عمادة الدراسات العليا

جامعة القدس

وثائق البريد الإلكتروني كوسيلة من وسائل الإثبات وفقا لقانون البيّنات الفلسطيني

إعداد: هشام فايز مسلم أبو حلو.

إشراف: الدكتور أنور أبو عيشة

القدس– فلسطين

وثائق البريد الإلكتروني كوسيلة من وسائل الإثبات وفقا لقانون البيّنات الفلسطيني

إعداد: هشام فايز مسلم أبو حلو

بكالوريوس حقوق

جامعة الجزائر

1992

وثائق البريد الإلكتروني كوسيلة من وسائل الإثبات وفقا لقانون البيّنات الفلسطيني

هشام فايز مسلم أبو حمو.

الرقم الجامعي: 98/10942

المشرف: د. أنور أبو عيشة.

نوقشت هذه الرسالة وأجيزت بتاريخ: 2004/7/8 م من قبل لجنة المناقشة المدرجة أسماؤهم وتواقيعهم.

د. أنور أبو عيشة	رئيساً	
أ.د. عثمان التكروري	ممتحناً داخلياً	
د. غسان عمر	ممتحناً خارجياً	

جامعة القدس

2004

شكر وتقدير

بعد إتمام هذه الرسالة، لا يسعني إلا أن أتقدم بجزيل الشكر لكل من ساعدني على الوصول إلى هذه المرحلة. وأخص بالذكر مشرفي الدكتور أنور أبو عيشة على حسن إشرافه ومتابعته، وأعضاء لجنة المناقشة الأستاذ الدكتور عثمان التكروري والدكتور غسان عمر.

كما أتقدم بالشكر إلى أسرة كلية الحقوق – جامعة القدس وعلى رأسها عميدها الدكتور موسى دويك.

ولا أنسى أن أقدم شكري وامتناني لزوجتي، على كل ما قدمته من دعم معنوي ومساعدة طيلة فترة التحاقي ببرنامج الماجستير.

الإهداء

إلى روح والدي الذي حرمت منه مبكراً، رحمه الله...

إلى والدتي أطال الله في عمرها...

إلى زوجتي الغالية التي لطالما شجّعتني ...

إلى فلذات كبدي هديل وبانا وسما...

إلى كل من ساعدني على إتمام هذه الرسالة

قائمة المحتويات

وثائق البريد الإلكتروني كوسيلة من وسائل الإثبات وفقا لقانون البيّنات الفلسطيني	ت
شكر وتقدير	ث
الإهداء	ج
قائمة المحتويات	ح
ملخص	د
Abstract	ر
مقدمة	1
الفصل الأول: الطبيعة القانونية للدليل الكتابي ووثائق البريد الإلكتروني	8
المبحث الأول: عناصر الدليل الكتابي.	9
المطلب الأول: الكتابة.	9
المطلب الثاني: التوقيع.	15
المبحث الثاني: دور وثائق البريد الإلكتروني في الإثبات	28
المطلب الأول: هل تعتبر وثائق البريد الاكتروني من السندات العرفية المعدة للإثبات؟	28
المطلب الثاني: المحكمة والحاسب الآلي	36
الفصل الثاني: الحجية القانونية لوثائق البريد الإلكتروني كسند عرفي	40
المبحث الأول: حجية وثائق البريد الإلكتروني.	40
المطلب الأول: حجية وثائق البريد الإلكتروني بين الأطراف وبالنسبة للغير.	41
المطلب الثاني: حجية أصول وصور السندات العرفية.	52
المبحث الثاني: إثبات صحة وثائق البريد الإلكتروني كسند عرفي والإشكاليات التي قد تنجم عن استخدامه.	61
المطلب الأول: إثبات صحة وثائق البريد الإلكتروني كسند عرفي.	61
المطلب الثاني: الإشكاليات التي قد تنجم عن استخدام وثائق البريد الإلكتروني:	71
الخاتمة	83
قائمة المصادر والمراجع	86

ملخص

رمت الدراسة إلى بحث حجية الوسائل الحديثة في الإثبات وتوضيح الأمور الفنية الخاصة بموضوع الدراسة للقانونيين وبيان مدى تلاؤم نص القانون الفلسطيني فيما يخص وثائق البريد الإلكتروني بمتطلبات التجارة الإلكترونية.

وقد تبين من خلال الدراسة أن قانون البينات الفلسطيني قد اعتبرت وثائق البريد الإلكتروني من ضمن السندات العرفية ومنحها ذات القيمة في الإثبات، ودرسنا شروط السندات العرفية وهي الكتابة والتوقيع، ومن ثم درسنا مدى توفر شرط الكتابة في وثائق البريد الإلكتروني؛ وخلصنا إلى أنه يمكن قبول الكتابة الإلكترونية للإثبات. أما التوقيع الإلكتروني فعلى الرغم من كونه يختلف في شكله عن التوقيع التقليدي، إلا أن المشرع الفلسطيني في مشروع قانون المبادلات التجارية والإلكترونية فقد نهج قانون الاونسيترال النموذجي حيث أجاز قبول التوقيع الإلكتروني كبديل قانوني للتوقيع التقليدي المطلوب في قانون البينات لأن هذا التوقيع يمنح نفس الوظائف الأساسية المتطلبة في التوقيع التقليدي، إلا انه اشترط شروطا ومواصفات تقنية للتوقيع الإلكتروني.

ثم درسنا دور وثائق البريد الإلكتروني في الإثبات وخلصنا إلى أن المحررات الإلكترونية لا تعادل أيا من الوثائق المكتوبة في مفهومها التقليدي، وذلك من خلال دراسة السندات العرفية المعدة للإثبات كالبرقيات والرسائل وشروطها، ودراسة السندات العرفية غير المعدة للإثبات كالدفاتر التجارية والأوراق الخاصة، وشروطها.

وبيّنا في هذا الفصل أهمية وجود طرف ثالث في المعاملات الإلكترونية يولد الأمان لدى المتعاملين بالوسائل الحديثة ويعطيها المصداقية، الأمر الذي نص عليه مشروع القانون الفلسطيني مطلقا عليه الهيئة

العامة للمصادقة الإلكترونية على الرغم من أن قانون البينات الفلسطيني نص فقط على وجود مكتب تصدير يكون لديه أصل مودع موقع عليه، الأمر الذي يعترضه صعوبة عدم وجد مكاتب تصدير تقوم بهذه المهام فيما يخص المحررات الإلكترونية.

ثم درسنا الحجية القانونية لوثائق البريد الإلكتروني حيث منحها المشرع الفلسطيني وفقا لقانون البينات قيمة السندات العرفية في الإثبات، إلا أنه اشترط لمنحها هذه القوة أن يكون لها أصل مودع في مكاتب التصدير موقع عليها من مصدرها، الأمر الذي يعتبر صعب التطبيق حيث لا يمكن أن يكون للبريد الإلكتروني مكتب تصدير يحتفظ بأصول وثائق البريد الإلكتروني وتوقيع من تصدر عنه.

ثم درسنا إثبات صحة وثائق البريد الإلكتروني كسند عرفي، وتوصلنا إلى أن التصرفات التجارية التي تبرم بين التجار وبخصوص تجارتهم تخضع لحرية الإثبات وبالتالي يمكن الاستعانة بالوسائل التكنولوجية الحديثة –ومنها وثائق الحاسب الإلكتروني– من اجل إقامة الدليل عليها.

كما درسنا طرق الطعن بصحة الدليل الإلكتروني والإشكاليات التي قد تنجم عن استخدام وثائق البريد الإلكتروني كالخطأ والغش المعلوماتي.

Abstract

The research intended to study the conclusiveness of new means of evidence. It also intended to clarify the technical issues related to the research for lawyers. This study tried to clarify the suitability of the text of Palestinian law concerning electronical mail related to requirements of electronical trade.

The study found out that the Palestinian evidence law has considered the electronical mail from customery documents and gave it the same value in evidence. We studied the conditions of customery documents, which are writing and signing. Then we examined the availability of writing condition in electronical mail. We concluded that writing in electronical mail can be accepted as an evidence. Despite that the electronical signature is different in shape from the traditional signature, the Palestinian legislator in the draft law for commercial and electronical exchange pursued the classical Unicetral law as it approved the acceptance of electronical signature as a legal substitute to traditional signature required by evidence law because this signature gives the same basic functions required in a traditional signature. Nevertheless, there are conditions and technical specifications for electronical signature.

We also looked into the role of electronical mail in evidence. We concluded that electronical written acts are not equal to any of written documents in its traditional concept, and that through studying customery documents prepared for evidence such as telegrams, letters and the conditions, and customery documents not prepared for evidence as commercial books, private papers and the conditions.

In this chapter, we presented the importance of existence of third party in electronical transactions. It gives security for dealers in new means. It also gives it credibility. This is stated in the Palestinian draft law calling it the General committee for electronical authentication despite that the Palestinian evidence law stated that only the existence of an export office having a signed depositor origin. This issue is hindered by the difficulty that no export offices are doing these tasks special for electronical transactions.

Then, we discussed the legal conclusiveness of electronical mail as the Palestinian legislator gave it according to the evidence law the value of customery documents in evidence. However, there was one condition to give it this strength to have a depositor origin in export offices signed from its source, this is difficult to be implemented as it is impossible that the electronical mail has an export office that keeps the origins of electronical mail and the signature of whom is issued by.

We studied proofing the accuracy of electronical mail as customery documents. We concluded that the commercial practices ratified between merchants related to their trade are subject to freedom of evidence and consequently can be assisted by new technological means –including computers- to base the evidence on it.

Finally, we studied ways of objecting to the accuracy of electronical evidence and problems that can result from using electronical mail such as information errors and deceit.

مقدمة

لعبت التكنولوجيا دوراً كبيراً في الحياة حيث دخلتها في جميع مجالاتها سواء الاقتصادية أو الاجتماعية... ومن أهم اختراعات التكنولوجيا الحاسب الآلي الذي دخل حياتنا بسرعة كبيرة جداً بحيث لا يكاد بيت يخلو منه، حيث كثر استخدامه وتعددت خدماته.

ومن أبرز خدمات الحاسب الآلي الانترنت، وهي شبكة ضخمة للمعلوماتية تربط الملايين من الحاسبات الإلكترونية بعضها ببعض عن طريق خط التلفون. وقد أدى ظهور شبكة الإنترنت إلى ما يسمى بعالمية الأسواق وبالتالي المنافسة بين الشركات، بل أصبحت الإنترنت عالماً بحد ذاتها فهي عبارة عن وسيلة دعاية وتسويق لمنتجات الشركات وكذلك أصبح الموردون يستفيدون من تقنية الإنترنت للحصول على ما يريدون من خلال استعراض صفحات هذه الشبكة، كما تعتبر الانترنت وسيلة لدفع قيمة المشتريات التي تتم عن طريق الشبكة

ومن أبرز استخدامات الانترنت وثائق البريد الإلكتروني، وهو عبارة عن نظام لإرسال الرسائل من حاسب إلكتروني إلى حاسب إلكتروني آخر، حيث يقوم الحاسب المرسل بتحويل الرسالة المكتوبة إلى نبضات إلكترونية تنتقل إلى الحاسب المستقبل الذي يقوم بقراءتها وتحويلها من نبضات إلكترونية إلى لغة مفهومة للإنسان، ويخزنها على ذاكرته. ويمكن لمستخدم هذا الحاسب أن يكتفي بقراءتها على الشاشة أو أن يقوم بطباعتها على مستند ورقي. وفي هذه الحالة تعتبر هذه الوثيقة إحدى مستخرجات الحاسب الآلي.

ويعمل وثائق البريد الإلكتروني على تعميم وتبادل الافكار تماما كما تعمل الاجتماعات والمؤتمرات. فقد أصبح إجراء المراسلات، وبالتالي عقد الصفقات التجارية وبشكل خاص الدولية ممكناً

عن طريق المخاطبة بواسطة الحاسوب. ويتم ذلك عملا بقيام أحد الأشخاص بطباعة المعلومة التي يريدها في الحاسوب، وبعد ان يضع عنوان المرسل إليه على الخطاب يقوم بضغط زر في الجهاز لتصل المعلومة بواسطة الإنترنت فورا لجهاز الحاسوب للطرف الآخر الذي ما عليه سوى ان يفتح جهازه على عنوانه الإلكتروني ليجد المعلومة قد وصلته. وإذا أراد إجابة المرسل، فإنه يقوم باتباع الخطوات ذاتها، وهو ما يسمى بالتجارة الإلكترونية أو وثائق البريد الإلكتروني.

فما هي حجية وثائق البريد الإلكتروني في الإثبات؟

من الضرورة بمكان توضيح المقصود بالإثبات الذي يعرف بأنه تأكيد حق متنازع فيه له أثر قانوني بالدليل الذي أباحه القانون لإثبات ذلك الحق، وهو إقامة الدليل أمام القضاء على وجود واقعة قانونية أي وضع يرتب حقاً أو يعدله أو يرتب انقضاءه والوقائع القانونية إما أن تكون تصرفات قانونية وهي اتجاه الإرادة نحو إحداث أثر قانوني معين وهو يصدر من فريقين أو أكثر كالبيع والإيجار أو قد يصدر عن فريق واحد كالإقرار. وإما أن تكون الوقائع القانونية وقائع مادية وهذا النوع من الوقائع يجوز إثباتها بكل طرق الإثبات إذ لا يتصور إعداد دليل كتابي مسبق بشأنها بينما التصرفات القانونية يكون إثباتها في الأصل بالكتابة ولا تقبل شهادة الشهود في شأنها إلا استثناء.

فالعلم توصل إلى وسائل عديدة ومختلفة لم تكن منظمة في تشريعات الإثبات؛ وهي الوسائل التي يتم فيها تبادل المخاطبات بين الأطراف خطيا دون وجود توقيع من الطرف المرسل أو مع وجود هذا التوقيع ولكن لا يصل للمرسل إليه أصل الكتاب وانما صورة عنه. وأبرز مثال للحالة الأولى التلكس، الذي يعتبر وسيلة من الوسائل التكنولوجية لنقل المعلومات وخاصة في التجارة الدولية، وهو عبارة عن نص رسالة إلكترونية ترسل من نهاية طرفية لمبرقه، وتسلّم إلى أخرى فتقوم هذه الآلة الملتقطة بطبع الرسالة

المستلمة على ورقة، ويدون في آخر رسالة التلكس بيانات خاصة برقم الكود الخاص بالتلكس المرسل وكذلك اليوم وساعة الإصدار وهذه البيانات تفيد في معرفة مصدر هذه الرسالة، وقد يطلب مرسل الرسالة في بعض الأحيان من المستلم أن يرسل إليه رسالة تؤكد استلامه لهذه الرسالة.وللحالة الثانية الفاكس الذي يعد أحد الوسائل التكنولوجية لنقل المعلومات عن طريق نقل صورة وثيقة معينة من جهاز في مكان معين وطبعها على جهاز آخر في مكان بعيد عن الأول، والفاكس هو عبارة عن جهاز موصول بخط التليفون، ويقوم بعمله عن طريق المسح الإشعاعي للورقة ثم يقوم بتحويل المعلومات الموجودة بها إلى إشارات رقمية تنتقل من خلال جهاز التلفون إلى جهاز المستقبل والذي يقوم بقراءة هذه الإشارات الرقمية وتحويلها إلى عبارات مفهومة وبالتالي طبع صورة المستند على الورق. فكان على القضاء أن يتحرك لمواجهة هذا الواقع قبل تعديل التشريعات بما يتلاءم معه. لذلك قضي في بعض البلاد باعتبار التلكس وسيلة إثبات خطية. وكذلك بالنسبة للفاكس شريطة أن لا ينكر صاحب الشأن إرساله للتلكس أو الفاكس للمرسل اليه. حتى في هذه الحالة، فإن لصاحب المصلحة أن يثبت عكس ما ورد في الإنكار، أي يثبت بان التلكس أو الفاكس تم إرساله من المدعى عليه به. وفيما بعد، عدّلت بعض الدول تشريعاتها بحيث اعتبرت التلكس والفاكس من قبيل المحررات العرفية، ولها بالتالي ما للمحررات العرفية من حجية في الإثبات.

فالتطور التكنولوجي الذي يشهده العالم، وعلم المعلوماتية على وجه الخصوص، لا بد أن ينعكس على القوانين الإجرائية وقوانين البيّنات التي تعتبر الأكثر استجابة لمتطلبات العصر، ونتيجة لهذا فقد أصدرت الدول المختلفة القوانين التي تنظم وسائل الإثبات الحديثة.

وفي الدول التي لم تفرد بعد التشريعات التي تبين الاشكاليات التي قد تنجم عن التطور التكنولوجي، فإن العودة للقواعد العامة قد تضطر القاضي إلى التوفيق بين النصوص التقليدية والحاجات العملية الملحة، الأمر الذي يشكل تحد بين الحداثة والتقليد.

لذلك، فإن هناك حاجة إلى بيان ما إذا كانت الكتابة الإلكترونية تدخل ضمن الكتابة بالمفهوم التقليدي كإحدى وسائل الإثبات بل الدليل الأسمى من بين الأدلة الكتابية، كذلك هل تدخل البيانات الإلكترونية ضمن طرق الإثبات عند النص على إمكانية إثبات تصرف ما بكافة طرق الإثبات؟ بالإضافة إلى ذلك إذا كان المشرع الفلسطيني يستلزم توفر الكتابة لإثبات تصرف ما، فهل تدخل الوثائق الإلكترونية ضمن ذلك؟

صدر بشأن التجارة الإلكترونية قانون الاونسيترال النموذجي الذي قسّم إلى جزئين؛ الأول يتعلق بالتجارة الإلكترونية عموما تنظيم العقود الإلكترونية وقد صدر في العام 1996، والثاني صدر في العام 2001 ويتعلق بالتوقيعات الإلكترونية.

وفي فلسطين، كانت قواعد قانون البيّنات قبل عام 1952 موزعة بين مجلة الأحكام العدلية وقانون أصول المحاكمات الحقوقية وقانون البيّنات الفلسطيني، وفي عام 1952 أصدر المشرع الأردني القانون رقم 30 للعام 1952 وهو قانون البيّنات الذي يضم قواعد قانون البيّنات عدا بعض القواعد التي ظلت موجودة في قانون أصول المحاكمات الحقوقية الأردني الذي صدر في نفس العام، وقد ظل العمل ساريا بأحكام هذا القانون إلى حين صدور قانون البينات في المواد المدنية والتجارية رقم 4 لسنة 2001 المنشور في العدد 38 من الوقائع الفلسطينية بتاريخ 5 سبتمبر 2001 والذي بيّن موضوع وثائق البريد الإلكتروني ودوره في الإثبات في المادة 19 منه، معتبرا إياه من السندات العرفية.

ترمي هذه الدراسة إلى بحث مسألة قانونية حديثة بخصوص حجية الوسائل الحديثة في الإثبات وتوضيح الأمور الفنية الخاصة بموضوع الدراسة للقانونيين ومن ثم بيان مدى تلاؤم نص القانون الفلسطيني فيما يخص وثائق البريد الإلكتروني بمتطلبات التجارة الإلكترونية.

وفي هذا البحث سندرس مدى الحجية التي منحها المشرع الفلسطيني لمثل هذه المحررات، وذلك في ضوء الدور المتزايد للقاضي في إقامة الدليل، ولهذا أصبح لزاما علينا دراسة مدى حجية هذه الوسائل في إثبات التعاقدات التي تتم عبرها، وقد تنبهت العديد من الدول لما قد تثيره مسألة الإثبات فيما يتعلق بالعقود التي تجري عبر الوسائل التكنولوجية الحديثة، فقامت بإجراء تعديلات في قوانينها بما يمكن معه السماح بقبول الوسائل الحديثة كأدلة إثبات.

ولأن وثائق البريد الإلكتروني مفهوم حديث، وهو مفهوم فني دخل إلى التشريعات منذ فترة وجيزة، فإن من المهم دراسة الجانب الفني له، وبيان تعريف وثائق البريد الإلكتروني وطريقة عمله، وكيفية الحصول عليه، ومكان تخزين المعلومات وحفظ أصل الرسالة، وإمكانية استخدام وثائق البريد الإلكتروني من قبل الغير، بالإضافة إلى بيان مفهوم التوقيع الإلكتروني.

إضافة إلى ذلك، فمن الضرورة بمكان دراسة الجانب القانوني لهذا المفهوم، من حيث بيان حجية وثائق البريد الإلكتروني في الإثبات. فقد اعتبرت المادة 19 من قانون البيّنات الفلسطيني وثائق البريد الإلكتروني مستنداً عرفياً، وبالتالي لا بد من التعرض إلى المستندات العرفية ودورها في الإثبات.

وكذلك، فإننا سنقارن حجية وثائق البريد الإلكتروني وفقا لقانون البيّنات الفلسطيني، وقانون البيّنات الأردني المعدل، الذي اعتبر وثائق البريد الإلكتروني سندا عاديا.

مقدمة

لعبت التكنولوجيا دوراً كبيراً في الحياة حيث دخلتها في جميع مجالاتها سواء الاقتصادية أو الاجتماعية... ومن أهم اختراعات التكنولوجيا الحاسب الآلي الذي دخل حياتنا بسرعة كبيرة جداً بحيث لا يكاد بيت يخلو منه، حيث كثر استخدامه وتعددت خدماته.

ومن أبرز خدمات الحاسب الآلي الانترنت، وهي شبكة ضخمة للمعلوماتية تربط الملايين من الحاسبات الإلكترونية بعضها ببعض عن طريق خط التلفون. وقد أدى ظهور شبكة الإنترنت إلى ما يسمى بعالمية الأسواق وبالتالي المنافسة بين الشركات، بل أصبحت الإنترنت عالماً بحد ذاتها فهي عبارة عن وسيلة دعاية وتسويق لمنتجات الشركات وكذلك أصبح الموردون يستفيدون من تقنية الإنترنت للحصول على ما يريدون من خلال استعراض صفحات هذه الشبكة، كما تعتبر الانترنت وسيلة لدفع قيمة المشتريات التي تتم عن طريق الشبكة

ومن أبرز استخدامات الانترنت وثائق البريد الإلكتروني، وهو عبارة عن نظام لإرسال الرسائل من حاسب إلكتروني إلى حاسب إلكتروني آخر، حيث يقوم الحاسب المرسل بتحويل الرسالة المكتوبة إلى نبضات إلكترونية تنتقل إلى الحاسب المستقبل الذي يقوم بقراءتها وتحويلها من نبضات إلكترونية إلى لغة مفهومة للإنسان، ويخزنها على ذاكرته. ويمكن لمستخدم هذا الحاسب أن يكتفي بقراءتها على الشاشة أو أن يقوم بطباعتها على مستند ورقي. وفي هذه الحالة تعتبر هذه الوثيقة إحدى مستخرجات الحاسب الآلي.

ويعمل وثائق البريد الإلكتروني على تعميم وتبادل الافكار تماما كما تعمل الاجتماعات والمؤتمرات. فقد أصبح إجراء المراسلات، وبالتالي عقد الصفقات التجارية وبشكل خاص الدولية ممكناً عن طريق المخاطبة بواسطة الحاسوب. ويتم ذلك عملا بقيام أحد الأشخاص بطباعة المعلومة التي يريدها في الحاسوب،

وبعد ان يضع عنوان المرسل إليه على الخطاب يقوم بضغط زر في الجهاز لتصل المعلومة بواسطة الإنترنت فورا لجهاز الحاسوب للطرف الآخر الذي ما عليه سوى ان يفتح جهازه على عنوانه الإلكتروني ليجد المعلومة قد وصلته. وإذا أراد إجابة المرسل، فإنه يقوم باتباع الخطوات ذاتها، وهو ما يسمى بالتجارة الإلكترونية أو وثائق البريد الإلكتروني.

فما هي حجية وثائق البريد الإلكتروني في الإثبات؟

من الضرورة بمكان توضيح المقصود بالإثبات الذي يعرف بأنه تأكيد حق متنازع فيه له أثر قانوني بالدليل الذي أباحه القانون لإثبات ذلك الحق، وهو إقامة الدليل أمام القضاء على وجود واقعة قانونية أي وضع يرتب حقاً أو يعدله أو يرتب انقضاءه والوقائع القانونية إما أن تكون تصرفات قانونية وهي اتجاه الإرادة نحو إحداث أثر قانوني معين وهو يصدر من فريقين أو أكثر كالبيع والإيجار أو قد يصدر عن فريق واحد كالإقرار. وإما أن تكون الوقائع القانونية وقائع مادية وهذا النوع من الوقائع يجوز إثباتها بكل طرق الإثبات إذ لا يتصور إعداد دليل كتابي مسبق بشأنها بينما التصرفات القانونية يكون إثباتها في الأصل بالكتابة ولا تقبل شهادة الشهود في شأنها إلا استثناء.

فالعلم توصل إلى وسائل عديدة ومختلفة لم تكن منظمة في تشريعات الإثبات؛ وهي الوسائل التي يتم فيها تبادل المخاطبات بين الأطراف خطيا دون وجود توقيع من الطرف المرسل أو مع وجود هذا التوقيع ولكن لا يصل للمرسل إليه أصل الكتاب وانما صورة عنه. وأبرز مثال للحالة الأولى التلكس، الذي يعتبر وسيلة من الوسائل التكنولوجية لنقل المعلومات وخاصة في التجارة الدولية، وهو عبارة عن نص رسالة إلكترونية ترسل من نهاية طرفية لمبرقه، وتسلّم إلى أخرى فتقوم هذه الآلة الملتقطة بطبع الرسالة المستلمة على ورقة، ويدون في آخر رسالة التلكس بيانات خاصة برقم الكود الخاص بالتلكس المرسل وكذلك اليوم وساعة

الإصدار وهذه البيانات تفيد في معرفة مصدر هذه الرسالة، وقد يطلب مرسل الرسالة في بعض الأحيان من المستلم أن يرسل إليه رسالة تؤكد استلامه لهذه الرسالة.وللحالة الثانية الفاكس الذي يعد أحد الوسائل التكنولوجية لنقل المعلومات عن طريق نقل صورة وثيقة معينة من جهاز في مكان معين وطبعها على جهاز آخر في مكان بعيد عن الأول، والفاكس هو عبارة عن جهاز موصول بخط التليفون، ويقوم بعمله عن طريق المسح الإشعاعي للورقة ثم يقوم بتحويل المعلومات الموجودة بها إلى إشارات رقمية تنتقل من خلال جهاز التلفون إلى جهاز المستقبل والذي يقوم بقراءة هذه الإشارات الرقمية وتحويلها إلى عبارات مفهومة وبالتالي طبع صورة المستند على الورق. فكان على القضاء أن يتحرك لمواجهة هذا الواقع قبل تعديل التشريعات بما يتلاءم معه. لذلك قضي في بعض البلاد باعتبار التلكس وسيلة إثبات خطية. وكذلك بالنسبة للفاكس شريطة أن لا ينكر صاحب الشأن إرساله للتلكس أو الفاكس للمرسل اليه. حتى في هذه الحالة، فإن لصاحب المصلحة أن يثبت عكس ما ورد في الإنكار، أي يثبت بان التلكس أو الفاكس تم إرساله من المدعى عليه به. وفيما بعد، عدّلت بعض الدول تشريعاتها بحيث اعتبرت التلكس والفاكس من قبيل المحررات العرفية، ولها بالتالي ما للمحررات العرفية من حجية في الإثبات.

فالتطور التكنولوجي الذي يشهده العالم، وعلم المعلوماتية على وجه الخصوص، لا بد أن ينعكس على القوانين الإجرائية وقوانين البيّنات التي تعتبر الأكثر استجابة لمتطلبات العصر، ونتيجة لهذا فقد أصدرت الدول المختلفة القوانين التي تنظم وسائل الإثبات الحديثة.

وفي الدول التي لم تفرد بعد التشريعات التي تبين الاشكاليات التي قد تنجم عن التطور التكنولوجي، فإن العودة للقواعد العامة قد تضطر القاضي إلى التوفيق بين النصوص التقليدية والحاجات العملية الملحة، الأمر الذي يشكل تحد بين الحداثة والتقليد.

لذلك، فإن هناك حاجة إلى بيان ما إذا كانت الكتابة الإلكترونية تدخل ضمن الكتابة بالمفهوم التقليدي كإحدى وسائل الإثبات بل الدليل الأسمى من بين الأدلة الكتابية، كذلك هل تدخل البيانات الإلكترونية ضمن طرق الإثبات عند النص على إمكانية إثبات تصرف ما بكافة طرق الإثبات؟ بالإضافة إلى ذلك إذا كان المشرع الفلسطيني يستلزم توفر الكتابة لإثبات تصرف ما، فهل تدخل الوثائق الإلكترونية ضمن ذلك؟

صدر بشأن التجارة الإلكترونية قانون الاونسيترال النموذجي الذي قسّم إلى جزئين؛ الأول يتعلق بالتجارة الإلكترونية عموما تنظيم العقود الإلكترونية وقد صدر في العام 1996، والثاني صدر في العام 2001 ويتعلق بالتوقيعات الإلكترونية.

وفي فلسطين، كانت قواعد قانون البيّنات قبل عام 1952 موزعة بين مجلة الأحكام العدلية وقانون أصول المحاكمات الحقوقية وقانون البيّنات الفلسطيني، وفي عام 1952 أصدر المشرع الأردني القانون رقم 30 للعام 1952 وهو قانون البيّنات الذي يضم قواعد قانون البيّنات عدا بعض القواعد التي ظلت موجودة في قانون أصول المحاكمات الحقوقية الأردني الذي صدر في نفس العام، وقد ظل العمل ساريا بأحكام هذا القانون إلى حين صدور قانون البينات في المواد المدنية والتجارية رقم 4 لسنة 2001 المنشور في العدد 38 من الوقائع الفلسطينية بتاريخ 5 سبتمبر 2001 والذي بيّن موضوع وثائق البريد الإلكتروني ودوره في الإثبات في المادة 19 منه، معتبرا إياه من السندات العرفية.

ترمي هذه الدراسة إلى بحث مسألة قانونية حديثة بخصوص حجية الوسائل الحديثة في الإثبات وتوضيح الأمور الفنية الخاصة بموضوع الدراسة للقانونيين ومن ثم بيان مدى تلاؤم نص القانون الفلسطيني فيما يخص وثائق البريد الإلكتروني بمتطلبات التجارة الإلكترونية.

وفي هذا البحث سندرس مدى الحجية التي منحها المشرع الفلسطيني لمثل هذه المحررات، وذلك في ضوء الدور المتزايد للقاضي في إقامة الدليل، ولهذا أصبح لزاما علينا دراسة مدى حجية هذه الوسائل في إثبات التعاقدات التي تتم عبرها، وقد تنبهت العديد من الدول لما قد تثيره مسألة الإثبات فيما يتعلق بالعقود التي تجري عبر الوسائل التكنولوجية الحديثة، فقامت بإجراء تعديلات في قوانينها بما يمكن معه السماح بقبول الوسائل الحديثة كأدلة إثبات.

ولأن وثائق البريد الإلكتروني مفهوم حديث، وهو مفهوم فني دخل إلى التشريعات منذ فترة وجيزة، فإن من المهم دراسة الجانب الفني له، وبيان تعريف وثائق البريد الإلكتروني وطريقة عمله، وكيفية الحصول عليه، ومكان تخزين المعلومات وحفظ أصل الرسالة، وإمكانية استخدام وثائق البريد الإلكتروني من قبل الغير، بالإضافة إلى بيان مفهوم التوقيع الإلكتروني.

إضافة إلى ذلك، فمن الضرورة بمكان دراسة الجانب القانوني لهذا المفهوم، من حيث بيان حجية وثائق البريد الإلكتروني في الإثبات. فقد اعتبرت المادة 19 من قانون البيّنات الفلسطيني وثائق البريد الإلكتروني مستنداً عرفياً، وبالتالي لا بد من التعرض إلى المستندات العرفية ودورها في الإثبات.

وكذلك، فإننا سنقارن حجية وثائق البريد الإلكتروني وفقا لقانون البيّنات الفلسطيني، وقانون البيّنات الأردني المعدل، الذي اعتبر وثائق البريد الإلكتروني سندا عاديا.

والاشكالية الأكثر إلحاحاً هي حجية الوسائل الحديثة الفاكس، التلكس، ومستخرجات الحاسب الآلي في الإثبات، الأمر الذي جاء واضحاً في المادتين 19 و27 من قانون البيّنات الفلسطيني المذكور، فقد أعطت لهذه الوسائل حجية عادلت حجية السندات العرفية إلا إنها وضعت لذلك شرطا هو أن يكون للرسالة المرسلة بهذه الطرق أصل مودع في مكتب التصدير وموقع ممن أرسلها، فقد نصت المادة 19:

"1- تكون للرسائل الموقع عليها قيمة السند العرفي من حيث الإثبات ما لم يثبت موقعها أنه لم يرسلها، ولم يكلف أحداً بإرسالها.

2- تكون للبرقيات ومكاتبات التلكس والفاكس ووثائق البريد الإلكتروني هذه القوة أيضاً إذا كان أصلها المودع في مكتب التصدير موقعاً عليها من مرسلها، وتعتبر البرقيات مطابقة لأصلها حتى يقوم الدليل على عكس ذلك".

وهو أمر، إن كان بالإمكان تطبيقه على البرقيات ومكاتبات التلكس –في حالة وجود مكتب للتصدير وأصل مودع وموقع عليه– إلا أنه لا يمكن أن ينطبق بحال على الرسائل المرسلة عبر هذه الوسائل الحديثة، والتي لا تتم إلا عن طريق مكتب تصدير، وبالتالي فإن هذا الخطأ الذي وقع فيه المشرع الفلسطيني، يثير التساؤل حول مدى حجية محررات وثائق البريد الإلكتروني والفاكس والتلكس من الناحية العملية.

وتتجلى أهمية هذه الدراسة في كونها من أوائل الدراسات في هذا الموضوع في فلسطين، بحيث توضح مفهوم وثائق البريد الإلكتروني فنياً ودوره في الإثبات قانونياً، كما تبدو أهمية هذه الدراسة في محاولة التوصل إلى أوجه القصور التشريعي عن طريق الدراسة المقارنة للقانون الفلسطيني مع التشريعات في الأنظمة القانونية

المختلفة، وأخيراً فإن لهذه الدراسة أهمية عملية للمحامين والقضاة في مناطق السلطة الوطنية الفلسطينية، كدراسة قانونية فنية متعمقة لجزئية هامة من قانون البيّنات الفلسطيني الجديد.

وستتم هذه الدراسة بأسلوب تحليل النصوص القانونية سارية المفعول. كما ستوضح الدراسة النصوص القانونية المقارنة. مع دراسة قرارات محكمة التمييز الأردنية ومحكمة النقض المصرية لفهم النصوص وإعطاء الدراسة منحاً تطبيقياً هاما.

وقد تم تقسيم الدراسة إلى فصلين، الأول بعنوان الطبيعة القانونية للدليل الكتابي ووثائق البريد الإلكتروني، والثاني بعنوان الحجية القانونية للبريد الإلكتروني كسند عرفي.

الفصل الأول: الطبيعة القانونية للدليل الكتابي ووثائق البريد الإلكتروني

يعد الدليل الكتابي من أفضل السندات في الإثبات، وبظهور السندات الإلكترونية التي شاع استخدامها لا بد من دراسة طبيعتها القانونية حيث إنها البديل العصري للدليل الكتابي من نواحي إتمام العقود بأقصر وقت وأقل جهد وأدنى نفقات.

اعتبر قانون البيّنات في المواد المدنية والتجارية رقم 4 لسنة 2001 الفلسطيني، في المادة 19 منه أن وثائق البريد الإلكتروني من ضمن السندات العرفية ومنحه ذات القيمة من حيث الإثبات. ويعتبر هذا التنظيم لموضوع وثائق البريد الإلكتروني وبيان قيمتها في الإثبات حديث التشريع في فلسطين، حيث كان يسري في الضفة الغربية وقطاع غزة حتى توحيد قانون البيّنات، تشريعات من العهدين الانتدابي والأردني.

ونظرا لتنظيم وثائق البريد الإلكتروني بموجب نص قانوني، فلا بد –لحسن تطبيق النص– من الفهم الدقيق للطبيعة القانونية للسندات العرفية، ووثائق البريد الإلكتروني.

فقد عرّف المشرع الفلسطيني السند العرفي في المادة 15 من قانون البيّنات، بأنه: "السند الذي يشتمل على توقيع من صدر عنه أو على خاتمه أو بصمته ولا تتوافر فيه الشروط المنصوص عليها في المادة 9 من هذا القانون"وتعرف المادة 9 السندات الرسمية بأنها: "التي ينظمها الموظفون العموميون ومن في حكمهم الذين من اختصاصهم تنظيمها طبقا للاوضاع القانونية، اما السندات التي ينظمها اصحابها ويصدقها الموظفون العموميون ومن في حكمهم الذين من اختصاصهم تصديقها طبقا للقانون فتعتبر رسمية من حيث التاريخ والتوقيع فقط".

يتضح من هذا التعريف ان السند العادي هو "كل ورقة تصدر عن الأفراد لا يتدخل في كتابتها موظف عام، وتحمل هذه الورقة توقيع من صدرت عنه أو خاتمه أو بصمة إصبعه، ولا تتصف هذه الورقة بالرسمية"[1].

وللتوصل إلى الطبيعة القانونية لوثائق البريد الإلكتروني، فقد قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين، الأول حول عناصر الدليل الكتابي، والثاني حول دور وثائق البريد الإلكتروني في الإثبات.

المبحث الأول: عناصر الدليل الكتابي.

بدراسة تعريف المشرع الفلسطيني للسندات العرفية، يمكننا أن نستخلص شروطها. فالسندات العرفية لا بد أن تكون مكتوبة، وأن تكون موقعة ممن صدرت عنه.

وسندرس في هذا المبحث هذين الشرطين، وكيفية توافرهما في وثائق البريد الإلكتروني وانطباقهما عليها.

المطلب الأول: الكتابة.

يقصد بالدليل الكتابي وفقاً للمفهوم التقليدي، كل كتابة موقعة يمكن أن يستند عليها أحد الطرفين في إثبات حقه أو نفيه بوصفها دليلاً كاملاً في الإثبات [2]، وقد حدّد قانون البيّنات الأدلة التقليدية المكتوبة بالسندات الرسمية والسندات العادية وسائر السندات الأخرى المعتمدة في الإثبات، كالرسائل والبرقيات والدفاتر التجارية والأوراق الخاصة والتأشيرات على السندات.

1 مفلح عواد القضاة. البيّنات في المواد المدنية والتجارية دراسة مقارنة. دون ناشر.: 1990. ص72.

2 عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري، مكتبة دار الثقافة، عمان، 1997، ص237

الفرع الأول: شرط الكتابة في السند العرفي.

يشترط في السندات العرفية أن تكون مكتوبة، وإن لم يشترط المشرع الفلسطيني أي شرط آخر في الكتابة لا من حيث صياغتها ولا من حيث طريقة تدوينها؛ كأن تكون بخط اليد أو مطبوعة، أو حتى بخط يد الغير، أو أن تكون بقلم حبر أو رصاص، وإن كان استخدام القلم الرصاص غير عملي وليس من المحبذ استخدامه. كذلك لم يشترط المشرع الفلسطيني اللغة التي يمكن أن يكون عليها السند [3]، كذلك فإنه يجوز أن تشتمل الكتابة على إضافات بين السطور أو في هامش الورقة أو في أسفلها أو أن يوجد فيها شطب أو كشط [4]، دون اشتراط التوقيع بجانب الشطب أو الكشط ويترك تقدير ذلك للقاضي، وهذا يتفق مع نص المادة 38 من قانون البينات الفلسطيني التي تنص " 1- للمحكمة أن تقدر ما يترتب على الكشط والمحو والتحشير وغير ذلك من العيوب المادية في السند من إسقاط أو إنقاص قيمته في الإثبات، ولها أن تأخذ ببعض أو كل ما تضمنه السند.

2- إذا كانت صحة السند 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 فيه"

وليس هناك شروط معينة للكتابة، فالمشرع الفلسطيني لا يشترط شكلاً معيناً في المادة التي يكتب عليها أو في الأداة التي تكتب فيها الكتابة.

---

3 مفلح عواد القضاة. مرجع سابق. ص72.

4 محمد حسن قاسم. أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية. منشورات الحلبي الحقوقية. بيروت: 2002. ص155.

ولا يشترط في الكتابة المطلوبة أي شرط ما، فكل كتابة تؤدي المعنى المراد تكفي، وذلك أيا كانت لغة التعبير، سواء كانت اللغة الوطنية، أو لغة أجنبية، أو في صيغة رموز خاصة متى كان الطرفإن يحتفظان بمفتاح لهذه الرموز معتمد منهما. من جهة أخرى، لا يشترط في الكتابة أن تكون بخط من وقعها، وإنما يصح أن تكون بخط شخص أجنبي أو أن تكون بخط اليد أو بالآلة الكاتبة أو بالطباعة، أو صورة برامج للحاسب الإلكتروني.

وتعرف الكتابة بأنها: أسلوب للتعبير يتضمن تسطير وجمع الحروف والكلمات في شكل مادي ظاهر، ويعبر اصطلاحاً عن معنى مكتمل أو فكرة مترابطة صادرة من الشخص الذي نسبت إليه.[5]

فكل عبارة تدل على معنى مقصود، تصلح بعد توقيعها ان تكون دليلا على وقوعه[6].

ويقصد بالكتابة هنا، كعنصر من عناصر الإثبات، السند الأصلي، هذا السند قد يكون محررا رسميا وقد يكون محررا عرفيا، كذلك قد يكون ملزما لطرفين وقد يكون ملزما لطرف واحد.

وقد عرفت المادة 9 من قانون البيّنات في المواد المدنية والتجارية الفلسطيني المحررات الرسمية بأنها: "التي ينظمها الموظفون العموميون ومن في حكمهم الذين من اختصاصهم تنظيمها طبقاً للأوضاع القانونية، أما السندات التي ينظمها أصحابها ويصدقها الموظفون العموميون ومن في حكمهم الذين من اختصاصهم تصديقها طبقاً للقانون فتعتبر رسمية من حيث التاريخ والتوقيع فقط".

---

5 عبد المنعم فرج الصدة. الإثبات في المواد المدنية. ط2. شركة مطبعة مصطفى البابي: مصر، 1954. ص 108

6 عز الدين الدناصوري وحامد عكاز. التعليق على قانون الإثبات. ط8. دون ناشر (الدلتا للطباعة.: 1997. ص 86 وما بعدها

وقد ورد تعريف المحررات العرفية في المادة 15 من القانون، والتي نصت على أن: "السند العرفي هو الذي يشتمل على توقيع من صدر عنه أو على خاتمه أو بصمته، ولا تتوافر فيه الشروط المنصوص عليها في المادة 9 من هذا القانون".

وبذلك فإنه يقصد بالمحررات العرفية : المحررات التي تصدر من الأفراد ولا يتدخل موظف عام في تحريرها. وتنقسم إلى قسمين: محررات معدة للإثبات وتكون موقعة من ذوي الشأن ولذلك فإنها تعتبر أدلة كاملة، ومحررات عرفية غير معدة للإثبات كدفاتر التجار والرسائل والبرقيات والأوراق المنزلية وتكون عادة غير موقعة، ومع ذلك فإن القانون يجعلها في الإثبات تتفاوت قوة وضعفا بحسب ما يتوافر فيها من عناصر الإثبات. فلا يشترط في المحرر العرفي الذي يصلح أن يكون دليلا كتابيا إلا أن يكون كتابة مثبتة لواقعة قانونية، وأن يكون موقعا من الشخص المنسوب إليه توقيعا يجزم بأن المحرر صادر من ذلك الشخص.[7]

الفرع الثاني: شرط الكتابة في وثائق البريد الإلكتروني

أدى دخول الحاسب الإلكتروني في حياتنا العملية إلى ظهور وسائط جديدة غير معروفة سابقاً تختلف عن الورق المعروف منذ زمن بعيد، وكذلك تختلف عن المفهوم المعروف لدينا سابقا عن الكتابة، وهذه الوسائل منها ما يمكن قراءة ما تحتويه بالعين مثل قراءة المعلومات على الشاشة أو على شرائط أو بطاقات مثقبة، ومنها ما لا يمكن قراءته بالعين كما هو الحال بالنسبة للأشرطة المغناطيسية. فهل ينطبق مفهوم الكتابة الجديد المستخلص من هذه الوسائل التكنولوجية الجديدة على مفهوم الكتابة المتطلب للإثبات كعنصر من عناصر الدليل الكتابي ؟

7 سليمان مرقس. الوافي في أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية. ج 5.مجلد 1.دون ناشر، 1991. ص 230

وعلى الرغم من العمومية للأشكال التي يمكن قبولها لمفهوم الكتابة كأحد عناصر الدليل الكتابي المتطلبة للإثبات، فإنه يمكن قبول هذا النوع من الكتابات كأحد الأشكال المقبولة في الإثبات. وإن كان البعض[8] يشترط لقبولها أن يتم نسخ المعلومات المخزنة في داخل هذه الأشرطة والأقراص المغناطيسية على مستندات ورقية. فالكتابة بالمفهوم الحديث لها معنى واسع والذي لا يشمل السندات التقليدية فحسب، وإنما تشمل أيضاً السندات المرسلة عن طريق وسائل الاتصال الحديث، مثل التلكس والفاكس ووثائق البريد الإلكتروني. وقد اتفق المناقشون[9] في لجنة القانون التجاري الدولي على عدم إيراد تعريف للكتابة وفضلوا ترك معنى الكلمة دون تحديد ليتسنى تفسيرها وفقاً للتطور التكنولوجي الهائل الذي طرأ على الكتابة

وهذا الرأي هو ما نعتقده لأن العمومية التي ارتضاها المشرع الفلسطيني من عدم النص على شكل الإثبات، له حد يتمثل في إمكانية قراءة هذا الدليل والتأكد من سلامته وموافقته للمقصود منه؛ وهذا يجعل من الأشكال الحديثة التي أصبحت في وقتنا الحاضر واقعا نتعامل معه بكل أشكاله، مقبولة للإثبات. وهو ما نصت عليه المادة 6 من القانون النموذجي التي تعتبر أن رسالة البيانات تستوفي شرط الكتابة عندما يشترط القانون الكتابة إذا تيسر الاطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليها لاحقا.

8 عايض راشد المرى، مدى حجية الوسائل التكنولوجية الحديثة في إثبات العقود التجارية. رسالة دكتوراة نوقشت في جامعة القاهرة بتاريخ 3/22/ 2000، ص 72 وما بعدها، عن محمد المرسي زهرة. الحاسب والقانون. مؤسسة الكويت للتقدم العلمي. ط1. 1995. ص95

9عباس العبودي، مرجع سابق، ص 252- 257 نقلا عن تقرير لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في أعمال دورتها التاسعة عشر في نيويورك 23 حزيران إلى 1 تموز 1986 أشار إليها الدكتور فائق الشماع في كتابه "الشكلية في الأوراق التجارية ص 135

هذا مع أن هناك رأيا معاكسا يرى أن الكتابات المعلوماتية لا تصلح كعنصر من عناصر الدليل الكتابي المتطلب للإثبات، حتى لو قمنا بتحويل تلك الكتابات غير المرئية إلى مستندات ورقية، وذلك لأننا في هذه الحالة لسنا أمام المحرر المؤسس مسبقا المطلوب لإثبات التصرفات القانونية التي تجاوز حدا معينا.[10]

10 عايض المري، مرجع سابق، ص 74

المطلب الثاني: التوقيع.

إن كان التوقيع هو الشرط الثاني من شروط الدليل الكتابي إلا أنه يعتبر فعلياً الشرط الوحيد، وذلك على فرض أن الورقة تتضمن كتابة تثبت ما تم الاتفاق عليه لذلك، سنتحدث عن التوقيع بمفهومه التقليدي والحديث.

وقد تم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، الأول بعنوان التوقيع في السندات العرفية، والثاني بعنوان التوقيع الإلكتروني.

الفرع الأول:التوقيع في السندات العرفية

اشترط المشرعون بشكل عام والمشرع الفلسطيني بشلك خاص صراحة في السندات العرفية أن تشتمل على توقيع من صدرت عنه أو على خاتمه أو بصمة إصبعه، لأن التوقيع هو أساس نسبة الكتابة إلى الموقع ودلالة على إرادته الالتزام بمضمونها [11]. وهنا، فإنه وإن لم يُشترط شكلا أو مكاناً معيناً للتوقيع حتى يمكن الاعتداد به، إلا أن التوقيع يجب أن يشتمل على اسم ولقب الموقع كاملين، أو اسم الموقّع الذي اشتهر به، أو الاسم الذي اعتاد التوقيع به، أما التوقيع بعلامة رمزية أو إمضاء مختصر فلا يكفي. ويجب أن يكون التوقيع بالختم أو بصمة الاصبع واضحا12.

11 عز الدين الدناصوري. مرجع سابق. ص 87

12 عايض المري. مرجع سابق. ص 78

ولا يلزم لصحة السند العرفي ان يكون مؤرخا، إلا في الحالات التي يوجب فيها القانون ذلك، كذلك فلا يلزم لصحة السند العرفي توقيع الشهود عليه.[13].

أما إذا كان المحرر مكونا من عدة اوراق، فقد رأى بعض الفقهاء [14] أنه لا يكفي التوقيع على الورقة الاخيرة منه انما يجب توقيع كل ورقة على حدة. بينما رأى فريق آخر من الفقهاء انه إذا كانت اوراق المحرر متصلة ببعضها البعض، فإن التوقيع على الصفحة الاخيرة يكفي، والا فإنه يجب ان يكون التوقيع على كل ورقة.

وإذا تعدد أطراف الورقة الواحدة، فيمكن للأطراف توقيعهم جميعا في نفس المكان والزمان أو توقيعهم في امكنة وازمنة مختلفة.

ولا يشترط القانون تلاوة المحرر العرفي قبل التوقيع عليه.

وإذا وقع شخص على محرر بختم غيره فلا يكون هذا المحرر حجة على صاحب الختم إلا إذا ثبت ان ذلك كان برضائه، وبمطابقة ارادته مع ارادة المتعاقد الاخر. ولا يجوز إثبات ذلك إلا بالكتابة إذا زادت قيمة الالتزام عن 200 دينار أردني وفقا للمشرع الفلسطيني في المادتين 68 و69 من قانون البينات.

وعلى الرغم من أهمية التوقيع في السندات العرفية إلا انه قد يوقع الشخص على ورقة بيضاء ويترك لدائنه ملء البيانات، فإذا تم تدوين البيانات فإن لهذا السند ذات الحجية الخاصة بالسند الذي تم توقيعه بعد تدوين بياناته. فإذا كان الدائن امينا فلا تطرأ أي مشكلة، اما إذا كان الدائن غير امين وقام بتدوين بيانات

13 مفلح عواد القضاة. مرجع سابق. ص 73.

14 محمد حسن القاسم. مرجع سابق. ص160.

غير تلك المتفق عليها، فيمكن للمدين إثبات حقه بالرجوع إلى القواعد العامة في الإثبات، أي ان يثبت بالكتابة ما يخالف الدليل الكتابي او السند العرفي، فإن استطاع ذلك، عوقب الدائن على جريمة اساءة الأمانة.

اما إذا تم تسليم هذا السند للغير حسن النية، فإن المدين يبقى ملتزما تجاهه، وعليه الرجوع على الدائن. وفي حالة سرقة ورقة موقعة على بياض، فيمكن للموقع إثبات حصول السرقة بكافة طرق الإثبات، ولا يملك الغير وإن كان حسن النية التمسك بها قبل من وقعها.[15]

لم يرد للتوقيع تعريف قانوني، وكل ما جاء عنه هو النص الوارد في المادة 15 من قانون البيّنات في المواد المدنية والتجارية الفلسطيني والتي نصت: "السند العرفي هو الذي يشتمل على توقيع من صدر عنه أو على خاتمه أو بصمته، ولا تتوافر فيه الشروط المنصوص عليها في المادة 9 من هذا القانون". ويتضح من هذا النص، أنه لم يتعرض لتعريف التوقيع المطلوب في قانون البيّنات، وإنما اكتفى فقط بذكر الصور المختلفة التي يعتد بها كصور لهذا التوقيع، وهي الإمضاء أو الختم أو بصمة الإصبع.

وقد اكتفى الفقه في عمومه على ذكر عناصر التوقيع من دون التعرض لتعريفه، وقد يقصد الفقهاء من عدم تعريف التوقيع إلى الرغبة في عدم تقييد المشرعين، بحيث يستوعب مفهوم التوقيع كل ما يمكن أن يظهر في المستقبل.[16]

15 مفلح عواد القضاة. مرجع سابق. ص 74.

16 عايض المرى، مرجع سابق، ص 76

ومع ذلك فقد عرّف أحد الفقهاء في مصر [17] التوقيع تعريفا شموليا بقوله: "إن كل وسيلة تقوم بوظيفتي التوقيع وهما: تعيين صاحبها، وانصراف إرادته نهائيا إلى الالتزام بمضمون ما وقع عليه، تعد بمثابة توقيع".

وقد حدد المشرع الفلسطيني صورا للتوقيع تتمثل الإمضاء والختم وكذلك بصمة الإصبع، وبالنسبة للتوقيع بالختم وببصمة الإصبع فقد نص عليهما المشرع الفلسطيني وذلك حتى يحلا محل التوقيع باليد في حالة الأمي الذي لا يعرف الكتابة.

التوقيع بالإمضاء : الأصل وفقاً لقانون البيّنات الفلسطيني أن يكون التوقيع بالإمضاء بخط اليد، فهذا الأسلوب هو الشائع المألوف في التوقيع على السندات، ولم يضع القانون تعريفاً للإمضاء، بينما عرّفه الفقه بأنه: كل إشارة أو اصطلاح خطي يختاره الشخص لنفسه بمحض إرادته للتعبير عن صدور السند منه وموافقته على ما ورد في هذا السند.[18]

التوقيع بالبصمة: وهو أسلوب آخر أجاز قانون البيّنات استعماله بوصفه وسيلة للتوقيع على السندات، والمقصود بالبصمة، هي: بصمة الإبهام، وهو ما نصت عليه صراحة بعض القوانين العربية، كالقانون العراقي. أما في قانون البيّنات الفلسطيني فقد وردت مطلقة.[19]

التوقيع بالختم: جعل المشرع الفلسطيني للتوقيع بالختم نفس القوة الثبوتية للتوقيع بالإمضاء وهو ما يستفاد من المادة 15 من قانون البيّنات.

ولا يشترط في التوقيع بالختم سوى أن يكون واضحاً ومقروءاً، فإن كان غير مقروء فلا يعول عليه، أما بالنسبة للتوقيع ببصمة الإصبع، فقد أعطاه المشرع الفلسطيني قيمة الإمضاء حيث يعد بديلا كافيا عنه. أما التوقيع

---

17 عايض المري. مرجع سابق.78. عن محمد حسام لطفي. استخدام وسائل الاتصال الحديثة في التفاوض وإبرام العقود. ص 12.

18 فرج الصراف ودرويش الوحيدي. قواعد الإثبات في التشريع الفلسطيني. دون ناشر: غزة، 1992. ص 236

19 فرج الصراف، نفس المرجع، ص 297

بالإمضاء – أي التوقيع الخطي – فيشترط فيه أن يكون بخط يد من ينسب إليه المحرر، فلا يجوز أن يكون بخط سواه ولو كان موكلا عنه، لأن الوكيل يكون له أن يوقع باسمه هو بصفته وكيلا لا باسم الموكل.[20] وقد اشترطت المادة 221 من قانون التجارة الأردني أن يشهد شاهدان على صاحب الختم أو البصمة بأنه وقّع امامهما وانه على علم بما وقّع.

تطبيقاً لتعريف التوقيع وهو "كل علامة مكتوبة بخط اليد مميزة وشخصية وتساعد على تحديد ذاتية مؤلفها دون شك، وتترجم إرادته إلى قبول هذا التصرف". [21] يتضح لنا أن هناك وظائف للتوقيع يقوم بها حتى يقوم بدوره على أكمل وجه. وتتمثل هذه الوظائف في:

أ. تحديد هوية الموقع.

ب. التعبير عن إرادة الموقع في الالتزام بهذا التصرف.

أ. تحديد الهوية:

تعد هذه الوظيفة من أهم الوظائف التي يقوم بها التوقيع، نظرا لأنه يقوم بتحديد هوية الأطراف المتعاقدين، وهذه الخاصية هي التي تميز التوقيع بالإمضاء مقارنة بالطرق الأخرى مثل التوقيع بالختم، وذلك لأن التوقيع بالإمضاء يتجه مباشرة إلى تحديد هوية الموقع ويتأتى ذلك من كون الشخص يستخدم في غالب الأمر الاسم في التوقيع، ونظرا لانتشار الأمية، نص المشرع الفلسطيني على أن التوقيع بالختم وببصمة الإصبع لهما نفس قيمة التوقيع بالإمضاء. وبذلك يتضح لنا أن المشرع الفلسطيني لا مانع لديه من التنازل عن اشتراطه التوقيع بالإمضاء إذا كان التوقيع المقترح يؤدي وظيفته ويعطي الأمن والاستقرار.

---

20 عايض المري، مرجع سابق، ص 78

21 فرج الصراف، مرجع سابق، ص 295.

ب. التعبير عن الإرادة في الالتزام بالتصرف:

يشكل التوقيع أداة صحة، بمعنى أنه يعطي التصرف القانوني قيمة أكبر[22]، ويعتبر التوقيع بمثابة الأداة الوحيدة المستخدمة للتدليل على الصحة القانونية، وعليه فإن هذا التوقيع الموضوع على الوثيقة هو الذي يعطي لها القوة القانونية ويحولها إلى تصرف قانوني حقيقي، وعليه تصبح ملزمة للأطراف الموقعين[23].

الفرع الثاني: التوقيع الإلكتروني.

النوع الجديد من التوقيعات الذي ظهر حديثا ليجاري الأنواع الجديدة من التعاملات في الوقت الحاضر هو التوقيع الإلكتروني، وهو توقيع يختلف في شكله عن التوقيع التقليدي الذي يكون بخط اليد والموضوع على ورق، إذ يتعلق الأمر هنا بمجموعة من الأرقام التي تخلط مع بعضها البعض بعمليات حسابية معقدة ليظهر لنا في الأخير code "رقم سري " خاص بشخص معين.[24]

وقد أدى الاستخدام المتزايد للوسائل الحديثة التي لا تعتمد على الورق في الآونة الأخيرة كوسيط لنقل المعلومات فيما بين الأطراف في علاقاتهم التجارية، وكذلك الاعتماد بصورة كبيرة على تبادل البيانات والمعلومات إلكترونيا، إلى أن تصبح هذه التكنولوجيات القوة الدافعة التي تحرك الممارسات التجارية. وقد أدت حداثة هذه النظم وتزايدها مع يسر الحصول عليها إلى زيادة الأهمية التي يعلقها المتعاملون على حل المشكلات القانونية التي تشوب مثل هذه التعاملات الإلكترونية.

---

[22] عايض المري. مرجع سابق. ص86

23 محمد طالب عبد الوهاب. دور المحررات العرفية المعدة مقدما في الإثبات المدني. رسالة دكتوراة. 1999. ص 157

24 سامر نوفل، التجارة الإلكترونية وتكييف التصرفات القانونية التي تجري بواسطة الشبكة العالمية/الإنترنت، بحث منشور في مجلة المحامون السورية، عدد 9و10، لسنة 2000

ومن هذه المشاكل نجد التوقيع بمفهومه التقليدي يقف عائقاً أمام هذه التعاملات وذلك لأن اشتراط التوقيع بخط اليد لا يتيح استخدام الوسائط الإلكترونية الجديدة، وذلك نظراً لأن هذا التوقيع يكون كمبدأ عام موضوعاً على الورق، إضافة إلى أن مثل هذا التوقيع لا يتماشى مع الوسائل الحديثة للنقل عن بعد، ويظهر ذلك جليا في العلاقات التجارية الدولية التي أخذت تتزايد في الآونة الأخيرة بصورة سريعة جدا، وكذلك نرى في التحويلات الدولية للأموال.[25]

ولذلك ظهر شكل جديد من التوقيعات غير معروف لدينا سابقا ويسمى "التوقيع الإلكتروني" وهذا الشكل الجديد من التوقيع يستطيع استيعاب الأشكال الجديدة من التعاملات ذات الصبغة السريعة والبعيدة في آن واحد والتي تتم عادة بين طرفين بعيدين عن بعضهم البعض، وبالتالي يضفي الصبغة القانونية على تعاملاتهم.

وبسبب غياب التعريف القانوني لمفهوم التوقيع، فقد أدى ذلك إلى تضارب في النظريات الفقهية وعليه التضارب في مدى قبول التوقيع الإلكتروني كبديل قانوني للتوقيع التقليدي.

وهنا من الممكن سلوك أحد اتجاهين متضادين:

– إما عدم التمييز بين وظيفة التوقيع وشكله، ونتيجة لهذا فهذا الاتجاه يأخذ فقط بالتوقيع بخط اليد ولا يعتد بالتوقيع الإلكتروني وهذا التوقيع التقليدي هو الذي يعتبر له مفهوم قانوني لديه.

---

25 عايض المرى، مرجع سابق، ص 88. عن

Chamoux (francois), La preuve dans les affaires de l’ecvit au microfilm, Litec, Paris p69.، Syx (D), Vers de nouvelles formes de signature , Droit L’informatique , 1986/3, L.G.D,J.,P.139, n50

– أو التفرقة بين وظيفة التوقيع وشكله، ولذلك فإنه "يتوجب في التوقيع أن يعطي تحديداً لهوية الموقع وأن يظهر قبوله وموافقة الشخص على مضمون المحرر الذي وقّع عليه أو العملية الموقع عليها وتبعاً لهذا الاتجاه الأخير فإنه يمكن قبول التوقيع الإلكتروني كبديل قانوني للتوقيع التقليدي المتطلب في قانون الإثبات وذلك لأن هذا التوقيع يمنح نفس الوظائف الأساسية المتطلبة في التوقيع التقليدي كما أنه أكثر أماناً واستقراراً من التوقيع التقليدي"[26].

ونرى هنا أن الاتجاه الثاني، هو الأقرب للتطور الطبيعي في الوسائل الحديثة والواقع العملي من أصحاب الاتجاه الأول؛ لأن التوقيع الإلكتروني شكل جديد ظهر نتيجة التطور السريع الذي يشهده العالم بعد زيادة الاتصالات وانتشار التكنولوجيا، فمادام هذا التوقيع يمكن أن يؤدي وظائف التوقيع التقليدي كاملة وبالتالي يعطي الثقة والأمان للمتعاملين به فإنه لا مانع من قبول هذا النوع من التوقيعات، فمن المهم تبني مفاهيم أكثر تحرراً من المفاهيم التقليدية سواء كان ذلك خاصاً بمفهوم الكتابة أو بمفهوم التوقيع لأن الإصرار على هذه المفاهيم التقليدية يجعلنا في مؤخرة الركب وهذا ما لايرضاه أحد، وبعد الاتفاق على هذه المفاهيم الحديثة نستطيع أن نضع ضوابط معينة لقبول مثل هذه التوقيعات.

ولهذا فقد سار المشروع الفلسطيني على نهج قانون الاونستيرال النموذجي في تعريفه للتوقيع الإلكتروني، حيث اورد قانون الأونستيرال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية لسنة 2001 تعريفا للتوقيع الإلكتروني، في المادة 2/أ منه على الرغم من عدم وجود تعريف فقهي للتوقيع العادي، فعرّفه بأنه "بيانات في شكل إلكتروني مدرجة في رسالة بيانات أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقيا يجوز أن تستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة إلى رسالة البيانات ولبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات..."، وقد

[26] عايض المري، مرجع سابق، ص127

عرف القانون رسالة البيانات بأنها: "معلومات يتم انشاؤها أو ارسالها او استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو بوسائل مشابهة بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر التبادل الإلكتروني للبيانات أو وثائق البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي"

كما عرّف القانون "الموقّع" بأنه "شخص حائز على بيانات انشاء توقيع ويتصرف إما بالاصالة عن نفسه وإما بالنيابة عن الشخص الذي يمثله".

وقد جاء مشروع قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية الفلسطيني متوافقا مع قانون الاونستيرال النموذجي، فقد اورد للتوقيع الإلكتروني تعريفا في الفصل الأول منه، حيث عرّفه بأنه "بيانات في شكل إلكتروني مدرجة في رسالة بيانات، أو مضافة إليها، أو مرتبطة بها منطقيا، يجوز أن تستخدم لتحديد شخصية الموقع بالنسبة إلى رسالة البيانات، ولبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات". وقد عرّف المشروع رسالة البيانات بأنها: "المعلومات التي يتم انشاؤها أو ارسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة ويشمل ذلك تبادل البيانات الإلكترونية أو وثائق البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي"

وبالاطلاع على تعريف التوقيع الاكتروني الوارد في قانون المعاملات الإلكترونية المؤقت رقم 85 لسنة 2001 الأردني، نلاحظ انه جاء بنفس روح تعريف المشروع الفلسطيني للتوقيع الإلكتروني؛ إذ عرّفه في المادة 2 منه بأنه: "البيانات التي تتخذ هيئة حروف أو ارقام أو رموز أو اشارات وغيرها 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 ويميزه عن غيره من أجل توقيعه وبغرض الموافقة على مضمونه"

ومن تطبيقات استخدام التوقيع الإلكتروني البطاقة البنكية التي يستخدمها عميل البنك؛ فالعميل يقوم بإدخال رقم سري خاص به بعد إدخال البطاقة، وبعد التأكد من صحة هذا الرقم السري تقوم الآلة بتنفيذ طلبات هذا العميل في حدود المسموح به، وهناك أيضا تطبيقات أخرى لاستخدام التوقيع الإلكتروني كثيرة مثل استخدامه في التوقيع على الرسائل الإلكترونية التي تتم عبر شبكة الإنترنت.

وهناك شكلان للتوقيع الإلكتروني [27]؛ الشكل الشائع له هو **التوقيع الرقمي أو الكودي** والذي يتكون من عدة أرقام يتم تركيبها بطريقة معينة في شكل كود لتقوم بوظيفة التوقيع. والشكل الآخر من التوقيع الإلكتروني والذي ظهر حديثا هو التوقيع الذي يستخدم **النظام "البيومتري"**.

[27] عايض المري. مرجع سابق. ص93

- التوقيع الرقمي أو الكودي:

يستخدم التوقيع الرقمي في كثير من التعاملات البنكية مثل أجهزة الصراف الآلي، وكذلك في التعاملات غير البنكية مثل المراسلات الإلكترونية التي تتم بين الموردين والمصدرين أو بين الشركات والتجار حيث تتم المراسلات بينهم إلكترونيا وبدون استخدام الورق.[28] ولكن مثل هذه التعاقدات لا يعتد بها قانونا في الإثبات ولا تصبح ملزمة إلا إذا كانت موقعة منهم، ومثل هذا التوقيع – بمفهومه التقليدي – غير موجود وبالتالي أصبح البحث عن الصور الجديدة للتوقيع ذا اهمية حتى تحل محل الصورة التقليدية له، بشرط أن تؤدي نفس الوظائف التي يؤديها التوقيع التقليدي. ويلجأ المتعاقدون إلى استخدام تكنولوجيا الأرقام السرية لرسائلهم الإلكترونية وذلك لإضفاء الصلاحية على هذه التعاقدات، ويقصد بالأرقام السرية (التشفير) عملية تحويل نص رسالة إلى شكل غير مفهوم وإرساله إلكترونيا، ثم بعد ذلك يتم تحويله إلى الشكل المفهوم من قبل الشخص الذي يملك مفتاح فك (تشفير) هذه الرسالة. وأهم طرق الأرقام السرية وأكثرها انتشاراً هو الأرقام السرية بطريقة المفتاح العام، ويتلخص عملها باستخدام مفتاحين مختلفين واحد (للتشفير) والآخر لفك الأرقام السرية الموجود برسالة معينة، ويتمتع المفتاحان بخاصية أنه في حالة معرفة واحد من هذين المفتاحين يكون من غير الملائم حسابياً اكتشاف المفتاح الآخر. وأهمية هذه الطريقة إنها تضمن أن من يحمل المفتاح الخاص فقط هو القادر على الدخول إلى رسالة البيانات والتأكد من أن الرسالة لم يتم العبث بمحتوياتها وأنها هي ذات الرسالة التي تم (تشفيرها) بواسطة المفتاح العام الذي يملكه المرسل. ولكن هناك مشكلة قد تواجه مستخدمي طريقة الأرقام السرية بطريقة المفتاح العام، وهي كيف يتسنى ل "ب" مثلاً عندما يحصل على المفتاح العام ل "أ" أن يتأكد أن هذا المفتاح خاص فعلاً ل "أ"، وتكون هذه المشكلة

---

28 عايض المرى، مرجع سابق، ص 93-96

أكثر وضوحاً في حالة التعامل في الشبكات المفتوحة مثل شبكة الإنترنت مثلاً حيث يتم التعامل مع ملايين الأشخاص الغرباء عن بعضهم بعض. وتم حل هذه المشكلة عمليا بوجود طرف ثالث وسيط يسمى سلطة الإشهار وتكون مرخصة من السلطة المعنية، ومهمتها تكون التأكد من شخصية المتراسلين عن طريق الشبكة وحفظ معلومات عنهم وعن وقت المراسلة وبيانات الوثيقة المرسلة.

- التوقيع بالقلم الإلكتروني:

من أحدث ما توصل إليه العلم حالياً طريقة التوقيع بالقلم الإلكتروني [29]، وهو عبارة عن قلم إلكتروني حساس يمكنه الكتابة على شاشة الحاسب الإلكتروني عن طريق برنامج هو المسيطر والمحرك لكل هذه العملية، ويقوم هذا البرنامج بوظيفتين مميزتين لهذا النوع من التوقيعات وهي:

- خدمة التقاط التوقيع.
- خدمة التحقق من صحة التوقيع.

وبالرغم من أن هذه الطريقة الجديدة التي ابتكرها العلماء لتبعث الطمأنينة في نفوس المتعاملين في الوسط الإلكتروني من وجود توقيع قد يأخذ الشكل المألوف لديهم وحتى يتم تفادي السلبيات التي وجهت إلى التوقيع الرقمي واعتماده على سلطات إشهار تقوم بوظيفة التحقق من شخصية المتعاملين، فإن هذا التوقيع أيضاً قد يواجه مشكلات تجعله ليس أفضل حالاً من التوقيع الرقمي، وتكمن هذه المشكلات في أن التوقيع بهذه الطريقة يتطلب وجود كمبيوتر قلمي وذي مواصفات خاصة، وهذا يكلف مبالغ طائلة، وغير متوفر بصورة كافية. كذلك هناك مشكلة أخرى تتمثل في أنه إذا كان لا بد من التحقق من صحة التوقيع بالقلم

[29] ثروت عبد الحميد. التوقيع الالكتروني: ماهيته- مخاطره- وكيفية مواجهتها ومدى حجيته في الإثبات. ط 2. مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة: مصر. 2002-2003.ص54.

الإلكتروني في كل مرة يتم فيها التوقيع بهذه الطريقة، فلا بد إذن من وجود سلطة إشهار للتحقق مقدماً من شخصية القائم بالتوقيع، لتسجيل عينات من التوقيع للموقع وتقديمها إلى خدمة التقاط التوقيع.

ولكن في الواقع العملي فإن هذه المشكلة ليس لها تأثير كبير حيث إنه حتى في التوقيع التقليدي بالحبر على الورق لا يحتاج الموقع في كل مرة إلى التأكيد على أن هذا التوقيع هو توقيعه وأنه غير مزور بل لا يتطلب ذلك إلا نادراً عند حدوث نزاع.[30]

وتعتبر المادة 7 من القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية شرط التوقيع مستوفاً في رسالة البيانات إذا استخدمت طريقة لتعيين هوية ذلك الشخص والتدليل على موافقته الواردة في رسالة البيانات، وإذا كانت الطريقة التي استخدمت لتعيين هوية الشخص جديرة بالتعويل عليها بالقدر المناسب للغرض الذي أنشئت أو أبلغت من أجله رسالة البيانات في ضوء كل ظروف بما في ذلك أي اتفاق متصل بالأمر.

وقد اشترطت المواد 20-21-22 مشروع القانون الفلسطيني أن يكون التوقيع الإلكتروني على رسالة البيانات وفقا للشروط والمواصفات التقنية التي يصدر بها قرار من الوزير المختص كاحتياط لتفادي كل استعمال غير مشروع لعناصر الأرقام السرية أو المعدات الشخصية المتعلقة بتوقيعه، والا فإنه يتحمل مسؤولية الأضرار التي تصيب الغير بسبب ذلك.

30 عايض المري، مرجع سابق، ص 111

المبحث الثاني: دور وثائق البريد الإلكتروني في الإثبات

إن السند المستخرج من وثائق البريد الإلكتروني لا يمكن أن نعده بحكم السندات الرسمية، لأن هذا النوع من السندات يستلزم أن يثبت فيه موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم على يديه أو ما أدلى به ذوو الشأن في حضوره طبقاً للأوضاع القانونية في حدود اختصاصه، أما السند المستخرج من وثائق البريد الإلكتروني فلا تراعى في إصداره هذه الشروط.

وقد قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين، الأول يدرس امكانية اعتبار وثائق البريد الإلكتروني من السندات العرفية المعدة للإثبات، والثاني يتعرض لدور المحكمة بالنسبة لوثائق البريد الإلكتروني على اعتبار أنها ليست من السندات الرسمية، مما يتطلب أن تفهم المحكمة خصائص وثائق البريد الإلكتروني ليتسنى لها السير في الإجراءات حسب الأصول.

المطلب الأول: هل تعتبر وثائق البريد الاكتروني من السندات العرفية المعدة للإثبات؟

يقصد بالسند العادي، الكتابة التي يوقعها شخص بشأن تصرف قانوني، دون أن يتدخل في تحريره موظف عام، ولا يستلزم القانون أي شكل معين في إعداده، لذلك سمي بالسند العادي أو العرفي، نسبة إلى العادة والعرف التي جرت على أن الأفراد العاديين هم الذين يتولون صياغته وإعداده دون تدخل لأي موظف رسمي في ذلك. ولكي يكون هذا السند دليلاً في الإثبات، يجب أن يتضمن شرطين [31] هما: الكتابة والتوقيع عليه من قبل الشخص المنسوب إليه السند العرفي.

وقد قسمنا هذا المطلب إلى فرعين، الأول يدرس موضوع السندات العرفية المعدة للإثبات، والثاني يدرس موضوع السندات العرفية غير المعدة للإثبات.

[31] مفلح القضاة. مرجع سابق. ص72

الفرع الأول: السندات العرفية المعدة للإثبات

تعرف السندات العرفية المعدة للإثبات بأنها السندات التي تشتمل على توقيع من صدرت عنه أو على خاتمه أو بصمة اصبعه وليس لها صفة السند الرسمي، وهي التي لا يتدخل في كتابتها موظف عام[32].

ومن هذه السندات، الرسائل والبرقيات؛ والرسالة هي خطاب مكتوب يرسل من شخص إلى آخر، بشأن المعاملات أو التعهدات الجارية بينهما أو بشأن أي مسألة أخرى تهم الطرفين. [33] ولم يترك المشرع الفلسطيني تقدير حجية الرسائل للقاضي، بل عمد إلى إقرار حجيتها والتسوية في الحكم بينها وبين السندات العرفية، فقد نصت المادة 1/19 من قانون البيّنات:

"تكون للرسائل الموقع عليها قيمة السند العرفي من حيث الإثبات ما لم يثبت موقعها أنه لم يرسلها، ولم يكلف أحداً بإرسالها".

وعليه فإن جعل حجية الرسائل بمثابة السند العادي، يقتضي أن يتوفر فيه شروط السند العادي من حيث الكتابة والتوقيع، واستناداً لذلك، فإنه لا يمكن أن نعد المحرر الإلكتروني من قبيل الرسائل العادية، وذلك لعدم توفر الشرط الذي يقضي بوجوب أن تكون هذه الرسائل موقعة، فهذه الرسائل لكي تكون لها حجية السندات العرفية، يقتضي أن تخضع لكل ما تخضع له حجية السندات العرفية.

أما البرقية فتعرف بأنها: رسالة مختصرة يوجهها شخص إلى آخر بوساطة دائرة وثائق البريد التي تحتفظ بأصلها وتعطي من وجهت إليه صورة عنها.[34]

---

[32] مفلح القضاة. مرجع سابق. ص 71

33 فرج الصراف، مرجع سابق، ص 306

34 فرج الصراف، مرجع سابق، ص 311

وقد أعطى المشرع الفلسطيني للبرقيات حجية السندات العرفية وساواها بالرسائل من حيث القوة في الإثبات، بشرط أن يكون أصل البرقية المودع في مكتب لإصدار موقعاً عليه من قبل المرسل. الأمر الذي لا يمكن بحال أن يطبق على المحرر الإلكتروني.

وبمقارنة المحرر الإلكتروني بالسندات العرفية المعدة للإثبات، نجد أن المحرر الإلكتروني لا يتضمن سوى كتابة مطبوعة على ورق خاص، وينعدم فيه التوقيع بخط اليد والذي يعد شرطاً أساسياً في كيان السند العادي، فإنه لا يمكن اعتماده في الإثبات كسند عادي. والمشرع الفلسطيني –نظرا لعدم استيفاء المحرر الإلكتروني لشرط التوقيع بمفهومه التقليدي– أعطى المحرر الإلكتروني حجية تختلف عناصرها عن العناصر التي تشكل الحجية في السند العادي، فقد زاد المشرع الفلسطيني عما اشترطه في السند العادي أن يكون لهذا المحرر الإلكتروني أصل مودع في مكتب التصدير، وكذلك أن يكون هذا الأصل موقعاً عليه من المرسل وهذا التوقيع يكون بمفهومه التقليدي كما درسنا عن صور التوقيع في المطلب الثاني من الفصل الأول من هذه الدراسة – وبالتالي فإنه في حالة فقد المحرر الإلكتروني أحد هذه الشروط فإنه لا يخالف ما ورد في المادة 19 من قانون البيّنات الفلسطيني.

الفرع الثاني: السندات العرفية غير المعدة للإثبات

السندات غير الموقع عليها هي السندات التي تدخل ضمن الأدلة الكتابية التقليدية والتي أوردها المشرعون في الدول العربية المختلفة بعد السند الرسمي والسند العادي والرسائل والبرقيات، وتشمل الدفاتر التجارية والأوراق الخاصة والتأشيرات على السندات[35].

وبمقارنة المحرر الإلكتروني بالدفاتر التجارية، نجد انه لا يمكن اعتباره جزءا منها؛ لأن هذه الأخيرة تعد من الواجبات القانونية التي فرض القانون مسكها على التاجر سواء أكان فرداً أم شركة، ولا يمكن تطبيق أحكام الدفاتر التجارية على المحرر الإلكتروني وذلك لأن الدفاتر التجارية هي إلزامية وتتطلب إجراءات خاصة لأي أصول مسكها لا نجدها في المحرر الإلكتروني، مثل أن تكون هذه الدفاتر خالية من كل فراغ أو شطب وترقيم صفحاتها والتوقيع على جميع صفحاتها من قبل مراقب الشركات وغيرها من الإجراءات التي رتب المشرع الفلسطيني على الإخلال بها جزاءً جنائياً تتراوح عقوبته بين الحبس والغرامة.

فضلاً عن ذلك، فإن الأخذ بالدفاتر التجارية سواء أكانت إلزامية أم غير إلزامية بوصفها حجة على صاحبها لا تعد دليلاً ملزماً للمحكمة، ويجب أن تتقيد بالبيانات المدونة فيه متى تأكد لها صحة هذا الدليل.

بالرغم من أن المشرع الفلسطيني في المادة 27 من قانون البيّنات قد شمل نطاق تطبيق الفصل الخاص بالدفاتر التجارية وحجيتها على مخرجات نظام الحاسب الآلي، إلا أن ذلك لا يعتبر دليلا ملزما للمحكمة بل يخضع تقديره لسلطتها.

[35] محمد حسن قاسم. مرجع سابق. ص 190 وما بعدها.

كذلك لا يمكن أن نعد المحرر الإلكتروني بمثابة الدفاتر والسندات الخاصة، لأن هذه الأخيرة لا تكون حجة لصاحبها في جميع الأحوال. وكذلك لا تكون حجة ضد صاحبها إلا في حالتين ذكرتهما المادة 25 وهما أن يذكر فيها صراحة أنه استوفى دينا، أو أنه قصد بما دونه فيها أن تقوم مقام السند لمن أثبتت حقا لمصلحته. في حين أن المحرر الإلكتروني يكون مكتوباً على وسيط ويستخرج من هذا الوسيط بطباعته.

كما لا يمكن أن نطبق أحكام تأشير السندات المثبتة للدين على المحرر الإلكتروني وذلك لأن هذه السندات يستلزم القانون فيها أن يكون التأشير بالوفاء مكتوباً بخط الدائن.

وبعد أن خلصنا إلى أن المحرر الإلكتروني لا يعادل أيا من الوثائق المكتوبة في مفهومها التقليدي سندرس الوسائل المذكورة في المادة 2/19 من قانون البينات في المواد المدنية والتجارية رقم 4 لسنة 2001 لنرى القوة الثبوتية لهذه الوسائل في حالة اعتمادها على طرف ثالث موثوق يؤكد مصداقية المراسلات عن طريق هذه الوسائل، وهي التلكس والفاكس ووثائق البريد الإلكتروني.

وثائق البريد الإلكتروني : لما كانت التجارة الإلكترونية تعمل على تشجيع التجارة وانسيابها دون رؤية الأشخاص لبعضهم البعض، فقد تمت الاستعانة بطرف ثالث محايد عبارة عن سلطة إشهار للتأكد من شخصية المتعاقدين والاحتفاظ ببيانات عنهم وعن بيانات المحرر الإلكتروني.

وسلطة الإشهار هذه هي عبارة عن هيئة عامة أو خاصة مرخصة تسعى إلى ملء الحاجة الملحة لوجود طرف ثالث موثوق يقدم خدمات أمنية في التجارة الإلكترونية، بأن يصدر شهادات تثبت صحة حقيقة معينة متعلقة بموضوع التبادل الإلكتروني كتوثيق هوية الأشخاص المستخدمين للتوقيع الإلكتروني، وكذلك تأكيد نسبة المفتاح العام المستخدم إلى صاحبه.

ويكون المقصود من الحصول على شهادة من سلطة الإشهار تلك هو ضمان عدم إنكار أحد الطرفين توقيع الوثيقة المرسلة إلكترونيا، ودلالة واضحة على أن الموقع يملك المفتاح الخاص، وبالتالي فهو الذي قام بالتوقيع، ولا يستطيع أي شخص آخر أن يزّور مثل هذا التوقيع الرقمي، وبالتالي تقع المسؤولية على كاهل حامل المفتاح الخاص في حالة ضياعه أو اطلاع الغير عليه، ما لم يبلّغ سلطة الإشهار لإلغاء مثل هذا المفتاح واستصدار مفتاح آخر جديد.

وعلى ذلك، فإن مثل هذا الطرف الثالث يولّد الأمان لدى المتعاملين بالوسائل الحديثة ويعطيها مصداقية، وقد كان ذلك واضحاً في الوسائل الحديثة التي ظهرت مبكراً قبل ظهور الإنترنت وتبادل البيانات إلكترونيا، ويقصد بذلك التلكس[36].

وقد أحسن مشروع القانون الفلسطيني بنصه على انشاء الهيئة العامة للمصادقة الإلكترونية خصوصا أن المشرع الفلسطيني في قانون البينات لم ينص على وجود مثل هذه السلطة لإعطاء وثائق البريد الإلكتروني أو التلكس الحجية والقيمة القانونية في الإثبات، وإنما نص على وجود مكتب تصدير –كطرف ثالث– واشترط أن يكون لدى هذا الطرف الثالث أصل مودع موقع عليه، والصعوبات التي تعترض ذلك هي عدم وجود مكاتب تصدير تقوم بهذه الغاية خاصة فيما يتعلق بوثائق البريد الإلكتروني. وإذا تم اللجوء إلى مكاتب التصدير الحكومية لإنشاء مثل هذه الوثيقة بالمفهوم التقليدي للتوقيع يكون مفهوم وثائق البريد الإلكتروني قد فقد معناه وذلك لأنه تحول إلى بريد رسائل عادية ويشترط فيه ما يشترط في الرسائل والبرقيات من شروط، الأمر الذي يعتبر خلافا للاتجاه الحديث في الإثبات خاصة فيما يتعلق بالمحررات الإلكترونية والقوة الثبوتية

36 عايض المرى، مرجع سابق، ص 96- 102

لكل من الفاكس والتلكس ووثائق البريد الإلكتروني، حيث أن القوانين الحديثة تراعي عند تطلبها لشروط الإثبات بهذه الوسائل كيفية عملها ومدى إمكانية تماشي هذه الشروط مع هذه الوسائل وما ينتج عن هذه التكنولوجيا الحديثة من وسائل تعطي الأمان للمتعاملين دون أن يجحف بمستخرجات هذه الوسائل وبمدى قبولها في الإثبات.

وفي هذا الاتجاه نجد المشرع الأردني في القانون المؤقت رقم 37 لسنة 2001 المعدل لقانون البيّنات وفي المادة 13 منه قد نص على:

"1- تكون للرسائل قوة الاسناد العادية من حيث الإثبات ما لم يثبت موقعها انه لم يرسلها ولم يكلف أحداً بإرسالها. 2- وتكون للبرقيات هذه القوة أيضا إذا كان أصلها المودع في دائرة وثائق البريد موقعاً عليه من مرسله. 3- أ- وتكون لرسائل الفاكس والتلكس ووثائق البريد الإلكتروني قوة الاسناد العادية في الإثبات ما لم يثبت من نسب إليه إرسالها أنه لم يقم بذلك أو لم يكلف أحداً بإرسالها. ب- وتكون رسائل التلكس بالرقم السري المتفق عليه بين المرسل والمرسل إليه حجة على كل منهما. ج- وتكون لمخرجات الحاسوب المصدقة أو الموقعة قوة الأسناد العادية من حيث الإثبات ما لم يثبت من نسبت إليه أنه لم يستخرجها أو لم يكلف أحدا باستخراجها."

نجد أن المشرع الأردني في هذا النص قد فرق بين كل من الرسائل والبرقيات من جهة، وبين مراسلات التلكس والفاكس ووثائق البريد الإلكتروني من جهة أخرى، وهذه تفرقة جيدة لأن المشرع الأردني عندما قام بها راعى طريقة عمل هذه الوسائل الحديثة التي تختلف اختلافا كليا عن الرسائل والبرقيات العادية، والتي تعتمد على المفهوم التقليدي للتوقيع وبإمكانية وجود مكتب تصدير يودع فيه أصل هذه المراسلات موقعا عليه من مرسلها. لكن بالنسبة للوسائل الحديثة فإنه لم يشترط لمنحها قيمة السندات العادية سوى أن

يثبت مرسلها أنه لم يرسلها ولم يكلف أحدا بإرسالها، وهذه مسألة مادية يقدرها قاضي الموضوع. فالأصل في هذه المراسلات إنها تعادل السند العادي في القيمة الثبوتية وبهذا يكون المشرع الأردني قد اعترف بهذه الوسائل الحديثة كوسيلة لإثبات التصرفات القانونية.

وتكون وظيفة الهيئة العامة للمصادقة الإلكترونية وفقا لما ورد في المشروع الفلسطيني إضفاء المصداقية اللازمة على التوقيع الإلكتروني ومراقبة ومتابعة المزود لأحكام القانون وتحديد المواصفات الفنية لمنظومات انشاء وتوثيق التوقيع الإلكتروني وشهادات المصادقة الإلكترونية، كما اعطاها المشروع الحق في منح التراخيص لمزاولة نشاط المزود والتاكد من احترام المزود لأحكام هذا القانون وكافة اللوائح والانظمة الصادرة بموجبه.

فالأمن التقني ذو أهمية كبيرة ومرتبط ارتباطاً وثيقاً بالأمن القانوني، كما أن أهم شرط لقبول هذه الوسائل التقنية هو وجود الأمن التقني فيها والذي يعطي بالتالي الأمن المطلوب لقبول هذه الوسائل قانوناً. وتعتبر الاستعانة بطرف ثالث محايد من أهم الوسائل التي تساعد على قبول هذه الوسائل الحديثة، حيث ينظم هذا الوسيط العلاقة بين الطرفين خاصة في مجال الإثبات، بل أصبح هذا الطرف طرفاً ثالثاً موثقاً فيقوم بتحديد هوية المرسل ومستلم الرسالة، واكتمال الرسالة وساعة وصولها وتاريخها ومكانها، وأيضاً يضمن وصول الرسالة عن طريق تقديم إيصال بالاستلام كوسيلة من وسائل الإثبات.

المطلب الثاني: المحكمة والحاسب الآلي

سندرس في هذا المطلب علاقة المحكمة بالحاسب الآلي كونه مفهوم حديث نسبيا واستخدامه يثير تخوفا لدى القضاة، لذلك سنقسم هذا المطلب إلى فرعين الأول يبحث فهم المحكمة لمفهوم وثائق البريد الإلكتروني والثاني حول سلطة المحكمة في تقدير قيمة الدليل المستمد من وثائق البريد الإلكتروني.

الفرع الأول: فهم المحكمة لمفهوم وثائق البريد الإلكتروني وتعاملها معه.

لا شك أن وثائق البريد الإلكتروني مفهوم حديث في الوطن العربي بشكل خاص، وهو لم ينظم تشريعيا إلا حديثا. كذلك فإن التوقيع الإلكتروني، الذي له دور كبير في اعتماد وثائق البريد الإلكتروني كدليل إثبات، وان كان يعادل التوقيع التقليدي من الناحية الوظيفية إلا انه لا يعادله من الناحية الشكلية، الأمر الذي قد يثير تخوفا لدى القضاة منه ومن اعطائه الحجية القانونية؛ خصوصا في ظل عدم الاحاطة الكاملة من قبل الجهاز القضائي بمفهوم وثائق البريد الإلكتروني ودور مستخرجات الحاسب الآلي في الإثبات.

ومن الامثلة على تخوف القضاء من الحكم بموجب التوقيع الإلكتروني حكم محكمة sete في 9 مايو 1984[37] حيث بررت رأيها بذلك بان التوقيع الإلكتروني صدر عن طريق الالة التابعة للمؤسسة التي لها كامل الحرية في التصرف فيها.

[37] ثروت عبد الحميد. التوقيع الالكتروني: ماهيته- مخاطره- وكيفية مواجهتها ومدى حجيته في الإثبات. ط 2. مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة: مصر. 2002-2003. ص110.

من هنا، فإن من الضرورة بمكان العمل على توعية القضاة بمفهوم وثائق البريد الإلكتروني وآلية عمله، ودوره في الإثبات، حتى تكون لهم القدرة على اتخاذ الأحكام القضائية السليمة والقوية والمستندة إلى علم وفهم للبريد الإلكتروني في اية قضية تعرض عليهم.

الفرع الثاني: سلطة المحكمة في تقدير قيمة الدليل المستمد من وثائق البريد الإلكتروني

يلعب القاضي دوراً مهماً في عملية الإثبات؛ فبعد أن كانت الخصومة حكراً على الخصوم يحركونها كما يشاءون، أصبح للقاضي دور إيجابي في تسييرها ولم يعد دوره يقتصر على انتظار ما يقدمه الخصوم من أدلة ووسائل إثبات بل تخطى ذلك إلى عمل المشرعين على زيادة إيجابية القاضي وفاعليته بتزويده بمزيد من حرية الحركة في هذه المرحلة الهامة – مرحلة الإثبات– من مراحل الدعوى حتى لا يترك كشف الحقيقة رهناً بمبارزة الخصوم وحدهم والحرص على استقرار الحقوق وسد باب الحيلة أمام طلاب الكيد أو هواة المماطلة[38].

وتبدو مظاهر هذا الدور الإيجابي، وما يتمتع به من حرية في الإثبات، في أن للمحكمة من تلقاء نفسها أن تأمر بالإثبات بشهادة الشهود، وفي الأحوال التي يجيز القانون فيها الإثبات بشهادة الشهود، متى رأت في ذلك فائدة للحقيقة وهذا ما نصت عليه المادة 80 من قانون البيّنات الفلسطيني رقم 4 لسنة 2001.

وللقاضي توجيه اليمين المتممة من تلقاء نفسه إلى أي من الخصمين.(مادة 146 من قانون البيّنات الفلسطيني.) وله أيضاً استجواب الخصوم. (مادة 122 من قانون البيّنات الفلسطيني). وإلى جانب هذه

38آدم النداوي، قانون البينات والإجراء. مكتبة دار الثقافة: عمان، دون سنة نشر، ص 42

المظاهر العامة لإيجابية دور القاضي في عملية الإثبات، فهناك مظاهر أخرى خاصة يبدو فيها بوضوح الدور الذي عهد به المشرع الفلسطيني للقاضي من أجل تقدير قيمة الدليل المستمد من مستخرجات الوسائل التكنولوجية الحديثة.

وللقاضي كذلك دور هام في مجال تطبيق مبدأ الثبوت بالكتابة بالنسبة لكل كتابة صادرة من الخصم ومن شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال، فأي مستخرج حديث صادر عن الخصم، إذا قدر القاضي أن من شأنه أن يشكل مبدأ ثبوت بالكتابة، استكمله بالبينة أو القرائن للاستناد عليه في عملية الإثبات.

ولا يشترط أن يكون المحرر –كما ذكرنا– صادراً بصورة مادية من الخصم، بل يمكن أن يكون الصدور معنوياً أي بأن يكون هو الذي أملى المحرر أو أقر ما به من بيانات دون أن يحمل المحرر توقيعه، كما لو كان مستخرجاً لحاسب آلي ذكر فيه – دون أن يوقعه– بيانات معينة، يمكن أن تساهم في إظهار الحقيقة. فيكفي على سبيل المثال أن يذكر فيه الدين الملزم بسداده، دون تعيين مقداره، مما يجعل الأمر خاضعاً لتقدير القاضي، الذي له أن يقدر أن الواقعة المطروحة عليه قريبة الاحتمال[39].

فإذا توافرت الشروط السابقة جاز للقاضي أن يستكمل هذا الدليل عن طريق الاستعانة بما يجده في الدعوى من قرائن، إلا أن هذا الموقف الإيجابي للقاضي لا يحول دون التزامه عند مباشرة إجراءات الإثبات

39أحمد نشأت، رسالة الإثبات. المجلد الأول: دون ناشر، ص 681- 684

بالقواعد التي يتضمنها قانون البيّنات والمتعلقة بطرق الإثبات والأحوال التي يتعين فيها اللجوء إلى كل طريق والإجراءات الواجب مراعاتها عند اتباعه لأي طريق وعند تقديره لقوة الدليل المستخلص منه.

الفصل الثاني: الحجية القانونية لوثائق البريد الإلكتروني كسند عرفي

سندرس في هذا الفصل حجية وثائق البريد الإلكتروني باعتبارها من السندات العرفية، ولهذا فقد قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين، الأول يدرس موضوع حجية وثائق البريد الالكتروني، والثاني يدرس موضوع إثبات صحة وثائق البريد الإلكتروني كسند عرفي.

المبحث الأول: حجية وثائق البريد الإلكتروني.

توصلنا في الفصل الأول إلى أن المحرر الإلكتروني لا يعتبر دليلاً كتابياً كاملاً لإثبات التصرفات القانونية، نظراً لكون المشرع الفلسطيني قد أخذ بالكتابة كوسيلةٍ لإثبات التصرفات القانونية باعتبارها الوسيلة الأكثر أماناً واطمئناناً، في ظل غلبة الجوانب المادية على المعاملات بصورة أثرت في النفوس، وأضعفت الثقة في شهادة الشهود. لكن المشرع الفلسطيني أورد بعض الاستثناءات على هذه القاعدة ضمن المادة 71 من قانون البيّنات، يمكن بمقتضاها الإثبات بغير الكتابة، أي باللجوء إلى طريق آخر من طرق الإثبات، خاصة شهادة الشهود أو القرائن.

سندرس في هذا المبحث حجية وثائق البريد الإلكتروني بين الأطراف وبالنسبة للغير، وحجية أصول وصور السندات العرفية في مطلبين.

المطلب الأول: حجية وثائق البريد الإلكتروني بين الأطراف وبالنسبة للغير.

تعتبر الكتابة في معظم التشريعات هي الدليل الأسمى، ذلك كونها إقرار صريح بالواقعة يقترب من اليقين والإدراك أكثر من غيره من البيّنات، وإذا كانت الكتابة في أصلها العام إحدى وسائل الإثبات إلا أن القانون يمنحها وظائف أخرى، كأن تكون شرطاً أساسياً لصحة التصرف القانوني، كما هو الحال في التصرفات التي ترد على الأموال غير المنقولة كالبيع أو الشراء.

فهل يمكن القول بأن الكتابة الإلكترونية تدخل ضمن مفهوم الكتابة التقليدي؟

وإذا كان المشرع الفلسطيني يستلزم توفر الكتابة أو تقديم المستندات والوثائق لإثبات عقد أو تصرف أو واقعة فهل تدخل الوثائق والمستندات الإلكترونية ضمن ذلك؟

حتى عهد قريب جدا لم تكن التشريعات تعترف بمستخرجات الحاسب الآلي اسوة بالتلكس والفاكس. وفي ظل غياب اتفاق بين الأطراف بقبول مثل هذه البيّنات التي أصبحت ملحة وضرورية لجأت بعض الدول في قوانينها الخاصة إلى إضافة مواد تجيز الإثبات بهذه الطريقة في بعض المواضيع كقانون مراقبة أعمال التامين لسنة 1999 الأردني وقانون البنوك الأردني كذلك لسنة 2000، حيث أصبح من الجائز الإثبات في قضايا التامين والقضايا المصرفية بجميع طرق الإثبات بما في ذلك البيانات الإلكترونية أو البيانات الصادرة عن اجهزة الحاسوب.

ثم لجأت الدول المختلفة إلى تضمين قوانين البيّنات فيها نصوصا توضح موضوع مستخرجات الحاسب الآلي وتمنحها حجية قانونية في الإثبات، وحديثا باتت العديد من الدول تصدر تشريعات خاصة

لتنظيم موضوع المبادلات الإلكترونية وحجيتها في الإثبات وذلك كنتيجة حتمية لتطور التجارة الإلكترونية واستمرار انتشارها.

وفي فلسطين نصت المادة 19 من قانون البيّنات الفلسطيني رقم 4 لسنة 2001، على أن:

"1. تكون للرسائل الموقع عليها قيمة السند العرفي من حيث الإثبات ما لم يثبت موقعها انه لم يرسلها وانه لم يكلف احدا بارسالها.

2. تكون للبرقيات ومكاتبات التلكس والفاكس ووثائق البريد الإلكتروني هذه القوة أيضا إذا كان أصلها المودع في مكتب التصدير موقع عليها من مرسلها. وتعتبر البرقيات مطابقة لأصلها حتى يقوم الدليل على عكس ذلك."

وتنص المادة 27 من نفس القانون المذكور اعلاه على سريان أحكام الفصل الثالث المتعلق بالسندات غير الموقع عليها، على وثائق نظم الحاسب الآلي.

فوثائق نظم الحاسب الآلي بموجب قانون البيّنات الفلسطيني هي سندات عرفية لها ذات القيمة من حيث الإثبات، وتسري عليها الأحكام المتعلقة بالسندات غير الموقع عليها.

إلا أن المشرع الفلسطيني قد اشترط لمنح وثائق البريد الإلكتروني هذه القوة في الإثبات أن يكون لها أصل مودع في مكاتب التصدير موقع عليه من مرسلها. وهذا هو الخلط الذي وقع به المشرع، فكما بيّنا فإن الأحكام التي تتعلق بكل وسيلة من هذه الوسائل تختلف تبعاً لطريقة عمل هذه الوسائل، فوثائق البريد الإلكتروني لا يمكن أن يكون لها مكتب تصدير يحتفظ بأصل مودع موقع عليه، وإذا عاد المشرع الفلسطيني

فاشترط التوقيع التقليدي على هذه المحررات فإنه يكون قد أفقدها معناها لأنها أساسا لا تعتمد على التوقيع التقليدي في عملها، بل وجدت لتسهيل التعامل بين المتعاقدين وقد أوجد معها التطور الحاصل في التكنولوجيا وسائل تعطيها أمانا كافيا لتعادل الوثيقة العادية مثل وجود توقيع إلكتروني يناسبها وكذلك وجود وسيط سلطة إشهار للتحقق من شخصية المتعاملين والبيانات المرسلة بهذه الوسائل وصحة نسبة التوقيع إلى صاحبه.

اذن فمن الناحية العملية فإن وثائق نظم الحاسب الآلي يتم التعامل معها داخل شبكة خاصة لا تحتوي مثل هذا المكتب –الذي تطلبه المشرع الفلسطيني في الفقرة الثانية من المادة 19– إضافة إلى أن التوقيع التقليدي لا يمكن أن يظهر إلا من خلال استخراج المحرر الإلكتروني طباعة والتوقيع عليه بخط اليد، وهذا ما يمنحه الحجية، حيث بعد ذلك تعتبر هذه الوثيقة بمثابة السند العادي في الإثبات وتأخذ حكم الرسائل والبرقيات.

وهذا غير ممكن –كما ذكرنا من الناحية العملية– إذ لا فائدة من إعطاء المحرر الإلكتروني هذه القيمة في الإثبات طالما لا يمكن تحقيقها من الناحية العملية وعلى فرض استيفاء هذه المتطلبات القانونية فإن المحرر الإلكتروني في هذه الحالة يكون قد فرغ من مضمونه حيث إنه حوّل إلى وثيقة مطبوعة وتم التوقيع عليه بخط اليد وهذا يعني بالتالي أن قيمة المحررات الإلكترونية غير المستخرجة من الوسيط الإلكتروني وغير الموقع عليها بخط اليد لا تعادل السند العادي في الإثبات.

إلا أن مشروع قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية الفلسطيني وفي الفصل الثاني منه وفي المواد من 7-11 بالتحديد منح رسالة البيانات الحجية القانونية، اذ نص بشكل صريح أن رسالة البيانات لا تفقد المعلومات مفعولها القانوني أو صحتها أو قابليتها لمجرد إنها في شكل رسالة بيانات. واعتبر أن رسالة البيانات تستوفي شرط الكتابة في القانون إذا تيسر الاطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح الرجوع إليها لاحقا.

وقد أكّد المشروع انه لا يمكن تطبيق أي حكم من أحكام قانون البينات للحيلولة دون قبول رسالة البيانات كدليل إثبات لمجرد إنها رسالة بيانات، أو بدعوى إنها ليست في شكلها الأصلي.

وفي هذه المواد الاجابات الشافية للتساؤلات التي قد تطرح حول دخول الكتابة الإلكترونية ضمن مفهوم الكتابة التقليدي، وما إذا كانت الوثائق والمستندات الإلكترونية تدخل ضمن الكتابة التي قد يشترطها المشرع الفلسطيني لإثبات عقد أو تصرف أو واقعة أو تقديم المستندات والوثائق. الأمر الذي جاء متفقا مع أحكام المادة 9 من القانون النموذجي.

وقد نصت المادة 8 من قانون الأونيسترال النموذجي بِشأن التجارة الإلكترونية على شروط اعتبار الوثائق الإلكترونية أصولا، فقد نصت هذه المادة على:

"1. عندما يشترط القانون تقديم المعلومات أو الاحتفاظ بها في شكلها الأصلي، إذا:

وجد ما يعول عليه لتأكيد سلامة المعلومات منذ الوقت الذي انشئت فيه للمرة الأولى في شكلها النهائي بوصفها رسالة بيانات أو غير ذلك.

كانت تلك المعلومات مما يمكن على الشخص المقرر أن تقدم إليه وذلك عندما يشترط تقديم تلك المعلومات.

تسري الفقرة أ سواء اتخذ الشرط المنصوص عليه فيها شكل التزام أو اكتفي بالقانون بمجرد النص على العواقب التي تترتب على عدم تقديم البيانات أو عدم الاحتفاظ بها في شكلها الأصلي.

لاغراض الفقرة الفرعية أ من الفقرة 1:

يكون معيار تقدير سلامة المعلومات هو تحديد ما إذا كانت قد بقيت مكتملة ودون تغيير باستثناء إضافة أي تظهير واي تغيير يطرأ اثناء المجرى العادي للابلاغ والتخزين والعرض، و

تقدر درجة التعويل المطلوب على ضوء الغرض الذي انشئت من اجله المعلومات وعلى ضوء جميع الظروف ذات الصلة."

الاتفاقات الخاصة بالإثبات

إذا كانت المادة 71 من قانون البينات الفلسطيني قد تحدثت عن الاستثناءات على ضرورة تطلب دليل كتابي لإثبات التصرفات القانونية التي يلزم لإثباتها وجود دليل كتابي، فإن ذلك يستدعي أيضاً البحث عن استثناءات أخرى يمكن اللجوء إليها وذلك لكي نتمكن من الاعتراف بهذه الوسائل الحديثة وبالتالي إعطاءها القوة الثبوتية في قانوننا الحالي.

وإزاء المخاوف التي قد تطرأ حول الإثبات وخاصة عند استخدام الوسائل غير التقليدية من أن لا يتم قبول هذه الوسائل أو لا تكون لها القوة الثبوتية المتوقعة لها، فإننا نجد الأطراف يقومون بإبرام اتفاقات

فيما بينهم تتضمن الشروط التي يجب على الأطراف مراعاتها والوسائل التي سيتم قبولها لإثبات تصرفاتهم بل ويصل الأمر إلى إعطاء قوة ثبوتية معينة لهذه الوسائل.

وهذا ما تضمنته المادة 68 من قانون البينات الفلسطيني بالنص:

"في المواد غير التجارية إذا كان الالتزام تزيد قيمته على مائتي دينار أردني أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز شهادة الشهود في إثبات وجوده أو انقضائه، ما لم يوجد اتفاق صريح أو ضمني أو نص قانوني يقضي بغير ذلك".

أولاً: مدى صحة الاتفاقات المخالفة للقواعد الموضوعية في الإثبات.

إن القواعد الموضوعية للإثبات لا تتعلق بالنظام العام، وبالتالي يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها صراحة أو ضمناً، كما يجوز لصاحب الحق في التمسك بها أن يتنازل عنها، إلا أنه متى اعترض الخصم على طلب خصمه الإثبات بالبينة في الأحوال التي يجوز فيها الإثبات بغير الكتابة تعين على القاضي عدم قبول الإثبات بغير هذا الطريق.

واتفاق الأطراف على مخالفة قواعد الإثبات قد يكون سابقاً على وقوع النزاع وقد يكون لاحقاً على وقوعه وقد يستدل عليه أثناء سير الدعوى.

وقد قضي بأن الدفع بعدم جواز الإثبات بالبينة هو من الدفوع التي يجب إبداؤها قبل التكلم في موضوع الدعوى. فعدم تمسك الخصم به قبل سماع شهادة الشهود يفيد نزوله عنه، وأياً ما كان الأمر، فإن اتفاق الأطراف على منح مستخرج معين حجية قانونية في الإثبات يجعل له قيمة الدليل الكتابي الكامل[40].

40 أحمد نشأت. رسالة الإثبات. ج1. ط7. دون ناشر. بدون سنة نشر، ص88

ثانيا: أهمية الاتفاقات بالنسبة لإثبات مستخرجات الوسائل الحديثة.

وتبدو أهمية هذا الاستثناء في عدم وجود نصوص صريحة تجيز الأخذ بمستخرجات وسائل التكنولوجيا الحديثة، بحيث لا يكون أمام المتعاملين إلا الاتفاق فيما بينهم على تحديد شروط استخدام وسائل التقنية الحديثة في عملية الإثبات سواء كان ذلك بالنسبة لوسائل المعلوماتية " الكمبيوتر – الميكروفيلم أو الاتصال عن بعد الفاكس – التلكس – الانترنت".

فمن خلال هذه الاتفاقات يقوم الأطراف بتعديل القواعد القانونية للإثبات التي لا تتناسب واستخدام هذه الوسائل الحديثة فبإمكانهم من خلال هذا الاتفاق أن ينظموا وسائل الإثبات المقبولة وإعطائها القوة الثبوتية المناسبة لإثباتها، وكذلك طريقة تنفيذ هذا الاستخدام التقني من دخول إلى النظام أو كيفية نقل الرسائل أو قواعد الاستقرار أو طرق تخزين الرسائل.[41]

ومن أوضح الأمثلة على نجاح مثل هذه الاتفاقيات في تنظيم علاقة المتعاملين هو اتفاق البنك والعميل –عند حصول هذا الأخير على البطاقة البنكية الآلية المتصلة بحاسب آلي يقوم بتسجيل عمليات العميل– على اعتبار هذه التسجيلات الآلية ذات قوة ثبوتية على إتمام العميل لهذه العمليات.

وكذلك تنص الاتفاقات الخاصة بتبادل المعلومات إلكترونياً على أنه يحق الاحتجاج بالتسجيلات المعلوماتية المقدمة عن طريق تلك الأنظمة الإلكترونية، وكذلك نجد ذلك واضحاً في الاتفاقات التي تبرم بين الأطراف على استخدام الإنترنت وإعطاء القوة الثبوتية للرسائل التي يتم تبادلها عن طريق هذه الشبكة

41 عايض المرى، مرجع سابق، ص 167

وكذلك الاتفاق على الضوابط التقنية للرسائل من حيث التسجيل والمعالجة والتخزين ودخول الوسطاء وحماية المعلومات الشخصية والقانون المطبق وكيفية تسوية المنازعات في حالة حدوثها.[42]

ثالثاً: القيود الواردة على اتفاق الأطراف.

إن إطلاق الموافقة على اتفاقات الأطراف بدون قيد يجعل هذه الاتفاقات تصل إلى حد تعارضها مع أحد المباديء الأساسية التي يقوم عليها قانون البيّنات، وهو حرمان أحد الأطراف من إثبات ما يدعيه نحو الطرف الآخر، وهو ما لا يقبل قانوناً، فهناك حدود يجب على الأطراف مراعاتها عند إبرام اتفاقاتهم حول طرق الإثبات المقبولة فيما بينهم لإثبات التصرف الحأصل بينهم.فما هو الحق في الإثبات؟ وما هي الشروط التعسفية التي يفرضها أحد الأطراف على الآخر وتتضمن إخلالاً بحق الدفاع؟

1. الحق في الإثبات.

يعتبر الحق في الإثبات من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها قانون البيّنات، وهو حق مستفاد بطريق التلازم من النصوص التي تقرر الحقوق الأخرى لأصحابها، لأن فاعلية كل حق تتوقف على إمكانية إثباته. وأنه لا بد من أن يكون تقرير أي حق لشخص معين مقترناً بمنح هذا الشخص الحق في إثبات الواقعة التي تعتبر مصدراً لهذا الحق المعين، وإلا كان هذا الحق هو والعدم سواء.

وعلى ذلك فإن الشروط التي قد يشترطها أحد الأطراف ويحرم بموجبها الطرف الآخر من حقه في إثبات ما يدعيه أو في نفي ما يدعيه الطرف الآخر، لهي أوضح دليل على اصطدام هذه الشروط مع مبدأ

42 عايض المرى، مرجع سابق، ص 169

الحق في الإثبات والمكفول لكل خصم من الخصوم، وعلى ذلك فإن مثل هذه الشروط تعتبر باطلة ولا يجب أن يؤخذ بها من قبل المحكمة، وقد نصت اغلب البنوك في تعاقداتها مع العملاء عند تقدمهم للحصول على البطاقات البنكية الآلية التي تخولهم القيام ببعض العمليات البنكية من خلال الأجهزة الآلية على مثل هذه الشروط[43].

ولما كان القانون قد كفل للخصم الحق في الإثبات بالطرق التي حددها القانون، فإنه كذلك قد وضع ضوابط لهذا الحق، منها انه لا يجوز أن يصطنع دليلاً لنفسه ويحتج به على الطرف الآخر مدعياً أن لديه الدليل على صدق ما يدعيه إلا في بعض الحالات التي سمح القانون للشخص أن يحتج بأدلة من صنعه هو، وهي حالات قد ذكرها القانون على سبيل الحصر لمبررات قدرها المشرع الفلسطيني نفسه ولا يجوز التوسع فيها. وفي المقابل فقد كفل القانون للشخص عدم إلزامه بتقديم دليل ضد نفسه ليستفيد منه الطرف الآخر في إثبات ما يدعيه، ومع ذلك فقد نص القانون أيضاً على بعض الحالات الاستثنائية التي ألزم فيها القانون الخصم على تقديم دليل ضد نفسه، وقد وردت هذه الحالات على سبيل الحصر أيضاً.

قد يقف مبدأ عدم جواز اصطناع الشخص دليلاً لنفسه عائقاً أمام قبول مستخرجات الحاسب الإلكتروني في الإثبات في بعض الحالات على الأقل وذلك لأن الدليل المتحصل عليه قد يتصور انه من صنع أحد الأطراف وبالتالي لا يمكنه الاعتماد عليه كدليل في الإثبات على حدوث تصرف قانوني معين.

43 أحمد نشأت، مرجع سابق، ص81. كذلك عايض المرى، مرجع سابق، ص 187

وأول ما يتبادر إلى الذهن كمثال في هذه الحالة هي حالة استخدام الشريط الورقي الخارج من الحاسب الإلكتروني كدليل إثبات لعملية سحب مالي قام بها عميل البنك، أو على الأقل يدعي البنك قيام العميل بتلك العملية.

وعلى الرغم من الاختلافات الفقهية، إلا أن الرأي الراجح يؤكد أن العملية تتم مشاركةً بين البنك والعميل، أي بين الجهاز ومستخدم الجهاز، لأنه عند إدخال رقم سري خاطيء لا يستجيب الجهاز المستخدم بل أنه قد يحتفظ بالبطاقة لديه ولا يتم تسليمها، لصاحبها إلا من خلال البنك مصدر البطاقة بعد التأكد من شخصيته. وبالتالي يذهب هذا الرأي إلى اعتبار ما ينتج من أدلة عن هذه العمليات يمكن قبوله كدليل يعتد به إذا استوفى الشروط القانونية الأخرى، أما رده بحجة انه من صنع المدعي البنك فهو قول مردود عليه.[44]

وتجدر ملاحظة أن هذا لا يعني أن كل الأدلة المتحصل عليها من الوسائل الحديثة هي نتاج عمل مشترك بين طرفي الخصومة وبالتالي يمكن الاعتماد عليها كأدلة، وإنما هناك بعض الوسائل غير المأمونة التي لا يمكن الاعتماد على أدلتها ومن ذلك الفاكس أو وثائق البريد الإلكتروني، في حالة عدم وجود ضمانات أمنية تحقق الأمان المطلوب حتى تعتمد مثل هذه الأدلة.

أما فيما يتعلق بمبدأ عدم جواز إجبار الخصم على تقديم دليل تحت يده –وهو المبدأ العام في قانون البيّنات– فلا يجوز إجبار الخصم على تقديم دليل تحت يده إلا في الأحوال التي نص عليها القانون والتي يلزم فيها الخصم بتقديم المحرر الذي تحت يده للخصم الآخر، وهذه المرونة من طرف القانون قد يكون لها تأثيرها

44 أسامة المليجي، استخدام مستخرجات التقنيات العلمية الحديثة في الإثبات وأثره على قواعد الإثبات المدني. دار النهضة العربية: القاهرة، 2000، ص20

الإيجابي في الإثبات في حالة الاعتماد على وسائل حديثة وخاصة في الحالات التي يكون فيها الأطراف غير متوازنين حيث يكون أحد الأطراف في موقف أفضل من الطرف الآخر، وخير مثال على ذلك حالة البنك والعميل عندما يعتمد البنك على تسجيلاته الآلية لإثبات حدوث واقعة معينة يدعيها العميل، فيقوم البنك بتقديم هذه التسجيلات الآلية وما يخرج منها من أشرطة ورقية ومغناطيسية وغيرها لإثبات حدوث الواقعة، فعليه يمكن للعميل أن يعتمد على هذه التسجيلات أيضا لدحض ما يدعيه[45].

وكذلك الحال في حالة وجود الطرف الثالث الموثق في العلاقات التي تتم بين طرفين باستخدام الوسائل التكنولوجية، حيث يمكن لأحد أطراف الخصومة أن يطلب من المحكمة إدخال هذا الغير كطرف في الخصومة أو كشاهد للإدلاء بشهادته وتقديم الأدلة التي تحت يده للقضاء لإثبات ما يدعيه أحد الأطراف ضد الطرف الآخر. ويظهر ذلك جلياً في تبادل الرسائل الإلكترونية باستخدام (تشفير) معين عن طريق استخدام الأرقام السرية عن طريق طرف ثالث موثق يشهد بأن الأرقام السرية المستخدمة والمفتاح اللازم لفك شفرة الرسالة تخص أحد الأطراف، وبالتالي يشهد بأن الرسالة المرسلة إلى أحد الأطراف إنما أرسلت إليه من الطرف الآخر إلى هذا الطرف.

2. **الشروط التعسفية.**

القيد الآخر على حق الأطراف في الاتفاق على قواعد الإثبات يتعلق بنقل عبء الإثبات، فنظراً للمشاكل التي تثيرها الاستخدامات المتزايدة للوسائل الحديثة في التعاملات، فإن المتعاملين بها يحرصون على

45 مفلح القضاة مرجع سابق. ص 106

تنظيم علاقاتهم عن طريق إبرام اتفاقات؛ تحتوي هذه الاتفاقات على الوسائل المقبولة للإثبات فيما بينهم والشخص الذي يتحمل عبء الإثبات. ومن أهم هذه الاتفاقات ما يتم في مجال العلاقات بين البنك وعملائه، حيث يشترط البنك أن يكون عبء إثبات الواقعة التي يدعيها على عاتق العميل، بل ويصل الحد إلى اشتراط البنك على أن تعتبر أدلته دليلاً قاطعاً على صحة ما يدعيه البنك وأانه ليس للعميل أن ينازع في هذه الأدلة.

ومثل هذه الشروط التي تحرم الطرف الآخر من الحق في الإثبات هي شروط باطلة لتعارضها مع مبادئ الإثبات الأساسية التي تمنح كل خصم الحق في إثبات ما يدعيه. أما بالنسبة للشروط التي ينقل فيها أحد الأطراف عبء الإثبات على غيره فهي جائزة، وذلك لأن القواعد التي تنظم توزيع عبء الإثبات ليست من النظام العام، وبالتالي يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها.[46]

المطلب الثاني: حجية أصول وصور السندات العرفية.

تختلف السندات العرفية عن السندات الرسمية من حيث الحجية في الإثبات ويعود ذلك إلى أن السندات الرسمية يتدخل في تنظيمها موظف عام بعكس السندات العرفية، وكذلك من حيث التوقيع أو خط الشخص الذي نسبت إليه الورقة وتكون حجية السند العرفي من حيث نسبة الخط أو التوقيع والإنكار من جانب من نسبت إليه وهذا يكفي للإنكار وبالتالي يسلب هذه الورقة حجيتها في الإثبات مؤقتاً. وتنص المادة 18 من قانون البيّنات الفلسطيني على أن:

46عايض المرى، مرجع سابق، ص213، عن: Faget (Jean Pierre), Le Contentieux des cartes, les nouveaux moyens de paiement, 17 e congres nationals de huissiers de justice, Dijon: 25-26 et 27 Sep. 1986, economica et investir., p. 86; Krimmer (ingeborg), les cartes de paiement, These, universite de Nice, Nov. 1989, pp.304-307

"1. لا يكون السند العرفي حجة على الغير بالنسبة لتاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت.

2.يكون للسند العرفي تاريخ ثابت من يوم: أ. أن يصادق عليه كاتب العدل. ب. أن يثبت مضمونه في ورقة أخرى ثابتة التاريخ رسميا. ج. أن يؤشر عليه قاض أو موظف عام مختص. د. وفاة أحد ممن لهم على السند أثر معترف به من خط أو إمضاء أو بصمة أو من يوم أن يصبح مستحيلا على أحد هؤلاء أن يكتب أو يبصم لعلة في جسمه. هـ. وقوع أي حادث آخر يكون قاطعا في أن الورقة قد صدرت قبل وقوعه.

3. يجوز للقاضي تبعا للظروف إلا يطبق حكم هذه المادة على المخالصات والسندات والأوراق التجارية ولو كانت موقعة أو مظهّرة من غير التجار لسبب مدني وكذلك سندات القروض الموقعة لمصلحة تاجر برهن أو بدون رهن مهما كانت صفة المقترض".

الفرع الأول: حجية أصول السندات العرفية.

يحوز السند العرفي المكتوب والموقع عليه الحجية إذا اعترف به من هو منسوب إليه أو لم ينكره، وكان السند سليما من العيوب المادية المؤثرة كالكشط أو المحو، ولم يكن به تزوير ظاهر.

وتزول حجية السند المحرر مؤقتا إذا أنكر من هو منسوب إليه توقيعه عليه صراحة، حتى تفصل فيه المحكمة، ويقع على عاتق المتمسك بالسند إثبات صدور التوقيع ممن هو منسوب إليه عن طريق إحالته إلى التحقيق. فإذا ثبتت صحة التوقيع عادت الحجية إلى السند.

ولا تقتصر حجية السند العرفي على أطرافه فقط، إنما تمتد إلى الكافة، وذلك باستثناء التاريخ حيث لا يكون السند حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت[47].

47 محمد حسن قاسم. مرجع سابق. ص 171

حجية تاريخ المحرر العرفي بالنسبة إلى الغير:

قد يكون تقديم تاريخ المستند العرفي هو معيار التفضيل بين الحقوق المتعارضة، فيعمد طرفي المستند إلى تقديم التاريخ إضرارا بحق من حقوق الغير حسن النية، ومثال ذلك أن يبيع شخص مالا منقولا لآخر وقبل أن يسلمه هذا المال يبيعه مرة ثانية لشخص آخر، مقدمين تاريخ البيع الثاني ليصبح قبل تاريخ البيع الأول وبذلك يكون نافذا في حق المشتري الأول [48]، الذي يعتبر من الغير بالنسبة للبيع الثاني.

ومن أجل حماية الغير من تلاعب الطرفين في تاريخ المستندات العرفية نصت المادة 18 فقرة 1 من قانون البينات رقم 4 لسنة 2001 الفلسطيني على أن: لا يكون السند العرفي حجة على الغير بالنسبة إلى تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت. وبناء عليه لا يكون تاريخ المستند العرفي حجة على الغير إطلاقا إلا إذا كان ثابت التاريخ، وسنرى بعد قليل طرق تحديد التاريخ في المستند العرفي، ولكن المهم هو بيان من هم الأشخاص الذين يدخلون في مفهوم الغير في النص السابق بحيث لا يكون المستند العرفي حجة في مواجهتهم إلا إذا كان ثابت التاريخ.

لا يقصد بالغير هنا كل شخص أجنبي عن التصرف المدون في المستند العرفي بل يقصد به كل شخص يحتج عليه بالسند العرفي ويضار في حق تلقاه من أحد أطراف المستند وبموجب نص في القانون إذا ثبت صحة تاريخه في مواجهته[49]، وتطبيقا لذلك فقد استقر الفقه على أن الغير يقصد به لغايات تطبيق هذه المادة [50]:

---

48 مفلح القضاة مرجع سابق ص 79

49 مفلح القضاة. المرجع السابق ص 79.

50 السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني. ج2. مجلد 1. ط 2. دار النهضة العربية: مصر، 1982 ص 196-246.

1 - **الخلف الخاص** : وهو كل من تلقى من سلفه حقا معينا، مثل المشتري الذي يعتبر خلفا خاصا للبائع، ومن ثم هو يعتبر من الغير بالنسبة للتصرفات التي أبرمها هذا السلف البائع فلا تكون نافذة في حق المشتري إلا إذا كانت ثابتة التاريخ قبل انتقال المال إلى هذا المشتري، وبعكس ذلك فإن البائع كان يستطيع الإضرار بالمشتري فيقوم بتصرفات متعلقة بالمال الذي باعه إليه ثم يقدم تواريخ هذه التصرفات قبل البيع حتى تكون نافذة في حق المشتري، ولذلك فإن القانون قد قضى على شبه التحايل والإضرار عن طريق اشتراط ثبوت تاريخ هذه التصرفات لنفاذها في مواجهه الخلف الخاص، ومثال ذلك مشتري العقار يعتبر خلفا خاصا للبائع الذي اشترى منه فهو إذا من الغير بالنسبة لعقود الإيجار التي أبرمها البائع بالنسبة لهذا العقار فلا تكون هذه العقود نافذة في مواجهة المشتري إلا إذا كانت ثابتة التاريخ قبل البيع، كذلك إذا كان البائع قد أبرم عقد رهن على المنقول الذي باعه فإن الرهن لا يكون نافذا في مواجهة المشتري – الخلف الخاص – إلا إذا كان ثابت التاريخ قبل البيع [51].

2 - **الدائن الحاجز**: إذا حجز الدائن على منقولات مملوكة لمدينه أو على ما للمدين لدى الغير فإنه يصبح من الغير بالنسبة لأي تصرفات أو مستندات صادرة من المدين ومتعلقة بالمال المحجوز، فإنه بالحجز قد تعلق حق الدائن الحاجز بالمنقول المحجوز تمهيدا لبيعه جبرا واستيفاء حقه منه وعلى هذا فإن أي تصرف من المدين بالنسبة لهذا المال المحجوز كبيع أو مبادلة فإنه لا يكون نافذا في حق الدائن الحاجز إلا إذا كان ثابت التاريخ قبل إيقاع الحجز [52].

---

51 احمد نشأت مرجع سابق جزء أول صفحة 288.

52 السنهوري مرجع سابق جزء 2 صفحة 223.

السندات العرفية التي تخضع لتطبيق هذه القاعدة:

بيّنت المادة 18 فقرة 3 من قانون البينات الفلسطيني أنه يجوز للقاضي تبعا للظروف إلا يطبق حكم هذه المادة على المخالصات والسندات والأوراق التجارية، ولو كانت موقعة أو مظهرة من غير التجار لسبب مدني، وكذلك سندات القروض الموقعة لمصلحة تاجر برهن أو بدون رهن مهما كانت صفة المقترض. والسبب في ذلك أن الدليل الكتابي يكون غير مطلوب أصلا في الدعاوى والقضايا التجارية، فهذه القضايا يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود والقرائن، فإذا وجد سند عرفي اتخذ دليلا كتابيا فلا يشترط أن يكون تاريخه ثابتاً ليكون حجة على الغير، وفي مثل هذه الحالة يرجع التقدير لقناعة القاضي وبناء على هذه القناعة والتقدير فمن الممكن أن يرجع في ذلك إلى المراسلات والدفاتر التجارية وغيرها، أما المعاملات التجارية التي تطلب فيها القانون الكتابة لأعمال حجيتها في الإثبات مثل الرهن التجاري فيجب أن يكون التاريخ فيها ثابتا ليكون حجة على الغير، وهذه كما ذكرت تطلب نص القانون فيها ثبوت التاريخ [53].

53 ديناصوري وعكاز مرجع سابق صفحة 118 و 119.

طرق ثبوت تاريخ المستند العرفي:

سبق القول أن المستند العرفي لا يكون حجة في تاريخه على الغير إلا إذا كان ثابت التاريخ وفقا لإحدى طرق ثبوت التاريخ المقررة في القانون، وقد كانت الفقرة 2 من المادة 18 من قانون البيّنات قد ذكرت الطرق وهي:

1. **أن يصادق على المستند كاتب العدل:** يدخل في اختصاص كاتب العدل تسجيل العقود التي ينظمها أصحاب العلاقة والتصديق عليها، وهذا حسب قانون كاتب العدل، وهو يصادق على التاريخ والتواقيع ويحفظها ويسلم نسخا منها إلى أصحاب العلاقة، وهذه المعاملات التي يقوم بها كاتب العدل تجعل وجود تاريخ السند العرفي أكيدا مثل تاريخ السند الرسمي، ولا يستطيع أحد أن يطعن في ذلك التاريخ إلا عن طريق الطعن بالتزوير[54].

2. **أن يثبت مضمون المستند العرفي في ورقة ثابتة التاريخ رسمياً** : ويكون ذلك بأن يذكر المستند العرفي مع تحديد موضوعه تحديدا معينا له مانعا للبس، في ورقة رسمية، وذلك لأن المستندات الرسمية ثابتة التاريخ بحكم رسميتها أو في أية ورقة عرفية تكون ثابتة التاريخ بوجه من الوجوه القانونية وعندئذ يكسب السند العرفي تاريخا ثابتا هو التاريخ الثابت للورقة الأخرى التي جرى فيها ذكر السند العرفي.

54 مفلح القضاة مرجع سابق صفحة 83 و 84.

3. **من يوم أن يؤشر على المستند قاض أو موظف عام مختص:** يكون للسند العرفي تاريخ ثابت في هذه الحالة عند تقديم السند العرفي في قضية فيؤشر عليه القاضي بالإبراز ويسجل عليه التاريخ، ويشترط أن يكون تأشير الموظف على المستند العرفي أن يكون الموظف من الموظفين العامين أو مكلف بخدمة عامة، ومثال ذلك أن تقدم الورقة العرفية في جرد رسمي فيؤشر عليها موظف الجرد، وان يكون السند قد عرض على الموظف في أثناء تأدية وظيفته أو قيامه بالخدمة العامة حتى يكون التاريخ الذي أشّر به هذا الموظف ثابتا كما سبق القول[55].

4. **من يوم وفاة أحد ممن لهم على السند أثر معترف به من خط أو إمضاء أو بصمة أو من يوم أن يصبح مستحيلا على أحد من هؤلاء أن يكتب أو يبصم لعلة في جسمه** : إن الخط أو الإمضاء أو البصمة المعترف بصدورهما من الشخص المتوفى أمرهما واضح ذلك أن السند العرفي الذي يحمل خط أو توقيع لشخص متوفى لا بد أن يكون قد تم قبل وفاة هذا الشخص فالتاريخ ثابت من وقت الوفاة بشرط إن يكون وقت الوفاة ثابتا كأن تدل عليه شهادة وفاة مثلا ويستوي أن يكون المتوفى طرفا متعاقدا في المستند أو أن يكون شاهدا أو كفيلا أو خلافه، ويستوي كذلك فيما يتعلق بثبوت التاريخ أن يكون الشخص قد توفي أو انه قد أصبح من المستحيل عليه أن يكتب أو يبصم لعلة حصلت في جسمه، وقد كانت الفقرة الفرعية د من المادة 12 الفقرة 2 من قانون البيّنات الأردني الملغي تذكر أيضا كلمة الخاتم أي ختم الشخص المتوفى في حال وجودة يثبت التاريخ للمستند العرفي، وقد أحسن المشرع الفلسطيني في القانون الجديد بعدم إضافة هذه

55 مفلح القضاة المرجع السابق صفحة 85

الكلمة الخاتم في نهاية الفقرة وذلك لأن الخاتم يختلف عن البصمة أو التوقيع بأنه من الممكن أن يستعمل بعد وفاة صاحبه.

الفرع الثاني: حجية صور السندات العرفية.

لم يتطرق المشرع الفلسطيني بالنص لمسألة حجية وقيمة صور المستندات العرفية في الإثبات، وكما يتبين فإن الأصل هو عدم وجود حجية لصور هذه المستندات في الإثبات إلا بالقدر الذي تدل به على الأصل إذا كان موجودا فيرجع إليه، أما إذا لم يكن موجودا فلا قيمة للصورة في الإثبات، إلا إذا لم ينازع الخصم بان المستند هو عبارة عن صورة، وقد استقر قضاء محكمة النقض المصرية على ذلك إذ قضت في نقض 1990/5/12 طعن رقم 1348 سنة 58 قضائية بأنه إذا لم ينكر من يحاجّ بصورة الورقة العرفية مطابقتها أصلها كانت هذه الصورة حجة عليه في الإثبات.[56]

كذلك فإنه في حالة تقديم مستند محرر بلغة أجنبية وتقديم ترجمة عرفية له باللغة العربية فلا يكون لها حجية ما دام لم يصدق عليها من جهة رسمية إلا إذا لم ينازع الخصم فيها [57].

وقد قررت محكمة النقض المصرية في نقض 56/5/3 سنة 7 صفحة 572 في هذا الخصوص أيضاً أن الأصل هو عدم وجود حجية لصور الأوراق العرفية وعدم وجود قيمة لها في الإثبات إلا بمقدار ما تهدي إلى الأصل إذا كان موجودا فيرجع إليه، أما إذا كان غير موجود فلا سبيل للاحتجاج بالصورة إذ هي لا تحمل توقيع من صدرت عنه.

56.محمد حسن قاسم. مرجع سابق. ص188

57 ديناصوري وعكاز مرجع سابق صفحة 93.

إلا أن هناك حالات استثنائية يكون فيها لصورة السند العرفي قيمة معينة في الإثبات، هذه الحالات هي:

1. الصورة التي تهدي إلى الأصل إذا كان موجودا، فيرجع إليه وتكون الحجية للأصل لا للصورة.
2. لا يعتبر السند العرفي الموقع عليه بإمضاء الكربون صورة إنما سندا قائما بذاته له حجية في الإثبات.
3. صورة السند العرفي المسجلة لها قيمة في الإثبات، لأن تحريره يكون قد تم بمعرفة موظف عام أو يكون قد تم تصويره بمعرفة الموظف العام.
4. الصورة الموقع عليها من مصدرها، تعتبر نسخة ثانية من الأصل ولها نفس قيمة الأصل في الإثبات.
5. الصورة المكتوبة بخط من صدرت منه دون توقيع تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة.

المبحث الثاني: إثبات صحة وثائق البريد الإلكتروني كسند عرفي والإشكاليات التي قد تنجم عن استخدامه.

خلصنا فيما سبق إلى اعتبار وثائق البريد الإلكتروني من السندات العرفية، وهنا تثور مسألة إثبات صحة وثائق البريد الإلكتروني كسند عرفي والإشكاليات التي قد تنجم عن استخدامه، وهذا ما سندرسه في المطلبين التاليين.

المطلب الأول: إثبات صحة وثائق البريد الإلكتروني كسند عرفي.

يقصد بإثبات صحة السندات بصورة عامة التحقق من صحة أو عدم صحة السند المقدم للاستدلال به سواء أكان السند رسميا أم عرفيا. فإذا كان الخصم قد اقر بصحة السند المقدم ضده فيجب على المحكمة في هذه الحالة أن تستخلص الحكم مما تستنتجه من هذا السند.

ومن أجل التوصل إلى كيفية إثبات صحة وثائق البريد الإلكتروني كسندات عرفية، سندرس في الفرع الأول من هذا المطلب كيفية إثبات صحة الأدلة الكتابية، وكيفية إثبات عكس ما تشتمل عليه الأدلة الكتابية، كما ندرس في هذا الفرع مدى إمكانية الاستناد إلى المحررات الإلكترونية باعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة. وفي الفرع الثاني من هذا المطلب سندرس طرق الطعن بصحة الدليل الإلكتروني.

الفرع الأول: إثبات عكس ما اشتمل عليه دليل كتابي

القاعدة العامة في إثبات التصرفات القانونية في المواد المدنية هي الكتابة وذلك إذا بلغت الحد المنصوص عليه في المادة 68 من قانون البينات الفلسطيني رقم 4 لسنة 2001 والبالغ مائتي دينار، فقد نصت هذه المادة:

"في المواد غير التجارية إذا كان الالتزام تزيد قيمته على مائتي دينار أردني أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز شهادة الشهود في إثبات وجوده أو انقضائه، ما لم يوجد اتفاق صريح أو ضمني أو نص قانوني يقضي بغير ذلك".

وقد استثنت المادة 68 المواد التجارية من أحكامها مما يعني أن الأصل فيها هو حرية الإثبات، أي أن إثبات التصرفات التجارية يجوز عن طريق شهادة الشهود أو القرائن أياً كانت قيمة التصرف. وقد تأكدت هذه القاعدة بنص المادة 51 من قانون التجارة رقم 12 لسنة 1966 التي تقضي بأنه "لا يخضع إثبات العقود التجارية مبدئياً للقواعد الحصرية الموضوعة للعقود المدنية، فيجوز إثبات العقود المشار إليها بجميع طرق الإثبات مع الاحتفاظ بالاستثناءات الواردة في الأحكام القانونية الخاصة".

وترجع علة هذا الاستثناء إلى ما تتطلبه التجارة من ثقة متبادلة في التعامل وسرعة وبساطة في إتمام التصرفات التجارية، وبالتالي فإن استلزام الكتابة لإثباتها فيه تعطيل لمصالح العاملين في مجال التجارة حيث أن الثقة وحسن النية مفترضان في الأطراف[58].

ويخفف من حدة هذا الاستثناء ما تتطلبه التشريعات المختلفة من ضرورة مسك التجار للدفاتر التجارية مما يساعد في عملية إثبات معاملاتهم التجارية عن طريق مضاهاة هذه الدفاتر لبعضها البعض عند وجود نزاع.

58 سليمان مرقس. أصول الإثبات وإجراءاته. ج1. عالم الكتب: القاهرة، 1981. ص 103

ولإعمال قاعدة الإثبات الحر في المواد التجارية يتعين أن يكون التصرف تجارياً وبين تجار. واستثناء من قاعدة الإثبات الحر، تطلب المشرع الكتابة للإثبات بالنسبة لبعض المسائل التجارية مثل الأوراق التجارية الكمبيالة – الشيك. كذلك فإن لأصحاب الشان الاتفاق مقدماً على إثبات تصرف تجاري معين بالكتابة، دون الأخذ بالاستثناء الخاص بحرية الإثبات في المواد التجارية.[59]

"ومن الاستثناءات على مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية هو حالة العقد المختلط أي العقد الذي يكون أحد طرفيه غير تاجر، وهنا يكون الإثبات حراً في مواجهة التاجر، أما في مواجهة الطرف الآخر غير التاجر فيكون باتباع القواعد المدنية في الإثبات، أي أن على التاجر عندما يود إثبات دعواه أن يلجأ إلى الكتابة إذا كانت قيمة التصرف تزيد على مائتي دينار، أما بالنسبة للطرف الآخر فإنه يتمتع بكل الامتيازات التي خولها له باستثناء المواد التجارية في الإثبات، ولذلك فإنه يمكنه إثبات دعواه بكافة طرق الإثبات".[60]

خلاصة القول أن التصرفات التجارية التي تبرم بين التجار وبخصوص تجارتهم، تخضع لحرية الإثبات أي يمكن الاستعانة بالوسائل التكنولوجية الحديثة من أجل إقامة الدليل عليها مثل الفاكس والتلكس والحاسب الإلكتروني وتعد مخرجاتها كافية لإثبات التصرف التجاري المطلوب. وقد نصت المادة 52 على:

59مفلح القضاة، مرجع سابق، ص 46. والسنهوري.مرجع سابق ص 451

60عايض المرى، مرجع سابق، ص 11. عن علي جمال الدين عوض. القانون التجاري. دار النهضة العربية. 1989. ص 91. ومحمد حسني عباس. القانون التجاري. الكتاب الأول. دار النهضة العربية. 1960. ص171. و نقض 1960/12/8. مجموعة المكتب الفني. س11. ص635. ونقض 1969/11/11. مجموعة المكتب الفني س20 ص 1180. ونقض 1982/12/23. مجموعة المكتب الفني. س33 ص 1239

"1- في المواد التجارية يجوز إثبات تاريخ السند العادي بالنسبة إلى الغير بجميع طرق الإثبات. 2- إن تاريخ الإسناد القابلة للتداول وتاريخ تظهيرها يعدان صحيحين إلى أن يثبت العكس".

ولا يوجد أي خوف أو أية مخاطر في ذلك لأن الأمر يخضع في جميع الأحوال لتقدير القاضي الذي له أن يأخذ بالدليل المقدم إليه إذا ما اقتنع به.

وقد جاء نص المادة 70 من قانون البيّنات الفلسطيني:"لا يجوز الإثبات بشهادة الشهود في الحالات التالية:

1. فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي.
2. إذا كان المطلوب هو الباقي أو هو جزء من حق لا يجوز إثباته إلا بالكتابة.
3. إذا طالب أحد الخصوم في الدعوى بما تزيد قيمته عن مائتي دينار أردني أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانونا ثم عدل عن طلبه إلى ما لا يزيد عن هذه القيمة".

ونظرا للسرعة التي تتطلبها التجارة ولاجل بث الثقة في التعامل بالتجارة فإن طلب الإثبات بالكتابة في المواد التجارية ومساواته بالتصرفات المدنية فيه تعطيل لمصالح العاملين في التجارة[61].

وعليه، ولكي نستطيع تطبيق قاعدة الإثبات بالكتابة فلا بد من توافر الشروط التالية:

61 عز الدين الدناصوري وحامد عكاز، التعليق على قانون الإثبات، ط8، الاسكندرية: دون ناشر، 1997. ص 354 وما بعدها

1. أن يكون محل الإثبات تصرفا أي عملا قانونيا.
2. ألا يكون طالب الإثبات من الغير بالنسبة للتصرف القانوني وذلك لأن الغير يجوز له إثبات أي تصرف بأي طريقة من الطرق.
3. ألا يكون القانون قد اشترط الكتابة لانعقاد العقد أو لإثباته.
4. أن يكون التصرف المراد إثباته تصرفاً مدنياً.

ومن ظاهر نص المادتين 68 و69 من قانون البيّنات الفلسطيني لا يمكن اعتبارهما من النظام العام ويجوز الاتفاق على خلافهما تطبيقا لمبدأ حرية الإثبات في التصرفات التجارية.

سندرس فيما يلي ما إذا كان يمكن الاستناد إلى المحررات الالكترونية باعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة، ثم سندرس امكانية قبول المحررات الاكترونية في الإثبات في حالة استحالة الحصول على دليل كتابي، ومن ثم سندرس مدى قبول المحررات الالكترونية في الاثبات في حالة فقدان الدليل الكتابي.

أولاً: الاستناد إلى المحررات الإلكترونية باعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة.

يجوز الإثبات بشهادة الشهود في كل حالة كان يجب فيها الإثبات بالكتابة إذا وجد – ما استقر غالبية الفقه والقضاء والتشريع– على تسميته بمبدأ ثبوت بالكتابة.

وقد أوضحت المادة 71 من قانون البيّنات مبدأ الثبوت بالكتابة، فنصت: "يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة في الحالات التالية: 1- إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة، ويعتبر في حكم ذلك كل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال".

فمبدأ الثبوت بالكتابة يكون له ما للكتابة من قوة في الإثبات متى كملته البينة، وإن كان لا يصلح دليلاً على تصرف شكلي كالهبة أو الرهن الرسمي لأنه لا يحل محل الشكل باعتباره ركناً في التصرف [62]، ولتحقق هذا المبدأ يجب توافر ثلاثة شروط نوجزها فيما يلي:

1. وجود كتابة:

أي أن هناك ورقة مكتوبة ولا تصلح لأن تكون بذاتها دليلاً كتابياً كاملاً، فلا يشترط فيها أن تأخذ شكلاً معيناً أو أن تكون موقعة. [63] فقد تكون ورقة بخط الخصم بدون توقيعه، أو دفاتر تجارية أو رسائل أو مذكرات خاصة. أو أقوال وردت في محضر تحقيق أو دفاتر حساب أو مخالصات وصور الأوراق الرسمية أو العرفية. واعتبار محرر ما بداية ثبوت بالكتابة اجتهاد في فهم الواقع تستقل به محكمة الموضوع متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة.[64]

---

62 أسامة المليجي، مرجع سابق، ص 126

63آدم النداوي، شرح قانون البيّنات والإجراء، مكتبة دار الثقافة، عمان، 1998، ص 142

64 محمد حسام محمود لطفي، الحجية القانونية للمصغرات الفلمية في إثبات المواد المدنية. القاهرة: دار الثقافة، 1988، ص 46-49

2. وجود كتابة صادرة من الخصم أو ممن يمثله

يجب أن تكون الكتابة صادرة من الخصم الذي يحتج عليه بها، مدعياً أم مدعى عليه. وقد يكون هذا الصدور مادياً، بتوقيع الخصم على الورقة أو بأنها مكتوبة بخطه أو بخط نائبه شريطة أن يعمل النائب في حدود نيابته، أو معنوياً، إذا كان ما تتضمنه الورقة – إن لم يكن مكتوباً بخطه– قد أملاه أو أقره الخصم مثل أقواله المدونة في محضر التحقيق أو في محضر الجلسة أو في محضر المعاينة، كلها تعتبر صادرة من الخصم وإن لم تكن مكتوبة بخطه إلا إنها مدونة في أوراق رسمية منسوبة إليه، بواسطة موظفين عموميين فوق مستوى الشبهات.[65]

فهل تعتبر الرسائل المتأتية عن طريق الإنترنت بداية ثبوت بالكتابة؟

وقد أشار عايض المري في رسالته حول مدى حجية الوسائل التكنولوجية في إثبات العقود التجارية إلى أن بعض الفقهاء قد اعتبروا أن مستخرجات وثائق البريد الإلكتروني —وذلك على فرض استحالة وجود مكتب تصدير وأصل موقع عليه– والتي يرغب في الاحتجاج بها ضد مرسلها أو ناشرها داخل الشبكة في نزاع مقام أمام القضاء، من الممكن تكييفه على أنه مبدأ ثبوت بالكتابة وسيتقبله القاضي بسهولة خاصة وأن القضاء قد توسع كثيراً في بداية الثبوت بالكتابة لا سيما أن هذا الدليل لا يعتبر دليلاً كاملاً في الإثبات بل يلزم تعزيزه بأدلة أخرى كالشهادة والقرائن.[66]

---

65 عايض المرى، مرجع سابق، ص 144

66 عايض المرى، مرجع سابق، ص 143

3. أن تجعل الكتابة الحق المدعى به قريب الاحتمال

يكفي لتوافر مبدأ الثبوت بالكتابة أن تجعل الكتابة وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال أي مرجح الحدوث. ذلك أن هذا المبدأ لا يعد دليلاً كاملاً بل يجب تكملته –بناء على طلب الخصم– بالبينة أو القرائن. فلا يلزم أن تكون دلالة الكتابة على الواقعة المدعاة واضحة بل يكفي أن تكون قريبة الوضوح للقاضي بحيث يمكن استكمال إيضاحها بوسائل إثبات أخرى، وفي هذا قضت محكمة النقض المصرية بأن صورة الشيك غير الموقع والذي لم يجحد يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة ويجعل الواقعة التي يدعيها المطعون ضده أمراً مرجح الحصول وقريب الاحتمال يجيز الإثبات بشهادة الشهود والقرائن فيما كان يجب إثباته بالكتابة[67]. كذلك الرسالة التي يشير فيها المدين إلى الدين الثابت بذمته وإن لم يذكر مقداره تجعل مديونيته واقعة قريبة الاحتمال. ومما لا شك فيه أن تقدير ما إذا كان مبدأ الثبوت بالكتابة يجعل الواقعة المدعى بها قريبة الاحتمال إنما هو مسألة اجتهاد في فهم الواقع يستقل به قاضي الموضوع متى أقام قضاءه على استخلاص سائغ.

إذا توافرت الشروط السابقة وجد مبدأ ثبوت بالكتابة، وجاز الإثبات بالبينة أو القرائن. إلا أن جواز الإثبات في هذه الحالة بغير الكتابة هو أمر جوازي للقاضي، فلا يلتزم به إذا وجد في ظروف الدعوى ما يكفي لتكوين عقيدته، ولكن يجب عليه في هذه الحالة أن يبين في حكمه الأسباب التي دعته إلى عدم إجابة هذا الطلب. ويستطيع القاضي – من تلقاء نفسه – أن يأمر بالإثبات بالبينة بالاستناد إلى ما يجده في

67 أسامة المليجي، مرجع سابق، ص 128

الدعوى من قرائن وذلك وفقا لما نصت عليه المادة 1/80 من قانون البينات الفلسطيني، والتي تنص على: "للمحكمة من تلقاء نفسها أن تأمر بالإثبات بشهادة الشهود في الأحوال التي يجيز القانون فيها الإثبات بالشهادة متى رأت في ذلك فائدة للحقيقة.

والحقيقة أن توافر مبدأ ثبوت بالكتابة وتكملته بالبينة أو القرائن تجعل له قوة في الإثبات تعادل قوة الإثبات بالكتابة.

ثانياً: قبول المحرر الإلكتروني في الإثبات في حالة استحالة الحصول على دليل كتابي.

خرج المشرع الفلسطيني في المادة 71 من قانون البيّنات عن قاعدة وجوب إثبات التصرفات القانونية بالكتابة فنص على أنه: "يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة في الحالات التالية: 1- إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة ويعتبر في حكم ذلك كل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شانها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال 2- إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي، أو إذا كان العرف والعادة لا يقضيان بربط الالتزام بسند كتابي، ويعتبر مانعاً مادياً أن لا يوجد من يستطيع الكتابة، أو أن يكون طالب الإثبات شخصاً ثالثاً لم يكن طرفاً في العقد، ويعتبر مانعاً أدبياً القرابة بين الزوجين أو ما بين الأصول والفروع أو ما بين الحواشي إلى الدرجة الثالثة أو ما بين أحد الزوجين وأبوي الزوج الآخر أو بين الخطيب وخطيبته. 3- إذا فقد الدائن سنده الكتابي بسبب لا يد له فيه...".

يتضح من خلال هذا النص أن المشرع الفلسطيني قد أجاز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة في حالة وجود مانع من الحصول على هذا الدليل الكتابي، إلا أنه لم يقم بتعريف المانع الذي

يمكن أن يقوم بهذا الدور، وإنما اكتفى بذكر أنواع هذا المانع، فسواء كان المانع مادياً أو أدبياً فإنه يكون كافياً لاعتباره استثناء على طلب الدليل الكتابي لإثبات التصرف القانوني.

1. تحديد المقصود بالمانع.

أجاز القانون الإثبات بالبينة فبما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجدت ظروف من شأنها أن تحول بين الشخص وبين الحصول على دليل كتابي لإثبات تصرف قانوني كان من الواجب إثباته بالكتابة، وقد قيل في تبرير هذا الاستثناء "إن وجوب الإثبات بالكتابة يفترض إمكان الحصول على الدليل الكتابي، فإذا حالت ظروف خاصة دون ذلك تحتم الاستثناء، إذ لا قبل لأحد بالمستحيل".

ويعرّف المانع بأنه: المانع الذي تنشأ عنه استحالة الحصول على كتابة وقت التعاقد استحالة نسبية عارضة، أي استحالة مقصورة على شخص معين وراجعة إلى الظروف الخاصة التي تم فيها التعاقد. ويقصد بالاستحالة هنا: تلك التي ترجع إلى ظروف خاصة بالمكلف بالإثبات والتي تعتبر مانعاً من حصوله على دليل كتابي ولذلك توصف بأنها استحالة شخصية أو نسبية لأنها تكون قائمة بالنسبة للمكلف بالإثبات دون غيره، وهي استحالة عرضية" أي غير جوهرية" لأنها لا ترتبط بطبيعة الواقعة محل الإثبات كما لو كانت واقعة مادية مثلاً إذ الغرض أن محل الإثبات يكون تصرفاً قانونياً.[68]

68عايض المرى، مرجع سابق، ص 147

وقد عرفت محكمة النقض المصرية المانع من الحصول على دليل كتابي بأنه "الذي تنشأ عنه استحالة الحصول على كتابة وقت التعاقد استحالة نسبية عارضة، أي استحالة مقصورة على شخص معين وراجعه إلى الظروف الخاصة التي تم فيها التعاقد"[69].

فالاستحالة المقصودة في هذه الحالة هي استحالة شخصية تتعلق بظروف الشخص المكلف بالإثبات.

فإذا كان التصرف الذي وجد بشأنه المانع تزيد قيمته عن مائتي دينار، أو كان التصرف المطلوب إثباته يخالف ما أثبت بالكتابة أو يجاوزه أو متعلقاً بقصد يتطلب القانون إثباته بالكتاب وإن لم تزد قيمته عن البلغ المذكور، جاز الإثبات بغير الكتابة أياً كان نوع المانع من الحصول على الكتابة مادي أم أدبي. وتقدير المانع من الحصول على سند كتابي من الأمور الواقعية التي يستقل بها قاضي الموضوع إلا أنه يتعين عليه أن يؤسس قضاؤه في ذلك على أسباب سائغه لحمله.

2.أنواع المانع.

من خلال النص القانوني، نجد أن هناك نوعين من الموانع، هما: الموانع المادية والموانع المعنوية التي تصلح كاستثناء على تطلب الدليل الكتابي.

ويُعرّف المانع المادي بأنه: مجموعة الظروف الخارجية التي تمنع مادياً دون الحصول على دليل كتابي، مثال ذلك الوديعة الاضطرارية عند حدوث خطر محدق كحريق أو زلزال.

69 أسامة المليجي، مرجع سابق، ص 1122

أما المانع المعنوي أو الأدبي: فهو عبارة عن بعض الظروف المعنوية التي تحول دون الحصول على دليل كتابي مثل وجود صلة قرابة أو علاقة زوجية أو علاقة تبعية. وفي جميع الأحوال، فإن وجود أياً من الصلات السابقة لا يعتبر في ذاته مانعاً أدبياً يحول دون الحصول على سند كتابي، بل المرجع في ذلك إلى ظروف الحال التي تقدرها محكمة الموضوع.[70]

وبخلاف الموانع المادية والأدبية، قد يكون المانع ناشئاً عن عادة معينة بين الأفراد جرى بها العرف على اعتبار أن الكتابة ليست لازمة في التعامل بينهم، مما يجيز الإثبات بالبينة. مثال ذلك ما جرى به العرف من عدم تحرير عقد عمل بين الخادم وسيده وبين التاجر وعميله عندما يرسل إليه السلع والبضائع بمنزله أو بين المريض وطبيبه عندما لا يحصل على إيصال بالأجرة المتفق عليها.

ومن خلال الفهم الواسع لفكرة المانع، فإن وسائل التقنيات الحديثة يمكن أن تدخل ضمن الاستثناءات التي تنص عليه المادة 71 من قانون البيّنات، فقد يقع أحد الأشخاص في موقف يصعب عليه فيه الحصول على محرر يثبت التصرف القانوني، كما في حالة التعاقدات التي تتم عن طريق الاتصال عن بعد الإنترنت صندوق وثائق البريد الإلكتروني.

وقد اشار عايض المري في رسالته حول مدى حجية الوسائل التكنولوجية الحديثة في الإثبات إلى أن هناك جانباً من الفقه يرى أن الاستحالة غير متوافرة في حالة استخدام الوسائل الحديثة، وان بعض الفقاء قالوا: إن المانع الذي يبرر الإثبات بالبينة والقرائن يجب أن يكون نسبياً عارضاً، أي المانع الطارئ على

70آدم النداوي، مرجع سابق، ص 144

المتعاقد في واقعة تكون بطبيعتها قابلة لإعداد الدليل عليها مقدما مثل عقد الوديعة الاضطرارية، لا المانع المطلق أو الأصلي الذي يكون ملازماً لطبيعة الواقعة المراد إثباتها، بحيث لا يتصور معه أصلا إمكان إعداد الدليل مقدماً على هذه الواقعة كالجنح وأشباه الجنح، لأن هذه وقائع مادية يجوز إثباتها أصلا بكافة طرق الإثبات.[71]

وإن كان هذا القول مردود، لكون المانع في حالة استخدام الوسائل الحديثة ليس مطلقاً بل هو مانع نسبي، فالشخص الذي يبرم عقوداً عن طريق الإنترنت يستطيع أن يطلب من الشخص الذي يتعامل معه أن يرسل له تأكيداً مكتوباً ليحتفظ به تحسباً لقيام أي نزاع.

لذلك، نصل إلى أن مستخدمي الوسائل الحديثة يمكن أن يتمتعوا بالاستثناء أعلاه، وذلك لإطلاق المشرع الفلسطيني مفهوم المانع المطلوب وكذلك بالاستناد على فكرة العرف، وفي حال ثبوت هذا الرأي فإنه يجوز للقاضي دون إلزام عليه أن يأذن بإثبات ما كان يجب إثباته كتابة بالبينة والقرائن.

ثالثاً: قبول المحرر الإلكتروني في الإثبات في حال فقد الدليل الكتابي.

وفقاً لهذا الاستثناء، فإن السند الكتابي وجد بالفعل وحصل عليه الشخص ولكن بعد حصوله عليه فقد منه بسبب أجنبي لا يد له فيه مادة 4/71 من قانون البيّنات فعلى من يدعي ذلك أن يثبت:

- وجود دليل كتابي.
- فقد هذا الدليل بسبب أجنبي.

71 عايض المرى، مرجع سابق، ص 158

1. وجود السند الكتابي بصفته دليلاً كتابياً كاملاً.

لا يكفي أن يثبت المدعي أن السند المفقود كان مجرد مبدأ ثبوت بالكتابة. ويستطيع المدعي إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات، بما فيها البينة والقرائن باعتبارها واقعة مادية. فيتعين على المدعي "أن يقيم الدليل على سبق وجود المحرر ومضمونه وعلى مراعاة شروط الصحة التي يتطلب القانون توافرها فيه إذا كان هذا المحرر من قبل المحررات الشكلية. فإذا تم ذلك للمدعي، كان له أن يثبت ما يدعي بالبينة".

2. فقدان السند الكتابي بعد وجوده.

هذه واقعة مادية يمكن إثباتها بكافة طرق الإثبات. ففقد السند الكتابي يجب أن يكون لسبب أجنبي عن المدعي، وقد يكون السبب الأجنبي قوة قاهرة كحريق أو سرقة، وقد يكون السبب الأجنبي راجعاً للمدعى عليه كما لو كان قد سرقه أو حصل عليه بالإكراه أو التحايل، وقد يكون راجعاً إلى الغير، كما لو فقد السند من المحامي. وفي جميع الأحوال، يجب إلا يكون السبب راجعاً إلى فعل المدعي ولو كان نتيجة إهمال أو تراخي من جانبه[72].

لو أردنا إدخال الوسائل التكنولوجية الحديثة للاستفادة من هذا الاستثناء، فإننا نجد ذلك غير وارد، وذلك لاشتراط المشرع الفلسطيني وجود الدليل الكتابي قبل فقده وهو ما لا يمكن توفره خاصة في مخرجات الحاسب الإلكتروني، وحتى على فرض توفر الدليل الكتابي المقبول قانونا في نظامنا فإنه يلزم للاستفادة من هذا الاستثناء أن يكون هذا الفقدان بسبب أجنبي لا يد للمدعي فيه مثل القوة القاهرة وحالة الضرورة، وبالتالي فإن الفقد الراجع إلى فعل المدعي لا يمكن الاستفادة منه في ظل وجود هذا النص.

---

72 مفلح القضاة، مرجع سابق، ص 145

إذا توافرت الشروط السابقة، جاز إثبات التصرف – استثناء– بالبينة والقرائن بدلاً من الكتابة أياً كانت قيمة التصرف[73] ولو تجاوزت مائتي دينار، وكذلك لو كان يخالف ما هو ثابت بالكتابة أو يجاوزه أو كان عقداً يشترط المشرع الفلسطيني إثباته بالكتابة، أو كان عقداً شكلياً كالهبة والرهن الرسمي. وبذلك يكون هذا الاستثناء أوسع نطاقاً من الاستثناء السابق حيث يزيد عليه أنه يجيز إثبات التصرفات الشكلية التي تعتبر الكتابة ركناً فيها وذلك يرجع إلى أن المفترض أن الشكلية قد استوفيت وقت إنشاء التصرف ثم فقد المدعي سنده بعد ذلك.

الفرع الثاني: طرق الطعن بصحة الدليل الإلكتروني

يعد السند الإلكتروني دليلا كتابيا كاملا في الإثبات في ظل المفهوم الحديث للسندات العرفية التي تأخذ بالمفهوم الواسع لشرطي الكتابة والتوقيع، إذ لم تعد شروط السند الكتابي بالمفهوم التقليدي مقبولة في عصر تستخدم فيه الأجهزة الحديثة.

وقد وضع المشرع الفلسطيني قواعد عامة لبيان طرق الطعن في السندات العرفية، تصلح للتطبيق على الأدلة الإلكترونية باعتبارها من السندات العرفية؛ هذه الطرق هي الإنكار والادعاء بالتزوير.

[73] محمد حسام محمود لطفي. الاطار القانون للمعاملات الالكترونية: دراسة في قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية مع اشارة خاصة لبعض قوانين الدول العربية. القاهرة. دون ناشر. 2002. ص 49.

أولا: الإنكار.

تنص المادة 16 من قانون البيّنات الفلسطيني على ما يلي:

"يعتبر السند العرفي حجة على من وقعه ما لم ينكر ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة عند إطلاعه عليها ويعتبر سكوته إقرارا بصحة ما نسب إليه"

فالإنكار هو عدم تسليم الخصم بصحة ما هو منسوب إليه في سند عادي يقدمه خصمه في الدعوى بوصفه دليلا في الإثبات. وهو رخصة منحها القانون لمن يحتج عليه بسند عادي لاستبعاد هذا السند مؤقتا في الإثبات، فيتحول عبء الإثبات إلى عاتق الخصم.

وكما هو الأمر في السند الرسمي، فإن السند الإلكتروني يفقد قوته في الإثبات عند إنكار الخصم صحة ما نسب إليه من بيانات إلى حين البت في الطعن بالإنكار.

وفي حالة إنكار السند الإلكتروني المرسل عن طريق وثائق البريد الإلكتروني، فإنه يتم التحقق من تطابق الأصل مع السند، بالطلب من دائرة وثائق البريد تقديم أصل السند المودع لديها، فإذا تحقق التطابق، كان للسند الإلكتروني حجية السند العادي، وإلا فإن المحكمة تأخذ به على سبيل الاستئناس[74].

ثانيا: الادعاء بالتزوير.

التزوير هو تغيير الحقيقة التي يتضمنها السند بقصد الغش في سند أو وثيقة أو أي سند آخر بإحدى الطرق المادية والمعنوية التي يبينها القانون تغييرا من شانه إحداث ضرر بالمصلحة العامة أو بشخص من الأشخاص.

---

[74] عباس العبودي. مرجع سابق. ص 93

والصور التقليدية الثلاث للتزوير هي التغيير والمحو والإضافة [75]. وتنطبق أحكام التزوير في السندات العرفية على السندات الإلكترونية باعتبارها سندات عرفية، وكل ما يقع عليها من تغيير أو محو أو إضافة يعتبر تزويرا، وتنطبق عليه أحكام التزوير في السندات التي نص عليها قانون العقوبات.

حددت المادة 59 وما بعدها من قانون البيّنات الفلسطيني الأحكام الخاصة بالتزوير. حيث نص على أن الادعاء بتزوير السند يكون في أي مرحلة تكون فيها الدعوى عن طريق تقديم طلب إلى المحكمة المختصة ويتم بيان كل مواضيع التزوير المدعى بها وعلى مدعي التزوير إعلام خصمه في مذكرة تبين فيها مواضع التزوير وإجراءات التحقيق التي يطلب إثبات التزوير بها خلال المدة التي يحددها القاضي.
وتجدر الاشارة إلى أن الادعاء بالتزوير الذي نقصده هو الادعاء بالتزوير ضمن الدعوى المدنية التي تستهدف استبعاد السند بوصفه دليلا لاثبات التصرف القانوني الذي يتضمنه، الأمر الذي يختلف عن دعوى التزوير التي نقام أمام المحاكم الجزائية بهدف عقاب مرتكب التزوير وابطال حجية السند في الإثبات.

المطلب الثاني: الإشكاليات التي قد تنجم عن استخدام وثائق البريد الإلكتروني:

تهدد صحة المعلومات والبيانات الصادرة عن وسائل الحاسب الآلي مخاطر الخطأ التي قد تنجم عن الأخطاء البشرية، أو الفنية، أو قد تنجم عن عوامل خارجية طبيعية. سندرس في هذا المطلب أهم الإشكاليات التي قد تنجم عن استخدام وثائق البريد الإلكتروني وهي الخطأ والغش المعلوماتي.

[75] عباس العبودي. مرجع سابق. ص296.

الفرع الأول: مخاطر الخطأ.

تتعدد مصادر الخطأ الذي قد يهدد سلامة وصحة البيانات الصادرة عن وسائل التقنية الحديثة، من أخطاء بشرية وفنية وأخطاء خارجية؛ ويعتبر الخطأ الأكثر حدوثا، هو الخطأ البشري الذي قد ينتج عن عملية إدخال البيانات الذي يتم يدويا، حيث قد يقع المبرمج في خطأ في تصميم البرامج أو في تشغيلها أو ربطها.

أما الخطأ الفني فهو الخطأ الذي ينتج عن الاستخدام السيئ لبرامج الحاسب، وتعد نسبة الخطأ الفني ضئيلة خاصة أن عملية نقل المعلومات والبيانات تتم بطريقة آلية، إلا أن تكرار وقوع مثل هذه الأخطاء قد يؤدي إلى نتائج خطيرة.

أما الخطأ الخارجي فيرجع إلى الأجواء المحيطة بالبيئة التي توجد بها أجهزة نقل المعلومات كسوء الأحوال الجوية والرطوبة أو انقطاع الكهرباء التي قد تؤدي إلى حدوث أعطال تهدد سلامة المعلومات والبيانات من حيث إمكانية تخزينها أو نقلها[76].

ومن الجدير بالذكر أن نقل المعلومات وتبادلها باستخدام الوسائل الحديثة قد حدّ من مخاطر الخطأ في عملية إدخال البيانات أو إعدادها أو نقلها، إلا أن آثار هذه الأخطاء تكون أكثر خطورة عند استخدام الطرق التقليدية لنقل المعلومات.

[76] عايض المري. مرجع سابق. ص 117

وهنا فإن إلقاء عبء الإثبات على عاتق من أقيم الدليل في مواجهته يكون ممكنا فقط في حالة إخضاع الحواسيب وشبكة المعلومات "الانترنت" للرقابة المستمرة. وإلا فإنه يتعين إقامة الدليل على حسن سير وانتظام عمل الحواسيب وشبكة المعلومات "الانترنت"[77]

الفرع الثاني: الغش المعلوماتي.

تمثل مخاطر الغش المعلوماتي تهديدا حقيقيا لعملية إثبات وثائق البريد الإلكتروني وتقلل من مقدار الثقة الممنوحة لمثل هذه الوثائق قانونا؛ ويعود هذا التهديد إلى ضعف التدخل الإنساني المباشر من جانب بعض أطراف العلاقة مما يتيح للطرف الآخر إمكانية الغش. وقد أجريت دراسات لتقدير حجم الغش المعلوماتي في العديد من الدول التي أدخلت المعلوماتية في نظمها وكانت النتائج مريعة؛ حيث بلغت نسب الخسائر بسبب الغش المعلوماتي نسباً عالية جدا في كل من فرنسا والولايات المتحدة الأمريكية وانجلترا.

ويتميز الغش المعلوماتي بصعوبة إثباته، إذ لا يرد على بيانات مكتوبة يمكن مراجعتها، كما يتم من مسافات بعيدة وبمجرد إعطاء الأوامر للحاسب الآلي.

ويتحقق الغش المعلوماتي في نجاح أي شخص في الدخول على أي نظام معلوماتي أو خاص بحاسب آلي واستغلاله، كما يمكن أن يتحقق الغش المعلوماتي من خلال الاستخدام السيئ لمن يملك الدخول على نظام معلوماتي معين. ومن صور الغش المعلوماتي كذلك إطلاق الفيروسات التي تؤدي إلى تلويث البرامج أو إتلافها.

77 اسامة المليجي. مرجع سابق. ص12-14

ومن أبرز المخاطر التي تعترض وثائق البريد الالكتروني الأخطار العمدية وهي التي يقصد بها الغش، فليس من السهولة تصور مداها ونطاقها لأنها لا تترك أثرا مكتوبا وتتم بمجرد إعطاء الأمر والتعليمات للحاسب الآلي.

وهناك محاولات تقنية لتقليل التعدي على الحاسبات الالكترونية أو بواسطتها، إلا أن التشريعات الحديثة قد اهتمت بالموضوع، مجرمةً محاولات الغش المعلوماتي ونصت على عقوبات عليها كالقانون الفرنسي رقم 88/19 والقانون البريطاني الصادر بتاريخ 1990 /8/29 [78].

78 اسامة المليجي. مرجع سابق. ص15-20

الخاتمة

بحثنا في هذه الدراسة التساؤل القانوني حول حجية البريد الالكتروني ودوره في الإثبات، فعرضنا في الفصل الأول الطبيعة القانونية للدليل الكتابي وللبريد الالكتروني فدرسنا عناصر الدليل الكتابي ومدى توافق العقود المبرمة بواسطة الوسائل التقنية الحديثة مع عناصر الدليل الكتابي المتطلب قانوناً لإثبات بعض التصرفات، ونقصد بذلك الكتابة والتوقيع.

فالسند الإلكتروني إذا طبقنا عليه ضوابط الدليل الكتابي بالمفهوم التقليدي وهي الكتابة والتوقيع، يفقد قيمته في الإثبات، فالوثيقة الإلكترونية لا تعادل الوثيقة الورقية المتطلبة قانوناً وذلك لأن التوقيع الإلكتروني وإن كان يعادل التوقيع التقليدي المعترف به قانوناً من حيث الوظيفة إلا أنه لا يعادله من حيث الشكل، وبالتالي لا يمكن اعتبار الوثيقة الإلكترونية دليلاً كتابياً كاملاً.

فالدليل الكتابي بالمفهوم التقليدي يعد من أفضل الأدلة على الإطلاق وفقاً لقانون البيّنات الفلسطيني، الذي يشترط الكتابة في إثبات التصرفات القانونية سواءً كانت تجارية أو مدنية، وذلك حرصاً من المشرع الفلسطيني على تنبيه الأفراد إلى خطورة بعض هذه التصرفات وحسما لكل نزاع وسوء فهم يحدث في التطبيق العملي.

ولكن ذلك لا يعني أن نهمل التقنيات الحديثة التي ظهرت في عصرنا الحالي ودخلت أغلب المجالات من بنوك وشركات وغيرها لأنها لم تستوف الشكل القانوني المتطلب في الدليل الكتابي وعليه لا يمكننا

الاستفادة من مزايا هذه الوسائل ودورها الرائد في تسهيل وسرعة عجلة الاقتصاد وانتعاشه ما لم نحاول تكييف القانون لاستيعاب مثل هذه الوسائل الحديثة وبالتالي قبولها في الإثبات.

فبالنسبة للكتابة، فقد وجدنا أن المشرع الفلسطيني لم يشترط فيها أي شرط ما، فكل كتابة تؤدي المعنى المراد تمثل كتابة، وأن المهم هو ثبوت نسبة المحرر إلى صاحبه. وعلى ذلك فلا مانع من قبول مستخرجات الوسائل التقنية الحديثة تحت مفهوم الكتابة.

أما بالنسبة للتوقيع، الذي يعتبره بعض الفقهاء الشرط الوحيد من شروط الدليل الكتابي، وذلك على فرض أن الورقة تتضمن كتابة تثبت ما تم الاتفاق عليه، فلم يعرفه المشرع الفلسطيني وإنما اكتفى بذكر صوره، وهي التوقيع بالختم أو الإمضاء أو بصمة الأصبع، وعلى ذلك فإن هذه الصور تتعارض مع الشكل الحديث للتوقيع الذي يتوافق والتجارة الإلكترونية، مما حدانا بالبحث في مدى قبول التوقيع الإلكتروني قانوناً والذي وصلنا في النهاية إلى انه وإن كان هذا النوع من التوقيعات يفي بوظائف التوقيع المتطلبة قانوناً فإنه لا يفي بالشكل المطلوب قانوناً لهذا التوقيع، مما يجعل مسألة قبوله محل شك في حالة عرض نزاع بهذا الخصوص. مما يعني في النهاية أن مستخرجات الوسائل الحديثة لا تعادل الدليل الكتابي المتطلب قانوناً، وإن كان التوقيع بطريقة القلم الإلكتروني يمكن أن يفي بالشكل المطلوب ولكن هذه الطريقة لم تنتشر إلى الآن، وكذلك لم يتضح موقف الفقه أو القضاء منها.

وقانون البيّنات الفلسطيني كرّس مبدأ اشتراط وجود الدليل الكتابي لبعض التصرفات القانونية إلا أنه نص أيضاً على بعض الاستثناءات التي لا يلزم فيها الدليل الكتابي الكامل للإثبات.

والمشرع الفلسطيني وبالرغم من أنه لم يأخذ بالمفهوم الحديث للتوقيع الإلكتروني إلا أنه أعطى وثائق البريد الإلكتروني والفاكس والتلكس قيمة المحررات العرفية وذلك باشتراط وجود أصل مودع منها في مكتب التصدير موقعا عليه من مرسلها،

ونظرا لأن المشرع الفلسطيني في النهاية لم يعط للمحرر الإلكتروني القيمة المعطاة للسند العادي من حيث القيمة الثبوتية، كان يجب البحث عن الاستثناءات على تطلب الدليل الكتابي والتي يمكن اللجوء إليها لقبول هذه الوسائل الحديثة وذلك من خلال اللجوء إلى الاستثناء الخاص بمبدأ ثبوت الكتابة، والذي يمكن إكماله بالبينة والقرائن في حالة اكتمال شروطه التي تنطبق جميعها على مخرجات الوسائل التقنية الحديثة.

كذلك هناك استثناء خاص باستحالة الحصول على الدليل الكتابي، ووجدنا أنه يمكن قبول الوسائل الحديثة تحت هذا الاستثناء وذلك لإطلاق المشرع الفلسطيني مفهوم المانع المطلوب للاستفادة من هذا الاستثناء.

وإزاء المخاوف من عدم قبول التوقيعات الإلكترونية، فقد لجأ المتعاقدون إلى إبرام اتفاقات فيما بينهم تعترف بهذه الوسائل الحديثة والتوقيعات الإلكترونية. وبالطبع فقد احتوت مثل هذه الاتفاقات على

شروط تعسفية بحق الطرف الضعيف في التعاقد. وقد اختلف الفقه حول مدى صحة مثل هذه الاتفاقات، وإننا نرجح صحة مثل هذه الاتفاقات المخالفة لقواعد الإثبات، ومع ذلك فهناك قيود على هذه الاتفاقات وذلك حتى لا تصل مثل هذه الاتفاقات إلى حد تعارضها مع المبادئ التي يقوم عليها قانون الإثبات، وهو حرمان أحد الأطراف من إثبات ما يدعيه نحو الطرف الأول.

وفي نهاية هذه الدراسة، فإننا نعتقد أنه يجب على المشرع الفلسطيني إعادة النظر في النص المتعلق بمنح الفاكس والتلكس ووثائق البريد الإلكتروني لحجية السندات العادية إذا كان أصلها المودع في مكتب التصدير موقعا عليه من مرسلها وذلك بقصر هذه الحالة على الرسائل والبرقيات ووضع نص يناسب هذه الوسائل الحديثة بإضافة فقرة خاصة بها في المادة 19 من قانون البيّنات تتضمن أن هذه الوسائل يكون للمراسلات الناشئة عنها حجية الأسناد العادية ما لم يثبث مرسلها أنه لم يقم بإرسالها ولم يكلف أحدا بذلك.

كما نعتقد أن على المشرع الفلسطيني تعزيز دور المحكمة في فهم وثائق البريد الإلكتروني، والإسراع بوضع الأنظمة الخاصة بقانون المعاملات الإلكترونية، والنص في قانون العقوبات الفلسطيني على الجرائم المتعلقة بوثائق البريد الإلكتروني.

كما نعتقد أن من الضروري الإسراع في إنشاء مكاتب التصدير للبريد الإلكتروني.

قائمة المصادر والمراجع

أولا: الكتب

1. الديناصوري، عز الدين وحامد عكاز. التعليق على قانون الإثبات. ط 8. مصر: الدلتا للطباعة، 1997.

2. السنهوري، عبد الرزاق. الوسيط في شرح القانون المدني. ج 2. مجلد 1. ط 2. دار النهضة العربية: مصر، 1982.

3. الصدة، عبد المنعم فرج. الإثبات في المواد المدنية. ط2. شركة مطبعة مصطفى البابي: مصر، 1954

4. الصراف، فرج ودرويش الوحيدي. قواعد الإثبات في التشريع الفلسطيني. دون ناشر: غزة، 1992.

5. طالب، محمد عبد الوهاب. دور المحررات العرفية السندات العادية المعدة مقدما في الإثبات المدني. رسالة للحصول على درجة الدكتوراة في الحقوق. 1999.

6. عبد الحميد، ثروت. التوقيع الالكتروني: ماهيته- مخاطره- وكيفية مواجهتها ومدى حجيته في الإثبات. ط2. مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة: مصر. 2002-2003.

7. العبودي، عباس. التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني "دراسة مقارنة". عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1997.

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

9. القضاة، مفلح. البيّنات في المواد المدنية والتجارية. عمان: المطابع التعاونية، 1994.

10. لطفي، محمد حسام محمود. الاطار القانون للمعاملات الالكترونية: دراسة في قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية مع اشارة خاصة لبعض قوانين الدول العربية. القاهرة. دون ناشر. 2002

11. لطفي، محمد حسام محمود. الحجية القانونية للمصغرات الفلمية في إثبات المواد المدنية. القاهرة:دار الثقافة، 1988.

12. مرقس، سليمان. أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية. ج1. عالم الكتب: القاهرة، 1981.

13. مرقس، سليمان. الوافي. ج 5. أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية. مجلد 1 دون ناشر، 1991.

14. المري، عايض. مدى حجية الوسائل التكنولوجية الحديثة في إثبات العقود التجارية. رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراة في الحقوق: جامعة القاهرة. دون ناشر. بدون سنة نشر.

15. المليجي، أسامة. استخدام مستخرجات التقنيات العلمية الحديثة واثره على قواعد الإثبات المدني. دار النهضة العربية: القاهرة، 2000.

16. النداوي، آدم وهيب. قانون البيّنات والإجراء. مكتبة دار الثقافة: عمان. 1998.

17. نشأت، أحمد. رسالة الإثبات. ج1. ط7. دون ناشر. بدون سنة نشر

18. نوفل، سامر. التجارة الإلكترونية وتكييف التصرفات القانونية التي تجري بواسطة الشبكة العالمية / الإنترنت، بحث منشور في مجلة المحامون السورية، عدد 9 و10، لسنة 2000

ثانيا: القوانين

1. قانون البيّنات في المواد المدنية والتجارية رقم 4 لسنة 2001 المنشور في العدد 38 من الوقائع الفلسطينية بتاريخ 5 سبتمبر 2001.
2. قانون البيّنات رقم 30 لسنة 1952 المنشور في العدد 1108 من الجريدة الرسمية الأردنية بتاريخ 1952/5/17.
3. قانون المعاملات الإلكترونية رقم 85 لسنة 2001 المنشور في العدد –من الجريدة الرسمية الأردنية بتاريخ 2001/12/31.
4. قانون الاونيسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية مع دليل لتشريعه صادر بموجب قرار الجمعية العامة رقم 162/51 بتاريخ 16 كانون الأول 1996.
5. قانون الاونيسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية لعام 2001.
6. مشروع قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية الفلسطيني.
7. القانون المؤقت رقم 37 لسنة 2001 المعدل لقانون البينات الأردني رقم 30 لسنة 1952.

مقدمة 1
الفصل الأول: الطبيعة القانونية للدليل الكتابي ووثائق البريد الإلكتروني 8
المبحث الأول: عناصر الدليل الكتابي. 9
المطلب الأول: الكتابة. 9
المطلب الثاني: التوقيع. 15
المبحث الثاني: دور وثائق البريد الإلكتروني في الإثبات 28
المطلب الأول: هل تعتبر وثائق البريد الاكتروني من السندات العرفية المعدة للإثبات؟ 28
المطلب الثاني: المحكمة والحاسب الآلي 36
الفصل الثاني: الحجية القانونية لوثائق البريد الإلكتروني كسند عرفي 40
المبحث الأول: حجية وثائق البريد الإلكتروني. 40
المطلب الأول: حجية وثائق البريد الإلكتروني بين الأطراف وبالنسبة للغير. 41
المطلب الثاني: حجية أصول وصور السندات العرفية. 52
المبحث الثاني: إثبات صحة وثائق البريد الإلكتروني كسند عرفي والإشكاليات التي قد تنجم عن استخدامه. 61
المطلب الأول: إثبات صحة وثائق البريد الإلكتروني كسند عرفي. 61
المطلب الثاني: الإشكاليات التي قد تنجم عن استخدام وثائق البريد الإلكتروني: 77
الخاتمة 81
قائمة المصادر والمراجع 85