وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة ديالى
كلية القانون و العلوم السياسية

اثبات العقد الالكتروني

بحث تقدمت به الطالبة (ديانا علي عبد الحسين)

اشراف

م.م. محمد حامد محمود

قدم هذا البحث استكمالا لمتطلبات الحصول على شهادة البكالوريوس في القانون
كلية القانون والعلوم السياسية / قسم القانون

٢٠١٨م ١٤٣٩هـ

بسم الله الرحمن الرحيم

قَالُوا سُبْحَانَكَ لَا عِلْمَ لَنَا إِلَّا مَا عَلَّمْتَنَا ۖ إِنَّكَ أَنْتَ الْعَلِيمُ الْحَكِيمُ

صَدَقَ اللهُ العَظيم

سورة البقرة

اية (٣٢)

الاهداء

الاهداء

الى ..... كل من احب تربة العراق و سقاها بدمه

الى ..... قدوتي و مثلي الاعلى في الحياة

والدي

الى ..... من رعتني بالحب و الحنان و منحتني الاسم و العنوان التي احنت ظهرها كي يستقيم ظهري

الشعلة المضيئة التي نورت لي الطريق

والدتي

الى ..... متكئي و سندي حين تهزني الايام

اخوتي

فخرا و اعتزازا

الى كل من علمني حرفا و علمته حرفا

اعتزازا و تقديرا

اهدي ثمرة جهدي المتواضع

الباحثة

الشكر و التقدير

الحمد لله رب العالمين و الصلاة و السلام على معلم البشرية و هادي الانسانية و على اله و صحبه و من تبعهم باحسان الى يوم الدين.

اتوجه بالشكر الجزيل الى (عمادة كلية القانون والعلوم السياسية – قسم القانون) واستاذي ومشرفي الدكتور (محمد حامد محمود) الذي لم يأل جهدا في ارشادي و توجيهي اثناء عملي في البحث والى مكتبة كلية القانون والعلوم السياسية وموظفيها لتعاونهم ومساعتدهم لي .

الباحثة

المحتويات

ت	المحتويات	الصفحة
١	الاية القرانية	أ
٢	لاهداء	ب
٣	الشكر و التقدير	ج
٤	المقدمة	٢-١
٥	المبحث الاول : ماهية العقد الالكتروني	١٢-٣
٦	المطلب الاول : تعريف العقد الالكتروني	٥-٣
٧	المطلب الثاني : خصائص العقد الالكتروني	٨-٥
٨	المطلب الثالث : اركان العقد الالكتروني	١٢-٨
٩	الفرع الاول : الرضا	٨-٧
١٠	اولا : الايجاب	٩-٨
١١	ثانيا : القبول	١٠
١٢	الفرع الثاني :المحل	١١
١٣	الفرع الثالث: السبب	١٢
١٤	المبحث الثاني : طرق اثبات العقد الالكتروني	٢٥-١٣
١٥	المطلب الاول : مفهوم كتابة وقوتها الثبوتية في شكل الكتوني	١٧-١٣
١٦	الفرع الاول : مفهوم الكتابة	١٣
١٧	الفرع الثاني : شروط الكتابة	١٤
١٨	المطلب الثاني : التوقيع في شكل الالكتروني وحجيته بالاثبات	٢٥-١٧
١٩	الفرع الاول : مفهوم التوقيع الالكتروني	١٧
٢٠	الفرع الثاني : صور التوقيع	١٩
٢١	الفرع الثالث: وظائف التوقيع الالكتروني	٢١
٢٢	المطلب الثالث : مدى حجية التوقيع الالكتروني بالاثبات	٢٥-٢٣
٢٣	الخاتمة	٢٧-٢٦
٢٤	المصادر و المراجع	٢٩-٢٨

المقدمة

في ضل التطور التكنلوجي المتسارع و الهائل و الصحوة المعلوماتية التي عرفها العالم خصوصاً في وقتنا الراهن ادى الى احداث تغيرات في المجتمع بكافة نواحيهِ العلمية و العملية ففي مجال العقود والمعاملات المدنية والتجارية فان ظهور الوسائل الالكترونية اصبح يشكل الوجه الرئيسي في الحياة الاقتصادية لدى كل الدول لانها تسهل حياة الاشخاص وتلبي اغراضهم حيث يكون تنفيذ هذه العقود والمعاملات دون الحضور لاطرافها ، انما يكون الحضور الكترونيا .

اولا: مشكلة البحث

تظهر بوجه عام في الاثبات الالكتروني لا يحضى بنظام قانوني ثابت بدرجة كبيرة حيث يظهر حاليا القصور في تنظيمه القانوني ومن هنا ظل من الطبيعي ان تزداد اهمية هذا الاتجاه نحو وضع تنظيم قانوني يحكم قواعد هذا الاثبات الان القواعد التقليدية الموضوعة في ظل ثقافة الورق لم تعد قادرة بمفردها على تغطية مستجدات عصر المعلوماتية .

ثانيا: اهداف البحث

يتمثل بضرورة لفت مشروع الاثبات الوطني الى وجود ادوات عدة من مفرزات عصرنا الزاخر بتقنية وكانت مغايرة تلك الادلة المقنعة من حيث الطبيعة التي يكون من الممكن الاستفادة منها لغرض اثبات العقود الالكترونية على الرغم من تعدد الامكانيات التي يتيحها استخدام الانترنت في التفاوض على العقود وابرامها الا ان المسائل القانونية التي يشيرها هذا الاستخدام لم تحضي بالاهتمام الكافي ولعل ابرزها على الاطلاق مسألة اثبات الحق عبر الانترنت من اجل ذلك فقط اتجهت الدراسة صوب البحث الحلول القانونية و التقنية الكفيلة بتأمين الكتابة الالكترونية والتوقيع الالكتروني لاعتبارها من وسائل الاثبات في محاولات التعريف والتعديل والتفسير والتأكد من نسبتهما لأطرافها .

ثالثا: اهمية البحث

ترجع الى ان العام قد اصبح قد اصبح قرية صغيرة يجري فيه التعامل عن بعض الامور الذي يحتم ضرورة القيام بتطوير معاملات وتشريها باستخدام هذه التقنيات وحماية التعاملات عليها ومن التقنيات الحديثة التي ظهرت لتناسب عمليات التجارة الإلكترونية .

رابعا : منهجية البحث

سوف تقوم بدراسة هذا الموضوع عبر **منهج تحليلي** من خلال وصف الظاهرة قيمة البحث ووصف الحقائق والمعلومات المرتبة بموضوع البحث والعمل على تحليلها لاستخلاص اهم القواعد والاحكام التي تربط بالموضوع من ثم بلورة روية جديدة مرنة لنموذج قانوني لاثبات العقد الالكتروني .

خامسا : خطة البحث

ترتيبا على ماسبق سوف يتقسم البحث الى مبحثين في المبحث الاول ثلاث مطالب ففي المطلب الاول سوف نتناول ماهية العقد الالكتروني اما المطلب الثاني نتطرق الى خصائص هذا العقد والمطلب الثالث اركان العقد الالكتروني اما المبحث الثاني سوف نتكلم عن الوسائل التي يتم من خلالها معرفة طرق لاثبات العقد الالكتروني وثم تقسيمه الى ثلاث مطالب ففي المطلب الاول نتناول مفهوم الكتابة وقوتها الثبوتية في الشكل الالكتروني اما المطلب الثاني مفهوم التوقيع وانواعه والمطلب الثالث مدى حجية توقيع واثره في الاثبات .

المبحث الاول: ماهية العقد الالكتروني

ان تحديد ماهية العقد الالكتروني تتطلب اولا معرفة هذا العقد و ماهي طبيعته تم تحديد في المطلب الثاني خصائص التي يتميز بها هذا العقد و المطلب الثالث اركـان هذا العقد.

المطلب الاول "تعريف العقد الالكتروني"

أن العديد من الدول العربية حرصت على سن القوانين خاصة لتنظيم المعاملات الالكترونية ومنها من عرف العقد الالكتروني صراحة كالتشريع الاردني الذي عرف العقد في قانون المعاملات الالكترونية رقم ٨٥ لسـنة ٢٠٠١ بأنه " الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل الكترونية كلياً او جزئياً ، وعرف المشروع العراقي في قانون التوقيع الالكتروني رقم ٧٨ لسنة ٢٠١٢م بأنه "ارتباط الايجاب الصادر من احد المتقاعدين بقبول الاخر على الوجه الاخر الذي يثبت اثره في المعقود عليه والذي يتك بوسيلة الكترونية".

ويتبين لنا من هذا التعريف أن المشرع العراقي عرف العقد الالكتروني تعريفا مشابها لتعريف العقد التقليدي من حيث ارتباط الايجاب الذي يصدر من احد المتقاعدين ويلاقيه القبول من الطرف الثاني على الوجه الذي يثبت اثره على محل العقد. الا ان الاختلاف الحاصل بين العقدين و الذي يميز العقد التقليدي عن العقد الالكتروني هي الوسيلة المستعملة في ابرام العقد . اذ تستعمل وسيلة الكترونية في ابرام العقد و التي تعتبر من اهم الخصائص التي يتميز العقد الالكتروني عن غيره من العقود .

اما المشرع المصري فأنه لم يأتِ بتعريف للعقد الالكتروني في قانون التوقيع الالكتروني المصري رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤ ، الا انه عرف العقد الالكتروني في مشروع قانون التجارة الالكترونية بأنه "كل عقد تصدر فيه ارادة الطرفين او كليهما او يتم التفاوض بشأنهِ او تبادل الوثائق كلياً او جزئياً عبر وسيط الكتروني"[١].

بينما عرفه البعض في الفقه ان العقد الالكتروني هو "جميع المعاملات التي تتم عبر الانترنيت حتى لو لم تتمتع بالصفة التجارية وان كان الغالب انها تتمتع بهذه الصفة من جانب مقدم للسلعة او الخدمة على الاقل و الذي غالبا ما يكون التاجر" ، الا ان هذا التعريف حصر وسيلة التعاقد الالكترونية على وسيلة واحدة هي التعاقد عبر الانترنيت مع ان شبكة الانترنت ليست الوحيدة للتعاقد انما هي الوسيلة الغالبة [٢].

---

١) ايسر صبري ابراهيم ، ابرام العقد و اثباته عن طريق الانترنيت ، دار الفكر الجامعي ، ط١، الاسكندرية ،٢٠١٥،ص ١٩،٢٠،٢٢.

٢) د. ماجد محمد سليمان ابا الخيل ، العقد الالكتروني ، مكتبة الرشد ،ط١، الرياض ، ٢٠٠٩، ص١٩.

والرأي الراجح في الفقه أن العقد الالكتروني هو ذلك العقد الذي يتم عن طريق وسائل الاتصال الحديث ، ان هذا العقد له العديد من الصور يأتي في مقدمتها التعاملات التي تتم باستخدام الكومبيوتر . ان هذا الراي قد وسع من نطاق العقد الالكتروني ولم يقصره فقط على التعاقد عبر الانترنت وان كان قد اقر ان التعاقد عبر الانترنيت هو اهم صور العقد الالكتروني فالأنترنت ما هو الا احدث هذه الوسائل وأن كان هو اهمها و احدثها لأنه اضاف افاق جديدة الى العقد الالكتروني ، فالعقد يمكن ابرامه عن طريق الهاتف ، التلفزيون، الفليكس، والفاكس و اخيراً عبر شبكة حاسبات الالية وهي اما ان تكون شبكة مغلقة ، اي ان عدد الحاسبات يكن فيها محدود ومقتصر على اشخاص او جهات معينة مثل شبكة موجودة بين عدة شركات تعمل في مجال واحد. او تكون شبكة مفتوحة اي تتكون من عدد غير محدود من الحاسبات الالية ويحق لأي شخص في العالم الانضمام اليها و هي شبكة الانترنت .

وبالتالي يمكن ان نعرف ان العقد الالكتروني بأنه : "تبادل الايجاب و القبول فيه عبر وسيط الكتروني أياً كان هذا الوسيط [١].

اما طبيعة هذا العقد هناك رأي يرى ان العقد الالكتروني هو عقد رضائي فعملية المساومة مازالت تسود العقود الالكترونية على اختلاف انواعها وان الموجب له لا يقتصر دوره على مجرد الموافقة على شروط المعدة سلفاً بل له كمستهلك مطلق الحرية في تعاقد مع اي منتج او مورد اخر اذا لم تعجبه شروط المعروضة على شاشة الانترنت ويستطيع الانتقال من موقع الى اخر واختيار ما يشاء اي ان الرضائية هي التي تسود العقود الالكترونية اما الرأي الاخر يرى بأن العقد الالكتروني يكون من عقود الاذعان حيث لا يملك الموجب اليه الايجاب الا الضغط على خانة الموافقة الموجودة في الموقع الموجب الموجودة على شاشة الكومبيوتر و لا يملك مناقشته و التفاوض على شروط العقد.

وبناءً على ذلك فأن العقد الالكتروني سواء كان رضائياً او اذعان حسب الوسيلة المستخدمة في العقد .

لذلك يجب التمييز بين الوسيلة المستخدمة في ابرام العقد التعاقد الالكتروني :

- فإذا تم التعاقد بواسطة البريد الالكتروني او من خلال برامج المحادثة او باستخدام الوسائل السمعية او المرئية فأن العقد الالكتروني يكون عقد رضائي ، حيث يتبادل الطرفين الآراء ووجهات النظر عبر وسائل النظر عبر الرسائل الالكترونية ويستطيع الموجه اليه الايجاب التفاوض بحرية حول شروط التعاقد.

- اما اذا تم التعاقد عبر مواقع الويب و التي تستخدم غالباً عقود نموذجية لكن شروطها معدة سلفاً من قبل الموجب و لا يترك معها للموجب له وهو المستهلك في الغالب مجالاً للمساومة او المنافسة في هذه الشروط و بالتالي لا يكون المتعاقدون على قدم مساواة لعدم التكافؤ في مقدرة التعاقدية فأن العقد الالكتروني يكون عقد اذعان[٢] .

---

١)سامح عبد الواحد التهامي ، التعاقد عبر الانترنيت ، دار شنان للنشر و برمجيات مصر ، ٢٠٠٨، ص١٩،١٨.

٢) د. خالد ممدوح ، ابرام العقد الالكتروني ، دار الفكر الجامعي ، ط الثانية ، الاسكندرية ، ٢٠١١، ص٨٨، ٩٠،٨٩.

ويبدو ان مشروع قانون التجارة الالكترونية المصري قد تبنى رأي ان العقد الالكتروني من عقود الاذعان حيث يفسرها لمصلحة الطرف المذعن وهو مستهلك و جواز ابطال ما يرد فيها من شروط تعسفية و يعتبر كل شرط شأنه الاخلال بالتوازن المالي للعقد من قبيل الشروط التعسفية و يجوز للمستهلك المطالبة بأبطاله.

أعتبر القانون المدني ان التعاقد عن طريق التليفون في حكم التعاقد بين الحاضرين و بالتالي لا توجد هنالك اي مشكلة في تحديد لحظة التعاقد طالما كان الايجاد و القبول في نفس المجلس [١].

ألا ان اعمال هذا النص بصدد العقد الالكتروني يبدو انه لا يتماشى و طبيعة هذا العقد فتبادل الايجاب و القبول عبر التليفون وان نسبه مجازاً بالتعاقد بين الحاضرين ينم عبر التخاطب اللغوي. في حين أن الايجاب و القبول عبر شبكة الانترنيت من خلال الكتابة الإلكترونية على الرغم من سرعة نقل المعلومات الا ان هناك لحظة ولو قصيرة تفصل ما بين ارسال الايجاب و تلقي القبول و يترتب على ذلك بأن العقد الالكتروني يعد عقداً بين الغائبين.

و مع ذلك يذهب بعض الشراح الى اعتبار العقد المبرم عبر شبكة الانترنت لا يعتبر في جميع الاحوال عقد بين الغائبين أذ توجد اليوم وسائل تكنلوجية تسمح للمتعاقدين بالتحدث معاً ، بل أن يرى بعضهم لبعض عبر شاشة الجهاز و من ثم يكونون بحكم التعاقد بين الحاضرين و بناءً على ذلك فأن وجود كل من طرفي العقد امام شبكة الانترنت للتفاوض على العقد انما يهدف الى جمع اطراف العقد بصورة الكترونية دون اي يكون كل منهما متواجد بجسدهِ . مما سبق وجد ان التعاقد الالكتروني تتوافر فيه رضا من خلال ارتباط القبول بالإيجاب ولم يشترط التشريعات شكلاً معيناً يتعين اجراءهِ لينعقد العقد كما انه عقد معاوضة بمعنى ان كل طرف يحصل مقابل لما اعطى كما انه عقد محدود القيمة بمعنى ان لكلا الاطراف تحديد مقدار ما يلزم به عقد التعاقد . كذلك هو عقد ناقل للملكية و اخيراً انه عقد فوري التنفيذ بمعنى انه لا يعتبر الزمن عنصراً جوهرياً فيه [٢].

المطلب الثاني: خصائص العقد الالكتروني

يتميز العقد الالكتروني بمزايا اضافية تختلف عن العقود التقليدية و من اهمها سهولة تعامل الوثائق و مستندات عبر الوسائط الالكترونية حيث تتم هذه العملية الالكترونية بطريقة فورية على شبكة الانترنت و الذي يخلق العنصر الاهم للتعاقد للعقد الالكتروني وهو عنصر الوقت الذي يعتبر جوهرياً في المعاملات الاقتصادية مما جعل التجاذب التجاري من رجال الاعمال و متطلباتهم المبنية على تحقيق اعلى و اسرع كمية من الاموال و انجاز المصالح دون تضييع الوقت كما هو الحال في العقود التقليدية .

---

١)د. صابر عبد العزيز ، العقد الالكتروني ، دار الفريضة العربية ، ط٢، القاهرة، ٢٠٠٧، ص٦٢-٦٣

٢) د. ماجد محمد سليمان ابا الخيل، مصدر سابق، ص٣٥.

على ذلك يتضح مما سبق أن العقد الالكتروني يتميز بعدة سمات تميزه عن العقود التقليدية و تتمثل بما يأتي:

١- يتم ابرام العقد الإلكتروني بدون تواجد المادي لأطرافهِ فالسمة الاساسية للتعاقد الالكتروني ان يتم بين عاقدين لا يجمعهما مجلس عقد حقيقي حيث يتم التعاقد عن بعد بوسائل الاتصال تكنلوجية و لذلك فهو ينتمي الى طائفة العقود التي تتم عن بعد حيث يتم تبادل الايجاب و القبول الالكتروني عبر الانترنت فيجمعهم بذلك مجلس عقد حكمي افتراضي و لذلك فهو عقد فوري متعاصر. و قد يكون العقد الالكتروني غير متعاصر اي ان الايجاب غير معاصر للقبول هذا التعاصر هو نتيجة صفة التفاعلية فيما بين اطراف العقد و يشترك العقد الالكتروني في صفة الابرام عن بعد مع بعض العقود مثل عقود عن طريق التلفزيون او التليفون او بالمراسلة او الارسال كتالوج يتميز عن تلك العقود بتلاقي الاطراف بصورة مسموعة مرئية عبر الانترنيت و يسمح بالتفاعل بينهم [١].

ومن هنا يبدو ان العقد عن بعد تتنوع وفقا للوسيلة التي تتم بها . و في تقديرنا انه اذا كان المقصود من توافر مجلس العقد هو توفير اكبر قدر من وضوح وسهولة و سير التفاوض و تبادل الارادات . الا انه ليس ركناً و يمكن تصوره افتراضياً في شبكة الانترنيت و ذلك ليس لأنه وسيلة مسموعة مرئية فحسب انما هو يوفر عنصر التفاعلية بقدر اكبر و تمنح كلا الطرفين تمام الحرية في السيطرة على ارادتهما و بالتالي في قبول او رفض الايجاب الصادر لنا فهي تمتاز عن كل من هاتف و التلفزيون باعتبارهما من وسائل التفاعليـــة[٢].

٢- العقد الالكتروني يتميز بالطابع الدولي لكونهِ يبرم او ينفذ من خلال وسيلة الالكترونية يتم عبر شبكة عالمية تربط معظم دول العالم بعضها ببعض . اي عقداً عابراً للحدود اذ لا تقف الحدود الجغرافية عائقاً في ابرامهِ او تنفيذهِ فالغلب عليه انه يتم بيم طرفين احدهما في دولة و الاخر في دولة اخرى فالوسيلة الالكترونية المستعملة في ابرام هذه العقود جعلت من التجارة الدولية امراً في غاية السهولة . يثار السؤال حول ما اذا كان العقد الالكتروني هو عقد دولي او عقد داخلي؟ .

اختلف الفقهاء في عد العقود الالكترونية عقوداً داخلية ام عقود دولية و سبب هذا الاختلاف هو مدى امكانية توطين العلاقة القانونية التي تتم عبر الشبكة الالكترونية و ((الانترنت)) ذلك على رائيين .

النوع الاول: يفرق بين نوعين العقود الالكترونية. نوع الاول العقود التي يكون احد اطرافها مقيم في دولة معينة و الطرف الثاني يقيم في دولة اخرى . كأن يكون احد اطراف العقد مستخدم شبكة الانترنت

---

١) د. خالد ممدوح ، مصدر سابق، ص٧٤-٧٥.

٢) بلقتيشي حبيب، اثبات التعاقد عبر الانترنيت و البريد المرئي ، دراسة مقارنة اطروحة دكتوراه تم مناقشتها في جامعة وهران، كلية الحقوق ، الجزائر، ٢٠٠١، ص١٤.

مقيماً في فرنسا و مورد خدمات الاشتراك مقيماً في مصر وشركة التكنلوجية معالجو البيانات و ادخالها و تحميلها عبر الشبكة مقيماً في الصين فهذه عقود دولية بلا شك لاتصالها بأكثر من دولة من خلال موطن او جنسية احد اطرافها

اما النوع الثاني: العقود الالكترونية التي يكون احد اطرافها اشخاصاً يقيمون في دولة واحدة و التي تتركز فيها جميع عناصر العلاقة القانونية كأن يبرم عقد بين شخصين مقيمان في العراق و يتم الدفع بالدينار العراقي فهذه العقود بال شك عقود داخلية لعدم ارتباطها بعنصر أجنبي .

على الرغم من هذهِ الآراء ألا ان الواقع اثبت لا وجود للحدود الجغرافية في العقود الالكتروني و كل العقود التي تبرم على الشبكة هي عقود دولية.

فالرأي القائل بإمكانية تقسيم العقود التي تبرم من خلال موقع الـ"Web" او من خلال البريد الالكتروني الى عقود دولية او عقود داخلية لا يوضح كيف يمكن اعمال هذه التفرقة في حالات التي يحمل فيها الشخص حاسوبهِ الشخصي و يتفاوض لأبرام العقد وهو ينتقل من دولة لأخرى او يتواجد في مكان لا يخضع لسيطرة اي دولة . فالشبكة الدولية هي قضاء افتراضي يجمع البائعين و مشترين في معارض تجارية افتراضية تتم عبر شبكة مما يعني تغييراً جوهرياً في الاوضاع و المفاهيم القانونية التقليدية [١].

٣- يصف العقد الالكتروني غالباً بالطابع التجاري الاستهلاكي. لذلك يطلق عليه عقد التجارة الالكترونية وقد جاءت تلك الصفة من السمة العالمية لاتفاقات العقد حيث ان عقود البيع الالكترونية تستحوذ على الجانب الاعظم من مجمل العقود و يترتب على ذلك ان العقد الالكتروني يتسم بطابع الاستهلاك لأنه غالباً ما يتم بين تاجر او مستهلك و من ثم فأنه يعتبر في الغالب من قبيل العقود الاستهلاك .

٤- من الخصائص التي يتميز بها العقد الالكتروني بوجود وسيط الكتروني ، لقد كان وجود مجلس انعقاد العقد من الامور الجوهرية و مسلم بها قبل انتشار الوسائط الالكترونية لكن في الوقت الحاضر مع انتشار الوسائط الالكترونية و تنوعها اصبح من الطبيعي انعقاد العقد دون وجود ما يسمى مجلس[٢].

وهناك نظريات عدة حاولت تفسير الوضع الجديد من حيث مجلس انعقاد العقد وهل يعد موجوداً اذا ما كان التعاقد الكترونياً ام انه لا يعد موجوداً فالنظرية الاولى تقرر ان مجلس انعقاد العقد اصبح موجوداً لكنه صورتهُ تغيرت و اصبح يتم عن طريق شبكة الاتصالات الالكترونية الحديثة التي يتواجد عليها كل من طرفي العقد و هذه الشبكة هي بمثابة مجلس العقد و التي من خلالها يتم التفاوض على شروط ابرام العقد و ما يتحمل به كل طرف من التزام. و ماله من حقوق اما النظرية الثانية ، و تقرر ان التعاقد الالكتروني الحديث الذي يتم عبر شبكة الانترنت لا يوجد ما يسمى بمجلس انعقاد العقد على اعتبار ان

١) ايسر صبري ابراهيم، مصدر سابق، ص٥٠-٥١.
٢) د. ماجد ابو الخيل ، مصدر سابق ، ص ٣٤.

الطريقة التقليدية اركانها لابد من توافرها و على العكس العقد الذي ينعقد بطريقة الكترونية لا تتوفر فيها مثل هذه الاركان. وترى ان مجلس العقد و انعقاده يظل موجوداً عند انعقاد العقد بالطريقة الالكترونية الحديثة ولكن تواجده يكون بشكل مختلف يتوافق و التقدم التكنلوجي الذي يستهدف العالم حالياً، مما سبق ان التعاقد الالكتروني توفر فيه الرضا من خلال ارتباط القبول بالإيجاب ولم تشترط التشريعات شكلاً معيناً يتعين اجراءه لينعقد العقد [١].

٥- يتم كذلك بالإثبات و الوفاء اذ يمكن ان يتم اثبات العقد الالكتروني عبر التوقيع الالكتروني و محرر الكتروني فضلاً عن انه يمكن استعمال وسائل الدفع الالكترونية للوفاء بالثمن مثلاً (البطاقات البنكية – الاوراق التجارية الالكترونية - نقود الكترونية) [٢]

المطلب الثالث ((اركان العقد الالكتروني))

ابرام العقد يفترض ان طرفيه كل منهما الاخر اتفقا على كافة شروطه و هذا يعني ان الطرفين قد تبادلا حتماً بعض الرسائل الالكترونية فمن الوارد ان يكون عرض البائع السلعة او الخدمة من الوضوح بمكان ما يسمح للمشتري بقبول العرض كما هو فيدخل مباشرةً في مرحلة ابرام العقد عبر الانترنت لقد جرى الفقه على تعريف العقد بأنه " اتفاق أرادتين على احداث اثر قانوني و حتى تكون بصدد عقد لابد ان تتوافر اركانه و تكون هذه الاركان مستوفية الشروط و هذه الاركان اولهما الرضا ويليها المحل و بعدها السبب.

الفرع الاول // الرضـــا

الرضا هو تعبير عن ارادتين متطابقتين و لابد ان تنصرف هذه الارادتين الى احداث اثر قانوني حيث الاصل في العقود انها رضائية اي انها تنعقد بمجرد ان يتبادل طرفان التعبير من ارادتين متطابقتين " مادة ٨٩ مدني " [٣] و تبادل الارادة يعني ان كلاً طرفي العقد افصح عن ارادته و نقلها الى علم الطرف الاخر فلا يكفي اذن تعبير عن الارادة بل يجب اتصال التعبير بمن وجه اليه ويعبر عن ذلك بأن التعبير واجب الاتصال اعمالاً لذلك يمكن القول بأن العقد الالكتروني ينعقد بتلاقي ارادة طرفين عن بعد و كيفية تعبير الارادة من خلال هذه التقنية الحديثة . تنص مادة "٩٠" من قانون مدني مصري على

١- "التعبير عن الارادة يكون باللفظ او الكتابة او الاشارة متداولة عرفاً كما يكون باتخاذ موقف لا يدع ظروف الحال شكلا في دلالتهِ على حقيقة مقصودة "

---

١) د. ماجد محمد سليمان ابا الخيل ، مصدر سابق ، ص،٣٥،٣٧.

٢) د. قيدار عبد القادر صالح، ابرام العقد الالكتروني و اثباته، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق مجلد١٠- العدد٣٧- ٢٠٠٨، ص١٥٣- ١٥٤.

٣)قانون المدني المصري مادة ٨٩ (يتم العقد بمجرد ان يتبادل طرفان التعبير عن ارادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك اوضاع معينة لانعقاد العقد).

٢- "يجوز ان يكون التعبير عن الارادة ضمنيا اذا لم ينص القانون او يتفق الطرفان على ان يكون التعبير صريحاً" ، فالتعبير عن الارادة، يكون اما صريحاً او ضمنيا. يعتبر القضاء المصري ان عرض البضائع في واجهة المحل مع بيان اسعارها يشكل ايجاباً عبر عنه تعبيراً ضمنياً قياساً على ذلك فأن عرض السلعة او خدمة على مواقع الانترنت تعد ايجاباً ضمنياً اذا استوفى الشروط القانونية للإيجاب يلاحظ ان القبول "الالكتروني" لا يمكن الا ان يكون صريحا لان الارادة لا يمكن استخراجها استنباطاً من نقل المعلوماتية. [١].

فسوف نتطرق في ركن الرضا عنصران ١- الايجاب ، ٢- القبول

أولاً: الايجاب

يعرف الايجاب بانه التعبير البات المنجز الصادر من احد المتقاعدين و الموجه الى الطرف الاخر بقصد احداث اثر قانوني و يعتبر الايجاب الخطوة في ابرام كافة العقود منها عقد البيع اذ يفتح الباب امام احتمال وجود العقد عند صدوره. فالإيجاب عمل ارادي ينتزع الى اقامة علاقة شخصية فيجب من اجل هذا ان يكون موجهاً الى الغير بهدف السعي الى اجراء عقد. في رد فعل من قبل الغير كما يجب ان يقترن بطلب الى هذا الغير .لا يخضع الايجاب لأية شروط شكلية حيث من الممكن ان يكون شفوياً او مكتوبا او بأية وسيلة كانت ، و يشترط فيه ان يكون محدودا وواضحا لا يشوبه الغموض كما يجب ان يتصل الايجاب بعلم من وجه اليه . و البعض يرى ان العرض في شبكة الانترنت ليس عرضاً فعليا ملزماً بالمعنى القانوني الاصطلاحي بل يجب الذهاب هنا الى عده و مجرد اقتراح او مجرد دعوة للدخول فب مباحثات و مفاوضات كما يجب ان يكون الايجاب جازما. يعبر عن ارادة جازمة لا رجوع فيها كذلك يجب ان يكون الايجاب باتاً بحيث ان قبوله من قبل من وجه اليه يكون كافيا لانعقاد العقد[٢]. ويلتزم الموجب بالإبقاء على ايجابه ، طول المدة المحددة فاذا لم يحدد مدة يحق له الرجوع عنه واذا صدر القبول لا يجوز الرجوع عن ايجابه لكن مبادئ المعهد الدولي لتوحيد القانون الى الخاص اوردت استثناءين بتوافرها لا يمكن للموجب ان يرجع عن ايجابه قبل وصول القبول من مستفيد فالأول :- اذا اوضح الموجب عن ايجابه ان يضل الايجاب قائما حتى وصول الرد من طرف الاخر و يسمى هنا الايجاب بالإيجاب المغلق و الذي لا يعطي صاحبه فرصة العدول عن ايجابهِ. الثاني :- اذا كان هناك سبب معقول يجعل المستفيد يعتقد انه لن يسحب الايجاب الا بعد وصول القبول كما لو كانت هناك معاملات سابقة بين طرفين تؤكد حدوث ذلك، او ان تكون طبيعة الايجاب تقتضي الانتظار لدراسة جدوى الاقتصاديـــــة مثلاً، وقياســاً على ذلك يشترط في ما يمكن تسميته الايجاب الاقتراني ان يحترم مقتضيات الوضوح كأن يصف البضاعة وصفاً دقيقاً و مزوداً بصورة مجسمة ثلاثية الابعاد و بشأن

---

١) د. صابر عبد العزيز سلامة، مصدر سابق ، ص٥٧ الى ص٦٧.
٢) نظال سليم برهم ، احكام عقود التجارة الالكترونية ، دار الثقافة ،ط١، عمان ، ص ٥٤،٥٣.

شرط كون الايجاب باتاً ناجزاً تفرق بين التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني و الذي يمثل نظاماً لا تفاعليــاً بحيث تكون الرسالة في اتجاه واحد في اللحظة الواحدة حيث ان البائع يرسل ايجابهُ الى الجهات محددة افراداً و مؤسسات بحيث يصل الايجاب الى البريد الالكتروني المرسل اليه و الذي يقوم بعد دراسة متأنية بالرد على رسالة الموجب بالقبول لينعقد العقد، ونلاحظ مما سبق ان الايجاب في العقود الالكترونية لا يختلف من الايجاب التقليدي فالإيجاب هو نفسه و بالشروط نفسها ولكن التعبير عنه مختلف [١].

ثانيــاً :- القبول

القبول هو التعبير اللاحق للإيجاب و الذي يتضمن الموافقة على شروط الموجب و يشترط ان تتوافر في الشروط العامة للإرادة و ان يصدر في وقت ما يزال الايجاب فيه قائماً و ان يطابقه مطابقة تامة . ان الوسائل تعبر عن القبول متعددة لم تحصدها التقنيات المدنية في نصوصها . بل تركت امرها للمتعاقدين فان استخدام شبكة الانترنت كوسيلة للتعبير عن القبول لا يثير اشكالا بحد ذاته و لاسيما اذا كان هذا القبول كتابة وذلك بأن يحرر الموجب له رسالة الكترونية بقبوله الا ان الامر قد يقتصر في حالات معينة على ملامسة ايقونة القبول او الضغط عليها دون تحرير رسالة الكترونية بقبوله يرى البعض ان القبول الإلكتروني في التعاقد عبر شبكة الانترنت يجب ان يكون واضحا و محددا كأن ان يكون هذا القبول من خلال الضغط على مؤشر "نعم" الوارد على صفحة الويب و يمكن الا يتم الاكتفاء بمجرد الضغط على هذا المؤشر بل لابد تزويد النظام معلومات لدى العميل بما يمنع الارسال الا بعد تأكد من الضغط على مؤشر "نعم" يعتبر جديا عن رغبة الموجب له في التعاقد[٢] . كما يمكن الاتفاق على ضرورة بث الموجب له رسالة الكترونية تؤكد وصول الرسالة الالكترونية للموجب و قبول مضمونها بما يفيد ابرام العقد الالكتروني . ان قبول الالكتروني في التعاقد عبر شبكة الانترنيت لا يمكن ان ينتج عن سكوت الا اذا كانت هنالك مؤشرات تدل على اتجاه ارادة الموجب له نحو القبول . كما لو كان هناك اتفاق مسبق بين المتعاقدين . على انه اذا مرت مدة و لم يتلقى الموجب قبولاً فأن فوات المدة المذكورة يعد قرينة على قبول الايجاب الإلكتروني مع ذلك فأن عدم استنتاج القبول من مجرد سكون الموجب له اذا كان هناك تعامل مسبق بين المتعاقدين فضرف التعامل السابق لا يكفي في التعاقد عبر شبكة الانترنت لكي يعد هذا التعامل قبولاً الكترونيا بل يجب ان يقترن التعامل المذكور بضرف اخر يرجح دلالة السكون على قبول العميل للتعاقد هناك قواعد عامة في تعاقد هي ان يأتي القبول مطابقا للإيجاب بغير التفرقة بين مسائل الجوهرية و مسائل الثانوية فإذا تضمن الايجاب تفصيلات فأن القبول

---

١) نضال سليم برهم، مصدر سابق ،ص٥٥ الى ص٦٠.
٢) د. خليل الساعدي ، مشكلات التعاقد عبر شبكة الانترنت ، مكتبة السنهوري ،ط١، بغداد ، ٢٠١١، ص ٧٣-٧٤.

يجب ان يتناولها ولو كانت هذه التفصيلات ثانوية اما اذا تضمن القبول ما يغير الايجاب عدا ذلك رفضاً له. [1]

الفرع الثاني :- المحـــل

ان مجال التجارة الالكترونية مجال مفتوح يشمل كل سلعة او خدمة قابلة للتداول و هذا يفترض وفقاً للقواعد العامة ، ان تكون السلعة او الخدمة محل تعاقد ممكنة و معينة القابلة للتعيين و مشروعة اي لا تتعارض مع النظام العام و الآداب العامة ، و عندما يكون محل التعاقد ممكنة و معينة او قابلة للتعيين و مشروعة اي لا تتعارض مع النظام العام و الآداب العامة و عندما يكون محل العقد حقاً ذهنياً فان العقد يكون اكثر من غيره ثائراً بطبيعة نقل المعلومات المستحدثة و يقصد بالحقوق الذهنية تلك التي ترد على شيء غير مادي من خلط الذهن عمق المخترع و الملحق بل ان هذه الحقوق تمتد فتشمل مقومات العمل التجاري المعنون من اسم تجاري و علامة تجارية و سمعة و ثقة فيما يتعلق بالاسم التجاري ذو العلامة التجارية فالصعوبة التي استحدثها الانترنت هي امكانية تسجيل اسم مجال نوعي يحمل اسماً تجارية معمول به او علامة قائمة ، اما بالنسبة الحقوق المؤلف فيما يتعلق بالمصنفات الالكترونية والرقمية فأنها تخضع بلا شك للنظام القانوني التقليدي للحقوق الذهنية والاصل ان كل من وضع مصنفا مبتكرا تمتع بحماية القانون والحماية هنا تنصرف الى مصنف بغض النظر عن الدعامة التي يفرغ فيها اذ يستوى ان تكون ورقية او رقمية او لاشك ان الطريق الالكتروني هو احد الطرق التعبير عن المصنفات فعمومية الرضا لا تترك مجال للجدل الا ان تقنية نقل المعلوماتية الحديثة اضعفت من فاعلية هذه الحماية فالتكنلوجية الجديدة جعلت من السهولة بإمكان نسخ اي مصنف رقمي . فبمجرد ان النقرة على زر الجهاز يمكن نسخ عشرات من نسخ من العمل الفني والادبي وتصل هذه النسخ درجة من التقنية يكون معها من الصعب ان لم يكن من المستحيل تميز النسخة من الاصل. اذا وضع مستخدم الانترنت على شبكة الانترنت عملا ذهنيا بما يسمح للغير لعمل نسخة مجانية لاستخدامه الشخصي فأن ذلك يعد تقليدا يلزم فاعله بالمسألة على صعيد مدني وجنائي. والاتجاه المتبع بالدول الاوربية كفرنسا هو توصل الى الحل الوسط يمثل في فرض الرسوم الخاصة على الدعامة الرقمية ذاتها التي ينسخ عليها المصنف او وسيلة ثانية تتمثل في وضع بصمات الكترونية على مصنف وهذه الوسيلة ليست موضوعة في حد ذاتها لمنع تقليد سلفاً بل لأثبات التعدي الفعلي على حقوق المؤلف ويوجد ايضا نظام بصمات مخصص وجهاز المضيف على نحوٍ يسمح بتقصِ المصنف بل الوقوف على مكان تواجده وهنا تكون في الواقع بصدد مصنفات مركبة من عدة مصنفات في أن واحد [2]. مما يترتب عليه تعدد وتشابك الأنظمة القانونية

---

١) د. خليل الساعدي، مصدر سابق ، ص٧٥-٧٦-٧٧.

٢) د. صابر عبد العزيز سلامة، مصدر سابق، ص٨١،٨٢،٨٣ .

الواجبة التطبيق لذلك من مصلحة الاطراف المعنية ان يخمنا العقد شرطا صريحا يحدد القانون الواجب التطبيق

الفرع الثالث :- السبب

سبب الالتزام هو الركن الثالث الذي يشترط القانون توافره في العقد و يعرف بأنه " الغرض المباشر الذي يقصد الوصول اليه من وراء التزامهِ " و قد نص على هذا التعريف قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤م في المادة (١/٨٤) (السبب هو الغرض المباشر المقصود من العقد) هذا التعريف للسبب لا يكفي لوحده تحديد مضمونه كركن من اركان العقد في الالتزام لان عبارة الغرض المباشر ليست وافية لاستنتاج مفهوم محدد قابل للتعرف على صفاته المميزة . السبب في العقد الالكتروني هو الغرض الذي يقصد الملتزم الوصول اليه من خلال التزاماته الواردة بالعقد . ويلاحظ ان كل التزام لم يذكر له سبب في العقد يفترض ان له سبب مشروع مالم يقدم الدليل على خلاف ذلك. و السبب باعتباره الباحث الدافع الى التعاقد يستخدم لحماية المشروعية في التعاقد و لا يغنى عنه ركن اخر من اركان العقد . و من ثم فإذا كان غير مشروع وذلك عن طريق مخالفته للآداب العامة فأن العقود الالكترونية تكون باطلة، ومن جهة اخرى يختلف السبب عن الباعث في ان الباعث هو الحافز الشخص الذي يجعل المتعاقد يبرم العقد. اما السبب امر موضوعي و تختلف البواحث حسب الرغبة الذاتية لكل متعاقد في كل عقد و قد نصت المادة ١٣٦ مدني مصري على انه (اذا لم يكن الالتزام سبب او كان سببه مخالفا للنظام العام او الآداب ، كان العقد باطلاً) ومن المعلوم ان السبب هو في الحقيقة ركن في الارادة التي يلتزم بها صاحبها و ليست ركنا في العقد ذاته اي انه في العقد الملزم للجانبين حيث يلتزم كل من العاقدين بإرادته و يكون لكل من الارادتين سببها . و ان السبب في انواع العقود المختلفة، حيث يخلف سبب التزام في العقود حسب كل نوعٍ منها فيمكن تناول السبب في العقود الملزمة لطرفي العقد و العقود الملزمة للطرفين، ففي العقود الملزمة للطرفين فأن سبب التزام كل العاقدين هو الحصول على مقابل الالتزام اما العقود الملزمة لطرف واحد فأن السبب هو استلام محل الالتزام و تأسيساً على ذلك فأن السبب في عقد الوديعة هو استلام المودع اما في عقود التبرع هي نية المتبرع نفسها . ففرض التبرع من عقد هو اسداء معروف للشخص المتبرع له ، و يلاحظ انه بصفة عامة لا يوجد شيء من الخصوصية بالنسبة لركن السبب فيها تخص العقد الالكتروني، حيث يخضع في احكامه في هذا الصدد للقواعد العامة [١].

١) د. عبد الحسن القاسم عبد المؤمل ، اركان العقد الالكتروني، بحث منشور في جامعة بخت الرضا العلمية، العدد ١٤، ٢٠١٤، ص١٦ الى ١٧.

المبحث الثاني :- طرق اثبات العقد الالكتروني

ان من اهم طرق اثبات العقد الالكتروني هي الكتابة و التوقيع اللذان يعدان من اهم الوسائل اللازمة لفرض اثبات العقد ، لذلك سوف نتناول في هذا البحث ثلاثة مطالب.

المطلب الاول: مفهوم الكتابة وقوتها الثبوتيـة في الشكل الالكتروني

المطلب الثاني: مفهوم التوقيع الالكتروني و انواعهُ

المطلب الثالث: مدى حجية التوقيع واثره في الاثبات

المطلب الاول: مفهوم الكتابة وقوتها الثبوتيـة في الشكل الالكتروني

الفرع الاول : مفهوم الكتابة

تعد الكتابة من اول الطرق و اهمها في اثبات التصرفات القانونية و يرجع ذلك لطبيعتها من حيث تحديدها ووضوحها و امكانية بقائها و استمرارها الا ان التصور الشائع للكتابة يذهب مباشرةً الى الكتابة الورقية . لكن مع اواخر القرن الماضي ظهرت صورة حديثة للكتابة و هي الكتابة الالكترونية و ذلك كانعكاس للتطور التكنلوجي . أذ اصبحت الادارات العمومية تمارس اعمالها القانونية مستعينةً بالوسائل الالكترونية الحديثة و انشأت مواقع لها على الانترنت و كان من الضروري تدخل التشريعات لتنظيم هذه المعاملات و ضبطها [١]. على ذلك جاء تعريف الكتابة في قانون تنظيم التوقيع الالكتروني المصري رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤ في الفقرة (أ) في المادة (١) بقولها " كل حرف او ارقام او رموز او اي علامة من علامات الاخرى تثبت على الدعامة الالكترونية او رقمية او ضوئية او اي وسيلة اخرى مشابهة و تعطي دلالة قابلة للإدراك "[٢].

ويلاحظ ان قوانين المعاملات الالكترونية العربية التي صدرت متأثرة بقانون الاونستيرال النموذجي للتجارة الالكترونية الذي بين المراد من الرسالة البيانات بأنها المعلومات التي تم انشاءها او ارسالها او استلامها او تخزينها بوسائل الكترونية او ضوئية او بوسائل مشابهة. بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الالكترونية او البديل الإلكتروني او البرق او التلكس او النسخ البرقي . و عندما يشترط القانون ان تكون المعلومات المكتوبة تستوفي رسالة البيانات ذلك شرط اذا تيسر الاطلاع على البيانات الواردة فيها على نحوٍ يتيح استخدامها بالرجوع اليها لاحقا و بذلك تطور معنى الكتابة بعد ان كانت تتم على الحجارة و الصخور و الخشب من خلال الادوات الحادة كالمسامير و المماسك الحديدية

---

١) اياد محمد عارف، مدى حجية المحررات الالكترونية في الاثبات، رسالة ماجستير – كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، ٢٠٠٩، ص٨ .

٢) قانون التوقيع الالكتروني المصري ، رقم ١٥ ،لسنة ٢٠٠٤.

اصبحت تتم على وسيطٍ ورقي ثم بعد ذلك تطور الامر اكثر من ذلك و اصبحت تتم على وسيط الكتروني . غير اننا وجدنا ان تقنية الفرنسي كان اكثر القوانين تطوراً ووضوحاً وفقاً لأخر التعديلات في تحديد الكتابة اذا يفهم من المادة (١٣١٦) منه ان معنى الكتابة يشمل كل تدوين للحروف او العلامات او الارقام او اي اشارة ذات دلالة تعبيرية واضحة و مفهومة و أيا كانت الدعامة التي تستخدم في انشائها او الوسيط الذي تنتقل عبره [١].الا ان القول بوجود الكتابة و صحتها يحتاج لتوافر شروط و هذا ما سنعالجه في الفرع الثاني.

الفرع الثاني: شروط الكتابة الالكترونية

أن اداة الكتابة و بغض النظر عن مظهرها الخارجي لدورها في تشريع الاثبات العراقي المقارن مرهون بمدى استيفاءها لشروط تفرضها الوظيفة المناطة بها كأداة كتابية لذلك أن من شروط

اولاً: الكتابة الإلكترونية و شرط القراءة و الفهم.

قياساً على الغاية من الاستعانة بالكتابة في اطار الاثبات المعاملات المالية يعد هذا الشرط شرطاً جوهرياً و اساسياً و مفاده هو أن تكون كتابة مفهومة غير انه لا يفترض حتماً استخدام لغة معينة او كتابة بخط يد صاحبها و بمقارنة ذلك بالكتابة الالكترونية نجد الانسان لا يستطيع رؤيتها و قراءتها و الوصول الى مضمونها و فهم فحواها الا بالاستعانة بالحاسوب الالكتروني و بالتالي ان امكانية التصرف الى مضمون كتابة الالكترونية تتم بشكل غير مباشر فالتدوين يتم على وسائط الكترونية و بلغة الالة المكونة من توافق و تبادل بين رقمين الصفر و الواحد . التي لا يفهمها الانسان الا من خلال برامج تشغيل يزود بها جهاز الحاسوب الالكتروني . تقوم هذه البرامج بترجمة المعلومات من لغة الالة الى لغة يفهمها الانسان أذن ان توسط الالة فيما بين الانسان و الكتابة الالكترونية لا ينفي امكانيتها بأن تكون مقروءة و مفهومة للإنسان و ان وصف بالقراءة غير المباشرة . ولعل تمسك البعض بهذا التوصيف كذريعة لاستبعاد المحرر الالكتروني من نطاق الادلة الكتابية المقبولة قانوناً . أذن من الممكن ان تكون الكتابة الإلكترونية مقروءة و مرئية للإنسان و ان كانت بالواسطة[٢].

ثانياً: الكتابة الالكترونية و شرط الثبات و الديمومة.

يؤلف هذا الشرط نقطة التقاء ما بين المعنى اللغوي للكتابة و الغاية من تثبيت التصرف القانوني على محرر مكتوب . المتمثلة بإمكانية الرجوع المتكرر اليه كلما لزم الامر لمراجعة بنود العقد المثبت فيه او

---

١)حيدر عبد المطلب الحسني، سمات التعاقد و اثباته و تنفيذه عبر وسائل الاتصال ،الحديثة ،رسالة دكتوراه تم مناقشتها في كلية الحقوق، جامعة النهرين، ٢٠١٠، ص١٦٨،١٨٥ .

٢) د. عبد الباسط جميعي ، اثبات التصرفات التي يتم ابرامها عن طريق الانترنت ،ط١،دار النهضة العربية ،القاهرة ،٢٠٠٠م، ص ٢٤٧.

لعرضه على القضاء عند حدوث خلاف بين اطرافهِ دون الانتقاص من اصله و لاسيما و نحن بصدد الاثبات القضائي الذي يتم عن طريق تقديم دليل امام القضاء و بالتالي لابد من افراغ حروف الكتابة او رموزها على دعامة يسمح ببقائها و ديمومتها .ولعل الدعامة الورقية تستوفي هذا الشرط و بجدارة و لولا ذلك لما علا شأن المحررات الورقية دون سواها بوصفها وثائق تثبت الحقائق كما هي عند نشاءتها الاولى اضافةً الى سهولة و يسر الحصول عليها . و مع ان تحقق هذا الشرط متاح حينما تكون ازاءَ محرر ورقي . الا ان الامر يدق بالنسبة للمحرر الالكتروني حيث لايزال امر استيفاء الكتابة الالكترونية لهذا الشرط غامض و مثير للشك و ذلك ان الوسائط الالكترونية التي تثبت عليها الكتابة الالكترونية عرضة للتلف السريع بحكم تكوينها الكيميائي و الكهرومغناطيسي و بمجرد اختلاف في قوة التيار كهربائي او درجات حرارة تخزين هذه الوسائط، كما انها لم تنتج لتعمر طويلاً لذا ينبغي نقل المعلومات الى وسيطٍ اخر و لعل هذا تبرير للاعتقاد السائد بكون الوسائط الالكترونية اقل قدرةٍ من الاوراق على الاحتفاظ بالمعلومات لمدة طويلة او يبدو على هذا الاعتقاد المغالاة اذ كما للوسائط الالكترونية سبباً للتلف كذلك الوسائط الورقية فأنها غير محضة من تلف او الهلاك فأذا كانت الاولى تتلف نتيجة ارتفاع في شدة التيار الكهربائي. فأن الماء من شأنهِ اتلاف الورق .علماً ان هذه مسألة اثارت تحديداً "فنياً و تقنياً" و قد امكن التغلب عليها باستخدام وسائط لها قدرة على الاحتفاظ بالمعلومات لمدة طويلة ربما تفوق قدرة الكهرباء [1] .

ثالثاً: الكتابة الالكترونية و شروط عدم التعديل الا بأتلاف المحرر او ترك اثر مادي عليه.

مفاد هذه الشروط يتمثل بعدم امكانية التلاعب بما هو مدون في المحرر من بيانات من شأنها التأثير على المراكز القانونية لأصحاب الحقوق المتنازع فيها دون ان يظهر لهذا التلاعب اي اثر مادي من وجود اخطاء او عيوب مادية جراء ادخال التعديلات بالإضافة و المحو او التغيير و لقد تنبه المشرع الى هذه الحالة المهمة و عالجها معالجة حكيمة تمثلت بإعطاء سلطة تقديرية للمحكمة في تقدير القيمة الثبوتية للمحرر تصل الى حد اعدام تلك القيمة بحسب الاحوال و اذا ما امعنا النظر في الاثر القانوني لتخلف شروط السلامة المادية للمحور نتيجة تضمنه عيوب مادية يتم استظهارها بالعين المجردة او بالخبرة الفية وجدنا ان ذلك العيب المادي في شأنهِ تجديد المحرر الكتابي من قوتهِ الذاتية المقررة بحكم القانون و الملزمة للقاضي سواء كان محرراً رسمياً او محرراً عادياً لتغدو قوته مكتسبة متوقفة على قناعة القاضي في الاخذ بهِ او عدم الاخذ بهِ [2]. و يأتي هذا الاثر برانا منسجماً مع التوجه التشريعي الذي تبناه المشرع العراقي على غرار اغلب التشريعات العربية التي اخذت بمبدأ الاثبات المختلط و من

---

١) د. حسن عبد الباسط جميعي، اثبات تصرفات التي يتم ابرامها عن طريق الانترنيت، دار النهضة العربية، ط١، ٢٠٠٠، ص٢٤٧-٢٤٨.

٢) اسل كاظم الصدام ، جمعية المحرر الالكتروني في الاثبات ، رسالة دكتوراه تم مناقشتها في كلية الحقوق ، جامعة بغداد ، ٢٠٠٦ ، ص ٥٤.

مفترضات هذا الشرط تحقق امتزاج و تلابس ما بين المادة المستعملة للكتابة و التركيب المادي للدعامة المثبت عليها المحرر بحيث تصبح وحدة واحدة غير قابلة للتجزئة او الفصل الا بأتلاف المحرر او احداث تغييرات مادية يسهل التعرف عليها بالنظر او خلال الاستعانة بالخبرة الفنية ان لزم الامر .

أذ ان تقدير القيمة الثبوتية للمحرر الكتابي تشترط ضوء سلامته المادية و بالتالي فأن عدم استيفاء المحرر الالكتروني لهذا الشرط من شأنه هز الثقة بالمعلومات و البيانات التي ينطوي عليها و الحقيقة ان شرط عدم قابلية للتعديل الا بأتلاف او ترك الاثر المادي يستوضح بالعين المجردة او بالخبرة الفنية . يتعارض مع اهم الخصائص ميزة للطبيعة التقنية للمحرر الالكتروني التي تحتسب و التي تسمح أمكانية تعديل المستمر بالإضافة او الحذف دون اي اثر مادي . اي ان المحرر الالكتروني و بحسب الاصل يفتقر الى شرط من اهم الشروط التي تتصل بوظيفة المحرر الكتابي في الاثبات . و التي تهدف الى تحقيق الثقة في البيانات المدونة فيه . و مع ذلك ينبغي ان نلاحظ اننا نتعامل مع تقنية التي من اهم التحديات التي تطرحها على المستوى القانوني قابليتها للتطور و التقدم السريعين بمعنى ادق حينما لاحظ الفنيين هذه المشكلة عمدوا الى وضع الحلول لهذا الازمة تتجسد ببرامج معينة في شأنها جعل المحرر الالكتروني يستوفي هذا الشرط و يصبح عصياً على التعديل او التدخل فيه دون ترك اي اثر اضافةً الى الحلول ذات الطابع الاجرائي المتمثلة بحفظ المحرر الالكتروني بصيغتهِ النهائية و بشكل لا يقبل التبديل و التعديل من خلال حفظه في صناديق الكترونية لا يمكن فتحها الا بمفتاح خاص تهيمن عليهِ جهات معتمدة من قبل الدولة. بالنتيجة تخضع قبول المحرر الإلكتروني كدليل في الاثبات لتقدير القاضي الموضوع ليمارس سلطته في تقييم مدى قدرة المحرر الالكتروني على تأمين بيانات المحرر و ان في هذا اضعاف واضح لقيمة المحرر الالكتروني بوجود منافس شديد الياس وهو المحرر الورقي الملزم للقاضي بقبوله كدليل كامل حتى كان موقع من قبل اطرافه. على ان ينشأ محرر كتابي قابل للاحتجاج بهِ ولا يستحوذ على الاهتمام القانوني كدليل كامل مالم تزيل الكتابة بتوقيع من صدر المحرر [١].

- أما القوة الثبوتية للكتابة في الشكل الالكتروني فلابد من ثبوت العقد الالكتروني بالكتابة لابد من اولاً: وجود كتابة وان تصدر من الخصم و يكون من شأن الكتابة ان تجعل التصرف المدعى به قريب الاحتمال و قد اخذ الفقه بهذا النص من حيث اعتبار المحرر الالكتروني كمبدأ للثبوت بالكتابة . حيث نصت المادة (٦٢) من قانون الاثبات المصري على انه : "يجوز الاثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب اثباته بالكتابة اذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة و كل كتابةٍ تصدر عن الخصم و يكون من شأنها ان تجعل وجود التصرف المدعى بهِ قريب الاحتمال تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة " [٢].

١)اسل كاظم الصدام ، مصدر سابق ، ص٥٥.
٢) اياد محمد عارف ، مصدر سابق ، ص ١٠٥.

و عليهِ فأن وجود المحرر الالكتروني على الوسيط الالكتروني او استخراج صورة مكتوبة منه على الالة الطابعة يعد قرينة قوية على صدور الكتابة من المدعى عليهِ و يرى بعض الفقه على عكس ذلك انه لا يصلح الاستناد اليها كمبدأ ثبوت بالكتابة بالنظر الى عدم امكانية نسبة هذا المحرر الى الخصم فالسند الالكتروني اذا لم يكن موقعا من الخصمِ يصلح ان يكون مبدا الثبوت بالكتابة . فرسائل البريد الالكترونية المرسلة بواسطة الانترنت تعد بداية ثبوت بالكتابة. لهذا يمكن الاحتجاج بها في مواجهة مرسلها و يمكن تعزيزها بطرق الاثبات كافةً كالشهودِ و غيرها .

فمبدأ الثبوت بالكتابة يعتبر الجزء الاكبر من الاثبات اما المحرر الالكتروني ما هو الا تكملةٌ للدلي خاصةً اذا لم يعترض الخصم على المحرر الإلكتروني حتى تصل الى مرتبة الدليل الكامل[1].

المطلب الثاني (التوقيع في الشكل الالكتروني وحجيته في الاثبات)

يعد التوقيع بشكل عام الوسيلة التقليدية البارزة للتعبير عن ارادة صاحب التوقيع و موافقته على مضمون السند الموقع عليهِ ، الا ن التوقيع بشكله التقليدي لا يلائم السندات الالكترونية التي تنم عن بعدٍ و يتم ارسالها او استقبالها بالشكل الالكتروني بين اطراف المعاملة الالكترونية ومن هنا ظهرت الحاجة الى وسيلة جديدة تحل محل التوقيع التقليدي و تقوم بوظائفه ، و لذلك جاء التوقيع الالكتروني ليحل محل التوقيع الالكتروني . و عليهِ تتم دراسة التوقيع الالكتروني في ثلاثة افرع . حيث الاول : مفهوم التوقيع، الثاني: صور التوقيع، الثالث: وضائف التوقيع الالكتروني .

الفرع الاول: مفهوم التوقيع الالكتروني

تباينت التعريفات التي اعطيت للتوقيع الالكتروني و ذلك حسب الزاوية التي ينظر منها الى هذا التعريف فهناك من يقوم بتعريف التوقيع الالكتروني بالنظر الى الوسيلة التي يتم بها او بحسب ما يقوم به من وضائف و دور في اخفاء حجية المحررات و المعاملات الالكترونية حيث قامت العديد من تشريعات المعاملات الالكترونية التي صدرت في الدول العربية التي تواكب التطورات التي افرزتها التكنلوجيا الحديثة بالاتصال ، حيث اصدرت لجنة الامم المتحدة للتجارة " أونسترال " قانوناً خاصاً بالتوقيع الالكتروني تصدرت من خلاله لتعريف هذا التوقيع و كيفية استخدامه و القواعد الخاصة به و ذلك مساعدةً من اللجنة للدول في وضع قواعد خاصة بالتوقيع حيث جاء في المادة (٢/أ) من هذا القانون تعريفاً له "بيانات في الشكل الالكتروني مدرجة في رسالة بيانات او مضافة اليها و مرتبطةٌ بها منطقياً

---

١) اياد محمد عارف، مرجع سابق، ص١٠٥.
٢) د.لورنس محمد عبيدات، اثبات المحرر الالكتروني، ط١،دار الثقافة،عمان،٢٠٠٥،ص١٢٥.

يجوز ان تستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة الى رسالة البيانات و لبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات[١].

يلاحظ على هذا التعريف لم يقم بتحديد انواع التوقيع الالكتروني المستخدم تاركاً لتشريعات الدول اصدار تشريعات خاصة بتحديد انواع هذا التوقيع و كيفية استخدامهِ ، اضافة الى هذا التعريف انه قام بتحديد هوية الموقع على رسالة البيانات و دلالته على التزامهِ. اما المشرع المصري قام بإصدار قانون خاص بالتوقيع الالكتروني [٢]حيث قام بتعريفه في المادة (١/أ) بأنه "ما يوضع على المحرر الالكتروني و يتخذ شكل حروف او ارقام او رمز او اشارة او غيرها و يكون له طابع منفرد يسمح بتحديد الشخص الموقع و يميزهُ عن غيره" و تجد المشرع المصري ايضاً لم يقم بتحديد انواع التوقيع الالكتروني و انما ذكرها على سبيل المثال لكي يتيح المجال للتطورات التكنلوجية التي يمكن ان تفرز انواعا اخرى للتوقيع اضافةً لقيامه ببيان وظيفة هذا التوقيع و هي تحديد هوية موقع المحرر الالكتروني و التزامه بمضمون ما ورد في هذا المحرر. و يلاحظ ان جميع التعريفات التي جاءت بها قوانين المعاملات الصادرة في الدول العربية لم تقم بتحديد انواع التوقيع الالكتروني على سبيل الحصر و انما ذكرتها على سبيل المثال. كما ان الاعتراف بهذا التوقيع و بجديته بأثبات اخرجه من نطاق السلطة التقديرية للقاضي و ذلك بصراحة النصوص التي اوردها المشرع.لقد قام الفقه من جانبهِ بأدراج عدة تعريفات للتوقيع الالكتروني و التي قسمها الى طائفتين من حيث ما اوردته الطائف الاولى من هذه التعريفات قامت بالتركيز على الكيفية والطريقة التي ينشأ من خلالها التوقيع الالكتروني حيث ركزت على ان التوقيع الالكتروني ينشأ من اجراءات غير تقليدية او من استخدام معاملات خوارزمية اي انه كل توقيع يتم بطريقة غير تقليدية اي انه يتم بالطريقة الالكترونية اما الطائفة الثانية من التعريفات فقد ركزت على كيفية انشاء التوقيع الالكتروني اي انه مجموعة من الاجراءات التقنية التي تسمح بتحديد شخصية من تصدر عنه هذه الاجراءات و قبوله بمضمون التصرف الذي يصدر التوقيع بمناسبتهِ و ان هذا التعريف يعد اقرب التعريفات من حيث الوضوح في كيفية تكوين التوقيع حيث انه ابرز كيفية قيام التوقيع تاركا للتشريعات القيام بتحديد الصور المختلفة له و فاتحاً المجال للتطورات التكنلوجية التي يمكن ظهروها مستقبلا اضافةً لإبرازه للوظيفة التي يقوم بها هذا النوع من التوقيعات و هذا التعريف المختار [٣].

الفرع الثاني: صور التوقيع

---

١) قانون التوقيع الالكتروني ، رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤.
٢) لورنس محمد عبيدات ، مصدر سابق، ص١٢٧.

١- **التوقيع بالإمضاء** : هو عبارة عن رسم يقوم به الشخص على ورقة ما، بمعنى انه فن و ليس علمٌ و من هنا يسهل تزويره فعندما يضع الشخص توقيعه على السند انما يعبر عن ارادته في الالتزام

٢- بمضمون المحرر و اقراءه له ذلك ان واقعة الصاق التوقيع بالورقة هي التي تمنع توضيح اثرهِ كما ان استعمال الورقة على توقيع صاحب التعهد هو الذي جعل لها قيمة قانونية.

٣- و لذلك في حالة التوقيع بكتابة الاسم الشخصي اي الامضاء فأن الاسم يظهرها كما كان اداةً وضعتها الجماعة تحت تصرف الشخص ليضع ارادته على كتابة معينة و يتحمل مسؤولية ما ورد بها.

و ليحول بذلك هذه الكتابة المادية الى التصرف القانوني كما ان التوقيع بالإمضاء اذا لم يطعن فيهِ او لم يذكره صاحبه هو دليلاً على الحضور الجسدي لصاحبهِ و لهذا يستلزم الامر اذا ضرورة وجود رابطة قوية بين التوقيع و الالتزامات المضمنة في الورقة العرفية بحيث يكون صاحبهُ على بينة من امرهِ عالما بمضمون الورقة، قاصدا الى اجازة ما ورد بها و الزام نفسه بكل ما ينشأ عنها من تعهدات فإذا انتفت هذه الرابطة فقدت الورقة حجيتها ، و لم تعد تصلح دليلا للأثبات. و في القانون الفرنسي تجد ان التوقيع يتخذ شكلا واحداً وهو الامضاء الشخصي و يجب ان يكون مكتوبا و لا يجوز ان يأتي بصور اخرى تشكل صليب او رسم معين او ما يخالف النظام العام و لا يخفى عن الامضاء استخدام الختم او بصمة الاصبع ففي مثل هذه الوسائل و ان كانت تؤدي الى تمييز الشخص و تحديده على وجه اليقين الا ان قبولاً لشخص للمستند و رضاه بما ورد فيهِ يبقى محل شك غير ان القانون الفرنسي صادر في ١٦ ايلول ١٩٦٦ و الخاص بالأوراق التجارية قد اجاز ان يكون التوقيع باليد او باي وسيلة اخرى كما انه في المعاملات التجارية حيث يسود حرية الاثبات يمكن التوقيع بالإمضاء او الختم ببصمة الاصابع [١].

٢- **التوقيع بالضغط على احد مفاتيح لوحة الحاسب الالي**. ان التعاقد عن طريق صفحات الويب التي تتضمن نموذج للتعاقد خاص بالمستهلك. فإذا قبل بها ان يقوم بالضغط على ايقونة الموافقة بعد اجابة التساؤلات محددة بنعم او لا تؤكد موافقتهُ و هذا الشكل يحقق وضيفة الاثبات و يمكن مساواتهُ بالتوقيع التقليدي نظراً لدقته و المعلومات التفصيلية المعطاة قبل اتمام المعاملة المدنية.

٣- **التوقيع بالرقم السري و البطاقة الممغنطة** . يتم ادخال البطاقة التي تتضمن البيانات الخاصة بالمستخدم في المكان المخصص لجهاز الصراف الالي ثم كتابة الرقم السري. وتحديد المبلغ المطلوب سحبهُ و الضغط على مفتاح موافقة و التطبيق العلمي لهذا الشكل يتمثل في المعاملة التي تجري من خلال البنوك لسحب اي مبلغ من رصيد الشخص في الوقت الذي يشاء من خلال وضع في المكان

١) آية محمد عارف، مصدر سابق، ص، ٥٦.

المخصص في الصراف الالي ثم ادخال الرقم السري لصاحب البطاقة و الضغط على امر السحب بالموافقة على اتمام العملية من خلال مفاتيح موجودة في الصراف الالي و يلاحظ ان هذا شكل من توقيع يمتاز بالسرية التامة بين مصدر بطاقة الصراف الالي و رقمها السري .و هو البنك و المستخدم صاحب البطاقة غير ان هذا التوقيع لا يصلح طبقاً للقواعد العامة للإثبات كعنصر من عناصر الكتابة الكاملة نظراً لأنعدم المستند التقليدي او المستند الالكتروني المستخدم لشبكة الانترنيت و بذلك يبقى التعامل الخطي مقتصراً بين البنك و الشخص المستخدم للبطاقة بموجب اتفاق خاص بين الطرفين .

٤- **التوقيع البيورموتري.** الذي يتضمن دراسة خواص شخصية الانسان كبصمة اصبعه او طبيعة خطه من خلال اهتزازات اليد عن الكتابة او الضغط على القلم و تطبيق ذلك عبر الانترنت يحتاج الى تقنيات متقدمة تحقق الامان في المعاملات المدنية التي يتم ابرامها عبر الشبكة و امكانية اثباتها.

٥- **التوقيع الرقمي.** يعتبر التوقيع الرقمي من اهم صور التوقيع الالكتروني نظراً لما يتمتع به من قدرة فائقة على تحديد هوية اطراف العقد تحديداً دقيقاً و مميزاً . اضافةً لما يتمتع به ايضاً من درجة عالية من الثقة و الامان في استخدامه و تطبيقه عند ابرام العقود جاء التوقيع الرقمي من خلال فكرة الرموز السرية و المفاتيح المتماثلة و غير المتماثلة من حيث اعتماده على اللوغاريتمات و المعادلات الرياضية المعقدة من الناحية الفنية و ذلك باستخدام برنامجا محدداً بحيث لا يمكن لأحد كشف الرسالة الا الشخص الذي يحمل مفتاح فك التشفير و التحقق من ان تحويل الرسالة قد تم باستخدام المفتاح الخاص اضافة الى تحققه من ان الرسالة الواردة لم يلحقها اي تغيير او تعديل و التوقيع الرقمي عبارة عن رقم سري او رمز ينشئه صاحبه باستخدام برنامج حاسب و يسمى الترميز الذي يقوم على تحويل الرسالة الى صيغ غير مفهومة ثم اعادتها الى صيغتها الأصلية حيث يقوم التوقيع الرقمي على استخدام مفتاح الترميز العمومي و الذي ينشأ مفتاحين مختلفين و لكنهما يرتبطان رياضياً حيث يتم الحصول عليهما باستخدام سلسلة من الصيغ الرياضية او الخوارزميات غير المتناظرة [١] . و يتم استخدام هذا النوع من التوقيعات في اغلب المعاملات الالكترونية و خاصةً المعاملات البنكية حيث يصدر البنك للعميل بطاقة تحتوي على رقم سري و منها بطاقات الائتمان و التي تمكن العميل من دخول الى حسابه الخاص بواسطة الرقم السري الذي يكون خاصاً بهذا العميل لوحده و لا يحق لأي شخص أخر معرفته و يتم التعامل مع هذا النوع من التوقيعات من خلال نظامين هما "Online\Offline" و الذي يعينان الخط المباشر و الخط الغير مباشر و المربوطين من خلال شبكة الانترنيت حيث انه في النظام الاول يقوم جهاز البنك بتسجيل العميل التي قام بها على شريطة ممغنطة و يتم سماح له بأجراء جميع معاملاته اما النظام الثاني فأنه يقوم على تحديد المعاملات التي يجريها العميل مباشرةً بعكس النظام الاول و هو يستخدم في ذلك البطاقات الذكية و التي تقوم بحفظ جميع العمليات بذاكرتها. كما ان هذا النوع من التوقيعات اكثر ما

١) حيدر عبد المطلب هاشم، مصدر سابق، ص١٩٥، ١٩٦.

يدرج استخدامه في ابرام التعاقدات التي تتم عبر شبكة الانترنيت و يتم استخدامها لتحديد هوية طرفي العقود تحديداً تاماً و مميزاً و بضمان عدم امكانية تدخل اي شخص على مضمون التوقيع و الرسالة الالكترونية التي تحتويه وهو بذلك يكون محققا كافة شروط التوقيع الالكتروني التي يتطلبها القانون و خصوصاً التوقيعات الرقمية التي يصدر بها شهادة تصديق من قبل السلطة المختصة بتصديقه .

٦- **التوقيع بالقلم الالكتروني.** يتم العمل بهذه الصورة من خلال الاستعانة ببرنامج خاص يتم اعداده ليتناسب مع العلم الالكتروني من خلال الربط بجهاز الحاسب الالي ليتم رسم او انشاء الشكل الذي يظهر التوقيع من خلاله و يقوم هذا النوع بوظيفتين هما التقاط امضاء العميل التي يتم كتابته بقلم الكتروني في مرجع مخصص على شاشة الحاسب بعد ان يكون العميل قد ادخل رقمه السري الخاص من خلال بطاقات تحتوي على بيانات خاصة بالعميل او الوظيفة الثانية تتمثل في التحقق من صحة توقيع العميل بمقارنته مع التوقيع الاصلي المخزون على الموقع الالكتروني او على جهاز الحاسب الالي ان هذا النوع من التوقيع يتفادى سببان التي قد تتعرض لها تواقيع السابقة و بالتالي يضفي هذا نوعا من الحماية للتعاملات الالكترونية المبرمة عبر الانترنيت [١].

الفرع الثالث :- وضائف التوقيع الالكتروني

كما هو الحال بالنسبة للتوقيع التقليدي تجمع التشريعات و تجمع الفقه على ان التوقيع الالكتروني و حتى يحوز على القوة الثبوتية خلال فلا بد ومن خلال التعريفات السابقة من ان يحقق عدة وضائف

الوظيفة الاولى:- دلالة على هوية الموقع. اولى و اهم وظائف التوقيع هي الدلالة على هوية الموقع. ان هذا التوقيع المعتمد لا يمكن ان يحدد بوضوح شخصية الموقع بغض النظر عن الشكل الذي اتخذه ذلك التوقيع سواء تم بالإمضاء او الختم او ببصمة الاصبع ، مجمل السند العرفي حجة على موقعه مادام هذا الشخص لم ينازع في صحته بأنكاره التوقيع او بسكوتهِ الذي اعتبرهُ المشرع اقراراً بصحة ما نسب اليه من التوقيع و بالنظر الى التوقيع الالكتروني فأنه يحقق هذه الوظيفة اذ اما ادعيت فيه وسائل و الاجراءات موثوق بها يتم اعتمادها و تتمثل باستخدام عدد من الانظمة المختلفة تمثل انواع التوقيعات الالكترونية كالتوقيع بالبصمة الالكترونية او بالقلم الالكتروني او استخدام نظام التشفير بأشكاله فهذه الوسائل المختلفة تمكن من التعرف على هوية اطراف المعاملة الذين اوجدها من خلال الربط بين هوياتهم و النصوص و الرسائل التي يقومون بتبادلها اما عن مدى ما تتمتع به هذه التوقيعات من ثقة في مدى قدرتها على لتجديد هوية من تصدر عنه فيرى البعض انها مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بمدى التقدم التكنلوجي المستخدم في تامين هذه التوقيعات و الادلة على ذلك ان الاجراءات المتبعة في تامين و حماية التوقيع بالرقم السري تخضع لرقابة جهات معتمدة من قبل السلطة التنفيذية و هذا ما يمكن ان

١) د. لورانس محمد عبيدات، مرجع سابق،ص١٤٤، ١٤٥، ١٤٨.

يحقق قدرا من الثقة في هذه التوقيعات كما اكدت على هذه الوظيفة للتوقيع الالكتروني اغلب التشريعات التجاري الالكتروني و خاصة منها ما تطرقت الى تعريفه بصورة مباشرة حيث اعتبرت هذه الوظيفة اساساً لابد من توافرهِ في التوقيع حتى يكون له قوة في الاثبات و لكن هذه الوظيفة للتوقيع الالكتروني تختلف اختلافاً كلياً عما هي عليه في التوقيع العادي الذي يعتمد اعتماداً تام على الاثبات الجسدي لتمديد هوية الدفع فلا بد من تقديم وثائق صادرة عن سلطة رسمية و لا يتم اللجوء الى اثباته الى في حالة دخول نزاع بين اطراف العلاقة التعاقدية و اقامة دليل على الوجود الفعلي للعقد و الموافقة على مضمونهِ اما فيما يتعلق بالتوقيع الالكتروني الامر ليس كذلك على الاطلاق اذ انه يعتمد على نظم المعلوماتية التي تعتمد على شبكات مغلقة ومن يؤدي وضيفة الاثبات هوية الموقع هي هيئة مختصة تمارس الرقابة على البيئة و قائمة على الشبكة الالكترونية التي تديرها و على عناصر التقنية و على مستخدميه لهذه العناصر هذه الوظيفة تتأكد ايضا في التوقيع بالرقم السري لأن هذا الرقم لا يعرفه سوى صاحبه فلا فرصه امامه لإنكار استخدام البطاقة المقترنة برقمهٍ السري الذي لا يمكن ان يشابه رقماً اخر اذ لا يعرفه سواه و ايضا تتوافر هذه الوظيفة بالتوقيع بالقلم الالكتروني الذي لا يمكن استخدامه الا من قبل صاحبه لان هذا النظام لا يمكن ان يعمل الا اذا تطابق التوقيع مع ما هو محفوظ في ذاكرة الحاسب الالي [١].

الوظيفة الثانية: اثبات سلامة العقد تعتبر هذه الوظيفة من الوظائف الاكثر حداثة للتوقيع الالكتروني حيث تتمثل في الحفاظ على مضمون مجتوى العقد و تكامله . و في بيئة تؤدي هذه الوظيفة دعائم ورقية بحيث يسهل كشف الغش او الشطب والاضافات و بالتالي الحفاظ على مضمون العقد اما في حالة الوثائق التي يتم تبادلها من خلال شبكة الانترنيت لأبرام تعاقد او تصرف قانوني ما، فأن هذه الوثائق تكون عملية تبادلها الكثير من الاحيان محفوفة بالمخاطر و يتم التغلب على هذه المخاطر من خلال استخدام التوقيع الإلكتروني الرقمي المستند على التشفير المزدوج بالمفتاحين العام و الخاص بحيث يتم تمويل الناس و التوقيع الى رموز و بالتالي يتيح الحفاظ على سلامة العقد . كان قد طرح تساؤل عن مدى ارتباط ارادة الموقع و ارضاه بالمضمون المحرر الالكتروني في بعض العقود والتي تتم عبر شبكة الانترنيت و يتم التوقيع عليها الكترونياً، حيث اتجه راي الى تغلب على هذه المشكلة يكون من خلال استخدام تقنيات تكنلوجية حديثة من شأنها توفير الثقة و السلامة المحرر الالكتروني و عدم ادخال اي تعديلات عليها ثم ان ارتباط التوقيع الالكتروني بالمحرر الالكتروني يطبق عليه حُجية اكثر بالإثبات وهذا ما جاءت به قوانين المعاملات الالكترونية .ونجد ان هذه الوظيفة لا تتحقق الا في التوقيع الرقمي دون انواع .

---

١) د. علي ابو ماريا، التوقيع الالكتروني ومدى قوته في الاثبات "بحث منشور في مجلة جامعة الخليل للبحوث، مجلة ٥ , العدد٢، ٢٠١٠، ص١١٣ – ١١٤.

التوقيع الاخرى و هذا ما أكدته قوانين المعاملات التي صدرت بهذا الشأن و التي اعتبرت التوقيع الالكتروني موثقا اذا ارتبط بالسجل الذي يتعلق بهِ بصورة لا تسمح بأجراء تعديل على هذا العقد بعد توقيعه دون احداث تفسير في التوقيع[١] .

الوظيفة الثالثة: -التعبير عن رضا الموقع: يدل التوقيع العادي على رضا الموقع بما هو مدون في المحرر و قبوله فيما جاء فيه لان وضع التوقيع على مستند معين او وثيقة معينة يعني انصراف مضمون الوثيقة او المستند الى شخص الموقع و ذات الشيء ينطبق على التوقيع الالكتروني فيستفاد رضاء الموقع و قبوله لالتزام بمجرد وضع توقيعه الالكتروني على بيانات التي تحتويها المحررات الالكترونية و عندما يأخذ التوقيع الالكتروني شكل ارقام سرية او رموز معينة او محدودة تحفظ في حيازة صاحبها و لا يعلمها غيره فإذا تم استخدام الارقام اي وقع لها صاحبها فأن مجرد توقيع يدل على موافقته على المعلومات و بيانات التي قام بالتوقيع عليها و اتجاه ارادته بالالتزام بها و يعتبر رضا الموقع صحيحا بتوفير الاهلية و هي قدرة الشخص على ابرام التصرفات القانونية فيجب لتوافر الرضا لابد ان تكون لدى موقع اهلية قانونية كاملة كما يجب ان يخلو الرضا من اي عيوب الإرادة فيعوز صاحب التوقيع متى ما كانت ارادته معيبة بأحد عيوب الارادة و هي الغلط و التدليس و الاستغلال و الاكراه ان يطلب ابطال التصرف الصادرة منه [٢].

المطلب الثالث : مدى حُجية التوقيع الالكتروني بالإثبات

يعد الاقرار بالتوقيع الالكتروني بقيامه بوظائف التوقيع العادي بدرجة عالية من كفاءة لا بل قد يتفوق عليه في بعض الاحيان وبعد ما بينه ان التوقيع الالكتروني يستجمع شروط التوقيع العادي فهل هناك من داعي و حال لعدم اعتراف له بحجية قانونية التي يتمتع بها التوقيع العادي بالإثبات نجيب على ذلك القول بأنه كان من متطلبات التحول في مجال المعاملات المدنية و تجارية من استخدام التوقيع العادي الى استخدام التوقيع الالكتروني بإبقاء على الدور الذي يلعبه الاول اضفاء نفس الحُجية و القول بالإثبات على الاخير بأن التوقيع الالكتروني يقوم نفس الدور و الوظائف الذي يقوم به التوقيع التقليدي و كان الفقه – و قبل صدور التشريعات المنظمة بالتوقيع الالكتروني دوراً بارزاً في محاولات اضفاء نوع من الحجية على التوقيع الالكتروني خلص فيها البعض الى وجوب منح الحُجية الكاملة في الاثبات اسوة بالتوقيع العادي الا ان بعض الاخر نادى بوجوب حجب هذه الحُجية عن هذا النوع من توقيعات المبتكرة معللين ذلك من انعدام فكرة الامن القانوني الذي يكفل صحة هذه التوقيعات و عدم تلاعب بها و لكن بصدور التشريعات الدولية و المحلية الخاصة بالتجارة الخاصة بالتجارة الالكترونية و التي اعترف اغلبها

---

١) د. لورانس محمد عبيدات، مرجع سابق، ص١٥٤.

٢) علي ابو ماريا ، مصدر سابق ،ص ١١٤.

بحجية التوقيعات الالكترونية في الاثبات والتي خصصت قواعد معينة لتلافي اي تلاعب بهذه التوقيعات من خلال اجراءات يتحقق من خلالها الامن و الثقة بها و تحميها سواء من ناحية قانونية او تقنية و التي تتمثل بوجوب اصدار التوقيعات المعترف بها قانوناً من قبل جهة معتمدة تصدر عنها ما تسمى بالشهادات التوثيق و تكون مودعة لديها و هذه بالإضافة الى ما لفكرة الامن القومي و التقني عن دور اساسي وهام بإمكانية اضفاء الحجية على ما يصدر عن وسائل الاتصال الحديثة بما فيها ابرام العقود عبر شبكة الانترنيت كشبكة مفتوحة ليجمع مما يتيح امكانية دخول اشخاص على هذه الشبكة بسوء نية ايا كان الهدف من اجل تلافي هذه الشكليات من قبل مستخدمي شبكة و هذا ما ادى الى ان اصبح ابرام العقد و التوقيع عليه يتم من خلال القيام بإجراءات محدودة تؤدي توفر الامن القانوني و التقني و الذي يعتبر من مقومات الاحتراف بحجية التوقيع الالكتروني في الاثبات و تتمثل هذه الاجراءات في القيام بتشفير البيانات المرسلة ووجود التوقيع الالكتروني بطريقة لا تسمح لأي كان بالدخول الى هذه الرسالة وهو مادى الى سد اي ذريعة وابطال اي ادعاء بوجود عقليات تمنع من الاعتراف بالتوقيع الالكتروني وحُجيته بالإثبات و في ضوء الاعتبارات السابقة اتجه الفقه القانوني الى البحث عن اسانيد او اساس لاعتماد على التوقيع الالكتروني وحجته بالاثبات[١] .و أضفاء حُجية على التعاملات التي تتم بأتباع الوسائل الالكترونية و التوقيع الالكتروني فأتجه البعض لإخفاء الحُجية على التوقيع الالكتروني من خلال ما تقدم بهِ بطاقات الصراف الالي ذات الرقم السري و التي تمكن اصحابها من اجراء عملية السحب النقدي مثلاً و اقراره لأي عملية يقوم بها او اقراره بصحة التسجيلات الصراف و هي بذلك تعتبر الرقم السري موازي لتوقيع التقليدي من حيث الوظائف التي يقوم بها و موازات التوقيع الالكتروني . الا ان هذا الرأي واجه معارضة من البعض على اساس احتمال ضياع الرقم السري او سرقته للقيام بأغراض خاصة اضافة الى امكانية القيام بتزوير المسارات الممغنطة الموجودة على بطاقات الصراف او بطاقات الائتمان من خلال تصنيع نماذج لبطاقات السحب او تغيير بيانات البطاقة الاصلية مما يؤدي الى ابعاد هذا الصورة من التوقيع الالكتروني من مجال الحُجية . الا ان اصحاب الرأي الاول يردون على هذه الحجج من خلال امكانية القيام بالتزوير التوقيع التقليدي او سرقته و بالتالي فأنه لا يكفي للقول باستبعاد التوقيع الالكتروني على اساس ان سرية رقم البطاقة تكون دالة بحد ذاتها على صدور التوقيع الالكتروني من الحامل. أضافة الى انه لقيام لتزوير فأنه يتطلب وجود رقم السري و البطاقة معاً و قد يقال ان الرقم السري الذي يدخله الحامل في حال البطاقة البنكية قد يكون مقبولا عن طريق الصراف الالي و بالتالي ليس هناك امتداد بين التوقيع الالكتروني بالرقم السري و بين الشخص الحامل و انما لكون الامتداد راجع الى الجهاز الالكتروني و الذي يخضع للجهة المصدرة للبطاقة [٢]. و تم الرد على هذا الري بأن التوقيع الالكتروني لا يصدر عن الحاسب و انما يأتي بواسطتهِ من خلال اتباع اجراءات متفق عليها بين الحامل

---

١) د. علي ابو مارية، مصدر سابق، ص١٢٠.
٢) د. لورنس محمد عبيدات، مصدر سابق،١٥٧.

و الجهة المصدرة للبطاقة كما أن الحاسب الالي هو مجرد اداة مهمتها تمكين الحامل من قيام بإجراءات السحب و يدعم اصحاب هذا الراي قولهم بأن آلة الصراف هي كالقلم او الختم او البصمة في التوقيع التقليدي اما القول ان الحاسب الالي يخضع لسيطرة الجهة المصدرة للبطاقة فهو رأي لا يتفق و الواقع لأنه توجد لدى هذه المؤسسات وثيقة لتنظيم عمل الحاسب و عدم قيام اي تلاعب وقد توج هذا الرأي من خلال اصدار احد المحاكم الفرنسية حكماً في القضية اعطت فيه حجية لتوقيع الالكتروني على اساس ان صاحب البطاقة عندما قام بإدخال الرقم سري فهو يكون قد اصدر موافقته عملية بقبول مبلغ مسجل وأن البنك جاء بأثبات كافٍ على ديونهِ بواسطة تسجيلات الصراف الالي

أمـــا الاثار المترتبة على حُجية التوقيع الالكتروني في الاثبات.

نتيجة لازدياد التعامل بالوسائل الحديثة لتقنيات التوقيع الالكتروني كبديل للتوقيع التقليدي ظهرت الحاجة الى ايجاد اطار قانوني يهدف الى الحد من عدم اليقين في الاثر القانوني الذي ينتج عن استخدام هذه التقنيات و الذي يتطلب ايجاد نصوص قانونيـــــــــة موحدة تتعامل مع هذه التقنيات الحديثة. وفي غـــــالبية القوانين المقارنة نجد انه توجد نصوص خاصة تعطي التوقيع الالكتروني حُجية تعادل ما يتمتع به التوقيع التقليدي حيث اعتبرت هذه النصوص ان وجود التوقيع الالكتروني على محرر يشترط فيه القانون في التوقيع يفي بالغرض و يضفي على هذا المحرر او المستند كامل الحجية التي يتطلبها و يشترطها المشرع ، و في ضوء اعتراف المشرع بحُجية التوقيع الالكتروني في الاثبات فأن سلطة القاضي التقديرية قد تقلصت والتزام بالأخذ بالمدارات الالكترونية والتواقيع الالكترونية كدليل اثبات لهُ كامل الحُجية متى ما توافرت شروطه المتطلبة قانوناً و من هنا ظهرت الحاجة تقنيين قواعد تكفل للتوقيع الالكترونية حُجيتهُ شريطة توافر الشروط التي تطلبها المشرع فيه . لذلك فأن التوقيع الالكتروني اذا ورد على محرر الكتروني فأن هذا المحرر له كامل الحُجية في الاثبات مادام التوقيع محققـــاً للشروط التي حددها المشرع من حيث ارتباطه بشخصية مصدره. و تعبيره عن هويتـــهُ و الذي يسمح للطرف الثاني تحديد هوية مصدره[1] .

١) حجازي عبد الفتاح بيومي، النظام القانوني للتوقيع الالكتروني، ط١، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠٠٧، ص٢٨٤-٢٨٥.

الخـــــــاتمة

العقد الالكتروني احد اهم مظاهر التطور التي اقرته الثروة المعلوماتية في الوقت الراهن فقد سعينا من خلال دراستنا الى الاحاطة بالجوانب القانونية الذي اصبح حدث الحال ابتداء تعريفنا الى ماهية هذا العقد الالكتروني على الرغم من ان المشروع العراقي لم يطرق اليه بصورة مباشرة الا ان تم تعريفها من قبل تشريعات بعض الدول بانه " الاتفاق الذي يتم بواسطة الانترنت كليا او جزئيا ".

كذلك تم التطرق الى خصائص هذا العقد منها ان يتم بدون تواجد مادي لأطرافه انه يتميز بالطابع الدولي لكنه يبرم او ينفذ من خلال وسيلة الكترونية يتم عبر شبكة عالمية تربط معظم دول العالم .

اما اركان هذا العقد فهو الرضا اي تطابق ارادتين الايجاب والقبول على سلعة او خدمة معينة يكون سببه مشروع غير مخالف الآداب العامة والنظام العام كان ايضا من الضروري خلق اطار قانوني للأثبات القانوني لتامين القيمة القانونية فعالة للعقد الالكتروني لخلق جو من الثقة بين الاطراف المختلفة والمتجانسة فيها لاسيما انها اهم مسائلة لاثبات الحق بالفعل تم اخضاع المعاملات الالكترونية للمنظومة القانونية ووجد اطار للاثبات الالكتروني يقوم على الكتابة الالكترونية والتوقيع الالكتروني وتم اضافة حجية لكل من كتابة والتوقيع الالكتروني .

اولا : النتائج

١- الوسائل الالكترونية كثيرة من الوسائل التي اوجدها الانسان لخدمته والتي اصبحت ذات فعالية واثار واضحة في الحياة اليومية واصبحت هذه الوسائل تحل كبديل عن الوسائل التقليدية في الاثبات في كثير من القطاعات وهذا لا يغير من حقيقة ان له بعض السلبيات الذي يسعى الانسان بشكل مستمر من التغلب عليها الامر الذي يجب معه على المشرع التدخل لسد الفراغ التشريعي في هذا العدد ومواكبة التطورات في هذا المجال .
٢- تقوم الكتابة والمحررات الالكترونية على نفس السمات التي تقوم عليها الكتابة والمحررات التقليدية .
٣- على الرغم من اقرار الكثير من الدول لقوانين تنظيم التعاملات والتوقيعات الالكترونية ومساواتهما في الحجيه مع المحررات والتوقيعات التقليدية الا ان الواقع العلمي في العديد من الدول ما زال يفتقد الى هذه المساواة لاسباب تعود الى عدم اكتمال الية الاساسية لمفاتيح العامة وعدم الرخيص لمقدمة خدمات التصدير لتلك الدول .

ثانيا: التوصيات

أ- مطالبة المشرع العراقي بوضع نصوص خاصة بالعقود الالكترونية .

ب- اقامة هيئة رقابية دولية تراقب المعاملات الالكترونية .

ت- ندعو المشرع العراقي من اجل ان يتمتع التوقيع الالكتروني بموثوقية فب قرارات التحكيم الالكتروني الى اضافة عقوبات المناسبة في حالة تزوير التوقيع الالكتروني او التلاعب به او تقديم معلومات غير صحيحة عنه صحيحة عنه لكي يمنح نفس الحماية الممنوحة للتوقيع التقليدي في حالة تزويره .

المصـــــــادر

القران الكريم

اولاً:- الكتـــب.

١- ايسر صبري ابراهيم – ابرام العقد و اثباته عن طريق الأنترنيت – ط١ – دار الفكر الجامعي – الاسكندرية – ٢٠١٥.

٤- حجازي عبد الفتاح بيومي – النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني – ط١ – دار الكتب القانونية – القاهرة – ٢٠٠٧.

٥- حسن عبد الباسط الجميعي ، اثبات التصرفات التي تم ابرامها عن طريق الانترنت ،ط١، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠م.

٤- خالد ممدوح ابراهيم – ابرام العقد الالكتروني – ط٢ – دار الفكر الجامعي – الاسكندرية – ٢٠١١.

٥- خليل الساعدي – مشكلات التعاقد عبر شبكة الانترنيت – ط١- سنهوري – بغداد – ٢٠١١.

٦- سامح عبد الواحد التهامي – التعاقد عبر الانترنيت – دار شتات للنشر و البرمجيات – مصر – ٢٠٠٨.

٧- صابر عبد العزيز سلام - العقد الالكتروني – ط٢ – دار النهضة العربية – قاهرة – ٢٠٠٧.

٨- عيسى غسان ربضي – قواعد خاصة بالتوقيع الالكتروني – ط١- دار الثقافة للنشر – عمان – ٢٠٠٩.

٩- لورنس محمد عبيدات – اثبات المحرر الالكتروني – ط١ – دار ثقافة – عمان – ٢٠٠٥.

١٠- د. ماجد محمد ابا الخيل – العقد الالكتروني – ط١- مكتبة الرشد – الرياض – ٢٠٠٩.

١١- نضال سليم برهم – احكام عقود التجارة الالكترونية – ط١ – دار الثقافة – عمان – ٢٠١٠.

ثـــانياً:- الرسائل والاطاريح

١- اياد محمد عارف سده – مدى حُجية محررات الالكترونية في الاثبات – رسالة ماجستير في كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية – فلسطين – ٢٠٠٩.

٢- أسل كاظم الصدام – حُجية المحرر الالكتروني في الاثبات المدني – اطروحة دكتوراه مقدمة الى جامعة بغداد – ٢٠٠٦.

٣- بلقيشتي حبيب – اثبات التعاقد عبر الانترنيت – البريد المدني "دراسة مقارنة" – اطروحة دكتوراه مقدمة الى جامعة وهران – الجزائر – ٢٠١٠.

٤- حيدر عبد المطلب – سمات التعاقد و اثباتهُ و تنفيذهُ عبر و سائل الاتصال الحديثة – أطروحة دكتوراه مقدمة الى جامعة النهرين – ٢٠١٠.

ثالثا: المجلات

١- د. قيدار عبد القادر صالح – ابرام العقد الاداري الالكتروني و اثباتهُ – مجلة الرافدين للحقوق – المجلد العاشر – العدد ٣٧- ٢٠٠٨.

٢- د.عبد الحي القاسم- اركان العقد الالكتروني – مجلة جامعة بخت الرضا العلمية – العدد الحادي عشر – ٢٠١٤ .

٦- د. علي ابو مارية – التوقيع الالكتروني و مدى قوتهُ في الاثبات – مجلة جامعة الخليل للبحوث مجلد الخامس – العدد الثاني – ٢٠١٠.

رابعا: القوانين

١- قانون التوقيع المصري رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤.
٢- قانون المعاملات الالكترونية رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١.
٣- قانون التوقيع الالكتروني العراقي رقم ٧٨ لسنة ٢٠١٢.