حجية الدفاتر التجارية الالكترونية في إثبات العمل المصرفي الالكتروني -دراسة مقارنة-(*)

السيدة منار شكور محمد
د. تيماء محمود فوزي
أستاذ قانون المرافعات والاثبات المساعد
كلية الحقوق/ جامعة الموصل

المستخلص

لقد افرز التعامل المصرفي الالكتروني نشوء أدلة إثبات الكترونية تؤدي دوراً مهماً في حماية الحقوق لكلا الطرفين المصرف والعميل، إذ تعد أدلة الكتابة الالكترونية من أفضل أدلة الإثبات لهذه العمليات حيث تتناسب مع طبيعتها الالكترونية.

وتعد الدفاتر التجارية الالكترونية من اهم الوسائل المستخدمة في اثبات هذه العمليات اذ اجاز القانون العراقي والقوانين المقارنة للتاجر والمصارف خاصة استخدام الحاسب الآلي وغيره من الأجهزة التقنية الحديثة في مسك الدفاتر التجارية

كما أجازت للمصارف الاحتفاظ بالدفاتر والمستندات والمراسلات وغيرها من الأوراق المتعلقة بعملياتها بصور مصغرة (ميكروفيلم أو غيره من أجهزة التقنية الحديثة) وتظهر أهمية استخدام الدفاتر التجارية الالكترونية بالنسبة للمصارف في خفض التكلفة والوقت إذ تمكنت من خلالها من تقليص الحجم الهائل للورق المستخدم من قبلها.

إن الدفاتر التجارية الالكترونية لا تختلف كثيراً عن الدفاتر التجارية التقليدية لذلك يسري عليها القواعد العامة التي تسري على الدفاتر التجارية التقليدية من حيث الشروط فضلاً عن وجود شروط خاصة بها تنسجم مع طبيعتها الالكترونية، الأمر الذي دفع القوانين المقارنة إلى المساواة في الحجية بين الدفاتر التجارية الالكترونية والدفاتر التجارية التقليدية.

(*) بحث مستل من رسالة الماجستير الموسومة ((إثبات العمليات المصرفية الالكترونية/ دراسة مقارنة)) مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق جامعة الموصل ٢٠١٢.

أستلم البحث في ٢٠١٣/٤/٢٣ *** قبل للنشر في ٢٠١٣/٥/٧ .

إن إثبات العمليات المصرفية الالكترونية بالدفاتر التجارية الإلكترونية قد يتعرض إلى مخاطر تجعل من قيمة هذه الدفاتر الالكترونية ضعيفة مقارنة بالدفاتر التقليدية ومن هذه المخاطر ما يتعلق بالتحريف والتزوير والأخطاء وعدم إمكانية التحقق من هوية المرسل والمرسل إليه، ولغرض تلافي هذه المخاطر وإضفاء الموثوقية على العمليات المصرفية الالكترونية وما تنشئه من أدلة إثبات الكترونية لابد من وجود أنظمة تقنية تعمل على توثيق هذه المعاملات والتثبت من صحة الدليل الالكتروني، هذه الأنظمة التي اعتمدتها القوانين المقارنة التي نظمت المعاملات الالكترونية تتمثل بنظام التوثيق الالكتروني.

إذ يقوم نظام التوثيق الالكتروني المتمثل بمزود خدمات التصديق بتوثيق البيانات الالكترونية والتأكد من صحتها ونسبتها إلى صاحبها والتأكيد على جدية المتعاقد على إتمام التصرف، وهو يقوم بذلك من خلال إتباع إجراءات معينة تنتهي بإصدار شهادة التوثيق الالكترونية.

Abstract

We have separated the handling electronic banking emergence of electronic evidence to prove play an important role in protecting the rights of both parties the bank and the client, as is evidence of electronic writing of the best evidence for these processes where commensurate with their electronic nature.

The electronic business notebooks of the most important methods used to prove these processes as authorized Iraqi law and comparative law and dealer banks, especially the use of computers and other modern technical devices in commercial bookkeeping

It also allowed the banks to keep books, documents, correspondence and other papers relating to its operations Thumbnail (microfilm or other devices of modern technology) and show the importance of using notebooks electronic business for banks to reduce the cost and time it was able in which to reduce the sheer volume of paper used by her.

The notebooks electronic business does not differ much from business notebooks traditional so it applies the general rules

that apply to business notebooks traditional in terms of the conditions as well as the existence of conditions of its own harmony with nature, electronic, thus pushing the laws comparison to equality in authentic between commercial books and electronic books traditional business.

The proof of banking operations Alaketronahbaldvatr commercial Alaketronnebh may be exposed to the risk of making the value of these Aldvatralketronah weak compared to books traditional Among these risks with regard to distortions and fraud and errors and you can not verify the identity of the sender and the addressee, for the purpose of avoiding these risks and to give credibility to electronic banking and the establishment of any electronic evidence to prove to be the presence of IT systems working on documenting these transactions and the validation of the electronic directory, these regulations adopted by the laws of the comparison that electronic transactions are organized electronic documentation system.

It is an electronic documentation system represented by the certification service provider Electronic Data documenting, validating and attributed to the owner and to emphasize the seriousness of the contractor to complete the act, which does so by following certain procedures ending the issuance of a certificate of electronic documentation.

المقدمة

العمليات المصرفية الالكترونية عبارة عن قيام المصارف بعملياتها وتقديمها لخدماتها للزبائن بطريقة الكترونية إذ ظهرت نتيجة للتطور التكنولوجي وظهور التجارة الالكترونية وما جلبته من مزايا اقتصادية ،إذ تعد العمليات المصرفية الالكترونية من ضمن أهم تطبيقات التجارة الالكترونية .

إن ممارسة العمليات المصرفية الالكترونية يتطلب حماية حقوق أطراف التعاقد الذي يبرم عبر شبكة مفتوحة تواجهها العديد من المخاطر وهو ما يستلزم تهيئة دليل على تلك المعاملة تتوافر له مقومات الأمان كافة ويستجمع العناصر اللازمة للاحتجاج به في الإثبات ويتحقق ذلك عن طريق الدليل الكتابي الالكتروني والذي يتمثل بالدفاتر التجارية الالكترونية التي تعد إحدى الوسائل المستخدمة لإثبات هذه العمليات.

و يتطلب ممارسة هذه العمليات وجود ضمانات توفر الثقة والأمان والخصوصية فيها وبأن من يتعامل بها هو صاحب الهوية الحقيقية المتعاقد بها، كما يضمن جديته على التعاقد، فضلاً عن متطلبات وجود آليات تعمل على تامين الدفتر التجاري الالكتروني من أي تعديل أو تحريف الذي يعد شرطاً ضرورياً لمساواته في الحجية بالدليل الكتابي التقليدي.

لذلك حرصت القوانين المقارنة على وجود جهات محايدة للتصديق الالكتروني للتوثق من هذه المعاملات وتوفير الثقة فيها، كذلك وجود تقنيات التشفير التي تسمح بتحديد قبول الالتزام بمضمون السند الموقع.

أولاً: أهمية الموضوع وأسباب اختياره

إن أهمية الدراسة تكمن في اتساع نطاق العمليات المصرفية الالكترونية وازدياد أهميتها في دول العالم المختلفة لما تحققه من مزايا تتمثل بالسرعة في التعامل وتخفيض الكلف والجهد والوقت وانتشارها عبر الحدود وما يجلبه ذلك من فوائد اقتصادية هائلة، والعراق في ظل الانفتاح التجاري الحالي ليس في منأى عنها فظهور هذه العمليات أصبح حقيقة واقعية لا يمكن تجاهلها، وهنا تظهر أهمية إثبات هذه العمليات فكل نظام قانوني يقتضي وجود نظام

للإثبات فالشخص لا يستطيع أن يقتضي حقه بنفسه وإنما يتعين عليه إذا ما نازعه غيره في حق له اللجوء إلى القضاء طالباً منه حماية هذا الحق، ونظراً لما تفرزه العمليات المصرفية الالكترونية من نظم واليات حديثة لتسجيل ومعالجة البيانات وإتمام المعاملات بين الأطراف يظهر للإثبات الالكتروني مكانة مهمة ومتزايدة في مجال هذه العمليات إذ أدى ظهوره إلى إفراز أدلة إثبات جديدة تعد أكثر انسجاماً مع الطبيعة الالكترونية للعمليات المصرفية وهي الدفاتر التجارية الالكترونية.

أما الأسباب التي دفعتنا لاختيار الموضوع فهي فيما يأتي:

١. وجود نقص تشريعي في تنظيم الدفاتر التجارية الالكترونية وتحديد حجيتها في الإثبات إذ اكتفى المشرع العراقي في المادة(١٩) من قانون التجارة رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ على الإجازة للتاجر أن يستعيض عن الدفاتر التجارية التقليدية باستخدام الأجهزة التقنية الحديثة في تنظيم حساباته دون أن يحدد ضوابط هذا الاستخدام وحجيتها في الإثبات، فضلاً عن هذا فان المشرع العراقي أجاز للتاجر استخدام الأجهزة التقنية الحديثة في مسك الدفاتر الاختيارية ولم يسمح باستخدامها في مسك الدفاتر الإلزامية.

٢. على الرغم من صدور قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية الا انه جاء خاليا من تنظيم احكام الدفاتر التجارية الالكترونية انما اعترف بحجية المستندات الالكترونية بشكل عام .

٣. وجود تعارض بين قانون المصارف الذي اجاز التعامل بالدفاتر التجارية الالكترونية سواء اكانت الزامية ام اختيارية ومنحها الحجية الكاملة في الاثبات وبين المادة (١٩)من قانون التجارة العراقي .

ثانياً: تساؤلات البحث

١- ما المقصود بالدفاتر التجارية الالكترونية وهل عرفتها القوانين المقارنة؟

٢- عندما أشار المشرع العراقي والقوانين المقارنة إلى جواز استخدام الدفاتر التجارية الالكترونية لم يحدد أحكامها وبالتالي هل تصلح القواعد العامة للدفاتر التجارية التقليدية لتنظيمها وإقرار حجيتها؟ أم ستكون بحاجة إلى قواعد خاصة بها؟ وإذا كانت الإجابة بالإيجاب فهل يمكن ذلك بالنسبة للتشريع العراقي؟ وهل يعد القضاء العراقي مؤهلاً للتعامل بها؟

٣- هل تكون للدفاتر التجارية الالكترونية حجة بالنسبة للتاجر؟

١- هل يكون للدفاتر التجارية الالكترونية الاختيارية حجة ضد صاحبها التاجر؟

٢- هل يجوز تقديم الدفاتر التجارية الالكترونية للقضاء؟

٣- ما هي الضمانات التي تكفل تحديد هوية المتعاقدين عند ممارسة العمليات المصرفية الالكترونية وصحة الدفاتر التجارية الالكترونية ونسبة التوقيع الالكتروني إلى صاحبه؟ وما هو دور المشرع العراقي في ذلك؟ وهل نحتاج الى قواعد تقنية وقانونية خاصة تنظم ذلك لاسيما في العمل المصرفي ؟

ثالثا: منهجية البحث

لقد اعتمدنا في دراستنا هذه على المنهج المقارن لمواقف القوانين إذ قارنا القانون العراقي مع القانون اليمني والأردني والإماراتي وقانون الاونسترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية وبشأن التوقيع الالكتروني والقانون الفرنسي، كما اعتمدنا في الدراسة على المنهج التحليلي، والمنهج التطبيقي من خلال عرض موقف القضاء كلما أتيح لنا ذلك في الرسالة.

رابعا: هيكلية البحث

المقدمة

التمهيد: تعريف العمليات المصرفية الالكترونية

المبحث الأول: تعريف الدفاتر التجارية الالكترونية وبيان قيمتها الثبوتية

المطلب الاول: تعريف الدفاتر التجارية الالكترونية

المطلب الثاني: القيمة الثبوتية للدفاتر التجارية الالكترونية وتقديمها للقضاء

المبحث الثاني: توثيق الدفاتر التجارية الالكترونية لإثبات العمل المصرفي الالكتروني

المطلب الاول: ماهية مزود خدمات التصديق

المطلب الثاني: دور مزود خدمات التصديق في توثيق الدفاتر التجارية الالكترونية

تمهيـــد

تعريف العمليات المصرفية الالكترونية:

لم تضع القوانين المقارنة والقانون العراقي تعريفاً واضحاً للعمليات المصرفية الالكترونية إنما اقتصرت على تعريف المعاملات الالكترونية إذ عرفها القانون العراقي في قانون التوقيع الالكتروني رقم (٧٨)لسنة ٢٠١٢بانها(الطلبات والمستندات والمعاملات التي تتم بوسائل الكترونية)كما عرفها القانون اليمني بأنها (العمليات المالية والمصرفية التي يتم تنفيذها أو عقدها عبر الوسائل الالكترونية)[١]. وعرفها القانون الأردني بأنها (المعاملات التي تنفذ بوسائل الكترونية)[٢] وعرف المعاملات بأنها (إجراء أو مجموعة من الإجراءات يتم بين طرفين أو أكثر لإنشاء التزامات على طرف واحد أو التزامات تبادلية بين أكثر من طرف ويتعلق بعمل تجاري

(١) ينظر: المادة (٢) من قانون أنظمة الدفع والعمليات المالية والمصرفية الالكترونية اليمني النافذ رقم ٤٠لسنة ٢٠٠٦.

(٢) ينظر: المادة (٢) من قانون المعاملات الالكترونية الأردني النافذ رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١ المنشور في الجريدة الرسمية الأردنية رقم ٤٥٢٤ تاريخ ٣١ / ١٢ / ٢٠٠١ ، ص ٦٠١٠.

أو التزام مدني مع أي دائرة حكومية)[١]. كما عرفها القانون الإماراتي بأنها (أي تعامل أو عقد أو اتفاقية يتم إبرامها أو تنفيذها بشكل كلي أو جزئي بوساطة المراسلات الالكترونية)[٢].

من خلال هذه التعاريف يتبين أن العمليات المصرفية الالكترونية هي معاملات تقوم بها المصارف باستخدام الوسائل الالكترونية فقد وضعت القوانين المقارنة للمعاملات الالكترونية معنى واسعاً بحيث تشمل كل معاملة تتم بوسيلة الكترونية ومن ضمنها العمليات المصرفية ٠

ولتعريف العمليات المصرفية الالكترونية يجب أن ننظر إليها من خلال تقسيم هذا التعبير إلى مقطعين:

المقطع الأول وهو العمليات المصرفية: وهي جميع الأعمال القانونية الناجمة عن تجارة المصرف[٣]. وقد عرف المشرع العراقي الأعمال المصرفية بأنها (أعمال استلام الودائع النقدية أو أموال أخرى مستحقة السداد من الجمهور لأغراض إيداع إئتمانات أو استثمارات في الحساب الخاص بها)[٤]، في حين لم يعرفها المشرع اليمني والإماراتي، أما المشرع الأردني فقد عرفها بأنها (قبول الودائع من الجمهور واستخدامها بصورة كلية أو جزئية لمنح الائتمان وأي أعمال أخرى يقرر البنك المركزي اعتبارها أعمالا مصرفية بموجب أوامر يصدرها لهذه الغاية)[٥].

---

(١) ينظر: المادة (٢) من قانون المعاملات الالكترونية الأردني النافذ٠

(٢) ينظر: المادة (١) من قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الاتحادي الإماراتي النافذ رقم ١ لسنة ٢٠٠٦.

(٣) ينظر: جيرار كورنو، معجم المصطلحات القانونية، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ط١، ١٩٩٨، ص١٣٩.

(٤) ينظر: المادة (١) من قانون المصارف العراقي النافذ لسنة ٢٠٠٣ الصادر عن سلطة الائتلاف المؤقتة/ملحق أمر/١٩ايلول٢٠٠٣/أ، منشور في جريدة الوقائع العراقية، ع٣٩٨٠، مجلد٤٤.

(٥) ينظر: المادة (٢) من قانون البنوك الأردني النافذ رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٠، منشور في الجريدة الرسمية الأردنية رقم ٤٤٤٨ بتاريخ ٢٠٠٠/٨/١، ص٢٩٥٠.

أما المقطع الثاني وهو الالكترونية: فلم يعرفها المشرع العراقي واليمني في حين عرفها المشرع الأردني بأنها (تقنية استخدام وسائل كهربائية أو مغناطيسية أو ضوئية أو الكترومغناطيسية أو أي وسائل مشابهه في تبادل المعلومات)[١].

كما عرفها المشرع الإماراتي بأنها (ما يتصل بالتكنولوجيا الحديثة ويكون ذات قدرات كهربائية أو رقمية أو مغناطيسية أو لاسلكية أو بصرية أو كهرومغناطيسية أو مؤتمتة أو ضوئية أو ما شابه ذلك)[٢].

واجتهد الفقه في إيراد تعريف للعمليات المصرفية الالكترونية إذ عرفت بأنها (عبارة عن تقديم المصارف لخدماتها التقليدية من خلال شبكات اتصال الكترونية تقتصر صلاحية الدخول إليها على المشاركين فيها وفقاً لشروط العضوية التي تحددها المصارف من خلال احد المنافذ على الشبكة كوسيلة لاتصال العملاء)[٣].

كما عرف العمل المصرفي عبر الانترنت بأنه (العمل المصرفي الذي يكون فيه الانترنت وسيلة الاتصال ما بين المصرف والعميل وبمساعدة نظم systems أخرى يكون عميل المصرف قادر على الاستفادة من الخدمات المصرفية المختلفة التي يقدمها المصرف من خلال استخدام جهاز حاسب آلي شخصي (pc) موجود لديه يسمى بالمضيف أو من خلال استخدام أي مضيف أخر وكل ذلك عن بعد وبدون الحاجة للاتصال المباشر بكادر المصرف البشري)[٤].

---

(١) ينظر: المادة (٢) من قانون المعاملات الالكترونية الأردني النافذ.

(٢) ينظر: المادة (١) من قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الاتحادي الإماراتي النافذ.

(٣) ينظر: د٠ عبد الفتاح مراد، قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد رقم ٢٠٠٣/٨٨ ولائحته التنفيذية، بدون مكان طبع، بدون سنة طبع، ط ٢ ، ص ٢٣٢.

(٤) ينظر: نادر الفرد قاحوش، العمل المصرفي عبر الانترنيت (الاعتبارات القانونية) ،بحث مقدم إلى مؤتمر عمليات البنوك بين النظرية والتطبيق ، كلية القانون بالتعاون مع كلية الاقتصاد والعلوم الإدارية، جامعة اليرموك، الأردن ، ٢٢-٢٤ / ٢٠٠٢ ، ص٣.

وفي هذا المجال ظهرت المصارف الالكترونية وهي تعبير يستخدم للدلالة على المعاملات المالية التي تتصل بالمصرف والتي يقوم بها العملاء من أي مكان في أي وقت من خلال جهاز الحاسب الآلي ، وقد يكون لهذه المصارف وجود مستقل وذلك على شبكة الانترنت يستطيع من خلال موقعه أن يقدم الخدمات نفسها التي يقدمها المصرف التقليدي فلا يستلزم بالضرورة وجود المصرف الالكتروني أن يكون هناك وجود للمصرف بالمفهوم التقليدي له وقد يكون المصرف الالكتروني فرع للمصرف التقليدي يستطيع أن يباشر نشاطه بصورة الكترونية، فضلاً عن أن هناك مؤسسات مالية تمتلك قدرات على إدارة موقع مالي على شبكة الانترنت تقدم نفس الخدمات وتستطيع إنشاء قواعد مصرفية خاصة بالعملاء تمنحهم تسهيلات في الوفاء وغير ذلك من الأعمال المصرفية التي لم تكن الأساس الذي قامت عليه هذه المؤسسات عند إنشائها[١].

إنّ تعبير المصارف الالكترونية هو تعبير متطور وشامل لمفهوم الخدمات المالية عن بعد remote electronic banking أو المصرف المنزلي banking home أو المصرف على الخط on line banking أو الخدمات المصرفية الذاتية self-service banking وتتعلق جميع هذه التعبيرات بقيام الزبائن بإدارة حساباتهم وانجاز أعمالهم المتصلة بالمصرف بأنفسهم عن طريق المنزل أو المكتب أو أي مكان أخر[٢].

(١) ينظر: د. بلال عبد المطلب بدوي، البنوك الالكترونية، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ٢٠٠٣، مجلد ٥، ص١٩٤٦.

(٢) ينظر: إيناس فخري محمد أبو عكر، اثر تقديم الخدمات المصرفية عبر الانترنيت على العمل المصرفي وتقييم الرقابة الأمنية على أنظمة المعلومات المحاسبية، رسالة ماجستير، كلية الاقتصاد والعلوم الإدارية، جامعة اليرموك، الأردن، ٢٠٠٥، ص١٥.

إذاً فالمصارف الالكترونية هي المصارف التي تستخدم شبكة الانترنت لتقديم خدماتها للعملاء عن بعد وبهذا يمكن للعملاء أن يقوموا بتنفيذ معاملاتهم دون الحاجة إلى الذهاب للفروع أو المراكز الرئيسية للمصارف[١].

من خلال ما تقدم يمكننا أن نعرف العمليات المصرفية الالكترونية بأنها إبرام أو تنفيذ العمليات والخدمات التي تقوم بها المصارف بشكل كلي أو جزئي وذلك باستخدام الوسائل الالكترونية.

يلحظ على هذا التعريف أنه لم يحدد وسيلة اتصال الكترونية وذلك تحسباً لما قد يظهر في المستقبل من وسائل اتصال حديثة نتيجة للتطور السريع للتكنولوجيا.

المبحث الأول

تعريف الدفاتر التجارية الالكترونية وبيان قيمتها الثبوتية

إنّ استخدام الدفاتر التجارية الالكترونية في الأعمال والنشاطات المصرفية يثير التساؤل عن مدى تمتعها بالحجية في الإثبات ولاسيما أنها تستخدم في النشاطات المالية المصرفية التي تكون بأقيام عالية ، لذلك كان لابد للقوانين المقارنة من تحديد قيمتها الثبوتية التي ذهبت في غالبيتها إلى مساواتها بالدفاتر التجارية التقليدية ، فهل تصلح القواعد الخاصة بالدفاتر التقليدية بالتطبيق على الدفاتر الالكترونية ، أم أننا سنكون بحاجة إلى قواعد خاصة تتلاءم مع طبيعتها الالكترونية وهل يلزم الخصم بتقديم الدفاتر التجارية الالكترونية للقضاء؟ وقبل الاجابة عن هذه التساؤلات لابد ان نبين المقصود بالدفاتر التجارية الالكترونية من خلال المطلبين الآتيين:

(١) ينظر: سعيد عبد الله الحامز ، العمليات المصرفية الالكترونية والإطار الإشرافي، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون ، كلية الشريعة والقانون ، جامعة الإمارات العربية المتحدة ، ٢٠٠٣ ، مجلد ٥ ، ص ٢٣٨٩.

المطلب الاول :تعريف الدفاتر التجارية الالكترونية.

المطلب الثاني: القيمة الثبوتية للدفاتر التجارية الالكترونية وتقديمها للقضاء.

المطلب الاول

تعريف الدفاتر التجارية الالكترونية

الدفتر لغةً: يعني جماعة الصحف المضمومة [١] ، أو الكُرَّاسة [٢] ودفتر اليومية هو سجل يقيد فيه التاجر يوماً بيوم مختلف عملياته الحسابية [٣].

والتجارية: من تجر يتجر تجراً و تجارة ، باع وشرى وكذلك اتجر وهو افتعل والتجر اسم للجمع وقيل هو جمع[٤]، وأرض متجرة: يتجر فيها والتجر من باب نصر وكتب وكذلك (اتجر تجاراً)[٥]. والتجارية هي حرفة التاجر وهي البيع والشراء لغرض الربح [٦]. قال تعالى: **((يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ لاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ وَلاَ تَقْتُلُواْ أَنفُسَكُمْ إِنَّ اللّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيماً))**[٧].

---

(١) ينظر: أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، دار صادر للطباعة والنشر، بيروت، مجلد ٥، ط٤، ٢٠٠٥، ص ٢٧٣ .

(٢) ينظر: محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دار الكتاب العربي، بيروت–لبنان. بدون سنة طبع، ص ٢٠٦ .

(٣) ينظر: المنجد الإعدادي، دار المشرق ،ط١،المطبعة الكاثولوكية –بيروت–لبنان،١٩٩٦، ص ٢٥١ .

(٤) ينظر: أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، مصدر سابق، مجلد ٢، ص ٢١٤ .

(٥) ينظر: محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مصدر سابق، ص ٧٥ .

(٦) ينظر: جبران مسعود، الرائد، معجم لغوي عصري، دار العلم للملايين، بيروت، ط٢، ١٩٦٧، ص ١٣٩٨ .

(٧) سورة النساء/ آية (٢٩).

أما الالكتروني: نسبة إلى الإلكترون (العقل الالكتروني): آلة حاسبة الكترونية سريعة جداً[١]. أما القوانين المقارنة فلم تتناولها بالتعريف وإنما اقتصرت على الإشارة إلى إمكانية استخدامها بدلاً من الدفاتر التجارية التقليدية[٢].

وعلى الرغم من ذلك عرفت القوانين المقارنة السجل الالكتروني والذي يحوي بشكل ضمني معنى الدفاتر التجارية الالكترونية حيث عرفه المشرع اليمني بأنه (القيد أو العقد الإلكتروني أو رسالة البيانات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو تخزينها بوسائل الكترونية)[٣].

كما اخذ بالتعريف ذاته المشرع الأردني[٤]. كما عرفه المشرع الإماراتي بأنه (سجل أو مستند يتم إنشاؤه أو تخزينه أو استخراجه أو نسخه أو إرساله أو إبلاغه أو استلامه بوسيلة الكترونية على وسيط ملموس أو على أي وسيط الكتروني ويكون قابلاً للاسترجاع بشكل يمكن فهمه)[٥].

من خلال هذه التعاريف يتبين إنّ السجل الالكتروني يتضمن القيود الالكترونية للبيانات وهي التي تتكون منها الدفاتر التجارية الالكترونية لذلك يمكن القول أنّ تعريف السجل الالكتروني يشمل الدفاتر التجارية الالكترونية باعتبارها قيوداً الكترونية.

---

(١) ينظر: المنجد الإعدادي، مصدر سابق، ص ٦٥ .

(٢) ينظر: المادة (١٩) من قانون التجارة العراقي النافذ؛ المادة (٩)من قانون أنظمة الدفع والعمليات المالية والمصرفية الالكترونية اليمني النافذ؛ المادة (٩٢/د) من قانون البنوك الأردني النافذ؛ المادة (٣٨) من قانون المعاملات التجارية الاتحادي الإماراتي النافذ رقم ١٨ لسنة ١٩٩٣ .

(٣) ينظر: المادة (٢) من قانون أنظمة الدفع والعمليات المالية والمصرفية الالكترونية اليمني النافذ.

(٤) ينظر: المادة (٢) من قانون المعاملات الالكترونية الأردني النافذ.

(٥) ينظر: المادة (١) من قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الاتحادي الإماراتي النافذ.

أمّا على الصعيد الفقهي فلم يعرف الدفاتر التجارية الالكترونية إنما اقتصر على تعريف الدفاتر التجارية التقليدية بأنها دفاتر ذات صفحات مرقمة يمسكها التاجر لبيان مركزه المالي بالوجه الذي يتطلبه القانون[١].

ويمكن من خلال هذا التعريف استخلاص العناصر الأتية:

١- إنّ الدفاتر التجارية عبارة عن صفحات مرقمة.

٢- يمسك التاجر الدفاتر التجارية على وفق الشروط أو القواعد التي يتطلبها القانون.

ومن خلال ما تقدم يمكن أن نعرف الدفاتر التجارية الالكترونية بأنها عبارة عن قيد التاجر لعملياته التجارية بالوجه الذي يتطلبه القانون لبيان مركزه المالي بوسيلة الكترونية مثل الحاسب الآلي أو غيره من الأجهزة التقنية الحديثة بطريقة منتظمة تمنع أية تعديلات أو محو لبياناتها

المطلب الثاني

القيمة الثبوتية للدفاتر التجارية الالكترونية وتقديمها للقضاء

ان التعامل بالدفاتر التجارية الالكترونية يستلزم منحها الحجية الكاملة في الاثبات الامر الذي اختلفت القوانين المقارنة بشأنه، كما اختلفت حول مدى جواز تقديم الدفتر التجاري الالكتروني للقضاء وهل تصلح القواعد التقليدية التي تقرر ذلك للتطبيق عليه .الامر الذي سنفصله من خلال الفرعين الآتيين:

(١) ينظر: د. زهير عباس كريم، مبادئ القانون التجاري، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ١٩٩٥، ص ١٢٢ .

الفرع الاول

القيمة الثبوتية للدفاتر التجارية الالكترونية

أعطت القوانين المقارنة حجية للدفاتر التجارية الالكترونية إلاّ أنها اختلفت في مجال إسباغ هذه الحجية فيما إذا كانت الدفاتر إلزامية أم اختيارية ، الأمر الذي سنوضحه من خلال هذا المطلب.

أشار المشرع العراقي في المادة (٣٨) من قانون المصارف[١] إلى جواز الاحتفاظ بالدفاتر بشكل مصغر (ميكروفيلم ، أو خزن البيانات الكترونياً ، أو الوسائل التكنولوجية المعاصرة) وأعطت لهذه النسخ المصغرة مفعول الأصل بالإثبات نفسه.

ويلحظ من خلال هذا النص أنّ المشرع العراقي أجاز الاحتفاظ بالدفاتر دون الإشارة إلى كونها دفاتر خاصة أم دفاتر تجارية أي أطلق النص ، وأعطى لهذه المصغرات حجية الأصل في الإثبات أي إذا كانت دفاتر تجارية فتكون لها حجية الدفاتر التجارية التقليدية نفسها وإذا كانت سندات كانت لها حجية السندات التقليدية نفسها ... الخ، إلاّ أنه لدى الرجوع إلى المادة (١٩) من قانون التجارة العراقي[٢] التي نصت على أنه ((يجوز للتاجر أن يستعيض عن الدفاتر المنصوص عليها في المادتين (١٤) و (١٦) من هذا القانون باستخدام الأجهزة التقنية والأساليب الحديثة المتطورة في تنظيم حساباته وبيان مركزه المالي)) ، وبالرغم من أنها جاءت خالية من الإشارة بصورة صريحة لحجية الدفاتر التجارية الإلكترونية إلاّ أنها ذكرت مساواتها بالدفاتر التقليدية بشكل ضمني من خلال استخدام المشرع كلمة (يستعيض) التي تدل في اللغة على الإبدال فالاستعاضة لغةً تعني البدل[٣] ومن ثم استبدال الدفاتر التجارية الاختيارية بالدفاتر التجارية الالكترونية وبذلك سوف تكون لها الحجية نفسها.

---

(١) ينظر: المادة (٣٨) من قانون المصارف العراقي لسنة ٢٠٠٣.

(٢) ينظر: المادة (١٩) من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ .

(٣) ينظر: المنجد الإعدادي، مصدر سابق، ص ٣٦ .

١- نستنتج من خلال الجمع بين المادة (١٩) من قانون التجارة والمادة (٢/٣٨) من قانون المصارف أنّ المشرع العراقي بحسب قانون التجارة أجاز مسك الدفاتر التجارية الالكترونية الاختيارية فقط وبحسب قانون المصارف أعطاها حجية الأصل بالنسبة للمصارف فقط سواء أكانت إلزامية أم اختيارية. ويعد موقف المشرع العراقي في قانون التجارة محل نظر لعدم شمول الدفاتر الإلزامية بنص م(١٩) مما يشكل تعارضا مع قانون المصارف لذلك ندعو المشرع العراقي إلى تعديل م(١٩) لتكون بالشكل الأتي : **((يجوز للتاجر أن يستعيض عن الدفاتر التجارية باستخدام الأجهزة التقنية والأساليب الحديثة المتطورة في تنظيم حساباته وبيان مركزه المالي))**.

أمّا بالنسبة لموقف القوانين المقارنة فقد نص قانون أنظمة الدفع والعمليات المالية والمصرفية الالكترونية اليمني في المادة (٣/٩) منه[١] على أنه ((تعفى البنوك التي تستخدم في تنظيم عملياتها المالية والمصرفية الحاسب الآلي أو غيره من أجهزة التقنية ... وتعتبر المعلومات المستقاة من تلك الأجهزة أو غيرها من الأساليب الحديثة بمثابة دفاتر تجارية لها حجية في الإثبات)) ويلحظ على المشرع اليمني أنه أعطى للدفاتر التجارية الالكترونية حجية في الإثبات وهي حجية مساوية للدفاتر التجارية التقليدية حيث عدها بمثابة دفاتر تجارية. وقد أخذ المشرع الأردني بالحكم نفسه إلاّ أنه لم يورد عبارة لها حجية في الإثبات حيث نص في المادة (٩٢/د) من قانون البنوك[٢] على أنه ((تعفى البنوك ... وتعتبر المعلومات المستقاة من تلك الأجهزة أو غيرها من الأساليب الحديثة بمثابة دفاتر تجارية))، نستنتج من النص ومن خلال كلمة (بمثابة) التي يستدل منها حلول الدفاتر التجارية الالكترونية محل الدفاتر التقليدية في كل القواعد الخاصة بها ومنها الحجية ، أنّ المشرع الأردني ساوى في الحجية بين الدفاتر

(١) ينظر: المادة (٣/٩) من قانون أنظمة الدفع والعمليات المالية والمصرفية الالكترونية اليمني رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٦ .

(٢) ينظر: المادة (٩٢/د) من قانون البنوك الأردني رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٠ .

التجارية الالكترونية والدفاتر التجارية التقليدية، كما يلحظ على موقف المشرع اليمني والأردني أنه قصر استخدام الدفاتر التجارية الالكترونية على المصارف فقط وبذلك لو أثير نزاع بين مصرف يستخدم الدفاتر التجارية الالكترونية وتاجر آخر غير المصارف يستخدم دفاتر تجارية تقليدية فهل نكون أمام تاجرين يستخدمان دفاتر تجارية ونطبق عليها قواعد الإثبات المتعلقة بالدفاتر التجارية التقليدية خاصة وأنّ المشرع اليمني والأردني لم يشيرا إلى ضوابط انتظام خاصة بالدفاتر التجارية الالكترونية ، وأن القاضي يعتمد في تقديره لحجية الدفاتر التجارية على مدى انتظامها وتوافر الشروط المطلوبة فيها.

إنّ التصدي لهذه المشكلة يكون من خلال تقرير المشرع لضوابط خاصة بانتظام الدفاتر التجارية الالكترونية لكي يتمكن القاضي من الترجيح بينهما بقدر ما يتوافر من شروط الانتظام الخاصة بكل منهما[١].

وقد أخذ المشرع الإماراتي بما أخذ به كل من المشرع اليمني والأردني إلاّ أنه أجاز استخدام الدفاتر التجارية الالكترونية بالنسبة للتاجر عامة دون تمييز بين التاجر الفرد أم الشركة أم المصارف حيث نص في المادة (٣٨) من قانون المعاملات التجارية[٢] على أنه ((يستثنى التاجر الذي يستخدم في تنظيم عملياته التجارية الحاسب الآلي أو غيره من أجهزة التقنية الحديثة ... وتعتبر المعلومات المستقاة من هذه الأجهزة أو غيرها من الأساليب

(١) ينظر أ.د. الصالحين محمد العيش، الجوانب القانونية لاستخدام المعلوماتية في المعاملات التجارية، بحث مقدم للمؤتمر المغاربي الأول حول المعلوماتية والقانون، أكاديمية الدراسات العليا، طرابلس، ليبيا، في الفترة ٢٨-٢٩ أكتوبر ٢٠٠٩، منشور على شبكة الانترنت على الموقع: http://iefpedia.com/arab/?=17784 تاريخ الزيارة: ٢٠١١/٢/٢٥: ص ٦ .

(٢) ينظر: المادة (٣٨) من قانون المعاملات التجارية الاتحادي الإماراتي رقم ١٨ لسنة ١٩٩٣.

الحديثة بمثابة دفاتر تجارية ...)) ، وهذا ما أكد عليه القضاء الإماراتي[١] حيث استقر على أن ((المقرر في ضوء م ٣٨ من قانون المعاملات التجارية انه يستثنى التاجر الذي يستخدم في تنظيم عملياته التجارية الحاسب الآلي وغيره من أجهزة التقنية الحديثة من أحكام المواد (٢٦ ، ٢٧ ، ٢٨ ، ٢٩) من هذا القانون ، وتعتبر المعلومات المستقاة من هذه الأجهزة أو غيرها من الأساليب الحديثة بمثابة دفاتر تجارية ، ومن ثم تكون لها ذات الحجية في الإثبات المقررة للدفاتر التجارية عموماً)). كما نص المشرع الفرنسي في المادة (٢) من اللائحة التنفيذية للدفاتر التجارية[٢] على أنه ((يجوز أن تحل المستندات المكتوبة الكترونياً محل دفتر اليومية ودفتر الجرد بشرط أن تكون مطابقة ومرقمة ومؤرخة لحظة تحريرها بوسائل تضمن حجيتها في الإثبات))، ويلحظ على المشرع الفرنسي انه قد أعطى للدفاتر التجارية الالكترونية حجية مساوية للدفاتر التقليدية ولكن بعد أن تستوفي الشروط المطلوبة لصحتها وهي أن تكون مطابقة ومرقمة ومؤرخة.

---

(١) ينظر: قرار محكمة تميز دبي بتاريخ ٢٢ أكتوبر ١٩٩٥؛ وبنفس المعنى قرار المحكمة الاتحادية العليا بتاريخ ١٢ ديسمبر ١٩٩٩؛ محكمة تمييز دبي بتاريخ ١٥ يناير ٢٠٠٠؛ المحكمة الاتحادية العليا بتاريخ ٩ مايو ٢٠٠١ ؛ محكمة تمييز دبي ١٩ يونيه ١٩٩٩. مشار لهذه القرارات لدى: د. محمد المرسي زهرة، مصدر سابق، ص ٣٢٣ .

(٢) ينظر: المادة (٢) من اللائحة التنفيذية لقانون الدفاتر التجارية الفرنسي المعدلة بالمرسوم رقم ٣١٢ لسنة ٢٠٠٢ الصادر في ٢٦ فبراير ٢٠٠٢ المنشور في الجريدة الرسمية في ٦ مارس ٢٠٠٢ ونصها هو:

"Des documents informatiques e'crits peuvent tenir lieu de livrejournal et de livre d'inventaire; dans ce cas, ils doivent e'tre identifie's, nu me'ro'te's et date's de's leur e'tablissement par des moyens offrant toute garantie en matie're de prevue".

من خلال ما تقدم يلحظ أنّ القوانين المقارنة ساوت في الحجية بين الدفاتر التجارية الالكترونية والدفاتر التجارية التقليدية، إلاّ أنّ السؤال يبقى مطروحاً هل تصلح القواعد التي تعطي الحجية للدفاتر التجارية التقليدية للتطبيق على الدفاتر التجارية الالكترونية ؟ أم إننا سنكون بحاجة إلى قواعد خاصة بها تنظم حجيتها ؟ هذا ما سنبينه من خلال ما يأتي:

تختلف حجية الدفاتر التجارية فيما إذا كانت لمصلحة التاجر أو موجهة ضده على النحو الآتي:

أولاً: حجية الدفاتر التجارية لمصلحة التاجر:

تنص المادة (٢٨) الفقرة الأولى من قانون الإثبات العراقي[١] على أنه ((لا تكون القيود الواردة في الدفاتر التي يوجب القانون مسكها سواء أكانت منتظمة أم غير منتظمة حجة لصاحبها)) كما نصت المادة (٢٩) الفقرة الأولى من قانون الإثبات العراقي[٢] على أنه ((لا تكون القيود الواردة في الدفاتر غير الإلزامية والدفاتر والأوراق الخاصة حجة لصاحبها)) من خلال ما تقدم يتبين لنا أن الدفاتر التجارية سواء أكانت تقليدية أم الكترونية لا يكون لها حجية بالنسبة لصاحبها .

أمّا بالنسبة للقوانين المقارنة فقد نص قانون التجارة اليمني وذلك في المادة (٣٨) منه[٣] على أنه ((تكون الدفاتر التجارية الإلزامية حجة لصاحبها التاجر ضد خصمه التاجر إذا كان النزاع متعلقاً بعمل تجاري وكانت الدفاتر منتظمة حسب القواعد السالف ذكرها وتسقط هذه الحجية بالدليل العكسي ويجوز أن يؤخذ هذا الدليل من دفاتر الخصم التجارية المنتظمة)) كما

---

(١) ينظر: المادة (٢٨/أولاً) من قانون الإثبات العراقي النافذ.

(٢) ينظر: المادة (٢٩/أولاً) من قانون الإثبات العراقي النافذ.

(٣) ينظر: المادة (٣٨) من قانون التجارة اليمني رقم ٣٢ لسنة ١٩٩١ المعدل بالقانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٨ ؛ تقابلها المادة (١٥) من قانون إثبات المعاملات المدنية والتجارية الاتحادي الإماراتي رقم ١٠ لسنة ١٩٩٢.

نص المشرع الأردني في المادة (١٦) من قانون البينات[١] على أنه ((لدفاتر التجار الإجبارية .
٢- تصلح لأن تكون حجة لصاحبها في المعاملات المختصة بتجارته إذا كانت منتظمة وكان الخلاف بينه وبين تاجر)) وبذلك فإنه يتبين من موقف القوانين المقارنة أنها قد أعطت للدفاتر التجارية الإلزامية حجة للتاجر ولكن في حالات محددة، هي:

١- أن يكون النزاع بين تاجرين: وذلك على أساس أن مسك الدفاتر التجارية الإلزامية يكون من قبل كلا التاجرين وبذلك فإن التصرف القانوني موضوع النزاع قد جرى قيده من قبل الطرفين فيستطيع القاضي إجراء مضاهاة دفاتر كل منهما على دفاتر الآخر والمقارنة بينهما بتتبع القيود الواردة فيها حتى يتيقن من صدق دعوى التاجر الذي يريد الاحتجاج بدفاتره ضد التاجر الأخر[٢]. ومن ثم فإن المصارف تستطيع التمسك بالدفاتر التجارية الالكترونية ضد تاجر آخر سواء أكان مصرفاً أم عميلاً وذلك لكون المصارف تعد تاجراً باعتبارها شخصاً معنوياً يزاول الأعمال التجارية على وجه الاحتراف[٣]، باستثناء المصارف التابعة للدولة التي تعد من الأشخاص المعنوية العامة فهي لا تتمتع بصفة التاجر[٤] بالرغم من التزامها بمسك دفاتر تجارية .

٢- أن يكون النزاع متعلقاً بعمل تجاري: وذلك بالنسبة لكل من الخصمين أما إذا كان العمل مدنياً بالنسبة للتاجر المدعى عليه كما لو اشترى سلعة لمنزله فلا يجوز الاحتجاج عليه

---

(١) ينظر: المادة (١٦) من قانون البينات الأردني رقم ٣٠ لسنة١٩٥٢.

(٢) ينظر: د. محمد حسين إسماعيل، القانون التجاري الأردني، دار عمان للنشر والتوزيع، عمان، ط١، ١٤٠٦هـ-١٩٨٥م ، ص ١٥٢ .

(٣) ينظر: المادة (٧/أولاً) من قانون التجارة العراقي النافذ ؛ المادة (١٨) من قانون التجارة اليمني النافذ ؛ المادة (٩) من قانون التجارة الأردني النافذ ؛ المادة (١١) من قانون المعاملات التجارية الاتحادي الإماراتي النافذ.

(٤) ينظر: أ. د. باسم محمد صالح، القانون التجاري، القسم الاول، العاتك لصناعة الكتاب والنشر،القاهرة،٢٠٠٦، ص ٩٣ .

بالدفاتر التجارية والسبب في ذلك أنّ النفقات الشخصية التي ينفقها التاجر على نفسه لا تذكر من دفتر التاجر الآخر مما يتعذر إجراء المضاهاة بين دفاتر التاجرين [١].

ومن ثم فإن للمصارف التمسك بالدفاتر التجارية الالكترونية ضد تاجر آخر فيما يتعلق بعملياتها إذ تعد العمليات المصرفية عملاً تجارياً ، وهذا ما أشار إليه المشرع العراقي[٢] والقوانين المقارنة [٣].

٣- أن تكون الدفاتر التجارية منتظمة: والدفاتر المنتظمة هي الدفاتر التي تتوافر في إمساكها الشروط التي سبق أن بيناها[٤] ويرجع السبب في إعطاء الحجية للدفاتر المنتظمة هو أنّ الأشكال والإجراءات التي وضعت لضمان صحة ما يرد فيها من بيانات قد استوفيت[٥]، وإذا ما أردنا أن نطبق هذا الشرط على الدفاتر التجارية الالكترونية فإننا سنكون بحاجة إلى نصوص قانونية تحدد شروط وقواعد مسكها لكي تكون لها الحجية في الإثبات ، وقد انفرد المشرع الفرنسي[٦] بالإشارة إلى شرط انتظام الدفاتر التجارية الالكترونية صراحة

---

(١) ينظر: د. مصطفى كمال طه، القانون التجاري، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، بدون سنة طبع، ص ١٧٠ .

(٢) ينظر: المادة (١٣/٥) من قانون التجارة العراقي النافذ.

(٣) ينظر: المادة (١/١٠) من قانون التجارة اليمني النافذ والمادة (٤/٩) من قانون أنظمة الدفع والعمليات المصرفية الالكترونية اليمني النافذ ؛ المادة (١/٦/د) من قانون التجارة الأردني النافذ والمادة (٩٢/هـ) من قانون البنوك الأردني النافذ ؛ المادة (٤/٥) من قانون المعاملات التجارية الاتحادي النافذ؛ المادة (٨/٦٣٢) من قانون التجارة الفرنسي.

(٤) ينظر: ص٣٣ وما بعدها من الرسالة.

(٥) ينظر: د. مصطفى كمال طه، و د. علي البارودي، و واخرون، أساسيات القانون التجاري والقانون البحري، منشأة المعارف للتوزيع، الإسكندرية، ١٩٨٣،ص٨٢.

(٦) ينظر: المادة (٣/٢) من اللائحة التنفيذية لقانون الدفاتر التجارية الفرنسي.

وذلك بأن تكون مطابقة ومرقمة ومؤرخة حتى تضمن حجيتها في الإثبات ، وقد ذهب القضاء الفرنسي إلى إعطاء الحجية للدفاتر التجارية بالنسبة للتاجر حيث قام بقبول الدفاتر المنتظمة كدليل إثبات بين التجار فيما يتعلق بالأعمال التجارية [١].

أمّا بالنسبة للدفاتر التجارية غير المنتظمة وكذلك الاختيارية فلا تكون لها حجة لمصلحة التاجر حيث نص المشرع العراقي في المادة (٢٩/أولاً) من قانون الإثبات[٢] على أنه ((لا تكون القيود الواردة في الدفاتر غير الإلزامية والدفاتر والأوراق الخاصة حجة لصاحبها)) . أمّا المشرع اليمني فلم يورد نصاً صريحاً بذلك وإنما يتبين هذا الحكم من خلال مفهوم المخالفة لنص المادة (٣٨) من قانون التجارة اليمني[٣] التي اشترطت في الدفاتر التجارية حتى تكون لها حجة للتاجر أن تكون إلزامية ومنتظمة . في حين نص المشرع الأردني في المادة (١٨) من قانون البينات الأردني[٤] على أنه ((١- لا تكون الدفاتر والأوراق الخاصة حجة لمن صدرت عنه)) وهذا ما أشار إليه المشرع الإماراتي[٥].

وهنا يثور التساؤل عن مدى حجية الدفاتر التجارية بالنسبة للتاجر ضد غير التاجر ؟ وما مدى سريانها بالنسبة للمصارف ؟

القاعدة العامة انه لا يجوز الاحتجاج بالدفاتر التجارية إلاّ على التجار إلاّ أنه استثناءً يجوز أن تكون الدفاتر التجارية حجة على غير التاجر ، وقد نص على ذلك المشرع اليمني وذلك في

---

(1) Cass.con.2.juw 1980. Bull; Cass 1980, 4. No. 226.

مشار إليها لدى د. جمال محمود عبد العزيز، الدفاتر التجارية التقليدية والالكترونية وحجيتها في الإثبات، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، ٢٠٠٦،ص٢٤٥

(٢) ينظر: المادة (٢٩/أولاً) من قانون الإثبات العراقي النافذ.

(٣) ينظر: المادة (٣٨) من قانون التجارة اليمني رقم ٣٢ لسنة ١٩٩٣.

(٤) ينظر: المادة (١٨) من قانون البينات الأردني رقم ٣٠ لسنة ١٩٠٢.

(٥) ينظر: المادة (١/١٦) من قانون إثبات المعاملات المدنية والتجارية الاتحادي الإماراتي رقم ١٠ لسنة ١٩٩٢.

المادة (٤١) من قانون التجارة[١] التي تنص على أنه ((دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار على أنّ البيانات عما أورده التجار تصلح أساساً يجيز للقاضي أن يوجه اليمين المتممة إلى أي من الطرفين في ذلك حتى فيما لا يجوز إثباته بالبينة ...)) وهذا ما أخذ به المشرع الأردني والإماراتي والفرنسي[٢] وبذلك فإنه يلحظ على هذا الاستثناء أنه مقيد هي:

١- يجب أن يكون النزاع متعلقاً بتوريد أشياء إلى غير التاجر أمّا إذا تعلق بعملية أخرى غير التوريد فإنه لا تكون للدفاتر التجارية حجة ضد غير التاجر.

٢- إنّ الاعتداد بالدفتر التجاري في الإثبات وتكملته بتوجيه اليمين المتممة هو أمر جوازي للمحكمة وليس للخصوم وبذلك لا يحق للخصم أن يوجه هذا اليمين لخصمه أو يطلب من القاضي توجيهها.

٣- لا يجوز للمحكمة تكملة الدليل المستخلص من الدفاتر التجارية إلاّ بطريق واحد وهو توجيه اليمين المتممة[٣] لاستكمال دليل كتابي ناقص يجعل وجود الحق المدعى به قريب الاحتمال حيث لا يتم توجيهها إلاّ إذا كان هناك دليل في الدعوى ويوجهها القاضي من تلقاء

(١) ينظر: المادة (٤١) من قانون التجارة اليمني النافذ.

(٢) ينظر: المادة (١٥) من قانون البينات الأردني النافذ ؛ المادة (١/١٥) من قانون إثبات المعاملات المدنية والتجارية الاتحادي الإماراتي النافذ ؛ المادة (١٣٢٩) من القانون المدني الفرنسي ونصها هو:

"Les registres des marcahnds ne font point, contre les perosnnes non marchands, prevue des fournitues qui y sont portee's, sauf ce qui sera dit a' l'gard du serment".

(٣) ينظر: د. زهير عباس كريم، مصدر سابق، ص ١٤٤-١٤٥.

نفسه لاستكمال قناعته فيما ادعاه المدعي وهو أمر جوازي للقاضي وهذا بخلاف اليمين الحاسمة التي يوجهها خصم في الدعوى وهي واجبة على القاضي إذا ما طلبها الخصم[١].

وقد أضاف المشرع الإماراتي إلى شرط توجيه اليمين المتممة أن يكون في الحالات التي يجوز فيها الإثبات بالشهادة أي في حالة وجود مبدأ ثبوت بالكتابة أو وجود مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي أو فقدان السند الكتابي أو إذا رأت المحكمة لأسباب وجيهة السماح بالإثبات بالشهادة أو إذا طعن في الدليل لكونه مخالفاً للقانون أو النظام العام أو الآداب [٢].

مما سبق يتضح أنّ هذا الاستثناء لا يشمل العمليات المصرفية فقد حدد حالة واحدة وهي التوريد وهو مما لا يدخل ضمن العمليات المصرفية ومن ثم فإنّ المصارف لا تستطيع أن تتمسك بالدفاتر التجارية الالكترونية ضد غير التاجر.

من خلال ما تقدم فإنه يلحظ اتفاق القوانين المقارنة بالأخذ بحجية الدفاتر التجارية بالنسبة للتاجر وذلك إذا كان ضد تاجر آخر ، وهذا على خلاف المشرع العراقي الذي لم يعطِ الدفاتر التجارية حجة للتاجر ، الأمر الذي ندعو إليه المشرع العراقي ذلك أنّ التجارة التي تتميز بالسرعة قد لا تسمح للتاجر بإعداد دليل ولا يكون لديه سوى دفاتره التجارية ، فضلاً عن هذا فإن السماح بإعطاء الحجية بالنسبة للتاجر إذا كان مخالفاً لقاعدة عدم جواز أن يصطنع الشخص دليلاً لنفسه فإن المشرع العراقي قد أورد استثناءاً على هذه القاعدة وذلك عند سماحه بتقديم الدفاتر والأوراق التي تحت يده للإطلاع عليها فكان الأجدر إعطاء هذه الحجية للتاجر أسوة بباقي التشريعات خاصة وأن إعطاء هذه الحجية ليست مطلقة وإنما

(١) ينظر: د. احمد أبو الوفا، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٣، ص ٢٣٤-٢٣٥؛ حسين عبد الهادي البياع، شرح قانون الإثبات، مطبعة الاقتصاد، ط١، ١٩٨٦، ص٩٢.

(٢) ينظر: المادة (٣٧) من قانون إثبات المعاملات المدنية والتجارية الاتحادي الإماراتي النافذ.

مقيدة في حالات معينة ، وبذلك نقترح على المشرع العراقي تعديل المادة (٢٨/أولاً) من قانون الإثبات لتكون كما يأتي:

((أولاً: تكون القيود الواردة في الدفاتر التي يوجب القانون مسكها إذا كانت منتظمة حجة لصاحبها ضد تاجر آخر إذا كانت متعلقة بعمل تجاري)).

ثانياً: حجية الدفاتر التجارية ضد مصلحة التاجر:

نص المشرع العراقي في المادة (٢٨/ثانياً) من قانون الإثبات[١] على أن ((يجوز أن تكون القيود الواردة في الفقرة السابقة حجة على صاحبها شريطة عدم تجزئة الإقرار المثبت فيها))، وبذلك فإن المشرع العراقي قد أعطى للدفاتر التجارية الإلزامية سواء أكانت منتظمة أم غير منتظمة الواردة في المادة (٢٨/أولاً) السابق الإشارة إليها حجية في الإثبات وذلك ضد التاجر الذي امسك الدفاتر التجارية سواء كان هذا الخصم تاجراً أم غير تاجر بشرط عدم تجزئة الإقرار الوارد في الدفاتر التجارية ، فلا يجوز للخصم الذي يستند إلى دفاتر التاجر أن يأخذ بقسم من البيانات الموجودة في تلك الدفاتر دون الأخرى كأن يطلب الاستناد إلى البيانات التي تؤيد دعواه ويترك الباقي، فالبيانات المدونة في الدفاتر تعد بمثابة إقرار كتابي والإقرار غير قابل للتجزئة [٢]، ولعل ذلك يأتي منسجماً مع الحجية التي أعطاها المشرع العراقي للإقرار

(١) ينظر: المادة (٢٨/ثانياً) من قانون الإثبات العراقي النافذ. تجدر الاشارة الى ان قانون التوقيع الالكتروني العراقي لم ينظم الدفاتر التجارية بشكل مباشر انما اعطى الحجية القانونية للسندات الالكترونية عموما.

(٢) ينظر: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٢، الإثبات– آثار الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط٣، ٢٠٠٩، ص ٢٧٧ ؛ د. لطيف جبر كوماني ود. علي كاظم الرفيعي، القانون التجاري، بغداد، ٢٠٠٠، ص ٢٠٧ ؛ د. فوزي عطوي، القانون التجاري، دار العلوم العربية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ط١، ١٩٨٦، ص ١٣٠ .

بوصفه من الأدلة القوية إلاّ أنّ المشرع عدّل حجية الإقرار[١] إذ أصبحت مجرد حجة قاصرة وبموجب ذلك لا تكون للدفاتر التجارية تلك الحجية القوية إذا كانت موجهة ضد التاجر لذا نقترح على المشرع العراقي تعديل نص المادة (٢٨/ثانياً) ليكون على الشكل الآتي :

((يجوز أن تكون القيود الواردة في الفقرة السابقة حجة على صاحبها)).

أمّا موقف القوانين المقارنة فقد نص المشرع اليمني وذلك في المادة (٤١) من قانون التجارة[٢] على أنه ((... وتكون دفاتر التجار حجة على هؤلاء التجار ولكن إذا كانت هذه الدفاتر منتظمة فلا يجوز لمن يريد أن يستخلص منها دليلاً لنفسه أن يجزئ ما ورد فيها ويستبعد منه ما كان مناقضاً لدعواه)) نستنج من النص أنّ المشرع اليمني أعطى للدفاتر التجارية دون تمييز بين إلزامية أو اختيارية حجة على التاجر وفي حالة إذا ما كانت الدفاتر منتظمة فلا يجوز تجزئة ما ورد فيها . كما نص على ذلك المشرع الأردني وذلك في المادة (١٦) من قانون البينات[٣] التي تنص على أنه ((لدفاتر التجار الإجبارية: ١- تكون حجة على صاحبها سواء أكانت منظمة تنظيماً قانونياً أم لم تكن ولكن لا يجوز لمن يريد أن يستخلص منها دليلاً لنفسه أن يجزئ ما ورد فيها ويستبعد ما كان مناقضاً لدعواه)). كما نص المشرع الإماراتي في المادة (١٥) من قانون إثبات المعاملات المدنية والتجارية[٤] على أنه ((٣- وتكون دفاتر التجار الإلزامية منتظمة كانت أو غير منتظمة حجة على صاحبها التاجر فيما استند إليه خصمه التاجر أو غير التاجر على أن تعتبر القيود التي في مصلحة صاحب الدفتر حجة له

(١) ينظر: المادة (٦٧) من قانون الإثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ المعدلة بموجب المادة (٦) من القانون رقم ٤٦ لسنة ٢٠٠٠ .

(٢) ينظر: المادة (٤١) من قانون التجارة اليمني النافذ.

(٣) ينظر: المادة (١٦) من قانون البينات الأردني النافذ.

(٤) ينظر: المادة (١٥) من قانون إثبات المعاملات المدنية والتجارية الاتحادي الإماراتي النافذ.

أيضاً)) . كما تبنت المادة (١٣٣٠) من القانون المدني الفرنسي[١] ذات الحكم حيث اعتبرت دفاتر التجار حجة عليهم ولكن لا يجوز لمن يريد أن يستخلص منها دليلاً لنفسه أن يجزئ ما ورد فيها ويستبعد ما كان مناقضاً لدعواه. وقد شايع الفقه الفرنسي هذه القاعدة بأن ما ورد في الدفاتر التجارية من قيود تعد بمثابة إقرار في مجال الإثبات من قبل التاجر وبالتالي تطبق قاعدة عدم تجزئة الإقرار[٢].

من خلال ما تقدم يتبين لنا أنّ القوانين العراقي والأردني والإماراتي والفرنسي أعطت الحجية للدفاتر التجارية إذا كانت موجهة ضد التاجر وكانت إلزامية فقط ، أما القانون اليمني فلم يفرق فيما إذا كانت إلزامية أم اختيارية ، الأمر الذي يثير التساؤل حول موقف القوانين المقارنة من الدفاتر التجارية الاختيارية ومدى تمتعها بالحجية ضد التاجر؟

تكون للدفاتر التجارية الاختيارية الحجية ضد صاحبها التاجر إلاّ أنّ هذه الحجية مقيدة بأن لا تكون إلاّ في الحالتين الآتيتين:

١- إذا ذكر فيها صراحة أنّ التاجر استوفى دينه.

٢- إذا ذكر فيها صراحة أنّ التاجر قصد بماد دُوِّنَ فيها أن تقوم مقام السند لمن أثبتت حقاً لمصلحته.

وقد أخذ بهذا الحكم المشرع العراقي[٣]، أمّا المشرع اليمني فلم يتطرق إلى حجية الدفاتر التجارية الاختيارية بنص خاص، ولكن يلحظ من نص المادة (٤١) من قانون التجارة اليمني[٤]

---

(١) ينظر: المادة (١٣٣٠) من القانون المدني الفرنسي ونصها هو:

"Les livers des marchands font prevue contre, eux; mais celui qui veut tirer avantage ne peut les diviser en ce qu'ils contiennent de contraire a' sa pretention".

(٢) نقلاً عن: د. جمال محمود عبد العزيز، مصدر سابق، ص ٢٥٥ .

(٣) ينظر: المادة (٢٩/ثانياً) من قانون الإثبات العراقي النافذ.

(٤) ينظر: المادة (٤١) من قانون التجارة اليمني النافذ.

التي تنص على أنه ((تكون دفاتر التجار حجة على هؤلاء التجار ...)) هو إطلاق لفظ الدفاتر دون تحديد ما إذا كانت إلزامية أم اختيارية وبالتالي تكون للدفاتر التجارية الاختيارية حجة على التاجر دون تحديد حالات منح هذه الحجية ، أمّا المشرع الأردني والإماراتي والفرنسي[١] فقد أخذوا بحجية الدفاتر التجارية الاختيارية وذلك في حدود الحالتين السابقتين.

وبعد أن بيّنا موقف القوانين المقارنة من إعطاء الحجية للدفاتر التجارية التقليدية الإلزامية والاختيارية إذا كانت لمصلحة التاجر أو موجهة ضد التاجر ، فإن التساؤل يثار: حول مدى صلاحية هذه القواعد للتطبيق على الدفاتر التجارية الالكترونية ؟ بالنسبة لموقف المشرع العراقي فإن الدفاتر التجارية الالكترونية تكون لها حجية الدفاتر الاختيارية فقط لأنه لم يجز مسك الدفاتر الإلزامية اليومية والأستاذ بطريقة الكترونية كما بيّنا سابقاً ، أمّا القوانين المقارنة فقد أشار غالبيتها وبشكل صريح إلى المساواة بين الدفاتر التجارية التقليدية والالكترونية سواء أكانت إلزامية أم اختيارية من حيث الحجية، وبذلك فانه لا يوجد ما يمنع من تطبيق القواعد المذكورة آنفاً سواء أكانت بالنسبة للتاجر أو ضده على الدفاتر التجارية

(١) ينظر: المادة (٢/١٨) من قانون البينات الأردني النافذ ، المادة (١٦) من قانون إثبات المعاملات المدنية والتجارية الاتحادي الإماراتي النافذ، المادة (١٣٣١) من القانون المدني الفرنسي ونصها هو:

"Les registres et papiers domesitiques ne font point un titre pour celui qui les a ecrits.Ils font foi contre lui: 1-dans tous les cas ou ils enoncent formellement un paiement recu; 2-lorsqu'ils contiennent la mention expresse que la note a ete faite pour suppleer le defaut du titre en faveur de celui au profit duquel ils enoncent une obligation"

الكترونية وهذا ما أخذ به المشرع اليمني والأردني والإماراتي[١]، أمّا المشرع الفرنسي فقد أجاز مسك الدفاتر (اليومية الأصلي والجرد) فقط بطريقة الكترونية ولم يشر إلى دفتر الأستاذ والدفاتر الاختيارية ونص بشكل صريح على إعطائها الحجية المساوية للتقليدية في الإثبات[٢].

الفرع الثاني

تقديم الدفاتر التجارية الالكترونية للقضاء

من المبادئ المستقرة في قانون الإثبات عدم جواز إلزام الخصم بتقديم دليلٍ ضد نفسه، إلاّ أنّ هذا المبدأ ورد عليه استثناء أخذت به القوانين المقارنة وهو إمكانية إلزام الخصم بتقديم الدفتر أو السند الذي بحوزته ، إلاّ أنها اختلفت في تحديد ضوابط هذا الاستثناء، وهناك تساؤل يطرح نفسه: هل يصلح هذا المبدأ للتطبيق على الدفاتر التجارية الالكترونية ؟ لغرض الإجابة عن ذلك لابد أولاً أن نبين أحكام وضوابط هذا الاستثناء ومن ثم مناقشة إمكانية تطبيقه على الدفاتر التجارية الالكترونية أم لا ؟ الأمر الذي سنوضحه كما يأتي:

إنّ المدعي هو المسؤول عن إثبات ما يدعيه وذلك عن طريق تقديم دليل الإثبات المقبول قانوناً لإثبات الواقعة التي يدعيها وان المدعى عليه لا يجبر على تقديم دليل ضد نفسه لمصلحة خصمه ، غير أنّ القوانين المقارنة خرجت عن هذا المبدأ في حالات معينة ، وذلك بالسماح للخصم بإلزام خصمه بتقديم الدفاتر والسندات التي تحت يده[٣].

---

(١) ينظر: المادة (٣/٩) من قانون أنظمة الدفع والعمليات المالية والمصرفية الالكترونية اليمني رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٦ ؛ المادة (٩٢/د) من قانون البنوك الأردني رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٠؛ المادة (٣٨) من قانون المعاملات التجارية الاتحادي الإماراتي رقم ١٨ لسنة ١٩٩٣.

(٢) ينظر: المادة (٢) من اللائحة التنفيذية لقانون الدفاتر التجارية الفرنسي.

(٣) لمزيد من التفصيل: راجع: د. آدم وهيب النداوي، نطاق إلزام الخصم بتقديم دليل ضد نفسه، مجلة القانون المقارن، صادرة عن جمعية القانون المقارن العراقية، ع ١٢، ١٩٨١، ص٢٢٣؛ ليناطه الشوبكي، إلزام الخصم بتقديم مستند أو ورقة تحت يده، بحث مقدم لنقابة المحاميين الأردنية؛ نارت احمد اليأس شواش، طلب إلزام الخصم بتقديم محرر تحت يده، بحث مقدم لنقابة المحاميين الأردنية، ١٩٩٥.

وقد أخذ المشرع العراقي بهذا المبدأ ووضع معيار عام للأخذ به حيث نص في المادة (٥٣) من قانون الإثبات[١] على أنه ((أولاً: للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد طرفي الدعوى تكليف الطرف الآخر بتقديم الدفتر أو السند الموجود في حيازته أو تحت تصرفه الذي يتعلق بموضوع الدعوى متى كان ذلك ضرورياً لضمان حسن الفصل فيها)).

وهذا ما اخذ به المشرع اليمني أيضاً حيث وضع معياراً عاماً للأخذ بهذا المبدأ حيث نص في المادة (٣٧) من قانون التجارة[٢] على أنه ((للمحكمة عند نظر الدعوى أن تقرر من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب أحد الخصمين إبراز الدفاتر والأوراق التجارية للاطلاع على القيود المتعلقة بالموضوع المتنازع فيه وحده واستخلاص ما ترى استخلاصه منها)). أمّا المشرع الأردني فقد اخذ بهذا المبدأ إلاّ أنه حدد حالات معينة للأخذ به حيث نص في المادة (٢٠) من قانون البينات[٣] على أنه ((يجوز للخصم أن يطلب إلزام خصمه بتقديم الإسناد أو الأوراق المنتجة في الدعوى التي تكون تحت يده: ١- إذا كان القانون يجيز مطالبته بتقديمها أو بتسليمها ٢- إذا استند إليه خصمه في أي مرحلة من مراحل الدعوى)). وهذا ما اخذ به المشرع الإماراتي أيضاً حيث أخذ بهذا المبدأ في المادة (٣٤) من قانون المعاملات التجارية[٤] التي تنص على أنه ((يجوز للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم أن تأمر التاجر بتقديم دفاتره التجارية إليها لاستخلاص ما يتعلق بالنزاع المطروح عليها وللمحكمة أن تطلع بنفسها على تلك الدفاتر أو بواسطة خبير تعينه لذلك)) وبذلك أجاز المشرع الإماراتي تقديم الدفاتر التجارية للاطلاع عليها إلاّ أنه حدد حالات الاطلاع التي تتم بناء على طلب الخصم وذلك في المادة (١٨) من قانون المعاملات التجارية[٥] التي تنص على أنه ((١- يجوز للخصم في الحالات التالية أن يطلب إلزام خصمه بتقديم أي محررات أو أوراق منتجة تكون

(١) ينظر: المادة (٥٣) من قانون الإثبات العراقي النافذ.
(٢) ينظر: المادة (٣٧) من قانون التجارة اليمني النافذ.
(٣) ينظر: المادة (٢٠) من قانون البينات الأردني النافذ.
(٤) ينظر: المادة (٣٤) من قانون المعاملات التجارية الاتحادي الإماراتي النافذ.
(٥) ينظر: المادة (١٨) من قانون المعاملات التجارية الاتحادي الإماراتي النافذ.

تحت يده أ- إذا كان القانون يجيز مطالبته بتقديمه أو تسليمه، ب- إذا كان المحرر مشتركاً بينه وبين خصمه ، ويعتبر المحرر مشتركاً على الأخص إذا كان لمصلحة الخصمين أو كان مثبتاً لالتزاماتهما وحقوقهما المتبادلة، ج- إذا استند إليه خصمه في أي مرحلة من مراحل الدعوى)).

نستنتج من خلال ما تقدم أنّ القوانين المقارنة اتفقت على الأخذ بهذا المبدأ، إلاّ أنها اختلفت في تحديد حالاته ، فلم يحدد المشرع العراقي هذه الحالات إنما قرنها بتوافر حالات الضرورة التي يكون تقديرها للقاضي ، كما لم يحدد المشرع اليمني الأخذ بهذا المبدأ بحالات معينة ، في حين حدد المشرع الأردني والإماراتي حالات وردت على سبيل الحصر للتطبيق على هذا الاستثناء وهو أمر تحمد عليه ، وذلك لأن هذا الاستثناء لا يجوز التوسع فيه وترك أمر تقديره للقاضي ، لذا فإننا نتفق مع الرأي[١] الذي ذهب بحق إلى أنّ موقف المشرع العراقي لم يكن دقيقاً وكان الأفضل تحديد إجازة هذا المبدأ بحالات محددة على سبيل الحصر ومن ثم فإن تفسيره يجب أن يكون تفسيراً ضيقاً ولا يمكن القياس عليه لحالات أخرى خلافاً للحالات المنصوص عليها ، فضلاً عن هذا فإن المبدأ العام هو عدم جواز إلزام الشخص بتقديم دليل ضد نفسه وقد خرج المشرع العراقي عنه ، كذلك فإن هذا المبدأ من الأمور التي تخالف حياد القاضي[٢] في المنازعات مما يترتب عليه عدم التوسع في هذه الحالات أو القياس عليها.

---

(١) ينظر: د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات العراقي، الموصل، ط٢، ١٩٩٧، ص ١٤٧.

(٢) المقصود بمبدأ حياد القاضي أن تنحصر مهمة القاضي في القيام بدور الحكم بين الخصوم بحيث يكون موقفه من الدعوى سلبياً يقتصر عمله على تقدير ما يقدمونه بالطرق التي حددها القانون ووقاً للإجراءات التي وضعها ليعتبر الوقائع المدعاة ثابتة أو غير ثابتة ولا يجوز له أن يعمد من جانبه إلى جمع أدلة أخرى. راجع: مصطفى مجدي هرجه، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، ج١، أحكام عامة-الأدلة الكتابية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٩، ص ١٠؛ للتفصيل راجع: د. فارس علي عمر الجرجري،=

وأياً كانت الجهة التي تطلب تقديم الدفاتر التجارية فإن عملية الرجوع إليها لا يمكن أن تكون إلاّ بطريقين، هما:

أولاً – التقديم الجزئي:

ويقصد به إبراز الدفاتر التجارية للمحكمة نفسها المعروض أمامها النزاع للاطلاع عليها سواء كان بناء على طلب الخصم أو من تلقاء نفسها وذلك لغرض استخراج القيود التي تتعلق بالنزاع المعروض ، وتمتاز طريقة التقديم هذه بعدم تخلي مقدم الدفتر التجاري عن حيازته حيث تقتصر هذه العملية على قيام المحكمة بفحص الدفتر بحضور صاحبه وتحت إشرافه[١].

ويجب أن يشمل طلب تقديم الدفاتر من أحد أطراف النزاع على ما يأتي:

١–أوصاف الدفتر أو السند الذي يتمسك به.

٢–محتوى الدفتر أو السند بقدر ما يمكن من التفصيل.

٣–الواقعة التي يستدل بها عليه.

٤–الدلائل والظروف التي تؤيد بأن الدفتر أو السند في حوزة الخصم أو تحت تصرفه.

٥– وجه إلزام الخصم بتقديمه[٢].

وإذا لم يكن الطلب مستوفياً لهذه الشروط فإن على المحكمة رد هذا الطلب[٣].

ثانياً– التقديم الكلي أو الاطلاع:

ويكون بتسليم الدفاتر إلى القضاء أو إلى الخصم لكي يطلع على جميع محتوياتها والبحث عن الأدلة التي تؤيد دعواه ، وواضح على هذه الطريقة أنه إجراء شديد الخطورة بالنسبة

=مبدأ حياد القاضي المدني، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة الموصل، ١٩٩٩.

(١) ينظر: د. باسم محمد صالح، مصدر سابق، ص ١٥٧.

(٢) ينظر: المادة (٥٣/ثانياً) من قانون الإثبات العراقي النافذ؛ المادة (٢١) من قانون البينات الأردني النافذ؛ المادة (٢/١٨) من قانون إثبات المعاملات المدنية والتجارية الاتحادي الإماراتي النافذ.

(٣) ينظر: المادة (٥٣/ثالثاً) من قانون الإثبات العراقي النافذ.

للتاجر حيث يتم الاطلاع على كافة أسراره وبذلك يجب أن يكون هذا الإجراء في حالات محددة تنتفي فيها ضرورة الحفاظ على أسرار التاجر[١].

ولم يتطرق المشرع العراقي لحالات الاطلاع الكلي وبالتالي تكون للمحكمة سلطة تقدير هذه الحالات بالقياس على حالات تصفية الذمة المالية للتاجر وتطبيقات أخرى وردت في تشريعات عدة وهذه الحالات هي الإرث وقسمة الأموال المشاعة والشركة والإفلاس والصلح الواقي منه[٢]. كما لم يتطرق المشرع اليمني لحالات الاطلاع الكلي ، أمّا المشرع الأردني فقد أورد حالات الاطلاع الكلي وذلك في المادة (٢٠) من قانون التجارة[٣] التي تنص على أنه ((تسلم الدفاتر بكاملها أو نسخ منها إلى القضاء في أحوال الإرث وقسمة الأموال المشتركة والشركة والصلح الواقي والإفلاس وفي الأحوال المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات الحقوقية)). وهذا ما أخذ به المشرع الإماراتي حيث نص في المادة (٣٥) من قانون المعاملات التجارية[٤] على أنه ((١- لا يجوز للمحكمة أن تأمر التاجر بتقديم دفاتره التجارية لاطلاع خصمه عليها إلاّ إذا كانت المنازعة المطروحة تتعلق بتركة أو شركة أو قسمة أموال مشتركة بينهما، ٢- وفي حالة الإفلاس أو الصلح الواقي منه تسلم الدفاتر التجارية للمحكمة المختصة أو لأمين التفليسة أو لمراقب الصلح)). كما حدد المشرع الفرنسي[٥] حالات التقديم الكلي

(١) ينظر: د. محمد فريد العريني، القانون التجاري، دار المطبوعات الجامعية للنشر، الإسكندرية، ط١، ١٩٧٦/١٩٧٧، ص ٢١٠ .

(٢) للتفصيل راجع: تحسين يوسف شمخي، النظام القانوني للدفاتر التجارية ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٥، ص ١٢٧-١٣٨ .

(٣) ينظر: المادة (٢٠) من قانون التجارة الأردني النافذ.

(٤) ينظر: المادة (٣٥) من قانون المعاملات التجارية الاتحادي الإماراتي النافذ.

(٥) ينظر: المادة (٣/٢٣/١٢٣) من قانون التجارة الفرنسي ونصها باللغة الانكليزية هو:

"The communication of accounting documents may be ordered in the courts only in cases of succession, joint ownership and partition of a=

حيث لم يجز للقاضي أن يأمر بالاطلاع على الدفاتر التجارية إلاّ في حالات معينة وهي: منازعات التركات ، أو منازعات اختلاط الأموال أو منازعات قسمة الشركة أو منازعات التسوية الودية أو التصفية القضائية (الإفلاس).

وتجدر الإشارة أنه في هذه الحالات ينتفي الضرر من الاطلاع على دفاتر التاجر فالأمر يتعلق بتصفية الذمة المالية للتاجر فالدفاتر ملك مشترك لجميع الأطراف كما هو الحال في تصفية الشركة أو لم تعد هناك فائدة من الاحتفاظ بأسرار النشاط التجاري كما هو في الإفلاس[١]، كما أنّ التقديم يتيح للورثة الاطلاع على التصرفات التي قام بها مورثهم في أثناء مرض الموت للطعن بها كما أنهم يتعرفون من خلال هذه الدفاتر على الأصول والخصوم وبذلك يعرفون مالهم من حقوق وما عليهم من واجبات [٢].

إلاّ أنّه يثور التساؤل الآتي: ماذا لو امتنع التاجر عن تلبية طلب المحكمة بتقديم دفاتره التجارية إليها ؟ تقرر المادة (٩) من قانون الإثبات العراقي[٣] مبدأً عاماً حيث تنص على أنه ((للقاضي أن يأمر أياً من الخصوم بتقديم دليل الإثبات الذي يكون بحوزته فإن امتنع عن تقديمه جاز اعتبار امتناعه حجة عليه)) كما نصت المادة (٥٥) منه[٤] على أنه ((إذا أنكر الخصم وجود الدفتر أو السند في حوزته أو تحت تصرفه ولم يقدم طالب الدفتر أو السند إثباتاً كافياً بوجوده لدى ذلك الخصم فعلى المحكمة تحليف الخصم المنكر بأنّ الدفتر أو السند المطلوب تقديمه لا وجود له أو أنه لا يعلم بوجوده وأنه لم يخفه ولم يهمل البحث عنه ليحرم خصمه من الاستدلال به)) ، وبذلك يتبين أنّ امتناع التاجر عن تقديم الدفاتر إلى المحكمة إذا

=company and in the event of administrative order or court-ordered winding-up"

(١) ينظر: د. باسم محمد صالح، مصدر سابق، ص ١٦٠ .

(٢) ينظر: حازم ربحي عواد واحمد يحي جراده وآخرون، مبادئ القانون التجاري،ط١، دار يافا العلمية للنشر والتوزيع، الأردن،٢٠٠٠، ص ٨٥ .

(٣) ينظر: المادة (٩) من قانون الإثبات العراقي النافذ.

(٤) ينظر: المادة (٥٥) من قانون الإثبات العراقي النافذ.

ما طلبت منه ذلك يعد حجة عليه وفي حالة إنكاره بوجود الدفتر في حوزته ولم يقدم إثباتاً كافياً على ذلك تقوم المحكمة بتحليفه ، وفي الامتناع عن اليمين فإنه يحق للخصم إثبات مضمون الدفتر بطرق الإثبات كافة[١]. كما نص المشرع اليمني على تحليف التاجر في حال امتناعه عن تقديم الدفاتر حيث تنص المادة (٤٠) من قانون التجارة[٢] على أنه ((يجوز تحليف أحد الخصمين التاجرين على صحة دعواه إذا استند إلى دفاتر خصمه وسلم مقدماً بما ورد فيها ثم امتنع الخصم دون مبرر عن إبراز دفاتره)). أمّا المشرع الأردني فقد نص في المادة (٢٢) من قانون البينات[٣] على أن ((... إذا أنكر الخصم وجود الدفتر ... فعلى المحكمة تحليف الخصم ...))، وفي حالة امتناعه عن حلف اليمين اعتبرت الصورة التي قدمها خصمه صحيحة مطابقة لأصلها فإن لم يكن خصمه قد قدم صورة عن السند جاز الأخذ بقوله فيما يتعلق بشكله أو موضوعه[٤]. وهذا ما أخذ به المشرع الإماراتي[٥].

من خلال ما تقدم فإننا نقترح على المشرع العراقي إلى تعديل نص المادة (٥٣) من قانون الإثبات لتحديد حالات تقديم الدفاتر للقضاء أسوة بالقوانين المقارنة ، ليكون على الشكل الآتي:

((للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب أحد طرفي الدعوى تكليف الطرف الآخر بتقديم السندات والأوراق والدفاتر الموجودة في حيازته أو تحت تصرفه المتعلقة بموضوع الدعوى وذلك في الحالات الآتية: ١- إذا كانت هذه المحررات مشتركة بينه وبين خصمه ٢- إذا كانت منتجة في الدعوى ٣- إذا كان القانون يجيز تقديمها سواء أكان التقديم كلياً أو جزئياً)).

(١) ينظر: المادة (٥٦)من قانون الإثبات العراقي النافذ.
(٢) ينظر: المادة (٤٠) من قانون التجارة اليمني النافذ.
(٣) ينظر: المادة (٢٢) من قانون البينات الأردني النافذ.
(٤) ينظر: المادة (٢٣) من قانون البينات الأردني النافذ.
(٥) ينظر: المادة (١٩) من قانون إثبات المعاملات المدنية والتجارية الاتحادي الإماراتي النافذ.

وبعد أن بيّنا أحكام تقديم الدفاتر التجارية للقضاء فإنه يثور التساؤل عن مدى صلاحية هذه القواعد العامة للتطبيق على الدفاتر التجارية الالكترونية؟

إذا ما رجعنا للقوانين التي نظمت الدفاتر التجارية الالكترونية فإننا لا نجد نصاً خاصاً يتعلق بهذه المسألة هذا من جهة ، ومن جهة أخرى نجد أنّ غالبية القوانين المقارنة قد ساوت بين الدفاتر التجارية الالكترونية والدفاتر التقليدية سواء من حيث الحجية أو من حيث الأحكام، لذلك نعتقد أنه لا يوجد ما يمنع تطبيق هذا المبدأ على الدفاتر التجارية الالكترونية ومن ثم فإنه يجوز إلزام الخصم بتقديم الدفتر التجاري الالكتروني الذي بحوزته للقضاء، إلاّ أنه مع ذلك فإن الأمر سيواجه بعض الصعوبات بالنسبة للتشريع العراقي ، على الرغم من اعتراف المشرع العراقي لحجية السندات الالكترونية في الاثبات اذ لايزال القضاء العراقي غير مؤهل للتعامل

يهذه الدفاتر سواء من حيث استعراضها أو الاطلاع عليها ولاسيما إذا كان مخزوناً بطريقة الكترونية كما نص عليه قانون المصارف العراقي

المبحث الثاني

توثيق الدفاتر التجارية الالكترونية لإثبات العمل المصرفي الالكتروني

إنّ من العقبات الأساسية التي تعترض العمليات المصرفية الالكترونية هو افتقارها للأمن والسرية ، فهي تتم في بيئة الكترونية معرضة للاختراق والقرصنة والتجسس فضلاً عن صعوبة إثباتها والتوثق من محتواها وعدم التعديل أو التغيير في هذا المحتوى. فالطبيعة الخاصة لهذه المعاملات أنها لا تتم في وسط مادي محسوس حيث تتم بين الأطراف بدون أن يكون هناك وجود حقيقي لهم وقد لا يكون هناك تعاون مسبق بين الأطراف وهو الغالب مما يعني عدم إمكانية التأكد من صدور التوقيع ممن انتسب إليه على السند الالكتروني وعدم التأكد من هوية الأطراف وصحة المعلومات المثبتة.

فضلاً عن هذا فإنّ من شروط مسك الدفاتر التجارية الترقيم والتأشير وإذا ما تم مسك هذه الدفاتر بطريقة الكترونية فإن ذلك يقتضي وجود جهة مصادقة للتأكد من صحة البيانات والقيود الواردة فيها. لذلك نحن بحاجة إلى ما يضمن الثقة وسلامة التعامل بالدفاتر التجارية

الالكترونية ، كذلك نحن بحاجة إلى ضمانات التحقق من هوية الأشخاص ولاسيما أن الأمر يتم في تعامل مصرفي قد ينطوي على مبالغ طائلة وأنّ حدوث أي خطأ في استقبال أو إرسال المعلومات قد يرتب آثاراً جسيمة.

لذلك يعد ضمان الأمن القانوني للإثبات المصرفي الالكتروني من أبرز التحديات التي تؤثر في مدى حجية وسائل إثبات العمليات المصرفية الالكترونية فانعدام هذا الأمن سيؤثر في مصداقيتها ومدى مطابقتها للحقيقة في إثبات العمليات المصرفية الالكترونية. وبالتالي لابد من وجود ضمانات قانونية وتقنية ترتبط مع إعطاء الأدلة الالكترونية حجية الأدلة التقليدية في الإثبات وتضمن عدم إساءة استخدامها والتلاعب بها والمحافظة على وظائف الأمن والسرية ومن ثم قبولها في الإثبات وتتمثل هذه الضمانات بنظام ومزود خدمات التصديق أو ما يسمى بالتوثيق الالكتروني الذي يقوم به مزود خدمات التصديق، هذا كله إذا افترضنا وجود الضمانات التشريعية الملائمة للتعامل مع مثل هذه التقنيات. لذلك فإنّ هناك سؤالاً يطرح نفسه، هو: هل تكفي القواعد العامة التي نصت عليها القوانين المقارنة فيما يتعلق بالتوثيق ؟ لحل هذه المشاكل نحن بحاجة إلى معايير تقنية وقانونية موحدة ولاسيما لدى المصارف لتقرير الثقة بنظام المعلومات الالكترونية عند ممارسة الأنشطة المصرفية. لذا سوف نقسم هذه المبحث إلى المطالب الآتية:

المطلب الأول: ماهية مزود خدمات التصديق

المطلب الثاني: دور مزود خدمات التصديق في توثيق الدفاتر التجارية الالكترونية

المطلب الأول

ماهية مزود خدمات التصديق

تتجسد فكرة هذا النظام بوجود طرف محايد خارجي يتولى مهمة التأكد من صحة البيانات المتبادلة بين الطرفين وصحة تواقيعهما وإصدار شهادة بأنّ هذا المستند يعود للجهة المعنية. وقد اختلفت القوانين المقارنة في التسمية[١] التي أطلقتها على هذا النظام ولعل مصطلح مزود خدمات التصديق هو الأقرب لطبيعة العمل الذي يؤديه هذا النظام.

ولم تتفق القوانين المقارنة على تعريف موحد له ، فقد عرفه المشرع العراقي (الشخص المعنوي المرخص له اصدار شهادات تصديق التوقيع الالكتروني وفقا لأحكام هذا القانون)، اما المشرع الأردني فلم يعرفه. في حين عرفه المشرع اليمني بأنه (كل شخص قانوني مصرح له من قبل الجهة المسؤولة في الدولة يقوم بتسليم شهادات توثيق للجمهور أو يقدم خدمات مرتبطة بالتوقيعات الالكترونية)[٢]. أمّا المشرع الإماراتي فقد عرّفه بأنه (أي شخص أو جهة معتمدة أو معترف بها تقوم بإصدار شهادات تصديق الكترونية أو أية خدمات أو مهمات متعلقة بها وبالتوقيعات الالكترونية والمنظمة بموجب هذا القانون)[٣]. كما قام قانون الاونسترال النموذجي بشأن التوقيع الالكتروني بتعريفه بأنه (شخصاً يصدر الشهادات ويجوز أن يقدم

(١) إذ عبّر المشرع العراقي عنه بجهة التصديق في حين سماه المشرع اليمني بـ(الجهة المختصة)، و عبّر عنه المشرع الأردني بـ(جهة مختصة أو معتمدة لإثبات نسبة التوقيع)، أما المشرع الإماراتي فقد أطلق عليه بـ(مزود خدمات التصديق)، أما قانون الاونسترال النموذجي بشأن التوقيع الالكتروني فقد أطلق عليه بـ(مقدم خدمات التصديق)، في حين أطلق عليه المشرع الفرنسي بـ (مقدم خدمات التصديق الالكتروني).

(٢) ينظر: المادة (٢) من قانون أنظمة الدفع والعمليات المالية والمصرفية الالكترونية اليمني النافذ.

(٣) ينظر: المادة (١) من قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الاتحادي الإماراتي النافذ.

خدمات أخرى ذات صلة بالتوقيعات الالكترونية)[١]. في حين عرفه المشرع الفرنسي بأنه (كل شخص يسلم شهادات الكترونية أو يقدم خدمات أخرى في مجال التوقيع الالكتروني)[٢].

وفي مجال الفقه فقد عرّف مزود خدمات التصديق بأنه (شخص ثالث موثوق به يقوم بتأكيد هوية الهيئات وصلتها بمفتاح معين ويصدر لاحقاً شهادات تصدق على التعريف)[٣]. كما عرّف بأنه (هيئة أو جهة عامة أو خاصة تصدر شهادات الكترونية هي كناية عن سجل معلوماتي يحتوي على مجموعة من المعلومات التعريفية منها اسم المستخدم طالب الشهادة واسم سلطة المصادقة)[٤]. وعرّف بأنه (جهة أو هيئة عامة أو خاصة تصدر شهادات الكترونية تحتوي على معلومات وتقوم بوظيفة التعريف بالشخص طالب الشهادة وتصادق على توقيعه الكترونياً وعلى المعاملات التي يقوم بها على شبكة الانترنت)[٥].

---

(١) ينظر: المادة (٢) من قانون الاونسترال النموذجي بشأن التوقيع الالكتروني لسنة ٢٠٠١ .

(٢) ينظر: المادة (١١/١) من المرسوم رقم ٢٧٢ لسنة ٢٠٠١ الصادر في ٢٠٠١/٣/٣٠ تطبيقاً للمادة ٤/١٣١٦ من القانون المدني والخاصة بالتوقيع الالكتروني. ونصها هو:

"Perstative de services de certification e'électronique: toute personne qui délivre des certificates e'électronique ou fournit d'autres services en matière des signature e'électronique"

(3) Pk/Reiated Terms Explained. Mtrust.:
http://www.mtrust.com.my/faq/ctfaq-see2.html.

(٤) ينظر: د. طوني ميشال عيسى، التنظيم القانوني لشبكة الانترنت، بدون مكان طبع، ط١، ٢٠٠١،ص٢٠٥.

(5) Masse(M.), L'autoroute de l'information, convergence du droit La technologie.
http://droit.unmontreal.ca.AQDIJ/collegue10/11/95/masse/agd 95.html.

من خلال ما تقدم يتبين أن مزود خدمات التصديق عبارة عن جهة تقوم بتوثيق المعاملات الالكترونية إذ تقوم بدور الوسيط بين المتعاقدين لتوثيق معاملاتهم الالكترونية وما يتبادلونه من بيانات الكترونية بعد التحقق من هوية الأطراف ومضمون التصرف وسلامته من العيوب وجدية المتعاقدين ثم تقوم بمنح شهادة توثيق الكترونية تؤكد ذلك.

المطلب الثاني

دور مزود خدمات التصديق في توثيق الدفاتر التجارية الالكترونية لإثبات العمل المصرفي الالكتروني

إنّ مزود خدمات التصديق يقوم بإعطاء الضمانات الكافية من أنّ السند الالكتروني أو الدفتر الالكتروني الصادر عن مصرف معين هو صحيح من حيث عائديته لهذا المصرف من حيث المعلومات والتواقيع الواردة فيه، وذلك من خلال شهادة يصدرها وفقاً لهذا الغرض، لذلك سيكون دوره مهماً ودقيقاً ، ولغرض بيان هذه الأمور قسمنا هذا المطلب إلى الفرعين الآتيين، كما يأتي:

الفرع الأول

توثيق العمليات المصرفية الالكترونية

يعرف التوثيق الالكتروني بأنه وسيلة فنية آمنة للتحقق من صحة التوقيع أو المحرر حيث يتم نسبه إلى شخص أو كيان معين عبر جهة موثوق بها أو طرف محايد[1]. كما عرّف بأنه عبارة عن عمليات تقوم بها جهات مختصة مهمتها تأمين سلامة المعاملات التي تتم عبر وسيط

(١) ينظر: د. محمد حسين منصور، الإثبات التقليدي والالكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص ٢٨٩ .

الكتروني من حيث مضمونها ودقة نسبتها إلى من صدرت منه وحفظها وإصدار شهادة الكترونية بذلك يمكن الاعتماد عليها في انجاز المعاملات الالكترونية[١].

وبذلك يتبين أنّ التوثيق الالكتروني لا يقتصر على التأكد من هوية الأفراد فحسب وإنما يشمل الخصوصية حيث يمكن للفرد أن يثق بأنّ المعلومات الشخصية التي توفرها جهة التوثيق الالكتروني –مزود خدمات التصديق– لا تُعرض لأطراف أخرى ويتم استغلالها بدون إذنه، كما يشمل معنى التوثيق الالكتروني الأمن حيث يمكن للفرد أن يضمن أنّ أنظمة الاتصالات التي تستخدم في التعاملات الالكترونية هي آمنة ومحصنة ضد المتسللين والمخترقين وتتوافر فيها التجهيزات الأمنية القادرة على مواجهة أي تهديدات محتملة، وأخيراً فإنه يشمل الثقة حيث يوفر لجميع العاملين في المعاملات الالكترونية بأن من يتعاملون معه الكترونيا هو فعلاً من يدعي وانه يحمل فعلاً الصفة الاعتبارية أو القانونية التي يدعيها بحيث لا يمكن نكران هذه المعاملات من قبل أي طرف في المعاملات الالكترونية بعد تنفيذها[٢].

ويقوم مزودو خدمات التصديق بمهامهم على وفق إجراءات معينة ، وقد عرف المشرع اليمني إجراءات التوثيق بأنها (الإجراءات المتبعة للتحقق من أنّ التوقيع الالكتروني أو السجل الالكتروني قد تم تنفيذه من شخص معين، أو لتتبع التغيرات والأخطاء التي حدثت في سجل الكتروني بعد إنشائه بما في ذلك استخدام وسائل التحليل للتعرف على الرموز والكلمات والأرقام وفك التشفير والاستعادة العكسية أو أي وسيلة أو إجراءات أخرى تحقق الغرض المطلوب)[٣]

---

(١) ينظر: علاء سعيد الطائي، التجارة الالكترونية والقانون الواجب التطبيق، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق، الجامعة الأمريكية، لندن، ٢٠٠٩، ص ١١٣ .

(٢) ينظر: فؤاد علي البحراني، الإطار العام للتصديق الالكتروني الوطني، ط١، ٢٠٠٨، ص٢، ورقة عمل منشورة على شبكة الانترنت على الموقع:
www.e.gov.kv/images/knafv5.doc تاريخ الزيارة: ٢٠١١/٧/٢٩ .

(٣) ينظر: المادة (٢) من قانون أنظمة الدفع والعمليات المالية والمصرفية الالكترونية اليمني النافذ.

وقد أورد المشرع الأردني[١] لذات التعريف. كما عرّف المشرع الإماراتي إجراءات التوثيق بأنها (الإجراءات التي تهدف إلى التحقق من أنّ رسالة الكترونية قد صدرت من أو إلى شخص معين والكشف عن أي خطأ أو تعديل في محتويات أو في إرسال أو تخزين رسالة الكترونية أو سجل الكتروني خلال فترة زمنية محددة ويشمل ذلك أي إجراء يستخدم مناهج حسابية أو رموزاً أو كلمات أو أرقاماً تعريفية أو تشفيراً أو إجراءات للرد أو لإقرار الاستلام وغيرها من وسائل إجراءات حماية المعلومات)[٢]. أمّا قانون الاونسترال النموذجي سواء أكان بشأن التجارة الالكترونية أو التوقيع الالكتروني وكذلك القانون الفرنسي فلم يوردا تعريفاً لإجراءات التوثيق.

يلحظ مما تقدم أنّ إجراءات التوثيق تقوم أساساً على التحقق من أنّ القيود الالكترونية سواء أكانت واردة في دفاتر تجارية الكترونية أو سندات الكترونية أو غيرها من الوسائل الالكترونية، لم تعدل أو تتغير كذلك تؤدي إلى التوثق أو تحديد هوية المرسل والمرسل إليه وبالتالي إضفاء الثقة على مراسلات التلكس والفاكس التي يصعب فيها التحقق من هوية المرسل، أنّ الإجراءات التي يقوم بها مزود خدمات التصديق لا تقتصر على توثيق الدفاتر التجارية الالكترونية والسجلات الالكترونية، وإنما يمكن أن تشمل مراسلات التلكس والفاكس المستخدمة في مجال الأعمال المصرفية، وبناءً على ذلك تعد إجراءات التوثيق هذه كفيلة لتوثيق وسائل إثبات العمليات المصرفية الالكترونية ايضاً.

وقد أشارت القوانين المقارنة إلى إتباع إجراءات التوثيق دون أن تحدد آلية هذه الإجراءات اذ نص المشرع العراقي في المادة (٦)من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي الى ان (تتولى الشركة ما يأتي: اولا–منح تراخيص اصدار شهادات التوثيق...ثانيا– تحديد المعايير الفنية لأنظمة التوقيع الالكتروني وضبط مواصفاتها الفنية والتقنية...) في حين نص المشرع اليمني في المادة (١/٣٢) من قانون أنظمة الدفع والعمليات المالية والمصرفية

(١) ينظر: المادة (٢) من قانون المعاملات الالكترونية الأردني النافذ.
(٢) ينظر: المادة (١) من قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الاتحادي الإماراتي النافذ.

الالكترونية[١] على أنه ((بهدف التحقق من أنّ قيداً الكترونياً لم يتعرض إلى أي تعديل منذ تاريخ معين فيعتبر هذا القيد موثقاً من تاريخ التحقق منه إذا تم بموجب إجراءات توثيق معتمدة أو إجراءات توثيق مقبولة تجارياً أو متفق عليها بين الأطراف ذوي العلاقة))، وبذلك فإنه يجب إتباع إجراءات توثيق معتمدة أو مقبولة تجارياً كما يمكن الاتفاق على إجراءات التوثيق التي فيها خروج عن الإجراءات المعتمدة والمقبولة تجارياً إذ قد تكون أكثر ملاءمة لطبيعة المعاملات التي يجريها الأطراف ، وتعتبر إجراءات التوثيق مقبولة تجارياً إذا تم مراعاة الظروف التجارية الخاصة بأطراف المعاملة وهذه الظروف نصت عليها المادة (٢/٣٢) من قانون أنظمة الدفع والعمليات المالية والمصرفية الالكترونية اليمني[٢] وهي كما يأتي:

١- طبيعة المعاملة: كان تكون المعاملة ذات قيمة مالية كبيرة أو أن تكون عبارة عن بضائع لها خصوصية معينة.

٢- علم كل طرف من أطراف المعاملة بطبيعة المعاملة التي يتم توثيقها والخبرة الفنية التي يتمتع بها وهذا ما يؤدي لرعاية الطرف الأقل معرفة في مجال العمليات المصرفية الالكترونية.

٣- حجم المعاملات التجارية المماثلة التي ارتبط بها كل طرف من الأطراف ومن ثم لا يتم التساهل عند الخروج عن إجراءات التوثيق المتفق عليها مع الطرف الذي كان قد ارتبط بمعاملة الكترونية مماثلة حيث يكون على علم بإجراءات التوثيق.

(١) ينظر: المادة(١/٣٢) من قانون أنظمة الدفع والعمليات المالية والمصرفية الالكترونية اليمني النافذ.

(٢) ينظر: المادة (٢/٣٢) من قانون أنظمة الدفع والعمليات المالية والمصرفية الالكترونية اليمني النافذ.

٤- توافر الإجراءات البديلة التي رفض أي من الأطراف استعمالها وتبدو أهمية هذا الشرط بأنه إذا فشلت الإجراءات المتفق عليها من قبل الأطراف تتوفر إجراءات أخرى بديلة.

٥- كلفة الإجراءات البديلة: حيث تستبعد الإجراءات ذات التكلفة العالية.

٦- الإجراءات المعتادة لمثل هذه المعاملة فإذا كان هناك إجراءات متعارف عليها ومعمول بها يجب أخذها لأنّ هذا يسهل عملية التوثيق[١].

وهذا ما أخذ به كل من المشرع الأردني والإماراتي[٢] باستثناء عدم وجود الفقرة الخامسة الخاصة بكلفة الإجراءات البديلة. كما أشار قانون الاونسترال النموذجي بشأن التوقيع الالكتروني في المادة (٩) منه[٣] إلى إلزام مزود خدمات التصديق باستخدام نظم وإجراءات جديرة بالثقة ونص في المادة (١٠) منه[٤] على العوامل التي تؤخذ بالاعتبار لتقرير ما إذا كانت الإجراءات جديرة بالثقة أم لا وبعد إتمام عملية التوثيق الالكتروني وإجراءات التوثيق وكانت هذه الإجراءات معتمدة أو مقبولة تجارياً أو متفقاً عليها فإنه يترتب على ذلك أثرٌ قانوني وهو اعتبار التوقيع الالكتروني والسجل الالكتروني والدفاتر التجارية الالكترونية والسندات الالكترونية موثقة وبالتالي تثبت لها الحماية القانونية من حيث الحجية في الإثبات وقد اعطت المادة (٥) من قانون التوقيع الالكتروني العراقي الحجية للتوقيع الالكتروني اذا كان معتمدا من جهت التصديق ونصت على وجوب توافر الشروط الاتية فيه(اولا- ان يرتبط التوقيع الالكتروني بالموقع وحده دون غيره ثانيا-ان يكون الوسيط الالكتروني تحت سيطرة الموقع وحده دون غيره ثالثا-ان يكون أي تعديل او تبديل في التوقيع الالكتروني قابلا للكشف رابعا- ان ينشئ وفقا للإجراءات التي تحددها الوزارة بتعليمات يصدرها الوزير) في حين نص

---

(١) ينظر: نضال إسماعيل برهم، أحكام عقود التجارة الالكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط١ ، ٢٠٠٥، ص ١٨٣.

(٢) ينظر: المادة (٣٠) من قانون المعاملات الالكترونية الأردني النافذ؛ المادة (١٦) من قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الاتحادي الإماراتي النافذ.

(٣) ينظر: المادة (٩) من قانون الاونسترال النموذجي بشأن التوقيع الالكتروني لسنة ٢٠٠١.

(٤) ينظر: المادة (١٠) من قانون الاونسترال النموذجي بشأن التوقيع الالكتروني .

المشرع اليمني في المادة (٣٣) من قانون أنظمة الدفع والعمليات المالية والمصرفية الالكترونية[١] على أنه ((١- إذا تبين أنّ نتيجة تطبيق إجراءات التوثيق المستخدمة معتمدة أو مقبولة تجارياً أو متفقاً عليها بين الأطراف فيعتبر التوقيع الالكتروني موثقاً إذا اتصف بما يلي: أتميز بشكل فريد بارتباطه بالشخص صاحب العلاقة ب- كان كافياً للتعريف بشخص صاحبه. ج-تم إنشاؤه بوسائل خاصة بالشخص وتحت سيطرته. د-ارتبط بالسجل الذي يتعلق به بصورة لا تسمح بإجراء تعديل على القيد بعد توقيعه دون إحداث تغير في التوقيع أو ترك اثر مادي ملموس. ٢- وفي حالة عدم ثبوت خلاف ما ورد في البند (١) من هذه المادة يفترض ما يلي: أ- إنّ السجل الالكتروني الموثق لم يتم تغييره أو تعديله منذ تاريخ إجراءات توثيقه. ب- إن التوقيع الالكتروني الموثق صادر عن الشخص المنسوب إليه وانه قد وضع من قبله ليدل على موافقته على مضمون السند. ٣- إذا لم يكن السجل الالكتروني أو التوقيع الالكتروني موثقاً فليس له أي حجة)) ، كما عد المشرع اليمني السجل الالكتروني أو جزءاً منه يحمل توقيعاً الكترونياً موثقاً بكامله أو فيما يتعلق بذلك الجزء إذا تم التوقيع خلال مدة سريان شهادة توثيق معتمدة وكان متطابقاً مع رمز التعريف في تلك الشهادة[٢].

وبذلك فإنّ إتباع إجراءات التوثيق تؤدي إلى موثوقية الدفاتر التجارية الالكترونية والتوقيع الالكتروني كما يعد التوثيق شرطاً لإضفاء الحجية عليها ومساواتها بالسندات التقليدية ، أمّا إذا لم تكن موثقة فلا تتمتع بأي حجية ، وهذا ما أخذ به المشرع الأردني[٣]. كما أخذ بذات الحكم المشرع الإماراتي حيث نص في المادة (١/١٦) من قانون المعاملات والتجارة الالكترونية[٤] على أنه ((١- إذا تم بطريقة صحيحة تطبيق إجراءات توثيق محكمة منصوص عليها في القانون أو معقولة تجارياً ومتفق عليها بين الطرفين على سجل الكتروني للتحقق من

(١) ينظر: المادة (٣٣) من قانون أنظمة الدفع والعمليات المالية والمصرفية الالكترونية اليمني النافذ.

(٢) ينظر: المادة (٣٤) من قانون أنظمة الدفع والعمليات المالية والمصرفية الالكترونية اليمني النافذ.

(٣) ينظر: المواد (٣١ و٣٢ و٣٣) من قانون المعاملات الالكترونية الأردني النافذ.

(٤) ينظر: المادة (١/١٦) من قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الاتحادي الإماراتي النافذ.

أنه لم يتم تغييره منذ وقت معين من الزمن فإنّ هذا السجل يعامل كسجل الكتروني محمي منذ ذلك الوقت إلى الوقت الذي تم فيه التحقق)). كما نصت المادة (١/١٧) منه[١] على أنه ((١- يعامل التوقيع على أنه توقيع الكتروني محمي إذا كان من الممكن التحقق من خلال تطبيق إجراءات توثيق محكمة منصوص عليها في هذا القانون أو معقولة تجارياً ومتفق عليها بين الطرفين من أنّ التوقيع الالكتروني كان من الوقت الذي تم فيه: أ-ينفرد به الشخص الذي استخدمه. ب- ومن الممكن أن يثبت هوية ذلك الشخص. ج-وان يكون تحت سيطرته التامة سواء بالنسبة لإنشائه أو وسيلة استعماله وقت التوقيع. د-ويرتبط بالرسالة الالكترونية ذات الصلة به بطريقة توفر تأكيداً يعتمد عليه حول سلامة التوقيع بحيث إذا تم تغيير السجل الالكتروني فإنّ التوقيع الالكتروني يصبح غير محمي)). أمّا قانون الاونسترال فلم يشر إلى الأثر المترتب على إجراءات التوثيق.

وبعد تطبيق القواعد المذكورة آنفاً يتم تقديم طلب إلى جهة التوثيق لإصدار الشهادة وذلك مقابل رسم اشتراك الخدمة ثم بعد ذلك إصدار شهادة التصديق الالكترونية للمستخدم الجديد ومعها المفتاحان العام والخاص[٢].

الفرع الثاني

شهادة التوثيق الالكترونية

نظراً لأهمية شهادة التوثيق الالكترونية فقد قامت القوانين المقارنة بإيراد تعريف لها حيث عرّفها المشرع العراقي في قانون التوقيع الالكتروني بانها (الوثيقة التي تصدرها جهة التصديق وفق احكام هذا القانون والتي تستخدم لأثبات نسبة التوقيع الالكتروني الى الموقع) في حين عرفها المشرع اليمني بأنها (الشهادة الصادرة عن الجهة المختصة لإثبات نسبة توقيع الكتروني إلى شخص معين استناداً إلى إجراءات توثيق معتمدة)[٣]. أمّا المشرع الأردني فقد عرّف شهادة التوثيق بأنها (الشهادة التي تصدر عن جهة مختصة مرخصة أو معتمدة لإثبات

(١) ينظر: المادة (١/١٧) من قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الاتحادي الإماراتي النافذ.
(٢) ينظر: علاء سعيد الطائي، مصدر سابق، ص ١١٨ .
(٣) ينظر: المادة (٢) من قانون أنظمة الدفع والعمليات المالية والمصرفية الالكترونية اليمني النافذ.

نسبة توقيع الكتروني إلى شخص معين استناداً إلى إجراءات توثيق معتمدة)[١]. أمّا المشرع الإماراتي فقد عرّف شهادة المصادقة الالكترونية بأنها (الشهادة التي يصدرها مزود خدمات التصديق يفيد فيها تأكيد هوية الشخص أو الجهة الحائزة على أداة توقيع معينة)[٢]، كما عرّفها قانون الاونسترال بأنها (رسالة بيانات أو سجلاً آخر يؤكدان الارتباط بين الموقع وبيانات إنشاء التوقيع)[٣]. أمّا المشرع الفرنسي فقد عرّف الشهادة الالكترونية بأنها (مستند في شكل الكتروني يقيم صلة دقيقة بين البيانات المستخدمة في التوقيع الالكتروني وشخص الموقع)[٤]، كما عرّف الفقه شهادة التوثيق الالكترونية بأنها (سجل الكتروني مقرون بتوقيع رقمي لمصدره وهي تعرف بصاحب التوقيع وتعطيه مفتاحاً عاماً فهي نوع من بطاقة تعريفية الكترونية تصدر عن شخص ثالث مستقل وحيادي)[٥]، وعرفت بأنها (تلك الشهادات التي تصدر من جهة معتمدة ومرخصة من قبل الدولة لإثبات نسبة التوقيع الالكتروني إلى شخص معين استناداً إلى إجراءات توثيق معتمدة، وهذه الشهادات يقصد من الحصول عليها تأكيد نسبة رسالة البيانات أو العقد الالكتروني وان التوقيع الالكتروني هو توقيع صحيح وصادر ممن نسب إليه)[٦].

---

(١) ينظر: المادة (٢) من قانون المعاملات الالكترونية الأردني النافذ .

(٢) ينظر: المادة (١) من قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الاتحادي الإماراتي النافذ .

(٣) ينظر: المادة(٢) من قانون الاونسترال النموذجي بشأن التوقيع الالكتروني ٢٠٠١ .

(٤) ينظر: المادة (٩/١) من المرسوم الفرنسي التطبيقي رقم ٢٧٢ لسنة ٢٠٠١ ونصها هو: "Certificat electronique: un document sous forme electronique attestant du lien entre les donnees de verification de signature electronique et signataire"

(5) Valerie sdallian, prevue et signature electronique. Article Mai 2000. http://www.jutuiscom.net/chronique/2/fr0o09htm.p 5..

(٦) ينظر: د. خالد ممدوح إبراهيم، إثبات العقود والمراسلات الالكترونية، الدار الجامعية، الإسكندرية، ط١، ٢٠١٠،ص٢٧١.

من خلال التعاريف السابقة يتبين أن شهادة التوثيق الالكترونية تقوم بوظيفة مهمة جداً في مجال المعاملات الالكترونية وهي التأكيد على صحة نسبة التوقيع الالكتروني لصاحبه وان البيانات الالكترونية صحيحة ومنسوبة إلى صاحبها سواء في الدفاتر التجارية او السندات الالكترونية عموما.

فضلاً عن اهتمام القوانين المقارنة بإيراد تعريف لشهادة التوثيق الالكترونية فإنها أيضاً اهتمت بالإشارة إلى البيانات التي يجب أن تتضمنها شهادة التوثيق الالكترونية بالرغم من التفاوت في مواقف القوانين المقارنة من إيراد البيانات فمنها من أشارت إليها بصورة واضحة ومنها مالم تشر.

فبالنسبة للمشرع العراقي لم يحدد قانون التوقيع الالكتروني البيانات التي تتضمنها هذه الشهادة بل اقتصرت المادة (١٠) منه في اولا على بيان التزامات مصدر الشهادة باستعمال اليات وبرامج موثوقة من اجل حمايتها واشارت في ثانيا الى مسك سجل الكتروني مع الالتزام بحفظه من كل تغيير ونصت في ثالثا على ضمان صحة المعلومات المصادق عليها في الشهادة والصلة بين الموقع ومنظومة التدقيق اما المشرع اليمني فقد نص في المادة (٣٦) من قانون أنظمة الدفع والعمليات المالية والمصرفية الالكترونية[١] على أنه ((تحدد اللائحة إجراءات التوثيق والبيانات التي يجب أن تحتويها شهادة التوثيق الصادرة عن الجهة المختصة))، وبذلك فإنّ المشرع اليمني قد ترك أمر تحديد البيانات الواجبة في شهادة التوثيق الالكترونية إلى اللائحة التنفيذية لقانون أنظمة الدفع والعمليات المالية والمصرفية الالكترونية. وهذا ما أخذ به المشرع الأردني حيث نص في المادة (٤٠) من قانون المعاملات الالكترونية[٢] على أنه ((يصدر مجلس الوزراء الأنظمة اللازمة لتنفيذ أحكام هذا القانون بما في ذلك ما يلي: ب- الإجراءات المتعلقة بإصدار شهادات التوثيق ...)). أمّا المشرع الإماراتي فقد حدد بيانات شهادة التوثيق

(١) ينظر: المادة (٣٦) من قانون أنظمة الدفع والعمليات المالية والمصرفية اليمني النافذ.
(٢) ينظر: المادة (٤٠) من قانون المعاملات الالكترونية الأردني النافذ.

الالكترونية وذلك في نص المادة (٢١/ثالثاً) من قانون المعاملات والتجارة الالكترونية[١] التي تتضمن ما يأتي:

١- هوية مزود خدمات التصديق:

فشهادة التوثيق الالكترونية يجب أن تتضمن كافة البيانات التي تتعلق بهوية مزود خدمات التصديق من حيث اسمه والمكان الذي يباشر عمله فيه ورقم الترخيص الصادر له من السلطة المختصة وأية بيانات أخرى تساهم في تحديد هويته بدقة على نحو يمنح الشهادة المصداقية عند التعامل بها في نطاق العمليات المصرفية الالكترونية[٢].

وهذا ما أخذ به المشرع الفرنسي كما اشترط أن تتضمن الشهادة أيضاً الدولة التي تمت فيها[٣].

٢- السيطرة على أداة التوقيع:

فلابد أن تتضمن شهادة التوثيق الالكترونية الإشارة إلى أنّ الشخص المعينة هويته في الشهادة لديه القدرة على التحكم في أداة التوقيع وذلك في أي وقت.

٣- تاريخ سريان أداة التوقيع:

حتى يكون التوقيع الالكتروني سارياً لابد أن تكون المنظومة الفنية اللازمة لإحداث هذا التوقيع لا تزال سارية في تاريخ إصدار شهادة التوثيق الالكترونية أو قبل تاريخ إصدار الشهادة لأنّ الشخص صاحب التوقيع سواء كان شخص طبيعي أم معنوي يمكنه وقف العمل

---

(١) ينظر: المادة (٢١/ ثالثاً) من قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الاتحادي الإماراتي النافذ.

(٢) ينظر: د. عبد الفتاح بيومي حجازي، التوقيع الالكتروني في النظم القانونية المقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، بدون سنة طبع،ص٢١٣.

(٣) ينظر: المادة (٦/١/ب) من المرسوم الفرنسي رقم ٢٧٢ لسنة ٢٠٠١. ونصها هو:
"L'idebtite du prestataire de services de certification electronique ainsi que l'etat dons lequel il est etabli'

بمنظومة التوقيع الالكتروني التي يستخدمها لذلك يجب أن تتضمن شهادة التوثيق الالكترونية بيان يتعلق بسريان أداة التوقيع الالكتروني وأنها غير معلقة أو غير موقوفة[١].

٤- وجود قيود على الغرض أو القيمة من أداة التوقيع:

فشهادة التوثيق الالكترونية يجب أن تتضمن بيان يظهر ما إذا كانت هناك أي قيود على الغرض أو القيمة التي يجوز أن تستخدم من اجلها أداة التوقيع أو شهادة التوثيق الالكترونية.

٥- قيود في شأن مسؤولية مزود خدمات التصديق:

إذ قد يتم تحديد مسؤولية مزود خدمات التصديق وذلك بإيراد حالات للإعفاء من المسؤولية عند حدوث ضرر أو خطأ يكون مصدره الشهادة وفي هذه الحالة لابد من بيان ذلك في شهادة التوثيق الالكترونية حتى يكون المتعامل على علم بها.

أمّا قانون الاونسترال النموذجي بشأن التوقيع الالكتروني فقد حدد البيانات وذلك ضمن واجبات مقدم خدمة التوثيق الالكترونية، حيث نص في المادة(٩) منه[٢] على البيانات السابقة الذكر فضلاً عن بيانات أخرى وهي أن تبين الشهادة الطريقة المستخدمة في تحديد هوية الموقع وما إذا كانت أداة التوقيع صالحة ولم تتعرض لما يثير الشبهة وما إذا كان هناك وسيلة للموقع لتقديم إشعار بأنّ أداة التوقيع قد تعرضت لما يثير الشبهة وما إذا كانت هناك خدمة إلغاء تقوم بعملها في الوقت المناسب.

كما حدد المشرع الفرنسي[٣] البيانات الواجبة الذكر في الشهادة وهي كما يأتي:

١- بيان يشير إلى أن شهادة التوثيق الالكترونية تم تسليمها كشهادة الكترونية موصوفة .

٢- اسم الموقع أو الاسم المستعار بحيث يتم تشخيصه كذلك.

---

(١) ينظر: د. عبد الفتاح بيومي حجازي، مصدر سابق، ص ٢١٤ .

(٢) ينظر: المادة (٩) من قانون الاونسترال النموذجي بشأن التوقيع الالكتروني.

(٣) ينظر: المادة (١/٦) من المرسوم الفرنسي رقم ٢٧٢ لسنة ٢٠٠١.

٣- عند اقتضاء الحاجة يجب أن تتضمن الشهادة إشارة إلى صفة الموقع طبقاً للاستعمال الذي تمت لأجله إجراء عملية الشهادة الالكترونية.

٤- معلومات (بيانات) التحقق من التوقيع الالكتروني والتي تشير إلى بيانات إنشاء التوقيع الالكتروني.

٥- ذكر مدة نفاذ شهادة التوثيق الالكترونية في تاريخ كذا أو إلى تاريخ كذا.

٦- رمز تشخيص شهادة التوثيق الالكترونية.

٧- التوقيع الالكتروني المضمون لمزود خدمات التصديق الذي سلم شهادة التوثيق الالكترونية.

٨- عند اقتضاء الحاجة شروط استخدام الشهادة الالكترونية خاصة أقصى مبلغ للصفقات التي من اجلها تم استعمال الشهادة.

وبعد أن قامت القوانين المقارنة بتنظيم شهادة التوثيق الالكترونية أعطتها القوة في الإثبات وذلك داخل حدود الدولة حيث تعد بمثابة دليل كتابي كامل في الإثبات إذا كانت صادرة عن موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة في حدود اختصاصه أي جهات التوثيق الالكترونية المرخصة والمختصة وتعد بمثابة سند عادي إذا كانت صادرة عن أشخاص عاديين بألا تكون مرخصة ومختصة بإصدار شهادات التوثيق الالكترونية[١].

وقد نص المشرع اليمني[٢] على اعتبار شهادة التوثيق معتمدة وذلك إذا كانت صادرة عن جهة مرخصة أو معتمدة ، وهذا ما أخذ به المشرع الأردني[٣]. أمّا المشرع الإماراتي فقد أورد أنه يحق للشخص الاعتماد على شهادة التوثيق الالكترونية إلى المدى الذي يكون فيه هذا

(١) ينظر: د. محمد سعيد أحمد إسماعيل، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الالكترونية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط١، ٢٠٠٩ ، ص ٢٩٢ .

(٢) ينظر: المادة (١/٣٥) من قانون أنظمة الدفع والعمليات المالية والمصرفية الالكترونية اليمني النافذ.

(٣) ينظر: المادة (١/٣٤) من قانون المعاملات الالكترونية الأردني النافذ.

الاعتماد معقولاً حيث نص في المادة (١٨) من قانون المعاملات والتجارة الالكترونية[١] على أنه ((١- يحق للشخص أن يعتمد على التوقيع الالكتروني أو شهادة المصادقة الالكترونية إلى المدى الذي يكون فيه هذا الاعتماد معقولاً)) ونص في الفقرة الثالثة من المادة ذاتها[٢] على العوامل التي تؤخذ بالاعتبار لتقرير معقولية الاعتماد على شهادة التوثيق الالكترونية وهي كالآتي:

١- طبيعة المعاملة المعنية التي قصد تعزيزها بالتوقيع الالكتروني.

٢- قيمة أو أهمية المعاملة المعنية إذا كان ذلك معلوماً للطرف الذي يعتمد على التوقيع الالكتروني.

٣- ما إذا كان الشخص الذي اعتمد على الشهادة قد اتخذ خطوات مناسبة ليقرر مدى إمكانية الاعتماد عليها.

٤- ما إذا كان الطرف الذي اعتمد على الشهادة قد علم أو كان عليه أن يعلم بأنّ الشهادة قد تم الإخلال بها أو ألغيت.

٥- الاتفاق أو التعامل السابق بين المنشئ والطرف الذي اعتمد على الشهادة أو أي عرف تجاري سائر في هذا الشأن.

٦- أي عامل آخر ذي صلة.

أما بالنسبة للمشرع العراقي فلم ينظم هذه الأحكام ،كما تبين لنا من خلال ما تقدم إن المشرع العراقي لم يفرد فصلا مستقلا عن شهادة التوثيق والأعمال التي يقوم بها مزود خدمات التصديق في فصل مستقل إنما تكلم عنها عند الكلام عن التوقيع الالكتروني . ونظرا لأهمية عمل هذه الجهة في توثيق السندات والتواقيع الالكترونية لاسيما عند التعامل بها وإثباتها أمام القضاء العراقي الذي تعد هذه التجربة جديدة بالنسبة له لذلك لابد من تنظيم أحكامها بشكل كامل لذلك نقترح على المشرع العراقي ان يتم تنظيم فصل مستقل في قانون

(١) ينظر: المادة (١/١٨) من قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الاتحادي الإماراتي النافذ.

(٢) ينظر: المادة (٣/١٨) من قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الاتحادي الإماراتي النافذ.

التوقيع الالكتروني العراقي يبين عمل مزود خدمات التصديق من خلال تحديد التزاماته وقيامه بالترقيم والتأشير على الدفاتر التجارية الالكترونية والمسؤولية المترتبة عليه في حالة الإخلال بهذه الالتزامات والوسائل والإجراءات التي يقوم بها وكيفية إصدار شهادات التوثيق الالكترونية والبيانات التي يجب أن تتضمنها وبالتالي معالجته من جوانبه كافة من خلال الاستعانة بتجارب القوانين المقارنة متلافياً القصور الذي اعتراها ليصدر نظام مزود خدمات التصديق نظاماً متكاملاً.

الخاتمة

بعد ان انتهينا من هذا البحث خرجنا بمجموعة من النتائج والتوصيات نبينها كما يأتي:

أولاً: النتائج

١- العمليات المصرفية الالكترونية بأنها إبرام أو تنفيذ العمليات والخدمات التي تقوم تعرف بها المصارف بشكل كلي أو جزئي باستخدام الوسائل الالكترونية.

٢- أجاز المشرع العراقي في المادة (١٩) من قانون التجارة للتاجر مسك الدفاتر التجارية الالكترونية بالنسبة للدفاتر الاختيارية وملف صور المراسلات والوثائق فقط وبالتالي فان دفتر الأستاذ واليومية لا يمكن مسكها بطريقة الكترونية ويعد ذلك محل نظر إذ كان من الأجدر إطلاق النص ليشمل أنواع الدفاتر التجارية كافة وذلك لما يحققه هذا النوع من الدفاتر من مزايا اقتصادية وسرعة في العمل ولاسيما إذا ما استخدم في المجال المصرفي وخاصة ان قانون التجارة لم يشترط أن تكون القيود المدونة في الدفاتر التجارية بخط يد التاجر، الأمر الذي انتبه إليه قانون المصارف العراقي وأشار في المادة (٣٨) الفقرة الثانية منه إلى جواز خزن الدفاتر بطريقة الكترونية دون تحديد نوعٍ معين منها، وقد حدد المشرع الفرنسي ايضاً الدفاتر التي يجوز مسكها بطريقة الكترونية بدفتر اليومية والجرد فقط وهذا على خلاف باقي القوانين المقارنة التي أجازت مسك الدفاتر التجارية الالكترونية بدلاً من الدفاتر التجارية التقليدية سواء أكانت إلزامية أم اختيارية وبذلك

فإنها تكون قد أعفت المصارف من مسك الدفاتر التجارية التقليدية بأنواعها المختلفة واستعاضت عنها بدفتر واحد هو الدفتر الالكتروني

٣- تتميز الدفاتر التجارية الالكترونية بوجود وسيط الكتروني، إلا أن ذلك لا يمنع من سريان القواعد العامة عليها من حيث الشروط فنتيجة للتقدم التقني يمكن تطبيق شرط ثبات القيود في الدفاتر التجارية من خلال استخدام دعامات تسمح بتخزين النص على الصورة الذي حررت عليها أول مرة دون إمكانية إجراء تغير فيها، كما يمكن تطبيق شرط الترقيم والتأشير من خلال طرف ثالث ومحايد وموثوق به يتمثل بمزود خدمات التصديق.

٤- أشارت القوانين المقارنة إلى سريان مبدأ حرية الإثبات على العمليات المصرفية مما يعني جواز إثبات العمليات المصرفية الالكترونية بطرق الإثبات التقليدية والالكترونية كافة إلا انه نظراً للطبيعة الالكترونية لهذه العمليات فانه يصعب تطبيق طرق الإثبات التقليدية على هذه العمليات ذلك انه لا تنسجم مع طبيعتها الخاصة، وإنما يتم الاعتماد في إثبات هذه العمليات على الأدلة الكتابية الالكترونية التي تتوافر بحكم طبيعة عمل هذه العمليات إذ تعد وسائل الإثبات الالكترونية أفضل الأدلة لإثبات العمليات المصرفية الالكترونية.

٥- لم يكن المشرع العراقي موفقاً في تحديد حجية الدفاتر التجارية الالكترونية إذ أشار في المادة (١٩) من قانون التجارة إلى المساواة في الحجية بين الدفاتر التجارية الالكترونية والدفاتر الاختيارية وأشار في المادة (٢/٣٨) من قانون المصارف إلى مساواتها في الحجية بالدفاتر التجارية سواء أكانت إلزامية أم اختيارية، وهذا على خلاف القوانين المقارنة التي أشارت إلى مساواة الدفاتر التجارية الالكترونية بالدفاتر التقليدية دون تميز بين دفاتر إلزامية واختيارية، وبذلك تكون الدفاتر التجارية الالكترونية حجة لمصلحة التاجر إذا كانت إلزامية فقط وضد تاجر أخر أما ضد غير التاجر فلا تكون لها حجية في الإثبات، في حين لم يعطِ المشرع العراقي للدفاتر التجارية حجة لصاحبها سواء أكان ضد تاجر أم غير تاجر، أما بالنسبة لحجية الدفاتر التجارية الالكترونية ضد مصلحة التاجر

فتكون لها الحجية سواء أكانت إلزامية أم اختيارية إذ تعد بمثابة إقرار كتابي وفي الدفاتر الاختيارية لا تكون حجيتها مطلقة وإنما مقيدة بقيدين، هما: إذا ذكر فيها صراحة أن التاجر استوفى دينه وإذا ذكر فيها صراحة أن التاجر قصد بما دون فيها أن تقوم مقام السند لمن أثبتت حقاً لمصلحته.

٦- يطبق على الدفاتر التجارية الالكترونية ما يطبق على الدفاتر التجارية التقليدية من قواعد خاصة بتقديم الدفاتر للقضاء إلا أن الأمر سيواجه بعض الصعوبات بالنسبة للتشريع العراقي فمن جهة نجد أن المشرع العراقي ذكر التعامل بالسندات الالكترونية في قوانين متفرقة مثل قانون التجارة وقانون المصارف وقانون النقل إلا أن ذلك لا يعد كافياً في ظل غياب التنظيم القانوني الذي يكفل الاعتراف بالحجية لهذه السندات الالكترونية فالتشريع العراقي إلى هذا اليوم لا يملك قانون معاملات الكترونية على الرغم من صدور الكثير من القوانين والتعديلات في السنوات القليلة الماضية إلا أنها جاءت خالية من هذا التنظيم، ومن جهة ثانية فان القضاء العراقي لا يزال غير مؤهل للتعامل بمثل هذه السندات أو الدفاتر وذلك لعدم وجود البنية التحتية من أجهزة الحاسوب الكافية في المحاكم العراقية بحيث قد يصبح مجرد استعراضها أو الاطلاع عليها أمراً صعباً كذلك التوجه نحو الأخذ بالتقاضي الالكتروني إذ يتم تقديم الدعوى وأدلة الإثبات والمرافعة بطريقة الكترونية عبر موقع المحكمة الالكتروني الأمر الذي لم يأخذ به المشرع العراقي، ومن جهة أخرى فانه يوجد نقص تشريعي حاد يتعلق بالقواعد التي تضمن سلامة التعامل بهذه الدفاتر أو السندات الالكترونية عموماً.

٧- يرتبط استخدام التقنية في المعاملات المصرفية الالكترونية بدرجة الأمان والموثوقية وذلك لما تحويه من بيانات وتواقيع الكترونية مما يتطلب وجود أنظمة تعمل على منح الثقة والأمان والخصوصية في التعامل الالكتروني تتمثل هذه الأنظمة بمزود خدمات التصديق .

ثانياً: التوصيات

١- ضرورة السماح للتاجر بمسك الدفاتر التجارية بطريقة الكترونية دون تحديد لنوع معين من أنواعها وعليه نقترح على المشرع العراقي تعديل المادة (١٩) من قانون التجارة لتكون على الشكل الآتي: **((يجوز للتاجر أن يستعيض عن الدفاتر التجارية باستخدام الأجهزة التقنية والأساليب الحديثة المتطورة في تنظيم حساباته وبيان مركزه المالي)).**

٢- تتميز التجارة بالسرعة مما لا تسمح للتاجر بإعداد دليل على إثبات حقه ولا يكون لديه سوى دفاتره التجارية مما يوجب أن يكون لهذه الدفاتر حجة لصاحبها في حالات معينة تقتضي ذلك وعليه نقترح على المشرع العراقي تعديل المادة (٢٨/أولاً) من قانون الإثبات لتكون على الشكل الآتي: **((أولاً: تكون القيود الواردة في الدفاتر التي يوجب القانون مسكها إذا كانت منتظمة حجة لصاحبها ضد تاجر أخر إذا كانت متعلقة بعمل تجاري)).**

٣- تعتبر الدفاتر التجارية بمثابة إقرار كتابي ونتيجة لتعديل حجية الإقرار وجعله حجة قاصرة على المقر ندعو المشرع العراقي إلى منح الدفاتر التجارية حجية اقوي من الإقرار من خلال تعديل المادة (٢٨/ثانيا) من قانون الإثبات لتكون كما يأتي:

((يجوز أن تكون القيود الواردة في الفقرة السابقة حجة على صاحبها)).

٤- لكون تقديم الدفاتر التجارية للقضاء هو استثناء على مبدأ عدم جواز إلزام الخصم بتقديم دليل ضد نفسه فانه لا يجوز التوسع فيه وترك أمر تقديره للقاضي لذا نقترح على المشرع العراقي تعديل المادة (٥٣) من قانون الإثبات لتحديد حالات التقديم ليكون كما يأتي: **((للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب احد طرفي الدعوى تكليف الطرف الأخر بتقديم السندات والأوراق والدفاتر الموجودة في حيازته أو تحت تصرفه المتعلقة بموضوع الدعوى وذلك في الحالات الآتية: ١- إذا كانت هذه**

المحررات مشتركة بينه وبين خصمه ٢-إذا كانت منتجة في الدعوى ٣- إذا كان القانون يجيز تقديمها سواء أكان التقديم كلياً أو جزئياً)).

٥- ضرورة تأهيل القضاء العراقي للتعامل بالدفاتر التجارية الالكترونية والاطلاع عليها من خلال تحديث المحاكم العراقية بربطها بشبكة انترنت وعقد الندوات الإعلامية لتوعية التجار بوجود الوسائل الالكترونية التي تسهل التعامل ومسك الدفاتر التجارية، كما نقترح تعديل قانون التوقيع الالكتروني العراقي من خلال إضافة فقرة تنص على مسؤولية مزود خدمات التصديق للتأكد من صحة وسلامة التواقيع الالكترونية والمعلومات المدونة في المستندات المذكورة آنفاً

٦- نقترح على المشرع العراقي تنظيم عمل مزود خدمات التصديق من خلال تحديد التزامات هذا النظام وقيامه بالترقيم والتأشير على الدفاتر التجارية الالكترونية والمسؤولية المترتبة عليه في حالة الإخلال بهذه الالتزامات والوسائل والإجراءات التي يقوم بها وكيفية إصدار شهادات التوثيق الالكترونية والبيانات التي يجب أن تتضمنها وبالتالي معالجته من جوانبه كافة من خلال الاستعانة بتجارب القوانين المقارنة متلافياً القصور الذي اعتراها ليصدر نظام مزود خدمات التصديق نظاماً متكاملاً.

٧- نتيجة لاعتراف القوانين المقارنة بشهادة التوثيق الأجنبية وجواز الاتفاق على الأخذ بها فإننا نقترح على المشرع العراقي والقوانين المقارنة تنظيم شهادة التوثيق الالكترونية بقواعد قانونية موحدة دولياً لكي لا يؤدي الاختلاف في أحكامها إلى إعاقة الاعتراف بها في دولة أخرى وبالتالي تفويت الغرض منها وما يترتب عليه من عدم الاعتراف بالسندات والتواقيع والمعاملات الالكترونية التي صدرت بناءً عليها.

المصادر

أولاً: المصادر باللغة العربية

١- كتب اللغة العربية

١- أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، دار صادر للطباعة والنشر، بيروت، مجلد ٥، ط٤، ٢٠٠٥.

٢- المنجد الإعدادي ، دار المشرق، المطبعة الكاثوليكية، بيروت، لبنان، ط١، ١٩٦٩.

٣- جبران مسعود، الرائد، معجم لغوي عصري، دار العلم للملايين، بيروت، ط٢، ١٩٦٧.

٤- محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، بدون سنة طبع.

٢- المعاجم القانونية

٥- جيرار كورنو، معجم المصطلحات القانونية، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ط١، ١٩٩٨.

٣- الكتب القانونية

٦. أ. د. باسم محمد صالح، القانون التجاري، القسم الأول، العاتك لصناعة الكتاب والنشر، القاهرة، ، ٢٠٠٦.

٧. د. احمد أبو الوفا، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٣.

٨. د. جمال محمود عبد العزيز، الدفاتر التجارية التقليدية والالكترونية وحجيتها في الإثبات، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، ٢٠٠٦.

٩. حازم ربحي عواد واحمد يحي جراده وآخرون، مبادئ القانون التجاري، ط١،دار يافا العلمية للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠٠٠.

١٠. حسين عبد الهادي البياع، شرح قانون الإثبات، مطبعة الاقتصاد،ط١، ١٩٨٦.

١١.د. خالد ممدوح إبراهيم، إثبات العقود والمراسلات الالكترونية، الدار الجامعية، الإسكندرية، ط١، ٢٠١٠.

١٢.د. زهير عباس كريم، مبادئ القانون التجاري، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ١٩٩٥.

١٣. د. طوني ميشال عيسى، التنظيم القانوني لشبكة الانترنت، بدون مكان طبع، ط١، ٢٠٠١.

١٤.د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات العراقي، الموصل، ط٢، ١٩٩٧.

١٥. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٢، الإثبات– آثار الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط٣، ٢٠٠٩.

١٦. د. عبد الفتاح بيومي حجازي، التوقيع الالكتروني في النظم القانونية المقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، بدون سنة طبع.

١٧. د. عبد الفتاح مراد ، قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد رقم ٨٨ / ٢٠٠٣ ولائحته التنفيذية، بدون مكان طبع، بدون سنة طبع، ط٢.

١٨. د. فوزي عطوي، القانون التجاري، دار العلوم العربية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ط١، ١٩٨٦.

١٩. د. لطيف جبر كوماني ود. علي كاظم الرفيعي، القانون التجاري، بغداد، ٢٠٠٠.

٢٠.د. محمد حسين إسماعيل، القانون التجاري، دار عمان للنشر والتوزيع، عمان، ط١، ١٩٨٥.

٢١. د. محمد حسين منصور، الإثبات التقليدي والالكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٦.

٢٢. د. محمد سعيد احمد إسماعيل، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الالكترونية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط١، ٢٠٠٩.

٢٣. د. محمد فريد العريني، القانون التجاري، دار المطبوعات الجامعية للنشر، الإسكندرية، ط١، ١٩٧٦/١٩٧٧.

٢٤. د. مصطفى كمال طه، القانون التجاري، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، بدون سنة طبع.

٢٥. مصطفى مجدي هرجه، قانون الاثبات في المواد المدنية والتجارية، ج١، أحكام عامة–الأدلة الكتابية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٩.

٢٦. نضال إسماعيل برهم، أحكام عقود التجارة الالكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط١، ٢٠٠٥.

٤– البحوث

٢٧. د. ادم وهيب النداوي، نطاق إلزام الخصم بتقديم دليل ضد نفسه، مجلة القانون المقارن، صادرة عن جمعية القانون المقارن العراقية، ع١٢، ١٩٨١.

٢٨. د٠ بلال عبد المطلب بدوي ، البنوك الالكترونية ، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون ، كلية الشريعة والقانون ، جامعة الإمارات العربية المتحدة ، مجلد ٥ ، ٢٠٠٣.

٢٩. سعيد عبد الله الحامز ، العمليات المصرفية الالكترونية والإطار الإشرافي، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون ، جامعة الإمارات العربية المتحدة ، ٢٠٠٣ ، مجلد ٥.

٣٠. ليناطة الشوبكي، إلزام الخصم بتقديم مستند أو ورقة تحت يده، بحث مقدم لنقابة المحاميين الأردنية.

٣١. الأردنية، ١٩٩٥.نارت احمد اليأس شواش، طلب إلزام الخصم بتقديم محرر تحت يده، بحث مقدم لنقابة المحاميين

٥- الرسائل والأطاريح الجامعية

٣٢- إيناس فخري محمد أبو عكر ، اثر تقديم الخدمات المصرفية عبر الانترنيت على العمل المصرفي وتقييم الرقابة الأمنية على أنظمة المعلومات المحاسبية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الاقتصاد والعلوم الإدارية ، جامعة اليرموك ، الأردن ، ٢٠٠٥ .

٣٣- تحسين يوسف شمخي، النظام القانوني للدفاتر التجارية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٥.

٣٤- د. فارس علي عمر الجرجري، مبدأ حياد القاضي المدني، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة الموصل، ١٩٩٩.

٦- البحوث والمقالات والدراسات المنشورة على شبكة الانترنت

٣٥- أ. د. الصالحين محمد العيش، الجوانب القانونية لاستخدام المعلوماتية في المعاملات التجارية، بحث مقدم للمؤتمر المغاربي الأول حول المعلوماتية والقانون، أكاديمية الدراسات العليا، طرابلس، ليبيا، في الفترة ٢٨-٢٩ أكتوبر ٢٠٠٩، منشور على شبكة الانترنت على الموقع: http://iefpedia.com/arab/?=17784 تاريخ الزيارة: ٢٠١١/٢/٢٥.

٣٦- فؤاد علي البحراني، الإطار العام للتصديق الالكتروني الوطني، ط١، ٢٠٠٨، ص٢، ورقة عمل منشورة على شبكة الانترنت على الموقع:
www.e.gov.kv/images/knafv5.do تاريخ الزيارة: ٢٠١١/٧/٢٩ .

٣٧- نادر الفرد قاحوش، العمل المصرفي عبر الانترنيت (الاعتبارات القانونية)، بحث مقدم إلى مؤتمر عمليات البنوك بين النظرية والتطبيق ، كلية القانون بالتعاون مع كلية الاقتصاد والعلوم الإدارية، جامعة اليرموك، الأردن ، ٢٢-٢٤ / ٢٠٠٢، منشور على شبكة الانترنت على الموقع: http://www.f-law.net/law/showthread.php/1798 تاريخ الزيارة: ٢٠١١/٣/٧.

٧- القوانين

٣٨- قانون الإثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩.

٣٩- قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤.

٤٠- قانون المصارف العراقي لسنة ٢٠٠٣.

٤١- قانون التجارة اليمني رقم ٣٢ لسنة ١٩٩١.

٤٢- قانون أنظمة الدفع والعمليات المالية والمصرفية الالكترونية اليمني رقم٤٠لسنة ٢٠٠٦.

٤٣- قانون البينات الأردني رقم ٣٠ لسنة ١٩٥٢ المعدل.

٤٤- قانون التجارة الأردني رقم ١٢ لسنة ١٩٦٦.

٤٥- قانون المعاملات الالكترونية الأردني رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١.

٤٦- قانون إثبات المعاملات المدنية والتجارية الاتحادي الإماراتي رقم ١٠ لسنة ١٩٩٢.

٤٧- قانون المعاملات التجارية الاتحادي الإماراتي رقم ١٨ لسنة ١٩٩٣.

٤٨- قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الاتحادي الإماراتي رقم ١ لسنة ٢٠٠٦.

ثانياً: المصادر باللغة الأجنبية

١- المصادر المأخوذة من الانترنت

1- Masse(M.), L'autoroute de l'information, convergence du droit La technologie: http://droit.unmontreal.ca.AQDIJ/collegue10/11/95/masse/agd95.html

2- Pk/Reiated Terms Explained. Mtrus. http://www.mtrust.com.my/faq/ctfaq-see2.html

3- Valerie sdallian, prevue et signature electronique: http://www.jutuiscom.net/chronique/2/fr0o09htm.

٢- القوانين واللوائح الأجنبية

١- قانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ المعدل.

٢- اللائحة التنفيذية لقانون الدفاتر التجارية الفرنسي رقم ١٠٢٠ لسنة ١٩٨٣.

٣- المرسوم الفرنسي الخاص بالتوقيع الالكتروني رقم ٢٧٢ لسنة ٢٠٠١.

٤- قانون التجارة الفرنسي لسنة ١٨٠٧ المعدل .

٥- المرسوم الفرنسي المعدل للائحة التنفيذية لقانون الدفاتر التجارية رقم ٣١٢ لسنة ٢٠٠٢.

٦- قانون الاونسترال النموذجي بشأن التجارة الالكتروني لسنة ١٩٩٦.

٧- قانون الاونسترال النموذجي بشأن التوقيع الالكتروني لسنة ٢٠٠١.