حجية التوقيع الإلكتروني في إثبات المعاملات الإلكترونية (دراسة تحليلية في ضوء قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٢)

د. نافان عبد العزيز رضا
جامعة السليمانية

المقـــدمـــة

نظراً للأهمية الكبيرة للتوقيع الإلكتروني فقد بدأت الخطوات العملية لتعميم استخدامها لتكون أداة التعاملات المستقبلية بين الناس، لاسيما أنها تسهل عليهم أعمالهم بوصفه إحدى وسائل الحماية المدنية لهذه المعاملات أو العقود التي تبرم عبر الإنترنت بعد بتوثيقها، لضمان حقوق الأطراف المتعاقدة .

ولما كانت مشكلة الإثبات الإلكتروني في ظل ظهور الكتابة الإلكترونية والتوقيعات الإلكترونية والمحررات الإلكترونية من المشكلات المتعلقة بتحديد المسؤولية المدنية للأطراف المتعاقدة والوسطاء الذين يقدمون خدماتهم الإلكترونية ، ولما كانت النصوص التقليدية القائمة عاجزة عن احتوائها، عليه كان لابد من تنظيمها من الناحية التشريعية عن طريق إعداد قواعد قانونية تنظمها وإلا ظهر نوع من الفراغ التشريعي ، ونتيجة لذلك صدرت تشريعات عدة في هذا المجال، إذ قامت منظمة الأمم المتحدة بوضع قانون نموذجي للتجارة الإلكترونية، وكذلك قانون للتوقيع الإلكتروني، كما قام الاتحاد الأوربي بسن قوانين خاصة بالتجارة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني، وكذا

الحال بالنسبة للعديد من الدول كفرنسا ومصر والعراق الأمر الذي يتطلب ضرورة الوقوف أمام هذه التشريعات للاسترشاد بها كي نتمكن في إقليم كوردستان العراق من سن قوانين في مجال التجارة والمعاملات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني على ضوء تجارب الدول التي كان لها السبق في هذا المجال .

أهمية البحث :

يمكننا تحديد أهمية هذه الدراسة من خلال النقاط الآتية :

١- للتوقيع الإلكتروني أهمية كبيرة في كافة المعاملات القانونية سواء أكانت مدنية أم تجارية، وقد كانت البدايات الأولى لظهورها بمناسبة عمليات الدفع الإلكتروني لدى البنوك والمصارف ولايزال هذا المجال تطبيقاً خصباً لاستخدام التوقيع الإلكتروني لاسيما مع توسع أعمال الصرافة والبنوك الإلكترونية، ونتيجة لتطور تقنيات وأساليب إبرام التصرفات القانونية كان لابد من إيجاد وسيلة تقر بالقوة الثبوتية لهذه التصرفات، باعتبارها من الأدلة المقبولة أمام القضاء لاسيما بعد تعذر استخدام التوقيع التقليدي في مثل هذه التصرفات، لذا ارتأينا في هذا البحث المتواضع دراسة ماهية التوقيع الإلكتروني وبيان مدى حجيته في الإثبات .

٢- اتجهت الجهات الإدارية إلى التوقيع الإلكتروني لحماية معاملاتها التي تتم عبر الإنترنت في إطار تحولها إلى ما يسمى بـ " الحكومة الإلكترونية " سواء أكانت الإدارة في نطاق القطاع الخاص أو القطاع الحكومي، إذ أضحى اللجوء إلى المعاملات الإلكترونية ضرورة، ولهذا فإن ما يجري اليوم من تحضيرات واسعة النطاق في البني الأساسية والفنية لما يسمى بالحكومة أو الإدارة الإلكترونية، فإنه يقتضي من رجال القانون أن يقدموا الحلول والمعالجات للمشكلات القانونية التي أفرزتها ثورة المعلومات واستخدام الحاسوب وشبكة الانترنت في إجراء المعاملات والتصرفات القانونية، لاسيما وأن الاهتمام بهذا الموضوع يبدو واضحاً بالنسبة للمتطلبات الفنية، إلا أن المتطلبات القانونية للانتقال إلى المعاملات الإلكترونية

يشوبها النقص التشريعي في التنظيم القانوني للتوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية وحجيتها في الإثبات تحديداً في إقليم كوردستان .

مشكلة البحث :

إن إبرام العقود الإلكترونية التي تتم عن طريق وسائل الاتصال الحديثة تطرح مجموعة من المشكلات القانونية لاسيما الشق المتعلق بالإثبات، كمدى اعتبار ما يتم تدوينه على الدعامات غير الورقية هو من قبيل الكتابة المعتد بها في الإثبات نظراً لطبيعتها غير المادية؟ ومدى حجيتها؟ وكيفية الوثوق بأن الموقع على الرسالة الإلكترونية هو المرسل؟ والتساؤل عن المتطلبات القانونية التي يجب توفرها في التوقيع الإلكتروني ؟ كل هذه المشكلات وغيرها سوف نحاول تلمس الاجابات لها من خلال هذا البحث .

منهج البحث :

تعتمد دراستنا للموضوع على المزج بين المنهج الوصفي والمقارن، إضافة للمنهج التحليلي للنصوص القانونية الواردة في قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٢م ، وتحديد نقاط القوة والقصور والضعف فيها، ومقارنتها بالقوانين المقارنة وذلك للإلمام بجميع تفاصيل الموضوع وجوانبه المختلفة ، وإبداء الرأي فيها .

خطة البحث :

نعالج موضوع البحث على ثلاثة مباحث ، وعلى النحو التالي :

المبحث الأول : تعريف التوقيع الإلكتروني وشروطه

المطلب الأول : التعريف التشريعي للتوقيع الإلكتروني

المطلب الثاني : شروط التوقيع الإلكتروني

المبحث الثاني : خصائص التوقيع الإلكتروني وحجيته في الإثبات

المطلب الأول : خصائص التوقيع الإلكتروني

المطلب الثاني : الحجية القانونية للتوقيع الإلكتروني

المبحث الأول

تعريف التوقيع الإلكتروني وشروطه

تمهيد وتقسيم :

التوقيع لغةَ من الفعل وقَع، أي بيَّن في إيجاز رأيه بالكتابة، وتوقيع العقد أو السند ونحوه أن يكتب الكاتب اسمه في ذيله إمضاءً له أو إقراراً به ، والموقع هو كاتب التوقيع ، ومنها عرفت التوقيعات بأنها " التأشيرات التي تعبر عن رأي صاحبها "[١].

ولما كان التوقيع علامة شخصية يمكن عن طريقها تمييز هوية الموقع أو شخصيته، لذلك فوسيلته هي الإمضاء أو الختم أو بصمة الإبهام ، وكي يكون مقروءاً أو مرئياً لابد أن يوضع على مستند مادي حتى يبقى أثره واضحاً لا يزول بمرور الزمن ، ولما كان التوقيع التقليدي بصورة عامة يعد الشرط المهم والجوهري في السند العادي؛ لأنه يتضمن إقرار الموقع لما هو مدون في السند، ودليل مادي على رضائه بإنشائه، وأن السند صادر من الشخص الموقع، لذا يعد التوقيع تصرف إرادي يقصد به التعبير عن موافقة الموقع على مضمون السند . ونظراً لحرص الأشخاص على وضوح التوقيع فإنه عادة ما يوضع في آخر سطر في أي مستند بشكل مستقل عن محتوى المستند الذي وقع عليه، وفي حالة تعدد الأوراق فإنها تحمل توقيعاً على كل ورقة حتى يمكن القول بنسبة هذا المستند لمن وقع عليه[٢].

(١) المعجم الوسيط ، الطبعة الرابعة، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة ، ٢٠٠٤م، ص١٥٠ .

(٢) د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة، عمان، ٢٠١١ م، ص١٣٤ وما بعدها .

ولما كانت الوسائل الحديثة في التعامل لا تتفق مع فكرة التوقيع بمفهومها التقليدي[١] لاسيما في ظل انتشار نظم المعالجة الإلكترونية للمعلومات، إذ أصبح التوقيع اليدوي عقبة من المستحيل تكييفها مع النظم الحديثة للمعاملات، لذا تم الاتجاه نحو بديل لذلك التوقيع وهو التوقيع الإلكتروني .

ولما كانت الكتابة[٢]من الناحية القانونية لاتعد دليلاً كاملاً في الإثبات إلا إذا كانت موقعة توقيعاً يدوياً في صورته التقليدية، إلا أنه نتيجة لانتشار الحاسوب واستخدامه في كافة نواحي الحياة، فقد أفرز الواقع العملي وسائل حديثة في التعامل لا تتفق مع فكرة الكتابة والتوقيع بمفهومها التقليدي، عليه تم التحول من الكتابة التقليدية إلى الكتابة الإلكترونية، ومن التوقيع في صورته التقليدية إلى التوقيع الإلكتروني[٣].

---

(١) ذهب بعض الفقه إلى أن اصطلاح التوقيع التقليدي له معنيان: يتمثل الأول في فعل أو عملية التوقيع ذاتها ، أي واقعة وضع التوقيع على مستند يحتوي على معلومات معينة أو إشارة معينة= = تسمح بتمييز شخص الموقع . أما المعنى الثاني فيقصد به التوقيع في نطاق الإثبات، والذي يقصد به علامة خطية خاصة ومميزة يضعها الموقع بأي وسيلة على مستند لإقراره . بينما عرفه الآخر بأنه: "علامة شخصية خاصة ومتميزة يضعها الشخص باسمه أو ببصمته أو بأية وسيلة أخرى على مستند لإقراره والالتزام بمضمونه ، للمزيد أنظر:

- د. محمد المرسي زهرة، الحاسب الإلكتروني والقانون، دراسة حول حجية مخرجات الحاسب الإلكتروني في الإثبات في المسائل المدنية والتجارية، مكتبة سعيد عبدالله، القاهرة، ١٩٩٢م، ص٧٩.
- د. ثروت عبدالحميد، التوقيع الإلكتروني، ماهيته، مخاطره وكيفية مواجهتها، مدى حجيته في الإثبات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ، ٢٠٠٧م ، ص٢٠ .

(٢) للكتابة التقليدية صورة واحدة تتمثل بالحروف أو الأرقام والعلامات سواء أكانت بارزة أم غائرة على جسم مادي يتمثل في الأوراق أو أي جسم آخر يقبل الكتابة عليه .

للمزيد أنظر : د. عبدالفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني "دراسة تأصيلية مقارنة"، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٧م، ص١١ .

(٣) د. عبدالفتاح بيومي حجازي، التجارة الإلكترونية وحمايتها القانونية، الكتاب الأول في نظام التجارة الإلكترونية وحمايتها مدنياً، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٤م، ص١٨٢ .

ولتعريف التوقيع الإلكتروني وبيان شروطه سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين،نتناول في المطلب الأول التعريف التشريعي للتوقيع الإلكتروني، ونبين في المطلب الثاني شروط التوقيع الإلكتروني .

المطلب الأول

التعريف التشريعي للتوقيع الإلكتروني

إزاء الدور الكبير للتوقيع الإلكتروني في الإثبات فقد تدخل المشرع بتنظيمها من الناحية القانونية، إذ اعترف بحجية الكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني، إلا أن التشريعات اختلفت في تعريفه وطريقة معالجة الأحكام الخاصة به[١] ، ونظراً لاختلاف القواعد المنظمة للمعاملات الإلكترونية المطبقة على المستوى الداخلي للدول، ورغبة في توحيد هذه القواعد، عمدت معظم التشريعات الاسترشادين كقوانين (الأونسيترال) النموذجية والتي تتضمن قانونين هما: القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية[٢]، والقانون النموذجي للتوقيع الإلكتروني ، والتوجيه الأوربي إلى وضع إطار عام وشامل للتوقيع

(١) إذ عالجته بعض التشريعات ضمن تشريع متكامل للتجارة الإلكترونية والمعاملات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني كما في قانون تونس بشأن المبادلات والتجارة الإلكترونية لعام ٢٠٠٠م ، وكذلك قانون إمارة دبي بشأن التجارة الإلكترونية رقم (٢) لسنة ٢٠٠٢م، بينما أفرد جانب آخر من التشريعات قانوناً مستقلاً للتوقيع الإلكتروني ومنها قانون الأمم المتحدة النموذجي "الأونسيترال" بشأن التوقيع الإلكتروني، والقانون الفرنسي رقم (٢٣٠) لسنة ٢٠٠٠م، بشأن المبادلات والتجارة الإلكترونية، وكذلك قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٤م، وقانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٢م .

(٢) صدر هذا القانون بناءً على قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ١٦٢/٥١ في دورتها التاسعة والعشرين، وذلك بتاريخ ١٦ كانون الأول ١٩٩٦م، والتي قامت بوضعه لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، وقد سن هذا القانون كي تهتدي به الدول التي لا تملك أنظمتها التشريعية أي قانون ينظم التجارة الإلكترونية ، أما بالنسبة للدول التي لها قوانين تنظم التجارة الإلكترونية فإنه شرع كي تقتدي به تلك الدول في تنقيح قوانينها وتحديثها، إضافة لتقديم=

الإلكتروني، رغبة منها في تحقيق توحيد دولي لتلك القواعد لزيادة مستوى الأمان القانوني في المعاملات الإلكترونية[١] ، ولم يأتِ القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية بتعريف محدد للتوقيع الإلكتروني، إلا أنه بالرجوع لنص المادة السابعة منه يبدو لنا أنه تحدث عن التوقيع الإلكتروني دون أن يضع له تعريف .

أما بالنسبة لقانون (الأونسيترال) بشأن التوقيعات الإلكترونية لعام ٢٠٠١م فقد عرف التوقيع الإلكتروني في الفقرة (أ) من المادة الثانية منه بأنه: " بيانات في شكل إلكتروني مدرج في رسالة بيانات أو مضافة إليها أو مرتبطة به منطقياً ، يجوز أن تستخدم لتعين هوية الموقع بالنسبة إلى رسالة البيانات ، ولبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات " ، يتضح من هذا التعريف أن القانون النموذجي قد اهتم بمسألتين هما: تعين هوية الشخص الموقع، إضافة لبيان موافقته على المعلومات الواردة في المحرر .

أما المشرع الفرنسي فقد تدخل بتعديل بعض نصوص القانون المدني لتتفق مع التوقيع على العقود والمحررات الإلكترونية، فنص في المادة (١٣١٦) من القانون المدني المعدل بالقانون رقم (٢٣٠) الصادر في (١٣) آذار ٢٠٠٠م بشأن المبادلات والتجارة الإلكترونية على تعريف التوقيع بأنه : "هو الذي يميز هوية صاحبه ..."، كما وعرف التوقيع الإلكتروني بأنه : "وإذا ما تم التوقيع في شكل إلكتروني وجب استخدام

=مجموعة من القواعد المقبولة دولياً للمشرعين في مختلف الدول بهدف إزالة العقبات القانونية التي تعرقل التجارة الإلكترونية كاشتراط وجود مستندات معينة أو بنود تعاقدية في شكل مكتوب ، وقد ورد عليه تعديل في حزيران ١٩٩٨م، وذلك بإدراج المادة الخامسة مكرر إلى نصوص القانون والتي تعطي قيمة قانونية للمعلومات التي ترد في رسالة البيانات ، والتي يشار إلى وجودها في رسالة بيانات أخرى ، للمزيد يمكن مراجعة القانون والدليل الملحق بقانون (الأونسيترال) النموذجي للتجارة الإلكترونية لسنة ١٩٩٦م ، ص١٧ .

(١) د. محمد محمد سادات، خصوصية التوقيع الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة، ٢٠١١م، ص١٣-١٤ .

طريقة موثوق بها لتمييز هوية صاحبه ويفيد سلامة التصرف ونسبته إليه إلى أن يثبت العكس"[١].

أما المشرع المصري فقد أورد تعريفاً للتوقيع الإلكتروني في مشروع قانون التجارة الإلكتروني، بأنه: "حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات لها طابع منفرد تسمح بتحديد شخص صاحب التوقيع وتمييزه عن غيره"، كما وعرفه في الفقرة (ج) من المادة الأولى من قانون التوقيع الإلكتروني رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٤ بأنه : "ما يوضع على محرر إلكتروني ويتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها ويكون له طابع منفرد يسمح بتحديد شخص الموقع ويميزه عن غيره".

(1) Art 1316-4(L.no 2000-230 du 13 mars 2000) La signature nécessaire a la perfection d un acte juridique identifie celui qui l appose . Elle-manifeste le consentement des parties aux obligations qui découlent de cet acte . Quand elle est appose par un de officier public, elle confère l authenticité a l acte. Lorsque elle est électronique, elle consisted en l usage d un procède fiable d identification garantissant son lien avec l acte aqua elle s attaché . La friability de ce proceed est presume, Justus a prevue contraire, lorsque la signature électronique est Cree l identité du signataire assure et l integrate de l acte garantie , dams des conditions fixes par décret en conseil d Etta . V.NCP,art. 287 et 288-1.

للمزيد أنظر: د. إلياس ناصيف، العقد الإلكتروني في القانون المقارن، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٩م، ص ٢٣٨-٢٣٩ . وأنظر كذلك: د. ممدوح محمد خيري هاشم المسلمي، مشكلات البيع الإلكتروني عن طريق الإنترنت في القانون المدني، دراسة مقارنة، الناشر دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٠م، ص١٦١ . د. هدى حامد قشقوش، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة ، ٢٠٠٠م، ص٧٢ وما بعدها . فادي محمد عماد الدين توكل، عقد التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٠م، ص١٤٦ .

أما المشرع العراقي فقد عرف التوقيع الإلكتروني في الفقرة رابعاً من المادة الأولى من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٢ بأنه: "علامة شخصية تتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو أصوات أو غيرها وله طابع متفرد يدل على نسبته إلى الموقع ويكون معتمداً من جهة التصديق " .

يتضح من هذا التعريف أن المشرع العراقي قد اهتم بشكل البيانات الإلكترونية التي يكون عليها التوقيع الإلكتروني والتي تكون أما حروفً أو أرقاماً أو رموزاً أو إشاراتٍ أو أصواتٍ وغيرها، وفي ذلك تركيز على ما يتميز به التوقيع الإلكتروني من سمات تميزه عن التوقيع التقليدي والتي تتمثل في شكلها الإلكتروني، إضافة إلى تأكيده على تعين هوية الشخص الموقع ، مع ضرورة أن يكون التوقيع معتمداً من الجهة المختصة بالتصديق وهي الجهة المرخص له إصدار شهادات تصديق التوقيع الإلكتروني وفق أحكام هذا القانون(١).

هذا وللتوقيع الإلكتروني خصائص وصفات شكلية ووظيفية تميزه عن التوقيع التقليدي، من حيث كونه عبارة عن بيانات في شكل إلكتروني، وأنه يرتبط بمحرر إلكتروني، ويهدف إلى تحديد هوية الموقع في معاملة إلكترونية وبيان رضائه بما ورد فيها .

المطلب الثاني

شروط التوقيع الإلكتروني

هناك عدة شروط يجب تتوفر في التوقيع الإلكتروني تتمثل فيما يلي(٢):

١. أن يكون مميزاً لشخصية صاحبه :

(١) انظر في ذلك البند رابع عشر من المادة الأولى من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٢ .

(٢) د. ناصر محمد عباس، الوسائل الإلكترونية ودورها في عقد البيع، دار الكتب المصرية، القاهرة،٢٠١١م، ص٢١٥ وما بعدها .

كي يقوم التوقيع الإلكتروني بوظيفته في إثبات التزام صاحبه بالمحرر الذي وقعه، لابد أن يكون التوقيع دالاً على شخصية الموقع ومميزاً له عن غيره، بغض النظر عن شكله أو وسيلة إصداره[١]، ويستوي أن يوقع الشخص الطبيعي بالأصالة

عن نفسه على الرسالة الإلكترونية عن طريق التوقيع الإلكتروني الخاص به، أو نيابة عن الغير بوصفه ممثلاً عن الشخص المعنوي، إذ لا يمكن أن يشترك أكثر من شخص في منظومة التوقيع الإلكتروني، لاسيما أن التوقيع الإلكتروني وبياناته تتسم بالسرية البالغة، وحفاظاً على سرية التوقيع يفضل أن يحصر في شخص واحد[٢].

وعليه يعرف الموقع بأنه: " الشخص الطبيعي أو المعنوي الحائز لأداة توقيع إلكتروني خاص به، ويقوم بالتوقيع أو يتم التوقيع بالنيابة عنه على الرسالة الإلكترونية باستخدام هذه الأداة"[٣].

وقد عرفت الفقرة (هـ) من المادة (١) من قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٤ الموقع بأنه : "الشخص الحائز على بيانات إنشاء التوقيع ويوقع عن نفسه أو عمن ينيبه أو يمثله قانوناً" .

أما المشرع العراقي فقد عرف الموقع في البند (خامس عشر) من المادة (١) من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٢ بأنه: "الشخص الطبيعي أو المعنوي الحائز على بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني الذي يوقع على المستند الإلكتروني ويوقع عن نفسه أو عمن ينيبه أو يمثله قانوناً " .

---

(١) د. حسن عبدالباسط جميعي، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت ، دار النهضة العربية، القاهرة ، ٢٠٠٠م ، ص٢٨-٣١ .

(٢) د. عبدالفتاح بيومي حجازي، مقدمة في التجارة الإلكترونية العربية، الطبعة الأولى، الكتاب الأول ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٣م، ص٥٨ .

وأنظر كذلك : د. عبدالفتاح بيومي حجازي، التجارة عبر الإنترنت ، مرجع سابق، ص١٢٩ .

(٣) د. عبدالفتاح بيومي حجازي، التجارة عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص١٢٨ .

٢. أن يكون مقروءاً :

بما أن التوقيع شكل من أشكال الكتابة، فهو بالتالي يخضع لذات الشروط التي تخضع لها الكتابة، وذلك من حيث إمكانية الاطلاع عليه وقراءته سواء بشكل مباشر أو عن طريق استخدام جهاز الحاسوب[١] .

٣. أن يكون مطابقاً :

لما كان التوقيع الإلكتروني يعتمد على بيانات في شكل إلكتروني أو رموز أو إشارات أو أرقام تحدد شخصية الموقع، فقد اتجهت لجنة القانون التجاري الدولي بالأمم المتحدة (الأونسيترال) من خلال شركات معتمدة تم تسميتها بـ"جهات الإشهار والتوثيق"، تكون مهمتها التأكد من هوية المتعاملين، وأهليتهم القانونية، والقيام بحفظ السجلات الخاصة بالتوقيعات الإلكترونية، وذلك لغرض زرع الثقة في المحررات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني، وتخضع هذه الشركات لإشراف الدولة التي تحدد قواعد وإجراءات ونظم التعامل، كما وتصدر تراخيص هذه الشركات من جهة حكومية بعد استيفائها للشروط اللازمة للترخيص[٢].

كما قام التوجيه الأوربي رقم (٩٣) لسنة ١٩٩٩م، بتنظيم جهات التوثيق الإلكتروني، والتحقق من صحة التوقيعات الإلكترونية، وإصدار شهادات تسمى بشهادات التوثيق الإلكتروني تهدف إلى أن التوقيع الإلكتروني صحيح ومرتبط بالمستند الذي ورد عليه دون أي تعديل أو تحريف . وتختلف هذه الشهادات فمنها ما تتولى تقديم بيانات عن صاحب التوقيع ، ومنها ما يوثق تاريخ صدور التوقيع الإلكتروني، ومنها ما يهتم بالتوقيع الرقمي[٣].

(١) د. حسن عبدالباسط جميعي ، مرجع سابق، ص٣١ .

(٢) د. ناصر محمد عباس، مرجع سابق، ص٢١٥- ٢١٦ .

(٣) د. نجوى أبو هيبة، التوقيع الإلكتروني، تعريفه، مدى حجيته في الإثبات، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢م، ص ٩١ .

أما بالنسبة لقانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٤ فقد نظم الترخيص لشركات تقوم بإصدار شهادات التصديق الإلكتروني بعد تقديم الضمانات والتأمينات التي يحددها مجلس إدارة الهيئة الحكومية المختصة لتغطية أي أضرار أو أخطار تتعلق بذوي الشأن وذلك في حالة إنهاء الترخيص لأي سبب أو لتغطية أي إخلال من جانبه لالتزاماته الواردة في الترخيص[١]، وبذلك أصبح من السهل على المتعاقدين إلكترونياً مطابقة التوقيع للتأكد من صحته وفقاً لشهادة التصديق الصادرة من الهيئة أو الشركة المنوط بها إصدارها ، وقد ورد ذلك في متن المادة السابعة من اللائحة التنفيذية للقانون المصري رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٤م بشأن تنظيم التوقيع الإلكتروني[٢].

وبذات الاتجاه ذهب المشرع العراقي إذ منح لجهات التصديق الحق في إصدار شهادات تصديق التوقيع الإلكتروني وذلك استناداً لنص الفقرة (رابع عشر) من المادة الأولى من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٢

(١) إذ تنص المادة (١٤) من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٤ المصري على: "على طالب الترخيص بإصدار شهادات التصديق الإلكتروني أن يقدم الضمانات والتأمينات التي يحددها مجلس إدارة الهيئة لتغطية أي أضرار أو أخطار تتعلق بذوي الشأن، وذلك في حالة إنهاء الترخيص لأي سبب أو لتغطية أي إخلال من جانب الالتزامات الواردة في الترخيص".

(٢) إذ تنص المادة (٧) من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٤ على:
"تقدم الهيئة بناءً على طلب كل ذي شأن خدمة فحص التوقيع الإلكتروني نظير مقابل يحدد فئاته مجلس إدارة الهيئة ، وتتحقق الهيئة في سبيل القيام بذلك مما يأتي :
أ- سلامة شهادة التصديق الإلكتروني وتوافقها مع بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني .
ب- إمكان تحديد مضمون المحرر الإلكتروني الموقع بدقة .
ج- سهولة العلم بشخص الموقع، سواء في حالة استخدام اسمه الأصلي أم استخدامه لاسم مستعار أم اسم شهرة .
ويجوز للهيئة أن تعهد للغير بتقديم هذه الخدمة تحت إشرافها ، وفي جميع الأحوال تصدر الهيئة شهادة فحص التوقيع الإلكتروني .

،التي تنص على: "جهة التصديق : الشخص المعنوي المرخص له إصدار شهادات تصديق التوقيع الإلكتروني وفق أحكام هذا القانون" . كما وعرف في الفقرة (حادي عشر) من ذات المادة ، شهادة التصديق بأنها: " الوثيقة التي تصدرها جهة التصديق وفق أحكام هذا القانون والتي تستخدم لإثبات نسبة التوقيع الإلكتروني إلى الموقع " .

٤. أن يتصف وجوده بالاستمرارية والثبات :

عادة توقع العقود والمحررات الورقية من قبل صاحب الشأن بالقلم أو بالختم أو بصمة الإبهام ويرتبط استمرارية هذا التوقيع باستمرارية العقد أو المحرر، ويبقى طالما أن الظروف البيئية المحيطة تساعد على حفظ المستند الموقع . أما بالنسبة للتوقيع الإلكتروني فإن عامل الاستمرارية فيه أطول ذلك لأن الدعامة الإلكترونية المثبت عليها العقد أو المحرر بالإمكان حفظها لمدة أطول من مثيلتها الورقية التي قد تتآكل بفعل الرطوبة والأتربة إذ تحتاج إلى رعاية مستمرة . عليه يجب أن يتم تحرير التوقيع الإلكتروني بشكل يسمح بالرجوع إليه طوال مدة استخدامه في الإثبات[١] .

ونظراً لأهمية استمرارية التوقيع الإلكتروني وعدم تعديله فقد أكد التوجيه الأوربي رقم (٩٣) لسنة ١٩٩١م، في الفقرة الأولى من المادة (٢) منه على تحديد المقصود بالتوقيع الإلكتروني بأنه:" بيان أو معلومة معالجة إلكترونياً ترتبط من خلال التقنيات المنطقية بالمعلومات الواردة في المحرر الإلكتروني، ويتيح لصاحبه أن يعبر عن قبوله بمضمون هذه المعلومات والتزامه بها ، ويشترط في هذا التوقيع أن :

١- يكون مرتبطاً بشخص مصدره .

٢- يكون محدداً بشخصية مصدر التوقيع ومميزاً له عن غيره من الأشخاص .

٣- يتم إنشاؤه وإصداره من خلال تقنيات وإجراءات تسمح لمصدر التوقيع بالاستئثار به والسيطرة عليه على نحو موثوق به .

(١) د. حسن عبدالباسط جميعي، مرجع سابق ، ص٣١ .

٤- يكون مرتبطاً بالمعلومات التي يتضمنها المحرر الإلكتروني بطريقة تسمح باكتشاف أي تعديل مادي في مضمون المحرر أو التوقيع أو الفصل بينهما "[١] .

أما بالنسبة للمشرع المصري فقد اختصت المواد (٩) و(١٠) و(١١) من اللائحة التنفيذية بشأن تنظيم قانون التوقيع الإلكتروني رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٤ بتأمين التوقيع الإلكتروني ، إذ نصت المادة (٩) منه على أنه يتحقق من الناحية الفنية والتقنية، ارتباط التوقيع الإلكتروني بالموقع وحده دون غيره، متى استند هذا التوقيع إلى منظومة تكوين بيانات إنشاء توقيع إلكتروني مؤمنة، كما بينت أنه يجب أن تتضمن منظومة تكوين بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني المؤمنة الضوابط الفنية والتقنية اللازمة . كما نصت المادة (١٠) على أن : " تتحقق من الناحية الفنية والتقنية سيطرة الموقع وحده دون غيره على الوسيط الإلكتروني المستخدم في عملية تثبيت التوقيع الإلكتروني عن طريق حيازة الموقع لأداة حفظ المفتاح الشفري الخاص متضمنة البطاقة الذكية المؤمنة والكود السري المقترن بها " . أما من ناحية ثبات التوقيع وعدم التعديل فيه إلا بإحداث أثر مادي فقد أشارت المادة (١١) منه إلى أنه : " يتم من الناحية الفنية والتقنية كشف أي تعديل أو تبديل في بيانات المحرر الإلكتروني الموقع إلكترونياً باستخدام تقنية شفرة المفتاحين العام والخاص وبمضاهاة شهادة التصديق الإلكتروني وبيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني بأصل هذه الشهادة وتلك البيانات ، أو بأي وسيلة مشابهة".

أما المشرع العراقي فلم ينص في قانون التوقيع الإلكتروني رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٢ ، على أدوات تأمين التوقيع الإلكتروني، إلا أنه بين المقصود برمز التعريف وذلك في الفقرة (ثاني عشر) من المادة الأولى إذ عرفه بأنه: "الرمز الذي تخصصه جهة التصديق للموقع لاستخدامه في التعاملات الإلكترونية ". كما بين في الفقرة (أولاً) من المادة (٤) بأنه يعد التوقيع الإلكتروني صحيحاً وصادراً عن الموقع إذا توافرت

(١) المرجع نفسه، ص٨٩-٩٠ .

وسائل لتحديد هوية الموقع والدلالة على موافقته لما ورد في المستند الإلكتروني ، وبحسب اتفاق الموقع والمرسل إليه حول كيفية إجراء المعاملة الإلكترونية .

٥. أن يكون مباشراً :

ويقصد به أن يكون التوقيع الإلكتروني صادراً من الشخص الذي يراد الاحتجاج عليه مباشرة ، إذ لا يعتد بتوقيع الغير حتى لو كان برضاء صاحب التوقيع ، أما إذا كان وكيلاً عنه في التوقيع فيتم التوقيع باسم الوكيل مع ذكر صفته[١]، وعليه يجب أن يكون التوقيع الإلكتروني صادراً وفقاً للشروط الفنية والتقنية الواردة في القانون بموجب شهادة تصديق من جهة معتمدة، إذ لابد أن يكون التوقيع صادراً من نفس الشخص الموقع ، ذلك أن الغير لا يستطيع الحصول على المفتاح الشفري الخاص به دون إرادته، إذ لا إنابة أو تفويض في التوقيع الإلكتروني، حيث لا يمكن إثبات أن الغير هو الذي قام بالتوقيع طالما أن الشفرة السرية أو الكود الخاص هو المنسحب على المحرر الإلكتروني، عليه إذا تم إدخال الفيزا كارت في جهاز الصرف الآلي دون إدخال الرقم السري الذي يعد بمثابة توقيع لا يتم الصرف ، أما إذا تم إدخال الرقم السري فيتم الصرف ؛ لأنه استخدم التوقيع الصادر له من البنك، وأنه توقيع مباشر أي صادر ممن له الحق في التوقيع، لاسيما إذا ثبت أنه المسيطر على الوسيط الإلكتروني المستخدم في عملية التوقيع عن طريق حيازة الموقع لبطاقته الذكية المؤمنة والكود السري، عليه إذا قام الموقع بإعطاء غيره بطاقته الذكية والكود السري وقام بالتوقيع مكانه على العقد الإلكتروني فإنه يعتبر هو بشخصه الذي قام بالتوقيع[٢].

٦. أن يكون متصلاً بالمحرر الكتابي الإلكتروني:

كي يؤدي التوقيع الإلكتروني وظيفته في إثبات إقرار الموقع بما ورد في مضمون

(١) د. عصام أنور سليم، قواعد الإثبات في القانون المصري واللبناني، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٩٧م، ص٢١٢ .

(٢) د. ناصر محمد عباس، مرجع سابق، ص٢٢١ .

المحرر، لابد أن يكون التوقيع متصلاً اتصالاً مادياً ومباشراً بالمحرر المكتوب، وعلى الرغم من أن العرف قد استقر على وضع التوقيع في نهاية المحرر إلا أن ذلك ليس شرطاً من شروط وجود التوقيع أو صحته ، فالمهم أن يدل التوقيع على إقرار صاحبه بمضمون المحرر وقبوله له ، لذلك فقد قضت محكمة النقض الفرنسية باعتماد التوقيع حتى وأن كان الموقع قد وضعه في أعلى الصفحة طالما أنه يدل دلالة واضحة على إقرار الموقع بمضمون المحرر(١).

المبحث الثاني

خصائص التوقيع الإلكتروني وحجيته في الإثبات

تمهيد وتقسيم :

للتوقيع الإلكتروني خصائص وصفات شكلية ووظيفية تميزه عن التوقيع التقليدي، من حيث كونه عبارة عن بيانات في شكل إلكتروني، وأنه يرتبط بمحرر إلكتروني، ويهدف إلى تحديد هوية الموقع في معاملة إلكترونية وبيان رضائه بما ورد فيها .

ونتيجة لتطور وسائل الاتصالات وما لحقها من تطور في نظام التعاقد ومن ثم في نظام الإثبات، فقد كان التوقيع الإلكتروني من وسائل الإثبات التي لحقها التطور نظراً لأهميته الكبيرة في إثبات العقود الإلكترونية ، ولبيان خصائه وحجيته في الإثبات سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نخصص الأول لبيان خصائص التوقيع الإلكتروني، أما المطلب الثاني فنتناول فيه الحجية القانونية للتوقيع الإلكتروني .

(1)Cass. Civ. 1re,25fev.1969, JCP., 1969, II, 15904 .

نقلاً عن : د. حسن عبدالباسط جميعي، مرجع سابق، ص٣٢ ، هامش رقم (٤٥) .

المطلب الأول

خصائص التوقيع الإلكتروني

يعد الشكل الإلكتروني الذي يتخذه التوقيع الإلكتروني وكذلك كيفية إنشاءه أهم ما يميز التوقيع الإلكتروني عن التوقيع التقليدي ، ويمكننا بيان أهم خصائص التوقيع الإلكتروني، فيما يلي :

١. الشكل الإلكتروني :

يعد الشكل الإلكتروني أهم صفة تميز التوقيع الإلكتروني وتفرق بينه وبين التوقيع التقليدي، إذ إنها تتم داخل بيئة إلكترونية تضم عدداً لا حصر لها من المعاملات الإلكترونية التي تتم عبر شبكة الإنترنت، هذا وتتعد التقنيات والوسائل الإلكترونية ما بين الكهربائية والمغناطيسية والكهرومغناطيسية والبصرية والرقمية وغيرها، إلا أن التشريعات المختلفة لم تأت بتعريف صريح لمصطلح "الإلكتروني" أو " الوسائل الإلكترونية"[١]، إلا أن قانون (الأونسيترال) النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية قد تناول مصطلح " الوسائل الإلكترونية " ضمن تعريفه لرسالة البيانات وذلك في الفقرة (ج) من المادة الثانية منه بقولها:" رسالة بيانات : تعني معلومات يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر، التبادل الإلكتروني للبيانات أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي"[٢] .

(١) د. محمد محمد سادات، مرجع سابق، ص١٠٣ وما بعدها .

(٢) وهو ذات التعريف الوارد في الفقرة (أ) من المادة الثانية من قانون (الأونسيترال) النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية بقولها: "يراد بمصطلح " رسالة بيانات ": المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة ، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر ، تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي " .

أما المشرع المصري فلم يعرف مصطلح "الوسائل الإلكترونية" في قانون التوقيع الإلكتروني رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٤، وكذلك في اللائحة التنفيذية لها، وكان من الأجدر بالمشرع أن يعرفه لاسيما أنه مصطلح غير معروف وحديث لديهم، كما نجد أن المشرع قد عرف مصطلح المحرر الإلكتروني بأنها رسالة بيانات ترسل وتستقبل بوسيلة إلكترونية ، دون أن يبين ما المقصود برسالة البيانات والوسائل الإلكترونية ويعد هذا مسلكاً غير محمود(١).

أما المشرع العراقي فقد تناول مصطلح الوسائل الإلكترونية بالتعريف دون مصطلح رسالة البيانات، وذلك في الفقرة (سابعاً) من المادة الأولى بقولها: " الوسائل الإلكترونية : أجهزة أو معدات أو أدوات كهربائية أو مغناطيسية أو ضوئية أو كهرومغناطيسة أو أية وسائل أخرى مشابهة تستخدم في إنشاء المعلومات ومعالجتها وتبادلها وتخزينها" ، إلا أنه لم يعرف المحررات الإلكترونية بينما عرف المستندات الإلكترونية تعريفاً مقارباً لتعريف المحرر الإلكتروني الوارد في الفقرة (ب) من المادة الأولى من قانون التوقيع الإلكتروني المصري، وذلك في الفقرة (تاسعاً) من المادة الأولى من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية ،بقولها:" المستندات الإلكترونية – المحررات والوثائق التي تنشأ أو تدمج أو تخزن أو ترسل أو تستقبل كلياً أو جزئياً بوسائل إلكترونية بما في ذلك تبادل البيانات إلكترونياً أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي ويحمل توقيعاً إلكترونياً ".

٢. نشأة ووجود التوقيع في بيئة إلكترونية :

تعد البيئة الإلكترونية أحد السمات الأساسية التي تميز التوقيع الإلكتروني عن التوقيع التقليدي ، إذ ينشأ التوقيع الإلكتروني في بيئة إلكترونية تعتمد على أدوات

(١) إذ تنص الفقرة (ب) من المادة الأولى من قانون التوقيع الإلكتروني على: " المحرر الإلكتروني: رسالة بيانات تتضمن معلومات تنشأ وتدمج أو تخزن، أو ترسل أو تستقبل كلياً أو جزئياً بوسيلة إلكترونية، أو رقمية ، أو ضوئية ، أو بأية وسيلة مشابهة " .

مختلفة تتلاءم مع طبيعته، ويعتمد في نشأته على عنصرين هما :

أ- جهاز الحاسوب الآلي والذي يعد البيئة التكنولوجية الأساسية الذي ينشأ بواسطته، ويكون قادراً على حفظ واسترجاع ومعالجة البيانات، وأداء مجموعة من العمليات الحسابية والمنطقية بسرعة كبيرة ودقة متناهية وفقاً لتعليمات وبرامج معطاة له تسمى بالبرمجيات(١)، وبذلك يعد الحاسوب الآلي هو الوسيط الإلكتروني بين كل من الطرفين المتعاقدين ، والمتصل بشبكة الإنترنت التي تقوم بنقل التعبير عن الإرادة في ذات اللحظة رغم تباعد المكان بينهم(٢).

ونظراً للأهمية الخاصة للحاسوب الآلي باعتباره أداة من أدوات التوقيع الإلكتروني ، فقد عرف مرسوم مجلس الدولة الفرنسي رقم (٢٧٢) لسنة ٢٠٠١م، أداة إنشاء التوقيع الإلكتروني بأنها:" برنامج كومبيوتر أو أداة إلكترونية يكون الهدف منها تنفيذ بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني" (٣).

بينما استخدم المشرع المصري في قانون التوقيع الإلكتروني رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٤، مصطلح الوسيط الإلكتروني باعتبارها أداة من أدوات التوقيع الإلكتروني وعرفها في الفقرة (د) من المادة الأولى بأنها:" أداة أو أدوات أو أنظمة إنشاء التوقيع الإلكتروني" . ويلاحظ أن المشرع المصري تبنى مفهوماً ضيقاً للوسيط الإلكتروني، إذ عرف الوسيط الإلكتروني بأحد أدواته، وقصر نطاقه على أعمال التوقيع الإلكتروني فقط، في حين أن مصطلح الوسيط الإلكتروني أوسع من أداة إنشاء التوقيع الذي يعد

(١) سمير حامد عبدالعزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ٢٠٠٥م، ص٤٤ .

(٢) سمير عبدالسميع الأودن، العقد الإلكتروني، الناشر منشأة المعارف، الإسكندرية ، بلا سنة نشر، ص٦٤ وما بعدها .

(3) Article 1:“ Dispositif de creation de signature électronique : un materiel ou logiciel destine a mettre en application les données de creation de signature électronique “ .

أضيق نطاقاً لاقتصاره على التوقيع الإلكتروني فقط، وبذلك يمكننا القول بأن أداة إنشاء التوقيع الإلكتروني ماهي إلا أداة من أدوات الوسيط الإلكتروني ، كما أن تعريف الوسيط الإلكتروني باعتباره أداة أو أدوات أو أنظمة إنشاء التوقيع الإلكتروني يحتاج إلى توضيح نظراً للغموض الذي يشوبه .

أما المشرع العراقي فقد أكد على الدور الذي يلعبه الحاسوب الآلي أو أية وسيلة إلكترونية أخرى توضع عليها برامج لغرض إنشاء التوقيع الإلكتروني واستمرار وجودها عن طريق تداولها واستخدامها عبر الإنترنت، حينما استخدم مصطلح الوسيط الإلكتروني باعتباره أداة من أدوات إنشاء التوقيع الإلكتروني ، وبذلك يكون تعريف المشرع العراقي أعم وأوسع من تعريف المشرع المصري للوسيط الإلكتروني الذي يقتصر دوره فقط على إنشاء التوقيع الإلكتروني، وذلك في الفقرة (ثامناً) من المادة الأولى من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٢ ، الذي عرف الوسيط الإلكتروني بأنه: " برنامج أو نظام إلكتروني لحاسوب أو أية وسيلة إلكترونية أخرى تستخدم من أجل تنفيذ إجراء أو الاستجابة لإجراء بقصد إنشاء أو إرسال أو استلام رسالة معلومات"، كما عرف في الفقرة (سابع عشر) من المادة الأولى الأداة الإلكترونية بأنها:" وسيلة من وسائل أو أنظمة إنشاء التوقيع الإلكتروني".

ب- شبكة الإنترنت : وتعد شبكة الإنترنت البيئة التي يوجد فيها التوقيع الإلكتروني بسبب طبيعته غير المادية والتي تتمثل في كونها عبارة عن مجموعة من الأرقام أو الرموز أو الإشارات الإلكترونية ، إضافة إلى الأدوات الإلكترونية المستخدمة في إنشائه، فإنه يتطلب بيئة غير مادية لنشأته واستمراريته ، وهو ما يتحقق بشبكة الإنترنت والتي يمكن أن نطلق عليها الوسط الإلكتروني[١] .

٣. ارتباط التوقيع الإلكتروني بمحرر إلكتروني :

(١) د. محمد محمد سادات، مرجع سابق، ص١٢٦ .

فإذا كانت التوقيعات التقليدية توضع على محررات كتابية ورقية ، فإن التوقيع الإلكتروني يرتبط بمحرر أو مستند إلكتروني وهو ما يترتب عليه أن يقتصر العمل به في مجال المعاملات والتعاقدات الإلكترونية فقط ، فكتابة الشخص لاسمه على ورقة بيضاء لا ينال أي حجية ما لم تتضمن الورقة بيانات يهدف الموقع من وضع توقيعه عليه الالتزام بما ورد فيها ، لذلك ظهرت أنواع جديدة من المستندات الإلكترونية تعتمد على دعامات غير ورقية تسمى بالمحررات الإلكترونية أو المستندات الإلكترونية مصحوبة بتواقيع إلكترونية[١] .

هذا وبينا أن المشرع العراقي قد أورد مصطلح المستند الإلكتروني وقد اختلف في ذلك مع المشرع المصري الذي أورد مصطلح المحرر الإلكتروني، وإن كان ذلك لم يؤثر على مضمون التعريف الوارد فيه، إذ كلها تدور حول معنى واحد . إلا أن المشرع المصري لم يشترط أن ينشأ المحرر الإلكتروني بوسيلة إلكترونية، لأنه قد ينشأ ورقياً ثم يتحول إلى محرر إلكتروني إذا تم تخزينه وإرساله بوسيلة إلكترونية، وهذا خلاف المشرع العراقي في الفقرة (تاسعاً) من المادة الأولى من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٢ ، الذي حدد المستندات الإلكترونية بالمحررات والوثائق التي تنشأ أو تدمج أو تخزن أو ترسل أو تستقبل كلياً أو جزئياً بوسائل إلكترونية .

٤. أن يرد التوقيع على معاملة إلكترونية :

إذا كان عمل التوقيع التقليدي يظهر من خلال المعاملات التقليدية الورقية، فإن التوقيع الإلكتروني يتحدد في نطاق المعاملات الإلكترونية . وتعرف المعاملات الإلكترونية بأنها : " إجراء يتم بواسطة وسيلة إلكترونية، وينشأ بين طرفين أو أكثر دون النظر إلى صفاتهم سواء كانوا أفراداً أم مؤسسات حكومية أم مؤسسات غير حكومية ،

(١) د. عبد العزيز المرسي حمود ، مدى حجية المحرر الإلكتروني في الإثبات في المسائل المدنية والتجارية في ضوء قواعد الإثبات النافذة ، بدون دار ومكان نشر ، ٢٠٠٥ ، ص٦ .

وسواء كانت المعاملة مدنية أم تجارية أم ارتبطت بجهة حكومية" [١] .

هذا وتشترك المعاملات الإلكترونية مع التوقيع الإلكتروني في بعض السمات العامة مثل كونها في شكل إلكتروني، وتتم في بيئة إلكترونية وبأدوات إلكترونية، إلا أن للمعاملات الإلكترونية بعض السمات الخاصة بها : إذ أنها تبرم عن بعد بين أطراف العلاقة ، كما أن المعاملات الإلكترونية تدور بين التفاوض والمساومة إذ أن المعاملات الإلكترونية وما يترتب عليها من عقود تبرم عبر الإنترنت ليست من عقود المساومة بالمعنى الدقيق، ذلك أن توافر شروط البيع العامة والمتاحة للكافة بموقع التاجر لا يكون أمام المشتري المحتمل إلا أن يقبلها كلها أو أن يرفضها كلها، وعلى الرغم من ذلك أن هذا الأمر لا يعد من سمات عقود الإذعان لأنها ليست كافية لوحدها لاعتبار المعاملات من عقود الإذعان إذ يجب توافر عنصر الاحتكار الفعلي أو القانوني، إضافة لضرورية السلعة أو الخدمة[٢] ، فشرط الاحتكار أمر نادر على مستوى العالم عبر شبكة الإنترنت إذ من الصعب وجود احتكار لسلعة على مستوى العالم، أما شرط الضرورة فليس من السمات الأساسية للتعاقد عبر شبكة الإنترنت والتي يدخل من خلالها المستهلك إلى أسواق العالم كله، فهذا الشرط ليس أساسياً بحيث يتوافر في جميع عقود المستهلك الإلكترونية . كما أن الوفاء للالتزامات الناشئة عن المعاملات الإلكترونية يتم بشكل إلكتروني[٣].

وقد عرف قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٢ في الفقرة (سادساً) من المادة الأولى المعاملات الإلكترونية، بقولها:" المعاملات الإلكترونية– الطلبات والمستندات والمعاملات التي تتم بوسائل إلكترونية" .

(١) د. محمد محمد سادات، مرجع سابق، ص١٤٣ .

(٢) د. أسامة أبو الحسن مجاهد ، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٣م، ص٢٧، هامش رقم (٤١) .

(٣) د. محمد محمد سادات، مرجع سابق، ص١٦٠ .

وبذلك يتضح أن المشرع العراقي قد بين أن المعاملات الإلكترونية تتضمن الطلبات والمستندات ، إلا أنها لم توفق عندما ذكرت عبارة "والمعاملات التي تتم بوسائل إلكترونية" ؛ ذلك لأنها فسرت المعاملات الإلكترونية بالمعاملات التي تتم بوسائل إلكترونية، وكان من الأجدر بالمشرع العراقي أن تكتفي بالطلبات والمستندات التي تتم بوسائل إلكترونية .

المطلب الثاني

الحجية القانونية للتوقيع الإلكتروني

نتيجة لتطور وسائل الاتصالات وما لحقها من تطور في نظام التعاقد ومن ثم في نظام الإثبات، فقد كان التوقيع الإلكتروني من وسائل الإثبات التي لحقها التطور نظراً لأهميته الكبيرة في إثبات العقود الإلكترونية ، إذ بدأ انتشار استخدام التوقيع الإلكتروني في مجالات عدة، وقد كانت بدايات استخدامها في المعاملات المصرفية، عن طريق استخدام بطاقات الائتمان بداية من باستعمالها في أجهزة السحب من الصراف الآلي التابعة للبنوك، وانتهاءً في استخدامها في سداد الثمن عند شراء السلع والخدمات من المواقع المنتشرة على شبكة الإنترنت ، ولما كان التوقيع الإلكتروني يتكون من بيانات في شكل إلكتروني، لذا تختلف صورها تبعاً للتقنية المستخدمة في إنشائها، ولدرجة الأمان المتاحة في كل صورة منها(١).

(١) إذ يتحدد درجة الأمان في التوقيع الإلكتروني بعدة عوامل تتمثل في قوة الاتصال بين أدوات إنشاءها والوثيقة التي سيتم توقيعها والقدرة على حمايتها من التلاعب ، بمعنى أن رسالة البيانات التي تم استقبالها تتضمن ذات المعلومات التي كانت موجودة فيها عند إرسالها، دون أن يدخل عليها أي تعديل سواء أكان ذلك بالحذف أو بالإضافة . وتكون درجة الثقة في أوجها عند استخدام التوقيع الرقمي، وتقل عند استخدام التوقيع الإلكتروني المؤمن ، لتصل إلى أدنى مستوياتها في التوقيع الإلكتروني البسيط .
للمزيد أنظر : د. محمد محمد سادات ، مرجع سابق ، ص٤٦ .

ولما كان التوقيع التقليدي بصورة عامة يؤدي مجموعة متنوعة من الوظائف حسب طبيعة المستند الذي يحمل التوقيع ، فقد يعد أداة للتعبير عن إرادة الشخص في قبوله الالتزام بمضمون العقد، بمعنى أنه دليل على نية الموقع الإقرار بتحريره نص المستند، كما يعد وسيلة لتوثيق العقد وتأمينه من التعديل، هذا إضافة إلى أنه يميز شخصية صاحبه ويحدد هويته، ويعد كدليل للإثبات في حالة قيام نزاع مستقبلي بين الأطراف[١]، أما التوقيع الإلكتروني فإضافة لقيامه بالوظائف السابقة، فهو يتفوق على التوقيع التقليدي بالنظر إلى أن الإستيثاق من شخصية صاحب التوقيع يتم بشكل روتيني في كل مرة يتم فيها استخدام الرقم السري أو المفتاح الخاص، لذا فإنه لا حاجة للانتظار حتى ينشب النزاع للبحث في مدى صحة التوقيع[٢]. هذا إضافة إلى ما توفره التقنية الحديثة المستخدمة في تأمين التوقيع الإلكتروني عن طريق ما يسمى بنظام المعاملات الإلكترونية الآمنة (SET)[٣]، إذ يوفر هذا النظام التحقق من شخصية صاحب التوقيع[٤].

هذا ويثير التوقيع الإلكتروني مشكلات قانونية تتعلق بمدى مساواته بالتوقيع التقليدي فيما يتعلق بالمستندات أو الأوراق التي ورد عليها، إذ تتطلب اعتبارات الأمان اللازمة لمنع تزويرها تقدماً علمياً لإخفاء التوقيع الذي لا يعلمه سوى صاحبه كالرقم السري الخاص ببطاقة الائتمان[٥].

---

(١) د. نجوى أبو هيبة، مرجع سابق ، ص٣٧ .
وأنظر كذلك : د. فادي عماد الدين توكل، مرجع سابق ، ص١٤٩-١٥٠ .
(٢) د. حسن عبدالباسط جميعي ، مرجع سابق ، ص٤٦ .
وأنظر كذلك : د. فادي عماد الدين توكل ، مرجع سابق ، ص١٥٠.
(٣) إن مصطلح (SET) هو اختصار لـ Secure Electronic Transaction
(٤) د. فادي عماد الدين توكل ، مرجع سابق ، ص١٥٠.
(٥) د. عبدالفتاح بيومي حجازي، التجارة عبر الإنترنت ، مرجع سابق ، ص١٢٣ .

ويرى جانب من الفقه القانوني أنه إذا صرفنا النظر عن التوقيع الإلكتروني وتمسكنا فقط بالتوقيع التقليدي فإن هذا يعني صرف النظر عن كل أو بعض الأنشطة التجارية التي تتم عبر شبكة الإنترنت، لذا لابد من قبول التوقيع الإلكتروني وإعطاءه الحجية القانونية في الإثبات مثله مثل التوقيع الكتابي التقليدي، كما أن الأخذ بالتوقيع الإلكتروني والاعتراف بحجيته ضرورة تحتمها انتشار التجارة الإلكترونية والتعاملات الحديثة التي تتم عن بعد بواسطة وسائل تقنية حديثة تنقل المعلومات والبيانات إلكترونياً عبر شبكة الإنترنت، الأمر الذي دفع برجال القانون أن يتجهوا نحو قانون الإثبات ووسائله التقليدية لتطويعها بحيث تتلاءم مع تسميات هذا التطور، كما لجأ البعض إلى تنظيم اتفاقات خاصة فيما بينهم تنظم حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، إلا أن هذه الاتفاقات لا قيمة لها في ظل صدور قوانين التجارة الإلكترونية، والتوقيع الإلكتروني التي تنظم عملية التوقيع الإلكتروني[١].

وبهذا الخصوص عرضت دعوى على محكمة النقض الفرنسية قبل صدور القانون الفرنسي في (١٣) تموز ٢٠٠٠م ، والذي ينظم حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، وتعلقت الدعوى بموضوع الاتفاقات التي تتعلق بحجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، وتتلخص وقائع القضية فيما يلي :

إن إحدى العميلات تلقت من مؤسسة مالية الموافقة على فتح اعتماد قابل للاستعمال على دفعات كل منها في حدود (٥٠٠٠ فرنك فرنسي)، خصص لتمويل مشترياتها من عدد محدد من المحال التجارية في فرنسا، وبعد الاستفادة من هذا الائتمان حان وقت السداد، فرفضت السيدة المقترضة الوفاء بما عليها، مما اضطرت المؤسسة المالية إلى اللجوء للقضاء، لكن دعواها رفضت أمام المحكمة الموضوعية وذلك لعدم وجود دليل كافي من المدعية على وجود تعهد من المدعى عليها (العميلة) بسداد دفعات الائتمان التي استفادت منها، بالرغم من أن الطرفين المؤسسة المالية والسيدة المقترضة كانا قد اتفقاً على إن استعمال المقترضة للبطاقة الممغنطة

(١) د. عبدالفتاح بيومي حجازي، التجارة عبر الإنترنت ، مرجع سابق، ص١٢٥-١٢٦ .

المصحوب بالرقم السري يعني أمر موجه إلى المخول بدفع ثمن المشتريات، إلا أن محكمة النقض الفرنسية رفضت هذا النظر وقالت أن قضاء محكمة الموضوع تكون قد خالفت أحكام المادتين (١١٣٤) و(١٤١٣) من التقنين المدني الفرنسي، رغم تمسك المدعية بالشروط الواردة في العقد والذي يعين إجراءات الإثبات ووسائلها، وهي اتفاقات صحيحة تتعلق بحقوق يملك الأفراد التصرف فيها[١].

وقد اختلف الفقه الفرنسي حول صحة الاتفاقات الخاصة بين الأطراف لتنظيم حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات وكما يلي[٢] :

١. هناك رأي يؤيد قضاء محكمة النقض بصورة مطلقة ، إذ ذهب إلى صحة الاتفاقات الخاصة بين الأطراف في العقد .
٢. هناك رأي آخر ذهب إلى صحة الاتفاقات الواردة في العقد بين الأطراف من الناحية القانونية، إذ يجوز للأفراد الاتفاق على حجية دليل معين في الإثبات طالما إنه لا يخالف النظام العام .
٣. وهناك اتجاه ثالث لم يعترف بصحة هذه الاتفاقيات إلا أنه التمس المبررات لهذا القضاء ولهذه الثقة في المعاملات التي تتم من خلال بطاقات الائتمان المصحوبة بالتوقيع الإلكتروني، إضافة إلى الرغبة في عدم إثارة طوفان من الدعاوى

(١) د. ثروت عبدالحميد، مدى حجية التوقيع الإليكتروني في الإثبات على ضوء القواعد التقليدية للإثبات ، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الإليكترونية بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارات ، المدة من ١٠-١٢/مايو/٢٠٠٣ ، المجلد الأول ، ص٤٠٦ وما بعدها .
نقلاً عن : د. عبدالفتاح بيومي حجازي، التجارة عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص ١٢٦ -١٢٧ ، هامش رقم (٢).

(٢) د. عبدالفتاح بيومي حجازي، التجارة عبر الإنترنت ، مرجع سابق، ص ١٢٦ -١٢٧ ، هامش رقم (٢).

القضائية، إلا أنه أورد عليه العديد من التحفظات القانونية سواء فيما يتعلق بقواعد الإثبات أو القواعد المنظمة لإبرام العقود خاصة ما يتعلق منها بالرضا .

هذا ويشترط لصحة التوقيع الإلكتروني أن تتوافر فيه ثلاثة شروط كي يتمتع بالحجية في الإثبات، وكما يلي :

الشرط الأول : سيطرة الموقع على أداة التوقيع

وذلك بسيطرة الموقع وحده دون غيره على الوسيط الإلكتروني المستخدم في عملية تثبيت التوقيع الإلكتروني، وذلك عن طريق حيازة الموقع لأداة حفظ المفتاح الخاص . حيث يشترط أن يتم التوقيع الإلكتروني باستخدام وسيلة آمنة لتحديد هوية الموقع تضمن صلته بالمستند الموقع عليه متضمنة البطاقة الذكية المؤمنة والكود السري المقترن بها(١).

الشرط الثاني : ضمان صحة المحرر الإلكتروني

وذلك بأن يظل المحرر الإلكتروني بما يحتويه من مضمون وتوقيع بنفس الحالة التي صدر عليها إلى أن يصل إلى المرسل إليه، وذلك دون إجراء أي تغيير أو تبديل ، مع إمكانية كشف أي تعديل أو تبديل لبيانات التوقيع الإلكتروني وذلك باستخدام تقنية شفرة المفتاحين الخاص والعام(٢).

الشرط الثالث : التصديق على التوقيع

---

(١) وتطبيقاً لذلك أكد مجلس الدولة الفرنسي أن التوقيع الإلكتروني لا يكون صحيحاً إلا إذا تم بأداة تكون تحت السيطرة المباشرة للموقع وحده دون غيره، وقد رفض المجلس الاعتراف بصحة التوقيع الإلكتروني على إحدى الوثائق لأن بيانات هذا التوقيع لم تعد تحت سيطرة الموقع وحده، بعد أن قدم محاميه في صحيفة دعواه بيانات التوقيع السرية التي يفترض ألا يعلمها إلا الموقع دون غيره .

للمزيد أنظر: د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٣م، ص١٦١ .

(٢) فادي محمد عماد الدين توكل ، مرجع سابق ، ص١٦٥ .

لما كان معظم عملاء التجارة الإلكترونية والذين يفضلون التجارة الإلكترونية لسهولتها يدركون مخاطر الصفقات التي تتم عبر الإنترنت، لذا فهم بحاجة إلى الطمأنينة من أن أرقام بطاقات الائتمان الخاصة بهم على سبيل المثال لن يساء استغلالها سواء من قبل شركة سيئة السمعة أو أن يتم اعتراضها من قبل محترفين مهرة (Hackers)، لذا لابد من تأمين هذه الاتصالات عن طريق الشهادات الرقمية أو شهادات التصديق[١].وللتحقق من صحة التوقيع فلابد من وجود جهة موثوق بها لربط الشخص بالتوقيع ، وذلك عن طريق طرف ثالث محايد يطلق عليه مقدم خدمات التصديق أو مورد خدمات التصديق أو جهة التوثيق[٢].

وقد عرف قانون (الأونسيترال) النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية لعام ٢٠٠١م، مقدم خدمات التصديق في الفقرة (هـ) من المادة الثانية منه، بأنه: " يعني شخصاً يصدر الشهادات ويجوز أن يقدم خدمات أخرى ذات صلة بالتوقيعات الإلكترونية " .

كما وعرف التوجيه الأوربي رقم (٩٣) لسنة ١٩٩٩م للتوقيعات الإلكترونية في الفقرة (١١) من المادة (٢)، مزود خدمات التصديق بأنه: "هو الشخص الطبيعي أو الكيان القانوني الذي يصدر الشهادات أو يوفر الخدمات الأخرى المتعلقة بالتوقيعات الإلكترونية"[٣].

(١) د. عبدالفتاح بيومي حجازي، التجارة عبر الإنترنت ، مرجع سابق ، ص ١٣٠ ، وانظر كذلك: د. عبدالفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني، مرجع سابق، ص٤٦١ وما بعدها.

(٢) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية ، دراسة للجوانب القانونية للتعامل عبر أجهزة الاتصال الحديثة والتراسل الإلكتروني ، الناشر مجلس النشر العلمي ، جامعة الكويت ، ٢٠٠٣م ، ص١٩٢ .

(3) Article (2-11) : " Certification-service-provider means : an entity or legal or natural person who issues certificates or provides other service related to electronic signatures " .

أما المشرع المصري فلم يعرف مزود خدمات التصديق في قانون التوقيع الإلكتروني رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٤، وقد أناط هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات وحدها على سبيل الاستئثار سلطة إصدار وتجديد التراخيص اللازمة لمزاولة أنشطة خدمات التوقيع الإلكتروني وذلك في الفقرة (أ) من المادة (٤) منه . بينما عرف شهادة التصديق الإلكتروني التي تصدر من جهة معتمدة ومرخصة من قبل الدولة، لإثبات نسبة التوقيع الإلكتروني إلى شخص معين استناداً إلى إجراءات توثيق معينة معتمدة ، في الفقرة (و) من المادة (١) منه ، بأنها: " الشهادة التي تصدر من الجهة المرخص لها بالتصديق وتثبت الارتباط بين الموقع وبيانات إنشاء الموقع" . وعلى الرغم من تنظيم قانون التوقيع الإلكتروني المصري لنشاط جهات التوثيق والتصديق الإلكتروني إلا أنه لم يجعل هذا التوثيق إلزامياً على أطراف المعاملة الإلكترونية بل ترك للأطراف حرية اللجوء إليه[١].

بينما عرف مشروع قانون التجارة الإلكتروني جهة اعتماد التوقيع الإلكتروني بأنه:" كل شخص طبيعي أو اعتباري يرخص له من الجهة المختصة باعتماد التوقيع الإلكتروني وفقاً للأحكام التي تنظمها اللائحة التنفيذية " .

أما المشرع العراقي فقد عرف في البند (رابع عشر) من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٢ ، جهة التصديق بأنه:" الشخص المعنوي المرخص له إصدار شهادات تصديق التوقيع الإلكتروني وفق أحكام هذا القانون " . وعرف في البند (حادي عشر) شهادة التصديق بأنها:" الوثيقة التي تصدرها جهة التصديق وفق أحكام هذا القانون والتي تستخدم لإثبات نسبة التوقيع الإلكتروني إلى الموقع " .

وقد أناط المشرع العراقي للشركة العامة لخدمات الشبكة الدولية للمعلومات في وزارة الاتصالات بموجب المادة (٦) من ذات القانون أعلاه، مهمة منح تراخيص

(١) د. فادي عماد الدين توكل ، مرجع سابق ، ص١٥٧-١٥٨ .

إصدار شهادات التصديق بعد استحصال موافقة الوزير وفقاً للقانون . كما بينت في المادة (٧) منه بأنه لا يجوز مزاولة نشاط إصدار شهادة التصديق دون الحصول على ترخيص وفق أحكام هذا القانون .

أما بالنسبة لموقف التشريعات المختلفة من حجية التوقيع الإلكتروني في إثبات المعاملات الإلكترونية، فقد اعترف التوجيه الأوروبي الصادر في (١٣) كانون الأول ١٩٩٩م بالتوقيع الإلكتروني، وحث الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي على منحه الحجية القانونية في التعاملات الإلكترونية[١].

أما المشرع الفرنسي فأنه يعتد بالكتابة الإلكترونية كدليل في الإثبات كالكتابة الورقية، إذ منح التوقيع الإلكتروني الحجية اللازمة في الإثبات المطلوبة للمحررات الإلكترونية كمحررات عادية معدة للإثبات، بموجب الفقرتين (٤،١) من المادة (١٣١٦) من قانون التوقيع الإلكتروني رقم (٢٣٠) لسنة ٢٠٠٠م، وذلك بشرط أن يكون بالإمكان تحديد هوية مصدرها، وأن يتم إعدادها وحفظها بما يضمن سلامتها، إضافة إلى اعترافه بالتوقيع الإلكتروني من خلال اعترافه بوظائفه من حيث تحديد شخص الموقع وسلامة إرادته[٢]. بأن تكون وسيلة التوقيع الإلكتروني موثوقاً فيها بحيث يضمن علاقة الموقع بالتصرف الموقع عليه . وأن تصدر الجهات التي يحددها القانون شهادة التصديق التي تثبت صحة التوقيع وهوية الموقع . وتكون هذه الجهات عادة هي مراكز معتمدة من لجنة الاعتمادات الفرنسية أو من منظمة التصديق الأوروبية[٣].

أما المشرع المصري فنجد أن قانون التوقيع الإلكتروني وتكنولوجيا المعلومات رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٤، قد استجاب لمتطلبات المعاملات الإلكترونية، إذ تضمن نصوصاً تتضمن مبدأ المساواة بين التوقيع الإلكتروني والتوقيع الخطي التقليدي من

(١) د. فادي عماد الدين توكل ، مرجع سابق ، ص١٥١.
(٢) د. عبدالفتاح بيومي حجازي، التجارة عبر الإنترنت ، مرجع سابق، ص١٢٤ .
(٣) د. ماجد راغب الحلو ، مرجع سابق ، ص١٦٢ .

حيث الحجية المقررة للتوقيعات التي تتم على الوسائط الورقية ،شريطة أن تستوفي التوقيع الشروط والضوابط الفنية المطلوبة وفق اللائحة التنفيذية ، ومنها اعتماد التوقيع من جهة التصديق المرخص لها اعتماد التوقيعات الإلكترونية . هذا مع ملاحظة إن إثبات صحة المحررات الإلكترونية الرسمية والعرفية والتوقيع الإلكتروني والكتابة الإلكترونية تطبق عليه الأحكام الواردة في قانون الإثبات المصري في المواد المدنية والتجارية مالم يرد حكم خاص في القانون رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٤ أو لائحته التنفيذية استناداً إلى نص المادة (١٧) من قانون التوقيع الإلكتروني المصري . كما وتنص المادة (١٨) من قانون التوقيع الإلكتروني ذاته على أن التوقيع الإلكتروني والكتابة الإلكترونية والمحررات الإلكترونية تتمتع بالحجية في الإثبات ما إذا توافرت فيها الشروط الآتية :

أ- ارتباط الموقع الإلكتروني بالموقع وحده دون غيره .
ب- سيطرة الموقع وحده دون غيره على الوسيط الإلكتروني .
ج- إمكانية كشف أي تعديل أو تبديل في بيانات المحرر الإلكتروني أو التوقيع الإلكتروني وتحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون الضوابط الفنية والتقنية اللازمة لذلك .

أما المشرع العراقي فقد نص في المادة (٥) من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٢ على : " يحوز التوقيع الإلكتروني الحجية في الإثبات إذا كان معتمداً من جهة التصديق وتوافرت فيه الشروط الآتية :

أولاً : أن يرتبط التوقيع الإلكتروني بالموقع وحده دون غيره .
ثانياً : أن يكون الوسيط الإلكتروني تحت سيطرة الموقع وحده دون غيره .
ثالثاً : أن يكون أي تعديل أو تبديل في التوقيع الإلكتروني قابلاً للكشف .
رابعاً : أن ينشأ وفقاً للإجراءات التي تحددها الوزارة بتعليمات يصدرها الوزير .

ويتضح لنا أن المشرع العراقي أخذ بذات الشروط التي ذكرها المشرع المصري في المادة (١٨) من قانون التوقيع الإلكتروني .

الخاتمة

بعد أن أكملنا بحثنا بعون الله وتوفيقه، توصلنا إلى جملة نتائج وتوصيات ، تتمثل فما يلي :

الاستنتاجات :

١. اهتم المشرع العراقي في قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٢ بشكل البيانات الإلكترونية التي يكون عليها التوقيع الإلكتروني وفي ذلك تركيز على ما يتميز به التوقيع الإلكتروني من سمات تميزه عن التوقيع التقليدي ،إضافة إلى تأكيده على تعين هوية الشخص الموقع، مع ضرورة أن يكون التوقيع معتمداً من الجهة المختصة بالتصديق، وهي الجهة المرخص لها إصدار شهادات تصديق التوقيع الإلكتروني وفق أحكام هذا القانون .
٢. أجاز المشرع العراقي في قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٢ بأن يوقع الشخص على المستند الإلكتروني عن نفسه أو عمن ينيبه أو يمثله قانوناً .
٣. للمعاملات الإلكترونية بعض السمات الخاصة بها إذ أنها تبرم عن بعد بين أطراف العلاقة ، كما أن المعاملات الإلكترونية تدور بين التفاوض والمساومة، إضافة إلى أن الوفاء بالالتزامات الناشئة عن المعاملات الإلكترونية يتم بشكل إلكتروني .
٤. هناك عدة شروط يجب توفرها في التوقيع الإلكتروني تتمثل في أن يكون مميزاً لشخصية صاحبه، أن يكون مقروءاً، ومطابقاً، وأن يتصف وجوده بالاستمرارية والثبات، وأن يكون مباشراً، وأن يكون متصلاً بالمحرر الكتابي الإلكتروني .
٥. إن أهم خصائص التوقيع الإلكتروني يتمثل في شكله الإلكتروني إذ يعد أهم صفة تميز التوقيع الإلكتروني وتفرق بينه وبين التوقيع التقليدي، كما تعد البيئة الإلكترونية أحد السمات الأساسية التي تميزها، إذ ينشأ في بيئة إلكترونية تعتمد على أدوات مختلفة تتلاءم مع طبيعته، هذا إضافة لارتباط التوقيع الإلكتروني

بمحرر أو مستند إلكتروني وهو ما يترتب عليه أن يقتصر العمل به في مجال المعاملات والتعاقدات الإلكترونية فقط ، كما أنه يرد على معاملة إلكترونية .

٦. لا يمكن أن يشترك أكثر من شخص في منظومة التوقيع الإلكتروني، لاسيما أن التوقيع الإلكتروني وبياناته تتسم بالسرية البالغة ، كما أن التوقيع الإلكتروني كالتوقيع التقليدي دالاً على شخصية صاحبه ويميز مراسلاته عن غيره، لذا فإن اشتراك أكثر من شخص في توقيع واحد سيؤدي إلى الإضرار بحقوق الأفراد، وحفاظاً على سرية التوقيع يفضل أن يحصر في شخص واحد .

٧. أجاز المشرع العراقي في قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٢ بأن يوقع الشخص على المستند الإلكتروني عن نفسه أو عمن ينيبه أو يمثله قانوناً.

٨. لم ينص المشرع العراقي في قانون التوقيع الإلكتروني رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٢ على أدوات تأمين التوقيع الإلكتروني، إلا أنه بين المقصود برمز التعريف ، كما بين بأنه يعد التوقيع الإلكتروني صحيحاً وصادراً عن الموقع إذا توافرت وسائل لتحديد هوية الموقع والدلالة على موافقته لما ورد في المستند الإلكتروني، وبحسب اتفاق الموقع والمرسل إليه حول كيفية إجراء المعاملة الإلكترونية .

٩. لم يعرف المشرع العراقي في قانون التوقيع الإلكتروني رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٢ ، مصطلح رسالة البيانات، بينما تناول مصطلح الوسائل الإلكترونية بالتعريف .

١٠. لم يعرف المشرع العراقي في قانون التوقيع الإلكتروني رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٢ ، مصطلح المحررات الإلكترونية، بينما عرف المستندات الإلكترونية تعريفاً مقارباً لتعريف المحرر الإلكتروني الوارد في قانون التوقيع الإلكتروني المصري، وقد اختلف في ذلك مع المشرع المصري الذي أورد مصطلح المحرر الإلكتروني، إلا أن المشرع المصري لم يشترط أن ينشأ المحرر الإلكتروني بوسيلة إلكترونية، وهذا خلاف المشرع العراقي الذي حدد المستندات الإلكترونية بالمحررات والوثائق التي تنشأ أو تدمج أو تخزن أو ترسل أو تستقبل كلياً أو جزئياً بوسائل إلكترونية.

١١.أكد المشرع العراقي في قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٢ ،على الدور الذي يلعبه الحاسوب الآلي أو أية وسيلة إلكترونية أخرى توضع عليها برامج لغرض إنشاء التوقيع الإلكتروني واستمرار وجودها عبر الإنترنت، حينما استخدم مصطلح الوسيط الإلكتروني باعتباره أداة من أدوات إنشاء التوقيع الإلكتروني، كما عرف الأداة الإلكترونية بأنها وسيلة من وسائل أو أنظمة إنشاء التوقيع الإلكتروني، وبذلك يكون تعريف المشرع العراقي أعم وأوسع من تعريف المشرع المصري للوسيط الإلكتروني الذي يقتصر دوره فقط على إنشاء التوقيع الإلكتروني .

١٢.عرف المشرع العراقي في قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٢ ، جهة التصديق بأنه الشخص المعنوي المرخص له إصدار شهادات تصديق التوقيع الإلكتروني وفق أحكام هذا القانون . كما وعرف شهادة التصديق بأنها الوثيقة التي تصدرها جهة التصديق وفق أحكام هذا القانون والتي تستخدم لإثبات نسبة التوقيع الإلكتروني إلى الموقع . وقد أناط المشرع للشركة العامة لخدمات الشبكة الدولية للمعلومات في وزارة الاتصالات مهمة منح تراخيص إصدار شهادات التصديق بعد استحصال موافقة الوزير وفقاً للقانون . كما وبين بأنه لا يجوز مزاولة نشاط إصدار شهادة التصديق دون الحصول على ترخيص وفق أحكام هذا القانون .

١٣.أخذ المشرع العراقي بذات الشروط التي ذكرها المشرع المصري في قانون التوقيع الإلكتروني بخصوص حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات والتي تتمثل في أن يكون معتمداً من جهة التصديق شرط أن يرتبط التوقيع الإلكتروني بالموقع وحده دون غيره، وأن يكون الوسيط الإلكتروني تحت سيطرة الموقع وحده دون غيره ، وأن يكون أي تعديل أو تبديل في التوقيع الإلكتروني قابلاً للكشف إضافة إلى أن ينشأ وفقاً للإجراءات التي تحددها الوزارة بتعليمات يصدرها الوزير .

١٤. يشترط لصحة التوقيع الإلكتروني أن تتوافر فيه ثلاثة شروط كي يتمتع بالحجية في الإثبات تتمثل في سيطرة الموقع على أداة التوقيع، وضمان صحة المحرر الإلكتروني وذلك بأن يظل المحرر الإلكتروني بما يحويه من مضمون وتوقيع بنفس الحالة التي صدر عليها إلى أن يصل إلى المرسل إليه، إضافة لشرط التصديق على التوقيع .

التوصيات :

١. نوصي المشرع العراقي بإعادة صياغة الفقرة (سادساً) من المادة الأولى من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٢ ، التي تنص على:" المعاملات الإلكترونية– الطلبات والمستندات والمعاملات التي تتم بوسائل إلكترونية" . ذلك لأنها لم توفق عندما ذكرت عبارة " والمعاملات التي تتم بوسائل إلكترونية "ذلك لأنها فسرت المعاملات الإلكترونية بالمعاملات التي تتم بوسائل إلكترونية، وكان من الأجدر بالمشرع العراقي أن تكتفي بالطلبات والمستندات التي تتم بوسائل إلكترونية.

٢. نوصي المشرع العراقي بإعادة صياغة نصوص القانون المدني وقانون الاثبات وقانون التجارة بإضافة نصوص قانونية تسمح بالتعاقد عن بعد والتوقيع الإلكتروني وإعطاء المحررات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني ذات الحجية القانونية التي تمنح للمحررات العادية والتوقيع التقليدي .

٣. نوصي المشرع في إقليم كوردستان العراق لتشريع قانون خاص بالتوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية على غرار قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٢، لاسيما في ظل تزايد الاستثمارات الأجنبية وازدهار التجارة الإلكترونية وانتشار الأسواق الافتراضية على شبكة الإنترنت.

٤. ندعو المشرع العراقي إلى تشكيل لجان متخصصة لمتابعة حسن تنفيذ قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية .

قائمة المصادر والمراجع

أولاً : مراجع اللغة العربية

- المعجم الوسيط ، الطبعة الرابعة ، مكتبة الشروق الدولية ، القاهرة ، ٢٠٠٤م .

ثانياً : المراجع القانونية

- د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، دراسة للجوانب القانونية للتعامل عبر أجهزة الاتصال الحديثة والتراسل الإلكتروني ، الناشر مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ٢٠٠٣م .
- د. أسامة أبو الحسن مجاهد ، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٣م .
- د. إلياس ناصيف، العقد الإلكتروني في القانون المقارن، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٩م .
- د. ثروت عبدالحميد، التوقيع الإلكتروني، ماهيته، مخاطره وكيفية مواجهتها، مدى حجيته في الإثبات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ، ٢٠٠٧م ، ص٢٠ .
- د. حسن عبدالباسط جميعي، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت ، دار النهضة العربية، القاهرة ، ٢٠٠٠م .
- سمير عبدالسميع الأودن، العقد الإلكتروني، الناشر منشأة المعارف، الإسكندرية ، بلا سنة نشر .
- د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة، عمان، ٢٠١١م .
- د. عبد العزيز المرسي حمود ، مدى حجية المحرر الإلكتروني في الإثبات في المسائل المدنية والتجارية في ضوء قواعد الإثبات النافذة ، بدون دار ومكان نشر ، ٢٠٠٥ .

- د. عبدالفتاح بيومي حجازي، مقدمة في التجارة الإلكترونية العربية، الطبعة الأولى، الكتاب الأول ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٣م .
- د. عبدالفتاح بيومي حجازي، التجارة الإلكترونية وحمايتها القانونية، الكتاب الأول في نظام التجارة الإلكترونية وحمايتها مدنياً، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٤م .
- د. عبدالفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني "دراسة تأصيلية مقارنة"، دار الكتب القانونية ، مصر، ٢٠٠٧م .
- د. عبدالفتاح بيومي حجازي، إثبات المعاملات الإلكترونية عبر الإنترنت، بدون مكان نشر، مصر ، طبعة ٢٠٠٩م .
- د. عبدالفتاح بيومي حجازي، التجارة عبر الإنترنت "دراسة مقارنة "، الطبعة الأولى ، منشأة المعارف، ٢٠٠٩ -٢٠١٠ .
- د. عصام أنور سليم، قواعد الإثبات في القانون المصري واللبناني، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٩٧م .
- فادي محمد عماد الدين توكل، عقد التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٠م .
- د. فاروق الأباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الإنترنت، دراسة تطبيقية لعقود التجارة الإلكترونية الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٣م .
- د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية، ٢٠١٣م .
- د. محمد المرسي زهرة، الحاسب الإلكتروني والقانون، دراسة حول حجية مخرجات الحاسب الإلكتروني في الإثبات في المسائل المدنية والتجارية، مكتبة سعيد عبدالله، القاهرة، ١٩٩٢م.
- محمد عبيد الكعبي، الجرائم الناشئة عن الاستخدام غير المشروع لشبكة الإنترنت، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥م .

- د. محمد محمد سادات، خصوصية التوقيع الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة، ٢٠١١م .
- د. ممدوح محمد خيري هاشم المسلمي، مشكلات البيع الإلكتروني عن طريق الإنترنت في القانون المدني، دراسة مقارنة، الناشر دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٠م .
- د. ناصر محمد عباس، الوسائل الإلكترونية ودورها في عقد البيع، دار الكتب المصرية، القاهرة،٢٠١١م .
- د. نجوى أبو هيبة، التوقيع الإلكتروني، تعريفه، مدى حجيته في الإثبات، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢م .
- د. هدى حامد قشقوش، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠م .

ثالثاً : الرسائل الجامعية

- سمير حامد عبدالعزيز الجمال ، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ٢٠٠٥م .

رابعاً : القوانين

- قانون الأمم المتحدة النموذجي " الأونسيترال" للتجارة الإلكترونية لسنة ١٩٩٦م .
- قانون الأمم المتحدة النموذجي "الأونسيترال" بشأن التوقيع الإلكتروني لسنة ١٩٩٧م.
- القانون الفرنسي رقم (٢٣٠) لسنة ٢٠٠٠م بشأن المبادلات والتجارة الإلكترونية .
- قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٤م واللائحة التنفيذية له .
- قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٢م.

المـلخـص:

نتيجة لانتشار الحاسوب واستخدامه في كافة نواحي الحياة ، فقد أفرز الواقع العملي وسائل حديثة في التعامل لا تتفق مع فكرة التوقيع بمفهومها التقليدي، إذ أصبح التوقيع اليدوي من المستحيل تكييفها مع النظم الحديثة في التعامل وإبرام العقود، لذا تم الاتجاه نحو بديل له وهو التوقيع الإلكتروني ، فالعقد الإلكتروني كالعقد التقليدي المدون على ورقة يتكون من محرر كتابي إلكتروني ، يتم تدوينه بكتابة إلكترونية ، كما يحتوي على توقيع إلكتروني ، ويكون له ذات الحجية القانونية في الإثبات، بشرط توافر شروط التوقيع الإلكتروني جميعها والمنصوص عليها في القانون .

ABSTRACT :

The authenticity of the electronic signature in the electronic transactions study analyzed in light of the law on electronic signature and electronic Iraq (78) 2012.

As a result of the sperad of computer use in all aspects of life, has produced practice modern methods in handling are inconsistent with the idea of signing the traditional concept, with a handwritten signature is impossible to adapt it to modern systems and contracts, so is the trend towards alternative and electronic signature, electronic contract as a traditional contract written paper consists of an electronic book editor, noted in writing, also contains an electronic signature, and have authentic evidence, legal requirement Electronic signature terms and prescribed by law .