حجية المراسلات في تفسير العقد

The authority of correspondence in the interpretation of the contract

أ.د. حامد شاكر محمود الطائي
كلية القانون – الجامعة المستنصرية
hamidshakirlaw@gmail.com

أ.م.د. سميرة حسين محسين الطائي
كلية القانون – الجامعة المستنصرية
samira.muhisen@qu.edu.iq

الباحثة: طيبه خيري شمران العمري
كلية القانون – الجامعة المستنصرية
tybhalmry@gmail.com

تاريخ استلام البحث: ٢٠٢٤/١٠/٥ تاريخ قبول النشر: ٢٠٢٥/١/١٩

الملخص:

تعد المراسلات اداة لإثبات الحق وفي ضل التطور التقني اصبحت الرسائل الالكترونية محط اهتمام الباحثين في العلوم الانسانية، وبناءا على هذه المراسلات وما تسبقها من مفاوضات يقوم القاضي بتفسير العقد وفقا للنية المشتركة للأطراف ويعود تقديرها الى قاضي الموضوع وعلى استناد المفاوضات فللقاضي سلطة في تفسير العقد، وعندما تكون عبارات العقد غامضة يكتنفها الغموض وتحتاج إلى تفسير فقد يلتجأ القاضي إلى الإرادة الظاهرة فأن لم تكن لجأ إلى الإرادة الباطنة وقد يستند القاضي عند التفسير إلى القواعد الفقهية وقد يقوم بتفسير العقد بناء على طبيعة العرف والمعاملات الجارية أو حسب نوع العقد فهذه كلها قواعد اساسية قد تكون. والاساس في هذا النطاق في التفسير لهذه المراسلات هو النية المشتركة للأطراف المتعاقدين. ما من حيث الحجية القانونية في الاثبات فقد منح القانون العراقي في قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية المساواة في الحجية للمحررات الالكترونية والتقليدية ولكن في بعض شروط نص عليها قانون التوقيع الالكتروني في المادة ١٣ منه وكذلك القانون المصري، الا انه الاجدر من بين القوانين المقارنة كان القانون الفرنسي لأنه عدل نصوص قواعد القانون المدني بما يتماشى مع التطور التقني الحديث وفق القرار رقم ١٣١-٢٠١٦. والسلطة الممنوحة للقاضي في استقصاء الأدلة وفق المستندات المعروضة عليه تقديرية تخضع لقاضي الموضوع.

الكلمات المفتاحية: السلطة التقديرية للقضاء لتفسير العقد وفق المراسلات، سلطة القضاء في الاستدلال على النية المشتركة للأطراف، حجية المراسلات وفق التطور التقني الحديث، المساواة في الحجية القانونية.

Abstract:

Correspondence is a tool for proving the right, and in light of the technical development, electronic messages have become the focus of attention of researchers in the humanities. Based on this correspondence and the negotiations that precede it, the judge interprets the contract according to the common intention of the parties, and

its assessment is up to the judge of the subject matter. Based on the negotiations, the judge has the authority to interpret the contract. When the terms of the contract are ambiguous and require interpretation, the judge may resort to the apparent will. If it is not, he resorts to the hidden will. The judge may rely on the rules of jurisprudence when interpreting, and he may interpret the contract based on the nature of custom and current transactions or according to the type of contract. These are all basic rules that may be. The basis in this scope of interpretation of these correspondences is the common intention of the contracting parties. As for the legal authority in proof, the Iraqi law in the Electronic Signature and Electronic Transactions Law granted equality in authority to electronic and traditional documents, but in some conditions stipulated in Article 13 of the Electronic Signature Law, as well as Egyptian law. However, the most worthy among the comparative laws was French law because it amended the texts of the rules of civil law in line with modern technical development according to Resolution No. 131-2016. The authority granted to the judge to investigate evidence according to the documents presented to him is discretionary and subject to the judge of the subject matter.

Keywords: The discretionary power of the judiciary to interpret the contract according to correspondence, the power of the judiciary to infer the common intention of the parties, the validity of correspondence according to modern technical development, equality in legal validity.

المقدمة:

ادى التطور التكنولوجي السريع الذي يشهده العالم اليوم، الى ابتداع اساليب جديدة، إلى ابرام عقود لم تكن معروفة من قبل، وقد عمد المشرع الى مواكبة التطور الهائل الى اصدار تشريعات مثل التوقيع الإلكتروني، والواقع هو ان التعاقد عن بعد. يعتبر حدثا عالميا جديدا فمنذ القدم كانت بعض العقود تبرم من خلال الرسائل. وبواسطة رسول يحمل معه عرضا او ايجابا، الى شخص معين يقبله ويرده الى المرسل اليه بواسطة هذا الرسول ليتم ابرام العقد بينهما ولكن هذا الأمر يستغرق وقتا طويلا، ومن ثم تطور الأمر والاختراعات المختلفة لتعاقد بالمخاطبة عن بعد عبر الهاتف والوسيلة الرائجة حاليا وهي التعاقد عبر الأنترنيت فتربط بين المتعاقدين في جميع انحاء العالم بثوان معدودة يمكن من خلالها، تبادل الفاظ العرض والقبول والاطلاع على موضوع التعاقد وبما ان شبكة الأنترنيت تتيح للمتعاقدين ابرام الصفقات، وتنفيذها بين اطراف متباعدين، جغرافيا وهذا ما قد يؤدي الى انتعاش التجارة وتطورها. غير ان التطور الإيجابي الذي احدثه الانترنيت لم ينجو من سلبيات. ومازال يكتنفه بعض الغموض، من نواح متعددة ولا سيما منا الناحية القانونية مما ادت إلى العديد من المشكلات القانونية في بعض النواحي التي استدعت تدخل المشرعين وفقهاء القانون واجتهادات المحاكم تصديا للمشكلات الطارئة ووضع حلول لها

وكذلك هو الأمر ان حق الخصوصية وسريتها الذي لم ينظم في الفضاء الالكتروني الذي يكون في عصر التطور السريع يتطلب حلول جدية وقانونية في ازاء هذا التطور ويظهر دور القاضي في تفسير العقد بالاستناد على المراسلات من خلال التفاوض والصفة التبادلية بين الاطراف المتعاقدين لهذه المراسلات فالمفاوضات تلعب دور كبير في تفسير العقد والبحث عن النية المشتركة للطرفين يعود تقديرها إلى قاضي الموضوع ويمكن ان يكون البحث عن الارادة الظاهرة فأذا لم يجد بالإرادة الباطنة وايضا مسترشدا بالقواعد الفقهية العامة في الفقه الاسلامي للوصول إلى التفسير الصحيح في العقود الالكترونية لابد ان يسبق انعقاد العقد الالكتروني كغيره من العقود، مرحلة التفاوض ولهذه المرحلة اهميتها في العقد لأنها تهيئ الاعداد الى العقد يحول دون قيام منازعات بين الطرفين في المستقبل وايضا

العقد الالكتروني كغيره من العقود يخضع لمبدأ سلطان الارادة وتتجلى ارادتا المتعاقدين في عن طريق عرض أو ايجاب يصدر من الطرف الاول يلاقيه قبول يصدر عن الطرف الثاني، ويكون في مجلس غير مباشر وعلى هذا الأساس سيكون طرحنا من خلال مبحثين نبين في الأول: السلطة التقديرية للقضاء لتفسير العقد وفق المراسلات اما المبحث الثاني فهو حجية المراسلات في تفسير العقد.

المبحث الأول: السلطة التقديرية للقضاء لتفسير العقد وفق المراسلات

ان للقضاء سلطة واسعة في الفصل في النزاع والقدرة على استخراج الادلة من النصوص القانونية ومن الظروف والتعاملات المستخلصة للوقائع المعروضة امامة، مع عدم تجاوز الحدود المقررة والمنصوص عليها فقد وردفي المادة ٨لقانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩تنص على أنه " ليس للقاضي ان يحكم بعلمه الشخصي الذي حصل عليه خارج المحكمة، ومع ذلك فله أن يأخذ بما يحصل عليه من العلم بالشؤون العامة المفروض المام الكافة بها ".وقد ورد في المادة ٣٠ من قانون المرافعات العراقي رقم٨٣ لسنة ١٩٦٩نصا على أنه "لا يجوز لأي محكمة ان تمتنع عن الحكم بحجة غموض النص أو فقد ان النص أو نقضه والا عد القاضي ممتنعا عن احقاق الحق. ويعد ايضا التأخير غير المشروع عن اصدار الحكم امتناعا عن احقاق الحق ".

فالسلطة التقديرية للقاضي تقوم على أساس من التحليل الذهني أو الفكري للقاضي فهو نشاط ذهني وعقلي يضطلع به القاضي في فهم الواقع المطروح عليه واستنباط عناصر هذا الواقع في نطاق قاعدة قانونية يعتقد انها تحكم النزاع المعروض. وهي بذلك تتألف من عنصرين شخصي وهو القاضي وموضوعي وهو القانون. وبالتالي فأن السلطة التقديرية للقاضي تتمثل في ان تسليم قاضي الموضوع بوضع عبارة العقد هو الامر الذي يدخل في مجال سلطة تقديره [١]. وفي حالة الغموض يلتجأ الى النية المشركة للمتعاقدين وطبقا لمبدأ حسن النية في الكشف عن دليل الاثبات وهي الرسائل الالكترونية. سوف نتكلم في هذا المبحث عن مطلبين:

المطلب الأول: السلطة التقديرية للقاضي في الاستدلال على النية المشتركة للطرفين

المطلب الثاني: –موقف التشريع العراقي والمقارن من التفسير القضائي للعقد

المطلب الأول: السلطة التقديرية للقاضي في الاستدلال على النية المشتركة للطرفين

معنى التفسير القضائي هو تأويل القاضي للنص القانوني عند تطبيق أحكامه على القضايا المعروضة عليه، ويواجه القاضي بحكم وظيفته غموض التشريع ونقصه وعيوبه ومن ثم يعمل على استنباط الأحكام للوقائع لسد النقص ورفع العيوب من النصوص. وبما أن القضاء يواجه وقائع الحياة المتجددة ويتميز تفسيره للقانون بالطابع العملي فإنه وعبر التاريخ كان عاملا مهما من عوامل تطوير القانون، بل إنه اعتبر مصدرا من مصادر القانون. وبالتالي فأن السلطة المقدرة للقاضي تقديرية ازاء كشف أو استدلال على النية المشتركة للطرفين ويعود تقدير هذه السلطة الى قاضي الموضوع، سنحاول في هذا المطلب بيان السلطة التقديرية للقاضي في فرعين الأول السلطة التقديرية للقاضي في الاستدلال على النية المشتركة للطرفين وفي الفرع الثاني المعيار الجديد لتفسير العقد وفقا للأمر رقم (١٣١-٢٠١٦) الصادر ١٠ فبراير ٢٠١٦.

الفرع الأول: السلطة التقديرية للقاضي في الاستدلال على النية المشتركة للطرفين

تعد وظيفة التفسير من الوظائف المهمة للمراسلات، فقد يلجأ القاضي الى المراسلات للوصول الى حقيقة النية المشتركة للمتعاقدين عند التعاقد، وان المحادثات والمناقشات التي تكون من متطلبات المفاوضات السابقة على التعاقد، غالبا ما تتم عن طريق المراسلات، وهذا ما يعني بالصفة التبادلية التي تحملها المراسلات [٢].

ولا حاجة لتفسير العقد الا اذا كانت عبارات العقد غامضة أو يكتنفها الغموض أو الابهام فعلى القاضي أو المحكم تفسير العقد وفق ما اتجهت إليه إرادة الطرفين [٣]، وهنا تقرر محكمة النقض المصرية" أن العبرة في تكييف العقود هي بحقيقية ما عناه العاقدون منها، وتعرف هذا القصد من سلطة محكمة الموضوع، ومتى تبينت تلك المحكمة إرادة العاقدين على حقيقتها، فأن عليها ان تكيفها بعد ذلك التكييف القانوني الصحيح غير متقيدة في ذلك بتكييف العاقدين" [٤] وعلى القاضي في عملية التفسير، ان يعتد بالتعبير الخارجي عن الإرادة وصولاً إلى الإرادة الحقيقية ما لم يثبت العكس، وفي حال لم يتمكن من إثبات العكس وجب عليه ان يطبق بنود العقد، ولا يستطيع اللجوء إلى القوانين المكملة أو الأعراف والعدالة، لكنه يستطيع اللجوء إليها إذا لم تسعفه العناصر الداخلية للعقد أو العناصر الخارجية كالمفاوضات للوصول إلى إرادة الفرقاء. ويمكن ان تلعب المفاوضات التمهيدية في تفسير العقد الدولي، اي تعتبر دليلاً لتفسير إرادة المتعاقدين في حالة إختلاف وجهات النظر، فقد ترجع المحكمة المختصة بنظر النزاع بصدد تنفيذ عقد نقل التكنولوجيا، إلى مرحلة المفاوضات السابقة على ابرامه للإهتداء إلى النية المشتركة للمتعاقدين في حالة في حالة غموض النص.

استناداً إلى قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) لا يتدخّل القاضي في العقد، ولا يقوم بأي تعديلات إلا بناء على حالات نص عليها القانون، فقد يتطلب من القاضي تفسير العقد و، الذي بدوره يسعى للوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين وفق مبدأ حسن النية، فيقوم في البداية بتحديد مضمون العقد

بناء على الإرادة الظاهرة، فإذا لم يتمكن من التوصل إلى النية المشتركة لجأ إلى الإرادة الباطنة، أي ما قصده المتعاقدان من الفاظ استعملاها في التعبير عن ارادتهم واذا لم يتمكن من خلا الوصول الى النية المشتركة من خلال هاتين الارادتين يلجأ الى الوسائل الاخرى كالعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام [٥]. وفي قرار لمحكمة النقض ينص على (ان لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تفسير الشروط والعقود وفق ما تراه من ظروف الدعوى وملابساتها دالاً على حقيقة ما قصده العاقدان فأذا رأت مدلولاً معيناً لشرط أو عقد، وبينت من حكمها كيف أفادت صيغة الشرط أو العقد ذلك المدلول فلا يصح الاعتراض عليها لدى محكمة النقض ما دامت الاعتبارات التي أوردتها من شأنها أن تؤدي إلى النتيجة التي وصلت إليها) [٦].

وفي قرار آخر لمحكمة النقض على أنه (تفسير المحررات. عدم تقيد القاضي بما تفيده عبارة معينة بل بما تفيده عبارات المحرر بأكملها أو التقيد بعنوان المحرر منفصلاً عن باقي عبارته. تخلف ذلك أثره. اعتباره مخالفة لقواعد التفسير) [٧].

وهنا يثار تساؤل حول ما إذا كان للقاضي سلطة في الاستناد على الأجهزة الإلكترونية متخذ اياها كقرينة على حدوث الواقعة المدعى بها مواكبا التطورات الحاصلة في مجال التكنولوجيا والاتصال. فيما يتعلق بالنسبة للمحرر الإلكتروني، فأن قرينة صحة المحرر أو السجل أو السند أو الرسالة الإلكترونية فأنه يفترض صحة عدم تغيير المحرر منذ أن أنشئ، أو لم يطرأ عليه منذ وضع التوقيع الإلكتروني عليه، أو أنه لم يتم تغيره أو تعديله منذ تاريخ إجراءات توثقه[٨] .

وبناء عليه لا يجوز للقاضي أن يحكم من تلقاء نفسه بأن المحرر الإلكتروني مزور برغم أن مظاهر التزوير واضحة، على نحو ما هو معمول به في المحررات الورقية.

وإن كان المحرر الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني الآمن يؤدي إلى قيام قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس، وعليه يستطيع كل خصم، أن يثبت ما يخالف قرينة الصحة فيستطيع أن يثبت أن هذا التوقيع ليس توقيعاً مصدقاً عليه أو أنه ليس محمياً أو ليس موثوقاً غير انه هل يكفي للشخص الذي يحتج بالتوقيع او المحرر الإلكتروني ان يعتمد على قرينة الصحة الملازمة للمحرر او التوقيع الإلكتروني لا تقوم اي مسؤولية من جانبه؟ [٩].

ذهب المشرع العراقي في قانون التوقيع والمعاملات الإلكترونية رقم ٧٨ لسنة ٢٠١٢ في المادة الرابعة فقرة (اولا) ان التوقيع الإلكتروني يعد صحيحا وصادرا من الموقع اذا وجدت دلالة كافية على موافقة الموقع على ما ثبت في هذا المحرر الإلكتروني، اما في الفقرة الثانية من نفس المادة فقد اعطت للتوقيع الإلكتروني حجة مشابهة لما عليه التوقيع اليدوي فيما يتعلق بالمعاملات الأدارسة والتجارية والمدنية على ان تتوافر مجموعة شروط نص عليها في المادة الخامسة تحدد حجية التوقي الإلكتروني في الإثبات)، اما بالنسبة للمشرع الفرنسي فنجد انه في المادة ١٣٦٦ من القانون المدني ساوى بين التوقيع الإلكتروني والتوقيع اليدوي من اذ الأهمية والحجية في الإثبات ايضا. [١٠]

ونظرا لأهمية المراسلات ودورها في تفسير العقد يلزم المشرع العراقي التجار بضرورة الاحتفاظ من الرسائل والبرقيات وغيرها من المحررات الاخرى بطريقة منظمة وواضحة وهذا ما قررته المادة ١٦ من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ بأنه "على التاجر ان يحتفظ بصور طبق الاصل من الرسائل والبرقيات وغيرها من المحررات التي يرسلها أو يستلمها والمتعلقة بتجارته، وعليه ان يحفظ هذه المحررات بطريقة منظمة وواضحة [١١]، إذ من الممكن أن يستعان بها كدليل من ادلة الإثبات للوقوف عند النية الحقيقية للطرفين المتعاقدين وقت إبرام العقد، ولأجل ذلك يقرر مدة ٧سنوات للاحتفاظ بها، وهو ما قررته المادة ١٨من قانون التجارة المذكور [١٢]، والتي لا يراها البعض مدة للتقادم، ذلك لأن الحقوق المثبتة في هذه الدفاتر أو الرسائل تتقادم في المدة المقررة لتقادمها، أما مدة السبع سنوات التي ألزم القانون التاجر بالاحتفاظ فقط بها لإمكانية الرجوع إليها كدليل للإثبات، وأن مضي المدة يمثل قرينة على أن التاجر قد أتلف دفاتره أو رسائله ولم يعد يحتفظ بها.

وايضا يمكن اعتبار المراسلات من وثائق العقد وذلك عندما ينضمون الاشخاص الى العقود المعدة بواسطة المحترفين فأنه يصعب مناقشة شروطها وقراءتها، وقد يوقع الاشخاص على العقد دون ان يحصل على كافة المستندات وان التوقيع على الوثيقة لا يثبت على الشخص قد قبل بكافة شروط والتزامات العقد ولا يجب ان يلتزم فقط بالشروط التي يعلم بها، وقد تطور القضاء الفرنسي تطورا ملموسا بعد امن ان كان يفترض قبول أطراف العقد بكل ما ورد في الوثيقة البتي يوقعون عليها من الشروط [١٣].

وبعدها اصبح من الممكن ان يقضي القاضي بعدم نفاذ احد الشروط التي وقع عليها الشخص دون ان يعلم، وان القضاء الفرنسي تطلب وجود عنصر الرضا دائما وتطلب ان يكون ابرام العقود يتم بعد مفاوضات ومناقشات بين الاطراف تنتهي بانعقاد العقد، وقبول كل الشروط فيه، نستنتج ان القضاء وفر رقابة للتأكد من رضا الاطراف بقبولهم للتوقيع على الوثيقة واحتلت هذه المسألة اهتمام عالي كما في عقود الاذعان وترك هذه المسألة للقضاء لفرض سلطته في التفسير [١٤]، وفي ذلك فقد قضت محكمة النقض الفرنسية الصادر في ٢٥ يوليو ١٩٨٥[١٥]، والتي قضت "ان الطرف الأقل خطورة أو خبرة كان اميا لا يعرف القراءة أو الكتابة، وقد استند لذلك لكي يتنصل من بعض شروط التعاقد التي لم يكن باستطاعته الاطلاع عليها وبالتالي لم يقبلها حقيقة "[١٦] وبالتالي فأن القضاء بناءا على ذلك تطلب ثلاثة معايير منها كتابة الشرط بشكل يمكن معه قرائته بيسر، و موضع الشرط بالوثيقة المكتوبة ومعقولية الشرط.

الفرع الثاني: المعيار الجديد لتفسير العقد وفقا للأمر رقم (١٣١-٢٠١٦) الصادر ١٠ فبراير ٢٠١٦

ان القانون الفرنسي يفسر العقد طبقاً للمعيار الجديد وفقاً لنص المادة ١١٨٨ من القانون المدني الفرنسي الصادر ١٣١-٢٠١٦ التي نصت على ان (يفسر العقد وفقاً للنية المشتركة للأطراف بدلاً من التوقف عند المعنى الحرفي لكلماته، وفي حالة عدم امكانية تحري تلك النية فإن العقد يفسر وفقاً للمعنى الذي يعطيه الشخص العاقل الذي يوجد في نفس الظروف). وجاءت هذه المادة بدلاً من المادة ١١٥٦من القانون المدني الفرنسي والتي تنص على انه(يجب البحث في الاتفاقيات عن النية المشتركة للأطراف بدلاً

من التوقف عند المعنى الحرفي للكلمات) ويتبن من ذلك ان المشرع الفرنسي تبنى معيار الشخص العاقل في التفسير وهذا ما اشارت اليه عبارة (فإن العقد يفسر وفقاً للمعنى الذي يعطيه الشخص العاقل الذي يوجد في الظروف نفسها) فضلاً عن ذلك وبعد ان اوجد المشرع الفرنسي تنظيما قانونياً جديداً للمفاوضات السابقة على التعاقد تتمثل في احكام المادة الجديدة ١١٠٤التي تنص على ان (يجب مراعاة حسن النية عند التفاوض على العقود أو تكوينها أو تنفيذها). ويعد هذا الحكم من النظام العام، ويتضح من ذلك أصبح للقاضي دور واسع في تفسير العقد انطلاقاً من مبدأ حسن النية على كافة مراحل العقد في القانون الفرنسي اي في مرحلة التفاوض، التكوين، التنفيذ[١٧] .

المطلب الثاني: موقف التشريع العراقي والمقارن التفسير القضائي

ان تحديد مفهوم سلطة القاضي في تفسير العقد قانوناً، يتطلب معرفة أي من الاتجاه الذي اتخذه المشرع فيما إذا كان اتجاهاً شخصياً أو اتجاهاً موضوعياً وكذلك معرفة موقف القضاء نسبين في الفرع الأول موقف التشريع والقضاء العراقي وفي الفرع الثاني موقف التشريع والقضاء المقارن

الفرع الأول: موقف التشريع والقضاء العراقي

يفهم قصد المشرع العراقي بما قننه من نصوص مجلة الأحكام العدلية في نطاق التفسير للعقد يتطلب التمحيص والموازنة لمختلف الآراء المثارة بشأن تفسير هذه القاعدة الكلية الفقهية المنصوص عليها في القانون المدني العراقي رقم ٤٠لسنة ١٩٥١ المادة ١/١٥٥(العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني) ومتمماتها من القواعد الفقهية الأخرى، إذ أن البعض غلب الإرادة الظاهرة على الإرادة الباطنة في تحديد المراد من عبارة المقاصد والمعاني، معللين ذلك بالقول: (إن إرادة المتعاقدين وإن كانت هي المرجع في المقصود من العقد غير أن هذه الإرادة أمر خفي لا يمكن الوقوف عليه إلا بوسائل مادية: وهي عبارة العقد، لان الأمور الباطنة تستخلص من دلائلها الظاهرة، والدلائل الظاهرة في العقود هي مادة العقد) [١٨]، و(للمحكمة لا محيص لها الاستجلاء إرادة الطرفين في الالتجاء إلى الوسائل المادية، وهي الألفاظ التي يعبر عنها المتعاقدان عن إرادتهما المشتركة أو ما يقوم مقام الألفاظ من كتابة أو إشارة وما يوصل إلى الإرادة المقصودة إذا كان في التعبير إبهام أو غموض، وليس للمحكمة أن تعتمد الاستخلاص إرادة المتعاقدين المشتركة على قناعتها فقط دون الركون إلى الوسائل المادية واستلال الإرادة منها، ووسائل التفسير هي قواعد لغوية وقضايا مسلم بها وعرف وتعامل) [١٩]. لذا يجب الوقوف على المعنى الحقيقي لصيغة العقد إما إذا احتملت الصيغة معنى آخر فلا يجوز أعماله إلا إذا تعذر المعنى الحقيقي يصار إلى المجاز وغيرهم من الاتجاه الفقهي ذهب إلى تحوير هذه القاعدة وجعلها في هكذا عبارة (العبرة في العقود للمقاصد والمعاني مع الألفاظ والمباني) وفي حين البعض الآخر ذهب في التفسير إلى تغليب الإرادة الباطنة على الإرادة الظاهرة للمتعاقدين بحجة أن المقاصد تنبئ عن قصد المتعاقدين بما عنته إرادتهما الحقيقية وتعليل هذا الرأي هو: اعتبار الفقهاء الألفاظ أداة لإظهار قصد المتعاقدين، أي تغليب الإرادة الباطنة على الظاهرة باستثناء ثلاث مسائل غلب الإرادة الظاهرة فيها هي الزواج والطلاق والعتاق، ولم يقف

تفسير قاعدة (العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني) عند هذا الحد، بل هناك من نفى علاقة هذه القاعدة بالإرادة الباطنة أو الإرادة الظاهرة، واعتبرها قاعدة تخص تكييف العقد [٢٠]. وبهذا الخصوص هنالك امثلة: (إذا قال اشتريت منك ثوباً صفته كذا بهذا الدرهم، فقال بعتك، ينعقد بيعاً باللفظ، وتسلماً اعتباراً بالمعنى ومنها جريان حكم الرهن في البيع وفاءً، ومنها الكفالة المشروط فيها براءة ذمة المدين حوالة، وهكذا لا نرى علاقة لهذه القاعدة بالإرادة الباطنة أو الظاهرة كما يوهم نصها، بل أن قصد المشرع هو البحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين، واستخلاص نيتهما من مفهوم العبارات والصبغ المستعلمة، لا الوقوف عند حرفية النص ولا الغور في اعماق المتعاقدين لمعرفة ما اضمر في بخفايا النفس، ومن ثم نلخص مما تقدم أن المشرع العراقي ذهب بالأخذ بالنظام لتفسير التصرف القانوني اي منهجاً وسطاً المختلط بين الإرادتين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة أي اخذ بالنظريتين الموضوعية والشخصية في نطاق تفسير العقد فأوجب على القاضي أن يأخذ في الإرادة الظاهرة إذا كان النص واضحاً اي صريحا لا لبس فيه والزموه بالبحث بدقة عن قصد المتعاقدين إذا كان التعبير غامضاً وعلى ذلك فأن هذه القاعدة (العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني) لا نجد لها تطبيق إذا كان التعبير صريحاً نجده فقط فيما إذا كان التعبير غامضاً استناداً إلى قاعدة إعمال الكلام أولى من إهماله، ويؤكد هذا الاتجاه ما ذهبت إليه محكمة التمييز (الأصل في تفسير عبارات العقد أن المعنى الواضح في اللفظ هو المعنى الحقيقي، ولا يجوز الانحراف عنه إلى غيره من المعاني، إلا إذا تأيد من ظروف الدعوى ما يدل على أن المتعاقدين أساءا استعمال هذا التعبير وقصدا معنى آخر، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين). ويؤيد هذا ما نصت عليه المادة ١/١٥٥مدني [٢١].

وقضت محكمة التمييز في قرار آخر (على المحكمة عند الاقتضاء استخلاص نية الطرفين المشتركة أن تستمع إلى الشهود الموقعين على العقد وأن تستعين بأهل الخبرة) [٢٢]، وكذلك في دعوى آخرى (للمحكمة أن تستخلص من عبارات عقد الكفالة إن إرادة المتعاقدين اتجهت إلى انها تشمل الثمن الذي يستلمه المكفول ولا تقتصر على التعويض الذي يستحقه المكفول له من جراء الإخلال بالالتزام إذا كانت عبارات العقد تدل على ما استخلصته المحكمة) [٢٣]، وفي موضوع الالتزام بالوفاء بالشرط قضت (على المحكمة التقيد بشرط الواقف وعدم قبول تنازل المتولي عن التولية إلى ولده) [٢٤]. وفي عقد نقل قضت (. إن الطرفين اختلفا في مفهوم في مفهوم الطلبية فالمدعي عليه يقول إن المكتب الذي يريد انهاء أعماله عليه إشعار الدائرة قبل شهرين من إبلاغ رغبته وفي هذه الحالة يلتزم باستعمال كل من سياراته الخمسة بنقل طلبيه واحدة يومياً فيكون المجموع خمس طلبيات يومياً ويكون المجموع خلال شهر التصفية. نقل ١٥٠طلبية أما المدعي فيقول أن لفظ طلبية جاء غير محدد بعد وأن المدعي عليه يستند في هذا إلى توجيهات صادرة من المنشأة العامة لتوزيع المنتجات النفطية المشار إليها في لائحة وكيله المؤرخة في ١٩٩٦/١١/٧، كما أن الخبير القضائي قد توصل في خبرته إلى ما افاده المدعي عليه في تقرير الخبير المؤرخ ٩٦/١٢/١٦وإن محكمة الموضوع لم تكمل تحقيقاتها في هذا الموضوع، ولم تناقش

رأي الخبير عندما لم تأخذ به كما تلزمها في ذلك المادة ٢/٤٠من قانون الإثبات مما يقض تطبيق احكامها، كذلك الاستعانة بأصحاب المكاتب الآخرى، أو بخبراء من المختصين في مجال النقل والاطلاع على ما استقر عليه العمل في المكاتب المماثلة بما يكفل التطبيق السليم لأحكام القانون..) [٢٥].

الفرع الثاني: موقف التشريع والقضاء المقارن

سنبين في هذا الفرع موقف كل من التشريع والقضاء المصري اولا والتشريع والقضاء الفرنسي ثانيا

اولا: –موقف التشريع والقضاء المصري: نص القانون المدني المصري في المادة ١٥٠منه على ما يأتي):١–إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين. ٢–أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث تن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن تتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات). وجاء في نص المادة ١٥١منه: (يفسر الشك في مصلحة المدين ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن). ولمعرفة ما المقصود بسلطة القاضي في تفسير العقد وفق القانون المدني المصري امعان النظر في هذه المادتين، وبهذا الصدد ثارت اتجاهات منها:

الاتجاه الأول: النزعة الموضوعية في تفسير العقد: ذهب البعض إلى أن قصد المشرع المصري من نص المادة ١٥٠هو تغليب الإرادة الظاهرة، فأوجبوا على القاضي الالتزام بمضمون العبارة دون البحث عن الإرادة الحقيقية المشتركة للمتعاقدين وبرروا قولهم فيما ورد في المذكرة الايضاحية (لا ريب أن إرادة المتعاقدين هي مرجع ما يرتب التعاقد من آثار، بيد أن هذه الإرادة وهي ذاتية بطبيعتها لا يمكن استخلاصها إلا بوسيلة مادية أو موضوعية، وهي عبارة العقد ذاتها فإذا كانت هذه العبارة واضحة لزم أن تعد تعبيراً صادقاً عن إرادة المتعاقدين المشتركة ولا يجوز الانحراف عن هذا التعبير لاستقصاء ما إراده المتعاقدين حقيقة من طريقة التفسير أو التأويل، تلك قاعدة يقتضي استقرار التعامل حرصاً بالغاً في مراعاتها) [٢٦].فضلاً عن ذلك نصت المادة ٦١من قانون الإثبات المصري رقم ٧٦لسنة ٢٠٠٧ أنه(لا يجوز الإثبات بشهادة الشهود ولو لم تزد القيمة على ألف جنية. أ–فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي. ب–إذا كان المطلوب هو الباقي أو هو جزء من حق لا يجوز إثباته الا بالكتابة. ج–إذا طالب أحد الخصوم في الدعوى بما يزيد قيمته عن ألف جنية ثم عدل عن طلبه إلى ما لا يزيد على هذه القيمة). أي أن معنى العبارة الواضحة تحريراً لا تدحض إلا بسبب ثابت بمحرر، لأن وسائل التعبير المستمدة من الظروف الخارجية لا تكفي للتدليل على إرادة المتعاقدين إن تعارضت مع مضمون النص الواضح في التعبير الوارد في العقد، لأن اهمية المحرر تكمن في الكشف عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين [٢٧]، ويستند هذا الاتجاه على حجة اخرى أنه يجب التمييز بين أو الفصل بين صحة التصرف وتحديد أثره، لذا فإن تحديد أثر التصرف لا يرد إلا تبعاً لما يحتمله التعبير من معنى، ويلخص من ذلك ان المشرع المصري لم يأخذ بالإرادة الظاهرة وحدها ولا بالإرادة الباطنة، بل يعول على التعبير مع الإحاطة بالظروف

الموضوعية التي علم بها المخاطب أو كان العلم بها واجباً عليه. وأن القانون المدني المصري يقصد بالنية المشتركة تلك الإرادة الحقيقية التي تلاقى عندها الطرفان أي النية بمفهومها النفسي [٢٨].

الاتجاه الثاني: النظرية الشخصية في تفسير العقد ذهب غالبية الفقهاء المصريين إلى أن المشرع المصري لم يشأ بصياغة المادة ١٥٠من القانون المدني أن يحيد عن النزعة الشخصية التي قننها القانون القديم واستبدالها بالنزعة الموضوعية وأنما بنصه اراد تقنين ما استقر عليه قضاء محكمة النقض المصرية. وذهب البعض الآخر إلى أن القانون المدني المصري غلب النزعة الشخصية عن طريق المعيار الذي اقترحوه بوجوب التفرقة بين النظرية التقليدية والحديثة وخلصوا إلى الاقتصار على التعبير الرئيسي تسود معه النظرية المادية اي اقتصار القاضي بالتعبير الرئيسي عند تفسيره وإذا لم يكتف بذلك التجأ إلى الظروف الخارجية، واستدلوا بذلك في نص المادة ٩٠من القانون المدني (التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفاً، كما يمكن أن يكون باتخاذ أي موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على حقيقة المقصود).

الاتجاه الثالث: النظرية المختلطة في تفسير العقد: ذهب البعض إلى تبني التفسيرين الشخصي والموضوعي في هاتين المادتين السابق ذكرهما، إذ أورد فضلاً عن قواعد التفسير الشخصي التي توجب على القاضي البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين قواعد للتفسير الموضوعي يلجأ إليها القاضي عند تعذر أعمال قواعد التفسير الشخصي [٢٩]. بينما ذهب البعض الآخر إلى أن المشرع المصري ابتكر نظرية فريدة لتفسير العقد، اخذ فيهل بنظرية الإرادة الباطنة قاعدة أساسية ولكن بمعيار الإرادة الممكن التعرف عليها وفق معايير الثقة والأمانة مع ضرورة استخلاصها من الإرادة الظاهرة حتى يقوم الدليل على العكس، بينما ذهب البعض الآخر إلى أن المشرع المصري اخذ منهجاً مختلطاً أي جمع بين النظريتين بعمل واحد هو تفسير التصرف دون إعطاء الأولوية لإحداها على الأخرى، وكان ارجع الآراء هو الاخير من بينهم لأنه يعبر عن حقيقة قصد المشرع المصري من نص المادتين ١٥٠-١٥١ لا سيما إذا شملها الاتجاه العام للقانون المدني المصري الذي أخذ بالنزعتين اللاتينية والجرمانية، وكان موقف محكمة النقض المصرية منها القرار(تفسير العقود والشروط للتعرف على مقصود العاقدين من سلطة محكمة الموضوع، ولا رقابة لمحكمة النقض عليها متى كان تفسيرها مما تحتمله عباراتها، ولا خروج فيه عن المعنى الظاهر) [٣٠]. والقرار (على ما جرى به قضاء هذه المحكمة إنه إذا كانت عبارات العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين أو حملها على معنى مغاير لظاهرها ما لم يبين القاضي في حكمه الأسباب المقبولة التي تبرر ذلك وتخضع في هذه الحالة لرقابة محكمة النقض) [٣١]. والقرار (أن هذا النعي السديد لما هو مقرر في قضاء هذه المحكمة من أنه يتعين تفسير وثيقة التأمين، بما لا يخرج عن عباراتها الواضحة وإن النص في المادة ١٥٠/ف/١من القانون المدني على أنه إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف تنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين يدل على أن القاضي ملزم بأخذ عبارة المتعاقدين الواضحة كما هي، فلا يجوز تحت ستار التفسير الانحراف عن مؤداه الواضح إلى معنى آخر باعتباره مقصود العاقدين) [٣٢].

والقرار (لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تفسير الإقرارات والمشاطرات وسائر المحررات بما تراه أوفى بمقصود العاقدين مادام تفسيرها سائغاً، وكان عقد الصلح في شأنه شأن باقي العقود في ذلك. فمن حق محكمة الموضوع إن تستخلص من عباراته ومن الظروف التي تتم فيها نية الطرفين والنتائج المنتقاة منها وإن تحدد نطاق النزاع الذي أراد الطرفان وضع اتفاقهما عليه ما دامت عبارات العقد والملابسات التي تم فيهل، تحتمل ما استخلصه منها) [٣٣]. وعلى ذلك يمكن القول إن المشرع المصري وإن اناط بالقاضي مهمة البحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين في حالة غموض التعبير إلا أنه الزمه بالتعبير الواضح عند التفسير من دون الانحراف عنه تحت ستار التفسير.

ثانيا: –موقف التشريع والقضاء الفرنسي: فقد اخذ القانون المدني الفرنسي بمذهب الارادة الباطنة، اذ نصت المادة ١١٥٦ منه على " يجب البحث في الاتفاقيات عن النية المشتركة للأطراف المتعاقدين بدلاً من التوقف عند المعنى الحرفي للكلمات ". ومن المبادئ المستقرة في القانون المدني الفرنسي غياب الطابع الالزامي في تفسير العقد، اذ لا يؤدي تجاهلها الى نقض العقد، ويخضع تفسير العقد الى السلطة التقديرية المطلقة للقاضي، على ان لا يعدل القضاة الالتزامات والشروط الواردة في العقد بنصوص صريحة. فضلاً عن قاعدة عامة تناولت عبارات العقد إذا كانت تحتمل أكثر من معنى واحد فيجب حملها على المعنى الذي يجعلها تحمل أثراً منتجاً قانوناً، فهذا المعنى هو المعبر عن إرادة المتعاقدين الحقيقية لأن المنطق السليم يقضي بأن المتعاقدين يبغيان من إيراد هذه العبارة أو تلك تحقيق نتيجة قانونية معينة وذلك مفاد ما نصت عليه المادة ١١٥٧، وقاعدة تضمنت إن العبارات في العقد تفسر بعضها بعضاً حسب ما ورد في المادة ١١٦١، كما يتضح من المادة ١١٥٩ بوجوب تفسير الشرط الغامق استناداً إلى عرف البلد الذي أبرم به وما جاء بالمادة ١١٦٠في ما يتعلق باستكمال بنود العقد طبقاً لمقتضيات العرف الجاري والمادة ١٦٢كتطبيق للعدالة بتفسير الشك لمصلحة المدين [٣٤]. وانطلاقاً من النزعة الشخصية التي اخذ بها القانون المدني الفرنسي يتحدد مفهوم سلطة القاضي في تفسير العقد بالبحث عن مضمون الإرادة الحقيقية المشتركة للمتعاقدين وقت التعاقد وذلك عن طريق التعبير المادي المنتظم باللفظ أو بأي وجه آخر مع مراعاة الوقائع والظروف التي تمثل المسلك العام للمتعاقدين والاستعانة بقواعد التفسير آنفة الذكر، وعلى هذا النهج كانت محكمة النقض الفرنسية منذ فبراير ١٨٠٨وإلى نهاية النص الأول من القرن التاسع عشر تترك للقضاء الموضوع الحرية المطلقة في تفسير العقد بحكم هيمنته على تفاصيل موضوع النزاع المعروض عليه وبمواجهة الخصوم فيه، ولم تؤاخذ القاضي حتى لو تجاوز معنى العبارات والألفاظ الواضحة في العقد، والطعن في ذلك لا تعده سبباً للنقض [٣٥].إلا أنها بعد حقبة من الزمن، وتحديداً في بداية النصف الثاني من القرن التاسع عشر بدأت تفرض رقابتها على قاضي الموضوع في تفسيره للعقد لا سيما إذا ما حرف شرطاً صريحاً واضحاً من دون مبرر، وشددت رقابتها على سلطة القاضي لا في تفسير العقد فحسب بل حتى في تكيفيه، كما أن محكمة النقض الفرنسية تدخلت في تفسير بعض العقود كعقد الزواج والصلح لأنها لاتهم الأفراد فحسب بل المجتمع بأسره، ويتضح أن القضاء الفرنسي وأن كان اميناً على اتباع مبادئ النظام العام الشخصي في تفسير العقد إلا أنه لم يأخذ بإبعاده كلها.

المبحث الثاني: حجية المراسلات في تفسير العقد

يمكن تقسيم المراسلات من حيث الوسيلة التي تستخدم في ارسالها الى نوعين: مرسلات ورقية أو مراسلات الكترونية. فالمراسلات الورقية (التقليدية) هي التي يكون لها كيان مادي ملموس، وترى بالعين المجردة، في حين المراسلات الالكترونية ليس لها كيان ملموس ولا ترى ألا بواسطة الاجهزة التقنية المتمثلة بالحاسوب، وللتمييز بينهما، فمن حيث فكرة ثبوت السند، فالمراسلات الورقية تختلف عن المراسلات الالكترونية لسبب ان المراسلات الالكترونية يمكن تغييرها بسهولة والتلاعب بها دون ان تترك أثر مادي ملموس ولهذا فهي تتطلب اجراءات تقنية معدة وضمانات وتشفير للمحافظة عليها.

ونظرا لأهمية هذه المراسلات الالكترونية ودورها الفاعل الذي بدأ بالظهور شيئا فشيئا في التعاملات المستخدمة وعدم قدرة القواعد التقليدية مواجهتها في النزاعات المتعلقة في استخدام وسائل تقنية في ابرام التصرفات القانونية، فظهرت الحاجة الى مثل هذه التعاملات لمواكبة التطور التقني الحديث وسوف نبين في هذا المبحث المطلب الأول: الاتجاهات الحديثة وفق القانون الفرنسي للمساواة في الحجية القانونية والمطلب الثاني: السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي في اعمال مبدأ المساواة في الحجية القانونية

المطلب الأول: الاتجاهات الحديثة وفق القانون الفرنسي للمساواة في الحجية القانونية

يترتب على تقديم المعلومات التقنية الى تراجع دور المستندات الورقية (التقليدية) لحساب المستندات الالكترونية، ولحاجة التعامل وظهور التطور التقني الحديث فقد ظهر التوقيع الالكتروني واقرت بعض التشريعات في المساواة في الحجية بين السند الكتابي والسند الالكتروني وسوف نبين في هذا المطلب فرعين الأول: الاتجاهات الحديثة للمساواة في الحجية القانونية أولا: الواقع القانوني قبل صدور قانون رقم (٢٠٠٠,٢٣٠) في ١٣مارس ٢٠٠٠ وثانيا: الواقع القانوني بعد قانون رقم (٢٠٠٠,٢٣٠) في ١٣ مارس ٢٠٠٠ والفرع الثاني مبدأ المساواة في الحجية وفقا للأمر رقم (١٣١-٢٠١٦) في ١٠ فبراير ٢٠١٦

الفرع الأول: الاتجاهات الحديثة وفق القانون الفرنسي للمساواة في الحجية القانونية

اولا: الواقع القانوني قبل صدور قانون رقم (٢٠٠٠|٢٣٠) في ١٣ مارس ٢٠٠٠: كان للقضاء الفرنسي اسبقية على المشرع في التفريق بين الكتابة الالكترونية ودعامتها، حيث ورد في قرار محكمة استئناف، Aix en-provece ان الكتابة تعني في مفهومها القانوني تدوين حروف أو علامات وان القانون لم يحدد أداة الكتابة والمواد المستخدمة في أحداثها [٣٦].

وكذلك في قرار الغرفة التجارية في محكمة النقض الفرنسية والصادر في ٢ ديسمبر ١٩٩٧ [٣٧]، والذي بين أن "الكتابة مستقلة عن دعامتها، وان الكتابة ممكن أن توجد كدليل في الاثبات سواء على دعامة ورقية أو غيره "، وقرار الغرفة المدنية الأولى في٨نوفمبر ١٩٨٩، في قضية Credicas، والتي قبل فيها القضاء الفرنسي الدليل الالكتروني كدليل اثبات وهو المتعلق بعمليات الدفع الالكتروني، وما رافقه من تخبط في الاجتهاد الفرنسي، في قرار محكمة الاستئناف Limoges الصادر بتاريخ ١٨ مايو ١٩٩٩، بأن "المستند المرسل من خلال البريد الالكتروني –حتى لو اقترن بتوقيع، الا أنه في ظل غياب أي دليل كتابي ظاهر يثبت ادعاء المدين بالالتزام –فانه يفتقر للقوة الثبوتية ". [٣٨]

ثانيا:-الواقع القانوني بعد صدور قانون رقم (٢٣٠ ٢٠٠٠)في ١٣ مارس ٢٠٠٠: قبل صدور هذا القانون لم يكن القانون الفرنسي يعترف بالكتابة الالكترونية أي لم يقبل الدعامة الالكترونية دليل في الاثبات الا بشكل جزئي، وعند صدور القانون رقم (٢٣٠.٢٠٠٠)في ١٣ مارس ٢٠٠٠، هو الذي يتعلق بتطوير قواعد الاثبات لتكنولوجيا المعلومات والتوقيع الالكتروني، والذي اعترف بالمحررات الالكترونية اسوة بالمحررات الورقية وهو يعتبر بمثابة تعديل لقواعد الاثبات في القانون المدني الفرنسي، وهنالك ٦ مواد عدل فيها القانون المني الفرنسي منها المادة ١٣١٦الذي تنص على "يشمل الاثبات بالكتابة كل تدوين للحروف والعلامات أو الارقام أو أي رمز أو اشارة أخرى ذات دلالة تعبيرية واضحة مفهومة أيا كانت الدعامة التي تستخدم في أنشائها أو الوسيط الذي تنتقل عبره"وهكذا تم ظهور مبدأ التعادل الوظيفي الذي يتعلق بالمساواة بحجية القانونية ايا كانت دعامتها والمادة 11361 التي تنص على "تتمتع الكتابة الالكترونية بذات الحجية المعترف بها للمحررات الكتابية على دعامة ورقية في الاثبات، شريطة أن يكون بالإمكان تحديد شخص مصدرها على وجه الدقة، وان يكون تدوينها وحفظها قد تم في ظروف تدعو الى الثقة "وهذا المبدأ يطلق عليه مبدأ الحياد التقني أي عدم التفرقة بين العامة الالكترونية والدعامة والورقية.

وقد نصت المادة (١٣١٦ / ٣) من نفس القانون على أنه: " يكون للكتابة على دعامة إلكترونية نفس القوة في الإثبات التي للكتابة على الورق"، كما أقر القانون الفرنسي بعبارة صريحة باكتساب المحررات الالكترونية حجية الدليل الكتابي الكامل في مجال الإثبات، غير إنه قيد ذلك بتوافر شرطين استهدف بهما من ناحية التحقق من صدور الكتابة ممن يراد الاحتجاج بها عليه، ومن ناحية أخرى عدم حدوث تعديل في مضمونها.

فكان موقف المشرع العراقي بما يخص مبدأ التعادل الوظيفي للمراسلات تمثل في المادة ١٣من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي رقم ٧٨لسنة ٢٠١٢وتنص على انه (أولا: تكون للمستندات الألكترونية والكتابة الألكترونية والعقود الألكترونية ذات الحجية القانونية لمثيلتها الورقية إذا توافرت فيها الشروط الآتية: أ- أن تكون المعلومات الواردة فيها قابلة للحفظ والتخزين بحيثي مكن 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).

كما أن المشرع العراقي ساوى ما بين التوقيع الإلكتروني والتوقيع الخطي في حجية الإثبات وذلك في المادة الرابعة من هذا القانون، فجاء في المادة ٤ ثانيا: يكون للتوقيع الالكتروني في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والادارية ذات الحجية المقررة للتوقيع الخطي إذا روعي في إنشائه الشروط المنصوص عليها في المادة ٥ من هذا القانون [٣٩].

وايضا موقف المشرع المصري تمثل مبدأ التعادل الوظيفي في المادة ١٥من قانون التوقيع الالكتروني المصري رقم ١٥لسنة ٢٠٠٤ وقد نصت المادة على انه (للكتابة الألكترونية وللمحررات

الألكترونية، في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية، ذات الحجية المقررة للكتابة والمحررات الرسمية والعرفية في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، متى استوفت الشروط ا للضوابط الفنية والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون).

الفرع الثاني: المساواة في الحجية وفقا للأمر رقم (١٣١-٢٠١٦) الصادر ١٠ فبراير ٢٠١٦

فقد أصدر الأمر التشريعي لعام (٢٠١٦) الذي عدل فيه بعض المواد الخاصة بحجية المستندات وتطوير قواعد الاثبات في القانون المدني الفرنسي [٤٠].

وهكذا فأن المساواة في الحجية القانونية وفق هذا الامر التشريعي فقد ساير التطور التقني وكان القانون الفرنسي أفضل القوانين المقارنة من خلال قيامة بتعديل القواعد الخاصة بتطوير قواعد الاثبات ومسايرتها للتطور التكنولوجي.

المطلب الثاني: السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي في اعمال مبدأ المساواة في الحجية القانونية

عندما يعرض على القاضي نزاع فانه لا يجوز ان يمتنع عن الحكم والبحث عن الادلة ويعد ممتنعا عن احقاق الحق فبالتالي عندما يتعرض عيه واقعة أو تصرف فيجب ان يحكم بالحق والنظر في الدعوى، فيجب على القاضي ان يمتلك أو يجمع بين ملكتين: ملكة الوعي وملكة الارادة [٤١].فتكون سلطته التقديرية مقترنة ببعض من العوامل عند اتخاذها والتي اناط بها له المشرع وبحدود معينة وهذه العوامل التي يمكن القاضي من خلالها بموجب سلطته احقاق الحق ان يقوم القاضي بتحقيق العدالة حتى تكون الحقيقة القضائية اقرب الى الحقيقة الواقعية وان يقوم بتحقيق استقرار التعامل وهذا الذي جعل المشرع يأمن من القاضي بمنحه السلطة التقديرية لكونه قادر على تحقيق العدالة [٤٢].

والسلطة التقديرية للقاضي هي عمل ذهني الذي يمارسه القاضي في ما يعرض عليه من قضايا فهو النشاط الذهني الذي يعطي القاضي القدرة على اتخاذ القرار واصدار الحكم الموافق للقاعدة القانونية.

فأهمية البحث في سلطة القاضي التقديرية عن ما يتعلق بالدعامات التقليدية والدعامات الالكترونية ولا سيما ما تمثل منها محررات رسمية التي يتلقاها موظف عمومي تكون له صلاحية التوثيق في مكان إبرام العقد تكون حجيتها لا شائبة فيها لكونها تعبير عن إرادة أطراف المحرر والموافقة على التصرف الثابت فيه [٤٣]، وبالتالي فإنّ المستندات الإلكترونية تظهر فيها سلطة المحكمة التقديرية من خلال التثبت أولاً من صحة المستند الإلكتروني والعمل على تقدير مدى خلو هذا المستند من العيوب التي تكون لها في حال التثبت من وجودها أما إسقاط قيمة المستند الإلكتروني في الإثبات أو إنقاص قيمته، إلا أنّ السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي في هذا الشأن مقيدة بضرورة تسبيب القرار الدال على وجود العيب [٤٤].

ومن ضمن محددات أو ضوابط السلطة التقديرية للقاضي بخصوص السندات الإلكترونية فإنّ للمحكمة سلطة كبيرة عند إنكار صحة المستندات المنسوبة للخصوم، ففي الأحوال التي يتم فيها إنكار نسبة صدور المستند الإلكتروني فإنّ المحكمة يكون من ضمن سلطتها التقديرية تقدير جدية هذا الإنكار وفيما لو كان المستند الإلكتروني منتجاً في الدعوى أم أنه غير مُنتج ولها الاستجابة لطلب من أنكر هذا المستند من

عدمه متى وجدت من ظروف الدعوى ما يكفي لتكوين قناعتها بصحة المستند، كما أن سلطة المحكمة التقديرية يدخل ضمنها الحالات التي يكون فيها صحة المستند الإلكتروني ظاهراً كما لو صدر مستند إلكتروني ونسب إلى شخص لا يعرف القراءة أو الكتابة، أو أنه غير ملماً بأمور الطباعة على الوسائل التقنية كالتلكس إذ لا يكفي في هذه الوسيلة أن يكون الشخص ملماً بالقراءة أو الكتابة، حيث يمكن للمحكمة أن تستبعد هذا المستند بشرط أن يكون قرار المحكمة مُسبباً، أما في الحالة التي لا يجد فيها من وقائع الدعوى ومستنداتها ما يكفي لتكوين عقيدته بشأن صحة السند أو عدم صحته وكان المستند منتجاً في الدعوى فإنّ في وسع المحكمة إجراء المضاهاة عن طريق إحالة السند إلى الخبراء المختصين بوصفها الوسيلة لغرض التحقق من مدى صحة المستندات الإلكترونية[٤٥].

اما فيما يخص موقف التشريعات المقارنة من سلطة القاضي التقديرية في المستندات الالكترونية إنّ التشريعات لم يكن موقفها موحداً بخصوص تخويل القاضي أو اعطاء القاضي سلطة تقديرية في التثبت من صحة المستندات الإلكترونية، فالمشرع في قانون(الاونستيرال) النموذجي للسجلات الإلكترونية القابلة للتحويل لعام(٢٠١٧) لم يذكر هذا الأمر، ويمكن القول أن المشرع العراقي، هو الآخر قد ساير التوجهات التشريعية في مبدأ منح القاضي سلطة تقديرية بخصوص المستندات الإلكترونية، فلما كان المشرع العراقي قد افترض أن للمستند الإلكتروني ذات الحجية القانونية التي أقرها للمستندات الورقية في حال استيفائه للشروط القانونية التي حددها قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية كما هو الحال في نص المادة (٤و٥و١٣) فأي مستند إلكتروني يحظى بصفة الدليل الكتابي في حال استيفائه عنصر التوقيع الإلكتروني والكتابة الإلكترونية حيث أجاز المشرع العراقي لأي من الطرفين سواءً كان الموقع على المستند الإلكتروني، أو شخص المرسل إليه هذا المستند إثبات صحة المستند الإلكتروني بجميع طرق الإثبات المقررة قانوناً، كما أكدت ذلك المادة (١٣) من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية حيث يمكن أن يحتج بالمستندات الإلكترونية التي يتم إرسالها عن طريق الخطأ أو المستندات الإلكترونية التي يمكن إنشاءها بطريق الغش والخداع، ويترتب على ذلك أن المستند الورقي لا تكون له أفضلية على المستند الإلكتروني في كونه معززاً بالتصديق من جهة التصديق؛ لأنه في هذه الحالة يكون كلا المستندين في مرتبة واحدة من حيث حجية الإثبات، إلا أنه في ضوء كل ما تقدم فإنّ ترجيح هذه الأفضلية ترجع إلى السلطة التقديرية للمحكمة التي تكون سلطتها واسعة في تقدير مدى صحة المستندات الإلكترونية في الإثبات، أي يمكن للمحكمة أن تهدر قيمة المستند الإلكتروني بشرط أن يكون هذا الإهدار مصاحباً بالتسبيب لقرار المحكمة، كما أنه تظهر سلطة المحكمة التقديرية من جهة أخرى في نفيها لحجية المستند الإلكتروني الذي يتم إثبات وجوده عن طريق الشهادة [٤٦]، طبقاً لأحكام الفقرة الثالثة من المادة (١٣) من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية والتي نصت على: " ثالثاً: يجوز للموقع أو المرسل إليه إثبات صحة المستند الالكتروني بجميع طرق الإثبات المقررة قانوناً"، فمن هذه الفقرة يمكن القول أن المشرع العراقي قد خول كلا الخصمين في نطاق المستندات الإلكترونية الاستعانة بطرق الإثبات التي نظمها قانون الإثبات في إثبات حجية المستند الإلكتروني ومدى صحة ما تضمنه من بيانات أو حقوق.

وبالأساس لم يكن الإقرار بالسلطة التقديرية للقاضي في نطاق المستندات الإلكترونية مقتصراً على قانون التوقيع الإلكتروني، بل أن المشرع العراقي قد أشار لذلك في قانون الإثبات حيث نصت المادة (١٠٤) على أنه: " للقاضي أن يستفيد من وسائل التقدم العلمي في استنباط القرائن القضائية"، فمع وجود هذا النص في قانون الإثبات يكون المشرع العراقي قد خول القاضي سلطةً تقديرية في جعل كل ما يتم بموجب وسائل التقدم العلمي على أنها قرائن القضائية التي تكون قابلة لإثبات العكس، إلا أنه مع وجود النص المتقدم إلا أن هذا التوجه التشريعي غير كافٍ للإثبات بالأدلة الإلكترونية، لكون أن الاستعانة في الإثبات لوسائل التقدم العلمي هو بمنزلة القرائن، إذ لا يمكن إعمال هذه القرائن لإثبات ما تضمه الأدلة الإلكترونية لكون أنّ الأدلة الإلكترونية تعتمد على نظام معقد، حيث لا تكون القرائن القضائية كفيلة لتحقيق الإثبات في المستندات الإلكترونية، ويؤيد الباحث هذا الرأي؛ لكون أن إثبات ما تحتويه المستندات الإلكترونية ليس بالأمر المتيسر لكي تكون القرائن كافيةً لتحقيق ذلك، سيما أن الكثير من القضاة في الوقت الحاضر يفتقرون إلى المعرفة بالأنظمة الإلكترونية وما يتعلق بآليات عملها، الأمر الذي ينعكس سلباً على الإثبات اعتماداً على القرائن بخصوص الأدلة الإلكترونية، وهذا ما يدعو إلى ضرورة تخصيص محاكم يكون عملها التعامل مع كل ما يخص المعاملات الإلكترونية.

في حين أن المشرع المصري لم يعمل تخويل القاضي سلطة تقديرية بخصوص المستندات الإلكترونية في قانون التوقيع الرقمي لعام ٢٠٠٤، كما أنّ اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الرقمي قد خلت من إيراد نص بهذا الخصوص.

وإنّ المشرع الفرنسي خول القاضي سلطة تقديرية في الترجيح بين المحررات التقليدية والإلكترونية كما جاء ذلك في المادة (١٣١٦) والتي تنص على أنه: " إذا لم تكن هنالك نصوص قانونية أو اتفاقات مخالفة يستخدم القاضي كل الوسائل للفصل في النزاع حول الإثبات بالكتابة لغرض تحديد السند الأقرب إلى المعقول"، فمن هذا النص يمكن القول أن المشرع الفرنسي قد أعطى للقاضي سلطتين: الأولى هي صلاحية البت في النزاعات القائمة حول وسائل الإثبات وتحديد السند الأكثر مصداقية، أما السلطة الثانية فهي السلطة التقديرية وهي سلطة واسعة في عملية التحديد، إذ أنّ القاضي هو الشخص الذي يرجح الإثبات بوسيلة دون أخرى بغض النظر عن الدعامة متى ما كانت ورقية أم إلكترونية وذلك باستخدام الطرق المتوافرة لديه، إلا أنه مع إقرار المشرع الفرنسي بهذه السلطة للقاضي إلا أنه من جانب آخر فإنّ القضاء الفرنسي قد بدأ بالاعتراف بالحجية للكتابة الإلكترونية قد ظهرَ مؤخراً بعد القرار الذي أصدرته الغرفة الثانية لمحكمة النقض الفرنسية في الرابع من ديسمبر من عام(٢٠٠٨) حيث نقضت قرار محكمة استئناف (Reims) الصادر في مايو عام ٢٠٠٧ حيث أكدت محكمة النقض في نقضها أن الاعتراف بالحجية للكتابة الإلكترونية لا يكون إلا بتوافر الشروط المنصوص عليها في المادة (١/١٣١٦) وأن تكون محددة التاريخ بالإضافة إلى توثيق الوثيقة عبر أرشفتها حتى يتمكن القضاء من معالجة هذا النوع من النزاع، وقد استند القضاء الفرنسي في اقراره لسلطة القاضي التقديرية بما جاء في المادة (٢٨٧) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي والتي تنص على أنه: " إذا أنكر أي من الأطراف الكتابة المنسوبة إليه أو أن يدعي عدم معرفة من نُسبت إليه فعلى القاضي أن يتحقق من المحرر محل النزاع، وله إهدار القرار

ودون أن يأخذ في الاعتبار فيما إذا كان الإنكار أو رفض الاعتراف متعلقاً بتوقيع كتابي أو إلكتروني وأن يتحقق من مدى توافر الشروط التي تقررها المواد (١/١٣١٦، ٤/١٣١٤) من القانون المدني حول صحة الكتابة او التوقيع الإلكتروني"، فمن هذا النص نرى أنه يؤكد حكم المادة (١/١٣١٦) من القانون المدني والتي هي بمثابة الأساس القانوني لمبدأ المساواة في الحجية القانونية والفقرة الرابعة من المادة (١٣١٦) من القانون المدني التي أكدت شروط صحة التوقيع الإلكتروني

الخاتمة

وفي نهاية بحثنا (حجية المراسلات في تفسير العقد) توصلنا الى جملة من النتائج والمقترحات كالاتي

اولا: النتائج:

١. يفسر العقد طبقا للإرادة الظاهرة فإذا لم يجد طبقاً للإرادة الباطنة وإذا لم يجد حسب النية المشتركة للطرفين وهذه يعود تقديرها لقاضي الموضوع وللقاضي يلجأ للتفسير في حالة غموض العبارة ولا يوجد داعي ان يقوم في التفسير في حالة وضوح العبارة.

٢. تعد المفاوضات مناقشات واقتراحات مهمة تسبق التعاقد فهي لها اهمية كبيرة في تفسير العقد فبهذا، تعد المراسلات هي وسيلة لتبادل وجهات النظر في مرحلة المفاوضات لغرض رسم ملامح العقد المستقبلي وتسطير بنوده فمسألة تفسير العقد بعن طريق المراسلات مسألة تخضع لقاضي الموضوع.

٣. يمكن اعتبار المراسلات وثائق يبرمها الاشخاص عند التعاقد قد يكون يعلمون بمضمون الشروط والالتزامات وقد يبرموها بدون علم مثلا ان يكون الشخص غير قادر على الكتابة أو القراءة وبذلك اخضع ذلك الأمر للقضاء لتفسيره كما في عقود الاذعان ولأبعاد الشروط التعسفية وتحقيق العدالة للأطراف.

٤. ولحجية المراسلات فقد نصت اغلب القوانين المقارنة على المساواة في الحجية القانونية كما في قانون التوقيع الالكتروني العراقي رقم ٧٨لسنة ٢٠١٢في المادة ١٣ منه لكن بشروط حددها القانون وكذلك القانون المصري فقد ورد في المادة ١٤ و١٥ من قانون التوقيع الالكتروني المصري رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤ بشأن الحجية القانونية.

٥. اما في ما يخص الحجية القانونية للمراسلات والمحررات الالكترونية والتقليدية فقد كان القانون المدني الفرنسي أفضل القوانين المقارنة في المساواة في الحجية القانونية للمستندات والسبب في ذلك كون المشرع الفرنسي أصدر الأمر الجديد لعام ٢٠١٦ والذي عدل فيه قواعد القانون المدني المتعلقة بالمستندات.

ثانيا: المقترحات

١. نقترح على المشرع العراقي ان يتخذ موقف حيال ذلك من المساواة في الحجية القانونية للمراسلات اسوة بالمشرع الفرنسي الذي كان أفضل القوانين المقارنة في منح المساواة في الحجية وذلك لان أصدر قانون عدل فيه قواعد القانون المدني المتعلقة بالمستندات.

٢. كذلك ان موضوع الرسالة حديث ولم يوجد تنظيم اساسي في الحقيقة وبذلك ندعو المشرع العراقي بأن يجد معالجة حقيقية في اعتماد المراسلات كدليل يمكن استناده عند تفسير العقد إذا كانت عبارة العقد غامضة بما كون المراسلات لها سريتها وحرمتها وقد ضمنها الدستور العراقي لذا نجد من المهم ان تتم معالجة هذا الامر حفاظا على الحقوق والالتزامات وعدم ضياعها وتحقيقاً للعدالة واستقرار التعاملات.

الهوامش:

(١) د. احمد شوقي محمد عبد الرحمن، تفسير العقد ومضمون الإلتزام التعاقدي وفقا لقواعد الاثبات، جامعة المنصورة، ٢٠٠٣، ص١٢٣.

(٢) د. حامد شاكر الطائي، التنظيم القانوني للمراسلات، دراسة قانونية مقارنة، المنشورات الحقوقية صادر ناشرون، لبنان، ٢٠١٧، ص١٨.

(٣) تنص المادة، ١١٥٦من القانون المدني الفرنسي على "يجب البحث في الاتفاقيات عن النية المشتركة للأطراف المتعاقدة بدلاً عن التوقف عند المعنى الحرفي للكلمات" وتنص المادة ٢٢١موجبات وعقود على "ان العقود المنشأة على الوجه القانوني تلزم المتعاقدين. ويجب ان تفهم وتفسر وتنفذ وفقاً لحسن النية والانصاف والعدالة". وتقابلها المادة ١٥٠مدني عراقي التي تنص على" "١-يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية ٢-ولا يقتصر العقد على ابرام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول ايضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام".

(٤) نقض مدني مصري، الطعن رقم ٣٥١لسنة ٣٣قضائية، جلسة ١٩٦٧/١٢/٧، مجموعة المكتب الفني، السنة ١٨، ص١٨٣٣، قضاء النقض في المواد المدنية، للمستشار: عبد المنعم دسوقي، الجزء الثاني، المجلد الأول، القاعدة رقم ٥٩٤، ص١٩٢، نقلا عن د. حامد شاكر الطائي، المفاوضات السابقة على التعاقد، مصدر سابق، ص٥٣.

(٥) المادة ٢/١٥٠من القانون المدني العراقي (ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول ايضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام).

(٦) الطعن رقم ١٢٤٥٣لسنة ٧٥جلسة ٢٠١٧/٣/١، تفسير العقود والمحررات في ضوء قضاء النقض. https://lawyeregypt. net تاريخ الزيارة ٨ مساءا ١٠|٩|٢٠٢٤.

(٧) الطعن رقم ١٢٤٥٣لسنة ٧٥جلسة ٢٠١٧/٣/١، تفسير العقود والمحررات في ضوء قضاء النقض. https://lawyeregypt. net تاريخ الزيارة ٨مساءا ١٠|٩|٢٠٢٤.

(٨) جعفر صادق هاشم، زيد حمزة موسى، مصطفى جمال صاحب، مكنة القاضي في استنباط القرينة القضائية، مجلة الشرق الاوسط للدراسات القانونية والفقهية، المجلد ٢العدد٢، ٢٠٢٢، ص٢٢١.

(٩) جعفر صادق هاشم، زيد حمزة موسى، مصطفى جمال صاحب، مكنة القاضي في استنباط القرينة القضائية، مصدر سابق، ص٢٢١ وما بعدها.

(١٠) جعفر صادق هاشم، زيد حمزة موسى، مصطفى جمال صاحب، مكنة القاضي في استنباط القرينة القضائية، مصدر سابق، ص ٢٢٢.

(١١) ويحدد المشرع المصري المدة المقررة للاحتفاظ بتلك المراسلات، مدة خمس سنوات من تاريخ إرسالها أو تسلمها، إذ تنص المادة ٢٦من قانون التجارة المصري رقم ١٧لسنة ١٩٩٩بأنه(١-يجب على التاجر أو ورثته الاحتفاظ بالدفاتر التجارية والوثائق المؤيدة للقيود الواردة بها مدة خمس سنوات تبدأ من تاريخ التأشير على الدفتر بانتهائه أو قفله ٢- وعليهم ايضاً حفظ صور المراسلات والبرقيات وغيرها مدة خمس سنوات من تاريخ إرسالها أو تسلمها ويجوز لهم

الاحتفاظ للمدة المذكورة بالصور المصغرة (ميكروفيلم) بدلاً من الأصل ويكون لتلك الصور حجية الأصل في الإثبات إذا روعي في إعدادها وحفظها واسترجاعها القواعد والضوابط التي يصدر لها قرار من وزير العدل).

(١٢) تنص المادة ١٨من قانون التجارة العراقي بأنه (اولا: على التاجر أو ورثته الاحتفاظ بالدفاتر والمحررات المؤيدة للقيود الواردة فيها مدة سبع سنوات تبدأ من تاريخ التأشير على الدفتر بانتهاء صفحاته أو بوقف نشاط التاجر. وعلى هؤلاء ايضاً الاحتفاظ بأصول الرسائل والبرقيات والتلكس أو صورها مدة سلع سنوات تبدأ من تاريخ اصدارها أو ورودها ثانيا: للتاجر أن يحتفظ بالصور بدلاً من الأصل خلال المدة المذكورة في الفقرة أولا من هذه المادة).

(١٣) د. حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦، ص ١٥٧.

(١٤) المادة ١٦٧ من القانون المدني العراقي "١-القبول في عقود الإذعان ينحصر في مجرد التسليم بمشروع عقد ذي نظام مقرر يضعه الموجب ولا يقبل فيه مناقشة. ٢ – إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقاً لما تقتضي به العدالة ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك. ".

(١٥) Cass، civ 25 juilet 1898، s1899، 1. 74

(١٦) د. حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدكم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، مصدر سابق، ص ١٥٨.

(١٧) د. حامد شاكر الطائي، التنظيم القانوني للمراسلات، مصدر سابق، ص٢٤-٢٥

(١٨) أ. منير القاضي، ملتقى البحرين، الشرح الموجز للقانون المدني العراقي، م، ١بغداد، مطبعة العاني، ١٩٥١-١٩٥٢م، ص٢٥٨.

(١٩) أ. منير القاضي، الشرح الموجز للقانون المدني العراقي، مصدر سابق، ص٢٥٧.

(٢٠) د. ايمان طارق الشكري، سلطة القاضي في تفسير العقد، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠١٨، ص٤٩.

(٢١) قرار رقم ١١٠١٣/حقوقية /٦٨في ١٩٦٨/١/٣، قضاء محكمة تمييز العراق، م ٥، بغداد، مطبعة الحكومة،

(٢٢) ١٣٩١هـ-١٩٧١م ص٢٤٩، نقلا عن د. إيمان طارق الشكري، مصدر سابق، ص، ٥٢.

(٢٣) قرار رقم ٧٦٨/م٢عقار /٧٢في ١٩٧٢/١٠/٨، النشرة القضائية، السنة الثالثة، العدد الرابع، شعبان ١٣٩٤هـ-أيلول١٩٧٤، ص٧٣، نقلا عن د. إيمان طارق الشكري، مصدر سابق، ص٥٢.

(٢٤) قرار رقم ٢٣١/استئنافية /٦٩في ١٩٧٠/٣/٤، النشرة القضائية، السنة الأولى، العدد الأول، شوال ١٣٩٠هـ-كانون أول-١٩٧٠م، ص٨١، نقلا عن د. إيمان طارق الشكري، مصدر سابق، ص٥٢.

(٢٥) قرار رقم ٣٠٣/م١/١٩٧١في١٩٧١/٢/١٠، مجلة القضاء س٢٧ع١و٢كانوت ثاني، حزيران ١٩٧٢، ص٢٩٢، نقلا عن د. إيمان طارق الشكري، مصدر سابق، ص٥٣.

(٢٦) قرار رقم ٩٦٠/م٣/٩٧في ١٩٩٧/٩/٢١، (غير منشور).

(٢٧) مجموعة الأعمال التحضيرية-ج٢-مصادر الالتزام، مصر، مطبعة دار الكتاب العربي، خال من التاريخ، ص٢٩٦.

(٢٨) د. إيمان طارق الشكري، سلطة القاضي في تفسير العقد، مصدر سابق، ص٤٠.

(٢٩) د. عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشاة المعارف، الاسكندرية، ٢٠١٦، ص ٢٩٤-٢٩٥.

(٣٠) د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، ج٢مصادر الالتزام، مطبعة نهضة مصر، ١٩٥٤م، ص١٣٠-١٣١.

(٣١) الطعن رقم ٢١٣لسنة ٣٩ق جلسة ١٩٧٤/١١/٢٦ س٢٥، ص١٢٩١، د. معوض عبد التواب، المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني، ج١، الاسكندرية، منشأة المعارف، ٢٠٠٠م، ص٤٨٧.

(٣٢) طعن رقم ٣٠٩٣ وطعن رقم ١٢٠لسنة ٥٧، ٥٨ق ١٩٩٠/٦/١٠، وطعن رقم ١٥٧٣لسنة ٥٣ق جلسة ١٩٩٠/١٢/٣١، د. معوض عبد التواب مصدر سابق، ص٤٨٩.

(٣٣) طعن رقم ٣٠٩٣ وطعن رقم ١٢٠لسنة ٥٧، ٥٨ق ١٩٩٠/٦/١٠، وطعن رقم ١٥٧٣لسنة ٥٣ق جلسة ١٢/٣١ طعن /١٩٩٠، د. معوض عبد التواب مصدر سابق، ص٤٨٩.

(٣٤) طعن رقم ١٨٨٦ينة ٤٩جلسة ١٩٨٣/٥/١٧س٢٤، ص١٢١٧، قضاء محكمة النقض المدني في العقود، اعداد سعيد أحمد شعلة، الإسكندرية منشأة المعارف، ٢٠٠٠، ص٧٢.

(٣٥) د. إيمان طارق الشكري، مصدر سابق، ص٣٥، وكذلك د. عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المصري والمقارن، مصدر سابق، ص٥٩.

(٣٦) قررت محكمة النقض الفرنسية ابتداء ٢شباط بناءً على النتائج الختامية للنائب العام (merlin) أن تفسر العقد لقضاء د. إيمان طارق الشكري، مصدر سابق، ص٣٥، وكذلك د. عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المصري والمقارن، مصدر سابق، ص٥٩.

(٣٧) قررت محكمة النقض الفرنسية ابتداء ٢شباط بناءً على النتائج الختامية للنائب العام (merlin) أن تفسر العقد لقضاء الموضوع. Dalloz-Les obligations-19

(38). L'écrit peut être établi et conservé sur tout support, y compris par télécopies, dès lors que son intégrité et l'imputabilité de son do son contenu à l'auteur désigné ont été vérifiées, ou ne sont pas contestées". Cass. Com. 2 decembre 1997. N de pourvoi:95-142510 J. C. P. ed, E, 1998 p. 178, note Thierry)Bonn;Jerome Huet, La vaIeur jurique de telecopie (on fax) compare au telex, D. 1992, chr, p. 33 s

(٣٩) نقلا عن د. حامد شاكر الطائي التنظيم القانوني للمراسلات، مصدر سابق، ص١٠٣.

(٤٠) يحوز التوقيع الالكتروني الحجية في الاثبات إذا كان معتمداً من جهة التصديق وتوافرت فيه الشروط الاتية: اولا-ان يرتبط التوقيع الالكتروني بالموقع وحده دون غيره. ثانيا-ان يكون الوسيط الالكتروني تحت سيطرة الموقع وحده دون غيره. ثالثا-ان يكون اي تعديل او تبديل في التوقيع الالكتروني قابلاً للكشف رابعا: ان ينشئ وفقا للإجراءات التي تحددها الوزارة بتعليمات يصدرها الوزير).

(٤١) حيث أن المشرع الفرنسي بمقتضى هذا الأمر التشريعي عدل بعض نصوص القانون ذات العلاقة بموضوع بحثنا، ومن هذه المواد ما يخص المادة ١٣٦٥ المقابلة للمواد السابقة (١٣١٦-١٣١٦|١)والتي تنص على انه " تتكون الكتابة من كل تدوين للحروف أو العلامات أو الأرقام او أي رمز أو أشارة أخرى ذات دلالة تعبيرية واضحة مفهومة،

ايا كانت دعامتها "والمادة (١٣٦٦)المقابلة للمادة (١٣١٦|٣) والتي نصت على أنه: " يكون للكتابة الإلكترونية قوة الإثبات نفسها التي تكون للكتابة على الدعامة الورقية، بشرط ان يكون بالإمكان تعيين هوية الشخص الذي أصدرها بشكل أصولي وأن تنشأ وتحفظ وفق شروط من شأنها ضمان لسلامتها"، والمادة (١٣٦٧)مقابلة للمادة (١٣١٦|٤)والتي تنص على " التوقيع الضروري لإتمام السند القانوني هو الذي يميز هوية من وقعه، ويعبر عن رضاه بالالتزامات التي تنشأ عن هذا السند وعندما يوقع موظف عام، فأن توقيعه يضفي على هذا السند الصفة الرسمية. عندما يكون التوقيع الكترونيا، يتكون من استعمال وسيلة موثقه لتحديد هوية الموقع ويضمن صلته بالسند المتعلق به. ويكون الوثوق بهذه الوسيلة مفترضا الى حين اثبات العكس، عندما يكون التوقيع الالكتروني منشأ، واثبات شخصية الموقع مؤكدة وسلامة السند مضمونة، وفقا للشروط التي يحددها مرسوم صادر من مجلس الدولة "والمادة (١٣٦٨)المقابلة للمادة (١٣١٦|٢)والتي تنص على "اذا لم تكن هنالك نصوص قانونية أو اتفاقات مخالفة، يستخدم القاضي كل الوسائل للفصل في النزاع حول الاثبات بالكتابة لغرض تحديد السند الاقرب الى المعقول "والمادة (١٣٧٦)المقابلة للمادة السابقة (١٣٢٦)والتي تنص على "لا يثبت السند الذي يتطلب توقيعا خاصا، والذي يتعهد بموجبه طرف تجاه طرف اخر بأن يدفع له مبلغا من النقود أو ان يسلمه مالا من المثليات الا اذا تضمن توقيع من يقوم بهذا التعهد، بالإضافة الى بيان مكتوب من قبله بالقيمة أو الكمية، بالأحرف والارقام، وفي حال الاختلاف يكون للسند الذي يتطلب توقيعا خاصا صالحا للقيمة المكتوبة بالأحرف " كذلك المادة (١٣٧٥) والتي نصت على: " يعتبر شرط تعدد النسخ الأصلية قد استوفى بالنسبة للعقود ذات الشكل الإلكتروني عندما ينشأ السند ويحفظ طبقاً للمواد ١٣٦٦ و ١٣٦٧ وأن العملية تتيح لكل طرف بأن يمتلك نسخة على دعامة دائمة تسمح له بالوصول إليها"، و المادة (١٣٧٢) من القانون المدني الفرنسي نصت على: " يكون السند الذي يتطلب توقيعاً خاصاً والمعترف به من قبل الطرف الذي يحتج به بوجهه أو المعتبر قانوناً معترفاً به، القوة الثبوتية التي يملكها السند الرسمي وذلك بين الذين يوقعونه وبين ورثتهم وخلفائهم"، التي تقابل الماد ١٣٢٢ القديمة وأيضاً نصت الفقرة الثانية من المادة (١١١٢) من الأمر التشريعي لعام ٢٠١٦ التي نصت على أنه:" يكون مسؤولا وفقاً للقواعد العامة كل من يستخدم أو يفشي معلومة سرية حصل عليها بمناسبة المفاوضات"، والمادة (١١٢٧) حيث نصت على أنه: " فيما عدا الحالات المنصوص عليها في المواد ١١٢٥ و١١٢٦ يعد تسليم محرر إلكتروني متحققاً عندما يكون المرسل إليه، بعد تمكنه من العلم به قد أخطر باستلامه"، والمادة (١١٢٥) والتي نصت على أنه: " يمكن استخدام الوسيلة الإلكترونية لبيان شروط التعاقد أو المعلومات عن الأموال أو الخدمات".

(٤٢) عباس مهدي الداقوقي، الاجتهاد القضائي، المركز القومي للإصدارات القانونية والطبعة الأولى، القاهرة و٢٠١٥، ص٤١١.

(٤٣) د. عباس العبودي، شرح احكام البينات، مصدر سابق، ص٢٦.

(٤٤) مبارك الحسناوي، الإثبات في العقد الإلكتروني، بحث منشور في مجلة الفقه والقانون، العدد ١٥، المغرب، ٢٠١٤، ص١٣٩.

(٤٥) د. عباس العبودي، الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات المدني، مصدر سابق، ص١٢٥.

(٤٦) د. حامد شاكر الطائي، التنظيم القانوني للمراسلات، مصدر سابق، ص ١١١ ـ ١١٣.

المصادر

١) د. احمد شوقي محمد عبد الرحمن، تفسير العقد ومضمون الإلتزام التعاقدي وفقا لقواعد الاثبات، جامعة المنصورة، ٢٠٠٣.

٢) د. حامد شاكر الطائي، التنظيم القانوني للمراسلات، دراسة قانونية مقارنة، المنشورات الحقوقية صادر ناشرون، لبنان، ٢٠١٧.

٣) جعفر صادق هاشم، زيد حمزة موسى، مصطفى جمال صاحب، مكنة القاضي في استنباط القرينة القضائية، مجلة الشرق الاوسط للدراسات القانونية والفقهية، المجلد ٢العدد٢، ٢٠٢٢.

٤) د. حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦.

٥) أ. منير القاضي، ملتقى البحرين، الشرح الموجز للقانون المدني العراقي، م، ١بغداد، مطبعة العاني، ١٩٥١-١٩٥٢م.

٦) د. ايمان طارق الشكري، سلطة القاضي في تفسير العقد، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠١٨.

٧) د. عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشاة المعارف، الاسكندرية، ٢٠١٦.

٨) د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، ج٢مصادر الالتزام، مطبعة نهضة مصر، ١٩٥٤م.

٩) عباس مهدي الداقوقي، الاجتهاد القضائي، المركز القومي للإصدارات القانونية والطبعة الأولى، القاهرة و٢٠١٥.

١٠) د. عباس العبودي، شرح احكام البينات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٧.

١١) مبارك الحسناوي، الإثبات في العقد الإلكتروني، بحث منشور في مجلة الفقه والقانون، العدد ١٥، المغرب، ٢٠١٤.

١٢) د. عباس العبودي، الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان، ٢٠٠٢.