

مجلة لبحوث القضاية



المحكمة العليا
المكتب الفني

مجلة فصلية تعنى بالبحوث والدراسات القضائية والقانونية

**القوة الثبوتية
للمعاملات الالكترونية**

**قواعد
في
قانون
الإثبات**

وسائل الإثبات

**التنازل عن المقدم
والتعاقد من الباطن**

**واقع التوثيق في المحاكم اليمنية ومشكلاته
وسبل معالجتها**

العدد (٧) - يونيو ٢٠٠٧

مجلة البحوث القضائية

مجلة فصلية تعنى بالبحوث والدراسات القضائية والقانونية يصدرها المكتب الفني بالمحكمة العليا

رئيس التحرير

القاضي / أحمد عمر با مطرف

هيئة التحرير

القاضي / عباس أحمد مرغم

القاضي / عمر حسين البار

القاضي / حسين محمد المهدي

القاضي / عبد الملك عبد الله المروني

الصف والتنضيد الضوئي

حميد سعد الواري

التنسيق والإخراج والفهرسة

إبراهيم محمد سعدان

العدد (٧) يونيو ٢٠٠٧م

المراسلات باسم رئيس التحرير

العنوان: الجمهورية اليمنية - المحكمة العليا - صنعاء

تليفاكس: ٥٦١٨٥٤ ص.ب: ٢٥٧٥

قواعد النشر في المجلة :

ترحب مجلة *البحوث القضائية* بآراء ومساهمات الكتاب والباحثين في المجال الشرعي والقانوني بما يخدم المصلحة العامة ويسهم في تعزيز الأداء القضائي.. مع مراعاة القواعد والشروط التالية:

- الالتزام بقواعد البحث العلمي والأكاديمي، من حيث توثيق المصادر وذكر البيانات كاملة وتحري الموضوعية والمنهجية في أسلوب الطرح، مع تجنب الإطالة والإسهاب.
- المادة المرسلة للنشر تخضع لمراجعة هيئة التحرير.
- لا تلتزم المجلة بإعادة المواضيع إلى أصحابها سواء نشرت أم لم تنشر، و المجلة غير ملزمة بإبداء أسباب عدم النشر.
- تخضع مواد المجلة للتصنيف بحسب الأولوية وموضوع الطرح وكثافته، فإذا لم يتم استيعاب المادة ضمن العدد فسيتم استيعابها في أعداد لاحقة.
- يفضل إرسال المادة مطبوعة بجهاز الكمبيوتر عبر البريد الإلكتروني.

الكتابات والآراء الواردة في المجلة تعبر عن وجهة نظر كاتبها، ولا تعبر بالضرورة عن رأي المجلة أو الجهة التي يعمل لديها الكاتب

المحتوى

٥-٤	* كلمة العدد رئيس التحرير القاضي / أحمد عمر بامطرف
٧٦-٧	* القوة الشبوتية للمعاملات الإلكترونية القاضي / حسين بن محمد المهدي
١٥٨-٧٧	* وسائل الإثبات القاضي / زيد حنش عبد الله
١٦٦-١٥٩	* قواعد في قانون الإثبات القاضي / عبد الملك ثابت الأغبري
١٧٨-١٦٧	* التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن د/ إسمايل المحاقري
٢٠٢-١٧٩	* واقع التوثيق في المحاكم اليمنية ومشكلاته وسبل معالجتها أحمد حزام أحمد القبلاي
٢٠٩-٢٠٣	* بعض من القواعد القانونية والقضائية التي قررتها المحكمة العليا في القضايا المدنية

كلمة العدد

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد أشرف الأنبياء والمرسلين وعلى آله وصحبه أجمعين.

هذا هو العدد السابع من مجلة البحوث والدراسات القضائية التي يصدرها المكتب الفني بالمحكمة العليا ، ويحتوي هذا العدد على مجموعة من الدراسات المتعلقة بالقوانين المدنية الموضوعية منها والإجرائية ، وعلى وجه الخصوص في مجال القانون المدني وقانون الإثبات وقانون التوثيق. ومعظم هذه الدراسات تتعلق بأحكام قانون الإثبات وذلك من الناحية النظرية ومن واقع التطبيق العملي لهذا القانون نظراً للأهمية الكبيرة التي يمثلها في مجال التقاضي في المحاكم في كافة مراحل التقاضي ابتداءً واستثناءً ونقضاً ، حيث يعتمد عليه أطراف الخصومة القضائية في تأكيد حقوقهم المتنازع عليها وفي دعاوهم ودفوعهم وفي بيان الأدلة التي يستندوا عليها في إثبات صحة مطالباتهم ، ويستند عليه القاضي في تكوين قناعته في القضية المعروضة عليه وبموجبه يتبين له الحق ويؤسس بناءً عليه حكمه في القضية.

وسيراً على نفس النهج الذي أرسته هيئة تحرير المجلة ابتداءً من العدد السابق فيما يتعلق بتوسيع إطار المساهمة في الكتابة في المجلة، وتشجيع الكوادر القانونية العاملة في المجال القانوني بشكل عام فقدمنا في الكتابة في هذا العدد أيضاً إلى جانب بعض القضاة أعضاء السلطة القضائية عدداً من رجال القانون من ذوي الكفاءات العالية من أساتذة القانون في

الجامعات ومن القانونيين العاملين في الإدارات المختصة في وزارة العدل ، سعياً لتطوير المجلة في سبيل أداء رسالتها السامية في نشر الثقافة القانونية والقضائية.

بالإضافة إلى ذلك فقد احتوى العدد أيضاً على نماذج من القواعد القانونية والمبادئ القضائية التي استخلصها المكتب الفني من أحكام المحكمة العليا الصادرة في الطعون المدنية ، وذلك بهدف تعميم الفائدة من نشر هذه القواعد القانونية باعتبارها كمراجع قانونية مهمة وسوابق قضائية من شأنها أن تسهم ليس في نشر الثقافة القانونية والقضائية فحسب ، بل وفي تجسيد التطبيق الصحيح والموحد لأحكام الشرع والقانون من قبل المحاكم في الجمهورية وتحقيق مبدأ استقرار الأحكام على قاعدة واحدة في القضايا المتماثلة وتجنب التناقض في تفسير النص القانوني الواحد وتجنب إصدار الأحكام المتغايرة القضايا ذات الوقائع والحالات القانونية المتماثلة ، كما أن من شأنها أيضاً أن تساعد على سد أي قصور أو نواقص في القانون وإجلاء أي غموض في أحكامه.

سائلين الله عز وجل الهداية والتوفيق إنه تعالى نعم المولى ونعم النصير.

القاضي / أحمد عمر بامطرف

رئيس التحرير - رئيس المكتب الفني



القوة الثبوتية للمعاملات الإلكترونية

القاضي /

حسين بن محمد المهدي
عضو المحكمة العليا

مجلة ربحوث
القضاء



تهديد

إن الثقة والأمان يأتیان في مقدمة الضمانات التي ينبغي توافرها لازدهار المعاملات الإلكترونية، وانتشارها والأخذ بها كوسيلة أمثل لتبادل المعاملات الاقتصادية والثقافية والتربوية والسياسية... الخ، وذلك ما يتوقف تحقيقه والحصول عليه على مدى معرفة الناس واطمئنانهم لما تتمتع به المعاملات الإلكترونية من القوة الثبوتية التي تحفظ بها حقوقهم وتسمو بها سمعتهم، سواءً كان ذلك فيما يتعلق بالتجارة الإلكترونية وعقود البيع والشراء والمضاربة التي تتم بواسطة المراسلات الإلكترونية، أو بغير ذلك من المعاملات التي أفرزتها ضرورة الحياة كنتيجة للتطور المتزايد لوسائل التكنولوجيا وهيمنتها على كافة جوانب الحياة، وفي مختلف المؤسسات، ومع ذلك كله فإنه مما لا يغيب عن أذهان العقلاء من الناس كافة أن الخطوة الأولى لحماية حقوق المتعاملين تتمثل في توثيق وإثبات هذه المعاملات على نحو يبعث على السكينة والاطمئنان ويتوافر به الثقة والأمان، فالناس بفطرتهم التي فطرهم الله عليها يرغبون في حماية حقوقهم ويحرصون على إثباتها في تعاملهم بكافة السبل المتاحة، ويعتبر الإثبات بشتى طرقه الوسيلة العلمية التي يعتمد عليها الأفراد في صيانة حقوقهم إذ هو يعني تأكيد الحق بالبينه، فالدليل كما يقال: قوام حياة الحق ومعقل النفع فيه.

فالدليل القانوني جوهرى بالنسبة للحق وإن لم يكن جزءاً منه أو ركناً من أركانه، ذلك لأن الحق بدونه عدم، إذ أن الدليل وحده هو الذي يظهره ويجعل صاحبه يفيد منه^(١).

ولقد كان القرآن الكريم سابقاً إلى الإرشاد بحفظ الحقوق وإثباتها بالدليل، فقد صرح في سورة البقرة بما يفيد التوجيه إلى التوثيق بالكتابة والإشهاد قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ...الآية﴾^(٢)، والأمر بالكتابة دليل على مشروعيتها ويعم ذلك جميع أنواع الكتابة إذا استوفت شروطها وضوابطها؛ سواءً تمت بالقلم التقليدي بالكتابة المعروفة بخط اليد أو بالآلة الكاتبة أو أن هذه الكتابة تمت إلكترونياً أو بأي وسيلة، فالنص يعمها جميعاً، فكلما يخط به ويسطر به معاني لأي لغة وبأي وسيلة فهو كتابة^(٣)، ومما يؤيد ذلك قوله تعالى: ﴿وَكُلُّ شَيْءٍ أَحْصَيْنَاهُ فِي إِمَامٍ مُّبِينٍ﴾^(٤) أي كتاب، وقوله سبحانه وتعالى: ﴿ن وَالْقَلَمِ وَمَا يَسْطُرُونَ﴾^(٥)، ومن المسلم به أن التعرف على طبيعة وماهية الوثائق الإلكترونية التي تتم في أي تعامل أو عقد أو اتفاقية يتم إبرامها أو تنفيذها بشكل كلي أو جزئي بواسطة المراسلات الإلكترونية ومعرفة الضوابط والشروط التي تمت بمقتضاها هذه المعاملات يشكل مدخلاً رئيسياً للحكم على القوة الثبوتية لتلك

(١) الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكات الإنترنت -رسالة ماجستير- إعداد بشار محمود دودين، إشراف الأستاذ الدكتور محمد يحيى المحاسن، جامعة مؤتة، ص ٢٤، الناشر: دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان الأردن ٢٠٠٦م.

(٢) سورة البقرة الآية (٢٨٢)..

(٣) أحكام التعامل بالإنترنت -بحث من بحوثنا المنشورة على- مجلة التحكيم العدد (٨٥) مارس ٢٠٠٧م ص ١٩ وما بعدها.

(٤) سورة يس الآية (١٢).

(٥) سورة القلم الآية (١).

المعاملات التي جاءت وليدة للواقع العملي من طبيعة التعامل مع الرسائل الإلكترونية بما أتاح التعامل بنوع جديد من الكتابة والتوقيع وغير ذلك بحيث يجري تبادل رسائل البيانات عبر شبكات الكمبيوتر وتحميلها على دعامات غير ورقية وإلى غير ذلك من الأمور التي يتطلب الحال بيانها بغية اطلاع المتبعين والمهتمين بشئون العدالة الحريصين على حفظ الحقوق على ما تحرزه الوثائق الإلكترونية من القوة الثبوتية للمعاملات الإلكترونية وبيان حجيتها في الإثبات أمام القضاء، ولكننا قبل ذلك بحاجة إلى معرفة التوجهات الحديثة للمقننين وبيان كيفية التعاقد الذي يتم عبر الوسائل الإلكترونية والآثار المترتبة على ذلك وذلك ما سنتناوله بإيجاز في المباحث التالية:

المبحث الأول: الاتجاهات الحديثة لتقنين المعاملات الإلكترونية.

المبحث الثاني: التعاقد بالوسائط الإلكترونية، والآثار المترتبة على ذلك.

المبحث الثالث: الوثائق الإلكترونية وحجيتها.

المطلب الأول: الوثائق الإلكترونية: ماهيتها وطبيعتها.

المطلب الثاني: حجية المحررات الإلكترونية وقوتها في الإثبات.

المبحث الأول: الاتجاهات الحديثة لتقنين المعاملات الإلكترونية

إن التطور الحديث الذي أحدثته ثورة المعلومات والاتصالات أدى بطبيعته لإحداث تغيرات أساسية في المجتمع ثقافياً واقتصادياً، وظهر ما يطلق عليه التجارة الإلكترونية التي غيرت طبيعتها المفاهيم السائدة في المعاملات المدنية والتجارية، وذلك ما ينتج عنه بالضرورة تطور نظام الإثبات ليواكب المستجدات في المعاملات الإلكترونية بصفة عامة، وفي معاملات التجارة الإلكترونية بصفة خاصة.

وتشكل المصارف والبنوك حجر الزاوية في الحياة الاقتصادية في التجارة الإلكترونية نظراً لارتباط تعامل البنوك في مجال التجارة الإلكترونية بالحاسب الآلي والفاكس والتلفون والتلكس وما يترتب على هذا التعامل من الآثار التي توجب حفظ حقوق المتعاملين بما يؤدي إلى انتظام هذه المعاملات وازدهارها واكتسابها للثقة والأمان، وذلك ما دفع بالمشرعين إلى ضرورة تقنين هذه المعاملات نظراً لاتساعها وانتشارها، فظهور ما يسمى بالثورة المعلوماتية الذي أحدثت ازدهاراً وانتشاراً في المعاملات الإلكترونية والتجارة الإلكترونية التي أحدثت التعامل بها بدائل للوسائل الورقية التقليدية بوسائط وبدائل إلكترونية، حيث لا توجد في هذه الوسائط أوراق تقليدية يتم التعامل بها، وكذلك التوقيع بين المتعاقدين لم يعد بالقلم العادي على الأوراق التقليدية بل أصبح التوقيع إلكترونياً على مستند إلكتروني، كما سيأتي بيان ذلك، وكذلك نظام الوفاء فإنه يتم عن طريق الدفع الإلكتروني... الخ.

وكل ذلك يلقي على عاتق المقننين مسؤولية كبيرة تحملهم القيام بأعباء تأصيل النظام القانوني الذي ينبغي أن يحكم هذه المعاملات المستحدثة،

فالقانون كما قيل: مرآة تطور المجتمعات، بل أنه أداة من أدوات هذا التطور.

فالتطور القانوني مستمر في مصاحبة التطورات في هذا المجال عبر التاريخ البشري ومنذ أن خلق الله الإنسان وجاءت الكتب الربانية المحكمة في تشريعها وأحكامها بما هو جديد ومفيد، وما تبع ذلك من اجتهاد وتقنين لأحكامها، وما أفرزته تطورات الحياة ومستجداتها من تطور للقوانين الإنسانية مروراً بالطوائف القانونية في التشريعات البشرية القديمة كالتشريعات في عهد الحضارة الآشورية والسومرية التي يعتبر أهم القوانين فيها قانون أورنمو، وقانون لبت عشار، وقانون أشنونا.^(١) والتشريعات المصرية في العهد الفرعوني، والتشريعات اليونانية والتشريعات الرومانية التي دونت القواعد الرمانية في مدونات أهمها قانون الألواح الاثنى عشر ومدونة جوستينيان، وقانون حمورابي^(٢) إلى عهد الثورة الزراعية والصناعية وما صاحب ذلك من تطور قانوني في المجال الإداري والمدني والثقافي والشخصي والتجاري... الخ.

ومن المعلوم أن القانون التجاري لم يكن له ذاتية واستقلالية بل كان القانون المدني هو الذي يحكم المعاملات التجارية ثم أنه عند ازدهار المعاملات التجارية واحتياجها إلى السرعة والائتمان الذي لا يوفرها القانون المدني، فإن المشرعين قاموا باستحداث فرع قانوني جديد وهو القانون التجاري وتناول فقهاء القانون هذا الفرع بالتأصيل والتحليل، ثم عندما بدأت المعاملات التجارية تتخذ الطابع الدولي فإن فقهاء القانون

(١) أنظر: الدكتور صلاح الدين الناهي: تعليقات عن قوانين العراق القديم قبل ظهور حمورابي، مجلة سومر الجزء الأول ١٩٤٨م المجلد الرابع ص ٤٦، وتأريخ القانون في وادي الرافدين للدكتور إبراهيم عبد الكريم ص ٥٣.

(٢) أنظر: مؤلفنا عمدة المسير الجزء الأول ص ٥٦ وما بعدها.

توسعوا في التحليل والتأصيل بالتعاون مع فقهاء القانون الدولي الخاص في تحديد الآليات والمنهجيات التي تم من خلالها التنظيم القانوني للتجارة الدولية.

وها هي توجهات المقنين في المعاملات الإلكترونية الآن تظهر تباعاً لتحدد ملامح جديدة لتوجهاتهم في تنظيم هذه المعاملات في شكلها القانوني الذي يعنى بضبط هذه المعاملات وبيان حجية الوثائق الدولية والداخلية في مجال القانون الإلكتروني والتجارة الإلكترونية وتكنولوجيا الاتصالات والمعلومات.

فقد صدر أولاً قانون الأونستيرال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية في ١٢ يونيو ١٩٩٦م؛ عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي وتم إقراره بناءً على التوصية الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ١٦٢/٥١ بعد مراعاة بعض ملاحظات الحكومات والمنظمات المعنية، وجاء في الفقرة (٢) من قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة في الجلسة العامة (٨٥) في ١٦ كانون الأول/ ديسمبر ١٩٩٦م الآتي:

"تولي جميع الدول اعتبار هذا القانون النموذجي عندما تقوم بسن قوانينها أو تنقيحها، وذلك بالنظر إلى ضرورة توحيد القوانين الواجبة التطبيق وعلى البدائل للأشكال الورقية للاتصالات وتخزين المعلومات".^(١)

(١) أنظر: موسوعة القانون الإلكتروني وتكنولوجيا الاتصالات لوائل أنور بندق عضو الجمعية المصرية للقانون الدولي عضو الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع، ص ١٦، الناشر: دار المطبوعات الإسكندرية ٢٠٠٧م. والتجارة الإلكترونية في القانون العربي النموذجي ص ٣١٣ الناشر: دار الفكر الجامعي بالإسكندرية الطبعة الأولى ١٤٠٦هـ.

وهذا النص يفهم منه إرشاد جميع الدول في تعزيز تشريعاتها بما ينظم بدائل الأشكال الورقية للاتصال وتخزين المعلومات وعلى صياغة هذه التشريعات في حال عدم وجودها.

وقد جاء قانون التوقيع الإلكتروني النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية ٢٠٠١م ليعزز الثقة في استعمال تقنيات التوثيق الإلكتروني كبديل للتوقيعات الخطية وغيرها من إجراءات التوثيق التقليدية من أجل إيجاد إطار قانوني يجعل من القانون النموذجي أداة أكثر فاعلية لدى الدول التي تقوم بتحديث تشريعاتها.

ثم جاءت اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطاب الإلكتروني في العقود الدولية باعتبار أن زيادة استخدام الخطابات الإلكترونية يحسن كفاءة الأنشطة التجارية ويعزز الأواصر التجارية ويتيح فرص وصول جديدة إلى أطراف وأسواق كانت نائية في الماضي، ويؤدي دوراً جوهرياً في تعزيز التجارة والتنمية الاقتصادية داخلياً ودولياً على حد سواء، وقد جاء في قرار الجمعية في الجلسة العامة (٥٣) في ٢٣ تشرين الثاني ٢٠٠٥م إعرابها عن تقديرها للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لإعداد مشروع الاتفاقية بشأن استخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية، ومتضمناً الطلب إلى الأمين العام أن يفتح باب التوقيع عليها^(١)، وقد تضمنت هذه الاتفاقية أربعة فصول بينت أحكامه وكيفية إرسال الخطابات الإلكترونية وتلقيها في شكلها ومضمونها في عقود التجارة الدولية.

ولما كانت هذه الاتفاقية خاضعة للتصديق أو القبول أو الإقرار من جانب الدول الموقعة فقد فتح باب التوقيع عليها أمام جميع الدول في مقرر

(١) أنظر: الوثائق الرسمية للجمعية العامة في الدورة (٦٠) الملحق رقم (١٧) (A, 60, 7) الفقرة (١٦٧).

الأمم المتحدة في نيويورك في ١٦ كانون الثاني/يناير ٢٠٠٦م إلى كانون الثاني/يناير ٢٠٠٨م، وفتح باب الانضمام في هذه الاتفاقية أمام جميع الدول التي ليست دولاً موقعة اعتباراً من تأريخ فتح باب التوقيع على أن تودع صكوك التصديق والقبول والإقرار والانضمام لدى الأمين العام للأمم المتحدة^(١).

وقد جاءت هذه الاتفاقية بغرض اعتماد قواعد موحدة لإزالة العوائق القائمة أمام استخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية بما يعزز اليقين القانوني في مصير العقود الدولية من الناحية التجارية ويساعد الدول على اكتساب القدرة على النفاذ إلى دروب التجارة الحديثة.

وقد استجابت كثير من الدول لضرورة التعامل مع مخرجات الحاسب الآلي في التجارة الإلكترونية، وجاء في قرارات القمة العربية الخاصة بمجال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات ضرورة إيلاء مسألة تطوير القدرات العربية في تكنولوجيا المعلومات والاتصالات أولوية واعتبارها مجالاً حيوياً للتعاون والتنسيق على المستوى العربي، وإصدار مجلس جامعة الدول العربية على مستوى القمة السادسة عشرة المنعقدة في تونس بيومي ٢٢ و٢٣ / ٥ / ٢٠٠٤م قرارات أشارت فيها إلى أهمية تفعيل الإستراتيجية العربية في مجال الاتصالات وتقنية المعلومات والتأكيد على تطوير تكنولوجيا الإعلام والاتصالات واستيعاب مجمل تقنياتها وتطبيقاتها الرقمية بين دول العالم من الأدوات الرئيسية الهادفة إلى إرساء مجتمع متكافئ ومتوازن وتحقيق التنمية الشاملة.

(١) أنظر: موسوعة القانون الإلكتروني ص ٢٠١ - مصدر سابق -.

وتعتبر التوصيات الدولية الأساسية والقواعد القانونية من أهم مصادر القاعدة القانونية في التجارة الدولية الإلكترونية^(١).

وصدرت الكثير من التشريعات الوطنية في مختلف بلدان العالم وفي بعض الدول في الوطن العربي بما يتفق وأحكام القانون النموذجي "الأونستيرال" في الأغلب الأعم وبما يشكل استجابة لضرورة تقنين المعاملات الإلكترونية والاستفادة من تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات. فصدر في ذات السياق قانون تنظيم التوقيع الإلكتروني وإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات المصري واللائحة التنفيذية لهذا القانون، وقانون تنظيم الاتصالات المصري^(٢).

(١) مصادر القاعدة القانونية في التجارة الدولية الإلكترونية ثلاثة:

- أولاً: التوصيات الدولية، وبناءً على التوصيات الدولية في مجال التجارة الإلكترونية عدلت اتفاقية (فارسوفيا) الموقعة في ١٢ أكتوبر ١٩٢٩ م بشأن النقل الجوي وذلك بالبروتوكول برقم (٤) الذي وقع في مونتريال بكندا في ٢٥ سبتمبر ١٩٧٥ م وذلك للاعتراف بالأدوات والمعطيات الإلكترونية في عملية النقل والشحن الجوي ومنذ هذا التاريخ صارت القرارات المنظمة للتجارة الإلكترونية خاصة بعد عام ١٩٨٠ م تسمح باستخدام الوسائل الإلكترونية بدلا من المستندات الورقية. أنظر: التجارة الإلكترونية ص ٣٠٧.
- ثانياً: القواعد القانونية، ومن أهم القواعد العقدية الاسترشادية في مجال التجارة الإلكترونية القواعد الموحدة للسلوك في مجال تعادل المعطيات التجارية بوسائل الاتصالات التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة، ومجموعة القواعد التي وضعتها اللجنة البحرية الدولية في دور انعقادها (٣٤) خلال الفترة ٢٤-٢٩ يونيو ١٩٩٠ م في صورة مشروع لقواعد تعاقدية تتعلق بسندات الشحن الإلكتروني. أنظر: التجارة الدولية الإلكترونية عبر الإنترنت بحث مقدم لمؤتمر قانون الكمبيوتر والإنترنت جامعة الإمارات مايو ٢٠٠٠ للدكتور محمد السيد عرفة ص ٢٠ وما بعدها.

- ثالثاً: القانون النموذجي للأمم المتحدة حول التجارة الإلكترونية "الأونستيرال".

- (٢) أنظر: قانون تنظيم التوقيع الإلكتروني وإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٤ م. واللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التوقيع الإلكتروني وإنشاء هيئة تنمية

كما صدر في دولة الإمارات العربية قانون منطقة دبي الحرة للتكنولوجيا والتجارة الإلكترونية، وقانون المعاملات والتجارة الإلكترونية، وقانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات، وقانون استخدام الحاسب الآلي في الإجراءات الجزائية، ومرسوم استخدام برنامج نظام معلومات المنشآت الإلكترونية الفندقية، وقرار تطبيق نظام الوظيفة العامة عن طريق الحاسب الآلي، والقانون الاتحادي بشأن مؤسسة الإمارات للاتصالات.^(١)

وصدر بالمملكة العربية السعودية القانون الإلكتروني الموسوم بنظام الاتصالات، وبما ينظم تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات، واللائحة التنفيذية لنظام الاتصالات.^(٢)

كما أصدر المشرع الجزائري قانون التوقيع الإلكتروني.^(٣)

صناعة تكنولوجيا المعلومات قرار وزير الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات المصري رقم (١٠٩) لسنة ٢٠٠٥م. وقانون تنظيم الاتصالات رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٣م.

(١) أنظر: قانون منطقة دبي الحرة للتكنولوجيا والتجارة الإلكترونية رقم (١) لسنة ٢٠٠٠م، وقانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي رقم (٢) لسنة ٢٠٠٢م الصادر في ١٢ شباط ٢٠٠٢م، وقانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات رقم (٢) لسنة ٢٠٠٦م، وقانون استخدام الحاسب الآلي في الإجراءات الجزائية رقم (٥) لسنة ٢٠٠١م، ومرسوم استخدام برنامج نظام معلومات المنشآت الإلكترونية الفندقية رقم (١٣) لسنة ٢٠٠١م، وقرار تطبيق نظام الوظيفة العامة عن طريق الحاسب الآلي قرار مجلس الوزراء رقم (٨) لسنة ٢٠٠٥م، والقانون الاتحادي بشأن مؤسسة الإمارات للاتصالات الصادر في ٨ رمضان ١٤١١هـ الموافق ٢٤/٣/١٩٩١م.

(٢) أنظر: نظام الاتصالات الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم (٧٤) بتاريخ ٥/٣/١٤٢٢هـ، اللائحة التنفيذية لنظام الاتصالات الصادرة برقم (١١) وتاريخ ١٧/٥/١٤٢٣هـ.

(٣) أنظر: قانون التوقيع الإلكتروني الجزائري: مستخرج من القانون المدني المعدل والمتمم عام ٢٠٠٥م بالمواد (٣٢٣-٣٢٧).

وأصدر المشرع في المملكة الأردنية الهاشمية قانون المعاملات الأردني الإلكتروني، وقانون الاتصالات، وقانون الإعلام المرئي والمسموع، وقانون توظيف موارد تكنولوجيا المعلومات في المؤسسات الحكومية.^(١)

كما أصدر المشرع التونسي قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي، وقانون السلامة المعلوماتية.^(٢)

وأصدرت الدولة الفلسطينية قانون الاتصالات السلكية واللاسلكية، ونظم مشروع قانون الإنترنت والمعلوماتية، ومشروع قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية الفلسطيني المعاملات الإلكترونية.^(٣)

كما أصدر المشرع المغربي قانون المعاملات الإلكترونية الخاص بالحماية الجنائية لنظم المعالجة الآلية للمعطيات، وقانون الاتصال السمعي والبصري.^(٤)

- (١) أنظر: قانون المعاملات الإلكترونية رقم (٨٥) لسنة ٢٠٠١م المنشور على الصفحة (٦٠١٠) من عدد الجريدة الرسمية الأردنية الصادرة بتاريخ ٣١/١٢/٢٠٠١م، وقانون الاتصالات رقم (١٣) لسنة ١٩٩٥م، وقانون الإعلام المرئي والمسموع رقم (٧١) لسنة ٢٠٠٢م، وقانون توظيف موارد تكنولوجيا المعلومات في المؤسسات الحكومية رقم (٨١) لسنة ٢٠٠٣م.
- (٢) أنظر: قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية الصادر في أغسطس ٢٠٠٠م والمنشور في الجرايد الرسمي للجمهورية التونسية بتاريخ ١١/أب/٢٠٠٠م، وقانون السلامة المعلوماتية عدد (٥) لسنة ٢٠٠٤م المؤرخ ٣ فيفري ٢٠٠٤م.
- (٣) أنظر: قانون الاتصالات السلكية واللاسلكية الفلسطيني رقم (٣) لسنة ١٩٩٦م، ومشروع قانون الإنترنت والمعلوماتية المعد في عام ٢٠٠٢م، ومشروع قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية المعد في عام ٢٠٠٣م/١٤٢٣هـ.
- (٤) أنظر: قانون الحماية الجنائية لنظم المعالجة الآلية للمعطيات مستخرج من القانون الجنائي الباب العاشر بمقتضى الظهير الشريف رقم (١٠٣١٩٧) الصادر في ١٦ رمضان ١٤٢٤هـ، وقانون الاتصال السمعي والبصري رقم (٧٧٠٣).

وفي سلطنة عمان صدر قانون تنظيم الاتصالات، وجرائم الحاسب الآلي.^(١)

وصدر في البحرين قانون التجارة الإلكترونية البحريني، وقانون الاتصالات البحريني.^(٢)

وفي قطر صدرت عدة قوانين منها: قانون إنشاء المؤسسة القطرية للاتصالات وجرائم الحاسب الآلي، وقانون إنشاء المؤسسة العامة القطرية للقناة الفضائية، ومرسوم بقانون إنشاء المجلس الأعلى للاتصالات وتكنولوجيا المعلومات.^(٣)

وأصدر المشرع اليمني قانون أنظمة الدفع المالية والمصرفية الإلكترونية.^(٤)

وغير ذلك من التشريعات.

وهذه القوانين يتبين منها توجهات المشرعين نحو تقنين المعاملات الإلكترونية بما يكفل إيجاد مجموعة من القواعد القانونية التي تهيئ بيئة قانونية أكثر أماناً خاصة فيما أصبح يعرف بمعاملات التجارة الإلكترونية

(١) أنظر: جرائم الحاسب الآلي: مستخرج من قانون الجزاء العماني الكتاب الثاني في الجرائم الباب السابع، وقانون تنظيم الاتصالات رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٢م.

(٢) أنظر: قانون التجارة الإلكترونية البحريني الصادر بتاريخ ٧ رجب ١٤٢٣ هـ الموافق ١٤ سبتمبر ٢٠٠٢م، وقانون الاتصالات رقم (٤٨) لسنة ٢٠٠٢م.

(٣) أنظر: قانون إنشاء المؤسسة القطرية للاتصالات رقم (١٤) لسنة ١٩٨٧م وتعديلاته، وجرائم الحاسب الآلي وهي المواد المنصوص عليها في الفصل الخامس المواد (من ٣٧٠ إلى ٣٧٨) من قانون العقوبات الجديد رقم (١١) لسنة ٢٠٠٤م، وقانون إنشاء المؤسسة العامة القطرية للقناة الفضائية رقم (١) لسنة ١٩٩٦م، ومرسوم بقانون إنشاء المجلس الأعلى للاتصالات وتكنولوجيا المعلومات رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٤م.

(٤) أنظر: قانون رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٦م بشأن أنظمة الدفع والمعلومات المالية والمصرفية الإلكترونية اليمني.

بحيث تكون ذات فائدة لمن يستعمل وسائل التجارة الإلكترونية في صياغة بعض الحلول التعاقدية التي ما زال البعض منها يحتاج إلى تدليل العقوبات القانونية التي تعرقل ازدياد استعمال أسلوب التجارة الإلكترونية. ففقهاء القانون في الوطن العربي والإسلامي مدعون اليوم للإمساك بزمam المبادرة في التأصيل والتحليل للمفاهيم الجديدة بطريقة تتفق مع مصالح العرب والمسلمين ولا تختلف مع المقاصد الأساسية في الشريعة الإسلامية.

فالكتابة في مجال القانون الإلكتروني لم تصل إلى المستوى المطلوب فيما يتعلق بقانون التجارة الإلكترونية والقانون الجنائي الإلكتروني وقوانين الإثبات الإلكتروني سواء كان ذلك في إطار التشريعات الوطنية أو في إطار القانون التجاري الإلكتروني الدولي، وإن كان الواضح من القانون النموذجي "الأونسترال" هو توجه المكنن إلى تيسير استعمال أسلوب التجارة الإلكترونية بما يتفق والمصالح الكبرى للدول المهيمنة على الاقتصاد العالمي وتكنولوجيا المعلومات بالدرجة الأولى ومن أجل توفير معاملة متساوية لمستعملي المستندات الورقية ومستعملي المعلومات الحاسوبية لزيادة الاقتصاد والفعالية في التجارة الدولية وإرشاد التشريعات الوطنية في مختلف البلدان إلى إدراج الإجراءات المبينة في القانون النموذجي ضمن تشريعاتها الوطنية، وإزاحة القيود على استعمال وسائل الاتصالات الحديثة بحيث يسمح استعمال تبادل البيانات الإلكترونية لتيسير المعاملات التجارية الدولية، وذلك خدمة لازدهار الاقتصاد العالمي وللشريحة جمعياً، وقد كشفت معظم هذه التشريعات توجهات المكننين نحو تقنين المعاملات الإلكترونية بشكل يسمح بتبادل التجارة والتعاقد إلكترونياً وإنشاء الاتفاقات واعتماد المستندات الإلكترونية في أغلب المعاملات ولأن الكثير

من العقود والاتفاقات في التجارة الإلكترونية تبرم عبر الوسائل الإلكترونية فإننا سنطرق بإيجاز إلى بيان التعاقد بالوسائط الإلكترونية والآثار المترتبة على ذلك.

المبحث الثاني: التعاقد بالوسائط الإلكترونية والآثار المترتبة على ذلك

إن إنشاء العقود التجارية عن بعد يثير الكثير من التساؤلات القانونية والتي تتصل بغياب الحضور المادي للمتعاقدين وتمحور هذه التساؤلات حول الإيجاب والقبول وتحديد زمان ومكان التعاقد وأهلية المتعاقدين، وكذلك تتعلق بتنفيذ المتعاقدين لالتزاماتها البائع أو مورد الخدمة الملزم بتسليم المبيع أو توريد الخدمة، والمستهلك الملزم بوفاء الثمن والآثار المترتبة على عقد التحويل المصرفي الإلكتروني، وإثبات العلاقة التعاقدية التي تتم إلكترونياً، وللتعرف على ذلك لا بد من تعريف العقد الإلكتروني والكيفية التي يتم بها التعاقد إلكترونياً ووسائل التعاقد.

تعريف العقد الإلكتروني:

العقد الإلكتروني: هو الاتفاق الذي يتم إبرامه بوسائل إلكترونية كلياً أو جزئياً.

وهذا التعريف هو الذي أورده المشرع اليمني بقانون أنظمة الدفع والعمليات المالية والمصرفية الإلكترونية^(١)، والمشرع الأردني في قانون المعاملات الإلكترونية^(٢).

(١) المادة (٢) من القانون رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٦م بشأن أنظمة الدفع والمعلومات المالية والمصرفية الإلكترونية اليمني.

(٢) المادة (٢) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني..

وإذا كان الأصل أن العقد يقوم عند توافق إرادتين على إنشاء التزام أو نقله^(١)، أي إن أساس العقد هو الرضاء والتوافق على إبرام أمر مشروع فإن ذلك ما يجب توافره في العقد الإلكتروني.

ولا تكاد القوانين تختلف على أنه يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد، وأن التعبير عن الإرادة يكون بالفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على حقيقة المقصود^(٢).

وينتج التعبير عن الإرادة في المعاملات الإلكترونية أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه علماً يقينياً عبر الوسيلة الإلكترونية، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقيم الدليل على عكس ذلك.

والعقد الإلكتروني يخضع للقواعد العامة أي أنه يشترط فيه التراضي، فإذا تم إبرام العقد بين كاملي الأهلية إلكترونياً فإنه يرتب نفس الآثار^(٣).

ومعرفة صحة إجراءات التعاقد إلكترونياً فإنه لا بد من معرفة وسائل التعاقد الإلكترونية.

(١) أنظر: إثبات المحررات الإلكترونية ص ٣٩.

(٢) أنظر: القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨م وتعديلاته حتى عام ٢٠٠١م المواد من (٨٩) إلى (٩١)، والقانون المدني اليمني رقم (١٩) لسنة ١٩٩٢م وتعديلاته، بالمواد من (١٤٩) إلى (١٥٩)، المادة (٩١) من القانون المدني الأردني.

(٣) الفصل الرابع: الآثار المترتبة على السجل والعقد والرسالة والتوقيع الإلكتروني، المادة (١٠) وما بعدها من قانون أنظمة الدفع والمعلومات المالية والمصرفية الإلكترونية اليمني.

وسائل التعاقد الإلكترونية:

هناك العديد من الوسائل الحديثة التي تستجد فترة زمنية قصيرة نسبياً وتستخدم في إبرام العقود الإلكترونية ومن أشهر هذه الوسائل التي يتم التعاقد عبرها:

- جهاز الميناتل: وهو جهاز قريب الشبة بجهاز الكمبيوتر المنزلي ولكنه صغير الحجم نسبياً ويتكون من لوحة مفاتيح تشمل على حروف وأرقام قريبة الشبه بلوحة الكمبيوتر ويعد جهاز الميناتل من وسائل إبرام العقود إلكترونياً وهو وسيلة اتصال مرئية تنقل الكتابة على الشاشة دون الصور.^(١)
- جهاز التلكس: جهاز لإرسال المعلومات عن طريق طباعتها وإرسالها مباشرة. فلا يوجد فاصل زمني ملحوظ بين إرسال المعلومات واستقبالها إلا إذا لم يكن هناك من يرد على المعلومات لحظة إرسالها.^(٢)
- جهاز الفاكس: هو عبارة عن جهاز استنساخ بالهاتف يمكن به نقل الرسائل والمستندات المخطوطة باليد والمطبوعة بكامل محتوياتها نقلاً مطابقتاً لأصلها فتظهر المستندات والرسائل على جهاز فاكس آخر في حيازة المستقبل، ويلاحظ أن هناك فاصل زمني للرد على المرسل.^(٣)

(١) التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت تأليف محمد أمين الرومي المحامي ص ١٤، الناشر: دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية الطبعة الأولى ٢٠٠٤م، ونقلاً عن الدكتور أسامة أبو الحسن مجاهد في استخدام الحاسب الآلي في المجال القضائي مجلة القضاء عدد يناير ١٩٩٠م ص ٦١.

(٢) التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت ص ١٥- المصدر السابق.

(٣) التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت ص ١٥، نقلاً عن التعاقد عن طريق الإنترنت دراسة مقارنة للأستاذ احمد خالد العجلوني المحامي المكتبة القانونية عمان الأردن ص ٤٩ و ٥٠.

• البيجر: هو جهاز صغير الحجم فهو أصغر من الراديو والترانسستور وأكبر من علبة الكبريت قليلاً، وهو جهاز مخصص في المقام الأول لأغراض الاستدعاء والتتبع، وظهر ذلك الجهاز قبل ظهور التلغونات النقالة (الموبايل)، وغالباً ما يستخدم هذا الأطباء ومهندساو الصيانة وغيرهم ممن تحتم عليهم طبيعة عملهم التواجد في أي لحظة عند الاحتياج إليهم، ويتيح جهاز البيجر معرفة أرقام المكالمات الهاتفية المتصلة به أي لحظة، وقد أدخلت بعض التعديلات على الأنظمة الخاصة بأجهزة الاستدعاء والتتبع في منتصف الثمانينات بحيث أصبحت هذه الأجهزة قادرة على استقبال رسائل كتابية تظهر على شاشة الجهاز، وعن طريق هذه الرسائل الكتابية يمكن تصور الاتفاق على إبرام عقد من العقود كعقد بيع مثلاً أو عقد مقاوله، وذلك عن طريق إرسال رسائل متبادلة بين حاملي جهاز البيجر.^(١)

• التلفزيون والتلفزيون: يعد جهاز التلفزيون من أكثر وسائل الاتصال الفوري فعالية وانتشاراً ويتميز بسرعة الاتصال وسهولة الاستخدام.

ولقد أدى التطور التكنولوجي إلى ظهور تلفزيون قادر على الدخول إلى شبكة الإنترنت ويطلق عليه (NET.T.V) وقد أجريت عليه عدة تعديلات بحيث أصبح من مكوناته لوحة مفاتيح (KEY BOARD) شبيهة بالموجودة بجهاز الكمبيوتر وعن طريق التحكم في التلفزيون عن طريق جهاز ريموت كنترول ذو إمكانية خاصة.

(١) أنظر: التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت ص ١٦ - المصدر السابق -.

وقد ظهرت بالفعل بعض الوحدات من أجهزة الكمبيوتر لديها إمكانية استقبال الإرسال التلفزيوني عن طريق تركيب قطعة في جهاز الكمبيوتر تسمى بكارة تلفزيون، كذلك هناك أجهزة تلفزيون لديها إمكانية كتابة الرسائل الإلكترونية عليها (E.MAIL).

وتتبنى الولايات المتحدة الأمريكية حالياً فكرة تحويل أجهزة التلفزيون العادية إلى أجهزة لها إمكانية الدخول على شبكة الإنترنت وإجراء المعاملات التجارية عليها، ويوجد حالياً بالأسواق جهاز يمكن تركيبه في جهاز التلفزيون بحيث يمكن الشخص على دخول شبكة الإنترنت بواسطة جهاز التلفزيون ويعطى للمستخدم إمكانية الدخول على البريد الإلكتروني الخاص به وكذلك التفاعل مع المواقع المختلفة الموجودة على الشبكة وإجراء المعاملات التجارية عليها ويعرف هذا الجهاز باسم (WEB.T.V).^(١)

• شبكة الإنترنت: هي عبارة عن شبكة كمبيوترات ضخمة متصلة مع بعضها البعض، وعبارة أخرى هي وصل جهازي كمبيوتر أو أكثر معاً عن طريق كوابل أو تقنيات خاصة من أجل تبادل المعلومات.

فالإنترنت هو عبارة عن وجود اتصال بين مجموعة من الحاسبات الإلكترونية (الكمبيوتر) من خلال شبكة اتصال متعددة يطلق عليها (NETWORK) أي وسيط لنقل المعلومات التي تشارك فيها المنظمات

(١) أنظر: التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة مع التركيز على البيع بواسطة التلفزيون للدكتور محمد السعيد رشدي ص ٥٥ وما بعدها مطبوعات جامعة الكويت لسنة ١٩٩٨م.

الحكومية وغير الحكومية والأفراد الذين قرروا السماح لآخرين بالاتصال بحواسيبهم ومشاركتهم للمعلومات.^(١)

كيفية التعاقد بالوسائل الإلكترونية:

من الأمور المسلم بها قانوناً وفقهاً وقضاءً هو أن العقود تقوم على مبدأ الرضاء سواء تم العقد بالطريقة التقليدية المعروفة أو بالطريقة الإلكترونية فلا بد من توافر الرضاء في أي عقد أو اتفاق، والتعبير عن الإرادة قد يكون باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفاً أو باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على حقيقة المقصود، ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنياً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان أن يكون صريحاً، وقد أفصح القانون المدني اليمني بالمادة (١٥١) إنها يصدر عن أحد المتعاقدين للتعبير عن إرادته أو الإيجاب منه وما يصدر من المتعاقد الآخر للتعبير عن إرادته قبوله منه، وتلاقي الإرادتين هو الرضاء بين طرفي العقد فيما يتعاقدان عليه والصيغة بشر وطها قرينة على حصول الرضاء.

وعادة ما يبدأ التعامل في سوق التجارة الإلكترونية بالتعرف على الخدمات والمنتجات المطلوب شراؤها والتعارف بين المورد والمستورد، وتأتي بعد ذلك مرحلة طلب الشراء والدفع والاتفاق على إتمام عملية الشراء وكيفية الوفاء بالأجرة، وبعدها مرحلة التسليم التي تختلف بحسب طبيعة الخدمات والمنتجات إذ يمكن أن تتم بوسائل إلكترونية أو بوسائل تقليدية.

(١) أنظر أحكام التعامل بالإنترنت - بحث من بحوثنا - المنشورة على مجلة التحكيم العدد (٨٥) مارس ٢٠٠٧ م.

يعتبر الإنترنت أفضل وسيلة لإبرام العقود الإلكترونية

يسمح الإنترنت للمتعاملين عبر الشبكة بإبرام العقود بطرق فنية، ومن هذه الطرق: الحصول على عنوان بريد إلكتروني خاص بالمستخدم الذي يرغب في التعاقد، إذ يتسم عنوان البريد الإلكتروني (E-MAIL Address) بكونه وسيلة سهلة لإيجاب وقبول عبر الإنترنت ومن ثم إجراء عملية التعاقد.

وعملية استخدام البريد الإلكتروني بكفاءة يتطلب ضرورة وجود خط الإنترنت لدى المستخدم، ويمثل استخدام البريد الإلكتروني الخطوة الأولى على عالم التجارة.

كما أن البريد يسمح للمستخدمين أن يصنفوا برامج إنشاء رسائلهم والفرص العملي المطروح أن يقوم البريد الإلكتروني بحث المستخدم على التعاقد ودوره في ذلك يكون إيجابياً، وذلك عندما يرسل المورد رسالة إلكترونية بالمنتجات التي لديه أو التي يقدمها إلى المستخدم وتتضمن المحادثات التمهيدية أو المفاوضات السابقة على الاتفاق إيجاباً ببيع منتج أو تقديم خدمة، وباطلاع المرسل إليه على بريده الإلكتروني أو حتى بفتح البريد الذي أودع من قبل في صندوق خطابه يكون الإيجاب قد اتصل بعلم من وجه إليه ويمكن للقابل أن يرسل قبوله إلى الموجب بالبريد الإلكتروني، ومن ثم ينعقد العقد عند تمام علم الموجب بهذا القبول، ومتى تحقق الإيجاب والقبول بواسطة البريد الإلكتروني تم التعاقد في سوق التجارة الإلكترونية عبر شبكات الإنترنت.

ويعتبر البريد الإلكتروني واتخاذ موقع (Web Site) على شبكة الإنترنت من أكثر أدوات الإنترنت استخداماً في سوق التجارة الإلكترونية ويحقق إمكانية بدء عمليات التجارة الإلكترونية من حيث عرض كتلوجات

المنتجات والخدمات وقوائم الأسعار، إذ يستطيع المستهلك أن يتعاقد معها طبقاً لإجراءات محددة، وهو توريد بعض المعلومات مثل الاسم وعنوان البريد الإلكتروني، وبعد المفاوضات يقوم المستهلك بإعلان إرادته في إبرام العقد بإرسال البيانات المطلوبة عن طريق البريد الإلكتروني، ويكون ما صدر عنه هو إيجاب بالتعاقد، ويقوم البائع بإرسال قبوله وبه ينعقد العقد وبالتالي يتحقق التعاقد على الإنترنت.^(١)

وقد أفصحت بعض التشريعات على صحة التعاقد عبر الإنترنت، فقانون الأونستيرال النموذجي جاء في المادة (١١) منه الفقرة (أ) بأنه: يجوز استخدام وسائل البيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض، وعند استخدام رسائل البيانات في تكوين العقد لا يفقد العقد صحته أو قابليته لمجرد استخدام رسالة بيانات لذلك الغرض.

وقد صرح القانون اليمني بأنه: يكون للسجل الإلكتروني والعقد الإلكتروني ورسالة البيانات والمعلومات الإلكترونية نفس الآثار القانونية المترتبة على الوثائق والمستندات والتوقيعات الخطية من حيث إلزامها لأطرافها، وأنها تعتبر رسالة المعلومات وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة لإبداء الإيجاب أو القبول بقصد إنشاء التزام تعاقدي، وتعتبر رسالة المعلومات صادرة عن المنشئ سواء صدرت عنه ولحسابه أو بواسطة وسيط إلكتروني معد للعمل إلكترونياً بواسطة المنشئ أو من نيابه.^(٢)

(١) أنظر: أحكام عقود التجارة الإلكترونية من ص ٢٥ إلى ص ٢٧.

(٢) أنظر: المواد من (١٠) إلى (١٦) من قانون أنظمة الدفع والمعاملات المالية والمصرفية الإلكترونية اليمني.

وجاء في القانون المدني اليمني: يتم التعاقد بواسطة كل وسائل الاتصالات السلكية واللاسلكية طالما توافرت فيها الصفة الوثائقية المقبولة قانوناً.^(١)

وصرح القانون الأردني أن: رسالة المعلومات وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة المقبولة قانوناً لإبداء الإيجاب والقبول بقصد إنشاء التزام قانون تعاقدي.^(٢)

وجاء في القانون التونسي أنه: يجري على العقود الإلكترونية نظام العقود الكتابية من حيث التعبير عن الإرادة.^(٣)

وكذلك صرح قانون إمارة دبي أنه: لأغراض التعاقد يجوز التعبير عن الإيجاب والقبول جزئياً أو كلياً بواسطة المراسلات الإلكترونية.^(٤)

كما جاء في مشروع قانون التجارة الإلكترونية الكويتي أنه: يجوز استخدام المستند الإلكتروني للتعبير عن الإيجاب والقبول في إبرام العقود ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك.^(٥)

وهذه القوانين مصرحة بجواز الإيجاب والقبول بواسطة الوسائل الإلكترونية، إلا أنه يجب أن يكون الإيجاب جازماً يعبر عن إرادة صحيحة من كامل الأهلية بحيث يكون قبول من وجه إليه كافياً لانعقاد العقد إذا كان الموجب قد التزم بالبقاء على إيجابه.

أما إذا كان الإيجاب لم يكن محددًا ولا جازماً كأن ينص في إيجابه: أن عرضه لا يعد إيجاباً وإنما تفاوضاً، أو يأتي بعبارة يذكر فيها: دون أي التزام،

(١) أنظر: المادة (١٥٤) من القانون المدني اليمني.

(٢) أنظر: المادة (١٣) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني.

(٣) أنظر: الفصل الأول من الباب الأول من قانون المبادلات والتجارة التونسي.

(٤) أنظر: المادة (١٣) الفقرة (أ) من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي.

(٥) أنظر: المادة (٨) من مشروع قانون المعاملات الإلكترونية الكويتي لسنة ٢٠٠١م.

أو بعبارة: لا يؤلف العرض وثيقة أو مستنداً تعاقدياً، أو لا يشمل الردود الواردة موافقة على البيع.

لأن عرض البضائع مع بيان أثمانها وتحديد مدة زمنية للبقاء على الإيجاب يعتبر إيجاباً، أما إذا كان إعلاناً يفهم منه الدعوة إلى التفاوض فلا، ولهذا يجب أن يلتزم الموجب بالبقاء على إيجابه طول الفترة المحددة.

وقد نصت المادة (١٦) من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولية للبضائع للعام ١٩٨٠م على أنه: يجوز الرجوع عن الإيجاب لحين انعقاد العقد إذا وصل الإيجاب إلى المخاطب قبل أن يكون هذا الأخير قد أرسل قبوله.^(١)

والراجح لدينا: أنه إذا كان العرض موجهاً للجمهور سواء كان بالأجهزة السمعية أو البصرية أو المكتوبة عبر شبكة الإنترنت أو غيرها فإن ذلك لا يعد إيجاباً وإنما دعوة إلى عمل الإيجاب، ما لم يكن قد أبان صراحة على اعتبار العرض إيجاباً من جهته خلال مدة محددة.

ويمكن أن يكون الإيجاب ملزماً لمن صاغه حتى قبل قبول من وجه إليه طالما تحققت الغاية منه وتم الاتفاق والقبول بموجبه، فليس هناك ما يمنع، ويعتبر الإيجاب والقبول كأنه تم في مجلس واحد.

وحيث أن طبيعة العقود في المعاملات الإلكترونية تتم عن بعد بين أشخاص متباينة مواقعهم فلا يضمهم وقت إبرام التصرف مكان، ذلك أن العلاقة العقدية التي تنشأ في هذه المعاملات ليست حبيسة مكان معين في بلد معين أو بلد واحد فقد يكون البائع في أمريكا والمشتري في أوروبا والمستهلك في بلد عربي، فعملية إبرام هذه العقود التي يتم تبادل كثير من

(١) أنظر: الموجز في قانون التجارة الدولية للدكتور طالب حسن موسى، الناشر: دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان الأردن الطبعة الأولى ١٩٩٧م ص ٢٧١.

السلع والمنتجات بواسطتها تتم عبر شبكات كمبيوترية أو عبر خطوط الهاتف أو الفاكس أو غير ذلك من الوسائل الإلكترونية، وهو أمر بطبيعته يتطلب معرفة حكم الشرع باعتبار هذا التعامل من الأمور المستجدة التي لم يتم بحثها وتقنينها إلا بعد ظهور ثورة المعلومات والتقنية الحديثة التي أفرزت بطبيعتها تعاملًا جديدًا في مختلف شؤون الحياة.

وبالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في قواعدها الكلية ومقاصدها الأساسية نجد أنها جاءت بنصوص عامة مرنة تجعل من العقود والمعاملات التجارية عملاً مشروعاً ما دامت تلك العقود وتلك التجارة قائمة على أساس من العدل فالتجارة التي تكون عن تراض ويتم انتقال أحد البديلين إلى الآخر (المبيع والثمن) على ذلك الأساس ضمن الضوابط والشروط التي تقرها الشريعة وينظمها القانون هي من الأمور التي أرشدت الشريعة إليه فأفضل كسب الرجل عمله بيده ويبيع مبرور كما جاء في الحديث (أفضل كسب الرجل عمله بيده ويبيع مبرور)^(١).

فما دام البيع والشراء قد اشتمل على إيجاب وقبول في مجلس العقد حقيقة أو حكماً فإن ذلك العقد جائز وما دامت العقود تتم على الرضاء ويتم التعاقد بعد التحقق من الصفة وسلامة الإرسال فإن العقد يكون صحيحاً. وقد تناول هذا الموضوع مراكز البحوث ومجامع الفقه وقد أقر مجمع الفقه الإسلامي العقود بالآلات الحديثة في مؤتمره السادس المنعقد في شعبان عام ١٩٩٠م حيث صرح في قراره رقم (٦/٣/٥٤) أنه:

١ - إذا تم التعاقد بين غائبين لا يجمعهما مكان ولا يرى أحدهما الآخر معاينة وكانت وسيلة الاتصال بينها الرسالة أو الكتابة أو السفارة

(١) أخرجه أحمد في المسند، والطبراني عن أبي بردة وهو حديث حسن أنظر الجامع الصغير للسيوطي حديث (١٢٩٠):

"الرسول" وينطبق ذلك على الفاكس والتلكس والبرق وشاشات الحاسب الآلي "الكمبيوتر" ففي هذه الحالة ينعقد العقد عند وصول الإيجاب إلى الموجه إليه وقبوله.

٢- إذا تم التعاقد بين الطرفين في وقت واحد وهما في مكانين متباعدين وينطبق هذا على الهاتف واللاسلكي فإن التعاقد بينهما يعتبر تعاقدًا بين حاضرين وتطبق على هذه الحالة الأحكام الأصلية المقررة لدى الفقهاء.

٣- إذا صدر العارض بهذه الرسالة إيجاب فحدد المدة يكون ملزم البقاء على إيجابه خلال تلك المدة وليس له الرجوع عنه.^(١)

وهذا ما يعني أن الفقه الإسلامي يميز إنشاء المعاملات والعقود والاتفاقات والالتزامات بالوسائل الإلكترونية وإثباتها وفقاً لأحكام الشريعة يكون جائزاً.

وقبل أن نشير إلى الآثار المترتبة على العقد الإلكتروني فإنه يجدر بنا هنا الإشارة إلى ضرورة تحديد زمان ومكان العقد لأنه يترتب على تحديد مكان العقد معرفة القانون واجب التطبيق.

وقد ذكر الدكتور المستشار عبد الفتاح بيومي أنه:

قد ناقش الفقه القانوني مسألة القانون الواجب التطبيق على عقود الاستهلاك الإلكترونية، وانتهى إلى خضوع عقود المستهلك لقاعدة قانون الإرادة، وعلى ذلك فإن عقود الاستهلاك تخضع كقاعدة عامة للقانون الذي اختاره المتعاقدان صراحة أو ضمناً، ولكن بتحفظ هام، وهو أن الفقه

(١) أنظر: فقه البيع والاستيثاق والتطبيق المعاصر دراسة مقارنة الفقه الإسلامي مقارنة بالقانون للأستاذ الدكتور علي أحمد السالوسي أستاذ الفقه والأصول بكلية الشريعة جامعة قطر وخبير الفقه والاقتصاد بمجمع الفقه الإسلامي، سلسلة إصدار المجمع (١٤) طبعة ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م ص ٢٩.

وغالبية التشريعات قد استقرت على أن لاختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق لا يجوز أن يستتبعه حرمان المستهلك من الحماية التي توفرها له الأحكام الآمرة لقانون الدولة التي بها محل إقامته العادية. فحماية المستهلك هي الأساس في أي عملية تعاقدية ولذلك فقانون الدولة المقيم فيها عادة هو الواجب التطبيق بما فيه من قواعد حماية للمستهلك بوصف أنه طرف ضعيف أمام شركة إنتاج العقود.^(١) ولذلك خرجت بعض القوانين المقارنة عن قاعدة احترام قانون الإرادة ومنها على سبيل المثال القانون الدولي الخاص السويسري فقد صرح بالمادة (١ / ١٢٠) بأنه: يطبق قانون الموطن أو المحل على عقود الاستهلاك في الأحوال التالية:

- إذا كان المورد قد تلقى الطلب في هذه الدولة.
- إذا كان إبرام العقد في تلك الدولة قد سبقه عرض أو دعاية وقام فيها المستهلك بالأعمال الضرورية لإبرام العقد.
- إذا كان المستهلك قد استحثه المورد على الذهاب إلى دولة أجنبية ل يتم فيها طلبه.^(٢)
- ويرى الفقه القانوني - في الوقت الحالي - أن العقد الدولي وحسب المنهج التقليدي لتنازع القوانين يخضع لقانون الإرادة،

(١) التجارة الإلكترونية وحمايتها القانونية، الكتاب الأول، نظام التجارة الإلكترونية وحمايتها المدنية للمستشار الدكتور عبد الفتاح بيومي نائب رئيس مجلس الدولة الرئيس بمحكمة القضاء الإداري، ص ١٦٩، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات مصر المحلة الكبرى طبعة عام ٢٠٠٧م.

(٢) أحمد أحمد عبد الكريم سلامة في الإنترنت والقانون الدولي الخاص فراق أم تلاق مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت ص ٤١ جامعة الإمارات عام ٢٠٠٠م.

أي القانون الذي ارتضاه الأطراف بما فيه من قواعد أمره أياً كان صفتها. (١)

يترتب على تحديد زمان التعاقد تحديد بدء سريان آثار العقد.

إن القوانين التي تعنى بتحديد بدء سريان آثار العقد فيما يتم فيه التعاقد عن بعد مصرحة أنه بمجرد القبول فإن العقد يعتبر قد تم، فصريح المادة (١٥٦) مدني يمّني بأنه: يعتبر التعاقد فيما بين الغائبين قد تم في الزمان والمكان الذي يعلم فيهما الموجب ما لم يوجد اتفاق سابق أو نص في القانون يقضي بغير ذلك، وصرحت المادة (١٥٧) من ذات القانون: يعتبر أن الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان الذي وصل فيهما القبول ما لم يثبت غير ذلك.

وإلى ذلك تذهب غالب التشريعات الوطنية كما هو مصرح بذلك في القوانين المدنية. (٢)

وإذا كانت النظرية المعمول بها هي نظرية استلام القبول فإن العقد ينعقد من لحظة وصول الرسالة الإلكترونية التي تتضمن القبول، والحجة في ذلك: أن إدراج الموجب لعنوان بريده الإلكتروني تعد قرينة على اطلاع الموجب على الرسالة، فيتحمل تبعه إهماله.

أما إذا كانت النظرية المعمول بها نظرية العلم بالقبول فلا يترتب القبول آثاره إلا بالعلم بهذا القبول، فلا يكفي إصدار القابل لقبوله ولا أن يستلم الموجب القبول وإنما يشترط أن يسترجع الموجب الرسالة ويطلع عليها.

(١) التجارة الإلكترونية - المصدر السابق - ص ١٧٠.

(٢) أنظر: على سبيل المثال: القانون المدني المصري بالمادة (٩٧) وما بعدها، والمادة (١٠١) من القانون المدني الأردني وما بعدها، والمادة (٨٧) وما بعدها من القانون المدني العراقي الصادر في ١٩٥١ م. ولا تكاد التشريعات تختلف على ذلك.

والراجع: تطبيق نظرية استلام القبول في حق البريد الإلكتروني. أما تحديد زمن التعاقد من خلال شبكة الويب، فحيث أن هذه الشبكة يكون التواصل فيها تفاعلياً بين كل من طرفي العقد فإن العقود التي تنعقد من خلال هذه الشبكة تنعقد من خلال النقر على أيقونة القبول أو طبع عبارة تدل على القبول.^(١)

وبالنسبة لتحديد زمان ومكان رسائل البيانات فإن قانون الأونستيرال النموذجي بالمادة (١٥) فقرة (٢) مصرح بأن: ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على غير ذلك يعتبر أن رسالة البيانات أرسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ ويعتبر أنها استلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه، ولأغراض هذه الفقرة:

- إذا كان للمنشئ أو المرسل إليه أكثر من مقر عمل واحد كان مقر العمل هو الذي أوثق علاقة بالمعاملة المعينة، أو مقر العمل الرئيسي إذا لم توجد مثل تلك المعاملة.
- إذا لم يكن للمنشئ أو المرسل إليه مقر عمل يشار من ثم إلى محل إقامته المعتاد.

وعلى هذا المنوال سار المشرع اليمني في قانون أنظمة الدفع والمعاملات المالية والمصرفية الإلكترونية بالمواد (١٥ و١٦ و١٩)، وقانون المعاملات الإلكترونية الأردني بالمادة (١٤)، والمادة (١٥) من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي، والمادة (١٥) من قانون التجارة الإلكترونية البحريني.

(١) أنظر: الدكتور يونس عرب في البنوك الإلكترونية، مجلة البنوك المجلد التاسع عشر

١٦/٤/٢٠٠٠ ص ١٦.

أما وقت استلام المستند فإن الحكم يختلف، فإذا كان المرسل إليه قد عين نظام معلومات لغرض استلام رسالة البيانات، يقع الاستلام وقت دخول رسالة البيانات نظام المعلومات المعين أو وقت استرجاع المرسل إليه رسالة المعلومات إذا أرسلت رسالة البيانات إلى نظام معلومات تابع للمرسل إليه، وإذا لم يعين المرسل إليه نظام معلومات يقع الاستلام عندما تدخل رسالة البيانات نظام معلومات تابع للمرسل إليه، ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على خلاف ذلك. وهذا ما أفصحت عنه المادة (١٥) من قانون الأونستيرال النموذجي بالفقرة (أ).

وقد سار المشرع اليمني على نفس المنوال فصرح في المادة (١٨) بأنه: تعتبر رسالة المعلومات قد أرسلت من وقت دخولها إلى نظام معالجة معلومات لا يخضع لسيطرة المنشئ أو الشخص الذي أرسل الرسالة نيابة عنه ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على غير ذلك..... الخ.^(١) وسار على نفس المنهج المشرع الكويتي والبحريني والأردني.

آثار العقد الإلكتروني:

إن عقد التجارة الإلكترونية كسائر العقود الملزمة يترتب التزامات متقابلة على طرفيه وينصرف أثر العقد إلى العاقدين وإلى الخلف العام.^(٢) ويعتبر التزام كل من البائع بتسليم المبيع والمشتري بتسليم الثمن من أهم الالتزامات ويتحقق تسليم المبيع بتخلي البائع عن حيازة المبيع وتمكين

(١) أنظر: المادة (١٥) من القانون البحريني، والمادة (١٧/أ) من القانون الأردني، والمادة (١٢) من القانون الكويتي.

(٢) أنظر: المادة (٢٠٧) من القانون المدني اليمني.

المشتري من حيازته بما يتفق مع أحكام العقد ووضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به الانتفاع المقصود.^(١) والقانون المدني اليمني مصرح بأنه: يلزم تسليم المبيع حيث كان وقت العقد.^(٢)

وهذا النص يفهم منه أنه إذا لم يكن هناك في العقد أي اتفاق بشأن التسليم فإنه بمجرد الانعقاد يجب الوفاء والتسليم لأن العقد يترتب أثره على الفور، وهذه قاعدة في كل العقود الملزمة لأنها تترتب أثرها ويتم الوفاء بها فوراً بمجرد حصول الالتزام وتام العقد، ما لم يكن هناك اتفاق على غير ذلك.

وبشأن البيوع الدولية فقد نص قانون المبيع الموحد على أن: يكون تسليم المبيع في اليوم المحدد أو القابل للتحديد وفقاً للعقد أو العادات، وإذا تم ذلك بفترة معينة مثل شهر أو سنة فللبائع تحديد يوم التسليم إلا إذا تبين من الظروف أن تحديد هذا اليوم من حق المشتري.^(٣)

ولكن في نطاق التجارة الدولية يكون لقاعدة التنفيذ الفوري معنى مختلف عنه في البيوع الداخلية تبعاً للظروف فتعطى للتطبيقات التجارية الدولية للبائع فرصة لتسليم المبيع تجاوزاً لقاعدة التنفيذ الفوري. فالتسليم الفوري في نطاق التجارة الدولية كما يرى بعض الباحثين أمر غير مقبول لجميع أنواع السلع لأن طبيعة المبيع تستوجب النظر في المدة التي تعطى لإتمام عملية تسليمه.

(١) أنظر: الوسيط في شرح القانون المدني للدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري تنقيح المستشار احمد مدحت ج ٤ ص ٥٨٦، منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠٠٤م.

(٢) أنظر: المادة (٥٣٣) من القانون المدني اليمني.

(٣) أنظر: أحكام التجارة الإلكترونية ص ٧٤، نقلاً عن الدكتور حمزة حداد في قانون التجارة الدولي ص ١٧.

وصفقات البيع والشراء التي تتم بالمعاملات الإلكترونية يراعى فيها حجم الصفقات، فالتعاقد على سلعة بسيطة فإنه يراعى أن يكون تسليمها بشكل أسرع، ويمكن أن تكون عن طريق البريد مثلاً أو على الشبكة نفسها مثل برامج الكمبيوتر وقواعد البيانات، ومن الضرورة أن يتم تحديد تاريخ التسليم وبيان كيفية النقل.

وقد نص الفصل الخامس عشر من قانون مبادلات التجارة التونسي بأنه: يجب على البائع في المعاملات التجارية الإلكترونية أن يوفر للمستهلك بطريقة واضحة ومفهومة قبل إبرام العقد المعلومات التالية:

- هوية وعنوان وهاتف البائع أو مسندي الخدمات.
- وصفاً كاملاً لمختلف مراحل إنجاز المعاملة.
- طبيعة وخصائص وسعر المنتج.
- كلفة تسليم المنتج ومبلغ تأمينه والادعاءات المستوجبة.
- الفترة التي يكون خلالها المنتج معروضاً بالأسعار المحددة.
- شروط الضمانات التجارية والخدمة بعد البيع.
- طرق وإجراءات التطلع وعند الاقتضاء شروط القروض المقترحة.
- طرق وأجال التسليم وتنفيذ العقد ونتائج عدم إنجاز الالتزامات.
- إمكانية العدول عن الشراء وأجله.
- كيفية إقرار الطلبية.
- طرق إرجاع المنتج أو الإبدال وإرجاع المبلغ.
- كلفة استعمال تقنيات الاتصالات حين يتم احتسابها على أساس مختلف عن التعريفات الجاري بها العمل.

- شروط فسخ العقد إذا كان لمدة غير محدودة أو تفوق السنة.
- المدة الدنيا للعقد، فيما يخص العقود المتعلقة بتزويد المستهلك بمنتج أو خدمة خلال مدة طويلة أو بصفة دورية.
وتعيين توفير هذه المعلومات إلكترونياً ووضعها على ذمة المستهلك للإطلاع عليها في جميع مراحل المعاملة.
وقد تعرض قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي لموضوع تسليم المبيع فصرح في الفصل السادس والعشرين أنه: يحجر على البائع تسليم منتج مشروط بطلب الدفع لم تصدر بشأنه طلبية من قبل المستهلك، وفي حالة تسليم منتج إلى المستهلك لم تصدر بشأنه طلبية لا يمكن مطالبة هذا الأخير بسعر وكلفة تسليمه، كما جاء في الفصل (٣١):
يقطع النظر عن جبر الضرر لفائدة المستهلك يمكن لهذا الأخير إرجاع المنتج على حالته إذا كان غير مطابق للطلبية، أو إذا لم يحترم البائع أجل التسليم وذلك خلال مدة عشرة أيام عمل، تحتسب بدايته من تأريخ التسليم وفي هذه الحالة يتعين على البائع إرجاع المبلغ المدفوع والمصاريف الناجمة عن ذلك إلى المستهلك خلال مدة عشرة أيام عمل من تأريخ إرجاع المنتج، وصرح في الفصل (٣٥) على أنه: يتعين على البائع في صورة عدم توفير المنتج أو الخدمة المطلوبة إعلام المستهلك بذلك في أجل أقصاه (٢٤) ساعة قبل تأريخ التسليم المنصوص عليه في العقد وإرجاع كامل المبلغ المدفوع لصاحبه وباستثناء حالة القوة القاهرة يفسخ العقد إذا أحل البائع بالتزاماته ويسترجع المستهلك المبلغ المدفوع بقطع النظر عن جبر الضرر اللاحق به.

التزام المشتري بدفع كامل الثمن من آثار العقد:

إن من لازم العقود الوفاء بها، والوفاء بالثمن من قبل المشتري في التعامل الذي يتم عبر شبكة الإنترنت يتم بطريق الدفع الإلكتروني.

وقد جاء في البند العاشر من العقد النموذجي الفرنسي: يتم الوفاء بطرق ثلاث: إما أن يتم الوفاء فوراً إما ببطاقة مصرفية أو أن يتم فوراً بواسطة حافظة نقود إلكترونية أو أن يؤجل الوفاء إلى أن يحين وقت التسليم.^(١)

وقد صرح القانون اليمني بأنه: يعتبر تحويل الأموال بوسائل إلكترونية وسيلة مقبولة لإجراء الدفع.^(٢)

كما جاء في قانون المبادلات والتجارة التونسي على أنها: تخضع عمليات الدفع المتعلقة بالمبادلات والتجارة الإلكترونية إلى التشريع والترتيبات الجاري العمل بها.^(٣)

وصرحت المادة (٢٥) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني بأنه: يعتبر تحويل الأموال بالوسائل المقررة بمقتضى التشريعات ذات العلاقة نافذة المفعول.

وهذه القوانين تعتبر تحويل الأموال بوسيلة إلكترونية وسيلة مقبولة لإجراء الدفع.

والدفع المباشر عبر الإنترنت هو إما أن يعتمد وسائل الدفع ببطاقات الدفع الإلكتروني أو يعتمد على أنظمة دفع مبتكرة مثل النقود الإلكترونية أو الدفع بمحفظة النقود الإلكترونية أو عبر الاستعانة بوسيط.

(١) أنظر: أحكام عقود التجارة الإلكترونية ص ٨٥.

(٢) أنظر: المادة (٣٦) من قانون أنظمة الدفع والمعاملات المالية والمصرفية الإلكترونية اليمني.

(٣) أنظر: الفصل (٣٧) من قانون المبادلات والتجارة التونسي.

وقبل أن نأتي على بيان القوة الثبوتية فيما يتم من العقود والمعاملات الإلكترونية فإننا نشير إلى وسائل الدفع الإلكتروني بإيجاز، فنقول: لقد عرف مشروع قانون تنظيم المعاملات الإلكترونية المصري الوفاء الإلكتروني بأنه: "وفاء بالتزام نقدي بوسيلة إلكترونية مثل الشيكات الإلكترونية والكمبيالات الإلكترونية وبطاقات الدفع الممغنطة".

وذلك ما يستلزم وجود نظام دفع إلكتروني لتسوية المعاملات التي تتم عبر شبكة الإنترنت ونظام مصرفي معد لإتمام عملية الدفع وتسهيلها وتوفير بيئة تشريعية في بيئة متكاملة سواءً في قانون المبادلات الإلكترونية أو قانون التجارة أو قانون الصرف تقرر وتنظم أحكام الدفع الإلكتروني.^(١)

وقبل الحديث عن وسائل الدفع الإلكتروني فإنه لمن المناسب أن نشير إلى البنوك الإلكترونية ودورها في إنجاز المعاملات ونأتي على تعريف هذه البنوك ودورها:

البنوك الإلكترونية: مؤسسات مصرفية إلكترونية تقدم الخدمات المصرفية، ويرتبط مفهوم البنك الإلكتروني فيما سماه البعض الخدمة المالية في أي وقت ومن أي مكان، لأن العميل يستطيع من خلال البنك إدارة حساباته وإنجاز أعماله.

فالبنك الإلكتروني يقدم خدمات مالية وتجارية واستشارية وضريبية واستثمارية، ويستطيع العميل الدخول إلى البنك الإلكتروني عن طريق خط خاص أو من خلال شبكة الإنترنت حيث يزود البنك جهاز العميل ببرمجيات مناسبة تمكنه من تنفيذ العمليات مع البنك الإلكتروني عند بعد.^(٢)

(١) أنظر: التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت ص ١٢٧.

(٢) أنظر: أحكام عقود التجارة الإلكترونية ص ١٢٠.

وبناءً على ذلك فإننا نتناول:

أشكال الدفع الإلكتروني:

١- الدفع بالنقود الإلكترونية:

النقود الإلكترونية والنقود الرقمية والافتراضية كلها مسميات لمفهوم واحد، وتعرف النقود الإلكترونية بأنها: نوع جديد من العملة. فهي بديل إلكتروني للنقود قابل للتخزين والتداول مع عدم قابلية التزييف، فالنقود الإلكترونية ليست ذات طبيعة مادية كالجنيه والدولار والريال واليورو وغير ذلك من العملات المعدنية أو الورقية، وإنما هي عبارة عن أرقام يتم نقلها من الكمبيوتر الخاص بالبنك إلى الكمبيوتر الخاص بالمشتري ومنه إلى الكمبيوتر الخاص بالبائع عن طريق القرص الصلب المثبت على جهاز الكمبيوتر.^(١)

وعادة ما يحصل المشتري على النقود الإلكترونية التي تصدرها البنوك التقليدية أو البنوك الافتراضية لمودعها ويحصل عليها في صور كهر ومغناطيسية على بطاقة ذكية وعلى (Hard drive) وتستخدم لتسوية المعاملات التي تتم إلكترونياً.

وتمثل آلية الدفع بالنقود الإلكترونية (digicash) على النحو التالي:

- قبل مباشرة عملية الدفع يفتح كل من التاجر والطرف الآخر حسابات مصرفية لدى البنك (MARK TWAN BANK).
- بعد تمام عملية شراء السلعة أو الخدمة من موقع التاجر على الإنترنت يدفع المشتري ثمن ما يشتريه بالنقود الإلكترونية

(١) أنظر: التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت ص ١٤٣.

مستخدماً الرقم السري الذي يمنحه إليه البنك والذي يمثل رقم حساب العميل لديه بالعملة الإلكترونية.

- يرسل التاجر إشعاراً إلى البنك بحصول عملية الدفع طالباً تثبيت العملية.
- يتحقق البنك من وجود رصيد كاف في الحساب الإلكتروني للمشتري يغطي قيمة الفاتورة المدفوعة فإن وجد هذا الرصيد يحول البنك القيمة المدفوعة من حساب الزبون إلى حساب التاجر ثم يرسل إلى التاجر إخطاراً بأن عملية الدفع قد تمت وأن قيمة الفاتورة قيدت في حسابه.^(١)

٢- الدفع بواسطة محفظة الدفع الإلكترونية:

تتكون محفظة النقود الإلكترونية من الناحية الفنية من كارت أو بطاقة بلاستيكية مثبت عليها من الخلف كمبيوتر صغير مزود بذاكرة إلكترونية تسمح بتخزين معلومات ووحدات إلكترونية، وعند الرغبة في استعمالها يقوم العميل بتحميل الكرت عدداً من الوحدات الإلكترونية، ويكون التحميل أو الشحن في مكينة الصرف الآلي (AMT) العادية، ويحتاج الشحن دائماً على رقم سري خاص بصاحب البطاقة كي تتعرف عليه الشركة مصدرة هذه الكروت ويكون بالعملة التي يريد، وبإتمام عملية الشحن يستطيع صاحب البطاقة أن يمررها في قارئ خاص لدى التاجر (آلة قراءة خاصة بهذه الكروت) مثلما يحدث في كروت الوفاء أو الائتمان ثم تخصص قيمة السلعة أو الخدمة مباشرة وتنتقل القيمة في صورة وحدات إلكترونية إلى الكمبيوتر المثبت على كارت التاجر دون الحاجة إلى توقيع أو تصديق من

(١) أنظر: أحكام عقود التجارة الإلكترونية ص ١٢٢.

أحد وإذا كان صاحب الكرت يستعمله في الوفاء عبر شبكة الإنترنت فإنه يجب أن يكون الكمبيوتر الشخصي مزود بقارئ لهذا الكارت.^(١)

٣- الدفع بالاستعانة بوسيط الإلكتروني:

هناك العديد من الوسائط الإلكترونية المصرفية وتستخدم في عملية الوفاء الإلكتروني ومن أهم هذه الوسائط الهاتف المصرفي: وخدمة الهاتف المصرفي نوع من الخدمات المصرفية التي تقدم للعملاء على مدار ٢٤ ساعة طوال اليوم دون إجازات ويستطيع العميل أن يطلب من البنك تحويل مبلغ من المال مقابل السلعة أو الخدمة التي اشتراها عبر الإنترنت إلى البائع، ويتم ذلك عبر التأكد من شخصية العميل عن طريق إدخال الرقم السري الخاص بالعميل والمعطى له من قبل البنك والتعرف كذلك على رقم تلفون العميل وأنه يجري الاتصال المعروف أرقامه لدى البنك من قبل، ويتم الاتصال بالبنك إما عبر التلفون العادي أو التلفون النقال.^(٢)

٤- الدفع عن طريق الشيكات الإلكترونية:

الشيك الإلكتروني عبارة عن بيانات يرسلها المشتري إلى البائع عن طريق البريد الإلكتروني المؤمن وتتضمن هذه البيانات التي يحتويها الشيك البنكي من حيث تحديد مبلغ الشيك واسم المستفيد واسم من

(١) أنظر: النقود الإلكترونية رؤية مستقبلية للأستاذ الدكتور شريف محمد غانم أستاذ القانون التجاري والبحري المساعد كلية الحقوق جامعة المنصورة، ص ١٤ و ١٥، الناشر دار الجامعة الجديدة الإسكندرية طبعة ٢٠٠٧ م.

(٢) أنظر: التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت ص ١٤٢.

أصدر الشيك وتوقيع مصدر الشيك، ويكون توقيع مصدر الشيك الإلكتروني عن طريق رموز خاصة.

وقد عرف المشرع اليمني التوقيع الإلكتروني بأنه: " جزء مشفر في رسالة البيانات أو مضاف إليها أو مرتبط بها ويتخذ هيئة حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها ويكون مدرجاً بشكل إلكتروني أو رقمي أو ضوئي أو أي وسيلة أخرى مماثلة بحيث يمكن من خلاله التعرف على المنشئ وتمييزه وتحديد هويته والتأكيد على موافقته على محتواها".

وتعتمد الشيكات الإلكترونية على وجود وسيط بين المتعاملين يطلق عليه جهة التخليص ويتم استخدام الشيك الإلكتروني في عملية الوفاء بأن يقوم كل من البائع والمشتري بفتح حساب في بنك محدد ويقوم المشتري بتحرير الشيك الإلكتروني وتوقيعه إلكترونياً وبمجرد توقيع الشيك إلكترونياً يندمج التوقيع في الشيك ويصبح كل منهما جزءاً واحداً ويمكن أن يكون كل من الشيك والتوقيع مشفرين بحيث لا يستطيع أحد من المتطفلين على الشبكة معرفة مضمون الشيك أو التعرف على التوقيع، ويمكن أن يكون مضمون الشيك معروفاً بحيث يمكن لأي شخص معرفة محتوياته ولكن يظل التوقيع مشفراً لا يمكن قراءته، بعد ذلك يقوم المشتري بإرسال الشيك إلى البائع المستفيد عن طريق البريد الإلكتروني، ثم يقوم البائع بعد ذلك بتوقيع الشيك الإلكتروني عن طريق التوقيع الإلكتروني الخاص به باعتباره المستفيد من الشيك، ثم يرسل البائع الشيك إلى البنك الذي يقوم بمراجعة الشيك والتحقق من التوقعات عن طريق آلة تقوم بفك الرموز، كما يتم التأكد من التوقيع الإلكتروني في الشيكات الإلكترونية المتداولة عبر الإنترنت عن طريق سلطات الإشهار (التوثيق) التي تتأكد من صحة الموقع والتوقيع، ثم يقوم البنك بالتأكد من توافر

الرصيد اللازم لإتمام عملية الشراء، وبعد التأكد من كل هذه الأمور يقوم البنك بإخطار كل من البائع والمشتري بأن العملية قد تمت.^(١)

وتصرف الشيكات الإلكترونية في دفع الصفقات الإلكترونية بجميع أنواعها تجارية ومدنية وإدارية وغيرها بطريق آمن عن طريق البريد الإلكتروني.

وإذا كنا في هذه العجالة قد تحدثنا بإيجاز عن أحكام التعاقد الإلكتروني والتعامل عبر الإنترنت وذلك ما يتطلب بطبيعة الحال التحدث عن وسائل الحماية ومنع التعدي والعلاقة بين المصرف والعميل إلا أن كل ذلك لا يتم إلا بعد التعرف على القوة الثبوتية للمعاملات الإلكترونية في إثبات عقود التجارة الإلكترونية وجميع المعاملات، وهو ما يترتب عليه معرفة طبيعة الوثائق الإلكترونية والقوة الثبوتية لها وهو ما نتطرق إليه في المبحث التالي.

المبحث الثالث: الوثائق الإلكترونية وحجيتها

المطلب الأول: الوثائق الإلكترونية، ماهيتها، وطبيعتها

يمكننا في هذه العجالة تعريف ماهية الوثائق الإلكترونية التي تدور عليها رحى المعاملات الإلكترونية في شتى المجالات في العالم المعاصر بالآتي:

(الوثائق الإلكترونية: طبيعتها وماهيتها) هي عبارة عن المعلومات أو البيانات التي يتم إنشاؤها ومعالجتها وإرسالها أو تخزينها واسترجاعها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، وسواءً كانت هذه المعلومات المستخدمة لغوية أو غير لغوية مقروءة أو مسموعة أو منظورة

(١) أنظر: التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت ص ١٤٥ و ١٤٦، وأحكام عقود التجارة الإلكترونية ص ١٢٤ و ١٢٥.

اشتملت على عقد أو وعد أو عهد أو إعلام أو التزام أو اتفاق أو غير ذلك، سواءً تم تبادلها على شكل رقمي أو تماثلي.

لقد اخترنا في هذا التعريف لفظ (المعلومات أو البيانات التي يتم إنشاؤها ومعالجتها... الخ)، ليشتمل اللفظ بعمومه كل المستندات والسجلات والرسائل التي يتم إنشاؤها ومعالجتها وتخزينها أو استرجاعها واستخراجها أو نقلها أو نسخها أو إبلاغها أو استلامها، وعلى مختلف الصور والأشكال التي تتم فيه بوسيلة إلكترونية على وسيط ملموس أو على أي وسيط آخر، وهذا التعريف هو ما تم استخلاصه من مجموع ما أفهمته طبيعة المعاملات الإلكترونية من خلال القوانين التي وقفنا عليها، والتي لا تبدو متباينة في معانيها كثيراً وإن اختلفت في بعض أشكالها في الجمل والألفاظ.

ومن خلال استقراءنا لقوانين المعاملات الإلكترونية نجد أن قانون الأونستيرال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية الصادر عام ١٩٩٦ م قد عرف رسالة البيانات بالمادة (٢) الفقرة (أ) بالآتي:

"يراد بمصطلح رسالة بيانات: المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة بما في ذلك على سبيل المثال؛ تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي".

وصرح في الفقرة (ب) من ذات المادة السالف الإشارة إليها بأنه:
"يراد بمصطلح تبادل البيانات الإلكترونية: نقل المعلومات إلكترونياً من حاسوب إلى آخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات".

ويأتي القانون اليمني رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٦م بشأن أنظمة الدفع والعمليات المالية والمصرفية الإلكترونية في ذات السياق ليعرف رسالة البيانات بأنها:

"مجموعة من الأوامر والأرقام التي تحتاج إلى معالجة وتنظيم أو إعادة تنظيم لكي تتحول إلى معلومات، وقد تأخذ شكل نص أو أرقام أو أشكال أو رسومات أو صور أو تسجيل أو أي مزيج من هذه العناصر".
ويعرف المعلومات بأنها: "عبارة عن بيانات تمت معالجتها بواسطة نظام معالجة المعلومات فأخذت شكلاً مفهوماً".

أما تبادل البيانات الإلكترونية في مفهوم القانون اليمني فهي: "نقل البيانات إلكترونياً من شخص إلى آخر باستخدام نظام معالجة المعلومات".^(١)

وإلى مثل ذلك ذهب المشرع الأردني بالمادة (٢) من قانون المعلومات الإلكترونية الأردني^(٢)، والمشرع التونسي بالفصل الثاني من قانون مبادلات التجارة الإلكترونية التونسي^(٣)، والمشرع الإماراتي بالمادة (٢) من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي^(٤)، والمشرع البحريني بالمادة (١) من قانون التجارة البحريني^(٥).

(١) المادة (٢) من القانون رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٦م بشأن أنظمة الدفع والمعلومات المالية والمصرفية الإلكترونية اليمني.

(٢) أنظر: قانون المعاملات الإلكترونية رقم (٨٥) لسنة ٢٠٠١م المنشور على الصفحة (٦٠١٠) من عدد الجريدة الرسمية الأردنية الصادرة بتاريخ ٣١/١٢/٢٠٠١م.

(٣) أنظر: قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية الصادر في أغسطس ٢٠٠٠م والمنشور في الجريدة الرسمية للجمهورية التونسية بتاريخ ١١/آب/٢٠٠٠م.

(٤) أنظر: قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي رقم (٢) لسنة ٢٠٠٢م الصادر في ١٢ شباط ٢٠٠٢م.

(٥) أنظر: قانون التجارة البحريني الصادر بتاريخ ٧ رجب ١٤٢٣هـ الموافق ١٤ سبتمبر ٢٠٠٢م.

ولا تكاد القوانين في مختلف البلدان التي صدر فيها تشريعات بهذا الصدد تختلف على هذه المصطلحات.

وقبل أن نستعرض القوة الشبوتية لرسالة البيانات والمحركات الإلكترونية، فإننا نرى أنه من المناسب إيجاز ما ذكره بعض الفقهاء وما أفصحت عنه بعض التشريعات من تعريف للكتابة الإلكترونية والمحركات والمستندات الإلكترونية لأن الحكم على الشيء كما يقال: فرع تصوره. ومن أجل بيان مدى جواز إطلاق مسمى الكتابة والمحرك على رسالة البيانات مما يتخذ شكل حروف أو أرقام أو شارات أو غير ذلك مما يكون له طابع متفرد ويثبت على دعامة إلكترونية أو ضوئية، ومن ثم التعرف على الضوابط والشروط التي يجب أن تتوافر في ذلك، وبيان القوة الشبوتية بعد ذلك في المبحث الثاني، ليكون ذلك مقرباً إلى فهم هذه المعاني المستحدثة الموسعة لمعنى الإثبات والتوثيق ليشمل المعاملات الإلكترونية.

وقد ذكر الدكتور لورنس محمد عبيدات: أن الكتابة الموجودة في المحرك الإلكتروني تكون على شكل معادلات خوارزمية تنفذ من خلال عملية إدخال البيانات وإخراجها من خلال شاشة الحاسب، والتي تتم من خلال تغذية الجهاز بهذه المعلومات عن طريق وحدات الإدخال والتي تتبلور في لوحة المفاتيح أو استرجاع المعلومات المخزونة في وحدة المعالجة المركزية، وبعد الفراغ من معالجة البيانات يتم كتابة على أجهزة الإخراج المخزونة في وحدة المعالجة المركزية، وبعد الفراغ من معالجة البيانات يتم كتابتها على أجهزة الإخراج التي تتمثل في شاشة الحاسب أو طباعة هذه المحركات على الطابعة أو الأقراص الممغنطة أو أي وسيلة من وسائل تخزين البيانات، ومما يتصل بالكتابة الإلكترونية بمفهومها الحديث تطرح الساحة المصنفات الرقمية التي تتم عن طريق النشر عبر شبكة الإنترنت عن طريق معالجة

المعلومات معالجة رقمية بحيث تحول المعلومات إلى أرقام تتكون من رقمين (صفر وواحد) وبالتالي تخزن في أجهزة الحاسب وتكون مرتبة بشكل يفهمه الحاسب ويقوم بترجمتها إلى حروف وكلمات.^(١)

وقد ذهب بعض الفقه إلى تعريف المحرر الإلكتروني من خلال رسالة البيانات الإلكترونية بأنها: "معلومات إلكترونية ترسل أو تستلم بوسائل إلكترونية أياً كانت وسيلة استخراجها في المكان المستلمة فيه"، وهذا التعريف أيضاً أعطى المحرر الإلكتروني مجالاً واسعاً بحيث لم يقتصر على شبكة الإنترنت بل أجاز ذلك بوسائل إلكترونية أخرى كأن تكون رسالة البيانات مرسلة عن طريق الفاكس أو التلكس أو أي وسيلة تقنية متاحة في المستقبل.^(٢)

وقد عرفت بعض النظم القانونية الكتابة الإلكترونية بالآتي:
"يقصد بالكتابة الإلكترونية: كل حروف أو أرقام أو رموز أو أي علامات أخرى تثبت على دعامة إلكترونية أو ضوئية أو أي وسيلة أخرى مشابهة وتعطي دلالة قابلة للإدراك".

وهذا التعريف هو الذي اختاره المشرع المصري في قانون تنظيم التوقيع الإلكتروني المادة (١) الفقرة (أ)، أما المحرر الإلكتروني فقد عرفته الفقرة (ب) من ذات المادة السالف بيانها بأنه:

(١) إثبات المحرر الإلكتروني للدكتور لورنس محمد عبيدات - رسالة دكتوراه - ص ٧٩، الناشر: دار الثقافة للنشر والتوزيع الطبعة الأولى ٢٠٠٥ م، نقلاً عن الدكتور محمد فهمي طلبة وآخرين في الموسوعة الشاملة لمصطلحات الحاسب الإلكتروني موسوعة دلتا كمبيوتر مطابع المكتبة المصرية الحديثة القاهرة ١٩٩١ م الصفحات ١٠٨ وما بعدها.

(٢) دكتور عبد الفتاح بيومي حجازي، مقدمة في التجارة العربية، الكتاب الثاني: النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في دولة الإمارات العربية، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، طبعة ٢٠٠٣ م ص ٨١.

"رسالة بيانات تتضمن معلومات تنشأ أو تدمج أو تخزن أو ترسل أو تستقبل كلياً أو جزئياً بوسيلة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو بأي وسيلة أخرى مشابهة".

و عرف التوقيع الإلكتروني بالفقرة (ج) بأنه:

"ما يوضع على محرر إلكتروني ويتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها ويكون له طابع متفرد يسمح بتحديد شخص الموقع ويميزه عن غيره"^(١).

وقد ذهب المشرع الإماراتي في قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية إلى تعريف المحرر الإلكتروني من خلال نصه على المستندات الإلكترونية منه بقوله أن المستند الإلكتروني هو: "سجل أو مستند يتم إنشاؤه أو تخزينه أو استخراجة أو نسخه أو إرساله أو إبلاغه أو استلامه بوسيلة إلكترونية، على وسيط ملموس أو على أي وسيط آخر، ويكون قابلاً للاسترجاع بشكلٍ يمكن فهمه".

و عرف التوقيع الإلكتروني بأنه: "توقيع مكون من حروف أو أرقام أو رموز أو صوت أو نظام معالجة بشكل إلكتروني وملحق أو مرتبط منطقياً برسالة إلكترونية ومهور بنية توثيق أو اعتماد تلك الرسالة"^(٢). وهو تعريف قريب من التعريف المصري.

أما قانون الأونستيرال النموذجي فإنه عرف المحرر الإلكتروني من خلال تعريفه لرسالة البيانات.

(١) أنظر: قانون تنظيم التوقيع الإلكتروني وإنشاء هيئة تكنولوجيا المعلومات رقم (١٥) لسنة

٢٠٠٤م الصادر في غرة ربيع الأول ١٤٢٥هـ الموافق ٢١ إبريل ٢٠٠٤م.

(٢) أنظر: المادة (٢) من قانون المعاملات والتجارية الإلكترونية الإماراتية.

أما قانون المعاملات الإلكترونية الأردني فإنه عرف المحرر الإلكتروني من خلال تعريفه لرسالة المعلومات في المادة الثانية منه، بما هو قريب مع ما ورد في التعريف الذي جاء به قانون الأونستيرال النموذجي، وعرف التوقيع الإلكتروني بأنه: "البيانات التي تتخذ هيئة حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها وتكون مدرجة بشكل إلكتروني أو رقمي أو ضوئي أو أي وسيلة أخرى مماثلة في رسالة معلومات أو مضافة عليها أو مرتبطة بها ولها طابع يسمح بتحديد هوية الشخص الذي وقعها ويميزه عن غيره من أجل توقيعه وبغرض الموافقة على مضمونه"^(١)، وهذا النص قريب في المعنى مع ما ورد في تعريف التوقيع الإلكتروني المصري، عدى أن المشرع المصري ذكر أن التوقيع بأنه "ما يوضع على محرر إلكتروني ويتخذ شكل... الخ"، بينما المشرع الأردني ذكر بأنه "البيانات التي تتخذ هيئة حروف... الخ"، وما عدى ذلك فإن المعاني في القانونين متقاربة.

أما المشرع اليمني في قانون أنظمة الدفع والمعاملات المالية والمصرفية الإلكترونية فإنه قد عرف المحرر الإلكتروني من خلال ما أورده في المادة الثانية من التعريف لرسالة البيانات وتعريفه للسجل والسند الإلكتروني، وعرف التوقيع الإلكتروني بأنه: "عبارة عن أجزاء مشفرة في رسالة البيانات أو مضاف إليها أو مرتبط بها ويتخذ هيئة حروف أو أرقام أو إشارات أو رموز أو غيرها ويكون مدرج بشكل إلكتروني أو ضوئي أو رقمي أو أي وسيلة أخرى مماثلة بحيث يمكن من خلالها التعرف على المنشئ وتمييزه وتحديد هويته والتعرف على إمكاناته".

أما المشرع البحريني فإنه قد عرف المحرر الإلكتروني من خلال تعريفه للسجل الإلكتروني، وعرف التوقيع الإلكتروني بأنه: "معلومات في شكل

(١) أنظر: قانون المعاملات الإلكترونية الأردني المادة (٢).

إلكتروني تكون موجودة في سجل إلكتروني أو مثبتة أو مقترنة به منطقياً ويمكن للموقع استعمالها لإثبات هويته".^(١)

وكأنه استغنى عن تعريف الكتابة والمحركات الإلكترونية بما أورده عن السجلات الإلكترونية وحجيتها في الإثبات في المادة الخامسة، وما أشار إليه في المادة السابعة والتاسعة حول المستند الإلكتروني.

وهذه التشريعات جاءت لتعالج مفهوم وأسس الإثبات الإلكتروني وما أفرزته التكنولوجيا المعاصرة بحكم طبيعة المعاملات الإلكترونية، فوسائل الإثبات الإلكتروني هي وليد لواقع عملي كانت تعبيراً لما تعارف عليه الناس في معاملاتهم، إذ الظاهر أن من المعاملات الإلكترونية أن المشرع لم يفرضها عليهم ابتداءً وإنما اكتفى بتقنينها وتقدير قوتها الشبوتية وتقرير الضوابط والشروط التي على أساسها يمكن حصول الثقة والأمان للمتعاملين على حقوقهم.

وإذا كانت الكتابة التقليدية تعتبر هي الأساس في حقل إثبات العقود والمعاملات، فإن عقود التجارة الإلكترونية والتي تتم من خلال تبادل الرسائل إلكترونياً بواسطة البريد الإلكتروني أو من خلال شبكة الويب أو بأي طريقة أخرى أمرٌ يجعل الكتابة والمستندات الورقية تختفي في المعاملات الإلكترونية وتظهر المستندات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني، وبسبب هذا التطور التكنولوجي اتسع مفهوم الكتابة ليشمل ما يسمى بـ "الكتابة الإلكترونية"، كما أن مفهوم التوقيع اتسع كذلك ليستوعب "التوقيع الإلكتروني".

ونظراً لمقتضيات تنوع المعاملات فإنه بطبيعة الحال حصل تنوع وتعدد في المسميات نظراً لما يحصل بين الألفاظ المستخدمة من عموم وخصوص،

(١) أنظر: المادة (١) من قانون التجارة البحريني.

فهناك كتابة إلكترونية ومحركات إلكترونية منها ما يصلح أن يطلق عليه المحرر الإلكتروني المكتسب للحجية الذي يصبح بمقتضاها دليلاً موثقاً الأخذ به طالما تم وفق إجراءات تكفل حفظه وسلامته واسترجاعه وأمهر بالتوقيع الإلكتروني واستوفى الشروط والضوابط التي سنشير إليها قريباً.

وإذا كانت بعض التشريعات قد أحجمت عن الإفصاح عند وضع التعريفات عن إطلاق لفظ الكتابة على المحرر الإلكتروني تاركةً ذلك للفقهاء والقضاء فإننا نجد التشريع المصري قد حسم ذلك سواءً كان ذلك في التعاريف أو في إثبات الحجية للمحركات الإلكترونية فسجل بذلك قصب السبق ولم يترك الباب مفتوحاً على مصراعيه لاجتهاد الفقهاء والقضاء وإن كان الأصل هو ترك التعريفات للفقهاء والقضاء غير أنه بالنظر لحداثة هذا الموضوع وتشعبه وتعلقه بالمنتجات الإلكترونية فإن ترك الباب مفتوحاً فيه يؤدي حتماً إلى تعدد تفسير الفقهاء والقضاء ويترتب على ذلك تضارب وربما تعارض في الأحكام، مع أنه ليس هناك من محذور يمنع من استخدام هذه المسميات بالمصطلحات التي وردت في بعض التشريعات كما هو الحال في القانون المصري بعد أن تعرفنا على طبيعة هذه الوثائق وماهيتها لا من الناحية اللغوية ولا من الناحية الشرعية، وقد سبق أن أشرنا إلى أن علماء اللغة يقررون بأن الكتابة: هي الخط وقيل: تصوير اللفظ بحروف الهجاء والكتابة الخط^(١).

بل إن الخط هو: كل ما يخطه الإنسان بيده أو بقلمه أو على الرمال أو على الأرض أو على الدعائم الورقية أو الضوئية، فكل ما يخط به أو يسطر به معاني لأي لغة بأي شيء وعلى أي شيء بغرض الحفظ فهو كتابة، ومما يؤيد

(١) أنظر: لسان العرب للعلامة محمد بن مكرم بن منظور الأفرقيي المصري المتوفى سنة ٧٧١هـ ج ١٠ ص ٦٩٨، الناشر: دار صادر بيروت الطبعة الأولى.

ذلك قوله تعالى: ﴿وَكُلُّ شَيْءٍ أَحْصَيْنَاهُ فِي إِمَامٍ مُّبِينٍ﴾^(١) أي كتاب، ومما لا شك فيه أن هذا الكتاب الرباني يضم كل شيء خلقه الله وكل أعمال خلقه على مختلف الأشكال والصور فتبارك الله رب العالمين وأحكم الحاكمين. أما فقهاء الشريعة الإسلامية فإن الكتابة في مصطلحهم: هي الخط الذي يعتمد عليه في توثيق الحقوق وما يتعلق بها للرجوع إليه عند الإثبات الممهور بتوقيع أو ختم أو بهما معاً^(٢)، وهذا التعريف بعمومه يشمل: الصك والحجة والمحضر والسجل والوثيقة والبصيرة والكتاب، ويشمل أيضاً المحررات الرسمية والعرفية والمحررات الإلكترونية والكتابة بالكمبيوتر والفاكس والتلفون، ويشمل جميع أنواع الكتابة التي عرفها الفقهاء.^(٣)

ولكن السؤال الذي يثور مع تزايد استخدام الوسائل الإلكترونية في مختلف المعاملات هو عن مدى حجية مخرجات الحاسب الآلي وغيره مما يتم استخدامه وتبادله بوسائل إلكترونية واعتبار ذلك دليلاً في الإثبات، وذلك ما نأتي على بيانه وتوضيحه.

المطلب الثاني: حجية المحررات الإلكترونية وقوتها في الإثبات

إن أهمية الإثبات تكمن في حفظ الحق والتأكيد عليه بالبيان الذي يرفع اللبس ويكشف عن وجه الحقيقة عند الرجوع إليه، إذأ فأهمية المحرر الإلكتروني يكمن فيما يحويه وقابليته للاحتفاظ بالمعلومات الواردة فيه

(١) سورة يس الآية (١٢).

(٢) أنظر: وسائل الإثبات للدكتور محمد الزحيلي ج ٢ ص ٤١٥ الطبعة الأولى، ومؤلفنا: عمدة المسير ج ٣ ص ٩ الطبعة الأولى.

(٣) أحكام التعامل بالإنترنت - بحث من بحوثنا المنشورة على - مجلة التحكيم العدد (٨٥) مارس ٢٠٠٧ ص ٢١ و٢٢.

وإمكانية تخزينها بحيث يمكن الرجوع إليه في أي وقت، وذلك ما يشكل أهم ركيزة تكسب المستند الإلكتروني حجته في الإثبات وتكشف صلاحيته واستمراره وتكسبه الثقة باعتباره منتجاً لآثاره من خلال اكتساب الحجية التي تضيفي على المعاملات الإلكترونية الثقة والأمان، ولهذا عمدت بعض التشريعات إلى بيان الشروط والضوابط التي يمكن معها اعتبار المحررات الإلكترونية كدليل في الإثبات.

وقد بين القانون النموذجي للأونسترال شروط اعتبار رسالة البيانات مستوفية للشروط الكتابية ليكون لها الحجية في الإثبات بما صرح به في المادة (٦) منه بالآتي:

- ١ - عندما يشترط القانون أن تكون المعلومات مكتوبة تستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط، إذا تيسر الإطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليها لاحقاً.
- ٢ - تسري أحكام الفقرة (١) سواء اتخذ الشرط المنصوص عليها شكل التزام أو أكتفي في القانون بمجرد النص على العواقب التي تترتب إذا لم تكن المعلومات مكتوبة.

ويفهم من هذا أنه لا بد أن يكون النص مكتوباً وأن يكون متيسر الإطلاع عليه ويمكن الرجوع إليه لاحقاً أي أنه لا بد أن تكون المعلومات محفوظة ومخزنة ويمكن الرجوع إليها، وهو أمر يوفر للمستند الثقة والأمان. وقد سار القانون اليمني في تقرير الآثار المترتبة على السجل والعقد والرسالة والتوقيع الإلكتروني في ذات السياق فقرر القوة الثبوتية للمعاملات الإلكترونية عند استيفاء الضوابط والشروط فصرح في المادة (١٠) من قانون أنظمة الدفع والعمليات المالية والمصرفية الإلكترونية بالآتي:

- ١ - يعتبر السجل الإلكتروني سجلاً قانونياً ويكون له صفة النسخة الأصلية إذا توافرت فيه الشروط التالية:
 - أن تكون البيانات والمعلومات الواردة في ذلك السجل قابلة للاحتفاظ بها وتخزينها بحيث يمكن في أي وقت الرجوع إليها.
 - إمكانية الاحتفاظ بالسجل الإلكتروني بالشكل الذي تم به إنشاؤه أو إرساله أو تسليمه أو بأي شكل يسهل به إثبات دقة البيانات والمعلومات التي وردت فيه عند إنشائه أو إرساله أو استلامه.
 - دلالة البيانات والمعلومات الواردة في السجل على من ينشئه أو يتسلمه وتاريخ ووقت إرساله وتسلمه.
 - ٢ - لا تنطبق الشروط الواردة في الفقرة (١) من هذه المادة على المعلومات المرافقة للسجل التي يكون القصد منها تسهيل إرساله وتسليمه.
 - ٣ - يجوز للمنشئ أو المرسل إليه إثبات الشروط الواردة في الفقرة (١) من هذه المادة بواسطة الغير.
- وأما المشرع الأردني فصرح بالمادة (٨) من قانون المعاملات الإلكترونية بأنه:
- يستمد السجل الإلكتروني أثره القانوني ويكون له صفة النسخة الأصلية إذا توفرت فيه الشروط التالية:
 - (١) أن تكون المعلومات في ذلك السجل قابلة للاحتفاظ بها وتخزينها بحيث يمكن في أي وقت الرجوع إليها.

(٢) إمكانية الاحتفاظ بالسجل الإلكتروني بالشكل الذي تم به إنشاؤه أو إرساله أو تسلمه.

(٣) دلالة المعلومات الواردة في السجل على من ينشئه أو يتسلمه وتأريخ ووقت إرساله وتسلمه.

- لا تنطبق الشروط الواردة في الفقرة (أ) من هذه المادة على المعلومات المرافقة للسجل التي يكون القصد منها تسهيل إرساله وتسليمه.

(١) يجوز للمنشئ أو المرسل إليه إثبات الشروط الواردة في الفقرة (أ) من هذه المادة بواسطة الغير.

ويتفق التشريع اليمني والمصري والأردني والتونسي والبحريني على إعطاء الحجية القانونية للسجل الإلكتروني والعقد الإلكتروني والرسالة الإلكترونية واعتبار ذلك منتجاً للأثار القانونية المترتبة على الوثائق والمستندات الخطية بموجب أحكام التشريعات النافذة.^(١)

وقد جاء في قانون أنظمة الدفع والمعاملات المالية والمصرفية الإلكترونية اليمني: يكون للسجل الإلكتروني والعقد الإلكتروني ورسالة البيانات والمعلومات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني نفس الآثار القانونية المترتبة على الوثائق والمستندات والتوقيعات الخطية من حيث إلزامها لأطرافها أو حجيتها في الإثبات.

(١) أنظر: المادة (٧) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، والفصل الرابع من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي، والمادة (٨) وما بعدها من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي، والمادة (٥) وما بعدها من قانون التجارة البحريني.

وسارت العديد من الدول على هذا المنوال وتوسعت في تعديل تشريعاتها لتشمل المعاملات الإلكترونية، فصرحت المادة (١٣) من قانون البيئات الأردني على أنه:

- تكون لوسائل التلكس والفاكس والبريد الإلكتروني قوة الإسناد العادية في الإثبات ما لم يثبت من نسب إليه إرسالها أنه لم يتم بذلك أو لم يكلف أحداً بإرسالها.

- وتكون وسائل التلكس بالرقم السري المتفق عليه بين المرسل والمرسل إليه حجة على كل منهما.

- وتكون لمخرجات الحاسوب المصدقة والموقعة قوة الأسناد العادية من حيث الإثبات ما لم يثبت من نسبت إليه أنه لم يستخرجها أو لم يكلف أحداً باستخراجها.

كما صرح قانون المعاملات الإلكترونية الأردني بالمادة (٧) بأنه:

يعتبر السجل الإلكتروني والعقد الإلكتروني والرسالة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني منتجاً للآثار القانونية ذاتها المترتبة على الوثائق والمستندات الخطية والتوقيع الخطي بموجب أحكام التشريعات النافذة من حيث إلزامها لأطرافها أو صلاحيتها في الإثبات.

أما المشرع المصري فإنه قد صرح بالمادة (١٥) من قانون تنظيم التوقيع الإلكتروني المصري بأن: للكتابة الإلكترونية وللمحركات الإلكترونية في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية ذات الحجية المقررة للكتابة والمحركات الرسمية والمحركات العرفية في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية متى استوفت الشروط المنصوص عليها في هذا القانون وفقاً للضوابط الفنية والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون.

والذي يستفاد من هذه التشريعات أن المحرر الإلكتروني الذي يعتمد، هو الذي يمكن أن يحفظ ويثبت صحته ونسبته إلى مصدره، وقد تباينت وجهات نظر بعض الفقهاء المعاصرين حول حجية مخرجات الحاسب الآلي في الإثبات، وفي ذلك يقول الدكتور/ احمد شرف الدين بأنه: يثير حكم مخرجات الحاسب الآلي في مجال الإثبات مسألتين تتعلق بمدى استيفائها لمتطلبات الدليل الكتابي والثانية مدى حجيتها في الإثبات، ففيما يتعلق بالمسألة الأولى فإن قواعد الإثبات الحالية، فيما يتعلق بالأدلة الكتابية، تقوم على تطلب الكتابة والتوقيع اليدوي "إمضاء أو بصمة أو ختم" لكي يكون الدليل الكتابي كاملاً، فهل يمكن قبول الرسائل الإلكترونية كدليل في الإثبات؟ إذا كان من اليسير على الصعيد القانوني قبول تطوير الكتابة ومفهومها بقبول الرسائل الإلكترونية التي تحمل التعبير عن الإدارة، إلا أن التوقيع الإلكتروني عليها يجري بشكل مختلف مع ما يتطلبه القانون للتوقيع، مما يحتمل معه فقدها أحد متطلبات الدليل الكتابي الكامل، هذا فضلاً عن احتمالات تزوير التوقيع عليها، مما مؤداه التردد في قبولها كدليل إثبات، لذلك ذهب البعض إلى عدم اعتبار مخرجات أجهزة الاتصال الحديثة من الأدلة الكتابية ذات الحجية في الإثبات، وعلى عكس ذلك فإن إحاطتها بوسائل أمن تمنع اختراقها أو إحداث تغيير فيها قد يبرر اعتبارها إذا استوفت التوقيع عليها ممن هي منسوبة إليه دليلاً له حجيه في الإثبات. (١)

قلتُ: ما ذكره الدكتور/ أحمد شرف الدين راجحٌ، وهو ما أفهمته التشريعات في النظم القانونية الخاصة بالمعاملات الإلكترونية ونحن إذا ما

(١) الدكتور احمد شرف الدين في أحد بحوثه المنشورة على الإنترنت تحت فقرة الأبحاث القانونية ص ٥.

تتبعنا التشريعات في النظم القانونية واحداً واحداً بدءاً بقانون الأونستيرال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية مروراً بالتشريعات الوطنية وانتهاءً بما ذكره الفقهاء المعاصرون على تباين بينهم في وجهات النظر حول القوة الشبوتية للمحركات الإلكترونية وحجيتها في الإثبات فسنجد أنها لا تخرج في مجملها عن تصنيف المحركات الإلكترونية عن ثلاثة اعتبارات:

الأول: اعتبار المحركات الإلكترونية المستوفية لشروط الأمان مكتسبة لحجية الإثبات المقررة للمحركات الورقية الرسمية والعرفية.

الثاني: اعتبار المحركات الإلكترونية أسناداً عادية تخضع لإعمال قاعدة حرية الإثبات.

وقد واجه هذا القول نقداً باعتبار أن قواعد الإثبات متعلقة بالنظام العام غير أن الرأي الغالب في الفقه والقضاء يتجه إلى عدم تعلق قواعد الإثبات الموضوعية بالرأي العام وإجازة الخروج على القاعدة العامة بالإثبات مما يعني كفالة حرية الخصوم للإثبات بأي طريقة يرونها تتفق مع مصالحهم بحيث يكون اتفاقهم الأساسي المرجع في عملية الفصل في حالة حدوث أي نزاع بين الطرفين، وهو الذي يتماشى مع ما نص عليه المشرع الأردني والمصري في نصوصهما.

وتهدف اتفاقات الإثبات إلى التحرر من مبدأ الإثبات بالدليل الكتابي المسطور على دعوات مادية انطلاقاً إلى الفضاء الرحب الذي تخضع فيه حجية الدليل الكتابي لاتفاق الأطراف وسلطة القاضي التقديرية.^(١)

الثالث: اعتبار هذه المحركات الإلكترونية كمبدأ ثبوت بالكتابة تستلزم بيئة أخرى وتخضع لسلطة القاضي التقديرية، وهذا الاعتبار قريب من الاعتبار الثاني إذ أنه يجعل المعلوماتية ومخرجات الحاسب والبرقيات

(١) الدكتور لورنس محمد عبيدات في إثبات المحركات الإلكترونية ص ١٠٣.

والفاكس غير ذي حجية ملزمة وإنما تخضع لسلطة القاضي التقديرية، كما سيأتي بيان ذلك.

أما اعتبار المحررات الإلكترونية ذات حجية تامة كما هو الحال في المحررات الورقية الرسمية والعرفية فذلك إذا تم تسجيلها بأسلوب آمن ومنظم وأمهرت بالتوقيع الإلكتروني المستوفي للضوابط والشروط الفنية والتقنية التي سنأتي على بيانها، ونشير هنا إلى أن هذا الاعتبار يتطلب للحكم على صحته أولاً الوقوف على عدة أمور شرعية وقانونية منها ما يرجع إلى محل الإثبات ومنها ما يرجع إلى كيفية إنشاء وتوثيق هذه العقود، أما يرجع إلى محل الإثبات فإنه يشترط في محل الإثبات الإلكتروني ما يشترط الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية في محل الإثبات بصفة عامة ونلخص أهم هذه الشروط في الآتي:

- ١- أن يكون محل الإثبات معلوماً سواء كان عقداً أو اتفاقاً أو غير ذلك لأن طبيعة الإثبات المُلزم الصحيح تقتضي ذلك.
- ٢- أن يكون محل الإثبات الإلكتروني جائزاً شرعاً وغير مستحيل عقلاً وهو ما يتطلب أن تكون طبيعة هذه العقود جائزة شرعاً قابلة للتعامل ومن ثم فإن كل شيء لا يخرج عن دائرة التعامل إما بطبيعته وإما بحكم القانون فإنه يصح أن يكون محلاً للإثبات، والأشياء التي تخرج بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها، أما الأشياء الخارجة عن دائرة التعامل فيها بحكم القانون فهي الأشياء التي لا يجوز القانون أن تكون محلاً للإثبات فإذا صرح القانون بعدم جواز إثبات واقعة لاعتبارات تتعلق بالنظام العام أو

الآداب أو الأخلاق كالمخدرات مثلاً فإنه لا يجوز إثبات هذه الواقعة.^(١)

أما التشريعات الوضعية فإنها قد استجابت للحاجة الماسة لإثبات المعاملات الإلكترونية فسمحت بإثبات هذه المعاملات إلكترونياً. واستهدف القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية إزالة العقبات التي تحول دون استخدام بدائل الأشكال الورقية للاتصال وتخزين المعلومات في إنجاز المعاملات وإثباتها، فصرح قانون الأونستيرال في المادة (٥) أنها: لا تفقد المعلومات مفعولها القانوني أو صحتها أو قابليتها للتنفيذ لمجرد أنها في شكل رسالة بيانات.

وقد سبق الإشارة إلى أن هذا القانون قد ذكر أنه عندما يشترط القانون أن تكون البيانات مكتوبة يستوفي ذلك الشرط، وصرح في المادة (٨) الفقرة (١) أنه: عندما يشترط القانون: تقديم المعلومات أو الاحتفاظ بها في شكلها الأصلي تستوفي رسالة البيانات هذا الشرط إذا:

(١) أنظر: مؤلفنا عمدة المسيرج ٢ ص ٥٩ إلى ٦٧ الطبعة الأولى، والبيع عبر شبكات الإنترنت دراسة مقارنة في ضوء قانون التوقيع الإلكتروني لمحمد حسن رفاعي العطار عضو هيئة قضايا الدولة، الناشر: دار الجامعة الجديدة الطبعة الأولى ٢٠٠٧ م الإسكندرية ص ٦٦، والإثبات في المواد المدنية للدكتور الصده ص ٤٥٣، ووسائل الإثبات للدكتور محمد الزحيلي الطبعة الأولى ص ٩٧، والمادة (٢) من قانون الإثبات المصري رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨ م وتعديلاته، والمادة (٩٧) من نظام المرافعات السعودي رقم (م/٢١) الصادر بتاريخ ٢٠/٥/١٤٢١ هـ، والمادة (٤) من قانون البنات الأردني الصادر عام ١٩٥٢ م، والمادة (١٥٦) من قانون المرافعات الليبي الصادر عام ١٩٥٣ م، والمادة (١٨٢) من أصول محاكمات لبناني رقم (١٩٠) لسنة ١٩٨٣ م، والمادة (٦) من قانون الإثبات السوداني رقم (٣٥) لسنة ١٩٨٣ م، والمادة (٤٠٣) من قانون الالتزامات المغربي، والمادة (٧٧) قانون المرافعات البحريني رقم (٢٢) ١٩٧١ م، والمادة (٢١٢) من قانون المرافعات القطري رقم (١٣) لسنة ١٩٩٠ م.

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

- كانت تلك المعلومات مما يمكن عرضه على الشخص المقرر أو تقدم إليه وذلك عندما يشترط تقديم تلك المعلومات.

وصرح في المادة (٩) بأنه:

١- في أي إجراءات قانونية لا يطبق أي حكم من أحكام قواعد الإثبات من أجل الحيلولة دون قبول رسالة البيانات كدليل إثبات:
- لمجرد أنها رسالة بيانات.

- بدعوى أنها ليست في شكلها الأصلي، إذا كانت هي أفضل دليل يتوقع بدرجة معقولة من الشخص الذي يستشهد بها أن يحصل عليه.

٢- يعطى للمعلومات التي تكون على شكل رسالة بيانات ما تستحقه من حجية في الإثبات، وفي تقدير حجية رسالة البيانات في الإثبات، يولي الاعتبار لجدارة الطريقة التي استخدمت في إنشاء أو تخزين أو إبلاغ رسالة البيانات بالتعويل عليها، و لجدارة الطريقة التي استخدمت في المحافظة على سلامة المعلومات بالتعويل عليها، وللطريقة التي حددت بها هوية منشأها ولأي عامل آخر يتصل بالأمر.

وهذا ما يعني الاعتراف بالمعاملة المتساوية بين رسائل البيانات (المحررات الإلكترونية) وبين المحررات الكتابية إذا أرسلت في شكل بيانات حاسوبية مقروءة وقابلة للتفسير بالإضافة إلى الاحتفاظ ببرمجيات

الحاسوب وإتاحة الاطلاع عليها، وذلك ما أفصحت عنه المادة (٦) من قانون الأونستيرال السالف بيانها.

وقد نهجت الاتفاقيات الدولية المعاصرة وكثير من التشريعات منهج الأخذ بالمفهوم الحديث للسندات الكتابية، وهو ما أفصح عنه القانون اليمني بالمادة (١٠) من قانون أنظمة الدفع والعمليات المالية والمصرفية الإلكترونية، وقانون المصري تنظيم التوقيع الإلكتروني المصري، وقانون المعاملات الإلكترونية الأردني.

وتعتبر الكثير من القوانين السجل الإلكتروني والعقد الإلكترونية رسالة إلكترونية منتجة للأثار القانونية ذاتها المترتبة على المستندات الخطية.^(١) وإن استثنت بعض هذه القوانين الوصية والوقف ومعاملات التصرف بالأموال غير المنقولة بما في ذلك الوكالات المتعلقة بها وسندات ملكيتها وإنشاء الحقوق العينية عليها باستثناء عقود الإيجار الخاصة بهذه الأموال... الخ.^(٢) فإن الأصل يبقى هو جواز إثبات المعاملات والعقود بالوسائل الإلكترونية وقبول ذلك في الإثبات.

(١) أنظر: المادة (٧) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني والمادة (٧٢) الفقرة (٦) من قانون الأوراق المالية الأردني المؤقت رقم (٢٣) لسنة ٢٠٠١م، والمادة (٩٢) الفقرة (٢) من قانون البنوك الأردني رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٠م، والمادة (٣) الفقرة (ج) من قانون الرسوم والسنادج الصناعية الأردني لسنة ٢٠٠٠م والمادة (٤) الفقرة (ج) من قانون حماية الأصناف النباتية الأردني رقم (٢٤) لسنة ٢٠٠٠م، كل هذه النصوص تميز الإثبات بالوسائل الإلكترونية وتقرر حجيتها، وكذلك المواد من المادة (٩) إلى المادة (١٩) من قانون أنظمة الدفع والمعاملات المالية والمصرفية الإلكترونية اليمني.

(٢) أنظر: المادة (٦) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، والمادة (٥) من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي.

والذي نستفيد منه من كل ما سلف بيانه أنه لكي يكتسب المحرر الإلكتروني الحجية الكاملة في الإثبات ومساواته بالمحرر التقليدي فإنه لا بد من استيفاء الشروط والضوابط التالية:

الشرط الأول: الكتابة: لا اعتبار أن الكتابة هي الأسلوب المعبر عن الإرادة وسبق تعريف الكتابة الإلكترونية في الفقه والتشريعات الوطنية بما يغني عن إعادته هنا.

الشرط الثاني: التوقيع: باعتبار أن التوقيع هو الشرط الجوهري في جميع المحررات فهو يثبت إقرار الموقع على ما هو مدون وموجود في المحرر، فلا ينتج المحرر الإلكتروني آثاره القانونية دون توقيع يميز هوية الموقع ويعبر عن موافقته عليه ضمن الشروط والضوابط التي تشترطها القوانين، وارتباط التوقيع بالموقع وحده دون غيره.

الشرط الثالث: التوثيق: فتوثيق التصرف الذي يتم عبر الوسائل الإلكترونية فيه حفظ لحقوق المتعاملين من إي اعتداء أو غش وهو أمر يستوجب القيام بتوثيق المحرر لدى جهة يتفق عليها وتكون معتمدة من قبل الحكومة وتعنى هذه الجهة بالتحقق من صحة المحرر الذي تم إصداره وتتبع أي تغييرات أو أخطاء تحدث، وفي حالة إتمام توثيق المحرر الإلكتروني يتم منح صاحب المحرر رمز التعريف الشخصي الخاص به، ويتم إصدار هذا الرمز من قبل الجهة المختصة المرخص لها بتوثيق التوقيع الإلكتروني، إذ أنه يهدف التحقق من أن القيد إلكترونياً لم يتعرض لأي تعديل ويعتبر هذا القيد موثقاً من تأريخ التحقق منه، وتكون شهادة التوثيق التي تبين رمز التعريف معتمدة.^(١)

(١) أنظر: المواد (٣٢٢-٣٦) من قانون أنظمة الدفع والمعاملات المالية والمصرفية الإلكترونية اليمني.

وتباينت وجهات نظر المقتنين في تحديد جهة التوثيق فهو في القانون المصري مخول تحديد ذلك لهيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات وفقاً لقانون تنظيم التوقيع الإلكتروني، وهو مناط في التشريع الأردني بمجلس الوزراء تحديد هذه الجهات، كما أسند قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي التوثيق إلى رئيس الحكومة لإصدار قرار لتعيين مراقب لخدمات التصديق لغرض ترخيص وتصديق ومراقبة مزودي خدمات التصديق، وحدد المشرع التونسي الوكالة الوطنية للمصادقة الإلكترونية.^(١)

الشرط الرابع: إمكانية الاحتفاظ بالمحرر الإلكتروني في شكله الأصلي المتفق عليه، دون أن يلحقه أي تغيير: وهو ما أفصحت عنه التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية.^(٢)

الشرط الخامس: إمكانية استرجاع المحررات الإلكترونية المحفوظة، وهو ما أفصحت عن التشريعات الإلكترونية، فالقانون اليمني مصرح فيه بالمادة (١١) الفقرة (أ) بأن: تكون البيانات والمعلومات قابلة للاحتفاظ بها وتخزينها بحيث يمكن في أي وقت الرجوع إليها. أما قانون إمارة دبي فإنه صرح في المادة (٨) بما لفظه: "بقاء المعلومات محفوظة على نحو يتيح

(١) أنظر: المادة (١٩) وما بعدها من قانون تنظيم التوقيع الإلكتروني المصري، والمادة (٢) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، والمادة (٢) من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي، والفصل الثامن إلى العاشر من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي.

(٢) أنظر: المادة (٢) من قانون الأونستيرال النموذجي، والمادة (٨) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، والمادة (٨) من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي، والمادة (٩) من قانون التجارة البحري، والمادة (١١) من قانون أنظمة الدفع والمعاملات المالية والمصرفية الإلكترونية اليمني.

استخدامها والرجوع إليها لاحقاً"، وإلى مثل ذلك ذهب المشرع الأردني والبحريني.^(١)

ولا تكاد تختلف التشريعات في التنصيص على هذا الشرط.

فالقوة الثبوتية للمستند تعتمد على الوسيلة التي استخدم بها، وتم توثيقه بالطرق المأمونة فذلك ما يجعل القوة الثبوتية تتأكد لتجعل المحرر الإلكتروني في الاعتبار الأول أي أنه قد اكتسب الحجية كالمحرر الورقي الرسمي والعرفي، فلا بد أن تكون إجراءات التوثيق قادرة على التحقق من سلامة القيد والحفظ والاسترجاع الإلكتروني، أي أنه لا بد من أن يتم التوثيق وفق إجراءات معتمدة ومقبولة تجارياً ومتفق عليها من الأطراف.^(٢)

وقد ذكر محمد أمين الرومي ضمن الشروط الواجب توافرها: أن يكون متاحاً فنياً تحديد وقت وتأريخ إنشاء الكتابة الإلكترونية أو المحررات الإلكترونية الرسمية أو العرفية، وأن يتم تحديد هذه الإتاحة من خلال نظام حفظ إلكتروني منقل وغير خاضع لسيطرة منشئ هذه الكتابة أو تلك المحررات أو لسيطرة المعني بها. وأن يكون متاحاً فنياً تحديد مصدر إنشاء الكتابة الإلكترونية أو المحررات الإلكترونية الرسمية أو العرفية، ودرجة سيطرة منشئها على هذا المصدر وعلى الوسائط المستخدمة في إنشائها. وفي حالة إنشاء وصدور الكتابة الإلكترونية أو المحررات الإلكترونية الرسمية أو العرفية بدون تدخل جزئي أو كلي فإن حجيتها تكون متحققة متى أمكن

(١) أنظر: المادة (٨) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، والمادة (٩/أ) من قانون المبادلات والتجارة البحرين.

(٢) أنظر: المادة (٥) من قانون الأونستيرال النموذجي، والفصل الخامس من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي، والمادة (٣٠) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، والمواد (١٩-٢٢) من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي.

التحقق من وقت وتاريخ إنشائها ومن عدم العبث بهذه الكتابة أو تلك الإجراءات.^(١)

وإذا استوفى المحرر الإلكتروني شروط وضوابط التوثيق عن طريق سلطة توثيق مختصة تقوم بمنح شهادة لذوي الشأن تؤكد ثبوت توثيق الرسالة الإلكترونية وتخزينها وصار من الممكن الرجوع إليها فإن المحرر سيكون في مثل هذه الحالة حائزاً على الحجية الشبوتية للمستندات.

ولصاحب المصلحة الطعن بالتزوير في التوقيع والمحرر، والطعن ببطلان استعمال التوقيع إذا تم ذلك بدون تفويض أو غير ذلك من أسباب البطلان المقررة في القانون، وللقضاء التحقق من تتبع إي تغيير أو أخطاء حدثت في أي محرر إلكتروني باستخدام وسائل التحليل للتعرف على الرموز والكلمات والأرقام وفك التشفير والاستعارة العكسية وأي وسيلة أو إجراءات أخرى تحقق الغرض المطلوب.

وللتوقيع في حد ذاته أهمية كبيرة فقواعد الإثبات بصفة عامة لا تقبل المستندات العرفية إلا إذا كانت موقعة، ولا تقبل المستندات غير الموقعة إلا كمبدأ ثبوت بالكتابة يستلزم بينة أخرى ويخضع لسلطة القاضي التقديرية، وكذلك الحال بالنسبة للتعامل الإلكتروني فإن قبول القضاء للتعاقد الإلكتروني يتطلب إقرار حجية التوقيع الإلكتروني وموثوقيتها كبنية في المنازعات.^(٢)

وقد صرحت بعض التشريعات بأن: للسجلات الإلكترونية ذات الحجية المقررة في الإثبات للمحررات العرفية، ولا ينكر الأثر القانوني

(١) أنظر: النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني للأستاذ محمد أمين الرومي المحامي بالاستئناف عضو الجمعية المصرية للقانون الدولي، ص ٦٥، الناشر دار الفكر الجامعي الإسكندرية الطبعة الأولى ٢٠٠٦م.

(٢) أنظر: أحكام عقود التجارة الإلكترونية - مصدر سابق - ص ١٧٦.

للمعلومات الواردة في السجلات الإلكترونية من حيث صحتها وإمكان العمل بمقتضاها لمجرد ورودها كلياً أو جزئياً في شكل سجل إلكتروني أو إشارة إليها في هذا السجل.^(١)

ومن هنا يمكن القول بأنه يكون للمحركات الإلكترونية الرسمية والعرفية في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية ذات الحجية المقررة للكتابة والمحركات الرسمية والعرفية في أحكام قانون الإثبات المدنية والتجارية متى استوفت الشروط والضوابط التي أشرنا إليها أخذاً من التشريعات للقوانين الخاصة بالمعاملات الإلكترونية، أما ما عدى ذلك من الرسائل والمبادلات التي لم تستوف هذه الضوابط ولم تكن موقعاً عليها والتي تكون بطبيعتها عرضة للتحريف والتبديل دون وجود ضمانات تؤكد سلامتها فإنها حينئذ لا حجية لها إلا كمبدأ ثبوت بالكتابة تستلزم بينة أخرى وتخضع لسلطة القاضي التقديرية.

وقد تناولت قوانين الإثبات التقليدية البرقيات والرسائل التي لم يكن موقع على أصلها، فصرح قانون الإثبات اليمني بالمادة (١١١) أن: للرسائل الموقع عليها قيمة المحرر العرفي من حيث الإثبات، تكون للبرقيات هذا القيمة أيضاً إذا كان أصلها المودع في مكتب التصدير موقعاً عليه من مرسلها، وتعتبر البرقية مطابقة لأصلها حتى يقوم الدليل على عكس ذلك، وإذا عدم أصل البرقية فلا يعتد بالبرقية إلا لمجرد الاستئناس.

وإلى مثل ذلك ذهب المشرع المصري بالمادة (١٦) من قانون الإثبات، والمشرع الإماراتي والسوري والعراقي والبحريني والكويتي والليبي

(١) أنظر: المادة (٥) من قانون التجارة البحريني.

والسوداني والمغربي.^(١) فهذه القوانين مصرحة باشتراط التوقيع على أصول رسائل البرقيات لإثبات الحجية لها. وتأخذ نفس الحكم الرسائل التي ترسل عبر الفاكس وغير ذلك مما لا يتوافر فيه ضوابط وشروط الأمان.

(١) أنظر: المواد: (١٤) من قانون الإثبات الإماراتي رقم (١٠) لسنة ١٩٩٢م، و(١٢) من قانون البينات السوري رقم (٣١٥) الصادر في حزيران ١٩٤٧م، و(٢٧) من قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩م، و(١٣) من قانون البينات الأردني، و(١٣٨) من قانون المرافعات البحريني رقم (٢٢) لسنة ١٩٧١م، و(١٦) من قانون الإثبات الكويتي رقم (٣٩) لسنة ١٩٨٠م، (٣٨٣) من القانون المدني الليبي الصادر في ١٩٥٣م، و(١٥٨) من أصول المحاكمات اللبناني، و(٤٥) من قانون الإثبات سوداني، و(٤٢٨) من الالتزامات مغربي.

أهم المراجع

- ١- القرآن الكريم.
- ٢- الجامع الصغير للإمام الحافظ جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي المتوفى عام ٩١١هـ، الناشر: مكتبة عباس احمد الباز مكة المكرمة الطبعة الأولى ١٤٢٣هـ-٢٠٠٢م.
- ٣- الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكات الإنترنت -رسالة ماجستير- إعداد بشار محمود دودين ، إشراف الأستاذ الدكتور محمد يحيى المحاسن، جامعة مؤتة، الناشر: دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان الأردن ٢٠٠٦م.
- ٤- عمدة المسير في سلطة القاضي في تقدير الدليل -من مؤلفاتنا- الطبعة الأولى ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م.
- ٥- القانون رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٦م بشأن أنظمة الدفع والمعاملات المالية والمصرفية الإلكترونية اليمني.
- ٦- القانون المدني اليمني رقم (١٩) لسنة ١٩٩٢م وتعديلاته.
- ٧- قانون المعاملات الإلكترونية رقم (٨٥) لسنة ٢٠٠١م المنشور على الصفحة (٦٠١٠) من عدد الجريدة الرسمية الأردنية الصادرة بتاريخ ٣١/١٢/٢٠٠١م.
- ٨- قانون الاتصالات الأردني رقم (١٣) لسنة ١٩٩٥م.
- ٩- قانون الإعلام المرئي والمسموع الأردني رقم (٧١) لسنة ٢٠٠٢م.
- ١٠- قانون توظيف موارد تكنولوجيا المعلومات في المؤسسات الحكومية الأردني رقم (٨١) لسنة ٢٠٠٣م.
- ١١- القانون المدني الأردني.
- ١٢- قانون البنات الأردني الصادر عام ١٩٥٢م.
- ١٣- قانون الأوراق المالية الأردني المؤقت رقم (٢٣) لسنة ٢٠٠١م.
- ١٤- قانون البنوك الأردني رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٠م.
- ١٥- قانون السلامة المعلوماتية التونسي عدد (٥) لسنة ٢٠٠٤م المؤرخ ٣ فيفري ٢٠٠٤م.
- ١٦- قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية الصادر في أغسطس ٢٠٠٠م والمنشور في الجرايد الرسمي للجمهورية التونسية بتاريخ ١١/آب/٢٠٠٠م.
- ١٧- نظام الاتصالات السعودي الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم (٧٤) بتاريخ ٥/٣/١٤٢٢هـ.
- ١٨- اللائحة التنفيذية لنظام الاتصالات السعودي الصادرة برقم (١١) وتاريخ ٥/١٧/١٤٢٣هـ.
- ١٩- نظام المرافعات السعودي رقم (م/٢١) الصادر بتاريخ ٢٠/٥/١٤٢١هـ.

- ٢٠- قانون منطقة دبي الحرة للتكنولوجيا والتجارة الإلكترونية رقم (١) لسنة ٢٠٠٠م،
- ٢١- قانون المعاملات والتجارية الإلكترونية لإمارة دبي رقم (٢) لسنة ٢٠٠٢م الصادر في ١٢ شباط ٢٠٠٢م.
- ٢٢- قانون مكافحة جرائم تقنية المعلومات الإماراتي رقم (٢) لسنة ٢٠٠٦م.
- ٢٣- قانون استخدام الحاسب الآلي في الإجراءات الجزائية الإماراتي رقم (٥) لسنة ٢٠٠١م.
- ٢٤- مرسوم استخدام برنامج نظام معلومات المنشآت الإلكترونية الفندقية الإماراتي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠١م.
- ٢٥- قرار تطبيق نظام الوظيفة العامة عن طريق المحاسب الآلي قرار مجلس الوزراء الإماراتي رقم (٨) لسنة ٢٠٠٥م.
- ٢٦- القانون الاتحادي بشأن مؤسسة الإمارات للاتصالات الصادر في ٨ رمضان ١٤١١هـ الموافق ٢٤/٣/١٩٩١م.
- ٢٧- قانون الإثبات الإماراتي رقم (١٠) لسنة ١٩٩٢م.
- ٢٨- قانون تنظيم التوقيع الإلكتروني وإنشاء هيئة تكنولوجيا المعلومات المصري رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٤م الصادر في غرة ربيع الأول ١٤٢٥هـ الموافق ٢١ إبريل ٢٠٠٤م.
- ٢٩- اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التوقيع الإلكتروني وإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات المصري قرار وزير الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات المصري رقم (١٠٩) لسنة ٢٠٠٥م.
- ٣٠- قانون تنظيم الاتصالات المصري رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٣م.
- ٣١- القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨م وتعديلاته حتى عام ٢٠٠١م.
- ٣٢- قانون الإثبات المصري رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨م وتعديلاته.
- ٣٣- قانون التجارة الإلكترونية البحريني الصادر بتأريخ ٧ رجب ١٤٢٣هـ الموافق ١٤ سبتمبر ٢٠٠٢م.
- ٣٤- قانون الاتصالات البحريني رقم (٤٨) لسنة ٢٠٠٢م.
- ٣٥- قانون المرافعات البحريني رقم (٢٢) ١٩٧١م.
- ٣٦- قانون التوقيع الإلكتروني الجزائري: مستخرج من القانون المدني المعدل والمتمم عام ٢٠٠٥م بالمواد (٣٢٣-٣٢٧).
- ٣٧- قانون الاتصالات السلوكية واللاسلكية الفلسطينية رقم (٣) لسنة ١٩٩٦م.
- ٣٨- مشروع قانون الإنترنت والمعلوماتية الفلسطينية المعد في عام ٢٠٠٢م.
- ٣٩- مشروع قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية الفلسطينية المعد في عام ٢٠٠٣م/١٤٢٣هـ.

- ٤٠- قانون الحماية الجنائية لنظم المعالجة الآلية للمعطيات المغربي مستخرج من القانون الجنائي الباب العاشر بمقتضى الظهير الشريف رقم (١٠٣١٩٧) الصادر في ١٦ رمضان ١٤٢٤هـ.
- ٤١- قانون الاتصال السمعي والبصري المغربي رقم (٧٧٠٣).
- ٤٢- جرائم الحاسب الآلي العماني: مستخرج من قانون الجزاء العماني الكتاب الثاني في الجرائم الباب السابع.
- ٤٣- قانون تنظيم الاتصالات المغربي رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٢م.
- ٤٤- قانون الالتزامات المغربي.
- ٤٥- قانون إنشاء المؤسسة القطرية للاتصالات رقم (١٤) لسنة ١٩٨٧م وتعديلاته.
- ٤٦- جرائم الحاسب الآلي القطري وهي المواد المنصوص عليها في الفصل الخامس المواد (من ٣٧٠ إلى ٣٧٨) من قانون العقوبات الجديد رقم (١١) لسنة ٢٠٠٤م،
- ٤٧- قانون إنشاء المؤسسة العامة القطرية للقناة الفضائية رقم (١) لسنة ١٩٩٦م.
- ٤٨- مرسوم قطري بقانون إنشاء المجلس الأعلى للاتصالات وتكنولوجيا المعلومات رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٤م.
- ٤٩- قانون المرافعات القطري رقم (١٣) لسنة ١٩٩٠م.
- ٥٠- قانون البنات السوري رقم (٣١٥) الصادر في حزيران ١٩٤٧م.
- ٥١- قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩م.
- ٥٢- القانون المدني العراقي الصادر في ١٩٥١م.
- ٥٣- قانون المرافعات الليبي الصادر عام ١٩٥٣م.
- ٥٤- القانون المدني الليبي الصادر في ١٩٥٣م.
- ٥٥- أصول محاكمات لبناني رقم (١٩٠) لسنة ١٩٨٣م.
- ٥٦- قانون الإثبات السوداني رقم (٣٥) لسنة ١٩٨٣م.
- ٥٧- مشروع قانون المعاملات الإلكترونية الكويتي لسنة ٢٠٠١م.
- ٥٨- قانون الإثبات الكويتي رقم (٣٩) لسنة ١٩٨٠م.
- ٥٩- الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكات الإنترنت -رسالة ماجستير- إعداد بشار محمود دودين ، إشراف الأستاذ الدكتور محمد يحيى المحاسن، جامعة مؤتة، الناشر: دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان الأردن ٢٠٠٦م.
- ٦٠- مجلة سومر الجزء الأول ١٩٤٨م المجلد الرابع تعليقات عن قوانين العراق القديم قبل ظهور جمهوري الدكتور صلاح الدين الناهي. وتأريخ القانون في وادي الرافدين للدكتور إبراهيم عبد الكريم.

- ٦١- موسوعة القانون الإلكتروني وتكنولوجيا الاتصالات لوائل أنور بندق عضو الجمعية المصرية للقانون الدولي عضو الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع، الناشر: دار المطبوعات الإسكندرية ٢٠٠٧م.
- ٦٢- التجارة الإلكترونية في القانون العربي النموذجي، الناشر: دار الفكر الجامعي بالإسكندرية الطبعة الأولى ١٤٠٦هـ.
- ٦٣- الوثائق الرسمية للجمعية العامة في الدورة (٦٠) الملحق رقم (١٧) (7, 60, A) الفقرة (١٦٧).
- ٦٤- التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت تأليف محمد أمين الرومي المحامي، الناشر: دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية الطبعة الأولى ٢٠٠٤م.
- ٦٥- النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني للأستاذ محمد أمين الرومي المحامي بالاستئناف عضو الجمعية المصرية للقانون الدولي، الناشر: دار الفكر الجامعي الإسكندرية الطبعة الأولى ٢٠٠٦م.
- ٦٦- التعاقد عن طريق الإنترنت دراسة مقارنة للأستاذ احمد خالد العجلوني المحامي المكتبة القانونية عمان الأردن.
- ٦٧- التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة مع التركيز على البيع بواسطة التلفزيون للدكتور محمد السعيد رشدي مطبوعات جامعة الكويت لسنة ١٩٩٨م.
- ٦٨- الموجز في قانون التجارة الدولية للدكتور طالب حسن موسى، الناشر: دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان الأردن الطبعة الأولى ١٩٩٧م.
- ٦٩- إثبات المحرر الإلكتروني للدكتور لورنس محمد عبيدات -رسالة دكتوراه- الناشر: دار الثقافة للنشر والتوزيع الطبعة الأولى ٢٠٠٥م.
- ٧٠- الموسوعة الشاملة لمصطلحات الحاسب الإلكتروني للدكتور محمد فهمي طلبه وآخرين، موسوعة دلتا كمبيوتر مطابع المكتبة المصرية الحديثة القاهرة ١٩٩١م.
- ٧١- مقدمة في التجارة العربية الكتاب الثاني: النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في دولة الإمارات العربية للدكتور عبد الفتاح بيومي حجازي، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، طبعة ٢٠٠٣م.
- ٧٢- لسان العرب للعلامة محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري المتوفى سنة ٧٧١هـ الناشر: دار صادر بيروت الطبعة الأولى.
- ٧٣- أحكام التعامل بالإنترنت -بحث من بحوثنا المنشورة على- مجلة التحكيم العدد (٨٥) مارس ٢٠٠٧م.
- ٧٤- أحكام التعامل بالإنترنت -بحث من بحوثنا المنشورة على- مجلة التحكيم العدد (٨٦ و٨٧) مايو ٢٠٠٧م.

- ٧٥- الدكتور احمد شرف الدين في أحد بحوثه المنشورة على الإنترنت تحت عنوان الأبحاث القانونية.
- ٧٦- البيع عبر شبكات الإنترنت دراسة مقارنة في ضوء قانون التوقيع الإلكتروني لمحمد حسن رفاعي العطار عضو هيئة قضايا الدولة، الناشر: دار الجامعة الجديدة الطبعة الأولى ٢٠٠٧م الإسكندرية.
- ٧٧- الإثبات في المواد المدنية للدكتور الصده.
- ٧٨- وسائل الإثبات للدكتور محمد الزحيلي الطبعة الأولى.
- ٧٩- الوسيط في شرح القانون المدني للدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري تنقيح المستشار احمد مدحت ج ٤ ص ٥٨٦، منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠٠٤م.
- ٨٠- فقه البيع والاستيثاق والتطبيق المعاصر دراسة مقارنة الفقه الإسلامي مقارنة بالقانون للأستاذ الدكتور علي احمد السالوسي أستاذ الفقه والأصول بكلية الشريعة جامعة قطر وخبير الفقه والاقتصاد بمجمع الفقه الإسلامي، سلسلة إصدار المجمع (١٤) طبعة ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م.
- ٨١- التجارة الإلكترونية وحمايتها القانونية، الكتاب الأول، نظام التجارة الإلكترونية وحمايتها المدنية للمستشار الدكتور عبد الفتاح بيومي نائب رئيس مجلس الدولة الرئيس بمحكمة القضاء الإداري، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات مصر المحلة الكبرى طبعة عام ٢٠٠٧م.
- ٨٢- الإنترنت والقانون الدولي الخاص، فراق أم تلاق مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت أحمد أحمد عبد الكريم سلامة، جامعة الإمارات عام ٢٠٠٠م.



وسائل الإثبات

القاضي/زيد حنش عبد الله
عضو المحكمة العليا

مجلة ربحوث
القضاء



مقدمة

إن وسائل الإثبات الشرعية تحتوي على الحجج والبيانات والأدلة التي يقدمها أطراف النزاع في الخصومة أمام القضاء، والذي يرجع إليها القاضي وبعد النقاش المستفيض والتمحيص الكامل وبعد المداولة في ذلك لهيئة المحكمة لإصدار أحكام سليمة وعادلة.

وقد وضعت الشرائع السماوية وخاتمتها الشريعة الإسلامية الغراء كافة وسائل الإثبات لتكفل كافة الحقوق ثم صدرت بعد ذلك القوانين الوضعية، وأرشدت الشريعة وكذلك القوانين الوضعية إلى حماية ما أقرت من حقوق، وطرق استعمالها وبينت طرق إثباتها عند التنازع بين المتخاصمين في أي خصومة، حتى لا يأخذ القوي حقوق الضعيف، وعدم سيطرة الظالم على حقوق المظلومين، وقد نصت الشريعة وتلك القوانين الوضعية في كل دولة وأوضحت طرق حماية تلك الحقوق وإثباتها عند النزاع بين أطراف الخصومة.

وأهداف وسائل الإثبات هو أن يختص كل إنسان بحقوقه، ويمارسها بطريقة سليمة يحافظ عليها، وعلى حقوق الآخرين.

فوضعت الضوابط لإكتساب تلك الحقوق بالطرق الشرعية والقانونية، بحيث لا يتجاوز أي شخص في اختصاصه على حقوق الآخرين مع استعماله لحقوقه، وكذلك يفعل الآخرون، بحيث يعرف كل شخص حقوقه وحدود استعماله المشروعة، وعدم الإساءة لحقوق الآخرين أو الانحراف وإيقاع الضرر بالآخرين.

وبإقامة الدولة وأجهزتها المختلفة وللفصل في المنازعات بين الأفراد وبعضهم البعض وبين الأفراد وبين الأجهزة المختلفة وبين الأجهزة المختلفة نفسها أقامت الدولة ونظمت جهاز القضاء لذلك.

ومن اللازم وحتى يستطيع القضاء القيام بمهامه واختصاصاته لا بد من وضع وسائل تحقيق تلك الغايات وحفظ تلك الحقوق، وطرق إثباتها عند المنازعات، أمام القضاء فشرعت الحقوق، وبينت الطرق السليمة للحماية والحفاظ عليها.

فبينت كتابة العقود، وتوثيق الديون، وإقامة وسائل الإثبات كأدلة للإثبات عند التنازع، ومنعاً للإنكار.

وهنا تظهر أهمية طرق الإثبات كدرع لحماية الحقوق، وأداة فاعلة لإيجاد وتثبيت العدالة، فأسلوب المشرع في الإثبات يتوقف عليه ميزان العدالة، وتحقيق الحقوق. وأي أخطاء في طرق الإثبات تمنع استحقاق الحقوق الشرعية، وتعرقل الوصول إليها.

والاهتمام في ذلك إنما يرجع إلى احتياج القضاء لطرق ووسائل الإثبات للفصل في النزاعات، وأمام العدالة بحفظ الحقوق لأصحابها واسترجاع ما نزع من حقوق بالباطل وقد اتسعت وسائل الإثبات لضرورتها ولتبيين كافة أحكام الإثبات، والتثبيت ولوضع القواعد العامة والأركان الأساسية في كل جانب من جوانبه.

والإثبات هو إقامة الحجة بالمعنى العام.

وبالمعنى الخاص: هو إقامة الحجة على حق أو واقعة سواء كان أمام القضاء أو خارج القضاء.

والإثبات بالمعنى الخاص: هو إقامة الحجة أمام القضاء بالطرق الشرعية على حق أو على واقعة، وترتيب الآثار الشرعية والقانونية.

ويعني ذلك إقامة الدليل أمام القضاء عند وجود خصومة بين أطراف النزاع فيجب تقديم الدليل حتى يترتب عليه آثار الإلزام، سلباً كان أو إيجاباً، فعلاً أو تركاً على أمر متنازع عليه ليثبت بشأنه الحق لإصدار حكم ناجز منه للخصومة وطرق الإثبات هي:

- ١- شهادة الشهود.
 - ٢- الإقرار.
 - ٣- الكتابة
 - ٤- اليمين وردّها والنكول عنها.
 - ٥- القرائن الشرعية والقضائية
 - ٦- المعاينة.
 - ٧- التقرير
 - ٨- استجواب الخصوم.
- والدليل يكون على حق أو على واقعة.
- والمقصود بالحق: هو ما يثبت للإنسان استيفاءه، أو هو مصلحة يحميها الشرع والقانون.
- والغاية من الإثبات هو ترتيب الآثار الشرعية عليه.

أهمية الإثبات وتطوره

قد يتساهل البعض في تطبيق الأحكام الشرعية والقانونية، ويتهرب من تطبيقها لذلك أقيم القضاء، لحفظ الحقوق وإقامة العدل بتطبيق الشرع والقانون. ولكنه يستحيل على القاضي الإحاطة بجميع الحوادث والوقائع بنفسه.

وهنا يأتي دور الإثبات الذي يجب أن يقوم به ويقدمه أطراف النزاع لإنهاء النزاع وإعادة الحق إلى صاحبه بحكم المحكمة. والبيئة أو الدليل المقدم من الخصوم هو السند الذي يستند إليه القاضي في أحكامه وهو وسيلة الخصم في دعواه لإظهار حقه. والإثبات هو المعيار في تمييز الحق من الباطل. وأهمية الإثبات عام في جميع الحقوق.

وقدر المشرع أهمية الإثبات في المجال القضائي فنظم أحكامه، ونص على الوسائل الشرعية للإثبات وتقنيته، وطرق استعمالها منذ العصور القديمة، ووضعها في العصور الحديثة في القوانين المختلفة - قانون المرافعات والتنفيذ المدني - قانون الإثبات لتنظيم الحياة الإنسانية.

حيث مر الإثبات بمراحل ثلاث هي:

- ١ - عهد ما قبل القضاء: كل شخص يقضي لنفسه بنفسه، ويصل إلى حقه بقوته، ولم تكن توجد هناك شريعة ولا قانون.
- ٢ - عهد الدليل الإلهي: بممارسة بعض الطقوس الدينية، ويستعملون طرق "الامتحان": وتتبع هذه الأعمال بالمفهوم البدائي الديني - وقد يتلاعب الكاهن، للتخفيف ومن ثم بدأ التحقيق في هذا

الأسلوب، وفي مرحلة لاحقة جمعوا بين القوة والعقيدة بين الخصوم.

٣- عهد الدليل الإنساني اتخذت أساليب الإثبات، بالإعتراف، البين، الشهادة، اليمين الكتابة، القرائن.. الخ واختلفت الأساليب حتى استقرت الوسائل في القوانين وهذا التطور التاريخي للإثبات القضائي.

إن القوانين أي التشريعات الوضعية قد قطعت اشواطاً، ومرت بتجارب، حتى وصلت في نهاية المطاف إلى المبادئ والقواعد والسبل الذي أقرها الشرع والقانون، وأسست عليها دولة الحق والعدل.

أثر القواعد الشرعية والأخلاقية على القواعد القانونية

أصبحت القوانين تتطلع إلى هذا الجانب في الشريعة، أي "العقيدة والأخلاق"

وتحاول التوفيق بين ذلك، وبين القواعد القانونية، وتسعى القوانين لتعيين القواعد الأخلاقية في قواعد قانونية، وقد لجأت جميع القوانين إلى ذلك في مجال الإثبات.

تقنين وسائل الإثبات

لقد تناول بعض الفقهاء بعض وسائل الإثبات بالدراسة المستفيضة والأبحاث والأحكام الدقيقة، مثل الإقرار والشهادة والبيئة.

ومن واجب المشرعين العرب، إتباع الاستقلال التشريعي والقانوني لقد تطورت الحياة، وتقدمت المدنية، وازدهرت الحضارات، وتوسعت شؤون العمل، وانطلقت الدراسات المقارنة.

ولذلك فيجب اختيار القوانين من الشريعة، بجميع مذاهب الفقه حسب الصلاحية في التطبيق والحاجة له حسب التطور، والاهتمام بالوسائل الحديثة واستلهاهم روح الشريعة، ومقاصدها، وكذلك روح القوانين الصادرة عنها. وللتقنين فوائد كثيرة، ومنها: معرفة القواعد التي يجب السير عليها في المعاملات والتوثيق مقدماً، ومعرفة الأحكام التي يجب أن تطبق، وحتى لا تطبق تضطرب الأحكام، وحتى لا تكون الأحكام من القضاء اجتهاداً.

وللإثبات شروط عدة وهي:

- ١- يجب أن يسبق استعمال وسائل الإثبات تقديم دعوى أمام القضاء.
- ٢- أن يتفق الإثبات مع الدعوى.
- ٣- أن يقدم الإثبات في مجلس القضاء.
- ٤- أن يكون الإثبات منتجاً في الدعوى.
- ٥- أن يكون الإثبات موافقاً للعقل والحس وظاهر الحال.
- ٦- أن يستند الإثبات إلى العلم أو غلبة الظن.
- ٧- أن يكون الإثبات بالطرق التي أقرها الشرع.

ولشرح الشروط المذكورة سلفاً، فيجب أن تقدم دعوى لكي يقدم إثبات للدعوى، لان الإثبات يظهر أو يثبت حقاً لشخص على آخر أي ضد الشخص الآخر ويستلزم إقامة الدعوى أمام القضاء، والإثبات حجة في

الدعوى، ولا يصدر حكم إلا من القضاء وفي مجلس القضاء، وكل هذا في حقوق الإنسان.

أما في حقوق الله تعالى، فقد اتفق الفقهاء على عدم اشتراط الدعوى، ويعتبر الإثبات فيها حسبة، لأن حق الله تعالى، واجب على كل مسلم وعليه المحافظة عليه، ويمنع الاعتداء فإن اعتدي على حقوق الله، فيجب إثبات كل ذلك أمام القضاء والأحكام التي تقبل فيها دعوى الحسبة، أو إثبات الحسبة فيها هي حقوق الله تعالى المحضة، كالإيمان والعبادة والحدود والسير فيها أفضل.

أما موافقة الإثبات للدعوى، لأن الإثبات لصحة الدعوى، وإظهار الحق المتنازع عليه، فيجب أن يطابق الإثبات الدعوى، لأن مخالفة الإثبات للدعوى لا يمكن قبولها، ولأن ذلك الإثبات يكذب الدعوى ولم يثبتها بل يسبب تناقضهما. ويشترط موافقة الإثبات للدعوى من حيث المعنى. ولا يشترط الموافقة من حيث اللفظ.

كما أنه يجب أن يكون ذلك الإثبات الذي قدمه الخصم أمام القضاء، دليلاً مؤثراً. في الدعوى، وذو فائدة ومصلحة لإثبات الحق المطالب به، مما يجعل المحكمة تصدر حكماً لصالح مقدم الدعوى. وإلزام الخصم من ذلك الحكم بذلك الحكم ويجب أن يستند الإثبات إلى العلم أو غلبة الظن، وألا يكون مستنداً إلى شك أو إلى وهم، لأن المطلوب سند قوي فيجب أن يكون الاستناد إلى ظن قوي، يقرب من العلم واليقين، لأن الأصل في الإثبات يعتمد على العلم واليقين ويلحق باليقين الظن الغالب للضرورة عندما يتعذر أو يستحيل الوصول إلى اليقين كالقرائن القوية، ويترتب على اشتراط العلم أو الظن الغالب في مصدر الإثبات أن تكون عبارات الإثبات مشتملة على ما يفيد اليقين العلم والجزم دون شك أو تردد وأشترط العلم

أو غلبة الظن في مصدر الإثبات لثلا يتناقض مع حكم الإثبات الظني أي قوته الملزمة ويجب العمل بالظن الغالب في الأحكام، وخاصة عند الاجتهاد في القضاء لعدم وجود نص قانوني.

كما أن الإثبات المقدم لإثبات الدعوى يجب أن يكون موافقاً للعقل والشرع والحس أو لظاهر الحال فإن خالف الإثبات المقدم لإثبات الدعوى أحد هذه الأمور المذكورة فلا يعتد به، لأنه لا يقبل في معارضة الحس الذي يفيد علماً قطعياً.

ويجب أن يكون الإثبات بالطرق التي حددها الشرع، ولا يجوز الإثبات بما نهى عنه كالشعوذة والسحر، لأن طرق الإثبات أحكام شرعية أقرها المشرع. فيجب أن يكون الإثبات مسموحاً به وصالحاً شرعاً ويخرج عما نهى عنه المشرع.

ويشترط القانون في الإثبات ما يلي:

١- أن يكون الإثبات في واقعة متنازع عليها وهو يقترب من شرط الدعوى.

٢- أن ينص القانون على الأثر القانوني للواقعة المراد إثباتها - بأن يكون الإثبات مؤثراً.

٣- أن يكون مصدر العلم بالإثبات صحيحاً مثل علم الشاهد بالمحل شخصياً بأن يرى الفعل بنفسه - ولا تقبل الشهادة السماعية في القانون.

٤- مجلس القضاء: الأصل أن يكون الإثبات في القانون في مقر المحكمة، ولكن يجوز انتقال المحكمة إلى مكان الإثبات، أو أن تندب المحكمة أحد قضاةها عند وجود عذر لمباشرة إجراءات

الإثبات أو أحد قضاتها حيث يقع موضوع الإثبات في دائرة هذه المحكمة أو انتداب أعضاء قضاة المحكمة التي يقع هذا المكان في دائرتها.

٥- أن يكون الإثبات مشروعاً قانوناً ولا يقبل الإثبات بعلم القاضي.

ومحل الإثبات هو الحق المتنازع عليه أمام القضاء.

وإثبات الحق المتنازع عليه إما أن يتعين مباشرة على الحق كالتنازع في دين أو عين، وإما أن يقع على مصدر الحق وهو السبب المنشئ له كالتنازع في إتلاف شيء وإما أن يقع التنازع على الحق مع السبب معاً كالتنازع في ملك العين بسبب الشراء أو طلب الدين بسبب القرض.

فمحل الإثبات إما أن يكون حقاً أو سبباً منشئاً للحق ومحل الإثبات إما أن يكون حقاً مطلقاً أو حقاً مقيداً بسبب، إن محل الإثبات يصح أن يكون حقاً أو مصدراً للحق كالفعل أو يصح أن يكون محل الإثبات بالأمرين معاً.

مصادر الحق

إن مصدر الحق هو السبب المنشئ له، أو هو كل سبب يترتب عليه حكم شرعي، ومصادر الحق أسباب شرعية يترتب عليها المشرع حقوقاً معينة.

ويقع الإثبات على السبب أو المصدر الحق:

ويصح أن يكون الحق نفسه محلاً للإثبات دون اشتراط بيان السبب المنشئ فمحل الإثبات في القانون هو مصدر الحق وهو الواقعة القانونية التي أنشأت الحق، والواقعة القانونية هي أمر يحدث فيترتب عليه كسب حق أو نقل الحق أو تعديله أو انقضاؤه.

والواقعة القانونية إما أن تكون طبيعة كالموت، وإما أن تكون من فعل الإنسان وهو قسمان:

١- مادي وهو العمل الذي يقوم به دون أن تتوجه إرادته إلى ترتيب الأثر القانوني عليه كإصلاح الشخص حائط غيره، وعمل قانوني كالبيع، ويرتب القانون الأثر.

وإرادة الشخص تتحكم في وجود الأعمال القانونية وترتيب آثارها وأي واقعة قانونية تؤثر في روابط الناس فتحدث أثراً قانونياً والقاعدة القانونية هي سبب الحق، ولذلك فالقانون هو مصدر كل الحقوق.

والإثبات يقع على مصدر الالتزام أكان عقداً أو غير عقد ومصادر الحق، أو الالتزام في القانون هي:

١- العقد.

٢- الإرادة المنفردة.

٣- الإثراء بدون سبب.

٤- العمل الضار، والعمل النافع.

والقانون مصدر غير مباشر للحق أو مصدر بعيد، والواقعة هي المصدر المباشر أو القريب، وهي سبب الحق المظهر له.

آن الأصل في القواعد القانونية لا يحتاج إلى إثبات، ولكنه جرى العلم على أن الطرفين يدللوا على القواعد القانونية الواجبة التطبيق في النزاع القائم بينهما أمام القضاء.

٢- الحقوق المدنية اللازمة للإنسان في المجتمع: وهي حقوق عامة وحقوق خاصة والحقوق الخاصة في المجتمع كل وفي الأسرة ويوجد تشابه في تقسيم الحقوق في الشريعة والقانون، كما أنه يوجد اختلاف والنفي في

القانون: إن شرط الواقعة القانونية بأن تكون محددة ومحل الإثبات يقع على الواقعتين الإيجابية والسلبية

وأقر القانون صحة إثبات النفي وهو مأخوذ عن الشريعة:

ومحل الإثبات في القانون مقتصر على الواقعة القانونية التي يجب إثباتها أمام المحكمة وهي الواقعة القانونية التي يرتب القانون أثرها.

ولمحل الإثبات شروط عامة وشروط خاصة:

فالشروط العامة:

أولاً: أن يكون محل الإثبات معلوماً لأن الإلزام لا يتحقق في المجهول - لأنه لا يمكن إظهار المجهول.

وعلم القاضي بالمحل شرط لصحة قضاؤه فيجب أن يكون المحل معلوماً محدداً، بيناً، ظاهراً.

والعلم بمحل الإثبات: يكون تعيينه بالإشارة إليه، أو إلى مكانه، أو بيان حدوده أو ذكر أوصافه المميزة له عن غيره.

فإذا لم يكن محل الإثبات معلوماً طلبت المحكمة توضيح الإثبات وتحديد محل الإثبات.

ثانياً: ويشترط في محل الإثبات أن يكون جائزاً ويقره الشرع، وأساس الحق ومصدرة الأصلي هو الأحكام الشرعية. فلا يجوز حل الحرام وتحريم الحلال. لأن الأسباب الموجبة للحق هي أفعال شرعية، يشترط لوجودها أركان وشروط شرعية، وأن يكون محل الإثبات صالحاً للتعامل في الشريعة.

ثالثاً: أن يكون محل الإثبات متنازعاً فيه:

أي أن توجد خصومة حقيقية بين أطراف النزاع، وأن لا تكون ظاهرية بقصد الاحتيال فلا يصح الإثبات فيها.

رابعاً: أن يكون محل الإثبات ملزماً للخصم: مثل الشهادة على وصية من الموصي في حياته، ثم أنكرها فلا يلزم بها، ولا يقبل إثبات الهبة إلا إذا قبضها الموهوب له، وكذا الرهن وغيرها من عقود التبرعات، التي لا تلزم إلا بالقبض.. الخ.

فيجب أن يكون محل الإثبات شيء يحكم به للخصم الآخر في الخصومة. خامساً: أن يكون محل الإثبات مالا منقولاً أي أن يجري النزاع في الحق محل الإثبات، ولثبوته يسلم لمن أثبت حقه فيه.

سادساً: أن يكون محل الإثبات مما يحتمل الثبوت: أي بأن لا يكون إثباته مستحيلاً، لأنه إذا كان إثباته مستحيلاً، فإن ذلك غير معتبر شرعاً.

فتلك هي الشروط العامة للإثبات، أما الشروط الخاصة في محل الإثبات فهي: مثل شهادة الشاهد على البيع، فهنا يجب ذكر ثمن البيع وغيره كشاهد عقد النكاح فيجب فيه ذكر المهر.

وشروط محل الإثبات في القانون إن محل الإثبات في القانون هو الواقعة القانونية التي تنشئ الحق، وهي مصدر الحق وسببه المباشر.

وشروط الواقعة القانونية المراد إثباتها هي أن تكون محددة، متنازعاً عليها، متعلقة بالدعوى، منتجة فيها.

فحيث أن الواقعة محددة، فيشترط فيها: أن تكون محددة تحديداً كافياً للتحقق من الدليل، وألا نصب الواقعة على الجهالة، حتى لا تجعلها غير قابلة للإثبات والامتناع.

ففي عقد البيع، يجب أن يبين المبيع، وأوصافه، وتاريخه، وتحديد الثمن فيه.

وقد تكون الواقعة محل الإثبات إيجابية، وقد تكون سلبية، و السلبية هنا هي نفي الدعوى، فثبتت الواقعة السلبية بإثبات واقعة إيجابية مضادة لها، كاسترداد ما دفع بغير وجه حق.

ويجب أن يكون متنازعا على هذه الواقعة وإلا يكون الخصم مقرا بالحق، وإلا تكون الواقعة ثابتة بطبيعتها.

وأن تكون الواقعة متعلقة بالدعوى: أي ألا تكون غير متصلة بالدعوى بصلة ولا يقبل إثبات أمر مقطوع الصلة بموضوع الدعوى، لعدم الفائدة من إثبات ذلك.

مثال: إذا ادعى المدعى ديناً، فيجوز للمدعى عليه إثبات وفائه لذلك الدين، ولكن لا يجوز له إثبات ديون أخرى لا تتعلق بالدعوى - إلا بدعوى مستقلة.

أن تكون الواقعة منتجة في الدعوى: أي أن يؤدي إثبات الواقعة إلى إقناع المحكمة بإنهاء الخلاف، وإصدار حكم منه للخصومة.

أن تكون الواقعة جائزة القبول: أي محتملة الثبوت، وإلا تكون مستحيلة الوقوع، وألا يحرم القانون إثباتها.

إن نص القانون على صحة بعض الوقائع بقريضة قانونية فإنه يفترض ثبوتها، فهناك ما لا يجوز إثبات عكسه، حجية الأمر المقضي به، وهناك ما يجوز إثبات عكسه، ويلزم الخصم بالإثبات بنص القانون كإثبات الدين عن فترة سابقة.

وهنا نذكر وسائل الإثبات تفصيلاً.

ووسائل الإثبات هي:

١ - شهادة الشهود

- ٢- الإقرار.
 - ٣- الكتابة.
 - ٤- اليمين وردّها والنكول عنها.
 - ٥- القرائن الشرعية والقضائية.
 - ٦- المعاينة.
 - ٧- تقرير.
 - ٨- استجواب الخصم.
- أولاً: الشهادة: اتفقت كافة التشريعات على مشروعية الشهادة، وحجيتها في الإثبات فنظمت أحكامها وبينت قواعدها وهي في المرتبة الأولى لوسائل الإثبات.
- تعريف الشهادة: الشهادة هي أخبار (عما يعلمه الشاهد عن الواقعة المشهود عنها) وفي مجلس القضاء من شخص الشاهد وبلفظ الشهادة لإثبات حق لغيره على غيره والإخبار هنا هو ما يعلمه الشاهد عن الواقعة أو الحق المشهود عنه.
- ويجب أن تكون الشهادة في مجلس القضاء أي (أمام المحكمة) ويجوز الشهادة إستثناءً بنص القانون خارج المحكمة للضرورة عند مرض الشاهد أو كبر سنة أو عند المعاينة للحق المدعى به. إذا لم يكن ممكناً نقله، ولكن يجب أن يكون بقرار من المحكمة و بانتقال مندوبها إلى موقع أخذ الشهادة أو المعاينة ومع الخبير.
- ويجب أن تكون الشهادة - بلفظ الشهادة، بأن يبدأ الشاهد بقوله (أشهد) إلا ما استثني قانوناً.

وهذه الشهادة هي لإثبات الحق المتنازع عليه والشهادة لصالح شخص آخر غير الشاهد وهو المدعي بالحق المتنازع عليه وضد شخص آخر وهو المدعى عليه بهذا الحق.

وهناك شروط يجب أن تتوفر في الشاهد حتى تكون شهادته صحيحة: فيجب أن يكون الشاهد بالغاً السن الشرعية والقانونية، فلا يجوز شهادة القاصر إلا للاستئناس بها فقط كقرينة لما شاهده، وتقبل شهادة الصبيان بعضهم على بعض لما يحدث بينهم - إذا لم يختلطوا بغيرهم من البالغين. وأن يكون مختاراً، وعدلاً ولم يسبق له شهادة الزور. وأن يكون الشاهد قد شاهد المشهود به بنفسه وليس بما شاهده غيره لأنه. إن كان كذلك فستكون شهادته على شهادة غيره شهادة سماعية فلا تقبل شهادته وهناك استثناءات على الشهادة بالسمع، واللمس، وكذلك النسب والموت والزوجية، وأصل الوقف فتثبت بالشهرة. وللمحكمة أن تستدعي من الشهود من ترى بنفسها لزوماً لأخذ شهادتهم وصولاً لحقيقة الدعوى من عدمها. ويجب أن يكون للشهادة نصاب في كل جرائم الحدود وجريمة القصاص شاهدان (رجلان).

وفي الزنا أربعة شهود (رجال).

أما في الأموال والحقوق ونحوها فنصاب الشهادة رجلان أو رجل وإمراتان ويستثنى في بعض الحالات بنص قانوني كشهادة المرأة فيما لا يجوز للرجال الإطلاع عليه في جسم المرأة. وكذلك شهادة الأطفال على بعضهم البعض فيما يحدث بينهم ولطرف الخصومة أن ينفي شهادة خصمه، أي

ينكرها ببينه أي دليل يثبت فيها بطلان دعوى وشهادة خصمه التي قدمها كدلالة إثبات على ثبوت الحق المدعى به له.

وله أيضاً أن يقدم شهوده لجرح الشهود المقدمين من خصمه - وينفي بذلك ثبوت الحق المدعى به من خصمه، لإثبات ذلك الحق لصالحه.

فالأصل في الإثبات الشهادة، حيث قرر الشرع في القانون ذلك. ولكنه يجوز الإثبات بجميع طرق الإثبات، ومنها الشهادة جاء ذلك في القوانين اليميني والمصري والسوري.

ولا تقبل الشهادة إذا عارضها أي دليل كتابي أو أي دليل آخر أكثر صحة وأقوى دلالة.

ولكن الشهادة هنا كغيرها من وسائل الإثبات مثل الكتابة ليست من النظام العام فيجوز للمحكمة قبول أي طريقة من طرق الإثبات لإثبات الحق المطالب به، كما يجوز لطرفي الخصومة الاتفاق على مخالفة الدليل المقدم لمصلحة الطرفين.

وقوة الشهادة أمام القضاء تخضع لتقدير القاضي في تكوين قناعته بها، وذلك التقدير لا يخضع لرقابة محكمة النقض وإخضاعها لتقدير القاضي لاحتمال الزور والخطأ إن ظهر ذلك من خلال أسلوب وطريق الشهادة في تقديمه للشهادة.

ولذلك وجب على المشرع أن يضع في القوانين ضوابط سليمة، وقواعد ومبادئ صالحة للتمييز والتقدير، فتضع شروطاً لذلك، ومنها اشتراط العدالة وانتفاء التهم، والأحكام ضد الشاهد، والريية والعداوة.

واشتراط العلم بالمشهود به والمشهود له والمشهود عليه، وعدم الغفلة والنسيان.

وغيرها من الشروط لكل جانب، وقد طبقت ذلك معظم القوانين.

وإن أختل شرط، فلا يجوز للقاضي اعتماد تلك الشهادة:
فالسطة التقديرية للقاضي تخضع لما وضعه المشرع في القانون في قواعد
وأسس ومبادئ ترجع لها المحكمة.

وقد اشترط الشرع والقانون في الشهادة التي يوجب الحكم بها العدد،
بحيث لا يحكم بتلك الشهادة المقدمة أمام مجلس القضاء إلا بعدد معين من
الشهود ويرجع ذلك إلى نوع الدعوى التي تقدم بها الشهادة للإثبات
فممكن أن تكون الشهادة المقبولة من رجلين، أو رجل وإمراتين، أربعة
رجال، وشهادة المرأة، والصبيان، وشهادة رجل مع اليمين.

فعلى المحكمة الحكم بالشهادة السليمة أما الشهادة غير السليمة فلا
يحكم بها هذا من ناحية ومن ناحية أخرى تحكم المحكمة بالشهادة إذا كان
الشاهد متمسكاً بها أما إذا رجع عنها قبل الحكم أو بعد الحكم فإن الحال
يتغير.

فيصبح أن يرجع الشاهد عما أدلى به قبل صدور الحكم أو بعد صدوره،
أو أن يكذب نفسه ولكن هذا الرجوع يجب أن يكون في مجلس القضاء
الذي أدلى بشهادته أمامه، إذا كانت المحكمة قد أصدرت الحكم بالاستناد
إلى تلك الشهادة ولا يصح الرجوع عن الرجوع.

وبذلك لا يجوز الحكم بتلك الشهادة إذا كان الرجوع قبل صدوره
الحكم أي بناء عليها لأن الحكم يكون باطلاً..

كما أنه إذا تقدم الخصم الآخر (المشهود عليه) بجرح وتعديل للشاهد،
بشاهد آخر وثبت ذلك شروط قبول الشاهد فتلغى شهادته.

وتحلف المحكمة الشاهد، في الشهادة بشكل عام قبل أداء الشهادة
وتؤدى الشهادة بتوجيه الأسئلة إلى الشاهد من المحكمة، ثم من الخصم
الذي يشهد الشاهد لصالحه، فالخصم الآخر.

الإقرار: ماهيته وأركانه وشروطه

الإقرار لغة: هو الاعتراف، وهو إظهار الحق. والإقرار اصطلاحاً: هو أخبار عن ثبوت حق للغير على نفس المقر، أي أنه إخبار شخص عن حق لغيره على نفسه. وهو اعتراف الخصم أمام القضاء، بواقعة قانونية مدعى بها عليه أثناء السير في الدعوى المتعلقة بالواقعة.

وكقاعدة عامة: يعتبر الإقرار قديماً وحديثاً "سيد الأدلة"، وهو المنهي للنزاع القائم أمام القضاء بين طرفي النزاع.. ويعفى المدعي من الإثبات، ويلزم المقر بموجب إقراره بتسليم الحق.

فلا شك أن حكمة الإقرار عظيمة جداً، لأن كثيراً من الحقوق تضيع لإنعدام الشهادة أو الكتابة أو دليل آخر بأي وسيلة من وسائل الإثبات الأخرى، وهنا لم يبق أمام الحقيقة إلا ذمة المدين وضميره، والحاجة ماسة وداعية للأخذ بالإقرار والعمل به كوسيلة من وسائل الإثبات شرعاً وقانوناً.

وقد أوجبه الشرع والقانون لحماية حقوق الناس وإظهارها بالاعتراف، أي الإقرار وليكن الدافع إلى الإقرار صحيحاً وسليماً.

وهو واجب على الإنسان الاعتراف بالحقوق التي عليه، وإلا إرتكب معصية بإنكار وضياع حقوق الآخرين.

وللإقرار شروط حتى يكون مقبولاً سواءً في المقر، أو المقر له، أو في صيغة الإقرار، أي كيفية الإدلاء به وأهمها:

فيجب أن يكون المقر مكلفاً أهلاً لأداء الحق المقربة مختاراً، فلا يصح الإقرار من الصبي والمجنون والسكران، ولا يصح إقرار المكره بأي حق من

الحقوق، وغير محجور عليه لامتناع التصرفات التي أقر بها، وأن يكون جاداً غير هازل ويشترط في المقر له أن يكون معلوماً وقت الإقرار. أما المقر به فيشترط ألا يكون مستحيلاً عقلاً أو قانوناً. وأن يكون الإقرار غير مشروط، وعلى سبيل الجزم واليقين. أما حكم الإقرار فهو الأثر المترتب عليه، والأثر المترتب على الإقرار هو إظهار وثبوت الحق - وإلزام المقر بما أقر به، والمحكمة ملزمة بالحكم بموجبه، فالإقرار يظهر الحق.

والإقرار من المقر به يقطع النزاع، وينه الخلاف، ويقتصر حكم القضاء على الأمر بالتسليم.

والإقرار حجة كاملة في الإثبات، ولكنه حجة مقتصرة على صاحبه، ولا يتعداه، ولا يحتاج الإقرار إلى ما يؤيده في إظهار الحق، وقد أطلق عليه، "سيد الأدلة"، لصدوره ممن له الولاية الكاملة على نفسه وماله، وهو حجة قاصرة على المقر ولا تتعداه إلى غيره، ويلزمه ما أقر به، أما إقرار المقر على غيره فلا عبرة لإقراره، ولا قيمة له في الإثبات.

وأمام القضاء وهناك فرق بين الإقرار والشهادة. حيث أن الإقرار حجة كاملة بذاته، والحكم مؤكداً له فقط ولا يصح الرجوع عنه أما الشهادة فإنها ليست حجة بذاتها، ويصح الرجوع عنها. كما يختلف الإقرار عن الشهادة من حيث شمولية على الأشخاص. فالإقرار يقتصر على المقر، ولا يتعداه إلى غيره، أما الشهادة فإنها حجة متعدية إلى الغير.

ويجب عدم تجزئة الإقرار، لأنه حجة الدعوى الوحيدة، ولا يجوز تجزئته والإقرار سيد الأدلة وحجة كاملة، ويجب على القضاء الحكم بموجبه، ولا دليل آخر والبيئة لا تقام إلا على منكر، ولكن الإقرار حجة قاصرة على المقر

نفسه فقط، ولا تتعداه إلى غيره، ولذلك يجوز سماع بينه أخرى مع الإقرار، إذا كانت توجد فائدة في ذلك للمقر له، تتعدى الحكم من المقر إلى غيره، أو عند توقع ضرر من غير المقر..

فإذا أقر أحد الورثة بدين لآخر على الميت، فيجوز للمقر له أن يقيم الشهادة على الدين، ليتعدى الحكم إلى جميع الورثة.

وإذا أقر جميع الورثة بالدين على الميت، فيجوز إقامة الشهادة أيضاً لإثبات الدين في حق دائن آخر.

وإذا أقر المشتري المستحق عليه بالاستحقاق فتقبل البينة من المستحق ليتمكن من الرجوع على البائع، لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر، أما البينة فهي حجة متعدية.

فالإقرار في القانون، أنه إذا توفرت الشروط القانونية في الإقرار، كان الإقرار ملزماً للمقر، إلا إذا كذب الإقرار بحكم قضائي، لأن الإقرار حجة على المقر

الإقرار:

- ١- إقرار قضائي وهو رسمي أمام القضاء.
 - ٢- إقرار غير رسمي أي قيل به خارج مجلس القضاء. ويشترط في الاعتراف القضائي:
 - ١- أن يكون الاعتراف خلال سير إجراءات القضية.
 - ٢- أن يحصل الاعتراف أمام القضاء.
- أما الاعتراف غير القضائي فهو ما عدا ذلك ويجب على القاضي الأخذ بالاعتراف القضائي.

وتنص القوانين في قواعدها القانونية بأن يكون ذلك الإقرار ملزماً للخلف العام الذي يحل محل المقر كالوارث.

والاعتراف القضائي ينهي النزاع ويعفي المدعي من الإثبات.

أما الإقرار غير القضائي (خارج مجلس القضاء)، أو خارج النظر في الدعوى، فليس له الحجية والقوة القانونية في الإثبات، ويكون بقوة الشهادة في الحجية الحقوق التي تثبت بالإقرار:.

إن ما يثبت بالإقرار من حقوق، هو ما يجوز الانتفاع به وتقع عليه الحياة، ويتناول الأموال المباحة التي يجوز الانتفاع بها لجميع الناس ولا تدخل في حيازة آخرين ولا شك أن الحقوق التي يجوز الإقرار بها كثيرة.. وهنا نستعرض ثلاثة أمثلة لتطبيق قواعد الإقرار عليها.

الإقرار بالنسب: والإقرار بالنسب هو إثبات النسب بين الولد وأبيه وغيرهما، أو الإقرار بالولادة، أو الإقرار بالوارث، أو الإقرار بالقرابة، وهو العلاقة بين الشخص وغيره، ويترتب عليها أحكام كالميراث والنفقة، وحرمة النكاح وغيره.

ويثبت النسب بطرق الإثبات الشرعية، كما يثبت بالفراش، وشبهة الفراش والإقرار بالنسب قسمان:

١- الإقرار بالنسب المباشر وهو الإقرار بالنسب على النفس.

٢- الإقرار بالنسب غير المباشر وهو الإقرار بالنسب على الغير.

أولاً: الإقرار بالنسب المباشر: بين الأب والأم والولد.

ويشترط لصحة الإقرار بالنسب المباشر عدة شروط، إضافة إلى الشروط العامة في الإقرار.

١- جهالة النسب: أي أن يكون المقر أو المقر له بالأبوة والأمومة

مجهول النسب، ولا يعرف له نسب صحيح وثابت.

٢- إمكان ولادة المقر له للمقر وعكسه.

٣- تصديق المقر له.

٤- تصديق الزوج.

٥- السبب الصحيح للنسب.

والإقرار بالنسب في القانون بأن يكون النسب أثراً من آثار الزواج الذي نظمته قوانين الأحوال الشخصية في البلدان العربية وهي مأخوذة من الفقه الإسلامي، عامة وإضافة إلى تنظيم القيود في الشريعة الإسلامية انفردت القوانين بتنظيم قيود جديدة للاحتياط والحد من مشاكل التزوير وأساليب الاحتيال.

فتشترط القوانين أن يكون الإقرار بالنسب في مجلس القضاء.

كما يمكن أن يكون الإقرار في مرض الموت، أي عند عجز صاحبه عن القيام بمصالحه العادية ويغلب فيه الهلاك، ويلزمه حتى الموت، وفي هذه الحالة يعترف المريض بحق لا يعرف له سبب.

وقد يكون إقرار المريض لو ارث وقد يكون إقرار لأجنبي أي لغير وارث. وإقرار المريض لأجنبي صحيحاً، لأن أهلية المريض وولايته كاملتان على ماله وجسمه واستبعاد التهمة في إقراره.

ويبدو أيضاً أن تنفيذ الإقرار لأجنبي يكون من جميع الأموال، لأن الديون تتقدم على توزيع الموارث.

أما إقرار المريض لو ارث: فهو إقرار الشخص في مرض موته لو ارث بدين أو عين أو إقراره بقبض الدين منه أو المقاصة معه أو إبرائه فيثبت ذلك بقواعد الإقرار العامة وعدم التفرقة بين الإقرار لو ارث والإقرار لغير الوارث، وعدم التفرقة بين إقرار المريض وإقرار المعافا.

وإقرار المريض قانوناً، فإن موضوع مرض الشخص مرض الموت يعتبر جزءاً مهماً في كتب أصول الفقه.

ويصبح الإقرار بكل ما يدل على المقصود منه، بالإخبار عن ثبوت حق عند المقر للمقر له باللفظ أو بالإشارة وبالسكوت في حالات خاصة أو بالكتابة.

والمراد باللفظ، سواءً كان مقصوداً بذاته، أو بالمعنى الذي يدل عليه. ويشترط في صحة الإقرار بالكتابة، إضافة إلى شروط الإقرار العامة شرطان:

أولاً: أن تكون الكتابة مستبينه، أي ظاهرة ثابتة على المادة المكتوبة عليها. ثانياً: أن تكون كتابة الإقرار مرسومة أي مكتوبة بالطريقة المعتادة بين الناس بما يتناسب مع الزمن والعصر الذي كتبت فيه.

ولكل الاعتبارات إتجه فقهاء العصر الحديث إلى القول بمشروعية الإقرار بالكتابة في جميع المجالات.

والإقرار صحيح وملزم، مع مراعاة الشروط العامة في الإقرار والكتابة، سواءً أشهد عليها أم لم يشهد، سواءً بخط المقر أو بخط غيره، وعليه ختمه أو إمضاه، الإقرار بالكتابة قانوناً. فقد رافق صدور القوانين في العصر الحاضر انتشار الكتابة وكثرة استعمالها واعتمادها في التعاملات. ولذلك نظمت القوانين أحكام الكتابة والإقرار فيها وجعلت ذلك كالإقرار لفظاً.

ونظمت أحكام السند المضي والمختوم من صاحبه، وعدم اعتبار إنكار كاتب السند أو الأمر بكتابه مع إمضائه، وألزمت الورثة بإيفاء سند مورثهم.. الخ.

اليمين

اليمين هو وسيلة من وسائل الإثبات التي يأخذ بها القضاء في إصدار الحكم لفصل النزاع بين طرفيه، منذ أقدم العصور.

وقد كانت سائدة عند العرب قبل الإسلام، وأقرها المشرع الإسلامي، مع ما يتفق مع العقيدة الإسلامية، وهي باقية في مختلف الشرائع والقوانين حتى عصرنا هذا.

تعريف اليمين وألفاظها:

تعريف اليمين:

اليمين لغة: هي الحلف والقسم.

اليمين اصطلاحاً: تفيد تأكيد الحق إثباتاً أو نفيًا.

وتعريفات لليمين بمعناها العام الذي يشمل اليمين على القيام ببعض الأعمال أو الامتناع عنها، وكذلك اليمين على إثبات الحقوق أو نفيها.

وتستعمل اليمين للتأكيد في الماضي والحاضر والمستقبل.

ولكن في بحثنا هذا فإن المقصود باليمين، هي اليمين الواقعة في خصومة، يؤديها الشخص أمام القضاء، لفصل النزاع بين طرفي الخصومة، وتحقيق أي أمر من الأمور في الماضي أو الحاضر.

ولذلك تعرف اليمين باعتبارها وسيلة من وسائل الإثبات بأنها:

" تأكيد ثبوت الحق أو نفيه باستشهاد الله تعالى أمام القاضي "

والتأكيد قد يكون باليمين أو بأي وسيلة من وسائل الإثبات، كالشهادة والكتابة. وقد يكون التأكيد على فعل أو أمر أو تركه في المستقبل.

ويشترط أن تكون اليمين أمام القاضي، أما اليمين خارج القضاء فلا عبرة بها في إثبات الحق.

ألفاظ اليمين: هو القسم بالله تعالى " فيستحق صاحبها الحق بها، أو يدفع إدعاء الآخرين بها.

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " من حلف بغير الله فقد أشرك " واللفظ في اليمين واجب على الجميع، المسلم والكافر، لأن الحلف للتعظيم، ولا يجوز أن يعظم إلا الله.

مشروعية اليمين - وصيغتها

أثفق الفقهاء على أن اليمين وسيلة من وسائل الإثبات أمام القضاء. وهي مشروعة لتأكيد الصدق على الكذب في إثبات الحقوق أو نفيها. إن الأمور المادية عامة، ووسائل الإثبات الظاهرة خاصة الشهادة والإقرار والكتابة كثيراً ما تقف عند حد معين، ويضطر الإنسان إلى اللجوء إلى الأمور المعنوية التي تعتمد على الضمير والعقيدة والأخلاق، واليمين أحد هذه الوسائل المعنوية.

وكثيراً من العلاقات بين طرفين، تجري من غير حضور شهود، وعدم وجود بينات ولا يوجد إلا اليمين لضرورة الإثبات.

وقد شرعت اليمين في الإثبات على المدعى عليه ابتداءً بعد طلبها من المدعي، لأن الأصل هو فراغ ذمته، وجعلت البينة على المدعى عليه لضعف جانبه حكمة اليمين ومحاسنها:

اليمين ذات أثر ديني وديني لما يترتب عليها من الأجر والثواب، ولما تفضي إليه من فض النزاع بين المتنازعين وإكتساب الحق أو نفيه، ولذلك شدد المشرع في الإيمان.

والنصوص صريحة في اعتبار اليمين الكاذبة كبيرة من الكبائر وتدخل صاحبها النار.

وحكمه مشروعية اليمين: أن الإنسان يخبر عما في نفسه وقد شرع الله اليمين ليترجح بها الصدق في الخبر، على الكذب، اعتماداً على إيمان الحالف وعقيدته.

وطالب اليمين (المدعي) يدعي أن الآخر (المدعي عليه) أنكر حقه، فجعل الشرع اليمين تعويضاً له. فإن كان الحالف صادقاً فلا تضره اليمين الصادقة، بل سينال الثواب وإن كان كاذباً فإن له جزاءً في الآخرة. وللمدعي عليه أن يقر بالحق أو النكول عنه، أو يرد اليمين على من وجهها له (المدعي)

صيغ اليمين: تتضمن كيفية أداء اليمين كالحلف على البت ونفي العلم، والحلف على سبب الحق ومصدره، أو على الحاصل عليه ونتيجته، ومطابقة الصيغة للجواب على الدعوى، والنية في اليمين والتورية فيه، ويمين الكفار، وغير ذلك من صيغ اليمين. ولليمين شروط:

تغليظ اليمين: وهو أنواع:

١ - تغليظ اليمين باللفظ: اختلف الفقهاء في جواز تغليظ اليمين بأسماء وصفات الله التي تقضي تعظيمه إلى رأيين: يجوز تغليظ اليمين بأسماء وصفات الله تعالى.

فاليمين شرعت للزجر عن التعدي والوقوف عند حد ولا شك أن زيادة الصفات في القسم تشعر بالخوف من الإقدام على اليمين الكاذبة. والتغليظ جائز في الأحكام الهامة، والأموال الكثيرة المختلف عليها بين الطرفين، وحسب حالات الأشخاص، ويترك ذلك لتقدير القاضي، وينفذ قراره.

كما أن حالات التغليظ تكون حسب حالات المدعى عليه، والمدعى به، وفي ذلك يفوض القاضي حسب حالة الحالف وقيمة المدعى به.

إن فائدة التغليظ وحكمته، أن اليمين للزجر من التعدي، فشرع التغليظ لتأكيد الردع لمنع اليمين الكاذبة.

اليمين بالطلاق: مما سبق يتضح أن اليمين المشروعة لا تكون إلا بلفظ الجلالة " الله " سبحانه وتعالى، لأن القسم لتعظيم الله وزجر وتخويف المخالف.

إن الحلف بالطلاق لا يجوز في المنازعات والخلافات، والحلف به حرام لما يترتب عليه من الضرر الكبير، وأثر اليمين تتعدى الحالف إلى غيره، وهو غير جائز وقد وردت أحاديث كثيرة تمنع الحلف بالطلاق، وأتفق الفقهاء على أن حلف الكافر بالله كالمسلم لعدم إنكارهم للخالق ولعدم تعظيم غير الله.

الحلف على البت ونفي العلم: اليمين المشروعة يجب أن تكون جازمة بلا تردد وليست بظن لتحسم النزاع.

ويحلف الشخص على البت والقطع على فعل نفسه ويمينه قاطعة، كما يحلف في فعل الغير، وإن كان فعل الغير نفيًا فإنه يحلف على نفي العلم. ولا يشترط علم اليقين في اليمين على البت والقطع سواءً كان على فعله أو على فعل غيره، فيجوز الحلف بالظن المؤكد الذي يحصل له من خطة أو من خط أبيه أو من قرينه، حال نكول خصمه أو بقيام شاهد له على الدعوى.

ويشترط في اليمين: أن يكون الحالف بالغاً عاقلًا مختاراً وأن يكون المدعى عليه منكرًا لحق المدعي، ويطلب الخصم اليمين.

وقد تكون اليمين من المدعى عليه، وقد تكون من المدعي، وقد تكون من الشاهد ويمين المدعي هي بأن يقول الصدق.

أما يمين المدعي عليه فتسمى البينة الدافعة أو الأصلية، أو الرافعة، وتسمى اليمين الواجبة، أي التي يوجهها القاضي بناءً على طلب المدعي. ويمين المدعي إما أن تكون اليمين مع الشاهد، وإما اليمين عند نكول المدعي عليه عن اليمين الأصلية وردها على المدعي، وأيمان القسامة في القتل والجراح، وأيمان اللعان، ويمين التهمة، ويمين الاستظهار لتكامل الأدلة.

واليمين في القانون: دليل على التقاء القانون مع العقيدة والأخلاق. وقد عرف شراح القانون اليمين بتعريفات مختلفة وهي لا تخالف التعريفات الشرعية وإنما تتفق معها في المعنى العام. وتبدأ بلفظ.. والله العظيم " واليمين هي اليمين القضائية التي تؤدي في مجلس القضاء، واليمين غير القضائية هي التي تؤدي خارج مجلس القضاء واليمين القضائية حاسمة، ومتممة، واليمين المردودة، ويمين الإستيثاق، ويمين الشهود والخبراء والمحامين والموظفين.

واليمين الحاسمة: هي التي يوجهها أحد الخصوم إلى الآخر، كدليل قاطع في الدعوى، أو هي اليمين التي يوجهها الخصم، للآخر عند عجزه عن إثبات حقه حتماً للنزاع.

واليمين الحاسمة تصرف قانوني لإنهاء النزاع، ويجوز ردها إلى الخصم الآخر أما اليمين المتممة: فهي التي يوجهها القاضي من تلقاء نفسه، إلى أحد الخصمين ليقنع في موضوع الدعوى، ويرجح بها دليلاً على آخر، ولذلك سميت باليمين المتممة.

أما يمين الاستظهار: فهي لثبوت الاستحقاق، إننا نلاحظ التشابه بين الشريعة والقانون في أنواع اليمين فاليمين الحاسمة تشبه إلى حد ما، اليمين الدافعة، ويجوز ردها.

واليمين المتممة تشبه يمين الاستظهار، ويمين الاستظهار في القانون مأخوذة من الشريعة.

حكم اليمين: عن الاستفادة المترتب على أدائها أمام القضاء سواء كان من المدعى عليه أو من المدعي.

حكم اليمين الموجهة إلى المدعى عليه: إذا حلف المدعى عليه اليمين الشرعية ترتب على الحلف إنهاء النزاع بين الخصمين.

أما حكم يمين الاستيثاق والاستظهار: فهي ليست دليلاً في الإثبات وإنما هي لزيادة التأكيد وتقوية اقتناع القاضي بالأدلة المقدمة.

وحكم اليمين مع الشاهد: أن يؤديها المدعي على دعواه مع الشاهد للاستكمال لأن الأصل شاهدين أما حكم اليمين في القانون.

وحكم اليمين في القانون: أن اليمين الحاسمة إذا وجهها أحد الخصوم وحلفها الخصم الآخر فإن الخصومة تنتهي ويسقط الحق المطالب به المدعي بحكم أو هي حجة ملزمة يحكم بموجبها وإن نكل المدعى عليه حكم عليه بالنكول، وللخصم أن يردّها، فإن حلف الآخر اليمين المردودة حكم له بالحق المدعى به، وإن نكل سقطت دعواه.

ولا تقبل الحجج والبيانات بعد اليمين الحاسمة لأنها الدليل الوحيد، وتوجيهها يعتبر تنازلاً عما عداها من البيئات.

أما اليمين المتممة: فلا أثر لها إلا بالتأثير النفسي لنفسية القاضي، واقتناعه بالأدلة المتممة.

وبالمقارنة: نلاحظ أن القانون والشريعة يتفقان في اعتبار اليمين حجة كاملة في الإثبات وتسقط الدعوى والحق.

وحكم يمين الاستيثاق والاستظهار: زيادة للتأكيد واقتناع القاضي في الأدلة المقدمة إليه، كما أن حكم اليمين مع الشاهد تثبت الحق المدعى به، ويحكم بهما؛ الحقوق التي يجوز فيها اليمين والحقوق التي لا يجوز فيها. يجوز توجيه اليمين الحاسمة في القانون في الأمور المدنية واليمين ترد على واقعة قانونية.

ولا تؤدى اليمين الحاسمة إذا تناولت واقعة مخالفة للنظام العام، أو تناولت واقعة غير متعلقة بالشخص الموجهة إليه. وإذا تناولت واقعة خارجة عن موضوع الدعوى، أو واقعة مسلماً بها من الخصم، أو واقعة محققاً كذبها من ظروف الدعوى. ولا تقبل اليمين إذا كانت الواقعة مخالفة للقانون.

أما اليمين المتممة: فيوجهها القاضي في كل الوقائع والحقوق بحسب الصيغة المناسبة لما يراه، والضابط فيما يجوز الحلف عليه، متقارب بين الشريعة والقانون.. " ما يصح الإقرار به " والقانون متفق مع الشريعة على عدم جواز اليمين فيما يتعلق بالحدود، في الشريعة أو النظام العام في القانون.

اليمين المردودة لقد أخذ القانون باليمين المردودة والنكول معاً وحدد مشروعية اليمين المردودة في الحالات التي يشترك فيها الطرفان أما إذا انفردا في الواقعة كدعوى الوراثة، على مدين المورث (وهذه الواقعة لا يعرفها إلا المدعى عليه) فلا يجوز فيها رد اليمين فإن حلف المدعى عليه سقطت الدعوى، وإن نكل حكم عليه بالنكول فكل من توجهت عليه اليمين في القانون، إما أن يحلف أو يرد أو ينكل.

واليمين المردودة موجهة للنفي والإثبات، والنكول يقع في اليمين الحاسمة فقط، وقد اشترط القانون في رد اليمين اشتراك الواقعة بين الخصمين حتى يحلف المدعي.

الإثبات بالكتابة

تعريف الكتابة وأنواعها وتطورها:

الكتابة لغة: هي الخط وهو تصوير اللفظ بحروف هجائية.

الكتابة اصطلاحاً: دليلاً للإثبات بألفاظ مختلفة.

وبناءً على ذلك يمكن تعريف الكتابة باعتبارها دليلاً للإثبات بأنها: الخط الذي يعتمد عليه في توثيق الحقوق وما يتعلق بها، للرجوع إليه عند الإثبات فالكتابة للتوثيق أولاً وتكون بالطريقة المعتادة والأسلوب المتعارف عليه حسب كل عصر.

والهدف من الكتابة هو حفظ الحقوق من الضياع، ولتثبيت الحقوق عند التنازع لقطع الشقاق والخلاف.

إن الكتابة وسيلة قديمة في حفظ الحقوق، قديمة قدم التاريخ.

وقد استخدمت عند اليونان والفراعنة والرومان والفرس والأشوريين وغيرهم وعند انبثاق فجر الإسلام تبوأَت الكتابة مكانتها.

فالكتابة تسائر التقدم، وتواكب المدنية والرقمي، وتعتبر مرحلة عالية في نهضة الأمم. فهي وسيلة التعلم، ونقل العلوم وتسجيل الأفكار، وثبتت الحقوق والمعلومات وفي كتابية المعاملات ونقل الشهادات والأحكام، وإثبات الحق أمام القضاء.. الخ.

مشروعية الكتابة: ويظهر ترجيح مشروعية الكتابة في إثبات الحقوق لقوة الأدلة، وحاجة الناس لاستعمالها، وبدونها تعطل مصالح الناس، وتضيع حقوقهم وأموالهم إذا لم يتيسر الشهود، وهو نادر ما تتوفر الشهادة. حيث أن المعاملات بين الناس قد كثرت وتشعبت، وأصبحت حاجة الناس تقتضي استعمال الكتابة في التعاملات والقضاء لتحرير المستندات والوثائق وتسجيل العقود، وتوثيق الديون.

حكم الإثبات في الكتابة: هو الأثر المترتب على الكتابة في إثبات الحق المكتوب، ووجوب القضاء والحكم بموجبه، ويختلف أثرها باختلاف أنواعها، وذلك نابع من مدى صحتها وصيانتها من الشبهة والتغيير والتزوير، وحكمها وكل ما كانت سليمة كانت أكثر وأقوى أثراً لتكون أجدى نفعاً وأحسن تقديراً.

أثر الإثبات بالكتابة على غير صاحبها:

القوة الثبوتية للخط والكتابة بالنسبة لأصحابها مباشرة وهم أطرافها ومن تتعلق بهم، أما قوتها إلى غير أصحابها فتختلف من نوع إلى آخر فهي: براءات الدولة والدفاتر الرسمية، والأوامر الحكومية تسري قوتها على جميع الناس في الدولة، سواء من تتعلق به مباشرة أو غيره، وكذلك ما يصدر عن القضاء يعتبر حجة على الجميع.

أما دفاتر التجار، وخط المورث، والإقرار بالكتابة، والشهادة المكتوبة فإنها حجة على أصحابها وعلى من يخلفهم.

وهذه الأحكام في حكم الكتابة إذا أقر بها الخصوم، ولكن يختلف الحكم إذا أنكر أحد الخصوم الكتابة، أو ادعى تزويرها.

إنكار الكتابة: الخط في براءات الدولة خاصة حجة في الإثبات لصدورها من السلطة العليا في الدولة.

تزوير الكتابة: إذا أنكر المدين الحق أو أنكر صاحب الحق توقيعه على الخط بعد الفحص، وثبت تزوير الكتابة، ونسبتها إلى غير صاحبها، إما بإقرار صاحبها أو بتقرير أهل الخبرة، فإن التزوير يوجب تعزير مرتكبه من قبل القضاء بالعقوبة المقررة، وتزوير الكتابة لا يقل عن شهادة الزور. فالكتابة التي تعتبر مداراً للحكم عند النزاع يجب أن تخلو من شائبة التصنع والتزوير والإثبات بالكتابة يقتضي التأكد من صحتها وسلامتها، وهذا أمر مسلم به ولا يشك أحد في اعتبارها والتسليم بها. والظعن بالتزوير: يكون من الشخص المنسوب إليه الكتابة، ويحتج بالكتابة عليه، فيظعن بتزويرها، وقد تطور العلم وأصبح بالإمكان كشف تزوير الوثائق المطعون فيها، بالميكروسكوب، والتصوير بالأشعة فوق البنفسجية وغيره.

حالات الإثبات بالكتابة:

- ١- الكتابة الصادرة من الجهة الحكومية.
- ٢- الكتابة الصادرة من الأفراد.

أولاً: الكتابة الصادرة من الجهة الحكومية.

تستعمل الكتابة في جميع أعمال الدولة والمؤسسات الحكومية ودوائرها المختلفة، فالكتابة من أعلى سلطات الدولة، ومن كل أجهزتها المختلفة العليا منها، والمتوسطة والدنيا، ونبعث هنا مدى حجيتها وقبول واعتماد كل منها في كل اختصاص وكل فرع.

الأوامر الكتابية والكتابات التي تصدر من أعلى سلطة في الدولة: والتي تتعلق بالمواضيع العامة أو الخاصة، وتكون مختومة بختم الدولة وتوقيع رئيسها فإن دورها في الإثبات قوي واعتبارها حجة أمام كل الجهات والأشخاص وحجة أمام القضاء.

وأسباب حجيتها هو صدورها من السلطة العليا، وتوجيهها إلى مختلف أجهزة الدولة وأفرادها، فتعتبر أمان كتابي.

وإذا نشب نزاع بين أطراف تتعلق بهم تلك الكتابات، وقدم المدعي ما عنده من تلك الكتابات، فيحكم القضاء بموجبها ويعتمد عليها لسببين:

١ - لصدورها من مسئول السلطة العليا في الدولة.

٢ - ولكونها كتابة، من أهم وسائل الإثبات.

هذا إذا لم يوجد أي لبس أو خطأ، أو تزوير فيما قدم من مستند كتابي. وتقوم مقامها في العصر الحالي القوانين والقرارات الصادرة من رئيس الدولة، ومن أجهزة السلطة العليا الأخرى، مثل الأوامر والقرارات الصادرة من السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية في الدولة.

حيث تكون حجة وسنداً لمن يحتج بها، ويفترض على جميع الناس في الدولة أن يعلمون بها، بل وافترض العلم بها، واعتبار ما جاء بها، وإعطاء كل ذي حق حقه، تنفيذاً للقاعدة العامة.. " لا يعتد الجهل بالقانون ".

إن استعمال الكتابة في القضاء والإثبات عامة، تعتبر حجة بذاتها، وما طرأ عليها من شروط شهادة العدلين ليس إلا مراعاة لتطور الزمن، وما نشأ به من فساد.

والمسألة الثانية: هي ما يحفظ لدى القضاء من محاضر وسجلات ووثائق وغيرها، أي ما يدون في مجلس القضاء.

وهو ما كان يسمى بديوان القاضي.

وكان أول من وضع الديوان عامة في الإسلام هو سيدنا عمر بن الخطاب، وهو ما كان يسمى بالديوان الإداري. أما الديوان القضائي فقد نشأ متأخراً، في مصر عام ٥٤٠هـ، ولم يثبت استعمال السجل القضائي في عهد الخلفاء الراشدين. ويضاف سجل القضاء في سجلاته شهادة أو إقراراً أو حكماً وقد أصبح مسلماً به في عصرنا هذا صحة الاعتماد على ما يدون في سجلات المحاكم ومحاضرها ووثائقها وأحكامها.

ثانياً: الكتابة الصادرة من الأفراد:

يعبر الأفراد عن إرادتهم إما باللفظ وإما بالكتابة. واللفظ هو الأصل في التعبير عن الإرادة في التخاطب والتصرفات والعقود وسائر الشؤون، أما الكتابة والخط فهي في المرحلة الثانية. وكثيراً ما يلجأ الإنسان إلى الكتابة في حياته ومشاهداته وشؤون حياته. ويثبت ذلك في أوراقه ودفاتره ومذكراته وكتابة الحقوق والشهادات والعقود وغير ذلك.

كتابة الشهادة: إن الشاهد أمام مجلس القضاء هو أن يكون عالماً بما يشهد، ولا تجوز الشهادة أمام القضاء إلا بما علمه الشاهد وأطلع عليه وتأكد من سلامته.

وحالات كتابة الشهادة:

- ١- الكتابة التي تتضمن شهادة الكاتب نفسه على غيره.
- ٢- الكتابة التي تتضمن شهادة للميت والغائب ونحوهما على الطرف الآخر، وشهادة للمدعي على المنكر.
- ٣- الكتابة التي تتضمن إقرار الكاتب، أي شهادة الكاتب على نفسه.
- ٤- كتابة الحقوق والديون من الأفراد.

إن دفاتر التجار تعتبر حجة أمام القضاء، ووسيلة من وسائل الإثبات على ما يكتبه التجار بأيديهم، لأنه إذا لم يعمل بدفاتر التجار ضاعت أموالهم، لأن معظم ومعاملاتهم لا يحضرها شهود، ويشترط أن تكون الدفاتر منظمة ومرتبطة كما يتطلبها العمل التجاري، ويتطلبها القانون، ويشترط إلا يقع ذلك مخالفاً للنظم والمعاملات التجارية المتبعة عادة حتى يكون واجب الاتباع، وواجب الاعتبار في التشريع والقضاء، وهو كذلك دليل شرعي فتكون الكتابة بذاتها حجة شرعية أمام القضاء، ودليلاً في الإثبات.

كتابة العقود:

أي صكوك العقود، وهي الورقة التي تدون فيها التصرفات والعقود بين الأطراف ويتم التوقيع والاستشهاد عليها، وكتابة العقود بين الأطراف للتوثيق والتصرف ويتم في العقد كتابة الشروط التي يتطلبها العقد، ويشترطها الأطراف، وبيان الموضوع وسببه والتمن والتاريخ والأوصاف، وتسمى وثيقة العقد، وهي حجة شرعية، والغرض من التسجيل في نظام القضاء هو حفظ الكتابات الناتجة عن التصرفات والإقرارات ونحوها، وميزته منحصرة على المتعاقدين وورثتهما فإذا أنكر أحدهما الحق الذي لزمه بموجب السند المسجل شهد عليه السجل، بذلك الحق.

ولا يصح أن يحتج المتعاقدان على غيرهما بالعقد المسجل.

وهذه الوثيقة تصبح حكماً بين المتعاملين ويرجعان إليه عند المنازعة، كما يصون الأموال من الضياع، ويحفظ الحقوق، والكتابة تساعد على إقامة الشهادة وانتفاء الشك للشاهد وصاحب الحق، وعادة ما يكون العقد

بشهادة شاهدين وإثبات العقد أمام القضاء بالشهادة عليه أو إقرار صاحبه فيعتبر حجة لصاحب الحق في إثبات حقه.

الإثبات بالكتابة في القانون:

يعتبر من أهم الأدلة في القانون. ولا يوجد أي خلاف بين علماء القانون في مشروعية الكتابة، واعتبارها حجة يجب الأخذ بها في الإثبات. وقد أولت جميع القوانين، الكتابة حق الصدارة في الإثبات والدراسة، خاصة في العصر الحديث بعد انتشار الكتابة والعلوم. واتخاذ الكتابة وسيلة دائمة وأساسية في المعاملات وفي مختلف شؤون الحياة، إذا سلمت من التزوير.

وتنقسم الأدلة الكتابية إلى قسمين:

أ- الأوراق أو المحررات الرسمية.

ب- المحررات العرفية: وهي محررات موقعة ومعدة للإثبات، وأوراق غير معدة للإثبات وغير موقعة.

حجية الأدلة الكتابية: تعتبر الأدلة الكتابية حجة في الإثبات ولكنها ليست قطعية الدلالة، فيجوز إثبات عكسها إما بالإدعاء بالتزوير، وإما بإنكار الكتابة، وتختلف حجيتها من نوع إلى آخر، حسب الأسناد الرسمية والأسناد العادية، والأوراق غير الموقعة، فالأسناد الرسمية حجة على الناس كافة بما دون فيها حيث أنها محررة من موظف رسمي، ولا تقبل إثبات العكس، إلا بدعوى التزوير، أو إثبات الدليل على خلافه.

أما الأسناد العادية: فهي حجة على من وقعها أو ختمها أو بصمها باسمه، ما لم ينكر الخط أو التوقيع أو البصمة وعلى الآخر إثباته، فإن أقر

بالسند العادي فهو حجة عليه وإذا ناقش موضوعه فلا يقبل بعد ذلك إنكاره.

والفرق بين الأوراق الرسمية والأوراق العادية، أن الأولى تصدر من موظف عام، والثانية تصدر من شخص عادي.

ودفاتر التجار حجة ملزمة للقاضي فيما بين التجار إن كانت إجبارية ومنتظمة أما غير الإجبارية وغير المنتظمة، أو على غير التجار، فليس لها حجة إلزامية وتخضع لتقدير القاضي.

أما الدفاتر والأوراق المنزلية: فهي حجة على صاحبها إذا ذكر فيها صراحة انه استوفى ديناً، أو ذكر فيها أن ما دون فيها تقوم مقام السند لمن أثبت حقاً لمصلحته.

وهي بمثابة إقرار ويكون التأشير على سند الدين الذي يستفاد منه براءة ذمة المدين، حجة على الدائن إلى أن يثبت العكس.

ما يجوز إثباته بالكتابة: أعتبر المشرع القانوني الكتابة من أقوى الأدلة في وسائل الإثبات، وقد فضل المشرع الكتابة عن غيرها في الإثبات.

وأجاز القانون الإثبات، بها في بعض الحالات ولا يقبل الإثبات بغيرها، مثل التصرفات القانونية التي تتجاوز قيمتها مبلغاً محدداً في القانون.

ويستثنى من هذه القاعدة مسائل للإثبات بالشهادة مثل، وجود مانع مادي أو معنوي من الحصول على دليل كتابي كالقراة والولاية، والرئاسة.

وضياع السند الكتابي بقوة قاهرة، والمعاملات التجارية يجوز إثباتها بكافة الطرق ولو زادت قيمتها عن المبلغ المحدد في القانون، لخصوصية

طبيعة الأعمال التجارية، إن الحالات التي تثبت بالكتابة، لا يجوز إثبات ما يخالفها إلا بالكتابة ولو كانت أقل من المبلغ المحدد قانوناً، أي وجوب

إثباتها بالكتابة وأهمها عقد الشركة وعقد الصلح واتفاق التحكيم.. الخ

والمقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي توجد وجوه اتفاق ووجوه تشابه بينهما.

والفرق بين الشريعة والقانون من الناحية التنظيمية، فهي ليست اختلافات جوهرية، وإنما هي شكلية نظمها القانون، كإجراءات شكلية تنظيمية في توثيق المعاملات وضبطها وتسجيلها في السجلات الرسمية، وهذا التنظيم لا تخالفه الشريعة بل تقره، وتجعله من اختصاص الدولة في تنظيم الأمور وإصدار الأحكام لتحقيق مصالح الناس، وتكفل النظام بما لا يخالف قواعد الشرع.

وقد سمحت القوانين بالإثبات بجميع طرق الإثبات، ولم تقيدها بحد أو نصاب إلا القليل منها كما أشرنا سلفاً.

الإثبات بالقرائن

تعريف القرائن:

القرائن لغة: جمع قرينة، وهو الأمر الدال على الشيء من غير الاستعمال فيه، بل بمجرد المقارنة والمصاحبة أو هي أمر يشير إلى المقصود. القرائن اصطلاحاً: القرينة بمعنى الأمانة، وهي ما يلزم من العلم به، بالظن بوجود المدلول كالغيم - قرينة على هطول المطر - أي يلزم العلم به، ظناً لهطول المطر.

وبذلك يفهم بأن القرائن هي أمارات معلومة تدل على أمور مجهولة. وعرفته حديثاً مجلة الأحكام العدلية المصرية بأن "القرينة القاطعة هي الأمانة البالغة حد اليقين" وتعريفات أخرى نختار منها بأن "القرينة هي كل أمانة تقارن شيئاً خفياً فتدل عليه"

أما تعريف القرينة بالقانون: فيعرفها القانون المدني الفرنسي بأنها " هي النتائج التي يستخلصها القانون أو القاضي من واقعة معروفة إلى واقعة غير معروفة.

وعرفها الدكتور الصدة " .. مصري " بأن " القرينة هي ما يستنبطه المشرع أو القاضي من أمر معلوم الدلالة على أمر مجهول " .
ويفهم من تعريفي القانون الفرنسي والدكتور الصره بأن القرينة نوعان: نوع يستنبطه قاضي الموضوع من وقائع الدعوى التي أمامه، وتسمى القرائن القضائية، وتعتبر أدلة كاملة.

نوع يستنبطه المشرع نفسه بما يغلب وقوعه عملاً بطائفة معينة من الحالات فتبنى عليه قاعدة عامة ينص عليها في صيغة مجردة، وهي القرائن القانونية، ولا تعتبر أدلة بالمعنى الصحيح، ويتبع إعفاءً مؤقتاً أو نهائياً في الإثبات.

ويجمع بين النوعين: استنادهما إلى فكرة الاحتمال والترجيح.

القرائن القضائية:

عرفها قانون البينات السوري بأنها " القرائن التي لم ينص عليها القانون، وإنما يستخلصها القاضي من ظروف الدعوى، ويقتنع بأن لها دلالة معينة، " فهي أمر يستنبطه القاضي من أمور أخرى ثابتة لديه في دعوى معينة فهي دليل غير مباشر يتطلب ثبوت بعض الوقائع للاستدلال بها.

وتقوم القرائن القضائية على عنصرين، مادي ومعنوي.

مادي: ويتكون من الوقائع التي يتحقق القاضي من ثبوتها ليفسرها ويستنبط منها الأدلة ومعنوي وهو الاستنباط الذي يقوم به القاضي على أساس العنصر المادي والمرجع هنا هو اقتناع القاضي بالقرينة.

القرائن القانونية: هي التي ينص عليها القانون، وهدف القانون تحقيق مصلحة عامة، مثل حجية الأمر المقضي به، أو مصلحة خاصة مثل حقوق الورثة في تصرف المريض والقرائن القانونية نوعان.

١- القرائن القانونية المطلقة أو القاطعة: لا يجوز إثبات عكسها ومبدئياً بوسائل الإثبات العادية كالكتابة والشهود، ولكن يجوز إثبات عكسها بالإقرار القضائي أو اليمين.

٢- القرائن القانونية غير القاطعة أو البسيطة: وهي التي تغني عن الإثبات بالنسبة للشخص الذي وضعت لمصلحته، ولكن يحق للخصم إثبات عكسها.

القرائن الطبيعية:

وهي نوع آخر من القرائن، ويلتزم بها القاضي دون اجتهاد منه أو استنباط، وهي التي توحى بها الطبيعة وتدل عليها، وهي قاطعة وملزمة للقاضي، وليست قضائية أو قانونية.

مثال: ذلك إذا ثبت وجود شخص في يوم معين، فيستفاد إنه كان موجوداً حياً قبل هذا اليوم.

وتضاف إليها القرائن المادية: وهي أدلة ملموسة تدرك باللمس أو بالنظر في محل الحادثة والبصمات والآثار، وهي ذات أهمية في الجانب الجنائي

مشروعية القرائن:

البينة: هي كل ما يبين الحق المطالب به ويظهره وأهم البينات: الشهادة الإقرار الكتابة، اليمين، وهي بينات مباشرة، أما البينات غير المباشرة فهي القرائن ومشروعية القضاء بالقرائن: يرجح القول بصحة الأخذ بالقرائن وقوتها في الإثبات وهي وسيلة من وسائل الإثبات. وتختلف القرائن باختلاف العصور والأزمان والعادات والتقاليد والأعراف والتقدم العلمي والقرائن ذات فائدة كبيرة بالدليل عند فقدان وسائل الإثبات المباشرة.

مشروعية القرائن في القانون:

لقد اتفق القانون مع الشريعة في مشروعية القرائن جملة. وقد يختلفان في التفاصيل والجزئيات، فقد ذكرت الشريعة بعض القرائن كالقسامة، والقيافة والفراش للنسب، وإقرار المريض مرض الموت عند بعض الفقهاء، بينما عدد القانون قرائن قانونية أخرى تقوم على المصلحة العامة، والنظام العام، حجية الأمر المقضي به.

أما القرائن القضائية فهي متماثلة في أساسها لاعتمادها على تقدير القاضي باستخلاص الأدلة من أمور أخرى.

وحكم القرائن: هو الأثر المترتب على وجود القرينة في الإثبات من حيث دلالتها على الحقيقة، وإلزام القاضي بالحكم بموجبها.

فالقرائن القانونية يجب على القاضي الحكم بموجبها وتطبيق الحكم الشرعي وكذلك القرائن القطعية إن ثبتت لدى القاضي يجب الحكم بموجبها أيضاً لأنها تبلغ حد اليقين.

فالقرائن تعتبر حكماً شرعياً وتعفي أصحابها من الإثبات.

والقرينة وسيلة احتياطية لا يلجأ إليها القضاء إلا عند فقدان الأدلة ووسائل الإثبات الأخرى، ولا خلاف في الحكم بها.

وحجية القرائن في القانون: يختلف أثر القرينة في القانون حسب أنواع القرائن، القرائن القانونية: إذا نص القانون على قرينة قانونية وتمسك بها صاحبها، فإنها تعفيه عن الإثبات ويجب على القاضي الحكم بمقتضاها باعتبارها نصاً قانونياً مجرداً وهي قوة ملزمة، ويسمح القانون بإثبات عكسها، إلا إذا كانت قطعية ولا يجوز إثبات عكسها بنص القانون.

والقرائن القانونية: القطعية: لا يجوز إثبات عكسها مثل الأمر المقضي به و التقدام وقرائن قانونية غير قطعية يجوز إثبات عكسها مثل، قرينة براءة ذمة المدين بالتقدم البسيط - وفرق بين التقدام واليمين من المدين بالوفاء والأصل أن القرينة القانونية بسيطة تقبل إثبات العكس.

القرائن القضائية:

وهي التي استنبطها القاضي من وقائع أخرى.

والقرائن القضائية ليست ذات دلالة قاطعة يجوز للخصم رفضها، ولكن العبرة باقتناع القاضي، وسلطة القاضي واسعة.

وهنا يتفق القانون مع الشريعة في الفكرة العامة في حكم القرائن وبعض القرائن لا يمكن إثبات ما يخالفها إلا بطرق خاصة منصوص عليها شرعاً وقانوناً، وتوجيه اليمين مع القرينة غير القطعية في الشريعة والقانون في ذلك.

القسامة

تعريف القسامة:

تعريف القسامة: القسامة من أقسم يقسم أي الحلف، وقد تطلق على نفس الجماعة الذين يحنون الأيمان.

وفي الاصطلاح الشرعي: هي اليمين التي يقسم بها أولياء المقتول على استحقاق صاحبهم أو المتهمون على نفي القتل.

والقسامة تعتمد على القرائن والشبهة، وبعض الفقهاء قالوا باللوث في الأموال وهي الشبهة التي تغلب على ظن الحكام بأن المدعي محق لقيام تلك الشبهة.

موجب القسامة: يوجد ارتباط القسامة بالقرائن والجامع بينهما اللوث. اللوث في القسامة: اللوث قرينة على القتل ووجود القتل قرينة على القتل

اللوث لغة: من التلوث وهو التلطيخ بالدم، واللوث في الاصطلاح أمانة تغلب في الظن على صدق مدعي القتل، أو هو أن يوجد معنى يغلب معه الظن بصدق المدعي. ويلاحظ أن جميع صور اللوث تدل على أمارات وعلامات على القتل.

وقد شرعت القسامة والتي من محاسنها صيانة الدماء من الإهدار وخلاص من يتهم بالقتل عن القصاص عند الجمهور والاكْتفاء بالدية، وفائدتها تعظيم شأن الدماء في الإسلام، والقسامة تبعث روح اليقظة الجماعية في الحفاظ على الأمن والسلامة، فإن قصرت الجماعة في ذلك وجب عليها تحمل المسؤولية باليمين والدية، ويستفاد من القسامة قبول خبر الواحد إذا اقترنت به قرينة تؤيده وتقويه كالشاهد على القتل.. وبالأولى في الأموال.

الإثبات بالقرائن فيما عدا الحدود والقصاص

تستعمل القرائن في إثبات المعاملات المالية والأحوال الشخصية سواءً ما يتعلق بحق الله كالنسب والوقف، أو ما يتعلق بحقوق العباد في عقد الزواج، وألفاظ الطلاق، والبيع والتبرعات، ومختلف التصرفات. ويشترط للعمل بالقرائن عدم وجود بينة في إثبات الحقوق، وإن وجدت بيتان متعارضتان فيمكن ترجيح إحداهما على الأخرى، أو إهمال البيتين والحكم بمجرد القرينة، وفي تعارض البيئات، والحكم بالسقوط والإهمال، أو بإعمال البيتين والقضاء بينها نصفين.

القيافة:

تعريفها لغة: هي معرفة الآثار والقائف هو الذي يعرف الآثار. اصطلاحاً: هي الحاق الولد بأصوله لوجود الشبه بينه وبينهم، والقائف هو الذي يعرف النسب عند الاشتباه بالفراسة والنظر وبها خصه الله به من علم ذلك وإلحاق الأنساب بأهلها.

مشروعيتها: القيافة والعمل بموجبها في إثبات النسب، والقيافة تقوم على اعتبار الشبه والأوصاف في الجسد، وبنى عليها الشارع حكماً شرعياً مع أنها تعتمد على قرينة الشبهة والأمارات، وهذا يؤكد مشروعية القرائن في الإثبات.

والقيافة علم وخبرة وفطنة، ولكن تلاشت، أما العلم الحديث فقد تمكن من الوصول إلى وسائل جديدة تعتمد على العلم والخبرة وتقوم على أساس الأوصاف والتشابه المزدوج وهو تحليل الدم عند الاختلاف في النسب. ويقوم الشبه أيضاً بين القيافة المعروفة عند العرب، وهي شم التراب لمعرفة الطريق من جهة، واقتفاء الآثار من جهة أخرى بالطرق

الحديثة في تتبع الآثار والاستعانة بالكلاب البوليسية. ولكن هذه القرائن ليست قوية الدلالة وإنما هي قرائن مساعدة في الإثبات. والشبه المعتمد في القيافة يشبه التشابه في بصمات الأصابع في العصر الحديث وفي حالات يجوز فيها إثبات النسب بالقيافة: هناك رأيان: رأي بأن العمل بالقيافة مشروع في الإماء فقط أو في نكاح وملك، ورأي آخر بأن العمل بالقيافة مشروع عند التنازع والاشتباه بالولد سواءً أكان حراً أو عبداً.

الفراسة:

تعريفها: الفراسة لغة: هي التثبت والنظر، واصطلاحاً: هي الاستدلال بالأمر الظاهر على الأمور الخفية.

مشروعيتها: الأصل الحديث الشريف " أتقوا فراسة المؤمن فإنه ينظر بنور الله " والفراسة هي استدلال بالامارات وشواهد الحال، وتنشأ عن جودة القرينة وحدة النظر، وهي أصدق دليل على اعتبار الشريعة للقرائن القضائية. والعمل بالفراسة يمثل جانباً كبيراً من جوانب العمل القضائي، لأنها تعتمد على فهم الواقع وربط الأمور ببعضها والاستدلال بها.

التصرف والحيازة: وضع شخص يده على عقار أو منقول بحيث يستطيع التصرف فيه والانتفاع لكونه في حيازته، وبذلك فإن وضع اليد قرينة على الملك ويعتمد القاضي على وضع اليد وبحكم بموجبها إذا لم يعارضها ما هو أقوى منها ولو وضع اليد ثلاثة أقسام هي:

- ١ - يد مبظلة: تدل القرائن الظاهرة على بطلانها، لأن الحيازة بسرقة بعض الأموال ويدعي ملكيتها، ويد المستأجر على العين المؤجرة، فهذه اليد ليست حيازة ولا تدل على الملكية.

٢- يد محقة: على عقار أو منقول لمدة طويلة - مثل حيازة شخص على دار متصرفاً بها سنوات طوال، بالهدم والبناء والإجارة والعمارة، وينسب ملكيتها لنفسه. وكان شخص آخر حاضراً ولم يعارض، وبعد ذلك إدعاها لنفسه، ولكن دعواه لم تقبل فثبوت الأول دليل على ملكيته فيحكم القاضي له، كما أن القانون يحدد مدة الحيازة المعتبرة للملكية.

٣- يد محتملة لكونها محقة: ولكونها مبطلّة، كاليد على المنقولات، واليد المقترنة بالتصرف لمدة قصيرة، فهذه قرينة ضعيفة، واعتبارها إجارة أو عارية أو غصباً أو ودیعة أو غير ذلك. ويحدد القانون ما يجوز إثباته بالقرائن: حيث عدد المشرع بعض الحالات قرائن في إثبات الحق لصاحبها، ويعفيه من الإثبات حتى يثبت عكس ذلك، في مواد مختلفة في القانون، وتعتبر وسائل الإثبات بالنص عليها صراحة، ولا يجوز القياس.

أما القرائن القضائية: فتعتمد على استنباط القاضي ونظره إلى الوقائع والاستدلال منها على أمور غامضة، وهذا يرجع لحكمة القاضي وتقديره. ويعتمد قانون العقوبات على القرائن في بعض الجنايات والجنح وغيرها.

وبصمات الأصابع ذات أهمية في الكشف عن الجريمة. حجية الأمر المقضي به في القانون: عند ما يصدر القاضي حكماً بين طرفين في حق متنازع عليه، هنا يفترض القانون بأن هذا الحكم حقق العدالة، أي أن الحكم قرينة على العدل ويهدف المشرع إلى استقرار

المعاملات، وذلك بمنع أي دعوى جديدة في الحق المحكوم به، ويعتبر الحكم نهائياً، وباتاً وله حجية كاملة في الأمر المقضي به، باعتباره مطابقاً للواقع والعدل بشرط أن يتوفر اتحاد الموضوع والسبب والخصوم في الدعويين.

ولما سلف التحدث به في بحثنا هذا نحاول بشكل بسيط وضع مقارنة بسيطة للشريعة والقانون في الحالات التي تقبل فيها القرائن، فنجد اتفاقهما في المبدأ، ويختلفان في النوع والعدد.

ومن حيث تقسيم القرائن في القانون، إلى قانونية وقضائية وطبيعية، فكذلك الشريعة، وإن اختلفت التسمية والمصطلحات.

والقرائن القضائية موحدة في الشريعة والقانون، والتي تعتمد على حرية القاضي وتقديره في الإثبات، واجتهاده في الاستنباط ليصل إلى إثبات الحق. وتختلف القرائن بين الشريعة والقانون من ناحيتين:

- ١- توسع القانون بحجية القرائن في المواد الجنائية بخلاف الشريعة.
- ٢- ضيق القانون العمل بالقرائن في الجانب المدني، أما الشريعة فقد توسعت في هذا الجانب وسمحت بالإثبات في القرائن في جميع المعاملات، والأحوال الشخصية، ما لم يرد نص يمنع ذلك.

الحكم بعلم القاضي:

ونحب هنا أن نتطرق إلى مسألة مهمة وهي هل يصح الإثبات بعلم القاضي؟

يشترط فيمن يعين قاضياً من ضمن الشروط، العلم بالأحكام الشرعية والقانونية، والتي تعتبر أساس تأهيله وإعداده للقضاء، وفهم حقيقة الوقائع المقامة أمامه من خلال ما سيقدم أمامه في مجلس القضاء، من أقوال أطراف

النزاع وما يقدمونه من أقوال شهود ومستندات ووثائق ومختلف الأدلة والبيانات.

ليس هذا فحسب بل إن أهم ما يشترط في القاضي هو النزاهة والحياد ليستطيع تحقيق العدالة، وقضاء القاضي بعلمه يجعله في موقع الاتهام. والقاضي غير معصوم من الخطأ، فيتهم بالحكم بعلمه حتى وإن كان على حق وحكمه سليماً ويثير الشبهة في قضائه، ويضعه في قفص الاتهام، ويفتح الطريق للطعن بحكمه.

وهنا لا يصح الإثبات والحكم بعلم القاضي سداً للذرائع، وحتى لا يفسد القضاء، أو تنشر الشائعات ضد القضاء، وقطع التهم التي قد تكال وتقلل من احترام القضاء والقضاة، ويلزم منع ذلك لمنع انتشار الشبهات سداً للذرائع ودرءاً للفتن، وحماية للمصلحة العامة.. وإتباعاً للقواعد الشرعية والقانونية.

ولقد حول القانون القاضي سلطات تقديرية واسعة، فمنحه سلطة مطلقة في تقدير وسائل الإثبات، وحرية تكوين قناعته في الوقائع المعروضة أمامه، وحرية الاقتناع بالأدلة والبيانات وغيره. ولكن القانون قدر النتائج السيئة التي تنتج عن الحكم بعلم القاضي وما يترتب عليه من مفساد، فمنع الحكم بعلم القاضي، ونص عليه صراحة.

فلا يجوز للقاضي أن يبني قناعته على ما يكون قد أطلع عليه من وقائع خارج مجلس القضاء، وقد يستنبطه من وجوه الحكم خارج المجلس. كما أجاز القانون للقاضي الحكم على من يخل بحرمة المحكمة أثناء الانعقاد ولا يجوز للقاضي أن يعول على أدلة استقاهها أو علمها بنفسه بعيداً عن الخصوم ولا يجوز له أن يحكم بما استقاه من خبرته بالقضية من الشؤون العامة المفروض إلمام العامة بها.

والخلاصة: أن علم القاضي لا يعتبر وسيلة من وسائل الإثبات لا في الشريعة ولا في القانون وبعد أن انتهينا من دراسة أهم وسائل الإثبات المعروفة.

فقد بقي لدينا استعمال عدة طرق بعضها يلجأ إليها القاضي عند التعارض، كالتحالف والقرعة، ويستخدم بعضها الآخر عند فقدان البيئات الرئيسية، فيلجأ إليها القاضي لاستمرار النظر في القضية حتى الوصول إلى الحقيقة وإصدار حكم عادل كاستصحاب الأصل، ووضع اليد، ورد الخصوم إلى الصلح، وقسمة المتنازع فيه، وهي أدلة غير مباشرة، ووسائل إدارية أكثر منها قضائية، وستعرض لها في التعارض والترجيح. ولكن بقي لدينا وسيلتان للإثبات وضمن أدلة رئيسية ومباشرة لإثبات الحق وهما:

١- معاينة المتنازع عليه.

٢- أهل الخبرة.

المعاينة:

وهي مشاهدة القاضي بنفسه أو بواسطة أمينة لمحل النزاع بين المتخاصمين لمعرفة حقيقة الأمر فيه.

والمعاينة تختلف عن مسألة علم القاضي، لأن الأولى مترتبة على رفع الدعوى في أمر يحتاج إلى رؤية ومعاينة لبيان الحقيقة وإدراك الواقع الملموس، وهي إحدى إجراءات الدعوى، ويتطلب ذلك نقل موقع المحاكمة (المحكمة) إلى موقع النزاع المدعى به، ويعتبر القاضي بذلك في عمل رسمي في المحاكمة وأثناء سيرها، ويجب حضور أطراف النزاع،

ويشرح كل منهما وجهة نظره، وللقاضي أن يكون قناعته، ويصدر حكمه بناءً على ذلك مع أي أدلة إثبات أخرى متوفرة لديه.

وتعتبر تلك المعاينة لموضع النزاع أثناء سير إجراءات المحاكمة، وبأمر المحكمة إذا كان شيئاً منقولاً ولا يمكن نقله إلى المحكمة، أما إذا كان يمكن نقله إلى المحكمة، فتأمر المحكمة بذلك ويتم نظره ومعاينته داخل مجلس القضاء وأثناء سير المحاكمة.

كما تتحقق المعاينة في مسائل الحسبة، أو غشاً في السوق. المعاينة في القانون: لقد بحث القانون المعاينة كوسيلة من وسائل الإثبات، ويجوز للمحكمة حق المعاينة من قبل المحكمة أو بناءً على طلب الخصوم.

والمعاينة من أهم الأدلة في الوسائل المادية لتمكين المحكمة من معاينة محل النزاع بنفسها، وتكون عقيدتها لاستخلاص نتائج الحكم في النزاع. وقد تكون المعاينة في بعض الأحوال الدليل القاطع الوحيد في الدعوى. وتنظم القوانين إجراءات الانتقال بناءً على قرار المحكمة، وإذا كان موضع النزاع خارج نطاق المحكمة فتنبئ المحكمة التي يقع موضع النزاع في دائرتها.

وتقرير المعاينة يعتبر دليلاً قائماً في الدعوى يتحتم على المحكمة أن تقول كلمتها فيه.

ويجيز القانون رفع طلب مستقل ومستعجل أثناء سير الإجراءات، أو تقديم دعوى أصلية مستقلة إلى القضاء المستعجل بطلب المعاينة إذا كان المدعي يخشى ضياع معالم واقعة يحتمل أن تصبح محل نزاع أمام القضاء.. وقد يصعب في بعض الحالات على القاضي معرفة الحقيقة الجلية، فيستعين بأهل الخبرة.

الخبرة:

تعريف الخبرة لغة: هي العلم بالشيء على حقيقته، والخبير هو العالم. الخبرة: هي الإخبار عن حقيقة الشيء المتنازع فيه بطلب من القاضي، فالإخبار جنس في التعريف يتناول الإخبار عن حقيقة المتنازع فيه، وغير المتنازع فيه، والإخبار بالشهادة والرواية، والإقرار والإخبار ظاهراً وحقيقة.

والخبرة والعمل بمقتضى ما يراه الخبراء مشروع واعتباره في الإثبات، والحكم بموجبها، وما قبل به قول شخص واحد فإنه من قبيل الأخبار الذي يقبل.

إن للخبرة أهمية كبيرة وفائدتها في الأمور الفنية تحتاج خبرة وعلم وتجربة خارجة عن اختصاص القاضي فيلجأون إلى الخبراء للاستعانة بخبرتهم في بيان حقيقة الأمر، ولتقدم العلوم وتفرع الأبحاث وزيادة التخصص وتقسيم العمل في جميع فروع يؤكده الحاجة للخبرة وفائدتها وأهميتها.

ويشترط في الخبير أن يكون من أهل المعرفة فعلاً في مهنته واختصاصه الذي يسأل فيه، والخبراء في القانون طائفة يعينون القضاء بإعطاء معلومات فنية خاصة يحتاج إليها القضاء ويستعين برأيهم للإمام بالمعلومات التي لم تشملها معارف القاضي كالطب والزراعة والهندسة والحاسبة.. الخ.

والخبرة وسيلة هامة في القانون، حيث تنص القوانين على أنه من حق المحكمة، انتداب الخبراء عندما تتطلب الدعوى خبرة فنية، ليس للقاضي دراية فيها بمقتضى معلوماته التخصصية والعامة والخاصة.

والأصل في الاستعانة بالخبراء أمر اختياري للقاضي حسب تقديره، وللمحكمة الحق في تقدير ما أدلى به الخبير من آراء، فلها أن تأخذ بها ولها أن ترفضها. ولا يجوز رفضه في الحالات التي يوجب القانون عدم رفضه. وعلى المحكمة أن تناقش الخبير إذا بنى تقريره على اعتبارات مقبولة ومعقولة، وكذلك الخصوم، ولها أن تأخذ ببعض التقرير دون البعض الآخر والمفترض أن يكون الخبراء محل ثقة وصدق وأمانة وكفاءة فنية. وتعيين الخبير إما باتفاق الخصوم، وإما بتعيين من المحكمة.

أحكام الإثبات العامة

نستخلص من مجموع الأحكام قواعد مشتركة في الإثبات وضوابط عامة.

الإثبات بين الإطلاق والتقييد:

حصر وسائل الإثبات: الإثبات يشمل جميع أنواع الإثبات القضائي ويتم بأية وسيلة من وسائل الإثبات، ويحتمل أن يقيّد بعدد من القيود ينص عليها الشارع ولذلك:

١- لا يمكن حصر طرق الإثبات بالإقرار واليمين والشهادة بحجة ورود نص قرآني بها دون غيرها، فلا تقصر عليها، لوجود نصوص أخرى وأدلة عملية من حياة الرسول صلى الله عليه وآله وسلم على قبول القرائن والأمارات والكتابة والمعينة، فالقرآن والسنة لم تقتصر إثبات الحق على طريق واحد وأمر معين فقط، فلا حرج في الشرع، والشريعة تحقق مصالح العباد في الدنيا والآخرة.

٢- ولا يمكن أن تبقى طرق الإثبات مطلقة وغير محصورة، وتتبع هوى الخصوم وحرية القاضي، فقد عنيت الشرائع بتنظيم طرق إثبات الحقوق، وحصرتها في دائرة معينة لا يتعداها القاضي.

ولذلك يجب بيان الضوابط والحدود والأنواع التي تقبل، مع بيان قيمة كل منها وكيفية تقديم الطريق والاستفادة منه لسد الذرائع، وإعلام أصحاب الحقوق بالطريق التي يحفظون بها حقوقهم وطرق الإثبات أمام القضاء عند التنازع.

وتحديد طرق الإثبات تجعل أصحاب الحقوق على بينة، ومعرفة ما يجب عليهم القيام به.

وتحدد طرق الإثبات بما يلي:

الشهادة: شهادة أربعة رجال، شهادة رجلين، شهادة رجل وامرأتين، شهادة الرجل مع اليمين، شهادة المرأتين مع اليمين، شهادة المرأة الواحدة، شهادة المرأتين، شهادة الرجل الواحد.

١- الإقرار ويشمل: الإقرار الصريح، الإقرار الضمني، الإقرار باللفظ، الإقرار بالكتابة، الإقرار بالإشارة.

٢- اليمين: يمين المدعى عليه، اليمين المردودة، اليمين المؤكدة، اليمين المتممة، يمين الاستظهار، القسامة، أيان اللعان.

٣- الكتابة: خط المورث، خط الشاهد، كتاب القاضي إلى القاضي، سجلات القضاء، دواوين الدولة، الصك، الحجة وغير ذلك.

٤- القرائن: القياقة، الفراسة، اللوث في القسامة، دلالة الحال أو ظاهر الحال، الصلاحية، العرف والعادة.

٥- المعاينة والخبرة وتشمل: معاينة القاضي، الأمين المكلف من القاضي، خبرة المختصين في كل علم أو فرع من فروع الحياة وفيها شهادة القاضي وغيره، البيطار، المقوم للمتلفات، الخارص، شهادة القابلة رؤية الهلال، وغير ذلك مما يحتاج إلى مزيد من العلم والمعرفة والخبرة والتجربة في أي تجربة من نواحي الحياة والعلم بحيث لا يستطيع القاضي أو الإنسان العادي معرفتها بمجرد معلوماته العامة.

وأساس الاختلاف وضابط الحصر: مرجع الخلاف أن القصد هو إحقاق الحق، وفصل الخصومة والوصول إلى العلم بالواقعة الحقيقية. وإنما ورد في القرآن الكريم الشهادة والإقرار واليمين هو مجرد أسباب للحكم، فإذا توفرت في غيرها هذه الغاية كانت سبباً للحكم، وصح الحكم بها.

ومن الأولى: إذا توفر العلم اليقين أو القاطع والظاهر أن أحكام القضاء وطرق الإثبات ليست أحكام تعبدية، ولكنها قابلة للتعليل، والعلة في إظهار الحق وإثباته، وخاضعة للاجتهاد.

وبذلك تكون وسائل الإثبات غير محصورة في عدد معين وطرق خاصة بل تكون مطلقة وغير محددة، وكل وسيلة تظهر الحق وتكشف عن الواقع، يصح الاعتماد عليها في الحكم بموجبها.

طرق الإثبات في القانون: إن الأصل في الإثبات الإباحة فيحق للمدعي أن يثبت دعواه بجميع الطرق، ويحق للقاضي أن يكون قناعته من أي دليل أو أمانة أو إجراء يقدم إليه أو يطلع عليه بنفسه، ثم اقتضت الضرورة تقييد الوسائل بعدد من الطرق وبيان حدود كل طريقة وأثرها على القاضي.

ثم حاولوا الجمع بين الطريقتين فنشأ في القانون ثلاثة مذاهب:

١- مذهب الإثبات المطلق أو الحر:

وهو الذي يقبل أي دليل لإثبات أي حق، وللقاضي أن يكون قناعته من جميع السبل، وأن يباشر كل الإجراءات وصولاً للحق، وأن يباشر الإثبات بنفسه، واستنباط الإمارات والقرائن من جميع الأدلة المقدمة إليه، وللقاضي دور إيجابي في الدعوى والتحقيق والإثبات، وميزة المذهب إتاحتها أكبر فرصة وصولاً للحقيقة الواقعية ويسهل للخصوم إثبات دعواهم. ويتيح للقاضي تطبيق العدالة. وما يعيبه إطلاقه يد الخصوم لمحاولة الإثبات بمختلف الأدلة. وتتضارب الأدلة وتتناقض الأقوال والبيانات، مما يعرض الحق للضياع، واختلاف التأويل والتقدير من قاض إلى آخر، والتناقض والتضارب بخلاف هدف القضاء في استقرار التعامل.

وأخذت جميع الشرائع القديمة بهذا المذهب، ولا يزال مأخوذاً به في بعض الدول الكبرى ومعظم القوانين في العالم

٢- مذهب الإثبات المقيد أو القانوني:

حيث ينص القانون على عدد من الأدلة، لا يجوز للخصم إثبات الحق الذي يدعيه إلا بها، ويحدد قوة كل دليل وحجتيه، ومدى الاقتناع به. وميزته: يجعل المتخاصمين والقضاة على بينة، ويمنع التخبط والتضارب في بينات الخصوم، ويقضي على التناقض في التأويل، ويقلل الاختلاف في الأحكام، ويكفل ثبات التعامل، ويضمن عدم أخطاء القاضي في الاستدلال، ويحقق الثقة والطمأنينة وما يعيبه احتمال ابتعاد النفقة بين الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية، ويقيد سبل الخصوم في الإثبات..

٣- المذهب المختلط:

لمحاولة الجمع بين المذهبين للحصول على أكبر قدر ممكن من ميزاتهما واجتناب العيوب، ينص القانون على عدد من الأدلة، ويترك للقاضي حرية التقدير والاختراع، ويسمح بدور إيجابي في إجراءات الأدلة وصولاً للحقيقة، ويضع على القاضي المراقبة في الاستدلال والتسبب وذلك عن طريق محكمة النقض، هذا من جهة، ومن جهة أخرى يمكن الجمع بين المذهبين، ويخصص كل مذهب في مجال، فيعمل بالمذهب المقيد في النطاق المدني، ومذهب الإثبات المطلق في المجال الجنائي والمسائل التجارية إلى حد كبير.

وميزته تيسير الحقوق البسيطة، وتأمين توثيق الحقوق المهمة، ويستعين بخبرة القاضي وتقديره، ويجمع بين حياد القاضي ومبدأ حصر الأدلة وترتيبها.

وقد أخذت بهذا المذاهب الشرائع اللاتينية كالقانون الفرنسي والإيطالي والبلجيكي، وتبعها القانون المصري، السوري، اللبناني، العراقي، مع التفاوت بين الأنظمة شدة وتضييقاً، وتفاوت النظام القانوني في زيادة القيود ونقصها من مجال إلى آخر، وأعلى نسبة في المجال المدني، وانخفاض في الجانب الجنائي، ومتوسط في الجانب التجاري. وفي الجانب المدني يحدد القانون القوة الثبوتية لبعض الأدلة، كالأسناد والإقرار واليمين ويضع بعض القيود على بعضها الآخر، كالشهادة والقرائن ولا تنكر الفائدة فيتعين طرق الإثبات والأهمية من تحديدها ويظهر التشابه بين الشريعة والقانون في عدد من طرق القانون.

ويظهر التشابه أيضاً بين المذهب المطلق أو الحر في القانون ورأي ابن تيمية وابن القيم وآخرون وهو رأي القانونيين في عصرنا الحاضر في المجال

الجنائي كما يظهر التشابه بين المذهب أو القانون من جهة ورأي الجمهور في تقييد الطرق، وتحديد قيمتها مع فارق جوهري وهو أن الطرق الشرعية ليست محصورة في النصوص، والقاضي يتمتع بحرية الاقتناع بالدليل ويظهر أن طرق الإثبات في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ذات أثر مباشر على وظيفة القاضي المقيّد أو القانوني من جهة ورأي الجمهور في تقييد الطرق وأثر مباشر على وظيفة القاضي.

كما توجد المرونة والعمومية في التشريع الإسلامي، حيث أن الوسائل العلمية الحديثة التي تؤكد إثبات الوقائع والحقوق لا تمنع منها الشريعة، بشرطين.

١ - أن تكون ثابتة علمياً، بحيث يجزم العلماء وأهل الخبرة والمعرفة بفائدتها.

٢ - ألا يناقض ذلك دليلاً شرعياً.

دور القاضي في الإثبات

لقد كان القاضي في الإسلام نائباً عن الخليفة في إنهاء النزاع في تطبيق الأحكام الشرعية وتنفيذها على الخصوم والقاضي يعتبر ممثل الأمة في إحقاق الحق وإيصاله لأصحابه وهو القصد الأساسي من القضاء. وقد اختارت الشريعة تحقيق المقاصد بالدليل الظني الراجح وعدم اشتراط العلم القطعي ولكن يجب الاحتياط والتحري والتأكد من صحة الأدلة.

ولذلك فلقد أجازت الشريعة الحكم بشهادة رجلين عدلن أو إقرار المدعى عليه أو يمينه مع احتمال كذب الشهود، وتضليل المقر وحنث الحالف، ولكن يرجح الصدق على كذب الشهود.

القيود على القاضي في الإثبات:

إن القاضي مقيد في الإثبات بالطرق التي أقرتها الشريعة، سواء ما ورد به نص أو ما استنبطه الأئمة بالاجتهاد.

ويتفرع على ذلك تقييد القاضي بالشروط الشرعية في وسائل الإثبات عامة، وبالعدد والعدالة، والصفة بشكل خاص.

فلا يقبل في الزنا إلا أربعة شهود، ويقبل في غيره من الحدود رجلا ن ولا يقبل في أحكام الأبدان إلا رجلا ن عند الجمهور، ورجلا ن أو رجل وامرأتان عند الحنفية وغير ذلك.

وإذا تم الإثبات أمام القاضي بتوفر شروطه وانتفاء موانعه، يجب عليه الحكم في الموضوع والإسراع في فصل النزاع.

إن رفع الدعوى أمام القضاء أمانة على الخلاف والنزاع الذي يقضي بسماع البيينة، وإذا سمعها فله أن يحكم بها دون انتظار، وهذا هو الراجح، لأن رفع الدعوى وإحضار الشهود قرينة على حدوث الخلاف والرجوع إلى القاضي ليطلب الإثبات ويفصل في النزاع.

القاضي مكلف بتطبيق الأحكام الشرعية في الإثبات على الخصوم.

وأقدم صور من حرية القاضي في الإثبات ودوره الإيجابي فيه:

يجوز للقاضي أن يناقش الشهود، عن كل شيء في الشهادة، وخاصة عن التهمة والشك، ويسمع الشهود كل على حده، فإن اختلف الشهود في

الشهادة يلغيها أو يأخذ بالأكثر صحة، وإذا ثبت تزوير الكتابة رد الشهادة أو الكتابة أو الإقرار ولا يحكم به.

واقتناع القاضي بالشهادة شرط لإعمالها، والحكم بموجبها باتفاق المذاهب والقاضي مسئول عن التأكد من توفر الشروط لوسائل الإثبات، فيتأكد من توفر الشروط في الشاهد وانتفاء الموانع فيه والعدالة، والصدق، ومن توفر شروط الكتابة، والإقرار، واليمين والخبرة وجميع وسائل الإثبات.

والقاضي هو صاحب القرار الأخير لقبول الإثبات أو رفضه بعد التأكد والتحقق من صحته وسلامته أو ثبوت عكسه، وله استنباط القرائن، فلا يُحکم إلا ضميره من خلال رجوعه إلى الأدلة.

صور من حياد القاضي:

يجب على القاضي أن يكون محايداً ومساوياً بين الخصوم في مجلس القضاء في كل شيء.

ألا يكون حديث القاضي باعثاً على الخصومة، ويسأل المدعي عن البينة، ويعطي الخصم فرصة لإبداء رأيه في البينة، أو الاعتراض عليها أو الطعن فيها، أو طلب مناقشة الشهود وغيره ذلك.

منع القاضي، نظر دعوى أقاربه، أو بمن تربطه بهم مصالح، لتأمين حياده تجاه الخصوم، ولا يحكم بعلمه.

ينظم القاضي إجراءات الإثبات.

يمنع على القاضي تلقين الخصوم والشهود، ويمنع الخصوم من تلقين الشهود.

لمعاينة المدعى به، من قبل القاضي أو ندب من ينوبه، يجب أن يؤدي عمله بحضور الخصوم وسماع شهادة الشهود وغيره.

للقاضي دور إيجابي في فصل النزاع وقطع دابر الخلاف، فله دور هام في قبول الإثبات أو رفضه والتحقق من صحته أو بطلانه والتحقق من توفر شروطه الشرعية، ولا يصح أن يرفض حجة بعد أن تأكد من صحتها بتوفر الشروط وانتفاء الموانع.

ودور القاضي في القانون: يتناسب دور القاضي في القانون في مذاهب الإثبات الثلاثة، المطلق، والمقيد، والمختلط.

ففي المطلق: يكون دوره إيجابياً في تسيير الدعوى وجمع الأدلة وتحري الحقيقة.

المقيد: يلتزم القاضي الحياد بين الخصوم، ولا يقضي بعلمه، ولا يقضي إلا بما يعرض عليه من أدله وبيانات.

أما المختلط: يجمع القاضي بين الحياد وبين حصر الأدلة ونحول سلطة تقديرية في قبول الأدلة. ولكنها تفرض عليه رقابة محكمة النقض من حيث تسيب الأحكام والقرارات.

والقانون سلطة يقيد القاضي في الإثبات:

فلا يجوز له أن بين حكمه إلا على وسائل الإثبات المجازة قانوناً ولا يقضي بعلمه خارج المحكمة وقيد القانون القاضي في نطاق وسائل الإثبات، وحدد مجال كل منها، وقيده بوجوب الالتزام بحماية لحقوق المتخاصمين.

للخصوم مناقشة الأدلة المقدمة في الدعوى.

تقرير مبدأ حياد القاضي في الإثبات.

ومقارنة بين الشريعة والقانون، كقاعدة عامة في الإثبات، "البينة على المدعي واليمين على من أنكر" يخضع لهذا المبدأ الشريعة والقانون، وإن وجدت فوارق بسيطة بينهما.

صلة الإثبات بالنظام العام: يذهب كثير من شراح القانون إلى أن قاعدة النظام العام فكرة مرنة غير محددة، وإنما تتحدد وفقاً للزمان والمكان، وتبعاً للمذاهب والنظريات ووفقاً للغرض المطلوب منها تقديراً للمصلحة.

فالقوانين المتعلقة بالنظام العام هي تلك القوانين الملزمة والتي لا يجوز للأفراد مخالفتها، لأن المطلوب منها هو الحفاظ على المصالح العامة وتنظيم المجتمع وأمنه وسلامته، بخلاف القوانين في المجالات الأخرى.

ويقال ذلك في الشريعة الإسلامية "حق الله" أو "حق الشرع أو حق المجتمع ولا يجوز الخروج عنه.

والنظام العام في القانون تنقسم أحكامه إلى قسمين.

١- قواعد أمره: لا يجوز مخالفتها، منفرداً أو بالاتفاق - وهي ما تعرف بعدم مخالفة أو الاتفاق على مخالفة النظام العام، ولا يجوز الصلح والإبراء منها لأنها تتعلق بالمصلحة العامة.

٢- قواعد مفسره أو مكمله، تشرع لبيان الأحكام العامة عند عدم النص على ما يخالفها.

ورغم الاختلاف في صلة الإثبات بالنظام العام، فالاتفاق بأن بعض الطرق والقيود من النظام العام وفي القانون فجميع قواعد الإثبات قواعد مفسره ومكمله أو يحق للأفراد التنازل عنها والاتفاق على مخالفتها أو تعديلها، إلا في إجراءات الإثبات لأنها تتعلق بنظام القضاء فلا يجوز مخالفتها.

وطرق الإثبات في القانون: لها عدة تقسيمات فهي أدلة مطلقة: وهي التي تقبل في جميع الوقائع، وتلك الأدلة، الكتابة، والإقرار واليمين والخبرة والمعينة.

والأدلة المقيدة: وهي التي تقبل في إثبات بعض الوقائع دون البعض الآخر وهي الشهادة والقرائن. كما تنقسم إلى أدلة أصلية، وهي التي تقوم بذاتها، وقد تكفي للإثبات منفردة كالكتابة والشهادة واليمين والقرائن والمعينة والخبرة، وقد تكون غير كافية، ويجب استكمالها بطرق تكميلية، كمبدأ الثبوت بالكتابة في التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها عن المبلغ المحدد قانوناً، فهو طريق أصلي، ولكن غير كاف ولا بد من استكمالها بالشهادة أو القرائن القضائية، أما القرائن القانونية القاطعة فهي أدلة أصلية كافية والقرائن القانونية غير القاطعة أدلة أصلية ولكنها غير قاطعة.

أما الأدلة التكميلية: فهي الأدلة التي لا تقوم بذاتها بل مكمل لأدلة أخرى، كالبينة والقرائن القضائية واليمين المتممة في التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها عن المبلغ المحدد في القانون، فتكمل مبدأ الإثبات بالكتابة. وقد تكون البينة والقرائن القضائية واليمين المتممة في التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها عن المبلغ المحدد في القانون، فتكمل مبدأ الإثبات بالكتابة، وقد تكون البينة والقرائن طرقاً بديلة وأصلية في إثبات التصرفات التي تزيد قيمتها عن المبلغ المحدد في القانون عند وجود مانع بالكتابة واليمين المتممة تكمل كل طرق الإثبات الأصلية إذا أرتأى القاضي ذلك، وكذا اليمين المتممة مع التقادم القصير.

والطرق الاحتياطية هي الطرق التي يلجأ إليها الخصم عندما يعجز عن الإثبات ويحتاج إلى طرق أخرى وهي اليمين الحاسمة والإقرار.

ورغم اختلاف شراح القانون في الطريقة والشرح والتأصيل فإنهم يتفقون في النتائج والقواعد. فالقاعدة المتفق عليها في جميع الشرائع والقوانين البينة على المدعي واليمين على من أنكر، والمدعي هو من يدعي خلاف الثابت أصلاً أو عرضاً أو فرضاً.

والمبدأ العام: هو احترام الوضع الثابت بأصله أو عرضاً بإقامة الدليل والحجة عليه. أو كان نصاً عليه بالقرينة القانونية لأحد الخصوم فالقانون يحترم الوضع الثابت ويعمل على استقرار المعاملات.

الثابت بالأصل: الأصل في الديون (براءة الذمة) فالمدعي يدعي ما يخالف الأصل، فعليه إثبات الالتزام والأصل في الحقوق العينية هو الظاهر، ودفع المدين وإن أثبت فثابت أصلاً.

الثابت عرضاً، هو أن يقيم الخصم الدليل على دعواه بالطرق القانونية حقيقة أو ضمناً مثل دعوى الدائن على المدين بالدين، فإن اثبت المدعي دعواه خلاف الأصل (براءة الذمة)، فيصبح الدين ثابتاً عرضاً أو فعلاً: يفترض القانون أحياناً وجود وضع معين - فوجوده ثابتاً عرضاً كالثابت أصلاً.

فالقاعدة القانونية الأساسية في عبء الإثبات البينة على المدعي - واليمين على من أنكر ويقول بعض شراح القانون أن المقصود بالمدعي هو من يدعي الواقعة بصرف النظر عما إذا كان مدعياً في الدعوى الأصلية أو مدعى عليه.

نقل عبء الإثبات: يتناوب الخصمان عبء الإثبات إذا ثبت للدائن الدين صار الدين ثابتاً عرضاً ويحكم به له.

وإن أَدعى المدعى عليه في الدعوى الأصلية، بالوفاء - أو براءاته الذمة - أنقلب عليه عبء الإثبات ولزمه الدليل فإن أثبت البراءة أو الوفاء يحكم لصالحه.

وسائل الإثبات قانوناً: لا ينصب على خصم دون آخر، وإنما تتوزع عليها حسب طبيعة ادعائه وصفته وينتقل عبء الإثبات بنص القانون.

الإعفاء من عبء الإثبات في القانون:

يجوز الاتفاق على ما يخالف قواعد عبء الإثبات:

وقد يكون الإعفاء من عبء الإثبات بنص قانوني، فيلجأ المشرع للقرائن القانونية استنباطاً من أمور أخرى. وهذه القرينة القانونية ليست دليلاً للإثبات ولكنها قاعدة إعفاء للمدعي من المشرع - مثل: تمسك المستأجر بالقرينة القانونية.

في إعفائه من الإثبات عن سند الأقساط السابقة: إذا أثبت دفع القسط الأخير.. الخ.

وعند مقارنة الشريعة بالقانون في عبء الإثبات: فإن الشريعة تتفق مع القانون في أهمية عبء الإثبات وتوزيعه بين الخصوم، وقد سار القانون مع الشريعة.

ونرى بأن شراح القانون استعانوا بالفقه الإسلامي بهذا الخصوص. أما من حيث قوة الإثبات فهي أثره التي تترتب عليه و يترتب على الإثبات آثار عدة:

فهو يؤثر على القاضي، ويلزمه بالحكم بموجبه، ويؤثر على الخصوم وعلى المدعى به، كما يؤثر على الدعوى بإنها النزاع فإن نفاذ الحكم ظاهراً وباطناً يستند إلى فكرة الحلال والحرام في الشريعة أو في الجانب الديني وفي

الجانب القضائي، فشراح القانون يعترفون بأن القضاء نسبي وأحكام القضاء ظنية.

ولكن القانون راعى استقرار المعاملات، وقطع المنازعات، واعتبر الحكم القضائي حقيقة واقعة ومنح الحكم القضائي حجية الأمر المقضي به واعتبره نافذاً في الظاهر والباطن.

والحقيقة القضائية هي ما يثبتته القاضي في حكمه، نتيجة تجربة حقيقة الواقع، وهذه الحقيقة نسبية، تقتصر على طرفي الخصومة، ولا تعتبر حقيقة إلا بالنسبة لهما.

ومع ذلك فإنها تصبح ذات حجية كاملة بينهما، وتمثل الحقيقة الواقعة بعد الحكم النهائي.

قوة الإثبات من حيث الظنية والقطعية: (قوة الإثبات الظنية واليقينية).
الظن هو ترجيح أحد الاحتمالين على الآخر:
واليقين لغة: العلم الذي لا شك فيه.

واصطلاحاً: اعتقاد الشيء بأنه مطابق للواقع وغير ممكن الزوال. وطرق الإثبات قسمان:

الأول: يفيد العلم اليقيني، ويقطع بصحة الواقعة أو الحق المثبت به، والخبر المتواتر: هو خبر جماعة عن جماعة يتمتع تواطئهم على الكذب - على أمر محسوس والتواتر يفيد العلم واليقين.

الثاني: يفيد الظن الغالب فالشهادة تفيد الظن وترجح الصدق على الكذب والإقرار يفيد الظن بترجيح الصدق على الكذب.

ويلحق بهذا القسم نوع ثالث من وسائل الإثبات وهو التحالف فلا يفيد ظناً ولا قطعاً ولكنه للضرورة لفصل النزاع وعدم وجود مرجح في

الدعوى، والتحالف أعف الحجج في الشريعة للأخذ به عند استواء الطرفين، وفقدان المرجح فليطلب اليمين منها. وقوة الإثبات الظنية والقطعية قانوناً: إن وسائل الإثبات في القانون غالباً لا تؤدي إلا إلى حقيقة ظنية لا قطعية، ويحتمل أن تكون الحقيقة القضائية تختلف عن الحقيقة الواقعة، فالحقيقة القضائية نسبية، ولكن المشرع يضحى بالحقيقة الواقعية، ويضفي على الحقيقة القضائية حجية الأمر المقضي به، ويهدف القانون إلى تأمين التعامل واستقراره، مع الاستجابة لمقتضيات التنظيم التشريعي في ذلك.

أثر الإثبات على الأشخاص

وسائل إثبات قاصرة على صاحبها وهي الإقرار والنكول. الوسائل المتعدية: وهي التي يسري أثرها على غير المقضي عليه من ذوي العلاقة، وتجمعهم وحدة السبب الموجب فيعتبر الموضوع ثابتاً لهم. وهي جميع وسائل الإثبات ما عدا الإقرار والنكول والسبب في اعتبار هذه الوسائل متعددة، لأن الأمر ثابت وواقع بالنسبة للجميع. فالإدعاء بالدين على الورثة، هو إدعاء على مورثهم، والدين يلزم المقر فقط. فإن أقام المدعي الشهادة، يتعدى الحكم على جميع الورثة. أثر الإثبات على الأشخاص في القانون: فالقانون كالشريعة ولم يختلف في أحكام الإثبات هذه وجاءت أحكام القانون مطابقة لأحكام الشريعة. وقال شراح القانون أن الإقرار عمل قانوني ملزم بذاته ويترتب عليه إفادة المقر وخلفاءه ودائنيه، ولا يتعداه إلى غيرهم، واليمين حجة على من صدرت منه كالإقرار أما الوسائل الأخرى فهي حجة متعددة لأنها غير

ملزمة بذاتها، وإن يحكم القاضي بها، وهي الكتابة والقرائن والشهادة وغيرها.

وحقيقة قوة الإثبات في القانون فإنه يقرب من ترتيب وسائل الإثبات الشرعية فالإقرار سيد الأدلة".

والإقرار في القانون هو عمل، أي تصرف انفرادي ويثبت الحق بالإقرار. واليمين ما هي إلا تجاوزاً وليست طريقاً مباشراً للقضاء، لأن المدعي يلجأ إليها عند عجزه عن تقديم البينة، وهي طريق للقضاء بحسب الظاهر كالإقرار، وهما طريقان احتياطيان في الإثبات أما الكتابة فهي دليل يمكن إعداده مقدماً عند حدوث الواقعة فالكتابة قريبة من الأصل ومصدره للحقيقة (براءة الذمة).

وقرائن الحال هي أمور ثابتة تستدل بها المحكمة عن طريق الاستنباط على حقيقة أمر غير ثابتة به أو هي استنباط أمر غير ثابت من ثبوت أمور أخرى متصلة بها أي أنها طريق غير مباشر والمعينة هي إطلاع مباشر على محل النزاع

أثر الشبهة في الإثبات: أشرت الفقهاء شروطاً عامة للإثبات وشروطاً خاصة لكل وسيلة، فإن توفرت الشروط لزم المحكمة الحكم بها.

وأن اعتبرت الحكم شبهة أثرت فيه، وقد يمتد التأثير إلى الحكم فيمنع الحكم به

الشبهة لغة: هي اللبس، والالتباس هو عدم التمييز، وهي بين الحلال والحرام والخطأ والصواب، وهي ما يشبه الثابت. أي ما لم يتبين هل هو حلال أو حرام أي شيء غامض أي أنه قد يعترض الإثبات شبهة تؤثر فيه وتوقف الحكم به.

وقد تصدر الشبهة من مقدم الإثبات أو من الخصم، وقد تكون في الإثبات ذاته والشبهة المقدمة من المدعي، إذا أقام المدعي الإثبات على دعواه، ثم صدر منه ما يخالف دعواه. أو يناقض إثباته، فذلك شبهة في الإثبات في حالتين:

أ) تكذيب المدعي نفسه: إذا رفع المدعي دعواه وقدم بينه أثم صدر منه ما يكذب دعواه أو ما يناقضها، بأن يقر بأن المدعي به لغيره فتكون شبهة في البينة، وتمنع الحكم بها، ومن صور التناقض والتكذيب أن ينكر المدعي عليه سبب الحق فيثبته المدعي.

ب) تكذيب المدعي للإثبات: إذا كذب المدعي شهوده صراحة وطعن بكذبهم فلا تقبل الشهادة لأنها تأييد لدعواه. الشبهة التي تقع من المدعي عليه: الإقرار واليمين من المدعي عليه وتحكم المحكمة بموجبها. وقد تطرأ بعض الشبهات، كأن يرجع المقر في إقراره، أو يكذب نفسه أو أن يستثني من الإقرار، أو يقر بما يناقض إقراره الأول، أو يلحف كاذباً وهنا نوعان من الشبهة:

أ) الشبهة في الإقرار وهو الرجوع عن الإقرار.

ب) الشبهة في اليمين.

فشبهة الرجوع عن الإقرار لغة: هو نقيض الإقرار، والرجوع رده، أي صدور من قول أو فعل المقر يناقض إقراره السابق، والرجوع شبهة مؤثرة في الحدود كرجوع المقر بالزنا أو شرب الخمر، والحدود تدرأ بالشبهات والرجوع عن الإقرار يبطل الإقرار.

أما الرجوع عن الإقرار في حقوق الأدميين وحقوق الله التي لا تدرأ بالشبهات كالزكاة والكفارات فإنه شبهة لا يؤثر فيها. وسواء كانت حقوق

الأدميين مالية أو غير مالية كالنسب والنكاح والطلاق فلا يقبل الرجوع عنها، لأنه شبهه في ثبوتها، وهذه الحقوق قد تثبت مع الشبهة.

والرجوع عن الإقرار يتحقق بأمر كثيرة أهمها:

الشبهة في اليمين الكاذبة: برجوع مؤدي اليمين عن يمينه أو يقر بأنها غير صحيحة، وأنه حلف كذباً.

واليمين وسيلة للإثبات والنفي، فإذا رجع المدعي عن اليمين عندما حلف مع شاهده، فذلك يعتبر شبهة مؤثرة في الإثبات وضمنان المال.

الشبهة من المقدم ضده الإثبات: إذا طعن المدعى عليه في الإثبات المقدم ضده واستطاع إثبات طعنه، بطل الإثبات وأمتنع الحكم به.

تجريح الشهود والطعن في شهادتهم: جواز تزكية الشهود إذا ثبت الطعن والتجريح سقط الحكم.

الشبهة في ذات الإثبات: شبهة تغير حال الشاهد: يشترط في الإثبات أن يبقى صحيحاً ومستوفياً لشروطه، فإن طرأ عليه ما يخالف ذلك أثر على الإثبات على درجات.

فيشترط ألا يطرأ على الشاهد فسق أو عداوة بينه وبين المشهود عليه قبل أداء الشهادة فيبطل الإثبات بعد الأداء وقبل الحكم. وشبهة بطلان الشهادة وتقادم العهد: إذا قدم المدعي الإثبات وتبين أن الشهادة باطلة فلا يحكم بها، وإذا سبق الحكم بها فيبطل الحكم وينقض، والشهادة الباطلة هي المحرمة. وتقبل الشهادة في الحدود حتى وإن تقادم العهد ولا يؤثر عليها التأخير.

ورجوع الشاهد عن شهادته هو نفي ما أثبتته بشهادته، والرجوع عن الشهادة أمر مشروع، لأنه رجوع إلى الحق والعدل والصدق وأثر الرجوع

قبل الحكم أو بعده فقبل الحكم لا يحكم بها إما الرجوع بعد الحكم: فيؤثر على الحكم على الضمان

كما أن شهادة الزور: إذا رجع الشاهد عن شهادته، فيتحمل مسؤولية ذلك وإذا ثبتت شهادة الزور: وجب نقض الحكم واستعادة المال إن كان المحكوم به مالياً، وإن تعذر غرم الشاهد.

وعقوبة شهادة الزور تعزير الشاهد، والاختلاف في الشهادتين باللفظ والمعنى شبهة ترد بها الشهادة للتباين والتناقض بينهما، والاختلاف في مقدار المشهود به يعمل بالقدر المتفق عليه في الشهادتين، وكذلك الاختلاف في الزمان والمكان، والاختلاف في السبب. أما الاختلاف في جنس المشهود به أو نوعه للشاهدين فلا تقبل شهادتهما. وإذا كان يوجد غلط أو وهم في الشهادة قبل الحكم تسقط الشهادتان لاعترافهما بالشهادة على الوهم والشك، وثبوت عدم عدالتهم.

وإذا كان الشاهد ناسياً ثم تذكر وشهد ثانياً فشهادته صحيحة بشرط أن يكون مبرزاً في العدالة.

الرجوع عن الإقرار في القانون: سار القانون مع الشريعة في عدم جواز الرجوع عن الإقرار لمؤاخذة المرء عن إقراره، ويستثنى الخطأ في الواقع فيصح الرجوع عن الإقرار إذا ثبت الخطأ المادي وكان الرجوع لا يجوز، فلا يشمل الاستثناء إذا كان متصلاً، فإنه يصح فقد تعرض شراح القانون لذلك وبينوا أنه متى صدر الإقرار في مجلس القضاء، فلا يجوز للمقر أن يعدل عنه، ولو قبل قبول المقر له الإقرار، بإدعاء إنه كان كاذباً بإقراره، ولكن يجوز له أن يتمسك ببطلان إقراره أو يطلب إبطاله لمبرر، كالسكر والإكراه والغلط.

كما أن القانون قد نظم طرق الطعن بالتزوير في المحررات الرسمية والعرفية، فإذا طعن المدعى عليه بالتزوير وأثبتته فتبطل حجية المحررات ويحكم على المزور بالعقوبات.

أما التعارض والترجيح: فإن موضوع التعارض والترجيح في وسائل الإثبات ذو أهمية في القضاء، لأن أمام المحكمة شخصان، يدعي كل منهما الحق المتنازع عليه وقد يوجد بحوزة كل منهما أدلة، وأدلة كل منهما متعارضة، وعدم الاقتصار على ظاهر الحال في كل منهما.

ولذلك وضعت القواعد والأسس عند تعارض البيئات، وترجيحها، وبينت طرق الترجيح في الفقه. ويحتل موضوع التعارض والترجيح مكاناً رفيعاً في الفقه وأصوله.

وهو أن التعارض في الفقه هو تعارض بين وسائل الإثبات أو المرحجات الأولية.

أما التعارض في الأصول فهو تعارض في أدلة الأحكام، لاستنباط الأحكام الشرعية، أما التعارض في أصول الفقه فهو تعارض ظاهري، كما يظهر للمجتهد عند النظر في الأدلة، ولكنه في حقيقة الأمر غير موجود لأنه لا يعقل وجود تعارض في الشريعة لنزول القرآن الكريم من عند الله تعالى.

وحالات التعارض كثيرة وأحكامها متشعبة:

التعارض بين وسائل الإثبات وشروطه وحكمه:

التعارض لغة: تعارض البيئتين اختلافهما، بأن تثبت كل منهما ما نفتته الأخرى، حيث لا يمكن الجمع بينهما فتساقطان، فالتعارض بينهما هو أن يقدم كل طرف في الخصومة دليلاً يؤيد دعواه وينفي دعوى الأخر، بحيث لو أنفرد دليل أحدهما، لحكم له به.

أنواع التعارض: إيجاباً وسلباً

التعارض الإيجابي: هو أن تلتقي وسيلتان من وسائل الإثبات على أمر واحد بحيث تثبت كل منهما ما تثبته الأخرى، والتعارض من اختلاف طبيعة كل وسيلة عن الأخرى، بأن يجتمع الإقرار والبينة على شيء واحد ومثاله: اجتماع إقرار المدعى عليه بعد إقامة البينتين عليه، والترجيح بالعمل بالبينة.

التعارض السلبي: وهو تعارض البينتين بحيث يشمل كل منهما ما ينافي الأخرى.

والبينة الأولى تعارض الأخرى بالإيجاب والسلب في محل واحد.

وشروط التعارض للبينتين ثلاثة:

الأول: أن يكون التعارض للبينتين الكاملتين، أي تعارض بين بينتين كل منهما توجب الحكم عند زوال الأخرى، ولا يعمل بالمزاجات عند وجود وسيلة إثبات بالمرجححات.

ثانياً: أن يكون التعارض بين بينتين لا يمكن الجمع بينهما، لتحقق التنافي بينهما، بأن تكون إحدهما مثبتة لحق لشخص، والأخرى تنفيه عنه وتثبته للآخر، فإن أمكن الجمع بينهما فلا تعارض.

كبينة الملك والحيازة، فيعمل بهما معاً.

ثالثاً: أن تكون البيئات المتعارضة في قوة واحدة أما إذا كانت إحدهما أقوى من الأخرى فلا تعارض، وتقدم البينة الأقوى، مثل: الشهادة والقرائن فتقدم الشهادة على القرينة.

حالات التعارض: يحصل التعارض بين البيئات في صور كثيرة، كالتعارض بين الإقرار والإقرار التعارض بين الأدلة الخطية مع بعضها وهكذا. والتعارض بين الشهادات هو أهم حالات التعارض.

حكم التعارض: إذا ظهر التعارض بين البيئات فالراجح هو الجمع بينهما فإن تعذر الجمع فيلجأ إلى الترجيح، لأن التعارض ظاهري، فإذا أمكن رفع التعارض ظهرت بيتان صحيحتان، وتوفرت الشروط فيهما وأنتفت الموانع، فيجب العمل بها، حيث أمكن إعمال كل منهما فيجب الجمع أولاً، فإذا تعذر الجمع وتحقق التعارض وأثبتت كل منهما ما تنفيه الأخرى فيلجأ إلى الترجيح.

الترجيح الجمع بين البيئات: يجوز الجمع بين البيئات، سواء كان بعد اشتباه التعارض الظاهري، أو بعد تعذر الترجيح بينهما.

والجمع بين البيئات هو التوفيق بينهما أي إعمال كل منهما فيما أثبتته من كل وجه إذا أمكن، وإذا أمكن الجمع فلا تعارض كبيئة. إذا شهدت للمدعي بالملك، وأخرى شهدت للمدعى عليه بالحيازة. ويمكن الجمع بين البيئات، بأن تحمل كل منهما على جهة التنازع. إذا تنازع اثنان داراً وكل منهما يضع يده على نصفها، وأقام كل منهما بيئته على ملكيته لكامل الدار.

الترجيح:

تعريف الترجيح لغة: التفضيل والتقوية والميل.

اصطلاحاً: ترجيح إحدى البيئات على الأخرى عند التعارض بينهما. ويطبق الترجيح سواءً كان التعارض بين البيئات أصلياً كتعارض بيئته المدعي وبيئته المدعى عليه، أم كان التعارض غير أصلي، وإنما تعارض مفترض شكلي كتعارض بيئته المدعى عليه مع بيئته المدعي، ومع ذلك فكثيراً

ما يشتهبه المدعي والمدعى عليه أو يكون كل منهما مدعياً ومدعى عليه، فيحق لكل منهما تقديم البينة، فتعارض البيئات وطرق الترجيح ليس لها حصر وتختلف باختلاف الدعوى وموضوعها.

فطرق الترجيح في الأموال كثيرة، وبعض طرق الترجيح تستعمل في جميع الحالات.

كالترجح بقوة الدليل، وبعض الطرق تستعمل في حالات دون أخرى، أو في حقوق دون حقوق أخرى، ويختلفون في اعتباره أصلاً وغيره تبعاً أو فرعاً أو استثناء.

ونستعرض بعض المرححات: أولاً الترجيح بزيادة العدد: عدم الترجيح بكثرة العدد لقوة أدلتهم ولما يترتب على الترجيح بكثرة العدد من المشقة والخرج في إحضار العدد الكبير من الشهود.. الخ.

الترجح بقوة الحجة: إن الحجة وسيلة للترجح في الإثبات فالشهادة أقوى في الإثبات من اليمين والإقرار أقوى من الشهادة والإقرار أو الشهادة أقوى من القرائن.

إن كلاً من الشاهدين والشاهد والمرأتين بينة كاملة وحجة صحيحة ووسيلة كافية للإثبات، فلا ترجح إحداهما على الأخرى إلا بأمر آخر.

ثالثاً: الترجيح بزيادة العدالة: إن زيادة العدالة المعتبرة في الترجيح هي عدالة الشهود أما إذا كان المزكي في إحدى البيئتين أعدل من مزكي الأخرى فلا تعتبر عدم الترجيح بزيادة العدالة لقوة أدلتهم ولأن زيادة العدالة صفات شخصية ترتبط بين الإنسان وربه.

رابعاً: الترجيح باليد: المقصود وضع اليد على متاع أو عقار، لأن وضع اليد قرينة على ملك المنقول، أو العقار لصاحب اليد حتى يظهر خلاف ذلك، لأن لوضع اليد دوراً كبيراً في الإثبات ويكون له أثر في الأحكام،

ويعتبر المطلوب في نظر الدعوى وفي تقديم الإثبات ويحكم به في التعارض والترجيح.

حالات عدم ترجيح بينة الخارج:

١- النتائج: إذا تنازع اثنان على شيء في يد أحدهما وأقام كل منهما بينة بالملك، فترجح بينة صاحب اليد في التنازع، فبطل الترجيح، فسترجح بينة صاحب اليد باليد ويقاس على النتائج كل حالات سبق الملك الذي لا يتكرر وإن كان سبباً يتكرر لا يكون فيه حجة ويجري فيه الاختلاف.

٢- الملك بالشراء من بعضهما والتاريخ: إذا ادعى شخصان ملك عين بيد أحدهما، وكل منهما ملكها بالشراء من خصمه وأقاما البيتين وزمنهما، ووقت الخارج أسبق، فإن لم يذكر قبضاً يقضي الحكم لصاحب اليد.

٣- أقام الخارج بينة بالملك المطلق والداخل بالشراء منه تقدم بينة ذي اليد.

٤- اليد والشراء من ثالث: إذا تعارضت بيئتان على دار بسبب الشراء والدار بيد أحدهما فإن ادعاء الشراء من واحد، فصاحب اليد أولى، مؤرخ أم غير مؤرخ، وذكر لشهود القبض أم لم يذكروا، لأن القبض من صاحب اليد أقوى، فالقبض المحسوس أولى، وبذلك يرجح قول الترجيح باليد، وعند تعارض البيئات يجب ترك المتنازع عليه مع صاحب اليد لاستقرار المعاملات.

اليمين مع الترجيح: إذا ظهر التعارض بين البيئات ثم ترجحت إحدى البيئات لسبب من أسباب الترجيح ويتحقق الترجيح باليمين. موقف المحكمة عند تعذر الترجيح: إذا تعذر الجمع بين البيئات وتعذر الترجيح بطريق من طرق الترجيح فقد تحقق التناقض بين البيئات. استعمال البيئتين بالقسمة (قسمة المتنازع فيه): القسمة من الاقسام وهو الفرز وتطلق القسمة على إفراز الأنصبة ومشروعية القسمة في القضاء عند التنازع إذا ادعى كل شخص من المتخاصمين أن الشيء ملكه المطلق سواء كانت لهم بيئة أم لا، فقسم المدعى به بينهما نصفين، وكذلك الحال في حالة فقدان البيئات أو تعذر الجمع والترجيح واستعمال البيئات بالقسمة أو إسقاط البيئات واستعمال القسمة.

القرعة

تعريفها: القرعة لغة: السهمة: والمقارعة المساهمة. والقرعة لا تكون إلا عند المساواة في الاستحقاق بين الأطراف أما إذا تعينت المصلحة أو الحق من جهة فلا يجوز الإقراع بينها وبين غيرها.. واستعمال القرعة: تستعمل القرعة في حالات كثيرة منها القرعة عند تعارض البيئات ويترجح مشروعية القرعة لأنه يتحقق في القرعة كثير من المصالح في المساواة بين المتخاصمين وتدفع كثيراً من التهم الموجهة إلى القضاء، وتزيل الحقد والحسد والضغينة والتي تنشأ عند إعطاء الحق لأحدهما دون الآخر، وتدفع ضرر القسمة بين الاثنين لأن حجة كل منهما صحيحة وكاملة، وبسبب شرعي يوجب الحكم به. والقرعة بين مستحقين، لأن تساوي الحقوق والمصالح، فهنا موضوع القرعة عند التنازع دفعاً للضغائن، والرضاء بما جرت به الأقدار.

والراجع عدم تكليف صاحب القرعة باليمين لبقاء بيئته صحيحة والحكم له بموجبها.

أما إذا فقدت البيئات وقرع بين المتنازعين، فيكلف صاحب القرعة باليمين حتى يعتمد على حجة شرعية أما إذا تعذر الترجيح والأدلة المقدمة متساوية ولا تعارض بينهما، فيمكن الجمع بينهما وإعمالها باختلاف الحالات، والأمر يرجع للمحكمة، وتقديرها للأمر، فمن المحتمل أن تكون الظروف المحيطة بالدعوى وأطراف النزاع والبيئات قد وصلت إلى طريق مسدود ولا مرجح لأحدهما عن الأخرى.

أما إذا كانت البيئات قوية، فلا يمكن أن يتوجه إليها طعن، فتقرر المحكمة أعمال البيئات وعند تعارض البيئات في القانون: فيتحقق التعارض بين كل وسيلتين متساويتين في القانون، فإذا تباينت القيود بين دفاتر منتظمة لتاجرين كان للمحكمة أن تقرر إما تهاتر البيئتين المتعارضتين وإما الأخذ بإحدهما دون الأخرى، على ما يظهر لها من ظروف القضية وعلى المحكمة أن ترجح أسباب الترجيح لبيئة على أخرى أو في تهاتر البيئتين.

إن التعارض في القانون يحكمه الترجيح بأحد الأسباب التي تراها المحكمة دون نص القانون، فإن تعذر الترجيح تسقط البيئات وتبقى الدعوى بدون بيئات.

والترجيح يكون بقوة الدليل، فيرجح الدليل الكتابي على الشهادة. وهذه نتيجة طبيعية للرجحان الذي نص عليه القانون للأدلة الكتابية على الشهادة، وموافق لإرادة الطرفين الظاهرة في اختيارهما طريق التعاقد بدليل مكتوب.

والواقع إن أبحاث التعارض والترجيح هي نتائج طبيعية ومنطقية
للنظرية العامة للإثبات وقوته في الشريعة أو القانون.
والله ولي الهداية والتوفيق،،،

المراجع

١. قرار جمهوري بالقانون رقم (٢١) لعام ١٩٩٢ م بشأن الإثبات وتعديلاته بالقانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٦ م.
٢. قانون الإجراءات المدنية رقم (٩) لعام ١٩٨٨ م.
٣. قرار مجلس القيادة بالقانون رقم (٩٠) لعام ١٩٧٦ م بشأن الإثبات الشرعي والتحكيم.
٤. قانون المرافعات والتنفيذ المدني رقم (٤٠) لعام ٢٠٠٢ م.
٥. القانون المدني رقم (١٤) لعام ٢٠٠٢ م.
٦. القضاء في الإسلام للقاضي / محمد إسماعيل العمراني.
٧. وسائل الإثبات د. محمد الزحيلي.



قواعد في قانون الإثبات

القاضي / عبد الملك ثابت الأغبري
رئيس الشعبة الجزائرية بمحكمة استئناف عمران سابقاً

مجلة الحقوق
الجزائرية



نهدف من هذه الدراسة المستنبطة من قانون الإثبات إلى تقرير عملية نشر الوعي القانوني في أوساط المواطنين والمهتمين ورجال القانون والمعنيين بتحقيق العدالة.

أن أبسط تعريف لكلمة "إثبات" هو أنها تلك البيانات التي يجب توضيحها أو وضعها أمام المحكمة حتى تتمكن من إصدار قرار في القضية المبسطة أمامها ، ويقسم فقهاء القانون نوع البيانات إلى ثلاثة أقسام: -

- ١- بيانات مباشرة.
- ٢- بيانات غير مباشرة.
- ٣- بيانات حقيقية.

البيانات المباشرة: تعني إثبات الشيء المطلوب إثباته إما بإبرازه في المحكمة أو تأكيده عن طريق شهادة شاهد له معرفة شخصية بالأمر.

البيانات غير المباشرة: تعني إثبات وقائع معينة تقود منطقياً إلى الاستنباط أو الاستنتاج بوجود وقائع أخرى هي موضع النزاع بالقضية وهذا يعني أن البيانات المباشرة تعتمد على تأكيد وجود الشيء و البيانات غير المباشرة تعتمد على استنتاج وجود الشيء.

البيانات الحقيقية: وتعني الأشياء المادية بخلاف الوثائق التي تقدم كمعروضات أمام المحكمة وهذه البيانات تعتبر أقوى أنواع البيانات وأكثرها إقناعاً إذ أنها لا تعتمد على التأكيد أو الاستنتاج فقط بل هي تضع أمام المحكمة بينة ملموسة تراها المحكمة بعينها وتحكم بموجبها ما لم يقدم الطرف الآخر ما يثبت أنها بينة غير أصلية أي مزورة.

الأمر التي لا تحتاج إلى إثبات في المحكمة:

ليست كل واقعة أو أمر وإن كان مهماً يجب إثباته بالبينات في المحكمة فهناك نوعان من الوقائع ليس من الضروري إيراد بينات لإثباتها وهذان الأمران هما:

- ١- الوقائع التي يعترف بها الخصم أو المتهم في القضية المدنية أو القضية الجنائية.
- ٢- الوقائع التي يجوز للمحكمة أن تأخذ بها علماً قضائياً.

١- الوقائع التي يعترف بها الخصم:

أ- في القضايا المدنية: الوقائع التي لا تحتاج إلى إيراد بينات في القضايا المدنية هي تلك الإقرارات والوقائع التي يعترف بها الخصم صراحة في مرافعته المبدئية في الرد على عريضة الدعوى - أو التي يراوغ في الرد عليها صراحة مما يجعل المحكمة تستنتج من هذه المراوغة أنه يعترف بالفعل بها وفي هذه الحالة التي يعترف بها الخصم في القضية المدنية بالمسئولية يحق للطرف الآخر أن يحكم له بموجب هذا الإقرار أو الاعتراف.

ب- في القضايا الجنائية: يعفى ممثل الاتهام من واجب إثبات الجريمة في حالة إقرار المتهم بأنه مذنب تحت التهمة الموجهة إليه وفي هذه الحالة يجوز للمحكمة إصدار الحكم على المتهم بموجب إقراره بالذنب وإن كان من واجب المحكمة أن تتأكد من أن المتهم قد فهم التهمة فهماً صحيحاً.

ج - العلم القضائي: من الأمور التي لا تستوجب الإثبات هي تلك الوقائع التي هي من الوضوح والشهرة لدرجة أن المحكمة

يمكنها أن تأخذ بها " علماً قضائياً " دون الحاجة إلى إثباتها بواسطة بينات في المحكمة والقانون يجد هذه المشكلة التي يجوز للمحكمة أن تأخذ بها علماً قضائياً وهي:

- ١- تأخذ المحكمة علماً قضائياً بكل القوانين في الجمهورية ولا يطلب من فرد إيراد بينات بوجود القوانين.
- ٢- تأخذ المحكمة علماً قضائياً بالعرف المطبق في المنطقة وهذا لا يعني أي عرف بل يعني العرف القديم الثابت الضارب في أعماق التاريخ والذي يمارسه المواطنون في المنطقة ومثل تلك الأعراف والعادات منها مرتبطة بتطبيق السنة مثل ختان الأولاد ومصاحبة الزواج احتفال... الخ).
- ٣- تأخذ المحكمة علماً قضائياً بالمسائل الدستورية والسياسية والإدارية العامة مثل تواريخ انعقاد مجلس النواب والاتفاقيات الدولية... الخ).
- ٤- تأخذ المحكمة علماً قضائياً بحدود الجغرافيا للجمهورية والمحافظات فليس ثمة ضرورة لإحضار بينات لإثبات ذلك في المحكمة.
- ٥- تأخذ المحكمة علماً قضائياً بكل الأمور التي تنشر بالجريدة الرسمية وتقتنع بصحة ما جاء فيها بمجرد إبرازها للمحكمة.
- ٦- تأخذ المحكمة علماً بالمسائل التي تعلن مثل تأسيس الشركات العامة والإستراتيجية والمصانع العملاقة وكل ما يتعلق بالقاعدة المادية للمحكمة.

٧- تأخذ المحكمة علماً بالمسائل التي بلغت حداً كبيراً من الشهرة مثل المقاييس والمكايل ونوع العملة المحلية وطواع البريد وعدد أيام الشهر ومطابقة التواريخ الهجرية والميلادية.

٨- هذا ما اتفق عليه فقهاء القانون أن القاضي يجدر به أن يأخذ بها علماً قضائياً دون حاجة إلى إحضار بينات في المحكمة لإثباتها ولكن إذا كان القاضي يشك في صحة ذاكرته المختلفة فإنه يجوز له أن يرجع إلى المراجع المختلفة أو القوانين المختلفة أو أن يطلب من الشخص الذي يريد إثبات الواقعة أن يبرز أو يشير إلى القانون المقصود..

٢- العلم الشخصي للقاضي:

يجب أن نفرق بين العلم القضائي والعلم الشخصي للقاضي بينما يتيح القانون للقاضي أن يأخذ علماً قضائياً بالمسائل العامة أو المشورة إذ أنه غير مشروط للقاضي بأن يحكم بعلمه الشخصي أو إذا كان له علم شخصي بأي قضية يجب أن يقدم القسم كشاهد في أي قضية بواسطة قاضٍ آخر وهذا هو الثابت في الأمصار الإسلامية وكذا في القانون الإنجليزي والفرنسي.

وقُصد بذلك حماية الخصوم من كل تأثير على قاضي الموضوع ناتج عن معلومات خارج الدعوى المطروحة أمامه حيث يبعد ذلك أي اتهام قد يتعرض له القاضي ويدعو إلى سوء الظن به والريبة فضلاً عن حياد القاضي ونزاهته يوجبان عليه متى توافرت لديه معلومات شخصية في الدعوى المطروحة أمامه أن يتبين عند نظرها وكما أسلفنا مسبقاً عليه أن يتقدم كشاهد عادي وبذلك يتيح للخصوم فرصة مناقشة معلوماته التي حصل عليها خارج مجلس القضاء والرد لعيها بحرية وبيتعد هو عن الدعوى

خشية تأثيره بمعلوماته الخاصة في النزاع المطروح أمامه وعليه ينبغي أن يتجنب القاضي استفهام طبي أو خبير في مجلسه الخاص عن رأيه في مسألة معينة لها دخل في الدعوى المطروحة أمامه ولا يسأل بعض الشهود من معارفه في مجلسه الخاص عن معلوماتهم في الدعوى المطروحة أمامه وليس له أن ينتقل لمعاينة في فترات التأصيل يستقي بنفسه بعض المعلومات ويستبين حقيقة بعض النقط التي يدور على محورها النزاع وإلا تعرضت إجراءات وحكم القاضي للبطلان.

الشك هو ما كان متردداً بين الثبوت وعدمه مع تساوي طرفي الصواب والخطأ، دون ترجيح أحدهما على الآخر وفي الشريعة الإسلامية القاعدة هنا أن الحدود تدرأ بالشبهات.

عقيدة القاضي:

وجوب بناء الحكم على الجزم واليقين لا على الفرض أو الضن أو الترجيح.

واللازم على القاضي المطروح أمامه الدعوى أن يدل على صحة عقيدته في أسباب حكمه بأدلة تؤدي إلى ما رتبته عليها لا يشوبها خطأ في الاستدلال ولا يعتورها مناقض أو تحاذل ذلك لأن الأدلة متساندة متماسكة يكمل بعضها بعض ولذلك لا يصح مطلقاً أن تتكون عقيدة القاضي المطروح أمامه الدعوى من استجواب جاء مخالف للقانون أو من محرر مسروق أو من طريق التجسس أو من استدلالات جاءت عن طريق استراق السمع أو من مشاهدات يختلسها رجال الضبط القضائي من ثقب الأبواب أو المفاتيح كما في هذا العمل من المساس بحرمة المساكن والمنافاة للأداب وعن طريق ضبط شيء جاء نتيجة قبض غير قانوني أو نتيجة لإجراء تفتيش باطل قانوناً أو الاعتراف الباطل كما لو جاء دليل إكراه وقع على المعترف أياً كان

نوعه ومهماً كان مقداره أو عن معلومات وصلت إلى الشاهد عن طريق مخالف للنظام العام أو لحسن الآداب أو نتيجة لإفشاء سر من أسرار المهنة أو لاستعمال التهديد أو التعذيب لشهود في الدعوى.

ذلك لأن عقيدة القاضي لا تصح مطلقاً أن تبني في هذا إلا على أدلة صحيحة في القانون ولأنه متى تقرر بطلان أي إجراء من الإجراءات وجب استبعاد كل ما نتج عنه من أدلة وما ترتب عليه من آثار ولأن كل دليل يحصل عليه بطريقة غير مشروعة قانوناً لا يمكن أن تكون له قيمة في الإثبات ولأنه لو سمح عكس ذلك لأصبحت الضمانات التي فرضها المشرع تحقيقاً للمحافظة على حرية المواطنين وكرامتهم وحرية مساكنهم وكفالة الثقة المطلوبة بين الحاكمين والمحكومين لا قيمة لها على الإطلاق - كما أنه لا أهمية لما نسبه المشرع من قواعد وما يصفه من ضمانات متى أمكن إغفالها وعدم مراعاتها.



التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن

د/ إسماعيل المحاقري
أستاذ القانون المدني المساعد
كلية الشريعة والقانون - جامعة صنعاء



مجلة الحقوق
الضمانية

أصبح من الشائع اليوم في المعاملات المدنية والتجارية أن يقوم المدين في العقد بالتنازل عن العقد للغير بمقابل أو بدون مقابل، ويترتب على هذا التنازل أو التصرف حلول التنازل له محل التنازل في المركز القانوني الذي كان يحتله هذا الأخير سواء فيما له من حقوق وما عليه من التزامات وتبرأ ذمة التنازل ومن أمثلة ذلك تنازل المفاوض عن عقد المقاولة إلى مفاوض آخر وتنازل المستأجر عن عقد الإيجار إلى مستأجر آخر وتنشأ بموجب هذا التنازل علاقة مباشرة بين رب العمل والمؤجر وبين المفاوض أو المستأجر التنازل له، وتبرأ ذمة التنازل (المفاوض الأصلي والمستأجر الأصلي) وهناك صور أخرى كثيرة.

وقد أطلق الفقه والقضاء على هذا النوع من التصرفات بالتعاقد من الباطن التي أجازتها القوانين المدنية في عقدي المقاولة وعقد الإيجار، ولكن الفقه والقضاء في الوقت الحالي أصبح يرى أن هنالك تفرقة بين التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن، فأصبح من المسلم به الآن أنه يجب التفرقة بين الإيجار من الباطن والمقاولة من الباطن والوكالة من الباطن من ناحية والتنازل عن الإيجار والتنازل عن المقاولة من ناحية أخرى.

ففي التنازل عن العقد نجد أن هناك تنازلاً عن الصفة التعاقدية أو المركز العقدي في رابطة عقدية موجودة من قبل بحيث أن التنازل له يحل محل التنازل فيما له من حقوق وما عليه من التزامات في الرابطة العقدية الموجودة. ويترتب على التنازل عن العقد أن تنشأ علاقة مباشرة ومتبادلة فيما بين التنازل لديه والتنازل له وكيف الفقه هذا الرأي بالقول أنه حوالة للحق وحوالة للدين في آن واحد).

أما بالنسبة للمتعاقد من الباطن فإن أحد أطراف العقد المفاوض والمستأجر يتعاقد مع الغير المفاوض من الباطن أو المستأجر من الباطن ينشئ علاقة قانونية جديدة موازية للعلاقة القانونية السابقة لا تختلط معها ولا تندمج فيها وتنحصر هذه العلاقة الجديدة فيما بين المتعاقدين المفاوض أو المستأجر والغير فقط فلا تنشأ علاقة مباشرة ومتقابلة بين المتنازل لديه والمتنازل له.

هذا ويترتب على هذه التفرقة النتائج التالية:

فمثلاً بالنسبة لعقد الإيجار:

١- في التنازل عن الإيجار تكون الشروط واحدة فيما بين المؤجر والمستأجر وفيما بين المتنازل به والمستأجر المتنازل أما في الإيجار من الباطن فقد تختلف شروط الإيجار فيما بين المؤجر والمستأجر عنها فيما بين المستأجر الأصلي والمستأجر من الباطن.

٢- يرتب الفقه المصري على ضرورة إخضاع التنازل التي تخضع لها حوالة الحق وحوالة الدين (٣٠٥) (٣١٦٢ / ١) مدني مصري.

٣- ومن حيث المحل فإن الإيجار من الباطن وليس التنازل يمكن أن يكون جزئياً ويمكن أن يدفع إيجاراً مختلفاً عن إيجار المستأجر الأصلي.

٤- ومن حيث الآثار نحو أن المستأجر الأصلي وليس المتنازل، له حق امتياز على ما يوجد في العين المؤجرة من الباطن.

٥- إلى جانب أن المستأجر من الباطن وليس المتنازل له لا تنشأ له دعوى مباشرة في مواجهة المؤجر ولا تنشأ في المقابل للمؤجر دعوى مباشرة في مواجهة المستأجر من الباطن والعكس بالنسبة للتنازل (من القانون اليمني).

النصوص القانونية المتعلقة بالتنازل عن العقد والتعاقد من الباطن في

القانون المدني اليمني

١- في عقد المقاولة:

تنص المادة (٨٩٠) من القانون المدني على أنه (يجوز للمقاول أن يسند العمل كله أو جزء منه إلى مقاول آخر إلا إذا منعه شرط من العقد أو كانت كفايته الفنية معتمداً عليها منظوراً إليها في تنفيذ العمل وتنص المادة (٨٩١) على أنه (إذا أسند المقاول العمل أو جزءاً منه إلى مقاول آخر فإن المقاول الأول يكون مسؤولاً عن العمل قبل رب العمل).

٢- في عقد الإيجار:

تنص المادة (٧٤٠) من القانون المدني على أنه (وليس للمستأجر حق التنازل عن الإيجار المعين أو عقد إيجار العين المستأجرة مع الغير سواء لكل ما استأجره) أو لبعضه إلا بإذن المؤجر وإذا كان الأمر خاصاً بإيجار مبنى لإنشاء مصنع أو منجر أو ونحوهما واقتضت الضرورة بأن يبيع المستأجر المصنع أو المنجر استمرت الإجازة بنفس شروط العقد حتى تكتمل مدة الإيجار وعلى المشتري الالتزام بما ينص عليه عقد الإيجار وانظر إعادة (٧٠٧).

٣- في عقد الوكالة:

تنص المادة (٩١٦) من القانون المدني على أنه (ليس للوكيل توكيل غيره فيما وكل به إلا إذا كان مفوضاً أو أذن له الموكل، وإذا تم توكيل الوكيل الثاني صحيحاً صار وكيلاً للموكل، ويجوز للمحامي المفوض توكيل غيره من المحامين ما لم يتفق صراحة على غير ذلك).

٤ - في عقد المزارعة:

تنص المادة (٧٦٨) على أنه (لا يجوز للمزارع أن يتنازل عن الأرض أو يؤجرها لغيره إلا بإذن المؤجر).

٥ - في عقد المساقاة:

تنص المادة (٧٧١) على أنه (لا يجوز للعامل أن يتنازل عن المساقاة لغيره إلا بإذن المالك).

٦ - في عقد الأجر المشترك:

تنص المادة (٨٢٠) على أنه (لا يجوز للأجير المشترك الذي التزم بالعمل بنفسه أن يستعمل غيره وإذا كان العقد مطلقاً جاز له أن يستأجر مثله على العمل كله أو بعضه ويكون ضامناً لما يتلف بيد من استأجره وله الرجوع على من استأجر).

التكييف القانوني لمضمون تلك النصوص

يلاحظ من تلك النصوص أن القانون المدني اليمني لم يفصح عن تكييفه لتلك الصور بل يلاحظ الاضطراب والتناقض بين تلك النصوص حيث نجده في المادة (٧٤٠) المتعلقة بانتقال عقد الإيجار بالتبعية لانتقال المصنع أو المتجر يوحى بطريقة غير مباشرة بنشوء علاقة مباشرة بين المؤجر والمشتري (المستأجر الجديد) بنفس شروط وخصائص عقد الإيجار وتبرأ ذمة المستأجر الأول.

أما بخصوص عقد المقاول (م ٩٨٠) فنجده ينص صراحة على بقاء المقاول الأول مسئولاً أمام رب العمل، مما قد يوحى بعدم قيام علاقة مباشرة بين رب العمل والمقاول من الباطن.

ونجده بالنسبة لعقد الإيجار وعقد المزارعة وعقد الوكالة وعقد المساقاة لا يجوز للمستأجر أن يؤجر العين المؤجر أو أن يتنازل عن عقد الإيجار للغير إلا بموافقة ورضاء المؤجر أو الموكل ولكن لم يبين ما الحكم لو أذن المؤجر أو الوكيل للمستأجر أو للوكيل في أن يؤجر أو يتنازل عن عقد الإيجار أو أن يوكل غيره فيما وكل فيه فهل تسري قواعد التعاقد من الباطن أو قواعد التنازل عن العقد.. أم أن لكل حالة حكمها حيث يتضح من نص المادة (٧٤) أنها تفرق بين التأجير من الباطن والتنازل عن العقد حيث تقول: (للمستأجر حق التأجير من الباطن كما أن له أن يتنازل عن إيجاره) (م٧١٧) مدني مصري وتنص المادة (٧٤٠) من القانون اليمني على أنه (لا يجوز للمستأجر أن يؤجر الشيء المستأجر أو يتنازل عن الإيجار لغيره ما لم يتفق على غير ذلك).

في القانون المصري الراجح من الفقه أن تلك النصوص تكيف على أنها تنازل عن العقد، ويترتب عليها نشوء علاقة مباشرة بين المتنازل له والمتنازل لديه مع براءة ذمة المتنازل إلا أنه يظل ضامناً إذا نص القانون على ذلك.

وذلك وفقاً للأسباب التالية:

- ١- إقرار المادة (٥٩٦) مدني للدعوى المباشرة حيث تنص في فقرتها الأولى على أنه (لا يكون المستأجر من الباطن ملزماً بأن يؤدي للمؤجر مباشرة ما يكون ثابتاً في ذمته للمستأجر الأصلي وقت أن ينذر المؤجر).
- ٢- إقرار القانون المدني المصري لحوالة الدين التي تفسر التنازل عن العقد، فالفقه المصري في مجموعه ينظر إلى التنازل عن عقد الإيجار مثلاً على أنه حوالة للحق وحوالة للدين في آن واحد ومن ثم يجب أن يطبق بصدده القواعد العامة في حوالة الحق وحوالة الدين حيث يقول السنهوري في هذا

الشأن (يمكن القول باديء ذي بدء أن المستأجر في هذه الحالة يقوم بينه وبين المتنازل له عن الإيجار علاقة محيل بمحال عليه فيما يتعلق بالتزاماته.. أما علاقته بالمؤجر فهي في التنازل عن الإيجار علاقة محيل بمحال عليه في الحقوق وعلاقة محيل بمحال له في الالتزامات، وتقوم علاقته بين المؤجر والتنازل له عن الإيجار هي علاقة المحيل بالمحال عليه أو علاقة المحال عليه بالمحال له).

وبالنسبة لعلاقة المستأجر بالمؤجر فإن التنازل عن الإيجار يتضمن حوالة حق وحواله دين، فالمستأجر بالتنازل قد حول حقوقه قبل المؤجر إلى المتنازل له عن الإيجار فلم يصبح له حق من قبل المؤجر، ولما كانت حقوق المستأجر قبل المؤجر هي التزامات المؤجر نحوه، فإن المؤجر لم يعد منذ التنازل مديناً للمستأجر، كذلك المستأجر بالتنازل قد حول التزاماته نحو المؤجر إلى المتنازل له عن الإيجار فلم يصبح في ذمته التزام نحو المؤجر ونرى من ذلك أن المستأجر لم يعد بعد أن تنازل عن الإيجار دائناً للمؤجر ولا مديناً له، فاختلفت بذلك وساطته بين المؤجر والمتنازل له عن الإيجار وأصبحت العلاقة بين هذين الآخرين علاقة مباشرة)... ولكن يبقى المستأجر ضامناً للمؤجر تنفيذ الالتزامات التي انتقلت إلى ذمة المتنازل له عن الإيجار بحكم القانون لا بصفته مستأجراً لأن القانون المصري ينص على بقاء المتنازل عن عقد الإيجار للمستأجر من الباطن أن يظل ضامناً للوفاء من قبل المستأجر من الباطن.

التكييف طبقاً للقواعد العامة من القانون اليمني

لا يمكن التسليم بذلك التكييف الذي ذهب إليه الفقه المصري عندما اعتبر أن تلك النصوص وغيرها هي تقرير للتنازل عن العقد بل نؤكد أن

تلك النصوص وخصوصاً الواردة في القانون اليمني هي مقرررة للتعاقد من الباطن وفقاً للتعريف الذي حددناه لها والتي لا تعني أكثر من نشوء علاقة بين المتنازل والمتنازل له موازية للعلاقة القائمة بين المتنازل لديه والمتنازل وأن القانون اليمني لم يأخذ بفكرة التنازل عن العقد إلا في حالة واحدة فقط هي عند انتقال العقد بالتبعية لانتقال العقد الأصلي كما هو الحال من المادة (٧٤٠) من القانون المدني.

وحجتنا في ذلك الآتي:

١- أن القانون اليمني خلا من أي إشارة إلى فكرة الدعوى المباشرة.
٢- إن القانون المدني اليمني لم ينظم حوالة الدين المعروفة في الفقه القانوني بل أشير لها بحوالة المال المعروفة في الفقه الإسلامي وهي بشروطها الواردة في المواد لا تستوعب فكرة التنازل عن العقد بما تشمله من حوالة حق وحوالة دين، فحوالة الدين المعروفة في الفقه القانوني هي أن يتفق المدين (المحيل) مع شخص أجنبي بأن يلتزم هذا الأخير بأن يقوم بالوفاء بالتزامات المدين بدلاً عنه ولا بد من قبول الدائن بهذه الحوالة لكن تكون نافذة في مواجهته.

وسواء كان الدين المحال هو مبلغ من النقود أو مثليات أو التزام بعمل فيمكن المفاوض الأصلي أن يتفق مع مفاوض آخر أن يتولى بدلاً عنه تنفيذ عقد المفاوضة في مواجهة الدائن (رب العمل).

أما حوالة المال المنصوص عليها من المادة (٣٩٥) من القانون المدني اليمني فهي أولاً تشترط أن يكون الدين المحال أن يكون مالياً وطبقاً لنص المادة (١١٢) فالالتزام في ذاته ليس بهال فتقوم ولا يمكن ادخاره وهي ثانياً تشترط لصحة الحوالة أن يكون المحال عليه مديناً في نفس الوقت للمحيل (وهو هنا المدين الأصلي) بنفس الدين نوعاً وجنساً وقدرراً وصفة وهي ثالثاً

تشرط لصحة الحوالة رضا المدين الأصلي (المحيل) والدائن (المحال له) أما المحال عليه فلا يشترط رضاه بل يكفي ان يكون الدين مستقراً عليه إلا إذا لم يكن مديناً للمدين الأصلي (المحيل) فيجب توافر رضاه، وإذا كانت تلك المواد ترتب على الحوالة براءة ذمة المدين الأصلي إلا أنها تكيف الأمر على أنه انقضاء للدين السابق الذي كان في ذمة المحيل ونشوء دين جديد من تاريخ الحوالة في ذمة المدين الجديد (المحال عليه) لذلك فالفقهاء يرون أن هذا تجديد الدين وليست حوالة للوصية لأن الحوالة من أهم خصائصها انتقال الدين من ذمة المدين السابق إلى ذمة المدين الجديد بكل خصائصه وصفاته ودفعه وهذا ما لا يتفق مع فكرة التنازل عن العقد.

كما أن المادة السابقة لا تعتبر المحيل المدين الأصلي ضامناً لإعسار المحال عليه وإذ لم يتمكن المدين من الوفاء بالدين ينبغي وفقاً لقواعد الحوالة أن يعتبر الدائن غير مستوفٍ لدينه أو أن الحق لم ينتقل له فيبقى للدائن دينه في ذمة المدين ولكن هذا الحكم لا يظهر في وضوح من النصوص بل خولت المادة (٧/٣٩٥) للمحال إليه خيار الفسخ إذا كان مجهل ذلك.

ويلخص السنهوري حقيقة هذه الحوالة المحددة في القانون اليمني والمعروفة في فقه الشافعية والحنابلة والمالكية بالآتي:

(أما ما يمكن أن نسميه بالحوالة المطلقة في المذاهب الثلاثة، حيث لا يكون للمدين دين في ذمة المحال عليه فهذه ليست حوالة أصلاً حتى بالاسم فقد رأينا أن المذاهب الثلاثة لا تسميها حوالة، فإذا حول المدين دائنه على أجنبي غير مدين له فهو إنما يجعل من هذا المدين كفيلاً له فالحوالة هنا كفالة محضة لا تحوير فيها أو هي حمالة كما تقول المالكية ولا بد من رضاه الدائن والمدين والمحال عليه جميعاً بهذه الحوالة فإذا انعقدت اعتبر المحال عليه كفيلاً للمدين أما الحوالة المقيدة في المذاهب الثلاثة والتي لا

تكون إلا حيث يكون المدين دائناً في الوقت ذاته للمحال عليه، بجنس ما عليه وبمقداره وصفته ونوعه (م ٣٩٥ / ٥) هي (في نظرنا وفاء دين بحق عن طريق إسقاط كل من الدين والحق، وإنشاء التزام جديد يستوفي به المدين الحق وفي بالدين فتنهى إلى تجديد بتغير الدائن بالنسبة إلى استيفاء الحق وإلى تجديد بتغير المدين بالنسبة إلى الوفاء بالدين).

وبناء على ذلك فإذا قلنا أن رضاء المؤجر أو رب العمل والموكل بتنازل المستأجر أو المزارع أو المقاول أو الوكيل عن عقد الإيجار أو المزارعة أو المقاوله يترتب عليه حلول المستأجر أو المقاول أو الوكيل من الباطن محل الأول فيما له من حقوق وما عليه من التزامات ونشوء علاقة مباشرة بين المتنازل له والمتنازل لديه مع براءة ذمة المتنازل، سيصعب تفسيرها في ظل القواعد العامة للقانون المدني اليمني وفي غياب تنظيم القانون اليمني لحالة الدين لذلك فلا خيار لدينا إلا القول أن القاعدة أن مثل تلك التنازلات هي بمثابة تعاقد من الباطن وفقاً للمفهوم المحدد لذلك وهو نشوء علاقة جديدة بين المتنازل والمتنازل له إلى جانب العلاقة السابقة القائمة بين المتنازل أو المتنازل لديه إلا فيما نص عليه القانون صراحة كضرورة لمعالجة متطلبات التطور القانوني.

أو اتجهت إليه إرادة المتعاقدين صراحة ورضا المتنازل لديه صراحة بذلك ويجب أن يفسر التصرف في هذه الحالة أنه تجديد للدين يجب أن تتوافر شروطه القانونية.

ومن المفيد أخيراً أن نذكر أن هذا التخريج هو السائد في الفقه الإسلامي فمثلاً بعض فقهاء الشريعة يجيزون للمستأجر أن يؤجر العين المؤجرة بما يساوي ما له في عقد الإيجار أو أقل لا أكثر لأن فقهاء الشريعة يعرفون عقد الإيجار بأنه تملك للمنفعة أي ينظرون له على أنه حق عيني على خلاف ما

ذهب إليه القانون اليمني الذي يشترط رضاء المؤجر على تأجير المستأجر وفي كل الأحوال يظل المؤجر أجنبياً عن عقد الإيجار المبرم بين المستأجر والمؤجر من الباطن ويظل المؤجر ضامناً وكذلك بالنسبة للوكالة فيجب موافقة الموكل على توكيل الوكيل لوكيل آخر ويصبح الوكيل الجديد وكيلاً للموكل أي أن تصرفاته فيما وكل فيه نافذة في حق الموكل أما فيما يتعلق بعقد الوكالة في العلاقة بين الوكيل والوكيل من الباطن فيظل الموكل أجنبياً عن ذلك العقد (من حيث الحقوق والالتزامات) وكذلك بالنسبة لعقد الأجير المشترك أما بالنسبة للعارية فلا يجوز للمستعير أن يعير غيره لأنه لا يملك المنفعة فالعارية إباحة للمنفعة وليست تملكاً لها لأن عقد العارية عقد غير لازم فإذا رضي المعير بعارية المستعير كان بمثابة فسخ للعارية السابقة ونشوء عارية جديدة.



واقع التوثيق في المحاكم اليمنية ومشكلاته وسبل معالجتها

ورقة عمل للمشاركة في ندوة التوعية الإعلامية
بأهمية التوثيق ودوره في حفظ الحقوق والحد من المنازعات
في الفترة من ١١ - ١٢ نوفمبر ٢٠٠٧م

إعداد/

أحمد حزام أحمد القبلاوي
مدير عام التوثيق بوزارة العدل



مجلة
البحر
العلمي
البحري

المقدمة

الحمد لله رب العالمين القائل ﴿وَلِيَكْتُبَ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ﴾ والصلاة والسلام على سيدنا محمداً وعلى آله وصحبه أجمعين وبعد:

فإن التوثيق والتسجيل له دور هام في حفظ الحقوق وحمايتها من العبث والضياع باعتباره النظام الوحيد لإثبات التصرفات الشرعية والقانونية. ولأهميته حث القرآن الكريم عليه وشدد في الالتزام به وأفرد له أطول آية في القرآن الكريم وهي آية الدين، قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَيْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ.. وَلَا تَسَاءَمُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ أَجَلِهِ..﴾ (البقرة/ ٢٨٢). ولم يكتفِ الخالق عز وجل بالتوثيق وإنما أمر بعدم الملل والسأم من توثيق الصغير والكبير لأهميته. فالتوثيق هو الوسيلة الوحيدة لتثبيت التصرفات الشرعية والقانونية بين الأشخاص أو الهيئات أو الشركات وتفعيل أدائه يؤدي إلى استقرار المعاملات والحد من المنازعات وتهيئة المناخ الملائم للاستثمار وتحريك عجلة التنمية الاقتصادية والاجتماعية في البلاد. لذا كان لا بد من تطوير أدائه ومكننة أعماله بما يواكب حركة التطورات الجارية.

وفي إطار اهتمام القيادة السياسية ممثلة بفخامة الأخ/ علي عبد الله صالح رئيس الجمهورية حفظه الله بالإصلاحات الشاملة، حيث أن من ضمن أولويات برنامج فخامته الإصلاحات القضائية ومنها إصلاح التوثيق والسجل العقاري وبما يؤدي إلى تحسين مستوى الأداء وتطويره وصولاً إلى الغاية المطلوبة المتمثلة في استقرار التصرفات بين أفراد وشرائح المجتمع، ولما يوليه فضيلة العلامة القاضي/ عصام بن عبد الوهاب السماوي رئيس

مجلس القضاء رئيس المحكمة العليا من اهتمام في هذا الشأن وكذلك ما يوليه معالي الأخ/ وزير العدل الدكتور/ غازي شائف الأغبري من اهتمام ودعم لا محدود ففي ظل قيادته للوزارة تم القيام بعدد من الخطوات الجوهرية في مجال التوثيق يمكن القول بأنها البدايات الحقيقية في إصلاح التوثيق كما يجب أن لا ننسى ما قام به الأخوة معالي وزراء العدل السابقين الذين تولوا قيادة الوزارة منذ قيام الوحدة المباركة من خطوات في سبيل تحسين مستوى أداء التوثيق وتطويره وصولاً إلى قيام التوثيق بأداء الدور المناط به في حفظ الحقوق والحد من المنازعات.

والله من وراء القصد،،،

واقع التوثيق

أولاً: مفهوم التوثيق ودوره في استقرار التصرفات والحد من المنازعات:

(١) مفهوم التوثيق:

أن مفهوم التوثيق حسب ما نصت عليه المادة (٢) من قانون التوثيق رقم (٢٩) لسنة ١٩٩٢م المعدل بالقانون رقم (٣٧) لسنة ١٩٩٧م هو: (قيام الموثق أو الأمين بالتصديق على التواقيع أو على بصمة إبهام ذوي العلاقة في الوثيقة المحررة من غيرهم وعلى اعترافهم بمضمونها وإثبات تاريخ التوثيق)... كما نصت المادة السالفة الذكر أيضاً على معاني مفردات التوثيق منها على سبيل الذكر:

الموثق: الموظف المكلف في حدود سلطته واختصاصه بالأعمال المبيّنة في القانون وفي غيره من القوانين الأخرى.

الأمين: شخص مكلف بالقيام بخدمة عامة بموجب هذا القانون (قانون التوثيق) واللوائح والقرارات النافذة.

ذو العلاقة: هو كل متعاقد أو موقع على المحرر أو من يقوم مقامه بصفة قانونية.

لتنظيم: إنشاء وتحرير المحرر مباشرة من قبل الموثق أو الأمين ومن في حكمه حسب طلب ذوي العلاقة وتوثيقه. (والمقصود بمن في حكمه: القضاة المتولين والعلماء الاعتباريين في مناطقهم بحسب المادة (٣٦) من قانون التوثيق).

كما أن من مفردات معاني التوثيق حسب ما تضمنته نصوص المواد (٢ - ٩ - ١١ - ٢٣) من قانون التوثيق:

المصادقة: هو قراءة المحرر من قبل الموثق أو الأمين على المتعاقدين أو المقر وقبولهم تنفيذ ما جاء فيه ثم التوقيع عليه مع الموثق أو الأمين والشهود إسهاداً بذلك والاحتفاظ بنسخة من هذا المحرر.

٢) معنى التوثيق:

بعد أن بينا مفهوم التوثيق في سياق القانون، نبين المعنى اللغوي الشرعي / القانوني للتوثيق كما يلي:
المعنى اللغوي:

التوثيق لغتها: مصدر الشيء وثق الشيء إذا أثبته وأحكمه ووثق الشيء توثيقاً أي أثبته وأحكمه، شيء موثق: أي مُحكم، والميثاق هو العهد والمواثقة هي المعاهدة.

المعنى الشرعي / القانوني:

التوثيق: هو نظام إثبات التصرفات الشرعية/ القانونية كتابة في أوراق أو كتب أو دفاتر أو أية وسيلة أخرى على وجه يصح به الاحتجاج شرعاً/ قانوناً.

وحيث أن التوثيق ومن خلال ما سبق يصب في جميع التصرفات الشرعية والقانونية وبالتالي يمكن تقسيم أعمال التوثيق بحسب مواضيع تلك التصرفات إلى:

توثيق التصرفات العقارية. وهذه تصب ضمن السجل العقاري.
توثيق عقود الزواج وشهادات الطلاق والرجعة. وهذه تصب في سجلات واقعات الأحوال المدنية.
توثيق التصرفات الأخرى. وهذه تندرج ضمنها جميع التصرفات الأخرى بما فيها التصرفات التجارية.

- ب - دور وأهمية التوثيق في استقرار التصرفات والحد من المنازعات:
بعد أن أوضحنا مفهوم وتعريف التوثيق والذي يتضح من خلاله أن التوثيق يحكم جميع التصرفات الشرعية والقانونية. أما دور وأهمية التوثيق في استقرار التصرفات والحد من المنازعات فإنه من خلال الرجوع إلى:
- ما نصت عليه المادة (١١) الفقرات (ج - د - هـ - و - ز) من قانون التوثيق من أنه: (يجب على الموثق أو الأمين عند قيامه بمهامه مراعاة ما يلي:
- ج- التحقق من شخصية ذوي العلاقة وأهليتهم ورضاهم وأن يذكر ذلك في الوثيقة مع ذكر الاسم الكامل لكل منهم ومهنته وعمره والشهود وتدوين التاريخ والأرقام بالحروف الكاملة.
- د- عدم توثيق أي محرر في التصرفات العقارية إلا بعد التأكد من ملكية المتصرف للعقار وموافاة السجل العقاري بكشف بما تم توثيقه وتسجيله، وأن يتضمن المحرر نوع العقار ومساحته وحدوده وبيانات توثيقه.
- هـ- عدم تحرير أو توثيق أي محرر يخالف الشريعة الإسلامية والقوانين المنظمة.
- و- قراءة المحرر الذي حرره أو وثقه على ذوي العلاقة والشهود مع ذكر ذلك فيه ثم التوقيع عليه مع ذوي العلاقة في ذيل المحرر.
- ز- يراعى عند تحرير العقود وأحكام القوانين النافذة المتعلقة بمسائل السجل العقاري والأسرة والضرائب وغيرها من القوانين المرتبطة بهذا القانون (قانون التوثيق).
- وما نصت عليه المادة (٩) الفقرتان (ح - ط) من القانون أنه: (يقوم الموثق في دائرته بالمهام والواجبات التالية:
- ح - التأشير على الدفاتر التجارية.

ط - تحرير الاحتجاجات بإثبات الامتناع من قبول أو وفاء الأوراق التجارية.

وما نصت عليه المادة (١٣) من القانون من أنه: (لا يجوز للموثق أو الأمين أن يحرر محرراً إذا كان هذا المحرر يخصه في حق له أو لقربة له في الدرجة الأولى أو مصاهرة مباشرة).

وما نصت عليه المادة (٢٥) من القانون من أنه: (تتمتع المحررات المحررة أو الموثقة من قبل الموثق بالقوة الثبوتية والتنفيذية المنصوص عليها في القانون، وتتمتع بنفس القوة المحررات المحررة أو الموثقة من قبل الأمين شريطة القيد على هذه المحررات من قبل قلم التوثيق الذي يقع في دائرته الأمين، ما لم يطعن فيها الخصم فيتعين إثباتها في الحالتين بالطرق الشرعية). هذه النصوص المشار إليها هي الضمانات بأن توثيق التصرفات الشرعية والقانونية يؤدي إلى استقرار المعاملات والحد من المنازعات فمن مفهومها يتبين لنا وعلى سبيل المثال أهمية التوثيق في:

١- أن على الموثق أو الأمين قبل التصديق على التوقيع لذوي العلاقة في الوثيقة المراد توثيقها أن يتأكد أن هذه الوثيقة لا تخالف الشريعة الإسلامية ولا تخالف القوانين النافذة وأنها استوفت شروطها الشرعية والقانونية وليس في صياغتها أي لبس أو غموض أو تحايل.

٢- أن توثيق عقود الزواج وشهادات الطلاق والرجعة يؤدي إلى إثبات الحالة الشخصية الأسرية حيث بوثيقة الزواج والطلاق والرجعة يسهل التعامل الشرعي والقانوني في جميع مناحي الحياة مثل (إثبات النسب والبنوة - الميراث - الطاعة الزوجية - معرفة حالات الطلاق والرجعة وما ينتج عنهما من أحكام - الحصول على البطاقة

العائلية - الحصول على المعاش التقاعدي للزوج أو الزوجة... الخ). وبالتالي فإن الحفاظ على الحقوق والآثار الشرعية والقانونية للزوج والطلاق والرجعة سبيله الأمثل هو التوثيق. إضافة إلى الاستفادة منها في تخطيط البرامج الاقتصادية والاجتماعية مثل برامج الإسكان والضمان الاجتماعي وإعداد الدراسات الديمغرافية.

٣- أن التوثيق عون كبير في مجال التصرفات التجارية حيث تراجع العقود من الناحيتين الشرعية والقانونية أكان القانون الوطني أو الدولي حسب ما يتفق عليه الأطراف، كما يتم التأكد من صفة الأشخاص أكانوا طبيعيين أو معنويين.. كما أن التوثيق أيضاً عون كبير في تشجيع الاستثمار واستقرار المعاملات بين الأشخاص في أعمال المقاولات والتأجير والوكالات وبيع المنقول وغيره، حيث أن التوثيق جهة للتدقيق والتمحيص في الالتزامات لجميع التصرفات لتتفق مع الشرع والقانون، وهذا سيساهم كثيراً في سيادة القانون، وسيساعد الجهات الحكومية وغيرها في المعاملة السريعة بهذه الوثائق.

٤- أن توثيق التصرفات العقارية تكمن في قيمته القانونية أنه يصبح حجة قانونية رسمية في مواجهة الكافة لا يمكن إنكارها أو جحودها.

٥- من خلال مهام وواجبات الموثق التي نصت عليها المادة (٩) من قانون التوثيق يتضح أن مهام الموثق بالإضافة إلى توثيق المحررات التأشير على الدفاتر التجارية وتحرير الاحتجاجات بإثبات الامتناع من قبول أو وفاء الأوراق التجارية.

٦- أن توثيق المحررات وفقاً لما رسمه القانون قرينة شرعية تغني في الإثبات وفقاً لنصوص المواد (٩٧- ٩٨- ١٠٠) من قانون الإثبات رقم (٢١) لسنة ١٩٩٢م المعدل بالقانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٦م.

مشكلات التوثيق وسبل معالجتها

وبما أننا قد سبق وأن أوضحنا واقع التوثيق في شتى الجوانب وما تم من خطوات خلال السنوات الماضية بهدف الوصول بدور التوثيق إلى الفائدة المرجوة منه.. إلا أن ما تم القيام به من خطوات غير كافية. فهناك العديد من المشاكل والمعوقات التي أدت إلى ظهور العديد من أوجه القصور والتي يجب بيانها وطرح الحلول المناسبة لتجاوزها وهو ما سنتناوله وعلى النحو التالي:

أولاً: في الجانب التشريعي:

تعد المعوقات التشريعية أهم المشكلات التي تواجه أعمال التوثيق فبإجراء بعض التعديلات على قانون التوثيق الحالي وعلى بعض النصوص القانونية ذات الصلة بالتوثيق في بعض القوانين الأخرى يمكن حل الكثير من المشاكل التي تعيق مستوى تطوير وتحسين أعمال التوثيق وفيما يلي أهم المشكلات في جانب التشريع:-

١- ورد في المادة (٣) من قانون التوثيق إنشاء إدارة عامة للتوثيق بالوزارة والمفترض أن يحيل النص ذلك إلى اللائحة التنظيمية للوزارة بحيث يمكن أن تنشأ إدارة عامة واحدة أو أكثر أو قد ينشأ قطاع خاص بالتوثيق بحسب الأحوال مما يعطي مرونة لتطوير

العمل وتحديثه من خلال إنشاء الجهات المعنية بالتنظيم والإشراف والرقابة عليه.

٢- صعوبة تطبيق المادة (٥) من قانون التوثيق في الواقع العملي والتي اشترطت أن يتولى التوثيق في مكاتب وأقلام التوثيق قضاة ومساعدون قضائيون يتم ترشيحهم وتعيينهم وندبهم وفقاً لقانون السلطة القضائية نظراً لأن ذلك ليس بالعمل القضائي حتى يشترط في توليه ذلك الشرط لاختلاف طبيعة أعمال التوثيق عن العمل القضائي (الفصل في المنازعات). وبالتالي لا تستطيع الجهة المختصة بالوزارة وفقاً لذلك النص من القيام بإجراء حركة تنقلات لمدرء مكاتب ورؤساء أقلام ولا المختصين بالتوثيق في المحاكم ولا حتى الاشتراك أو إبداء الرأي في ذلك حيث أن ذلك مخول فقط لمجلس القضاء الأعلى وفقاً لقانون السلطة القضائية هذا من جانب. ومن جانب آخر تناقض ذلك النص مع نص المادتين (٣-٥) من القانون الذي أعطى الإدارة العامة للتوثيق حق الإشراف والرقابة والتفتيش على أعمال التوثيق بالمحاكم... الخ لسبب أن القائمين على هذه الأعمال من الأخوة القضاة والذي أناط القانون التفتيش على أعمالهم لجهة أخرى هي هيئة التفتيش القضائي الأمر الذي انعكس سلباً على مستوى الأداء. مع أنه من خلال الاطلاع على التشريعات العربية المتعلقة بالتوثيق نجد أن أغلبها ولا نبالغ إن قلنا جميعها لا تشترط ذلك الشرط الوارد في قانون التوثيق اليمني فمثلاً نص القانون الأردني (١) (يقوم بوظيفة كاتب العدل أي موظف عين كاتباً وأي شخص يعين بمقتضى أنظمة الموظفين ليقوم بوظيفة

(١) قانون كاتب العدل الأردني رقم (١١) لسنة ١٩٥٢ م وتعديلاته.

كاتب العدل، ويعتبر كل من المذكورين أحد موظفي الحكومة ذوي الراتب... الخ) أما القانون السوري (١) فإنه قد اشترط في من يعين كاتباً بالعدل أن يكون حائزاً إجازة الحقوق من إحدى الجامعات... الخ. فيما اشترطت وثيقة الدوحة للنظام (القانون (٢)) الموحد لأعمال كتاب العدل لدول مجلس التعاون فإنه قد اشترط في من يعين كاتب عدل: (أن يكون حاصلاً على إجازة في الشريعة أو القانون من إحدى الجامعات أو المعاهد العليا المعترف بها). أما القانون المصري (٣) فإنه لم يتطرق لذلك. كما أن أغلب التشريعات العربية قد منحت حق التعيين في وظائف التوثيق لوزير العدل.

٣- ورد في المادة (٦) الفقرة (د) من القانون أنه يشترط في من يرخص له بمزاولة مهنة الأمين أن يجيد القراءة والكتابة حسن الخط. أي أن النص قد خلى من شرط المؤهل ونوعه وهذا مما يعاب في القانون نظراً لأهمية تنظيم وتوثيق المحررات. فإن كان قصد المشرع هو عدم وجود حاملي مؤهلات في بعض المناطق النائية فإن ذلك لا يقتضي خلو الشرط من المؤهل ونوعه بل كان الأحرى استثناء ذلك في بعض المناطق النائية وفي أضيق الحدود هذا من جانب ومن جانب آخر فإنه عند المقارنة بين ما نصت عليه المادة (٥) في شرط من يتولى التوثيق وبين ما ورد في هذه المادة فيما يخص شرط الأمين نجد الفارق الكبير على الرغم من أن اختصاصات وواجبات ومهام

(١) قانون الكتاب بالعدل السوري رقم () لسنة ١٩٥٩ م.

(٢) معتمد من المجلس الأعلى لدول مجلس التعاون في دورته الرابعة والعشرين المنعقدة بدولة

الكويت بتاريخ ٢١-٢٢ ديسمبر ٢٠٠٣ م.

(٣) قانون التوثيق المصري رقم (٦٨) لسنة ١٩٤٧ م وتعديلاته.

- الأمين هي نفس اختصاصات وواجبات الموثق والواردة في المواد (٩-١٠-١١) من القانون.
- ٤- يكاد القانون اليمني يكون الوحيد الذي لم ينص على كيفية تنظيم وتوثيق المحررات للمواطنين المتواجدين خارج البلاد. فعند الاطلاع على أغلب تشريعات التوثيق العربية نجد أنها قد منحت أو فوضت قناصل الدول بالخارج حق تنظيم وتوثيق المحررات لمواطني تلك الدول المتواجدين بالخارج وهو ما يجب التنبه له عند إجراء تعديل قانون التوثيق نظراً لما يعانيه المواطن اليمني في هذا الشأن.
- ٥- ورد في نص المادة (١٣) من القانون أنه لا يجوز للموثق أو الأمين أن يحرر محرراً إذا كان هذا المحرر ينحصر في حق له أو لقرابة له في الدرجة الأولى أو مصاهرة مباشرة. ولم يبين النص من سيقوم بهذه المهمة كما فعلت بعض التشريعات العربية. فعلى سبيل المثال تضمن القانون الأردني أنه يتم تنظيم العقود الخاصة بالكاتب أو أي من أقاربه من قبل موظف ينتدبه رئيس المحكمة أو قاضي الصلح الذي يكون كاتب العدل ضمن دائرة اختصاصه.
- ٦- ورد في المادة (٢٤) من القانون أنه يحق لأي شخص رفض توثيق محرره، أن يتظلم لدى رئيس المحكمة الواقع بدائرتها قلم التوثيق خلال (٣٠) يوماً من تاريخ إبلاغه بالرفض. وكان من المفترض أن يتضمن النص حق الطعن في قرار المحكمة بالفصل في التظلم أمام محكمة أعلى درجة وهو ما تضمنته جميع تشريعات التوثيق العربية.
- ٧- الأصل أن المحررات الموثقة سند تنفيذي وقرينة شرعية تغني في الإثبات ما لم يطعن فيها الخصم فيتعيّن إثباتها بالطرق الشرعية وفقاً

لنص المادة (٢٥) من قانون التوثيق ونصوص المواد (٩٧ - ٩٨ - ١٠٠) من قانون الإثبات رقم (٢١) لسنة ١٩٩٢م المعدل بالقانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٦م. إلا أن قانون المرافعات والتنفيذ المدني رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٤م لم يضمن المحررات الرسمية ضمن السندات التنفيذية وهذا وضع لا يمكن السكوت عنه. فما فائدة المحرر الرسمي إذا لم يكن سند تنفيذي. حيث في هذه الحالة يتساوى المحرر الرسمي مع المحرر العرفي وبالتالي لا داعي لتحمل المواطن نفقات المحرر الرسمي ولا داعي لنفقات الدولة التي تنفقها للموظفين وغيرها لاستقرار المعاملات بين الأشخاص بهدف توثيق المحررات الأمر الذي يستوجب إجراء التعديل اللازم في قانون المرافعات والتنفيذ المدني.

٨- عدم تناسب رسوم التوثيق المحددة بالجدول المرفق بقانون التوثيق، فمن حيث نوع الرسوم الثابتة فإنها لا تتناسب وواقع الحال، أما من حيث نوع الرسوم النسبية فإنها غير عادله بوضعها الحالي لعدم تعدد نسب الرسم من وثيقة إلى أخرى وفقاً لنوع المحرر. فعلى سبيل المثال قد تكون نسبة الرسم الحالي واقعي فيما يخص عقود البيع والشراء وما شابه ذلك لكنه غير واقعي فيما يخص التصرفات الأخرى مثل عقود الائتمان وعقود الرهن والسندات الأذنية والقروض والتسهيلات والضمانات. الأمر الذي أظهر الكثير من المشاكل عند استيفاء تلك الرسوم مثل مشاكل البنوك مع عملائها نتيجة توقفهم عن القيام بتوثيق المستندات المطلوب منهم توثيقها بسبب نسبة الرسم مما يؤثر سلباً على حركة النمو الاقتصادي ويعيق حركة الاستثمار وكذلك اجتهاد البعض في استيفاء الرسوم الثابتة

على وثائق ذات قيمة مالية وهذه مخالفة ما كان يجب أن تتم لو تعددت نسبة الرسم وفقاً لنوع الوثيقة. كما أن عدم القيام بتوثيق التصرفات بسبب ارتفاع الرسوم في بعض أنواع المحررات سيؤدي إلى عدم استقرار التصرفات وبالتالي ظهور العديد من المنازعات مستقبلاً ما كان يجب أن تتم. الأمر الذي يتوجب ضرورة سرعة القيام بتعديل قانون التوثيق.

٩- ورد في نص المادة (٣٦) من قانون التوثيق من أن المحررات الصادرة من القضاة المتولين والعلماء المعبرين في مناطقهم يكون لها حجية المحررات الرسمية وهذا يتعارض مع مضامين قانوني السلطة القضائية والتوثيق. حيث تتعارض مع ما تضمنته المادة (٨١) من قانون السلطة القضائية التي تحظر على القضاة عدم جواز الجمع بين وظيفة القضاء وأي وظيفة أخرى أو أي عمل لا يتفق مع واجبات القاضي واستقلال وكرامة القضاة هذا من جانب. ومن جانب آخر يقع القاضي مستقبلاً في إحراج عند قيام منازعة أمامه في محرر بخطه، بالإضافة إلى أن المعروف أن القضاة غير مستقرين في منطقة معينة بسبب حركة التنقلات وقانون التوثيق يشترط في هذه المهام الإقامة الدائمة وأهمية ذلك كثيرة لا مجال هنا لسردها. كما أن الكثير من القضاة لا يتقيدون بفتح سجلات لقيد المحررات والقيد من أهم إجراءات توثيق المحررات ناهيك عن حفظ نسخ من الوثائق... وأيضاً إنه من المعروف أن ممارسة مهنة تنظيم وتوثيق المحررات معرض للتفتيش والتحقيق والمساءلة من قبل قلم التوثيق المختص عند ثبوت المخالفة عليه وفي حالة أن يكون الموثق قاضياً لا يمكن القيام بذلك لأن القانون قد أعطى

ذلك لجهة أخرى غير أقلام التوثيق كما أن ذلك لا يتفق مع استقلال القاضي وكرامة القضاة... الخ. أما العلماء المعتبرين في مناطقهم فإن ذلك يخالف أيضاً مضامين قانون التوثيق حيث أن ممارسة مهام تنظيم وتوثيق المحررات تتم من قبل أقلام التوثيق والأمناء في إطار اختصاص مكاني محدد والسماح للعلماء بتحرير المحررات يخل بذلك وكان المفروض أن ينص فقط فيما يخص العلماء استثنائهم من شروط الاختبار والمؤهل وتستكمل في حقهم بقية الإجراءات على أن يحدد لهم اختصاص مكاني محدد مثلهم مثل الأمناء. لأن النص في حالته الراهنة يحدث مشاكل وإرباكات لأعمال التوثيق في حال وجود أمين مصرح له في منطقة من المناطق مع وجود عالم وهناك عدد من المشاكل حدثت بسبب هذا النص، وبالتالي فلا داعي لوجود مثل هذا النص لما له من آثار سلبية وينبغي إلغاؤه عند إجراء التعديل في قانون التوثيق.

١٠- ورد في نص المادة (٣٥) من قانون التوثيق بأن يقوم القضاة بتوثيق المحررات في المحاكم التي لم تستحدث فيها أقلام التوثيق إلى حين إنشاء تلك الأقلام. وذلك يتناقض مع نص المادة (٢٤) من القانون التي أعطت لمن رفض توثيق محررة أن يتظلم لدى رئيس المحكمة الواقع بدائرتها قلم التوثيق. فمن غير المعقول وليس من العدل التظلم من رفض المحرر أمام من رفض توثيق المحرر، مع العلم أن أغلب قوانين التوثيق العربية قد عاجلت مثل هذه الحالة من خلال تحويل رؤساء أقلام أو دوائر الكتاب القيام بمهام التوثيق في حال عدم إنشاء دوائر أو أقلام للتوثيق... وبالتالي يجب تعديل النص وفقاً لذلك لما ورد في التشريعات العربية.

وفي كل الحالات وكما سبق الإشارة من أن المعوقات التشريعية تعد أهم المشاكل التي تواجه سير أعمال التوثيق وبالتالي فلا مفر من ضرورة إجراء تعديل قانون التوثيق. وزيادة على ما أوضحناه فإننا نرى أن من أهم الحلول التشريعية هو النص على عدم تبعية مكاتب وأقلام التوثيق بالمحاكم وأن تتبع قطاع خاص في الوزارة يسمى قطاع التوثيق والسجل العقاري، وضم السجل العقاري إلى وزارة العدل أيضاً يعد من أهم الحلول لمشاكل التوثيق. وهو ما أخذت به الكثير من تشريعات الدول العربية والمثال على ذلك ما هو قائم في مصر حيث تم فصل أعمال التوثيق عن المحاكم وإنشاء قطاع خاص بالتوثيق والشهر العقاري. فمهما منحت من صلاحيات ووفرت من إمكانيات كما هو الحال الآن في ظل دعم معالي الأخ الوزير الدكتور/ غازي شائف الأغبري فلن يجدي ذلك نفعاً في ظل الوضع التشريعي القائم بما فيه من سلبيات وقصور.

ثانياً: في الجوانب الأخرى:

١ - باستثناء أقلام التوثيق بأمانة العاصمة ومحافظة عدن وبعض أقلام التوثيق بمحافظة لحج فإن المحررات الموثقة تصدر من أقلام التوثيق في بقية المحاكم تحت توقيع الأخوة رؤساء المحاكم وتختم بختم المحكمة وليس تحت توقيع رؤساء أقلام التوثيق وبختم خاص بالقلم كما تضمنه قانون التوثيق مما انعكس سلباً على مستوى سير أعمال التوثيق نظراً لأن الأخوة القضاة مشغولين أساساً بالفصل في المنازعات القضائية إضافة إلى الإشراف والرقابة على سير الأعمال الكتابية الإدارية في المحكمة بالإضافة إلى عبء أعمال التوثيق مما أدى إلى ظهور عدة أخطاء في بعض المحررات

الموثقة وعدم القيد لبعضها وعدم الالتزام باستيفاء الرسوم وفقاً للقانون ناهيك عن تأخير إنجاز أعمال التوثيق أولاً بأول وبنفس اليوم كما هو المفروض كل ذلك بسبب عدم وجود وقت كافٍ للمراجعة والتدقيق والإنجاز وبالتالي معالجة ذلك تكمن في استكمال خطة استقلال أقلام التوثيق في إصدار المحررات الموثقة تحت توقيع رؤساء أقلام التوثيق وختمها بأختام خاصة بأقلام التوثيق وعلى مراحل حتى يتم استكمال استقلال جميع أقلام التوثيق ويكون رؤساء أقلام التوثيق مسئولين عن أي أخطاء أو تجاوزات وليس رؤساء المحاكم بحيث يظل دور رؤساء المحاكم القيام بالإشراف والرقابة فقط والفصل في التظلمات.

٢- أن تعدد جهات التوثيق والتسجيل (مكاتب وأقلام التوثيق والأمناء - فروع ومكاتب الهيئة العامة للأراضي والمساحة والتخطيط الحضري (السجل العقاري)) أدى إلى تنوع وتعدد الإجراءات المتبعة أمامها وكذا تنوع صيغ الوثائق والعقود المعتمدة من تلك الجهات الأمر الذي ولد الإرباكات في المعاملات والازدواجية في الإجراءات كما أن عدم التنسيق بين تلك الجهات بسبب تبعية التوثيق لوزارة العدل وتبعية السجل العقاري للهيئة العامة للأراضي والمساحة والتخطيط الحضري (السجل العقاري) تسبب في حدوث تجاوزات كثيرة وخاصة في إجراءات التمليك والمسح والتوثيق والتسجيل مما كان له الأثر السلبي والسيئ الذي أدى إلى زعزعة استقرار المعاملات والمراكز القانونية للأشخاص وبالتالي إلى عدم استقرار أوضاع الملكية الخاصة وهو ما جعل رفع نسبة القضايا المعروضة أمام المحاكم الأمر الذي يتطلب توحيد

الجهة التي تتولى عملية التوثيق والتسجيل العقاري وبما من شأنه تلافي الازدواجية في الإجراءات والحد من التجاوزات كما أنه من المعلوم أن توثيق التصرفات الشرعية والقانونية وتعيين الموثقين ومنح تراخيص مزاولة مهنة تحرير العقود والإشراف عليهم منوط بوزارة العدل والمحاكم بموجب القوانين النافذة (التوثيق - المدني - الأحوال الشخصية - الوقف الشرعي وغيرها) وأن طبيعة عمل ومهام السجل العقاري هي توثيق وتسجيل التصرفات العقارية وبالتالي يمكن القول بوجود ارتباط كبير وهذا الارتباط يتطلب تبعيتها لوزارة العدل ناهيك عن طبيعة العمل في السجل العقاري يستدعي بالضرورة لأن يتوفر له الاستقلالية والحيادية وهذا لن يتأتى إلا من خلال إشراف جهة قضائية على أعماله. إضافة كما نود الإشارة إلى أن الكثير من التشريعات العربية قد نصت على تبعية السجل والشهر العقاري إلى وزارة العدل. ومنها على سبيل المثال القانون المصري. كما أن النظام الحالي في تسجيل التصرفات العقارية يقوم على أساس السجل الشخصي والضرورة تستدعي العمل مستقبلاً على الانتقال إلى نظام السجل العيني وذلك يتطلب وجود قضاة للفصل في المنازعات المساحية وهو ما يقتضي الإشراف عليه من قبل جهة قضائية ليمارس مهامه بكل حيادية واستقلالية.

٣- وجود فجوة كبيرة بين تبليغات التسجيل للزواج والطلاق لدى أقاليم التوثيق بالمحاكم وإدارات الأحوال المدنية والسجل المدني لعدم وجود تنسيق بين تلك الجهات حيث تضمنت المادة (١٠) من قانون التوثيق والمادة (١٤) من قانون الأحوال الشخصية رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٢ م وتعديلاته والمواد (٣١ - ٣٢ - ٣٣ - ٣٤)

من قانون الأحوال المدنية والسجل المدني رقم (٢٣) لسنة ١٩٩١م وتعديلاته وجوب إرسال صور عقود الزواج والطلاق التي تبرم لدى أقلام التوثيق بالمحاكم والأمناء إلى إدارات الأحوال المدنية والسجل المدني المختصة وفقاً للإجراءات والمواعيد التي بينها تلك النصوص لتسجيل تلك الوقائع نظراً لأهمية ذلك في إثبات الحالة الشخصية والأسرية وإصدار البطائق المطلوبة بناءً عليها والاستفادة منها في التخطيط لعدة مجالات والاستفادة من تلك التسجيلات في إعداد الدراسات الديمغرافية.. وبالتالي فالأمر يتطلب وضع آلية لتنفيذ ذلك بين تلك الجهات مع التنسيق المستمر بين أقلام التوثيق بالمحاكم وإدارات الأحوال المدنية والسجل المدني بحيث يتم تبليغ حالات الزواج والطلاق أولاً بأول وفقاً للمواعيد القانونية وكذلك فيما يخص أحكام إثبات الزواج والطلاق والعمل على توفير الإمكانيات المطلوبة ولو بالاستعانة بالمنظمات الدولية (صندوق الأمم المتحدة للسكان) على أن يصاحب ذلك الإعلام المكثف لأهمية تسجيل الزواج والطلاق للمواطن والمجتمع مع ضرورة تشكيل لجنة عليا للتنسيق في مجال الأحوال المدنية والسجل المدني والعمل على حل أي إشكالات أولاً بأول وهو ما بدأ بالفعل الإعداد له مؤخراً بين قيادتي وزارتي العدل والداخلية.

٤- أن مما يؤثر سلباً على سير أعمال التوثيق عدم توزيع المهام والاختصاصات بين العاملين في مكاتب وأقلام التوثيق والسبب يرجع في الأساس إلى عدم وجود هيكل تنظيمي تبين من خلاله الاختصاصات نظراً لعدم صدور اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق والذي أناط بها القانون توضيح ذلك.. وبالتالي فالضرورة تقتضي

سرعة إصدار اللائحة التنفيذية للقانون.. وهو ما قد بدأ اتخاذه مؤخراً من خلال صدور القرار الوزاري بتشكيل لجنة لإعداد مشروع اللائحة حيث انتهت اللجنة من إعداد المشروع ولم يبقى إلا إجراءات الإصدار.

٥- وما يؤثر سلباً على مستوى الأداء في إنجاز أعمال التوثيق قلة الكوادر المؤهلة من خريجي الجامعات، حيث يتركز المؤهلين في عدد محدود من أقلام التوثيق الواقعة في عواصم المحافظات بينما تظل كثير من المحاكم فقيرة إلى ذلك والسبب يعود بالأساس إلى ندرة الكوادر المؤهلة من أبناء تلك المناطق.. وبالتالي فالحل يكمن في العمل قدر الإمكان على تزويد تلك المحاكم بكوادر مؤهلة من أبناء تلك المناطق لأهمية الاستقرار الوظيفي وبما يؤدي إلى تحسين مستوى الأداء.

٦- تعاني مكاتب وأقلام التوثيق من عدم وجود غرف كافية لتمكن من أداء مهامها وواجباتها على أكمل وجه. فالواقع وكما سبق وأن بيناه يحكي أن أغلب مكاتب وأقلام التوثيق تؤدي أعمالها في غرفة واحدة والبعض في جزء من غرفة والنادر ما تمارس مهامها في أكثر من غرفة. والسبب يعود إلى عدم استكمال بناء المباني الخاصة بالمحاكم وعدم كفاية ما هو قائم كذلك وأيضاً وجود عدد من المحاكم مستأجره وفي مناطق نائية وذلك يؤثر سلباً على مستوى الأداء وظهور عدد من السلبيات. فمثلاً لا يمكن القيام بالمهام ولا الحفظ والأرشفة بالصورة المطلوبة وكذلك عدم إمكان إدخال وسائل العمل الحديثة كل ذلك بسبب عدم وجود أماكن كافية.

وبالتالي فيمكن حل هذه المشكلة باستكمال بناء مقرات المحاكم وتخصيص عدد كافي من الغرف لمكاتب وأقلام التوثيق.

٧- ضعف الاهتمام خلال السنوات الماضية بعملية التدريب والتأهيل للكوادر العاملة بمكاتب وأقلام التوثيق قد انعكس سلباً على مستوى الأداء وأدى إلى ظهور العديد من أوجه القصور. حيث أن من كان يتم تدريبهم خلال الفترة الماضية عادةً ما كان يتم اختيارهم من قبل المحاكم بصورة عشوائية. لأن البعض منهم ليسوا من العاملين الأساسيين في التوثيق والبعض الآخر ليسوا من العاملين بالتوثيق. ناهيك عن عدم الاستفادة من بعض من تم تدريبهم بسبب نقلهم من وظائف التوثيق إلى وظائف أخرى... وبالتالي فلا بد من وضع خطة محددة الأهداف للتدريب والتأهيل سواءً من حيث المواد ومن حيث الشرائح العاملين الذين سيتم تدريبهم مع برنامج تنفيذي وزمني لذلك بما في ذلك العمل على إقامة دورات تدريبية في مقرات محاكم الاستئناف على أن يصاحب كل ذلك توفير الدعم المادي في سبيل تنفيذ ذلك أولاً بأول.. مع العلم أنه خلال الفترة القليلة الماضية تم إعداد خطة وبرنامج بالتدريب والتأهيل للعاملين بالتوثيق وبناءً عليها تم إقامة دورة تدريبية في المعهد العالي للقضاء شارك فيها جميع مدراء مكاتب التوثيق بمحاكم الاستئناف وبعض رؤساء أقلام التوثيق بالمحاكم الابتدائية وعدد من المختصين بالوزارة.

٨- كما أن ضعف التوعية بأهمية تنظيم وتوثيق التصرفات كانت له نتائج سلبية تمثلن في إحجام الكثير من الأفراد في تحرير وتوثيق التصرفات نتيجة لجهلهم وقلة وعيهم بأهمية التوثيق على اعتبار أنه

الوسيلة الوحيدة لتثبيت وتحديد الحقوق وحفظها من الضياع وبما يؤدي إلى استقرار التصرفات بين الأفراد أو الهيئات أو الشركات... الخ. وبالتالي فإن مؤشر عدم وعي الكثير من شرائح المجتمع بأهمية التوثيق قد ظهر من خلال نتائج إحصاء التصرفات الموثقة. فعند الاطلاع على نتائج إحصاء عام ١٤٢٧ هـ تبين أن ما تم توثيقه من التصرفات أمام أقلام التوثيق بالمحاكم والأمناء في الجمهورية بلغ (٣١٨٦٦٥) وثيقة فقط فهل يعقل أن هذا العدد من التصرفات الموثقة يتناسب مع عدد سكان الجمهورية. قطعاً لا. مع ملاحظة أن أسباب القيام بتوثيق الكثير من التصرفات ليست معرفة أو إلمام من يقوم بإجراء توثيقها بأهمية التوثيق في عدة مجالات بل لأسباب أخرى دعت الضرورة إلى ذلك. فمثلاً القيام بتوثيق عقد الزواج الغالب فيها أن السبب استخدامها خارج البلاد والقليل منها عندما تستدعي الضرورة استخراج بطاقة عائلية. ولذلك فالأمر يتطلب ضرورة القيام بحملة توعية من خلال جميع الوسائل الإعلامية مقروءة أو مسموعة أو مرئية وإقامة الندوات وتوفير الإمكانيات التي تساعد على إنجاح ذلك بما فيها الاستفادة بما تقوم به أو تقدمه منظمات المجتمع المدني في هذا الشأن... على أنه يجب الإشارة إلى أنه قد تم مؤخراً إعداد خطة لتفعيل دور التوعية بأهمية التوثيق وبناءً على ما تضمنته تم إصدار دليل خدمات التوثيق وتوزيعه على العاملين وغير العاملين ونشره عبر شبكة الإنترنت. كما أن هذه الندوة هي إحدى ما تضمنته الخطة في هذا الشأن.

٩- ظهور أوراق بتوقعات وختومات مزورة باسم عدد من المحاكم أغلبها تم تقديمها إلى بعض وكالات السفر للحج والعمرة والتي

تم اكتشافها وحجزها عند تقديمها للإدارة المختصة بالوزارة للتصديق عليها بغرض استخدامها خارج البلاد وتم اتخاذ الإجراءات اللازمة بإحالتها إلى جهات الضبط القضائي لاتخاذ الإجراءات القانونية بشأنها ولا زالت المتابعة والتنسيق قائم وبما يؤدي اتخاذ الإجراءات الرادعة بحق من قام بذلك... هذا إضافة إلى وجود أوراق مشابهة لمطبوعات الوزارة الرسمية في عدد من المحافظات أتخذ فيما أكتشف منها الإجراءات المطلوبة. كل ذلك له دور سلبي على سير أعمال التوثيق حيث يؤدي إلى زعزعة ثقة المواطن بالتوثيق ناهيك عن الأضرار والنتائج السلبية الأخرى... وبالتالي يجب تكثيف التنسيق مع جهات الضبط القضائي للعمل على اتخاذ الإجراءات والعقوبات الرادعة أولاً بأول بحق من ثبت قيامه بتزوير التوقيعات والأختام وطباعة الأوراق الرسمية خارج إطار الجهة المختصة على أن يتزامن ذلك بوضع ضوابط لتداول الأوراق الرسمية وبما يسهل الحصول عليها بسهولة ويسر عن طريق مكاتب وأقلام التوثيق بالمحافظات.. وهو ما تم البدء في اتخاذه مؤخراً.

١٠- هناك العديد من المشاكل والمعوقات الأخرى التي تؤثر سلباً على أداء التوثيق والتي رأينا عدم ضرورة الحديث عنها سواءً منها ما يتعلق بتوفير الإمكانيات أو غيرها من المشاكل والتي تقوم الوزارة بالعمل على حلها بقدر الإمكان أولاً بأول.

وبالله التوفيق،،



**بعض من القواعد القانونية
والقضائية التي قررتها المحكمة
العليا في القضايا المدنية**

خلال الفترة من ١٦/٤/٢٠٠٥م إلى ١٤/٣/٢٠٠٧م

مجلة
البحوث
القضائية



١- جلسة ١٤٢٦/٤/١٣هـ الموافق ٢١/٥/٢٠٠٥م طعن رقم (٢٢١٥٣) لسنة ١٤٢٦هـ

قاعدة رقم (٢): عدم التوقيع على الحكم /أثره

عدم التوقيع على النسخة المطبوعة من الحكم لا يترتب عليه البطلان إلا عند خلو مسودة الحكم من توقيع أحد قضاة الهيئة الذين سمعوا المرافعة واشتركوا في المداولة.

٢- جلسة ١٤٢٦/٧/١٣هـ الموافق ١٧/٨/٢٠٠٥م طعن رقم (٢٢٥٦٦) لسنة ١٤٢٦هـ

قاعدة رقم (٦): الطعن بالتزوير في مرحلة النقض / حكمه

لا يجوز الطعن بالتزوير كسبب من أسباب الطعن بالنقض بشأن مستندات أو أوراق لم يطعن فيها بالتزوير ابتداءً أمام محكمة الموضوع.

٣- جلسة ١٤٢٦/٨/٧هـ الموافق ١١/٩/٢٠٠٥م طعن رقم (٢٢٧٠٩) لسنة ١٤٢٦هـ

قاعدة رقم (٨): شهادة الإثبات

يشترط في شهادة الإثبات أن تكون مبنية على علم بمحل الإثبات.

٤- جلسة ١٤٢٦/٨/١٠هـ الموافق ١٣/٩/٢٠٠٥م طعن رقم (٢٢٧٥٣) لسنة ١٤٢٦هـ

قاعدة رقم (١٠): التقادم المانع من سماع الدعوى

عدم سماع الدعوى لمرور الزمان يمنع المطالبة بالحق بعد مضي مدة معينة على وجوب أدائه مع إنكار الخصم الحق المدعى به..

٥- جلسة ١٦/١٠/١٤٢٦هـ الموافق ١٩/١١/٢٠٠٥م طعن رقم (٢٢٨٦٣) لسنة ١٤٢٦هـ

قاعدة رقم (١٦):

لا تسري مدة الطعن في الأحكام المدنية إلا من تاريخ استلام الطاعن الحكم أو من تاريخ إعلانه إعلاناً صحيحاً.

٦- جلسة ١٢/١١/١٤٢٦هـ الموافق ١٢/١٢/٢٠٠٥م طعن رقم (٢٣٣٦٨) لسنة ١٤٢٦هـ

قاعدة رقم (٢٢): تعديل منطوق الحكم بعد النطق به / حكمه

النطق بالحكم تنتهي به ولاية القاضي وإجراء أي تعديل في منطوق الحكم بعد النطق به يجعل الحكم باطلاً....

٧- جلسة ٨/٦/١٤٢٧هـ الموافق ٤/٧/٢٠٠٦م. طعن رقم (٢٥٠٧٨) لسنة ١٤٢٦هـ

قاعدة رقم (٣٨): مخالفة الاختصاص النوعي / حكمه

مخالفة الاختصاص النوعي يستوجب بطلان الحكم لتعلقه بالنظام العام.

٨- جلسة ١٢/٦/١٤٢٧هـ الموافق ٨/٧/٢٠٠٦م طعن رقم (٢٥٢٩٩) لسنة ١٤٢٦هـ

قاعدة رقم (٤١): دعوى الشفعة بعد وقوع القسمة / أثرها

لا تأثير للطعن بالنقض على الحكم الذي قضى بنفي الشفعة لتحقق وقوع القسمة والانفصال في الخلطة ويستوجب رفض الطعن لعدم تحقق سببه.

٩- جلسة ٢٠/٧/١٤٢٧هـ الموافق ١٤/٨/٢٠٠٦م طعن رقم (٢٣٩١٧) لسنة ١٤٢٦هـ

قاعدة رقم (٤٦): مصاريف التقاضي

القاعدة: على المحكمة أن تحكم بإلزام المحكوم عليه بمصاريف التقاضي في الحكم الذي تنتهي به الخصومة أمامها.

١٠- جلسة ٩/٨/١٤٢٧هـ الموافق ٢/٩/٢٠٠٦م طعن رقم (٢٥٥٢١) لسنة ١٤٢٦هـ

قاعدة رقم (٥٢): نصاب الاستئناف

العبرة في تقدير نصاب الاستئناف هي بقيمة المدعى به في الدعوى لا بقيمة ما قضت به المحكمة...

١١- جلسة ٩/٨/١٤٢٧هـ الموافق ٢/٩/٢٠٠٦م طعن رقم (٢٥٥١٩) لسنة ١٤٢٦هـ

قاعدة رقم (٥٣): تقدير الشهادة كدليل

شهادات الشهود تخضع لتقدير محكمة الموضوع تنزلها المنزلة التي تراها متى ما اقتنعت بها وبررت قناعتها بأسباب سائغة وفقاً للقانون...

١٢- جلسة ١١/٨/١٤٢٧هـ الموافق ٤/٩/٢٠٠٦م. طعن رقم (٢٥٨٢٦) لسنة ١٤٢٧هـ

قاعدة رقم (٥٤): تحكيم

القبول بحكم التحكيم المقرر قانوناً عقب استلامه يعتبر قرينة قاطعة بالتنوع به مما يستوجب عدم قبول الطعن فيه

١٣- جلسة ١٤٢٧/٨/٢٤هـ الموافق ١٧/٩/٢٠٠٦م طعن رقم (٢٥٥٥٩) لسنة ١٤٢٦هـ

قاعدة رقم (٥٨): وكالة

لا تثبت الوكالة إلا بصك رسمي معتمد أو بإقرار الموكل أمام المحكمة إذا كان حاضراً ويثبت ذلك في محضر الجلسة.

١٤- جلسة ١٤٢٧/١٠/١٠هـ الموافق ١/١/٢٠٠٦م طعن رقم (٢٥٥٧١) لسنة ١٤٢٧هـ

قاعدة رقم (٦١): صلح

محركات الصلح المبني على رضا الطرفين المتنازعين وموافقتهما عليه منهيّة للنزاع بينهما ولا يقبل الطعن فيها.

١٥- جلسة ١٤٢٧/١٠/١٠هـ الموافق ١/١١/٢٠٠٦م طعن رقم (٢٦٠٠٩) لسنة ١٤٢٧هـ

قاعدة رقم (٦٢): حجية الحكم

حجية الحكم مقصورة على أطراف الخصومة وقضاء الحكم على من لم يكن طرفاً في الدعوى يكون معيباً مستوجباً للنقض.

١٦- جلسة ١٤٢٧/١١/٥هـ الموافق ٢٦/١١/٢٠٠٦م طعن رقم (٢٥٨٩٩) لسنة ١٤٢٧هـ

قاعدة رقم (٨): تسبيب الحكم الاستنافي

لمحكمة ثاني درجة أن تستند في أسباب حكمها أو بعضاً منها على أسباب حكم محكمة أول درجة إذا اقتنعت بصحتها وأيدت الحكم.

١٧- جلسة ٢٠/١١/١٤٢٧هـ الموافق ١١/١٢/٢٠٠٦م طعن رقم (٢٦٢٨٨)

قاعدة رقم (٨٦): فوات ميعاد الطعن بالاستئناف / أثره

لا يجوز الطعن بالنقض في الحكم الابتدائي إذا كان الحكم الاستئنافي قد قضي بعدم قبول استئناف الطاعن لفوات الميعاد القانوني للطعن بالاستئناف.

١٨- جلسة ١٦/١/١٤٢٨هـ الموافق ٤/٢/٢٠٠٧م طعن رقم (٢٦٤٩٣) لسنة ١٤٢٧هـ

قاعدة رقم (١٠٢): مبدأ الأثر الناقل للاستئناف

لمحكمة الاستئناف باعتبارها درجة ثانية أن تتخذ أي إجراء لاستظهار الحقيقة في القضية المنظورة أمامها على ضوء ما قدم لها من أدلة جديدة وأسباب وما استمعت إليه وحققت فيه ولا تثريب عليها في اتخاذ أي إجراء ما دام ذلك يتفق مع صحيح القانون ويرفض أي طعن بخلافه.

١٩- جلسة ٢٥/١/١٤٢٨هـ الموافق ١٢/٢/٢٠٠٧م طعن رقم (٢٦٥٢٣) لسنة ١٤٢٧هـ

قاعدة رقم (١٠٥): دفع جوهرية

عدم مناقشة الحكم لوسائل الدفاع الجوهرية وعدم الرد عليها مما يؤدي إلى التجهيل بالقضية يعد قصوراً في التسبب يترتب عليه بطلان الحكم ووجوب نقضه.

٢٠- جلسة ١٦/٢/١٤٢٨هـ الموافق ٦/٢/٢٠٠٧م طعن رقم (٢٦٧٨٠) لسنة ١٤٢٧هـ

قاعدة رقم (١٠٨): ذمة المدين

ذمة المدين لا تبرأ إلا بالوفاء أو الإبراء أو المقاصة أو التجديد أو اتحاد الذمة بين الدائن والمدين.

٢١- جلسة ١٤٢٨/٢/٢٢ هـ الموافق ١١/٣/٢٠٠٧ م طعن رقم (٢٦٨١٧)

قاعدة رقم (١١٣): تعارض في الشهادات

إن الشهادتين إذا تعارضتا تساقطتا ما لم يوجد مرجح لإحدهما

جدول المحتويات

٤	كلمة العدد
٧	القوة الشبوتية للمعاملات الإلكترونية
٨	تمهيد
١١	المبحث الأول: الاتجاهات الحديثة لتقنين المعاملات الإلكترونية
٢١	المبحث الثاني: التعاقد بالوسائط الإلكترونية والآثار المترتبة على ذلك
٤٦	المبحث الثالث: الوثائق الإلكترونية وحجيتها
٧٢	أهم المراجع
٧٧	وسائل الإثبات
٧٨	مقدمة
٨١	أهمية الإثبات وتطوره
٨٢	أثر القواعد الشرعية والأخلاقية على القواعد القانونية
٨٢	تقنين وسائل الإثبات
٨٦	مصادر الحق
٩٥	الإقرار: ماهيته وأركانه وشروطه
١٠١	اليمين
١٠٨	الإثبات بالكتابة
١١٦	الإثبات بالقرائن

القسامة	١٢١
الإثبات بالقرائن فيما عدا الحدود والقصاص	١٢٢
أحكام الإثبات العامة	١٣٠
دور القاضي في الإثبات	١٣٥
أثر الإثبات على الأشخاص	١٤٤
القرعة	١٥٤
المراجع	١٥٧

١٥٩ **قواعد في قانون الإثبات**

١٦٧ **التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن**

النصوص القانونية المتعلقة بالتنازل عن العقد والتعاقد من الباطن في	
القانون المدني اليمني	١٧٠
التكييف القانوني لمضمون تلك النصوص	١٧١
التكييف طبقاً للقواعد العامة من القانون اليمني	١٧٣

١٧٩ **واقع التوثيق في المحاكم اليمنية ومشكلاته وسبل معالجتها**

المقدمة	١٨٠
واقع التوثيق	١٨٢
مشكلات التوثيق وسبل معالجتها	١٨٧

بعض من القواعد القانونية والقضائية التي قررتها المحكمة العليا في القضايا

٢٠٣ **المدنية**

قاعدة رقم (٢): عدم التوقيع على الحكم / أثره	٢٠٤
قاعدة رقم (٦): الطعن بالتزوير في مرحلة النقض / حكمه	٢٠٤
قاعدة رقم (٨): شهادة الإثبات	٢٠٤
قاعدة رقم (١٠) التقادم المانع من سماع الدعوى	٢٠٤
قاعدة رقم (١٦):	٢٠٥
قاعدة رقم (٢٢): تعديل منطوق الحكم بعد النطق به / حكمه	٢٠٥
قاعدة رقم (٣٨): مخالفة الاختصاص النوعي / حكمه	٢٠٥

- قاعدة رقم (٤١): دعوى الشفعة بعد وقوع القسمة / أثرها..... ٢٠٥
- قاعدة رقم (٤٦): مصاريف التقاضي..... ٢٠٦
- قاعدة رقم (٥٢): نصاب الاستئناف..... ٢٠٦
- قاعدة رقم (٥٣): تقدير الشهادة كدليل..... ٢٠٦
- قاعدة رقم (٥٤): تحكيم..... ٢٠٦
- قاعدة رقم (٥٨): وكالة..... ٢٠٧
- قاعدة رقم (٦١): صلح..... ٢٠٧
- قاعدة رقم (٦٢): حجية الحكم..... ٢٠٧
- قاعدة رقم (٨): تسبب الحكم الاستئنافي..... ٢٠٧
- قاعدة رقم (٨٦): فوات ميعاد الطعن بالاستئناف / أثره..... ٢٠٨
- قاعدة رقم (١٠٢): مبدأ الأثر الناقل للاستئناف..... ٢٠٨
- قاعدة رقم (١٠٥): دفع جوهري..... ٢٠٨
- قاعدة رقم (١٠٨): ذمة المدين..... ٢٠٨
- قاعدة رقم (١١٣): تعارض في الشهادات..... ٢٠٩