حجية المراسلات التجارية في ظل التطور التقني الحديث[١]

م. د. حامد شاكر محمود الطائي
كلية القانون/ الجامعة المستنصرية

Abstract

Written letters one of communication means، and still heavily used among merchants، especially in dealing between absent، it was done in traditional way، which requires a long time to the arrival of the message to the addressee through the Messenger sent by one of the contractors will convey to other contractual parties، throughout transport by wagons until the air transport، and with great development in information technology and electronic commerce emerged a new legal challenges to conventional legal norms do not absorb these new challenges of modern technical means of entering into legal actions and then the emergence of the need to develop these rules so that they can deal with these new challenges. "Functional equivalence" is discussed in relation to the fulfillment of formal requirements and the creation of electronic equivalents of paper-based concepts such as “writing” and “signatures.”

Business correspondence remains the best means to gives information clearly and in detail، as a legal evidence is full fit to determines rights and obligations، full legal proof (concrete proof)، in case of a dispute between contracting parties.

المقدمة

تعد المراسلة من أقدم الوسائل التقليدية التي يتم التعاقد بها بين غائبين، والتي تستلزم وقتاً طويلاً لوصول الرسالة إلى المرسل إليه من خلال رسول ينقل إرادة أحد المتعاقدين إلى المتعاقد الآخر، وقد تتم عن طريق البريد الذي تطورت وسائله مع الزمن، إبتداءاً من النقل بواسطة العربات حتى النقل بالطائرة، إن المراسلات بهذا الشكل ومهما كانت وسائلها التقليدية، تحتاج إلى فترة زمنية طويلة، وهو أمر يتعارض مع متطلبات التجارة التي من صفاتها الأساسية السرعة في التعامل[٢]، ومع التطور الكبير في تقنية المعلومات والتجارة الإلكترونية ظهرت تحديات قانونية جديدة تتمثل بعدم استيعاب القواعد القانونية التقليدية لهذه التحديات الجديدة المتمثلة في استخدام وسائل تقنية حديثة في إبرام التصرفات القانونية ومن ثم ظهور الحاجة إلى ضرورة تطوير هذه القواعد حتى تستطيع التعامل مع هذه التحديات الجديدة، وتأتي

---

(1) La valeur probatoire de la Correspondance commerciale en technologies modernes de communication.

(٢) د. محمد أمين الرومي، التعاقد الالكتروني عبر الانترنت، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،ط١، ٢٠٠٤ ، ص١١.

الأهمية القانونية للمراسلات التجارية، من كونها تشكل مستند يصلح لترتيب الحقوق والالتزامات، ويعطي المعلومات بشكل واضح وتفصيلي، وكونها تشكل دليلاً قانونياً كاملاً، في حالة قيام النزاع بين الأطراف المتعاقدة، وذلك على إختلاف الموقف في الفقه والتشريع والاجتهاد المقارن، ومن جانب آخر تسهل عملية التبادل التجاري، ، وتوفر على رجال الأعمال الكثير من الوقت والجهد والتكاليف، وتعطي الحرية للأطراف بالمساومة واتخاذ قرار الشراء دون حرج أو تكليف، ونظراً لهذه الأهمية، فقد قسمنا هذا البحث على مبحثين، وكما يأتي:

المبحث الأول

مفهوم المراسلات التجارية

مرت الرسائل، بشكل عام، والمراسلات التجارية، بشكل خاص- وعلى مر العصور- بمراحل متعاقبة، عكف الناس على إستعمالها في حياتهم اليومية، مع تفاوت مواقف الأمم السالفة منها، وبحسب الوسائل المتاحة، وفي كل مرحلة من تلك المراحل[٣]، ولغرض تحديد المفهوم القانوني للمراسلات التجارية، وتحديد أهم وظائفها، نقسم هذا المبحث على مطلبين، نتناول في المطلب الأول، تعريف المراسلات التجارية وتطور وسائلها، وفي المطلب الثاني، وظيفة المراسلات التجارية ، وكما يأتي:

المطلب الأول: تعريف المراسلات التجارية وتطور وسائلها

لم يتعرض الفقه القانوني الى تعريف مصطلح "المراسلات التجارية"، بالقدر الذي تعرض له المختصون في العلوم الإنسانية الأخرى، فيرى بعضهم، بأن المراسلات التجارية تعد وسيلة من وسائل الاتصال الكتابي الشائعة الاستخدام عند الاتصال مع جهات أخرى، مثل، العملاء والجهات الحكومية والموردين والجهات الإعلامية والتي يستعان بها، لإجراء التعاملات التجارية، وهي تخضع لضوابط و قواعد التحرير التجاري[٤]، في حين يرى البعض الآخر، بأنها من أفضل وسائل الاتصال ومن أسهل طرق الاتصال المباشر فيما بين المدراء والأقسام والشركات والتجار والمكاتب والمنظمات، وهي عبارة عن مستندات ووثائق يمكن الرجوع إليها في أي وقت من الأوقات، وللمراسلات التجارية أهمية بالغة في إتمام العمليات التجارية، وعقد الصفقات، وتقوم بتسجيل عملية التواصل والاتصال، وتوفر تكاليف المقابلات الشخصية[٥]، ولغرض الوصول الى تعريف قانوني جامع مانع، لمصطلح"المراسلات التجارية"،

---

[٣] لمزيد من التفصيل، ينظر: د. جواد علي،المفصل في تاريخ العرب قبل الإسلام، الجزء الثامن، الطبعة الثانية، مطبعة جامعة بغداد،١٩٩٣، الفصل١٢٣، الكتابة والتدوين، الصفحات:٢٦١، ٢٦٢، ٢٦٣، ٢٩٠. أدريان غللي، ثقافة أدب الرسائل في المجتمع الإسلامي قبل العصر الحديث، نقله الى العربية: وليد شحاته، ط١، العبيكان للنشر، الرياض، ٢٠١١، الصفحات:١٤، ٢٣، ٢٦، ٢١٣.

[٤] مصطفى نجيب شاويس، المراسلات التجارية، الطبعة الأولى، دار الفكر للنشر والتوزيع،عمان، الاردن، ١٩٨٩، ص٢٦ وما بعدها.

[٥] محمد سرور الحريري، الأصول العلمية والنظريات التطبيقية في علم إدارة الأعمال، دار القلم للطباعة و النشر و التوزيع، دون ذكر السنة، بيروت، لبنان، ص١٥٥-١٥٦.

والتعرف على التطور في وسائل الاتصال التي مهدت للوصول إلى المراسلات الالكترونية، نقسم هذا المطلب على فرعين، الفرع الأول، ونبحث في تعريف المراسلات التجارية، والفرع الثاني، نتناول فيه، تطور وسائل الاتصال الممهدة للوصول إلى المراسلات الالكترونية، وكما يأتي:

الفرع الأول: تعريف المراسلات التجارية

هناك معنيين لكلمة المراسلات، الأول: معنى لغوي، وهو ماسنبحثه في(أولاً)، والثاني: معنى اصطلاحي، وهو ما سنبحثه في(ثانياً)، ولغرض التعرف على موقف القانون من إستخدام مصطلح (المراسلة)، سنبحث ذلك في (ثالثاً)، وكما يأتي:

أولاً: المراسلات لغةً: في اللغة العربية: تعد كلمة "**المراسلات**" عربية الأصل وجذرها "رسل"، وقد ورد في الكتاب الكريم إشتقاقات لفظ رسل في كثير من المواضع، إذ جاء في قوله(عز وجل): "**وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلا رَحْمَةً لِلْعَالَمِينَ**"[٦] ، وقوله تعالى: "**هُوَ الَّذِي أَرْسَلَ رَسُولَهُ بِالْهُدَىٰ وَدِينِ الْحَقِّ لِيُظْهِرَهُ عَلَى الدِّينِ كُلِّهِ وَلَوْ كَرِهَ الْمُشْرِكُونَ**"[٧] وقوله تعالى: " **لَقَدْ أَرْسَلْنَا نُوحًا إِلَىٰ قَوْمِهِ فَقَالَ يَا قَوْمِ اعْبُدُوا اللَّهَ مَا لَكُم مِّنْ إِلَٰهٍ غَيْرُهُ** "[٨]، وقد جاء في القاموس المحيط، وتراسَلوا بمعنى أرسل بعضهم إلى بعض، والرَّسْلهِ هي التي تُراسِلُ الخُطّابَ والرَّسولُ هو المُرْسَلُ، والمُرْسَلات هي الرياح أو الملائكة أو الخيل[٩]، وجاء في لسان العرب، أن كلمة"رسالة"مشتقة من مادة"رَسَلَ"،"والرَسَلُ" القطيع من كل شيء.والجمع:أرسال، والرِسل:الإبل. يقال:جاء وأرسلة رسلة، أي جماعة.وبعد وفاة النبي صلى الله عليه وآله وسلم، دخل الناس أرسالا يصلون عليه، أي أفواجاً وفرقاً متقطعة يتلوا بعضهم بعضاً. والرسلُ والرِسلةُ:الرِفق والتؤدة[١٠]، وجاء في مختار الصحاح، تراسل القوم:إذا أرسل بعضهم إلى بعض. وراسل مراسلة، فهو مراسل ورسِيل، وَأرسَله في رسالَة، فهو مرسل ورسول، والجمع رسلو رسل[١١]، وفي اللغة الانكليزية، يقابل مصطلح المراسلاتCorrespondence، أما في اللغة الفرنسية، فيقابل Correspondance [١٢]، ولأن المراسلات– موضوع البحث– تدور حول المراسلات

---

[٦] سورة الأنبياء الآية ١٠٧ .

[٧] سورة التوبة الآية ٣٣ .

[٨] سورة المؤمنون الآية ٢٣ .

[٩] محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، القاموس المحيط، تحقيق محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الخامسة، ١٤٠٦هـ، مادة "رسل".

[١٠] ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم الأفريقي المصري، لسان العرب، مادة "رسل" الجزء الحادي عشر،.ص٢٨١وص٢٨٢.

[١١] محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، تحقيق محمود خاطر، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ – ١٩٩٥م، مادة "رسل"، ص١٦٢.

[١٢] ينظر: موريس نخلة- روحي البعلبكي-صلاح مطر، القاموس القانوني الثلاثي، منشورات الحلبي الحقوقية،الطبعة الأولى، بيروت، لبنان،٢٠٠٢، ص٤٢٠.

التجاريـــة، فالمصـــطلح القـــانوني للمراســـلات التجاريـــة فـــي اللغـــة الانكليزيـــة، هـــو **(Business correspondence)**، وفي اللغة الفرنسية **(Correspondance commerciale)**.

ثانيـاً: المراسـلات إصـطلاحاً: المراسـلة هـي المكاتبـة[١٣]، وتعـرف المراسـلة بأنهـا: مخاطبـة الغائـب بلسـان القلـم وفائـدتها أوسـع مـن أن تحصـل مـن حيـث أنهـا ترجمـان الجنـان ونائـب الغائـب فـي قضـاء أوطـاره وربـاط الـوداع مـع تباعـد الـبلاد وطريقـة المكاتبـة هـي طريقـة المخاطبـة البليغـة مـع مراعـاة أحـوال الكاتـب والمكتـوب إليـه ونسـبة بينهمـا[١٤]، ويقـول القلقشـندي:"أن الرسـائل هـي جمـع رسـالة والمـراد فيهـا أمـور يرتبهـا الكاتـب مـن حكايـة حـال مـن عـدو او صـديق أو مـدح أو تقـريض أو مفـاخرة بـين شـيئين او غيـر ذلـك ممـا يجـري هـذا المجـرى وسـميت الرسـائل مـن حيـث أن الأديـب المنشـأ لهـا ربمـا كتـب بهـا الـى غيـره مخبـرا فيهـا بصـورة الحـال"[١٥]، والرسـالة "قطعـة مـن النثـر الفنـي تطـول أو تقصـر تبعـاً لمشـيئة الكاتـب وغرضـه وأسـلوبه وقـد يتخللهـا الشـعر إذ رأى لـذلك سـبباً وقـد يكـون هـذا الشـعر مـن نضـمه وإمـا يستشـهد بـه مـن شـعر غيـره وتكـون كتابتهـا بعبـارة بليغة وأسلوب حسن رشيق وألفاظ منتقاة ومعان طريفة"[١٦].

وتعرف المراسلة، بوجه عام، بأنها" تبادل الرسائل المكتوبة بين شخصين"[١٧]، كما تعني" تبادل الرسائل المكتوبة أو الرسائل الأخرى المشابهة كالتلكس و الفاكس" [١٨]، ويمكننا تعريف المراسلات التجارية، بأنها " **هي كل المحررات المتعلقة بالتجارة التي يتبادلها التاجر مع غيره من الأشخاص، من خلال الوسائل التقليدية أو الإلكترونية، وذلك لديمومة نشاطه التجاري**".

ثالثاً: موقف القانون: لم يتعرض المشرع العراقي لتعريف الرسالة أو المراسلات، ولكنه تعرض لبيان مكونات الرسالة البريدية، فقد جاء في المادة(٦/١/أ) من قانون البريد العراقي رقم(٩٧) لسنة ١٩٧٣، بأن " الرسائل تشمل جميع الأوراق المكتوبة باليد والمطبوعة التي يكون لها بالنسبة إلى المرسل إليه صفة التراسل الحالي والشخصي أو يمكن أن تقوم مقامه، وتفرض الرسوم والأجور الخاصة بالرسائل على جميع الأشياء التي تغلف بشكل لا يمكن التحقق من محتوياتها دون تمزيق أو إتلاف الغلاف الذي

---

[١٣] ومن الألفاظ الأخرى المستخدمة في أدب الرسائل بعض الكلمات المشتقة من الجذر "كتب"، وأكثر هذه الألفاظ استخداماً لفظ "كتاب" التي أمست تعني حصراً "الكتاب الذي يقرأ"، والجمع "كتب"، وكلمة "مكاتبة" وجمعها "مكاتبات"، فهذه الألفاظ مستخدمة كثيراً في المصادر الدالة على المراسلات بنوعيها الرسمي وغير الرسمي. ينظر:أدريان غللي، ثقافة أدب الرسائل في المجتمع الإسلامي، مصدر سابق، ص٢٣. ويشير القانون المدني العراقي الى مصطلح" المكاتبة"، وعدها من وسائل التعبير عن الإرادة، فتنص المادة (٧٩) من القانون المدني العراقي، بأنه "كما يكون الإيجاب أو القبول بالمشافهة يكون بالمكاتبة وبالإشارة الشائعة الاستعمال ولو من غير الأخرس وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي وبإتخاذ أي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكاً لأدلته على التراضي".

[١٤] السيد أحمد الهاشمي، جواهر الأدب في أدبيات وإنشاء لغة العرب، دار الجيل، بيروت، لبنان، ص٤١.

[١٥] أبو العباس أحمد بن علي القلقشندي، صبح الأعشى في صناعة الإنشا، المطبعة الأميرية، القاهرة، مصر،١٣٣٨ه-١٩١٩م،ج١٤، ص١٣٨.

[١٦] عبد العزيز عتيق، الأدب العربي في الأندلس، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، ص٤٤٨.

[17] Le Petit Robert، édition 1995.

[18] G. CORNU ، Vocabulaire juridique ، Association H. Capitant، PUF، 2000، P.230.(échange lettres d'autres message assimiles -fax، télégramme)

يحتويها"، ولكن المشرع الإماراتي ميز بين مصطلح"الرسالة"و"المراسلة"، فقد فرق قانون إمارة دبي الخاص بالمعاملات والتجارة الالكترونية قانون رقم (٢) لسنة ٢٠٠٢ ، بين الرسالة الالكترونية والمراسلة الالكترونية، فعرف الرسالة الالكترونية، بأنها "معلومات الكترونية ترسل أو تستلم بوسائل الكترونية أيا كانت وسيلة استخراجها في المكان المستلمة فيه"، أما المراسلة الالكترونية، فيعرفها "إرسال واستلام الرسائل الالكترونية".

الفرع الثاني: تطور وسائل الاتصال الممهدة للمراسلات التجارية الالكترونية

تعد المراسلة من خلال البريد العادي هي من أقدم الوسائل التقليدية للإتصال[١٩]، ولم يخضع البريد العادي في العراق لأي تنظيم قانوني وطني، حتى عام ١٩٣٠ ، حيث صدر أول قانون للبريد العراقي حمل الرقم ٦ لسنة ١٩٣٠ الذي ظل سارياً حتى صدور قانون البريد رقم ٩٧ لسنة ١٩٧٣[٢٠]، والى جانب البريد العادي، فقد تنوعت وسائل الاتصال التي مهدت إلى الوصول إلى المراسلات الالكترونية، حيث يعد البرق(التلغرافTelegraph/Télégramme) [٢١]، أول وسيلة اتصال سلكية عرفها العالم، وقد تم اختراعه في العام١٨٣٤، هو نظام الاتصالات الذي ينقل ويستقبل نبضات كهربائية بسيطة غير معدلة، بين محطات الإرسال والاستقبال ترتبط مباشرة عن طريق أسلاك، كما ظهر التلفون، ويعرف التلفون (Telephone/Téléphone) بأنه وسيلة لنقل المكالمات الشخصية من خلال الأسلاك التي تربط بين نقطتين(المرسل والمستقبل) يمر فيها تيار كهربائي وفق ذبذبات صوت المتكلم[٢٢]، ثم ظهر جهاز النسخ البرقي أو الفاكس (Fax /Télécopies) ، وهو جهاز يقوم بإستنساخ الصور الثابتة عبر شبكة الهواتف، بكامل محتوياتها نقلاً مطابقاً للأصل، فتظهر المستندات والرسائل المرسلة على جهاز الفاكس المتلقي، ولا شك في أن سرعة نقل الرسائل بالفاكس وثبوت وصولها آلياً الى المرسل اليه لحظة إرسالها، يحل كثيراً من المشاكل التي كانت تنشأ في الماضي عن تطبيق القواعد القانونية في حال إضطراب وسائل نقل الرسائل وإيصالها أو إستلامها، فالفاكس يحدد بصورة مطبوعة ساعة ودقيقة وثانية

---

[١٩] لازالت المراسلات التجارية، محط إهتمام الأوساط التجارية، وتعد شركة United Parcel Service- UPS، والتي أنشأت عام١٩٠٧ من أجل توزيع ونقل الرسائل التجارية من أكبر الشركات الموزعة في العالم حالياً، وكانت هذه الشركة تسمح للزبائن بالاستفسار عن رزمهم البريدية عن طريق التلفون، وكانت هذه العملية تكلف حوالي دولارين لكل اتصال وهي عملية مكلفة، ولذلك ، أنشأت هذه الشركة في عام١٩٩٥ موقعاً لها على الانترنت، وفي هذه التجربة الأولى، فإن الموقع أستضيف على مزود واحد فقط، وكان يحوي على القليل من الصفحات المعقدة. ولكن مابين عامي١٩٩٦و١٩٩٧تم تطوير الموقع بشكل كامل من أجل خدمة الزبائن بصورة أفضل. ينظر: مصطفى يوسف كافي، التجارة الإلكترونية، سلسلة الاقتصاد الالكتروني،دار ومؤسسة رسلان للطباعة والنشر والتوزيع،٢٠٠٩، دمشق، ص٥٧.

[٢٠] يعد العراق من الأعضاء المؤسسين للاتحاد البريدي العربي في صوفر بلبنان عام ١٩٤٦

[٢١] البرقية: هي رسالة غالباً ما تكون مختصرة يوجهها المرسل الى المرسل إليه، بواسطة مصلحة البرق التي تحتفظ بأصلها وتبرق صورتها لمن وجهت إليه، حيث يتسلم صورة منها بخط الموظف المختص، وتعتبر مطابقة للأصل ما لم يقم الدليل على عكس ذلك. ينظر: محمد علي الصوري، التعليق المقارن على مواد قانون الإثبات، الجزء الأول، مطبعة شفيق، بغداد،١٩٨٣، ص٢٩٢.

[٢٢] د. سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١، ٢٠٠٦ ، ص١٧.

الإرسال والوصول الفوري[٢٣]، كما يعد التلكس(Telex/Télex)، جهازاً لإرسال المعلومات، عن طريق طباعتها وإرسالها مباشرة، إذ لا يوجد فاصل زمني ملحوظ بين إرسال المعلومات واستقبالها، فالتلكس عمله كعمل الفاكس- ولكن الفرق بينهما أن التلكس(لاسلكي) أي يعمل بواسطة صحن مرسل وآخر مستقبل، أما النقل بالفاكس فيتم عن طريق سلك الهاتف- وكان للتلكس أثراً بارزاً على الأعمال والتجارة الدولية، فيعد نظام التراسل الأكثر إنتشاراً وثقة، ومن خلال التراسل الدقيق والمأمون والموثوق، يعطي التلكس تسجيلاً دائماً وموثوقاً كل مرة، من خلال شفرة الرد الخاصة بالطرف المطلوب، وتتمتع هذه الخدمة بوضعية الوثيقة القانونية كاملة الأهمية في العديد من بلدان العالم[٢٤]، وبعد تطور وسائل الاتصال، وظهور الانترنت، فقد شاع استخدام البريد الالكتروني (Electric Mail/Le courrier électronique) في المراسلات التجارية، ويرجع الفضل في ظهور البريد الإلكتروني إلي العالم الأمريكي Ray Tomlinson، والذي يعتبر، وبحق، مخترع البريد الإلكتروني حيث صمم علي شبكة الإنترنت برنامج لكتابة الرسائل يسمى send message، وذلك لغرض تمكين العاملين بالشبكة من تبادل الرسائل فيما بينهم، ثم ما لبث أن أخترع برنامجاً أخر يسمح بنقل الملفات من جهاز كمبيوتر إلي جهاز أخر،ثم قام بدمج البرنامجين في برنامج واحد، ونتج عن هذا الدمج ميلاد البريد الإلكتروني، ولقد صادفت Ray Tomlinson مشكلة تتمثل في أن الرسالة لا تحمل أي دليل علي مكان مرسلها ففكر في ابتكار رمز لا يستخدمه الأشخاص في أسمائهم، يوضع بين أسم المرسل والمَوقع الذي ترسل منه الرسالة، وكان اختياره للرمز@، وكان ذلك في عام ١٩٧١، وبذلك أصبح أول عنوان بريد إلكتروني في التاريخ هو Tomlinson@bbn-tenexa.

المطلب الثاني: وظيفة المراسلات التجارية

للمراسلات التجارية، وظيفتين قانونيتين أساسيتين، أولها: الوظيفة التمهيدية: فظروف التعاقد تحتم أحياناً، الإستعانة بالمراسلات التجارية، وعلى وجه الخصوص، في المرحلة السابقة على التعاقد، من خلال تبادل العروض بين الأطراف المتفاوضة، أما الوظيفة الثانية، فهي الوظيفة التفسيرية، وذلك عند الاستناد إليها من قبل قاضي الموضوع عن قيام النزاع، لتحري النية المشتركة للطرفين المتعاقدين وقت إنعقاد العقد، ونبحث كلتا الوظيفتين في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: الوظيفة التمهيدية للمراسلات

تحتم ظروف التعاقد أحياناً، الإستعانة بالمراسلات التجارية التقليدية أو الالكترونية، في مرحلة المفاوضات السابقة على التعاقد، وتعرف هذه المرحلة "**تلك المرحلة التمهيدية التي يتم فيها دراسة**

---

[٢٣] د. مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول، العقد، مع مقدمة في الموجبات المدنية، ط٤، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٧، ص٢٦٨.

[٢٤] د. ليندا فهمي قاسم، القيمة القانونية للمراسلات الالكترونية في العقود الدولية، دراسة في إتفاقية الأمم المتحدة بإستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية،المنشورات الحقوقية صادر،الطبعة الاولى، بيروت،٢٠١٥،ص١٨.

ومناقشة شروط العقد، من خلال تبادل الاقتراحات والمساومات والمكاتبات والتقارير والدراسات الفنية بل والاستشارات القانونية، وذلك للتعرف على ما يُسفِر عنه الاتفاق من حقوق والتزامات لطرفيه"[٢٥]، ولبيان طبيعة الوظيفة التمهيدية للمراسلات في التعاقد، سنتناول المراسلات كوسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة، في(أولاً)، ونتناول دور المراسلات الالكترونية في تكوين العقد، في(ثانياً)، وكما يأتي:

أولاً: المراسلات وسيلة للتعبير عن الإرادة: حدد المشرع العراقي وسائل التعبير عن الإرادة، إذ تنص المادة (٧٩) من القانون المدني العراقي، بأنه "كما يكون الإيجاب او القبول بالمشافهة يكون بالمكاتبة وبالإشارة الشائعة الاستعمال ولو من غير الأخرس وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي وباتخاذ أي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكاً لأدلته على التراضي"، ولاشك أن المكاتبة والتي تشكل أحد معاني المراسلات، كما لحظنا سابقاً، هي من هذه الوسائل، ولتوضيح ذلك سنبحث، مفهوم التعاقد بالمراسلة، والمراسلات التجارية كمستندات سابقة على التعاقد، في الفقرتين الآتيتين، وكما يأتي:

أ–مفهوم التعاقد بالمراسلة: التعاقد بالمراسلة أو التعاقد فيما بين غائبين[٢٦]، وذلك إذا لم يجمع المتعاقدين مجلس واحد، ولما كان التعاقد بين غائبين، كان لا بد من وسيلة للتفاهم فيما بينهما، وهذا يكون بالمراسلة، بأي طريقة من طرقها المختلفة: رسالة عن طريق البريد، أو البرقية(التلغراف)، أو رسول خاص يحمل الكلام ولا تكون له صفة النيابة، ويتحقق إذا فصل فاصل زماني بين صدور القبول وعلم الموجب له، ويتحقق ذلك إذا حدد الموجب ميعادا للقبول وأطراف المتعاقدان، ثم أرسل الموجب له القبول بإحدى الوسائل التي رأيناها: الرسالة، أو البرقية، أو الرسول[٢٧]، ويعتبر التعاقد بالفاكس[٢٨] و ما يماثله، صورة يزداد شيوعها على أثر إزدهار التجارة الالكترونية، والتقدم المذهل في مجال تقنيات الاتصال عن بعد، وهذه الوسائل لا تختلف عن التعاقد بالمراسلة بطريق الكتابة، فالإيجاب أو القبول المرسل عن طريق

---

[٢٥] د. حامد شاكر الطائي، المفاوضات السابقة على التعاقد، دراسة قانونية مقارنة، المنشورات الحقوقية صادر، الطبعة الأولى، بيروت،٢٠١٥،ص٣٥ .

[٢٦] يطلق المشرع التونسي على التعاقد بالمراسلة،(القبول بالمراسلة)، فجاء في الفصل(٣٤) من مجلة الالتزامات والعقود التونسية:"من صدر منه إيجاب بمراسلة بلا تحديد أجل بقي ملزماً إلى الوقت المناسب لوصول الجواب إليه في مثل ذلك عادة ما لم يصرح بخلافه في الكتاب .فإن صدر الجواب بالقبول في وقته ولم يبلغه إلا بعد انقضاء الأجل الكافي لإمكان وصول الجواب إليه بالوجه القياسي فالصادر منه الإيجاب لا يلزمه شيء ويبقى الحق لمن لحقه الضرر في طلب تعويض الخسارة ممن تسبب فيها".

[٢٧] د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، ج١، منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت،١٩٩٨،ص٢٨٨-٢٨٩؛ د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج١، مصادر الالتزام، ط٣، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٩، ص٩١.

[٢٨] وقد أشار قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونيةUNICTRAL الصادر عام ١٩٩٦ في المادة (١/٢) إلى الفاكس، بوصفه من الوسائل التي يمكن استخدامها في إبرام العقود عن بعد. المادة ٢ - تعريف المصطلحات لأغراض هذا القانون :(أ) يراد بمصطلح " رسالة بيانات " المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل الكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة ، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الالكترونية، أو البريد الالكتروني ، أو البرق ، أو التلكس، أو النسخ البرقي

Art.2."(a)"**Data message**" means information generated، sent، received or stored by electronic، optical or similar means including، but not limited to، electronic data interchange (EDI)، electronic mail، telegram، telex or telecopy".

هذه الوسائل يرسل في صورة مكتوبة وواضحة، حتى ولو لم تكن بخط المتعاقد، وإنما هي نقل لصورة منها عبر آلة ميكانيكية أو الكترونية، ويتمثل الفارق بين التعاقد بالمراسلة، والتعاقد بهذه الوسائل، في أن الأول يتم بكتاب محمول، في حين أن الثاني يتم عبر آلة الكترونية[٢٩].

ب-المراسلات التجارية مستندات سابقة على التعاقد: أضفى الفقه القانوني الحديث وصف المستندات السابقة على التعاقد Les documents précontractuels على جميع الوثائق والمستندات في الفترة الزمنية التي تسبق إنعقاد العقد النهائي، سواء أكانت هذه المحررات صادرة من احد الأطراف إلى الآخر تحمل في ثناياها النية التعاقدية لذلك الطرف، في صورة المراسلات المتضمنة تعبيراً عن إرادة التعاقد أو التفاوض[٣٠]، أم تطمئن الطرف الآخر وتسوقه إلى العملية التفاوضية بعد وصول هذه التعهدات والضمانات التعاقدية إليه موقعة بتوقيع مصدّرها[٣١]، أو كانت تلك المحررات وليدة اتفاق ثنائي أو متعدد الأطراف يتم تنظيمه فيما بينهم أثناء التفاوض أو بعده حول العقد المزمع إبرامه، والتي اصطلح الفقه القانوني الحديث على تسميتها عقود التمهيدية ما قبل العقد L'avant-contrat [٣٢]، فقد جاء في حيثيات قرار محكمة إستئناف Douai في ١٩ نوفمبر ٢٠٠٧،"إن المستند المؤرخ في ٢٩ تموز ٢٠٠٤ هو جزء من المباحثات التمهيدية لإبرام عقد البيع، ولا يشكل إيجاباً أحادياً بالشراء...ومن خلال ذلك، فإن على المحكمة التجارية، تفسير كون ذلك المستند هو بمثابة اتفاق سابق على التعاقد، حيث يلتزم فيه المشتري أمام البائع بالشراء بثمن معين، والذي كان من جانبه، مجرد الموافقة على الدخول في محادثات على أسس محددة دون اعتبار الموضوع كونه التزام بالبيع، فالذي يؤخذ بنظر الاعتبار هو التنازلات التي يجب أن تصاغ في وقت لاحق، والتي يمكن أن تتضمن التزام متبادل ببيع وشراء..."[٣٣]،

---

[٢٩] د. جابر عبد الهادي الشافعي، مجلس العقد،دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية،٢٠٠١،ص٢٩٣-٢٩٤؛ د. سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة،دراسة مقارنة، ط٢،دار النهضة العربية، ٢٠٠٧،ص١٣٦.

[٣٠] ينظر: د. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، ٢٠٠٢، ص٢٣٣؛ د. محمد محمد أبو زيد، المفاوضات في الإطار التعاقدي، (صورها وأحكامها)، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ١٩٩٥، ص٣؛ د. مصطفى العوجي،القانون المدني، الجزء الأول، العقد، مصدر سابق، ص١٦٢.

[٣١] ينظر: د. مصطفى أحمد عبد الجواد، خطابات النوايا الصادرة عن الغير في مجال الائتمان، ط١، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية - مصر، ٢٠٠٠، ص٧.

[٣٢] ينظر: د. احمد السعيد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، دراسة مقارنة في مدى القوة الملزمة لمستندات التعاقد، مجلة الحقوق، العدد الثالث، السنة الخامسة والعشرون، سبتمبر، ٢٠٠١.، ص٢٧٩؛ د.أحمد شرف الدين، أصول الصياغة القانونية للعقود، (تصميم العقد). ط٢، مطبعة أولاد وهبه حسان، الناشر. دار النهضة العربية، القاهرة – مصر، ١٩٩٣، ص٦٥؛ د. محمد إبراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود، ط١، معهد الإدارة العامة، الرياض - السعودية، ص١١٦.

[33] "..le document du 29 juin 2004 s'inscrit dans le cadre des pourparlers préalables à la vente et ne constitue qu'une offre unilatérale d'achat،…Dans ces conditions ainsi que l'a fait le tribunal، **ce document doit s'interpréter comme un accord précontractuel**، par lequel l'acquéreur s'est engagé à acheter pour un prix déterminé envers le vendeur qui، de son côté، a seulement accepté d'entrer en pourparlers sur les base définies à l'acte sans prendre l'engagement de vendre، seul le compromis qui devait être rédigé

وقد ترسل تلك المستندات عن طريق إحدى وسائل المراسلات، مثل(الفاكس)، جاء في قرار محكمة استئناف Versailles الصادر في٢٥سبتمبر٢٠٠٣، أن البرقية المرسلة(الفاكس)télécopies والمرسلة من قبل شركةSERVIER ، قد تضمنت مشروع العقد، من أجل ملاحظته من قبل الطرف المتفاوض الآخر شركةPHARMA ، لغرض طبعه بعد ذلك في نسخ أصلية، وقد أشار في الفاكس بعدم نفاذ هذا العقد إلا بعد توقيعه، فهي لا تتضمن عرضاً جازماً للتعاقد، وهو ما يدلل على أن الأطراف لا زالوا في مرحلة المفاوضات[٣٤].

ثانياً: دور المراسلات الالكترونية في تكوين العقد: للمراسلات الالكترونية دور مهم في تكوين العقد الالكتروني، يختلف تمام الاختلاف عن المراسلات العادية، فقد عالجت بعض التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية، التعاقد الالكتروني من خلال المراسلات الالكترونية، وسنبحث ذلك في الفقرتين الآتيتين، وكما يأتي:

أ–دور المراسلات الالكترونية في تكوين العقد في التشريعات الوطنية: إن أهم وسائل التعبير الإلكتروني عن التعاقد تتمثل في: "رسائل بيانات التبادل الإلكتروني للبيانات" ويتم تبادل رسائل البيانات عبر عدة طرق منها: البريد الإلكتروني، وإرسال الرسائل عبر الموقع، وغيرها، ولا يعدو أن يكون الإيجاب عبر الإنترنت هو نفس الإيجاب التقليدي ولكن تختلف الأدوات ويبقى الجوهر والمضمون نفسه، لذا نجد أن الإيجاب في العقد الإلكتروني يتم بوسيلة فورية من خلال شبكة عالمية تنقل الصوت والصورة في الحال والساعة، ناهيك أنها تعتبر أكثر ملائمة وسرعة في نقل البيانات والكتابة الإلكترونية وهذا ما يتفق وشروط الإيجاب التقليدية التي تقتضيها أغلبية التشريعات الوطنية خصوصاً ما تعلق بالتعاقد عن بعد، لكي لا يعد إيجاباً مضللاً أو مبالغاً فيه، وبالتالي يلتزم كل بائع بتزويد المستهلك أو الشخص القابل بالمعلومات اللازمة قبل إبرام العقد وإحاطته بمقدار الشيء ونوعه والثمن إذا أمكن ذلك، ولنا مثال إذا عرضت صورة للشيء المبيع في شكله العادي ولنفس الشيء المعروض للبيع إذا أخذت له صورة معالجة بالتقنية ثلاثية الأبعاد(3D) [٣٥].

ويشبه البريد الإلكتروني إلى حد كبير التعاقد عن طريق البريد العادي، فإذا حررت الرسالة(الإيجاب) بما تتضمنه من شروط تستوجب توفرها لانعقاده، وتأتي مرحلة أخرى بإرسالها واستهداف الشخص المطلوب أو الفئة المحددة دون القول بالجمهور العريض وبمفهومه الواسع(الإعلان)،

---

ultérieurement aurait pu contenir un engagement réciproque de vendre et d'acheter..". Cour d'appel de Douai du 19 nov. 2007.N° de RG: 06/2100. legifrance.gouv.fr.Le : 18/02/2015.

(34) "Considérant que ، contrairement à ce qu'ont retenu les premiers juges ، cet envoi par une télécopie dont il n'est ni allégué ni démontré qu'elle ait été signée par un dirigeant de la société SERVIER ne constituait pas une offre ferme mais était une étape dans la négociation visant à la conclusion des contrats". Cour d'appel de Versailles. 12ème Ch. Sec. 2. du 25 sept. 2003.R.G. N°: 01/04672 .legifrance.gouv.fr .Le: 16/12/2014.

[٣٥] د. أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣، ص٧١.

مؤدى هذا أن الشخص الموجب يخص أشخاص معينة للتعاقد معها على ألا تتسع هذه الدائرة لعدة أشخاص في آن واحد، كما لو تحصل على عناوينهم الإلكترونية من دليل إلكتروني على الإنترنت إذ يختلف ويصبح الإيجاب عبارة عن دعوة إلى التفاوض، وهكذا تسمح هذه التقنية بإرسال الإيجاب إلى المرسل إليه والذي يستلمها بفتح الصندوق [٣٦]، والبريد الإلكتروني بهذا الشكل والمرفق بتوقيع إلكتروني في حال الاتصال المباشر يقترب لأن يكون مجلساً للتعاقد[٣٧]، ومن ثم نحكم القواعد العامة التي تتيح للمتعاقدين العدول في الفترة ما بين الإيجاب والقبول أو الإعراض عنه سواء صراحة بالرد الإلكتروني أو ضمنياً بحذف الرسالة أو إغلاق جهاز الكمبيوتر أو قطع الإتصال، وقد تأخذ الدعوة إلى التفاوض عبر الإنترنت العديد من الأشكال ولعل أهمها هو طرح الخدمة الوسيطة على الموقع الإلكتروني، كما قد يلجأ إلى سجلات البريد الإلكترونية الموجودة على الإنترنت ويقوم ببعث الرسائل الإلكترونية ويبدي من خلالها أسعار تنافسية وخصومات قد تغري وتجلب العميل للمنتوج، وهذا ما نصت عليه المادة (٦) من قانون إمارة دبي الخاص بالمعاملات والتجارة الالكترونية قانون رقم (٢) لسنة ٢٠٠٢ ،"١-ليس في هذا القانون ما يتطلب من شخص أن يستخدم أو يقبل معلومات بشكل إلكتروني إلا أنه يجوز استنتاج موافقة الشخص من سلوكه الإيجابي. ٢- يجوز أن يتفق الأطراف- الذين لهم علاقة بإنشاء أو إرسال أو استلام أو تخزين أو معالجة أي سجلات إلكترونية -على التعاقد بصورة مغايرة بأي من الأحكام الواردة في الفصل الثاني حتى الفصل الرابع من هذا القانون"، ونصت المادة ١٣ من نفس القانون على أن" ١- لأغراض التعاقد يجوز التعبير عن الإيجاب والقبول جزئيا أو كليا بواسطة المراسلة الإلكترونية "٢-لا يفقد العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد أنه تم بواسطة إلكترونية واحدة أو أكثر"[٣٨]، وقد فرق قانون إمارة دبي الخاص بالمعاملات والتجارة الالكترونية، بين الرسالة الالكترونية والمراسلة الالكترونية، فعرف الرسالة الالكترونية، بأنها "معلومات الكترونية ترسل أو تستلم بوسائل الكترونية أيا كانت وسيلة استخراجها في المكان المستلمة فيه"، أما المراسلة الالكترونية، فيعرفها "إرسال واستلام الرسائل الالكترونية"، وإذا كان مفهوم هذا القانون للرسالة الإلكترونية، بأنها "معلومات إلكترونية ترسل أو تستلم

---

[٣٦] لتفصيل أكثر، ينظر:

Marie-Pierre FENOLL TROUSSEAU et Gérard HAAS، Internet et la protection des données personnelles، Paris، Litec، 2000، p.76.

[٣٧] د. أحمد خالد العجلوني، التعاقد عن طريق الإنترنيت، دراسة مقارنة ، المكتبة القانونية، عمان ، الأردن، طبعة ٢٠٠٢، ص ٧٢.

[٣٨] تقابلها المادة ٠٦ فقرة ج(Art.6 § P.C) من التوجيه الأوربي رقم: (2000/31/EC)المؤرخ في ٠٨ يونيو ٢٠٠٠ والخاص بالتجارة الإلكترونية: Electronic Commerce Directive (2000/31/EC)

Art. 6 § .C : "Lorsqu'elles sont autorisées dans l'état membre ou le prestataire et établi، les offres promotionnelles telles que les rabais، les primes et les cadeaux doivent être identifiables comme telles et les condition pour en bénéficier doivent être aisément accessible et présentées de manière précise et équivoque". V.: Directive Européenne 2000/31/CE du Parlement européen et du conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information، et notamment du commerce électronique، dans le marché intérieur".

بوسائل إلكترونية، أيا كانت وسيلة استخراجها في المكان المستلمة فيه"[٣٩]، إلا أنه يأتي بتعريف آخر ويعتبر المنشئ هو" الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يقوم أويتم بالنيابة عنه إرسال الرسالة الإلكترونية أيا كانت الحالة"، ويفهم من التعريفين السابقين أن الشخص الموجب قد يتخذ إحدى الصفتين، ففي التعريف الأول الذي جاء عاماً وشاملاً قد يكون الموجب أو القابل مرسلاً إلكترونياً، بكلمة أخرى، أن الرسالة الإلكترونية قد تصدر من الموجب كما قد تصدر عن القابل، أما إذا تعلق الأمر بالإيجاب محل الدراسة فإن الوضع مختلف ويعتبر الموجب منشئاً على ضوء أحكام المادة(٢) فق(٧).

وقد أوضح المشرع العراقي قاعدة عامة في القانون المدني في المادة (٨٨) عندما نصت على التعاقد بالتلفون أو أي وسيلة اتصال آخر يعد تعاقد بين غائبين في المكان وحاضرين في الزمان[٤٠]، وهذا يعني أنها إشارة ضمنية إلى العقود الالكترونية وآليات إنعقادها بينما أشار في المادة(١١/١) من قانون المعاملات الكترونية والتوقيع الالكتروني، إلى تعريف العقد الالكتروني، بأنه "إرتباط الإيجاب الصادر من احد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه والذي يتم بوسيلة الكترونية"، كما تضمنت صيغ التعبير عن الإرادة لتأخذ شكل العقد الالكتروني المادة (٢) من قانون المعاملات الالكترونية الأردني المؤقت رقم(٨٥) لسنة٢٠٠١، إذ وصفت رسالة المعلومات أو رسالة البيانات الالكترونية بأنهما "المعلومات التي يتم إنشاءها أو إرسالها أو تسلمها أو تخزينها بوسائل الكترونية أو بوسائل مشابهة بما في ذلك تبادل البيانات الالكترونية أو البريد الالكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي".

ب–دور المراسلات الالكترونية في تكوين العقد في الاتفاقيات الدولية:

١–مرحلة المفاوضات السابقة على التعاقد: لم تشر إتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بإستخدام المراسلات الالكترونية في العقود الدولية، نيويورك٢٠٠٥ United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts إلى الإيجاب، كما هو الحال في المادة(١٤) من إتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، فيينا١٩٨٠، ولكنها جاءت بنص عكسي، مغاير لنص المادة(١٤) [٤١]، وهو ما جاء في المادة(١١) من إتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بإستخدام المراسلات الالكترونية في العقود الدولية، والتي تضمنت أحكاماً تتعلق بالدعوة إلى تقديم عروض، وهي بذلك تكون قد ميزت بين الدعوة الى تقديم عروض، وهي مرحلة سابقة على الإيجاب الذي تضمنته المادة(١١) بمفهوم المخالفة[٤٢]، والتي تنص على" أي اقتراح يقدم لإبرام عقد بواسطة خطاب

---

[٣٩] المادة (٢) فقرة (١٠) من قانون إمارة دبي رقم (٢) لسنة ٢٠٠٢ بشأن المعاملات و التجارة الإلكترونية.

[٤٠] تنص المادة (٨٨) من القانون المدني العراقي "يعتبر التعاقد (بالتليفون) أو بأية طريقة مماثلة كأنه تم بين حاضرين فيما يتعلق بالزمان وبين غائبين فيما يتعلق بالمكان".

[٤١] تنص المادة (١/١٤) من اتفاقية فيينا للبيع الدولي البضائع، الصادرة في١٩٨٠ ، على "أن العرض الموجه إلى شخص أو عدة أشخاص محددين يشكل إيجاباً واضحاً بشكل كاف ويدل على ان ارادة من صدر عنه جاهزة لارتباط القبول بها، أي تكون باتة".

[٤٢] د. ليندا فهمي قاسم، القيمة القانونية للمراسلات الالكترونية في العقود الدولية، مصدر سابق، ص١٥٩.

إلكتروني واحد أو أكثر ولا يكون موجها إلى طرف معين واحد أو أكثر، بل يتيسر الإطلاع عليه للأطراف التي تستخدم نظم المعلومات، بما في ذلك الاقتراحات التي تستخدم تطبيقات تفاعلية لتقديم طلبات من خلال نظم معلومات من ذلك القبيل، يعتبر مجرد دعوة إلى تقديم عروض، ما لم يدل بوضوح على أن مقدم الاقتراح ينوي الالتزام به في حال قبوله"[٤٣].

٢- مرحلة مجلس العقد: لم تنص إتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بإستخدام المراسلات الإلكترونية في العقود الدولية، على نص صريح يحدد ماهية مجلس العقد، إنما تناولت في المادة(١٠)، وقت ومكان إرسال وتلقي المراسلات الالكترونية، إشارة منها الى وقت تمام إرسال الرسالة الالكترونية، وذلك دون أن تتعدى الأمر الى الأثر القانوني للإرسال أو التلقي، وما إذا كان من شأن ذلك أن يشكل مظهراً من مظاهر الموافقة على مضمون العرض، فضلاً عن أنها لم تتطرق الى مضمون المراسلة الالكترونية[٤٤]، وتنص المادة (١٠) من هذه الاتفاقية، بأنه" ١-وقت إرسال الخطاب الإلكتروني هو الوقت الذي يغادر فيه ذلك الخطاب نظام معلومات يقع تحت سيطرة المنشئ أو الطرف الذي أرسل الخطاب نيابة عن المنشئ، أو وقت تلقي الخطاب الإلكتروني إذا لم يكن قد غادر نظام معلومات يقع تحت سيطرة المنشئ أو الطرف الذي أرسل الخطاب نيابة عن المنشئ.٢- وقت تلقي الخطاب الإلكتروني هو الوقت الذي يصبح فيه ذلك الخطاب قابلا للاستخراج من جانب المرسل إليه على عنوان إلكتروني يعينه المرسل إليه. ووقت تلقي الخطاب الإلكتروني على عنوان إلكتروني آخر للمرسل إليه هو الوقت الذي يصبح فيه الخطاب الإلكتروني قابلا للاستخراج من جانب المرسل إليه على ذلك العنوان ويصبح المرسل إليه على علم بأن الخطاب الإلكتروني قد أرسل إلى ذلك العنوان . ويفترض أن يكون الخطاب الإلكتروني قابلا للاستخراج من جانب المرسل إليه عندما يصل ذلك الخطاب إلى العنوان الإلكتروني للمرسل إليه.٣- يعتبر الخطاب الإلكتروني قد أرسل من المكان الذي يوجد فيه مقر عمل المنشئ، ويعتبر قد تلقي في العنوان الذي يوجد فيه مقر عمل المرسل إليه، حسبما تقررهما المادة٦. ٤- تنطبق الفقرة ٢ من هذه المادة بصرف النظر عن احتمال أن يكون المكان الذي يوجد فيه نظام المعلومات الداعم لعنوان إلكتروني مغايرا للمكان الذي يعتبر الخطاب الإلكتروني قد تلقي فيه بمقتضى الفقرة ٣ من هذه المادة "[٤٥].

---

(43) Art.11:"A proposal to conclude a contract made through one or more electronic communications which is not addressed to one or more specific parties، but is generally accessible to parties making use of information systems، including proposals that make use of interactive applications for the placement of orders through such information systems، is to be considered as an invitation to make offers، unless it clearly indicates the intention of the party making the proposal to be bound in case of acceptance".

(٤٤) د. ليندا فهمي قاسم، القيمة القانونية للمراسلات الالكترونية في العقود الدولية، مصدر سابق، ص١٦٩.

(45) Art.10:" **(1)**-The time of dispatch of an electronic communication is the time when it leaves an information system under the control of the originator or of the party who sent it on behalf of the originator or، if the electronic communication has not left an information

الفرع الثاني: الوظيفة التفسيرية للمراسلات

إلى جانب الوظيفة التمهيدية للمراسلات التجارية، هناك وظيفة أخرى تفسيرية، لا تقل أهمية عن الوظيفة الأولى، فتعد المراسلات من الأمور التي تقود إلى الوصول إلى حقيقة النية المشتركة للطرفين المتعاقدين عند عرض النزاع أمام القضاء، ونظراً للصفة التبادلية للمفاوضات، من خلال تبادل المراسلات بين الأطراف المتفاوضة، تظهر لنا أهمية تلك المراسلات في تفسير العقد، وهذا ما سنبحثه فيما يأتي:

أولاً: الصفة التبادلية للمفاوضات:لا تخضع المفاوضات كقاعدة عامة لشكل معين أو قالب قانوني محدد، فقد تتم شفاهة أو بطريق المراسلات أو تبادل الرسومات التوضيحية المؤيدة بلقاءات واجتماعات مستمرة بين الطرفين ومتابعة نتائج مراحل المفاوضات وتحديد المرفوض والمقبول منها تباعاً[٤٦]، ولأن المفاوضات تقوم على التبادل والأخذ والعطاء، ففيها يتعاون للتقريب بين وجهات النظر المختلفة، وذلك عن طريق تبادل العروض والمقترحات، بشأن وضع شروط العقد، أو تعديلها، الأمر الذي يقتضي بعض الأحيان تقديم تنازلات من قبل أحد الطرفين، حتى يتحقق نوع من التوازن بين مصالح الطرفين المتعارضة[٤٧]، ويؤكد الاجتهاد الفرنسي، على الصفة التبادلية في المفاوضات السابقة على التعاقد، ويقرر بأن المفاوضات باقية، طالما كان الطرفين المتفاوضين منشغلين بعروضهم المتبادلة

---

system under the control of the originator or of the party who sent it on behalf of the originator، the time when the electronic communication is received. (**2).**The time of receipt of an electronic communication is the time when it becomes capable of being retrieved by the addressee at an electronic address designated by the addressee. The time of receipt of an electronic communication at another electronic address of the addressee is the time when it becomes capable of being retrieved by the addressee at that address and the addressee becomes aware that the electronic communication has been sent to that address. An electronic communication is presumed to be capable of being retrieved by the addressee when it reaches the addressee's electronic address".(**3)**.An electronic communication is deemed to be dispatched at the place where the originator has its place of business and is deemed to be received at the place where the addressee has its place of business، as determined in accordance with article 6. (**4)**. Paragraph 2 of this article applies notwithstanding that the place where the information system supporting an electronic address is located may be different from the place where the electronic communication is deemed to be received under paragraph 3 of this article.

[٤٦] د. سميحة القليوبي، الوسيط في شرح قانون التجارة المصري، الجزء الثاني، الطبعة الخامسة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧، ص٦٩.

[٤٧] د.حسام الدين كامل الأهواني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، القاهرة، ١٩٥٢، ص٩٠؛ د. سميحة القليوبي، الوسيط في شرح قانون التجارة المصري، مصدر سابق، ص٦٩؛ د. محمد علي جواد،العقود الدولية مفاوضاتها- إبرامها- تنفيذها، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ١٩٩٧، ص١٤.

propositions réciproque [٤٨]، لا بل يقرر بأن الأطراف المتفاوضة هي باقية في إطار التفاوض ولو تم تبادل العروض من خلال الهاتف، طالما كانت الشروط العامة لعقد البيع غير محددة بعد[٤٩].

ثانياً: أهمية المفاوضات السابقة على التعاقد في تفسير العقد: يشير الأستاذ Ghestin، وهو في صدد بيان أهمية وتأثير الفترة السابقة على التعاقد على العقد، إلى القول: "أنه من غير الممكن أن تبقى هذه الفترة بدون تأثير في العقد، وأنه يمكن أن تصلح تلك المفاوضات في تفسير العقد"[٥٠]، لا بل أن للمستندات التمهيدية المتبادلة أثناء المفاوضات، دوراً في إيضاح إرادة الطرفين، عندما يكون لها دوراً في إنجاز العقد[٥١]، وتفسير العقد، هو "تلك العملية الذهنية التي يقوم بها المفسر، بسبب ما إعترى العقد من غموض، للوقوف على الإرادة الحقيقية المشتركة للطرفين المتعاقدين، مستنداً في ذلك إلى صلب العقد، والعناصر الخارجة عنه والمرتبطة به"[٥٢]، وهنا تقرر محكمة النقض المصرية" أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا بإتفاق الطرفين أو الأسباب التي يقررها القانون، وإذا كانت عبارته واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها، إذ يجب اعتبارها تعبيراً صادقاً عن إرادتهما وذلك رعاية لمبدأ سلطان الإرادة وتحقيقاً لإستقرار المعاملات"[٥٣].

ومما لاشك فيه أنه لا حاجة إلى اللجوء إلى تفسير العقد[٥٤]، إلا إذا كانت الألفاظ أو العبارات التي وردت في العقد تتسم بالغموض أو الإبهام فعلى القاضي أو المحكم تفسير ذلك وفق ما اتجهت إليهِ إرادة الطرفين[٥٥]، وهنا تقرر محكمة النقض المصرية "أن العبرة في تكييف العقود هي بحقيقة ما عناه

---

(48) Cass.civ.1.du 20 mars 2014.N°:12-28318. legifrance .gouv.fr. Le:15/05/2015.

(49) Cass.civ.3.18 octobre 2011.N°:10-22902.legifrance.gouv.fr.Le:15/05/2015.

[٥٠] جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ط٢، ترجمة:منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٨، ص ٣٣١. و ينظر أيضاً:

J.FERRARIS. Le Rôle Des documents précontractuels dans l'interprétation par le juge du contrat، Groupe De Book، Bruxelles، Belgique.2010،P:26،55،56.

(51) Ghestin(J)، Loiseau(G) et Serinet (Y-M)،Traité de Droit Civil، La formation du contrat، Tome1:Le contrat، Le consentement، 4 éme édition، L.G.D.J.Lextenso édition. 2013. n^0 786.P.511-512.

[٥٢] د.عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٢، ص١٧. ونشير: إلى أن المقصود بتفسير العقد هو التفسير الذي يتولاه القاضي، فالتفسير القضائي:هو ما يصدر عن قضاء الموضوع في مجلس القضاء حال طرح النزاع عليهم. ينظر:المصدر نفسه، ص٢٤.

[٥٣] نقض مدني مصري، الطعن رقم٤٣١٥لسنة٧٢ق، جلسة٢٠١٣/١/٢٢، أحكام محكمة النقض المصرية:
http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/Civil/Cassation_Court_Civil.aspx

[٥٤] قد تذهب بعض العقود-خلافا للقواعد العامة- إلى عدم جواز الاهتداء بالمفاوضات السابقة على التعاقد في تفسيره.ينظر: د. محسن شفيق، عقد تسليم مفتاح- نموذج من عقود التنمية، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة طبع، ص٣١.

[٥٥] تنص المادة(١٥٠) من القانون المدني العراقي على "١- يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية.٢- ولا يقتصر العقد على إبرام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام". وتنص المادة(١١٥٦) من القانون المدني الفرنسي، على" يجب البحث في الاتفاقيات عن النية المشتركة للأطراف المتعاقدة بدلاً من التوقف عند المعنى الحرفي للكلمات".
Art.1156." On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes، plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes".

العاقدون منها، وتعرف هذا القصد من سلطة محكمة الموضوع، ومتى تبينت تلك المحكمة إرادة العاقدين على حقيقتها، فإن عليها أن تكيفها بعد ذلك التكييف القانوني الصحيح غير مُتقيدة في ذلك بتكييف العاقدين"[٥٦]، وعلى القاضي في عملية التفسير، أن يعتد بالتعبير الخارجي عن الإرادة، وصولاً إلى الإرادة الحقيقية ما لم يثبت العكس، وفي حال لم يتمكن من إثبات العكس عليه أن يطبق بنود العقد، ولا يستطيع اللجوء إلى القوانين المكملة أو الأعراف والعدالة، ولكنه يستطيع اللجوء اليها اذا لم تسعفه العناصر الداخلية للعقد أو العناصر الخارجية كالمفاوضات للوصول الى إرادة الفرقاء[٥٧].

وتلعب المفاوضات التمهيدية دوراً تفسيرياً للعقد الدولي، أي أنها تعتبر دليلاً لتفسير إرادة المتعاقدين في حالة إختلاف وجهات النظر[٥٨]، وقد أشارت اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع إلى أهمية المفاوضات كوسيلة لتفسير العقد، وتحديد النية المشتركة بين الطرفين[٥٩]، وذلك في الفقرة(٣) من المادة (٨)[٦٠]والتي تنص على(عندما يتعلق الأمر بتعيين قصد أحد الطرفين أو ما يفهمه شخص سوي الإدراك يجب أن يؤخذ في الاعتبار جميع الظروف المتصلة بالحالة، لا سيما المفاوضات التي تكون قد تمت بين الطرفين والعادات التي استقر عليها التعامل بينهما والأعراف وأي تصرف لاحق صادر عنهما)، والمقابلة لنص المادة (4.3). الفقرة (أ) من مبادئ العقود التجارية الدولية "Unidroit " الصادر من معهد روما لتوحيد القانون التجاري١٩٩٦ والتي تنص على(عند تطبيق المادتين ٤-١، ٤-٢يجب أن تراعى جميع الظروف المحيطة بما في ذلك : أ- المفاوضات المبدئية بين الأطراف)[٦١].

ثالثاً: موقف الاجتهاد المقارن: ونستطيع تلمس هذا الموضوع من خلال موقف الاجتهاد الفرنسي في تعامله الموضوعي والجدي مع مجريات عملية المفاوضات، فهو يتعامل مع الرسائل المتبادلة فيما بين

.كما تنص المادة(١٥٧) من القانون المدني الألماني" ينبغي تفسير العقود طبقا لمتطلبات حسن النية، والعادات المتبعة".

Section.157.BGB: " Contracts are to be interpreted as required by good faith، taking customary practice into consideration".

[٥٦] نقض مدني مصري، الطعن رقم ٣٥١ لسنة ٣٣ قضائية، جلسة ١٩٦٧/١٢/٧، مجموعة المكتب الفني، السنة ١٨، ص ١٨٣٣، قضاء النقض في المواد المدنية، للمستشار:عبد المنعم دسوقي، الجزء الثاني، المجلد الأول، القاعدة رقم ٥٩٤، ص ١٩٢.

[٥٧] د.هدى عبد الله، سلطة القاضي في تعديل العقد، مجلة العدل، الدراسات، ٢٠١١، س٤٥، ع١، ص١٢١.

(58) Ghestin(J)،Loiseau(G) et Serinet (Y-M)، Traité de Droit Civil، La formation du contrat، op.cit. n^0 786.P.512.

وينظر: د. حمزة حداد ، قانون التجارة الدولية، الدار المتحدة للنشر، بيروت، ١٩٨٠، ص٩٨.

(59) Ghestin(J)،Loiseau(G) et Serinet (Y-M)، Traité de Droit Civil، La formation du contrat، op.cit. n^0 786.P.511-512;Terré(F)،Simler(ph) et Lequette (Y).Les Obligations ،op.cit.P.197.

(60) Art.(8):"3- In determining the intent of a party or the understanding a reasonable person would have had، due consideration is to be given to all relevant circumstances of the case including the negotiations، any practices which the parties have established between themselves، usages and any subsequent conduct of the parties".

(61) Art.(4.3):"In applying Article 4.1 and 4.2، regard shall be had to all the circumstances، including(a)preliminary negotiations between the parties".

أطراف التفاوض قبل التعاقد، والتي باتت تشكل إحدى الوسائل التي يستند إليها القاضي أثناء البحث عن النية المشتركة لأطراف العقد[٦٢]La commune intention des parties، وقد يستند القاضي إلى المفاوضات التي جرت بين الأطراف أو إلى بعض الاتفاقات التمهيدية أو المبدئية التي مهدت لإبرام العقد الأساسي[٦٣] في تفسير العقد، وقد يستفاد أيضا من المراسلات التي جرت في مرحلة المفاوضات، للوقوف على النية المشتركة لكلا الفريقين[٦٤]، فقد إستنتجت الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ١١يونيو٢٠١٤، "حيث ثبت من خلال التفاوض على شروط العقد والرسائل المتبادلة والرسائل الالكترونية المرسلة، الاختلاف الواضح في مواقف البائعين والمشترين وعدم ثبوت ما يشير الى وجود إخلال بالتزامات عقدية ناشئة عن عقد مبرم بين الطرفين، فالأمر لا يعدو أن يكون سوى مفاوضات عقدية بين طرفين متفاوضين"[٦٥]. أما في القضاء العراقي، فقد إتجهت محكمة التمييز العراقية، بشأن الخلاف حول وجود شرط التحكيم لتسوية النزاع حيث تبين لها من المفاوضات التي جرت بين الطرفين كجواب الممثلين التجارية وكتاب الممثلية السوفياتية اتجاه نية الطرفين إجراء تسوية نهائية دون إشارة إلى عرض الموضوع على لجنة تحكيم خارجية في غرفة تجارة موسكو وقواعد التفسير تشير إلى أنّ إرادة الطرفين انصرفت إلى عدم إعمال هذا الشرط[٦٦]، وجاء أيضاً في القضاء المصري أنه"متى أقام الحكم المطعون فيه قضاءه بالتعويض علي أن ما تبودل من مكاتبات بين الهيئة العامة للبترول وشركة الملاحة لا يعدو مرحلة التمهيد لإبرام عقد نقل بحري ولا يؤدي الى انعقاده.."[٦٧].

وكان لإجتهاد محكمة النقض الفرنسية صدى لدى مثيلتها اللبنانية، فباتت هذه الأخيرة تعلن:"أن تفسير العقود لا يدخل في نطاق الرقابة التي تمارسها على قضاة الموضوع الذين يستقلون بهذا التفسير

---

(62) Cass. civ.1re ،20 mars 1963 ،Bull.civ.I ،n ، 174.

(٦٣) د.محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، الدار الجامعية، بيروت، ٢٠٠٠، ص٣٣٢

(64) F. Labarthe، La notion de document contractuel، thèse، Préface de J.Ghestin، L.G.D.J.Paris.1994،P.187 et ss.

(65) "Et aux motifs adoptés que s'il ressort des pièces produites que des négociations étaient intervenues entre les parties sur les modalités de la vente، les échanges de courriers électroniques des 28 et 29 avril 2008 faisaient apparaître des divergences entre les positions respectives de l'acquéreur et du vendeur،…qu'ils n'avaient pas rapporté la preuve d'un quelconque manquement des consorts Y..à des engagements contractuels par essence inexistants، seuls des pourparlers pré-contractuels étant intervenus entre les parties". Cass.civ.3.du 11 juin 2014.N°: 13-18869. legifrance. gouv.fr. Le:15/05/2015.

(٦٦) قرار محكمة التمييز العراقية، رقم الاضبارة ١٨٩٩و ١٩٠٨/حقوقية /١٩٦٧، بتاريخ ١٦ /١٩٦٨/٧ سجل القرار/ الحقوقية ١٩٦٨/ رقم السجل ١٠٧/١١، تسلسل ٤٠١- ٥٠٠، ص ٥، (قرار غير منشور) نص القرار(بعد التدقيق والمداولة تبين أن تمسك المدعى عليها المميزة بشرط التحكيم لدى هيئة التحكيم التجارية الخارجية في غرفة تجارة موسكو ودفعها بمرور الزمان مردودان لأن اتفاقها مع المدعية بمقتضى المراسلات الجارية بعد وصول المبيع لتعيين مقدار الضرر وتسوية النزاع بطريقة ودية إسقاط لحقها في التحكيم وإسقاط لدفعها بمرور الزمان).

(٦٧) نقض مدني مصري، الطعنان رقما ٢٩٩ و ٣٠٩ لسنة ٣٣ ق جلسة٣/٢٨/ ١٩٦٨، ص ٦٤٢

أي بتجديد وجود ومضمون الموجبات المتبادلة التي التزم بها المتعاقدون"[٦٨]، وإذا كان الاجتهاد اللبناني يقرر "بأن الاتصالات التمهيدية ووثائقها وكتبها المتبادلة، بشأن بيع شقة للسكن، غير ملزمة للطرفين"[٦٩]، إلا أن هذا لم يمنعه من الاستناد إليها في تحري النية المشتركة للطرفين، فقد إستندت محكمة الاستئناف المدنية في بيروت، الى المراسلات في مرحلة المفاوضات، في تقرير مسؤولية المستأنف عليه (الموكل) والمستأنف(الوكيل) المشتركة، عن فسخ عقد الوكالة– نتيجة للإخلال في الالتزامات العقدية الناشئة عنه– والذي خول بموجبه الموكل وكيله بإجراء التفاوض ومن ثم إبرام العقد، فقد سبب هذا الفسخ المفاجئ للوكالة، قطعاً للمفاوضات وأضراراً للوكيل تمثلت بحرمانه من فرصة متابعة المفاوضات في الصفقات موضوع الدعوى ومحاولة إنجاحها لِجني الربح الموعود منها[٧٠].

وهكذا نرى تأكيد الاجتهاد اللبناني على الاستناد إلى تلك المراسلات،لإثبات وجود العلاقة العقدية بين الطرفين، إذ جاء في حيثيات قرار محكمة الإستئناف المدنية في بيروت، لإثبات وجود عقد التمثيل التجاري"أن المراسلات المبرزة تشكل دليلاً كافياً لإثبات وجود عقد التمثيل التجاري، بدليل أن المستأنفة لم تكن تتعامل مع المستأنف عليها على أساس أنها أحد موزعيها في لبنان، وإنما الموزع الرسمي الوحيد، ذلك أن عبارة(محلات سامي غريب–هي موزعتنا المعتمدة في لبنان)، تفيد أن المستأنف عليها، هي موزعة الشركة المستأنفة الوحيدة في لبنان،فلو كان هناك موزع آخر، لأتت الشركة على ذكره أو طلبت منه على الأقل مؤازرتها والمستأنف عليها في إنجاح هذا المعرض. وأضافت المحكمة أن الحصرية تستدل من نية المتعاقدين وطبيعة علاقتهما.." [٧١]. وفي أحدث قراراته، يستنتج الاجتهاد اللبناني، قيام عقد التمثيل التجاري وثبوته، والذي أنكرت(الجهة المستأنفة أصلياً) وجوده، حيث وجدت المحكمة أن هذه الجهة قد استمرت في تعاقدها –الذي أنكرت وجوده–لتطوير علاقاتها التعاقدية معه لتحقيق المزيد من الربح، من خلال الدخول في مفاوضات معه لإقامة شراكة تحقق هذا الغرض، وقد كلفته بإجراء الدراسات اللازمة لإتمام تلك الشراكة [٧٢].

المبحث الثاني

---

[٦٨] قرارات محكمة التمييز اللبنانية رقم٩٩/٩ بتاريخ ١٩٩٩/١/٢٦، وتمييز مدني ٤٠ ا المرجع كساندرا، الجزء الأول، ١٩٩٩ .ص١٦، وتمييز مدني٤٤ بتاريخ ١٩٩٤/٦/١٤، النشرة القضائية، العدد الثامن، ١٩٩٤ ص٨٥٧. وتمييز مدني بتاريخ ١٩٧٤/٦/١٣، مجلة العدل، ١٩٧٥، ص٢١٥.

[٦٩] قرار محكمة جبل لبنان، رقم٧، في٤/٢٣/ ١٩٩٢، مجلة العدل،ع٢،س١٩٩٢،٦، ص٢٤٩.

[٧٠] حيث جاء في حيثيات القرار"...وحيث انه من الثابت أيضا من المستندات المبرزة أن المفاوضات كانت جارية بجدية بين الأطراف بخصوص محطة الكهرباء والمتمثلة بالفاكسات... وحيث أن المستأنف عليه لم يلب هذه الطلبات ولم يرسل أي جواب للعراقيين الجاري التفاوض معهم... وحيث أن تصرف المستأنف عليه على هذا النحو يفيد عن إرادة من قبله تجاه وكيله المستأنف بعرقلة تنفيذ الوكالة المؤرخة في ١٩٩٨/٨/١٣..."ينظر: قرار محكمة الاستئناف المدنية في بيروت، رقم١٢٥١، بتاريخ ٢٠٠٦/٦/٨، مجلة العدل، العدد الرابع، السنة الأربعون، ٢٠٠٦، ص١٥٦٦.

[٧١] قرار محكمة الاستئناف المدنية في بيروت، الغرفة٩، رقم٢٠٠٥/٦٩٣،في٢٠٠٥/٤/١٤، (غير منشور).

[٧٢] قرار محكمة الاستئناف المدنية في بيروت، الغرفة٩، رقم١٥٣٦بتاريخ٢٠١٢/١١/٣، مجلة العدل، العدد الأول، السنة الثامنة والأربعون، ٢٠١٤، ص٢٥٣ومابعدها.

حجية المراسلات التجارية

إذا كانت المشكلات المتعلقة بإبرام العقد وإثباته، تطرح نفسها في المنازعات المتداولة أمام القضاء وبشكل يومي، فإن هذه المشكلات تأخذ بعداً خاصاً وغير مألوف من ذي قبل في ظل استخدام التقنيات الحديثة في إبرام العقود، ومنذ بداية ظهور هذه التقنيات في شكل التلغراف والفاكس والتلكس، فقد اجتهد الفقه والقضاء لتحديد عناصر التعاقد، كما تعرض هذا الاجتهاد أيضاً لتحديد أثر هذه الوسائل في إثبات العقد، وعلى وجه الخصوص، عند ظهور شبكة الانترنت، وما أتاحت له تلك الشبكة من سرعة في الاتصال جمعت في ذات الوقت بين إمكانية كتابة وقراءة الوثائق محل التعاقد وبين إمكانية إتخاذ القرار بشأنها في ذات لحظة الاطلاع[٧٣]، ولأن المراسلات التجارية، وكما علمنا، هي بمثابة تبادل للمحررات بين طرفين، قد يرومان التعاقد من خلالها، فما هي الحجية القانونية لهذه المراسلات، بوصفها دليل كتابي، ومن هنا يستوجب الأمر تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، نبحث في المطلب الأول، حجية المراسلات التجارية ومدى سريتها، وفي المطلب الثاني، المراسلات التجارية ومبدأ التعادل الوظيفي، وكما يأتي:

المطلب الأول: حجية المراسلات التجارية ومدى سريتها

تنقسم المحررات من حيث الإثبات إلى نوعين: محررات معدة للإثبات، ومحررات غير معدة للإثبات، وتتدرج المراسلات التجارية تحت النوع الأخير، ولغرض بيان مدى حجية المراسلات التجارية في الإثبات، وبيان مدى سريتها، فإن الأمر يستلزم، تقسيم هذا المطلب على فرعين، نناقش في الفرع الأول، المراسلات التجارية من المحررات العرفية غير المعدة للإثبات، وفي الفرع الثاني، المراسلات التجارية ومبدأ السرية، وكما يأتي:

الفرع الأول: المراسلات التجارية من المحررات العرفية غير المعدة للإثبات

تعد المراسلات التجارية من أدلة الإثبات الكتابية، ويختلف الموقف بصدد الدليل الكتابي في كل من الفقهين الإسلامي والقانوني، ولبيان ذلك، يستلزم البحث في موقف الفقه الإسلامي في(أولاً)، والموقف في الفقه والتشريع والقضاء في(ثانياً)، وكما يأتي:

أولا: الموقف في الفقه الإسلامي: تحتل الكتابة المرتبة الأولى بين أدلة الإثبات، وجاء القرآن الكريم متوجاً الدليل الكتابي على باقي الأدلة، وموضحاً لأهمية الكتابة في الإثبات، بقوله تعالى:﴿ يا أيّها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمّىً فاكتبوه، وليكتب بينكم كاتب بالعدل، ولا يأب كاتب أن يكتب كما علّمه اللّه، فلْيكتب، ولْيملِلِ الذي عليه الحقّ، ولْيتّقِ اللّه ربّه، ولا يبخسْ منه شيئاً. فإن كان الذي عليه الحقّ سفيهاً. أو ضعيفاً، أولا يستطيع أن يملّ هو فليملل وليّه بالعدل، واستشهدوا شهيدين من رجالكم، فإن لم

---

[٧٣] د. حسن عبد الباسط جميعي، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص٣.

يكونا رجلين فرجلٌ وامرأَتان ممّن ترضَوْن من الشهداء أن تضلّ إحداهما، فتذكّر إحداهما الأُخرى، ولا يأْبَ الشهداءُ إذا ما دُعُوا، ولا تسأموا أن تكتبوه صغيراً أو كبيراً إلى أجله، ذلكم أقسط عند اللّه، وأقوم للشهادة، وأدنى ألاّ ترتابوا، إلاّ أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم فليس عليكم جناح ألاّ تكتبوها... ﴾ [٧٤] ، وإن القائلين بجواز الكتابة مطلقاً والمانعين لها اتفقوا على حجية الرسائل في الإثبات بين الغائبين سواءً أشهد عليه أم لم يشهد، وقد بحث الفقهاء في صحة التصرف في الكتابة وأفاضوا في جوازها بين الغائبين وصرحوا بالقاعدة المشهورة : ((الكتاب بين الغائبين كالخطاب بين الحاضرين))، وأن الكتاب كالخطاب في التعاقد[٧٥] . فإذا أرسل شخص إلى آخر رسالة وكتب له فيها بطريقة مستبينة مألوفة أن لك في ذمتي كذا أو ضمنت لك كذا أو أرسل إلى زوجته بالطلاق أو طلب الزواج أو لعقد من امرأة كتابة أو كتب وكالة لآخر أو هبة في جميع هذه الصور وغيره تعتبر الرسالة حجة عليه سواءً أشهد أم لم يشهد ، فإذا حضر الشهود أثناء كتابة الرسالة فيشهدون على كتابه وخطه أو على ما في رسالته ولو لم يشهدهم ، وكذلك إذا أقر بخطه وتوقيعه وختمه كانت الكتابة دليلاً لحاملها يمكن بواسطتها إثبات حقه أمام القضاء[٧٦].

---

[٧٤] سورة البقرة: ٢٨٢.

[٧٥] قال علي حيدر في درر الحكام شرح مجلة الأحكام:(مادة٦٩) هَذِهِ الْمَادَّةُ هِيَ نَفْسُ قَاعِدَةِ (الْكِتَابُ كَالْخِطَابِ) الْمَذْكُورَةِ فِي الْأَشْبَاهِ. وَالْمَقْصُودُ فِيهَا هُوَ أَنَّهُ كَمَا يَجُوزُ لِاثْنَيْنِ أَنْ يُعْقَدَ بَيْنَهُمَا مُشَافَهَةً عَقْدُ بَيْعٍ أَوْ إجَارَةٍ أَوْ كَفَالَةٍ أَوْ حَوَالَةٍ أَوْ رَهْنٍ أَوْ مَا إلَى ذَلِكَ مِنْ الْعُقُودِ، يَجُوزُ لَهُمَا عَقْدُ ذَلِكَ مُكَاتَبَةً أَيْضًا. وَالْكُتُبُ عَلَى ثَلَاثَةِ أَنْوَاعٍ: (١) الْمُسْتَبِينَةُ الْمَرْسُومَةُ (٢) الْمُسْتَبِينَةُ غَيْرُ الْمَرْسُومَةِ (٣) غَيْرُ الْمُسْتَبِينَةِ . فَالْمُسْتَبِينَةُ الْمَرْسُومَةُ هِيَ أَنْ يَكُونَ الْكِتَابُ مِنْهَا مِمَّا يُقْرَأُ خَطُّهُ، وَيَكُونُ وَفْقًا لِعَادَاتِ النَّاسِ وَرُسُومِهِمْ وَمُعَنْوَنًا. وَقَدْ كَانَ مِنْ الْمُتَعَارَفِ فِي زَمَنِ صَاحِبِ (مَجْمَعُ الْأَنْهُرِ) أَنْ يُكْتَبُ الْكِتَابُ عَلَى وَرَقٍ وَيُخْتَمُ أَعْلَاهُ، وَكُلُّ كِتَابٍ لَا يَكُونُ عَلَى هَذِهِ الصُّورَةِ مَكْتُوبًا عَلَى وَرَقٍ وَمَخْتُومًا لَا يُعَدُّ مَرْسُومًا، أَمَّا فِي زَمَانِنَا فَالْكِتَابُ يُعَدُّ مَرْسُومًا بِالْخَتْمِ وَالتَّوْقِيعِ عَلَى حَدٍّ سَوَاءٍ، وَذَلِكَ بِمُقْتَضَى الْمَادَّةِ (١٦١٠) وَلَكِنْ إذَا كُتِبَ كِتَابٌ فِي زَمَانِنَا عَلَى غَيْرِ الْوَرَقِ مَثَلًا يُنْظَرُ إذَا كَانَ الْمُعْتَادُ أَنْ تُكْتَبَ الْكُتُبُ عَلَى غَيْرِ الْوَرَقِ يُعْتَبَرُ ذَلِكَ الْكِتَابُ، كَمَا لَوْ كُتِبَ عَلَى وَرَقٍ وَإِلَّا فَلَا. وَالْحَاصِلُ أَنَّ كُلَّ كِتَابٍ يُحَرَّرُ عَلَى الْوَجْهِ الْمُتَعَارَفِ مِنْ النَّاسِ حُجَّةٌ عَلَى كَاتِبِهِ كَالنُّطْقِ بِاللِّسَانِ. وَالْمُسْتَبِينَةُ غَيْرُ الْمَرْسُومَةِ: هِيَ أَنْ يَكُونَ الْكِتَابُ مَكْتُوبًا عَلَى غَيْرِ مَا هُوَ مُتَعَارَفٌ بَيْنَ النَّاسِ كَأَنْ يَكُونَ مَكْتُوبًا عَلَى حَائِطٍ أَوْ وَرَقِ شَجَرٍ أَوْ بَلَاطَةٍ مَثَلًا، فَالْكِتَابُ الَّذِي يُكْتَبُ عَلَى هَذِهِ الصُّورَةِ لَغْوٌ وَلَا يُعْتَبَرُ حُجَّةً فِي حَقِّ صَاحِبِهِ إلَّا إنْ نَوَى أَوْ أَشْهَدَ عَلَى نَفْسِهِ حِينَ الْكِتَابَةِ، وَالْإِمْلَاءُ يَقُومُ مَقَامَ الْإِشْهَادِ أَيْضًا؛ لِأَنَّ الْكِتَابَاتِ الَّتِي تَكُونُ عَلَى هَذِهِ الصُّورَةِ، كَمَا أَنَّهَا قَدْ تَكُونُ بِقَصْدِ بَيَانِ الْحَقِيقَةِ تَكُونُ فِي الْغَالِبِ بِقَصْدِ التَّجْرِبَةِ أَوْ عَبَثًا، فَتَحْتَاجُ إلَى مَا يُؤَيِّدُهَا كَالنِّيَّةِ أَوْ الْإِشْهَادِ أَوْ الْإِمْلَاءِ حَتَّى تُعْتَبَرَ حُجَّةً بِحَقِّ كَاتِبِهَا .وَغَيْرُ الْمُسْتَبِينَةِ: هِيَ كَالْكِتَابَةِ عَلَى الْمَاءِ، وَحُكْمُهَا حُكْمُ الْكَلَامِ غَيْرِ الْمَسْمُوعِ لَا يَتَرَتَّبُ عَلَى كَاتِبِهَا حُكْمٌ وَإِنْ نَوَى مِثَالُ ذَلِكَ، لَوْ كَتَبَ شَخْصٌ عِبَارَةَ (إنَّنِي مَدِينٌ بِكَذَا قِرْشًا لِفُلَانٍ) عَلَى سَطْحِ مَاءِ نَهْرٍ أَوْ فِي الْهَوَاءِ لَا يُعَدُّ مُقِرًّا بِذَلِكَ الْمَبْلَغِ لِلشَّخْصِ الْمَذْكُورِ. وَالْمَقْصُودُ هُنَا بِالْكِتَابَةِ عَلَى الْمَاءِ أَوْ فِي الْهَوَاءِ - كَمَا لَا يَخْفَى - هُوَ تَحْرِيكُ الْيَدِ بِحُرُوفِ الْكَلِمَاتِ، كَمَا تُحَرَّكُ بِالْقَلَمِ عَلَى صَفْحَةِ الْقِرْطَاسِ. وَفِيمَا يَأْتِي أَمْثِلَةٌ عَلَى هَذِهِ الْمَادَّةِ: إذَا كَتَبَ شَخْصٌ تَحْرِيرًا مُعَنْوَنًا وَمَرْسُومًا إلَى شَخْصٍ غَائِبٍ قَائِلًا فِيهِ: إنَّنِي قَدْ بِعْت مِنْك الْمَالَ الْفُلَانِيَّ بِكَذَا قِرْشًا وَقَبِلَ الْمُرْسَلُ إلَيْهِ الْمَبِيعَ بِذَلِكَ الْمَبْلَغِ فِي مَجْلِسِ قِرَاءَةِ الْكِتَابِ، أَوْ حَرَّرَ كِتَابًا لِلْبَائِعِ يُنْبِئُهُ بِالْقَوْلِ يَنْعَقِدُ الْبَيْعُ، وَذَلِكَ بِمُقْتَضَى الْمَادَّةِ (١٧٣) وَكَذَلِكَ الْإِجَارَةُ، كَمَا وَرَدَ فِي الْمَادَّةِ (٤٣٦) تَنْعَقِدُ بِالْمُكَاتَبَةِ، وَكَذَا يَنْعَزِلُ الْوَكِيلُ بِمُجَرَّدِ اطِّلَاعِهِ عَلَى الْكِتَابِ الْمُرْسَلِ مِنْ مُوَكِّلِهِ لِعَزْلِهِ. ينظر: علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب: المحامي فهمي الحسيني، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض،١٤٢٣-٢٠٠٣،(مادة٦٩)- (قاعدة الْكِتَابُ كَالْخِطَابِ)، الجزء الأول.

[٧٦] البحر الرائق، الجزء السابع، ص ٦٩؛ التاج والإكليل، الجزء السادس، ص ١٨٧ .

وحجية الرسائل شاملة لجميع الحقوق ما عدا الحدود والقصاص فيثبت فيها المال وما يؤول إلى المال وكذلك الزواج والطلاق والوكالة والهبة والوصية والوقف وغيرها[٧٧]، واستند الفقهاء في هذا إلى العادة والعرف لدفع المشقة ولأجل المحافظة على حقوق الناس. وقد جرت العادة بين الناس أن لا يكتبوا رسائلهم بالطريقة العادية إلا لإظهار ما عليهم من حقوق وواجبات ولأن المسلم يميل بفطرته إلى الخير ومأمور بقول الحق والإقرار به رغم حبه للمال وطمعه في جمعه واقتنائه. فإذا كتب الرسالة حمل مضمونها عليه بدليل العرف.

وقد جاء في قرار صادر عن المجمع الفقهي الإسلامي الدولي والمرقم (٥٢ /٦/٣) النص على "أولا: أذا تم التعاقد بين غائبين لا يجمعهما مكان واحد ولا يرى احدهما الأخر معاينة ولا يسمع كلامه وكانت وسيلة الاتصال بينهما الكتابة أو الرسالة أو السفارة وينطبق ذلك على البرق والتلكس و الفاكس وشاشات الحاسب الآلي (الكومبيوتر) ففي هذه الحالة ينعقد العقد عن وصول الإيجاب إلى الموجه أليه وقبوله. ثانيا: أذا تم التعاقد بين طرفين في وقت واحد وهما في مكانين متباعدين فان التعاقد بينهما يعتبر تعاقدا بين حاضرين" [٧٨].

ثانياً:الموقف في الفقه والتشريع والقضاء: يشير الأستاذ السنهوري، إلى أن " الكتابة من أقوى طرق الإثبات، ولها قوّة مطلقة يجوز أن تكون طريقاً لإثبات الوقائع القانونيّة والتصرفات القانونيّة دون تمييز، كما سنرى، ولم تكن لها هذه القوّة قديماً، بل كان المقام الأوّل للشهادة في وقت لم تكن فيه الكتابة منتشرة، بل كانت الغلبة للأُميّة فكان الاعتماد على الرواية دون القلم، هكذا كان الأمر في الفقه الإسلامي وفي سائر الشرائع، ثمّ أخذت الكتابة تنتشر، وساعد على ذلك اختراع الطباعة، فعلت الكتابة على الشهادة وصار لها المقام الأوّل. ومن مزايا الكتابة أنّه يمكن إعدادها مقدّماً للإثبات منذ نشوء الحقّ دون التربّص إلى وقت المخاصمة...ومن مزايا الكتابة أيضاً أنّها لا يتطرّق إليها من عوامل الضعف ما يتطرّق إلى الشهادة، فالشهود يجوز عليهم الكذب، وتعوزهم الدقّة على كلّ حال، وتتعرّض ذاكرتهم للنسيان على أنّ الكتابة إذا خلت ممّا يلحق الشهادة من كذب، أو اضطراب، أو نسيان لا تخلو هي أيضاً من احتمال التزوير.." [٧٩].

أ–موقف المشرع العراقي: تعد المراسلات أوراق مكتوبة لم تعد أصلاً لتكون أدلة إثبات، ولكن إستجابة لحاجة التعامل بالرسائل وخاصة في القضايا التجارية، فقد ذهب قانون الإثبات إلى اعتبار الرسائل

---

[٧٧] قال بن فرحون : (**لو كتب رسالة رجل غائب أن لك عليّ كذا لزمه فإن جحد وقامت البينة أنه كتبه أو أملاه لزمه ويلزمه أيضاً كل ما فيه من الطلاق وغيره، خلاف الحدود)**؛ ينظر: تبصرة الحكام، الجزء الثاني، ص٤٠ . نقلاً عن: د. محمد الزحيلي ، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، طبعة ثانية عام ٤٩ ،الجزء الثاني، ص ٤٧٤ وما بعدها .

[٧٨] مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الصادرة عن منظمة المؤتمر الإسلامي، جدة – المملكة العربية السعودية، الدورة السادسة لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي، ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م، العدد (٦): ٧٨٣/٢ - ١٢٦٨.

[٧٩] ينظر: د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج٢، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات-آثار الالتزام، دار النهضة العربية،١٩٦٨، الفقرة رقم ٥٨، ص ٩٠.

الموقع عليها بمثابة السند العادي[٨٠]، وتعد بذلك دليل كامل لأن توقيع الملتزم بها يضفي عليها الحجية، وهذا ما قررته المادة (٢٥) من قانون الإثبات العراقي رقم(١٠٧) لسنة١٩٧٩ "أولا – يعتبر السند العادي صادرا ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو بصمة إبهام" . إلا انه يستخلص من المادة المذكورة أعلاه أن المشرع أضفى على الرسالة نفس حجية السند العادي(المحرر العرفي)، متى كانت موقعة، وبالتالي فإنها تصلح كدليل كتابي كامل متى كانت تتعلق بواقعة معينة و كانت حاملة لتوقيع الملتزم بها– المرسل – أي أن الرسالة الموقعة تأخذ نفس أحكام المحرر العرفي من حيث الحجية[٨١]، وهذا ما قررته المادة (٢٧) من نفس القانون، بأنه "أولا – تكون للرسائل الموقع عليها حجية السندات العادية من حيث الإثبات"، و كذا من حيث وجوب ثبوت التاريخ للاحتجاج بها على الغير، وفي حالة ما إذا كانت غير موقعة و مكتوبة بخط المرسل اعتبرت مبدأ ثبوت بالكتابة[٨٢]، وتعد القضايا التجارية من الأمور التي يسري عليها هذا القانون، فقد نصت المادة(١١) بأنه"يسري هذا القانون على:أولا: القضايا المدنية والتجارية" ، وقد ألزمت المادة(١٦) من قانون التجارة العراقي رقم٣٠ لسنة١٩٨٤، التاجر بضرورة الإحتفاظ بصورة طبق الأصل من الرسائل والبرقيات، إذ جاء فيها، بأنه" على التاجر أن يحتفظ بصور طبق الأصل من الرسائل والبرقيات وغيرها من المحررات التي يرسلها أو يتسلمها والمتعلقة بتجارته ، وعليه أن يحفظ هذه المحررات بطريقة منظمة وواضحة".

ب– خاصية عدم قابلية الكتابة التقليدية للتحريف :وقد اختلف الفقه في تحليل طبيعة خاصية عدم قابلية الكتابة التقليدية للتحريف ومدى اعتبارها من وظائف الكتابة ، فالبعض ذهب إلى أن تلك الخاصية ليست شرطاً مطلقاً، بدليل أنه يمكن قبول المحررات المكتوبة بقلم الرصاص في مجال الإثبات في بعض الأنظمة القانونية، بالرغم من انه يمكن محو الكتابة دون أن تترك أثراً على الدعامة الورقية[٨٣]، فقد قضت محكمة إستئناف Aix– en–Provence بالاعتراف بصحة الوصية الخطية المحررة والموقعة بقلم الرصاص متى كان من الثابت أن الكتابة والتوقيع كليهما كانتا بيد الموصي[٨٤] وهو راعي فقير لم يكن يملك سوى قلم رصاص لكتابة وصيته "، وقد أيدت الغرفة التجارية في محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر عام١٩٩٦، هذا الاتجاه في حكم حديث لها بخصوص الكفالة المحررة بقلم الرصاص ،

---

(٨٠) د. آدم وهيب النداوي، شرح قانون الإثبات، الطبعة الأولى، بغداد،مطبعة المعارف،١٩٨٤، ص٩٧.

(٨١) محمد علي الصوري، التعليق المقارن على مواد قانون الإثبات، مصدر سابق، ص٢٨٩.

(٨٢) د. أنور سلطان، قواعد الإثبات في المواد المدنية و التجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، الطبعة ٢٠٠٥، ص٧٦.

(83) Hervé Jacquemin،Le formalisme contractuel: Mécanisme de protection de la partie faible، Groupe De Boeck s.a.،2010. Larcier. Bruxelles، Belgique. P.127.

(84) "…mot écrire signifie tracer des lettres، des caractères ; que la loi n'a spécifié ni l'instrument ni la matière avec lesquels les caractères seraient traces..". Cour d'Appel d' Aix- en-Provence، 27 janvier .1846.DP ،1846;2.230.

حيث قضت بأنه "لا يوجد مبدأ أو نص في القانون يحد من استخدام قلم الرصاص في محرر عرفي"[٨٥]، كما نلحظ رفض الاجتهاد الفرنسي للوصية المحررة عن طريق الآلة الكاتبة، على أساس أن العلامة المكتوبة بالآلة الكاتبة، لا تكون بالضرورة علامة الموصي الشخصية، ومن الممكن أن يكون هناك شخص آخر، هو الذي قام بتشغيل الآلة الكاتبة[٨٦].

ج- حجية صورة الرسالة التجارية :أما حجية صورة الرسالة التجارية، فكان الاجتهاد الفرنسي، يقرر بأنه" ليس للنسخة الضوئية – التي تقدم لإثبات التزام- أي قيمة قانونية له، ولا يقع عبء الإثبات على من يحتج بها عليه، ومن ينكر صدور التوقيع عنه"[٨٧]، ولكن المشرع الفرنسي أخضع في المادة(٢/١٣٤٨) من القانون المدني الفرنسي[٨٨]، منحها حجية في الإثبات، عند توافر شرطين أساسيين، هما: **التطابق** Fidélité: ومعناه أن تأتي الصورة مطابقة للأصل مطابقة تامة، بمعنى أن تكون المطابقة في الشكل والمضمون. أما الشرط الثاني، فهو **الدوام أو الاستمرارية** Durabilité : والمقصود به الثبات وعدم القابلية للزوال، وعدم صلاحية الدعامات المستخدمة لإعادة استخدامها مرة أخرى، وهكذا فمتى استوفت الصورة هذين الشرطين، إعتبرت ذات حجية في الإثبات إذا كان الأصل غير موجود، وهذا ما أكدت عليه الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في١٩أبريل٢٠٠٥ [٨٩]، وما قررته في قرارها الصادر في٣٠ ايلول٢٠١٥، على نفس تلك الشروط بالنسبة إلى صورة الرسالة [٩٠].

---

(85) "Attendu qu'en statuant ainsi alors qu'aucun principe ni aucun texte ne prohibe l'usage du crayon dans la rédaction d'un acte sous seing privé، la cour d'appel a violé les textes susvisés" .Cass.Com ،8 Octobre،1996، N° de pourvoi: 94-17967.Bull.1996 IV N° 224 p. 196.et aussi: R.T.D Civ.،1997،P.137،Obs. ،J. Mestre

(86) Cass.civ.18 mai 1936. D.H.1936.345.éd G.Iv.8.

(87) "Une photocopie produite pour prouver une obligation n'ayant par elle-même aucune valeur juridique، la charge de la preuve n'incombe pas à celui à qui on l'oppose et qui dénie y avoir apposé sa signature". Cass.com. du 15 décembre 1992. N° de pourvoi: 90-17198 Bulletin 1992 IV N° 419 p. 295.

(88)Art. 1348، alinéa 2، du code civil "Elles reçoivent aussi exception lorsqu'une partie ou le dépositaire n'a pas conservé le titre original et présente une copie qui en est la reproduction non seulement fidèle mais aussi durable. Est réputée durable toute reproduction indélébile de l'original qui entraîne une modification irréversible du support".

(89)"Mais attendu qu'il résulte de l'article 1348، alinéa 2، du Code civil، que seule la partie à l'acte ayant perdu l'original، ou le dépositaire، est en droit de pallier l'absence du titre original par une copie qui en soit la reproduction fidèle et durable Cass.civ. 1 du 19 avril 2005.N° de pourvoi: 02-16447. Bull. 2005 I N° 197 p. 165.

(90)"Si une photocopie peut constituer une copie sincère et fidèle d'un original، en l'espèce، rien ne permet d'affirmer qu'elle est conforme à un original dont la réalité n'est pas démontrée ; qu'en conséquence، les conditions d'application de l'article 1348، alinéa 2، du code civil n'étant pas réunies، M. X...، qui ne justifie pas du bien-fondé de ses prétentions، doit en être débouté .Cass. Civ.1.du 30 septembre 2015.N° de pourvoi: 14-13912 .https://www.legifrance. gouv.fr/affichJuriJudi.do %3Fid Texte%3 DJURIT EX T000031265072&usg=ALkJrhjbtTNysYO4eZaPK zkiidwimSAXvA.Le:5/10/2016.

أما في قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي رقم(٧٨) لسنة٢٠١٢، فتحوز الصورة المنسوخة عن المستند الالكتروني، على صفة النسخة الأصلية إذا توافرت الشروط التي نصت عليها المادة (١٤) من هذا القانون[٩١].

ومن الممكن أن تكون المراسلات من خلال البرقيات[٩٢]، ففي حالة فقد أصل البرقية فلا يعتد بصورتها إلا على سبيل الاستئناس وتأخذ البرقية حكم الورقة العرفية . ومن ثم تقبل الطعن بالتزوير، وفي هذا الشأن قضت محكمة النقض المصرية " مؤدي نص المادة ١/٣٩٦ و ٢ من القانون المدني أن الرسائل والبرقيات لها قيمة الورقة العرفية في الإثبات متى كانت هذه الرسائل وأصل تلك البرقيات موقعا عليها من مرسلها. وقد قصد المشرع بهذا النص . علي ما أفصح عنه في المذكرة الإيضاحية . أن يستجيب لحاجة التعامل بالرسائل والبرقيات وبوجه خاص في المسائل التجارية فأدرجها بين طرق الإثبات بالكتابة وجعل لها حجية الورقة العرفية للتسوية بينها في الحكم"[٩٣]، وما قررته أيضا بأنه" وحيث أن هذا النعي في محله . ذلك أنه ولئن كان قانون الإثبات في المواد المدنية و التجارية لم يعرض بالتنظيم لحجية المراسلات التي تتم بين أطرافها عن طريق وسائل الاتصال الحديثة ومنها . التلكس . مثلما نظم بنص المادة ١٦ من حجية الرسائل الموقع عليها والبرقيات حيث جعل للرسائل الموقع عليها والبرقيات المودع أصلها في مكتب تصديرها وموقعاً عليها من مرسلها قيمة المحرر العرفي وأعتبر البرقية مطابقة لأصلها المودع بجهة الإرسال حتى يقوم الدليل على العكس ولم يعتد بالبرقية إذا كان أصلها قد أعدم بجهة الإرسال إلا لمجرد الاستئناس فإنه يتعين الاستهداء بنص المادة ١٦ من قانون الإثبات في شأن المراسلات التي تتم بين أطرافها عن طريق جهاز التلكس فلا يكون لهذه المراسلات عند إنكارها . ثمة حجية إلا بمقدار مطابقتها لأصلها إن وجد . فإن لم تتم هذه المطابقة فلا يعتد بها إلا لمجرد الاستئناس وإن الإقرار غير قضائي إذا أثبت بورقة عرفية موقع عليها من المقر كانت هذه الورقة حجه على من صدرت منه فلا يحق له أن يتنصل مما هو وارد فيها بمحض إرادته إلا لمبرر قانوني ولا يتغير

---

[٩١] تنص المادة (١٤) "تكون الصورة المنسوخة عن المستند الالكتروني حائزة على صفة النسخة الأصلية إذا توافرت فيها الشروط الآتية :أولا:أن تكون معلومات وبيانات الصورة المنسوخة متطابقة مع النسخة الأصلية ثانياً: أن يكون المستند الالكتروني والتوقيع الالكتروني موجودين على الوسيلة الالكترونية ثالثاً: إمكانية حفظ وتخزين معلومات وبيانات الصورة المنسوخة بحيث يمكن الرجوع إليها عند الحاجة رابعاً:إمكانية حفظ الصورة المنسوخة في الشكل الذي أنشئت أو أرسلت أو تسلمت به النسخة الأصلية للمستند الالكتروني. خامساً:إحتواء الصورة المنسوخة على المعلومات الدالة على الموقع والمتسلم وتاريخ ووقت الإرسال والتسلم".

[٩٢] وتختلف البرقية عن الرسائل، من حيث إنجاز المضمون وسرعة الإبلاغ، بيد أن ثمة فارقاً آخر، يتصل بكيفية الإبلاغ، فالمرسل إليه لا يتسلم أصل البرقية، بل يتسلم صورة منها، يتولى تحريرها موظف مصلحة التلغرافات في المكتب المختص يتلقى مضمون الرسالة، ومن المسلم أن صور الأوراق العرفية لا تتوافر لها أي حجية في الإثبات، بيد أنه رؤي من الأنسب أن يفترض القانون مطابقة صورة البرقية المسلمة الى المرسل إليه لأصلها، إذ ليس لموظف مكتب التلغراف المختص مصلحة في تغيير مضمون هذا الأصل. ينظر: مذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري، حول المادة(٣٩٦)، بشأن البرقية.

[٩٣] نقض مدني مصري، الطعن رقم ٣١٠ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٦/١/١١ ص ٧١.

كذلك إذا جاء خلواً من هذا التوقيع و يفقد حجيته في الإثبات. لما كان ذلك، وكانت الشركة الطاعنة قد جحدت مراسلات التلكس "[٩٤].

الفرع الثاني: المراسلات التجارية ومبدأ السرية

تخضع المراسلات التجارية، كبقية أنواع المراسلات الأخرى، الى الحماية القانونية، من التعرض لها، إستناداً الى الحق في الخصوصية، ولتوضيح هذه الفكرة، سنبحث في هذا الفرع، المفهوم الخاص للمراسلات الخاصة في الفقه الجنائي، في(أولاً)، ومبررات عدم سرية المراسلات التجارية، في(ثانياً)، وكما يأتي:

أولا: المفهوم الخاص للمراسلات الخاصة في الفقه الجنائي: تحتفظ المراسلات بحق الخصوصية، وهو حق اعترفت به المواثيق والعهود الدولية، فقد أشار الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، عند إقراره لحق الإنسان في الحياة الخاصة والمراسلات، وفي المادة (١٢) منه على "حماية الفرد ضد كل تدخل تعسفي في حياته الخاصة أو أسرته أو مسكنه أو مراسلاته وضد الحملات التي تقع على شرفه وسمعته، ولكل شخص الحق في الحماية القانونية ضد هذا التدخل أو تلك الحملات"[٩٥]، ولكن تباينت الاتجاهات في الفقه الجنائي بشأن تحديد معنى المراسلات، وتمثلت في إتجاهين:

أ- ذهب جانب آخر من الفقه إلى تبني معناً واسعاً للمراسلات، فقد وسع من نطاق المراسلات لتشمل المراسلات المكتوبة البريدية والبرقية والهاتفية[٩٦]، وقد تبنى الدستور العراقي المفهوم الواسع للمراسلات إذ لم تقصرها على المراسلات الكتابية والبرقية فقط بل شملت أيضا المراسلات الشفوية مثل الاتصالات الهاتفية والرسائل الأخرى التي يتم إرسالها بواسطة الوسائل التقنية الحديثة. فقد عدد أنواع المراسلات في معرض نصه على الحق في حمايتها وقد أوردت الاتصالات الهاتفية من ضمن هذه الأنواع، فقد نصت المادة(٤٠) من دستور جمهورية العراق لعام٢٠٠٥، على المراسلات، فجاء فيه بأن "حرية الاتصالات والمراسلات البريدية والبرقية والهاتفية والالكترونية وغيرها مكفولة، ولا يجوز مراقبتها أو التنصت عليها، أو الكشف عنها، إلا لضرورةٍ قانونيةٍ وأمنية، وبقرارٍ قضائي"[٩٧].

---

[٩٤] نقض مدني مصري، الطعن رقم ٤٧٧٣ لسنة ٧١ ق جلسة ٢٠٠٣/٥/٢٢ س ٥٤ ق ١٤٢ ص ٨٢٣

[٩٥] موسوعة حقوق الإنسان، أعداد محمد وفيق ابو اتلة، ومراجعة د.جمال العطيفي، القاهرة، ١٩٧٠، ص١٢.

[٩٦] د. عبد الأمير العكيلي، أصول الإجراءات الجنائية في قانون أصول المحاكمات الجزائية، الجزء الأول مطبعة المعارف بغداد، الطبعة الأولى، ١٩٧٥م، ص٣٥٠؛ د. عبد الغني بسيوني، النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٧م، ص٢٧٦.

[٩٧] أما الدساتير الأجنبية فقد أخذ بعضها بالمعنى الواسع للمراسلات أيضاً إذ شملت الاتصالات الهاتفية إلى جانب المراسلات الكتابية المرسلة بواسطة البريد والبرق إلي معنى المراسلات. حيث نجد أن الدستور الإسباني لعام ١٩٧٨م قد نص في الفقرة ٣ من المادة (١٨) على أن (سرية الاتصالات وبخاصة الاتصالات البريدية والتلغرافية والتلفونية مكفولة،...).وكذلك نص دستور ألمانيا الاتحادية لعام ١٩٤٩م في المادة (١٠) على أن (سرية المراسلة والبريد والاتصالات التلفونية مصونة ولا يجوز أن تفرض عليها قيود إلا بمقتضى القانون...).وضمن دستور رومانيا لعام ١٩٩١م في المادة (٢٨) (سرية المراسلات الكتابية والبرقية وأي وسيلة اتصالات بريدية وهاتفية...).فيما قررت المادة (٥٧) من الدستور الألباني لعام ١٩٧٦م على حماية سرية المراسلات سواء كانت كتابية أو بأي وسيلة اتصال أخرى، مما يفهم منها أنها شملت الاتصالات الهاتفية بذلك.

ب- اتجه جانب من الفقه إلى تبني معناً ضيقاً للمراسلات ، إذ قصرها على الرسائل المكتوبة دون سواها من المراسلات التي يتم التخاطب فيها بوسائل شفوية ، إذ عرّف البعض المراسلات بأنها الخطابات والطرود والبرقيات التي توجد لدى مكاتب البريد والبرق[٩٨]، وينصرف القصد بالمراسلات إلى كافة الرسائل المكتوبة، سواء تم إرسالها بطريق البريد أو بواسطة رسول خاص، وإلى التلكسات والفاكس والرسائل المرسلة بواسطة أجهزة الحاسوب والبرقيات، ويستوي أن تكون ببطاقة مكشوفة، طالما أن الواضح من قصد المرسل أنه لم يقصد إطلاع الغير عليها بدون تمييز[٩٩].

ثانياً: المبررات في عدم سرية المراسلات التجارية: تحاط المستندات الالكترونية بالسرية اللازمة والكافية، وذلك من أجل عدم انتشار وإذاعة ما تحتويه من معلومات قد تكون ذات شأن، فقد يؤدي إفشاء المعلومات التي يحتوي عليها المستند الالكتروني الى تحقيق منافسة غير مشروعة بين المشروعات[١٠٠]، إذ تنص المادة(١٢) من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي رقم(٧٨) لسنة٢٠١٢، على، " ثانياً: مع مراعاة أحكام البند(أولا) من هذه المادة تكون بيانات التوقيع الالكتروني والوسائل الالكترونية والمعلومات التي تقدم إلى جهة التصديق سرية ولا يجوز لمن قدمت إليه أو اطلع عليها بحكم عمله إفشاؤها للغير أو استخدامها في غير الغرض الذي قدمت من أجله، وعلى الرغم من إقرار المشرع العراقي، لمبدأ سرية المراسلات البريدية، وهذا ما نصت عليه، المادة (٥) من قانون البريد العراقي رقم(٩٧) لسنة ١٩٧٣، والتي جاء فيها "سرية المراسلات البريدية مكفولة ولا يجوز كشفها إلا لضرورات العدالة والأمن"[١٠١]، إلا أن بعض التشريعات تستثني المراسلات التجارية من مبدأ سرية المراسلات، وذلك للأسباب الآتية:

أ-إستثناء الرسائل التجارية من مبدأ السرية في القانون والاجتهاد اللبناني: فقد إستثنت بعض التشريعات، المراسلات من حرمة السرية، طالما كانت تلك المراسلات متعلقة بالمواد التجارية، وعلى هذا نصت المادة

---

(٩٨) شريف بدوي، أسباب بطلان الضبط والتفتيش، دار الثقافة للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٨٩، ص٢٦٠.

(٩٩) د. أحمد فتحي سرور، الحق في الحياة الخاصة في القانون الجنائي، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الرابع، ١٩٨٤، ص٤٥؛ ومؤلفه: الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة السابعة، ١٩٩٣م ص٥٧٨.

(١٠٠) د. محمد أمين الرومي، المستند الالكتروني، دار الكتب القانونية، المحله الكبرى، ٢٠٠٢ ، ص١٢٢.

(١٠١) تنص المادة (٥) من قانون البريد العراقي رقم(٩٧) لسنة ١٩٧٣: "١-سرية المراسلات البريدية مكفولة ولا يجوز كشفها الا لضرورات العدالة والأمن او في الأحوال التالية: أ- المواد البريدية التي يتقرر إهمالها وفق تعليمات يصدرها الوزير. ب- المواد البريدية المحجوزة بقرار من السلطات ذات الاختصاص. ج- في الأحوال الأخرى التي يجيز فيها أي قانون آخر الاطلاع على محتويات المواد البريدية. ٢- لا يجوز ضبط المواد البريدية ولا توقيف تسليمها الا بناء على طلب من السلطات المختصة المخولة قانونا وعلى تلك السلطات اذا فضت المواد ان تؤشر عليها بأنها فضت بمعرفتها وان تعيدها بعد استنفاذ الغرض ضبطت من اجله ان لم تصادر او تحجز بقرار". وقد نصت المادة(٢) من تعليمات رقم (١) لسنة ١٩٧٣ صادرة عن وزارة المواصلات (المواد البريدية المهملة) "٢- يجرى التصرف بالمواد البريدية المهملة من قبل مصلحة البريد والبرق والهاتف ومكاتبها البريدية كما يلي : ب – تقوم شعبة المهملات باستلام كافة المواد المهملة التي تردها من مكاتب البريد وتتصرف بها كما يلي:١ - تبذل الشعبة جهودا أخرى بقصد الاهتداء إلى أصحابها من خلال عناوينهم أو تفتح أغلفتها للتوصل إليهم من خلال محتوياتها مع المحافظة على سرية المراسلات وفق ما جاء في مادة (٥) من قانون البريد رقم (٩٧) لسنة ١٩٧٣.

(١٥٩) من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني الصادر بموجب المرسوم الإشتراعي رقم ٩٠ في ١٩٨٣/٩/١٦، بأنه" إذا لم تكن الرسالة سرية جاز للمرسل إليه استعمالها والتنازل عنها للغير. ولا تكون الرسالة سرية في المواد التجارية."، وذلك أن الرسائل والمواد التجارية أصبحت من الأمور المتعارف عليها ، وان أكثر العقود بشأنها تجري بواسطة الرسائل، وعلى عكس الرسائل في المواد المدنية، فقد نصت المادة (١٦٠) من نفس القانون بصراحة، فنصت بأنه " لا يعتد في المواد المدنية بالرسائل السرية التي تقدم إلى المحكمة بغير اتفاق المرسل والمرسل إليه"[١٠٢]، وبهذا إتجهت محكمة التمييز اللبنانية المدنية، بأنه" قضي أنه إذا كان الكتاب يتعلق بأمر تجاري، فلا يمكن أن يكتسب السرية"[١٠٣]، كما قرر هذا الاجتهاد بأن لمحكمة الاستئناف، الحق بتقديرها المطلق في إعتبار أن ليس للرسالة الطابع السري الذي يحتم عدم الاعتداد بها، إذ أنها لا تنطوي في مضمونها على طابع شخصي حميم وخاص، بل تتناول في القسم الأكبر منها موضوع القسمة العقارية، وعلاقة العمل ما بين الشقيقين، دون أن تتصرف لمسائل عائلية حساسة، قد يشكل نشرها تعرضاً للحياة الخاصة لمرسلها، وفي كل الأحوال لا يمنع الطابع السري للرسالة من إطلاع محدود عليها، يقتصر على أعضاء المحكمة[١٠٤].

ب-مقتضيات حماية المصالح الفردية والمحافظة على حقوق الدائنين وحقوق المفلس:

تتطلب حماية المصالح الفردية والمحافظة على حقوق الدائنين وحقوق المفلس[١٠٥] في آن معاً أن يتم تسليم الخطابات والرسائل المرسلة إلى المفلس إلى مأمور التفليسة ليطلع عليها وذلك منعاً لكل تهريب أو تبديد للأموال[١٠٦]، وتكمن أهمية النص على تحويل الرسائل المرسلة إلى المفلس إلى وكيل التفليسة في صعوبة تمييز الخطابات العادية من الخطابات التجارية إلا إذا وجد على المظروف عنوان الشركة، وذهب قانون التجارة الأردني رقم ١٢ لعام ١٩٦٦، إذ منحت المادة ٤/٣٥٦ من هذا القانون لوكلاء التفليسة حق الاطلاع على الكتب المرسلة إلى المفلس وفضها ، كما أجازت ذات المادة للمفلس أن يحضر عملية فض الكتب المرسلة إليه إذا كان حاضراً أن يقف على فضها، إذ نصت هذه المادة "٤- وأما الكتب المرسلة الى المفلس فتسلم الى الوكلاء فيفضونها .ويحق للمفلس اذا كان حاضرا أن يقف على فضها"، كما أوجب قانون التجارة البرية اللبناني الصادر بموجب المرسوم الاشتراعي رقم ٣٠٤ في ١٩٤٢/١٢/٢٤، في المادة ٣/٥٣٠ منه تسليم الرسائل الموجهة إلى المفلس إلى وكيل التفليسة الذي

---

[١٠٢] إلياس أبو عيد، نظرية الإثبات في أصول المحاكمات المدنية والجزائية، الجزء الأول، منشورات زين الحقوقية، بيروت،٢٠٠٥ص٢٧٦.

[١٠٣] محكمة التمييز اللبنانية المدنية، الغرفة الثالثة، قرار رقم٤٠، في١٩٦٧/٣/١٥، مجموعة اجتهادات جميل باز، الجزء١٥،ص١٥١.

[١٠٤] محكمة التمييز اللبنانية المدنية، الغرفة الثانية، قرار رقم٩٦/٣١، في١٩٩٦/٥/١٤، النشرة القضائية، العدد السادس،السنة١٩٩٦،ص٥٨٣.

[١٠٥] المفلس : كل تاجر وقف عن دفع دينه التجاري يعتبر في حالة إفلاس ويشهر إفلاسه بحكم يصدر بذلك. ينظر: نص المادة(٥٦٦) من قانون التجارة العراقي الملغي رقم(١٤٩) لسنة١٩٧٠.

[١٠٦] د. ميشال الغريب، الحريات العامة في لبنان والعالم،١٩٨٠، ص١٩٤.

يجوز له فضها و الاطلاع على مضمونها[١٠٧]، وتنص هذه المادة بأنه"أما الديون الأخرى فيستوفيها وكلاء التفليسة مقابل سند إيصال منهم. واما الكتب المرسلة الى المفلس فتسلم الى الوكلاء فيفضونها. ويحق للمفلس إذا كان حاضراً أن يقف على فضها"، ولهذا السبب، نعتقد بأن واضعوا التقنينات المدنية أو التجارية في كثير من البلدان – ومنها العراق – لم يجدوا داع للنص على حرمة السرية في المراسلات التجارية [١٠٨].

ج–موقف الفقه والقضاء: على الرغم من إقرار الاجتهاد الفرنسي "أن البريد الالكتروني يتشابه مع البريد العادي من حيث أن له من الحماية الشخصية بالدخول اليه عبر كلمة السر والتي تستعمل عادة فقط من قبل صاحب هذا البريد لحظة اتصاله بالشبكة، وأن صاحب كلمة المرور هو فقط من يمكنه الدخول الى البريد الالكتروني الخاص به، وبالتالي يمكن اعتباره مسؤولاً عما يصدر من هذا البريد إلا إذا ثُبُت وجود الغش"[١٠٩]، فلم تعطِ الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في٢٣مايو٢٠٠٧، أي حجية للرسائلS.M.S المرسلة من خلال الهاتف النقال، إلا أن يكون الحصول عليها قد تم بطريقة لا خداع فيها و بشرف[١١٠]، وكذلك في قضايا الطلاق والخيانة الزوجية، فقد نقضت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض الفرنسية الصادر١٧يونيو٢٠٠٩، قرار محكمة إستئنافLyon الصادر في٢٠مارس٢٠٠٧، على أساس أن محكمة الاستئناف أعطت الرسائل القصيرة S.M.S المرسلة من خلال الهاتف المحمول، الحجية الكاملة La valeur probatoire، ودون أن تتبين فيما إذا كان قد تم الحصول عليها عن طريق العنف أو الاحتيال، وأن إعمال مبدأ حرية الإثبات le Principe de liberté de la preuve فيما يتعلق بتقدير الوقائع القانونية، مقيد بمدى صدق الأدلة la loyauté de la preuve،لأن الأدلة لا يمكن أن تنجم عن العنف أو الاحتيال، وأخيرا، فإنه على من يدعي أنه ضحية الاحتيال تقديم الدليل وليس الطرف الذي ينتفع منه، وفي هذه القضية وجدت الزوجة في الوقت

---

[١٠٧] د. إدوار عيد، أحكام الإفلاس وتوقف المصارف عن الدفع، الجزء الأول، مطبعة باخوس وشرتوني، بيروت، ١٩٧٢ ، ص٥٢١.

[١٠٨] حسين المؤمن، الرسائل بين حق الإثبات وحرمة الأسرار، مجلة القضاء، مجلة حقوقية تصدرها نقابة المحامين في الجمهورية العراقية،ع٢،س٢٨، نيسان /مايس /حزيران سنة ١٩٧٣ ، ص ٦١ – ٧٠.

[109]"la cour d’appel énonce que “ le courrier électronique est assimilable à une correspondance privée، qu’il est protégé par un mot de passe personnel et confidentiel qui est composé par l’usager au moment de sa connexion à internet ou à sa boîte à lettres électronique".Cass. crim. du 3 février 2004.N° de pourvoi: 03-84825.Bulletin criminel 2004 N° 28 p. 120.

[110]"Mais attendu que si l’enregistrement d’une conversation téléphonique privée، effectué à l’insu de l’auteur des propos invoqués، est un procédé déloyal rendant irrecevable en justice la preuve ainsi obtenue، il n’en est pas de même de l’utilisation par le destinataire des messages écrits téléphoniquement adressés، dits S. M. S.، dont l’auteur ne peut ignorer qu’ils sont enregistrés par l’appareil récepteur" . Cass.soc. 23 mai 2007 N° de pourvoi: 06-43209 Bull. 2007، V، N° 85.

المناسب الهاتف المحمول الذي أضاعه زوجها، وأن محكمة الاستئناف قد رفضت الأخذ بدفع الزوج، بأن الحصول عليها كان عن طريق العنف أو الاحتيال[١١١].

فضلاً عن أن الفقه يقر بأن الحدود الفاصلة بين المراسلات الخصوصية والعامة، ليست دائماً واضحة المعالم، فالمراسلات التجارية المرسلة من خلال البريد الالكتروني، والمرسلة لجمهور واسع وغير محدد من الأشخاص، لا يمكن بطبيعة الحال اعتبارها مراسلة خصوصية، لإنتفاء الطابع الشخصي للرسالة، فضلاً عن إمكانية التعرف على محتواها من جانب الأشخاص الآخرين إذا كانت غير مشفرة، وعلى النقيض من ذلك، فإن رد المستهلك على هذا البريد الإلكتروني يعد من قبيل المراسلات الخاصة، لكونه موجه إلى شخص معين ومعروف[١١٢]، وقد إستثنى القضاء الفرنسي، نشر المعلومات المتعلقة بالأنشطة التجارية على المواقع الالكترونية من مبدأ السرية، إنطلاقاً من حق النشر المكفول للصحفي، عند قيامه بالنشر على المواقع الالكترونية، لمعلومات تتعلق بالنشاط التجاري، والذي يُسمح لها بقدر أكبر من الشفافية، فجاء في قرار الغرفة التجارية الصادر في١٥ ديسمبر٢٠١٥ "أن حرية الصحفي في الإعلام من الحريات الأساسية التي لا يمكن أن تخضع لقيود عندما يتم تمرير معلومات بحسن نية استناداً إلى حقائق دقيقة وموثوق منها، لا سيما عندما يتعلق الأمر في حالة معلومات مفيدة، نظراً للسماح بقدر أكبر من الشفافية في الحياة التجارية"[١١٣].

د–التعارض بين السرية التجارية والسرية المهنية: يعترف القانون الفرنسي للتجار بحقهم في ضمان سرية أعمالهم Protection du secret des affaires ، فنجده في الأمر الصادر في١٣نوفمبر٢٠٠٨، قد

---

(111)"en matière de divorce la preuve se fait par tous moyens ; que les juges du fond ne peuvent écarter des débats une correspondance échangée entre un conjoint et un tiers que s'ils constatent que cette pièce a été obtenue par violence ou par fraude ; qu'au cas d'espèce، a privé sa décision de base légale au regard de l'article 259-1 du Code civil la cour d'appel qui، pour écarter des débats un constat d'huissier relatant le contenu de messages écrits adressés téléphoniquement، s'est bornée à retenir que la lecture de ces courriers constituait une atteinte à la vie privée، sans rechercher si ces messages avaient été obtenus par violence ou par fraude.". Cass.civ.1.du 17 juin 2009، pourvoi n° 07-21.796، Bull. 2009، I، n° 132.

(112)J.ROBERT، Les réponses juridiques، Dossier: internet et les liberté، Les Petit Affaires، n°224،du 10 novembre 1999.

وينظر في هذه المواقف، أيضاً: د. حماد مصطفى عزب، الجوانب القانونية للإعلان عن المنتجات والخدمات عبر الانترنت، دار النهضة العربية،٢٠٠٣،ص٣٧؛ د. عبد الهادي فوزي العوضى،الجوانب القانونية للبريد الالكتروني، دار النهضة العربية،٢٠٠٥،ص١١٨.

(113) "la liberté d'informer du journaliste، liberté fondamentale ne pouvant faire l'objet de restrictions lorsque les informations sont transmises de bonne foi، sur la base de faits exacts et fiables، par ailleurs précises et ce، d'autant plus lorsqu'il s'agit comme dans le cas présent d'informations utiles car permettant une meilleure transparence de la vie des affaires". Cass.Com. du 15 décembre2015.N°: 14-11500. https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do ?oldAction= rechJuriJudi &id Tex te=JURITEXT000031652185&fastReqId=74732812& fastPos =1.Le: 01/04/2016.

عدل الجهاز المتعلق بحمايتها، وذلك لغرض تعزيز تلك الحماية، ولكن في الوقت ذاته لضمان فعالية الإجراءات المتعلقة بالمنافسة بالإعتماد على الجهاز الجديد الذي يقوده المقرر العام[١١٤]، إلا أن هذه السرية التجارية قد تتعارض مع السرية المهنية، وهنا تقرر الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في٢٥فبراير٢٠١٦، والذي جاء في حيثياته، "أن على المحامي أن يحترم سرية التحقيق والتعليمات الخاصة بالقضايا الجنائية، في عدم إبلاغه بالمعلومات المستردة من الملف، وعليه أيضاً أن يحترم السرية التجارية، وهو ما يدعونا الى القول: بأن التوفيق بين مبدأ الخصومة والحماية الناجمة عن سرية الأعمال التجارية، يضمن لمحامي الأطراف فيها تقديم المشورة بخصوص المستندات المعزولة، حيث أن السرية المهنية هي ضمانة كافية لتفادي خطر إفصاح المحامي عن مضمون مستندات موكله المعزولة"[١١٥].

المطلب الثاني: المراسلات التجارية ومبدأ التعادل الوظيفي

تنقسم المراسلات التجارية من حيث الوسيلة المستخدمة في إرسالها إلى نوعين، مراسلات عادية أو مراسلات الكترونية، فالمراسلات العادية ذات كيان مادي ملموس ويمكن رؤيتها بالعين المجردة، في حين أن المراسلات الالكترونية ذات كيان غير ملموس ولا يمكن رؤيتها إلا بوساطة أجهزة تقنية المعلومات، فضلاً عن أن المراسلات العادية يمكن قراءتها من خلال ورقة الأصل أما المراسلات الالكترونية فلا يمكن معرفة محتواها إلا بعد قراءتها بوساطة أحد أجهزة تقنية المعلومات كالحاسوب أو بوساطة طباعتها بالطابعة، وأخيراً، لا تتمتع المراسلات العادية بذات درجة الثبات التي تتمتع بها المراسلات الالكترونية، إذ أن الأخيرة، لا يمكن تغييرها بسهولة ودون أن تترك أي أثر مادي، لذلك فهي تتطلب إجراءات تقنية معقدة للمحافظة عليها عكس المراسلات العادية، إلا أنها تتشابه في حجيتها في الإثبات، وهذا ما قررته

---

[١١٤] وقد عدلت المادة(٢) من الأمر Ordonnance n°2008-1161 du 13 novembre 2008 من أحكام المادة(١/٤٦٣) من قانون التجارة الفرنسي، وكما يأتي:

L'article L. 463-4، alinéa 1، du code de commerce « Sauf dans les cas où la communication ou la consultation de ces documents est nécessaire à l'exercice des droits de la défense d'une partie mise en cause، le rapporteur général de l'Autorité de la concurrence peut refuser à une partie la communication ou la consultation de pièces ou de certains éléments contenus dans ces pièces mettant en jeu le secret des affaires d'autres personnes. Dans ce cas، une version non confidentielle et un résumé des pièces ou éléments en cause lui sont accessibles ».

[115] "le secret des affaires est distinct du secret professionnel ; que l'avocat respecte le secret de l'enquête et de l'instruction en matière pénale en s'abstenant de communiquer des renseignements extraits du dossier، que l'avocat respecte aussi le secret des affaires ; qu'en retenant، pour dire que la conciliation du principe du contradictoire et de la protection due au secret des affaires était assurée en réservant aux seuls avocats des parties la consultation des documents séquestrés، que le secret professionnel constitue une garantie suffisante permettant d'écarter le risque de révélation par l'avocat du contenu des pièces séquestrées à son client". Cass.civ. 1 du 25 février 2016 N° de pourvoi: 14-25729.https://www.legifrance .gouv.fr /affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000032120144.Le:13/10/2016.

بعض التشريعات الوطنية والدولية، إستناداً الى مبدأ التعادل الوظيفي، وسنقسم هذا المطلب على فرعين، سنبحث في الفرع الأول، مفهوم مبدأ التعادل الوظيفي، أما الفرع الثاني، فسنبحث فيه،النتائج المترتبة على إعتماد مبدأ التعادل الوظيفي، وكما يأتي:

الفرع الأول: مفهوم مبدأ التعادل الوظيفي

ترتب على تقدم تقنية المعلومات اضمحلال دور المستندات الورقية التقليدية لحساب مستندات أخرى مستحدثة تتمثل في الوسائط الإلكترونية وغيرها من مخرجات الحاسب الآلي ووسائل الاتصال الحديثة، مثلا الأشرطة الممغنطة، وأسطوانات الفيديو، والدعامات المثقبة، والميكروفيلم وغيرها[١١٦]، ويعد إثبات المستندات الإلكترونية من أهم المعوقات التي تواجه التجارة الإلكترونية، وذلك لاختلاف طبيعة المحرر الإلكتروني عن مثيله التقليدي، ومن المعلوم أن قواعد الإثبات اثنان :قواعد موضوعية وقواعد شكلية(إجرائية) ومن ثم المتفق عليه أن قواعد الإثبات الإجرائية تعتبر من النظام العام لأنها تتعلق بنظام التقاضي، أما قواعد الإثبات الموضوعية فبعضها يتعلق بالنظام العام بينما غالبية تلك القواعد ليست من النظام العام، لأنها موضوعة أصلاً لحماية المتخاصمين، ولهذا يجوز الاتفاق مقدماً على مخالفتها، ولا يجوز للمحكمة أن تقضي بها من تلقاء نفسها، وقد أقرت التشريعات مبدأ التعادل الوظيفي(Functional equivalence) والذي يعني المساواة في الحجية بين المحررات بشكلها التقليدي وشكلها الحديث، وسنتعرف فيما يأتي على الواقع القانوني قبل وبعد صدور القانون رقم (٢٠٠٠/٢٣٠) في١٣ مارس٢٠٠٠[١١٧]، وكما يأتي:

أولاً: الواقع القانوني قبل صدور قانون رقم (٢٠٠٠/٢٣٠) في١٣ مارس٢٠٠٠ :لا بد لنا من الإشارة بأن القضاء و الفقه الغربي[١١٨] كان قد فرق بين الكتابة بحد ذاتها و الدعامة سواءاً أكانت ورقية أم الكترونية أو غيره، وقد كان للقضاء الفرنسي أسبقية على المشرع في التفريق بين الكتابة الالكترونية و دعامتها، و ذلك من خلال حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض الفرنسية والصادر في ٢ديسمبر١٩٩٧ [١١٩]، و الذي بين أن "الكتابة مستقلة عن دعامتها، وأن الكتابة ممكن أن توجد كدليل في الإثبات، سواء على دعامة ورقية أو غيره"، وقرار الغرفة المدنية الأولى في ٨نوفمبر١٩٨٩، في قضيةCrédicas

---

[١١٦] د. علاء محمد نصيرات، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط١، ٢٠٠٥، ص٩١.

[117] Loi n°2000-230 du 13 mars 2000.

[118] Jan Klabbers ،Mortimer Sellers. The Internationalization of Law and Legal Education. Springer Science & Business Media،USA،2008،p197.

[119] "l'écrit peut être établi et conservé sur tout support، y compris par télécopies، dès lors que son intégrité et l'imputabilité de son contenu à l'auteur désigné ont été vérifiées، ou ne sont pas contestées".Cass. Com.2 decembre1997. N° de pourvoi: 95-14251. J.C.P. éd. E، 1998، p.178، note Thierry Bonneau ; Jérôme Huet، La valeur juridique de la télécopie (ou fax) comparée au télex، D. 1992، chr.، p.33 s.

[١٢٠]، والتي قبل فيها القضاء الفرنسي الدليل الالكتروني كدليل إثبات وهو المتعلق بعمليات الدفع الالكتروني، وما رافقه من تخبط في الاجتهاد الفرنسي، وهو ما جاء في قرار محكمة إستئناف Limogesالصادر بتاريخ١٨مايو١٩٩٩ [١٢١]، بأن" المستند المرسل من خلال البريد الالكتروني- حتى لو إقترن بتوقع، إلا أنه في ظل غياب أي دليل كتابي ظاهر يثبت إدعاء المدين بالالتزام- فإنه يفتقر للقوة الثبوتية".

ثانياً: الواقع القانوني بعد صدور قانون رقم (٢٣٠/٢٠٠٠) في١٣ مارس٢٠٠٠ : كما علمنا، أنه قبل تاريخ ١٣مارس٢٠٠٠ لم يكن القانون الفرنسي قد اعترف بالكتابة الالكترونية، أو بمعنى أدق لم يعترف بالكتابة على الدعامة الالكترونية كدليل مقبول في الإثبات، ، ولم يتدخل المشرع الفرنسي ليقر بقبول المستند والتوقيع الإلكتروني بنصوص شاملة إنما بشكل جزئي اقتصر على مواجهة حالات خاصة، تمس قطاعات حيوية على المستوى الاقتصادي أو الاجتماعي، كالمعاملات التي تتم بين الأفراد وجهات إدارية على الشبكة الرقمية، على سبيل المثال، المرسوم رقم(٣٥٣/٨٥) بشأن السماح باستخدام الوسائط الإلكترونية كبديل عن الدفاتر التجارية في تدوين حسابات التجار ومنحها ذات الحجية المقررة لدفاتر التجار في الإثبات ، حتى صدور قانون رقم (٢٣٠/٢٠٠٠) في١٣ مارس٢٠٠٠، والمتعلق بتطوير قواعد الإثبات لتكنولوجيا المعلومات والتوقيع الالكتروني، والذي اعترف بحجية المحررات الإلكترونية أسوه بالمحررات الورقية، وهو يعتبر بمثابة تعديل للنصوص المنظمة للإثبات في القانون المدني الفرنسي ، وعدد مواد هذا التعديل (٦) مواد أدرجت كلها في مادة واحدة هو نص المادة (١٣١٦) ، وقد نص المشرع الفرنسي في هذا القانون على أمرين هما:

الأول : قبول الدليل المستمد من التوقيع والكتابة الإلكترونية.

الثاني :الإقرار بالقوة القانونية لهما في الإثبات ووضع الضوابط التي تكفل صحته.

وقد أضاف المشرع الفرنسي، نص المادة ١٣١٦ من التقنين المدني، والذي تم من خلاله تعريف المحرر المستخدم في الاثبات، بأنه" يشمل الإثبات بالكتابة كل تدوين للحروف أو العلامات او الأرقام أو أي رمز أو إشارة أخرى ذات دلالة تعبيرية واضحة مفهومة أيا كانت الدعامة التي تستخدم في إنشائها

---

[120] "Attendu qu'en statuant ainsi، alors que la société Crédicas invoquait l'existence، dans le contrat، d'une clause déterminant le procédé de preuve de l'ordre de paiement et que، pour les droits dont les parties ont la libre disposition، ces conventions relatives à la preuve sont licites، le Tribunal a violé les textes susvisés". Cass. Civ. 1ère ، 8 novembre 1989. N° de pourvoi: 86-16197 Bulletin 1989 I N° 342 p. 230

[121] "une document adressé par courrier électronique، même si elle comporte une signature، ne peut، en l'absence de tout commencement de preuve par écrit émanant du débiteur prétendu de l'obligation، revêtir la moindre force probante". Cour d'appel de Limoges، 1re chambre، 18 mars 1999.Gazette du Palais. n°1032،du 14-15 janvier 2000.

أو الوسيط الذي تنتقل عبره "[١٢٢]، وهكذا ظهر مبدأ التعادل الوظيفيEquivalence fonctionnelle ، ويقضي هذا المبدأ بأن المشرع لا يفرق بين القوة الثبوتية La force probante للكتابة في الشكل التقليدي و الكتابة في الشكل الالكتروني طالما استطاعت أن تؤدي الوظيفة و المهمة التي يتطلبها القانون، وقد كرس المشرع الفرنسي هذا المبدأ في المادة (١٣١٦-١) من القانون المدني الفرنسي على أن "تتمتع الكتابة الإلكترونية بذات الحجية المعترف بها للمحررات الكتابية على دعامة ورقية في الإثبات، شريطة أن يكون بالإمكان تحديد شخص مصدرها على وجه الدقة، وأن يكون تدوينها وحفظها قد تم في ظروف تدعو الى الثقة"[١٢٣]، ومعنى هذا أنه لا عبرة بالدعامة التي تحمل هذه الكتابة إذ الأمر سواء، مادام المشرع قضى بأن الكتابة في الشكل الالكتروني لها نفس الحجية مع الكتابة في الشكل الورقي متى أمكن التأكد من الشخص الذي أصدرها وأنها محفوظة في ظروف تضمن سلامتها، وبهذا يكون المشرع الفرنسي قد وسع بمقتضى هذا التعديل من نطاق الإثبات الكتابي، وأقر بموجبه القوة القانونية للتوقيع الإلكتروني، فالملاحظ من خلال النص المذكور أن المشرع الفرنسي توسع في مفهوم المحرر المكتوب ليشمل الكتابة على الورق والكتابة الإلكترونية ، أي أن مفهوم الكتابة لم يعد قاصرًا على ما هو مدون على الورق فقط ، أيضاً طريقة الكتابة لا تتحدد بنوع الوسيط المادي المستخدم ، ولا بالطريقة التي تنتقل بها في حالة الاتصال أو المراسلة بين من لا يجمعهما مكان واحد ، فالدليل المكتوب ينفصل تماماً عن المستند أو الدعامة التي تحويه ، ودون النظر للطريقة التي انتقل بها تتمتع المحررات الإلكترونية بذات الحجية[١٢٤]،لا بل يذهب البعض الآخر إلى أن الكتابة الإلكترونية لم تعد قاصرة على الكتابة كوسيلة إثبات، وإنما تشمل الكتابة كشرط لصحة التصرف وذلك بالنظر إلى عمومية نص الفقرة ١ من المادة١٣١٦، فالنص واضح فيما تضمنه من تعريف للكتابة، ولذلك يجب إعطاءه معنى كاملاً دون تخصيص[١٢٥].

نخلص من كل ذلك أن المشرع الفرنسي قد خطا خطوة مهمة في تدعيم وتطوير التجارة الإلكترونية، خاصة فيما يتعلق بإعترافه بحجية المحررات الإلكترونية في الإثبات لتكون شأنها في ذلك

---

(122) Art. 1316. du Code civil "La preuve littérale، ou preuve par écrit، résulte d'une suite de lettres، de caractères، de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible، quels que soient leur support et leurs modalités de transmission".
ينظر: د. حسن عبد الباسط جميعي، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت، مصدر سابق، ص٢١.

(123) Art. 1316-1 du Code civil "L'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier، sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité".

(124) Dominique Mougenot. Droit des obligations. La preuve .Groupe De Boeck s.a.،2000. Larcier. Bruxelles، Belgique. P.145.

(125) OLIVIER D'AUZON. Le droit du commerce électronique. Editions du puits fleuri،2004.P76.

شأن المحررات الكتابية التقليدية، وكذلك المساواة بين التوقيع التقليدي الكتابي la signature manuscrite والتوقيع الالكترونيla signature électronique .

الفرع الثاني: النتائج المترتبة على إعتماد مبدأ التعادل الوظيفي

من النتائج المترتبة على إعتماد مبدأ التعادل الوظيفي، السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي في إعمال مبدأ التعادل الوظيفي، وهذا ما سنبحثه في(أولاً)، ومن ثم نخوض في موقف القانون العراقي والاتفاقيات الدولية، في (ثانياً)، وكما يأتي:

أولاً:سلطة القاضي التقديرية في إعمال مبدأ التعادل الوظيفي:

أ-سلطة القاضي التقديرية في الإجتهاد الفرنسي: ما يلاحظ بالنسبة للقضاء الفرنسي فإن بناءه لمبدأ الاعتراف بالحجية للكتابة الإلكترونية بدأ في الظهور إلا مؤخراً في القرار الصادر عن الغرفة المدنية الثانية لمحكمة النقض الفرنسية المؤرخ في ٤ديسمبر٢٠٠٨، حيث نقضت هذه المحكمة قرار محكمة استئناف Reims الصادر في ٣٠ مايو٢٠٠٧، حيث أكدت محكمة النقض في نقضها، أن الاعتراف بالحجية للكتابة الإلكترونية لا يكون إلا بتوافر الشروط المنصوص عليها في المادة (١٣١٦-١) وأن تكون محددة التاريخ بالإضافة إلى ضرورة توثيق الوثيقة عبر أرشفتها حتى يتمكن القضاء معالجة هذا النوع من النزاع[١٢٦]، وفي قرار الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ٦ أبريل ٢٠١٦، حول قضية شركة التأمين التي تسمح لعملائها بالتوقيع إلكترونيا على طلبات العضوية في التأمين التكميلي، ويدعي أحد عملائها أنه قد وقع وثيقة لطلب العضوية الكترونيا، والتي شكلت تحدياً جديداً للاجتهاد الفرنسي، فكان على المحكمة تطبيق أحكام المادة(٢٨٧) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي لسنة١٩٧٥، لغرض التحقق من مدى توافر الشروط القانونية اللازمة لإعتماد التوقيع الإلكتروني[١٢٧]، وتنص هذه المادة على "إذا أنكر أي من الأطرف الكتابة المنسوبة له أو يدعي

---

(126)"QU'en vertu de l'article 1316-1 du Code civil، l'écrit sous forme électronique ne vaut preuve qu'à condition que son auteur puisse être dûment identifié et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité ; qu'en considérant le document produit par la CPAM de la MARNE comme la « copie informatique du courrier en date du 20 janvier 2003 »، sans rechercher si le fichier informatique litigieux avait bien été établi le 20 janvier 2003 et conservé dans des conditions interdisant à la Caisse de modifier le contenu de ce document، la Cour d'appel a privé sa décision de toute base légale au regard de l'article 1316-1 du Code civil". Cass.civ. 2 du 4 décembre 2008 .N° de pourvoi:07-17622 Bull. 2008، II، n° 259.

(127) "ALORS QUE dès lors qu'une partie dénie être l'auteur d'un écrit sous forme électronique، le juge est tenu de vérifier les conditions de validité de la signature c'est-à-dire que celle-ci consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache et، ainsi، que ce procédé mette bien en oeuvre une signature électronique sécurisée، établie grâce à un dispositif sécurisé de création de signature électronique et que la vérification de cette signature repose sur l'utilisation d'un certificat électronique qualifié". Cass.civ.1 du mercredi 6 avril 2016. N°:15-

عدم معرفة من نسبت اليه الكتابة، يتحقق القاضي من الكتابة محل النزاع وله إصدار القرار، ودون أن يأخذ في الاعتبار فيما إذا كان الإنكار أو رفض الاعتراف حول التوقيع المكتوب أو إلكتروني، يتحقق القاضي في مدى توافر الشروط التي تفرضها المواد ١٣١٦-١ و١٣١٦-٤ من القانون المدني، حول صحة التوقيع المكتوب أو إلكتروني"[١٢٨]، وهذه المادة، كما نرى، تؤكد أحكام المادة(١٣١٦-١)، والتي تعد الأساس القانوني، لمبدأ التعادل الوظيفي- والمادة(١٣١٦-٤) منه ، والتي تنص على أن التوقيع الالكتروني هو "التوقيع الضروري لإتمام التصرف القانوني الذي يميز هوية من وقعه ، ويعبر عن رضائه بالالتزامات التي تنشأ عن هذا التصرف . وعندما يكون إلكترونياً فيجب أن يتم بإستخدام وسيلة آمنة لتحديد هوية الموقِع وضمان صلته بالتصرف الذي وقّع عليه"[١٢٩].

ب-أثر تطبيق المبدأ على الواقع القانوني في العراق: رغم سهولة المبدأ القاضي بعدم المفاضلة بين المحررات الالكترونية و المحررات التقليدية من حيث المفهوم النظري ، إلا انه قد تطرح مسائل عدة في الموضوع و خاصة في ظل تشريعنا الحالي ، ولعل من أهم هذه المسائل التي تطرح حالة ما إذا تم عرض محررين واحد تقليدي و الآخر الكتروني على القاضي لإثبات الواقعة نفسها فبأيهما يؤخذ ؟ للجواب على ذلك، نقول: بأنه من المستساغ و المتصور جدا بعد الاعتراف بالحجية الثبوتية La valeur probatoire للمحررات الالكترونية أنه قد يعرض على المحكمة ملف يتضمن الادعاء بإثبات حق معين ، و لهذا الغرض قد يقدم احد الأطراف محرراً مكتوباً مجسد على دعامة ورقية و الطرف الأخر يقدم محرراً الكترونياً محاولاً دحض ما جاء به خصمه فهنا أي المحررين يرجح؟ في التشريع العراقي لا يوجد أي نص، كما انه لا يوجد أي تطبيق على المستوى العملي، إلا انه و في التشريعات المقارنة و خاصة التشريع الفرنسي قد أورد نصا يتعلق بهذه الحالة في المادة (١٣١٦ – ٢) : " إذا لم يكن هنالك نص أو اتفاق بين الأطراف يحدد أسس أخرى فانه على القاضي مستخدما كل الوسائل أن يفصل في النزاع القائم بين الأدلة الكتابية عن طريق ترجيح السند القريب إلى الاحتمال أيا كانت الدعامة

10732.https://www .legifrance. gouv.fr/ affichJuriJudi.do?idTexte= JURITEXT000032389405 .Le: 10 /10/2016.

(128) Art. 287du code de procédure civile "Si l'une des parties dénie l'écriture qui lui est attribuée ou déclare ne pas reconnaître celle qui est attribuée à son auteur، le juge vérifie l'écrit contesté à moins qu'il ne puisse statuer sans en tenir compte. Si la dénégation ou le refus de reconnaissance porte sur un écrit ou une signature électroniques، le juge vérifie si les conditions، mises par les articles 1316-1 et 1316-4 du code civil à la validité de l'écrit ou de la signature électroniques، sont satisfaites".

(129) Art. 1316-4 du code civil، "La signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique identifie celui qui l'appose. Elle manifeste le consentement des parties aux obligations qui découlent de cet acte … Lorsqu'elle est électronique، elle consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache. La fiabilité de ce procédé est présumée، jusqu'à preuve contraire، lorsque la signature électronique est créée، l'identité du signataire assurée et l'intégrité de l'acte garantie".

المستخدمة في تدوينه"[١٣٠]، المادة (١٣١٦ – ٣) والتي تنص على" يكون للكتابة على دعامة إلكترونية ذات الحجية في الإثبات الممنوحة للكتابة في المحررات الورقية"[١٣١]، ومعناه أن المشرع الفرنسي اوجد قواعد موضوعية يتبعها القاضي للفصل في النزاع وهي:

١– النظر فيما إذا كان هناك اتفاق مسبق بين الطرفين حول ترجيح دليل على آخر و ما هذا إلا تطبيق للقواعد العامة التي مفادها أن القواعد الموضوعية في الإثبات هي قواعد ليست من النظام العام وضعت لمصلحة الأطراف و مع ما يتلاءم و ظروفهم.

٢–حالة عدم وجود اتفاق يقوم القاضي بتحديد السند الأقرب للاحتمال مهما كانت طبيعته تقليدي أو الكتروني والمقصود بها هو أن يكون هذا المحرر الأقرب إلى التصديق في الظروف الوارد فيها.

إن هذا النص كما قلنا لا يوجد ما يقابله في التشريع العراقي إلا أننا لا نرى مانعاً في إتباع هذه الخطوات العملية التي توفر للقاضي كامل السلطة التقديرية في البحث عن الدليل الصحيح المقدم والاعتماد عليه للفصل في النزاع متى أمكن التأكد من توافر شروطه القانونية.

ثانياً: موقف القانون العراقي والاتفاقيات الدولية: أ–موقف القانون العراقي: اعتمد المشرع العراقي مبدأ التعادل الوظيفي للمراسلات، في قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية[١٣٢]، في المادة(١٣) "أولا: تكون للمستندات الالكترونية والكتابة الالكترونية والعقود الالكترونية ذات الحجية القانونية لمثيلتها الورقية إذا توافرت فيها الشروط الآتية: أ– أن تكون المعلومات الواردة فيها قابلة للحفظ والتخزين بحيث يمكن استرجاعها في أي وقت. ب– إمكانية الاحتفاظ بها بالشكل الذي تم إنشاؤها أو إرسالها أو تسلمها به أو بأي شكل يسهل به إثبات دقة المعلومات التي وردت فيها عند إنشائها أو إرسالها أو تسلمها بما لا يقبل التعديل بالإضافة أو الحذف. ج – أن تكون المعلومات الواردة فيها دالة على من ينشأها أو يتسلمها وتاريخ ووقت إرسالها وتسلمها"[١٣٣]، كما أن المشرع العراقي ساوى ما بين التوقيع الالكتروني

---

(130) Art. 1316-2 du Code civil :"Lorsque la loi n'a pas fixé d'autres principes، et à défaut de convention valable entre les parties، le juge règle les conflits de preuve littérale en déterminant par tous moyens le titre le plus vraisemblable، quel qu'en soit le support".

(131) Art. 1316-3 du Code civil :"L'écrit sur support électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier".

(١٣٢) عرف المشرع العراقي، الكتابة الإلكترونية، بأنها(كل حرف أو رقم أو رمز أو أية علامة أخرى تثبت على وسيلة الكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أية وسيلة أخرى مشابهة وتعطي دلالة قابلة للإدراك والفهم)(م ١ خامسا) وعرف المعاملات الإلكترونية بأنها (الطلبات والمستندات والمعاملات التي تتم بوسائل الإلكترونية)(م ١/سادسا) والمستندات الالكترونية بأنها(المحررات والوثائق التي تنشأ أو تدمج أو تخزن أو ترسل أو تستقبل كليا أو جزئيا بوسائل الكترونية بما في ذلك تبادل البيانات الكترونيا أو البريد الالكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي ويحمل توقيعا الكترونيا)(م ١/تاسعا).

(١٣٣) تنص المادة(١٥) من قانون التوقيع الالكتروني المصري رقم(١٥) لسنة٢٠٠٤، بأنه" للكتابة الالكترونية وللمحررات الالكترونية،في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية،ذات الحجية المقررة للكتابة والمحررات الرسمية والعرفية في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، متى استوفت الشروط المنصوص عليها في هذا القانون وفقا للضوابط الفنية والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون والنص المصري واضح في كونه أقر إمكانية استيفاء الشكلية التي يقررها القانون لإبرام العقد أو لترتيب آثاره عن طريق المحررات والمستندات الإلكترونية. ينظر: د.عبد

والتوقيع الخطي في حجية الإثبات وذلك في المادة الرابعة من هذا القانون، فجاء في المادة (٤) ثانياً :يكون للتوقيع الالكتروني في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية ذات الحجية المقررة للتوقيع الخطي إذا روعي في إنشائه الشروط المنصوص عليها في المادة(٥) من هذا القانون"[١٣٤]، كما جاء في قانون الإستثمار العراقي رقم١٣ لسنة٢٠٠٦، والذي أكد على الاستعانة بالمراسلات الاعتيادية والالكترونية وعلى حد سواء، وهذا ما أشار إليه في المادة (٦)، بأنه "تعتمد الهيئة المراسلات الالكترونية إضافة إلى المراسلات الاعتيادية بينها و بين الجهات الرسمية و المستثمرين العراقيين و الأجانب و المتعلقة بعمل و نشاط الهيئة من خلال الشبكات المحلية أو الشبكة الدولية وفق ضوابط تحددها الهيئة".

ب- موقف الاتفاقيات الدولية: لم تحدد إتفاقية الأمم المتحدة بشأن استخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية ، نيويورك ٢٠٠٥، الطبيعة القانونية للمراسلات الالكترونية، عما إذا كانت رسمية أو عادية(عرفية)، إنما تركت الأمر لقواعد القانون الدولي الخاص الواجب التطبيق على كل حالة على حدة، على إعتبار أن هذا الأمر أوثق صلة بقواعد الإثبات منه بتكوين العقد وتنفيذه، اللذين هما محور نطاق تطبيق الاتفاقية[١٣٥]، فقد تعرضت المذكرة التفسيرية لهذه الاتفاقية، أن الغرض" تهدف اتفاقية الخطابات الإلكترونية إلى تسهيل استخدام الخطابات الإلكترونية في التجارة الدولية عن طريق التأكّد من أن العقود المبرمة وغيرها من الخطابات المتبادلة إلكترونيا صحيحةٌ وقابلةٌ للتنفيذ بقدر مثيلاتها من العقود والخطابات الورقية التقليدية"[١٣٦]، كما جاء في مرفقها (أن لجنة الأمم المتحدة إذ تضع في اعتبارها أن المشاكل الناشئة عن التشكك في القيمة القانونية لاستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية تمثل عائقا أمام التجارة الدولية) [١٣٧]، وتنص المادة(٨)، من هذه الاتفاقية(الاعتراف القانوني بالخطابات الالكترونية)، "١- لا يجوز إنكار صحة الخطاب أو العقد أو إمكانية إنفاذه لمجرد كونه في شكل خطاب

العزيز المرسى حمود، مدى حجية المحرر الالكتروني في الإثبات في المسائل المدنية والتجارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٥، ص ١١.

[١٣٤] تنص المادة (٥) "يحوز التوقيع الالكتروني الحجية في الإثبات إذا كان معتمداً من جهة التصديق وتوافرت فيه الشروط الآتية: أولا- أن يرتبط التوقيع الالكتروني بالموقع وحده دون غيره. ثانياً- أن يكون الوسيط الالكتروني تحت سيطرة الموقع وحده دون غيره. ثالثاً- أن يكون أي تعديل أو تبديل في التوقيع الالكتروني قابلاً للكشف. رابعاً- أن ينشئ وفقاً للإجراءات التي تحددها الوزارة بتعليمات يصدرها الوزير".

[١٣٥] د. ليندا فهمي قاسم، القيمة القانونية للمراسلات الالكترونية في العقود الدولية، مصدر سابق ، ص٢٢٣.

[١٣٦] تاريخ الاعتماد :٢٣ تشرين الثاني/ نوفمبر ٢٠٠٥. وبدء السريان :١ آذار/مارس ٢٠١٣

[١٣٧] ويمكن أن نضيف هنا أن الكثير من الاتفاقيات الدولية تتبنى فكرة أن الكتابة يمكن أن تكون على دعامات متعددة ولا تقتصر في مفهوم وجودها على الورق ، ومن الأمثلة على تلك الاتفاقيات الدولية: اتفاقية روما لعام ١٩٨٥ بشان الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها حيث نصت المادة ٢/١١ على أن شرط التحكيم يمكن أن يرد في عقد أو اتفاق موقع عليه أو في تبادل خطابات أو برقيات .واتفاقية نيويورك بشان التقادم في البيوع الدولية للبضائع لعام ١٩٧٢ وتشير هذه الاتفاقية إلى أن مصطلح الكتابة ينصرف أيضا إلى المراسلات الموجهة في شكل برقية أو تلكس حسب المادة التاسعة من تلك الاتفاقية .واتفاقية الأمم المتحدة الموقعة في فيينا بشان البيع الدولي للبضائع لعام ١٩٨٠ ، حيث تقضي المادة ١٣ منها على ان مصطلح الكتابة ينصرف المراسلات الموجهة في شكل برقية او تلكس . ينظر: د.عباس العبودي ، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني ، عمان ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ١٩٩٧ ، ص ٢٥٣ وما بعدها؛ د. محمد حسام محمود لطفي، الإطار القانوني للمعاملات الالكترونية ، القاهرة ، دار النسر الذهبي للطباعة ، ٢٠٠٢ ، ص ٢٧.

الكتروني"[١٣٨]، وان النص على هذا المبدأ ضمن هذه الاتفاقية، يعد مفتاحاً للقوانين الالكترونية الدولية الأخرى[١٣٩]، كما أكدت المادة (٩) بخصوص إشتراطات الشكل أنه "٢-حيثما يشترط القانون أن يكون الخطاب أو العقد كتابياً، أو ينص على عواقب لعدم وجود كتابة، يعتبر ذلك الاشتراط قد استوفي بالخطاب الإلكتروني، إذا كان الوصول إلى المعلومات الواردة فيه متيسرا على نحو يتيح استخدامها في الرجوع إليها لاحقا"[١٤٠].

الخاتمة

أولاً: تعد المراسلات التجارية محط إهتمام الباحثين في علم القانون وعلم إدارة الأعمال، ومن الممكن تعريفها: هي " **هي كل المحررات المتعلقة بالتجارة التي يتبادلها التاجر مع غيره من الأشخاص، من خلال الوسائل التقليدية أو الإلكترونية، وذلك لديمومة نشاطه التجاري**".

ثانياً: تأتي أهمية المراسلات التجارية، من كونها وسيلة لتسهيل إتمام التعاملات التجارية والمالية، كما تعمل على توفير مصاريف السفر والتنقل والإقامة فيما بين الدول، وان التعاقد من خلال المراسلات يعزز العنصر القانوني، لإثبات التعاقد وتفصيلاته ويهيء المستندات التي يمكن الرجوع إليها عند حدوث أي منازعات، كما تعد وسيلة إعلان ناجحة عن نشاطات المؤسسة وإعمالها ومظهرها الخارجي، كما تتيح المراسلات، حرية التروي والتفكير قبل إتخاذ القرار في التعاقد، من غير تكلف أو حرج.

ثالثاً: المراسلات التجارية قد تكون مراسلات عادية أو مراسلات الكترونية، فالمراسلات العادية ذات كيان مادي ملموس ويمكن رؤيتها بالعين المجردة، في حين أن المراسلات الالكترونية ذات كيان غير ملموس ولا يمكن رؤيتها إلا بوساطة أجهزة تقنية المعلومات، فضلاً عن أن المراسلات العادية يمكن قراءتها من خلال ورقة الأصل أما المراسلات الالكترونية فلا يمكن معرفة محتواها إلا بعد قراءتها بوساطة أحد أجهزة تقنية المعلومات كالحاسوب أو بوساطة طباعتها بالطابعة، وأخيراً، لا تتمتع المراسلات العادية بذات درجة الثبات التي تتمتع بها المراسلات الالكترونية، إذ أن الأخيرة، لا يمكن تغييرها بسهولة ودون

---

(138) Art.8."1.Legal recognition of electronic communications:"1. A communication or a contract shall not be denied validity or enforceability on the sole ground that it is in the form of an electronic communication".

(139)Wolfgang Kilian، Amelia H. Boss.The United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in in International Contracts: An In-depth Guide and Sourcebook. Kluwer Law International.BV. Netherland.2008.p.138.

وينظر كذلك المادة(٥) من قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونيةUNICTRAL الصادر عام ١٩٩٦ ، حول الاعتراف القانوني برسائل البيانات، والتي تنص على"لا تفقد المعلومات مفعولها القانوني أو صحتها أو قابليتها للتنفيذ لمجرد أنها في شكل رسائل بيانات"

Art. 5. "Legal recognition of data messages: "Information shall not be denied legal effect، validity or enforce- ability solely on the grounds that it is in the form of a data message"

(140)Art.9"2. Where the law requires that a communication or a contract should be in writing، or provides consequences for the absence of a writing، that requirement is met by an electronic communication if the information contained therein is accessible so as to be usable for subsequent reference".

أن تترك أي أثر مادي، لذلك فهي تتطلب إجراءات تقنية معقدة للمحافظة عليها عكس المراسلات العادية.

رابعاً: يتمتع البريد الالكتروني- بوصفه أحد أهم الوسائل الحديثة لتبادل المراسلات التجارية في الوقت الحاضر- بميزات عدة منها أنه وسيلة اتصال غير متزامن أي ليس هناك من تزامن في وجود الأشخاص على طرفي الاتصال كما أن خدمة البريد الالكتروني توفر درجات متعددة من الاتصال تتفاوت قوة وضعف في قدرتها على نقل المعلومات إلى الطرف الآخر ، وبالمقابل يعاب على البريد الالكتروني انه بإمكان الغير إدخال البرامج الضارة (الفيروسات) وبالتالي إتلاف البرامج والملفات جزئياً أو كلياً كذلك أن الدخول إليه من غير صاحبه يؤدي إلى فضح أسراره وقد يصيبه بضرر جسيم، وعلى الرغم من عدم كفاية القوانين الحالية لمعاقبة كل أنواع الجرائم التي استجدت نتيجة التطور التكنولوجي الحاصل، إلا أن القضاء لم يتوانى عن لعب دوره بشكل فاعل إلى حد كبير ولكن رغم ذلك فان الحاجة تبقى ماسة لإصدار تشريعات خاصة بجرائم المعلوماتية والانترنت يكون من شأنها الإحاطة بشتى أنواع التعديات الالكترونية.

خامساً: تعد المراسلات التجارية من السندات العادية(المحررات العرفية) غير المعدة للإثبات ولكي يكون للسند الالكتروني المستخرج من البريد الالكتروني الحجية الكاملة في الإثبات- إستناداً إلى مبدأ التعادل الوظيفي بين المحررات بشكلها التقليدي وشكلها الحديث- لابد من توفر شروط معينة لذلك تتمثل بضرورة توافر عنصري الكتابة والتوقيع الالكترونيين إضافة إلى ضرورة توثيق السند الالكتروني لدى جهة محايدة تسمى (الكاتب العدل الالكتروني) تتولى إصدار شهادة توثيق تتضمن هوية الموقع وتثبت صلته بالسند الموقع عليه الكترونياً، وقد أعطى المشرع العراقي للمستندات الالكترونية حجية قانونيه كما هو الحال لمثيلتها المستندات الورقية ، ولكنه اشترط عده شروط لاعتبارها ذات حجية وقد نصت عليها المادة(١٣) من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي.

سادساً: للمراسلات التجارية، وظيفتين قانونيتين أساسيتين، أولها: الوظيفة التمهيدية: فظروف التعاقد تحتم أحياناً، الإستعانة بالمراسلات التجارية، وعلى وجه الخصوص، في مرحلة المفاوضات السابقة على التعاقد، وذلك عند تبادل العروض بين الأطراف المتفاوضة، أما الوظيفة الثانية، فهي الوظيفة التفسيرية، وذلك عند الاستناد إليها من قبل قاضي الموضوع، لتحري النية المشتركة للطرفين المتعاقدين وقت إنعقاد العقد.

سابعاً: لم تحدد إتفاقية الأمم المتحدة بشأن استخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية الصادرة في نيويورك عام ٢٠٠٥، الطبيعة القانونية للمراسلات الالكترونية، عما إذا كانت رسمية أو عادية(عرفية)، إنما تركت الأمر لقواعد القانون الدولي الخاص الواجب التطبيق على كل حالة على حدة، على إعتبار أن هذا الأمر أوثق صلة بقواعد الإثبات منه بتكوين العقد وتنفيذه، اللذين هما محور نطاق تطبيق الاتفاقية

المراجع

أولا: المراجع باللغة العربية

***القرآن الكريم**

أ-المؤلفات:

١-المؤلفات العامة: (Ouvrages généraux)

كتب اللغة:

١. ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم الأفريقي المصري، لسان العرب، مادة "رسل" الجزء الحادي عشر،.ص٢٨١وص٢٨٢.

٢. محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، تحقيق محمود خاطر، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ – ١٩٩٥م، مادة "رسل"، ص١٦٢.

٣. محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، القاموس المحيط، تحقيق محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الخامسة، ١٤٠٦هـ، مادة "رسل".

٤. موريس نخلة- روحي البعلبكي-صلاح مطر، القاموس القانوني الثلاثي، منشورات الحلبي الحقوقية،الطبعة الأولى، بيروت، لبنان،٢٠٠٢، ص٤٢٠.

كتب الفقه الاسلامي:

١. علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب: المحامي فهمي الحسيني، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض،١٤٢٣-٢٠٠٣، الجزء الأول.

٢. البحر الرائق، الجزء السابع، ص ٦٩؛

٣. التاج والإكليل، الجزء السادس، ص ١٨٧ .

٤. مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الصادرة عن منظمة المؤتمر الإسلامي، جدة – المملكة العربية السعودية، الدورة السادسة لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي، ١٤١٠هـ – ١٩٩٠م، العدد (٦): ٢/٧٨٣ – ١٢٦٨.

٢-المؤلفات الخاصة: (Ouvrages spéciaux)

١. د. أحمد خالد العجلوني، التعاقد عن طريق الإنترنيت، دراسة مقارنة ، المكتبة القانونية، عمان ، الأردن، طبعة ٢٠٠٢.

٢. د.أحمد شرف الدين، أصول الصياغة القانونية للعقود، (تصميم العقد). ط٢، مطبعة أولاد وهبه حسان، الناشر. دار النهضة العربية، القاهرة – مصر، ١٩٩٣.

٣. د. أحمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٧، ١٩٩٣.

٤. السيد أحمد الهاشمي، جواهر الأدب في أدبيات وإنشاء لغة العرب، دار الجيل، بيروت، لبنان.

٥. أبو العباس أحمد بن علي القلقشندي، صبح الأعشى في صناعة الإنشا، المطبعة الأميرية، القاهرة، مصر،١٣٣٨هـ-١٩١٩م،ج١٤.

٦. أدريان غللي، ثقافة أدب الرسائل في المجتمع الإسلامي قبل العصر الحديث، نقله الى العربية: وليد شحاته، ط١، العبيكان للنشر، الرياض، ٢٠١١.
٧. د. إدوار عيد، أحكام الإفلاس وتوقف المصارف عن الدفع،ج١، مطبعة باخوس وشرتوني، بيروت، ١٩٧٢.
٨. د. أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، دار النهضة العربية، ،٢٠٠٣.
٩. د. إلياس أبو عيد، نظرية الإثبات في أصول المحاكمات المدنية والجزائية، الجزء الأول، منشورات زين الحقوقية، بيروت،٢٠٠٥.
١٠.د. أنور سلطان، قواعد الإثبات في المواد المدنية و التجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، طبعة ٢٠٠٥
١١.د. جابر عبد الهادي الشافعي، مجلس العقد،دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية،٢٠٠١.
١٢.جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ط٢، ترجمة:منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٨.
١٣.د. جواد علي،المفصل في تاريخ العرب قبل الإسلام، الجزء الثامن، الطبعة الثانية، مطبعة جامعة بغداد،١٩٩٣.
١٤.د. حامد شاكر الطائي، المفاوضات السابقة على التعاقد، دراسة قانونية مقارنة، المنشورات الحقوقية صادر، الطبعة الأولى، بيروت،٢٠١٥.
١٥.د. حسام الدين كامل الاهواني، النظرية العامة للالتزام،ج١، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، القاهرة، ١٩٥٢.
١٦.د. حسن عبد الباسط جميعي، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢.
١٧.د. حماد مصطفى عزب، الجوانب القانونية للإعلان عن المنتجات والخدمات عبر الانترنت، دار النهضة العربية،٢٠٠٣.
١٨.د. حمزة حداد ، قانون التجارة الدولية، الدار المتحدة للنشر، بيروت، ١٩٨٠.
١٩.د. سميحة القليوبي، الوسيط في شرح قانون التجارة المصري، الجزء الثاني، الطبعة الخامسة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧.
٢٠.د. سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة،دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ، ط١، ٢٠٠٦ و ط٢، ٢٠٠٧.
٢١.شريف بدوي، أسباب بطلان الضبط والتفتيش، دار الثقافة للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٨٩.
٢٢.د.عباس العبودي ، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني ، عمان ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ١٩٩٧.
٢٣.د. عبد الأمير العكيلي، أصول الإجراءات الجنائية في قانون أصول المحاكمات الجزائية، الجزء الأول مطبعة المعارف بغداد، الطبعة الأولى، ١٩٧٥.

٢٤. د.عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٢.
٢٥.د. عبد الغني بسيوني، النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٧.
٢٦.عبد العزيز عتيق، الأدب العربي في الأندلس، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، ص٤٤٨.
٢٧.د. عبد العزيز المرسى حمود، مدى حجية المحرر الالكتروني في الإثبات في المسائل المدنية و التجارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٥.
٢٨.د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج٢، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات–آثار الالتزام، دار النهضة العربية،١٩٦٨.
٢٩.د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، ج١، منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت،١٩٩٨.
٣٠.د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج١، مصادر الالتزام، ط٣، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٩.
٣١.د. عبد الهادي فوزي العوضى،الجوانب القانونية للبريد الالكتروني، دار النهضة العربية،٢٠٠٥ .
٣٢.د. علاء محمد نصيرات، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط١، ٢٠٠٥.
٣٣.د. ليندا فهمي قاسم، القيمة القانونية للمراسلات الالكترونية في العقود الدولية، دراسة في إتفاقية الأمم المتحدة بإستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية،المنشورات الحقوقية صادر،الطبعة الاولى، بيروت،٢٠١٥
٣٤.د. محسن شفيق، عقد تسليم مفتاح– نموذج من عقود التنمية، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة طبع،
٣٥.د. محمد إبراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود، ط١، الرياض
٣٦.د. محمد أمين الرومي، المستند الالكتروني، دار الكتب القانونية، المحله الكبرى، ٢٠٠٢.
٣٧.د. محمد أمين الرومي، التعاقد الالكتروني عبر الانترنت، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،ط١، ٢٠٠٤
٣٨.د. محمد حسام محمود لطفي، الإطار القانوني للمعاملات الالكترونية، دار النسر الذهبي للطباعة ، ٢٠٠٢
٣٩.د. محمد الزحيلي ، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، طبعة ثانية عام ٤٩ ،الجزء الثاني.
٤٠.–محمد سرور الحريري، الأصول العلمية والنظريات التطبيقية في علم إدارة الأعمال، دار القلم للطباعة و النشر و التوزيع، دون ذكر السنة، بيروت، لبنان.
٤١.محمد علي الصوري، التعليق المقارن على مواد قانون الإثبات، الجزء الأول، مطبعة شفيق، بغداد،١٩٨٣.
٤٢.محمد وفيق ابو اتلة ، موسوعة حقوق الإنسان، ومراجعة د.جمال العطيفي، القاهرة، ١٩٧٠.
٤٣.د. محمد محمد أبو زيد، المفاوضات في الإطار التعاقدي، (صورها وأحكامها)، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ١٩٩٥.
٤٤.د. محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، الدار الجامعية، بيروت، ٢٠٠٠.
٤٥.د. محمد علي جواد، العقود الدولية مفاوضاتها– إبرامها– تنفيذها، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٧.
٤٦. مصطفى نجيب شاويس، المراسلات التجارية، الطبعة الأولى، دار الفكر للنشر والتوزيع،عمان، ١٩٨٩.

٤٧.مصطفى يوسف كافي، التجارة الإلكترونية، سلسلة الاقتصاد الالكتروني، دار ومؤسسة رسلان للطباعة والنشر والتوزيع،٢٠٠٩، دمشق.
٤٨.د. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت . لبنان، ٢٠٠٢.
٤٩.د. مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول، العقد،مع مقدمة في الموجبات المدنية، ط٧، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٧.
٥٠.د. مصطفى احمد عبد الجواد، خطابات النوايا الصادرة عن الغير في مجال الائتمان، ط١، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية . مصر، ٢٠٠٠.
٥١.د. ميشال الغريب، الحريات العامة في لبنان والعالم،١٩٨٠.

ب–البحوث القانونية المتخصصة:

١. د. احمد السعيد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، دراسة مقارنة في مدى القوة الملزمة لمستندات التعاقد، مجلة الحقوق، العدد الثالث، السنة الخامسة والعشرون، سبتمبر، ٢٠٠١.، ص٢٧٩.
٢. د. أحمد فتحي سرور، الحق في الحياة الخاصة في القانون الجنائي، مجلة القانون والاقتصاد،ع٤، ١٩٨٤.
٣. حسين المؤمن، الرسائل بين حق الإثبات وحرمة الأسرار، مجلة القضاء، مجلة حقوقية تصدرها نقابة المحامين في الجمهورية العراقية،ع٢،س٢٨، نيسان /مايس /حزيران سنة ١٩٧٣ ، ص ٦١ – ٧٠.
٤. د.هدى عبد الله، سلطة القاضي في تعديل العقد، مجلة العدل، الدراسات، ٢٠١١، س٤٥، ع١، ص١٢١.

ج– الدساتير والقوانين والتعليمات:

١. دستور جمهورية العراق لسنة٢٠٠٥.
٢. الدستور الإسباني لعام ١٩٧٨م
٣. دستور ألمانيا الاتحادية لعام ١٩٤٩م
٤. دستور رومانيا لعام ١٩٩١م
٥. الدستور الألباني لعام ١٩٧٦م
٦. القانون المدني العراقي رقم(٤٠) لسنة١٩٤١.
٧. القانون المدني الفرنسي الصادر عام١٨٠٤
٨. القانون المدني الألماني عام١٨٩٦.
٩. مجلة الالتزامات والعقود التونسية لسنة١٩٠٦.
١٠.قانون التجارة العراقي النافذ رقم(٣٠) لسنة١٩٨٤.
١١.قانون التجارة العراقي الملغي رقم(١٤٩) لسنة١٩٧٠.
١٢.قانون التجارة الفرنسي عام١٨٠٧.
١٣.قانون التجارة البرية اللبناني الصادر بموجب المرسوم الاشتراعي رقم ٣٠٤ في ١٢/٢٤/، ١٩٤٢
١٤.قانون التجارة الأردني رقم(١٢) لعام ١٩٦٦
١٥.قانون الاستثمار العراقي رقم(١٣) لسنة٢٠٠٦.

١٦.قانون الإثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل
١٧.قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي رقم(٧٨) لسنة٢٠١٢
١٨.قانون التوقيع الالكتروني المصري رقم(١٥) لسنة٢٠٠٤،
١٩.قانون المعاملات الالكترونية الأردني المؤقت رقم(٨٥) لسنة٢٠٠١
٢٠.قانون إمارة دبي رقم (٢) لسنة ٢٠٠٢ بشأن المعاملات و التجارة الإلكترونية.
٢١.قانون الإجراءات المدنية الفرنسي لعام١٩٧٥.
٢٢.قانون البريد العراقي رقم(٩٧) لسنة ١٩٧٣.
٢٣.مذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري، حول المادة(٣٩٦)، بشأن البرقية.
٢٤.تعليمات رقم (١) لسنة ١٩٧٣ صادرة عن وزارة المواصلات (المواد البريدية المهملة)
٢٥.قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونيةUNICTRAL الصادر عام ١٩٩٦ ،
٢٦.اتفاقية فيينا للبيع الدولي البضائع، الصادرة عام ١٩٨٠ ،
٢٧.إتفاقية الأمم المتحدة بشأن استخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية الصادرة في نيويورك عام ٢٠٠٥.

ثانياً: المرجع باللغة الاجنبية:

1. Dominique Mougenot. Droit des obligations. La preuve .Groupe De Boeck s.a.،2000. Larcier. Bruxelles، Belgique. P.145.
2. Hervé Jacquemin،Le formalisme contractuel: Mécanisme de protection de la partie faible، Groupe De Boeck s.a.،2010. Larcier. Bruxelles، Belgique. P.127.
3. Françoise Labarthe، La notion de document contractuel، thèse، Préface de J.Ghestin، L.G.D.J.Paris.1994،P.187 et ss.
4. – Marie-Pierre FENOLL TROUSSEAU et Gérard HAAS، Internet et la protection des données personnelles، Paris، Litec، 2000، p.76.
5. J.ROBERT، Les réponses juridiques، Dossier: internet et les liberté، Les Petit Affaires، n°224،du 10 novembre 1999.
6. J.FERRARIS. Le Rôle Des documents précontractuels dans l'interprétation par le juge du contrat، Groupe De Book، Bruxelles، Belgique.2010،P:26،55،56.
7. Jérôme Huet، La valeur juridique de la télécopie (ou fax) comparée au télex، D. 1992، chr.، p.33 s.
8. Jan Klabbers ،Mortimer Sellers. The Internationalization of Law and Legal Education. Springer Science & Business Media،USA،2008،p197.

9. Ghestin(J)، Loiseau(G) et Serinet (Y-M)،Traité de Droit Civil، La formation du contrat، Tome1:Le contrat، Le consentement، 4 éme édition، L.G.D.J.Lextenso édition. 2013. n^0 786.P.511-512.
10. G. CORNU ، Vocabulaire juridique ، Association H. Capitant، PUF،. 2000، P.230.(échange lettres d'autres message assimiles -fax، télégramme)
11. OLIVIER D'AUZON. Le droit du commerce électronique. Editions du puits fleuri،2004.P76.
12. Wolfgang Kilian، Amelia H. Boss.The United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts: An In-depth Guide and Sourcebook. Kluwer Law International.BV. Netherland.2008.

ثالثا: الأحكام القضائية:

أحكام القضاء العراقي:

قرار محكمة التمييز العراقية، رقم الاضبارة ١٨٩٩و ١٩٠٨/حقوقية /١٩٦٧، بتاريخ ١٦ /٧/١٩٦٨ سجل القرار/ الحقوقية ١٩٦٨/ رقم السجل ١٠٧/١١، تسلسل ٤٠١- ٥٠٠، ص ٥، (قرار غير منشور)

أحكام القضاء المصري:

نقض مدني مصري، الطعنان رقما ٢٩٩ و ٣٠٩ لسنة ٣٣ ق جلسة٢٨/٣/ ١٩٦٨، ص ٦٤٢

نقض مدني مصري، الطعن رقم٤٣١٥لسنة٧٢ق، جلسة٢٢/١/٢٠١٣، أحكام محكمة النقض المصرية:
http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/Civil/Cassation_Court_Civil.aspx

نقض مدني مصري، الطعن رقم ٣٥١ لسنة ٣٣ قضائية، جلسة ٧/١٢/١٩٦٧، مجموعة المكتب الفني، السنة ١٨، ص ١٨٣٣، قضاء النقض في المواد المدنية، للمستشار:عبد المنعم دسوقي، الجزء الثاني، المجلد الأول، القاعدة رقم ٥٩٤، ص ١٩٢.

نقض مدني مصري، الطعن رقم ٣١٠ لسنة ٣٠ ق جلسة ١١/١/١٩٦٦ ص ٧١.

نقض مدني مصري، الطعن رقم ٤٧٧٣ لسنة ٧١ ق جلسة ٢٢/٥/٢٠٠٣ س ٥٤ ق ١٤٢ ص ٨٢٣

أحكام القضاء اللبناني:

- محكمة التمييز اللبنانية المدنية، الغرفة الثالثة، قرار رقم٤٠، في١٥/٣/١٩٦٧، مجموعة اجتهادات جميل باز، الجزء١٥،ص١٥١.
- محكمة التمييز اللبنانية المدنية، الغرفة الثانية، قرار رقم٩٦/٣١، في١٤/٥/١٩٩٦، النشرة القضائية، العدد السادس،السنة١٩٩٦،ص٥٨٣.
- قرارات محكمة التمييز اللبنانية رقم٩٩/٩ بتاريخ ٢٦/١/١٩٩٩، وتمييز مدني ٤٠ ا المرجع كساندرا، الجزء الأول، ١٩٩٩ .ص١٦، وتمييز مدني٤٤ بتاريخ ١٤/٦/١٩٩٤، النشرة القضائية، العدد الثامن، ١٩٩٤ ص٨٥٧. وتمييز مدني بتاريخ ١٣/٦/١٩٧٤، مجلة العدل، ١٩٧٥، ص٢١٥.
- قرار محكمة جبل لبنان، رقم٧، في٢٣/٤/ ١٩٩٢، مجلة العدل،ع٢،س١٩٩٢،٦، ص٢٤٩.

- قرار محكمة الاستئناف المدنية في بيروت، رقم١٢٥١، بتاريخ ٢٠٠٦/٦/٨، مجلة العدل، العدد الرابع، السنة الأربعون، ٢٠٠٦، ص١٥٦٦.
- قرار محكمة الاستئناف المدنية في بيروت، الغرفة٩، رقم٢٠٠٥/٦٩٣،في٢٠٠٥/٤/١٤، (غير منشور).
- قرار محكمة الاستئناف المدنية في بيروت، الغرفة٩، رقم١٥٣٦بتاريخ٢٠١٢/١١/٣، مجلة العدل، العدد الأول، السنة الثامنة والأربعون، ٢٠١٤، ص٢٥٣ومابعدها.

أحكام القضاء الفرنسي:

1. Cass. Com.2 decembre1997. N° de pourvoi: 95-14251. J.C.P. éd. E، 1998، p.178، note Thierry Bonneau ;
2. Cass. Civ. 1 ، 8 novembre 1989. N° de pourvoi: 86-16197.Bull. 1989 I N° 342 p. 230
3. Cass. crim. du 3 février 2004.N° de pourvoi: 03-84825.Bull. crim. 2004 N° 28 p. 120.
4. Cass.soc. 23 mai 2007 N° de pourvoi: 06-43209 Bull. 2007، V، N° 85.
5. Cass.civ. 2 du 4 décembre 2008 .N° de pourvoi:07-17622 Bull. 2008، II، n° 259.
6. Cass.civ.1 du mercredi 6 avril 2016. N°:15-10732.https://www .legifrance. gouv.fr/ affichJuriJudi.do?idTexte= JURITEXT000032389405 .Le: 10 /10/2016.
7. Cass.Com ،8 Octobre،1996، N° de pourvoi: 94-17967.Bulletin 1996 IV N° 224 p. 196.et aussi: R.T.D Civ. ،1997،P.137،Obs. ،J. Mestre
8. Cass.civ.18 mai 1936. D.H.1936.345.éd G.Iv.8.
9. Cass.com. du 15 décembre 1992. N° : 90-17198 Bull. 1992 IV N° 419 p. 295.
10. Cass. civ.1re ،20 mars 1963 ،Bull.civ.I ،n ، 174.
11. Cass.civ.3.du 11 juin 2014.N°: 13-18869. legifrance. gouv.fr. Le:15/05/2015.
12. Cass.civ. 1 du 19 avril 2005.N° de pourvoi: 02-16447. Bull. 2005 I N° 197 p. 165.
13. Cass.civ.1.du 20 mars 2014.N°:12-28318. legifrance .gouv.fr. Le:15/05/2015.
14. Cass.civ.3.18 octobre 2011.N°:10-22902.legifrance.gouv.fr.Le:15/05/2015.
15. Cass. Civ.1.du 30 septembre 2015.N° de pourvoi: 14-13912 .https://www.legifrance. gouv.fr/affichJuriJudi.do %3Fid Texte%3 DJURIT EX T000031265072&usg =ALkJrhjbtTNysYO4eZaPK zkiidwimSAXvA.Le:5/10/2016.

16. Cour d'appel de Douai 19 nov. 2007.N° de RG: 06/2100. legifrance.gouv.fr.Le : 18/02/2015.
17. Cour d'appel de Versailles. 12ème Ch. Sec. 2. du 25 sept. 2003.R.G. N°: 01/04672 .legifrance.gouv.fr .Le: 16/12/2014.
18. Cour d'Appel d' Aix- en-Provence، 27 janvier .1846.DP ،1846;2.230.
19. Cour d'appel de Limoges، 1re chambre، 18 mars 1999.Gazette du Palais. n°1032،du 14-15 janvier 2000.