁶⁹

الكتابة لغة: بكسر الكاف كتب الكتاب: خطه، ويقال الكتابة: ما يكتب في القُرطاس من الكلام، ومنه قوله تعالى: ﴿وَلَوْ أَنَّنَا عَلَّكُ كِتَابًا فِي قُرْطَاسٍ فَلَمْسُوهُ بِأَيْدِيهِمْ﴾.²⁷⁰ والكتابة: اسم مصدر بمعنى المكاتب²⁷¹. والكتابة: مشتقة من الفعل الثلاثي كتب بمعنى: خط، فيقال كتب الشيء أي: خطه.²⁷² الكتابة اصطلاحاً: هي ما يخطه الإنسان ليثبت به أمره أو عليه.²⁷³ ويعرف الفنوجي الكتابة التقليدية بأنها: "رسوم وأشكال حرفية تدل على الكلمات المسموعة الدالة على ما في النفس".²⁷⁴

تعرف الكتابة: بأنها كل ما يخطه الإنسان أو يملئه على غيره، ومن حروف أو كلمات أو رموز دالة على المعنى المقصود.²⁷⁵ والكتابة بالمعنى الواسع مجموعة الرموز المرئية التي تعبر عن القول أو الفكر، فهي أسلوب للتعبير تتشكل من حروف وبيانات في شكل مادي ظاهر، أو حتى بالرموز المختصرة ما دامت مفهومه من طرفي العلاقة، أو يحتفظان بمفاتيح لهذه الرموز معتمدة منها، وتعتبر الكتابة- اصطلاحاً-

²⁶⁹ الوائلي، خليفة بن عبد الله بن سعيد. 2011م. عقود التجارة الإلكترونية عبر الانترنت. ص205.

²⁷⁰ القرآن. سورة الأنعام. 7:6.

²⁷¹ قلعجي، محمد رواس. 1988م. معجم لغة الفقهاء. باب الكاف. دار الفانس للطباعة والنشر. ج1. ص377.

²⁷² الرازي، زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي. 1999م. مختار الصحاح. ج1. ص526.

²⁷³ ابن منظور، محمد بن مكرم. 1414هـ. لسان العرب. ط3. ج12. ص23.

²⁷⁴ الفنوجي، صديق بن حسن. 1987م. أنجم العلوم. بيروت دار الكتاب. م1. ص156.

²⁷⁵ الوائلي، خليفة بن عبد الله بن سعيد. 2011م. عقود التجارة الإلكترونية عبر الانترنت. ص206.

عن معنى مكتمل أو فكرة مترابطة صادرة من الشخص الذي نسبت إليه²⁷⁶، وقد اتجه الفقه بوجه عام في تعريف الكتابة إلى الأخذ بالمنهج الوظيفي لها، حيث ذهب البعض إلى أن الكتابة تحقق المحافظة على أثر أو دلالة الوقائع أو التصرفات التي يراد تأكيدها²⁷⁷، وفي ذات الاتجاه عرف جانب آخر من الفقه الدليل الكتابي بأنه ذلك الدليل الذي ينشأ عن أي نوع من المحررات، سواء كانت مخصصة لدى تحريرها لإثبات واقعة قانونية أم لا، أما المشرع الليبي لم يتناول تحديد مفهوم الكتابة شأنه في ذلك شأن القانون المصري والقانون الفرنسي رغم انتشار استخدام هذا المصطلح على مستوى النصوص التشريعية والفقه وأحكام القضاء²⁷⁸.

والجدير بالذكر لا يشترط توافر شكل خاص في الكتابة سواء في المادة التي تكتب عليها أو في الأداة التي تكتب بها، فقد تكون الكتابة خطية أو مطبوعة بأي وسيلة من وسائل الطباعة، ويستوي الأمر أن تكون بخط يد موقعها أو بخط غيره، حتى ولو كان هذا الأخير هو من يتمسك بها في مواجهته، كما يستوي من ناحية أخرى أن تكون الكتابة بالمادة السائلة أو بقلم الحبر الجاف أو بقلم رصاص وبأي لغة عربية أو غير عربية²⁷⁹. كما أن المشرع الليبي لم يضع تعريفاً للدعامة التي تدون عليها الكتابة، غير أنه استخدم لفظ الورق مرات عديدة، في إشارته إلى الكتابة المعنوية دليلاً في الإثبات عند تناوله لأنواع المحررات، وذلك كما جاء في نصوص القانون المدني المنظمة لأحكام الإثبات، فمثلاً نصت المادة 1/377 منه على أنه "الورقة الرسمية هي التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه أو تلقاه من ذوي الشأن، كما أن المادة 381 مدني نصت على أنه "تعتبر الورقة العرفية

²⁷⁶ مرقس، سليمان. 1991م. الوالي في شرح القانون المدني أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية. القاهرة. د. ن. ط5. ص230.

²⁷⁷ الدمياطي، نامر محمد. 2009م. إثبات التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت. دراسة مقارنة. القاهرة: الدمياطي. ص 176-176.

²⁷⁸ تيار، محمد عمار. 2009م. "مدى حجية المحرر الإلكتروني في مجال الإثبات". ص5.

²⁷⁹ مرقس، سليمان. 1991م. الوالي في شرح القانون المدني أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية. ص230.

صادرة ممن وقعها ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو أمضاء أو بصمة"، وأيضاً المادة 2/282 مدني استخدمت مصطلح الورق بقولها: "لا تكون الورقة العرفية حجة على الغير في تاريخها، ويكون تاريخ الورقة ثابتاً من يوم أن يثبت مضمونها في ورقة أخرى ثابتة التاريخ، من يوم وقوع أي حادث يكون قاطعاً في أن الورقة صدرت قبل وقوعه، " وكذلك الشأن بالنسبة للرسائل فقد نصت المادة 1/383 مدني على "1- تكون للرسائل الموقع عليها قيمة الورقة العرفية من حيث الإثبات"، وقد تكرر استخدام الورق للتعبير على الدليل الكتابي في المادة 385 مدني التي نصت في شأن حجية الدفاتر والأوراق المنزلية على أنه "لا تكون الدفاتر والأوراق المنزلية حجة على من صدرت منه إلا في الآتي: ب- إذا ذكر صراحة أنه قصد بمادونه في هذه الأوراق أن تقوم مقام السند لمن أثبتت حقاً لمصلحته"²⁸⁰.

وهكذا يستفاد من تلك النصوص أن هناك تلازم بين الدليل الكتابي والورق الذي يثبت هذا الدليل، والواقع قبل التطور التقني وظهور تقنيات المعلومات الحديثة لم يكن في الإمكان أن تلمس الكتابة بشكل عملي بدون توافر دعامة ورقية، والتي تستلزم أدوات مادية قلم حبر مثلاً لتدوينه عليها، ولعل المشرع الليبي عند صياغة نصوص الإثبات قد تأثر في تلك الفترة بالاعتقاد السائد أن الكتابة ورق²⁸¹، وقد ترتب على هذا الاعتقاد حدوث لبس بين الصور الفانوي وأداة إثباته، كالخلط الحاصل بين الدليل الكتابي والورق، علي التفصيل الوارد بالنصوص السابقة، في حين أن الورق لا يمثل سوى دعامته فقط²⁸²، كما لم يكن قضاء المحكمة العليا أقل تأثراً من المشرع بمسألة التلازم بين الكتابة ودعامتها وهي الورق، حيث جرى قضاء هذه المحكمة على ترديد كلمة ورق في العديد من أحكامها²⁸³.

²⁸⁰ موسوعة التشريع الليبي القانون المدني. دار المعارف مصر. 1965م.

²⁸¹ الجملال، سمر حامد عبد العزيز. 2006م. التعاقب عبر تقنيات الاتصال الحديثة. القاهرة: دار النهضة العربية. ص 190.

²⁸² السنهوري، عبد الرزاق احمد. 1998م. الوسيط في شرح القانون المدني الحديث. م 2. ص 105.

²⁸³ تيار، محمد عمار. 2009م. "مبنى حجة المحرر الإلكتروني في مجال الإثبات". ص 6.

نخلص إلى القول أن الدليل الكتابي في القانون الليبي هو دليل مادي ملموس تمثل دعامته دائماً في الأوراق التي تثبته، وإن استخدام المشرع الليبي لفظ الورق في تنظيمه للأدلة الكتابية، يقتصر الدليل الكتابي على ما يكتب على ورق فقط، كما أن لفظ الورق يعبر عن الدليل الكتابي سواء كان معداً للإثبات أو غير معد لذلك. غير أنه ليس هناك ثمة ما يمنع في القانون أن تكون الكتابة على دعامة غير ورقية كالخشب والجلد والقماش والرخام، وتكون لها ذات الحجية في الإثبات على أن تكون موقعه من صاحبها، وهذا يؤكد على عدم وجود ارتباط بين الكتابة والورق، وبالتالي لا يشترط أن تكون الكتابة على ورق، وهذا من شأنه أن يفتح الباب أمام قبول كل الدعامات أياً كانت مادة صنعها في الإثبات²⁸⁴.

ثانياً: أهمية الكتابة في القانون الليبي

قد وضع المشرع الليبي تنظيمًا خاصاً لأدلة الإثبات أقر فيه مبدأ التدرج بينها منح بمقتضاه الكتابة حجية مطلقة في الإثبات، بحيث تجوز الاستعانة بالدليل الكتابي في إثبات كافة الوقائع القانونية، سواء كانت وقائع مادية أو تصرفات قانونية أياً كانت قيمة الحق المراد إثباته، حيث نصت المادة 1/387 من القانون المدني على أنه " في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني يزيد قيمته على عشرة دینارات أو كان غير محدد القيمة، فلا تجوز البينة في إثبات وجوده أو انقضائه ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك²⁸⁵، ويستفاد من هذا النص أن المشرع الليبي قد جعل الإثبات بالكتابة وجوباً في شأن المعاملات المدنية التي تجاوز قيمتها على عشرة دینارات أو كانت غير محددة القيمة، وبعبارة أخرى تعد

²⁸⁴ الوائلي، خليفة بن عبد الله بن سعيد. 2011م. عقود التجارة الإلكترونية عبر الانترنت. ص206.

²⁸⁵ موسوعة التشريع الليبي القانون المدني. دار المعارف بمصر. 1965م.

الكتابة وسيلة الإثبات الرئيسية فيما يتعلق بإثبات التصرفات والحقوق المتنازع عليها، وأن المشرع اعترف لها بقوة إثبات مطلقة لكونها تغني بمفردها لحسم أي نزاع أمام القضاء، وأنه اقر لهذا المبدأ الأولوية على سائر أدلة الإثبات لأنه رأي أن احتمال صدق ما يدون بها أقوى من احتمال صدق ما يثبت عن طريق الأدلة الأخرى²⁸⁶.

ولكن المشرع لم ينف عن الكتابة احتمال وقوع الكذب فيها، وإنما اكتفى بأن جعلها قرينة على الحقيقة، حيث يجوز دائما إثبات عدم مطابقتها للحقيقة، وبالتالي الكتابة ليست حجة مطلقة في الإثبات وإنما يجوز إثبات عكسها، وإن كان ذلك يتحقق بأساليب مختلفة بحسب نوع هذه الأوراق رسمية أو عرفية²⁸⁷، بل لا يخول تحلف الدليل الكتابي دون الوصول إلى إثبات التصرف بطريق الإقرار أو اليمين الحاسمة، في حين قيد المشرع أدلة الإثبات الأخرى كالشهادة والقرائن القضائية ومنحها قوة محدودة في الإثبات، من ذلك مثلاً أنها لا تصلح لإثبات التصرفات التي تزيد قيمتها إلى حد معين إلا استثناء²⁸⁸.

ثالثاً: شروط أداء الكتابة التقليدية لوظائفها الأساسية في الإثبات.

تعتبر الكتابة الوسيلة الأساسية في إثبات التصرفات القانونية في المواد المدنية، ذلك أن المشرع الليبي أوجب الاستعانة بالكتابة في إثبات التصرفات التي تزيد عن عشرة دينارات، وبذلك تكون الكتابة من الأدلة المطلقة، وبالتالي يجوز أن تثبت بالكتابة جميع الوقائع المتنازع عليها، أيا كانت طبيعتها سواء كانت تصرفات قانونية أو وقائع مادية، وأيا كانت قيمتها، ونظراً لأهمية الدور الذي تقوم به الكتابة في مجال

²⁸⁶ عبد الحميد، أحمد أبو عيسى. 2009م. "مدى حجة المقررات الإلكترونية في الإثبات في القانون المدني الليبي".

²⁸⁷ مرقس، سليمان. 1991م. الوافي في شرح القانون المدني أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية. ص 160.

²⁸⁸ موسوعة التشريع الليبي القانون المدني. دار المعارف بمصر. 1965م. المادة 1/387.

الإثبات ، فقد أجمع الفقه والقضاء المقارن على وجوب استيفائها مجموعة من الشروط حتى يمكن الاعتماد بما كدليل كتابي ويطلق عليها عادة محرر²⁸⁹ ، هذه الشروط هي :

1- أن تكون الكتابة مقروءة: بشرط في الكتابة أن تدون على حامل أو وسيط يسمح بالكتابة عليه، وإن تكون مقروءة، وبمعنى أن يكون المحرر الكتابي مدوناً بحروف أو رموز أو إشارات معروفة أو يسهل فكها أو قراءتها ، وينصب مضمونها على الواقعة المراد إثباتها حتى يمكن الاحتجاج بمضمون المحرر المكتوب في مواجهة الغير²⁹⁰.

وينبغي أيضاً أن تكون الكتابة مفهومة لمن يفتح عليه بها، بحيث يمكن لصاحب الشأن الوصول إلى إدراك مضمون الكتابة وقراءته بسهولة ويسر، فالقراءة هي عملية فهم للنص، وتأويل له أيضاً، وطريقة قراءة النص هي التي تحدد مفهوم النص، وبالتالي يمكن أن تفقد قراءة النص إلى وضع سياق في المضمون يؤدي بطريقة مختلفة إلى تغيير في العلاقة الدلالية للنص، لذلك يجب أن يكون المحرر الكتابي مدوناً بحروف أو رموز مقروءة ومفهومة للشخص الذي يراه الاحتجاج عليه بمضمون هذا المحرر²⁹¹. وتستلزم الكتابة المقروءة الإطلاع على مضمون المحرر بشكل كامل ومباشر، والمعمول عليه في هذا الصدد هو قدرة الإنسان على قراءة الكتابة بكل يسر حتى يكون ملعاً بمضمون المحرر، والمدير ذكره أن الكتابة على دعامة ورقية تستوفي الاشتراط الخاص بسهولة الإطلاع ولا تحتاج إلى تدخل وسيط، بخلاف الكتابة في الشكل الإلكتروني التي تطلب استخدام جهاز الحاسب الآلي، وفك التشفير مع استخدام إحدى تقنيات تخزين الكتابة. وكذلك يلزم أن تكون الكتابة محررة باللغة التي يتحدث بها قارئها، غير أنه ليس

²⁸⁹ عبد الحميد، أحمد أبو عيسى، 2009م. "مدى حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات في القانون المدني الليبي".

²⁹⁰ ناجي، عزوز محمد عبد القادر. 2 نوفمبر 2013م. "محاضرات في القانون التجاري". الحوار المتعدد. <http://www.alhewar.org>.

²⁹¹ العيش، الصالحين محمد. 2008م. الكتابة الرقمية طريقاً للتصميم عن الإرادة ودليلاً للإثبات. الإسكندرية: منشأة المعارف. ص165.

ثمة ما يمنع أن تكون بلغة أخرى غير مفهومة للموجه إليه الخطاب، وفي هذه الحالة يمكن لصاحب الشأن أن يلجأ إلى الاستعانة بالترجمة حتى ينسني له قراءة مضمون الكتابة²⁹².

2- الثبات: يشترط للاعتماد بالكتابة حتى تؤدي وظيفتها في الإثبات أن يتم تدوينها على وسيط يسمح بثباتها عليها، وحفظها بصورة مستمرة، حتى يمكن لأصحاب الشأن الرجوع إليها إذا لزم الأمر²⁹³، ويشمل مدلول الثبات بالإضافة إلى مفهوم الدوام، ففكرتي الاستمرار والبقاء، وبعبارة أخرى يرتبط مفهوم ثبات الكتابة بفكرة حفظ المعلومات لمدة طويلة، وهذا الشرط متوافر في الوسيط الورقي بحكم تكوينه المادي، حيث تعبر الكتابة المدونة على هذا الوسيط دائمة وثابتة عادة، فضلاً عن قدرته على الاحتفاظ بالمعلومات لمدة طويلة²⁹⁴. ونعبر الإشارة إلى أنه إذا كان الحامل الورقي يحكم تكوينه المادي يستوفي شرط ثبات الكتابة، فإنه في ذات الوقت يتأثر بمعامل عديدة تؤدي إلى تلفه، فقد يتآكل بفعل الرطوبة وسوء التخزين وسوء المتابعة، كما إن هناك بعض أنواع من الورق لا ينصف بالجودة المناسبة التي تمكنه من أن يبقى صالحاً، الأمر الذي من شأنه أن يعرض الكتابة المدونة عليه إلى التلف، غير أنه يمكن تلافي ذلك من خلال اختيار الأنواع الجيدة من الورق، والتخزين الجيد لها، وبالتالي لا تؤثر تلك الأمور على تحقيق الكتابة الورقية لوظيفتها في الإثبات²⁹⁵.

3- عدم قابلية الكتابة للتحريف: يشترط لإضفاء الحجة الثبوتية على المحرر الكتابي التقليدي ألا يقبل التحريف أو التعديل بظهور تم إدخاله من تعديلات، أي أن يكون خالياً من أي عيب يؤثر في صحته،

²⁹² تيار، محمد عمار. 2009م. "مدى حجة المحرر الإلكتروني في مجال الإثبات". ص9.

²⁹³ حمود، عبد العزيز المرسي. 2002م. "مدى حجة المحرر الإلكتروني في الإثبات في المسائل المدنية والتجارية في ضوء قواعد الإثبات النافذة". مجلة البحوث القانونية والاقتصادية. جامعة المنصورة: كلية الحقوق. 4 أبريل. ص26.

²⁹⁴ عطلا سده، إيهاد محمد عارف. 2009م. مدى حجة المحررات الإلكترونية في الإثبات. (رسالة ماجستير). جامعة النجاح الوطنية فلسطين. ص42.

²⁹⁵ زهرة، محمد المرسي. 2008م. الحاسب الإلكتروني والقانون. القاهرة: دار النهضة العربية. ص59.

وبعبارة أخرى كل تعديل أو تغيير يطرأ في مضمون المحرر الكتابي التقليدي سواء بالكشط أو بالمحور، وغير ذلك من العيوب المادية يفقد هذا المحرر قيمته القانونية، تحديداً حجته في الإثبات، أو في الأقل ينقصها بحيث لا يرقى إلى درجة الدليل الكتابي التقليدي الكامل، باختصار ينبغي أن يكون المحرر الكتابي خالياً من أية علامات تدل على التعديل في بيانات مضمونة²⁹⁶. وتعتبر خاصية عدم قابلية الكتابة للتحريف من وسائل تعزيز عنصرَي الأمان والثقة في المحرر الكتابي ومنحه الحجية القانونية، وبالنسبة للدعامة الورقية فإنه من الصعب إدخال تحريف في الكتابة المدونة عليها، دون أن يترك ذلك أثر عليها، يمكن اكتشافه بالمناظرة بالعين المجردة، أو من خلال الاستعانة بالخبرة، والسبب في ذلك يعود إلى أن الكتابة تجري على الحامل الورقي بواسطة الحبر، سواء باستخدام قلم الحبر أو بطريق الطبع، وأن الورق يتشرب ذلك الحبر أو يطبع عليه بشكل يؤدي إلى اتصاله كيميائياً بالتركيب المادي لهذا الورق، على نحو لا يمكن فصله عنه إلا بإتلاف الورق، أو أحداث تغييرات مادية في الكتابة، وكل هذه الأساليب في الغالب لا يستعصى اكتشافها على أهل الخبرة، حتى وإن كان فعل التزوير أو التحريف الذي لحق الكتابة قد تم بإتقان²⁹⁷.

وقد اختلف الفقه في تحليل طبيعة خاصية عدم قابلية الكتابة التقليدية للتحريف ومدى اعتبارها من وظائف الكتابة، فالبعض ذهب إلى أن تلك الخاصية ليست شرطاً مطلقاً، بدليل أنه يمكن قبول المحررات المكتوبة بقلم الرصاص في مجال الإثبات في بعض الأنظمة القانونية، بالرغم من أنه يمكن محو الكتابة دون أن تترك أثراً على الدعامة الورقية، فمثلاً قضت محكمة استئناف "اكس بروفانس" الفرنسية بالاعتراف بصحة الوصية الخطية المحررة والموقعة بقلم الرصاص متى كان من الثابت أن الكتابة والتوقيع

²⁹⁶ حمود، عبد العزيز المرسى، 2002م. "مدى حجية المحرر الإلكتروني في الإثبات في المسائل المدنية والتجارية في ضوء قواعد الإثبات

النافذة". ص 27

²⁹⁷ العيش، الصالحين محمد. 2008م. الكتابة الرقمية طريقاً للتعبير عن الإرادة ودليلاً للإثبات. ص 27.

كليهما كانتا بيد الموصي "وهو راعي فقير لم يكن يملك سوى قلم رصاص لكتابة وصيته"، وقد أبدت محكمة النقض الفرنسية هذا الاتجاه في حكم حديث لها بخصوص الكفالة المخررة بقلم الرصاص، حيث قضت بأنه لا يوجد مبدأ أو نص في القانون يحد من استخدام قلم الرصاص في تحرير عري²⁹⁸. وقد أكد جانب آخر من الفقه على هذا الاتجاه حين ذهب إلى اعتبار عدم القابلية للتحريف بمثابة شرط لفاعلية الكتابة، ولا يعد ذلك من وظائف الكتابة؛ لأن هذه الشرط يتصل بموثوقية البيانات وتوثيقها، ولا يتعلق بماهية الكتابة، وحتى بالنسبة للكتابة التقليدية فإن خاصية عدم التعديل أو عدم التحريف، بالرغم من دورها في إطار فعالية الكتابة في مجال الإثبات، فإن ذلك لا يرجع إلى طبيعة الكتابة، وإنما مرد ذلك الخصائص المميزة للدعامة الورقية²⁹⁹.

نخلص إلى القول أنه يشترط في الكتابة حتى تؤدي وظيفتها القانونية، أن تكون مقروءة ومفهومة بحيث تدل على مضمون التصرف القانوني، والبيانات المدونة باختر، وأن تكون مستمرة وذلك يتحقق من خلال تدوين الكتابة على دعائم تحفظها بصورة مستمرة بحيث يمكن الرجوع إليها عند الضرورة وأن تضمن عدم التحريف في مضمونها، سواء بالخدش أو بالإضافة. إلا يظهر ما تم إدخاله عليها من تحريف أو تعديلات، وذلك حتى تتمتع بالثقة والأمان من جانب أطراف التعامل.

المطلب الثاني: الكتابة الإلكترونية.

أولاً: ماهية الكتابة الإلكترونية: بينا في المطلب الأول من هذا الفصل ماهية الكتابة وأوردنا تعريفات لها. وعلى ضوء ما تقدم فلم يعد مفهوم لفظ الكتابة يقتصر على المستندات الورقية فقط، بل تطور هذا

²⁹⁸ نيبار، محمد عمار. 2009م. "مدى حجة المهر الإلكتروني في مجال الإثبات". ص9.

²⁹⁹ مرجع سابق. ص10.

المفهوم نحو الاتساع ليشمل أيضاً المخررات الإلكترونية، ونتيجة لاستخدام الوسائل الإلكترونية من خلال شبكة الإنترنت وإتمام معظم التصرفات التجارية من خلالها، أصبحت المراسلات والتعاقدات تتم في الغالب عن طريق شبكة الإنترنت من خلال أجهزة الحاسوب أو أي جهاز إلكتروني آخر، فمن خلالها يقوم أحد طرفي العلاقة بإرسال المعلومات التي يريدها والتي تتضمن عرضاً تجارياً، من خلال قاعدة البيانات المربوطة على الشبكة. وذلك من خلال إدخال البيانات الخاصة بعنوان المرسل إليه، إذا كانت رسالة البيانات مرسلة على شخص محدد بالذات، أو موجهة إلى كافة عبر شبكة الإنترنت. وحددت القوانين الخاصة بالتجارة الإلكترونية عدة مسميات للبيانات التي يتم إرسالها مثل رسالة بيانات، أو المخررات الإلكترونية، أو أي مصطلح آخر يتم من خلاله انعقاد العقد وإبرام أغلب التصرفات الخاصة في التجارة الإلكترونية³⁰⁰

وقد عرفت المادة (1/1) من قانون تنظيم التوقيع الإلكتروني المصري الكتابة الإلكترونية بأنها: "كل حروف أو أرقام أو رموز أو أي علامات أخرى ثبتت على دعامة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أي وسيلة أخرى مشابحة وتعطي دلالة قابلة للإدراك"³⁰¹. وقد نصت المادة الثانية من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني على: "أن المعلومات: هي البيانات والنصوص والصور والأشكال والأصوات والرموز وقواعد البيانات وبرامج الحاسوب وما شابه ذلك"³⁰².

³⁰⁰ العبودي، عباس. 1987م. التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحقنها في الإنشآت المدني. ص270.

³⁰¹ نص الفصل 417-1 من قانون تنظيم التوقيع الإلكتروني المصري على أنه: "تتمتع الوثيقة المخررة على دعامة إلكترونية بنفس قوة الإنشآت التي تتمتع بها الوثيقة المخررة على الورق. تفصل الوثيقة المخررة بشكل إلكتروني للإنشآت، شأنها في ذلك شأن الوثيقة المخررة على الورق، شريطة أن يكون بالإمكان التعرف، بصفة قانونية، على الشخص الذي صدرت عنه وأن تكون معادة ومحمولة وفق شروط من شأنها ضمان ثباتها". قانون تنظيم التوقيع الإلكتروني المصري رقم (15) المبردة الرسمية. 22/4/2004. ع17، ص17.

³⁰² قانون المعاملات الإلكترونية الأردني المؤقت رقم (85) لسنة 2001م.

يتضح من خلال هذا التعريف أن الكتلة الإلكترونية قد تكون بواسطة الحروف أو الأرقام أو الرموز أو غيرها، فالكتابة الموجودة في المخرور الإلكتروني تكون على شكل معادلات حوارزمية تنفذ عن طريق عمليات إدخال البيانات وإخراجها من خلال شاشة الحاسب أو أي وسيلة إلكترونية أخرى، بحيث تتم من خلال تغذية الجهاز بهذه المعلومات عن طريق وحدات الإدخال بواسطة لوحة المفاتيح أو أية وسيلة تتمكن من قراءة البيانات واسترجاع المعلومات المحزنة في وحدة المعالجة المركزية أو أي قرص مرن مستخدم، وبعد معالجة البيانات تم كتابتها على أجهزة الإخراج التي تتمثل في شاشة الحاسب أو طباعة هذه المخرورات على الطباعة أو الأقراص الممغنطة أو أية وسيلة من وسائل تخزين البيانات³⁰³، وهذا ما أكدته بعض الفقهاء عند تعرضهم لتعريف برامج الحاسب الآلي حيث أشار البعض إلى أن برامج الحاسب هي مجموعة من التعليمات والأوامر التي يتم إدخالها في جهاز الحاسب على شكل معين، سواء عن طريق الكتابة أو المشافهة، ثم يتم التعرف عليها من قبل الجهاز كونها بلغته، ثم تحول هذه الأوامر الرموز والأرقام إلى الشكل والغاية الموجهة من هذه العملية بأفضل نتيجة ممكنة³⁰⁴. كما عرف قانون المعاملات الإلكترونية لإمارة دبي المخرور الإلكتروني بأنه "سجل أو مستند إلكتروني يتم إنشاؤه أو تخزينه أو استخراجها أو نسخه أو إرساله أو إبلاغه أو استلامه بواسطة إلكترونية على وسيط إلكتروني آخر، ويكون قابل للاسترجاع بشكل يمكن فهمه"³⁰⁵.

تناول القانون النموذجي (الأونسيترال) تعريف رسالة البيانات في المادة 2 على أنها: "المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل متشابهة". ونلاحظ أن هذا التعريف لم يحصر الطرق التي يتم من خلالها التعامل إلكترونياً، وإنما توجي عبارة (أو بوسائل متشابهة) أنه

³⁰³ الجعيمي، حسن عبد الباسط. 2000م. إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عبر الإنترنت. ص 21

³⁰⁴ المظالقة، محمد فواز. 2008م. الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية. ص 206

³⁰⁵ قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي المادة 2.

يستوعب أية طريقة تستخدم لتبادل البيانات إلكترونياً كالإنترنت، والبريد الإلكتروني، والبريد والتلكس، بالإضافة إلى أية وسيلة قد تفرزها التكنولوجيا العلمية في المستقبل. غير أن القانون النموذجي في المادة 1/6 أكد أنه في حالة اشتراط القانون أن تكون المعلومات مكتوبة، تستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط إذا تيسر الاطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو ينبح استخدامها بالرجوع إليه لاحقاً³⁰⁶.

أن الكتابة تتكون من بيانات واردة على دعامة، وقد كانت هذه الدعامة تعتبر عنصراً أساسياً في تعريف الكتابة، متى تعلق الأمر بوسيلة استخدام المعلومة، ونسبها مادياً والاطلاع عليها، أما في الوقت الراهن في ظل تقنيات الاتصالات الإلكترونية وتكنولوجيا المعلومات، فقد طرأ انقسام، للعلاقة بين الكتابة ودعائمتها، مما أثر سلباً على استخدامها مفردة، وبات من الضروري الاستعانة بوسائل تأمينية حتى تتمكن من أداء وظيفة الكتابة الفعلية، مع النص صراحة على الاعتراف بها، وتمتعها بالمعاملة المتعادلة مع الكتابة الورقية. إن إصدار التشريعات التي تعترف بالكتابة الإلكترونية، من شأنه أن يضع حداً للغموض والجدل الذي يكتنف هذا النوع من الكتابة، وبوابك التطور الفني الهائل في مجال تقنيات الاتصال عن بُعد، والذي مر بمراحل متعددة خاصة وأن الأمان الممنوح لهذه المعاملات يتوقف على التقنية التي يستخدمها الأطراف، وقد استطاع هذا التطور التقني أخيراً أن يولد هذا الأمان، ويغطي بثقة المتعاملين في مجال التجارة الإلكترونية. والتعريف الراجح للكتابة باعتبارها دليل للإثبات هي: "بيان ووصف أو تعليل لشيء بالخط والرسوم والتسجيل على شكل مادي سواء كان مادياً مثل الورق والخشب أو ما شابه ذلك، أو مادياً الحديثة كموقع على شبكة الإنترنت وأقراص وحملات القلم وغيرها"³⁰⁷.

³⁰⁶ الوالي، خليفة بن عبد الله بن سعيد. 2011م. عقود التجارة الإلكترونية عبر الإنترنت. ص210.

³⁰⁷ ثروت، عبد الحميد. 2003م. التوقيع الإلكتروني ماهيته ومهامه وكيفية مواكبتها ومدى حاجته في الإناء. ص14.

يستوعب أية طريقة تستخدم لتبادل البيانات إلكترونياً كالإنترنت، والبريد الإلكتروني، والبريد والتلكس، بالإضافة إلى أية وسيلة قد تفرزها التكنولوجيا العلمية في المستقبل. غير أن القانون النموذجي في المادة 1/6 أكد أنه في حالة اشتراط القانون أن تكون المعلومات مكتوبة، تستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط إذا تيسر الاطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليه لاحقاً³⁰⁶.

أن الكتابة تتكون من بيانات واردة على دعامة، وقد كانت هذه الدعامة تعتبر عنصر أساسياً في تعريف الكتابة، متى تعلّق الأمر بوسيلة استخدام المعلومة، وتثبيتها مادياً والاطلاع عليها، أما في الوقت الراهن في ظل تقنيات الاتصالات الإلكترونية وتكنولوجيا المعلومات، فقد طرأ انقصاص، للعلاقة بين الكتابة ودعائمتها، مما أثر سلباً على استخدامها بمفردها، وبات من الضروري الاستعانة بوسائل تأمينية حتى تتمكن من أداء وظيفة الكتابة التقليدية، مع النص صراحة على الاعتراف بها، وتمتعها بالمعاملة المتعادلة مع الكتابة الورقية. إن إصدار التشريعات التي تعترف بالكتابة الإلكترونية، من شأنه أن يضع حداً للغموض والجدل الذي يكتنف هذا النوع من الكتابة، ويواكب التطور الفني الهائل في مجال تقنيات الاتصال عن بُعد، والذي مر بمراحل متعددة خاصة وأن الأمان الممنوح لهذه المعاملات يتوقف على التقنية التي يستخدمها الأطراف، وقد استطاع هذا التطور التقني أخيراً أن يولد هذا الأمان، ويحظى بثقة المتعاملين في مجال التجارة الإلكترونية. والتعريف الراجح للكتابة باعتبارها دليل للإثبات هي: "بيان ووصف أو تعليل لشيء بالخط والرسوم والتسجيل على شكل مادي سواء كان مادياً مثل الورق والخشب أو ما شابه ذلك، أو مادياً الحديثة كموقع على شبكة الإنترنت وأقراص وحملات القلم وغيرها"³⁰⁷.

³⁰⁶ الوائلي، خليفة بن عبد الله بن سعيد. 2011. عقود التجارة الإلكترونية عبر الإنترنت. ص210.

³⁰⁷ ثروت، عبد الحميد. 2003. التوقيع الإلكتروني ماهيته ومخاطره وكيفية مواجهتها ومدى حجته في الإثبات. ص14.

إنّ الكتابة الإلكترونية يمكن أن تقوم بنفس الدور الذي تقوم به الكتابة التقليدية طالما أنه يمكن قراءتها، وتدل بوضوح على مضمون التصرف القانوني، وطالما كانت مدونة على دعامة إلكترونية تضمن لها الاستمرارية، وتخول الأطراف الرجوع إليها عند الضرورة، بالإضافة إلى كونها تضمن عدم التعديل في بياناتها على نحو يوفر للمتعاملين الأمان والثقة³⁰⁸.

ثانياً: الشروط الواجب توافرها في الكتابة الإلكترونية: انتقلت الكتابة من مرحلة كانت تعتمد فيها على وسائل تدوين تقليدية، كاستخدام الحبر وتدوين على دعامة ورقية، إلى مرحلة أصبحت فيها الكتابة الإلكترونية، تتم عن خلال استخدام تقنيات تكنولوجيا المعلومات وعلى دعامة إلكترونية³⁰⁹، ولكن يشترط في الكتابة حتى تصلح دليلاً للإثبات:

1- أن تكون مقروءة: وأن تكون واضحة بحيث يمكن فهمها وإدراك محتواها، ويستوي في ذلك أن تكون على دعامة ورقية أو إلكترونية، أو أن يكون تم تدوينها بحروف، أو بيانات، أو رموز³¹⁰. وهذا ما أكدت عليه نظرية العقد في الفقه الإسلامي فقد اشترط فقهاء الشريعة أن تكون الكتابة مستبينة من حيث الشكل أي مكتوبة على شيء تظهر عليه فلا غيرة بالكتابة في الهواء أو في الماء، كما يجب أن تكون الكتابة مرسومة أي مكتوبة بالطريقة المعتادة في اللغة في زمان ومكان التعاقد. ومن حيث المضمون يشترط في الكلمات المكتوبة أن تكون دالة على معنى البيع في عرف المتبايعين، أي دالة على معاوضة

³⁰⁸ الجلال، سمير حامد عبد العزيز. 2006م. التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة. ص198.

³⁰⁹ هشام، بلخنفر. 25 سبتمبر 2013م. "تساؤلات حول الإثبات في المعاملات الإلكترونية". العلوم القانونية. ص17.

<http://www.marocdroit.com>

³¹⁰ مرجع سابق. ص211.

عين بدين تملكاً³¹¹. وبهذا نصل إلى أن البيانات الإلكترونية ذات الصورة المادية المشفرة غالباً التي يمكن قراءتها باستخدام الحاسوب، تكون لها ذات القيمة القانونية في الإثبات، متى أمكن فك هذا التشفير، وأصبحت في صورة بيانات مقروءة واضحة.

2- استمرار الكتابة ودوامها: يجب أن تدون الكتابة على دعامة تحفظها لفترة طويلة من الزمن³¹²، بحيث يمكن الرجوع عليها عند الحاجة. ويستوي في ذلك أن تكون على دعامة ورقية، أو دعامة إلكترونية مثل حفظها على ذاكرة الحاسوب، أو الأقراص الممغنطة (CD-ROM) أو البريد الإلكتروني³¹³. وقد يبدو لأول وهلة أن هذه الصفة لا تتوافر في الكتابة الإلكترونية، نظراً لأن الدعائم الإلكترونية التي تحفظ الكتابة تتصف بالحساسية، مما قد يعرضها للتلف بسبب سوء التخزين أو بسبب تغير قوة التيار الكهربائي. غير أن هذه المشكلة يمكن التغلب عليها باستخدام الأجهزة ذات التقنيات المتطورة التي توفر إمكانية حفظ الكتابة الإلكترونية بصفة مستمرة، وعلى نحو أفضل من حفظ المستندات الورقية التقليدية³¹⁴.

3- عدم قابلية الكتابة للتعديل³¹⁵: يشترط في الكتابة حتى تصلح كدليل في الإثبات أن تكون خالية من العيوب التي تؤثر في صحتها كال كشط والشطب والمحو، فإن وجد شيء من ذلك فإن ذلك ينال من قوة المستند في الإثبات. وقد يبدو بديهياً أن يقتصر هذا الشرط على المستند التقليدي المكتوب، غير أن المستند الإلكتروني داخل في ذات الحكم، وأصبحت نظم المعلومات الحديثة بما تتيحه من تقنيات متطورة

³¹¹ العطار، عبد الناصر توفيق. 1976م. أحكام العقود في الشريعة الإسلامية والقانون المدني. القاهرة: مطبعة السعادة. ص 89.

³¹² نعمان، ضياء علي. 2010م. المسؤولية المدنية الناتجة عن الوفاء الإلكتروني بالطاقة البنكية. مراكش: المطبعة والورق الوطنية. ص 32.

³¹³ الوائلي، خليفة بن عبد الله بن سعيد. 2011م. عقود التجارة الإلكترونية عبر الانترنت. ص 211.

³¹⁴ الجمال، سمير حامد عبد العزيز. 2006م. التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة. ص 200.

³¹⁵ منصور، نيز. 10 نوفمبر 2013م. "التجارة الإلكترونية سرعة ناسبة ونكاحات أفضل". مجلة الجيش. الموقع الرسمي للجيش اللبناني.

قادرة على الكشف عن أي تعديل في البيانات الإلكترونية، وعلى تحديد البيانات المعدلة، وتاريخ تعديلها بدقة³¹⁶.

ثالثاً: معايير الاعتماد بالكتابة الإلكترونية في الإثبات: من الواضح أن أحكام القانون المدني تهدف باشتراط الكتابة دليلاً كاملاً في مجال الإثبات، أنها الوسيلة الفعالة التي يتم توظيفها لإعداد دليل على وجود التصرف وتحديد مضمونها بشكل يمكن للأطراف الرجوع إليه في حالة حدوث منازعة بالخصوص في المستقبل، لذلك اتجه اهتمام السياسات التشريعية الوطنية ورجال القضاء والفقه المتقارن إلى تحليل مفهوم الكتابة في الشكل الإلكتروني، وإقرار عدد من المتطلبات اللازمة لتمكينها من قيامها بتلك الوظيفة في مجال الإثبات³¹⁷.

وهي تحليل للمفهوم الحديث للكتابة، قامت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في عام 1996م بإعداد قانون خاص باسم القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية "الأونسيترال"³¹⁸، ليكون دليلاً للدول بشأن تطويع تشريعاتها الوطنية، بما يلي قبول الكتابة في الشكل الإلكتروني في مجال الإثبات والتعبير عن الإرادات الإلكترونية، والاعتماد بمجالس الناحية القانونية، ومن أجل ذلك حددت نصوص

³¹⁶ الوائلي، حليفة بن عبد الله بن سعيد. 2011م. عقود التجارة الإلكترونية عبر الأنترنت ص 242.

³¹⁷ عرب، بونس. 25 أكتوبر 2013م. "حجية الإثبات بالمنسححات الإلكترونية في الفضاء المصري". المكتبة القانونية

<http://www.alhson.com/index.php>

³¹⁸ الأونسيترال: الهيئة القانونية الرئيسية التابعة لمطوعة الأمم المتحدة في مجال القانون التجاري الدولي. وهي هيئة قانونية ذات عضوية عالمية متخصصة في إصلاح القانون التجاري على نطاق عالمي مد ما يزيد على 40 سف. وتشمل مهمة الأونسيترال في عصرنة ومواءمة القواعد المتعلقة بالأعمال التجارية الدولية. التبادل التجاري يعني تخفيض نمو أسرع ومستويات معيشة أعلى وإتاحة فرص جديدة من خلال التجارة. وبغية زيادة هذه الفرص على نطاق عالمي، تعمل الأونسيترال على صوغ قواعد عصرنة وعادلة ومتوائمة بشأن المعاملات التجارية. وهي تشمل ما يلي: اتفاقيات وقوانين نموذجية وقواعد مفضلة عالمياً-أدلة قانونية وتشريعية ونوصيات ذات قيمة عملية كبيرة-معلومات محدثة عن السوابق القضائية وسن قوانين تجارية موحدة-مساعدة تقنية في مشاريع إصلاح القوانين-حلفاء دراسية إقليمية ووطنية في مجال القوانين التجارية الموحدة.

هذا القانون الشروط التي ينبغي أن تفي بها رسائل البيانات الإلكترونية المتبادلة³¹⁹، لكي يمكن اعتبارها مستوفية لمتطلبات الكتابة الورقية في مجال الإنشاء والتعبير عن الإرادات العقدية متى استوفت مقتضيات تأمينها، فالهدف الرئيسي من أحكام هذا القانون هو تذليل الصعوبات الناشئة عن الاشتراطات التقليدية التي تنص عليها التشريعات الوطنية للدول بشأن شروط قبول المستندات الورقية في الإثبات، حتى يمكن قبول التقنيات الحديثة للكتابة³²⁰، باحتصار لقد أسس هذا القانون فواعده على عدة مبادئ أساسية أهمها، مبدأ عدم التمييز القانوني ضد الوسائل الإلكترونية، ثم مبدأ فتح النظر الوظيفي، ومبدأ الحياد التقني، هذا وتناول بالبحث كل منهما على النحو التالي:

أ - مبدأ النظر الوظيفي³²¹ وفي هذا السياق فإن مفهوم الكتابة الإلكترونية يجب أن يتم تحديده في ضوء وظيفة الكتابة أو الغرض منها، وليس على نوع الداعمة أو نوع الأحبار، ولا بشكل الحروف والرموز المستخدمة، وهو ما يستلزم إليه مبدأ النظر الوظيفي الذي يقوم على التحليل الدقيق لأغراض القواعد القانونية المنظمة للكتابة الورقية، ثم البحث في كيفية تحقيق هذه الأغراض أو أداء تلك الوظائف عند استخدام وسائل التقنيات الحديثة للاتصال الإلكتروني، أي بهدف مفهوم النظر الوظيفي إلى تحليل الوظائف التي تؤديها الكتابة الخطية، ثم نقلها لأي دعامات أخرى قابلة لإنتاج ذات الوظائف³²².

³¹⁹ رسالة البيانات مصطلح استخدمه القانون السعودي، حيث جاء المادة السابعة | في رسائل البيانات تكون المعلومات التي يتم إنشاؤها أو استلامها وتخزينها بوسائل الكترونية أو صوتية أو بوسائل مشابهة لها في ذلك هي سبل المثال لا الحصر تبادل البيانات الكترونياً أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس أو السح الرقمي | فهي تختلف عن "المرور الورقي ولا تؤدي كل وظائفه واستخدامات كمبيوتر مرن بالخصوص".

³²⁰ نيسار، محمد عمار. 2009م. "مدى حجية المهر الإلكتروني في مجال الإنشاء". ص12.

³²¹ وجد مفهوم النظر الوظيفي قبولاً على مستوى عالمي، بل إن بعض السياسات التشريعية لم تردّد في إقراره، فمثلاً حرص المشرع الفرنسي على الأخذ بهذا المبدأ عند سنه تعديلات على نصوص التقنين المدني المتعلقة بالإنشاء بالكتابة بمنحى القانون رقم 230 لسنة 2000 م بتاريخ 2000/3/13م وذلك من أجل تظهيرها لتفسيات الاتصال الإلكتروني وتكنولوجيا المعلومات. نيسار، محمد عمار.

2009م. "مدى حجية المهر الإلكتروني في مجال الإثبات". ص13.

³²² دليل تشريع القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية "الاونسترال" عام 1996م بد 16، ص20.

وبعبارة أخرى يعتمد فتح النظر الوظيفي على إبراز الوظائف الأساسية للاشتراطات القانونية للمحرر الورقي، وذلك بهدف إيجاد معايير موضوعية محددة، ثم البحث في مدى إمكانية أن تلي إحدى تقنيات الكتابة في الشكل الإلكتروني تلك المعايير³²³، وإذا تمكنت إحدى محررات الحاسب الآلي من استيفائها، فإنها تمنح المستوى ذاته من الاعتراف الذي ينسب به المحرر الورقي المقابل الذي يؤدي الوظيفة ذاتها، وذلك باعتبارها نظيراً وظيفياً للمحرر الخطي، فالهدف بالنسبة للقانون النموذجي هو تأسيس اعتراف قانوني بالمساواة بين المحرر على وسائط إلكتروني والمحرر على دعامة ورقية، ولتوضيح ذلك فإن وظائف المحرر الورقي تنحصر في أن يكون مقروءاً للجميع، واستئصاله لعدة نسخ بيد كل طرف نسخاً، ثم إبقاء المحرر سليماً حالياً من أي تغيير في مضمونه إلى حين انقضائه بالتنفيذ أو بالنقادم، فإن محررات الحواسيب الآلية دون تمثيل لأي شكل إلكتروني معبر مكافئ لأي سند ورقي إذا استطاعت أياً منها أن تنهض بهذه الوظائف، فإنها تمنح نفس المستوى من الأمان والثقة اللذان يوفرهما الورق، وبالتالي تنسب الحجية التي يعطى بها المحرر الورقي طالما تمثيل واستمرار تحقيق تلك الوظائف في البيئة الإلكترونية³²⁴.

كذلك اختار واضعوا القانون النموذجي للتغلب على عوائق استخدام التقنيات الإلكترونية الناتجة عن اشتراطات الكتابة الورقية، على اعتماد فتح يستند إلى النظر الوظيفي في توسيع مفاهيم مرتبطة بالدليل الكتابي، كالكتابة والتوقيع والأصل لتشكل تقنيات الاتصال الحديثة، طالما تستوفي هذه الأخيرة وظائف الاشتراطات التقليدية³²⁵، ولكن القانون النموذجي لم يتمسك بأعمال مبدأ النظر الوظيفي إلى الحد الذي يلزم الدول بإزالة جميع الاشتراطات الورقية، أو تجاوز المبادئ والمفاهيم القانونية

³²³ تيار، محمد عمار. 2009م. "مدى حجية المحرر الإلكتروني في مجال الإثبات". ص 14.

³²⁴ الشهري، علي بن عبدالله. 1428هـ. "التجارة الإلكترونية عبر الإنترنت أحكامها وأثارها في الفقه الإسلامي والطام السعدي".

ص 54.

³²⁵ دليل تشريع القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية عام 1996م. بند 15. ص 20.

التي تقوم عليها تلك الاشتراطات، وإنما أجاز للدول أن تطوع تشريعاتها بما يستجيب للتطور التكنولوجي في تقنيات الاتصال الحديثة، بما يحول دون التمييز ضدها متى استوفت شروط القيام بوظائف المحرر الورقي³²⁶. الجدير بالذكر أنه من خلال اتباع نهج النظر الوظيفي فإن المحررات الإلكترونية بالإضافة إلى أنه بمقدورها أن تؤدي إلى وظائف المحرر الورقي كاملة، فإنها توفر في الغالب درجة أكبر من الموثوقية والسرعة، وخاصة فيما يتعلق بتحديد مصدر البيانات ومضمونها إذا استوفت عدداً من الاشتراطات القانونية والتقنية؛ ولكن يجب ألا يؤدي ذلك إلى فرض معايير فنية على مستخدمي الوسائل التقنية أشد مما يفرضه الاشتراطات القانونية للتعامل بالمستندات الورقية³²⁷.

ب- مبدأ الحياد التقني: يستهدف هذا المبدأ اتباع نهج مرن فيما يتعلق بالتقنيات المستخدمة في الكتابة أو التوقيع، وذلك في عدم تفضيل تقنية معينة، حتى ولو حققت درجة أكبر من الأمان والموثوقية، وذلك بغرض إتاحة الفرصة لامتداد ما سيتم تطويره في مجال تقنيات الكتابة ودعمها في المستقبل، كما أن مفاد هذا المبدأ أيضاً عدم التمييز ضد أي نوع من الكتابة على أساس الدعامة التي تقع عليها، وهو ما يسمى بمبدأ الحياد بين الوسائط³²⁸. أي أن جميع التقنيات "التكنولوجيات" ستنال نفس الفرصة لاستيفاء الشروط اللازمة للاعتراف القانوني بها، وبالتالي ينبغي ألا يكون هناك اختلاف في المعاملة بين تقنيات أو دعامة الكتابة شريطة أن تستوفي الشروط الأساسية لأداء وظيفة الكتابة. ويلاحظ أنه عندما اختار واضعوا القانون النموذجي توسيع مفهوم الكتابة، بهدف إزالة العوائق أمام استخدام وسائل التجارة الإلكترونية التي تفرضها اشتراطات الكتابة التقليدية، فإنه يقصد بذلك وضع تعريف محايد لها يشمل الكتابة الورقية والكتابة في الشكل الإلكتروني أو غيرها على حد سواء، بحيث يحل محل مفهوم الكتابة من

³²⁶ شرف الدين ، احمد. 2008م. العقود الإلكترونية قوانين وتشريعات. د.م. د. ن. ص 85.

³²⁷ دليل تشريع القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية عام 1996 م. بند 16. ص 20.

³²⁸ دليل تشريع قانون الاونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية لسنة 2001م. بند 67. ص 32.

ارتباطه بمستوى معين من التطور التقني الذي قد يصل إليه هذا المفهوم، فيما يتعلق بمادة إحداث الكتابة أو طريقة تدوينها أو طبيعة دعامتها³²⁹.

وقد ذهب أحد الفقهاء إلى أنه يمكن ضبط مبدأ الحياد التقني بالنسبة لتعريف الكتابة من زاويتين، تتمثل الأولى في أن هذا المفهوم يفترض بداية عدم البحث عن تفضيل لتقنية عن أخرى، فالتقنيات الحديثة تقابل الوقوع والعكس صحيح، وأما الثانية فإنه يعتقد أن المعالجة الآلية لمحرر ما تستقل عن الدعامة المستخدمة، ويجب أن تأول وتقيم قانوناً، بالإشارة لطبيعة محتواها وبدون الإشارة المباشرة لدعامتها. وهكذا الأخذ بمبدأ الحياد التقني أدى إلى التخلص من الاعتقاد السائد باقتصار مفهوم الكتابة في تلك التي تدون على الورق، هذا وقد أخذت غالبية الدول ومن بينها فرنسا التي اتجهت لتعديل تشريعاتها من أجل مسايرة التقدم التقني في مجال تقنيات الكتابة ودعامتها بهذا المبدأ³³⁰.

³²⁹ شرف الدين، احمد. 2008م. العقود الإلكترونية قوانين وتشريعات. ص311.

³³⁰ الديباني، تأمر محمد سليمان. 2009م. إثبات التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت. دراسة مقارنة. ص229.

المبحث الثالث: إثبات العقود الإلكترونية بالتوقيع الإلكتروني.

تأثرت فكرة التوقيع كثيراً بالتقدم التقني والتطور في وسائل الاتصال، حيث ظهرت أنماط عديدة في الشكل الإلكتروني تعتمد على التشفير وتقنيات الاتصال الحديثة، وبالتالي لم تعد فكرة التوقيع تنحصر في التوقيع الخطي فقط³³¹، يعد التوقيع حجر الزاوية في نظام الإثبات باعتباره شرطاً جوهرياً في الدليل الكتابي أما الكتابة في حد ذاتها، فبالرغم من أنها شرط بديهي لوجود المحرر، فإنها لا ترقى من الناحية القانونية إلى مرتبة الدليل الكامل في الإثبات، إلا إذا كانت تحمل توقيع من يحتج بها عليه، لذلك من المستقر عليه فقها وقضاء أن التوقيع هو الشرط الوحيد لصحة المحرر العرفي للإثبات، والمصدر الوحيد لحجية ما ورد فيه، وهو ما قضت به المادة 381 من القانون المدني الليبي. أن ظهور أنماط عديدة من التوقيعات الإلكترونية في الواقع العملي، أثار العديد من التساؤلات حول مدى إمكانية الاعتماد بها في مجال الإثبات، ومدى استيفائه لوظائف التوقيع الخطي³³².

المطلب الأول: مفهوم التوقيع الإلكتروني

يتطلب منا لتعريف التوقيع الإلكتروني بداية الوقوف عند مفهوم التوقيع اليدوي أو الخطي، ثم الانتقال إلى مفهوم التوقيع الإلكتروني.

³³¹ رضوي، عيسى غسان. 2009م. القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني. عمان: دار الثقافة. ص45.

³³² تيار، محمد عمار. 2009م. "مدى حجية المحرر الإلكتروني في مجال الإثبات". ص2.

أولاً: تعريف التوقيع:

التوقيع لغة: مشتق من الفعل الثلاثي وقع، والتوقيع: ما يُوقَع في الكتاب وهو إلحاق شيء بعد الفراغ منه، تَوْقِيعُ المَوْقِع في الكتاب، فيه ما يُؤكِّدُه ويوجبه. والتوقيع في الكتاب: إلحاق شيء فيه بعد الفراغ منه، قال الأزهري: توقيع الكاتب في الكتاب المكتوب أن يجمل بين تضاعيف سطوره مقاصد الحاجة، ويحذف الفضول³³³.

التوقيع اصطلاحاً³³⁴: ما يجعله صاحب الكتاب في ذيل كتابه من علامة تختص به وتدل على إقراره بصحة ما ورد فيه، والتواهم بضمونه³³⁵. والتوقيع: ما يعلقه الرئيس على كتاب أو طلب برأيه فيه وتوقيع العقد أو الصك ونحوه أن يكتب الكاتب اسمه في ذيله إمضاء له أو إقراراً به، وهو نوع من الخط ونوع من السير شبه التلخيص توافق³³⁶. ويعرف التوقيع اليدوي: عبارة عن علامة أو إشارة أو بيان ظاهر مخطوط اعتاد الشخص استعماله للتعبير عن موافقته على المكتوب في المستند، ويتم التوقيع عادة بالإمضاء وذلك بكتابة الاسم أو اللقب، أو بعلامة رمزية بحيث يتكون التوقيع من الأحرف الأولى للاسم واللقب، وقد يكون التوقيع بالختم أو بصمة الأصبع³³⁷. وقد كان التوقيع العادي هو المستخدم في جميع المستندات وغالباً ما يوضع في آخر المستند لأهميته وحرصاً على وضوحه، وبعد استخدام

³³³ ابن منظور، محمد بن مكرم. 1414هـ. لسان العرب. ج8. ص406. أبو الفيض، محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني. د. ت.

تاج العروس من جواهر القاموس. د. م: دار الهداية. ج22. ص359.

³³⁴ التوقيع على وثيقة: هو الالتزام بصدق ما تحتويه. عمر، تمام حسان. 2006م. اللغة العربية معناها ومبناها. د. م: عالم الكتب.

ص366

³³⁵ الرازي، زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي. 1999م. مختار الصحاح. ص343.

³³⁶ مجمع اللغة العربية. د. ت. المعجم الوسيط. باب الواو. القاهرة: دار الدعوة. ج2. ص1050.

³³⁷ قاسم، محمد حسن، 2002م. أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية. ص158.

بطاقات الائتمان والحاسب الآلي ظهرت الحاجة إلى توقيع آخر يقوم مقام التوقيع العادي على

المستندات الورقية فظهر التوقيع الإلكتروني³³⁸.

ثانياً: تعريف التوقيع الإلكتروني:

التوقيع الإلكتروني: هو عبارة عن ملف رقمي صغير يصدر عن إحدى الهيئات المتخصصة والمستقلة،

والمعترف بها من قبل الحكومة، وفي هذا الملف يتم تخزين الاسم وبعض المعلومات الهامة كرقم التسلسل

وتاريخ انتهاء الشهادة ومصدرها ونحو ذلك³³⁹. وعرفه القاموس الفرنسي بأنه: "علامة شخصية يضعها

الموقع باسمه (بشكل خاص وثابت) ليؤكد صحة مضمون الورقة وصدق ما كتب بها وإقراره بتحمل

المسؤولية عنها"³⁴⁰. عرف البعض التوقيع الإلكتروني بأنه: "مجموعة من الإجراءات والوسائل التي يتبع

استخدامها، عن طريق الرموز أو الأرقام إخراج رسالة إلكترونية تتضمن علامة مميزة لصاحب الرسالة

المنقولة إلكترونياً يجري تشفيرها باستخدام زوج من المفاتيح، واحد معلن والآخر خاص بصاحب

الرسالة"³⁴¹.

³³⁸ أبو الهيجاء، محمد إبراهيم. 2002م. التعاقد بالبيع بواسطة الإنترنت. عمان: دار الثقافة. ص60

³³⁹ حجازي، عبد الفتاح بيومي. 2002م. النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية. الإسكندرية: دار الفكر الجامعي. ص 182

³⁴⁰ زريقات، عمر خالد. 2007م. عقد البيع عبر الإنترنت. ص243

³⁴¹ راضي، عيسى غسان. 2009م. القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني. عمان: دار الثقافة. ص55.

يرتكز هذا التعريف على أحد أشكال التوقيع الإلكتروني ألا هو التوقيع الرقمي³⁴²، الذي يقوم على التشفير القائم على زوج من المفاتيح (العام والخاص).

عرف البعض من الفقه التوقيع الإلكتروني بأنه : "بيان مكتوب بشكل الإلكتروني، يتمثل بحرف أو رقم أو رمز أو إشارة أو صوت أو شفرة خاصة ومميزة، ينتج عن اتباع وسيلة آمنة، وهذا البيان يلحق أو يرتبط منطقياً ببيانات المحرر الإلكتروني (رسالة البيانات) للدلالة على هوية الموقع على المحرر والرضا بمضمونه"³⁴³. ويمكن أن تعريف التوقيع الإلكتروني: "هو عبارة عن كلمات أو إشارات أو رموز مشفرة خاصة بصاحبها، ومحددة لشخصه وإرادته، ومعبرة عن مضمون التصرف الذي يصدر التوقيع لأجله، والتزامه بمضمونه".

³⁴² التوقيع الرقمي: هو التوقيع الذي يتم إنتاجه باستخدام تقنيات علم التشفير، وهو في حقيقة الأمر ليس توقيعاً بالمعنى التقليدي المتصور له دائماً. وإنما هو اصطلاح يطلق على عملية متعددة الخطوات تتضمن تشكيل وإنشاء رسالة الكترونية وتشفيرها واختصارها إلى مجموعة الأرقام أو الخانات الرقمية التي تشكل في النهاية ما يمكن وصفه بالبصمة الإلكترونية والتي تكون مميزة وفريدة، ومن ثم إرسالها إلى الشخص المستقبل الذي يمكن له من خلال استعمال برامج حاسوبية على جهازه من التوثق من الرسالة من حيث مضمونها وشخصية مرسلها وسلامة الرسالة من أي تغيير أو تعديل أو تزوير منذ لحظة مغادرتها جهاز المرسل وحتى فتحها من قبل المستقبل. فتسمية التوقيع الرقمي جاء من كون الرسالة . بعد تطبيق تقنيات التشفير عليها . تظهر على شكل سلسلة من الخانات الرقمية المشفرة تقدم بديلاً وظيفياً للتوقيع الخطي التقليدي. سعد، عاصم عبد الجبار. 21 نوفمبر 2013م. الإثبات في قانون المعاملات الإلكترونية. متدييات ستار تايمز. المستشار الليبي.

<http://www.startimes.com>

³⁴³ أبوزيد، محمد محمد. 2002م. تحديثات قانون الإثبات مكانة المحررات الإلكترونية بين الأدلة الكتابية. ص171.

رابعاً: مميزات وصفات التوقيع الإلكتروني:

إنّ التوقيع الرقمي أو الإلكتروني بات يناظر التوقيع العادي إنّ لم يتفوق عليه لاستحالة تزويره في بعض الأحيان، وتكمن صعوبة التزوير في اختيار أجزاء من الوثيقة يتم تشفيرها، وتحصين الموقع الرقمي رهن بحماية كلمة السر ومفتاح التشفير³⁴⁴، ومن مميزات وصفات التوقيع الإلكتروني:

1. التوقيع الإلكتروني يثبت هوية الشخص الذي وقع الوثيقة، وأن إرادته انصرفت إلى الموافقة على مضمونها³⁴⁵.
2. التوقيع الإلكتروني يضمن سرية وخصوصية الوثيقة وألا يطلع عليها إلا المصرح له فقط³⁴⁶.
3. التوقيع الإلكتروني يضمن سلامة الوثيقة التي تم توقيعها بشكل لا يحتمل التغير، وأنها كما وردت من الموقع عليها³⁴⁷.
4. التوقيع الإلكتروني يسمح إبرام الصفقات عن بُعد دون حضور المتعاقدين جسدياً، وهو بذلك يساعد في تنمية وضمان التجارة الإلكترونية³⁴⁸.
5. يمكن أن يكون التوقيع الإلكتروني مرئياً ومقروءاً أو ظاهراً في مكان مناسب وأن يصدر عن ذات الشخص المراد الاحتجاج به عليه³⁴⁹.

³⁴⁴ الوائلي، خليفة بن عبد الله بن سعيد. 2011م. عقود التجارة الإلكترونية عبر الإنترنت. ص229.

³⁴⁵ مرجع سابق. ص228.

³⁴⁶ الناصر، عبد الله ابن إبراهيم بن عبد الله. 2003م. "العقود الإلكترونية دراسة فقهية مقارنة". ص32.

³⁴⁷ الهذيلي، ممدوح علي. 7 أكتوبر 2013م. "التوقيع الإلكتروني وتوثيق المعاملات". مستشاري القانوني. <http://mylawyer1.com> 8.

³⁴⁸ حجازي، عبد الفتاح بيومي. 2002م. النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية. ص193.

³⁴⁹ زريق، عمر خالد. 2007م. عقد البيع عبر الإنترنت. ص245.

المطلب الثاني: حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات.

يشهد العالم في الوقت الراهن تقدماً في استخدام تقنيات الكتابة والتوقيع في الشكل الإلكتروني، لذلك بات من الضروري في ظل هذا الواقع إعادة النظر في القواعد المتعلقة بإثبات التصرفات القانونية، من أجل إفساح المجال للاعتداد بالأشكال الحديثة للتوقيع، غير أن ذلك يثير التساؤل حول مدى إمكانية تطويع فكرة التوقيع، بحيث يمكنها أن تتلاءم مع تلك المستجدات، وللإجابة على هذا الاستفسار يقتضي الأمر الرجوع إلى الوظائف التي يؤديها التوقيع في الإثبات، ثم التعرف على مدى نخوض الوسائل الحديثة المستخدمة في التوقيع بذات الوظائف، حتى يمكن التحقق من التقنيات التي يعول عليها في أداء تلك الوظائف، وإضفاء بالتالي الحجية القانونية المقررة للتوقيع الخطي عليها، أخذاً في الاعتبار أن الثقة في التوقيع ترتبط بمدى قيام تلك الوسيلة بأداء وظائفه³⁵⁰.

ومن المستقر فقها وقضاء³⁵¹، أن التوقيع التقليدي يؤدي دوراً وظيفياً مزدوجاً، فمن ناحية يقود إلى التعرف على هوية الموقع وتمييزه عن غيره، وهو من ناحية أخرى يعبر عن انصراف إرادة الموقع إلى الإقرار بالحرر والالتزام بمضمونه، ولكن بالنظر إلى أن التوقيع الإلكتروني ينشأ على وسيط إلكتروني غير مادي، مع انفصاله عن شخص الموقع، ثم تداوله عبر شبكة الاتصالات المفتوحة "الإنترنت". فإن جميع هذه المعطيات قد تثير الشك حول مصداقيته في ضمان ارتباطه بالحرر، الأمر الذي من شأنه أدى إلى بروز وظيفة ثالثة للتوقيع الإلكتروني، تتمثل في ارتباط التوقيع بالحرر حتى يمكن التحقق من سلامة

³⁵⁰ بوليفة، عمر محمد. 2005م. "القيمة القانونية للتوقيع على المحررات الإلكترونية". مجلة المحامي. ليبيا: نقابة المحامين .

³⁵¹ زهرة، محمد المرسي. 2008م. الحاسب الإلكتروني والقانون. ص 87-88.

مضمونه أثناء التعامل³⁵². لذلك نبحث تفصيلاً مدى قدرة التوقيع الإلكتروني على النهوض بهذه

الوظائف الثلاث على التفصيل الآتي:

أولاً: فعالية التوقيع الإلكتروني في تحديد هوية صاحبه: الحقيقة أن الشرط الجوهري للتوقيع في هذا السياق لا يتعلق بالاتصال المادي بين التوقيع في ذاته، وبين صاحبه³⁵³، وإنما يكمن في مدى قدرة التوقيع على تحديد هوية الموقع وتمييزه عن غيره، بصرف النظر عن شكله أو وسيلة إصداره، لذلك في هذا الإطار اتجه واضعوا القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية عام 1996م إلى تحديد الضوابط التي يجب أن تتوفر في التوقيع في شكله الإلكتروني، حتى يكون قادراً على أداء وظائف التوقيع التقليدي، حيث نصت المادة السابعة منه والمعنية بتحديد مصطلح التوقيع على أنه "عندما يستلزم القانون توقيع شخص ما (على المحرر) فإن رسالة البيانات تعتبر مستوفية لهذا الشرط إذا:

أ- استخدمت طريقة لتحديد هوية ذلك الشخص والتدليل على موافقته على المعلومات الواردة ضمن رسالة البيانات.

ب - إذا كانت تلك الطريقة جديرة بالتعويل عليها بالقدر المناسب للغرض الذي أنشئت أو أبلغت من أجله رسالة البيانات وفي ضوء كل الظروف"³⁵⁴.

يستفاد من هذا النص أن كل تقنية تمكن من تحديد هوية الشخص وتمييز شخصيته على نحو قاطع ويقيني، وتبين موافقته على مضمون المحرر، وتكون كفيلة بالمحافظة على المعلومات التي يحويها المحرر، فإنها تكون مستوفية للشروط المطلوبة للتوقيع ويمكن الاعتماد عليها كدليل في الإثبات، وهي مسألة

³⁵² تيار، محمد عمار. 2009م. "مدى حجية المحرر الإلكتروني في مجال الإثبات". ص33.

³⁵³ المومني، عمر حسن. 2003م. التوقيع الإلكتروني وقانون التجارة الإلكترونية. عمان: دار وائل للنشر. ص50.

³⁵⁴ القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية الصادر عام 1996م.

موضوعية تخضع لتقدير محكمة الموضوع³⁵⁵، مع الأخذ في الاعتبار أن استخدام تقنيات التشفير والمفتاح اللامتناهات³⁵⁶ لأغراض التوقيع، تفسح المجال أمام استيفاء وظيفة تحديد الهوية بفعالية وبشكل مؤكد، بشرط حفظ المفاتيح السرية في ظل ظروف آمنة، وأن الأنظمة التشفيرية العالية الأداء غير قابلة من الناحية العملية للانتهاك، وتملك القدرة على مقاومة كل محاولات القرصنة والاختراق التي يمكن أن تتعرض لها، مما يجعلها في مأمن من مخاطر التزوير والتلاعب³⁵⁷.

ثانياً: اتصال التوقيع بالمحرر الإلكتروني: بالنسبة للتوقيع الخطي لكي يتمكن من أداء وظيفته في إثبات إقرار الموقع به، ورد في مضمون المحرر يتعين أن يكون هذا التوقيع متصلاً اتصالاً مادياً ومباشراً بالمحرر المكتوب³⁵⁸. ذلك أن واقعة كتابة التوقيع على المحرر نفسه هي التي تمنح التوقيع أثره، والجدير ذكره أن استخدام الورق في كتابة المحررات المعدة للإثبات يحقق معه اتصال التوقيع بالمحرر اتصالاً مادياً وكيميائياً على نحو لا يمكن معه فصل أحدهما عن الآخر؛ إلا بإتلاف المحرر أو بإحداث تعديل في التركيب الكيميائي للأجبار أو مادة الأوراق المستخدمة، وفي هذه الحالة يسهل اكتشاف ذلك سواء من خلال المناظرة أو الاستعانة بالخبرة الفنية بالخصوص³⁵⁹.

³⁵⁵ الدمياطي، تأمر محمد سليمان. 2009م. إثبات التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت. دراسة مقارنة. ص 364.

³⁵⁶ التشفير اللامتناهات: وهو ما يعرف بالتشفير العام. (Asymmetric Cryptography). تم تطوير هذا النظام في السبعينات في بريطانيا وكان استخدامه حكراً على قطاعات معينة من الحكومة. ويعتمد في مبدئه على وجود مفتاحين وهما المفتاح العام Public key والمفتاح الخاص Privet key، حيث أن المفتاح العام هو لتشفير الرسائل والمفتاح الخاص لفك تشفير الرسائل. المفتاح العام يرسل لجميع الناس أما المفتاح الخاص فيحتفظ به صاحبه ولا يرسله لأحد. فمن يحتاج أن يرسل لك رسالة مشفرة فإنه يستخدم المفتاح العام لتشفيرها ومن ثم تقوم باستقبالها وفك تشفيرها بمفتاحك الخاص. طعمة، قصي. 10 نوفمبر 2013م. "تشفير البيانات". موقع دليل.

³⁵⁷ <http://daleel.bestdaleel.com> حسن، يحيى يوسف فلاح. 2007م. التنظيم القانوني للعقود الإلكترونية. رسالة ماجستير. جامعة النجاح الوطنية فلسطين. ص 81.

³⁵⁸ زهرة، محمد المرسى. 2008م. الحاسب الإلكتروني والقانون. ص 80.

³⁵⁹ الجميبي، حسن عبد الباسط. 2000م. إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عبر الإنترنت. ص 31-32.

أما بالنسبة للتوقيع الإلكتروني نظراً للطبيعة اللامادية المتسمة بما المحررات الإلكترونية، مع الأخذ في الاعتبار أيضاً أنها تجرى عبر شبكة الاتصالات المفتوحة، فإن الرابطة التي تقوم بين التوقيع الإلكتروني والمحرر الإلكتروني ليست رابطة مادية كما هو الحال بالنسبة للمحررات الموقعة بخط اليد، وإنما هي رابطة منطقية ترتبط بكفاءة التقنيات المستخدمة في إنشاء التوقيع³⁶⁰، وتوفير مقتضيات تأمينية والثقة فيه، بل وتأمين ارتباطه بشكل لا يقبل الانفصال عن المحرر، لأن في البيئة الإلكترونية لا يمكن افتراض توافر الاتصال بين التوقيع والمحرر الإلكتروني، ويرجع ذلك إلى انفصام الرابطة المادية الملموسة بين ذلك التوقيع والبيانات التي تصاحبها المحرر الإلكتروني، وبالتالي وجب البحث في توفير وسيلة "تقنية" موثوق بها يتحقق بها اتصاله بتلك البيانات، وبعبارة أخرى إن توافر الرابطة المنطقية بين التوقيع الإلكتروني المحرر الذي يرتبط به يعتمد على تحديد التقنيات التي يتحقق بموجبها ارتباط رضا الموقع بمضمون المحرر الإلكتروني وإقراره³⁶¹ له.

ثالثاً: التحقق من سلامة مضمون المحرر: لقد برزت وظيفة ثالثة للتوقيع وهي التحقق من سلامة مضمون المحرر، وتلعب الدعامة الورقية دوراً أساسياً وحاسماً في القيام بهذه الوظيفة بالنسبة للتوقيع الخطي، حيث تتأكد هذه الوظيفة من خلال ما تقدمه الدعامة الورقية من ضمانات بالخصوص، ومنها عدم قابلية تحريف مضمون المحرر، لأن كل كشط أو تزوير يترك أثره على الحامل الورقي، وبالتالي يمكن اكتشافه بسهولة سواء عن طريق المناظرة أو من خلال الاستعانة بأهل الخبرة الفنية إذا كان التزوير متقناً. كما يكفل المحرر الورقي عدم المساس بمضمونه الموقع لعدم قابلية انفصال المحرر عن الدعامة مما يحول دون التنصل من الالتزامات الواردة بهذا المضمون حيث لا يجوز أن يتم انفصال الرابطة بينهما إلا في

³⁶⁰ الدمياطي، تأمر محمد سليمان. 2009م. إثبات التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت. دراسة مقارنة. ص 371.

³⁶¹ جراح، ندى بدر. 2009م. "تقنيات التشفير في التبادل التجاري الإلكتروني". مجلة ميسان للدراسات الأكاديمية. جامعة البصرة:

كلية الإدارة والاقتصاد. ص 197.

الحالات التي يسمح بها القانون، كما في حالة إنكار الشخص لتوقيعه وما في حكمها، وكذلك يتميز الحامل الورقي بصفة الدوام وخاصة إذا تم حفظه في ظروف تخزين مناسبة، مما يقلل فرص تعرضه للتلف، ويظل نافذاً إلى حين انقضائه بالتنفيذ أو بالتقادم³⁶².

أما فيما يتعلق بالوسيط الإلكتروني فإنه بالمقارنة بالضمانات التي تقدمها الدعامة الورقية فإن الأمر يختلف تماماً بالنسبة للتوقيعات الإلكترونية، لأن كفالة توفير الأمان ينصب على الالتزامات والبيانات الواردة بمضمون المحرر عبر الشبكة المفتوحة للاتصالات، وليس للدعامة الإلكترونية ذات الطابع اللامادي، ويبدو ذلك لانفصال الدعامة عن مضمون المحرر³⁶³. كما أن الأمان لمضمون المحرر لا توفره الدعامة الإلكترونية، وإنما يحقق بواسطة تقنيات التوقيعات الإلكترونية الموثوقة على المحررات الإلكترونية المتصلة بها، لكونها تلعب دوراً بالغ الأهمية في توفير الارتباط بين التوقيع الإلكتروني والمحرر على نحو لا يمكن انفصال هذه الرابطة إلا من خلال أو تدخل صاحبه فقط³⁶⁴.

³⁶² ربيضي، عيسى غسان. 2009م. القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني. ص42.

³⁶³ تيار، محمد عمار. 2009م. "مدى حجية المحرر الإلكتروني في مجال الإثبات". ص37.

³⁶⁴ عطا سده، إباد محمد عارف. 2009م. مدى حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات. ص122.