دراسة قانونية مقارنة في ضوء اتفاقات الاونسيترال الانموذجية الدولية وقوانين التجارة الالكترونية الوطنية .

The Attribution of a e-declaration of will in remotely contracting Comparative Legal Study between the UNCITRAL and national laws of the electronic commerce.

د. صدام فيصل كوكز المحمدي استاذ القانون الخاص المساعد
كلية القانون / الفلوجة – جامعة الانبار العراق

الجزء الأول

ملخص

ان التصرفات القانونية الالكترونية التي تجري عن بعد باستخدام شبكة الانترنت، تحتاج الى قواعد قانونية ملائمة تنشئ نظاما قانونيا غايته اثبات صدور التعبير الالكتروني عن الارادة الى الجهة التي اصدرته واسناده اليها، لأن اسناد الارادة الالكترونية سيكون سببا في تحمل هذه الجهة لتبعات هذا التصرف وانصراف النية للالتزام به والتقييد بما نشأ عنه من اثار، وبالتالي سيكون الاسناد نظاما قانونيا يعزز من متطلبات الثقة والائتمان الواجب توفرهما في التعاقد الالكتروني كون الاطراف في التعاقد الالكتروني لا يجمعهم مكان واحد فهما يقومان بالتعاقد بغياب الحضور المادي، وبالتالي استدعى هذا الواقع الجديد استحداث نظام قانوني يكفل القيام بالوظيفة التي يتكفل بتحقيقها التوقيع الخطي في الحياة التقليدية، وقد اصبحت القواعد القانونية التي تضمنها القانون النموذجي للتجارة الالكتروني المرشد للمشرعين الوطنيين في هذا الصدد، اذا حددت الجهات التي يسند اليها التعبير الالكتروني عن الارادة والحالات التي يتم فيها اسناد الارادة الى المنشئ والحالات التي يفترض فيها اسناد الارادة الى المنشئ، وحددت على نحو واضح النتائج القانونية التي تترتب عن ثبوت اسناد التعبير الالكتروني عن الارادة الى المنشئ او الموقع.

الكلمات المفتاحية: اسناد، التعبير الالكتروني، المنشئ، التجارة الالكترونية، الاونسيترال.

Summary

The legal actions Electronic conducted remotely using the internet, need to appropriate legal rules establish a legal system than to prove the issuance of express mail for the will to the party that issued and attributed to it, because the award will electronic would be a reason to assume this side of the consequences of this act and the departure of intention to commit to him and the restriction, including the resultant effects, and thus will be backing a legal system enhances the requirements of confidence and credit to be provided by the electronic contracting the fact that the parties in the electronic contracting is not bound by one place they are based contracting in the absence of physical presence, and therefore called this new reality the development of a legal system which do the function that take care of achieving a handwritten signature in traditional life, and has become the legal rules contained in the Model Law on Trade-mail guide national legislators in this regard, if the identified bodies which assigns them to express mail the will and cases where the award will to the originator and cases that are supposed to assign the will to the originator, and identified some clear legal consequences for proven assigning electronic expression to the will of the originator or the Signatory .

Key words : attribution , electronic expression , originator , e-commerce , UNCITRAL.

مقدمة

ان من اهم المشاكل التي واجهت اساليب التعامل القانوني الحديثة المرتبطة بالتجارة الالكترونية في بداية ظهورها واثرت كثيرا في تطورها، هي صعوبة اثبات نسبة التعبير الالكتروني عن الارادة الى من صدر عنه واسنادها اليه، فالتجارة الالكترونية اسلوب مستحدث في التعامل يعتمد نجاحه على المواءمة بين التكنولوجيا والقانون، حيث تساهم التكنولوجيا بتوفير الوسيلة التقنية للاتصال والتواصل عن بعد، ويوفر القانون القواعد التي تضمن تحقيق قدر عالي من الثقة و الائتمان بين اطراف التعامل الالكتروني.

فعمليات التجارة الالكترونية تعتمد على تقنيات الاتصال التكنولوجية الحديثة التي يتم تشغيلها بواسطة الحواسيب الالكترونية المرتبطة بالشبكة

الدولية للمعلومات والاتصالات" internet " ولما كانت هذه التعاملات تجري عبر فضاء افتراضي يتم فيه التعبير عن الايجاب والقبول بصورة الكترونية، بوصفها عنصرا التراضي الذي يمثل الارادة القانونية المطلوبة لإنشاء التصرفات القانونية، وبالتالي يكون من المهم اثبات نسبة هذه الارادة الى مصدرها واسنادها اليه، ولما كانت القواعد التقليدية في التعاقد لا تعترف الا بوسائل التعبير عن الارادة المجسدة على وسط مادي يسهل اثباتها تقليديا، فان الواقع الجديد الذي اتت به اساليب التجارة الالكترونية تعجز عن مواكبته القواعد التقليدية، كون هذه التعاملات تجري عن بعد في بيئة الكترونية بين اطراف لا يعرف بعضهم بعضا سوى انهما اجتمعا عبر طرفي الاتصال الالكتروني لإنشاء تصرف قانوني في وسط افتراضي بغياب الحضور المادي بين الطرفين.

ولما كان ايصال الارادة التعاقدية يتم عبر وسائل الكترونية او باستخدام وسائط الكترونية، تستخدم فيها البرامج الالكترونية المشغلة لتقنيات الاتصال عبر اجهزة الحاسوب، من المرسل "المنشئ او الموقع" الى المرسل اليه، لكي يتم انشاء التصرفات القانونية الالكترونية.

ولكن الذي يجب التركيز عليه هنا هو مشكلة مهمة، هي ان المعاملة الالكترونية وهي تجري في هذا الوسط الالكتروني يستطيع احد اطرافها ان ينكر التعبير الالكتروني الذي صدر منه وذلك بالادعاء بتقليده او تزويره او عدم صحته او تحريفه، كمحاولة منه للتهرب منه وعدم الالتزام به أو عدم التقيد بما ينتج عنه من اثار، لذلك اهتم المشرع التجاري على المستوى الدولي والوطني على السواء بتحديد قواعد قانونية خاصة بإسناد الارادة الالكترونية واثبات نسبة التعبير الالكتروني الى المنشئ او الموقع، وبالتالي لم يعد من السهولة بمكان امام الطرف الذي تسول له نفسه التهرب من التصرف القانوني الالكتروني او التملص من اثاره، وذلك لأن المشرع تولى صياغة قواعد قانونية " آمرة " تنظم اسناد الارادة الالكترونية، والزام المنشئ او الموقع بما ينتج عن التصرف القانوني الالكتروني من اثار والقبول بما يترتب عليه من نتائج، وذلك كنوع من الموائمة بين القانون و التقنية، وذلك في

محاولة جادة لمسايرة القواعد القانونية للتطور الحاصل في تكنولوجيات الاتصال والتعامل واساليب التواصل التجاري في الحياة العملية.

وتأتي اهمية البحث في موضوع اسناد التعبير الالكتروني عن الارادة في ظل عجز القواعد القانونية التقليدية من مجاراة التطور التكنولوجي في اساليب التعامل القانوني الالكتروني، واستحداث قواعد قانونية جديدة تتولى وظيفة اسناد التعبير الالكتروني عن الارادة الى الجهة التي صدر منها، وكانت اهم القواعد القانونية الدولية التي تولت هذه المهمة هي قواعد قانون الاونسيترال النموذجي للتجارة الالكترونية الصادر عن لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة عام 1996، حيث كانت هذه القواعد القانون النموذجي الذي اقتدت به القوانين الوطنية المنظمة للتجارة الالكترونية ومنها القوانين المنظمة للتجارة الالكترونية في البلدان العربية، وابرزت هذه القواعد اهمية التنظيم القانوني للإسناد بوصفة نظاما مستحدثا يؤدي وظيفة التوقيع او الامضاء الخطي في الحياة التقليدية، حيث يمثل اسناد التعبير الالكترونية الى المنشئ او الموقع قرينة قانونية تارة تكون قرينة قانونية قاطعة و صريحة غير قابلة لإثبات العكس، وتارة اخرى تكون قرينة مفترضة قابلة لإثبات العكس، وقيام قرينة اسناد التعبير الالكتروني يعني ان المنشئ او الموقع او الكيان الذي يمثل الجهة التي يتم اسناد التعبير الالكتروني اليها، سواء كان شخصا قانونيا او برنامج وسيط الكتروني يتم برمجته من قبل المنشئ او نائبه لأداء مهمة معينة، وبالتالي اثبات ارادة المنشئ او الموقع بقبول ما تضمنه المستند من التزام، وبالتالي تحمل ما يمكن ان ينتج عنه من اثار قانونية و القبول بها، ويحصل العكس اذا ما ثبت عدم نسبة او اسناد التعبير الالكتروني الى المنشئ او الموقع وبالتالي لا يمكن الزامه به لأن ارادته لم تتجه الى انشائه او الالتزام بما ينتج منه من اثار.

وعلى ذلك يكون من الضروري بيان مفهوم اسناد التعبير الالكتروني عن الارادة في التعاقد الالكتروني، وبيان المقصود بالجهة التي يتم اسناد هذه الارادة اليها، والكيفية التي يتم بها هذا الاسناد والاثر الذي ينشأ بسبب ثبوت اسناد الارادة الى

المنشئ والموقع، كل ذلك في ظل النصوص القانونية المشرعة على المستويين الدولي والوطني في هذا الصدد، لذلك كان من المهم اعتماد منهج علمي يجمع بين التحليل والاستقراء في تناول موضوعات هذا البحث، في محاولة لاستنباط الحلول القانونية الناجعة للمشاكل التي يمكن ان تثور في الواقع العملي، مع قراءة معمقة للنصوص التشريعية المختلفة المتعلقة بموضوع الاسناد سواء في اتفاقية الاونسيترال الدولية او نصوص التشريعات الوطنية و بيان مواطن القوة والضعف فيها، خصوصا وان بعض النصوص القانونية الوطنية انتهجت نهجا مختلفا في بعض تفصيلاته عن موقف القانون النموذجي، بغية للوصول الى افضل الحلول القانونية العلمية والعملية للمشاكل التي يمكن ان تثور في نطاق هذه النصوص.

عليه فان بحث هذا الموضوع في ظل خطة علمية تبرز اهميته النظرية والعملية، وتكشف الستار عن جوانبه الدقيقة وتتناولها بشكل علمي منطقي واضح، اقتضى منا تقسيم البحث الى مباحث ثلاثة رئيسة، تناولنا في اولها ماهية اسناد التعبير الالكتروني عن الارادة، اما ثانيها فخصصناه للبحث في الاسناد الصريح للتعبير عن الارادة في التعاقد عن بعد، اما المبحث الثالث فتناولنا فيه افتراض اسناد التعبير الالكتروني الى المنشئ في التعاقد عن بعد.

وقد اختتمنا البحث بخاتمة تضمنت خلاصة مركزة عن موضوع البحث وابرز النتائج التي خرجنا بها من هذا البحث.

المبحث الاول: ماهية اسناد التعبير الالكتروني عن الارادة

ان التعرف على ماهية اسناد التعبير الالكتروني عن الارادة في التعاقد عن بعد عبر شبكة الانترنت، يقتضي منا بيان مفهومه ابتداء، لنتعرف بعد ذلك على اهمية التنظيم القانوني لإسناد التعبير الالكتروني عن الارادة وما يترتب عليه من نتائج و اثار قانونية، ولما كان من المهم بيان الاساس القانوني لمشروعية اسناد التعبير الإلكتروني عن الارادة، وعلى ذلك فإننا سنتولى تقسيم البحث في هذا المبحث الى مطالب ثلاث، وذلك على النحو الاتي:

المطلب الاول : مفهوم إسناد التعبير الالكتروني عن الارادة

ان تحديد مفهوم اسناد التعبير الالكتروني يستوجب ان نضع تعريفا محدد للإسناد، ولما كان اسناد التعبير الالكتروني عن الارادة يستوجب نسبة التعبير الالكتروني الى جهة معينة، فانه يكون لزاما علينا تحديد المقصود بالجهة التي ينسب الها هذا التعبير، ألا وهو المنشئ او الموقع، وذلك في فرعين كما يأتي:

الفرع الاول: تعريف اسناد التعبير الالكتروني عن الارادة

ويقصد بنظام اسناد او نسبة رسائل البيانات الالكترونية بوصفه مظهر من مظاهر التعبير الالكتروني عن الارادة التعاقدية مرحلة متقدمة من مراحل التطور القانوني المواكب للتطور التكنولوجي في مجال التجارة والمعاملات الالكترونية، يتمثل بـ " مجموعة القواعد القانونية التي تساهم بحل المشاكل المتعلقة بإثبات نسبة التعبير عن الارادة في التعاقد الالكتروني، وتحديد جهة اسنادها و نسبتها الى من صدرت منه، وبالتالي تحمّل اثارها والالتزام بالنتائج القانونية التي تترتب عليها " فقد يدعي الشخص الذي تحمل الرسالة الالكترونية توقيعه بأنه لم يقم بإرسالها، او انه لم يقصد ارسالها او انه لم يخول المرسل بإرسالها او انه اراد ارسالها ولكن بمضمون مختلف عن المضمون الذي وصلت به الى المرسل اليه، لذلك نجد ان التشريعات المنظمة للتجارة الالكترونية سواء في اتفاقية الاونسيترال للقانون النموذجي للتجارة الالكترونية لعام 1996 في المادة 13 منها، او تشريعات التجارة الالكترونية والتوقيع الالكتروني الوطنية تتضمن التنظيم القانوني لإسناد او نسبة رسائل البيانات الى المنشئ او الموقع .[1]

وتبرر القوانين سالفة الذكر موقفها من تقنين اسناد رسائل البيانات، بالمقاربة بين اسناد المستندات التقليدية لمنشئها واسناد رسائل البيانات والمستندات الالكترونية الى منشئها او موقعها، وذلك لأن في الحياة العملية من اساليب التعاقد والاثبات التقليدية، كالتوقيع مثلا ما يعزز وسائل اسناد التصرفات القانونية الى منشئها، ولكن في نفس الوقت يعطي المشرع الحق في اثبات خلاف ذلك الاسناد، حيث يمكن ان يتم انكاره او نفي خط اليد المكتوبة به وثيقة التعاقد، اما في البيئة

الالكترونية فيمكن ان تتفاقم المشكلة على نحو كبير، و ذلك لأن المجال واسع امام المنشئ لإنكار ارسال رسائل البيانات، بزعم ان من قام بالإرسال كان شخصا غير مخول او غير مأذون له، إلا ان التوثيق بالتوقيع الالكتروني او بعلامة مشفرة او رمز الكتروني او ما شابهه يمكن ان يكون صحيحا، وعندها تثور اشكالية اسناد رسالة البيانات الى المنشئ.[2]

ولما كانت ابرز المشاكل القانونية، التي يعاني منها التعامل في البيئة الالكترونية، هي اثبات التصرفات القانونية الالكترونية، ومدى المقبولية القانونية لرسائل البيانات الالكترونية و حجيتها في ابرام هذه التصرفات، فضلا عن مشاكل اخرى ابرزها:

اولا: ان انشاء التصرفات القانونية الالكترونية و تدوينها لا يتم إلا عبر وسائل الكترونية ضمن بيئة افتراضية رقمية، ولا يتم تثبيتها بدعائم ورقية مادية، كما هو معمول به تقليديا.

ثانيا: ان قبول الاطراف بمضمون هذه المحررات الالكترونية والتزامهم بها يكون عن طريق اظهار هذه المقبولية بواسطة التوقيع الالكتروني عليها، ولا يتم ذلك بوسائل تقليدية، مثل التوقيع الخطي او بصمة الابهام او الختم الشخصي .

ثالثا: ان التصرفات القانونية الالكترونية تنشأ وتتكون وتنفذ احيانا عن بعد عبر الشبكة الدولية للاتصالات و المعلومات (الانترنت) وهذا يعني غياب الحضور المادي للأطراف حين ابرام العقد او حتى تنفيذه احيانا.[3]

رابعا: تحتاج التصرفات القانونية الالكترونية الى دعم جانب الثقة والائتمان المتبادل بين اطرافها اكثر من التصرفات التقليدية، الاخرى التي يباشرها اطرافها بشكل مادي وهم حاضرون لمجلس العقد و متواصلين مع بعضهم البعض بشكل مباشر.[4]

لهذه الاسباب يستوجب اقرار قواعد قانونية خاصة بإسناد رسائل البيانات الالكترونية الى منشئها او مرسلها، بحيث تتلاءم مع الطبيعة الالكترونية لهذه التصرفات وتعزز بنفس الوقت الثقة والائتمان المطلوب تحققهما بين اطرافها.[5]

ويعود السبب وراء ضرورة معالجة هذه الاشكاليات و تداركها، الى ان هذه الافتراضات تزيد من احتمالية انكار المنشئ للرسالة التي انشاها او المستند الالكتروني الذي ارسله او الادعاء بتزويره، لذلك برزت الحاجة الى تضافر التنظيم القانوني ممثلا بإقرار قواعد قانونية تنظم حالة اسناد او نسبة الرسالة الالكترونية الى منشئها او موقعها من جهة، والاعتماد على دعم الوسائل التقنية الالكترونية من جهة اخرى ، يكون من نتائجه تأكيد نسبة الرسالة الالكترونية الى موقعها واثبات نسبتها له، وبفضل هذا التضافر بين القانون والتقنية اصبح بالإمكان الاعتماد على التوقيع الالكتروني كوسيلة ناجحة في القيام بوظائف التوقيع التقليدي والتي من ابرزها تحديد هوية صاحب التوقيع وتأكيد اتجاه ارادته الى ابرام التصرف القانوني الالكتروني والرضاء بمضمونه، بل واكثر من ذلك اصبح التوقيع الالكتروني بفضل اجراءات الامان التقنية المتطورة صعب الاختراق او التقليد، بل وزادت مصداقية هذا التوقيع عندما بدأ يرتبط استخدامه بتدخل وسيط محايد يتولى اصدار شهادة تعريف الكترونية تؤكد هوية صاحب التوقيع الالكتروني.[6]

لذلك نجد اتفاقية الاونسيترال للقانون النموذجي للتجارة الالكترونية اقرت التنظيم القانوني لإسناد رسالة البيانات الالكترونية، في المادة 13 منها، واقتدت بها قوانين التجارة الالكترونية العربية ومنها القانون العراقي في المادة 18 منه.[7]

الفرع الثاني: المقصود بمنشئ التعبير الالكتروني او الموقع

لما كان التعبير عن الارادة يتم بواسطة رسالة بيانات الكترونية او خطاب الكتروني، صادرة من طرف ويستجيب لها الطرف الاخر، فان المشكلة تثور هنا في جهة الاسناد اي اثبات نسبة ذلك التعبير الالكتروني المتمثل برسالة البيانات او الخطاب الالكتروني الذي تم التعبير عن الارادة التعاقدية لأطراف العقد الالكتروني، ولما كانت رسالة البيانات الالكترونية تعرف بأنها" المعلومات التي يتم انشاؤها او استلامها او تخزينها بوسائل الكترونية او ضوئية او بوسائل مشابهة، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الالكترونية او البريد الالكتروني او التلكس او النسخ البرقي"[8] ويعرف الخطاب الالكتروني بأنه " أي خطاب توجهه

الاطراف بواسطة رسائل البيانات" ولما كان معنى الخطاب هو " أي بيان او اعلان او مطلب او اشعار او طلب، بما في ذلك أي عرض او قبول عرض يتعين على الاطراف توجيهه او تختار توجيهه في سياق تكوين العقد او تنفيذه" [9] فإننا نتساءل هنا لمن تنسب الارادة الالكترونية؟ أي بمعنى ايجب ان ينسب التعبير الالكتروني عن الارادة الى شخص قانوني طبيعي او معنوي فقط، ام يمكن ان تنسب ايضا الى كيان اخر غيرهما؟ وهذا ما سنجيب عليه في المقصدين الاتيين.

المقصد الاول: الموقف في اتفاقيتي الاونسيترال للتجارة الالكترونية و التوقيع الالكتروني

نجد اتفاقية الاونسيترال للقانون النموذجي للتجارة الالكترونية لعام 1996، تقضي في المادة 5 منها بالاعتراف القانوني برسائل البيانات عندما تنص على ان " لا تفقد المعلومات مفعولها القانوني او صحتها او قابليتها للتنفيذ لمجرد انها في شكل رسالة بيانات" ثم انها اكدت هذا الاعتراف في المادة 5 مكرر منها عندما نصت على ان " لا ينكر المفعول القانوني للمعلومات او صحتها او قابليتها للنفاذ لمجرد انها لا ترد في رسالة البيانات التي تفيد بأنها تنشئ ذلك المفعول القانوني "[10] ونجد في نفس السياق ان المادة 1/11 من الاتفاقية والتي تحكم تكوين العقود وصحتها تنص على ان " 1 – في سياق تكوين العقود، وما لم يتفق الطرفان على غير ذلك، يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض، وعند استخدام رسالة البيانات في تكوين العقود، لا يفقد ذلك العقد صحته او قابليته للتنفيذ لمجرد استخدام رسالة البيانات لذلك الغرض "[11] وقد ألزمت المادة 1/12 من نفس الاتفاقية اطراف التعاقد الالكتروني بالاعتراف برسالة البيانات عندما ذهبت الى النص بان " في العلاقة بين منشئ رسالة البيانات والمرسل اليه، لا يفقد التعبير عن الارادة و غيره من اوجه التعبير مفعوله القانوني او صحته او قابليته للتنفيذ لمجرد انه على شكل رسالة بيانات"[12].

وتذهب الاتفاقية المذكورة الى ان المقصود بالمنشئ بأنه الشخص الذي يعتبر ان ارسال او انشاء رسالة البيانات قبل تخزينها ان حدث، قد تم على يديه او نيابة

عنه " ولما كانت ذات الاتفاقية قد ذهبت الى ان المقصود برسالة البيانات بأنها " المعلومات التي يتم انشاؤها او استلامها او تخزينها بوسائل الكترونية او ضوئية او بوسائل مشابهة، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الالكترونية او البريد الالكتروني او التلكس او النسخ البرقي"[13] حيث يكون التعبير الالكتروني عن الارادة بما يصدر عن المنشئ من رسالة بيانات تتضمن ارادته بتكوين العقد الالكتروني او انشاء المعاملة الالكترونية .

اما اتفاقية الاونسيترال للتوقيع الالكتروني فتذهب الى تعريف الموقع بانه "شخصا حائزا على بيانات إنشاء توقيع ويتصرّف إما بالأصالة عن نفسه وإما بالنيابة عن الشخص الذي يمّثله".[14]

مما تقدم يتضح لنا ان الموقف في اتفاقيتي الاونسيترال للتجارة الالكترونية والتوقيع الالكتروني يتحدد بالنسبة للتعبير الالكتروني عن الارادة فيما يأتي:

1- ان المنشئ او الموقع في التعامل الالكتروني لا يكون إلا شخصا قانونيا، يقوم بإنشاء رسالة البيانات او تخزينها او ارسالها بنفسه او بواسطة من ينوب عنه.

2- يمكن اعتبار ان رسالة البيانات صادرة عن المنشئ او الموقع اذا كانت صادرة من برنامج وسيط الكتروني ذكي، لأنها ستعد وفقا لتوجه هذه الاتفاقية، وكأنها صادرة من المنشئ نفسه او من نائب عنه.[15]

3- ان التعبير عن ارادة المنشئ في التعاقد الالكتروني يمكن ان يكون بواسطة رسالة بيانات الكترونية، أي ان التعبير عن الارادة في هذا النوع من التعاقد و سواء في الايجاب او القبول الالكترونيين، يمكن ان يتم من خلال رسالة بيانات تستخدم لهذا الغرض.

4- لا يمكن نسبة التعبير الالكتروني عن الارادة في التعاقد الالكتروني إلا لشخص مشغل الوسيط الالكتروني الذكي، سواء كان تشغيل ذلك الوسيط بواسطة المنشئ نفسه او بالنيابة عنه .

المقصد الثاني: الموقف في اتفاقية الاونسيترال للخطابات الالكترونية

ذهبت الاتفاقية في المادة 1/8 منها الى الاعتراف القانوني بالخطابات الالكترونية بقولها" 1- لا يجوز انكار صحة الخطاب او العقد او امكانية انفاذه لمجرد كونه في شكل خطاب الكتروني ..." وقد اعترفت الاتفاقية بمشروعية استخدام نظم الرسائل الالية او كما نسميها الوسائط الالكترونية الذكية، عندما اقرت بأنه " لا يجوز انكار صحة او امكانية انفاذ العقد الذي يكون بالتفاعل بين نظام رسائل آلي وشخص طبيعي، او بالتفاعل بين نظامي رسائل آليين، لمجرد عدم مراجعة شخص طبيعي كلا من الافعال التي قامت بها نظم الرسائل الالية او العقد الناتج عن تلك الافعال او تدخله فيها "[16].

ولما كانت اتفاقية الاونسيترال الانموذجية المتعلقة باستخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية تذهب الى ان المقصود من المنشئ للخطاب الالكتروني هو "الطرف الذي ارسل الخطاب الالكتروني او انشأه قبل تخزينه ان حدث تخزين او من قام بذلك نيابة عنه"[17]وقد قصدت الاتفاقية بالخطاب"أي بيان او اعلان او مطلب او اشعار او طلب،بما في ذلك أي عرض او قبول عرض يتعين على الاطراف توجيهه او تختار توجيهه في سياق تكوين العقد او تنفيذه"[18] ويكون هذاالخطاب الكترونيا عندما"...توجهه الاطراف بواسطة رسائل البيانات.."[19].

فتكون هذه الاتفاقية قد اضافت الاتفاقية في هذا الاطار كيان اخر ألا وهو الوسيط الالكتروني الذكي والذي اسمته نظام رسائل آلي وعرفته بأنه "برنامج حاسوبي او وسيلة الكترونية او اية وسيلة آلية اخرى، تستخدم لاستهلال اجراء ما او الاستجابة كليا او جزئيا لرسائل البيانات او لعمليات تنفيذها دون مراجعة او تدخـل من شخـص طبيعي في كل مرة يستهل فيها النظام اجراء ما او ينشئ استجابة ما".[20]

وبالرجوع الى المادة 2 من الاونسيترال الخاص بالقانون النموذجي للتجارة الالكترونية سابق الذكر، فنلاحظ بان الاتفاقية قصدت بمنشئ رسالة البيانات " الشخص الذي يعتبر ان ارسال او انشاء رسالة البيانات قبل تخزينها ان حدث قد

تم على يديه او نيابة عنه" وكذلك قصدت بالمرسل اليه رسالة البيانات "الشخص الذي قصد المنشئ ان يتسلم رسالة البيانات، ولكنه لا يشمل الشخص الذي يتصرف كوسيط فيما يتعلق بهذه الرسالة " والواضح من ظاهر النص ان اتجاه الاتفاقية – كقاعدة عامة – هو اسناد التعبير الالكتروني عن الارادة المتمثلة برسائل البيانات الى الشخص القانوني الطبيعي او المعنوي، وهذا واضح من تعريف الاتفاقية للمنشئ والمرسل اليه سابقا الذكر.

إلا ان تطور الحال في قانون الاونسيترال النموذجي لاستخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية لعام 2007، حيث لم يكن تعريف المنشئ قاصرا على الشخص القانوني فقط، وانما جاءت الاتفاقية بتعبير اوسع من مصطلح "الشخص" إلا وهو مصطلح " الطرف" وهو ما نجده في نص المادة 4 من الاتفاقية عندما ذهبت في الفقرة د منها الى تعريف المقصود من منشئ الخطاب الالكتروني هو " الطرف الذي ارسل الخطاب الالكتروني او انشأه قبل تخزينه ان حدث تخزين او من قام بذلك نيابة عنه ..." اما الفقرة هـ من نفس المادة فقد جاء فيها بان المقصود بالمرسل اليه " الطرف الذي يريده المنشئ ان يتلقى الخطاب الالكتروني ..." ولا يخفى ما لمصطلح " الطرف " من دلالة على معنى الشخص القانوني و غيره من الكيانات الاخرى التي يمكن ان تتولى مهمة ارسال او استقبال او التفاعل مع رسالة البيانات التي يتضمنها الخطاب الالكتروني، وهو ما تؤكده المادة 8 من هذه الاتفاقية، والتي تتعلق بالاعتراف القانوني بالخطابات الالكترونية، حينما نصت على " 1- لا يجوز انكار صحة الخطاب او العقد او امكانية انفاذه لمجرد كونه في شكل خطاب الكتروني. 2- ليس في هذه الاتفاقية ما يلزم أي طرف باستخدام الخطابات الالكترونية او قبولها، ولكن يجوز الاستدلال على موافقة الطرف من سلوك ذلك الطرف" وقد ذهبت المادة 12 من نفس الاونسيترال الى اعتماد استخدام نظم الرسائل الالية في تكوين العقود بنصها على ان "لا يجوز انكار صحة او امكانية انفاذ العقد الذي يكون بالتفاعل بين نظام رسائل آلي وشخص طبيعي، او بالتعامل بين نظامي رسائل آليين، لمجرد عدم مراجعة شخص طبيعي كلا من

الافـعال الــتي قامت بها نـظم الرسائل الالية، او العقد الناتج عن تلك الافعال او تدخله فيها".

كل ذلك يعني انه في الوقت الذي سيشمل فيه مصطلح "الطرف" الذي اعتمده الاتفاقية الشخص القانوني الطبيعي او المعنوي او أي كيان اخر قادر على انشاء او ارسال او تخزين رسالة البيانات، فان نفس الحكم سينطبق على " الطرف " المرسل اليه، اذ ليس شرطا في هذه الاتفاقية ان يتم انشاء او ارسال او تخزين او استقبال رسالة البيانات التي يتضمنها الخطاب الالكتروني من قبل شخص قانوني فقط، وانما يمكن ان يتم من خلال نظام معلومات الكتروني مبرمج للقيام بهذه المهام، كما في تطبيقات الوسائط الالكترونية الذكية، التي تعمل باستقلالية وبمعزل عن شخص مستخدمها وسيطرته المباشرة، ولذلك تم تجاوز بعض القصور الذي احاط بتعريف المنشئ والمرسل اليه في اتفاقية الاونسيترال لعام 1996 عندما نصت في المادة 13 منها على اعتبار رسالة المعلومات صادرة من المنشئ اذا ارسلت من " نظام معلومات مبرمج على يد المنشئ او نيابة عنه للعمل تلقائيا ..." وبدهي فان هذا النظام الالي ليس شخصا قانونيا، لذلك لجأت الاتفاقية الى افتراض صدور الارادة الالكترونية من المنشئ نفسه.[21]

ونستنتج من مقارنة موقف اتفاقية الاونسيترال الخاصة باستخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية مع الموقف في اتفاقيتي القانون النموذجي للتجارة الالكترونية والتوقيع الالكتروني سابقا الذكر الاستنتاجات الاتية:

1- ان اتفاقية الخطابات الالكترونية تبنت مفهوم اعم واوسع في تعريفها للمنشئ، عندما استخدمت تعبير "الطرف الذي ارسل الخطاب الالكتروني" ومعلوم ان مصطلح الطرف لا يشمل فقط الشخص القانوني وانما يشمل نظم الرسائل الالي ايضا .

2- ان الاتفاقية اعترفت بوضوح بعدم صحة فرضية وجود وكالة بين الوسائط الالكترونية الذكية مستخدميها، الذي تبنته اتفاقية الاونسيترال للتجارة الالكترونية .[22]

3-ان الاتفاقية تبنت مفهوما واسعا للتعبير عن الارادة عندما تبنت مصطلح الخطاب الالكتروني و ليس مصطلح رسائل البيانات .

4-انها اقرت صراحة بإمكانية انشاء وتكوين العقد بواسطة الخطابات الالكترونية الصادرة باستخدام نظام الرسائل الالي، وسواء بالتفاعل بينه وبين شخص طبيعي او بالتفاعل بين نظامي رسائل آليين (وسيطين الكترونيين ذكيين" وهو ما يعني انه ليس شرطا ان يكون منشئ الخطاب الالكتروني شخصا قانونيا.

5-ان الاعتراف بقدرة نظم الرسائل الالية على تكوين العقود الالكترونية لم يكن بسبب وصفها نائبا او وكيلا عن شخص مستخدمها، وانما لكونها قادرة، بسبب البرمجة الصافية التي تتضمنها على تكوين العقد باستقلالية وتلقائية[23] ولكن تكون نسبة تصرفاته الى من استخدمه بقوة القانون.[24]

وبدهي ان نظام الرسائل الالي يدخل ضمن مفهوم "الطرف" الذي يمثل المنشئ، على اعتبار ان مصطلح الطرف يمكن ان يندرج في ظله الشخص القانوني، وأي كيان اخر قادر على انشاء او ارسال او تخزين الخطاب الالكتروني، مثل الوسائط الالكترونية الذكية.

فإذن نخلص مما تقدم الى ان المنشئ في التعاقد الالكتروني، سواء كان شخصا قانونيا طبيعيا او معنويا او أي كيان اخر قادر على انشاء او ارسال او تخزين رسائل البيانات الالكترونية او الخطابات الالكترونية، ويستطيع ان يعبر عن عرض التعاقد او قبول التعاقد وينجز التعاقد بواسطة رسائل البيانات او الخطابات الالكترونية، وسواء استخدم ذلك في عرض التعاقد او قبوله، وان لم يشر اتفاق الاطراف الى ذلك المفعول او تلك الحجية.

المطلب الثاني: اهمية اسناد التعبير الالكتروني عن الارادة

يتعلق موضوع اسناد التعبير الالكتروني عن الارادة – من حيث التنظيم القانوني اساسا – بإثبات التراضي في العقود الالكترونية – كما اسلفنا – وذلك من خلال نسبة رسائل البيانات او المستند الالكتروني الذي يتضمن التعبير عن الارادة (الايجاب و القبول) الى منشئ هذه الرسالة او موقع المستند الالكتروني.

ولما كان من غير المستبعد في الواقع العملي ان يرسل المرسل اليه رسالة بيانات الكترونية تتضمن قبوله للإيجاب الموجه اليه، وينكر الموجب ايجابه بعد ذلك، او ان يتلقى الموجب القبول ثم ينكر القابل قبوله الذي سبق ان استلمه الموجب، متى ما اكتشف المنكر ان الصفقة التي عرضها بإيجابه او سبق وقبل بها ليست في مصلحته ولم تعد ملائمة له او انه اكتشف عدم استفادته من التعاقد.[25]

لذلك فانه لا تخرج حالة اسناد رسالة البيانات الالكترونية او نسبتها الى المنشئ او الموقع من ترتيب نتيجة او اكثر من النتائج الاتية:

اولا: اثبات صدور رسالة البيانات من المنشئ او الموقع نفسه.

ثانيا: حق المرسل اليه في افتراض ان رسالة البيانات صادرة من المنشئ او الموقع .

ثالثا: حق المرسل اليه في اعتبار ان الرسالة التي تسلمها هي الرسالة التي قصد المنشئ والموقع ارسالها.

رابعا: حق المرسل اليه في ان يعامل كل رسالة بيانات على انها رسالة مستقلة.

ولأهمية هذه النتائج فإننا نرى ضرورة التفصيل فيها، وهو ما سنقوم به في الفروع الاربعة الاتية:

الفرع الاول: ثبوت صدور رسالة البيانات من المنشئ او الموقع نفسه

ذهبت اتفاقية الاونسيترال للقانون النموذجي للتجارة الالكترونية في المادة 1/13 منها الى ان " 1- تعتبر رسالة البيانات صادرة من عن المنشئ اذا كان المنشئ هو الذي ارسلها بنفسه ..." [26] ومضمون هذه الفقرة يشير الى ان اسناد الرسالة الالكترونية سيكون الى المنشئ او الموقع اذا كان هو من ارسلها بنفسه، أي انها قد ارسلت فعلا من قبل شخص المنشئ او الموقع نفسه، وهنا يتم التركيز على عقبة كأداء يمكن ان تنشأ في ظل تطبيقات الفضاء الرقمي والبيئة الالكترونية، تتمثل بأنه قد يكون هناك شخص غير مأذون له قد ارسل الرسالة، لكن التوثيق بعلامة الشيفرة او الترميز او ما شابهه يمكن ان يكون صحيحا، والمقصود هنا كما تورد لجنة الاونسترال في الامم المتحدة في دليل الاشتراع الملحق بالاتفاقية - سابقة الذكر - ليس تعيين الجهة التي تقع عليها المسؤولية، وانما تتناول اسناد رسالة البيانات

بإقامة افتراض بان رسالة البيانات تعتبر في ظروف معينة صادرة من المنشئ إلا في حالات استثنائية، من قبيل ان يكون المرسل اليه قد علم او ينبغي عليه ان يعلم بعدم صدور الرسالة من المنشئ.[27]

اما بالنسبة لقوانين التجارة الالكترونية الوطنية ، فقد تذبذبت في مواقفها تجاه هذه النتيجة فمنها ما تبنى هذه النتيجة بنفس ما تبنته لجنة الاونسيترال في القانون النموذجي، ومنها ما تجاوز النطاق الذي رسمه القانون النموذجي، ومنها ما اختزل حكمها الى نطاق ضيق، حسب توجه وظروف كل تشريع.[28]

فنجد المشرع العراقي على سبيل المثال في المادة 18 / ثانيا من قانون التوقيع الالكتروني والتجارة الالكترونية، ساوى بين ارسال المنشئ او الموقع للرسالة الالكترونية بنفسه او كان الارسال نيابة عنه او بواسطة وسيط الكتروني ذكي،[29] وفي هذا توسيع يمكن ان يكون محل نقد، لأن المستند الالكتروني اذا كان صادرا من المنشئ او الموقع نفسه، سيكون اسناده او نسبته اليه مباشرة، بينما اذا لم يكن صادرا منه أي من النائب سواء باشر النائب بنفسه او بواسطة وسيط الكتروني ذكي، فان اسناد المستند الالكتروني سيكون الى المنشئ بصورة غير مباشرة، أي عن طريق اسناد رسالة البيانات او المستند الالكتروني الى النائب الذي قام بإرساله ضمن حدود نيابته، او اثبات صدورها من الوسيط الالكتروني ومن ثم اسنادها الى الموقع او المنشئ، طبعا مع الاخذ بعين الاعتبار حالة ما اذا كان المرسل اليه قد علم بعدم صدور المستند الالكتروني عن الموقع او المنشئ ولم يبذل العناية المطلوبة في ذلك.[30]

الفرع الثاني: حق المرسل اليه في افتراض ان رسالة البيانات صادرة من المنشئ او الموقع

ويمكن ان تتحقق هذه النتيجة في فرضيتين، هما:

الفرضية الاولى: اذا كانت رسالة البيانات قد صدرت من شخص له صلاحية التصرف نيابة عن المنشئ.

الفرضية الثانية : اذا كانت رسالة البيانات قد صدرت من نظام معلومات مبرمج على يد المنشئ او بالنيابة عنه للعمل تلقائيا.[31]

وتتناول كلتا الفرضيتين واقعة استلام المرسل اليه رسالة بيانات من المنشئ او الموقع عن طريق قيام نائبه او نظام معلومات مبرمج على يديه او نيابة عنه للعمل تلقائيا، ولكن قبول هذه الفرضيات وترتب اثارها القانونية مقرون بتحقق واقعة او اكثر من الوقائع الاتية :

1- ان يطبق المرسل اليه تطبيقا سليما اجراء سبق ان وافق عليه المنشئ من اجل التأكد من ان رسالة البيانات قد صدرت منه.[32]

2- ان تنتج رسالة البيانات كما تسلمها المرسل اليه عن تصرفات شخص تمكن بحكم علاقته بالمنشئ او بنائبه، من الوصول الى طريقة يستخدمها المنشئ لإثبات ان رسائل البيانات صادرة عنه فعلا.

3- ان لا يستلم المرسل اليه اشعارا من المنشئ يفيد بان رسالة البيانات لم تصدر عن المنشئ، وان لا تتاح له ايضا فترة معقولة للتصرف على هذا الاساس.

4- ان لا يكون المرسل اليه قد عرف او كان عليه ان يعرف اذا بذل عناية معقولة او استخدم أي اجراء متفق عليه بان رسالة البيانات لم تصدر عن المنشئ او الموقع.[33]

وعلى ذلك فانه يحق للمرسل اليه ان يعتبر ان رسالة البيانات هي رسالة المنشئ، ويستطيع ان يتصرف على هذا الافتراض الى حين ان يتلقى اشعارا بأن رسالة البيانات ليست من المنشئ او الى حين ان يكون قد علم او ينبغي له ان يعلم بأن رسالة البيانات ليست رسالة المنشئ هذا من جهة.

ومن جهة اخرى فانه اذا طبق المرسل اليه أي اجراء توثيق سبق وان وافق عليه المنشئ وادى ذلك الى التحقق بشكل معقول من اسناد الرسالة الى المنشئ، فانه يكون من حقه ان يفترض بأن هذه الرسالة هي رسالة المنشئ، وان يتصرف على هذا الاساس.

والمقصود بالإجراء هنا هو اية طريقة او وسيلة يمكن ان يستخدمها المرسل اليه للتوثيق والتأكد من صحة وسلامة الرسالة الالكترونية و نسبتها الى المنشئ او الموقع، وليس شرطاان يكون هذا الاجراء كما يفهم من مضمون نص المادة 3/13 من الاونسيترال لعام 1996 ان يكون متفقا عليه بين المرسل أي المنشئ او الموقع من جهة والمرسل اليه فقط، وانما يمكن ان يشمل أي اجراء يكون قد وافق المنشئ على اعتماده بالاتفاق بينه وبين وسيط "طرف ثالث" وقبل مسبقا ان يكون ملزما باية رسالة بيانات تفي بالاشتراطات المناظرة لذلك الاجراء،والتي تقوم بها اطراف ثالثة كمزودي خدمات التصديق الالكتروني العاملين عبر شبكة الانترنت.[34]

اما اذا كان قد وجد اتفاق مسبق بين المنشئ و المرسل اليه بصدد اجراء معين، فهذا الاتفاق هو الذي يسري بينهما والدليل على ذلك هو ما اوردته الفقرة 2 من المادة 13 من عبارة (في العلاقة بين المنشئ والمرسل اليه ...) وذلك في مستهل نص الفقرة مما يعني اعطاء خصوصية لهذه العلاقة و ما يتفق عليه الاطراف من احكام بصددها.

وتجدر الاشارة ايضا الى ان تلقي المرسل اليه اشعارا يفيد بعدم صدور الرسالة الالكترونية من قبل المنشئ يمكن ان تعفيه من عواقب ارسال الرسالة بأثر رجعي، اذ ان المنشئ يعفى من الاثر الملزم لرسالة البيانات من وقت تلقي الاشعار لا قبل ذلك الوقت، كما ان المنشئ لا يستطيع تجنب التقيّد بالأثر الملزم لرسالة البيانات بان يرسل اشعارا الى المرسل اليه يفيد بعدم صدورها منه او ممن ينوب عنه، في الحالة التي تكون فيها رسالة البيانات قد ارسلت بالفعل من المنشئ ويكون المرسل اليه قد سبق على نحو سليم اجراءات التوثيق المتفق عليها او المعقولة، واذا استطاع المرسل اليه ان يثبت صدور الرسالة من المنشئ، فهنا يكون من حق المرسل اليه اعتبار ان الرسالة قد صدرت من المنشئ، وان يتصرف على هذا الاساس، ويلتزم الاخير بمضمونها، اما عن المقصود بالفترة المعقولة لتسلم الاشعار، فتعني فترة كافية تتيح للمرسل اليه وقتا كافيا للاستجابة.

الفرع الثالث: حق المرسل اليه في اعتبار ان الرسالة التي تسلمها هي الرسالة التي قصد المنشئ أو الموقع ارسالها

تنص الفقرة رقم 5 من المادة 13 من قانون الاونسيترال النموذجي للتجارة الالكترونية على انه "عندما تكون رسالة البيانات صادرة عن المنشئ او عندما تعتبر انها صادرة عن المنشئ، يكون من حق المرسل اليه التصرف على اساس هذا الافتراض، يحق عندئذ للمرسل اليه في اطار العلاقة بين المنشئ والمرسل اليه ان يعتبر رسالة البيانات كما تسلمها هي الرسالة التي قصد المنشئ ارسالها وان يتصرف على اساس هذا الافتراض ... "[35] وهذا النص يحكم حالة حصول اختلاف بين الارادة المعبر عنها وهي الارادة الظاهرة وحقيقة ما اراده المنشئ " الارادة الباطنة" وهنا غلب المشرع الارادة الظاهرة على الارادة الباطنة، وذلك حماية للأوضاع الظاهرة تعزيزا للثقة في التعاملات الالكترونية التي تجري عبر شبكة الانترنت او عبر الشبكات الالكترونية المفتوحة الاخرى، وبذلك يكون من حق المرسل اليه ان يعول على الرسالة التي استلمها بعد التأكد من موثوقيتها باعتبارها الرسالة التي قصد المنشئ او الموقع ارسالها اليه.

ويبقى المرسل اليه محتفظا بحقه في التعويل على مضمون الرسالة التي استلمها الى حين ان يتحقق لديه العلم او كان ينبغي عليه ان يعلم اذا ما بذل عناية معقولة او استخدم الاجراء المتفق عليه، ان الرسالة التي تسلمها هي الرسالة التي قصدها المرسل وان يتصرف على هذا الاساس.

و ينبغي هنا التفريق بين مسألتين مهمتين في هذا الصدد هما:

1- ان منع المنشئ او الموقع من ان يتبرأ من الرسالة الالكترونية بعد ارسالها لا يمنعه من انكار محتوى او مضمون الرسالة ، أي انه يثبت اسناد الرسالة المرسلة الى المنشئ او الموقع و لكنه يكون بمقدوره انكار محتوى الرسالة الالكترونية او مضمونها، لذلك نجد المشرع يرتب الاثار على صدور الرسالة من المنشئ او الموقع و ثبوت اسنادها له.

2- لابد من التنبيه على عدم قصر الاخطاء في مضمون الرسالة على عملية الارسال وحدها، وانما يمكن ان تشمل ايضا ما يطرأ على هذا المحتوى من تغيير او تحريف متعمد من قبل الغير، وذلك بسبب ان الفضاء الرقمي يعد مجالا مفتوحا وهو عرضة للاختراق، وسواء اكانت هذه الاخطار عمدية كما في مخاطر قرصنة رسائل البيانات الالكترونية، واختراق الخصوصية الذي ينتج عنه التلاعب او تحريف او اتلاف مضمون رسائل البيانات، او كانت مخاطر غير عمدية، تتعلق بالمسار الرقمي الذي تنتقل من خلاله الرسالة الالكترونية عبر شبكة الانترنت، حيث يمكن ان يصاب هذا المسار ببعض الاعطال التي يمكن ان تؤدي الى تلف الرسالة جزئيا او كليا او تغيير بياناتها. (36)

لذلك نجد المشرع الدولي قد احتاط لهذا الامر وتدارك بعض نتائجه القانونية بالقول في الجزء الثاني من الفقرة 5 من المادة 13 من الاونسيترال سابق الذكر" ... ولا يكون للمرسل اليه ذلك الحق متى عرف او كان عليه ان يعرف اذا بذل العناية المعقولة او استخدم أي اجراء متفق عليه ان البث اسفر عن أي خطأ في رسالة البيانات كما تسلمها ".

الفرع الرابع: حق المرسل اليه في ان يعامل كل رسالة بيانات على انها رسالة مستقلة

بحسب نص الفقرة 6 من المادة 13 من الاونسيترال سابق الذكر، والتي جاء فيها " يحق للمرسل اليه ان يعامل كل رسالة بيانات يتسلمها على انها رسالة بيانات مستقلة وان يتصرف على اساس هذا الافتراض، إلا اذا كانت نسخة ثانية من رسالة بيانات اخرى وعرف المرسل اليه او كان عليه ان يعرف اذا بذل العناية المعقولة او استخدم أي اجراء متفق عليه ان رسالة البيانات كانت نسخة ثانية" وهذه الفقرة تحكم فرضية ان يتسلم المرسل اليه اكثر من رسالة بيانات الكترونية تتضمن نفس المحتوى، وقد جاءت بحكم يقضي باعتبار ان كل رسالة يتسلمها رسالة مستقلة، وهو ما يعني ان الرسالة الجديدة تمثل ارادة جديدة متجهة الى احداث اثر قانوني معين، وفي نفس السياق يقصد بالنسخة الثانية من الرسالة

الالكترونية انها رسالة بيانات مكررة لا تمثل ارادة جديدة للمنشئ، و لم تتجه فيها ارادته الى احداث اثر قانوني جديد، وانما هي تكرار للإرادة السابقة ، ففي وسط البيئة الرقمية يصعب بل و يستحيل التمييز بين اصل الرسائل الالكترونية المنقولة عبر الانترنت، حيث يتم ادخال البيانات ابتداء بيانات الرسالة الاصلية في جهاز الحاسب الالي او الهاتف المحمول وغيره من الوسائل الالكترونية التي تتم بواسطتها عمليات ادخال او تخزين او استرجاع او التوقيع الالكتروني ونسخها،[37] ومن ثم ارسالها الى عبر هذا الوسط الالكتروني الى الجهاز المستقبل الخاص بالمرسل اليه.

وجدير بالذكر ان المقصود بمصطلح نسخة ثانية يعني كما نرى النسخة المكررة، وذلك منعا لحدوث لبس او خلط بين اصل الرسالة الالكترونية و نسختها الثانية في التعامل الالكتروني، والسبب في ذلك هو ان الرسالة الالكترونية التي تصل الى المرسل اليه في كافة انواع التعامل الالكتروني ما هي إلا نسخة من اصل الرسالة التي ارسلها المنشئ او الموقع، وذلك لأن عملية نقل رسالة البيانات الكترونيا يتم عبر ادخال البيانات المطلوبة الى ملفات الجهاز المرسل بالوسيلة المناسبة، كالكتابة على لوحة المفاتيح او اللمس او غير ذلك، وعندما يتلقى الجهاز امرا بالإرسال فانه يحول المادة المرسلة الى ذبذبات رقمية تنتقل عبر شبكة الانترنت او شبكة الهاتف النقال او غيرها من الشبكات الى الجهاز المستقبل لدى المرسل اليه، والذي يقوم بدوره بتخزينها في ملفاته، بحيث يمكن استرجاع المادة المرسلة عند الحاجة، باستخدام احد اشكال المخرجات كإظهارها على شاشة الحاسب الالكتروني مثلا، وفي حقيقة الامر هو ان ما يتلقاه الجهاز المستقبل على ملفاته ما هو إلا نسخة اخرى مطابقة للنسخة الاصل[38] فضلا عن ذلك فانه يحصل في الواقع العملي ان تتم عملية ارسال مزدوجة عن طريق الخطأ او لغرض تأكيد الارسال او بسبب خلل او عطل في الوسيلة او البرنامج الالكتروني او الوسط المستخدم في ارسال رسالة البيانات الالكترونية، فقد راعى المشرع الدولي الطبيعة التقنية للبيئة الالكترونية والتي اقتضت مثل هذا النص، وبذلك يكون ارسال الرسالة " تكرارا " وليس رسالة جديدة، ويبدو ان المشرع في موقفه هذا قد غلّب

جانب الارادة الظاهرة على الارادة الباطنة، حيث اخذ بالإرادة الظاهرة للمنشئ، لكن الموقف هنا يختلف عما سبق ولحظناه في حكم الفقرة 5 من المادة 13 سابقة الذكر، ففي هذه الحالة لم يقصد المنشئ ارسال الرسالة المكررة مطلقا بينما في الحالة السابقة كان المرسل قد قصد ارسال رسالة البيانات ولكن بمضمون مختلف عن المضمون الذي استلمه المرسل اليه .

وجدير بالذكر ان حكم هذه الحالة لا ينطبق اذا علم المرسل اليه او كان ينبغي عليه ان يعلم اذا بذل عناية معقولة او استخدم اجراء سبق وان اتفق عليه مع المنشئ ان الرسالة التي استلمها كانت نسخة مكررة.

المطلب الثالث: الاساس القانوني لمشروعية اسناد التعبير الالكتروني عن الارادة

بسبب الصفة الغالبة التي يتصف بها التعاقد الالكتروني من كونه تعاقد يجري على المستوى الدولي بصفة عابرة للحدود، ولغرض توحيد احكام القانون التجاري الذي يحكم التجارة الالكترونية منعا لحصول تنازع في القوانين، الذي يمكن ان يقف عائقا اما تطور وانتشار التجارة الالكترونية، فقد سعت لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي (UNCITRAL) الى اقرار قواعد قانونية نموذجية موحدة تمثل اطارا عاما للتشريعات الوطنية المنظمة للتجارة الالكترونية، وهذه الاتفاقيات لها موقف مهم ويتوازى مع تطور الاساليب والتقنيات الالكترونية الحديثة، لذلك يكون من المهم التطرق الى موقفها من تحديد جهة الاسناد وكيف تطور موقفها بهذا الصدد، ولما كانت التشريعات الوطنية المنظمة للتجارة الالكترونية تستمد اغلب احكامها من هذه الاتفاقيات كان لابد من التعرف على موقف التشريعات الوطنية بهذا الصدد، وهو ما سنتولى بيانه في فرعين كالآتي:

الفرع الاول: الموقف في اتفاقيات الاونسيترال الدولية

لما كانت اتفاقيتي الاونسيترال للقانون النموذجي لعام 1996 و2007 قد ذهبتا الى جواز ان تصدر الارادة الالكترونية بواسطة رسالة بيانات الكترونية او خطاب الكتروني، وذلك على نحو ما نجده في نص المادة 11 من قانون الاونسيترال

النموذجي للتجارة الالكترونية لعام 1996، والمتعلقة بتكوين العقود وصحتها[39] ونص المادة 12 من ذات الاتفاقية التي سبق ذكرها، والتيتناولت بالتنظيم اعراف الاطراف برسائل البيانات.

وكانت اتفاقية الاونسيترال للقانون النموذجي للتجارة الالكترونية قد تولت بالتنظيم اسناد رسائل البيانات الالكترونية الى المنشئ او المرسل في نص المادة 13 منها تحت عنوان اسناد رسائل البيانات بنصها " 1- تعتبر رسالة البيانات صادرة من عن المنشئ اذا كان المنشئ هو الذي ارسلها بنفسه.

2- في العلاقة بين المنشئ والمرسل اليه، تعتبر رسالة البيانات انها صادرة عن المنشئ اذا ارسلت :

أ- من شخص له صلاحية التصرف نيابة عن المنشئ فيما يتعلق برسالة البيانات . ب- من نظام معلومات مبرمج على يد المنشئ او نيابة عنه للعمل تلقائيا.

3- في العلاقة بين المنشئ والمرسل اليه، يحق للمرسل اليه ان يعتبر رسالة البيانات انها صادرة عن المنشئ، وان يتصرف على هذا الافتراض، اذا:

أ- طبق المرسل اليه تطبيقا سليما، من اجل التأكد من ان رسالة البيانات قد صدرت عن المنشئ، اجراء سبق و ان وافق عليه المنشئ لهذا الغرض.

ب- اذا كانت رسالة البيانات كما تسلمها المرسل اليه ناتجة عن تصرفات شخص تمكن بحكم علاقته بالمنشئ او بأي وكيل للمنشئ من الوصول الى طريقة يستخدمها المنشئ لإثبات ان رسائل البيانات صادرة عنه فعلا.

4- لا تنطبق الفقرة 3 على:

أ- اعتبارا من الوقت الذي تسلم فيه المرسل اليه اشعارا من المنشئ يفيد بأن رسالة البيانات لم تصدر عن المنشئ، وتكون قد اتيحت فيه ايضا للمرسل اليه فترة معقولة للتصرف على هذا الاساس.

ب- بالنسبة لحالة تخضع للفقرة 3- ب في أي وقت عرف فيه المرسل اليه او كان عليه ان يعرف، اذا بذل العناية المعقولة او استخدام أي اجراء متفق عليها، ان رسالة البيانات لم تصدر عن المنشئ .

5- عندما تكون رسالة البيانات صادرة عن المنشئ او عندما تعتبر انها صادرة عن المنشئ، او عندما يكون من حق المرسل اليه ان يتصرف على اساس هذا الافتراض، يحق عندئذ للمرسل اليه، في اطار العلاقة بين المنشئ والمرسل اليه، ان يعتبر ان رسالة البيانات كما تسلمها هي الرسالة التي قصد المنشئ ارسالها وان يتصرف على اساس هذا الافتراض. ولا يكون للمرسل اليه ذلك الحق متى ما عرف، او كان عليه ان يعرف، اذا بذل العناية المعقولة او استخدم أي اجراء متفق عليه، ان البث اسفر عن أي خطأ في رسالة البيانات كما تسلمها.

6- يحق للمرسل اليه ان يعامل كل رسالة بيانات يتسلمها على انها رسالة بيانات مستقلة وان يتصرف على اساس هذا الافتراض الا اذا كانت نسخة ثانية، وعرف المرسل اليه او كان عليه ان يعرف، اذا بذل العناية المعقولة او استخدم أي اجراء متفق عليه، ان رسالة البيانات كانت نسخة ثانية".[40]

الفرع الثاني: الموقف في تشريعات التجارة الالكترونية الوطنية

اقتدت التشريعات الوطنية بالنهج الذي اختطتاه اتفاقيتي الاونسيترال لعام 1996 وعام 2007، واللتين نظمتا اسناد التعبير الالكتروني عن الارادة بنصوص واضحة وصريحة تسمح بالتحقق من صدور الارادة ممن تنسب اليه[41] فنجد مثلا ما ذهب اليه المشرع العراقي في قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية في المادة 18 منه " أولاً: يجوز أن يتم الإيجاب والقبول في العقد بوسيلة الكترونية، ثانياً: تُعد المستندات الالكترونية صادرة عن الموقع سواء صدرت عنه أو نيابة عنه أو بوساطة وسيط الكتروني معد للعمل أوتوماتيكياً بوساطة الموقع أو بالنيابة عنه، ثالثاً: للمرسل إليه أن يعد المستندات الالكترونية صادرة عن الموقع وان يتصرف على هذا الأساس في أي من الحالات الآتية : أ. إذا استخدم المرسل إليه نظام معالجة معلومات سبق أن اتفق مع الموقع على استخدامه لهذا الغرض للتحقق من إن المستندات الالكترونية صادرة عن الموقع، ب . إذا كانت المستندات التي وصلت للمرسل إليه ناتجة عن إجراءات قام بها شخص تابع للموقع أو من ينوب عنه ومخول بالدخول إلى الوسيلة الالكترونية المستخدمة من أي منهما لتحديد هوية

الموقع، رابعاً : لا يُعد المستند الالكتروني صادراً عن الموقع إذا علم المرسل إليه بعدم صدور المستند عن الموقع أو لم يبذل العناية المعتادة للتأكد من ذلك " [42] وكان قد ذهب الى ذات الاتجاه المشرع الاردني في قانون المعاملات الالكترونية في المادتين 14 و15 منه[43] وهما يختلفان في موقفهما هذا من موقف المشرع الاماراتي في قانون المعاملات الالكترونية الاتحادي في نص المادة 13 منه[44] والمشرع البحريني ايضا في قانون المعاملات الالكترونية في مملكة البحرين في المادة 13 منه[45] انتهجا نفس موقف القانون النموذجي للتجارة الالكترونية في هذا الصدد عندما اعتبرا ان صدور التعبير الالكتروني من وسيط الكتروني ذكي او من نائب قانوني يعد صادرا من المنشئ نفسه .

هذا وان التدقيق في نصوص المواد التي تنظم عملية اسناد التعبير عن الارادة الكترونيا في كثير من التشريعات الوطنية التي تنظم التعامل الالكتروني، يبين لنا انها انتهجت بشكل عام نفس النهج الذي سار عليه القانون النموذجي لعام 1996، مع بعض الخروج على احكامه في بعض الاحكام التفصيلية، وذلك من ناحيتين:

الاولى: قضت فيه بعض التشريعات بنسبة التعبير الالكتروني عن الارادة الى منشئه عندما اسندت الارادة الالكترونية الى المنشئ اذا كان هو من ارسلها بنفسه او انها صدرت لحسابه.[46]

اما الثانية: وهي التي قضت فيها القوانين الوطنية من افتراض نسبة رسالة المعلومات الى المنشئ و اعطاء الحق للمرسل اليه، بأن يتصرف على اساس هذا الافتراض في حالات هي:

أ - اذا استخدم المرسل اليه نظام معالجة معلومات سبق ان اتفق مع المنشئ على استخدامه لهذا الغرض، للتحقق من ان هذه الرسالة صادرة عن المنشئ، وهذا الافتراض يقضي بوجود اتفاق مسبق بين المنشئ والمرسل اليه، على استخدام نظام معلومات معين للتحقق من ان رسالة المعلومات صدرت عن المنشئ او تنسب اليه.[47]

ب- اذا اتفق الاطراف على تطبيق أي اجراء قبلا به لإثبات ان الرسالة صدرت عن المنشئ.[48]

ج - اذا كانت الارادة الالكترونية التي وصلت للمرسل اليه ناتجة من اجراءات قام بها شخص تابع للمنشئ او من ينوب عنه ومخول بالدخول الى الوسيلة الالكترونية المستخدمة في أي منهما لتحديد هوية المنشئ.

وعلى ذلك فان ارسال هذا الشخص التابع او النائب الرسالة الالكترونية للمرسل اليه، يعطي الحق له في اعتبار ان هذه الرسالة قد صدرت من المنشئ نفسه، وان يتصرف على هذا الاساس.[49]

وفي كل ما سبق من الافتراضات، فان رسالة المعلومات التي يتسلمها المرسل اليه في أي من الفروض الثلاثة المتقدمة، والتي تتضمن قبولا للإيجاب الصادر من المرسل اليه، فان من حق الاخير ان يعتبر ان العقد قد ابرم و ان اثاره قد ترتبت، طالما كان من حقه ان يفترض ان رسالة القبول قد صدرت من المرسل اليه – القابل، وعليه فان اسناد رسالة البيانات في مثل هذه الحالات يعتبر وسيلة لإثبات ان التراضي قد تم، وان العقد قد انعقد عبر شبكة المعلومات والاتصالات الدولية .

المبحث الثاني: الاسناد الصريح للتعبير عن الارادة

ذهبت اتفاقية الاونسيترال للتجارة الالكترونية الى اعتبار اسناد رسالة البيانات الى المنشئ بشكل عام يمكن ان يكون في احوال ثلاثة:

اولا/ اذا ارسلها المنشئ بنفسه.

ثالثا/ اذا ارسلها شخص له صلاحية التصرف نيابة عن المنشئ .

ثالثا/ اذا صدرت من نظام معلومات مبرمج على يد المنشئ او نيابة عنه للعمل تلقائيا.[50]

وسنتولى بيان الاحكام الخاصة في كل حالة من هذه الحالات على سبيل التفصيل، مع بيان موقف التشريعات الوطنية المقارنة في هذا الصدد، في فروع ثلاثة كالآتي:

المطلب الاول: اسناد التعبير الالكتروني عن الارادة الى المنشئ مباشرة

ان استقراء الموقف الذي تتضمنه احكام نصوص اتفاقيات الاونسيترال الانموذجية ونصوص قوانين التجارة الإلكترونية الوطنية، يوضح لنا ان اسناد الارادة الالكترونية، يمكن ان يكون الى المنشئ مباشرة، كما يمكن ان يفترض هذا الاسناد افتراضا، لذلك سنتولى البحث في كلا الحالتين والاستثناءات الواردة على اسناد التعبير الالكتروني عن الارادة، في مطالب ثلاثة كالآتي:

الفرع الاول: صدور التعبير عن الارادة من المنشئ مباشرة

سايرت المادة 18/ ثانيا من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي الاتجاه الذي اقرته اتفاقية الاونسيترال، بنصها على ان " ثانياً: تُعد المستندات الالكترونية صادرة عن الموقع سواء صدرت عنه..." وذلك يعني ان المستندات الالكترونية التي تمثل المحررات والوثائق التي تنشأ او تدمج او تخزن او ترسل او تستقبل كليا او جزئيا بوسائل الكترونية، بما في ذلك تبادل البيانات الكترونيا، او البريد الالكتروني او البرق او التلكس او النسخ البرقي وتحمل توقيعا الكترونيا، وهذا التوقيع يؤكد نسبتها الى من صدرت منه، ولذلك فانه يلزم لنسبة المستند الالكتروني او رسالة البيانات الى المنشئ نفسه ان تحمل توقيعه وان يقوم بإرسالها لحسابه هو وليس لحساب شخص اخر.[51]

وعلى ذلك فان تحقق هذه الحالة من حالات نسبة الرسالة الالكترونية الى منشئها يتطلب توفر شرطين رئيسين هما:

اولا: ان تحمل رسالة او المستند الالكتروني توقيع المنشئ، وهو ما تؤكده المادة 4 من القانون العراقي، التي ذهبت في فقرتيها الاولى والثانية " أولاً : يُعد التوقيع الالكتروني صحيحاً وصادراً عن الموقع إذا توافرت وسائل لتحديد هوية الموقع والدلالة على موافقته لما ورد في المستند الالكتروني وبحسب اتفاق الموقع والمرسل إليه حول كيفية إجراء المعاملة الالكترونية، ثانياً: يكون للتوقيع الالكتروني في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية ذوات الحجية المقررة للتوقيع الخطي إذا روعي

في إنشائه الشروط المنصوص عليها في المادة (5) من هذا القانون" وقد نصت المادة 5 من ذات القانون على الشروط الواجب توفرها للاعتراف بحجية التوقيع الالكتروني، بقولها "يحوز التوقيع الالكتروني الحجية في الإثبات إذا كان معتمداً من جهة التصديق وتوافرت فيه الشروط الآتية:

أولاً: إن يرتبط التوقيع الالكتروني بالموقع وحده دون غيره. ثانياً: أن يكون الوسيط الالكتروني تحت سيطرة الموقع وحده دون غيره . ثالثاً: أن يكون أي تعديل أو تبديل في التوقيع الالكتروني قابلاً للكشف.

رابعاً: أن ينشئ وفقاً للإجراءات يحددها ويصدرها الوزير في ضكل تعليمات".[52]

فالتوقيع الالكتروني كالتوقيع العادي يعد وسيلة لتحديد هوية الموقع، أي الشخص الذي صدر عنه هذا التوقيع، واشارة الى التعبير عن ارادته بالرضا بالتصرف القانوني الذي يريد انشاؤه او ارساله او تخزينه.[53]

ولما كان المستند الالكتروني عموما لا يتمتع بنفس الحجية التي يتمتع بها العادي الا اذا كان موقعا، [54] فانه من البدهي ان يكون التوقيع الذي تحمله المستندات الالكترونية هو توقيع الكتروني، ويتمثل بعلامة شخصية تنفذ على شكل حروف او ارقام او رموز او اشارات او اصوات او غيرها، وله طابع متفرد خاص يدل على نسبته الى الموقع، ويكون معتمدا من جهة التصديق.[55]

ونلاحظ ان التوقيع الالكتروني وفق ما تقدم، لا يؤدي الوظيفة المطلوبة منه ما لم تتوفر فيه الشروط الاربعة سابقة الذكر، [56] فإذا ما عجز التوقيع الالكتروني عن اداء دوره في تحديد هوية الموقع او الشخص الذي صدر عنه المستند الالكتروني، فان ذلك يعني ان هذا التوقيع قد اختل به شرط من الشروط القانونية الواجب تحققها فيه، وبالتالي لن يعترف به القانون ولا يعتد به كوسيلة اسناد رسالة البيانات او المستند الالكتروني الى المنشئ او المرسل.

ثانيا: يجب ان يكون المنشئ قد قام بإرسال المستند الالكتروني او رسالة البيانات لحسابه الشخصي:

وهذا الشرط مطلوب وفق نص المادة 8/ ثانيا من القانون العراقي سابق الذكر، ويعد هذا الشرط اساسيا لإسناد رسالة البيانات الى الشخص الذي قام بإرسالها، رغم ان القانون لم يشر اليه صراحة،[57] إلا انه يمكن استنتاجه بالمقارنة مع القواعد العامة في القانون المدني، فقد قضت المادة 142 من القانون المدني العراقي[58] بأن " ينصرف اثر العقد الى المتعاقدين ..." وكذلك ذهبت المادة 146 من ذات القانون الى انه " اذا نفذ العقد كان لازما ..." ونصت المادة 924 على ان حقوق العقد تعود الى العاقد ..." ووجه استدلالنا بهذه المواد هو ان المشرع المدني الزم من باشر عقدا بنفسه بأن يلتزم بما يترتب عليه من احكام، علما بان هذا الاثر لا يتحقق إلا اذا كان قد باشره لنفسه ولحسابه، فضلا عن ان المادة 943 من القانون المدني العراقي التي تنص على انه" اذا لم يعلن الوكيل وقت التعاقد مع الغير انه يعمل بصفته وكيلا، فلا يقع العقد للموكل ولا تعود حقوقه اليه،...،[59] ووجه الاستناد الى هذا النص واضح لأن هذا النص يتبين فيه ان المشرع قد قضى بإضافة اثر العقد الى من باشره بنفسه، لمجرد انه لم يعلن اثناء التعاقد انه يعلن اثناء التعاقد انه يتقاعد بصفته نائبا، لاعتبار انه باشر العقد لنفسه .

المطلب الثاني: اسناد التعبير الالكتروني عن الارادة الى المنشئ بشكل غير مباشر

ويتم اسناد رسالة البيانات او المستند الالكتروني الى الموقع او المنشئ بصورة غير مباشرة في حالتين، نتناولهما في فرعين على سبيل التفصيل كالآتي:

الفرع الاول: صدور التعبير الالكتروني عن الارادة من نائب او وسيط عبر الشبكة

وهذه الحالة هي تطبيق من تطبيقات نظام النيابة في القانون المدني، ويعني عملية قانونية تجيز لشخص هو النائب ان يتصرف تصرفا قانونيا مكان شخص اخر هو الاصيل الذي تنصرف اليه اثار ذلك التصرف القانوني بذات الطرقة التي تنصرف اليه فيما لو انشأه بنفسه.[60]

وتقضي القواعد العامة بجواز انشاء التصرفات القانونية بطريق النيابة ، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك .[61]

وقد سمح المشرع العراقي في قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية ان يعبر اطراف المعاملة الالكترونية عن رضاهم بهذه المعاملات، من خلال رسالة بيانات الكترونية صادرة من شخص له صلاحية التصرف نيابة عن المنشئ او المرسل اليه، ويستلزم المشرع العراقي لاعتبار هذه الرسالة صادرة من المنشئ في هذه الحالة، وبالتالي انصراف اثار التصرف القانوني اليه، ان تتوافر الشروط العامة في النيابة والتي تتمثل بـ :

أ- ان يحمل المستند الالكتروني او رسالة البيانات الالكترونية توقيع النائب:

وهذا الشرط يعني ان يوقع النائب بدل الاصيل في الرسالة الالكترونية، أي ان النائب يعبر عن ارادته حين يقوم بإنشاء او ارسال او تخزين او استلام رسالة البيانات الالكترونية نيابة عن الاصيل، وعليه فانه يجب على النائب ان يستخدم توقيعه الشخصي لا توقيع الاصيل " المنشئ"، ولا نحتاج الى تبرير هذا الحلول في ظل القواعد العامة، فالنيابة لا تحتاج ما يمنع أي اتفاق من ان يرتب وضعا عقديا معينا، ما دام ذلك لا يصطدم بالنظام العام، ومن ثم يصح الاتفاق بين الاصيل والنائب على ان يتعاقد الاول بإرادته وتنصرف اثار هذا التعاقد الى الثاني ، اما اذا كانت النيابة قانونية، فان القانون هو الاساس الذي تبنى عليه احكام هذه النيابة في اطار مصلحة الاصيل.[62]

ولما كان التوقيع يتضمن عنصرين، مادي ومعنوي، ويمثل العنصر المعنوي ارادة صاحب التوقيع المتجهة الى الرضا بمضمون التصرف القانوني الذي تم التوقيع عليه،[63] لأن ذلك يعد تعبيرا عن رضاء الموقع بمضمون المستند الالكتروني، الذي تم التوقيع عليه، اما العنصر المادي، فيتمثل بالكيفية التي ينصب بها ذلك التوقيع، وسيطرة الموقع على الاداة الالكترونية التي يحدث بواسطتها التوقيع الالكتروني، لذلك نجد ان المشرع العراقي عندما ذهب الى تعريف

الموقع عرفه بأنه "الشخص الطبيعي أو المعنوي الحائز على بيانات إنشاء التوقيع الالكتروني الذي يوقع على المستند الالكتروني ويوقع عن نفسه أو عمن ينيبه أو يمثله قانونا " [64] فانه راعى وظيفة التوقيع وخصوصيته، وهي وظيفة يستمدها من القواعد العامة، كما سبق ذكره، وهو اتجاه صائب – كما نرى – خالف به موقف بعض التشريعات العربية في هذا المجال،[65] لأنه ذهب الى ان الموقع هو الشخص الطبيعي او المعنوي الحائز على اداة التوقيع الالكتروني الخاصة به، ويقوم بالتوقيع بنفسه او يتم التوقيع نيابة عنه على المستند الالكتروني باستخدام هذه الاداة، ونجد في هذا الموقف حسنة تحسب للمشرع العراقي، لأنه ذهب الى الزامية محافظة كل صاحب توقيع الكتروني على سرية المفتاح الخاص به، ولا يفشي له لأي شخص حتى ولو كان وكيلا له باجراء معين، لأن للوكيل ان يستخدم توقيعه الخاص، [66] وبخلاف ذلك سيكون من يستخدم توقيع الغير بإذنه ليوقع به على رسالة الكترونية تعود لصاحب التوقيع، سيكون تابعا له و ليس نائبا له او وسيطا عن، وتعتبر بالتالي الرسالة صادرة من المنشئ أي الموقع نفسه لا من نائبه .[67]

ب- ان يقوم النائب بإرسال رسالة البيانات او المستند الالكتروني باسم المنشئ و لحسابه:

وهذا الشرط يعني ان يعلن، من قام بالتوقيع الالكتروني للرسالة او المستند أو ارسالهما، عن صفته باعتباره نائبا لا اصيلا .[68]

ج- الا يتجاوز النائب حدود نيابته في ارسال البيانات الالكترونية :[69]

فإذا ما تجاوز النائب حدود نيابته، فان الاصل وفق القواعد العامة لا يلتزم إلا بحدود نيابته، ويلتزم هو شخصيا في حدود ما تجاوز به صلاحياته، إلا اذا وافق عليها الاصيل فيما بعد، فسيكون من حق المرسل اليه مساءلته عنها وفق القواعد العامة .[70]

الفرع الثاني: صدور التعبير عن الارادة من وسيط الكتروني ذكي

يتضح من نص المادة 8/ثانيا من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي التي تقضي بأن " تُعد المستندات الالكترونية صادرة عن الموقع

سواء صدرت عنه أو نيابة عنه أو بوساطة وسيط الكتروني معد للعمل أوتوماتيكياً بوساطة الموقع أو بالنيابة عنه" وقد عرف المشرع العراقي في المادة 1/ ثامنا الوسيط الالكتروني بأنه " برنامج أو نظام الكتروني لحاسوب أو أية وسيلة الكترونية أخرى تستخدم من اجل تنفيذ إجراء أو الاستجابة لإجراء بقصد إنشاء أو إرسال أو استلام رسالة معلومات" [71] ، و تكوين العقود او المعاملات الالكترونية يمكن ان يتم بواسطة الوسيط الالكتروني بحيث لا تكون فيها خاضعة لأي متابعة او مراجعة من شخص طبيعي.[72]

والسبب الذي يعود اليه اقرار هذا النوع من المعاملات الالكترونية، هو احتمال وجود عدد كبير من الاشخاص الراغبين في التعاقد عبر شبكة المعلومات والاتصالات الدولية، ولما كان من المتعذر التعامل مع اعداد كبيرة من المستخدمين والعاملين من الكوادر البشرية، مما ينشئ حالة من الاضطرار الى اللجوء الى وسائط الكترونية ذكية يتم برمجتها من قبل اصحاب المواقع التجارية الالكترونية للعمل بشكل تلقائي ودون تدخل أي شخص في انجاز المعاملات الالكترونية .

ولاعتبار رسالة البيانات الالكترونية صادرة عن المنشئ في هذه الحالة، ومن ثم انصراف اثار المعاملة الالكترونية او العقد اليه، لابد من توفر ثلاثة شروط معينة:

أولا/ ان تكون رسالة البيانات او المستند الالكتروني قد تم ارساله من وسيط الكتروني ذكي، و يلزم لتحقق هذا الشرط ان يكون النظام الالكتروني للوسيط الالكتروني قادرا على انجاز الاعمال المطلوبة منه تلقائيا وبشكل مستقل ودون اشراف او رقابة شخص طبيعي في الوقت الذي تتم فيه هذه الاعمال.

ثانيا/ ان يكون الوسيط الالكتروني مبرمجا من قبل الموقع او المنشئ او نيابة عنه، وهذا يعني ان تتم برمجة الوسيط الالكتروني من قبل مستخدمة شخصيا او ممن ينوب عنه، وبرمجة الوسيط الالكتروني تعني[73] تزويد النظام الالكتروني للوسيط الذكي بتعليمات واوامر محددة او قبول عرض، اذا توافرت فيه الشروط المطلوبة، او رفض العرض اذا تخلف فيه أي شرط من هذه الشروط .

ولما كانت ارادة الشخص لا يجوز التعبير عنها، من حيث الاصل الا من قبله شخصيا او ممن ينوب عنه، فان هذه البرمجة يجب ان تتم من قبل المنشئ او الموقع مباشرة او من ينوب عنه، وذلك لأن مضمون البرنامج يمثل مضمون ارادة المنشئ في انشاء تصرف قانوني معين وفق شروط محددة .

ثالثا/ ان يسيطر الموقع وحده دون غيره على الوسيط الالكتروني:

وجدير بالذكر فيما يتعلق بهذا الشرط، انه يتساوى في هذا الشرط النائب القانوني المخول من قبل المنشئ او الموقع للسيطرة على منظومة عمل الوسيط الالكتروني والسبب هو لان الوسيط الالكتروني عندما يقوم بمهمة انجاز التعاقد، بقيامه بإرسال او استلام او تخزين ومعالجة رسالة البيانات تلقائيا وبصفة مستقلة، فانه لا يقوم بها بصفته نائبا عن شخص مستخدمه فلا يمكن اعتباره شخصا قانونيا يتمتع بالإرادة القانونية حتى يكون نائبا قانونيا، في الوقت الذي لا يمكن اعتباره اداة للتعاقد كالهاتف او الفاكس او التلكس لأنها ادوات لا تستطيع ان تباشر مهامها في انجاز التعاقد بصفة مستقلة و تلقائية كما يفعل الوسيط الالكتروني الذكي، لذلك نرى بأن المقصود من النص على ان " تعد المستندات الالكترونية صادرة عن الموقع سواء صدرت عنه او نيابة عنه او بواسطة وسيط الكترونية معد للعمل اوتوماتيكيا بواسطة الموقع او بالنيابة عنه"[74] ان الوسيط الالكتروني يمكن ان يستخدم من قبل:

-الموقع او المنشئ نفسه، وهو الذي يسيطر عليه وحده دون غيره .[75]

-النائب القانوني، وهو الشخص الذي ينوب عن الموقع او المنشئ بالتصرف القانوني يستخدم الوسيط الالكتروني الذكي، لانجاز المعاملات الالكترونية ضمن حدود صلاحيته واختصاصه المبين في الوكالة.

ومعلوم ان التوقيع الالكتروني في الحالتين يكون من قبل المنشئ او الموقع نفسه او نائبه، وكلاهما يسيطران على المنظومة الالكترونية الخاصة بالوسيط الالكتروني الذكي الذي يستخدمه، إلا ان الفرق بينهما هو ان اعمال الوسيط

الالكتروني في الحالة الاولى تستند الى المنشئ مباشرة، بينما في الحالة الثانية تسند الى المنشئ بصورة غير مباشرة عن طريق اسنادها الى النائب القانوني، فإذا كانت ضمن حدود النيابة فيمكن اسنادها الى المنشئ (الاصيل) كما ان الوسيط الالكتروني في الحالة الاولى يسيطر عليه الموقع او المنشئ نفسه، بينما يسيطر النائب على الوسيط الالكتروني الخاص به، والذي يستخدمه لانجاز المعاملات الالكترونية لصالح المنشئ "الاصيل" ولكن بتوقيعه هو لا بتوقيع المنشئ.وهنا نرى من الضروري ان نثبت على موقف المشرع العراقي عدة ملاحظات تتمثل بالاتي:

أولا/ ان المشرع العراقي تناول تعريف الوسيط الالكتروني بصيغة قاصرة، ونستطيع ان نطرح تعريفا جامعا مانعا للوسيط الالكتروني والذي نعرفه بأنه "برنامج حاسوبي معد بوسائل الكترونية لغرض تنفيذ اجراء معين او الاستجابة لإجراء بشكل مستقل و بصفة كلية او جزئية، وذلك بإرسال او تسليم او تنفيذ رسالة بيانات الكترونية، دون الحاجة الى اشراف او تدخل شخص طبيعي" ومن هذا التعريف نستطيع ان نتلمس مجموعة الخصائص المميزة للوسيط الالكتروني الذكي، والتي يمكن اجمالها في الاتي:

1- ان الوسيط الالكتروني عبارة عن برنامج حاسوبي، وبرنامج الحاسوب هو مجموعة من الارشادات والتعليمات التي تستخدم بطريقة مباشرة وغير مباشرة في نظام معالجة المعلومات لكي تحدث نتيجة معينة.[76]

الوسيط الالكتروني هو برنامج معد بوسائل الكترونية، والوسيلة الالكترونية تعني تقنية كهربية او رقمية او مغناطيسية او بصرية او الكترومغناطيسية او أي شكل اخر من اشكال التكنولوجيا يضم امكانيات مماثلة لتلك التقنيات.[77]

2- ان الوسيط الالكتروني الذكي يعمل بشكل مستقل عن طريق نقل المعلومات الكترونيا من جهة الى اخرى باستخدام نظام معالجة المعلومات.

3- للوسيط الالكتروني الذكي القدرة على المبادرة، حيث يقوم بإنشاء وإرسال او تسلم او تنفيذ رسالة بيانات الكترونية، وهذه البيانات هي المعلومات التي يتم

انشاؤها او ارسالها او استلامها او تخزينها بوسائل الكترونية او مشابهة، بما في ذلك تبادل البيانات الالكترونية بواسطة نظام معالجة المعلومات الالكترونية.[78]

4- للوسيط الالكتروني الذكي القدرة على رد الفعل،[79] أي ان الاستجابة تصدر منه بصفة ذاتية ومستقلة كلا او جزءا، وذلك دون الحاجة الى تدخل من قبل شخص طبيعي ا حتى اشرافه المباشر.[80]

وبسبب هذه الخصائص فان المعاملات التي تتم بواسطة الوسيط الالكتروني الذكي هي معاملات الكترونية، وهذه المعاملات تتكون وتنفذ كليا او جزئيا بواسطة سجلات الكترونية، والتي لا تكون أي منها خاضعة لأي مقاطعة او مراجعة من قبل شخص طبيعي كما في السياق العادي لإنشاء او تنفيذ العقود والمعاملات.[81]

ثانيا/ لم ينص المشرع العراقي صراحة على مشروعية العقد او المعاملة الالكترونية التي تتكون بالتفاعل بين شخص طبيعي ووسيط الكتروني ذكي، او بالتفاعل بين وسيطين الكترونيين ذكيين، في الوقت الذي اعترف صراحة بقدرة الوسيط على مباشرة اجراء او الاستجابة لإجراء اتوماتيكيا بصفة تلقائية.

ثالثا/ وجود تناقض بين ما اورده المشرع في المادة 5/ ثانيا من وجوب ان يكون الوسيط الالكتروني تحت سيطرة الموقع وحده دون غيره، ليكون للتوقيع الحجية القانونية في الاثبات، وبين المادة 18/ثانيا، عندما عدّ المستندات الالكترونية صادرة من الموقع نفسه اذا كانت صادرة نيابة عنه، وايضا ما اقرته المادة 18/ ثالثا/ب من افتراض صدور المستندات من الموقع واعطت الحق للمرسل اليه في ان يتصرف على اساس هذا الافتراض بقولها " ثالثاً: للمرسل إليه أن يعد المستندات الالكترونية صادرة عن الموقع وان يتصرف على هذا الأساس في أي من الحالات الآتية:...،ب إذا كانت المستندات التي وصلت للمرسل إليه ناتجة عن إجراءات قام بها شخص تابع للموقع أو من ينوب عنه مخول بالدخول إلى الوسيلة المستخدمة من أي منهما لتحديد هوية الموقع "وهذا التناقض يتجلى في:الاولى: عندما استوجب المشرع للاعتراف بحجية التوقيع الالكتروني ان يكون الوسيط الالكتروني مسيطرا عليه من قبل الموقع نفسه[82] وفي نفس الوقت خول من ينوب عنه الدخول الى

الوسيلة الالكترونية المستخدمة لتحديد هوية الموقع .والثانية : ان الاجراءات التي يقوم بها التابع تنصرف مباشرة الى المنشئ، لأن هذا التابع سيوقع باسم ولحساب المنشئ وليس باسمه ولا لحسابه، وبالتالي فلا حاجة لافتراض نسبة التصرف اليه، اما تصرفات النائب فقد اقر القانون ابتداءا انها تنصرف مباشرة الى المنشئ او الموقع (الاصيل) وبالتالي فلا يحتاج الى افتراض اسناد او "نسبة" التصرف اليه، لأنه وان وقع بتوقيعه الا ان اثر التصرفات التي يجريها ستنصرف جميعها الى الاصيل وستؤول اليه باعتباره هو المنشئ او الموقع .

رابعا/ ان الاعتراف القانوني بالمعاملات الالكترونية التي تنشأ باستخدام الوسيط الالكتروني الذكي جاء قاصرا من جانب اخر، فقد جاء الاعتراف القانوني مقتصرا على تطبيق واحد من تطبيقات الوسائط الالكترونية الذكية المتعددة والمتنوعة في العمل، فبالرجوع الى تعريف المشرع العراقي للوسيط الالكتروني نجده يعرفه بأنه " برنامج أو نظام الكتروني لحاسوب أو أية وسيلة الكترونية أخرى تستخدم من اجل تنفيذ إجراء أو الاستجابة لإجراء بقصد إنشاء أو إرسال أو استلام رسالة معلومات" [83] ولما كان المشرع قد قصد بالوسائل الالكترونية "أجهزة أو معدات أو أدوات كهربائية أو مغناطيسية أو ضوئية أو كهرومغناطيسية أو أية وسائل أخرى مشابهة تستخدم في إنشاء المعلومات ومعالجتها وتبادلها وتخزينها " [84] ولما كان الاعتراف القانوني الذي تضمنته المادة 18/ اولا من القانون العراقي و التي نصت على ان "... يجوز أن يتم الإيجاب والقبول في العقد بوسيلة الكترونية" قاصرا على العقود والمعاملات التي يجريها الوسيط الالكتروني الذكي فقط عندما يكون ذلك باستخدام وسائل الكترونية، ولن يشمل ذلك الاعتراف؛ العقود او المعاملات الالكترونية التي تتم باستخدام البرامج الالكترونية والنظم الالكترونية المستخدمة لمعالجة المعلومات،وهي التي لا يشملها – ظاهر النص – بالاعتراف القانوني بما ينشأ عن استخدامها من معاملات او عقود الكترونية

.../... يتبع