**تحديات النهوض بفكرة اليقين القانوني
للمستندات الإلكترونية في التشريع
العراقي بين الواقع والمأمول**

**Challenges of advancing the idea of legal certainty
for electronic documents in Iraqi legislation
between reality and expectations**

م.د. صباح نجاح مهدي

Inst. Dr. Sabah Najah Mahdi

الجامعة التقنية الوسطى / معهد الادارة التقني

Central Technical University /
Institute of Technical Management

sabahnjhh@gmail.com

الملخص

إنّ أهم ما يميز القرن الحادي والعشرين الذي نألفه حالياً أن التعاملات بين الأفراد أصبحت تقوم على عنصرين، الأول منهما يتعلق بالسرعة وقد تبلور هذا العنصر في ظهور الوسائل الإلكترونية التي قربت المسافات وقللت من الزمن الذي يتطلبه أي تعاقد بين الطرفين، أما العنصر الثاني فهو عنصر الثقة وهذا العنصر هو الآخر قد عززته التشريعات التي عنيت بالمعاملات الإلكترونية ونظمت آثاره، إلا أنّ وجود هذا التمييز لم يظهر في الدول كافة بالدرجة نفسها من الأهمية، فهناك من الدول كدولة العراق لم ترتسم فيها الملامح الخاصة بالتعاملات الإلكترونية بشكل كبير، ويعزى هذا الأمر إلى ضعف فكرة اليقين القانوني للمستندات الإلكترونية التي هي بطبيعتها الأمر وسيلة التعاملات الإلكترونية، إذ إن التعامل بهذه المستندات لا يزال يعترضه العديد من التحديات التي سنحاول أن نبينها ضمن بحثنا.

الكلمات المفتاحية: اليقين القانوني، المستند الإلكتروني، الوسيط الإلكتروني، الحوكمة، التزوير الإلكتروني.

Abstract

The most important characteristic of the twenty-first century that we are currently familiar with is that interactions between individuals have become based on two elements, the first of which relates to speed, and this element has crystallized in the emergence of electronic means that have brought the distances closer and reduced the time required for any contract between the two parties, and the second element is the element of trust. This element is the other, which has been strengthened by the legislation that dealt with electronic transactions and regulated its effects, but the existence of this distinction did not appear in all countries with the same degree of importance. Legal certainty of electronic documents, which are naturally the means of electronic transactions, as dealing with these documents still faces many challenges that we will try to clarify in our research.

Keywords: Legal Certainty, Electronic Document, Electronic Broker, Governance, Electronic Forgery.

المقدمة

تتصف القواعد القانونية بكونها قواعد ذات طابع اجتماعي، وهذه الصفة التي تصطبغ بها هذه القواعد تجعل من أي قانون تعبيراً عن متطلبات كل مرحلة يمر بها أفراد المجتمع، وهذا الأثر هو الآخر يترتب عليه نتيجة مفادها أن القاعدة القانونية يجب أن تواكب متطلبات كل عصر، واليوم في ظل الثورة الرقمية وما أنتجتة الوسائل الإلكترونية من تسهيل لإجراء مختلف المعاملات بين الأفراد فإنّ المشرع مُطالب بضرورة تشريع أو تعديل القوانين على المستوى الذي يجعل منها معبرة عن متطلبات التقدم التقني، وهذا بطبيعة الأمر من جانبه يعزز الثقة بين المتعاملين بالوسائل الإلكترونية على النحو الذي يضع يقيناً قانونياً لكل ما يتبادله الأفراد عن طريق هذه الوسائل.

أولاً: أهمية البحث.

إنّ أهمية بحث هذه الموضوعات تعمل على توضيح أهم معوقات تحقيق اليقين القانوني في التعاملات الإلكترونية، الأمر الذي يجعل المشرع في كل دولة يعمل جاهداً على تلافي النقص التشريعي ضمن قوانين التعاملات الإلكترونية، كما أن لدراسة هذا الموضوع أهمية عملية تتجلى في أنّ دراسة هذا الموضوع يكشف عن بعض السبل التي من شأنها تعزيز اليقين القانوني في التعاملات الإلكترونية، وهذا ما من شأنه أن يحث المشرع في دولة ما كالعراق مثلاً على اتباع أفضل الصياغات التشريعية لدى تشريعه لأي قانون يكون على صلة بالمبادلات أو التعاملات الإلكترونية.

ثانياً: مشكلة البحث.

تبرز إشكالية دراسة هذا الموضوع من الانعكاسات التشريعية في ظل القانون العراقي التي تؤكد انعدام وجود مبدأ اليقين القانوني ضمن موضوع المستندات الإلكترونية.

ثالثاً: منهجية البحث.

إنّ دراستنا لهذا الموضوع جاءت ضمن منهجية الدراسة التحليلية للقانون العراقي، مع ذكر موقف المشرع وتوجهاته ضمن بعض مشاريع القوانين كمشروع قانون التحكيم الذي لم يقره المشرع لغاية تاريخ اليوم.

رابعاً: خطة البحث.

قسمنا خطة دراسة هذا الموضوع إلى مبحثين: تكلمنا في المبحث الأول عن التعريف بفكرة اليقين القانوني في المستندات الإلكترونية، في مطلبين، أما المبحث الثاني فتكلمنا فيه عن موضوع معوقات فكرة اليقين القانوني في المستند الإلكتروني وسبل مواجهتها، وفي مطلبين أيضاً.

«المبحث الأول»

التعريف بفكرة اليقين القانوني في المستندات الإلكترونية

تسود فلسفة اليقين القانوني الفقه القانوني، إذ إنَّ هذا المبدأ يرتبط مع الأمان القانوني الذي يسعى لتحقيقه القانون في المجتمعات، والأمان القانوني يظهر في مرحلة صدور القاعدة القانونية، كما أنه يظهر ضمن المرحلة الخاصة بتحديد القاعدة القانونية المختصة بالتطبيق على الحالة المعروضة^(١)، وسوف نحدد التعريف الخاص بفكرة اليقين القانوني للمستندات الإلكترونية ضمن مطلبين كالآتي:

المطلب الأول: معنى مبدأ اليقين القانوني

من أجل بيان المقصود باليقين القانوني وإيضاح فكرته وبيان أهميته كان لزاماً علينا أن نحدد المعنيين اللغوي والاصطلاحي لهذا المصطلح، وهو ما سنخوض غمار البحث فيه في الفرعين الآتيين، إذ تطرقنا في الفرع الأول إلى معنى اليقين القانوني، في حين تطرقنا في الفرع الثاني إلى أهمية اليقين القانوني، وذلك وفقاً للآتي:

(١) د. محمد عيد الغريب: حرية القاضي الجنائي في الاقتناع اليقيني وأثره في تسبب الأحكام الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص ١٧.

الفرع الأول: معنى اليقين القانوني

اليقين لغةً يدل على العلم وإزاحة الشك وتحقق الأمر، فاليقين ضد الشك، إذ إنه اعتقاد راسخ في النفس وثقة تامة بأمر واقع مع الاعتقاد بصحته^(١).

أما اصطلاحاً فإنه يُعد مبدأ متعارف عليه ضمن العلاقات التعاقدية المختلفة، إذ عرفه بعضهم بأنه: "وضع القاعدة القانونية بألفاظ ولغة واضحة بعيدة عن الغموض بحيث تطبق بشكل ينسجم بدقة مع اللفظ المستخدم في القاعدة"^(٢).

واليقين القانوني عرف من البعض الآخر على أنه: "إمتلاك الأفراد القدرة على معرفة النتائج القانونية المترتبة على سلوكهم قبل الدخول في علاقة هي محل تنظيم قانوني"^(٣). إذن فاليقين القانوني يعني ضرورة كون القواعد القانونية واضحة ودقيقة من ناحية من الممكن التنبؤ بها بالنسبة للعلاقات والمراكز التي تدخل في نطاقها من ناحية أخرى^(٤).

وقد يختلط اليقين القانوني ببعض التسميات والمفاهيم الأخرى كالاستقرار القانوني والأمان القانوني، فالاستقرار القانوني هو من المصطلحات الحديثة ويقصد به "عملية وليس مجرد فكرة، تستهدف توفير حالة من الاستقرار في العلاقات والمراكز القانونية، وذلك من خلال إصدار تشريعات متطابقة مع الدستور ومتوافقة مع مبادئ القانون الدولي، غايتها إشاعة الثقة والطمأنينة بين أطراف العلاقات القانونية من أشخاص القانون الخاص أو أشخاص القانون العام، بحيث يجب أن يكون التشريع

(١) العلامة محمد بن مكرم ابن منظور: لسان العرب، ج ١٥، ط ٤، دار صادر للطباعة والنشر، بيروت، ٢٠٠٥، ص ٣٢١.

(2) Ofer Raban, the fallacy of legal certainty, Why vague legal standards may be better for Capitalism and Liberalism, boston university, 2010, p.4.

(3) Dr. Marjan Peeters and Dr. Stefan Weishaar, Exploring uncertainties, Maastricht University, The Netherlands, Version 31 October 2008, P. 6.

(٤) د. عبد الله فاضل حامد: مبدأ اليقين القانوني في العلاقات الخاصة الدولية، بلا دار نشر، بلا تاريخ نشر، ص ١٤.

.....تحديات النهوض بفكرة اليقين القانوني

خاليًا من المفاجئات والإضطرابات، أو التضخم في النصوص، أو رجعية الاثر القانوني، الأمر الذي قد يزعزع الثقة في الدولة وقوانينها بالنظر إلى عدم ضمان حماية فعالة للحقوق والحريات الاساسية^(١)"

أما مصطلح الأمان القانوني فيعني وجود نوع من الثبات للعلاقة القانونية واستقرار المراكز القانونية لأطراف اي علاقة قانونية، من دون أن تتعرض هذه العلاقة لمفاجآت لم تكن بالحسبان صادرة من السلطة العامة^(٢) وعرف أيضًا بأنه نوع من الثبات للعلاقة القانونية والاستقرار للمراكز القانونية، لأجل اشاعة الطمأنينة بين أطراف العلاقة القانونية بالقدر الذي تستطيع معه ترتيب أوضاعها وفقا للقواعد القانونية القائمة، من دون ان تتعرض لمفاجآت لم تكن بالحسبان صادرة من السلطة العامة^(٣).

من خلال عرض معاني كل من اليقين القانوني والأمان القانوني والاستقرار القانوني نجد أن المصطلحات أعلاه تحمل بين طياتها المعنى نفسه، إذ تهدف جميعها الى استقرار المعاملات من خلال الثقة التي تتولد في النفس بالمادة القانونية.

(١) وليد العماري: وأثره الاستقرار القانوني على الاستثمار الاجنبي، أطروحة دكتوراه، الجزائر، ٢٠١٩، ص ٦٨.

(٢) بديري محمد العصار: الحماية الدستورية للأمن القانوني، بحث منشور في مجلة الدستورية، ع٣، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ٥١.

(٣) د. عامر زغير محيسن: الموازنة بين فكرة الامن القانوني ومبدأ رجعية الحكم بعدم الدستورية، بحث منشور في مجلة مركز دراسات الكوفة، المجلد الاول، العدد١٨، النجف الأشرف، ٢٠١٠، ص٢.

الفرع الثاني: أهمية مبدأ اليقين القانوني

إنَّ مبدأ اليقين القانوني لم يكن وليد الصدفة، بل إن هذا المبدأ ترسخ جذوره ضمن مختلف فروع القانون سواءً أكان ذلك ضمن القانون العام أم القانون الخاص، ويأتي ذلك الأمر من الأهمية التي يتصف بها هذا المبدأ، إذ إن أهمية اليقين القانوني ضمن القانون العام تتكفل في الدور الذي يلعبه هذا المبدأ في حماية الحقوق واحترام الحريات، إذ يوفر هذا المبدأ الحماية للحقوق والحريات ضمن الدولة القانونية التي تكفل تطبيق القانون على النحو الذي يحقق الاستقرار ضمن القواعد القانونية؛ لأنَّ وجود اليقين القانوني يعمل على شعور الفرد بمصداقية النصوص القانونية، بل إن هذا الأمر يولد الثقة لدى المخاطبين بالقاعدة القانونية^(١).

كما تلحظ أهمية اليقين القانوني ضمن القانون الخاص لا سيما فيما يتعلق بقوانين الإثبات، فوسائل الاتصال الحديثة المستعملة تركت تحديات جديدة على الصعيد التقني لجهة أمن المعلومات والمعاملات وسريتها، وكذلك على الصعيد القانوني عندما تسن النظم القانونية التي توحى للمتعاملين بالثقة وتضمن حقوقهم. إن هذه الوسائل المجردة من شكل التوقيع قد يصعب تكييفها في ظل نظام الإثبات القانوني المعمول به، ومن ثمَّ إعطائها فعالية كاملة في الإثبات التي قد تدحض وسائل الإثبات التقليدية أو قد تتعارض معها.

إن نظام الإثبات القانوني التقليدي يعتمد على الصيغة الخطية والتوقيع اليدوي وارتباط السند بمرتكزه الورقي، وهذا الأمر قد ترسخ في الكثير من التعاملات بين الأفراد، وهو في كل حال يتعارض مع التوجه نحو الاستغناء عن الورقة الكتابية واعتماد تقانات جديدة رقمية بدلاً عنها.

(١) د. أحمد فتحي سرور: القانون الجنائي الدستوري، ط٣، دار الشروق للطباعة، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ٨٥.

.....تحديات النهوض بفكرة اليقين القانوني

فالنمو السريع للتجارة الإلكترونية حثّ القضاة وفقهاء القانون على التعامل مع وسائل إثبات جديدة كالسند الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني أو التسجيل الصوتي وغير ذلك من وسائل الإثبات.

كما دفع ذلك الدولة إلى إصدار تشريعات حديثة تداركاً لهذه المفاهيم الجديدة ورغبة في تشجيع التجارة الإلكترونية، إذ إن الورق لن يصمد طويلاً أمام الثورة الرقمية، مما يوجب التعاطي مع مشكلات الإثبات الناشئة عن الوسائط الحديثة وبمنظرة نحو المستقبل، على الرغم من أن بعض رجال القانون لا يجذّ التعامل بالإسناد عبر وسائل الاتصال الحديثة لمسوغات عملية وتقنية، فهذه القضايا أصبحت تطرح على المحاكم وعلى الحقوقيين في ظل عدم وجود تشريع يراعها، مما يفرض ضرورة الإسراع في سن التشريعات الملائمة أو تعديل التشريعات القائمة^(١).

وفي ضوء الطرح المتقدم يمكن القول أن تعزيز مبدأ اليقين القانوني في المستندات الإلكترونية التي هي بطبيعتها الحال تخضع للقانون الخاص يمكن أن يكون مدخلاً وعاملاً لزيادة التعاملات الإلكترونية عن طريق تعزيز الثقة بوسائل هذه التعاملات أي المستندات الإلكترونية.

(١) حيدر عبد المطلب هاشم الحسني: سمات التعاقد وإثباته وتنفيذه عبر وسائل الاتصال الحديثة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة النهدين، ٢٠١٠، ص ١٧٥.

المطلب الثاني: مفهوم المستندات الإلكترونية

إنّ التطور في عالم التقانات شكل أساس التقدم التكنولوجي وتنمية العلاقات الافتراضية خارج كل ما هو مادي أو كتابي أو ورقي والاستخدام المتنامي للوسائل الحديثة وتراجع المعاملات القائمة على دعامة الورق أمام الوسائل الإلكترونية، وأمام الفرضية المتقدمة يثور التساؤل حول تحقق اليقين القانوني ضمن التعاملات التي تجري عبر الوسائط الإلكترونية بالاعتماد على الدعامات الإلكترونية؛ لذا قسّمنا هذا المطلب على فرعين تطرقنا في الفرع الأول إلى بيان مدلول المستندات الإلكترونية، أما في الفرع الثاني فطرّقنا فيه إلى التمييز بين المستندات الإلكترونية والمستندات الورقية.

الفرع الأول: معنى المستند الإلكتروني

مع ظهور الإنترنت لم يعد البعد الجغرافي عائقاً أمام الولوج في التعاقدات خارج حدود الدول في عالم باتت التقانات الحديثة والشبكة العنكبوتية تحكم التعاملات في شتى المجالات التي يعول عليها في تسيير الحياة اليومية على المستويين الرسمي وغير الرسمي، وأمام الحاجة إلى التعاقد بسرعة دون الحضور المادي للمتعاقدين الأمر الذي جعل المتعاقدين في تساؤل دائم حول الحلول القانونية التي تحقق اليقين القانوني، أي حول مدى احتواء القواعد القانونية التقليدية للمستجدات الأخيرة، مع استعمال التقانات الحديثة في مجال القبول أو الإيجاب أو الكتابة أو التوقيع الرقمي^(١).

ولا ريب في القول أنّ أهم المجالات التي تأثرت بالثورة المعلوماتية هو مجال المعاملات القانونية سواءً كانت المدنية منها أم التجارية أو غيرها؛ لأنّ المعاملات التجارية والتي تتم عبر المستندات الإلكترونية هي السبب الأساس في دخول أنظمة المعلومات إلى الميدان القانوني أو ما يدعى بالتجارة الإلكترونية نظراً لكونها تساعد على

(١) د. يوسف التبر: التوثيق الإلكتروني بين المفاهيم الكلاسيكية وإكراهات المعاملات الافتراضية، بحث منشور في مجلة القبس للدراسات القانونية والقضائية، العدد ٥، المغرب، ٢٠١٣، ص ٦١.

.....تحديات النهوض بفكرة اليقين القانوني

سرعة انتقال المعلومات وإمكانية الاتصال والتعامل المباشر وتقديم الخدمات الإلكترونية^(١).

كما يمكن القول أن المستندات الإلكترونية أسهمت بشكل أساسي في دفع عجلة التعاملات الإلكترونية لكونها محررات يتم عن طريقها إجراء هذه التعاملات، والمحرر لغةً هو كل مستند خطي أي يكون مكتوباً خطياً، معبر عنه بإشارات كتابية ومحتوى في نص ومغطى بكتابة^(٢).

يذهب البعض في تعريفه للمستند الإلكتروني إلى أنه عبارة عن معلومات تم إنشاؤها أو إرسالها أو تخزينها أو استلامها بوسيلة إلكترونية أو ضوئية أو رقمية أو صوتية ما دام تتضمن إثبات واقعة أو تصرف قانوني محدد تتضمن توقيع إلكتروني ينسب هذه الواقعة أو التصرف لشخص محدد^(٣)، كما عُرِفَ المستند الإلكتروني نظراً للوظيفة التي يؤديها، إذ يذهب بعضهم إلى تعريفه بأنه "الوسيلة التي يتمكن الملاقون عبر الإنترنت من توصيل المعلومة لبعضهم البعض"^(٤).

في حين عُرِفَ المستند أو المحرر الإلكتروني بالنظر لمضمونه على أنه: معلومات إلكترونية ترسل أو تستلم بوسائل إلكترونية أيّاً كانت وسيلة استخراجها في المكان المستلمة فيه^(٥)، كما ذهب رأي في تعريفه للمستندات الإلكترونية بأنها الأجسام المادية

(١) د. سليمان المقداد: دور المحررات الإلكترونية في الإثبات، بحث منشور في مجلة المنبر القانوني، المغرب، العدد ١٠، ٢٠١٦، ص ٩٣.

(٢) المنجد في اللغة العربية المعاصرة، ط ١، دار المشرق، بيروت، ٢٠٠٠، ص ٢٩.

(٣) محمد أمين الرومي: المستند الإلكتروني، دار الكتب القانونية، الاسكندرية، ٢٠٠٨، ص ٥٥.

(٤) د. محمد فواز المطالقة: الوجود في عقود التجارة الإلكترونية، ط ١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٦، ص ٢٠٥.

(٥) لورنس محمد عبيدات: إثبات المحرر الإلكتروني، ط ١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٥، ص ٧٨. نقلاً عن: ايهاب سمير محمد صالح: الإثبات بالمحررات الإلكترونية، رسالة ماجستير، جامعة الأزهر - كلية الحقوق، ٢٠١٥، ص ١٢.

التي تكون مُعدّة لاستقبال المعلومات عن طريق طبعها بصورة أو بأخرى بشرط أن تكون قد سجلت عليها المعلومات بأحد الأساليب المعلوماتية^(١).

وقد حظيت المستندات الإلكترونية بالتعريف من الوجهة القانونية، ففي التشريع العراقي عرف المشرع المستند الإلكتروني في قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٢ في الفقرة عاشرًا من المادة (١) بأنه: (المحركات والوثائق التي تنشأ أو تدمج أو تخزن أو ترسل أو تستقبل كلياً أو جزئياً بوسائل الكترونية بما في ذلك تبادل البيانات الكترونياً أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي ويحمل توقيعاً الكترونياً).

وبموجب هذا النص فإنّ المشرع العراقي قد نظم أمر المستندات الإلكترونية رغبةً وإنسجاماً مع التطور الهائل في مجال التكنولوجيا في قطاع المعلومات التي فرضت أمرها في مختلف جوانب الحياة، وبذلك فإنّ هذا يعد تحولاً في التشريع العراقي الذي أقر الإثبات الإلكتروني ومنح الحجية القانونية للكتابة الإلكترونية والتوقيع الرقمي ضمن التعاملات الإلكترونية^(٢).

(١) د. عبد الفتاح بيومي حجازي: النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٧، ص ٥٣.

(٢) د. عباس العبودي: شرح أحكام قانون الإثبات، دار السنهوري للطباعة، بيروت، ٢٠١٧، ص ١٤.

.....تحديات النهوض بفكرة اليقين القانوني

الفرع الثاني: التمييز المستند الإلكتروني والمستند الورقي

بالرغم من وجود التطابق بين المستندات الإلكترونية والمستندات الورقية فإنه توجد جوانب تتميز بها المستندات الإلكترونية عن المستندات الورقية، ومن هذه الجوانب:

أولاً: من حيث الكتابة الإلكترونية:

على الرغم من كون شرط الكتابة هو شرط مشترك بين المستندات الورقية والمستندات الإلكترونية إلا أنّ الكتابة في المستندات الإلكترونية تتم عبر وسط إلكتروني، في حين أنّ الكتابة في المستند الورقي تتم في وسط مادي ورقي أو أي وسط آخر يمكن أن تثبت عليه الكتابة^(١)، حيث يتم الرجوع إليها عند الحاجة لاتسامها بالاستمرارية والثبات لذلك اشترطت غالبية التشريعات ضرورة توافر الكتابة الإلكترونية في المستند الإلكتروني^(٢)، إلا أنّ هذا التمايز قد ترك أثره من جانب سلبي في عدم إمكانية تمييز المحرر الإلكتروني الأصلي عن النسخ المأخوذة عنه، لكون المستند الإلكتروني يفقد إلى الكيان المادي ولا يتضمن توقيعاً تقليدياً، وهذا ما يجعل أمر التفرقة بين المستند الأصلي والنسخ أمر متعذر^(٣).

-
- (١) صافية سعدي: حجية المحرر الإلكتروني، رسالة ماجستير، جامعة العربي بن مهيدي - كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، ٢٠١٤، ص ١٦.
- (٢) د. عباس العبودي: المصدر السابق، ص ٣٤٣.
- (٣) د. يوسف أحمد النوافلة: حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات، ط ١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٥، ص ٢٤.

ثانياً: من حيث الإثبات الإلكتروني:

إنَّ الإثبات الخاص بالمستند الإلكتروني يتم بوسيلة إلكترونية متقدمة التي باتت تشغل حيزاً من حياة الأفراد كالتلكس والفاكس، أما الإثبات التقليدي الخاص بالمستندات الورقية فيتم بوسائل ورقية كما هو الحال بالنسبة للمستندات العرفية والرسمية^(١). إلا أن مبدأ حرية الإثبات بالنسبة للمحركات الإلكترونية تعرض للنقد من وجوه عدة أهمها:

(١) يجوز الاتفاق على وجوب الإثبات بالكتابة في المسائل التجارية، وعندئذ لا يجوز الإثبات بالبينة أو بالقرائن مما يعنى إغلاق الباب أمام المحركات الإلكترونية بكونها قرينة قضائية.

(٢) يشترط القانون مبدأ الإثبات بالكتابة بالنسبة لبعض المسائل التجارية مثل الكمبيالة والشيك والسند الاذني، وكذلك بعض العقود التجارية مثل عقد بيع السفينة وتأجيرها وهنا أيضاً لا يجوز الأخذ بالمحركات الإلكترونية.

(٣) قد توجد بعض التصرفات بين تاجرين، إلا أن هذه التصرفات لا علاقة لها بالتجارة، أو هي تصرفات مدنية بطبيعتها، ومثل هذه التصرفات تخضع للقواعد العامة في الإثبات.

(٤) قد يكون التصرف مختلطاً، أي بين تاجر وشخص آخر ليس بتاجر، فيكون الإثبات حراً بالنسبة للتاجر ومقيداً بقواعد الإثبات للشخص الآخر.

(٥) تقتصر المحركات الإلكترونية بالنسبة للمعاملات المدنية على التصرفات ضئيلة القيمة الأمر الذي لا يفيد التجارة الإلكترونية كثيراً^(٢).

(١) د. عباس العبودي: مصدر سابق، ص ٣٣٧.

(٢) د. عبد الباسط حسن جميعي: إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٧٩.

.....تحديات النهوض بفكرة اليقين القانوني

ثالثاً: من حيث طبيعة المستند الإلكتروني:

إن المستند الإلكتروني يختلف عن المستند الورقي من حيث طبيعته، إذ يكون للمستند الورقي وجود مادي ملموس، أما المستندات الإلكترونية فتحمل الطابع المعنوي للأشياء مادام الوسط الناقل لهذا المستند هو طابع إلكتروني، وهذه الخصيصة تجعل من المستندات الإلكترونية غير قابلة للاطلاع عليها إلا عن طريق وسيط إلكتروني^(١).

كما أنّ هذه السمة التي تمتاز بها المستندات الإلكترونية تجعل أو تضع معياراً للتفرقة بين المعلومات الواردة بصورة كتابة إلكترونية وبين الدعامة المادية التي يتم تثبيت هذه المعلومات ضمنها، فالدعامة هي شيء مادي أما ما تحمله الدعامة من معلومات فهي أشياء معنوية تحكمها القواعد الإلكترونية^(٢). فالمستند الإلكتروني ليس له كيان ملموس بعكس السند الورقي، فالمتعامل يرى الركيعة الورقية والكتابة عليها مباشرة دون اللجوء إلى أي وسيط تقني أو واقعي، في حين أنه بالنسبة للسند الإلكتروني، لا يجد أمامه سوى الركيعة الإلكترونية (مثل قرص مدمج أو غيره)، ولا يستطيع الوصول إلى الكتابة المفهومة إلا عبر وسيط أو تجهيزات إلكترونية (كجهاز كمبيوتر) قادرة على ترجمة البيانات التقنية المحفوظة إلى كتابة مفهومة من الإنسان، تظهر على شاشة الكمبيوتر أو تطبع على الورق بالتالي فإنّ السند الورقي قابل للقراءة مباشرة من دون أي وسيط بعكس السند الإلكتروني، وهو تبعاً لذلك قابل للنقل إلى أي مكان، كونه مستقل وقائم بذاته وليس بحاجة إلى أية تجهيزات لمعالجته^(٣).

(١) إيهاب فوزي السقا: جريمة التزوير في المحررات الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٨، ص ١٧. نقلاً عن: صافية سعدي: حجية المحرر الإلكتروني، مصدر سابق، ص ١٨.

(٢) د. محمد السيد عمران: الطبيعة القانونية لعقود المعاملات - الحاسب الآلي - البرامج - الخدمات، مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية، ١٩٩٢، ص ٦٣ - ٤٦.

(٣) وسيم حجار: أهمية مساواة السند الإلكتروني بالسند الورقي وإصدار تشريع يكفل ذلك ويضع له ضوابط، بحث مقدم إلى المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية، بيروت، ٢٠٠٩، ص ١٠.

رابعاً: من حيث الأمان في المستند الإلكتروني:

يختلف المستند الإلكتروني عن المستند الورقي من ناحية مدى توافر الثقة التي يتمتع بها أيٌّ منهما، إذ إنّ الثقة والأمان تكونان متوافرتين بنسبة أكبر للمستندات الورقية أكثر من الثقة الممنوحة للمستند الإلكتروني^(١)؛ لأنّ الكتابة الإلكترونية التي تمثل جوهر المستندات الإلكترونية تكون قابلة للتعديل من دون ترك أي أثر، أما التعديل للكتابة في المستندات الورقية فيمكن كشفه عن طريق الخبرة أو الطرق الأخرى^(٢).

وما يؤثر على مسألة توافر الأمان القانوني في المستندات الإلكترونية إنّ الوسائط الإلكترونية معرضة لخلل تقني أو لأخطاء في الاستخدام والمعالجة، مما قد يحتمّ الرجوع في كثير من الأحيان إلى وسائل ثبوتية أخرى خارج إطار الوسيلة الإلكترونية المغلوطة (ظروف إنشاء العمل القانوني، المقارنة مع أعمال قانونية أخرى مبرمة بين المتعاقدين في تاريخ سابق، شروط نقل الرسالة...) وكمثل بسيط، يمكن تصور أن عملية دفع آلي قد تمت مرتين نتيجة خلل تقني، مع أن الأمر بالدفع أراد التسديد لمرة واحدة فحسب^(٣).

وقد يجعل الخلل التقني السند الإلكتروني غير قابل للاسترجاع أو يمنع عرض محتواه، كما قد يعدل الخلل التقني هذا المحتوى^(٤).

(١) ويعزى أمر وجود هذه الثقة إلى كون التصديق سيبا بالنسبة للمستندات الرسمية الورقية يكون خاضعاً لما ينص عليه قانون الإثبات سلفاً قبل تنظيم هذه المستندات.

(٢) إيهاب فوزي السقا: جريمة التزوير في المحررات الإلكترونية، مصدر سابق، ص ١٧.

(3) Jérôme Huet, Vers une Consécration de la Preuve et de la Signature Électroniques, Recueil Dalloz, 2000, n 6, Doctrine, p 96.

نقلًا عن: د. وسيم حجار: أهمية مساواة السند الإلكتروني بالسند الورقي وإصدار تشريع يكفل ذلك ويضع له ضوابط، مصدر سابق، ص ١١.

(٤) وسيم حجار: المصدر السابق، ص ١١.

.....تحديات النهوض بفكرة اليقين القانوني

إلا أنّ المحذور المتقدم ذكره الخاص بالمستندات الإلكترونية قد خفت وطأته بعد اعتماد آليات التصديق الإلكتروني لهذه المستندات، لذا فإنّ ضمانّ الأمن للكتابة ومنها الإلكترونية أحد المزايا التي يُشترط توافرها ضمن الكتابة من أجل ضمان سرية التصرف وعدم الاطلاع على محتوى هذه الكتابة من قبل الغير^(١).

(١) د. حازم أكرم الربيعي: الشكلية في التعاقد عبر الانترنت، ط ١، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، ٢٠٢٠، ص ١٢١.

«المبحث الأول»

مضمون فكرة اليقين القانوني في المستند الإلكتروني

بعد بيان معنى اليقين القانوني في المستند الورقي سنين معنى هذا المصطلح في المستند الإلكتروني؛ لذا قسّمنا هذا المبحث الى مطلبين ففي الأوّل بيّنا مفهوم اليقين القانوني في المستند الإلكتروني وأمّا في الثاني بيّنا معوقات فكرة القين القانوني في المستند الإلكتروني.

المطلب الأول: مفهوم اليقين القانوني في المستند الإلكتروني

المستند الإلكتروني هو ذلك المستند الذي يبرم من خلال وسائل الكترونية لذا سنين في هذا المطلب معنى اليقين القانوني في المستند الإلكتروني وخصائصه.

الفرع الأول: معنى اليقين القانوني في المستند الإلكتروني

بادئ ذي بدء نود ان نشير الى أنّه ومن خلال اطلاعنا على الكثير من المصادر والمراجع القانونية لم نجد اية اشارة الى تعريف مصطلح (اليقين القانوني في المستند الإلكتروني) تعريفاً يتضمن عناصر وخصائص هذا المصطلح بل اقتصرت التعريفات على تعريف اليقين القانوني والمستند الإلكتروني كل على حدا اذ ان التعريفات جاءت عامة لم تفرق بين اليقين القانوني في المستندات الورقية واليقين القانوني في المستندات الإلكترونية.

في هذا المقام لابدّ التصدي لتعريف مصطلح (اليقين القانوني في المستند الإلكتروني)، وعرف اليقين في المستندات الإلكترونية بتعريفات ومنها، "قوة دليل الإثبات على إقناع القاضي والتي تتوقف على عنصرين هما عنصر داخلي وهو المستمد من مضمون الدليل وما يحتويه من معان ومعلومات، وعنصر خارجي وهو قوة الدليل وحجيته أمام باقي وسائل الإثبات الأخرى"^(١).

كما عُرف بأنه: "القوة القانونية للمعلومات المستخرجة من الشبكة العالمية في إثبات العقد أو الحق المدعى به"^(٢)، ونرجح الرأي الأول في تعريف اليقين القانوني للمستند الإلكتروني؛ لأنّ التعريف الفقهي الثاني يقتصر هذه الحجية على الرسائل الإلكترونية التي تكون في فضاء الشبكة العالمية (الانترنت) مع أن المستند الإلكتروني من الممكن أن يتم عن طريق وسائل الاتصال الأخرى كالفاكس والتلكس وغيرها، ففي نطاق المستندات الإلكترونية أخذ اليقين القانوني أثراً وموضعاً ملحوظاً في القوانين التي نظمت أمر المستندات الإلكترونية، فاليقين القانوني ضمن المستند الإلكتروني هو: القيمة القانونية لمدى صدق البيانات الواردة في المستند الإلكتروني^(٣)، فكل قيمة قانونية يضيفها القانون على المستندات الإلكترونية يمثل حجية قانونية لها.

(١) عادل عزام سقف: الدليل المعتمد للترجمة القانونية، ط٢، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٢ ص٢٣٦. نقلاً عن: نوزت جمعة حسن، مشكلات الإثبات في مجال المعاملات الإلكترونية، مصدر سابق، ص ٢٦٠.

(٢) بشار طلال أحمد مومني: مشكلات التعاقد عبر الإنترنت، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة المنصورة، ٢٠٠٣، ص ١١٨. نقلاً عن: نوزت جمعة حسن، مشكلات الإثبات في مجال المعاملات الإلكترونية، مصدر سابق، ص ٢٦٠.

(٣) د. عباس العبودي: مصدر سابق، ص ٣٥٥.

.....تحديات النهوض بفكرة اليقين القانوني

الفرع الثاني: أسس اليقين القانوني في المستند الإلكتروني

من المتفق عليه أن اليقين القانوني ضمن المستندات الالكترونية يرتبط مع مبدأ الثبوت بالكتابة بشكل كبير، إذ أنه من الطبيعي أن نقيم القوة الثبوتية للمحرر الإلكتروني استناداً إلى كونه محرراً كتابياً ذا مرتكز الكتروني مع الأخذ بالحسبان الطبيعة المحاطة بالمخاطر من جهة، والوظائف المناطة بالمحرر بوجه عام من جهة اخرى، ومما يحتم شروطاً معينة يستلزم توافرها في المحرر الإلكتروني لكي ينعم بتلك الحجية الملزمة علماً أن صعوبة الاثبات بالمحرر الإلكتروني تكون مرهونة بقابليته على إثبات وجود التصرف القانوني ومضمونه، والاستيثاق من شخصية (هوية) أطرافه على وجه الدقة وهذان رهيبتان بالتقنية المستخدمة في المحرر الإلكتروني، وإن التقنية ليست بمأمن من العيوب الفنية، وانطلاقاً من فكرة أن القيمة الحقيقية للدليل تظهر متى ما كان قادراً على تكوين قناعة تامة لدى القاضي عند الاستدلال به^(١)، وقد برز في تفسير أساس اليقين القانوني للمستندات الإلكترونية رأيان فقهيان ضمن فرضيتين:

الفرضية الأولى: الحجية القانونية للمستندات الإلكترونية في حال عدم وجود نص قانوني

يسود هذا الافتراض في الأحوال التي لا يعمد فيها المشرع إلى تنظيم المعاملات الإلكترونية تشريعياً، إذ يذهب أنصار هذا الافتراض إلى أن النصوص القانونية التقليدية شرعت لتنظيم المستندات الورقية، لذا فإنه لا يمكن تفسير النصوص التقليدية ومدّ نطاقها إلى المستندات الإلكترونية، إذ أنه يجب أن يصدر تشريع يعطي الحجية القانونية للمستندات الإلكترونية قيمتها بما يكفل لها الفاعلية في التعاملات بين الأفراد^(٢)، ولا نؤيد هذا الرأي أو الافتراض لكون أن القاعدة القانونية كغيرها من القواعد قابلة للتطور والتغيير بما يستجد من أحوال في المجتمع.

(١) أسل كاظم: حجية المحرر الإلكتروني في الإثبات المدني، مصدر سابق، ص ٢٠٤.

(٢) د. فاروق الأباصيري: عقد اشترك في قواعد المعلومات الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة،

٢٠٠٣، ص ٩٢.

الفرض الثاني: الحجية القانونية للمستندات الإلكترونية مع وجود النص القانوني

إنَّ هذه الحالة تصدر تشريعات خاصة لتنظيم المستندات الإلكترونية كالتوقيع الإلكتروني والسجل الإلكتروني والعقود الإلكترونية، وتتوقف حجية المستند الإلكتروني في الإثبات على القيمة التي يمنحها المشرع لها، فإذا أقرَّ النص القانوني هذه الحجية يصبح المستند الإلكتروني مساوياً للمستند الورقي من حيث القيمة القانونية، لذا فقد لجأت التشريعات إلى الاعتراف بالحجية القانونية للمستند الإلكتروني عن طريق معادلته بحجية المستند الورقي^(١).

والحقيقة إن المشكلة لا تنحصر ضمن دائرة توفير مساحة من القبول القانوني للمحرر الإلكتروني بل تتعدى الى مسألة تحديد القوة الثبوتية له، وضمن الصدارة من أدلة الإثبات المقبولة بوصفه واقعاً لا بد من الترحيب به، لا لقيمه الذاتية، بل لأهمية ما يتعلق به من مواضيع وطالما أن الإثبات يمثل جدوى الحق ومعقد النفع فيه وأن إهدار فيما يسعى المحرر الإلكتروني إلى إثباته من معنى التثبوت للحماية والتدعيم الواجبين للوجود القانوني للتجارة الإلكترونية، فحجية المحرر الإلكتروني نعني بها: مدى ما يتمتع به المحرر الإلكتروني من قوة استدلالية على صدق أو كذب الواقعة التي أدت إلى نشوء الحق المدعى به^(٢).

مما تقدم يمكن القول أن الحجية القانونية التي تكون للمستندات الإلكترونية هي حجية قانونية شكلية، أي أن تخلف أحد شروط هذه الحجية يؤدي إلى افتقاد المستند الإلكتروني حجيته القانونية، وشروط إضفاء الحجية القانونية على المستند الإلكتروني هي:

(١) عمار كريم كاظم: نارمان جميل نعمة، القوة القانونية للمستند الإلكتروني، مصدر سابق، ص ١٨٦.

(٢) أسل كاظم كريم صدام: حجية المحرر الإلكتروني في الإثبات المدني، مصدر سابق، ص ١٢.

.....تحديات النهوض بفكرة اليقين القانوني

- (١) وجود نص قانوني لإضفاء الحجية على المستندات الإلكترونية، وقد عملت الكثير من التشريعات على إيراد مثل هذه النصوص؛ لأنّ النص القانوني هو المحدد لحجية المستندات الإلكترونية والورقية على حدّ سواء.
- (٢) أن يتمكن المرسل إليه للمستندات الإلكترونية من استخراجها لاحقاً سواءً كان عن طريق البث أم الطباعة أو بغير ذلك من الوسائل لأن الاستخراج لهذه المعلومات يدل على وجود التعامل بين كلا الطرفين.
- (٣) إمكانية حفظ للمستندات من قبل المرسل إليه لكي يكون بمقدور الأخير الاحتجاج بهذه المستندات كدليل على إقامة التعاقد بينه وبين المرسل^(١).

المطلب الثاني: معوقات فكرة اليقين القانوني في المستند الإلكتروني وسبل مواجهتها

إنّ لفكرة اليقين القانوني ضمن المستندات الإلكترونية معوقات تحول دون تفعيل التعاملات ضمن هذه المستندات، إلا أن وجود هذه المعوقات لا يعني عدم إمكانية تفعيل فكرة اليقين القانوني في المستندات الإلكترونية؛ لذا قسّمنا هذا المبحث إلى مطلبين، تكلمنا في المطلب الأوّل وأمّا المطلب الثاني فتكلمنا فيه عن سبل تفعيل فكرة اليقين القانوني في المستندات الإلكترونية، وفي فرعين أيضاً.

(١) أحمد محمود أحمد: أحكام المستند الإلكتروني، مصدر سابق، ص ١٧٩.

الفرع الأول: معوقات اليقين القانوني في المستند الإلكتروني

لليقين القانوني في المستندات الإلكترونية معوقات تحول دون الحصول على مزاياه التي دفعت الى التعامل فيه، وفيما يأتي بيان لهذه المعوقات:

أولاً: إنعدام التأمين المبتغى في المستندات الإلكترونية:

ترتبط مسألة ظهور وازدياد العمل بنظام الكتابة الإلكترونية مع مسألة تأمين هذه الكتابة بما يحقق مبدأ الأمان القانوني، إذ إن الأمان القانوني له دور كبير في بث الثقة والأمان في المعاملات سيما تلك التجارية منها والتي تتم عن طريق الكتابة الإلكترونية، ولا يتم هذا الأمر إلا عن طريق جهات التوثيق الإلكترونية والتشفير الإلكتروني، التي لها أهمية كبيرة في مواجهة صاحب الشهادة الخاصة بالتوثيق أو في مواجهة الغير الذي اعتمد على شهادة التوثيق هذه، إذ إنه يمكن لأي شخص عن طريق شهادة التوثيق هذه أن يتأكد من صاحب الشهادة من شخصية الموقع ومدى صدور التوقيع الإلكتروني منه، وجهات التوثيق تعمل على بث الثقة والأمان في التعاملات الإلكترونية، إذ إن هذه الجهات تكون في مواجهة الغير الذي عول على الشهادة الصادرة منها^(١).

فالمشعر العراقي، عرف شهادة التصديق في الفقرة (١٢) من المادة الأولى من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية والتي نصت على أنه: (الوثيقة التي تصدرها جهة التصديق وفق أحكام هذا القانون والتي تستخدم لإثبات نسبة التوقيع الإلكتروني الى الموقع)^(٢).

(١) د. زيد حمزة مقدم: النظام القانوني للتوثيق الإلكتروني، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون والدراسات الإسلامية، العدد ٤١، الإمارات العربية المتحدة، ٢٠١٤، ص ١٢٩.
(٢) عرف التوجيه الأوروبي الخاص بالتوقيعات الإلكترونية رقم ٩٣ لسنة ١٩٩٩ اصطلاح "مقدم خدمات التصديق" في المادة (٢/١١) (بأنها كل كيان أو شخص طبيعي أو معنوي يقدم شهادات التوثيق إلكترونية أو تقديم خدمات أخرى متصلة بالتوقيعات الإلكترونية) .

.....تحديات النهوض بفكرة اليقين القانوني

فمن هذه الفقرة نرى أن المشرع العراقي قد جعل الوظيفة الأساسية لهذه الوثيقة هي نسبة التوقيع الإلكتروني إلى شخص محدد وكان الأولى بالمشرع العراقي أن يضع نصبه عينه أن وظيفة هذه الوثيقة أوسع من ذلك، حيث إن هذه الوثيقة تمثل دليل إثبات غير إثبات العكس في إطار التعاملات الإلكترونية. كما أن المشرع العراقي قد عرفَ جهة التصديق في الفقرة (١٥) من المادة الأولى من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية على أنها: (جهة التصديق: الشخص المعنوي المرخص له إصدار شهادات تصديق التوقيع الإلكتروني وفق احكام هذا القانون)، فمن هذا النص نرى أن المشرع العراقي قد حصر صلاحية إصدار شهادات التصديق بالشخص المعنوي إلا أنه لم يحدد كون أن الشخص المعنوي هل هو من القطاع العام أو الخاص.

وبرأينا يجب على المشرع العراقي أن يجعل صلاحية إصدار هذه الشهادات من اختصاص الشخصيات المعنوية العامة فحسب وعدم تحويل الأشخاص المعنوية التابع للقطاع الخاص هذا الأمر لسبيين: الأول أن الشخصيات المعنوية العامة محكومة في واقع الأمر بعددٍ من القوانين ومن السهولة مراقبة عملها وتقييم الإداء فيها فيما يتعلق بهذا المجال على خلاف الأمر فيما يتعلق بالشخصيات المعنوية الخاصة التي تفتقر لأساليب الرقابة والتي غالباً ما تكون بعيدةً عن الالتزام بالقواعد القانونية والواقع العراقي يؤكد لنا هذه الحقيقة في العديد من المجالات، أما السبب الثاني هو أن العالم في الوقت الحاضر يتجه نحو نظام الحوكمة الإلكترونية^(١).

(١) إرتبط ظهور الحكومة الإلكترونية بتطور ثورة المعلومات وتقدم وسائل الاتصالات الحديثة، ولما كانت الحكومة الإلكترونية مرتبطة بكافة النواحي لذلك كان من الضروري ان تسير هذه الادارات الحكومية هذا التطور لاستيعاب المستجدات الحديثة ومن اجل اداء الخدمة لجمهور المتعاملين مع الحكومة بمستوى عالي من الدقة والسرعة. يُنظر: داؤود عبد الرزاق الباز: الحكومة الإلكترونية واثرها على النظام القانوني للمرفق العام، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٧، ص ٢٦-٢٧. نقلاً عن: ميرفت قاسم عبود الجبوري: اثر الحكومة الإلكترونية على النظام القانوني للمرفق العام، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠١٧، ص ٤.

وهذا النظام فيما لو تم تجربته ضمن نطاق القانون العراقي فإنّ تطبيقه ضمن نطاق الشخصيات العامة يكون بكل سهولة ويسر بخلاف الأمر في الشخصيات المعنوية الخاصة.

فقد كان من متطلبات انتشار استخدام الوسائل الإلكترونية في التعاملات بوساطة المحررات أو المستندات الإلكترونية أن تحاط هذه المستندات بقدرٍ من السرية التي تكفل عدم اطلاع الغير على هذه المستندات، وعلى ما تضمنه من معلومات خاصة، فوجود هذه المستندات في الفضاء الإلكتروني قد يسمح لمن يريد العبث بهذه المستندات من الاطلاع على محتواها وهذا العبث له آثاره الخطيرة لا سيما في المستندات الخاصة بالتجارة الإلكترونية وهذا ما دعا إلى ضرورة وجود نظام يؤمن المستندات الإلكترونية، وهذا النظام يتم عن طريق تشفير المستند الإلكتروني، ولغرض الحدّ من جرائم التزوير الإلكتروني التي تتم عن طريق تغيير الحقيقة الثابتة في المستندات الإلكترونية^(١).

والمشروع العراقي، من جهة أخرى لم ينظم تشريعياً فيما يتعلق بموضوع التشفير الإلكتروني إذ جاء قانون التوقيع الرقمي خالياً من الإشارة إلى هذا النظام كأحد آليات التشفير الإلكتروني، وهذا ما يدعوننا إلى لفت نظر أهمية هذه الآلية في حماية المستندات الإلكترونية، إلا أنّ الأخذ بهذا النظام في التعاملات الإلكترونية ليس ممنوعاً في ظل أحكام قانون التوقيع الرقمي، فمن بعض النصوص التي أوردها المشروع في هذا القانون ما يشير إلى ضرورة تأمين المستند الإلكتروني، نذكر من ذلك ما جاء في الفقرة (٣) من المادة (٢) من قانون التوقيع الإلكتروني والتي نصت على أنه: (ثالثاً: تعزيز الثقة في صحة المعاملات الإلكترونية وسلامتها).

(١) محمد أمين الرومي: المستند الإلكتروني، مصدر سابق، ص ٦٧. وفي الصدد ذاته ينظر: فرقد عبود العرضي: جريمة التزوير الإلكتروني، بحث منشور في مجلة دراسات الكوفة، ع ١٣، ص ١٤٥.

.....تحديات النهوض بفكرة اليقين القانوني

فمن هذه الفقرة نرى أن المشرع العراقي قد أولى الثقة الرقمية عناية ضمن التعاملات الإلكترونية بما حدا به أن ينص عليها ضمن أهداف هذا القانون.

ثانياً: انعدام التقاضي الإلكتروني

لقد ألقى التقدم التقني والمعلوماتي بضلاله على العديد من المجالات، حيث أدى هذا التطور إلى ظهور السندات الإلكترونية التي يتم من خلالها إثبات كل ما يتعلق بالمعاملات التي تتم بين الأشخاص أو المؤسسات عبر وسائل تقنية حديثة، وقد أدى هذا التطور الى استقبال المشرعين هذا التطور بالاهتمام بهدف توفير الحماية القانونية لما تتخلله المعاملات الإلكترونية^(١).

إلا أن هذا التقدم لم تكن آثاره ضمن مجال المعاملات فحسب، بل أن نظم التقاضي تأثرت هي الأخرى بهذا التطور، ويمثل التقاضي الإلكتروني في الوقت الحاضر تطبيقاً من تطبيقات الحوكمة الإلكترونية، وفحوى هذا الشكل الجديد للتقاضي تتجسد في تقديم المعلومات إلى الأشخاص باعتماد طابع إلكتروني بدلاً من الشكل التقليدي المألوف في التقاضي حيث يتم الاستعانة بتقنية الإنترنت لأداء مهام القضاء لغرض الاقتصار في وقت التقاضي؛ لأن الإجراءات القضائية وما تستغرقه من وقت تمثل اليوم أكبر معضلات التقاضي^(٢).

وعلى غرار المعاملات الإلكترونية فإن القضاء قد اتخذ منحى العمل بالوسائل الإلكترونية، إلا أن التطبيق الأوسع للتقاضي الإلكتروني نجده ضمن القضاء الإداري الإلكتروني لكونه يعتمد على نظام اللوائح المكتوبة والمستندات الكتابية.

(١) عمر أحمد العرايشي: حجية السندات الإلكترونية في الإثبات، ط ١، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠١٦، ص ١٢.

(٢) د. صفاء اوتاني: المحكمة الإلكترونية، المفهوم والتطبيق، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مجلد ٢٨، ع ١٤، دمشق، ٢٠١٢، ص ١٧٠.

فنظم إدارة الدعوى في التقاضي الإلكتروني الإداري تتم بوساطة مجموعة من التطبيقات وقواعد البيانات التي تهدف إلى خدمة العمل داخل المحاكم وهذه التطبيقات تستخدم لتجميع وتنظيم ومعالجة وتخزين البيانات، ومن ثم توزيعها داخل المحكمة والجهات الخارجية. وهو ما ينعكس على زيادة انتاجية العاملين وتحسين أدائهم واختصار الوقت وتحسين الخدمات المقدمة للجمهور وتوفير المعلومات التي تخدم إدارة المحكمة من خلال خطوات الكترونية.

فضلاً عن إمكانية طباعة الكثير من الأوراق المتداولة في الدعاوى مثل الإعلانات مع إعداد التقارير والإحصاءات الدقيقة والتفصيلية بما يمكنها من التبليغ والإشراف والرقابة وتبعاً لذلك، فإن التقاضي الإلكتروني يمثل تنظيمًا تقنياً معلوماً يتيح للمتداعين تسجيل دعواهم وتقديم أدلتهم وحضور جلسات المحاكمة تمهيداً للوصول إلى الحكم وتنفيذه عن طريق وسائل الاتصال الإلكترونية، التي هي جزء من نظام معلوماتي يمكن القضاة من الاتصال بالمتداعين دون حضورهم الشخصي ومباشرة إجراءات التقاضي عن طريق هذا النظام، كما يتيح هذا النظام عن طريق المحكمة الإلكترونية شفافية وسرعة في الحصول على المعلومات^(١).

(١) ماجد صالح أحمد العدوان: التقاضي الإداري الإلكتروني في النظام القانوني الأردني، بحث منشور في مجلة جامعة العين للأعمال والقانون، مجلد ٣، ١٤، ٢٠٢٠، ص ١٠٣.

.....تحديات النهوض بفكرة اليقين القانوني

الفرع الثاني: سبل تفعيل فكرة اليقين القانوني في المستند الإلكتروني

يمكن تفعيل فكرة اليقين القانوني ضمن المستندات الإلكترونية على المستوى الوطني والدولي؛ لذا قسّمنا هذا المطلب على فرعين كالآتي:

أولاً: سبل تفعيل فكرة اليقين القانوني على الصعيد الداخلي:

من المعروف أن السبيل الوحيد والمباشر لتفعيل فكرة اليقين القانوني على الصعيد الداخلي أو الوطني يتم عن طريق ترقية التشريعات ذات الصلة بالتعاملات الإلكترونية، إلا أنه مع الاعتراف التشريعي من جانب المشرع العراقي بأثر تقدم التقانات بخصوص المستندات الإلكترونية، فإنه بصورة عامة يمكن القول أن التقدم التقني لا يمس المبادئ العامة في الإثبات حتى في الأحوال التي تتطلب تطويع المبادئ العامة لمواكبة التطور الحاصل في المعاملات الإلكترونية والوسائل الحديثة حيث يبقى المدعي متحماً لعبء الإثبات، وكذلك الوضع الظاهر الخاص بالمستندات بحسب الأصل هو سلامته في الأحوال التي يتم فيها التشكيك بصحته، وهذا ما يفرض صحة كلاً من المستند الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني المثبت فيه تأكيداً لمبدأ الثقة فيه إلى أن يثبت العكس^(١)، وهذا ما يدعو إلى ضرورة تفعيل دور الإثبات الإلكترونية عن طريق تعديل قانون الإثبات النافذ حالياً وتضمينه بعض جوانب الإثبات الإلكتروني.

وفيما يتعلق بموقف القانون العراقي من المساواة بين حجية المستند الإلكتروني والورقي فإنّ المشرع أقر هذه المساواة في الإثبات بأمرين:

(١) المساواة بين التوقيع الإلكتروني والتوقيع الخطي من حيث حجية الإثبات عن طريق منح التوقيع الإلكتروني ذات حجية التوقيع الخطي وهو ما عززته المادة الرابعة ضمن فقرتها الثانية من قانون التوقيع الإلكتروني.

(١) د. فائز ذنون جاسم: أدلة الإثبات في ضوء قانون الإثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ وتعديله رقم ٤٦ لسنة ٢٠٠٠، ط١، مكتبة الصباح للطباعة، بغداد، ٢٠١٤، ص ٢٣٠.

٢) المساواة بين المستندات الإلكترونية ونظيرتها الورقية حيث قرر اعتبار المحررات المدونة على دعامة إلكترونية تتمتع بالحجية الشبوتية نفسها لتلك المحررات المثبتة على دعائم ورقية وفقاً للفقرة الأولى من المادة (١٣) من قانون التوقيع الإلكتروني التي حددت شروط اعتبار المستند الإلكتروني دليلاً في الإثبات^(١)، لذلك يرى البعض ضرورة أن يتم صياغة المفاهيم التقليدية الخاصة بالإثبات عن طريق التشريعات التي تتعلق بالإثبات على النحو الذي يكون من شأنه مساندة التقدم التقني في وسائل الإثبات عن طريق استخدام وسائل إثبات مستحدثة المعززة بضمانات توفر الطمأنينة لدى القاضي عند الإقرار بحجية الوسائل الحديثة القانونية^(٢).

ثانياً: سبل تفعيل فكرة اليقين القانوني على الصعيد الدولي

تعرضنا في ما سبق إلى سبل تفعيل فكرة اليقين القانوني على الصعيد الوطني، لذا يمكن القول أن هذه الفكرة يمكن تفعيلها على الصعيد الدولي، أي أن التعاملات الدولية التي تتم بموجب المستندات الإلكترونية يمكن أن نوفر لها اليقين القانوني عن طريق الاتفاقيات الدولية المعنية بالمستندات الإلكترونية، أي أن المشرع العراقي مطالب بالانضمام لبعض الاتفاقيات الدولية كالتوجيه الأوربي الذي صدر عام ٢٠٠٥ الذي أكد على ضرورة تعديل القوانين على نحو ينسجم مع المعاملات الإلكترونية الجديدة، ومن جهة أخرى أكد القانون النموذجي (الاونسترال) مبدأ المساواة في الحجية القانونية، والحجية المقصودة هي الحجية بين السند الكتابي والسند الإلكتروني^(٣).

(١) نوزت جمعة حسن: مشكلات الإثبات في مجال المعاملات الإلكترونية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، ٢٠١٩، ص ٣٣٠.

(٢) د. فائز ذنون جاسم: أدلة الإثبات في ضوء قانون الإثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ وتعديله رقم ٤٦ لسنة ٢٠٠٠، مصدر سابق، ص ٢٣٣.

(٣) د. تامر محمد الدمياطي: إثبات التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت، ط ١، بلا دار نشر، ٢٠٠٩، ص ١٥٣.

.....تحديات النهوض بفكرة اليقين القانوني

ومن الاتفاقيات التي عنت بموضوعات المستندات الإلكترونية القانون النموذجي (الأونسترال) للتجارة الدولية الإلكترونية الذي دعم فكرة التكافؤ وعدم التمييز بين المحررات الموقعة بطريقة إلكترونية والمحررات التقليدية بغض النظر عن نوع الدعامة ضمن مادتين، المادة الأولى هي المادة الخامسة منه والتي جاءت تحت تسمية الاعتراف القانوني برسائل البيانات والتي أكدت على أنه لا يجوز رفض الأثر القانوني للمعلومات والبيانات لمجرد أنها على شكل بيانات إلكترونية حيث نصت هذه المادة على أنه: (لا تنكر القيمة القانونية للبيانات أو صحتها أو قابليتها للتنفيذ لمجرد أنها لم ترد في رسالة بيانات التي من شأنها أن تمنحها هذا الأثر القانوني حال كونها قد أحيل لها في رسالة بيانات هذه).

أما المادة الأخرى فهي المادة التاسعة التي جاءت تحت مسمى قبول رسائل البيانات وحجيتها في الإثبات حيث أشارت هذه المادة إلى قبول رسائل البيانات في الإثبات والإقرار بحجية المحررات الإلكترونية والمساواة لها مع المحررات التقليدية، كما منعت إصدار أحكام من شأنها منع تطبيق قواعد الإثبات التي تحول دون قبول رسائل البيانات كدليل إثبات بحجة كونها في شكل إلكتروني^(١).

(١) نوزت جمعة حسن: مشكلات الإثبات في مجال المعاملات الإلكترونية، مصدر سابق، ص ٣٢٤ - ٣٢٥.

الخاتمة

وفي نهاية هذه الدراسة التي حاولنا فيها بيان مضمون فكرة اليقين القانوني في المستندات الإلكترونية، توصلنا الى نتائج أسفرت عنها هذه الدراسة، فضلاً عن ما سنطرحه من توصيات وذلك في النقطتين الآتيتين:

أولاً: النتائج:

- (١) إنّ فكرة اليقين القانوني ضمن المستندات الإلكترونية هي فكرة واقعية نتجت عن كثرة التعاملات الإلكترونية التي تتم عبر المستندات الإلكترونية.
- (٢) إنّ المشرع العراقي على الرغم من تنظيمه لقانون المعاملات الإلكترونية لعام ٢٠١٢ إلا أن نصوص هذا القانون لم تحدد بعض سبل النهوض بفكرة اليقين القانوني للمستندات الإلكترونية إذ جاء على سبيل المثال هذا القانون خالياً من تنظيم موضوع التشفير الإلكتروني الذي يمثل تأميناً للمستندات الإلكترونية.
- (٣) من البحث ضمن هذا الموضوع نرى أن سبل النهوض بفكرة اليقين القانوني للمستندات الإلكترونية يمكن أن يحققها المشرع العراقي على الصعيدين الداخلي والدولي كما أوضحنا ذلك في ثنايا البحث.

ثانياً: المقترحات:

- (١) نقترح على المشرع العراقي تنظيم موضوع الإثبات الإلكتروني ضمن الإلكترونية النافذ، إذ أن تنظيم هذا الموضوع سيكون له دور كبير في تعزيز فكرة اليقين القانوني قانون المعاملات للمستندات الإلكترونية.

.....م.د. صباح نجاح مهدي

(٢) من الضروري أن يعمل المشرع العراقي على تنظيم موضوع التقاضي الإلكتروني الذي هو أحد عناصر اليقين القانوني في المستندات الإلكترونية.

قائمة المصادر

أولاً: كتب اللغة:

- ١) انطوان نعمة وآخرون. المنجد في اللغة العربية المعاصرة، ط ٢. دار المشرق، بيروت، ٢٠٠١.
- ٢) محمد بن مكرم ابن منظور. لسان العرب، ج ١٥، ط ٤. دار صادر للطباعة والنشر، بيروت، ٢٠٠٥.
- ٣) المنجد في اللغة العربية المعاصرة، ط ١. دار المشرق، بيروت، ٢٠٠٠.

ثانياً: الكتب القانونية:

- ١) أحمد فتحي سرور. القانون الجنائي الدستوري، ط ٣. دار الشروق للطباعة، القاهرة، ٢٠٠٤.
- ٢) إيهاب فوزي السقا. جريمة التزوير في المحررات الإلكترونية. دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٨.
- ٣) بديري محمد العصار. الحماية الدستورية للامن القانوني. مجلة الدستورية، القاهرة، العدد ٣، ٢٠٠٣.
- ٤) تامر محمد الدمياطي. إثبات التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت، ط ١. بلا دار نشر، ٢٠٠٩.
- ٥) حازم أكرم الربيعي. الشكلية في التعاقد عبر الانترنت، ط ١. المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، ٢٠٢٠.
- ٦) داؤود عبد الرزاق الباز. الحكومة الالكترونية واثرها على النظام القانوني للمرفق العام. منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٧.

٧) عباس العبودي: شرح أحكام قانون الإثبات، دار السنهوري للطباعة، بيروت، ٢٠١٧.

٨) عبد الباسط حسن جميعي. إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت. دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.

٩) عبد الفتاح بيومي حجازي. النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني. دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٧.

١٠) عبد الله فاضل حامد. مبدأ اليقين القانوني في العلاقات الخاصة الدولية. بلا دار نشر، بلا تاريخ نشر.

١١) عمر أحمد العرايشي. حجية السندات الإلكترونية في الإثبات، ط ١. دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠١٦.

١٢) فائز ذنون جاسم. أدلة الإثبات في ضوء قانون الإثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ وتعديله رقم ٤٦ لسنة ٢٠٠٠، ط ١. مكتبة الصباح للطباعة، بغداد، ٢٠١٤.

١٣) لورنس محمد عبيدات. إثبات المحرر الإلكتروني، ط ١. دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٥.

١٤) محمد السيد عمران. الطبيعة القانونية لعقود المعاملات - الحاسب الآلي - البرامج - الخدمات. مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية، ١٩٩٢.

١٥) محمد أمين الرومي. المستند الإلكتروني. دار الكتب القانونية، الاسكندرية، ٢٠٠٨.

١٦) محمد عيد الغريب. حرية القاضي الجنائي في الاقتناع اليقيني وأثره في تسبيب الأحكام الجنائية. دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨.

١٧) محمد فواز المطالقة. الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، ط ١. دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٦.

.....تحديات النهوض بفكرة اليقين القانوني

١٨) يوسف أحمد النوافلة. حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات، ط ١. دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٥.

رابعاً: الأطروحات:

- ١) حيدر عبد المطلب هاشم الحسني. سمات التعاقد وإثباته وتنفيذه عبر وسائل الاتصال الحديثة [أطروحة دكتوراه]، كلية الحقوق، جامعة النهدين، ٢٠١٠.
- ٢) نوزت جمعة حسن. مشكلات الإثبات في مجال المعاملات الإلكترونية [أطروحة دكتوراه]، كلية الحقوق - جامعة المنصورة، ٢٠١٩.
- ٣) وليد لعماري. الاستقرار القانوني وأثره على الاستثمار الاجنبي [اطروحة دكتوراه]، ٢٠١٩.

خامساً: الرسائل:

- ١) إيهاب سمير محمد صالح. الإثبات بالمحررات الإلكترونية [رسالة ماجستير]، جامعة الأزهر - كلية الحقوق، ٢٠١٥.
- ٢) صافية سعدي. حجية المحرر الإلكتروني [رسالة ماجستير]، جامعة العربي بن مهدي - كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، ٢٠١٤.
- ٣) ميرفت قاسم عبود الجبوري. اثر الحكومة الاللكترونية على النظام القانوني للمرفق العام [رسالة ماجستير]، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠١٧.

سادساً: البحوث:

- ١) زيد حمزة مقدم. النظام القانوني للتوثيق الإلكتروني، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون والدراسات الإسلامية، العدد ٤١، الإمارات العربية المتحدة، ٢٠١٤.
- ٢) سليمان المقداد. دور المحررات الإلكترونية في الإثبات. بحث منشور في مجلة المنبر القانوني، العدد ١٠، ٢٠١٦.

٣) صفاء اوتاني. المحكمة الإلكترونية - المفهوم والتطبيق. بحث منشور في مجلة

جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مجلد ٢٨، ع ١، دمشق، ٢٠١٢.

٤) الدكتور عامر زغير محيسن. الموازنة بين فكرة الامن القانوني ومبدأ رجعية

الحكم بعدم الدستورية. بحث منشور في مجلة مركز دراسات الكوفة، المجلد

الاول، العدد ١٨، السنة ٢٠١٠.

٥) فرقد عبود العرضي. جريمة التزوير الإلكتروني. بحث منشور في مجلة دراسات

الكوفة، ع ١٣، بلا تاريخ نشر.

٦) ماجد صالح أحمد العدوان. التقاضي الإداري الإلكتروني في النظام القانوني

الإردني. بحث منشور في مجلة جامعة العين للأعمال والقانون، مجلد ٣، ع ١،

٢٠٢٠.

٧) وسيم حجار. أهمية مساواة السند الإلكتروني بالسند الورقي وإصدار تشريع

يكفل ذلك ويضع له ضوابط. بحث مقدم إلى المركز العربي للبحوث القانونية

والقضائية، بيروت، ٢٠٠٩.

٨) يوسف التبر. التوثيق الإلكتروني بين المفاهيم الكلاسيكية وإكراهات

المعاملات الافتراضية. بحث منشور في مجلة القبس للدراسات القانونية

والقضائية، العدد ٥، المغرب، ٢٠١٣.

سابعاً: القوانين:

١) قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي رقم (٧٨) لسنة

٢٠١٢.

٢) التوجيه الاوربي لسنة ١٩٩٩.

ثامناً: الكتب الأجنبية:

- ❖ Ofer Raban. The fallacy of legal certainty: Why vague legal standards may be better for Capitalism and Liberalism. Boston University, 2010.
- ❖ Marjan Peeters, and Dr. Stefan Weishaar. Exploring uncertainties. Maastricht University, The Netherlands, 31 October, 2008.
- ❖ Jérôme Huet. Vers une Consécration de la Preuve et de la Signature Électroniques. Recueil Dalloz, 2000.