

مجلة كلية التراث الجامعة

مجلة علمية محكمة
متعددة التخصصات نصف سنوية
العدد الأربعون

30 آب 2024
ISSN 2074-5621



رئيس هيئة التحرير

أ.د. جعفر جابر جواد

مدير التحرير

أ.م. د. حيدر محمود سلمان

رقم الايداع في دار الكتب والوثائق 719 لسنة 2011

مجلة كلية التراث الجامعة معترف بها من قبل وزارة التعليم العالي والبحث العلمي بكتابها المرقم
(ب 3059/4) والمؤرخ في (2014/ 4/7)

(وسائل إثبات دعوى العمليات المصرفية الإلكترونية في القانون المدني العراقي
والسوداني)
(دراسة مقارنة))

أ. د سعيد يوسف سعيد البستاني

م.م ساهر ناصر حسين العزاوي

Islamic University - Lebanon

الملخص:

نتيجة التطور التقني والتكنولوجي الذي طال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، حيث درجت المصارف والمؤسسات المالية والتجارية في العراق والسودان على استعمال الوسائط الإلكترونية في إنجاز معاملاتها ، وتبادل المعلومات والرسائل والبيانات عبر شبكات الكمبيوتر . يجري تحميل هذه البيانات والرسائل داخل وسائط الاتصالات كما هي ، من دون توقيع أو موقعة بتوقيع رقمي أو الكتروني يعود لصاحب الرسالة ، كما ان الرسالة ترسل بشكل مشفر من اجل عدم تمكن الغير من قرائها في حال تمكنه من الوصول اليها باي طريقة كانت.

ان المصارف تبقى تواقفة دائماً لتقديم الخدمات الأفضل لزبائنها ، من هنا فقد أصبح من الطبيعي أن تتأثر العمليات المصرفية بتطور وسائط الاتصالات . وبالتالي تطرح تحديات جديدة ، سواء على الصعيد التقني من ناحية أمن المعلومات والمعاملات وسريتها ، أم على الصعيد القانوني لعدم وجود قوانين وضعية توعي للمتعاملين والمصارف بالثقة في سبيل ضمان حقوق المتضررين ، فالمفهوم السائد لنظام الإثبات الحالي يقوم على مبدأ تفوق الصيغة الخطية والتوقيع بخط اليد ، وارتباط السند بمرتكزه الورقي ، اضافة الى غياب أي تعريف للكتابة في ظل التشريع الحالي من قانون أصول المحاكمات المدنية . مع العلم ان الوسائط الإلكترونية مجردة من أي مرتكز ورقي ، وغير مقترنة بشكلية التوقيع ، ما يصعب معها احيانا عملية تكييفها قانونا من خلال نظام الإثبات القانوني المعمول به حالياً ، أو إعطائها فاعلية كاملة في الإثبات .

لقد تطرقنا في بحثنا هذا الى مفهوم وسائل الإثبات وحكمها وشروطها حيث تم التطرق الى معنى الإثبات لغة واصطلاحاً وما هو المعنى القانوني لها ، كما تم التعريف بالكتابة والتوقيع الإلكتروني باعتبارها من الثوابت التي يعتد بها في اثبات المحررات الورقية والإلكترونية . وللوقوف على حكم الإثبات وحجية المستندات الإلكترونية كان لابد من البحث في هذا المضمار للتعرف من خلالها على قوة وحجية الأدلة والمستندات الإلكترونية من الوجهة القانونية.

الكلمات المفتاحية:

العمليات المصرفية الإلكترونية، مفهوم الإثبات ، حجية الإثبات الإلكتروني ، العقد الإلكتروني.

Abstract:

As a result of the technical and technological development of information and communication technology, banks and financial and commercial institutions in Iraq and Sudan used to use electronic media in completing their transactions, and exchanging information, messages and data over computer networks. These data and messages are uploaded within the communications media as they are; without a signature, or signed by a digital or electronic signature belonging to the author of the message, and the message is sent in encrypted form in order not to be able to read it in the event that he can access it in any way.

Banks are always eager to provide the best services to their customers; hence it has become natural for banking operations to be affected by the development of communication media. Thus, new challenges arise, whether at the technical level, in terms of the security and confidentiality of information and transactions, or at the legal level, in terms of the lack of positive laws that inspire customers and banks to trust in order to guarantee the rights of those affected, the prevailing concept of the current evidence system is based on the principle of superiority of the written form and handwritten signature, and the bond was linked to its paper basis, despite the absence of any definition of the writing.

Knowing that the electronic media is devoid of any paper basis, and is not associated with the formality of the signature, which sometimes troubles with it in the process of adapting it through the legal evidence system currently in force, or giving it full In our research, we have touched on the concept of means of effectiveness in proof. proof, their provisions and conditions, where the meaning of proof was addressed in language and idiomatically and what is the legal meaning of it, as was the definition of writing and electronic signature as one of the constants that are reliable in proving .And to find out the rule of proof and the authority paper and electronic documents .of the touch

Keywords:

Electronic Banking Operations , Means of proof, Authenticity of electronic evidence and documents , Electronic Contract.

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على رسوله الكريم وعلى اله وصحبه أجمعين وبعد نبداً بحثنا هذا بمقدمة تشتمل على الاتي:-

اولا : مدخل تعريفى بالبحث :

تواجه الاعمال عبر الانترنت وشبكات المعلومات والاعمال الالكترونية بوجه عام تحديات كثيرة ، ومن بين هذه التحديات وفي مقدمتها مشكلات الاثبات القانوني بواسطة مستخرجات الحاسوب والمراسلات الإلكترونية والملفات الرقمية بوجه خاص ، ومع تزايد الاعتماد على وسائل تقنية المعلومات يوما بعد يوم في إدارة وإنفاذ الأعمال المختلفة ، و تصاعد حمى التوجه نحو عالم الرقميات عالميا كبديل لعالم المحسوسات ، عالم البيانات والملفات المخزنة في أنظمة المعلومات كبديل للبيانات المحررة على الورق وحوافظ الملفات التقليدية ، يزداد الاهتمام بمدى حجبة وقوة وسائل التخزين التقني للمعلومات في الاثبات ومدى حجبة مستخرجات الحاسوب ومدى إمكان النظام القانوني للإثبات واستيعاب هذه الأنماط المستجدة من وسائل إثبات التصرفات التعاقدية . لايقف السؤال عند حد التصرفات القانونية المدنية والتجارية والمصرفية ، بل يتعداه الى مدى قوة وحجية الدليل ذي الطبيعة الالكترونية في العمليات المصرفية الالكترونية .

ثانيا: الهدف من البحث وأسباب إختياره :

1. البحث في العمليات المصرفية الإلكترونية التي تتم بين المصرف والزبون ، ومدى قدرة القانون على تطويع القواعد العامة في الإثبات لإضفاء الحجية على العقد الالكتروني و الرسائل الخلوية الصادرة بين المصرف والزبون لتوفير الأمان القانوني لها.
2. تسليط الضوء على الكتابة و التوقيع الالكترونيين في الرسائل وحجيتهما القانونية وأهميتها في ساحات القضاء.

ثالثاً : مشكلة البحث :

التحديات القانونية التي تواجه المصارف خلال معاملاتها الإلكترونية والعمل على إثباتها قانوناً ، حيث تحتاج الى خلق تفاعل بين القانون والواقع مما يجعلها حقيقة لا بد من معالجتها من خلال التنظيم القانوني لهذه العمليات الالكترونية ، والعمل على إسباغ الحماية القانونية لجميع أطراف العقد الإلكتروني ، خصوصاً مع نقص التشريعي للقانون العراقي مما يشكل عائقاً أمام مواجهة هذه التحديات.

رابعاً : منهجية البحث:

تم استخدام طريقة المنهج الوصفي التحليلي المقارن بين القانون العراقي والقانون السوداني في قانون الاثبات والمعاملات والتوقيع الالكتروني في كلا البلدين.

خامسا : هيكلية البحث :

المطلب الأول : مفهوم وسائل الإثبات وشروطها وحكمها.

المطلب الثاني: الكتابة والتوقيع الإلكتروني .

المطلب الثالث: حكم الإثبات وحجية المستندات الإلكترونية.

المطلب الأول :**مفهوم وسائل الإثبات وشروطها وحكمها:**

بدايةً لا بد لنا من تعريف الوسيلة فهي في اللغة : المنزلة عند الملك والدرجة وما يتقرب إلى الغير، ومنه قوله تعالى: (أُولَئِكَ الَّذِينَ يَدْعُونَ يَبْتَغُونَ إِلَى رَبِّهِمُ الْوَسِيلَةَ أَيُّهُمْ أَقْرَبُ)⁹⁴³.

ان معنى الوسيلة الاصطلاحي: هو ما يتقرب به إلى الغير⁹⁴⁴، ليحصل الوصول إليه⁹⁴⁵.

تعريف الإثبات لغةً : واللفظ مأخوذ من ثبت الشيء يثبت ثباتاً وثبوتاً فهو ثابت⁹⁴⁶ .

وتعريف الإثبات اصطلاحاً : هو إقامة الحجة أو البينة مطلقاً⁹⁴⁷

الفرع الاول :وسائل الإثبات وشروطه في الشريعة الاسلامية.

يعتبر الأثبات علماً على مصطلح مخصوص، عبروا عنه بأنه : " طريق الحكم وصفته والطرق التي يلجأ إليها القضاء أو الخصوم لإظهار الحق في واقعة متنازع فيها"⁹⁴⁸

وفي الحديث عن شروط الإثبات التي يجب توافرها ليتحقق قصد الشارع من تشريع الإثبات، وهذه الشروط هي⁹⁴⁹ :

- ان تكون الوسيلة مشروعة، ويقصد ان تكون مما حددته الشريعة الإسلامية بالنص أو الاجماع أو الاستنباط والاجتهاد أو مما وافق مقصودها من غير مخالف لمضمونها ومحتواها.
- ان تفيد الوسيلة العلم اليقيني أو غلبة الظن .

1 سورة الإسراء، الآية : 57 .⁹⁴³

2 علي بن محمد بن علي الشريف الجرجاني، التعريفات ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1997 ، ص252 .⁹⁴⁴

3 محمد عيم الإحسان البركتي، التعريفات الفقهية ، دار المعرفة، بدون مكان نشر ، ط1، 2003، ص 237 .⁹⁴⁵

4 محمد بن مكرم ابن منظور الانصاري، دار صادر، بيروت ، ط3، 1414 هجرية ، ص82 .⁹⁴⁶

5 إبراهيم بن موسى بن محمد الشاطبي، الموافقات ، دار بن عفان ، بدون مكان نشر ، ط11997، ص51 .⁹⁴⁷

6 منصور بن إدريس البهوني ، كشف القناع عن متن الاقتناع ، دار الكتب العلمية، ط6، بيروت، ، ص 327 .⁹⁴⁸

7 أيمن العمر، المستجدات في وسائل الإثبات في العبادات والمعاملات والحقوق والحدود والجنايات، دار باقة الغربية أكاديمية القاسمي، ط1، بدون مكان طبع، 2001، ص35 .



ويقصد من الإثبات الوصول إلى الحقيقة الضائعة بين طرفي النزاع إحقاقاً للحق، وإقامة ميزان العدالة بإقامته بين الناس.

• أن تكون وسيلة الإثبات سالمة من القوادح.

ينبغي ان تكون الوسيلة سالمة من الصنع أو التزوير وأن تكون معتبرة شرعاً سالمة من أي قدح يزعزع الثقة بها.

الفرع الثاني : تحديد الفقه الاسلامي لوسائل الأثبات:

لقد اختلف الفقهاء في تحديد وسائل الإثبات وعدها بين موسع ومضيق فكان لهم قولان:

القول الأول : يرى حصر وسائل الإثبات وتقييدها بما ورد في الشرع بحيث لا يجوز للقاضي أو الخصوم الاستناد إلى غيرها في إثبات الأحكام والحقوق، حتى لو كانت أقوى في دلالتها أو كان القاضي قد أقتنع بغيرها⁹⁵⁰.

القول الثاني : ويذهب إلى التوسع في طرق الإثبات ووسائله ويرى عدم حصرها وتقييدها في وسائل معينة، فكل ما يثبت الحق ويدل عليه فهو طريق ووسيلة للحكم وعلى القاضي أن يحكم به⁹⁵¹.

إن وسائل الإثبات وطرقها لم يرد في الشارع على ما يدل حصرها أو تقييدها في وسائل مخصوصة، فهي وسائل اجتهادية، معلومة العلة، ويمكن القياس عليها.

من هنا يسوغ للقاضي أن يحكم بكل ما يثبت به الحق ويتضح له ذلك من خلال بيانات وشواهد ولو لم ينص عليه الشارع والله أعلم⁹⁵².

أما بشأن حكم إثبات عقد التجارة والمعاملات الإلكترونية فهي أقرب ما تكون في أغلب الاحوال إلى الكتابة والمراسلة التي نص عليها كثير من الفقهاء على جواز إنشاء العقود بها ، ونظراً لأن صحة الاعتماد على المستند أو الوثيقة في الإثبات لا بد له من أمرين مهمين هما : الكتابة الخطية، والتوقيع اليدوي، فهذا يستلزم ان نقف على مفهوم كل واحد منهما.

المطلب الثاني:

الكتابة والتوقيع الإلكتروني وحجية الإثبات:

⁷ أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، دار الحديث، القاهرة، بدون رقم طبعة ، 2، 462/2004 . ⁹⁵⁰

⁹ ابراهيم بن ابي عبد الله بن فرحون (ت799هـ) ، تبصرة الحكام في أصول الاقضية ومناهج الأحكام ، دار عالم الكتب - الرياض، طبعة خاصة ، 2003م : 172/1 .

¹⁰ علي محمد أحمد أبو العز ، التجارة الالكترونية وأحكامها في الفقه الاسلامي ، دار النفائس للنشر والتوزيع ، عمان ، 2013، ص178. ⁹⁵²



الكتابة هي الوسيلة الأساسية لإثبات التصرفات القانونية في المسائل المدنية، ففي حالات الإثبات التقليدية نراها تقوم على الكتابة المدونة في محرر ورقي بيد من قام بكتابتها، وفي حالة استخدام العمليات الإلكترونية بدل الورق لا بد من معرفة حصول المستند الإلكتروني على القبول والاعتراف القانوني كدليل إثبات ومن هنا لا بد لنا ان نتوقف عند الكتابة التقليدية في هذا المطلب.

الفرع الأول: الكتابة وشروطها التقليدية ومدى توافرها في الكتابة الإلكترونية:

الكتابة في اللغة مصدر كتب، يقال كتب الشيء يكتبه كتباً وكتابة، أي خطه⁹⁵³

والكتابة : ما يخطه الإنسان او يكتبه في القرطاس من الكلام⁹⁵⁴.

أما في الاصطلاح : لم يفرد الفقهاء الكتابة بفصل مستقل وإنما عبروا عنها بألفاظ مختلفة هما : الصك، والحجة، والسجل، والمحضر، والوثيقة⁹⁵⁵.

ومشروعية الكتابة وأهميتها هي أنها وسيلة قديمة قدم التاريخ، وأول سورة نزلت من القرآن الكريم:- (أَقْرَأْ بِاسْمِ رَبِّكَ الَّذِي خَلَقَ * خَلَقَ الْإِنْسَانَ مِنْ عَلَقٍ * أَقْرَأْ وَرَبُّكَ الْأَكْرَمُ * الَّذِي عَلَّمَ بِالْقَلَمِ)⁹⁵⁶ ، والآية : (وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ)⁹⁵⁷.

ان من شروط الكتابة على رأي الفقهاء والباحثين أنها تفيد في توثيق الحق المنتهت بها، وبدونها تعتبر الوثيقة ناقصة ولا تفي بالمقصود، ومن شروطها⁹⁵⁸:

أولاً : ان تكون مستبينة ظاهرة ويمكن حفظها على لوح، أو خشب، أو روق.

ثانياً : الكتابة تكون مرسومة أو مكتوبة بالطريقة المعتادة بين الناس.

ان المشرع العراقي أشار في قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم (78) لسنة 2012م ، المادة (1/ خامساً) إلى تعريف الكتابة الإلكترونية والتي نصت على الاتي: - "(كل حرف أو رقم أو رمز أو أية علامة أخرى تُثبت على وسيلة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أية وسيلة أخرى مشابهة وتعطي دلالة قابلة للإدراك والفهم)"⁹⁵⁹.

¹¹ محمد بن مكرم بن علي ابن منظور، لسان العرب ، دار بيروت ، بيروت ، لبنان، ط 3 ، ص 562 .⁹⁵³

¹² أحمد بن علي القلقشندي، صبح الأعشى في صناعة الإنشاء ، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، 1407هـ / 1987م : ج 1، ص 81.⁹⁵⁴

¹³ محمد مصطفى الزحيلي، أصول المحاكمات الشرعية والمدنية، مطابع مؤسسة الوحدة، بدون رقم ومكان طبعة ، 1981م : ص 189

¹⁴ سورة العلق، الآية : 1 - 4 .⁹⁵⁶

¹⁵ سورة البقرة ، الآية : 282 .⁹⁵⁷

¹⁶ مصطفى أحمد الزرقا ، المدخل الفقهي العام : مطبعة طربين ، دار الكتب ، ط3 دمشق ، سوريا ط 1337هـ / 1968م ، ص 171.⁹⁵⁸

¹⁷ قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم 78 لسنة 2012م ، جريدة الوقائع العراقية ، العدد 4256 ، 2012.⁹⁵⁹



كما أورد المشرع السوداني تعريفاً للكتابة في المادة (4) من قانون تفسير القوانين لعام 1974م ، بأنها تشمل : (الطباعة والبحث والكتابة على الآلة الكاتبة والحاسب والتصوير الفوتوغرافي، وأية وسيلة أخرى لإظهار، أو نسخ الكلمات بصورة مرئية).

وبنظرة متعمقة في طبيعة الكتابة الإلكترونية نجد أن شروط الكتابة بالمفهوم التقليدي متحققة الظهور في الوثائق الإلكترونية المستخرجة من جهاز الكمبيوتر وغيرها من وسائل التقدم العلمي الحديث.

في ضوء ما سبق يتضح لنا أن الكتابة بالوسائل الإلكترونية الحديثة يمكن أن تعتبر جامعة كونها وسيلة للتعاقد ووسيلة إثبات بإعتبار أن مجموع الرسائل أو الوثائق المتبادلة إلكترونياً تكون وثيقة العقد المعبرة عن الإرادة ومثبتة لوجودها في آن واحد.

الفرع الثاني : التوقيع الإلكتروني وصورة:

التوقيع في كلام العرب معناه : التأثير القليل الخفيف⁹⁶⁰، وهو ما يوقع في الكتاب.

واصطلاحاً يراد به ما يجعله صاحب الكتاب في ذيل كتابه من علامة تختص به، وتدل على إقراره بصحة ما ورد فيه والتزامه بمضمونه⁹⁶¹.

ويعرفه د. عباس العبودي بأنه : " تصرف إرادي يقصد به التعبير عن موافقة الموقع على السند"⁹⁶².

أما بالنسبة للتوقيع الإلكتروني فقد تباينت التعريفات بشأنه تبعاً لاختلاف وجهات النظر إليه.

فقد عرفه المشرع العراقي في قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم (78) لسنة 2012، المادة (1) رابعاً حيث نصت على (علامة شخصية تتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو أصوات أو غيرها وله طابع منفرد يدل على نسبته إلى الموقع ويكون معتمداً من جهة التصديق).

كذلك فإن المشرع السوداني قد نص على اعتماد التوقيع الإلكتروني والاحتجاج به بعد اعتماده من جهات حددها المشرع وذلك في المادة (1/43) من قانون الإثبات السوداني لعام 1994م والتي نصت على (المستندات العادية هي الأوراق المثبت بها واقعة وموقعة بإمضاء الشخص الذي يُحتج بها عليه أو بختمه أو بصمة إصبعه). إن التوقيع الإلكتروني قد يظهر على عدة أشكال، نذكر منها:

أولاً : التوقيع الرقمي:

¹⁸ أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخرساني البيهقي، ت: 458هـ، تحقيق محمد عبد القادر عطا ، دار الكتب العلمية ، ط3، ج 1 ، بيروت ، 2003م، ص352.

¹⁹ أحمد محمد داود، أصول المحاكمات الشرعية ، ط1 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، بدون مكان طبع، 2004م : ص588 . ⁹⁶¹

²⁰ عباس العبودي، السندات العادية ودورها في الإثبات المدني، ط1 ، الدار العلمية الدولية ، دار الثقافة ، بدون مكان الطبع ، 2001م ص36 .



عبارة عن : رقم سري أو رمز سري ينشئه صاحبه باستخدام برنامج حاسوب ينشئ دالة رقمية ذات رمز لرسالة إلكترونية يجري تشفيرها بإحدى خوارزميات المفتاح العام أو الخاص⁹⁶³.

ويعتبر هذا التوقيع من أهم صور التوقيع الإلكتروني لما يمتاز به من قدرة فائقة على تحديد هوية أطراف العقد تحديداً دقيقاً ومميزاً، ولما يتمتع به من درجة عالية من الثقة والأمان في استخدامه وتطبيقه عند إبرام العقود ويتم تسجيله لدى جهات متخصصة في إصدار هذه الأنماط من التوقيعات بناءً على طلب الزبائن⁹⁶⁴

ثانياً : التوقيع بالقلم الإلكتروني:

ويتم عن طريق قلم إلكتروني حسابي يمكنه الكتابة على شاشة الكمبيوتر، وذلك باستخدام برنامج معين وتكون وظيفته هي التقاط التوقيعات والتأكد من صحتها عن طريق مقارنة التوقيع المخزون بالتوقيع المنشأ⁹⁶⁵.

ثالثاً : التوقيع بالخواص الذاتية (البيو ميري) :

ويكون عن طريق استعمال إحدى الخواص الذاتية للشخص مثل : (قزحية العين، وبصمة الإصبع، وبصمة الكف، وبصمة الصوت) والتي يتم تخزينها بصورة رقمية مضغوطة ويستطيع العميل استخدامها عن طريق إدخال البطاقة في الصراف الآلي، ثم تتم عملية المقارنة بين الصفة الذاتية أو الخلفية للشخص مع تلك المخزونة في الكمبيوتر⁹⁶⁶.

رابعاً : النقر على أحد مفاتيح لوحة الحاسب الآلي:

عندما يدخل المشتري إلى شبكة المواقع التي تتضمن نموذجاً بالتعاقد خاصاً بالمشتري، للاطلاع على تفاصيلها والضغط على أيقونة القبول وهذا التوقيع لا شك أنه يحقق وظيفة الإثبات ويدل على شخصية الموقع، ويعبر عن إرادة التعاقد ويمكن مساواته بالتوقيع اليدوي نظراً لدقة المعلومات التفصيلية المعطاة قبل إتمام المعاملة التجارية⁹⁶⁷.

خامساً : يقوم هذا التوقيع على نسخ صورة عن التوقيع بخط اليد باستخدام الماسح الضوئي (scanner) وتخزينه في ذاكرة الكمبيوتر بعد إدخاله إليه من طريق القرص المرن (floppy disk) ثم القيام بعدها بإصدار أمر إلى جهاز الكمبيوتر بنسخ صورة عن التوقيع المخزن، وإدراجها في المستند أو الملف المراد توثيقه⁹⁶⁸.

²¹ علاء محمد نصيرات، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، دار الثقافة، ط1، بدون مكان طبعة 2005م : ص37. ⁹⁶³

²² لورنس عبيدات، إثبات المحرر الإلكتروني، دار الثقافة، ط1، بدون مكان طبعة، 2009م ص144. ⁹⁶⁴

²³ ثروت عبد الحميد، التوقيع الإلكتروني، دار العلم والثقافة للنشر والتوزيع، بدون رقم الطبعة ومكان وسنة النشر، ص63. ⁹⁶⁵

²⁴ محمد أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية، الدار الجامعية الجديدة، بدون طبعة، الإسكندرية، 2007م، ص72. ⁹⁶⁶

²⁵ بشار المومني، مشكلات التعاقد عبر الانترنت، عالم الكتب الحديث، ط1، المجلد الأول، بدون مكان نشر، 2004م، ص113. ⁹⁶⁷

²⁶ محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية، دار العلم والثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005، ص73. ⁹⁶⁸

المطلب الثالث :

حكم الإثبات وحجية المستندات الإلكترونية :

إن أي تقنية تسمح بتمييز الشخص وتحديد هويته وتدلل بلا غموض على موافقته على مضمون التصرف وتكون جديرة بالمحافظة على المعلومات الواردة ضمن رسالة البيانات تعتبر وسيلة مستوفية للشروط المطلوبة في التوقيع ويمكن الاعتماد عليها كدليل في الإثبات، فإنه ليس من المقبول

فقطاً ومنطقاً رفض هذه الأساليب إذا كانت مستوفية شروطها وهو الأليق بالواقع المعاش ومستجداته والملاحظ فيما سبق أن العراق والسودان تنبه المشرع فيهما إلى ضرورة مواكبة عجلة التطور التكنولوجي واستخدام الثورة المعلوماتية حيث بادر فيهما المشرع إلى تنظيم المستند الإلكتروني كدليل كتابي وإن اختلف هذا التنظيم بين هاتين الدولتين.

الفرع الأول : التنظيم القانوني وحجية إثبات العقد الإلكتروني في القانون العراقي.

حيث صدر في العراق كما اسلفنا سابقاً قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم (78) لسنة 2012م وذكرت المادة (13) أولاً ، ثانياً وثالثاً منه على الشروط الواجب توافرها في المستندات، والكتابة، والعقود الإلكترونية حتى تكون ذوات حجية قانونية لمثيلاتها الورقية⁹⁶⁹ والتي نصت على (المادة 13) :-

أولاً: (تكون للمستندات الإلكترونية والكتابة الإلكترونية والعقود الإلكترونية ذات الحجة القانونية لمثيلاتها 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 انشاؤها أو إرسالها أو تسلمها به بأي شكل يسهل به إثبات دقة المعلومات التي وردت فيها عند انشائها أو إرسالها أو تسلمها بما لا يقبل التعديل بالإضافة أو الحذف.

ج - ان تكون المعلومات الواردة فيها دالة على من ينشئها أو يتسلمها وتاريخ ووقت إرسالها وتسلمها.

ثانياً : لا تطبق الشروط المنصوص عليها في البند (أولاً) من هذه المادة على المعلومات المرافقة للمستندات التي يكون القصد منها تسهيل إرسالها وتسلمها.

ثالثاً : يجوز للموقع أو المرسل إليه إثبات صحة المستند الإلكتروني بجميع طرق الإثبات المقررة قانوناً.

²⁷ جريدة الوقائع العراقية، قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم (78) لسنة 2012م، مرجع سابق. ⁹⁶⁹

وفي نفس السياق نصت المادة (23) أولاً من نفس القانون المذكور اعلاه على الآتي (تكون الأوراق التجارية والمالية الإلكترونية ذات الحجية المقررة لمثيلاتها الورقية ما لم ينص القانون على خلاف ذلك)⁹⁷⁰.

تحدث المشرع العراقي في هذا القانون عن الأسباب الموجبة لتشريعه أنه انسجماً مع التطور الحاصل في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات وأنشطة الانترنت وتوفير الأسس والأطر القانونية للمعاملات الإلكترونية من خلال وسائل الاتصال الحديثة وتشجيع صناعة الانترنت وتكنولوجيا المعلومات وتنظيم خدمات التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية ومواكبة التطورات القانونية في الجوانب الإلكترونية وتطوير النظام القانوني التقليدي بما ينسجم مع نظم تقنية المعلومات والاتصالات الحديثة.

الفرع الثاني: التنظيم القانوني وحجية اثبات العقد الالكتروني في القانون السوداني.

أما المشرع السوداني فقد اضى الحجة في قانون المعاملات الإلكترونية السوداني لعام 2007، حيث نصت المادة (3/2/1/8) منه على الآتي :-

1- لا ينكر الأثر القانوني للتوقيع الرقمي من حيث صحته وإمكان العمل بموجبه لمجرد وروده كلياً أو جزئياً في شكل إلكتروني.

2 - إذا أوجب القانون التوقيع على مستند أو رتب أثراً قانونياً على خلوه من التوقيع، فإنه إذا أستعمل سجل إلكتروني في هذا الشأن فإن التوقيع عليه يفي بمتطلبات هذا القانون.

3- إذا عرض بصدد أية إجراءات قانونية توقيع رقمي مقرون بشهادة معتمدة لأي شخص يكون ذلك التوقيع معادلاً لتوقيعه اليدوي إذا:

- استخدمت آلية لتحديد هوية ذلك الشخص والتدليل على موافقته على المعلومات الواردة في رسالة البيانات الإلكترونية.
- كانت تلك الآلية مما يعتمد عليه بالقدر المناسب للغرض الذي انشأت من أجله رسالة البيانات الإلكترونية في ضوء الظروف بما ذلك أي اتفاق آخر متصل بذلك الشخص،
- إذا لم يتم وضع التوقيع الإلكتروني باستعمال شهادة معتمدة فإن قرينة الصحة المقررة بموجب أحكام البند السابق لا تلحق أياً من التوقيع أو السجل الإلكتروني)

كما نصت المادة (4/3/2/1/10) منه على الآتي:

²⁸جريدة الوقائع العراقية، قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم (78) لسنة 2012م المرجع السابق نفسه.
970

- لا ينكر الأثر القانوني للمعلومات الواردة في السجلات الإلكترونية من حيث صحتها وإمكان العمل بمقتضاها لمجرد ورودها كلياً أو جزئياً في شكل سجل إلكتروني أو الإشارة إليها في هذا السجل.
- إذا أوجب القانون أن تكون المعلومات ثابتة بالكتابة أو رتب أثراً قانونياً على عدم الإلتزام بذلك، فإن ورود المعلومات في سجل إلكتروني يفرض متطلبات هذا القانون بشرط أن تكون المعلومات قابلة للوصول إليها وإستخراجها لاحقاً عن طريق البث أو الطباعة أو غير ذلك.
- إذا أوجب القانون أن تكون المعلومات المقدمة إلى شخص آخر ثابتة بالكتابة ، فإن تقديمها في شكل سجل إلكتروني يفرض بهذا الغرض إذا توافرت الشروط الآتية:
- أ – أن يتمكن المرسل إليه من الدخول على هذه المعلومات وإستخراجها لاحقاً سواء عن طريق البث أو الطباعة أو غير ذلك.
- ب – أن يتمكن المرسل إليه من حفظ هذه المعلومات بما يمكنه من التحقق من منشأ رسالة البيانات ووجهة وصولها وتاريخ وقت وصولها وإرسالها وإستقبالها.
- 4 – يراعى في تقدير حجية السجل الإلكتروني في الإثبات عند النزاع في سلامته ما يلي :
- أ – مدى الثقة في الطريقة التي يتم بها إنشاء أو حفظ أو بث السجل الإلكتروني.
- ب – مدى الثقة في الطريقة التي تم بها توقيع السجل الإلكتروني.
- ج - مدى الثقة التي استعملت في المحافظة على سلامة المعلومات التي تضمنها السجل الإلكتروني.
- د – أية أمور أخرى ذات علاقة بسلامة السجل الإلكتروني.
- ومما سبق نرى أنه لم يعد هناك مشكلة في إثبات التصرفات الجارية عبر الانترنت، وذلك بالخضوع لأي من الأنظمة القانونية المختلفة والتي عرضنا لها في بحثنا هذا من بين التشريعات الأخرى التي لم نتعرض لها.
- ففي الدول التي أصبح لديها اعتراف تشريعي بحجية رسائل البيانات المستخرجة عبر الانترنت لم تعد هناك أي مخاوف من بسط التعامل عبر الانترنت، أما في الدول التي لم تتبنى اعترافاً تشريعياً فلا نرى أيضاً أن هناك مخاوف طالما أن الاجتهاد الفقهي والقضائي متفق على منح الوسائل الإلكترونية القبول والحجية في الإثبات سواء كان بالقياس أم بتوسيع بعض المفاهيم التقليدية.
- **الخاتمة:**
- من خلال ما سبق يمكن القول أن العقد الإلكتروني نشأ في ظل ظهور الشبكة العنكبوتية (الانترنت) وهذا العامل ساعد على ظهور وتنامي التجارة الالكترونية محلياً وعالمياً ، حيث أصبحت هذه الشبكة من أهم الوسائل التي يتم من خلالها إبرام العقود الالكترونية بين أطراف العقد دون الحاجة الى وجود هذه الاطراف في مكان واحد او استخدامهم في ابرام العقود الى

طرق تقليدية في الانشاء والكتابة لهذه العقود ، وهذا يعود بالفضل الى انتشار التجارة الالكترونية عالميا و التي مرت بمراحل عديدة من التطور .

• لقد أشارت مقدمة البحث الى ان الهدف الرئيسي منه هو محاولة بيان كيفية الاثبات للعقد الالكتروني مستعينين في ذلك بالجهود القانونية التي بذلها المشرعين العراقي والسوداني في هذا المجال .

• حيث واكب المشرعين العراقي والسوداني قوانين المنطقة العربية والعالمية من خلال تشريع قوانين المعاملات الالكترونية والتوقيع الالكتروني الامر الذي ساعد القضاء في مواجهة الكثير من القضايا القانونية التي تعترض عمل المعاملات والعقود الالكترونية .

عالج البحث في ثناياه القواعد العامة ومدى قدرتها على استيعاب اثبات العقود الالكترونية ، أي هل يمكن للقواعد العامة للإثبات أن تثبت العقود الالكترونية ، حيث توصل البحث الى انه يمكن الاستعانة بهذه القواعد لإثبات العقود الالكترونية .

ختاماً الحمد لله الذي وفقني لهذا إن أصبت فمنه عز وجل وإن أخطأت فمني ومن الشيطان ، وقد توصلت في بحثي لعدة نتائج وتوصيات تتلخص في الآتي:

النتائج :

1. لم يذكر المشرع العراقي والسوداني في تشريعيهما أي قانون أو شروط خاصة لتنظيم عمل المصارف الإلكترونية .
2. لا يختلف التعاقد عن طريق الإنترنت والمعاملات المصرفية الإلكترونية عن التعاقد بالطرق التقليدية والعمليات المصرفية التقليدية .
3. ان التشريعات المقارنة قد اتفقت على وضع تعريف محدد للرسالة الالكترونية بانها المعلومات التي يتم انشائها او ارسالها او تسلمها او تخزينها بوسائل الكترونية او بوسائل مشابهة تشمل تبادل البيانات او البريد الالكتروني او رسائل الهاتف الخليوي وغيرها من حالات الابراق والتلكس.
4. توافقت التشريعات المقارنة في بحثنا هذا على اعطاء حجية كاملة للرسائل الالكترونية بواسطة الهاتف النقال والتسجيلات الالكترونية واعتبارها حالة قانونية مساوية للسندات الورقية العادية في الاثبات في حال توافرت فيها وسائل الامان القانوني من كتابة ثابتة ودائمة وتوقيع الكتروني موثق ، في حين ان الرسائل التي لاتحمل توقيع الكتروني تختلف في حجيتها القانونية.
5. ان التشريع العراقي قد خلا من أي تنظيم للمعاملات المصرفية الالكترونية بصورة عامة بالنظر لحدوثها ، مما يشكل عائقا امام المصارف والzebائن على حد سواء في القيام بالعمليات المصرفية الالكترونية . حيث يؤدي هذا الغياب التشريعي الى عزوف بعضهم عن القيام بمثل

هكذا عمليات بسبب عدم وجود مظلة قانونية توفر الحماية خصوصا في حالات اقرار اثباتها قانوناً.

التوصيات:

1. ندعو المشرعين العراقي والسوداني الى مواكبة التطور الحاصل في وسائل الاتصال الحديثة وان يواكبا التشريعات المقارنة في خطواتها التشريعية بهذا المضمار ، والعمل على إعطاء خصوصية لعمليات المصارف من خلال تشريع قانون خاص يتضمن نصوصا خاصة تعطي العمليات المصرفية الالكترونية جنبا الى جنب مع تشريعات الدول العربية والاجنبية .
2. ندعو المشرعين العراقي والسوداني الى العمل على تنظيم عمل البنوك الالكترونية في كل من العراق والسودان تنظيما شاملاً على اعتبار ان جميع العمليات المصرفية الالكترونية تتم فيهما اسوة بباقي الدول التي نهضت بهذه التجربة ومنها الاردن على سبيل المثال لا الحصر.
3. يوصي الباحث المشرعين العراقي والسوداني بتحديد الجزاءات التي تترتب على مخالفة قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي لسنة 2012م وقانون المعاملات الإلكترونية السوداني لسنة 2007م.
4. دعوة السلطة القضائية في كل من العراق والسودان الى الاعتراف بحجية الرسائل الالكترونية في أثبات العمليات المصرفية واعتبارها مساوية للرسائل العادية دون تحديد مدة للاحتفاظ بها من خلال النص صراحة على الاتي (يجوز الاثبات في القضايا المصرفية بجميع طرق الاثبات بما في ذلك البيانات الالكترونية ومخرجات الحاسب الالي واجهزة الاتصال الاخرى.

المصادر والمراجع

أولا : القرآن الكريم :

سورة (2) البقرة

سورة (17) الاسراء

سورة (96) العلق

ثانيا: الكتب الفقهية واللغوية:

- 1- ابراهيم بن ابي عبد الله بن فرحون (ت799هـ) ، تبصرة الحكام في أصول الاقضية ومناهج الأحكام ، دار عالم الكتب – الرياض، طبعة خاصة ، 2003م : 1/172.
- 2- أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، دار الحديث، القاهرة، بدون رقم طبعة ، 2004، 462.



- 3- أحمد بن الحسين بن علي بن موسي الخرساني البيهقي، ت: 458هـ، تحقيق محمد عبد القادر عطا ، دار الكتب العلمية ، ط3، ج 1 ، بيروت ، 2003.
 - 4- أحمد بن علي القلقشندي، صبح الأعشى في صناعة الإنشاء ، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، 1987 ، ج1، ص81.
 - 5- أيمن العمر، المستجدات في وسائل الإثبات في العبادات والمعاملات والحقوق والحدود والجنايات، دار باقة الغربية أكاديمية القاسمي، ط1، بدون مكان طبع، 2001. أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، دار الحديث، القاهرة، بدون رقم طبعة ، 2004م، 462/2 .
 - 6- إبراهيم بن موسي بن محمد الشاطبي، الموافقات، ت: 790هـ، دار بن عفان ، ط1، 1997.
 - 7- محمد بن مكرم بن علي ابن منظور، لسان العرب ، دار بيروت ، بيروت ، لبنان، ط 3 .
 - 8- منصور بن يونس بن إدريس البهوني ، كشف القناع عن متن الاقناع ، دار الكتب العلمية، ط6، بيروت، بدون سنة نشر.
 - 9- محمد عميم الإحسان المجددي البركتي، التعريفات الفقهية ، دار المعرفة، بدون مكان نشر ، ط1، 2003.
 - 10- علي بن محمد بن علي الشريف الجرجاني، التعريفات ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1997.
- ثالثاً. الكتب القانونية:

1. أيمن العمر، المستجدات في وسائل الإثبات في العبادات والمعاملات والحقوق والحدود والجنايات، دار باقة الغربية أكاديمية القاسمي، ط1، بدون مكان طبع، 2001.
2. احمد محمد داود، أصول المحاكمات الشرعية ، ط1 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، بدون مكان طبع، 2004.
3. 20 عباس العبودي ، السندات العادية ودورها في الإثبات المدني، ط1 ، الدار العلمية الدولية ، دار الثقافة ، بدون مكان الطبع ، 2001 .
4. علاء محمد نصيرات، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات ، دار الثقافة، ط1، بدون مكان طبعة 2005 .
5. مصطفى أحمد الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، مطبعة طربين ، دار الكتب ، دمشق ، سوريا ، ط3، 1968.
6. قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم 78 لسنة 2012م ، جريدة الوقائع العراقية ، العدد 4256، 2012. لورنس عبيدات ، إثبات المحرر الإلكتروني ، دار الثقافة ، ط1، بدون مكان طبعة، 2009.
7. ثروت عبد الحميد، التوقيع الإلكتروني، دار العلم والثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة، بدون رقم الطبعة، 2007 .
8. محمد أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية ، الدار الجامعية الجديدة ، بدون طبعة، الإسكندرية ، 2007.
9. بشار المومني ، مشكلات التعاقد عبر الانترنت ، عالم الكتب الحديث، ط1، المجلد الأول، بدون مكان نشر، 2004.
10. محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية، دار العلم والثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2005 .