



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة كربلاء
كلية القانون
الفرع الخاص

المسؤولية المدنية الناشئة عن إتلاف المستندات الإلكترونية (دراسة مقارنة)

رسالة مقدمة إلى مجلس كلية القانون - جامعة كربلاء
وهي جزء من متطلبات نيل شهادة الماجستير في القانون الخاص

كتبت بواسطة الطالب :

سالم عبد الوهاب شاكر

ياشرف

الأستاذ الدكتور عادل شمran حميد الشمري

ربيع الثاني / 1444 هـ

نوفمبر / 2022 م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



﴿وَلِلَّهِ مَا فِي السَّمَاوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ لِيَجْزِيَ الَّذِينَ أَسَاءُوا بِمَا

عَمَلُوا وَيَجْزِيَ الَّذِينَ أَحْسَنُوا بِالْحُسْنَى﴾

صَدَقَ اللَّهُ الْعَلِيِّ الْعَظِيمِ

سورة النجم ﴿الآية 31﴾

إقرار المشرف

أشهد إن رسالة الماجستير الموسومة بـ (المسؤولية المدنية الناشئة عن
إتلاف المستندات الإلكترونية - دراسة مقارنة) المقدمة من قبل الطالب (سالم
عبد الوهاب شاكر) إلى مجلس كلية القانون - جامعة كربلاء بوصفها جزء
من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون الخاص قد جرت تحت اشرافي
ورسحت للمناقشة ... مع التقدير ...

التوقيع : 

الاسم : أ.د. عادل شمران حميد

الدرجة العلمية : استاذ

الاختصاص : القانون المدني

جامعة كربلاء - كلية القانون

إقرار المقوم اللغوي

أشهد أنني قرأت رسالة الماجستير الموسومة بـ (المسؤولية المدنية الناشئة عن إتلاف المستندات الالكترونية " دراسة مقارنة") المقدمة من قبل الطالب (سالم عبد الوهاب شاكر) إلى مجلس كلية القانون - جامعة كربلاء، وقد وجدتھا صالحةً من الناحيتين اللغوية والتعبيرية، بعد أن أخذ الطالب بالملاحظات المسجلة على متن الرسالة ... ولأجله وقعت.


التوقيع: الخبير اللغوي

الخبير اللغوي

أ.م.د. سهيلة خطاف عبد الكريم

الاختصاص العام: لغة / ذو

جامعة كربلاء - كلية القانون

٢٠٢٢/٦/٢٨

إقرار لجنة مناقشة ماجستير

نحن رئيس لجنة المناقشة وأعضائها نقر أننا اطلعنا على هذه الرسالة الموسومة بـ
(المسؤولية المدنية الناشئة عن ائتلاف المستندات الالكترونية "دراسة مقارنة")، وناقشنا الطالب
(سالم عبد الوهاب شاكر) في محتواها، وفيما له علاقة بها، ونعتقد إنها جديرة بالقبول لنيل درجة
الماجستير في القانون / فرع القانون الخاص ودرجة (صيد جيد) .


التوقيع :

الاسم: أ.م.د. عبد الله عبد الأمير طه

(عضواً)

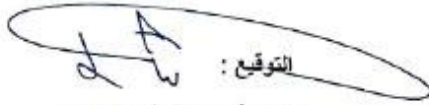
التاريخ: 2022 / /


التوقيع :

الاسم: أ.د. حيدر حسين كاظم

(رئيساً)

التاريخ: 2022 / /


التوقيع :

الاسم: أ.د. عادل شمran حميد

(عضواً ومشرفاً)

التاريخ: 2022 / 11 / 10


التوقيع :

الاسم: أ.م.د. محمد عبد الرزاق محنت

(عضواً)

التاريخ: 2022 / 11 / 10

صادق مجلس كلية القانون / جامعة كربلاء على قرار لجنة المناقشة


التوقيع :

أ.د. ضياء عبدالله عبود الجابر

عميد كلية القانون / جامعة كربلاء

التاريخ: 2022 / 11 / 10

الأهداء

أهدي ثمرة جهدي المتواضع إلى من وهبوني الحياة والأمل، والاطلاع والمعرفة، ومن علموني أن ارتقي سلم الحياة بحكمة وصبر، إلى روح والدي رحمه الله، ووالدتي رحمها الله....

وإلى من كانوا عوناً لي في رحلة بحثي: أخواني وأخواتي إِيكُمْ يَا أَشِقَاءَ الدَّمِّ وَشُرَكَاءَ الرُّوحِ
ورفيقة دربي زوجتي العزيزة...

إليكم جميعاً أهدي ثمرة جهدي هذا ..

شُكْرٌ وَعُرْفَانٌ

بعد الشكر لله على ما أنعم عليّ من إتمام هذا الرسالة، بجميع مفاصله، فإنّي أتوجّه بخالص الشكر الجزيل إلى عمادة كليّة القانون- جامعة كربلاء، وإلى معاونيها العلمي، والإداري، وإلى رئيس فرع القانون الخاص؛ لما يبذلونه من جهدٍ، وتفانٍ، وإخلاص، في سبيل نجاح العملية التعليمية.. وأتقدّم بالشكر إلى جميع أساتذتي في كليّة القانون، والذين كان لهم الفضل الأكبر في وصولي إلى هذه المرحلة، ولا أجد ما أقابل فيض عطائهم سوى الدعاء لهم بالتوفيق، والعمر المديد..

وأجدني قاصراً عن صوغ شكرٍ يليق بأستاذي المشرف الأستاذ الدكتور: عادل شمران الشمري؛ لتفضّله بقبول الإشراف على إعداد هذه الرسالة، ولما بذل من جهدٍ في رعايته لي بعد الله سبحانه وتعالى، فقد نصح، وقوّم، وعدّل، وكان واسع الصدر في تعامله معي، وفي إبدائه للنصائح، والإرشادات حتّى تمّت هذه الدّراسة ببركة ما بذله من علمٍ ومعرفة، ولا يسعني إلّا أن أدعو له بدوام التوفيق، وأن يجزيه الله تعالى عني كلّ خير..

ثمّ أتوجّه بالشكر والامتنان إلى موظفي كليّة القانون ، وموظفي مكنتبات كلية القانون في جامعة كربلاء، وبابل، والعتبتين الحسينية، والعباسية على ما يبذلونه من تعاونٍ مع الباحثين، وعلى سعة صدورهم في إنجاز متطلبات البحث عن المصادر والمراجع، وشكري متّصل إلى زملائي في الدّراسة، وإلى كل من أبدى مساعدتي.... لهم جميعاً شكري وتقديري وامتناني.

﴿المحتويات﴾

رقم الصفحة	الموضوع	ت
4 - 1	مقدمة	1
54 - 5	الفصل الأول: مفهوم إتلاف المستندات الإلكترونية	2
32 - 7	المبحث الأول: ماهية إتلاف المستند الإلكتروني	3
20 - 7	المطلب الأول: التعريف بإتلاف المستند الإلكتروني	4
13 - 8	الفرع الأول: تعريف إتلاف المستند الإلكتروني	5
20 - 13	الفرع الثاني: مزايا إتلاف المستندات الإلكترونية	6
31 - 20	المطلب الثاني: مدى استيفاء المستند لشرط الكتابة المعتمدة	7
25 - 20	الفرع الأول: شرط القراءة والفهم	8
32 - 26	الفرع الثاني: شروط الثبات والديمومة	9
40 - 32	المبحث الثاني: ماهية الإتلاف الإلكتروني	10
34 - 33	المطلب الأول: التعريف بالإتلاف الإلكتروني	11
40 - 34	المطلب الثاني: خصائص الإتلاف الإلكتروني	12
37 - 34	الفرع الأول: الطابع المادي لإتلاف المستند الإلكتروني	13
39 - 37	الفرع الثاني: خصائص مرتكب الإتلاف	14
54 - 40	المبحث الثالث: تحقق المسؤولية الناتجة عن إتلاف الإلكتروني	15
45 - 40	المطلب الأول: عناصر الإتلاف الإلكتروني	16
54 - 46	المطلب الثاني: شروط الإتلاف الإلكتروني	17
113 - 55	الفصل الثاني: أحكام إتلاف المستندات الإلكترونية	18
83 - 57	المبحث الأول: أركان المسؤولية الناشئة عن سوء استخدام الحاسوب	19

67 - 57	المطلب الأول: الفعل الضار المنشئ للمسؤولية	20
60 – 58	الفرع الأول: مفهوم الفعل الضار في القانون الفرنسي	21
64 – 60	الفرع الثاني: مفهوم الخطأ وأركانه في القانون المصري	22
67 - 65	الفرع الثالث: مفهوم الفعل الضار في القانون الأردني	23
75 – 67	المطلب الثاني: الضرر في المسؤولية الناشئة عن إساءة استخدام الحاسوب	24
70 – 68	الفرع الأول: مفهوم الضرر	25
72 – 70	الفرع الثاني : الضرر المادي	26
75 – 73	الفرع الثالث: الضرر المعنوي	27
83 - 75	المطلب الثالث: العلاقة السببية بين الفعل الضار والضرر المنشئ لهذه المسؤولية	28
81 – 76	الفرع الأول: وجود علاقة سببية	29
83 - 81	الفرع الثاني: انتفاء علاقة السببية بين الفعل الضار والضرر الناجم عنه	30
93 - 83	المبحث الثاني: مدى خضوع ضرر الإتلاف الإلكتروني لأحكام القواعد التقليدية	31
87 - 84	المطلب الأول: موقف الفقه القانوني	32
85 – 84	الفرع الأول: إمكانية تطبيق القواعد التقليدية على الإتلاف الإلكتروني	33
87 – 85	الفرع الثاني: عدم إمكانية تطبيق القواعد التقليدية على الإتلاف الإلكتروني	34
93 - 87	المطلب الثاني: موقف التشريعات	35
89 – 88	الفرع الأول: موقف التشريع الفرنسي	36
92 - 90	الفرع الثاني: موقف التشريع العراقي	37
113 - 93	المبحث الثالث: الجزاء المترتب على المسؤولية المدنية الناجمة عن إتلاف المستند الإلكتروني	38
93	المطلب الأول: معنى التعويض	39

111 – 94	المطلب الثاني: أنواع التعويض	40
113 - 112	المطلب الثالث: تقدير التعويض	47
118 - 114	الخاتمة	48
130 - 119	المصادر	49
ii - iii	Abstract	50

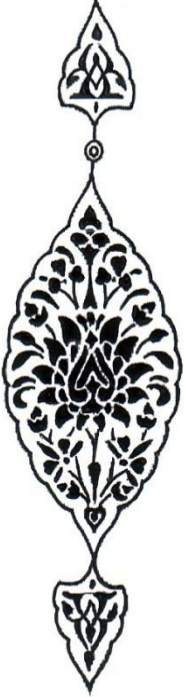
المستخلص

إنَّ استخدام أجهزة الحاسوب في مجالات الحياة المختلفة أصبح جزءاً مهماً من متطلبات الحياة المعاصرة وقد تزايد مستخدموها في السنوات الأخيرة إذ إنَّ الاستغناء عن الحاسوب يكاد يكون أمراً مستحيلاً ، غير أن استخدام الحاسوب لاسيما في ظل شبكة الانترنت لا يخلو من آثار سلبية تتمثل بأعمال الإتلاف والتخريب والتعطيل الإلكتروني للبيانات والبرامج ، إذ يتم وبموجبها محو أو تشويه أو تعطيل معطيات الحاسوب المخزونة في أجهزة الخزن الرئيسية أو الثانوية أو حتى إعطاب الأجزاء المادية لجهاز الحاسوب ، الأمر الذي يلحق ضرراً بشخص المستخدم على النحو الذي يسوّغ له المطالبة بالتعويض وهو ما اعترفت له بذلك بعض التشريعات في حين لا تزال التشريعات الأخرى لم تنص على مسؤولية الشخص عن أفعال الإتلاف الإلكتروني ، وقد أصبح كل من يمتلك أو يستخدم الحاسوب يواجه مشكلات يومية كثيرة أهمها هو تسلل الفيروس إلى الحاسوب وما يترتب على ذلك من أضرار متعدّدة ، إذ أصبحت الفيروسات تسبب في المدة الأخيرة ضرراً ومشاكل كثيراً لمجموعة كبيرة من مستخدمي الحاسبات ، وأصبح الشغل الشاغل لمعظم مستخدمي الحاسبات هو كيفية تأمين نظام الحاسوب ضد الفيروس وكيفية القضاء عليه وتعويض اثاره الضارة في حالة الاصابة به ، وإذا كانت الفيروسات أو بعض البرامج التي تم تنصيبها على الحاسوب تؤدي إلى نتائج سلبية تتمثل بإتلاف البيانات والمعلومات والملفات الخاصة بالمستخدم ، فإن الأمر لا يقف عند هذا الحد بل قد يمتد إلى اعطاب بعض الاجزاء المادية في الحاسوب كتعطيل وحدة الخزن أو وحدة الذاكرة وغير ذلك من الاجزاء للحاسوب وقد يزداد الامر سوءاً في الأحوال التي يؤدي فيها الإتلاف الإلكتروني إلى إعطاب أو إحداث خلل بمنظومات شبكات الحاسوب المرتبطة ببعضها وما يترتب على ذلك من أضرار ولاسيما إذا كانت تلك الشبكة ضرورية لتقديم خدمات معينة للأفراد فإن توقف تلك الشبكات نتيجة أعمال الإتلاف الإلكتروني يؤدي إلى تعطيل تقديم الخدمات وما قد يلحق من ذلك ضرر بالشركة أو المؤسسة المقدمة والأفراد المستفيدين منها.

تكمن أهمية الموضوع في إلقاء الضوء على التطورات العلمية والتكنولوجية الحديثة التي رافقت ثورة المعلوماتية والاتصالات التي وصلت لذروتها وتجاوزت حدود الخيال، إذ جعلت العالم قرية صغيرة مترامية الأطراف سقطت بينها حواجز الزمان والمكان واللغة، وهذا التطور التقني الهائل جعل الحاجات غير محدودة والرغبة في الحصول على الحقوق ملحة وآنية، وما كان للمتقاضي والقاضي ليرضى بأن لا يكون له نصيب من هذا التطور التكنولوجي المتزايد ولا سيما بعد ظهور التجارة الإلكترونية والحكومة الإلكترونية ، ثم قسمنا الدراسة إلى فصلين ،

خصصنا الفصل الأول وعنوانه مفهوم المستندات الإلكترونية ، و نتناول في الفصل الثاني وعنوانه أحكام إتلاف المستندات الإلكترونية، ونختم الدراسة بخاتمة بما توصلنا إليه من استنتاجات وما تليه من مقترحات .

المُقدِّمة



المقدمة

أولاً: التعريف بموضوع البحث

أصبح استخدام الحاسوب جزءاً من الحياة المعاصرة في تفاصيل الحياة البشرية وقد وجدت في السنوات الأخيرة إذ إنّ الاستغناء عن استخدام الحاسوب أصبح مستحيلاً ، وإذا كان استخدام الحاسوب له فوائد متعددة من حيث سرعة في الانجاز ، ودقة في النتائج والقدرة على حفظ المعلومات بشكل واسع وغير ذلك من الفوائد إلا إنّنا لا يمكن أن نتجاهل الأضرار التي يمكن أن تنتج من استخدام الحاسوب.

وقد أصبح كل من يمتلك أو يستخدم الحاسوب يواجه مشاكل يومية كثيرة أهمها هو تسلل الفيروس إلى الحاسوب وما يترتب على ذلك من أضرار كثيرة ، إذ أصبحت الفيروسات تسبب في المدة الأخيرة ضرراً ومشكلات كثيرة لمجموعة كبيرة من مستخدمي الحاسبات ، وأصبح الشغل الشاغل لمعظم مستخدمي الحاسبات هو كيفية تأمين نظام الحاسوب ضد الفيروس وكيفية القضاء عليه وتعويض آثاره الضارة في حالة الإصابة به ، وإذا كانت الفيروسات أو بعض البرامج التي تم تنصيبها على الحاسوب تؤدي إلى نتائج سلبية تتمثل بإتلاف البيانات والمعلومات والملفات الخاصة بالمستخدم ، فإن الامر لا يقف عند هذا الحد بل قد يمتد إلى إعطاب بعض الاجزاء المادية في الحاسوب كتعطيل وحدة الخزن أو وحدة الذاكرة وغير ذلك من الأجزاء للحاسوب وقد يزداد الأمر سوءاً في الأحوال التي يؤدي فيها الإتلاف الإلكتروني إلى إعطاب أو إحداث خلل بمنظومات شبكات الحاسوب المرتبطة ببعضها وما يترتب على ذلك من أضرار لا سيما إذا كانت تلك الشبكة ضرورية لتقديم خدمات معينة للأفراد فإن توقف تلك الشبكات نتيجة أعمال الإتلاف الإلكتروني يؤدي إلى تعطيل تقديم الخدمات وما قد يلحقه ذلك ضرراً بالشركة أو المؤسسة المقدمة والافراد المستخدمين منها.

ثانياً - أهمية الموضوع

تكمن أهمية الموضوع في تسليط الضوء على التطورات العلمية والتكنولوجية الحديثة التي رافقت ثورة المعلوماتية والاتصالات التي وصلت ذروتها وتجاوزت حدود الخيال، جعلت العالم قرية صغيرة مترامية الاطراف سقطت بينها حواجز الزمان والمكان واللغة، وهذا التطور التقني الهائل جعل الحاجات غير محدودة والرغبة في الحصول على الحقوق ملحة وأنية، وما كان للمتقاضي والقاضي ليرضى بان لا يكون له نصيب من هذا التطور التكنولوجي المتزايد ولا

سيما بعد ظهور التجارة الإلكترونية والحكومة الإلكترونية ، وهكذا دخلت المستندات الإلكترونية بوصفها الأسلوب الحديث للكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني، لتمثل التحدي الأكبر لشكلية الإجراءات فضلاً عن كونها تُمثل أسلوباً جديداً لإدارة الدعوى المدنية ، إذ إنها تترك آثاراً سلبية تتمثل بأعمال الإتلاف والتخريب والتعطيل الإلكتروني للبيانات والبرامج ، إذ يتم وبموجبها محو أو تشويه أو تعطيل معطيات السندات الإلكترونية أو حتى إعطاب الأجزاء المادية لجهاز الحاسوب ، الأمر الذي يلحق ضرراً بشخص المستخدم على النحو الذي يسوّغ له المطالبة بالتعويض وهو ما اعترفت له بذلك بعض التشريعات وبدأت موجة تعديلات في قوانين المرافعات المدنية تهب برياحها في بعض البلدان المتطورة في مجال تكنولوجيا المعلومات لتنظيم مسألة التقاضي ؛ لأن القضاء كغيره من المجالات التي تتسارع وسائل تطويره بتطور المجتمع ؛ لذلك لا بد من مواكبة التطورات التكنولوجية المتسارعة التي يشهدها العالم والتي تفرز في كل يوم جديدة في عالم التكنولوجيا والتفاعل معها بإيجابية من منطلق درء الضرر عن المجتمع وتحقيق أقصى فائدة للمجتمع.

ثالثاً - أسباب اختيار الموضوع

إنّ استخدام الحاسبات الإلكترونية في مجالات الحياة المختلفة أصبح جزءاً مهماً من متطلبات الحياة المعاصرة وقد تزايد مستخدموها في السنوات الأخيرة بحيث إن الاستغناء عن الحاسوب يكاد يكون أمر مستحيلاً ، غير أن استخدام الحاسوب لاسيما في ظل شبكة الانترنت لا يخلو من آثار سلبية تتمثل بأعمال الإتلاف والتخريب والتعطيل الإلكتروني للبيانات والبرامج ، إذ يتم وبموجبها محو أو تشويه أو تعطيل معطيات الحاسوب المخزونة في أجهزة الخزن الرئيسية أو الثانوية أو حتى إعطاب الأجزاء المادية لجهاز الحاسوب ، الأمر الذي يلحق ضرراً بشخص المستخدم على النحو الذي يسوّغ له المطالبة بالتعويض ، وهو ما اعترفت له بذلك بعض التشريعات في حين لا تزال التشريعات الأخرى من دون وجود ما ينص منها على مسؤولية الشخص عن أفعال الإتلاف الإلكتروني وهذا ما دفعني للبحث بهذا الموضوع من الناحيتين القانونية والعملية وتسليط الضوء على ما يكتنفها في ضوء التشريع العراقي واتجاه القضاء وكذلك القوانين المقارنة.

رابعاً - إشكالية البحث

تكمن إشكالية البحث من خلال تزايد استخدام المستندات الإلكترونية مما يؤدي الى صعوبة في تحديد الحدود الفاصلة للمسؤولية الناتجة عن استخدامها وإتلافها كون أن العمل أصبح بالمستندات الإلكترونية أمراً واقعاً تتزايد أهميته يوماً بعد يوم نتيجة للتطور المذهل الذي أحدثته الشبكة العالمية والتجارة الإلكترونية وعقد الصفقات الضخمة عبر الانترنت، مما جعل الحياة اليومية للأفراد والدول والشركات والمؤسسات تعتمد عليه بصورة شبه كلية، إذ شكّل رديفاً مهماً للمعاملات التقليدية المدرجة على المستندات الورقية ؛ ونظراً لابتكار المستند الإلكتروني ودخوله حيز التطبيق بشكل واسع جداً، كان من الضروري تدخل المشرع لتنظيمه قانونياً من حيث النص على قيمته الثبوتية ووضع التكافؤ الوظيفي بينه وبين المستند التقليدي، وضرورة تعديل المشرع العراقي لقواعد الإثبات التقليدية وما ينطوي عليه من حيث القانون المدني من جوانب قانونية ولا سيما قيام المسؤولية التقصيرية.

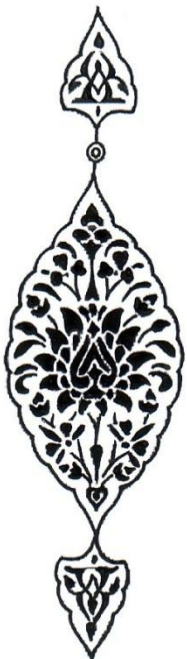
خامساً- منهجية البحث

تحتاج أي دراسة إلى منهج علمي منضبط ، لذلك ستكون الدراسة معتمدة على المنهج المقارن ، وذلك بالمقارنة بين التشريع العراقي من جهة والتشريع المصري من جهة أخرى إضافة الى ما ورد في التشريع الاردني وفقاً للقانون المدني رقم 43 لسنة 1976 المعدل وكذلك قانون المعاملات الإلكترونية الاردني رقم 85 لسنة 2001 المعدل ، فضلاً عن قانوني التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي ذي الرقم (78) لسنة 2012، وقانون تنظيم التوقيع الإلكتروني وإنشاء هيئة تنمية تكنولوجيا المعلومات المصري ذي الرقم (15) لسنة 2004 ؛ وذلك لغرض التعرف على المسؤولية المدنية الناشئة عن إتلاف المستندات الإلكترونية.

سادساً - هيكلية البحث

استناداً إلى ما تقدم من أهمية للموضوع والإشكالية والمنهجية تناولنا الدراسة إلى فصلين خصصنا الفصل الأول وعنوانه مفهوم المستندات الإلكترونية قسمناه إلى ثلاثة مباحث الأول ماهية المستند الإلكتروني و الثاني ماهية الإتلاف الإلكتروني أما الثالث تحقق مسؤولية الإتلاف الإلكتروني ، و نتناول في الفصل الثاني وعنوانه أحكام إتلاف المستندات الإلكترونية على ثلاثة مباحث الأول أركان المسؤولية الناشئة عن سوء استخدام الحاسوب والثاني مدى خضوع ضرر الإتلاف الإلكتروني لأحكام القواعد التقليدية والثالث الجزاء المترتب على المسؤولية المدنية الناجمة عن إتلاف المستند الإلكتروني ، ونختم الدراسة بخاتمة بما توصلنا إليه من استنتاجات وما تليه من مقترحات.

الفصل الأول
مفهوم إتلاف المُستنداتِ
الإلكترونية



الفصل الأول

مفهوم إتلاف المستندات الإلكترونية

أدى ظهور التعاملات الإلكترونية و انتشارها إلى تضافر الجهود الدولية و الوطنية لتذليل ما يعترضها من عقبات ، والعمل علي تهيئة البنية القانونية التي تتلاءم مع هذه التعاملات سواءً أكان ذلك من حيث إنجازها ، أم من حيث توثيقها وإثباتها . وقد تركزت الجهود الدولية الرامية إلى تذليل المعوقات التي تعترض التعاملات الإلكترونية بصفة عامة، والتجارة الإلكترونية بصفة خاصة، في اعتناق مفهوم متطور للكتابة لا يقتصرها على الكتابة الخطية التقليدية فحسب، بل يشمل إلى جانبها الكتابة الإلكترونية التي تتخذ دعامة لها المستندات الإلكترونية ، فضلا عن الاعتراف بالتوقيع الإلكتروني و مساواته - بشروط معينه - بالتوقيع الخطي بوصفه أداة لتوثيق هذه التعاملات . ويأتي في مقدمة الجهود الرامية إلى تشجيع التعاملات الإلكترونية عن طريق بث الثقة فيها وتذليل عقباها ، قانون الأونسيترال النموذجي في شأن التجارة الإلكترونية الذي وضعته لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي في أول ديسمبر من عام 1996 ، والذي منح رسائل البيانات الإلكترونية حجية في الإثبات ، كما اعترف بالتوقيع الإلكتروني ، وسأوى بينة و بين التوقيع اليدوي . فالإثبات إنما يرد على مصدر الحق، لا على الحق ذاته، ومصدر الحق كما هو معلوم قد يكون تصرفا قانونياً أو واقعة قانونية، أما الحق ذاته فلا يكون محلاً للإثبات، بل هو الهدف الذي يرمي إليه صاحب الحق من الإثبات، ومن ثم فإن العجز عن إثبات مصدر الحق من شأنه أن يؤدي إلى عدم وجود الحق أمام القضاء كحقيقة قضائية ولو كان له وجود في الحقيقة والواقع.

في الواقع فإن كثيراً من القضايا يخسرها أصحابها، فيضيع الحق على أحدهم، لا لأنه مدع كاذب؛ وإنما لأن حقه الذي يطالب به بلا دليل هو جسد لا روح فيه ولا نفع منه، ولهذا فقد استقر عند الفقهاء أن الإثبات يُعدُّ بمثابة شريان الحياة للحق، وأن الحق الذي يعجز صاحبه عن الإثبات هو والعدم سواء.

لذلك فإن تطور أدلة الإثبات القضائي جاء نتيجة تطور الفكر الإنساني وتماشياً مع تطور معاملات الأفراد من مجتمع لآخر، فوسائل الإثبات وليدة الواقع العملي وتعبيراً عما تعارف عليه الناس في معاملاتهم، ولم يفرضها المشرع عليهم، بل اكتفى بتقريبها وتقنينها على وفق متطلبات كل زمن واحتياجاته، وعن طريق تتبع مراحل تطور وسائل الإثبات عبر العالم، نجد أنها مرت بثلاث مراحل رئيسة حتى وصلت إلى ما هي عليه الآن بظهور

المستندات الإلكترونية، التي دفعت المشرعين في مختلف الدول إلى إقرار قوانين التوقيعات الإلكترونية ، ماهية هذا المستند الإلكتروني الجديد؟ وما خصائصه التي تميزه عن المستند التقليدي، وماهي عناصر إنشائه عبر وسائل الاتصال الحديثة؟.

لغرض الاحاطة بموضوع هذا الفصل ، قسمنا هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث نتناول في المبحث الاول ماهية المستند الإلكتروني أما المبحث الثاني فقد خصصناه لماهية الإتلاف الإلكتروني والمبحث الثالث نتناول فيه تحقق المسؤولية الناتجة عن الإتلاف الإلكتروني وكما يلي:

المبحث الأول

ماهية المستند الإلكتروني

إن الوقوف أمام مجريات المستند الإلكتروني فيما أنتجته الحواسيب والانترنت من مخرجات، وبحث مدى حجية مستخرجات الحاسوب، والبريد الإلكتروني، وقواعد البيانات المخزنة في داخل النظم و غيرها أصبح معه اليوم إمكانية إبرام و إنشاء السند الرسمي بطريقة الكترونية سهلة متضمنة في مضمونه تصرف قانونية معينة. وعليه سنقوم بدراسة ماهية السند الإلكتروني عن طريق البحث فيما يندرج تحتها من مفاهيم تتعلق ببيان تعريف المستند الإلكتروني، ومزايا المستند الإلكتروني في المطلب الاول وأتطرق في المطلب الثاني إلى مدى استيفاء المستند لشرط الكتابة المعتمدة قانوناً :

المطلب الأول

التعريف بالمستند الإلكتروني

إن التصرفات والمعاملات التي يتم إبرامها عن طريق وسائل الاتصال الحديثة تتمتع بدرجة عالية من الأمان، والثقة ؛ وذلك بسبب إمكانية الرجوع إلى هذا المستندات، أو المحررات الإلكترونية في أي وقت، وفي أي مكان من دون مشقة وعناء ؛ وذلك لسهولة فتح هذه المستندات أو المحررات الإلكترونية عن طريق جهاز الحاسوب ويمكن معرفة لمن تعود هذه المستندات وذلك عن طريق نسب التوقيع الإلكتروني⁽¹⁾ إلى موقعه وقد تم الاعتراف بهذه المستندات من قبل المشرع العراقي وأغلبية الدول ووجدوا لها

(1)- مفلح عواد القضاة ، البيئات في المواد المدنية والتجارية، دار الثقافة، عمان، 2007، ص35.

قوانين خاصة كقانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي رقم (78) لسنة 2012 وقانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم (15) لسنة 2004 المعدل، وقانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم (15) لسنة 2015 ومن هذا المنطلق سنبين في هذا المطلب تعريف المستند الإلكتروني في الفرع الأول ومن ثم نتناول مزايا المستند الإلكتروني في فرع ثاني وكما يأتي:

الفرع الأول

تعريف المستند الإلكتروني

أولاً: التعريف لغة: السند في اللغة مصدره استند، ومعناه وثيقه يُستند إليها، مكتوبة أو مطبوعة، تحمل الشكل الأصلي أو الرسمي أو القانوني ، وجمعه سندات ومستندات، يقال : أبرز المحامي مستنداته – أو سندات – في المحكمة⁽¹⁾.

ثانياً: التعريف اصطلاحاً: أما السند في الاصطلاح القانوني فهو المحرر المتضمن لبيانات أو معلومات يتم تبادلها بين طرفي العلاقة. وقد يكون السند عادياً أو إلكترونياً. وقد عرّف الفقه السند الإلكتروني تعريفات متعدّدة ، لكنها تلتقي في معنى واحد، لخصه البعض بالقول : " إنه البيانات والمعلومات التي يتم تبادلها من خلال المراسلات التي تتم بين طرفي العلاقة بوسائل إلكترونية سواء أكانت شبكة الأنترنت أم عن طريق الأقراص الصلبة أم شاشات الحاسب الآلي أم أي وسيلة إلكترونية أخرى لتوصيل المعلومة بينهما، أو إثبات حق، أو القيام بعمل. فهي الوسيلة التي يتمكن المتلاقون عبر الأنترنت من توصيل المعلومة لبعضهم البعض"⁽²⁾.

أيضاً هناك رأي يُعرف السند وهو : " السند الذي يتم إنشاؤه أو تخزينه أو استخراجة أو نسخه أو إرساله أو إبلاغه أو أستلامه برسلة إلكترونية على وسيط ملموس أو على أي وسيط إلكتروني آخر، ويكون قابلاً للاسترجاع بشكل يمكن فهمه " ⁽³⁾.

(1)- ابراهيم مصطفى أحمد الزيات، وحامد عبد القادر، ومحمد النجار - المعجم الوسيط - ج 1 - مجمع اللغة العربية - القاهرة - ط 3 - 1998 - ص- 701 - 702، وما بعدها .
(2)- د. محمد فواز المطالقة - الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة) - ط1- دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان الاردن - 2006- ص205.
3- د. عوني الفخري - المسؤولية المدنية الناشئة عن استخدام الحاسوب - بحث مقدم إلى ندوة (القانون والحاسوب) - بيت الحكمة - بغداد - أب- 1998- ص 74

أما في القانون العراقي فقد عرف قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي رقم (78) لسنة 2012 بصفته وسيطاً إلكترونياً وقد نص عليه : " برنامج أو نظام إلكتروني كالحاسوب أو أية وسيلة إلكترونية أخرى، تستخدم من أجل تنفيذ إجراء أو الاستجابة لأجراء بقصد إنشاء أو إرسال أو استلام رسالة معلومات " (1).

ليكون التعريف شاملاً ومستوعباً لمشتملات السند كافة على وفق معطيات التقدم العلمي المعاصر وفي المستقبل، يمكن القول إنَّ السند الإلكتروني لا يتحدد بالأقراص التي تحتوي الكتابة فحسب، بل يشمل الأقراص التي تحوي الكتابة وغيرها كالتسجيل السمعي أو السمع بصري وهو بتقديرنا لا يتعارض مع أحكام قانون الإثبات العراقي (2). ولذا يمكن القول إنَّ الكتابة في السندات الإلكترونية تتميز بالخصائص الآتية :

أولاً- اعتماد السند الإلكتروني على إحداث تغير فيزيائي في مادة السند ؛ لأن الكتابة في تلك السندات تعتمد على ذلك بالدرجة الأساس، وهو ما يميز السند الإلكتروني عن السند الورقي، إذ يعتمد الأخير على أساس التصاق مادة بأخرى (كالحبر والورق) (3).

ثانياً- عدم ظهور الكتابة في السند الإلكتروني إلا بواسطة جهاز الحاسوب ؛ لأن هذه السندات مكتوبة بلغة الآلة ، وهذه اللغة لا يفهمها إلا جهاز الحاسوب، إذ يقوم الجهاز المذكور بمعالجتها وتحويلها إلى كتابة بإحدى لغات الإنسان تُعرض على شاشة الحاسوب (4).

في مجال التشريع، عرف المشرع العراقي السند الإلكتروني الفقرة (تاسعاً) من المادة (1) من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم (78) لسنة 2012 ونصها " تاسعاً – المستندات الإلكترونية – المحررات والوثائق التي تنشأ أو تدمج أو تخزن أو ترسل، أو تستقبل كلياً أو جزئياً بوسائل الكترونية بما في ذلك تبادل البيانات إلكترونياً أو البريد الإلكتروني، أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي، ويحمل توقيعاً إلكترونياً " .

يمكن القول إنَّ الرسائل الإلكترونية في تطور مستمر وسريع، فإذا عُرف اليوم الأنترنت وشاع استعمال الحاسوب، وعُرف من قبله البرق والتلكس فإن العلم لم يتوقف ؛

1- تلاحظ المادة (1/ثامناً) من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي.
2) ينظر الفصل الأول من الباب الثاني بعنوان (الدليل الكتابي) – قانون الإثبات العراقي رقم (107) لسنة 1979 المعدل.
3) عبد الرحمن المبيض، دراسات في وسائل الاتصالات (التلكس، التلبرنتر، و الجنتكس، والفاكسميل، الهاتف، دار مجدلاوي، عمان، الطبعة الأولى 1989، ص59.
4) سعد شيخو مراد – المسؤولية المدنية الناتجة عن استخدام الكمبيوتر – رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون بجامعة بغداد – 1990 – ص 205.

لذا نرتأي ضرورة أن يتضمن التعريف الوارد بالفقرة (تاسعاً) من المادة (1) أنه الذكر عبارة تدل على إمكانية شمول ما سيقدره العلم مستقبلاً من وسائل أخرى، وهو الاتجاه الذي أخذت به بعض التشريعات العربية ، ولذلك نقترح إلى تعديلها بإضافة العبارة التالية في نهايتها : " أو على أي وسيط إلكتروني آخر قابلاً للاسترجاع بشكل يمكن فهمه " (1).

الإضافة المتقدمة – بتقديرنا – تمنح السند الإلكتروني مجالاً أوسع ليشمل وسائل المعلومات والاتصالات المتوافرة حالياً، كما يستوعب في الوقت ذاته التقنيات التي سيفصح عنها العلم مستقبلاً.

جدير بالذكر إن السند الإلكتروني لم يعد مقتصرًا على أمور التجارة والعقود التجارية والمعاملات المالية، بل تعدى ذلك أموراً إلى الحياة كافة بما فيها قواعد الحياة الوظيفية وسير العمل في الوظائف والشركات والمؤسسات العامة والخاصة⁽²⁾، بما في ذلك المحاكم والمؤسسات العدلية. وبهدف التنسيق بين عمل المحاكم كافة وتنمية القدرة على الاستفادة من المعلومات والخبرات الماضية والمستقبلية ، وبهدف تطوير العمل التقني والإداري، ورفع مستوى فاعلية وكفاءة عموم المحاكم ندعو إلى بناء قاعدة بيانات ومعلومات لكل محكمة استئناف، ترتبط مع بعضها ومع قاعدة البيانات والمعلومات المركزية في مجلس القضاء الأعلى، بحيث يمكن الرجوع إليها واسترجاع ما تحتاجه أي محكمة من معلومات على وجه السرعة ؛ وبذلك تسهم في تمكين القضاء من اتخاذ قرارات سليمة وموحدة في القضايا المتماثلة، كما تسهم في تأسيس نظام إداري كفوء و متماسك لعموم الأجهزة القضائية بما في ذلك المعلومات الشخصية عن كل منتسب لمجلس القضاء الأعلى والمعلومات الخاصة بالجانب الوظيفي، وبذلك يتحقق للمجلس تطوير العمل القضائي و الإداري في آن واحد.

جدير بالذكر أن من مقتضيات التعريف لمفهوم السند الإلكتروني تحديد مكان السند وزمانه، كما لو تم التعاقد مثلاً عبر شبكة الانترنت وبالرجوع إلى القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل، نجد ان المادة (87) منه تأخذ بنظرية العلم بالقبول، وتجعل من وصول القبول قرينة على العلم. وهذه المسألة عالجه قانون (الاونسترال النموذجي) للتحكيم و التجارة الدولي وذلك في المادة (15) منه. ويمكن القول إنّ المشرع العراقي قد استقى أحكامه منه في معالجته لهذه المسألة عند ما شرع القانون رقم (78) لسنة 2012، إذ

(1) - عايض المري، مدى حجية الوسائل التكنولوجية الحديثة في إثبات العقود التجارية، القاهرة بدون سنة نشر، ص40.

(2) - د. عثمان سلمان غيلان العبودي، مصدر سابق، ص22.

نصت المادة (19 / أولاً) منه على: " أولاً – إذا طلب الموقع من المرسل إليه بموجب مستند إلكتروني اعلامه بتسلم ذلك المستند أو كان متفقاً معه على ذلك، فإن قيام المرسل إليه بإعلام الموقع بالوسائل الإلكترونية، أو بأية وسيلة أخرى، أو قيامه بأي تصرف أو إجراء يشير إلى أنه تسلم المستند، يعد إستجابة لذلك الطلب أو الاتفاق " (1).

يستدل من النص المتقدم أن موقع الاستجابة للطلب أو الاتفاق هو مكان انعقاد العقد يعزز ما تقدم نص المادة (21/أولاً) من القانون نفسه ونصها : " أولاً – تعد المستندات الإلكترونية قد أرسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل الموقع، وأنها أستلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه وإذا لم يكن لأي منها مقر عمل يعد محل الإقامة مقراً للعمل مالم يكن الموقع والمرسل إليه قد اتفقا على غير ذلك)، فإذا أنكر أحد الاطراف علاقته بالإرسال ولم يثبت ذلك فلا يترتب القضاء مسؤولية قانونية عليه ولا سيما إذا لم يكن هنالك أي دليل ومن التطبيقات القضائية على ذلك قرار محكمة التمييز الاتحادية جاء فيه : " لدى التدقيق..... غير أنه أرسل رسالتين بواسطة الانترنت ملخصها عدم علاقة المدعى عليه بالمبلغ المطالب به، ولم تترتب محكمة الموضوع عليها أثراً على موضوع الدعوى كونها أقوالاً مجردة من الأدلة القانونية المعتبرة " ونلاحظ من خلال إمعان النظر بالقرار المشار إليه أن محكمة الموضوع لم تترتب أي أثر للرسائل الإلكترونية المرسلة .

كما عالج المشرع حالة ما إذا كان للموقع أو المرسل إليه أكثر من موقع وذلك في الفقرة (ثانياً) من المادة أنه الذكر ونصها : " إذا كان للموقع أو المرسل إليه أكثر من مقر عمل، فيعد المقر الأقرب صلة بالمعاملة هو مكان الإرسال أو التسلم، وعند تعذر التحديد يعد مقر العمل الرئيسي هو مكان الإرسال أو التسلم " (2).

بهذا الصدد نلاحظ أن القضاء العراقي يعتمد (مكان تَلْقَى المكاملة) هو المكان الذي تتحدد على أساسه المحكمة المختصة بنظر الدعوى ويمكن القياس عليها في التعديل على مكان تلقي الرسالة الإلكترونية، فقد فُضي بأنه : " لدى التدقيق والمداولة وجد أن المشتكين من سكنة سوق الشيوخ، وأن الأتصال الهاتفي الوارد من هاتف المتهم على هاتف المشتكية

(1) - محمد المطالقة ، الوجيز في شرح عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان - الأردن، 2006، ص55.

(2) قانون الأونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية والتحكيم الدولي اعتمده الهيئة القانونية الرئيسية التابعة لمنظمة الأمم المتحدة في مجال القانون التجاري الدولي في 2 حزيران 1996 وعدل عام 2001. يهدف هذا القانون إلى تيسير استخدام الوسائل الحديثة للاتصالات وتخزين المعلومات في الأنشطة التجارية الدولية كما يتضمن قواعد لتنظيم التجارة الإلكترونية في مجالات محددة موقع الأونسترال متاح على الموقع الإلكتروني : WWW. UN C IT RAL.ORG .

تم عند ما كانت المشتكية في دار زوجها في قضاء سوق الشيوخ، وبذلك فإن محكمة سوق الشيوخ هي المحكمة المختصة مكانياً بنظر الدعوى لذا قرر إحالة القضية على محكمة جنح سوق الشيوخ للنظر فيها حسب الاختصاص المكاني.... " (1).

أما عن زمان الرسالة الإلكترونية، أي تأريخها، فقد تناول المشرع العراقي الإشارة لذلك في المادة (20) من القانون رقم (78) لسنة 2012 والتي تنص: " أولاً: تعد المستندات الإلكترونية مرسله، من وقت دخولها نظام معالجة معلومات لا يخضع لسيطرة الموقع أو الشخص الذي أرسلها نيابة عنه مالم يتفق الموقع والمرسل إليه على غير ذلك، ثانيًا: إذا كان المرسل إليه قد حدد نظاماً لمعالجة المعلومات لتسلم المستندات فتعد متسلمة عند دخولها إلى ذلك النظام، فإذا أرسلت إلى نظام غير الذي تم تحديده فيعد إرسالها قد تم منذ قيام المرسل إليه بإعادتها إلى النظام المحدد منه لتسلم المعلومات ثالثاً: إذا لم يحدد المرسل إليه نظاماً لمعالجة معلومات لتسلم المستندات الإلكترونية فيعد وقت تسلمها هو وقت دخولها لأي نظام لمعالجة المعلومات تابع للمرسل إليه) (2).

إنّ المستند الإلكتروني شأنه شأن المستند الورقي يجب أن يستوفي عناصر إنشائه من كتابة وتوقيع حتى يكون دليلاً في الإثبات، إذ إنّ أوجه التشابه بين السنتين الإلكتروني والورقي هو تضمنهما كتابة قابلة للقراءة مباشرةً أو بالواسطة ومفهومة من الإنسان، على أن تكون مذيلة بتوقيع من صدرت عنه هذه الكتابة(3).

فالكتابة هي مجموعة من رموز معينة تدل على معنى واضح أو فكرة مترابطة بغض النظر عن الدعامة المثبتة عليها، فالكتابة تمثيل للكلام والأفكار بحروف ورموز معينة من دون ربطها بالدعامة التي تحرر عليها(4)، وبهذا تشترك الكتابة الإلكترونية مع الكتابة الورقية في أن كلاهما يعبر عن أفكار وأقوال عن طريق مجموعة من الحروف والرموز التي تدل على معنى واضح ومفهوم والاختلاف بينهما يكمن في الركيزة المادية للمحتوى، فالركيزة

(1) قرار محكمة استئناف ذي قار الاتحادية بصفتها التمييزية رقم 171 / ت. جنح / 2012 في 26/6/2012. مجلة التشريع والقضاء - السنة الرابعة - العدد الثاني - 2012 - ص 268.

(2) - أسامة المليجي ، استخدام مستخرجات التقنيات الحديثة، وأثره على قواعد الإثبات المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص37.

3- د. عوني الفخري - المسؤولية المدنية الناشئة عن استخدام الحاسوب - بحث مقدم إلى ندوة (القانون والحاسوب) - بيت الحكمة - بغداد - أب - 1998 - ص 75.

(4) أسل كاظم كريم، حجبة المحرر الإلكتروني في الإثبات المدني، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد 2006، ص36.

هي إما ورقية أو إلكترونية ومن ثم تنتج عن الخصائص التقنية لكل من الركيبتين بعض أوجه الاختلاف بين المستنديين الإلكتروني والورقي.

الفرع الثاني

سمات المستندات الإلكترونية

من أجل إسباغ القيمة القانونية للسند الإلكتروني ومنحه الحجية في الإثبات كسائر السندات المتعارف عليها يتعين أن تتوافر فيه مزايا، وتتمثل هذه المزايا بعناصر أساسية ينبغي توافرها وأهمها : الكتابة، والتوثيق، والتوقيع، وإمكانية الاحتفاظ بالسند واسترجاعه ويمكن بيان مزاياه في ما يلي:

أولاً – كتابة السند الإلكتروني

لإسباغ قيمة قانونية لأي سند، ينبغي إثباته على دعامة ورقية أو أي شيء مادي آخر، وإثبات السندات لا يكون إلا بالكتابة، وميزة الكتابة تمكين الآخرين من الاطلاع عليها. ومع ذلك نجد أن الفقه لا يعير اهتماماً لتعريف الكتابة، بل يأتي على ذكرها بوصفها عنصراً من عناصر المحرر (السند) من خلال تعريفه للسند بأنه : " الأوراق أو المحررات المكتوبة التي تستخدم كأداة في الإثبات"⁽¹⁾.

ولكي تؤدي الكتابة وظيفتها في الإثبات، يتعين أن تكون الكتابة قابلة للقراءة من أجل إمكانية الاحتجاج بما في المحرر من محتويات وحيث إن السند الإلكتروني قابل للقراءة عن طريق إيصال المعلومات إلى الحاسب الألي الذي يتم تغذيته ببرامج لها القدرة على ترجمة لغة الآلة إلى اللغة المقروءة للإنسان، فهي من هذه الجهة تصلح لأن تكون دليلاً مقبولاً في الإثبات إذا ما توافرت العناصر الأخرى⁽²⁾.

كما ينبغي أن تتميز الكتابة بالاستمرارية، إذ إنّ من الخصائص المهمة في الوسيط الإلكتروني أن تكون له القدرة على الاحتفاظ بالمعلومات لمدة طويلة. وللوسائل الإلكترونية

(1) د. توفيق حسن فرج – قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت – 2003- ص 79.

(2) سعد شيخو مراد – مصدر سابق – ص 205.

الحديثة من المقدرة على الاحتفاظ على السند ربما يفوق المحررات الورقية، والتي قد تتأثر بعوامل مرور الزمن أو الرطوبة أو سوء التخزين أو بفعل الحشرات⁽¹⁾.

كذلك ينبغي أن تتميز الكتابة بالاستقرار وعدم القابلية للتعديل حفاظاً عليها من إمكانية التعرض للتخريب أو التزوير. وبالرجوع إلى الفقرة (أولاً-) من المادة (35) من قانون الإثبات العراقي رقم (107) لسنة 1979 المعدل، نجد أنها خولت المحكمة صلاحية استبعاد السند المشوب بشائبة التزوير أو الاصطناع، والمقصود بالسند هنا هو السند الرسمي والسند العادي. وبتقديرنا فإن ما ينصرف إلى السندات التقليدية (الرسمية والعادية)⁽²⁾ ينصرف على السندات الإلكترونية من وجوب خلوها من شائبة التزوير وللتخلص من هذه الشائبة اتفق الفقه على اشتراط عدم قابلية السند الإلكتروني للتعديل وذلك عن طريق استخدام برنامج حاسوب خاص يسمح بتحويل النص إلى صورة ثابتة لا يمكن التدخل فيها أو تعديلها، أو من خلال حفظها في صناديق الكترونية لا يمكن فتحها إلا بمفتاح خاص تحت رقابة جهات معتمدة من الدولة، بحيث إنّ أية محاولة يقوم بها أطراف التعامل لتعديل الوثيقة الإلكترونية تؤدي إلى إتلاف المحاولة ومحوها تماماً⁽³⁾.

غير أن اعتماد الكتابة الإلكترونية بوصفها عنصراً في السند الإلكتروني لا يمنع من ضرورة تحويلها أو إفراغها في محضّر مكتوب على الورق من أجل يسير الاطلاع عليها وحفظها في ملف الدعوى.

في قرار آخر لمحكمة التمييز أكدت فيه على وجوب إفراغ محتويات الرسائل بمحاضر- جلسات المرافعة إلا أن المحكمة لم تدون هذه الرسائل في محاضر جلسات المرافعة الجارية في الدعوى أو تقوم بتفريقها بموجب محاضر أصولية ، حتى يمكن معرفة ما إذا كانت تلك الرسائل تشكل ضرراً جسيماً للمميز عليها...⁽⁴⁾.

يتضح من خلال القرار أنف الذكر، أن محكمة التمييز الاتحادية الموقرة ترى بأن رسائل الهاتف النقال، وهي من أنواع الأدلة المستخرجة من وسائل الاتصال الحديثة يمكن

(1) د. حسن عبد الباسط جمحي - إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الأنترنت - دار النهضة العربية - القاهرة - 2000 - ص 21 - 22.

(2) عمر المومني ، التوقيع الإلكتروني وقانون التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط 1 ، 2003 ، ص 39.

(3) - د. حسن عبد الباسط جمحي- مصدر سابق - ص 23 - 24.

(4) قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 2691 / هيئة شخصية أولى / 2008 في 19 / 8 / 2008 القاضي وليد أحمد كردي - حجية التوقيع الإلكتروني - بحث مقدم لاغراض الترقية - 2014 - ص 61 - 64.

الاعتداد بها واعتمادها بوصفها أدلةً قانونية لإثبات الضرر إذا ما تم تدوين أو إفراغ تلك الرسائل بمحاضر جلسات المرافعة أو بمحضر مستقل يربط بملف الدعوى.

جدير الذكر إنّ الكتابة الموجودة في المستند أو المحرر الإلكتروني تكون على شكل معادلات، من خلال عمليات إدخال البيانات وإخراجها شاشة الحاسوب الآلي، أو أية وسيلة إلكترونية أخرى وقد تناول المشرع العراقي تعريف الكتابة الإلكترونية في المادة (1/خامساً) من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم (78) لسنة 2012 بأنها : " كل حرف أو رقم أو رمز أو أية علامة أخرى مشابهة، وتعطي دلالة قابلة للإدراك والفهم " (1). في حين عَزَفَتْ تشريعات أخرى عن تعريف الكتابة الإلكترونية، وإنما عرفت المعلومات التي تكون في الحاسوب. من ذلك المادة (5/1) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2001 وجاء فيها بأنها : " البيانات والنصوص والصور والأشكال والاصوات والرموز وقواعد البيانات وبرامج الحاسوب وما شابه ذلك " (2).

يمكن القول إنّ الكتابة عنصر جوهري للسند – أيّاً كان – فلا قيمة قانونية له من حيث الحجية والآثار المرتبة على محل التعاقد وجه الخصوص، لأن إتمام التصرفات القانونية يشترط فيها التوثيق، ولا يمكن التوثيق دون الاعتماد على الكتابة، مع الإشارة إلى أن الصورة قد تكون دليلاً لصالح المدعي أو ضده إذا ما تم نشرها عبر وسائل الاتصال الاجتماعي أو بأية وسيلة إلكترونية أخرى، والقول بأن الصورة تشكل ضرراً يستوجب تعويض المتضرر من عدمه متروك لتقدير المحكمة بعد الاستعانة بالخبراء. بل إن الصورة قد تكون دليلاً في دعاوي الجزائية ضد المتهم أو لصالحه، وهي تكون كذلك بالتبعية في دعاوي المدنية. وبهذا الصدد قرار محكمة استئناف بغداد الرصافة بصفتها التمييزية جاء فيه : " لدى التدقيق والمداولة – ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد أنه غير صالح ومخالف للقانون ؛ لأن ما نسب إلى المميز لا يشكل استهانة بهيبة الدولة وفقاً لما نصت عليه الفقرة (4) من المادة (السادسة عشر) من قانون المطبوعات رقم 206 لسنة 1968. وان الصورة المنشورة هي تعبير عن واقع فعلي لهموم الناس، ويدخل ذلك في باب حق النقد الذي هو أهم صور حرية الرأي لمن يتصدون للوظيفة العامة، وقد مورس ذلك وبحسن نية. وحيث

(1) والمعنى نفسه ذهب إليه المشرع المصري للكتابة الإلكترونية في المادة (1/أ) من قانون التوقيع الإلكتروني رقم 5 لسنة 2004 بانها : (كل حروف أو ارقام أو رموز أو أية علامات اخرى تثبت على دعامة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أية وسيلة اخرى مشابهة وتعطي دلالة قابلة للإدراك).
(2) أبو بكر محمود الهوش، الحكومة الإلكترونية الواقع والآفاق، ط 1 ، الناشر مجموعة النيل العربية ، 2006، ص40.

إن المحكمة في حكمها المميز لم تلتزم وجهة النظر المتقدمة من أجل بصحته، لذا قرر نقضه وإلغاء للتهمة الموجهة للمتهم (ح) والافراج عنه، ورد الطعن المقدم من قبل المشتكي...⁽¹⁾.

ثانياً – توثيق السند الإلكتروني

إن إصدار أي محرر إلكتروني مهما كان لا بد من توثيقه لدى جهة معتمدة يتم تحديدها رسمياً، ولا يشترط أن تكون هذه الجهة واحدة وعمل هذه الجهة يكمن في التحقق من صحة المستند الذي يتم إصداره ومن شخصية مُصدرة وفي العراق وبمقتضى المادة (6) من قانون رقم 78 لسنة 2012، تقوم الشركة العامة لخدمات الشبكة الدولية للمعلومات التابعة لوزارة الاتصالات العراقية بالمهام التالية :

- 1- منح ترخيص إصدار شهادات التصديق، بعد استحصال موافقة الوزير – أي وزير الاتصالات – وفقاً للقانون.
 - 2- تحديد المعايير الفنية لأنظمة التوقيع الإلكتروني، وضبط مواصفاتها الفنية والتقنية.
 - 3- المتابعة والإشراف على أداء الجهات العاملة في مجال إصدار شهادات التصديق وتقويم أدائها.
 - 4- النظر في الشكاوي المتعلقة بأنشطة التوقيع الإلكتروني أو تصديق الشهادة، والمعاملات الإلكترونية، واتخاذ القرارات المناسبة في شأنها وفقاً للقانون.
 - 5- تقديم المشورة الفنية للجهات العاملة في مجالات التوقيع الإلكتروني، وإقامة الندوات والمؤتمرات التثقيفية بهذا الخصوص، وتصديق الشهادات .
 - 6- إقامة الدورات التدريبية للعاملين في مجالات التوقيع الإلكتروني وتصديق الشهادات.
- وجدير بالذكر أنه وبعد الانتهاء من إجراءات التصديق، يتم منح صاحب المستند الإلكتروني التعريف الشخصي الخاص به وهو عبارة عن (رمز) يصدر عن الجهة المختصة المرخص لها بصلاحية التوثيق، إذ يتم استخدامه من قبل الشخص المرسل إليه لتمييز السندات عن بعضها البعض وتجنب عدم التمييز بينها⁽²⁾.

(1)- قرر محكمة استئناف بغداد الرصافة الاتحادية ، رقم 206 / ت / 2014 في 2014/4/6 (غير منشور).

(2) أنظر المادة (2) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، إذ نصت على منح شهادة التوثيق لإثبات نسبة التوقيع الإلكتروني الي شخص معين، أما الرمز فهو التعريف الذي تمنحه الجهة المرخصة بتوثيق

من جانب آخر فإن المادة (1 / 11) من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقية قد نصت على أنه : " حادي عشر – شهادة التصديق : هي الوثيقة التي تصدرها جهة التصديق وفق أحكام هذا القانون والتي تستخدم لإثبات نسبة التوقيع الإلكتروني إلى الموقع " . وأما رمز التعريف فهو " الرمز الذي تخصصه جهة التصديق للموقع لأستخدامه في التعاملات الإلكترونية " (1).

ثالثاً – الاحتفاظ بالسند الإلكتروني وإمكانية استرجاعه

من أجل أن تكون للسند الإلكتروني قيمة قانونية في الإثبات يشترط لإمكانية اعتماده أن يكون قابلاً للحفظ بشكله الأصلي وسلامة المعلومات الواردة فيه من دون أن يمسه أي تغيير في شكلها الأصلي حيث يتم الاحتفاظ بمعلومات السند الإلكتروني عن طريق إدخالها أو إدخال بنود الاتفاق كما هي وتخزينها ثم يجري التوقيع آلياً في الحاسب الآلي، ويحصل ذلك بعد أن تتم معاينة السند عن طريق شاشة الحاسوب(2).

تخزين المعلومات والتوقيع عليها يتم على إسطوانة مغناطيسية بحيث يمكن استرجاعها واستخراج نسخ عنها مطابقة للأصل من قبل من له صلة أو مصلحة بالمستند. هذه الأحكام قررها المشرع العراقي في قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية في المادة(13) والتي نصت على : " تكون للمستندات الإلكترونية، والكتابة الإلكترونية والعقود الإلكترونية ذات الحجية القانونية لمثيلاتها الورقية إذا توافرت فيها الشروط الموضوعية الآتية(3) :

أ – أن تكون المعلومات الواردة فيها قابلة للحفظ والتخزين بحيث يمكن استرجاعها في أي وقت ب – إمكانية الاحتفاظ بها بالشكل الذي تم إنشاؤها أو إرسالها أو تسليمها له، أو باي شكل يسهل له إثبات دقه المعلومات التي وردت فيها عند إنشائها أو إرسالها أو تسليمها بما لا يقبل التعديل بالإضافة أو الحذف.

العقود لاستعماله من المرسل إليه من أجل تمييز السجلات الصادرة عن ذلك الشخص أما جهة التوثيق فقد اسندها المجلس الوزراء والآخر هو الذي يحدد هذه الجهة عملية بنص المادة (39) من القانون نفسه . ويلاحظ بهذا الشأن أيضاً المادة (2) من قانون تنظيم التوقيع الإلكتروني وإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات المصري رقم 5 لسنة 2004 إذ أسند هذه المهمة إلى هيئة تميز صناعة التكنولوجيا لتوثيق. التوقيع وإصدار شهاداتها التوثيق.

(1)نضال برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ، 2005، ص34
(2) أنظر: د.علاء حسين مطلق التميمي، المستند الإلكتروني (عناصره ومدى حجيته)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011 – ص 55.

(3) المادة (13) من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية، ص70.

ج- أن تكون المعلومات الواردة فيها دالة على من ينشئها أو تسليمها، وتاريخ ووقت إرسالها وتسليمها " .

أما الشروط التي تطلبها المشرع في الصور المنسوخة فقد ذكرها المشرع العراقي في المادة (14) من القانون نفسه إذ تنص على أنه : " تكون الصورة المنسوخة عن المستند الإلكتروني حائزة على صفة النسخة الأصلية إذا توافرت فيها الشروط الآتية :

أولاً – أن تكون معلومات وبيانات الصورة المنسوخة متطابقة مع النسخة الأصلية.

ثانياً- أن يكون المستند الإلكتروني التوقيع الإلكتروني موجودين على الوسيلة الإلكترونية

ثالثاً – إمكانية حفظ معلومات وبيانات الصورة المنسوخة وتخزينها، بحيث يمكن الرجوع إليها عند الحاجة.

رابعاً – إمكانية حفظ الصورة المنسوخة في الشكل الذي أنشئت أو أرسلت أو تسلمت به النسخ الأصلية للمستند الإلكتروني وتحفظ وفق قوانين وتعليمات حفظ الوثائق.

خامساً – أحتواء الصورة المنسوخة على المعلومات الدالة على الموقع والمستلم وتاريخ ووقت الإرسال والتسليم⁽¹⁾.

أما من حيث الأنواع والوسائل التي يتم من خلالها الاحتفاظ بالمحرر الإلكتروني واسترجاعه فهي كالآتي:

أ- **الشريط المغناطيسي**: هو عبارة عن شريط من البلاستيك مطلي بمادة معدنية قابلة للمغنة يبلغ عرضه من (1/4 1/2 بوصة) وقد يكون ملفوفاً على كرة مثل التي يتم استخدامها في أجهزة التسجيل الصوتي والمرئي، ويتم التسجيل عليها كما هو الحال بالنسبة إلى شرائط التسجيل الصوتي لكونها تحتوي رأساً للقراءة⁽²⁾، والكتابة يسجل على شكل نقط مغناطيسية بشفرة خاصة تدل على البيانات المتوافرة في الحاسب كما أن الرأس حساس بوجود المعلومات ويقوم بإرسال النبضات الكهربائية المقابلة الشفرة البيانات المخزنة

(1) المادة (8) من قانون (الأونسترال النموذجي) وبموجبه يشترط الاحتفاظ بالمعلومات على شكلها الأصلي لتأكيد سلامة للمعلومات من الوقت الذي انشئت فيه.

(2) - عبد الحميد ثروت، التوقيع الإلكتروني ومدى حجتيه في الإثبات، مكتبة دار الجلاء الإسكندرية 2002، ص56.

بالحاسب فضلاً عن أنّ هذا الشريط يحتوي على أكثر من مسار أو قناة تمكن من الكتابة عليها كما أنه يتمكن من تخزين كمية هائلة من البيانات على الشريط الواحد⁽¹⁾.

ب- **شبكة الانترنت:** تُعدُّ شبكة الانترنت من أكثر الوسائل المستخدمة في الوقت الحاضر لحفظ المعلومات وذلك بسبب سهولة استرجاع البيانات من دون الحاجة إلى حمل جهاز وعند دخول الشخص إلى شبكة الانترنت، ومن ثم الدخول إلى الموقع الخاص به سوف يقوم بإدخال رمز التعريف الخاص به وسوف يتم حفظ كل البيانات واسترجاعها التي يحتاجها المستخدم من دون الحاجة للقيام بإجراءات أخرى، ويؤخذ على شبكة الانترنت عدم توفر الأمان إذا لم يتم استخدام وسائل أمان لحفظ البيانات ؛ وذلك لأن هذه الشبكة تكون معرضة إلى عمليات سرقة المعلومات والقرصنة أو تدميرها⁽²⁾.

ت- **الأقراص المرنة :** تُعدُّ هذه الأقراص من أهم الوسائل التي تستخدم في تخزين واسترجاع البيانات ويتم العمل بهذه الأقراص في كافة الحواسيب ؛ وذلك لأنها تمتاز بسهولة استخدامها، وسهولة تداولها، ويكون شكل هذه الأقراص على هيئة دوائر تكون مصنوعة من مادة بلاستيكية كما انها رقيقة مطلية بمادة ممغنطة من أكسيد الحديد وتكون هذه المادة حساسة، وتتوفر هذه الأقراص على نوعين حسب طلب الشخص⁽³⁾، فمنهما يمكن التسجيل عليه على وجه وأحد للسطح والثاني يكون مزدوج السطح للتسجيل عليه وتوجد في القرص المرن فتحة يتم عن طريقها قراءة ما يحتويه القرص من بيانات، وذلك عن طريق وحدة الأقراص التي تلامس رأس سطح القرص المغناطيسي وعندها سوف تتم عملية القراءة، أو الكتابة من حيث الاسترجاع أو الإدخال، وقد ظهر نوع جديد في الآونة الاخيرة يسمى (CD) يكون شكله دائرياً يوجد بداخله شريط مغناطيسي تسجل عليه البيانات واسترجاعها ويمتاز هذا النوع من الأقراص بسعته العالية التي تفوق سعة القرص العادي، ويمتاز أيضاً بأنه يكون للقراءة فقط لا يمكن الكتابة عليه إلا في حالة وجود جهاز مساعد للكتابة لا يشبه جهاز القراءة وهذا ما جعله يكون أكثر أماناً وأحد طرق الإثبات⁽⁴⁾.

(1) د. محمد فواز المطالقة، مصدر سابق ، ص213.

(2) د. لورنس محمد عبيدات، اثبات المحور الإلكتروني، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص84.

(3) - د. عبد الفتاح حجازي ، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، الكتاب الأول، نظام التجارة الإلكترونية وحمايتها مدنية، دار الفكر الجامعي، 2002، ص76.

(4) د. خالد حسن احمد لطفي، نطاق المسؤولية المدنية في الاعتداء على بيانات ومعلومات على الكمبيوتر، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2020، ص74.

د- القرص الصلب (Hard Disk) : يوجد هذا القرص في جهاز الحاسوب، وهو عبارة عن قرص معدني رقيق مغطى بمادة، مغناطيسية تكون مصنوعة في أغلب الأحيان من سبائك الألمنيوم ويمتاز هذا القرص بالسعة التخزينية الكبيرة التي تفوق كل الأنواع الأخرى وكذلك يمتاز بسرعه العاليه في التسجيل والاسترجاع، وذلك لأنه يكون مربوطاً بالجهاز ارتباطاً أساسياً مما جعله يكون أسرع من الأقراص المرنة، ويطلق عليه أيضاً القرص الثابت وذلك لأنه يصعب تحريكه من مكان إلى آخر إلا مع تحريك الجهاز معه⁽¹⁾.

المطلب الثاني

مدى استيفاء المستند لشرط الكتابة المعبرة

إن من خصائص المستندات والمحركات الإلكترونية، خاصية الإثبات التي يتم من خلالها ضمان حق المتنازع عليه حتى ولو لمدة زمنية، كما ان المستند أو المحرر الإلكتروني يجب أن يكون قابلاً للقراءة والإدراك، أي بإمكان أي شخص قراءة مضمونه، ولاسيما القاضي، ويكون مضموناً مفهوماً للجميع ولا يكون فيه أي تغير حتى بعد مرور مدة من الزمن، وأن الدعامة التي يتم بها كتابة المستند أو المحرر الإلكتروني يجب أن تكون موجودة، ومحفوظة بشكل جيد وصالحة للقراءة مهما طال عليه مدة الكتابة⁽²⁾.

الفرع الأول

شرط القراءة والفهم

أولاً- شروط صحة الكتابة الإلكترونية.

حدد المشرع العراقي في قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية ضوابط معينة ينبغي أن تستوفيها الكتابة الإلكترونية، حتى تؤدي وظيفتها القانونية في الإثبات، وتتمتع بالقيمة القانونية ذاتها التي تتمتع بها مثيلتها التقليدية، وتتجلى هذه الشروط التي يجب توافرها في الكتابة الإلكترونية في أن تكون الكتابة الإلكترونية مقروءة ومفهومة، وأن تكون

(1) د. طوني ميشال عيسى : التنظيم القانوني لشبكات الانترنت، ط1، 2001، ص335.
(2) سامح عبدالواحد النهامي، التعاقد عبر الأنترنت دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2008، ص518.

ثابتة ومستمرة⁽¹⁾، وأن لا تقبل التعديل في مضمونها سواءً أكان ذلك بالإضافة أم الحذف، فضلاً عن ضرورة تحديد منشئها ووقت وتاريخ إرسالها وتسليمها، وذلك حتى تقدم الثقة والأمان للمتعاقدين عبر وسائل الاتصال الحديثة، لذا نفصل على التوالي بيان هذه الشروط وكما يأتي:

1. أن تكون الكتابة الإلكترونية مقروءة ومفهومة.

يشترط في الكتابة حتى تصلح أن تكون دليلاً في الإثبات أن تكون مقروءة، وأن تكون واضحة بحيث يمكن فهمها وإدراك محتواها، ويستوي في ذلك أن تكون مدونة على دعامة ورقية أو إلكترونية أو أن تكون قد تم تدوينها بحروف أو بيانات أو رموز⁽²⁾. وإذا كان هذا الشرط يتوافر في الكتابة التقليدية مثل الكتابة المدونة على الأوراق، إلا أنه تماشياً مع هذا المفهوم، فإن البيانات الإلكترونية على الرغم من أنها تكون في صورة غير مادية، بل وقد تكون مشفرة، إلا أنه يمكن قراءتها باستخدام الحاسوب، ومن ثم تكون لها قيمة قانونية في الإثبات، متى أمكن فك هذا التشفير، بحيث تصبح بصورة بيانات مقروءة بشكل واضح يمكن فهمها وإدراكها بالنسبة إلى الإنسان.

2. أن تكون الكتابة الإلكترونية ثابتة ومستمرة.

لكي تحقق الكتابة وظيفتها في الإثبات يجب أن تدون على دعامة تحفظها لمدة طويلة من الزمن بحيث يمكن الرجوع إليها عند الحاجة، ويستوي في ذلك أن تكون ثابتة على دعامة ورقية أو إلكترونية، كحفظها على ذاكرة الحاسوب أو الأقراص الممغنطة أو البريد الإلكتروني، وقد يبدو لأول وهلة أن هذه الصفة لا تتوافر في الكتابة الإلكترونية؛ نظراً لأن الدعائم الإلكترونية التي تحفظ الكتابة تتصف بالحساسية مما قد يعرضها للتلف بسبب سوء التخزين أو بسبب تغير قوة التيار الكهربائي، إلا أن هذه المشكلة يمكن التغلب عليها باستخدام الأجهزة ذات التقنيات المتطورة والتي توفر إمكانية حفظ الكتابة الإلكترونية بصفة مستمرة، وعلى نحو أفضل من حفظ المستندات التقليدية⁽³⁾.

(1) - د. عبد العزيز حمود ، مدى حجية المحرر الإلكتروني في الإثبات، في المسائل المدنية والتجارية في ضوء قواعد الإثبات النافذة، القاهرة، 2005، ص30.

(2) - د. بشار دو دين ، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الأنترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان - الأردن، ط 1 ، 2006 ، ص50.

(3) د. محمد حسام لطفي، الحجية القانونية للمصغرات الفيديوية في إثبات المواد المدنية القاهرة، دار النهضة العربية، 1988، ص55.

كذلك يمكن لمقدمي خدمات التصديق الإلكتروني أن يقوموا بعمليات حفظ البيانات والمعلومات الإلكترونية المتعلقة بشهادات التصديق التي يصدرونها، وذلك لمدة تتلاءم مع مدة تقادم التصرفات الثابتة بشهادة التصديق، ومن ثم فإن هذه الطريقة من شأنها أن تسبغ على الكتابة الإلكترونية درجة عالية من الأمان، والاحتفاظ بالمعلومات المدونة لأطول مدة ممكنة، ومن هنا فإن وظيفة مقدمي خدمات التصديق الإلكتروني لا تقتصر على تصديق المستندات الإلكترونية، وإنما يمكن أن يخول إليهم الاحتفاظ بهذه البيانات والمعلومات لمدة معينة⁽¹⁾.

3- أن تكون الكتابة الإلكترونية غير قابلة للتعديل بالإضافة أو الحذف.

يتصل هذا الشرط اتصالاً وثيقاً بالشرط السابق، فلا يكفي لقيام الكتابة الإلكترونية بوظيفتها أن تحفظ على ركيزة تسمح بثباتها واستمرارها، بل يتعين بهذه الأخيرة أن تضمن سلامتها من العبث بمحتواها بعد إتمامها أو إرسالها أو تسلمها⁽²⁾، فالمقصود بهذا الشرط هو أن لا يطرأ على الكتابة بعد إرسالها أي تعديل أو تلاعب بالبيانات الواردة فيها إلا بتلافها أو ترك أثر مادي عليها، ولعل الهدف من ذلك هو المحافظة على المراكز القانونية لأطراف التعامل من جهة⁽³⁾، وتوفير عنصر الثقة والأمان في تعاملاتهم من جهة أخرى⁽⁴⁾، الأمر الذي يتطلب استعمال دعائم مؤمنة تضمن عدم التلاعب بالكتابة المسجلة عليها، بحيث تأتي بصورة سليمة خالية من أي عيب يؤثر في صحتها كدليل في الإثبات فإذا تعرضت بعد إتمامها لأي تغيير أو تعديل سواء أكان ذلك بالإضافة أم بالحذف نال ذلك من قوتها الملزمة، وأصبحت خاضعة للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع⁽⁵⁾.

هذا الشرط يتحقق في الكتابة الخطية على ركيزة ورقية، فتدوين هذه الكتابة يتم غالباً بالحبر الذي يرتبط بالورقة ارتباطاً كيميائياً بحيث يلتصق الحبر بهذه الأخيرة فتصبح وحدة

(1) د. حسن عبد الباسط جمعي، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الأنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص55.

(2) تلاحظ المادة (13/ أ و ب) من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي؛ ويقابلها نص المادة (18/ ج) من قانون التوقيع الإلكتروني المصري كذلك المادة (7) الفقرة (1) من قانون التوقيع الإلكتروني الأردني.

(3) أنظر: أسل كاظم كريم، مصدر سابق، ص54.

(4) أنظر: د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت 2003، ص168.

(5) نصت المادة (35/ ثانياً) من قانون الإثبات العراقي على أن (للمحكمة أن تقدر ما يترتب على الكشط والمحو والشطب والتحشية وغير ذلك من العيوب المادية في السند من إسقاط قيمته في الإثبات أو إنقاص هذه القيمة على أن تدلل على صحة وجود العيب في قرارها بشكل واضح).

واحدة تصاغ بصورة نهائية غير قابلة للفصل أو التعديل إلا بإتلافها أو ترك أثر مادي يمكن اكتشافه بمجرد النظر إليها أو بواسطة أهل الخبرة⁽¹⁾.

أمّا فيما يتعلق بالكتابة على دعامة إلكترونية، فاستيفائها للشرط المتقدم يتوقف على نوع أو طبيعة الدعامة المستخدمة في حفظ المعلومات، فإذا كانت من الدعائم التي تسمح طبيعتها التقنية بالاستعمال المتكرر لها، كالأقراص المرنة التي تتيح للأطراف المستخدمة التعديل المستمر على البيانات المثبتة فيها بالإضافة أو الحذف أو إعادة تنسيق الكتابة من دون ترك أثر مادي، فإن الكتابة الإلكترونية تفقد استيفائها للشرط أعلاه، أمّا إذا كانت الكتابة مدونة على دعامة إلكترونية لا تسمح إلا باستعمالها لمرة واحدة فقط كأقراص ال cd التي يتعذر محو ما كتب فيها، وعند محاولة إجراء التعديل عليها يؤدي ذلك إلى إتلافها أو ترك أثر مادي واضح فيها، فيجب أن تستوفي الكتابة الإلكترونية على هذه الركائز شرط عدم القابلية للتعديل أو الإضافة⁽²⁾.

وفضلاً عن ذلك، تمكن خبراء تقنيات وسائل الاتصال وتكنولوجيا المعلومات من تقديم التقنية التي تضمن تحقق هذا الشرط في الكتابة الإلكترونية، وتجسد ذلك بوضع برامج تقنية خاصة تسمح بتحويل ملف (ward) الذي يمكن تعديله إلى صورة ثابتة (image) لا يمكن تعديلها أو تغيير محتواها إلا بإتلافها أو ترك أثر مادي عليها أو عن طريق حفظ الكتابة الإلكترونية بصيغتها النهائية في صناديق إلكترونية لا يمكن فتحها إلا بمفتاح خاص تحت رقابة وإشراف جهات معينة معتمدة من قبل الدولة، بحيث أن أية محاولة للتلاعب بمضمونها يؤدي إلى إتلافها أو محوها⁽³⁾.

4- أن تكون دالة على منشئها ووقت وتاريخ إرسالها وتسلمها.

إلى جانب الشروط القانونية الخاصة بالتسليم وتاريخ الإرسال والاستلام ينبغي أن تكون متاحة من الناحية الفنية والتقنية لتحديد مصدر الكتابة الإلكترونية ووقت وتاريخ إرسالها وتسلمها وهذا ما أشار إليه قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي إذ نص في المادة (13/أولاً/ج) من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي على : " أن تكون المعلومات الواردة فيها دالة على من ينشأها أو

(1) د.محمد حسام لطي، الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية، دراسة في قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة 2002، ص47.

(2) د. خالد فهمي، التوقيع الإلكتروني، الدار الجامعية الجديدة، الإسكندرية، ط 1، 2007، ص40.

(3) أطلق على هذه الجهات بجهات التوثيق أو جهات التصديق الإلكترونية .

يتسلمها وتاريخ ووقت إرسالها وتسلمها"⁽¹⁾، ويقصد بذلك أن يكون هناك تيقن تام من الشخص الذي صدرت عنه الكتابة⁽²⁾، ولهذا الشرط أهميته البالغة في التصرفات الجارية عبر الوسائل الحديثة، ففي مجال إبرام العقود والصفقات تنتقل الكتابة (رسالة البيانات) عبر الفضاء الإلكتروني وهي تحمل تعبير الأطراف عن إرادتهم حول العقد المراد إبرامه، مما قد يخشى معه نتيجة خطأ عمدي أو غير عمدي إسناد الإيجاب أو القبول إلى شخص لم تصدر عنه الإرادة أو إنكار أحد الأطراف صدور الإيجاب أو القبول منه، ومن هنا تبرز الحاجة إلى تعيين الشخص الذي صدر منه الإيجاب أو الشخص الذي صدر عنه القبول⁽³⁾.

تعد الكتابة الإلكترونية صادرة عن منشئها إذا قام هو بنفسه بإرسالها أو إذا كلف شخصاً آخر ينوب عنه في إرسالها أو إذا أرسلت تلقائياً بالنيابة عنه من خلال نظام المعلومات المبرمج على يده، ففي هذه الحالات تُنسب الكتابة الإلكترونية سواء أكانت تحمل إيجاباً أم قبولاً إلى شخص المنشئ نفسه، ومعنى ذلك أن الحقوق والالتزامات المترتبة على مضمون الكتابة الإلكترونية لا تتعلق بالوكيل، بل تنسب إلى الأصيل وهو المنشئ ذاته، وفي المقابل تترتب حقوق والتزامات تخص الطرف الآخر شخصياً وهو المرسل إليه، دون الوسيط الذي تسلم الكتابة الإلكترونية نيابةً عنه⁽⁴⁾.

فالأصل إذاً هو أن الكتابة الإلكترونية تنسب إلى شخص المنشئ الذي صدرت من بريده الإلكتروني أو هاتفه المحمول أو غير ذلك من وسائل الاتصال الإلكترونية المستخدمة من قبله، إلا إذا أثبت أنه لم يرسلها ولم يكلف أحداً بإرسالها.

إذا كان الشرط المتقدم يتحقق في الكتابة الورقية التي تتميز بسهولة التعرف على هوية من خطها بيده أو وقعت مادياً من قبله، حيث يمكن لأهل الخبرة إجراء المضاهاة والتعرف ببسر على مصدرها⁽⁵⁾، فإنه كذلك يمكن التعرف على هوية منشئ الكتابة الإلكترونية وتحديد وقت وتاريخ إرسالها وتسلمها، على الرغم من كتابتها بواسطة الوسائل الإلكترونية، مما يستحيل معه الوصول لمصدرها عن طريق مضاهاة الخط، فإن التقدم

(1) نلاحظ المادة (13/أولاً/ج) من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي.
(2) د. أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط في قانون المعاملات الإلكترونية، الكتاب الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007 ص 343.

(3) انظر: د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مصدر سابق، ص 99.
(4) - محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد، قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع المقارنة في قواعد القانون الأوروبي، الدار الجامعية الجديدة للنشر الإسكندرية، 2005، ص 230.

(5) مع ذلك تبرز الصعوبة في إثبات نسبة الكتابة الخطية إلى مصدرها، إذا كانت مكتوبة بخط شخص آخر غير مرسلها أو مذيلة بتوقيع غيره، ففي مثل هذه الحالة يتعذر على المرسل إليه إثبات صدورهما ممن نسبت إليه. انظر: علي عبد العالي خشان الأسدي، حجية الرسائل الإلكترونية في الإثبات المدني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط 1، 2013، ص 149.

التقني لوسائل الاتصال الحديثة كان كفيلاً بتوفير هذا الشرط في الكتابة الإلكترونية، ففي حالة لجوء المتعاقد لإحدى الخدمات التي تقدمها الشبكة الدولية للإنترنت، كالبريد الإلكتروني لغرض إنشاء الكتابة الإلكترونية وإرسالها إلى بريد المتعاقد الآخر للتعبير عن إيجابه أو قبوله حول العقد المراد إبرامه، فإن استخدام المتعاقد لهذه التقنية يتطلب ابتداءً قيامه بإدخال كلمة المرور الخاصة به التي يفترض أن لا يعرفها سواه، ومن ثم يصعب على غيره الدخول إلى بريده الإلكتروني واستخدامه باسمه، وهنا يحدد تلقائياً وبشكل دقيق للغاية الوقت والتاريخ الذي تم فيه إرسال الكتابة الإلكترونية وتسلمها عن طريق الشبكة الدولية للإنترنت دون أن يكون للأطراف المتراسلة أية سلطة على ذلك⁽¹⁾.

كذلك في حال إرسال الكتابة الإلكترونية عبر الهاتف المحمول، فإنه يمكن التعرف بسهولة على مصدرها، إذ يظهر رقم الهاتف الخاص بالمرسل مع الرسالة المرسلة في الجهاز المرسل إليه، وبمجرد مفاتحة شركة الاتصالات العائدة لها الخطوط المستخدمة ترد عائدة مصدر هذه الرسالة واسم مرسلها الصريح، وأثناء عملية الإرسال والتسليم يقوم النظام الإلكتروني الخاص بشركة الاتصالات بصورة آلية بحفظ وتحديد الوقت والتاريخ الذي أرسلت فيه الرسالة، والوقت والتاريخ الذي دخلت فيه جهاز المرسل إليه، ثم يزود المرسل بتقرير حول ذلك، من دون أن يكون للأطراف أي دور في تحديد ذلك الوقت والتاريخ⁽²⁾.

فضلاً عن ذلك، يمكن تحديد هوية منشئ الكتابة الإلكترونية عن طريق تقنية التوقيع الإلكتروني، إذ إن من أهم الوظائف التي يقدمها هذا الأخير في التعاقدات الإلكترونية هي تحديد هوية صاحب المحرر الإلكتروني⁽³⁾، وبذلك، فإن التطور التكنولوجي مكّن الكتابة الإلكترونية من استيفاء الشروط اللازم تحققها في الكتابة الورقية، ومن ثم تؤدي الكتابة المسجلة على دعائم إلكترونية وظيفية الكتابة المدونة على دعائم ورقية في النطاق القانوني، لذلك اتجهت التشريعات الحديثة إلى منح الكتابة الإلكترونية قوة الكتابة التقليدية في الإثبات، ومن ثم لم يعد المفهوم القانوني للكتابة ينحصر بالدعائم الورقية، وإنما اتسع ليشمل الكتابة المسجلة على الركائز الإلكترونية⁽⁴⁾.

(1) - محمد قاسم، أصول المحاكمات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2003، ص32.

(2) انظر: علي عبد العالي خشان الأسدي، مصدر سابق، ص168.

(3) انظر: د. محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص273.

(4) انظر: سعد عدنان عبود العزاوي، مصدر سابق، ص131.

الفرع الثاني

شروط الثبات والديمومة

تُعدُّ الكتابة وسيلة للتعبير عمّا يجول في خاطر أطراف العقد ويتوجب إظهاره بشكل مادي ملموس للآخرين ، فكانت الكتابة في إشكالها الأولى على هيئة صور ورموز استوحاها الإنسان مما يحيط به، إلا أن الكتابة ما لبثت حتى تطورت مع تطور حياة الإنسانية لتصل إلى ما وصلت إليه اليوم من كتابة هجائية واضحة المعنى⁽¹⁾.

فيما يخص الحياة القانونية تُعد الكتابة إحدى وسائل التعبير عن الإرادة، لذلك يعرفها أحد الفقهاء⁽²⁾، بأنها " تصوير مادي ظاهر وثابت للفظ يتم في صورة تسطير الحروف وجمعها في الورقة بشكل يمكن التعرف عليه ومن ثم التعرف على إرادة الشخص الذي سلك طريق الكتابة للتعبير عن إرادته " ، كما عرفت بأنها " ما دون على ورق ترجح وجود تصرف قانوني معين"⁽³⁾.

يتبين من التعريفات المتقدمة للكتابة، أنها قد ربطت بين الكتابة والدعامة التي تحرر عليها المتمثلة بالورقة، وقد ظل هذا المفهوم السائد للكتابة مدة طويلة من الزمن، إلا أن مفهوم الكتابة ما لبث أن تغير، وبمعنى أدق أصبح أكثر تطوراً واتساعاً مع ظهور وانتشار وسائل الاتصال الحديثة ومن بينها الإنترنت، فقد ظهرت كتابة بصورة جديدة لا تحرر على دعامات مادية كما في الكتابة التقليدية ، وإنما تحرر على دعامات غير مادية باستعمال أجهزة إلكترونية وهو ما عرف بالكتابة بالشكل الإلكتروني أو الكتابة الإلكترونية، إذ اتسع مع ذلك مفهوم الكتابة ليشمل معه الصورة الجديدة من الكتابة، وقد اتسع نطاق التعامل بالكتابة الإلكترونية في ميدان المعاملات القانونية ولاسيما المدنية منها لما لها من خصائص تدفع الكثير للتعاقد بها، ولا سيما ما يتصل بنشاط المستهلكين عبر الإنترنت.

(1) - فيصل سعيد غريب، التوقيع الإلكتروني وحجتيه في الإثبات، القاهرة، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، 2005، ص200.

(2) د. فائق محمود الشماع، الشكلية في الأوراق التجارية، بحث منشور في مجلة القانون المقارن، جمعية القانون المقارن العراقية، ع20، 1987، ص137.

(3) إدوارد عيد ، موسوعة أصول المحاكمات والإثبات والتنفيذ ، الجزء الثالث عشر منشورات الحلبي، بيروت، 1991، ص45.

مع ذلك، فإن الكتابة الإلكترونية لم يكن لها الدور الكبير في المعاملات القانونية إلا بعد الإقرار القانوني بها، وقد أخذت بها قوانين عدة دول⁽¹⁾ ومن بينهم المشرع العراقي وأدخلوا تعديلات على القوانين السارية أو عن طريق إصدار تشريعات خاصة بالمعاملات الإلكترونية، ليؤكد الإقرار القانوني للكتابة الإلكترونية، بينما تولى القضاء ذلك في عدد من الدول، إذ أخذ يوسع ويفسر النصوص القانونية بما يتماشى مع روح العصر.

إن الاعتراف القانوني بالقيمة القانونية للكتابة الإلكترونية لم يكن دون قيد أو شرط، وإنما قيدت التشريعات الكتابة الإلكترونية بمجموعة من الضوابط يجب أن تستوفيها؛ حتى تتمتع بالحجية القانونية الموازية لحجية الكتابة التقليدية في الإثبات.

للتوسع في شروط الثبات نتناولها من خلال الفقرات التالية :

أولاً - ثبات وديمومة المستند الإلكتروني :

إن من أهم الخصائص التي يتمتع بها المستند الإلكتروني والتي تميزه عن المستند التقليدي تتمثل فيما يأتي:

1- من حيث أدوات الكتابة: أولى الأمور التي يختلف بها المستند الإلكتروني عن المستند الورقي الأداة اللازمة للكتابة، إذ إنّ التدوين يتبعه استعمال أداة لنقل الأفكار والأقوال إلى الوسيلة المستخدمة، والأداة التي تنقل بها هذه الأفكار والأقوال في المستند الورقي قد تكون أقلاماً أو أحباراً إلى غير ذلك من الأدوات المادية المستعملة في تدوينها⁽²⁾.

كما إن مبدأ الثبوت بالكتابة يجعل وجود الحق محتملاً وليس مؤكداً وفي هذه الحالة يجوز سماع البيئة الشخصية لإثبات التصرف القانوني مهما بلغت قيمته وهذا ما يميز السند الإلكتروني عن السند التقليدي... " (3).

من تطبيقات القضاء المصري بهذا الخصوص ما جاء في قرار محكمة النقض المصرية : (النص في المادة 62 من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية رقم 25 لسنة 1968 على أنه " يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة. وكل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة " يدل على أن المشرع قد جعل لمبدأ

(1) من هذه القوانين : المادة (2) من قانون المعاملات الإلكترونية الاردني رقم (85) لسنة 2001 وكذلك المادة (1) من قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم (15) لسنة 2004.

(2) - من قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم (15) لسنة 2004.

(3) قرار محكمه التمييز الاتحادي بالعدد 226/اثبات/ 2007 في 2007/6/26 (غير منشور).

الثبوت بالكتابة ما للكتابة من قوة في الإثبات متى أكمله الخصوم بشهادة الشهود، وأن كل كتابة صادرة من الخصم أو من يمثله أو موقعه منه تصلح أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة أيًا كان شكلها وأيًا كان الغرض منها، يستوى في ذلك أن تكون تلك الكتابة هي التي أعدت أصلاً لإثبات التصرف المدعى به ولكن ينقصها شرط من الشروط المطلوبة فيها كدليل كامل في الإثبات " (1).

أما في المستند الإلكتروني فإن الأدوات المستعملة في تدوينها تختلف اختلافاً جذرياً عن الأدوات السابقة، إذ يتم استعمال وسائل وأدوات إلكترونية في الكتابة من بداية إنشاء النص حتى ظهوره على شبكة الإنترنت أو تبادلها بين الأفراد عن طريق البريد الإلكتروني مثلاً، إذ يستعمل الفرد لوحة المفاتيح (Key board) لتدوين المعلومات والتي تكون غير مادية الوجود مرئية الشكل على شاشة الحاسب الآلي، إذ إن الذي يقوم بالتدوين هو البرنامج الحاسوبي عن طريق لوحة المفاتيح الذي يقوم بعمل ومضات كهربائية يتم تحويلها إلى لغة يفهمها الحاسب الآلي وتظهر أمامنا على شاشة الحاسب في شكل حروف أو أرقام مفهومة والتي تتكون حروفها من التوافق والتبادل من رقمي الواحد والصفري (2).

2- من حيث الوسيلة: تُعدُّ الوسيلة العنصر المهم في إنشاء المستند الإلكتروني، فالدعامة هي من تمنح الكتابة الوجود، والدعامة في ذاتها من الأمور التي يختلف بها المستند الإلكتروني عن المستند الورقي، إذ إنها في الآخر تكون مادية، بمعنى أن تكون الدعامة ملموسة أو محسوسة كالورق أو أي مادة أخرى كالخشب مثلاً، تتيح قراءة ما هو مدون بمجرد النظر إليها وبالعين المجردة دون الحاجة إلى وسيط آخر، أما في المستند الإلكتروني فإنها تحرر على دعامات غير مادية سواء كانت أشرطة ممغنطة أم أقراص ممغنطة أم ذاكرة الحاسوب، ومن ثم يتعذر الوصول إليها بمجرد النظر إليها إلا باستعمال الحاسب أو من خلال نسخ المعلومات الموجودة على تلك الشرائط والأقراص أو ذاكرة الحاسوب نفسها إلى دعامات ورقية بوساطة الطابعة الموصولة، ولا تعد الكتابة في هذه الحالة ورقية، إذ إن أصل الكتابة يبقى إلكترونيًا ولا تعد تلك الأوراق إلا صوراً منسوخة من الكتابة الأصلية الإلكترونية، فضلاً عن ذلك فإنَّ الركيزة الإلكترونية أداة المستند الإلكتروني تستوعب كميات هائلة من المعلومات، بعكس الركيزة الورقية أداة المستند الورقي التي تحتاج إلى إشغال مساحات من

(1) الطعن 1995 لسنة 50 ق جلسة 16 / 5 / 1984 مكتب فني 35 ج 1 ق 256 ص 1333.
(2) د. حسن عبد الباسط جمعي، إثبات التصرفات التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت، دار النهضة العربية القاهرة، مصر، 2000، ص 17.

الأرض على وفق حجم المعلومات، الأمر الذي يشجع على اعتماد الأرشفة الإلكترونية والابتعاد ما أمكن عن الأرشيف الورقي⁽¹⁾.

3- من حيث الانتقال: يختلف المستند الإلكتروني عن المستند الورقي بوسيلة انتقاله فالمتعارف عليه أن المستند الورقي قد ينتقل يدوياً، بمعنى أن يتم تسليمه من أحد المتعاقدين إلى الطرف الآخر باليد، أو أن يتم إرساله عن طريق البريد، وهذه الوسائل لانتقال المستند الورقي يُمكن تصورها بالنسبة للمستند الإلكتروني إذا كان موجوداً على القرص مثلاً، إذ قد يتم تسليمه يدوياً أو إرساله بالبريد، إلا أن ما يختلف به المستند الإلكتروني هنا، هو عندما ينتقل من جهاز الحاسوب الخاص بأحد المتعاقدين إلى الجهاز الخاص بالمتعاقدين الآخر عبر الإنترنت، إذ إن وسيلة انتقاله ستكون هي الأخرى غير مادية كدعامة الكتابة غير المادية، وتُعد هذه الوسيلة الأخيرة لانتقال المستند الإلكتروني هي الأكثر انتشاراً واستعمالاً، فما فائدة استعمال المستند الإلكتروني في التعاقد إذا كان انتقاله سيتم بالطرق التقليدية لانتقال المستند الورقي؟.

فاستعمال الكتابة الإلكترونية في التعاقد هو ليس من قبيل مجازاة التطور التقني واستعمال مفرزاته، إلا أن استعمالها من قبل الأفراد هو نتيجة لما توفرها لهم من خصائص لا توفرها الكتابة الورقية⁽²⁾.

فضلاً عما تقدم من خصائص فالمستند الإلكتروني فهو ركيزة الكترونية عكس المستند الورقي، فالمتعامل يرى الركيزة الورقية والكتابة عليها مباشرةً دون اللجوء إلى أي وسيط تقني أو واقعي، في حين أنه بالنسبة إلى المستند الإلكتروني، لا يجد أمامه سوى الركيزة الإلكترونية مثل قرص مدمج أو غيره، ولا يستطيع الوصول إلى الكتابة المفهومة إلا عبر وسيط أو تجهيزات إلكترونية كجهاز كمبيوتر قادر على ترجمة البيانات التقنية المحفوظة إلى كتابة مفهومة من الإنسان، تظهر على شاشة الكمبيوتر أو تطبع على الورق، ومن ثم فالمستند الورقي قابل للقراءة مباشرةً دون أي وسيط بعكس المستند الإلكتروني، وهو تبعاً لذلك قابل للنقل إلى أي مكان، كونه مستقلاً وقائماً بذاته وليس بحاجة إلى أية تجهيزات لمعالجته⁽³⁾.

(1) لمزيد من التفصيل انظر: د.سامح عبدالواحد التهامي، مصدر سابق، ص 512-513.
(2) تجدر الإشارة إلى أن ذلك لا يعني انعدام استخدام الأفراد للكتابة الورقية في تعاملاتهم، بل أنه لا يزال لها حيز كبير في تعاملاتهم اليومية.
(3) جمال محمد على، الحجية القانونية للمستندات الإلكترونية، كلية الحقوق، جامعة بنى سويف، جامعة القاهرة، 2004، ص44.

كذلك فإن التسجيل المعلوماتي على رأي بعض الباحثين لا يتمتع نسبياً بصفات الدوام والاستقرار والثبات إذ إن التسجيل المغناطيسي على وسيطة إلكترونية قابل للتعديل والتغيير بسهولة تامة من دون ترك أي أثر بعكس الورق، ويستلزم من ثم إجراءات تقنية معقدة للمحافظة على سلامته، وإن المعلومات المقيّدة على الرقيزة الإلكترونية، على عكس الرقيزة الورقية، ليست مطبوعة بطريقة نهائية غير قابلة للعكس وللإعادة، وتبقى مهما كانت الوسائل والاحتياطات التقنية المتخذة قابلةً للتلاعب من قبل المتهنين وأصحاب الاختصاص⁽¹⁾.

كذلك فإن بعض الوسائط الإلكترونية التي تستعمل لحفظ المعلومات لها مدة أطول ، كما أن التقنيات والبرامج المعلوماتية قد تتغير وتتطور، مما يفرض نقل المعلومات وتغيير وسيطة الحفظ الإلكترونية وقاعدة المعلومات أو إعادة تخريج المعلومات أو إعادة هيكلتها، مما قد يتيح التلاعب في أثناء هذه العملية⁽²⁾.

فضلاً عن ذلك، فإن الوسائط الإلكترونية معرضة لخلل تقني أو لأخطاء في الاستخدام والمعالجة من قبل الحقوقيين، مما قد يحتم الرجوع في كثير من الأحيان إلى وسائل ثبوتية أخرى خارج إطار الوسائط الإلكترونية ظروف إنشاء العمل القانوني بالمقارنة مع أعمال قانونية أخرى مبرمة بين المتعاقدين في تاريخ سابق، شروط نقل الرسالة ومثال ذلك يُمكن تصور أن عملية دفع آلي قد تمت مرتين نتيجة خلل تقني، مع أن الأمر بالدفع أراد التسديد لمرة واحدة فقط، وقد يجعل الخلل التقني للمستند الإلكتروني غير قابل للاسترجاع أو يمنع عرض محتواه، كما قد يعدل الخلل التقني هذا المحتوى⁽³⁾.

ثانياً – ثبات الكتابة الإلكترونية وديمومتها :

لقد أدى ظهور وسائل الاتصال الحديثة إلى حدوث تأثيرات عديدة على شكل الكتابة، فانتقلت من وسائل تدوين تقليدية كالقلم مثلاً تجسد إرادة صاحبها على دعامة ورقية إلى مرحلة أصبحت فيها الكتابة تتم باستعمال أجهزة رقمية تحرر على دعامة غير مادية، ومن هنا تمتعت الكتابة الإلكترونية بخصائص تميزها عن الكتابة الورقية، وهذه الخصائص التي تتسم بها كانت السبب الرئيس وراء استعمالها من قبل الأفراد في إجراء معاملاتهم وإبرام عقودهم وجدير بالذكر أنّ القضاء العراقي توسع بهذا المجال ففي إحدى مبادئ محكمة التمييز

(1) انظر: د. وسيم الحجار، الإثبات الإلكتروني، المنشورات الحقوقية، دار صادر، بيروت، الطبعة الثانية، 2010، ص31.

(2) - لورنس عبيدات، إثبات المحرر الإلكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط 1، 2005، ص36.

(3) محمد احمد فكرين، أساسيات الحاسب الآلي، دار الراتب الجامعية، بيروت، 1993، ص86.

الاتحادية ورد أنّ الكتابة الإلكترونية للحكم لا تغني عن كتابة المسودة بخط اليد ومما جاء بهذا الخصوص قرار محكمة التمييز الاتحادية جاء فيه : " ... وان هذه المحكمة أشارت إلى أنّ عدم كتابة مسودة الحكم البدائي بخط اليد حال دون التحقق من سبب ذكر تلك المدة على الرغم من عدم تعلقها بموضوع الدعوى إذ إنّ طباعة الحكم لا تغني عن كتابة المسودة بخط اليد خاصة وإنّ الحكم البدائي خلا من الإشارة إلى أنه طبع تحت اشراف القاضي الذي أصدره " (1) ولعل من أبرز خصائص ديمومة الكتابة الإلكترونية ما يأتي:

1- السرعة في إنشاء التصرفات القانونية: الكتابة الإلكترونية بوصفها طريقة للتعبير عن الإرادة عبر الإنترنت تتسم بالسرعة في إنشاء التصرفات القانونية، إذ يستطيع الفرد الذي يروم التعاقد باستعمال الكتابة الإلكترونية إرسال الإيجاب أو القبول إلى الطرف الآخر في أي بلد كان من دون الحاجة إلى الانتقال، وهي بذلك تكون غير محددة بحدود جغرافية، إذ يكون بمقدور الفرد إرسال إيجابه أو الحصول على الجواب بالقبول أو الرفض في مدة زمنية قصيرة جداً ، وهو جالس في مكانه ما دام جهازه متصلاً بشبكة الإنترنت، وبهذا يتم توفير الوقت والجهد بشكل كبير(2).

كما أن التعاقد باستعمال وسائل الاتصال الحديثة بشكل عام يتسم بالفاعلية، إذ يسمح بحضور افتراضي متعاصر للأطراف المتعاقدة، وذلك بتسليم الأشياء أو إداء بعض الخدمات فوراً كما لو كان المتعاقد عليه برنامجاً حاسوبياً فيمكن تسليمها فوراً من جهة ومن جهة أخرى فإن الوفاء هو الآخر بدوره يتم فوراً من خلال الشبكة وذلك باستخدام إحدى طرق الوفاء الإلكتروني كبطاقات الائتمان أو النقود الإلكترونية(3).

2- ضمان الأمن القانوني للتصرفات القانونية: يعد ضمان أمن الكتابة سواء أكانت ورقية أم إلكترونية أحد أهم الميزات التي يجب أن تتوفر في الكتابة، لكي يضمن الأطراف سرية التصرف وعدم الاطلاع عليها من قبل الآخرين ، والكتابة بصورتها توفر هذه الميزة لكنها تكون في الكتابة الإلكترونية على مستوى أعلى، فالقوانين التي أقرت الكتابة الإلكترونية قد وجدت أنظمة تقنية لمواجهة انعدام الأمن القانوني للكتابة الإلكترونية المنتقلة عبر شبكة الإنترنت' على اعتبار أن هذه الشبكة مفتوحة للجميع وذلك بإقرار نظام التشفير

(1) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد 191 / الهيئة الموسعة المدنية/ 2019 في 2019/7/22 (غير منشور).

(2) انظر: د. سامح عبد الواحد التهامي، مصدر سابق ، ص 369.

(3) د. عباس العبودي، تحديات الإثبات بالسندات الإلكترونية ومتطلبات النظام القانوني لتجاوزها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط 1 ، 2010، ص 40.

ونظام التصديق الإلكتروني، إذ أنه من خلال هذين النظامين يُمكن ضمان أمن الكتابة الإلكترونية وعدم إطلاع الغير عليها⁽¹⁾.

3- **تخفيض تكاليف النقل:** تؤمن الكتابة الإلكترونية وسيلة تعاقد ذات تكلفة قليلة، فمثلاً فيما لو تم التعاقد باستعمال البريد الإلكتروني، فإن تكلفة إرسال رسالة البريد الإلكتروني تكاد أن تكون معدومة القيمة قياساً إلى المسافة التي تقطعها الرسالة فهي لا تحدها حدود جغرافية، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن التعاقد باستعمال الكتابة الإلكترونية أو التعاقد الإلكتروني بصورة عامة، تقلل من تكاليف الشحن ثم تخفيض أسعار الكثير من المنتجات والخدمات التي تشتري عبر شبكة الإنترنت، فتكاليف توزيع المنتجات وإيصالها إلى المشتري انخفضت بكثير مقارنة بالوسائل التقليدية⁽²⁾.

المبحث الثاني

ماهية الإتلاف الإلكتروني

يلاحظ أن أعمال الإتلاف الإلكتروني من بين الوسائل التي أفرزتها وسائل التقدم العلمي والتي تتم من خلال استخدام جهاز الحاسوب المرتبط بشبكة الانترنت أو الأقراص المدمجة للإضرار بالحواسب الأخرى عن طريق إتلاف البيانات أو المعلومات أو البرامج المثبتة فيها بشكل نهائي أو إحداث خلل إلكتروني فيها بحيث يعطل أداء وظيفتها ، والإتلاف الإلكتروني يتخذ عدة أنواع كالتدخل المباشر في أنظمة الحاسوب بصورة غير مرخصة أو مشروعة أو صناعة الفيروسات فضلاً عن الحالة التي يقوم فيها منتج البرنامج بزراعة فيروس في البرامج لحمايته من النسخ غير المشروع ، ومن أجل الإحاطة بهذه الأنواع لابد ان نُبيِّن مفهوم الإتلاف الإلكتروني فضلاً عن بيان أنواع الإتلاف الإلكتروني وعلى وفق التفصيل الآتي :

(1) في تفصيل عملية تشفير المستند الإلكتروني من قبل المرسل، وفك تشفيره من قبل المرسل إليه، انظر: سعد عدنان عبود العزاوي، مصدر سابق ، ص152-153.

(2) - محمود عبابنة، جرائم الحاسوب وأبعادها الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ، 2005، ص33.

المطلب الأول

التعريف بالإتلاف الإلكتروني

تعد أعمال الإتلاف الإلكتروني للبيانات والبرامج من الأضرار الشائعة في عصرنا الحاضر ، وبموجبها يتم إتلاف أو محو أو تشويه أو تعطيل معطيات الحاسوب المخزونة في أجهزة الخزن الرئيسية أو الثانوية ، ويُعرّف خبراء منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية الإتلاف الإلكتروني بأنه " الحاق الضرر ببيانات الحاسوب أو برامجه ، عن طريق محو هذه البيانات أو البرامج أو إفسادها أو إتلافها أو إزالتها دون وجه حق " (1).

ذهب رأي من الفقه القانوني إلى أنه (2) قد يقع التخريب والإتلاف على أجهزة الحاسوب المادية بسبب نشاطات إرهابية أو احتجاجية أو نتيجة لمواقف أيديولوجية معادية لتقنية الحاسوب بذاتها. وهذا النوع من الاعتداءات التي تصيب الكيانات المادية للحاسوب كوحدات الإدخال أو الإخراج أو شاشة الحاسوب بالثلف والتخريب لا تثير حسب الرأي الراجح في الفقه (3) أي إشكالية من الناحية القانونية فهذه المواد تدخل في مفهوم المال بالمعنى التقليدي ولا تختلف في حد ذاتها عن إتلاف أية آلة أخرى، ومن ثم فإنها محمية على وفق القواعد التي تعالج الإتلاف (4).

مع ذلك فقد أكدت بعض القوانين اهتمامها بالموضوع ومنها القانون الفرنسي ذو الرقم 19 لسنة 1988 الذي يشمل بالحماية الكيانات المادية في هذا القانون بموجب الفقرة الثالثة من المادة (462) التي تقرر مسؤولية على أي شخص يتسبب عمدا ومن دون مراعاة لحقوق الآخرين في تعطيل أو فساد (منظومة المعالجة الآلية) (5). ويؤكد الفقه الفرنسي (6) بصدد

(1) الضرر الواقع على المعطيات ذات القيمة الاقتصادية من دون ذكر اسم المؤلف ، ورقة عمل منشورة على شبكة الانترنت ، على الموقع www.mohamoon.com ص3 ، تاريخ الزيارة 2021/2/12
(2) لمزيد عن التفاصيل انظر حسن طاهر داود ، امن المعلومات، مطابع أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية ، الرياض ، 1997 ، منشور على شبكات الانترنت على الموقع :
<http://al-mostafa.info/data/arabic/depot3/gag.php?file=009056.pdf> تاريخ الزيارة 2021/2/12 .

(3) نقلا عن د.هدى حامد قشقوش، جرائم الحاسوب الإلكتروني في التشريع المقارن، الطبعة الجديدة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص77.

(2) يوسف شندي ، محاضرات في قانون الإثبات، جامعة القدس، 2005، ص2.

(3) سعد، نبيل، و همام زهران ، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2001 ، ص78.

(6) نقلا عن د.جميل عبد الباقي الصغير، القانون الجنائي والتكنولوجيا الحديثة، القانون الجنائي والتكنولوجيا الحديثة، القانون الجنائي والتكنولوجيا الحديثة، الكتاب الاول، الجرائم الناشئة عن استخدام الحاسب الآلي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1992 ، ص155.

تعلقه على هذه المادة أنّ هذا النص يشمل بحمايته الكيانات المادية للحاسوب حيث تقرر المسؤولية على تعطيل الآلات واجهزة الحاسوب الإلكترونية عمداً أو مجرد افساد نظام التشغيل ويمكن أن تتحقق هذه النتائج عن طريق الأفعال المادية المباشرة أو عن طريق التدخل في البرامج الخاصة بنظام التشغيل وتعطيله أو إفساده بصورة كاملة أو جزئية⁽¹⁾.

في ضوء ذلك يمكن تعريف الإتلاف الإلكتروني بأنه " كل فعل يلحق ضرراً بالبيانات المخزنة بالحاسوب سواء بتعطيلها أم إزالتها وبصرف النظر عن الوسيلة الإلكترونية المستخدمة".

المطلب الثاني

خصائص الإتلاف الإلكتروني

يتميز الإتلاف الإلكتروني بخصائص يميزها عن المستندات التقليدية وتمنحها طابعاً خاصاً ، ولعل من أبرز هذه الخصائص ما يأتي :

الفرع الأول

الطابع المادي لإتلاف المستند الإلكتروني

نتناول في هذا الفرع عن الطابع المادي للمستند الإلكتروني لأن من صفاته أنه عابر للحدود فضلاً عن صعوبة اكتشاف الإتلاف وإثباته والإحجام عن الإبلاغ عند وقوعه إذ إن له خصائص تميزه عن سواه من حيث طبيعته لذلك سنتناوله من خلال النقاط التالية :

1. المستند الإلكتروني عابر للحدود : تتسم السندات غالباً بالطابع الدولي ؛ ربما بسبب الطابع العالمي لشبكة الإنترنت وما يرتبه بحيث جعل معظم دول العالم في حالة اتصال دائم على الخط (On Line) ، يسهل ذلك تداول المستندات الإلكترونية من دولة إلى أخرى، وتيرم به الصفقات التجارية الإلكترونية فيكون فعل الإتلاف هنا لا يعترف بالحدود بين الدول والقارات، ولذلك فهو عابر للقارات ، وبما أن واقعة الإتلاف لا تحدها حدود ولا تعترف ابتداءً بعنصر المكان أو حدود الجغرافيا ، وتتميز بالتباعد الجغرافي بين الفاعل والمتضرر ، وبين الحاسب كأداة لفعل الإتلاف أو البيانات محل الضرر، فإنها تثير بعض المشكلات من

(1) - سليمان مرقس ، الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية، مجلد 1، القاهرة، دار النهضة العربية، 1991، ص355.

أهمها : مسألة تحديد الاختصاص بنظر الدعوى للمسؤولية التقصيرية ، والقانون الواجب التطبيق من بين مجموعة قوانين الدول التي ارتكبت فعل الإتلاف على أراضيها⁽¹⁾.

كذلك قصور إجراءات التحري والتفتيش و الضبط⁽²⁾، وما ينجم عنها من صعوبات تتعلق مثلاً بمدى إمكانية قيام إحدى الدول التي وقعت على أراضيها حلقة من حلقات السلوك المنحرف بإجراء التحريات أو التنسيقات أو التحقيقات بصورة منفردة، من دون أن يتم تدعيمها بالبيانات أو المعلومات اللازمة من قبل الدول الأخرى التي وقعت فيها بقية حلقات هذا النشاط⁽³⁾، وكل ذلك، لأن إتلاف السندات لا يقف عند الحدود الإقليمية لدولة معينة ، بل تمتد إلى الحدود الإقليمية لدولة أخرى، وهذا الأمر يزيد من صعوبة اكتشافها، كما أن العولمة تؤدي إلى تشتيت جهود التحري والتنسيق الدولي لتعقب مثل هذه الأعمال، إذ إنها تعد صورة من صور العولمة⁽⁴⁾؛ ولمواجهة مثل هذه النشاطات مواجهة فعالة ، يجب أن يكون هناك تعاون وتضامن دولي لمواجهة مشكلاتها من حيث مكان وقوعها وأختصاص المحاكم بها وجمع المعلومات والتحريات عنها وإيجاد الحلول لمشكلاتها الأساسية.

2. صعوبة اكتشاف الإتلاف و إثباته : لا يحتاج الأعتداء على برامج ومعلومات الحاسب الإلكتروني إلى أي جريمة ضد الأشخاص أو الأموال، وإنما هي بيانات ومعلومات تغير أو تعدل أو تمحى كلياً أو جزئياً من السجلات المخزونة في ذاكرة الحاسب الإلكتروني ، لذا يكون من الصعب أما السبب وراء صعوبة اكتشافها فهو بالإضافة إلى أن الجاني يستطيع تدمير الأدلة⁽⁵⁾، بسرعة فائقة قد لا تتعدى عدداً من الثواني فإنها ليست كالنشاطات التقليدية فهي لا تترك أثراً خارجياً، إذ يتم ارتكابها عن طريق نقل المعلومات بالنبضات الآلية أو الإشعاعات، وغالباً ما يتم هذا عن طريق وحدات طرفية بعيدة ، بل ربما تكون هذه الوحدات لاسلكية الاتصال مما يصعب ضبطها، بل أن هذه الاعمال يمكن ارتكابها عن طريق الهاتف،

(1) د. هلالى عبد الله أحمد ، إتفاقية بودابست لمكافحة جرائم المعلوماتية ، ط1، دار النهضة العربية ، القاهرة 2007، ص293.

(2) عبد الله عبد كريم عبد الله ، جرائم المعلوماتية والإنترنت (الجرائم الإلكترونية) ، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، 2007 ، ص 13.

(3) د. هلالى عبد الله أحمد ، إتفاقية بودابست لمكافحة جرائم المعلوماتية ، مصدر سابق ، ص 293.

(4) د. عبد الله حسين علي محمود، إجراءات جمع الأدلة في مجال سرقة المعلومات، بحث منشور على الموقع الإلكتروني :- <http://www.qunoh.net> .

(5) من أمثلة الأنشطة المعلوماتية هي محاولة تدمير أدلة الإثبات ما حدث في النمسا ، إذ قام أحد المهربين بعمل تعديلات على أوامر تشغيل حاسبه الصغير الذي يدون فيه عناوين العملاء والمتعاملين معه، إذ يمكنه من خلال لوحة المفاتيح، حين يقوم بالنسخ أو الطبع- أن يدمر كافة البيانات ويمحوها ، وذلك حتى لا تلاحقه الأجهزة الأمنية المختصة. ينظر د. عبد الفتاح بيومي حجازي ، الدليل الجنائي والتزوير في جرائم الكمبيوتر والإنترنت، بهجان للطباعة والتجليد، مصر، 2009 ، ص46.

إذ يمكن عن طريقه إصدار تعليمات للحاسب الآلي ومن مسافات بعيدة قد تتعدى حدود إقليم الدولة⁽¹⁾، وإذا كانت النشاطات هذه تتميز بصعوبة اكتشافها، فإنها تتميز أيضاً بصعوبة إثباتها أن تم اكتشافها، فإثبات الإتلاف الإلكتروني يحيط به الكثير من الغموض، والعلة في ذلك هي أنه لا توجد في مثل تلك الأعمال العناصر المادية البشرية المختلفة التي تتركها كالسندات التقليدية، ومما يزيد صعوبة إثبات الإتلاف أيضاً⁽²⁾، هو ارتكابها في الخفاء وعدم وجود أثر كتابي لما يجري خلال تنفيذها من عمليات أو أفعال، إذ يتم كما سبق أن ذكرنا – بالنبضات الإلكترونية نقل المعلومات، كما أن اتسامها بالغموض يصعب إثباتها والتحقق فيها، كما هو الحال في السندات التقليدية.

3. الإحجام عن الإبلاغ عند وقوع الضرر

لا يتم في الغالب الأعم الإبلاغ عن الضرر المعلوماتي الذي يقع على المستندات الإلكترونية، أما لعدم اكتشاف الضحية لها، وأما خشية التشهير، لذا نجد أن معظم أعمال الإتلاف الإلكتروني التي تحصل على الإنترنت تم اكتشافها بالمصادفة، بل وبعد وقت طويل من ارتكابها⁽³⁾، (فالرقم المظلم) بين حقيقة النشاطات، والعدد الذي تم اكتشافه هو رقم خطير، وبمعنى آخر الفجوة بين العدد الحقيقي وبين ما تم اكتشافه فجوة كبيرة⁽⁴⁾، وإنه حتى في حالة الإبلاغ فإن المتضرر لا يتعاون مع الجهات المختصة؛ خوفاً مما يترتب على ذلك من ضياع سمعة أصحاب المراكز المعلوماتية وتشويه مراكزهم التي يعملون بها، لأن المتضرر عادة ما يكون مصرفاً أو مؤسسة مالية أو مشروعاً أو شركة يهتم بثقة العملاء⁽⁵⁾، فضلاً عن أن هناك سبباً آخر لعدم الرغبة بالإفصاح عن مثل هذه الأعمال، وهو أنه غالباً ما

(1) د. محمد حماد الهيتمي، التكنولوجيا الحديثة والقانون الجنائي، دار الثقافة، بلا طبعة، بلا مكان طبع، 2010، ص 165.

2 - همام محمد زهران، الوجيز في الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003، ص 45.

(3) د. يوسف حسن يوسف، الجرائم الدولية للإنترنت، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2011، ص 284.

(4) د. خالد ممدوح إبراهيم، الجرائم المعلوماتية، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2009، ص 86.

(5) وجدير بالذكر أنه في إحدى الوقائع الشهيرة تعرض بنك (Merchant bank city) في بريطانيا بنقل مليون جنيه من أحد أرصده إلى رقم حساب في سويسرا، وقد تم القبض على الفاعل أثناء محاولته سحب المبلغ المذكور، ولكن البنك بدل الإدعاء على الفاعل قام بدفع مبلغ مليون جنيه له، بشرط عدم إعلام الآخرين عن جريمته وشريطة إعلام البنك عن الآلية التي نجح من خلالها باختراق الأمن الخاص بحاسوب البنك الرئيس. ينظر: د.سليم عبد الله الجبوري، الحماية القانونية لمعلومات شبكة الإنترنت، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011، ص 99.

تكون الشركة أو المصرف قد كلفت الشخص نفسه للعمل كاستشاري لجعل الحاسب الآلي آمناً، ومن ثمَّ فإن هذا الشخص يكون معتاداً على نقاط الضعف في هذا المجال⁽¹⁾.

4. ارتكاب الإتلاف في مراحل تشغيل نظام المعالجة الآلية للبيانات.

على الرغم من إمكانية ارتكاب الإتلاف في أية مرحلة من مراحل تشغيل نظام المعالجة الآلية للبيانات في الحاسب الآلي (الإدخال ، المعالجة ، الإخراج)، فإن لكل مرحلة من هذه المراحل نوعية خاصة لا يمكن بالنظر لطبيعة ارتكابها إلا في وقت محدود، يعد هو الأمثل بالنسبة لمراحل التشغيل، ففي مرحلة الإدخال حينما تترجم المعلومات إلى لغة مفهومة من قبل الآلة، يسهل إدخال معلومات غير صحيحة، أو عدم إدخال الوثائق الأساسية والمعلومات المطلوبة ، وفي هذه المرحلة يتم إتلاف المعلومات، أما في مرحلة المعالجة الآلية للبيانات فيمكن إدخال أي تعديلات على المستند ، وكذلك التلاعب فيه، فيتم إدخال بيانات غير مصرح بها وإستبدالها بالبيانات الأساسية أو اضافة جديدة تلغي جزئياً أو كلياً المفردات الأصلية، وتتطلب في هذه المرحلة معرفة فنية عميقة لدى القائم بالإتلاف بتلك التقنية، كما أن اكتشافها يكون صعباً للغاية ، وكثيراً ما تقف الصدفة وراء اكتشافها. أما المرحلة الأخيرة المتعلقة بالمخرجات وفيها يقع التلاعب في النتائج التي يخرجها النظام المعلوماتي (الحاسب الآلي) بشأن بيانات صحيحة أدخلت فيه وعالجها بطريقة صحيحة⁽²⁾.

خلاصة ما تقدم يتبين أن للإتلاف خصائص وسمات تميزه عن سواه من حيث طبيعته، أو من حيث أسلوب ارتكابه، أو من حيث الإجراءات المتبعة في اكتشافه وإثباته ، إذ لا يمكن اتخاذ الإجراءات الضرورية لمكافحتها إلا بوجود اتفاقيات تعاون متبادلة بين الدول التي تمسها هذه النشاطات.

الفرع الثاني

خصائص مرتكب الإتلاف

إنَّ مرتكب الإتلاف الإلكتروني هو إنسان إجتماعي بطبيعته وهاتان السمتان من أهم سماته وهما كالآتي :

(1) روبرت سترن، نانسي سترن، الحاسبات الآلية وتشغيل المعلومات، دار المريخ للنشر، الرياض، 1993، ص1104.

(2) د.عادل يوسف عبد النبي الشكري، الفقه الجنائي، بحوث ودراسات، ط1، مؤسسة دار الصادق الثقافية، العراق، 2012، ص239، ص244.

1. مرتكب الإتلاف (إنسان محترف)

يتميز القائم بالنشاط الضار غالباً بالذكاء، إذ إن عملية معالجة البيانات تتطلب مقدرة عقلية وذهنية عميقة خاصة وعلى سبيل المثال السندات المالية التي تؤدي إلى خسارة مادية كبيرة تلحق بالشركة أو المصرف، وفي هذه الحالة يكون استخدام الإتلاف المادي⁽¹⁾، أو تغيير البيانات ليحقق أهدافه بهدوء ، فضلاً عن تمتعه بمهارات عالية وإلمام بتكنولوجيا النظم المعلوماتية، وكذلك بقدر لا يستهان به من المهارة والمعرفة بتقنيات الحاسوب والإنترنت⁽²⁾.

كما وأن جانباً من الفقه قد تحفظ حيال رسم صورة عامة للنشاط المعلوماتي متسمة بصفة الذكاء، وذلك على سند من القول أن بعض أنماط الأنشطة المعلوماتية مثل إتلاف الحاسوب الآلي محرجات المستندات الإلكترونية لا يحتاج في مرتكبها أن يكون على قدر كبير من الذكاء⁽³⁾.

الواقع أنه لا يمكن وصف كل المستندات التي تتصل بالحاسب الآلي بأنها نمط من أنماط الإتلاف الإلكتروني، إذ إن المقصود بالنشاط المعلوماتي بالمعنى الدقيق هو الذي ينشأ عن تقنيات التدمير الناعمة، التي تتمثل في التلاعب بالكيانات المنطقية، فلكي ينشأ هذا النوع من الضرر، فإنه يلزم استخدام تقنية خاصة تتعامل مع البرامج أو البيانات.

2. مرتكب الإتلاف (إنسان اجتماعي)

إن مرتكب الإتلاف يتميز بأنه لا يضع نفسه في حالة عداة مع المجتمع الذي يحيطه، بل أنه قادر على التوافق والتواصل مع مجتمعه ، كما أنه غالباً ما يكون من الأشخاص ذوي القابليات الذهنية والعلمية، لديهم الحماس لتقبل التحدي التكنولوجي⁽⁴⁾، كما أن صفة الذكاء تساعده على عملية التكيف مع هذا المجتمع، ولكنه يقترف هذا النوع من أحياناً بدافع اللهو أو لمجرد إظهار تفوقه على آلة الكمبيوتر أو على البرامج التي يتم تشغيله بها⁽⁵⁾، كما لا يعني تكيفه مع المجتمع انعدام الضرر لديه ، بل أن خطورته قد تزداد إذا ازداد تكيفه

(1) محمد السعيد رشدي ، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة ومدى حجيتها في الإثبات، منشأة المعارف بالإسكندرية، السنة: 2005 ،ص34.

(2) د. نائلة عادل محمد فريد قورة، جرائم الحاسب الآلي الاقتصادية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005،ص52.

(3) د. عمر أبو الفتوح عبد العظيم الحمامي، مصدر سابق ، ص78 وما بعدها.

(4) د. جمال إبراهيم الحيدري، الجرائم الإلكترونية وسبل معالجتها، ط1، مكتبة السنهوري، بغداد، 2012، ص33.

(5) د.عبد الفتاح مراد ، شرح جرائم الكمبيوتر والإنترنت، الهيئة القومية لدار الكتب والوثائق المصرية، القاهرة، 1992، ص45.

الإجتماعي، فقد يقترب الأضرار بدافع التباهي بالذات وإظهار ضعف الأنظمة المعلوماتية ، بل يكون الغرض في كثير من الأحيان رغبة إحاقه الضرر بالفريق المعلوماتي المكلف بضمان أمن النظام المعلوماتي⁽¹⁾.

فضلاً عن تميزه في مجال المعالجة الآلية للبيانات في ابتعاده عن السمات التقليدية الذي يوصف أسلوبه بالعنف والسيكوبائية والتأثير بعوامل نفسية وذهنية تدفعه إلى بؤرة الإضرار بالآخرين ، أو كوابت غريزية تؤدي به إلى أفعال الاعتداء⁽²⁾، كما ذهب رأي في الفقه أن صاحب مثل هكذا نشاطات وإن كان يتميز ببعض السمات الخاصة ، إلا أنه في النهاية لا يخرج عن كونه مرتكباً لفعل يتطلب نهوض المسؤولية التقصيرية عليه ، فكل ما في الأمر أن أفعاله تتطلب إيقافه على وفق النظم القانونية، وإن كانت في رأيه لا تنتمي في أكثر الحالات إلى وسط اجتماعي متميز ويكون على درجة من العلم والمعرفة وأحياناً كثيرة على درجة عالية من الثقة⁽³⁾.

في الواقع أن ما سبق ذكره يمثل أهم الخصائص والسمات التي تتصف بها وقائع الإتلاف الإلكتروني من الناحيتين الأولى النظم المادية المعلوماتية للسندات والشخص القائم بالإتلاف المعلوماتي، وبما أن التشريعات قد تناولت المسؤولية التقصيرية في المستندات التقليدية، فإنه من الضروري أن تحظى باهتمام المشرع كون التقدم التكنولوجي يفتح الآفاق أمام اعتماد السندات الإلكترونية بوصفها جزءاً أساسياً في المستقبل وانحصار السندات العادية، لذلك لا بد أن يأخذ بالحسبان سنّ تشريع خاص ينظم هذه النوع من المسؤولية⁽⁴⁾.

(1) فقد حدثت واقعة أمام القضاء الجنائي الألماني فيها دهشة و غرابة نابعة عن اعترافات متهم يبلغ من العمر 16 عاماً ، إذ نسب إليه ولوجه المقترن بالغش في نظام الفيديو بوتكس (Video Text) الخاص بـ (Bandes Post) والمعروف بمصطلح ((BTX)) ودافع المتهم عن نفسه قائلاً ((تملكني إحساس قوي بأن أكون مفيداً بكشف عيوب نظام ((BTX)) ، ولذا أرسلت في الحال إلى مجموعة عمل ((BTX)) كل العناصر التي اكتشفتها بالصدفة والتي أظهرت تشككها فيما يخص حماية البيانات ، لاسيما وأن غالبية ملاحظاتي لم تكن معروفة بعد لدى هؤلاء مما أتاح الأمر إلى تلاشي هذه العيوب ، ومن جهة أخرى كنت مولعاً بنظام ((BTX)) وأكرس له نفسي صباحاً ومساءً ولكني لست شريراً على الإطلاق ك بعض القائمين على النظام ولا يملكون أي كفاءة ، ينظر: عمر أبو الفتوح عبد العظيم الحمامي، حماية للمعلومات المسجلة إلكترونياً، بلا طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010 ، ص81.

(2) بلال أمين زين الدين، نظم المعالجة الآلية للبيانات، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص40.

(3) د. نائلة محمد فريد فورة ، مصدر سابق ، ص56.

(4) - محمد جمال رستم، التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية والإثبات الإلكتروني في العالم، منشورات الحلبي، ط 1 ، 2006، ص56.

المبحث الثالث

تحقق المسؤولية الناتجة عن الإتلاف الإلكتروني

يعد المستند الإلكتروني أحد المصادر الإرادية للإلتزام الحديثة، ويعرف بأنه اتجاه إرادي مشترك يؤدي إلى ترتيب أثر قانوني معين، وهو إنشاء أو تعديل أو نقل أو إنهاء رابطة مالية لذا ولكي يتحقق الإلتلاف لابد من توافر عناصر وشروط تتحقق فيها الإلتلاف وهذا ما سنتناوله في المطلبين التاليين:

المطلب الأول

عناصر الإلتلاف الإلكتروني

تتصب أساليب الإلتلاف التي يمكن إجراؤها باستخدام الحاسوب على المعطيات بمعناها الواسع ، المخزونة داخل ذاكرة الحاسوب الرئيسية أو الثانوية وينتج عن هذه الأساليب محو أو تشوية كلي أو جزئي لهذه المعطيات من شأنه أن يمنع استخدام الحاسوب على الوجه الطبيعي المطلوب هذا تتخذ أساليب الإلتلاف المنصبة على المعطيات وعلى التفصيل الآتي :

النوع الأول : التدخل المباشر في أنظمة الحاسوب بصورة غير مرخصة أو مشروعه أو التدخل عن طريق الاختراق باستخدام شبكات المعلومات ، ففي الحالة الأولى يكون فيها الفاعل في قاعة الحواسيب أو مقابل الحاسوب الذي يستعرض معطياته للتخريب أو الإلتلاف، أو عن بعد من خلال استخدام تقنية الاختراق لأنظمة الحواسيب باستعمال الشبكات المحلية أو الدولية التي تربط ما بين الحواسيب⁽¹⁾، إذ يباشر الفاعل عمليات المسح أو التشويه للمحتويات المخزونة بأنظمة الحواسيب ، حيث يتمكن بعد تشغيله للحاسوب واستعماله واستغلال إمكانيته في القيام بعمليات الحذف والإلتلاف للمعطيات المخزونة على شكل ملفات أو مجلدات أو أدلة في ذاكرة الحاسوب الرئيسية أو الثانوية هذا ويمكن أن يتحقق عن طريق استخدام تقنية الاختراق عبر الشبكات أيا كان نوعها محلية أو دولية فيتم اختراق إجراءات أمن الحاسوب المرتبط على الشبكة نفسها والدخول إلى نظام الحاسوب وعن بعد والاطلاع على المجلدات والملفات المخزونة في داخل ذاكرة الحاسوب الذي يتم اختراقه سواء أكانت

(1) - علاء محمد نصيرات، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان، 2005 ، ص68.

برامج أم معلومات (نصوص ، صور ، اصوات) أم بيانات لا تزال غير معالجة من قبل الحاسوب ومباشرة الفاعل بعمليات الحذف والمسح والتخريب ويرى البعض (1) أنه قد يكون الغرض من كل هذه الأفعال أما الانتقام وأما لإخفاء جريمة أو لإغراض الابتزاز ، ويعد أسلوب التدخل المباشر من أكثر الأساليب سهولة من الناحية الفنية في أثناء ارتكاب فعل الإتلاف إذا ما قورن بالأسلوب الثاني وهو عملية صناعة وزراعة الفيروسات ونشرها داخل أنظمة الحواسيب(2).

النوع الثاني : صناعة الفيروسات (3) ونشرها داخل أنظمة الحاسوب وذلك بوضع هذه الفيروسات في الشرائط أو الديسكات أو الأقراص أو زرعها داخل ذاكرة الحاسوب الرئيسية أو نشرها عبر الشبكات، إذ يمكن أن ينتقل الفيروس إلى داخل نظام الحاسوب عن طريق الاقراص أو الديسكات الملوثة بالفيروس فينتقل من هذه الأدوات إلى داخل ذاكرة الحاسوب الرئيسية عن طريق نقل المعطيات الملوثة المخزونة داخل الأقراص والديسكات إلى داخل الذاكرة الرئيسية للحاسوب أو بتشغيل هذه الاقراص أو الديسكات وذلك لقابلية الفيروسات على الانتقال والالتصاق ببرامج وملفات الحاسوب وبعد التصاق الفيروس بأحد الملفات والمجلدات المخزونة داخل ذاكرة الحاسوب يعمل على نسخ نفسه عدة مرات (يتكاثر) ثم يبدأ تأثيراته التخريبية والتي تختلف باختلاف نوع الفيروس ويمكن انتقال الفيروس عن طريق شبكات المعلومات بمختلف أنواعها فينتقل الفيروس من الحاسوب المصاب إلى الحواسيب السليمة المربوطة معا في شبكة واحدة وذلك بإيعاز يصدر من الفاعل كما هي الحالة في استغلال خدمة الانترنت في إرسال الفيروسات على شكل رسائل عبر البريد الإلكتروني الذي يشكل أحد تطبيقات الانترنت المهمة حول عملية انتقال الفيروسات (4) لذلك قد تسبب الفيروسات أضراراً بالأجزاء المادية للحاسوب أو

(1) - د.سليم عبدالله احمد الناصر ، الحماية القانونية لمعلومات شبكة المعلومات (الانترنت) ، اطروحة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة النهرين ، 2001 ، ص 44.

(2) ثائر شامي ، التوقيع الإلكتروني والاعتراف التشريعي به، مقال منشور في مجلة الجيش، لبنان، العدد 249، ص50.

(3) يعرف الفيروس بأنه برنامج صنع عمدا بغرض تغيير خصائص الملفات التي يصيبها لتقوم بتنفيذ بعض الأوامر بالإزالة أو التعديل أو التخريب ، فهي برامج يتم إعدادها بطرق خاصة بهدف إلحاق الضرر بحاسوب آخر وتنتقل الفيروسات أما من خلال شبكة الانترنت أو البريد الإلكتروني أو من خلال تبادل الاقراص المرنة ، للتفصيل ينظر : المهندس مصطفى عبده توفيق ، كيف تعمل الفيروسات ، القاهرة ، ورقة عمل منشورة على شبكة الانترنت على الموقع www.kutub.info/library/category/12 تاريخ الزيارة 2012/4/25 .

(4) ينظر : أسماء صادق عبدالجبار ، تأثير الفيروسات على أمن الحاسبات ، رسالة دبلوم عالي ، الجامعة التكنولوجية ، قسم علوم الحاسبات ، بغداد ، 1997 ، ص 23.

الأجزاء المنطقية المتمثلة بالمعطيات لأنه بمجرد ان ينشط الفيروس يؤدي إلى حدوث واحد أو أكثر من الاضرار الآتية :-

أ- ملء ذاكرة الحاس بالنفائيات :- وذلك لأنه ينتشر بسرعة كبيرة جدًا ، وسيطر على أماكن الذاكرة بالشكل الذي يجعلها غير صالحة للاستعمال، مما يصيب المستخدم بخسارة مادية فادحة.

ب- فقدان ملفات من الذاكرة :- إذ يقوم الفيروس بمسح أجزاء الملفات المخزونة مما يجعل الملف غير قابل للاسترجاع ومن ثم لا يستطيع المستخدم أن يصل إلى الملف المفقود ، ومن ثم لا يستطيع أن يستخدم البرنامج.

ج- فقدان جدول توزيع الملف : file allocation table والذي يختصر (FAT) وهو الجدول الذي يحتوي على معلومات عن أوضاع الملفات على القرص ، فضلاً عن إلى معلومات أخرى ، وفقد هذه المعلومات يؤدي إلى استحالة الوصول إلى الملفات المخزونة ويجعل البرنامج عديم الجدوى.

د- عدم إمكانية بدء التشغيل بالقرص Boot Sector : وهذا القطاع هو الذي يتم بواسطة بدء التشغيل وعند تغيير البيانات الموجودة به لا يمكن تشغيل الحاسب من ذلك القرص اطلاقاً⁽¹⁾ عليه فإن ما يقوم به (مخترقو الحاسبات) من زراعة فيروس الحاسوب في نظام معلوماتي لاحدى المؤسسات لتدمير المعلومات والبيانات قد يكون بدافع الانتقام. ومن الأمثلة الواقعية على ذلك ما قام به (دونالدجين بيرلسون) المدعى عليه في أشهر قضايا زراعة فيروس (القتلة الموقوته)⁽²⁾ في الولايات المتحدة الامريكية ، وتتلخص وقائع القضية التي حدثت في ولاية تكساس في 21 من سبتمبر في شركة USPA & IRA⁽³⁾، وهي إحدى شركات السمسة والتأمين على الحياة – في احدى العاملين بها جلس أمام شاشة الحاسوب ، وذلك للدخول على النظام المعلوماتي الخاص بالشركة المذكورة فأكتشفت أنه لا يستطيع البرنامج بعمل الشركة ، وبعد قيامه بمراجعة مستوى الامن اكتشف حدوث تغييرات في نظام الحاسوب وخلل ببرنامج عمل الخاص بالشركة فضلاً عن أن حوالي نصف

(1) ينظر : أسماء صادق عبد الجبار ، مصدر سابق ، ص 27.

(2) - وهو نوع من الفيروسات يتم زراعته في البرنامج بواسطة المخربين (Hackers) ويظل كامناً إلى أن ينشط في توقيت معين أو تاريخ محدد ثم يقوم بتنفيذ افعاله التدميرية ، نقلاً عن أسماء صادق عبد الجبار ، مصدر سابق ، ص 28.

(3) - منصور محمد حسين، الإثبات التقليدي والإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ، 2006 ، ص 264.

سجلات تفاصيل عمولات للشركة وتبلغ حوالي مائة وثمانية وستين ألف سجل قد اختفت تمامًا من الحاسوب وتعرضت الشركة اثر ذلك لخسائر فادحة⁽¹⁾. وعن طريق البحث اكتشف فريق الخبراء أن ما حدث ليس عطلا فنيا بحتا وانما أكثر من ذلك بكثير إذ أثبتت الوقائع مسؤولية شخص معين هو دونالدجين بيرسيلون الذي كان يشغل وظيفة كبير المبرمجين وضابط أمن نظام الحاسوب بالشركة المذكورة والذي ظل يعمل بالشركة لمدة عامين ثم فصله بتاريخ 18 سبتمبر 1985 لاستغلاله امكانات النظام المعلوماتي في أغراضه الشخصية⁽²⁾. كذلك أثبتت الوقائع قيام بيرلسون في يوم الاثنين الموافق 23 سبتمبر 1985 بتنشيط فيروس (power down system) أو ما أطلق عليه فيروس القنبلة الموقوتة⁽³⁾. الذي ثبت أنه قام بزراعته قبل ثلاثة اسابيع من فصله وقد قدر الخبراء والمحللون الأضرار بـ (11800) دولار وقدم بيرسلون للمحاكمة الجنائية عن تهمة خرق قانون تكساس بشأن الدخول غير القانوني على نظام الحاسوب الذي لم يسبق اختبار تنفيذه بعد على أي قضية من القضايا وحكمت المحكمة بتعويض قدره 11800 دولار لصالح الشركة⁽⁴⁾.

النوع الثالث : تتمثل هذه الصورة من صور الإتلاف الإلكتروني بتلك الحالة التي يقوم فيها منتج البرنامج بزراعة فيروس في البرنامج لحمايته من النسخ غير المشروع ، فإذا قام مستخدم البرنامج بنسخه نسخًا غير مشروع فإن الفيروس المزروع في البرنامج ينشط على الفور ليصيب النظام المعلوماتي للمستخدم ، وقد ينتقل الفيروس إلى الأغيار الذين يشتركون مع المستخدم في شبكة حاسبات واحدة ، فإذا أصيب الآخرون بالفيروس الذي زرعه المنتج في البرنامج من أجل حمايته فهل يسأل منتج البرنامج في مواجهة الآخرين عن الضرر الذي ترتب على الفعل الذي قام به المتمثل بزراعة الفيروس في البرنامج بهدف حمايته من النسخ غير المشروع ؟ كما قد يثور سؤال آخر هو أليس من حق منتج البرنامج أن يستخدم من هذه الاساليب التقنية ما يحمي برنامجه ضد النسخ غير المشروع؟

1) - (Joyce Edward G. ،Time Bomb inside the Texas ،virus Tril computer Descision ،1988 ،vol.v. ،20 Dec ،No.12 ،p.38-46

نقلا عن د. هدى حامد ، مصدر سابق ، ص 75.

(2) - هشام فايز أبو حلو، وثائق البريد الإلكتروني كوسيلة من وسائل الإثبات وفقاً لقانون البيئات الفلسطينية، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة القدس، 2004، ص56.

(3) - وهي احدى الفيروسات التي ترمي إلى تدمير معلومات وبرامج الحاسوب المخزونة في ذاكرة الحاسوب الرئيسية وينشط هذا الفيروس عند حدوث واقعة معينة او ينشط في تاريخ محدد. اسماء صادق عبد الجبار ، مصدر سابق ، ص20.

(4)- د. هدى حامد ، مصدر سابق ، ص 77.

إن الإجابة عن هذين السؤالين هي مسؤولية منتج البرنامج عن الفعل غير المشروع إذا أصاب الآخرين ضرر من الفيروس الذي زرعه في برنامجه من أجل حمايته ضد النسخ غير المشروع، على الرغم من حقه استخدام الوسائل التقنية ما يحمي برنامجه من النسخ غير المشروع وذلك لأن منتج البرنامج مقيد في استخدام الحق في حماية برنامجه بعدم التعسف باستعمال هذا الحق ، والتعسف في استعمال الحق أمر جعل منه المشرع نظرية عامة⁽¹⁾.

حيث نصَّ عليها المشرع المصري في المادتين (4،5) من القانون المدني ، وكذلك المشرع العراقي في المادة (7) من القانون المدني،⁽²⁾ فإذا طبقنا حالات التعسف في استعمال الحق التي نص عليها المشرعان العراقي والمصري على حالة قيام منتج البرامج بزراعة فيروس في البرنامج من أجل حمايته من النسخ غير المشروع نجد أن هذه الحالة ينطبق عليها الفقرة (ب) من نص المادة (5) من القانون المدني المصري والبند (ب) من الفقرة (2) من نص المادة (7) من القانون المدني العراقي ، إذ إن الأضرار والأضرار التي تترتب على زراعة فيروس الحاسب في البرنامج من أجل حمايته تفوق بكثير المصالح التي يرمي منتج البرنامج إلى تحقيقها⁽³⁾.

ذهب القانون المدني الأردني إلا وفي الاتجاه نفسه إذ نصت المادة (1/66) :
"يجب الضمان على من استعمل حقه استعمالاً غير مشروع"⁽⁴⁾.

فالأضرار التي تترتب على الفيروس تصيب النظام المعلوماتي للمستخدم وقد تمتد إلى الآخرين الذي يشترك معه في شبكة حاسبات واحدة ، وهذه الأضرار قد تصل قيمتها إلى ملايين الدنانير ، فإذا ما قورنت هذه الأضرار بما قد يصيب منتج البرنامج من ضرر فسندج أنه لا تناسب اطلاقاً بين الضررين ، إذ إن منتج البرنامج سيخسر مقابل النسخة التي تم نقلها

(1) - للتفصيل في نظرية التعسف في استعمال الحق ينظر : د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوجيز ، منشأة المعارف بالاسكندرية ، 1969 ، ص 712 وما بعدها.

(2) - إذا نصت المادة السابعة مدني عراقي على أنه (1- من استعمال حقه استعمالاً غير جائز وجب عليه الضمان . 2-ويصبح استعمال الحق غير جائز في الأحوال الآتية : أ - إذا لم يقصد بهذا الاستعمال سوى الإضرار بالغير

ب-إذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب مطلقاً مع ما يصيب الغير من ضرر بسببه. ج-إذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال إلى تحقيقها غير مشروعة).

(3)-أحمد نشأت ، رسالة الإثبات، الجزء الثاني منشورات الحلبي، بيروت، الطبعة السابعة ، 2000، ص28.

(4) المادة 1 /66 من القانون المدني الاردني رقم (43) لسنة 1976.

نقلًا غير مشروع فهل تساوي قيمة نسخ البرنامج كم الأضرار الكبيرة التي قد تترتب على الفيروس؟

لذلك نعتقد أن استخدام الفيروس كوسيلة لحماية البرنامج يُعدُّ تعسفاً في استعمال هذا الحق ، وذلك لأن وظائف الفيروس التدميرية تجعل منه سلاحاً فتاكاً للثروة المعلوماتية ، لا يقتصر أثره على المستخدم الذي قام بالنسخ غير المشروع⁽¹⁾ ، بل يمتد إلى بقية المشتركين معه في شبكة حاسبات واحدة ، ولا يمكن أن يوجد قانون يقر ذلك. وذلك فإننا نرى أن منتج البرنامج لكي يستخدم حقه في حماية برنامجه دون تعسف عليه أن يستخدم الوسيلة التي يقتصر أثرها على البرنامج المبيع نفسه ، من دون أن يمتد هذا الأثر إلى باقي البيانات الخاصة بالمستخدم ، كأن يجعل النسخ غير المشروع يؤثر على كفاءة البرنامج مثل مسح البرنامج أو تعطيله عن العمل ، ولكن بشرط ان يعلم المستخدم مقدما بتأثير الوسيلة التي استخدمها لحماية البرنامج. كذلك يستطيع منتج البرنامج أن يترك للقانون والسلطة العامة القائمة على تطبيقه حماية برنامجه ضد النسخ غير المشروع ، إذ البرامج أصبحت محلا للحماية بقانون حق المؤلف⁽²⁾ عليه وبلا شك فإن استخدام الوسائل الفنية لزراعة الفيروسات في البرامج لمنع نسخها نسخا غير مشروع إذا ترتب عليه أي ضرر في النظام المعلوماتي للمستخدم والاعيار الذين يشتركون معه يُعدُّ عملا غير مشروع ويستوجب مسؤولية محدث الضرر وذلك بتعويضهم عن الأضرار التي أصابها انظمتهم المعلوماتية.

(1) محمد حسين منصور ، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ط1 ، 2007، ص59.

(2) - إذ أصبحت برامج الحاسوب في كثير من دول العالم من القيم المحمية بموجب قانون حق المؤلف ، فعلى سبيل المثال ادخل المشرع المصري برامج الحاسوب ضمن المصنفات المشمولة بحماية حق المؤلف ، بمقتضى القانون 38 لسنة 1992 الخاص بتعديل بعض احكام قانون حق المؤلف رقم 354 لسنة 1954 والامر ذاته بالنسبة للتشريع العراقي إذ نصت المادة (2/2) من القانون حماية حق المؤلف العراقي رقم (3) لسنة 1971 المعدل بالامر رقم (83) لسنة 2004 الصادر عن سلطة الإتلاف المؤقتة المنحلة ما يأتي ((تشمل هذه الحماية المصنفات المعبر عنها بطريق الكتابة أو الصوت أو الرسم أو التصوير أو الحركة وبشكل خاص ما يلي : 2. برامج الكومبيوتر ، سواء برمز المصدر أو الآلة ، التي يجب حمايتها كمصنفات ادبية)).

المطلب الثاني

شروط الإتلاف الإلكتروني

في البدء نشير إلى خلو قانون الإثبات العراقي من النص على تحديد الشروط الواجب توفرها في التوقيع التقليدي التي تمكنه من أداء دوره في الإثبات، أسوةً بموقفه في عدم بيان الشروط التي ينبغي توفرها في الكتابة التقليدية، وهذا ما يفصح عن موقف سلبي من قبل المشرع من المحتمل أن يكون القصد منه ترك مهمة تحديد تلك الشروط إلى الفقه والقضاء.

اتفق الفقه على أن هناك ضوابط معينة لا بد من توفرها في التوقيع أيّاً كان شكله سواءً أكان إمضاء خطياً أم بصمة أم ختمًا ، ليقوم بتحقيق الدور الوظيفي المنوط به، ويتمتع بقيمته القانونية في الإثبات، وهذه الضوابط تتمثل في أن يكون التوقيع مرتبطاً بصاحبه، وأن يتصف بالاستمرارية ويكون متصلاً اتصالاً مادياً ومباشراً بالمستند محل التوقيع⁽¹⁾.

يبدو أن هذه الشروط التي أشارَ الفقه إلى ضرورة تحققها في التوقيع التقليدي اهتمت التشريعات الحديثة في النص على ضرورة توفر بعضها في التوقيع الإلكتروني بما يتلاءم وطبيعة هذا التوقيع من جهة، ويضمن صحته وموثوقيته من جهة أخرى، فإذا كانت التشريعات المنظمة لأحكام التوقيع التقليدي لم تتطرق إلى ضوابط صحة هذا التوقيع، فإن الطبيعة اللامادية التي امتاز بها التوقيع الإلكتروني، قد فرضت على التشريعات ومنها التشريع العراقي التي تولت تنظيم أحكامه النص على ضرورة استيفائه لضوابط معينة أوردتها على سبيل الحصر⁽²⁾.

من خلال استقراء النصوص القانونية التي وردت في قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي⁽³⁾ يتبين أن هذه الشروط تنحصر فيما يأتي:

1. ارتباط التوقيع الإلكتروني بالموقع وحده دون غيره.

2. سيطرة الموقع وحده دون غيره على الوسيط الإلكتروني.

(1) هذه هي مجمل الشروط التي تطلب الفقه ضرورة تحققها في التوقيع التقليدي مع اختلاف يسير في صياغتها ينظر في ذلك، سعد عدنان عبود العزاوي وآخرون، مصدر سابق ، ص183.

(2) - سامر نوفل، التجارة الإلكترونية وتكيف التصرفات القانونية التي تجري بواسطة الشبكة العالمية الأنترنت، بحث منشور في مجلة المحامون السوريون، عدد 9، 10، لسنة 2000، ص40.

(3) المادة (5) من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي.

3. إمكانية كشف أي تعديل أو تبديل في بيانات المحرر الإلكتروني أو التوقيع الإلكتروني.

هذه هي شروط أو ضوابط صحة التوقيع الإلكتروني التي وردت في قانون التوقيع الإلكتروني العراقي، ولعل الهدف من هذه الشروط هو ضمان أداء التوقيع الإلكتروني وظائف التوقيع التقليدي نفسه في الإثبات، التي تتمثل في تحديد هوية الموقع والتعبير عن رضائه في قبول ما ورد بمضمون المحرر محل التوقيع، لذا نعرض لهذه الشروط بشيء من التفصيل لبيان مدى تحققها في التوقيع الإلكتروني، وذلك على النحو الآتي:-

أ- ارتباط التوقيع الإلكتروني بالموقع وحده دون غيره.

يعد شرط ارتباط التوقيع الإلكتروني بالموقع وحده أحد أهم شروط صحة التوقيع الإلكتروني إذ يقصد به أن تكون بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني مرتبطة بموقع واحد فقط بحيث تختلف تماماً عن بيانات غيره من الموقعين حتى ينتج عن استخدامها كشف هويته بصورة تميزه عن غيره من الأشخاص، فالهدف من هذا الشرط هو تمكين التوقيع الإلكتروني من القيام بوظيفته الأولى في الدلالة على شخصية صاحبه، لذا يعجز التوقيع عن القيام بهذه الوظيفة إذا كانت بيانات إنشائه مرتبطة بأكثر من شخص، مما يرتب عليه فقدان قيمته القانونية في الإثبات⁽¹⁾.

هذا الشرط يتحقق في التوقيع التقليدي الذي يتم بحركة يد الموقع أو بصمة إصبعه أو ختمه الشخصي، بل إن وضع هذه العلامات أو الرموز أو الإشارات يرتبط بالحضور المادي لشخص الموقع، فتؤدي إلى سهولة تحقيق الغرض من وجودها في تعيين هوية صاحبها⁽²⁾، كما ويتحقق في التوقيع الإلكتروني لاسيما التوقيع الرقمي الذي يستند إلى منظومة تكوين بيانات إنشاء توقيع إلكتروني مؤمنة، ويكون مرتبطاً بشهادة تصديق نافذة المفعول صادرة من جهة تصديق إلكتروني مرخص لها أو معتمدة، وإن كان هذا التوقيع يجري وضعه عن بعد بين أطراف لا يلتقون ولا يعرف بعضهم بعضاً⁽³⁾.

(1) انظر: د. سحر البكباشي، مصدر سابق، ص 65.

(2) د. محمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة ومدى حجيتها في الإثبات، منشأة المعارف الإسكندرية، 2008، ص 194.

(3) د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي رقم 78 لسنة 2012، مرجع سابق، ص 110.

أ. سيطرة الموقع وحده دون غيره على الوسيط الإلكتروني.

استكمالاً لصحة التوقيع الإلكتروني ولضمان دلالاته القاطعة على هوية صاحبه، تطلب المشرع العراقي استيفاءه لشرطٍ ثانٍ تمثل في ضرورة سيطرة الموقع وحده دون غيره على الوسيط الإلكتروني المستعمل في إتمام عملية التوقيع⁽¹⁾، فالمقصود بهذا الشرط هو السيطرة الحصرية للموقع على الوسيط أو الأداة التي تحوي التوقيع الإلكتروني بحيث لا يستطيع سواه الوصول إليها أم التحكم بها، وذلك بهدف الاستيثاق من عدم التلاعب في التوقيع الإلكتروني أو استنباطه بأي صورة من الصور⁽²⁾، ومن ثم ضمان صحته عند تقديمه بوصفه دليلاً كاملاً في الإثبات⁽³⁾.

ويبدو أن هذا الشرط لا يتحقق في التوقيع التقليدي الذي يتم بموجب علامة خطية أو بصمة مادية أو ختم مرئي، إذ يفقد الموقع بطبيعة الحال السيطرة على هذه العلامات أو الرموز التي تعد بمثابة وسائط لإنشاء التوقيع التقليدي بعد وضعها على المحرر الكتابي، مما يسهل على الآخرين استنباطها ثم إعادة استخدامها أو تقليدها⁽⁴⁾، في حين يتحقق هذا الشرط بجدارة في التوقيع الإلكتروني، الذي يحتفظ صاحبه بطريقة سرية بالكروت الذكية المخصصة للتعنبة التي تتضمن المفتاح الشفري الخاص والتي تمثل وسيطاً إلكترونياً لإنشاء التوقيع الإلكتروني⁽⁵⁾.

إذ إنَّ بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني المفتاح الشفري الخاص يتم حفظها في بطاقة ذكية مؤمنة، وأن هذه الأخيرة عبارة عن وسيط إلكتروني يستخدم في تثبيت التوقيع على المستند الإلكتروني، ومن ثم يتعين على الموقع الانفراد وحده في فرض السيطرة على هذا الوسيط الإلكتروني البطاقة الذكية المستخدم في عملية تثبيت التوقيع الإلكتروني حتى يعد توقيعه صحيحاً وبذلك يستوفي التوقيع الإلكتروني هذا الشرط عن طريق حيازة الموقع لأداة حفظ المفتاح الشفري الخاص والمتمثلة بالبطاقة الذكية والكود السري المقترن بها⁽⁶⁾.

(1) المادة (5/ثانياً) من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقية.

(2) انظر: سعد عدنان عبود العزاوي، مصدر سابق، ص186.

(3) انظر: د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقية رقم 78 لسنة 2012، مرجع سابق، ص111.

(4) مع ذلك يتسم التوقيع التقليدي بسهولة كشف تزويره أو تقليده سواءً أكان ذلك يتحقق بمجرد النظر إليه أم بواسطة أهل الخبرة.

(5) انظر: سحر البكباشي، التوقيع الإلكتروني، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2009، ص66.

(6) - حسن محمد، مقال بعنوان: وسائل الإثبات الإلكترونية في المواد المدنية والتجارية، منشور في مجلة المحامون السورية لسنة 2003، المجلد 68، العدد 1-2، ص34.

هذا يعني طبقاً لمفهوم المخالفة، انتفاء تحقق شرط سيطرة الموقع على الوسيط الإلكتروني، إذا خرجت بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني السرية عن سلطة الموقع أو توصل إليها الآخرون بطريقةٍ ما إذ يصبح التوقيع في هذه الحالة مشكوكاً في قدرته على تحديد هوية مصدره، الأمر الذي يفقد معه قيمته القانونية في الإثبات⁽¹⁾.

ب. إمكانية كشف أي تعديل أو تبديل في بيانات المحرر الإلكتروني أو التوقيع الإلكتروني.

إلى جانب تحقق الشرطين السابقين في التوقيع الإلكتروني، استلزم المشرع العراقي استيفائه لشرط ثالث يتجسد في ضرورة تأمين رابطة بين المستند والتوقيع الإلكتروني الذي يعود إليه ليُمكن كشف أي تعديل يطرأ على المحرر بعد توقيعه⁽²⁾، فالمقصود بهذا الشرط هو أن تكون هناك رابطة بين التوقيع الإلكتروني والمحرر الذي يحتويه، بموجبها يضمن التوقيع الإلكتروني نزاهة البيانات والمعلومات الواردة في المحرر بحيث إذا تعرض لأي تعديل أو تحريف يحدث تغيير في التوقيع الإلكتروني⁽³⁾.

الهدف من ذلك، هو تمكين التوقيع الإلكتروني من أداء وظيفته الثانية في إثبات انصراف إرادة الموقع نحو قبول الالتزام بما ورد في مضمون المحرر الإلكتروني الذي وَقَعَ عليه، ذلك أنّ صحة اتصال التوقيع بالمحرر يدل على علم الموقع بمحتواه، ومن ثم فإن وصول المحرر الموقع إلكترونياً إلى المرسل إليه من دون حدوث أي تعديل فيه من لحظة توقيعه يعني رضا المرسل الموقع بما جاء فيه، ومن ثم لا يقبل منه الدفع بعدم علمه أو رضاه بما سوف يترتب على مضمون المحرر من حقوق والتزامات، فإذا تعرض المضمون بعد توقيعه للتعديل أو التبديل تصبح إرادة الموقع منصبة على غير ما ارتضى الالتزام به⁽⁴⁾، وفي هذه الحالة يفقد التوقيع الإلكتروني قيمته القانونية في الإثبات. ومما لا شك فيه أن الشرط محل البحث يتحقق تلقائياً في التوقيع التقليدي، لأن وضع التوقيع الخطي على المحرر الورقي يؤدي إلى اتصال التوقيع بالمحرر اتصالاً مادياً كيميائياً مباشراً بحيث لا يمكن معه فصل

(1) د. عبد التواب مبارك، الدليل الإلكتروني امام القاضي المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص103.

(2) المادة (5/ثالثاً) من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي.

(3) انظر: سعد عدنان عبود العزاوي، مصدر سابق، ص186 وما بعدها.

(4) - حاتم عبد الباري، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، المجلة الجنائية القومية، العدد 10، مجلد 48، القاهرة، 2002، ص34.

أحدهما عن الآخر بدون حدوث عيب يسهل كشفه بالمناظرة أو عن طريق الخبرة الفنية⁽¹⁾، أمّا في التوقيع الإلكتروني فعلى الرغم من عدم وجود محرر ورقي ولا توقيع مادي داخل البيئة الإلكترونية، فإن التطور التكنولوجي استطاع توفير التقنية اللازمة لاستيفاء التوقيع الإلكتروني هذا الشرط، ففضلاً عن إفراد التقنيات الحديثة دعائم إلكترونية تضمن الحفاظ على البيانات المسجلة فيها من العبث والتحريف، يسهل كشف أي تعديل أو تبديل في بيانات المحرر الإلكتروني الموقع إلكترونياً عن طريق استخدام تقنية شفرة المفاتيح العام والخاص، وبمضاهاة شهادة التصديق الإلكتروني وبيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني بأصل هذه الشهادة وتلك البيانات أو بأي وسيلة مشابهة⁽²⁾.

في هذا الخصوص، نلاحظ أن استخدام التوقيع الرقمي القائم على تقنية شفرة المفاتيح العام والخاص وإن كان لا يتصور بطبيعة الحال حدوث الارتباط المادي بينه وبين المحرر الإلكتروني، إلا أن هذا الارتباط يتم بطريقة أخرى تقنية، فاستخدام المفاتيح الخاص في توقيع المحرر الإلكتروني يجعل هذا الأخير كما أسلفنا سابقاً موقِعاً بأسلوب مضغوط ومشفر، فيضمن سلامة محتواه وهو ينتقل عبر شبكة الإنترنت بحيث لا يستطيع سوى المرسل إليه إعادة فك تشفيره عن طريق المفاتيح العام للمرسل الذي يسمح بالاطلاع على فحواه دون إمكانية التدخل فيه بالإضافة أو الحذف فإن استطاع المرسل إليه فك شفرة المحرر الإلكتروني بالمفتاح العام، وتطابق الرمز الناتج عن عملية فك التشفير مع الرمز المستلم، فهذا يعني تحقق ارتباط التوقيع الرقمي بالمحرر الإلكتروني من جهة، ودليل على عدم تعرضه لأي تعديل أو تبديل من لحظة الإرسال حتى لحظة الاستقبال⁽³⁾.

إن التوقيع الإلكتروني يُنَاط به وظيفة إضافية على وظائف التوقيع التقليدي، تتمثل بكشف أي تغيير لاحق يمس بيانات المحرر الإلكتروني أو بيانات إنشائه عقب توقيعه من خلال أنظمة فحص التوقيع الإلكتروني⁽⁴⁾.

بذلك، فإن من شأن اللجوء إلى استخدام التوقيع الإلكتروني الرقمي ذات التشفير اللامتناهات المعزز بشهادة التصديق المعتمدة، تحقيق الارتباط التقني الوثيق بينه وبين المحرر

(1) انظر: د. حسن عبد الباسط جمعي، مصدر سابق، ص32.
 (2) - محمد البنان و مجموعة من الخبراء ورقة عمل مقدمة إلى كلية التجارة جامعة القاهرة في العقود والاتفاقات في التجارة الإلكترونية، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية، 2007، ص50.
 (3) د. محمد المرسي زهرة، الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية، العقد الإلكتروني، الإثبات الإلكتروني، المستهلك الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 1، 2008، ص240.
 (4) - عبد الفتاح مراد، التعليق على قوانين المرافعات والإثبات والتحكيم، منشأة المعارف الإسكندرية، 2001، ص50.

الإلكتروني الذي يتعلق به، بطريقة تضمن الثقة والأمان لمحتواه، وتتيح كشف أي تعديل يطرأ على هذا المحرر بعد توقيعه، ومن ثم يؤدي وجوده إلى قيام التوقيع الإلكتروني بوظيفته في التعبير عن رضا الموقع في الالتزام بمضمون المستند الذي وقَّع عليه⁽¹⁾.

يتبين من ذلك، أن التوقيع الرقمي ذات الأسلوب غير المتماثل بما يشهده من تطور وتعقيد تكنولوجي يستوفي بلا شك الشروط المتقدمة، بحيث يعطي لمضمون المحرر الإلكتروني سرية وأماناً أكثر من التوقيع التقليدي الذي هو عبارة عن رسم خطي قد يُزورُّ بأليات معينة لا يمكن كشفها⁽²⁾.

يثار تساؤل حول امكانية تطبيق القواعد التقليدية على الإتلاف الإلكتروني؟

وقد اشار القانون العراقي إلى مدى إمكانية تطبيق القواعد التقليدية الخاصة بإتلاف الأموال⁽³⁾ على إتلاف معطيات الحاسوب، اذ بينما يطالب الرأي الغالب في الفقه بتدخل المشرع بنص صريح ينظم مشكلة التعويض عن فيروسات الحاسوب، نجد أن هناك رأياً في الفقه يحاول جاهداً أن يطوع ما هو كائن من القواعد القانونية، لتقديم حل لمشكلة تعويض الاضرار عن فيروسات الحاسبات.

وفي بعد تعليقه على المادة 186 من القانون المدني العراقي أنّ الضرر المادي الذي يستوجب التعويض يتمثل في إتلاف مال الآخرين أو انتقاص قيمته منقولا كان ذلك المال أو عقاراً⁽⁴⁾.

إذ يذهب الاتجاه الأول إلى إمكانية تطبيق القواعد التقليدية على الإتلاف الإلكتروني إذ يذهب جانب من الفقه بإمكانية تطبيق القواعد التقليدية التي تعالج الضرر الناتج عن إتلاف الأموال المنقولة والثابتة (العقارية) على إتلاف معطيات الحاسوب، وذلك التزاماً من أصحاب هذا الاتجاه بالأسس التي تتبنى القواعد التقليدية بوصفها تمثل نظاماً مستقراً منذ امد

(1) د. ممدوح محمد علي مبروك، مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، دار النهضة العربية، القاهرة 2005، ص168.

(2) انظر: سعد عدنان عبود العزاوي، مصدر سابق، ص191.

(3) - تنظر: م/ 186 من القانون المدني العراقي التي تنص على أنه (1-إذا اتلف أحد مال غيره أو أنقص قيمته مباشرة أو تسبباً، يكون ضامناً، إذا كان في احداثه هذا الضرر قد تعمد أو تعدي، 2- وإذا اجتمع المباشر والمتسبب ضمن المتعمد أو المتعدي منهما، فلو ضمنا معا كانا متكافلين بالضمن).

(4). د. سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، بغداد، 1981، ص 64.

طويل، إذ يرجع أصول بعضٍ منها إلى القانون الروماني الذي وضع اللبنة الأساسية في قواعد إتلاف الأموال⁽¹⁾.

على الرغم من أن هذا الاتجاه يحظى بدعم جانب من الفقه إلا أن آراء أنصاره قد اختلفت في تسويغته ونتيجة لذلك برز رأيان في هذا المجال: الرأي الأول : يرى أصحاب هذا الرأي أن جوهر الإتلاف يتوافر على وفق نية المشرِّع، فقد يحدث بالفعل إتلافا عمديا في اموال منقولة ليست ملكا للفاعل ويترتب على ذلك بأن تصبح غير صالحة للاستعمال والأمر ذاته ينطبق على الإتلاف الإلكتروني، ويؤكد أصحاب هذا الرأي ان مشكلة اي اتجاه معارض لهذا التكيف هو الجمود وعدم مواكبة التطور التكنولوجي⁽²⁾، لكن على الرغم من محاولة أصحاب هذا الرأي في تسويغ رأيهم الخاص بتطبيق القواعد التقليدية عن طريق إتلاف معطيات الحاسوب بإتلاف الأموال المنقولة على أساس أن معطيات الحاسوب هي أموال منقولة، إلا أننا نعتقد بأن محاولة تشبيه معطيات الحاسوب بالأموال المنقولة ليست بالمحاولة اليسيرة بل تحفها المخاطر لعدة عوامل، يستصدرها استلزام إتلاف المال المنقول بأن يرد على شيء مادي، في الوقت الذي تعد فيه معطيات الحاسوب أشياء معنوية أو على حد تعبير البعض⁽³⁾ (كيانات تصورية ليس لها مظهر مادي ملموس) وما يؤكد ذلك هو ما ذهب إليه جانب من الفقهاء إلى إنكار الوصف المادي للمعطيات حتى مع وجود تثبيتها على هياكل مادية تكسبها مظهرا خارجيا ملموسا ومن ثم فإن المعطيات حسب وجهة نظرهم لا تعدو أن تكون الا نتاجا ذهنيا بالنظر إلى أصلها المتكون من مجموعة من الأفكار وهذا كله يشكك في قيمة الرأي السابق ويؤدي إلى عدم الأخذ به بينما ذهب أصحاب الرأي الثاني⁽⁴⁾ إلى أن إتلاف الدعامات المادية التي تحوي المعطيات كالأشرطة والاسطوانات والديسكات والأقراص الممغنطة يؤدي إلى امكانية تطبيق القواعد التقليدية على إتلاف البرامج والبيانات والمعلومات في حد ذاته، طالما كانت هذه البيانات والبرامج مسجلة على دعامات مادية، وهذا الرأي الفقهي يستند إلى النصوص التقليدية التي تحكم الإتلاف في قوانين بعض

(1) - اشار إلى هذا الاتجاه الفقهي د. هدى حامد قشقوش، مصدر سابق، ص 44.
(2) - د. هدى حامد قشقوش، مصدر سابق ، ص 44، وينظر أيضا : ورقة العمل الضرار الواقع على المعطيات ذات القيمة الاقتصادية، مصدر سابق، ص 11 .
(3) - أسيل عبد الكاظم كريم، الحماية القانونية المدنية لبرامج الحاسوب، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، 2000 ، ص 19 .
(4)- اشار إلى هذا الاتجاه الفقهي د. هدى حامد قشقوش، مصدر سابق، ص 44.

الدول⁽¹⁾ فلاجل تقرير المسؤولية عن الإتلاف للمعطيات المسجلة على اشربة واسطوانات وديسكات، تم قياس هذه الأفعال على أفعال تخريب الأثار الفنية الصناعية إذ إن مرتكب فعل الإتلاف قد ألحق ضرراً وظيفياً في القرص أو الشريط الذي يحتوي على برامج ومعلومات قيمة أو أعاق استعماله⁽²⁾.

أما الاتجاه الآخر⁽³⁾ فذهب إلى عدم امكانية تطبيق قواعد الإتلاف التقليدية على الأنشطة التي تنطوي على إتلاف للمعطيات المخزونة في أجهزة الخزن الرئيسية أو الثانوية للحاسوب أو المنقولة عبر شبكات المعلومات، وذلك استناداً إلى انتفاء الصفة المادية للمعطيات التي تكون على شكل لغة إليه (الصفحة والواحد) مكتوبة وممغنطة على أجهزة الخزن أو منقولة على شكل نبضات الكترونية عبر أسلاك شبكات المعلومات، وعلى هذا الأساس لا يمكن عد هذه المعطيات أموالاً بحد ذاتها وإن كانت تجسد أصولاً لها، ذلك أن النصوص التقليدية الخاصة بالمسؤولية على إتلاف الأموال في غالبية الدول تستلزم أن يكون فعل الاعتداء موجهاً إلى مال مادي وعندما يلحق الضرر المعطيات فإنها عناصر ذات طبيعة (منطقية) معنوية غير ملموسة وهذا الاتجاه هو السائد فقط حظى بتأييد الفقه⁽⁴⁾.

الذي وضعه بحق بأنه تصور مؤسس يتسم بالواقعية وينظر إلى الطبيعة الخاصة للمعطيات الحاسوب - بوصفها عناصر ذات طبيعة منطقية معنوية غير ملموسة - ويحظى هذا الاتجاه أيضاً بدعم من القضاء في هذا الاتجاه قضت محكمة الاستئناف (angers) الفرنسية في حكم لها برفض تطبيق القواعد الخاصة بإتلاف الأموال على خبير نظم المعلومات الذي نسب إليها قبل تركه لمقر المنشأة التي كان يعمل فيها، ومباشرته الأفعال تفريغ ومسح ترتب عليها إعاقة نظام الحاسوب عن الاستخدام المألوف له، وجاء في حيثيات الحكم (أن برامج النظام لم يطرأ عليها أي تغيير مادي) .

وهكذا فإن المحكمة تقصد بحكمها الصادر، أن البرامج لم يلحقها ضرر مادي لأنها ليست ذات طبيعة مادية حتى يلحقها تغيير مادي. عليه يبدو أن معطيات الحاسوب كالمعلومات والبيانات والبرامج لا تخضع - حسب تقديرنا - للنصوص التقليدية المتعلقة بالإتلاف . وذلك

(1)- كالنصوص التي تقيم المسؤولية على فعل الإتلاف، ينظر نص المادة (186) من القانون المدني العراقي.

(2) د. محمد سامي الشوة، الحماية القانونية للكيانات المنطقية، دار النهضة العربية، القاهرة 1994، ص 198.

(3)- راشد بن صالح الغيلاني، الجريمة المعلوماتية، بحث منشور في مجلة العين الساهرة، العدد 83 ، مسقط، 1998 ، ص 44.

(4)- د. محمد سامي الشوة، مصدر سابق، ص 197 .

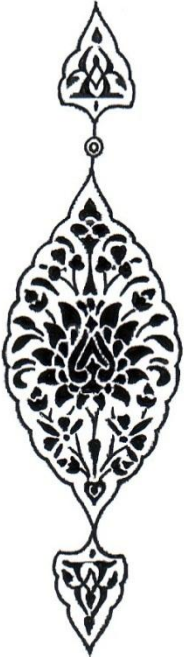
لعدم توفر خصائص الأشياء التي تنطبق عليها هذه المواد، إذ يتعين أن يكون للمال المعتدى (محل فعل الإتلاف) طبيعة مادية أي أن يقع الضرر على حق الملكية، فهذا الحق كسائر الحقوق العينية الأخرى لا ينصب إلا على أشياء ذات كيان مادي⁽¹⁾، ومن ثم فإن النصوص الحالية لا تنطبق على القيم غير المادية محل البحث، إذ لا تندرج تحت طائفة الحقوق العينية لأنها ليست سلطة الشخص على شيء مادي معين⁽²⁾ وقد كرست بعض التشريعات هذا الاتجاه بنص صريح، حيث تدخل المشرع في بعض الدول بنصوص صريحة حاسمة، لوضع نظام قانوني خاص بحكم نظم المعلومات، وذلك عندما يلحق الضرر بالمعلومات المخزنة والبيانات الموجودة في الحاسوب وهي عناصر ذات طبيعة معنوية غير محسومة، فهنا تبدو المشكلة التي يتصدى لها التشريع المقارن في كيفية المعالجة.

نستنتج من كل ما تقدم، أن المشرع العراقي يمنح التوقيع الإلكتروني القوة الثبوتية الكاملة في الإثبات، شريطة أن يأتي هذا التوقيع مستوفياً لشروطه الثلاثة سالفة الذكر، ومعتمداً من جهة التصديق، وعليه إذا جاء التوقيع الإلكتروني مستوفياً لتلك الضوابط، تعين على محكمة الموضوع الحكم بحجته المقررة قانوناً في إثبات صحة ما ورد بمضمون المستند الإلكتروني الذي ارتبط به طالما لم يثبت خلاف ذلك.⁽³⁾

(1)- يخالف بعض الفقهاء الرأي السائد فالحق العيني وان كان محله شيئاً مادياً إلا أن هذا لا يمنع من أن يرد على شيء غير مادي للمزيد من التفصيل ينظر د. حسن كبيرة، الحقوق العينية الاصلية، الجزء الأول، القاهرة، 1965، ص 7.

(2) - د. محمد طه البشر ود. غني حسون طه، الحقوق العينية، القسم الأول، بغداد، 1982، ص 9 .
(3) - خصص المشرع العراقي للإتلاف ست مواد (189-191) وتتص المادة 186 من القانون المدني العراقي على أنه (1-إذا أتلف أحد مال غيره أو أنقص قيمته مباشرة أو تسبباً، يكون ضامناً، إذا كان في احداثه هذا الضرر قد تعمد أو تعدى . 2- وإذا اجتمع المباشر والمتسبب ضمن المتعمد أو المتعدي منهما، فلو ضمنا معا كانا متكافلين في الضمان).

الفصل الثاني
أحكام إتلاف المُستنداتِ
الإلكترونية



الفصل الثاني

أحكام إتلاف المستندات الإلكترونية

إن استخدام الحاسبات الإلكترونية في تفاصيل الحياة البشرية أصبح جزءاً مهماً من متطلبات الحياة المعاصرة وقد تزايد وجودها في السنوات الأخيرة بحيث إن الاستغناء عن استخدام الحاسوب أصبح مستحيلاً، وإذا كان استخدام الحاسوب له فوائد متعدّدة من حيث سرعة في الإنجاز، ودقة في النتائج والقدرة على حفظ المعلومات بشكل واسع وغير ذلك من الفوائد إلا أننا لا يمكن أن نتجاهل الأضرار التي يمكن أن تنتج من استخدام الحاسوب. وأصبح كل من يمتلك أو يستخدم الحاسوب يواجه مشاكل يومية كثيرة أهمها تسلل الفيروس إلى الحاسوب وما يترتب على ذلك من أضرار متعدّدة ، إذ صبحت الفيروسات تسبب في المدة الأخيرة ضرراً ومشكلات كثيرة لكثير من مستخدمي الحاسبات، وأصبح الشغل الشاغل لمعظم مستخدمي الحاسبات هو كيفية تأمين نظام الحاسوب ضد الفيروس وكيفية القضاء عليه وتعويض اثاره الضارة في حالة الإصابة به، وإذا كانت الفيروسات أو بعض البرامج التي تم تنصيبها على الحاسوب تؤدي إلى نتائج سلبية تتمثل بإتلاف البيانات والمعلومات والملفات الخاصة بالمستخدم، فإن الأمر لا يقف عند هذا الحد بل قد يمتد إلى إعطاب بعض الأجزاء المادية في الحاسوب كتعطيل وحدة الخزن أو وحدة الذاكرة وغير ذلك من الأجزاء للحاسوب وقد يزداد الأمر سوءاً في الأحوال التي يؤدي فيها الإتلاف الإلكتروني إلى إعطاب أو إحداث خلل بمنظومات شبكات الحاسوب المرتبطة ببعضها وما يترتب على ذلك من أضرار ولاسيما إذا كانت تلك الشبكة ضرورية لتقديم خدمات معينة للأفراد فإن توقف تلك الشبكات نتيجة أعمال الإتلاف الإلكتروني يؤدي إلى تعطيل تقديم الخدمات وما قد يلحقه من ذلك ضررٍ بالشركة أو المؤسسة المقدمة والأفراد المستفيدين منها، لذلك أرتأينا تقسيم هذه الفصل إلى ثلاثة مباحث المبحث الأول أركان المسؤولية الناشئة عن سوء استخدام الحاسوب والمبحث الثاني مدى خضوع ضرر الإتلاف الإلكتروني لأحكام القواعد التقليدية والمبحث الثالث الجزاء المترتب على المسؤولية المدنية الناجمة عن أتلاف المستند الإلكتروني وكما يأتي :

المبحث الأول

أركان المسؤولية الناشئة عن سوء استخدام الحاسوب

يقصد بالمسؤولية عن الأفعال الشخصية، تلك التي ترجع إلى فعل شخصي أو بعبارة أخرى فعل يصدر عمّن أحدث الضرر، متضمنا تدخله مباشرة في إحداثه، دون وساطة شخص آخر، أو تدخل شيء مستقل عنه، حيث ينشأ الضرر عن فعل ينسب إلى المسؤول شخصيا.

لما كان الأصل هو مسؤولية الشخص عن أفعاله التي تضر بالآخرين وما مسؤوليته عن فعل غيره أو عن الأشياء التي في حراسته سوى استثناء وفي حالات محددة، فقد أورد المشرع الأردني وكذلك المصري أحكاما تفصيلية لهذه المسؤولية، حيث نظمها المشرع الأردني في المواد (256 - 287) من القانون المدني الأردني مبينا جوانبها المختلفة، أما المشرع المصري فقد عالجهما في المواد (163-172) من القانون المدني المصري، في حين أن المشرع الفرنسي اقتصر على إيراد مادتين اثنتين هما (1382 و1383)، وعلى الرغم من أن عدد نصوص القانون المدني المصري (وكذلك الأردني) المتعلقة بالمسؤولية المدنية تزيد على نصوص القانون الفرنسي، فإن أحكامهما لا تختلف في هذا الشأن كثيرا عن الأحكام المعمول بها في القانون الفرنسي ويكاد الفقه يجمع على أن للمسؤولية عن الفعل الشخصي أركاناً ثلاثة هي الفعل الضار، والضرر الذي ينتج عن الفعل، والترابط السببي بين الفعل المرتكب والضرر الذي حدث، وهي ما يطلق عليها برابطة السببية.

لما كانت المسؤولية محل الدراسة تمثل نوعاً من هذه المسؤولية ولن تخرج أركانها عن هذه الأركان، فسنعتمد إلى تناول هذا الفصل عن طريق ثلاثة مطالب مفردين لكل ركن مطلب مستقل، فنبدأ بالفعل الضار المنشئ للمسؤولية الناشئة عن استخدام أجهزة الحاسوب والإنترنت، ثم بالضرر في هذه المسؤولية، وأخيرا في علاقة السببية بين الفعل المنشئ لهذه المسؤولية والضرر الناجم عن هذا الفعل وكما يأتي :

المطلب الأول

الفعل الضار المنشئ للمسؤولية

يعد الفعل الضار الذي يشكل الركن الأساس لقيام المسؤولية التقصيرية هو مبعث الخلاف بين مختلف النظريات النازمة للمسؤولية التقصيرية، فهو عنصر متحول وتحديده وتوضيح مفهومه أكثر صعوبة من ركني المسؤولية الآخرين⁽¹⁾.

1 - تناولنا للقواعد العامة في التشريعات محل المقارنة لدى معالجتنا لكل جزئية من جزئيات هذه الدراسة مرده السببين أولهما، تنفيذا لعنوان هذه الدراسة والذي مر بمراحل متعددة أثناء محاولتنا لإقراره، بدءا من مناقشته في مجلس قسم الكلية التي تتبع لها ومرورا بمناقشته من قبل مجلس ذات الكلية وانتهاء بمجلس عمداء الجامعة فاستقر على أن تكون هذه الدراسة دراسة مقارنة من مرحلتين، الأولى هي مقارنة قواعد المسؤولية التقصيرية

فمنذ بداية التاريخ القانوني للإنسان وإلى وقتنا الحاضر، وأساس المسؤولية المدنية يتأرجح بين فكرتين أساسيتين: الضرر والخطأ، فقد بدأ القانون بتقرير أن الإنسان وهو يتصرف أو يتعامل مع الغير فإنه يتحمل مخاطر هذا التصرف والتصرف الذي يمكن أن يسببه للغير، فالمسؤولية بدأت إذا موضوعية لا حاجة فيها لوزن سلوك محدث الضرر ومعرفة ما إذا كان مخطئاً أم لا، لذلك جاءت القوانين العراقية القديمة مثلاً على شكل جداول تحدد الأفعال الضارة وما يقابلها من مبالغ التعويض التي يجب أن يدفعها محدثو الضرر للمضرورين دون اشتراط أن يكون الضرر مستنداً إلى سلوك خطأ أو غير مشروع، ولم يتغير الوضع كثيرة في القانون الروماني الذي التزم هو الآخر بتحديد الأفعال الضارة وما يقابلها من تعويض، ولم يصل هذا القانون حتى في مراحل تطوره المتقدمة إلى تقرير المبدأ المعاكس الذي يقرر مسؤولية من ارتكب خطأ سبب ضرراً للغير عن تعويضه وأن لا مسؤولية دون وجود هذا الخطأ⁽¹⁾

فماذا حل بعد ذلك؟، هذا ما سنحاول تحديده في هذا المطلب من خلال أفراد فرع مستقل لتحديد هذا المفهوم وفق كل تشريع من التشريعات محل الدراسة على حدة، فيقسم هذا المطلب إلى النحو الآتي : مفهوم الفعل الضار وفق القانون الفرنسي في الفرع الأول، ومفهوم الفعل الضار على وفق القانون المصري في الفرع الثاني، ومفهوم الفعل الضار على وفق القانون الأردني في الفرع الثالث.

الفرع الأول

مفهوم الفعل الضار في القانون الفرنسي

كان لتأثر فقهاء القانون الفرنسي القديم بالأفكار المسيحية دور كبير في وضع مبدأ مفاده أن الشخص لا يسأل عن تعويض الضرر الذي يسببه للآخرين ما لم يكن مخطئاً ، فمادام الدين يسعى إلى بناء الإنسان، فهو يؤكد على وجوب إعطاء هذا الإنسان الثقة في نفسه بجعله كائناً مسؤولاً عن تصرفاته ونتائجها، وهذا الأمر يقتضي عدم مساءلة الإنسان جنائياً كان أم

في إتلاف تشريعات هي الفرنسي والمصري والأردني، والثانية هي الوقوف على مدى خضوع المسؤولية محل الدراسة لثمة القواعد بعد مقارنتها الأولى ومحاولة إيجاد الحلول القانونية الملائمة. ورغم شعوري بصعوبة بالغة في بداية الأمر، إلا اني وكلمتا تعمقت في بحث القواعد العامة كدراسة مقارنة ايقنت فائدة الإصرار على جعل هذه الدراسة دراسة مقارنة بين هذه التشريعات الثلاثة قبل المقارنة الثانية، والسبب الثاني، هو ذلك الشح الكبير المؤلفات الفقهية الشارحة لقواعد المسؤولية التقصيرية في القانون المدني الأردني رغم الحاجة الماسة لهذه المؤلفات بسبب الاختلاف الكبير بين قواعد المسؤولية التقصيرية الواردة في القانون المدني الأردني والقواعد الواردة في القانون المدني الفرنسي والمصري .

1 - د. عدنان إبراهيم السرحان، الفعل غير المشروع (الإضرار) كأساس للمسؤولية التقصيرية (الالتزام بالضمان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني، بحث منشور في مجلة المنارة المجلد 2، العدد 2، جامعة آل البيت الأردن 1997، ص103 و 104.

مدنيًا إلا إذا كان مخطئاً⁽¹⁾، ووفق هذه الفلسفة جاءت المادة (1382) من القانون المدني الفرنسي لتتنص على أن " كل عمل أيا كان يسبب ضرره للغير يلزم من حصل الضرر بخطئه أن يصلحه" ، والتي تنص على المادة (1383) من ذات التقنين على أن : " كل شخص يسأل عن الضرر الذي سببه ليس فقط بفعله وإنما أيضا بإهماله أو بعدم تبصره"⁽²⁾.

فكرة الخطأ في ظل هذه النصوص واجهها أول مرة رأي ينطلق من تحليل الفعل مجردة ليكتفي به أساسا تتحقق به المسؤولية كلما ارتد الضرر إليه من دون ضرورة الإثبات الخطأ فيه، وهذا الرأي لم يسلم من المناقشة في مصدره وجوهره استبعادًا له، فإذا كان من الصحيح أن المادة (1383) استعملت كلمة "فعل" في مستهلها إلا أنها عادت في منتهى تسمي الخطأ عند إقرارها موجب إصلاح الضرر الناتج عنه، كما أن المادة 1383 عدت إلى جانب الفعل - وهو المقصود تكييفه - الإهمال وعدم التبصر، وهما ولا شك مظهران للخطأ⁽³⁾ ولم يختلف فقهاء القانون الفرنسي في شيء قدر اختلافهم حول مفهوم الخطأ، فبينما ذهب الأوائل في ذلك مذهباً يضيق من دائرة الخطأ ومن ثم يحد من قيام المسؤولية المدنية والالتزام بالتعويض، سلك المحدثون طريق التوسع في تعريف الخطأ توصلًا لتسهيل قيام المسؤولية التيسير حصول المتضررين على تعويض ما أصابهم من ضرر، حتى بلغ الأمر منذ أواخر القرن التاسع عشر بفريق من الفقهاء لا يستهان به إلى حد المناداة بالاستغناء عن الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية واستبدال فكرة تحمل التبعة به كقاعدة عامة⁽⁴⁾.

فقد عرف الخطأ " بأنه العمل الضار غير المشروع، وعرفه إيمانويل ليفي بأنه الإخلال بالثقة المشروعة وعرفه ديموج بأنه اعتداء على حق يدرك المعتدي فيه جانب الاعتداء، وعرفه جوسران بأنه الإضرار بحق دون أن يكون في وسع المعتدي أن يعارضه بحق أقوى منه أو مماثل له، وعرفه سافاتييه بأنه الإخلال بواجب مع تبين هذا الإخلال. ومن التعريفات الحديثة التي قيلت في الخطأ أنه الإخلال بالالتزام القانوني العام بعدم الإضرار بالغير " ⁽⁵⁾.

- 1 - انظر قريب من ذلك، د. عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الإلكترونية في القانون العربي النموذجي، دار الكتب القانونية، مصر، 2007، ص 106 .
- 2 - انظر أصل المادتين 1382 و1383 باللغة الفرنسية على التوالي .
- 3 - عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، غزة، المكتبة المركزية، بيروت، لبنان، منشورات عويدات، 1983، ص 65. وانظر كذلك في ذات المعنى، مصادر الالتزام، ص 533.
- 4 - د. عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية (الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية)، الكتاب الثاني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص 186 وانظر كذلك المراجع الفرنسية ورسائل الدكتوراه التي أشار إليها في هامش ذات الصفحة
- 5 - تم استخلاص هذه التعاريف من عدة مؤلفات منها، السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ص 777 وما بعدها، زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، ص 540.

لم يخل واحد من التعاريف السابقة من نقد وجه إليه، حتى أصبح الاختيار بينها ليس بالأمر الهين، ولعل أبسط التعاريف - بحق - وأكثرها تقريبا لفكرة الخطأ تعريف بلانيول إذ يقول "الخطأ هو الإخلال بواجب سابق" وهو التعريف الذي انطلقت منه في العصر الحالي جميع محاولات التوسع في فكرة الخطأ⁽¹⁾.

الالتزامات التي يعد الإخلال بها خطأ يحاول بلانيول أن يحصرها في أربعة: الامتناع عن العنف، والكف عن الغش، والإحجام عن عمل لم تنهياً له الأسباب من قوة أو مهارة، واليقظة في تأدية واجب الرقابة على الأشخاص أو على الأشياء⁽²⁾.

الرأي الذي استقر فقها وقضاء يقرب معنى الخطأ في المسؤولية التقصيرية من معناه في المسؤولية العقدية، فالخطأ في المسؤولية العقدية هو إخلال بالتزام عقدي، هذا الالتزام قد يكون لتحقيق غاية أو ببذل عناية، أما الالتزام القانوني الذي يعد الإخلال به خطأ في المسؤولية التقصيرية فهو دائما التزام ببذل عناية، وهو أن يصطنع الشخص في سلوكه اليقظة والتبصر حتى لا يضر بالآخرين ، فإذا انحرف عن هذا السلوك الواجب وكان من القدرة على التمييز بحيث يدرك أنه قد انحرف، كان هذا الانحراف يستوجب مسؤولية تقصيرية⁽³⁾.

إلا أن ثمة خلافاً آخر نشأ في فرنسا حول فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية عن الأفعال الشخصية يتعلق بالمعيار المعتمد حول مفهوم الخطأ فهل يعتمد المعيار الموضوعي أم الشخصي، ودون الخوض في هذا الجدل، فإن فكرة الخطأ الموضوعي قد استقرت في القانون الفرنسي لتساهم في حماية المتضررين⁽⁴⁾.

الفرع الثاني

مفهوم الخطأ وأركانه في القانون المصري

أولاً: مفهوم الخطأ

نصت المادة 163 من القانون المدني المصري على أن "كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض"، ولو أن المشرع المصري اكتفى بهذا النص لقلنا إن مفهوم الخطأ لديه يتطابق تماماً مع مفهومه لدى نظيره الفرنسي، إلا أن المشرع المصري أورد بعد هذه المادة الفقرة الأولى من المادة (164) والتي نصت على أن يكون الشخص مسؤولاً عن أعماله غير

1 - د. عبد الفتاح بيومي حجازي، مصدر سابق، ص 187.
2 - د. عباس العبودي، تحديات الإثبات في السندات الإلكترونية (دراسة مقارنة) منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، ط 1، 2010، ص 778.
3 - لورنس محمد عبيدات، إثبات المحرر الإلكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع ط1، عمان، 2009، ص 779.
4 - للمزيد حول هذا الخلاف، يرجى الرجوع إلى : د. عدنان إبراهيم السرحان، الفعل غير المشروع (الإضرار) كأساس للمسؤولية التقصيرية (الالتزام بالفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني، بحث منشور في مجلة المنارة المجلد 2، العدد 2، جامعة ال البيت الأردن 1997، ص 107

المشروعة متى صدرت منه وهو مميز" لذا فإن الخطأ في القانون المصري يجب أن يكون صادرًا عن تمييز وإدراك. فالخطأ شرط ضروري للمسؤولية المدنية بل هو الأساس الذي تقوم عليه، وقد طبقت محكمة النقض المصرية هذا الحكم في أكثر من مناسبة، فهي تقول في أحد قراراتها "ليس المحكمة الموضوع إقامة المسؤولية التقصيرية على خطأ لم يدعه المدعي متى كان أساسها خطأ يجب إثباته".

ومن ثم ودون الخوض في التعريفات المتعددة التي أوردها الفقه المصري للخطأ، نورد التعريف الذي نميل إليه والذي قال به الدكتور سليمان مرقس بأنه "إخلال بواجب قانوني مقترن بإدراك المخل إياه"، وذلك كونه ينسجم تماما مع صريح نصوص القانون المدني المصري السالف ذكرها، والتي يتبين منها وكذلك من شروحات أغلب الفقه المصري أن الخطأ في المسؤولية التقصيرية يقوم على ركنين: الركن الأول مادي وهو التعدي والآخر معنوي وهو الإدراك.

ثانيا: أركان الخطأ

وتنقسم إلى:

أ- الركن المادي (التعدي):

التعدي هو الإخلال بالتزام قانوني في هذا الخصوص، لكن متى يوجد هذا الإخلال أو التعدي؟ إذا كان القانون قد نص على التزام محدد فلا صعوبة في هذا الشأن، إذ يعد الإخلال بهذا الالتزام تعديا يوجب المسؤولية، مثال ذلك أن القانون يعد الاعتداء على الآخرين بالضرب جريمة، في مثل هذه الحالة يعد الإخلال بالالتزام تعديا ، إلا أن هذا لا يكفي لتحديد عنصر التعدي في الخطأ وذلك لأن هناك واجبات قانونية كثيرة لم يحددها الشارع في نصوص وإنما من قبيل الواجبات العامة التي تفرض على الشخص أن يحترم حقوق الآخرين ويمتنع عن الإضرار بهم، وليس هناك من سبيل إلى حصر هذه الواجبات ولهذا لم يكن هناك مفر من أن نحدد معيارا للسلوك الذي يجب أن يتخذه الشخص، حيث يعد انحرافه عن هذا السلوك خطأ يوجب مسؤوليته.

هذا المعيار أو الضابط في الانحراف يمكن أن يرد إلى إحدى وجهتين: وجهه ذاتية (subjectif) فيقياس التعدي الذي يقع من الشخص مقياسًا شخصيًا (inconcreto) وهو الذي يستلزم أن تنظر إلى شخص المتعدي نفسه لا إلى التعدي ذاته، أو وجهة موضوعية (objectif) فيقياس التعدي مقياسا مجردا وهو الذي يستلزم قياس الانحراف بسلوك شخص نجرده من ظروفه الشخصية، هذا الشخص المجرد هو الشخص العادي الذي يمثل جمهور

الناس، فلا هو خارق الذكاء شديد اليقظة فيرتفع إلى الذروة ولا هو محدود الفطنة حامل المهمة فينزل إلى الحضيض، وهو المعيار الذي أخذ به الجمهور من رجال الفقه والقضاء. وقد جاء في حكم المحكمة استئناف القاهرة "متى كان معيار الخطأ الذي يستوجب المسؤولية في مثل الحالة المعروضة يرتكز على الإهمال وعدم التبصر، وهذا يكون إما في إتيان عمل كان يتعين عدم القيام به أو في امتناع عن عمل كان ينبغي ألا يصدر، وهو ما يقارن بمسلك ربّ العائلة في يقظته وذكائه وبما يجب اتخاذه من حيطة وتدبير مثل الظرف المرافق للحدث".

ب- الركن المعنوي (الإدراك):

يقصد بالإدراك في هذا المقام أن يكون المعتدي قادراً على التمييز بين الخير والشر، فيعي أن ما يقوم به يضر بالآخرين، وقد كان المشرع المصري صريحاً في نص المادة 164/1 مدني باشتراط التمييز بقولها "يكون الشخص مسؤولاً عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز⁽¹⁾"، وبناء على ذلك لا يسأل المجنون ولا الصبي غير - المميزة عن أفعالهما الضارة بالآخرين على الرغم مما فيها من مساس بحقوق الآخرين ومن خرق مادي للواجبات المقابلة لهذه الحقوق، لأن خطاب المشرع بهذه الواجبات موجه إلى ذوي التمييز، ويفترض في كل شخص توافر التمييز والحرية ويفترض فيه إمكانية تمثل النتائج الضارة لأفعاله ما لم يثبت هو أنه كان وقت ارتكاب الفعل الضار منعدم التمييز أو فاقد الحرية وللمزيد حول مدى توافر التمييز الذي تقوم به المسؤولية عن الفعل الضار في القانون المصري لا بد من التفرقة بين الشخص الطبيعي والشخص المعنوي .

1- الشخص الطبيعي:

أ- الأصل العام انعدام المسؤولية لفاقد التمييز: فيما يتعلق بالشخص الطبيعي

على وفق القانون المصري فإن الصبي غير المميز لا يكون مسؤولاً، أما من بلغ سن التمييز فيعد مميزاً حتى يقوم الدليل على فقد التمييز العارض، وهو الذي يتحمل عبء هذا الإثبات، ويلحق به المجنون لأنه فاقد التمييز فإذا كان محجوراً عليه عدّ مجنوناً حتى يقيم المضرور الدليل على أنه ارتكب العمل الضار وهو في مدة إفاقته، وإذا لم يكن محجوراً عليه فلا تتعدم مسؤوليته إلا إذا أقام هو أو من يمثله الدليل على فقدان التمييز، أما السفیه وذو الغفلة ولو كانا محجورة عليهما وكذلك من أصيب بعاهتين من ثلاث وهن الصم والبكم والعمى أو

1 - محمد حسام محمود لطفي، الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص27.

أصيب بعجز جسماني شديد ولو تقرر له المساعدة القضائية فتصح مساءلتهم جميعا لتوافر الإدراك عندهم.

أما فيما يتعلق بمن انعدم تمييزه بسبب آخر من غير الأسباب السابقة كما في حالة مرض النوم والإصابة بالصرع والتنويم المغناطيسي، إذا كان الشخص في هذه الحالات أو نحوها فاقد التمييز فلا تصح مساءلته إنما يشترط لانتفاء مسؤولية الشخص في مثل هذه الحالات ألا يكون فقدان التمييز راجعاً إلى خطأ منه⁽¹⁾.

ب- مسؤولية عديم التمييز في حالات استثنائية : إذا كان الأصل أن الشخص يكون مسؤولاً عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز كما جاء في المادة (164) مدني مصري إلا أن الفقرة الثانية من ذات المادة قررت مسؤولية عديم التمييز في نطاق محدود إذ نصت على أنه: " ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز، ولم يكن هناك من هو مسؤول عنه، أو تعذر الحصول على تعويض من المسؤول، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل، مراعيًا في ذلك مركز الخصوم" ⁽²⁾ ويلاحظ على مسؤولية عديم التمييز أنها مسؤولية استثنائية، فهي مقررة خلاف الأصل المنصوص عليه في الفقرة الأولى من هذه المادة إذ إنها مسؤولية دون خطأ تفرض على شخص عديم التمييز في حين أن القاعدة أن لا مسؤولية بلا خطأ وأن عديم التمييز لا يسأل، وهي مسؤولية احتياطية لا يمكن الالتجاء إليها إلا إذا لم يوجد شخص مسؤول عن عديم التمييز أو وجد وانتفت مسؤولية أو تعذر الحصول منه على التعويض لإعساره، ومن شأن هذا الشرط تضيق نطاق هذه المسؤولية الاحتياطية، إذ الغالب أن يكون عديم التمييز في رعاية شخص غيره يكون مسؤولاً عنه، وهي أيضًا مسؤولية جوازية بمعنى أن أمرها متروك للقاضي، فله أن يحكم بها إذا رأى أن حالة عديم التمييز المالية تسمح بإلزامه بالتعويض وله ألا يقضي بها إذا رأى خلاف ذلك، وهي أيضًا مسؤولية تقوم على أساس العدالة لا على أساس القانون فيكون التعويض فيها لا التعويض القانوني الكامل حتمًا بل التعويض الذي يراه القاضي عادلًا مع مراعاة حالة عديم التمييز المالية وكذلك حالة المصاب المالية وجسامة الضرر⁽³⁾.

2- الشخص المعنوي:

يختلف الشخص المعنوي عن الشخص الطبيعي في أن طبيعته تأبى أن ينسب إليه تمييز يتوافر معه عنصر الإدراك في الخطأ، وهذا أمر لا أهمية له إذا كان الخطأ قد صدر من

1 - محمد حسام محمود لطفي، الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية، مصدر سابق، ص 551.
2 - د. مدحت عبد الحليم رمضان، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية- دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 373.
3 - بهذا المعنى ينظر كل من السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، ص 804. د. سليمان مرقس، شرح القانون المدني، المجلد الأول، ص 252.

شخص يمثل الشخص الاعتباري ويمكن عُدّه تابعاً له، إذ هذه الحالة تكون مسؤولية الشخص الاعتباري هي مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع، وهذه المسؤولية لا يطلب فيها أن يتوافر الإدراك لدى المتبوع لأنها لا تقوم على عنصر الخطأ، غير أنّ هناك أحوالاً يصعب فيها عُدّ من صدر منه الخطأ تابعاً للشخص الاعتباري، كما لو كان الخطأ يتمثل في قرار صادر من إحدى هيئات الشخص الاعتباري، كمجلس إدارة الشركة أو جمعيتها العامة، وهناك أحوال أخرى لا يمكن فيها نسبة الخطأ إلا إلى الشخص الاعتباري ذاته كمنافسة تجارية غير مشروعة، أو تقليد علامة تجارية الشركة أخرى، ففي مثل هذه الأحوال وتلك تكون مسؤولية الشخص الاعتباري مسؤولية عن عمل شخصي لا مسؤولية متبوع عن عمل التابع وحينئذ يكون المعول عليه في قيام الخطأ هو عنصر التعدي وحده دون عنصر الإدراك. والمتتبع لقرارات محكمة النقض يجد أنها استقرت على أن استخلاص الخطأ الموجب للمسؤولية هو مما يدخل في حدود السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع مادام هذا الاستخلاص سائغاً ومستمدّة من عناصر تبيينها وقائع الدعوى. وأن تكييف الفعل المؤسس عليه طلب التعويض بأنه خطأ أو نفي هذا الوصف عنه هو من المسائل القانونية التي يخضع قضاء محكمة الموضوع فيها لرقابة محكمة النقض⁽¹⁾.

كما أن المتتبع لقراراتها يجد القضاء يقرر مبدأً أساسياً في هذا الشأن هو أنه ليس المحكمة الموضوع إقامة المسؤولية التقديرية - أو نفيها - على خطأ لم يدعه المدعي متى كان أساسها خطأ يجب إثباته، إذ عبء إثبات الخطأ في هذه الحالة يقع على المضرور".

نخلص من كل ما تقدم إلى أن القانون المصري سار خلف المشرع الفرنسي في إقامة المسؤولية التقديرية على أساس الخطأ الواجب الإثبات، إلا أن المشرع المصري نص صراحة على ضرورة توافر التمييز لإمكان المساءلة المدنية، وأيده في ذلك الفقه والقضاء، في حين أن التقنين الفرنسي لم ينص على ذلك، فكان ذلك سبباً في اختلاف شراح القانون المدني الفرنسي على مسؤولية الصغير عن أفعاله الضارة، ولو أن الرأي الراجح فقهاً وقضاءً هو انعدام مسؤوليته، غير أن المشرع الفرنسي تدخل في ذلك بنص صريح بإضافة الفقرة الثانية إلى المادة 489 بالقانون رقم 5 لسنة 1968، فاختلف الشراح في قصر تطبيق هذا النص على البالغين الذين يحدثون ضرراً بالآخرين حال إصابتهم باضطراب عقلي، أو في إطلاق تطبيقه حتى على فاقد التمييز بسبب صغر السن وهذا هو الرأي الراجح فقهاً وقضاءً

1 - د. مدحت عبد الحليم رمضان، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية- دراسة مقارنة، مصدر سابق، ص200 وما بعدها.

الفرع الثالث

مفهوم الفعل الضار في القانون الأردني

لم يساير المشرع الأردني نظيره المصري والفرنسي فيما يتعلق بمفهوم الفعل و الضار على غرار ما فعلت بعض التشريعات العربية، والسبب في ذلك - من وجهة نظرنا - مرده إلى اقتباس الكثير من أحكامه من مجلة الأحكام العدلية، ورغبة منه في مجارة الفقه الإسلامي بدلاً من اتباع النهج الذي سارت عليه التشريعات المدنية الأجنبية.

فقد نصت المادة (256) من القانون المدني الأردني على " أن كل إضرار بالغير لزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر " ، وقد أوردت المذكرة الإيضاحية لهذه المادة شروحات تزيد على خمس صفحاته، إلا أنها وبدلاً من أن تقوم بتوضيح قصد المشرع من وراء سن هذه المادة. كما هو الواجب المعتاد للمذكرات الإيضاحية - أثارت اللبس والغموض حوله، وهو الأمر الذي انعكس بالتالي على شراح القانون المدني الأردني .

فقد ذهب البعض إلى أن المشرع الأردني قد أقام المسؤولية المدنية أو الالتزام بالضمان على مجرد الضرر⁽¹⁾.

فيما ذهب البعض الآخر - بحق - إلى أن مناط المسؤولية المدنية في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني هو الفعل غير المشروع أو الإضرار الذي يعني حسب المذكرات الإيضاحية لهذا القانون" مجاوزة الحد الواجب الوقوف عنده" أو "التقصير عن الحد الواجب الوصول إليه في الفعل أو الامتناع مما يترتب عليه الضرر"، والإضرار بهذا المعنى مفهوم يختلف عن مفهوم الضرر وهو غير مرادف له، فالإضرار يعني في الحقيقة إحداث الضرر بفعل غير مشروع أو إحدائه على نحو مخالف للقانون.

فالمادة (61) من القانون المدني الأردني تنص على أن "الجواز الشرعي ينافي الضمان، فمن استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يضمن ما ينشأ عن ذلك من ضرر"، فهذه المادة تقيم حماية للمباشر حال استعماله حقوقه، حيث لا يمكن أن يسأل المباشر حسب هذا النص إلا إذا كان استعماله لحقه غير مشروع، وبهذه الحالة فقد يسأل عن الضمان، أما إذا كان استعماله لحقه استعمالاً مشروعاً فلا يضمن عما ينشأ عن أفعاله من ضرر.

(1) - د. محمد وحيد سوار، الاتجاهات العامة في القانون المدني الأردني، دراسة موازنة بالفقه الإسلامي والمدونات العربية دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1996 ص133، وسيشار إلى هذا المرجع عند وروده فيما سواه ، الاتجاهات العامة في القانون المدني الأردني"، وكذلك د. شريف أحمد، مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار والتوزيع، عمان، الأردن، 1999، ص210، وسيشار إلى هذا المرجع عند وروده فيما بعد هكذا مصادر الالتزام، وكذلك، اللصاصة، المسؤولية المدنية التقصيرية، ص55، جمال حسني، التقصيرية عن فعل الخير في القانون المدني الأردني، ص130

المادة 291 من ذات القانون تنص على أن "استعمال الحق العام مقيد بسلامة الغير، فمن استعمل حقه العام وأضر بالغير ضرره يمكن التحرز منه كان ضامنة"، فهي تقيم حماية للمباشر في استعمال الرخص أو الحقوق العامة، فله الحق في استعمال الحق العام ولكن ذلك مقيد بعدم الاعتداء على الآخرين ، فإذا استعمل حقه العام وأضر هذا الاستعمال بالآخرين ولكن الضرر لا يمكن التحرز منه، أو لا يمكن دفعه فلا يكون مسؤولاً عن تعويض الأضرار، أما إذا كان ضرراً من الأضرار التي يمكن الاحتراز منها أو دفعها، فإنه يكون مسؤولاً عن تعويض كافة الأضرار التي أصابت الغير ونضيف إلى ذلك ما نصت عليه المادة (1021) من ذات القانون التي تنص أن "للمالك أن يتصرف في ملكه كيف يشاء ما لم يكن تصرفه مضرة بالغير ضرراً فاحشة أو مخالفة للقوانين المتعلقة بالمصلحة العامة أو المصلحة الخاصة"، وهذا قيد آخر يتعارض مع فرضية المسؤولية على مجرد الضرر.

بالرجوع إلى اجتهادات محكمة التمييز بهذه الجزئية بالذات أجد أنها وقعت في ذات اللبس، فتارة تقول "يستفاد من المادة (256) من القانون المدني الأردني ان ضمان الضرر جاء مطلقاً وعامة عن كل ضرر يلحق بالآخرين على وفق شروط ومعايير خاصة حددتها المادة 141/3 من قانون أصول المحاكمات المدنية، ولا يسأل المدعى عليه عن تبعاته وأثاره طالما لم يثبت المدعي وجود تواطؤ بين المدعي وبين طالب الحجز يتحدد إلى درجة الكيد والتعدي، مما يجعل المدعى عليه غير مسؤول عن ضمان ما يلحق بالمدعي من ضرر جراء حجز السيارة.

من ثم يكون المشرع الأردني قد انتهج منهاجاً مقبولاً، فقد أسس المسؤولية المدنية على الإضرار والذي يقع وسط حيث لا يشترط أن يصل إلى درجة الخطأ كما فعل نظيره المصري والفرنسي، ولكن وبالمقابل لا يمكن تصور أن تقوم المسؤولية بمجرد حدوث الضرر بغض النظر عن مشروعية الفعل المرتكب من عدم مشروعيته.

على الرغم من الوضوح في الاختلاف بين القوانين الثلاثة إلا أن محكمة التمييز الأردنية لا تزال تتحدث في كثير من أحكامها عن الخطأ بوصفه عنصراً متطلباً لقيام المسؤولية التقصيرية على وفق القانون المدني الأردني، فلا تزال تشترط ثبوت الخطأ قبل المدعى عليه حتى تقوم مسؤوليته عن الأضرار التي ألحقها بالآخرين ، فهي تقول في أحد قراراتها الحديثة : "يعد الضرر قوام المسؤولية وأن التعويض عنه يستلزم الفعل أو الترك الذي ينشأ عنه الضرر، يستفاد من المادة 256 من القانون المدني - التي نصت على أن "كل إضرار بالغير يلزم فاعله بضمان الضرر" - أن للمسؤولية التقصيرية أركانها الثلاثة من خطأ وضرر

وعلاقة السببية بينهما كما تميز القانون الأردني بوضعه مبدأ عاما ينطبق على كل حالات الإضرار دون استثناء، بدليل إيراده في فاتحة تنظيمه للأساس الذي تقوم عليه المسؤولية.

المطلب الثاني

الضرر في المسؤولية الناشئة عن إساءة استخدام الحاسوب

تناولنا مفهوم الفعل الضار كركن من أركان المسؤولية محل الدراسة، إلا أن هذه المسؤولية لا تقوم بمجرد ارتكاب محدث الضرر فعلا بالمفهوم السالف الإشارة إليه، إنما لا بد لقيام هذه المسؤولية من ترتب ضرر يصيب الغير بسبب ذلك الفعل.

فما مفهوم هذا الضرر؟، وكيف يمكن تصوره في المسؤولية محل الدراسة؟، ثم ما مدى حاجتنا إلى قواعد مستحدثة تكفل للمتضرر في هذه المسؤولية حقه؟

نهدف من وراء الخوض في هذا المطلب، الوقوف على مفهوم الضرر وفق القواعد العامة في المسؤولية عن الفعل الشخصي في التشريعات محل المقارنة، حتى نتمكن بعد ذلك من تقييم مدى ملاءمة هذه القواعد المفهوم الضرر في المسؤولية محل الدراسة.

إذا كانت النظم القانونية المختلفة قد تباينت مواقفها من أساس المسؤولية المدنية، حيث ترددت بين الخطأ وتحمل التبعية أو مجرد إحداث الضرر، فإنها لم تختلف قط حول ضرورة اشتراط الضرر لقيام هذه المسؤولية، فالضرر هو الركن الذي لا خلاف عليه من أركان المسؤولية المدنية، فهو الشرارة الأولى التي ينبعث منها التفكير في مساءلة من يتسبب فيه، سواء أكانت المساءلة على وفق قواعد المسؤولية عن الفعل الشخصي، أم فعل الآخرين ، أم فعل الأشياء⁽¹⁾

قد تشعبت أنواع الضرر بشكل كبير بحسب درجة جسامة نتائج الفعل الضار، فهذا الأخير قد يؤدي إلى إتلاف المال أو موت المصاب أو جرحه أو المساس في شرفه وكرامته، لذلك فإن المضرور كما يطالب بالتعويض عن الضرر المادي أو الجسدي الذي أصابه، فإنه يمكن له أن يطالب بالتعويض عن الضرر الأدبي أيضا، كما أن صور الحضارة الحديثة والترف الذي يعيشه الإنسان في الوقت الحاضر قد أدت إلى زيادة وتشعب عناصر الأضرار المادية والجسدية ولاسيما الأضرار المعنوية⁽²⁾.

لذا سنعمد إلى تناول هذا المطلب في ثلاثة فروع، فنقف بداية على مفهوم الضرر بشكل عام والنصوص القانونية المعالجة له في التشريعات محل المقارنة في الفرع الأول، ثم

1 - لورنس محمد عبيدات ، مصدر سابق، ص 408.

2 - محمد ابراهيم أبو الهيجاء التعاقد بالبيع بواسطة الانترنت - دراسة مقارنة، الدار العلمية الدولية ومكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2002، ص209.

نتناول النوع الأول من أنواع الضرر وهو الضرر المادي في الفرع الثاني، وبعدها نتناول النوع الآخر من أنواع الضرر ونقصد به الضرر المعنوي في الفرع الثالث:

الفرع الأول

مفهوم الضرر

في الضرر يكمن فارق جوهرى بين المسؤولية المدنية والمسؤولية الأخلاقية التي لا تعباً إلا بالخطيئة، وكذلك المسؤولية الجنائية التي لا يلزم لقيامها، على الأقل في القاعدة العامة، أن ينجم ضرر معين، بالمعنى الذي نقصده، عن الفعل التي من شأنها تهديد النظام الاجتماعي، والعبث من ثم بمصالح الجماعة.

لذلك إذا ارتكب شخص مخالفة قانونية من دون أن يوقع ضرراً بالآخرين ، كما لو لم يحترم السائق الإشارة الضوئية الحمراء، إلا أنه لم يلحق بذلك ضرراً بغيره، فإنه يمكن أن يكون مسؤولاً جنائياً إلا أنه لا يسأل مدنياً.

يقصد بالضرر في اللغة هو النقصان يدخل على الشيء، وهو ضد النفع، والضررة الإداة، وقد ضاره وضره بمعنى واحد والاسم الضرر، ويظهر من كلماتهم عموماً أن الضرر يطلق على النقصان وعلى الأذى المطلق⁽¹⁾.

أما اصطلاحاً، فيقصد بالضرر الذي يستتبع المسؤولية المدنية والتعويض هو الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروع له سواء أكان ذلك الحق أم تلك المصلحة متعلقاً بسلامة جسمه أم عاطفته أم بماله أم حريته أم شرفه واعتباره أم غير ذلك، أي أنه لا يشترط أن يكون الحق الذي يلحق المساس به حقاً مالياً كحق الملكية وحق الانتفاع، بل يكفي المساس بأي حق يحميه القانون كالحق في الحياة والحق في سلامة الجسم وحق الحرية الشخصية، وجر العمل... إلخ، بل إنه لا يشترط أن يكون المساس بحق يحميه القانون، ويكفي أن يقع على مصلحة للشخص ولو لم يكفلها القانون بدعوى خاصة مادامت هذه الحقوق مشروعة، أي غير مخالفة للقانون، كمصلحة من يعولهم الشخص دون إلزامه قانوناً ، وفي بقاء هذا الشخص على قيد الحياة⁽²⁾.

عرف أيضاً بأنه الأذى الذي يصيب الشخص مما يلزم تعويضه لأنه يمسي من الحقوق أو مصلحة مشروعة، سواء أكان هذا الحق أو تلك المصلحة متعلقاً بالحياة بوصفه من الحقوق

1 - هادي مسلم يونس قاسم، التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية، اطروحة دكتوراه، كلية القانون بجامعة الموصل، 2002، ص98.

2 - اياد محمد عارف، مدى حجية المحررات الالكترونية في الإثبات، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، 2009، ص211.

الأساسية للصيقة بالإنسان أم الحق في السلام البدنية أم حقه في عدم المساس بعواطفه أو ماله أو حرته أو شرفه أو غير ذلك ويفرق البعض - بحق - بين كلمتي الضرر Damage والإجحاف والخسار Prejudice، فالأولى تغطي العناصر الأساسية من مادية ومعنوية، والأخرى محفوظة للتقدير المالي لهذه العناصر من قبل القاضي، أما اصطلاح نتائج العمل المضر فيتعلق ببعض الشروط التي تعود لإمكانية إثبات الضرر وطبيعة العلاقة السببية بين العمل الضار ونتائجه والأشخاص الذين يمكنهم اللجوء للقضاء بغية الحصول على التعويض، وعندما يثبت المضرور حقه في الحصول على التعويض يكون هذا الحق ناشئاً بتاريخ حصول الضرر⁽¹⁾.

المتضرر هو الذي يتحمل عبء إثبات الضرر، وله في سبيل ذلك استعمال جميع طرق الإثبات ؛ لأننا بصدد إقامة الدليل على واقعة مادية، ثم إن التثبت من وقوع الضرر أمر يستقل بتقريره قاضي الموضوع ولا يدخل تحت رقابة محكمة التمييز.

والحاجة إلى تأكيد الضرر يمكن معها القول إن مجرد وجود فعل ضار على عاتق شخص يبقى غير كاف لفتح مجال دعوى المسؤولية، ولكنه يتوجب أيضاً على المدعي أن يثبت وعلى القاضي أن يتحقق بأن الفعل الضار قد سبب خسارة، وأن الضرر يجب أن يسند إلى وقائع واضحة وليس مجرد افتراضات أو مزاعم لا تكفي بحد ذاتها للتدليل على صحة الضرر، وقد حكم بأن أقوال القدرح لا تسوّغ التعويض إذا ثبت من الوقائع أنها قيلت في ظروف لم تسبب أي ضرر⁽²⁾.

لذا فإن الخطوة الأولى أمام المدعي هي إثبات الضرر، فإذا عجز عن إثبات وقوعه فلا مجال عندها للبحث في قيام المسؤولية.

لا يعد المساس بحق أو بمصلحة مشروعة لشخص ضرراً يوجب المسؤولية إلا إذا جعل مركز صاحب الحق أو المصلحة أسوأ مما كان قبل ذلك، فإذا استبدل الفعل المتضرر منه بالضرر الأشد ضرراً أخف منه فلا يعد فعلاً ضاراً ولا يستوجب المسؤولية.

بقي أن نشير إلى أنه إذا كان وقوع الضرر مسألة موضوعية لا رقابة فيها المحكمة التمييز وما يقابلها في التشريعات محل المقارنة، إلا أن الشروط الواجب توافرها في الضرر

1 - باسيل يوسف، الاعتراف القانوني بالمستندات والتوقيعات الإلكترونية في التشريعات المقارنة، مجلة دراسات قانونية، العدد الثاني، بغداد، 2001، ص23.

2 - هادي مسلم يونس قاسم، التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية، مصدر سابق، ص185.

وجواز التعويض عن الضرر الأدبي، وانتقال هذا التعويض إلى الورثة، مسائل قانونية تخضع لرقابة محكمة التمييز⁽¹⁾.

الفرع الثاني

الضرر المادي

إن الإلزام بالضرر المادي يتطلب مني الإسهاب في كل زواياه، الأمر الذي سيأخذ الوقت والجهد ويبعدنا عن الموضوع الرئيس لهذه الدراسة، لذا سنقتصر في هذا المقام على تناول مفهومه (أولاً)، ثم بعد ذلك نتناول الشروط التي صاغها الفقه وتطلبها في الضرر بشكل عام ليصلح أساساً للتعويض:

أولاً : المقصود بالضرر المادي

هو الإخلال بحق للمضرور ذي قيمة مالية، أو بمصلحة مشروعة له ذات قيمة مالية، ويشمل، في الحالتين، الخسارة التي لحقت بالمضرور والكسب الذي فاتته⁽²⁾، ويعد ضرراً مادية كل مساس بحقوق الشخص المالية كحق الملكية وحق الانتفاع وحق الارتفاق...، وكذلك كل مساس بصحة الإنسان وسلامة جسمه إذا كان يترتب عليه خسارة مالية كالإصابة التي تعجز الشخص عن الكسب عجز كلياً أو جزئياً أو تقتضي علاج يكلف نفقات، وكذلك كل مساس بحق من الحقوق المتصلة بشخص الإنسان، كالحرية الشخصية وحرية العمل وحرية الرأي إذا كان يترتب عليه خسارة مالية، كحبس شخص دون حق أو منعه من السفر إلى جهة معينة للحيلولة دون قيامه بعمل معين يعود عليه بربح مالي أو يدرء عنه خسارة مالية، وليس يلزم في الضرر المادي أن يكون ماساً بحق يحميه القانون بدعوى خاصة بل يكفي أن يكون ماساً بمصلحة مشروعة ولو لم يكفلها القانون بدعوى خاصة⁽³⁾.

بمعنى أن الضرر المادي بدوره ينقسم إلى قسمين، فإما أن يكون ضرراً جسدياً بحتة يصيب الشخص في حياته سواء أكان ناتجة عن الجرح أم القتل، أو ضرراً مادياً يصيب الذمة المالية للمتضرر.

ومن ثم يمكننا الوصول إلى تعريف الضرر المادي - تعريفاً مختصراً وقصيراً لكنه يغطي مختلف أحكامه - بأنه الإذى الذي يمس الشخص في ماله أو جسده.

وقد أورد المشرع المصري نصاً صريحاً يبين مفهوم الضرر المادي، حيث جاء النص في المادة (221) مدني بقولها: "إذا لم يكن التعويض مقدرة في العقد أو بنص في القانون،

1 - نضال سليم برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط 3، عمان، 2010، ص855.

2 - باسيل يوسف، الاعتراف القانوني بالمستندات والتوافيق الإلكترونية في التشريعات المقارنة، مصدر سابق، ص553.

3 - هادي مسلم يونس قاسم، التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية، مصدر سابق، ص138.

فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب بشرط أن يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به"، هذا النص وإن كان وارداً ضمن الأحكام الخاصة بالمسؤولية العقدية إلا أن المادة (170) مدني أردني أشارت إلى تطبيقه على المسؤولية التقصيرية بقولها "يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المضرور طبقاً لأحكام المادتين (221 و222) مراعيًا في ذلك الظروف الملابسة، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعييناً نهائياً فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر التقدير".

هي ذات النتيجة التي خلصت إليها محكمة النقض المصرية تقول " التعويض في المسؤولية التقصيرية يشمل كل ضرر مباشر، متوقعا كان هذا الضرر أم غير متوقع، ويقوم الضرر المباشر وفق المادة (221/1) من القانون المدني على عنصرين أساسيين هما الخسارة التي لحقت المضرور والمكسب الذي فاتته " .

أما القانون الأردني، فقد كان أكثر تفصيلاً ووضوحاً، إذ تناولت المواد (275 و276 و288 و472) مختلف تفاصيل وجزئيات الضرر.

أما المشرع الفرنسي، فقد كان أكثرهم اقتصاداً في النصوص ولم يكلف نفسه عناء إفراد مواد مستقلة تعالج هذه الجزئية، فتصدت محكمة النقض لهذه المهمة، وذهبت في أحد قراراتها إلى إمكانية التعويض عن الضرر الجسدي بحد ذاته دون اشتراط أن ينجم عن هذا الضرر نقص في الذمة المالية أو المصلحة الاقتصادية، حيث جاء في هذا القرار "إن التعويض المقرر للضحية من جراء حادث أدى إلى عطل دائم جزئي فيها يستوجب التقدير في ضوء النقص في القدرة الجسدية دون أن يدخل في الحساب كون هذا النقص قد بقي دون أثر في أجر الضحية⁽¹⁾ .

ثانياً: شروط الضرر المادي

درج الفقه على وضع مجموعة من الشروط التي يجب توافرها في الضرر بنوعيه المادي والمعنوي، مستنبطاً هذه الشروط من النصوص القانونية ذات العلاقة، إلا أنّ الفقهاء اختلفوا في عددها، فالبعض يذهب إلى أنها شرط واحد فقط⁽²⁾، في حين يذهب آخرون إلى أنها اثنين والبعض الآخر يورد ثلاثة شروط، فيما يفضل تفصيلها إلى أربعة⁽³⁾ . على الرغم من أن

1 - سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الانترنت (دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر البرمجيات، مصر، ص211.

2 - محمد حسام محمود لطفى، الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية، مصدر سابق، ص34.

3 - هادي مسلم يونس قاسم، التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية، مصدر سابق، ص13.

بعضهم أوصلها إلى خمسة شروط، إلا أن المتفحص لهذه الآراء جميعاً يجد معظمها يتناول ذات الأحكام، والاختلاف بينهم في دمج أكثر من شرط مع بعضها البعض، وسنتناول هذه الشروط على وفق التقسيم الذي نظمنا إليه، بشيء من الاختصار، نظراً لوجود الكثير من المؤلفات الفقهية التي أسهبت في تناولها:

أ- أن يكون الضرر متحققاً : يقصد بكون الضرر متحققاً أي ثابتاً على وجه اليقين والتأكيد وهو يكون كذلك إذا كان قد وقع فعلاً وهذا هو الضرر الحال سواء أكان الضرر عبارة عن خسارة لحقت بالمضروب أم كسباً فاتته، كما يعد محققاً أيضاً الضرر المستقبلي عندما يتأكد وقوعه لاحقاً، سواء أكان بالإمكان تقدير هذا الضرر في الحال وعندئذٍ يجب على القاضي تقديره على الفور أم لم تستطع الخبرة تقدير هذا الضرر، مثلاً لم يعرف هل تؤدي الإصابة إلى عجز كلي أو جزئي، وفي هذه الحالة يجوز للقاضي أن يحكم بالتعويض عن الضرر الذي تحقق بالفعل ويمنحه المضروب فرصة زمنية ليعود بعدها إلى تقدير الضرر بصورته النهائية".

ب- أن يكون الضرر مباشرة : يقصد بكون الضرر مباشرة، أن يكون نتيجة مباشرة للفعل الضار، فليس من المعقول ولا المقبول عدلاً ومنطقاً أن يتم تحميل شخص ما جميع النتائج حتى البعيدة وغير المباشرة لأفعال وإن كانت غير مشروعة (1)

ج- أن يصيب الضرر حقاً مكتسباً أو مصلحة مشروعة للمتضرر: من شروط الضرر القابل للتعويض أن يقع الضرر على حق مكتسب قانوناً أو على مصلحة مشروعة لا ترتقي إلى مرتبة الحق الثابت إلا أنها غير مخالفة للنظام العام والآداب العامة، فمن الحقوق التي يعد المساس بها بالاعتداء عليها ضرراً يستوجب التعويض كجزاء عام عن قيام الحقوق قاطبة لأن الاعتداء يقع على الروح فيزهقها فتتعطل جميع وظائف الجسم ولهذا فإنه إلى جانب هذه المسؤولية تنهض أصلاً المسؤولية الجنائية وأساسها العقوبة.

د- أن يكون الضرر شخصياً لمن يطالب به: لا يقبل طلب التعويض إلا من المتضرر نفسه أو من له صفة قانونية كالوكيل أو الخلف العام، وليس هذا إلا من تطبيقات قاعدة "لا دعوى بلا مصلحة"، فالمراد بهذا الشرط أن يكون الضرر قد أصاب طالب التعويض (المدعي) بصورة شخصية فيكون الإذى لحق جسده المتضرر أو ماله أو الجانب المعنوي فتقام دعوى يطلق عليها الدعوى الشخصية وتبقى هذه التسمية حتى بالنسبة لمن هو غير مؤهل لرفعها كعديم الإدراك (2)

1 - د. إبراهيم دسوقي أبو الليل ، الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية ، مجلس النشر العلمي ، الكويت، 2003، ص438.

2 - د. عباس العبودي، تحديات الإثبات في السندات الإلكترونية (دراسة مقارنة) مصدر سابق ، ص395.

الفرع الثالث

الضرر المعنوي

يلتقي الضرر المعنوي مع الضرر المادي في الكثير من الأحكام وحتى نتلافى التكرار، سنقتصر على النقاط التي يتفرد فيها الضرر المعنوي، لذا نتناول هذا الفرع من خلال البندين التاليين: مفهوم الضرر المعنوي في البند (أولاً) وشروطه وأنواعه في البند (ثانياً).

أولاً: مفهوم الضرر المعنوي

تبرز صعوبة تحديد مفهوم الضرر المعنوي في أن هذا النوع من الضرر يلحق نواحي غير مادية لدى المضرور، فقد يلحق سمعة الشخص أو شرفه أو اعتباره، لذلك اقتصر البعض في تعريفه على أنه الضرر الذي لا يصيب الشخص في ماله، أو الضرر الذي لا يرد على ذمة مالية(1). وهذه التعريفات اختطت أسهل الأساليب وهو استبعاد كل ما يتناوله الضرر المادي، فكل ما هو غير مادي يدخل في مفهوم الضرر المعنوي. ودون الخوض في التعريفات المتعددة التي قيلت في الضرر المعنوي، سنكتفي فقط بالتعريف الذي أورده المشرع الأردني في الفقرة الأولى من المادة 267 مدني، إذ نجده أكثر هذه التعاريف تعبيراً عن الضرر المعنوي بقولها: "فكل تعد على الغير حرите أو في عرضه أو في شرفه أو في سمعته أو في مركزه الاجتماعي أو في اعتباره المالي يجعل المعتدي مسؤولاً عن الضمان"(1).

إذا كان القانون المدني الفرنسي لم يورد نصاً صريحاً يعد فيه الضرر المعنوي كافياً لإيجاب التعويض، إلا أن نص المادة (1382) منه أشارت إلى أن الذي يسبب للآخرين بخطئه ضرراً يجبر على إصلاحه بكامله، ولم تميز هذه المادة في طبيعة هذا الضرر إذا كان مادياً أو معنوياً، وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في مجموعة من قراراتها (54) أما القانون المدني المصري فقد جاء نص المادة 222/1 منه صريحاً بأن التعويض يشمل الضرر الأدبي أيضاً بقولها: "يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً، ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق، أو طالب الدائن به أمام القضاء"(2).

بمعنى أن المشرع المصري وضع الضرر الأدبي من حيث إيجاب التعويض على قدم المساواة مع الضرر المادي، إلا أنه من جهة أخرى لاحظ أن إطلاق التعويض عن الضرر الأدبي يجعله يشمل الضرر الأدبي الذي يرتد على أشخاص كثيرين من ضرر مادي أو أدبي يقع على شخص معين، كالحزن الذي يصيب أقارب القتل وأصدقاءه ومريديه وجيرانه إلخ. وانه يخشى من ذلك أن يحفز عدداً كبيراً من أولئك الأقارب والأصدقاء إلى المطالبة بتعويض

1 - محمد حسام محمود لطف، الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية، مصدر سابق ، ص21.

2 - د. إبراهيم دسوقي أبو الليل ، الجوانب القانونية للمعاملات الإلكترونية ، مجلس النشر العلمي ، الكويت، 2003، ص32.

ما أصابهم من ألم بسبب الاعتداء على قريبيهم أو صديقهم، فتطول سلسلة المطالبين بالتعويض بسبب الفعل الواحد، لذلك أثر المشرع المصري في المادة (2/222) مدني أن يقصر حق طلب التعويض المالي عن الضرر المرتد على فئات معينة من أقارب المجني عليه الأصلي، بقولها: "ومع ذلك لا يجوز الحكم بتعويض إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب"⁽¹⁾.

يلاحظ أنه إذا كان القانون المدني المصري قد اقتصر على ذكر تعويض الأقارب عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب، فإن ذلك لا يفي حقهم في التعويض عما يحسونه من ألم بسبب أي إذى آخر دون الموت كتشويه المصاب أو بتر عضو من أعضائه أو إصابته بعاهة مستديمة⁽²⁾.

أما بالنسبة إلى المشرع الأردني، فقد أقر التعويض عن الضرر المعنوي وذلك من خلال المادة 267/1 مدني بقولها: "يتناول حق الضمان الضرر الأدبي.."، بل وذهب المشرع الأردني إلى أبعد من ذلك بتحديد مفهوم هذا الضرر في عجز ذات الفقرة الأولى .. ويعد من الضرر الأدبي التعدي على الغير حرته أو في عرضه أو في شرفه أو في سمعته أو في مركزه الاجتماعي أو في اعتباره المالي".

بذلك تكون المادة(267/1) قد حددت الضرر الأدبي بأنه الذي يصيب الشخص في حرته بالمفهوم الشامل للحرية، وهي حرته الشخصية، كحرية الانتقال والتملك والمسكن والإقامة والمراسلات، واختيار طريقة الحياة من حيث العمل والزواج، وحرية القيام بالأعمال أو الامتناع عنها ايا كانت طبيعتها ونطاقها حدود القانون، وكذلك الذي يصيب الشخص في عرضه، أي يصيبه نتيجة الإساءة في قذف أمه أو زوجته أو أخته أو ابنته أو التشهير بهن. وكذلك الذي يصيب الشخص في مركزه الاجتماعي، بأن يشاع أنه مرتش أو متعصب أو منحاز أو أنه ضعيف الشخصية. وكذلك الذي يصيب الشخص في مركزه المالي، بأن يشاع أنه مفلس أو معسر، أو أنه غير قادر على الدفع، أو غير قادر على إدارة أمواله أو خلاف ذلك⁽³⁾.

1 - د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ص160 وقد طبقت محكمة النقض المصرية هذا المفهوم للضرر الأدبي في العديد من قراراتها ومنها القرار الصادر عن هيئتها المدنية رقم 259 بتاريخ 4/11/1975 والمنشور على الصفحة 1359 من مجموعة أحكام النقض الصادرة عن المكتب الفني في محكمة النقض لعام 1975.

2 - د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصدر سابق، ص 861 ويخلص إلى أنه من الصعب تصور إعطاء تعويض عن الضرر الأدبي في هذه الحالة لغير الأم والأب، وكذلك، د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ص 160.

3 - د.محمد يوسف الزعبي، بحث بعنوان ضمان الضرر في مجال المسؤولية المدنية، منشور في مجلة دراسات العلوم الإنسانية، الجامعة الأردنية، عمان، الأردن، العدد الخامس، 1995، ص2445و2446.

ثانياً: الشروط الواجب توافرها في الضرر المعنوي ليكون أساساً للتعويض وأنواعها إن غالبية الفقه تذهب إلى أن الشروط الواجب توافرها في الضرر المعنوي هي ذاتها المطلوب توافرها في الضرر الأدبي، بل ويلحق التشابه بينهما من حيث وجوده ونشأته على النحو الذي يكون فيه سبباً لقيام المسؤولية عنه، ومن ثم قيام حق الشخص المضرور بالمطالبة عنه.

من ثم فإن الخوض في هذه الشروط مرة أخرى يعني مزيداً من التكرار وهذا ما حاولت الابتعاد عنه في هذه الدراسة، لذا نحيل إلى ما سبق.

أما فيما يتعلق بأنواعه فقد ذهب البعض إلى ضرورة التفريق بين نوعين من الضرر الأدبي: الأول: ضرر أدبي مرتبط بضرر مادي، كالضرر الذي يصيب الشخص في شرفه أو سمعته أو كرامته أو اعتباره وينتج عن ذلك فصل المضرور من وظيفته أو عمله نتيجة الإساءة إلى سمعته، والضرر الذي يسببه شخص لمطرب في وجهه، والذي يكون مصحوباً بفقدان المتضرر صوته مما يؤدي إلى فقدان مهنته، والثاني: ضرر أدبي غير مرتبط بأي ضرر مادي، كالألام العاطفية والنفسية التي تصيب الوالدين بفقد طفلهما أو الألام التي تصيب الزوجة بفقد زوجها أو الابن يفقد أحد والديه⁽¹⁾

المطلب الثالث

العلاقة السببية بين الفعل الضار والضرر المنشئ لهذه المسؤولية

تعرف علاقة السببية Lien de causalite بأنها العلاقة المباشرة التي تقوم بين الفعل الضار الذي ارتكبه المسؤول والضرر الذي أصاب المضرور، وهي الركن الثالث في المسؤولية، فلا يكفي لقيام المسؤولية أن يكون هناك فعل ضار وضرر، بل لا بد أن يكون الخطأ هو السبب الذي أدى إلى وقوع الضرر⁽²⁾. وقد ذهب البعض إلى أن توافر علاقة السببية هي الشرط الأول للالتزام بالتعويض⁽³⁾.

فكرة السببية فكرة منطقية تفيد تعاقباً ضرورية بين حادثتين، إذ إن انعدام الأول يؤدي بالضرورة إلى انعدام الثاني وتحقق الحادث الأول يؤدي بالضرورة أيضاً إلى تحقق الحادث الثاني، فالأول يطلق عليه السبب، والثاني يطلق عليه النتيجة إلا أنه لا يكفي في هذا التعاقب أن

1 - د. عباس العبودي، تحديات الإثبات في السندات الإلكترونية (دراسة مقارنة)، مصدر سابق، ص 213.
2 - ثروت عبد الحميد، التوقيع الإلكتروني، ماهيته، مخاطره وكيفية مواجهتها، ومدى حجيتها في الإثبات، دار النيل للطباعة والنشر، 2001، ص 231.
3 - د. عباس العبودي، تحديات الإثبات في السندات الإلكترونية (دراسة مقارنة) مصدر سابق، ص 214.

يكون زمنياً فحسب بل لا بد أن يكون تعاقبية مادياً (موضوعية) أيضاً، فالسبب إذن يسبق النتيجة ويؤدي إليها⁽¹⁾.

يمكن القول إنه لا يكفي لقيام المسؤولية أن يكون هناك فعل ضار صدر من أحد الأشخاص، وضرر أصاب غيره، بل لا بد من أن يكون ذلك الفعل هو السبب في وقوع هذا الضرر، وهذا ما يعبر عنه بضرورة وجود علاقة سببية وهذا ما سنتناوله في الفرعين:

الفرع الأول

وجود علاقة سببية

يمكن استخلاص ضرورة وجود علاقة سببية بين الخطأ الذي صدر عن أحد الأشخاص والضرر الذي أصاب غيره كركن لقيام المسؤولية المدنية في القانون المدني الفرنسي من نصوص المادتين (1382 و1383) حيث يقول المشرع في الأولى: "كل عمل من أحد الناس ينجم عنه ضرر للغير، يجبر فاعله على التعويض"، ويقول في الثانية "يسأل المرء عن الضرر الناجم عن إهماله أو عدم تبصره، كما يسأل عن الضرر الناشئ عن فعل يرتكبه"، فالمشرع الفرنسي في كلا المادتين اشترط أن يكون الضرر ناجماً عن فعل الشخص.

أما في القانون المدني المصري فيمكن استخلاص هذا الاشتراط من نص المادة (163) منه التي اشترطت لقيام المسؤولية والالتزام بالتعويض أن يكون ثمة خطأ سبب للغير ضرر.

أما في القانون المدني الأردني، فيمكن استخلاص ذلك من نص المادة (256) التي تنص على أن "كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو كان غير مميز بضمان الضرر"، وتعبير "فاعله" يعني من كان وراءه أي من وقع الضرر بفعله وكان الضرر مرتبطاً بالفعل ارتباط النتيجة بالسبب. وعلاقة السببية هذه لا بد منها لقيام المسؤولية أياً كان نوعها، مسؤولية عن الفعل الشخصي، عن فعل الغير، أو عن فعل الأشياء، ومدعي الضرر عليه أن يثبت وجودها⁽²⁾.

معرفة ما إذا كانت السببية قد قامت بين الخطأ والضرر أم لم تقم، مسألة دقيقة، ويرجع ذلك إلى العاملين الآتيين :

الأول: إن الغالب في الضرر أن يقع نتيجة لعدة أسباب وليس لسبب واحد، ومن بين هذه الأسباب خطأ المدعى عليه، وفي هذه الحالة تجب معرفة ما إذا كانت السببية متوفرة

1 - محمد لبيب شنب، موجز في مصادر الالتزام (المصادر غير الإرادية)، بلا دار نشر، بيروت، لبنان، 1969، ص 38، وسيشار إلى هذا المرجع عند وروده فيما بعد هكذا شنب، موجز مصادر الالتزام .
2 - ثروت عبد الحميد، التوقيع الإلكتروني، مصدر سابق، ص 231.

بالنسبة إليها جميعاً أم بالنسبة إلى بعضها فحسب، وإذا تعددت الأسباب فما أثر ذلك في مسؤولية المدعى عليه؟

والثاني : إن السبب الواحد قد يؤدي إلى أضرار متلاحقة، فهل يسأل المخطئ عن جميع الأضرار أم يسأل عن بعضها فحسب؟

فإذا كان الضرر واحداً واشتركت في إحداثه عدة عوامل وهذا هو الغالب في العمل، إذ إن الفعل الضار الواحد لا بد لوقوعه من توافر عدة ظروف تجتمع معاً وقت وقوعه، كان من الصعب تعيين ما يعد سبباً حقيقياً لهذا الضرر وما لا يعد كذلك، ومثال ذلك أن يكون شخص مصاباً بضعف في القلب فيضربه آخر ضربة ما كانت التقضي على رجل سليم ولكنها تقضي عليه، فيعد مرضه هو السبب في موته فلا يسأل عن ذلك ضاربه، أم يعد الضرب هو السبب ويلزم الضارب بتعويض أهل القتل عن فقيدهم⁽¹⁾؟

للإجابة عن هذا التساؤل، تنازع الفقه اتجاهاً⁽²⁾، تمثل كل منهما في صورة نظرية فقهية، أطلق على الأولى، نظرية تعادل الأسباب وسنبحثها في (أولاً)، وأطلق على الثانية نظرية السبب المنتج وسنبحثها في (ثانياً)، ثم نبين موقف التشريعات محل المقارنة من هاتين

1 - عمر خالد زريقات، عقود التجارة الإلكترونية (عقد البيع عبر الإنترنت) دراسة تحليلية، دار الحامد ط1، عمان، 2007، ص460

2 - قيلت نظريات أخرى غير التي نحن بصددنا، على سبيل المثال نظرية السبب الأقرب والتي لا تعدد إلا بالسبب الأقرب زمنية إلى الضرر، وبعبارة أخرى لا تعدد إلا بالسبب الذي يعد الضرر النتيجة الحالة أو المباشرة له، إلا أن هذه النظرية لم تحظ من الفقه بذات النصيب من البحث والتحليل كما حظيت به النظريتان الأخريان، لمزيد من التفصيل انظر، د. عدنان السرحان ود نوري خاطر، شرح القانون المدني الأردني، ص445. وكذلك نظرية الإهمال المساهم، وقوامها أن الضرر كأثر سلبي، مادام قد سببه خطأ المدعى عليه وخطأ المدعي معاً، فإن الأخير يكون محروماً كلية من التعويض، وقد أسست على أساس المقولة الشهيرة: "Aucune main Souillee ne peut toucher les pures fontaines de la Justice"، وكذلك نظرية فرصة الإزالة الأخيرة ومفادها أن المسؤولية تقع في النهاية على أي من المدعي أو المدعى عليه، والذي كان بإمكانه في النهاية تدارك تحقيق الضرر La responsabilite le pese en definitive sur celui du demandeur ou du defendeur qui pourrait eviter que le dommage ne se realize، ونظرية العامل المتحرك، وتقوم على انتقاء عامل يتمثل "حركة" واعتباره سبب تحقق الضرر، باعتباره العامل "الديناميكي" الذي تعزى إليه القوة والفاعلية المتطلبان لذلك، أما سائر العوامل المتصفة بالسكون والركود فلا قوة أو فاعلية تكمن فيها، ومن ثم فهي مجرد شروط الإنتاج السبب أثره، ونظرية العامل الأقوى فاعلية، وتقوم على أن سبب الضرر، هو الأقوى فاعلية، ومن ثم الأكثر إسهاماً في إحداثه، ونظرية اختلال التوازن، وتقوم على أن السبب هو العامل الذي يتدخل في وقت كان التوازن فيه متحققاً بين العوامل التي من شأنها إحداث النتيجة والعوامل التي من شأنها الحيلولة دون حدوثها، فأخل بهذا التوازن لمصلحة النوع الأول من العوامل، فحدثت بذلك النتيجة، ونظرية العامل الأخير، وتقوم على أن سبب حدوث الواقعة الضارة هو العامل الأخير زمنياً من حيث التدخل في التسلسل السببي، ونظرية العامل المحدد لنوع النتيجة، وتقوم على التمييز الكيفي بين إدار العوامل المتنوعة في إحداث النتيجة، وانتقاء العامل الذي تميز دوره بان كان من شأنه تحديد جنس النتيجة أو نوعها أو خصائصها المميزة واعتباره سبباً، (لمزيد حول هذه النظريات ومن نادي بها، انظر د. عادل جبري محمد حبيب، المفهوم القانوني لرابطة السببية وانعكاساته في توزيع عبء المسؤولية المدنية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، 2003، هوامش الصفحات 298 و299 و300 .

النظريتين في (ثالثة)، ثم نخلص بعدها إلى تحديد خصائص علاقة السببية في رابعا)، ثم البحث في إثبات علاقة السببية في (خامساً).

أولاً : نظرية تعادل الأسباب

أول من قال بهذه النظرية الفقيه الألماني (فون بيري) ، ويذهب أنصارها إلى القول إنه يجب الاعتداد بكل سبب من الأسباب التي أدت إلى حدوث الضرر، ما دام أن الضرر ما كان ليقع لولا إسهام هذا السبب مع غيره من الأسباب وما دام خطأ المدعى عليه يعد واحداً من الأسباب التي أدت إلى حدوث الضرر، فإنه ينبغي الاعتداد به ومن ثم تتوافر علاقة السببية بين خطأ المدعى عليه والضرر الذي حدث وتقوم المسؤولية⁽¹⁾، فإذا ترك مالك جهاز الحاسوب، حاسوبه مفتوحاً وبريده الإلكتروني مفتوحاً كذلك، وجاء آخر واستخدم هذا الجهاز والبريد الموجود فيه وأساء من خلاله إلى آخرين، فنكون في هذه الحالة أمام سببين قد تضافرا لوقوع هذا الضرر، أولهما إهمال مالك الحاسوب في المحافظة عليه وعلى بريده الإلكتروني وثانيهما، الإساءة المرتكبة من الذي استخدم هذا الحاسوب والبريد دون إذن مالكة، فلولا إهمال مالك الحاسوب في المحافظة على حاسوبه وبريده بتركهما مفتوحين، ولولا استخدام الحاسوب والبريد الإلكتروني من قبل غير مالكة، لما وقعت الإساءة، فالسببان على وفق هذه النظرية متعادلان في إحداث الضرر ومن ثم يعد كل منهما سببا له. وقد سادت هذه النظرية في القضائين الفرنسي والمصري إلى وقت قريب⁽²⁾.

ثانياً : نظرية السبب المنتج

نادي بهذه النظرية الفقيه (فون كريس) ، ومؤداها أنه لا يكفي لاعتبار عامل معين سببا في حدوث الضرر أن يكون وجوده بحيث لولاه ما وقع ذلك الضرر، كما تذهب إلى ذلك النظرية السابقة ؛ لأن العوامل المتعددة التي تضافر وجودها الأحداث ذلك الضرر لا يكون نصيبها في إحداثه متعادلا، فمنها ما يكفي وحده لإحداث الضرر ومنها ما لم يكن يكفي لذلك، فيعد الأول هو السبب الحقيقي للضرر ويوصف بأنه السبب الفعال أو المنتج والثاني مجرد سبب عارض ؛ لأنه ليس من شأنه بطبيعته - أي وفق المجرى العادي للأمر من أن يحدث مثل ذلك الضرر، وإنما هو أسهم في إحداثه مصادفة باقترانه بذلك السبب المنتج أو الفعال، فيعد هذا الأخير، ويهدر السبب العارض⁽³⁾.

1 - محمد حسام محمود لطف، الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية، مصدر سابق ، ص 27 .
2 - محمد حسام محمود لطف، الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية، المصدر نفسه ، ص 59.
3 - نضال سليم برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، مصدر سابق ، ص 214.

عليه فإن في المثال السابق - استخدام الحاسوب والبريد الإلكتروني من شخص غير المالك هو السبب الفعال الذي من شأنه وحده إحداث الإساءة، أما إهمال مالك الحاسوب فلا يعد إلا سببا عارضا لا يقيم له وزن في تقصي رابطة السببية القانونية بين الضرر وسببه...

ثالثاً: موقف التشريعات المقارنة من هذه النظريات

أما فيما يتعلق بالقانون المدني الفرنسي، فليس ثمة نص صريح فيه يحدد موقف المشرع من هذه النظريات وقد رأينا أن الفقه والقضاء الفرنسيين اعتنقا بداية نظرية تعادل الأسباب، إلا أنهما عدلا عنها وتوجها إلى نظرية السبب الملائم⁽¹⁾ إلا أنه وعند التمعن بنص المادة (1151) من هذا القانون والتي تنص على أنه "وفي حالة عدم تنفيذ الاتفاق بسبب خداع المدين فإن العطل والضرر لا يتضمنان فيما يعود لخسارة المدين أو للربح الذي حرم منه إلا ما هو نتيجة مباشرة لعدم تنفيذ العقد"، يجد أنه (أي المشرع الفرنسي) يتبنى نظرية السبب المنتج، ورغم أن هذا النص يخص المسؤولية العقدية، إلا أن الفقه الفرنسي قد مده ليشمل المسؤولية التقصيرية أيضاً⁽²⁾.

قد بدا ذلك جلياً في قرارات محكمة النقض الفرنسية، فقد حولت هذه المحكمة موقفها في قضيتين متشابهتين، ففي حادثة أصيب فيها عامل نتيجة إهماله وحده، لدى صاحب عمل بعد انتهاء ساعات العمل التي يجوز فيها لصاحب العمل أن يستخدمه خلالها بمقتضى قانون العمل، فنسبت رجوع الإصابة إلى إهمال العامل وإلى خطأ صاحب العمل الذي لولاه لما استطاع العامل أن يقع في هذا الإهمال، متبنيه بذلك نظرية تعادل الأسباب، إلا أنها بعد مضي ما يزيد على نصف قرن، قضت بعدم مسؤولية صاحب العمل في ظروف مماثلة؛ لأن وجود العامل عنده خلافاً للقانون لم يولد الحادثة ولكنه كان مجرد مناسبة لها، أخذاً بنظرية السبب المنتج أما في مصر، فضلاً عما نصت عليه المادة 221 من القانون المدني من أن التعويض يكون عن الضرر الذي يعد نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزامات أو التأخر في الوفاء بها، والتي وردت في مجال المسؤولية العقدية، يكاد يجمع الفقه والقضاء على تبني نظرية السبب المنتج، و الذي يعرفه بأنه - السبب المألوف المحدث للضرر عادة - بينما نقيضه وهو السبب العارض بأنه السبب غير المألوف الذي لا يحدث الضرر عادة⁽³⁾.

1 - هادي مسلم يونس قاسم، التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، كلية القانون بجامعة الموصل، 2002، ص 498.

2 باسيل يوسف، الاعتراف القانوني بالمستندات والتوقيعات الإلكترونية في التشريعات المقارنة، مصدر سابق، ص 147.

3 - د. حسن عبدالباسط الجميع، اثبات التصرفات التي يتم إبرامها عن طريق الانترنت دار النهضة العربية القاهرة، 2000، ص 34.

أما في القانون المدني الأردني، فنجده أكثر القوانين محل المقارنة تصريحاً باعتناقه لنظرية السبب المنتج، وذلك من خلال إيراد نصاً صريحاً في القواعد الناظمة للمسؤولية التقصيرية وهو نص المادة 266 منه التي جاء نصها بأن: " يقدر الضمان في جميع الأحوال بقدر ما لحق المضرور من ضرر وما فاته من كسب بشرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعية للفعل الضار"، فقد اشترط المشرع في الضرر الذي يجبر أن يكون نتيجة طبيعية للفعل الضار، أي أن يكون هو المباشر في إحداث الضرر وما كان الضرر ليقع لولا وجوده، وذلك يتفق تماماً مع مضمون نظرية السبب المنتج التي أشرنا إليها آنفاً.

هذا ما أكدته محكمة التمييز الأردنية في كثير من قراراتها منها: " إن رد الدعوى المقامة بطلب نفقات انتقال المدعى عليه لأداء الشهادة وأجور المحاماة التي تكبدها نتيجة لإقامة الدعوى عليه بموجب سند ثبت تزويره يتفق وحكم القانون لأن رابطة السببية مفقودة بين الضرر (نفقات السفر وأجور المحاماة) وبين الخطأ (استعمال المزور) إذ إن الضرر الموصوف هو ضرر ناشئ عن الإجراءات القضائية وليس عن الفعل الجرمي، وإن كان الفعل الجرمي هو الذي أدى إلى اتخاذ هذه الإجراءات إلا أنه لا يعد السبب المنتج المباشر في هذا النوع من الأضرار⁽¹⁾.

رابعاً: خصائص علاقة السببية

كي تتحقق المسؤولية ينبغي أن يرتبط الضرر بالفعل الضار، سواء أكان ذلك هو الشخص أم فعل الشيء برابطة سببية محققة ومباشرة⁽²⁾

1- ينبغي أن تكون رابطة السببية محققة، فإذا لم يكن الضرر محققاً، واستحال إثباته، كانت دعوى التعويض غير مقبولة. ومن أجل هذا يرفض القضاء المسؤولية في حالة وقوع الضرر من شخص غير محدد، وكان ضمن مجموعة محددة من الأشخاص، فلو أطلق صيادان النار على فريسة وجرح أحد الأشخاص من دون إمكان التوصل إلى معرفة أي منهما هو الذي أحدث الإصابة، لا يحكم على أي منهما، بسبب عدم تحديد رابطة السببية.

2- ما ينبغي أن تكون السببية مباشرة، وذلك يعني أن المسؤولية لا تكون إلا عن الضرر المباشر الذي يعد نتيجة حالة ومباشرة ولازمة للفعل الضار وهذا يقتضي وضع حد لتسلسل النتائج التي تترتب على الفعل الضار، ويعد الضرر مباشرة متى كان نتيجة طبيعية للخطأ (الفعل الضار) الذي أحدث الضرر بحيث لم يكن في الاستطاعة توقيه ببذل جهد معقول،

1 - خالد فهمي، النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني في ضوء التشريعات العربية، دار الجامعة الجديدة، 2007، ص212.

2 - د. توفيق حسن فرج، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص394.

فإذا لم يكن الضرر على هذا النحو، بل كان غير مباشر، تنقطع رابطة السببية ومن ثم لا تتحقق المسؤولية⁽¹⁾.

خامساً: إثبات علاقة السببية

يقع عبء إثبات علاقة السببية على المضرور، فهو المدعي في دعوى المسؤولية وعليه إقامة البينة على ادعائه بإثبات أركان المسؤولية ومنها علاقة السببية، والإثبات يمكن أن يتم بكافة طرق الإثبات ويستطيع القاضي أن يكون قناعته اعتماداً على الظروف والقرائن⁽²⁾ إذا كانت هذه القاعدة العامة إلا أن ثمة استثناءات ابتدعها القضاء الفرنسي وتبعه في ذلك القضاء المصري تسمح بقيام عدد من قرائن السببية بقصد التسهيل على المتضرر، إما لأن الظروف المحيطة بالضرر تجعل من المحتمل وجود علاقة السببية أو الآن هذه الظروف تجعل مسألة إثبات السببية أمراً في غاية الصعوبة، فمن القرائن التي أوجدها القضاء الفرنسي والمتعلقة بالمسؤولية التقصيرية تلك التي تتحقق عندما يقوم شخص بخطئه وضعا يعد موضوعياً خطراً، يترتب عليه ضرر للآخرين، في هذا الفرع يكون في الغالب من المستحيل القول بشكل مؤكد إذا ما كان الخطأ شرطاً ضرورياً لهذا الضرر، ومع ذلك فإن مخاطر وقوع الضرر التي أوجدها الشخص بخطأ منه تجعل الضرر الذي وقع بتحقيق هذه المخاطر أمراً محتملاً أو على الأقل متوقّعة، لذلك يفترض القضاء وجود علاقة السببية بين الخطأ والضرر لتسهيل الإثبات على المضرور، لذلك إذا كان شيء قد أودع أو أعطي للغير ظروف خطيرة كسلاح معبأ يعطي الطفل صغير، أو سيارة وضعت تحت تصرف شخص لا يحمل رخصة قيادة، فإن الخطأ المرتكب يعد سبباً للضرر الواقع، كذلك الخطأ والتقصير في رقابة طفل صغير أو مجنون، غالباً ما يعد السبب الرئيس للضرر الذي يسببه أحد هذين الشخصين⁽³⁾.

الفرع الثاني

انتفاء علاقة السببية بين الفعل الضار والضرر الناجم عنه

يترتب على انتفاء علاقة السببية بين الفعل الضار والضرر الناجم عنه عدم قيام المسؤولية المدنية وليس مجرد الإعفاء منها، ذلك أن الإعفاء من المسؤولية يفترض بداهة التسليم بقيامها، لذا فإن الدراسات المتعلقة بالسبب الأجنبي والرامية إلى عدّه سبباً للإعفاء، لا يفسره في القانون الوضعي سوى الاتجاهات التشريعية الهادفة إلى التيسير على المتضررين

(1) - ناهد فتحي الحموري، الأوراق التجارية الإلكترونية دراسة تحليلية مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص 230.

(2) - نضال سليم برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، مصدر سابق، ص 446.

(3) - د. مدحت عبد الحليم رمضان، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية- دراسة مقارنة، مصدر سابق، ص 215.

في الحصول على تعويض للضرر، فأحياناً يقرر الشارع، أن تحقق الضرر يقوم قرينة على تحقق الخطأ ونسبته إلى شخص معين نظراً لصفته - كحارس الأشياء غير الحية - أو أن تخلف تحقق النتيجة بالنسبة للالتزام بنتيجة يؤدي إلى افتراض الخطأ ونسبته إلى المدين⁽¹⁾. ونفي علاقة السببية هذه يتم عن طريق إثبات وجود السبب الأجنبي الذي أسهم في حدوث الضرر وليس فعل المدعى عليه، وقد ورد النص عليه في القانون المدني الفرنسي في المادتين 1147 و1148 منه⁽²⁾، فبعد أن تناولت المادة 1147 القاعدة العامة للسبب الأجنبي وما يترتب عليه من آثار بقولها " يحكم على المدين بدفع العطل والضرر إما لعدم تنفيذ الموجب وإما للتأخير في التنفيذ عندما لا يستطيع أن يسوّغ عدم التنفيذ لكونه نتج عن سبب غريب لا ينسب إليه ولم يكن فيه سوء النية"، قام المشرع بتفسير هذا النص بموجب المادة 1148 من ذات القانون من خلال إيراد تطبيقين لهذا السبب تمثلاً في القوة القاهرة والحادث المفاجئ، حيث جاء نص هذه المادة على النحو التالي "ولا مجال لأي عطل وضرر إذا امتنع المدين عن تأدية ما يتوجب عليه أو عمل ما منع عن عمله بسبب قوة القاهرة أو طارئ عرضي". ولم يرد نص خاص في المواد الناظمة لأحكام المسؤولية التقصيرية⁽³⁾. إلا

أما في القانون المدني المصري فقد جاء النص على السبب الأجنبي في المادة 165 منه بقولها: "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كحادث مفاجئ أو قوة القاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك".

في حين عالج المشرع الأردني أحكام السبب الأجنبي في المادة (261) من القانون المدني الأردني بقولها: "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كافة سماوية أو حادث مفاجئ أو قوة القاهرة أو فعل الغير أو فعل المتضرر كان غير ملزم بالضمان ما لم يقض القانون أو الاتفاق بغير ذلك".

من مجمل هذه النصوص يتضح أن حالات توافر السبب الأجنبي التي تنقطع بها علاقة السببية تتراوح ما بين الآفة السماوية⁽⁴⁾ والقوة القاهرة والحادث المفاجئ وفعل الغير وفعل

(1) - سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الإنترنت (دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر البرمجيات، مصر، ص371.

(2) - عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الإلكترونية في القانون العربي النموذجي، دار الكتب القانونية. مصر، 2007، ص361.

(3) - عمر خالد زريقات، عقود التجارة الإلكترونية (عقد البيع عبر الإنترنت) دراسة تحليلية، دار الحامد ط1، عمان، 2007، ص364.

(4) - استعار المشرع الأردني مصطلح آفة سماوية" الوارد في المادة 261 من القانون المدني الأردني من الفقه الإسلامي، لذلك نجد الكثير من التشريعات العربية. ومنها المصري - التي استمدت أحكامها من القوانين

المتضرر، وحيث إن فعل الغير وفعل المتضرر هما الحالتان ذواتا العلاقة بالمسؤولية محل الدراسة ويمكن أن يكون لهما خصوصية معينة فيها، فهما الحالتان اللتان سنقف عندهما بشيء من التفصيل أما باقي حالات السبب الأجنبي فسنكتفي بمعالجتها بشيء من الاختصار ونحيل إلى كتب الفقه للمزيد حولها⁽¹⁾، إذ إنّ تأثيرها في المسؤولية محل الدراسة لا يختلف عن تأثيرها في المسؤولية التقصيرية التقليدية.

المبحث الثاني

مدى خضوع ضرر الإتلاف الإلكتروني لأحكام القواعد التقليدية

يجب التأكيد في هذا المجال بأن الإتلاف الإلكتروني ينتج عنه ضرر غير مادي ناشئ عن إتلاف برامج ومعلومات وبيانات الحاسوب، أي المحتوى الفكري والمنطقي المخزن في الحاسوب، وإتخذ هذا الإتلاف أما محو المعطيات كلياً وتدميرها إلكترونياً أو تشويه المعطيات على نحو يحدث إتلاف جزئياً أو تشويهاً للمعلومات أو البرامج مما يجعلها غير صالحة للاستعمال إذا وجدت من أجل الوصول إليه، لذلك لا بد من الإشارة أولاً وقبل كل شيء، إلى الضرر الناشئ عن إتلاف نظم المعلومات ينصرف إلى عملية إتلاف أو محو تعليمات البرامج والمعلومات، وبعبارة أخرى إحداث ضرر بالنظام المعلوماتي وإعاقته عن أداء وظيفته، ولا يخفى عن الذهن، أن الأضرار الناتجة عن إتلاف المعدات المالية الخاصة بنظم المعلومات.

لغرض الوقوف على ضرر إتلاف المعطيات نرى من الضروري النظر في مدى ملائمة القواعد القانونية القائمة ومدى إمكانية تطبيقها على حالات الإتلاف الإلكتروني، إذ إن ثمة تكيفات قانونية تستند إلى آراء الفقه وقرارات القضاء والمواقف التشريعية المقارنة لبيان الأساس القانوني الذي يستند إليه القضاء في تسوية حكمه الخاص بالتعويض عن الضرر الذي نشأ عن إتلاف معطيات الحاسوب.

عليه سوف نبين موقف الفقه، ثم موقف التشريعات المقارنة ثم بيان موقف المشرع العراقي، من مدى إمكانية تطبيق أحكام القواعد النافذة فيه وعلى الوجه الآتي :

العربية لم تستخدم مثل هذا المصطلح.(قريب من ذلك، السرحان وخاطر، شرح القانون المدني الأردني، صفحة 461)
 (1) - أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص395.

المطلب الأول

موقف الفقه القانوني

هناك آراء متعدّدة تدور حول مدى امكانية تطبيق القواعد التقليدية الخاصة بإتلاف الأموال⁽¹⁾ على إتلاف معطيات الحاسوب، إذ بينما يطالب الرأي الغالب في الفقه بتدخل المشرع بنص صريح ينظم مشكلة التعويض عن فيروسات الحاسب، نجد أن هناك رأياً في الفقه يحاول جاهداً أن يطوع ما هو كائن من القواعد القانونية، لتقديم حل لمشكلة تعويض الأضرار عن فيروسات الحاسبات.

الفرع الأول

امكانية تطبيق القواعد التقليدية على الإتلاف الإلكتروني

يذهب جانب من الفقه بإمكانية تطبيق القواعد التقليدية التي تعالج الضرر الناتج عن إتلاف الأموال المنقولة والثابتة (العقارية) على إتلاف معطيات الحاسوب، ويُعدّ ذلك التزاماً من أصحاب هذا الاتجاه بالأسس التي تتبنى القواعد التقليدية بوصفها تمثل نظاماً مستقراً منذ أمد طويل، إذ يرجع أصول البعض منها إلى القانون الروماني الذي وضع اللبنة الأساسية في قواعد إتلاف الأموال⁽²⁾.

على الرغم من أن هذا الاتجاه يحظى بدعم جانب من الفقه إلا أن آراء أنصاره قد اختلفت في تبريره ونتيجة لذلك برز رأيان في هذا المجال: الرأي الأول : يرى أصحاب هذا الرأي أن جوهر الإتلاف يتوافر على وفق نية المشرع، فقد يحدث بالفعل إتلاف عمدي في اموال منقولة ليست ملكاً للفاعل ويترتب على ذلك بأن تصبح غير صالحة للاستعمال والأمر ذاته ينطبق على الإتلاف الإلكتروني، ويؤكد أصحاب هذا الرأي أن مشكلة أي اتجاه معارض لهذا التكيف هو الجمود وعدم مواكبة التطور التكنولوجي⁽³⁾.

لكن على الرغم من محاولة أصحاب هذا الرأي في تبرير رأيهم الخاص بتطبيق القواعد التقليدية عن طريق إتلاف معطيات الحاسوب بإتلاف الأموال المنقولة على أساس أن معطيات الحاسوب هي اموال منقولة، إلا أنه نعتقد بأن محاولة تشبيه معطيات الحاسوب

(1)- أنظر المادة (186) من القانون المدني العراقي التي تنص على (1- إذا تلف أحد مال غيره أو انقص قيمته مباشرة أو تسبباً، يكون ضامناً، إذا كان في احداثه هذا الضرر قد تعمد أو تعدي. 2- وإذا اجتمع المباشر والمتسبب ضمن المتعمد أو المتعدي منهما، فلو ضمنا معاً كانا متكافلين بالضمان). ويرى د. سعدون العامري بعد تعليقه على هذه المادة أن الضرر المادي الذي يستوجب التعويض يتمثل في إتلاف مال الغير أو انتقاص قيمته منقولا كان ذلك المال أو عقارا، د. سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، بغداد، 1981، ص 64.

(2) - نقلا عن د. هدى حامد قشقوش، مصدر سابق، ص 44.

(3) - د. هدى حامد قشقوش، المصدر نفسه، ص 44، وينظر ايضاً : ورقة العمل الضرر الواقع على المعطيات ذات القيمة الاقتصادية، مصدر سابق، ص 11

بالأموال المنقولة ليست بالمحاولة اليسيرة بل تحفها المخاطر لعدة عوامل، يستصدرها استلزام إتلاف المال المنقول بان يرد على شيء مادي، في الوقت الذي تعد فيه معطيات الحاسوب أشياء معنوية أو على حد تعبير البعض⁽¹⁾ كيانات تصورية ليس لها مظهر مادي ملموس (وما يؤكد ذلك هو ما ذهب إليه جانب من الفقهاء⁽²⁾ إلى إنكار الوصف المادي للمعطيات حتى مع وجود تثبيتها على هياكل مادية تكسبها مظهرًا خارجيًا ملموسًا ومن ثم فإن المعطيات حسب وجهة نظرهم لا تعدو أن تكون إلا نتاجًا ذهنيًا بالنظر إلى أصلها المتكون من مجموعة من الأفكار وهذا كله يشكك في قيمة الرأي السابق ويؤدي إلى عدم الأخذ به. الرأي الثاني : يرى أنصار هذا الرأي⁽³⁾ إن إتلاف الدعامات المادية التي تحوي على المعطيات كالأشرطة والاسطوانات والديسكات والاقراص الممغنطة يؤدي إلى امكانية تطبيق القواعد التقليدية على إتلاف وتعييب البرامج والبيانات والمعلومات في حد ذاته، طالما كانت هذه البيانات والبرامج مسجلة على دعامات مادية، وهذا الرأي الفقهي يستند إلى النصوص التقليدية التي تحكم الإتلاف في قوانين بعض الدول⁽⁴⁾ فلأجل تقرير المسؤولية عن الإتلاف للمعطيات المسجلة على أشرطة وأسطوانات وديسكات، تم قياس هذه الأفعال على أفعال تخريب الأثار الفنية الصناعية إذ إن مرتكب فعل الإتلاف قد ألحق ضررًا وظيفيًا في القرص أو الشريط الذي يحتوي على برامج ومعلومات قيمة أو أعاق استعماله⁽⁵⁾.

الفرع الثاني

عدم إمكانية تطبيق القواعد التقليدية على الإتلاف الإلكتروني

يذهب أنصار هذا الاتجاه⁽⁶⁾ إلى عدم إمكانية تطبيق قواعد الإتلاف التقليدية⁽⁷⁾ على الأنشطة التي تنطوي على إتلاف للمعطيات المخزونة في أجهزة الخزن الرئيسية أو الثانوية

(1) - اسل عبد الكاظم كريم، الحماية القانونية المدنية لبرامج الحاسوب، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، 2000، ص 19.

(2) - نقلا عن خالد الحلبي، مصدر سابق، ص 12.

(3) - اشار الى هذا الاتجاه الفقهي د. هدى حامد قشقوش، مصدر سابق، ص 44.

(4) - كالنصوص التي تقيم المسؤولية على فعل الإتلاف، ينظر نص المادة (186) من القانون المدني العراقي.

(5) - د. محمد سامي الشوة، الحماية القانونية للكيانات المنطقية، دار النهضة العربية، القاهرة 1994، ص 198.

(6) - نقلا عن راشد بن صالح الغيلاني، الجريمة المعلوماتية، بحث منشور في مجلة العين الساهرة، العدد 83، مسقط، 1998، ص 44.

(7) - يُعد القانون الواجب التطبيق على منازعات السندات الرسمية الإلكترونية من المشاكل التي تعترض طريق الوثوق، والأخذ بها من أجل إثبات التصرفات القانونية التي تحدث بين الناس فإذا حدث هناك نزاع بين الطرفين المتعاقدين، والطرف الذي معه نسخة من السند الرسمي الإلكتروني المبرم عن بعد بين الطرفين، والمصادق عليه من قبل كاتب عدل مختلفين، كل واحد منهما في مكان ما فمن ما هي المحكمة المختصة من أجل رفع النزاع أمامها، هل هي محكمة كاتب العدل هذا أو كاتب العدل ذاك؟ الأمر الذي لا يعرف معه

للحاسوب أو المنقوله عبر شبكات المعلومات، وذلك استنادا إلى انتفاء الصفة المادية للمعطيات التي تكون على شكل لغة آليه (الصفحة والواحد) مكتوبة وممغنطة على أجهزة الخزن أو منقولة على شكل نبضات الكترونية عبر اسلاك شبكات المعلومات، وعلى هذا الاساس لا يمكن عد هذه المعطيات أموالا بحد ذاتها وان كانت تجسد اصولا لها، ذلك أن النصوص التقليدية الخاصة بالمسؤولية على إتلاف الأموال في غالبية الدول تستلزم أن يكون فعل الاعتداء موجها إلى مال مادي وعندما يلحق الضرر المعطيات فإنها عناصر ذات طبيعة (منطقية معنوية غير ملموسة وهذا الاتجاه هو السائد فقد حظى بتأييد الفقه⁽¹⁾ الذي وضعه بحق بأنه تصور مؤسس يتسم بالواقعية وينظر إلى الطبيعة الخاصة لمعطيات الحاسوب - بوصفها عناصر ذات طبيعة منطقية معنوية غير ملموسة - . ويحظى هذا الاتجاه ايضا بدعم من القضاء ففي هذا الاتجاه قضت محكمة الاستئناف (angers) الفرنسية⁽²⁾ في حكم لها برفض تطبيق القواعد الخاصة بإتلاف الأموال على خبير نظم المعلومات الذي نسب اليها قبل تركه لمقر المنشأة التي كان يعمل فيها، ومباشرة الأفعال تفرغ ومسح ترتب عليها أعاقه نظام الحاسوب عن الاستخدام المألوف له، وجاء في حيثيات الحكم (ان برامج النظام لم يطرأ عليها أي تغيير مادي) وهكذا

=المتعاقد الطريق الذي يسلكه من أجل الحفاظ على حقه المتنازع عليه، أو تنفيذ الالتزام الملقى على عاتقه من قبل الطرف المتعاقد الآخر. الم تضع أغلب التشريعات حلا صريحا لمشكلة مكان إبرام التصرف القانوني الالكتروني، من أجل تحديد المحكمة المختصة بفض النزاع، إلا أن المشرع الإماراتي في قانون المعاملات الالكترونية لسنة 2004، اتخذ مقر عمل منشئ الرسالة ومستلمها مكانة، حيث افترضت الفقرة الخامسة من المادة السابعة عشر من ذات القانون مكان إرسال الرسالة الالكترونية هو المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ، وإن مكان استلامها هو المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه، وذلك ما لم يتفق المرسل منشئ الرسالة، المرسل إليه على خلاف ذلك. فيجوز لهما أن يحددا مكانا آخر بالاتفاق فيما بينهما على أنه مكان الإرسال، مكان الاستلام. وبين أيضا المشرع الإماراتي أنه في حال تعدد مقرات العمل، يتم الاعتماد على المقر الأكثر صلة وعلاقة بالمعاملة المعنية، أي بالعقد الالكتروني أو بالاعتماد على مقر العمل الرئيسي في حال عدم وجود المعاملة. وهناك حالة أخرى، وهي إذا كان هناك نزاع معروض أمام القضاء واحد الأطراف يتمسك بسند رسمي ورقي، والطرف الآخر يتمسك في مواجهته بسند رسمي الكتروني من أجل إثبات حق كل منهما في الدعوى المنظورة أمام القضاء، فهنا ما هو الحل الواجب على القاضي إتباعه؟ والمقصود هنا أي من السنتين يعتمد عليه القاضي، وبصورة أخرى هل يعتمد السند الرسمي الورقي على حساب السند الرسمي الالكتروني أم العكس؟ لذلك كان لزاما على المشرع عندما وضع القوانين الخاصة بالمعاملات والتوقيعات الالكترونية أن يفترض حدوث مثل هذه الحالة وإمكانية عرضها على القضاء، لكن نحن نرى أنه لا يوجد هناك مشكلة إذا قامت التشريعات التي أخذت بقبول إمكانية إبرام السندات الرسمية القانونية بطريقة الكترونية، والتي ساوت بين السندات الرسمية الورقية، والسندات الرسمية الالكترونية في الإثبات، ومنحتهم نفس القوة والدرجة في الإثبات، ومنها التشريع الفرنسي أن يعمل على إيجاد حل لمثل هذه الحالة لمنع التضارب في الإثبات بين السندات الرسمية بغض النظر عن الطريقة، أو الوسيلة التي إبرم فيها هذا السند، من أجل أن يكون هناك حل لهذه المشكلة في حال تم عرض النزاع على القضاء، ومن أجل أن لا يجعل الأفراد أو الدول في تشريعاتها تبتعد عن الأخذ بفكرة إبرام السندات الرسمية بطريقة الكترونية. للمزيد ينظر د. محمد أمين رومي، مصدر سابق، ص 147 وما بعدها - د. محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية، مصدر سابق، ص 41.

(1) د. حسن عبد الباسط جمعي، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 197

(2) - ثروت عبد الحميد، التوقيع الالكتروني، مصدر سابق، ص 11 .

فإن المحكمة تقصد بحكمها الصادر⁽¹⁾، أن البرامج لم يلحقها ضرر مادي لأنها ليست ذات طبيعة مادية حتى يلحقها تغير مادي. عليه يبدو أن معطيات الحاسوب كالمعلومات والبيانات والبرامج لا تخضع - حسب تقديرنا للنصوص التقليدية المتعلقة بالإتلاف⁽²⁾، وذلك لعدم توفر خصائص الأشياء التي تنطبق عليها هذه المواد، إذ يتعين أن يكون للمال المعتدى (محل فعل الإتلاف) طبيعة مادية أي أن يقع الضرر على حق الملكية، فهذا الحق كسائر الحقوق العينية الأخرى لا ينصب الا على اشياء ذات كيان مادي⁽³⁾، ومن ثم فإن النصوص الحالية لا تنطبق على القيم غير المادية محل البحث، إذ لا تندرج تحت طائفة الحقوق العينية لأنها ليست سلطة الشخص على شئ مادي معين⁽⁴⁾ وقد كرس بعض التشريعات هذا الاتجاه بنص صريح، حيث تدخل المشرع في بعض الدول بنصوص صريحة حاسمة، لوضع نظام قانوني خاص بحكم نظم المعلومات، وذلك عندما يلحق الضرر بالمعلومات المخترنة والبيانات الموجودة في الحاسوب وهي عناصر ذات طبيعة معنوية غير محسومة، فهنا تبدو المشكلة التي يتصدى لها التشريع المقارن في كيفية المعالجة.

المطلب الثاني

موقف التشريعات

إذن تبدو المشكلة في الكيانات التي يتصدى بها التشريع لمعالجة ضرر إتلاف معطيات الحاسوب ونتيجة لذلك برزت عدة مواقف تشريعية حيث تبنى المشرع في بعض الدول مواقف تختلف عن تلك التي تبنها المشرع في دول أخرى، عليه سوف نبين تلك المواقف في فرعين وعلى النحو الآتي:

- (1) - قضت محكمة الاستئناف (angers) الفرنسية هذه الحكم لها والصادر بتاريخ 12 أيار 1978 .
- (2) - كالمواد (189 - 191) مدني عراقي.
- (3) - يخالف بعض الفقهاء الرأي السائد فالحق العيني وان كان محله شيئاً مادياً إلا أن هذا لا يمنع من أن يرد على شيء غير مادي للمزيد من التفصيل ينظر د. حسن كيرة، الحقوق العينية الأصلية، الجزء الأول، القاهرة، 1965، ص 7
- (4) - د. محمد طه البشر و د. غني حسون طه، الحقوق العينية، القسم الأول، بغداد، 1982، ص 9 .

الفرع الأول

موقف التشريع الفرنسي

تتبنى بعض الدول تشريعات خاصة بإتلاف معطيات الحاسوب من معلومات وبيانات، مخزونة أو منقولة عبر شبكات المعلومات. ومن الدول التي تبنت هذا الموقف هي فرنسا⁽¹⁾، في قانون الغش المعلوماتي رقم ١٩ لسنة ١٩٨٨، الخاص بالإتلاف الواقع على الأشكال الجديدة للقيم غير المادية في مجال المعالجة الآلية للبيانات، حيث نصت المادة (3/ 462) منه بقولها : كل من عطل أو أفسد عملاً دون مراعاة لحقوق الغير في تشغيل نظام المعالجة الآلية يعاقب بالحبس مدة تتراوح بين ثلاثة شهور وثلاث سنوات وغرامة تتراوح بين 10000 و 100000 فرنك أو إحدى هاتين العقوبتين ” وتنص الفقرة التالية من المادة نفسها (4/ 462) على كل من أدخل عمداً مباشراً أو بطريق غير مباشر ودون مراعاة لحقوق الغير بيانات في نظام المعالجة الآلية أو محي أو عدل في البيانات التي يحويها أو في طريق معالجتها أو نقلها يعاقب بالحبس مدة تتراوح بين ثلاثة أشهر أو سنوات أو غرامة تتراوح بين 2000 و 50000 فرنك أو بإحدى هاتين العقوبتين ” ومن خلال تحليل هذا النص نجد انه من جانب تميز بالشمولية حيث قرر المسؤولية على كافة صور الإتلاف وهي :

١. إدخال بيانات في نظام المعالجة الآلية لم تكن موجودة والمقصود بهذا الفعل إحداث تغييرات في نظام المعالجة الآلية من شأنه أن يؤدي إلى حدوث الضرر.

٢. محو أو تعديل بيانات موجودة.

٣. تعديل طرق المعالجة أو وسائل انتقال المعطيات.

من جانب آخر قرر المشرع الفرنسي المسؤولية بموجب النص أعلاه إذا قام الفاعل بإحداث الضرر بصورة مباشرة أو غير مباشرة أي سواء أكانت بالتدخل الشخصي المباشر أم عن طريق الاستعانة بشخص آخر أم عن طريق الاستعانة بالفيروسات التي تبدأ عملها التخريبي بعد مدةٍ من دخولها إلى نظام الحاسوب.

عليه يكون المشرع الفرنسي قد أقر مبدأً جديداً هو تقرير المسؤولية عن الضرر الذي أحدثه الفاعل بفعله الضار سواء أكان بصورة مباشرة أم غير مباشرة.

(1) - ينظر نصوص القانون على الموقع www.frenchlaw.com/underconstruction.pdf تاريخ الزيارة 12/4/2022 .

لكن من جانب آخر نلاحظ أن النصوص السابقة هي خاصة بالمسؤولية الجزائية فلا يوجد ما يشر إلى الأساس القانوني لتعويض المضرور من أعمال الإتلاف والتعطيل للنظام المعلوماتي الخاص به، ولكن المبدأ المهم الذي تقرر في القانون الفرنسي أعلاه هو تحديد صور الفعل الضار التي يمكن أن يتعرض لها النظام المعلوماتي للغير ومنع تلك الصور بموجب القانون مما يفهم منه أن المشرع الفرنسي عدّ تلك النظم لها قيمة اقتصادية ومن ثم أخضعها للحماية⁽¹⁾.

(1) - نقلا عن د.محمد سامي الشوا، مصدر سابق، ص123 .

الفرع الثاني

موقف التشريع العراقي

خصص المشرع العراقي للإتلاف ست مواد (186-191) وتنص المادة 186 من القانون المدني العراقي على أنه " 1-إذا تلف احد مال غيره أو انقص قيمته مباشرة أو تسببا، يكون ضامنا، إذا كان في إحداثه هذا الضرر قد تعمد أو تعدى 2-وإذا اجتمع المباشر والمتسبب ضمن المتعمد أو المتعدي منهما، فلو ضمنا معا كانا متكافلين في الضمان" (1).

إن شمولية هذا النص وعموميته بالنسبة إلى محل الإتلاف مجردا من مفهوم (المال أو الشيء) يستخلص منه وقوع الضرر على حق الملكية الذي يجب أن يقع على مال مادي ذي قيمة مالية أو اقتصادية (2).

حق الملكية كسائر الحقوق العينية لا يقع إلا على مال أو أشياء لها قيمة وتتمتع بكيان مادي ملموس (3) ومع ذلك نعتقد أنه بالإمكان أن يمتد تطبيق نص المادة أعلاه ليشمل إتلاف الدعامات المادية التي تحوي المعطيات لوصفها مالا ماديا وذلك على اساس أن الدعامة قد أضرب بها أو أن المشرع العراقي عدَّ من شروط الضرر القابل للتعويض

(1) - د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للإلتزامات، مصدر سابق، ص 232 وانظر كذلك، د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، المكتبة القانونية، بغداد، 2007، ص 234.
(2) - إذ ان من الشائع الخلط بين الشيء والمال وتسمية الأشياء بالأموال مع ان لكل من الاصطلاحين مدلولاً خاص به. وذلك أن المقصود بالمال في عرف القانون هو الحق ذو القيمة المالية، اما الشيء فيراد به الدلالة على محل ذلك الحق. انظر د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٨، حق الملكية، دار احياء التراث العربي، بيروت، ص 9. ومن المسلم به أيضا أن القانون لا يهتم بالأشياء الا باعتبارها محلا للحقوق، وان الحقوق التي يعني بها القانون المدني هي الحقوق ذات القيمة المالية، فهذه الحقوق هي الأموال، اما الاشياء فهي محال هذه الحقوق، وقد تنبه المشرع العراقي لهذا التمييز الأساسي بين الشيء والمال، وقرر في المادة (61ف1) من القانون المدني بأن كل شيء لا يخرج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلا للحقوق المالية. ونص في المادة (65) على ان المال هو كل حق له قيمة مادية فيفهم من الجمع بين هذين النصين أن المشرع العراقي قد عنى بالتمييز بين الأشياء والأموال، كما أن جانباً من الفقه يقصر أهمية التفرقة بين المال والشيء على الناحية النظرية فحسب، ولذا فليس ثمة ما يمنع، طبقاً لهذا الرأي من استعمال احدي العبارتين مكان الأخرى، ينظر د. عبد الحي الحجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، ج ٢، الحق، الكويت، ١٩٧٠، ف ٩٨٢.

(3) - وذلك لان الحق العيني هو سلطة يقررها القانون لشخص على شيء مادي تمكنه من استعمال هذا الشيء والانتفاع به على نحو او على آخر، انظر د. محمد غني حسون طه ومحمد طه البشير، مصدر سابق، ص 5، لكن خالف بعض الفقهاء الرأي السائد في الفقه والذي يحدد محل الحق العيني للأشياء المادية ويبسطون محل هذا الحق الى الأشياء غير المادية لمزيد من التفاصيل د.حسن كبره ، مصدر سابق، ص ٥٧.

هو أن يكون الضرر نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع (1) عليه يرى الفقه (2) أن المسؤولية المدنية لا تنهض إلا إذا كان الضرر قد ترتب على فعل ضار صادر من المدعى عليه، لذلك لا تعويض عن الضرر إذا لم يكن هناك تعدد من جانب المدعى عليه.

وفقا للتصور أعلاه هل يعد التعدي عن بعد لوسيلة معنوية غير مادية البرنامج الفيروسي - تعديا بالمعنى الذي ألفه الفقه، وورده القضاء في أحكامه المتعددة ؟

بمعنى لو تم إتلاف معطيات الحاسب الإلكتروني بواسطة برنامج فيروسي، فهل يعد ذلك من قبيل افعال التعدي الذي يمثل أحد عنصري الخطأ اللازمه لقيام المسؤولية المدنية ؟
التعدي في هذه الصورة يُعدُّ معنويًا وسيلةً وهدف بمعنى أنَّ الفاعل (المتلف) استهدف بفعله تدمير معلومات، والوسيلة المستخدمة لتحقيق هذا الهدف كانت هي الأخرى وسيلة معنوية هي البرنامج الفيروسي.

يمكن القول إن الفقه يكاد يجمع على أن الخطأ لا يكون متوافرا إلا إذا تضمن عنصرين الأول مادي وهو التعدي والثاني معنوي وهو الإدراك والعنصر الثاني لا يثير مشكلة في مجال الإتلاف الإلكتروني، ولكن العنصر الأول هو الذي يثير مشكلات، أهمها مدى توفر المادية فيما قام به الفاعل، لاسيما أن الرأي الغالب في الفقه (3) يرى أن التعدي يجب أن يكون بصورة سلوك مادي فالإتلاف الإلكتروني قد يرد على البيانات والمعلومات المخزونة من دون المساس بالوسط الذي كان يحمل هذه السجلات.

يمكن القول إن مثل هذه الأفعال تتوافر فيها عنصر التعدي، ولكنه تعدد بأسلوب معنوي، وما دام هذا الفعل قد سبب ضررا فلا بد أن يوصف بأنه فعل غير مشروع، فلا يشترط نوع الوسيلة المستخدمة في إحداث الضرر، طالما أن هذه الوسيلة قد رتب ذلك الضرر.

في الوقت ذاته فإن مفهوم التعدي يجب أن لا يقتصر على الفكرة المادية البحتة في عصر ثورة الاتصال عن بعد فإذا تمسكنا بالمفهوم المادي للتعدي لن يتحمل المسؤولية عددا كبيرا من مسببي الأضرار ؛ لأن الطابع العام في حالات الاعتداء على معطيات الحاسوب تتم من دون وجود واقعة مادية أو اثر محسوس ينتج عن ذلك الاعتداء، وهذا ما يهدد الثروة المعلوماتية ؛ لأن محدث الضرر سوف يتخلص من دفع التعويض.

(1) - " اذ نصت (ف 1 من م / ٢٠٧) من القانون المدني العراقي على انه " تقدر المحكمة التعويض في جميع الأحوال بقدر مالحق المتضرر من ضرر وما فاتته من كسب بشرط ان يكون هذا نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع. والمادة (٢٢١) وما بعدها من القانون المدني المصري والمادة (366) من القانون المدني الاردني، ينظر د. محمد حسن منصور، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ط1، دار الجامعة الجديدة، ط٢، 2009، ص٤٠٠. وكذلك انظر : درضا عبد الحليم عبد المجيد، المسؤولية القانونية عن انتاج وتداول الأدوية والمستحضرات الصيدلانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 2005، ص 235.

(2) - نقلا عن سعدون العامري، مصدر سابق، ص 35.

(3) - د. محمد سامي الشوا، مصدر سابق، ص 69.

يمكن القول إن عدم وجود نظام قانوني يعالج حالات الاستعمال غير المشروع النظام الحاسب بقصد إتلاف المعلومات، أوقف النظام، أو منع المستخدم من الوصول إلى نظامه المعلوماتي أو الحد من انتفاع المستخدم من نظامه المعلوماتي، فإن مسألة التعويض المدني عن هذه الأفعال تُعدّ مشكلة معقدة لأن الأمر يحتاج من المشرع إلى اعتبار فعل الإتلاف الإلكتروني عملاً غير مشروع ؛ لأنه يترتب على عدم تدخل المشرع لوصف هذه الأفعال لأنها غير مشروعة، فإن المدعي بالحق المدني لن يستطيع أن يحصل على تعويض عن الأضرار التي لحقته من جرائه، لذا يقع على عاتق المشرع التدخل بقواعد قانونية لتحديد هذه الأفعال وبترتيب المسؤولية المدنية على مرتكبيها.

المبحث الثالث

الجزاء المترتب على المسؤولية المدنية الناجمة عن إتلاف المستند الإلكتروني

الاتصالات الحديثة متى توافرت أركان المسؤولية المدنية الناجمة عن إساءة استعمال أجهزة الاتصالات الحديثة التي وقفنا عندها في المطالب السابق ، ترتب عليها جزاء ، وهو التزام المسؤول بتعويض المضرور عما لحقه من ضرر وهذا يتطلب دراسة معنى التعويض وأنواعه وتقديره وذلك من خلال إيراد مطلب مستقل لكل منهم .

المطلب الأول

معنى التعويض

التعويض هو وسيلة القضاء لإزالة الضرر أو التخفيف من وطأته ، فهو جزاء المسؤولية لجبر الضرر الذي ألحقه المسؤول عن الضرر بالغير ، إذ نصت المادة (204) من القانون المدني العراقي على انه : ((كل تعد يصيب الغير بأي ضرر آخر غير ما ذكر في المواد السابقة يستوجب التعويض)) وهذا يعني أن القانون المدني يتضمن مبدأ عاما في التعويض مفاده أن أي خطأ يصيب الغير بالضرر، يلزم فاعله بدفع التعويض ، وبما أن الأضرار الناجمة عن إساءة استعمال أجهزة الاتصالات هي في الغالب أضرار أدبية - كما ذكرنا سابقا - لذلك لا يقصد بالتعويض هنا محو الضرر كليا ، بل القصد منه هو ترضية المتضرر وتخفيف الحزن والألم عنه ، وأن صعوبة تقدير التعويض عن الضرر الناجم عن إساءة استعمال هذه الأجهزة يجب أن لا يكون مانعا للأخذ به لأن القول بعكس ذلك يعد إنكارا للعدالة ، فالرأي الراجح اليوم بين جمهور الفقهاء يأخذ بالتعويض عن الضرر الأدبي⁽¹⁾ ومن ضمن التشريعات التي أخذت بالتعويض عن الضرر الأدبي التشريع العراقي ، إذ نصت المادة (205) من القانون المدني العراقي على انه : ((يتناول حق التعويض الضرر الأدبي كذلك))

1- د عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ، ص 165، د سعيد عبد السلام ، التعويض عن ضرر النفس في القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي ، مؤسسة شباب الجامعة ، القاهرة ، 1990 ، ص 172 ، د حسن علي الذنون ، المبسوط في المسؤولية المدنية ، مصدر سابق ، ص 220.

المطلب الثاني

أنواع التعويض

تعويض المتضرر قد يكون بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه ويسمى بالتعويض العيني أو أن يكون بمقابل أو أداء عمل معين أو رد المثل ، وفيما عدا الحكم بالتعويض النقدي الذي هو الأصل ، فليس للمحكمة أن تحكم من تلقاء نفسها بالتعويض العيني أو أداء عمل معين ما لم يطالب المدعي بذلك وتسمح به الظروف ، وقد نصت على ذلك المادة (209) من القانون المدني العراقي بقولها : « 2- ويقدر التعويض بالنقد ، على أنه يجوز للمحكمة تبعا للظروف وبناء على طلب المتضرر أن تأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه أو أن تحكم بأداء معين أو برد المثل في المثليات وذلك على سبيل التعويض))

أولا : التعويض العيني

يقصد بالتعويض العيني إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل أن يرتكب الخطأ الذي أدى إلى وقوع الضرر، وهو خير وسيلة لجبر الضرر إذا كان هذا ممكنا ، لأنه يؤدي إلى إصلاح الضرر إصلاحا قد يكون تاما بدلا من بقاء الضرر على حاله وإعطاء المتضرر مبلغا من المال عوضا عنه كما هو الحال في التعويض بمقابل⁽¹⁾ إذا كان الحكم بالتعويض العيني هو لجبر الضرر المادي ، إلا أن هذا لا يعني أن الحكم بالتعويض العيني يكون مستحيلا في نطاق الضرر الأدبي⁽²⁾ فيعتبر من قبيل التعويض العيني حكم المحكمة بمسح أو محو الصور المسحوبة للمتضرر بلا رخصة أو إذن منه وكذلك حكم المحكمة بمحو الرسائل القصيرة " المسج " والتي تتعلق بأسرار الحياة الخاصة أو العائلية للمتضرر من جهاز الهاتف النقال العائد للمسؤول عن الضرر ، وأخيرا لا بد من الإشارة إلى إنه إذا كان التعويض العيني ممكنا فإن القاضي لا يكون ملزما بان يحكم به إلا إذا طالب به الدائن أو عرض المدين القيام به .

1- د . عبد المجيد الحكيم ، مصدر سابق ، ص 271

2- د. حسن الخطيب ، تعويض الأضرار المحدثة ، بحث منشور في مجلة ديوان التدوين القانوني ، بغداد ، العدد الثالث ، السنة الأولى ، 1962 ، ص 38.

إن مفهوم التعويض العيني يتجسد بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر أي إزالة الضرر الذي لحق بالمضرور وإعادته إلى ذات الحالة التي كان عليها وكان الضرر لم يحدث⁽¹⁾. وهو غير التنفيذ العيني الذي يحصل قبل الإخلال بالالتزام. أما التعويض العيني فيحصل بعد الإخلال فالالتزام ولا يلجأ إليه إلا إذا تعذر إجراء التنفيذ العيني⁽²⁾. ويعد التعويض العيني الطريقة المثلى لجبر الضرر وأياً كانت المسؤولية المتحققة أعقدية كانت أم تقصيرية ، على الرغم من الاختلاف في موقف الفقه بصدد ذلك⁽³⁾. ونحن برأينا المتواضع نرى أن طريقة التعويض عينياً كونها ملائمة أو غير ملائمة لجبر الضرر لا تحددها طبيعة المسؤولية أعقدية هي أم تقصيرية ؟ بل الذي يجعلها ملائمة أو غير ملائمة نوع الضرر المحدث أمالي هو أم معنوي أم جسدي ؟ وبما يراه القاضي من طرق التعويض أكثر ملاءمة من غيرها لجبر الضرر⁽⁴⁾. أما عن مدى صلاحية التعويض العيني لجبر الضرر المتغير فإن ذلك يتوقف على نوع وطبيعة الضرر المراد جبره ، فإن كان مالياً فليس في طبيعة هذا النوع من الضرر ما يتعارض مع فكرة التعويض العيني ، فمن السهولة إعادة الحال إلى ما كان عليه ، فيلزم محدث

- 1- د.غني حسون طه ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصدر سابق، ص411. د.محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية ، ج1، مطبعة جامعة القاهرة، 1978، ص49.
- 2- د. سعدون العامري، تعويض الضرر، مصدر سابق، ص149. وانظر بهذا الصدد: الدكتور السنهوري: حيث لم يميز بين التعويض العيني والتنفيذ العيني في الجزء الاول من الوسيط ص966 الا انه عاد وميز بينهما إذ قال: ((إن التنفيذ العيني يكون قبل الإخلال بالالتزام اما التعويض العيني فيحصل بعد وقوع الإخلال بالالتزام)). انظر: د.السنهوري، الوسيط، ج2، مصدر سابق، ص 798. وانظر تاييداً للرأي نفسه: د.حسن الذنون، الميسوط، الضرر، مصدر سابق، ص279.
- 3- - إذ ذهب جانب من الفقه الى ان التعويض العيني يلائم المسؤولية التقصيرية اكثر من ملائمة للمسؤولية العقدية خاصة اذا كان الضرر مالياً. انظر في ذلك: د. سعدون العامري، تعويض الضرر، مصدر سابق، ص149.
- بينما ذهب اتجاه اخر الى ان التعويض العيني يكون على سبيل الاستثناء في المسؤولية التقصيرية. انظر في ذلك: د.غني حسون طه، نظرية الالتزام، مصدر سابق، ص 482 . د. مقدم السعيد، مصدر سابق، ص 21 . د.محمود سعد الدين الشريف، شرح القانون المدني العراقي، نظرية الالتزام ، ج1، مصادر الالتزام، مطبعة العاني، بغداد، 1955، ص43.
- وقد ذكر بهذا الصدد من الفقه الفرنسي الاستاذ هنري لالو قائلاً: ((إن التعويض عن الضرر في المسؤولية التقصيرية يجب ان يتمثل دائماً بمبلغ من المال ولا يكون عينياً ابداً)
- 4- وقد تسائل في هذا الصدد الاستاذان مارتى ورينو من الفقه الفرنسي إذ قالوا: ((إن هذا النوع من التعويض لا يزال محل اختلاف الفقهاء ، فقد رأي بعضهم ان التعويض لا يمكن ان يكون الا مبلغاً من النقود، أما الحالة الاخرى المتمثلة بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل وقوع الفعل الضار فانها ليست تعويضاً بالمعنى القانوني لهذه الكلمة الا انه ليس هنالك ما يمنع القاضي من ان يلجأ الى وسيلة أخرى غير الحكم بالتعويض النقدي للمتضرر ولا فرق ذلك بين المسؤولية العقدية والتقصيرية)). انظر: بينما ذهب الاستاذان كولان كابينان الى ان الطلب الاصلي الذي يجب على المدعي (المتضرر) أن يتقدم به هو طلب التعويض العيني ولا يستطيع التقدم بطلب التعويض بمقابل إلا على شكل طلب احتياطي ، ولا يستطيع القاضي الحكم للمدعي بالتعويض النقدي إلا إذا تعذر القيام بالتعويض العيني .

الضرر بتعويض المتضرر بمثل الشيء الهالك أو التالف إذا كان مثلياً وأداء قيمته إن كان قيمياً⁽¹⁾. ولغرض مجابهة احتمالات التغيير في الضرر فلا مانع من أن يحتفظ القاضي للمتضرر بالحق في إعادة النظر في تحديد مقدار التعويض ، وليس بالضرورة أن يكون حكمه عند نظر دعوى التعويض التكميلي متضمناً التعويض عينياً بل قد يجعله نقدياً وبذلك تجتمع طريقتان للتعويض ولا محذور في ذلك لمجابهة احتمالات التغيير . بينما لو كان الضرر ثابتاً فلا يحصل ما سبق ذكره إذ يكون التعويض عينياً كافياً بحد ذاته لجبره وتنتهي المسألة إلى هذا الحد ، فمن أعطب سيارة غيره يلزم بإعادتها إلى حالتها السابقة وعلى سبيل التعويض أو من بنى في ملكه حائطاً بقصد حجب النور والهواء عن جاره فيحكم عليه بهدم الحائط مع تعويض الجار عن أي ضرر أصابه⁽²⁾. وقد تسنى للقضاء في فرنسا تأكيد ذلك في قراراته المتضمنة إلزام المسؤول برد مثل البضائع التي استولى عليها أو مثل المنقول الذي أتلفه حماية للمضروب من التغيير المستمر في الأسعار أو من صعوبة الحصول على تلك البضائع أو المنقول في الأسواق⁽³⁾. أما بالنسبة للقضاء العراقي ، فبعد أن حددت المادة 204 من القانون المدني القاعدة العامة وهي أن كل تعد يصيب الغير بأي ضرر يستوجب التعويض ، إضافة إلى أن المادة 1/209 من نفس القانون قد تركت المجال مفتوحاً أمام القاضي لاختيار طريقة التعويض الملائمة تبعاً للظروف ، لذلك فقد يجد القاضي أن الحكم بالتعويض عينياً أفضل من غيره لجبر الضرر وهذا ما يؤكد اتجاه القضاء العراقي فقد ورد في قرار لمحكمة التمييز جاء فيه: ((إن إزالة الضرر يتم بوضع التناوير الثلاثة من مكانها الحالي إلى الجهة الأخرى حتى لا تنتسرب الحرارة إلى المحل المجاور))⁽⁴⁾. أما إذا كان الضرر معنوياً فإن الوضع الغالب في تعويضه هو التعويض بمقابل سواء كان نقدياً أم غير نقدي ، فالتعويض عينياً لا يكون أسلوباً ناجحاً في جبره إلا في حالات محدودة وتتعلق بالأضرار التي تصيب السمعة أو خدش الكرامة عن طريق تعليق الإعلانات إذ يجوز للقاضي الحكم بإتلافها أو الحكم بنزع لافتة أو لقب تجاري منافس قد يترتب عليها الأضرار بتاجر آخر⁽⁵⁾. أما في حالة الضرر الجسدي والذي تكون فيه احتمالات التغيير واردة أكثر من غيره من الأنواع الأخرى ، فمن يتعرض لإصابة تبدوا للوهلة الأولى بسيطة أو مجرد رضوض أو خدوش فإذا بها تنقلب إلى عاهة مستديمة ،

1- يرى استاذنا الدكتور سعدون العامري: ((إذا تعلق الأمر بأشياء قيمة فإن تعويضها بأشياء قيمة أخرى من نفس النوع يعتبر تعويضاً بمقابل غير نقدي)). انظر: د.سعدون العامري، تعويض الضرر، مصدر سابق، ص152.

2- د.أحمد حشمت أبو ستيت ، نظرية الالتزام، مصدر سابق، ص459.

3- د.عدنان إبراهيم السرحان ونوري حمد خاطر ، مصدر سابق، ص415.

4- انظر لمزيد من التفصيل عن موقف القضاء الفرنسي والقرارات التي أصدرها بهذا الشأن: د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، مصدر سابق، ص49-51.

5- قرار محكمة التمييز 258، م2، 1974، مجموعة الأحكام العدلية – العدد 1 السنة 6 ص67.

فما مدى صلاحية تعويضه عيناً ؟ لقد اختلف الفقه بهذا الصدد ، فيرى البعض استحالة التعويض عيناً وبصورة مطلقة فمن تبتّر ساقه أو تفقيء عينه فكيف يعوض عيناً ، وكذلك من سببت له الإصابة عجزاً دائماً كلياً أو جزئياً ولا يعلم في أي وقت يموت فكيف يعوض عيناً⁽¹⁾ . وقد ذكر بهذا الصدد الاستاذ (ماكس لروا) من الفقه الفرنسي قائلاً: ((إن جسم الإنسان لا يتم إصلاحه كما في الأشياء ، لأن المتضرر يتعرض دائماً لمخاطر عدم الشفاء أو الشفاء الناقص مما يستوجب معالجته حتى بأعلى الأجور))⁽²⁾ . أما البعض الآخر وهو يمثل الاتجاه المعاصر الذي أعطى أهمية خاصة للتطورات العلمية في مجال الطب ومدى إمكانية نقل الأعضاء البشرية وزراعتها وبالتالي أجاز التعويض عيناً عن الضرر الجسدي ويشكل محدد ولأعضاء معينة وسواء أكان العضو المعوّض عنه طبيعياً أم اصطناعياً⁽³⁾ . فهناك أعضاء في جسم الانسان يمكن تعويضها عيناً أما عن طريق الاتفاق بين المسؤول والمضرور أو عن طريق القضاء ، فطبيب الاسنان مثلاً لو أهمل في تركيب طقم اسنان لمريضه بصورة سليمة مما أدى إلى سقوط الطقم وتحطمه فمن حق المريض ان يطالب بتعويضه عيناً وذلك بإعادة طقم أسنان جديد من قبل الطبيب⁽⁴⁾ . وكذلك من يتعرض لاعتداء جسدي أدى الى فقدان عدد من اسنانه او جميعها فيجوز له ان يطالب بتعويض عيني عن طريق زرع اسنان ثابتة او متحركة تماثل اسنانه الطبيعية في الحركة والمنفعة⁽⁵⁾ . فضلاً عما تقدم وبفضل التطور في مجال علم الطب أصبح بالإمكان اجراء العمليات المعقدة المتمثلة بزراعة الأعضاء الاصطناعية لمن يفقد احد اعضاءه كالكلية او العين نتيجة اصابته في حادث ما ، فاصبح وجوب التعويض عيناً امراً وارداً إذ يلزم المسؤول عن الحادث بمعالجة من تضرر في جسمه فيتحمل نفقات اقامة المتضرر في المستشفى وطوال المدة التي تقتضيها المعالجة او العناية او المراقبة الطبية⁽⁶⁾ . ولا بد من الإشارة ايضاً وبسبب التطور المشار اليه ظهرت طريقة حديثة من طرق التعويض العيني وهي ما تسمى (التعويض العيني من خلال طريق قصاص) وتقوم على أساس إلزام

- 1- د. مقدم السعيد، التعويض عن الضرر المعنوي، مصدر سابق، ص226.
- 2- د. إبراهيم محمد شريف، الضرر المعنوي وتعويضه في المسؤولية التقصيرية، مصدر سابق، ص228.
- 3- د. عبد الرزاق السنهوري - الوسيط، ج1، مصدر سابق ص858.
- 4- أسماء جبر علوان ، المسؤولية المدنية لطبيب الاسنان ، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق ، جامعة النهريين ، 2001، ص144.
- 5- انظر بهذا المعنى: نقض مدني مصري ، 43،523، 27، 3، 1978 . مشار إليه في: سعيد أحمد شعله شعله ، مصدر سابق، ص350.
- 6- د. عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي ، الخطأ والضرر، مصدر سابق، ص385. وانظر أيضاً: د. عبد السلام التونجي ، المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الاسلامية وفي القانون السوري والمصري والفرنسي، حلب، سوريا، 1966، ص103.

محدث الضرر بإعطاء ما يسمى بالفقه الطبي (المادة التأمينية) (1). وكذلك نجد في عمليات التجميل والتطور الذي أصاب الجراحة التجميلية أو ما تسمى بالجراحة التصحيحية أو جراحة الشكل والتي لا يكون الغرض منها علاجاً مرضياً عن طريق التدخل الجراحي بل إزالة تشويه حدث في جسم المريض بفعل مكتسب أو خلقي أو وظيفي ومن شأن تلك الإزالة أن تعيد المضرور إلى الحالة التي كان عليها قبل وقوع الضرر (2). وعلى الرغم من التطور في مجال علم الطب ، وعلى النحو المبين أعلاه ، فإن التعويض العيني يبقى في إطار الضرر الجسدي مقصوراً على حالات محددة وبحسب نوع الإصابة التي لحقت بالمصاب ، فهناك إصابات يستحيل تعويضها عينا ، كتلك التي تؤدي إلى وفاة المصاب إذ لا يمكن إعادة الحياة إليه ، ثم إن التعويض العيني وإن كان أسلوباً ملائماً لجبر الضرر الحاصل إلا أنه قد لا يزيل ما حدث خلال الفترة الواقعة بين حدوث الضرر وإعادة الحال إلى ما كان عليه ، ففي هذه الفترة ، فضلاً عن الضرر الحاصل بشكل طبيعي قد تحصل أضرار أخرى ، الأمر الذي يبدو فيه أن التعويض العيني لا يجبر كامل الضرر. لذلك يمكن القول بإمكانية اجتماع طريقتين للتعويض أي إضافة للتعويض العيني يحكم بتعويض نقدي فيكون المضرور قد حصل على كامل حقه في التعويض ولكن جزء منه بالتعويض عينياً والجزء الآخر بالتعويض نقداً وهذا أمرٌ يكثر حدوثه عندما يكون الضرر أخذاً بالتفاقم عما كان عليه وقت حدوثه.

ثانياً : التعويض بمقابل

قد يصعب أحياناً التعويض العيني لذا المحكمة تحكم بنوع آخر من التعويض وهو ما يطلق عليه بالتعويض بمقابل والتعويض بمقابل يكون إما تعويض غير نقدي أو تعويضاً نقدياً .

1- التعويض غير النقدي

التعويض غير النقدي هو عبارة عن أداء أمر معين على سبيل التعويض وهو يعد وسيلة مناسبة لجبر الضرر خصوصاً إذا كان الضرر أدبياً ، كالأضرار الناجمة عن إساءة استعمال أجهزة الاتصالات الحديثة وذلك عن طريق القذف أو السب أو التهديد أو نشر محادثات أو صور ثابتة أو متحركة أو الرسائل التي تتضمن معلومات تتصل بأسرار الحياة الخاصة أو

1- يقصد بالمادة التأمينية: الأجزاء التي تماثل الأجزاء المتضررة من الكيان الجسدي والتي بالإمكان طبيياً قلعها وزرعها في جسد ثانٍ مثل رموش العين ، عظام الفك .

2- د.عدنان إبراهيم السرحان ونوري حمد خاطر، مصدر سابق، ص489. وانظر لمزيد من التفصيل عن دور عمليات التجميل في محو وإزالة الضرر: نظام جبار طالب الموسوي، فكرة الضرر الجمالي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهدين، 2000، ص152 وما بعدها.

العائلية للأفراد أو إسناد أمور خادشة للشرف ، لأنه من جانب لا يمكن عادة رفع تلك الأضرار عن طريق التعويض العيني ، ومن جانب آخر ، لا يحبز المتضرر أحيانا التعويض النقدي باعتبار أنه يقلل من مكانته واعتباره بين الناس وأن صور التعويض غير النقدي كثيرة ولم يأت في القانون على سبيل الحصر ، ومنها الحكم بأحقية المدعي وإعادة المصاريف إليه ونشر الرد والاعتذار ، إلا أن أهم صورة من صور التعويض غير النقدي هي نشر الحكم عن طريق اللصق أو في إحدى الجرائد كأن يحكم القاضي في دعاوي السب والقذف بنشر الحكم القاضي بإدانة المدعي عليه في الصحف فيكون هذا النشر تعويضا عن الضرر الأدبي الذي أصاب المدعي (1).

2- التعويض النقدي

يعد التعويض النقدي الأصل في المسؤولية التقصيرية، لأن أغلبية الأضرار سواء أكانت مادية أم أدبية يمكن تقويمها بالنقود⁽²⁾ ، فقد نصت المادة (209) من القانون المدني العراقي على أنه : ((2- يقدر التعويض بالنقد على أنه يجوز للمحكمة تبعا للظروف وبناء على طلب المتضرر..)) وهذا يعني انه يتعين على المحكمة في جميع الأحوال التي لا تتوافر شروط الحكم بالتعويض العيني أو التعويض غير النقدي ، الحكم بالتعويض النقدي ، بل حتى في الأحوال التي تحكم فيها المحكمة بالتعويض العيني أو التعويض غير النقدي فإنها تستطيع أن تحكم بالتعويض النقدي إذا وجدت ما يبرر ذلك. وقد استقر الرأي لدى الفقهاء⁽³⁾ بأن التعويض النقدي إذا لم يؤد إلى جبر الضرر الأدبي بصورة كاملة فإنه يؤدي إلى التخفيف لذلك فإن التعويض النقدي لن يمحو الضرر الذي أصاب المتضرر في سمعته أو كرامته أو خصوصياته نتيجة استعمال أجهزة الاتصالات الحديثة إلا أن فيه نوعا من الترضية وأنه سيخفف من وقعه كثيرا.

لما كان التعويض بمقابل (التنفيذ غير المباشر) يتناول كل التزام أياً كان مصدره⁽⁴⁾ فإن بحثه في اطار المسؤولية المدنية (الجزاء) التي تنهض في المرحلة السابقة على التعاقد يتميزُ باهمية

1- د عبد المنعم فرج الصدة ، مصدر سابق ، ص 625، د 0 أنور سلطان ، مصدر د احسن على الذنون ، المبسوط في المسؤولية المدنية ، مصدر سابق ، ص 218 وبعدها .

2- د. أنور سلطان ، مصدر سابق ، ص 353.

3- د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام ، 1980 ، ص246

4- د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، ج2، اثار الالتزام، ط3 الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، 2005 ص824، د. محمد محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض: دراسة في القانون المصري والفرنسي، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، 1995. ،

خاصة تفرضها الحالات المتعددة التي توجب اللجوء اليه. وعلى السواء فيما اذا كانت هذه الحالات تقف على قدم المساواة مع التعويض العيني، او غيرها من الحالات الاخرى التي تكون استثناءً من الأول ويكون الأخير طريقها الوحيد، إلا فيما يتعلق ببعض الأحكام الخاصة بشرائط الضرر ومدى تقدير تعويضه التي تتباين بحسب الوصف القانوني الذي يخلعه قاضي الموضوع على الجزاء المدني⁽¹⁾. فمن الناحية الاولى فإن التعويض بمقابل في نطاق المسؤولية المدنية (الجزاء) والتي تكيف على اساس تعاقدية والناجمة عن الاخلال بالصياغات القانونية للالتزامات التي تفرضها الاتفاقات المبدئية او خطابات النويا ... وغيرها وتكون ثابتة في المستندات والوثائق ما قبل التعاقدية مؤداة: ان يكون الطرف المخل مسؤولاً مسؤولية تعاقدية عن تعويض الطرف الأخر عن الضرر المتوقع فقط (مبدأ التعويض العادل) ويُسأل عن الضرر غير المتوقع في حال ارتكابه غشاً او خطأً جسيماً ويطلق على هذا التعويض - في الحالة الأخيرة - بمبدأ التعويض الكامل⁽²⁾. والسؤال الذي يثور بهذا الصدد. هل يطبق جزاء التعويض

87، د. محمد أبو زيد، المفاوضات في الإطار التعاقدية - (صورها وأحكامها)، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، 1995، ص103.

1- د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، مجلة الحقوق، العدد الثاني، السنة الثانية والعشرون، يونيو، 1998، ص770، د. صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، مجلة جامعة النهريين، كلية الحقوق، مج (1)، العدد (3)، السنة، كانون الأول، 1997، ص134، د. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، (2002)، ص247، د. احمد عبد الكريم سلامة. ، قانون العقد الدولي، - مفاوضات العقود الدولية - القانون الواجب التطبيق وأزمته، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، 2005 ، ص120.

2- د. صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، مجلة جامعة النهريين، كلية الحقوق، مج (1)، العدد (3)، السنة، كانون الأول، 1997، ص135، د. جمال فاخر النكاس، العقود والاتفاقيات الممهدة للتعاقد وأهمية التفرقة بين العقد والاتفاق في المراحل السابقة على العقد، مجلة الحقوق، العدد الأول، السنة العشرين، مارس، 1996 ، ص180، د. مصطفى ألعوجي، القانون المدني، الجزء الأول والثاني، العقد - المسؤولية المدنية، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، 2003، ص670، د. ابراهيم نجار، استغلال خطاب الثقة، ص220 - 221، د. نبيل إبراهيم سعد، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص في نطاق قانون الالتزامات وفي نطاق قانون الأموال (دراسة مقارنة)، ط1، منشأة المعارف بالإسكندرية - مصر، 1991، ص151، د. حسام الدين كامل الأهواني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، ط2، سنة 1995، رقم 34، ص33، خليل جريح، النظرية العامة للموجبات، ج4، 1966، ص11، ومع ذلك فإننا نسلم مع الرأي الراجح في الفقه القانوني، ان التعويض بمقابل الذي ينهض كجزاء مدني يترتب بمناسبة الاخلال بالصياغة القانونية لمضمون الالتزام التعاقدية، في مرحلة ما قبل التعاقد. هو مبدأ التعويض الكامل عند صدور غش او خطأ جسيم، وليس مبدأ التعويض العادل، الذي يكون التعويض الأمثل في المسؤولية ما قبل التعاقدية، التي تنهض على اساس قانوني عام، (المسؤولية التقصيرية) التي تتسع الاضرار التي تلحق الغير في نطاقها، وعادة ما يستحيل ، او يصعب ان يكون التعويض كاملاً في تغطية جميع تلك الاضرار، التي لا يقدر وقعها الحقيقي سوى الشخص المضرور ذاته، إزاء عدم وجود معيار دقيق بخلاف الحال عليه في المسؤولية العقدية، من خلال تعيين التزامات الأطراف بصورة اكثر دقة وتحديداً، ومع ذلك فإننا قد اثرننا. ذكر مبدأ (التعويض العادل) في متن البحث هو تحرجاً من القول، بان الأخذ بمبدأ التعويض الكامل، لا يتواءم للبيئة، والحال ان العقد لم يبرم بعد. انظر: في الخلاف بين الاراء الفقهية: د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، ج2، اثار الالتزام، ص771، د. مصطفى مرعي، المسؤولية المدنية في القانون المدني المصري، ط1، مطبعة الأعشى - القاهرة، مصر، 1944، رقم 65، ص63، ابراهيم دسوقي المحامي، التعويض بين الخطأ والضرر، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية - مصر، بدون سنة طبع،

بمقابل (الكامل او العادل) على الاضرار المتحققة نتيجة الاخلال بالصياغات القانونية للالتزامات التي ترتبها الاتفاقات والخطابات الثابتة في المستندات قبل التعاقدية؟. وبتعبير اخر هل يجب ان يشتمل التعويض ضمن هذا الاطار على مالحق المتضرر من خسارة وما فاتهُ من كسب⁽¹⁾ ؟ فصلت بعض الاراء الفقهية في القانون⁽²⁾ المسألة على نحو التمييز بين عناصر التعويض للذيين يتمثلان بـ(الكسب الفائت والخسارة المحققة) . اذ ذهبت اقوالهم الى الاجابة بالنفي بالنسبة للعنصر الاول (الكسب الفائت) الذي يُمثل الوجه الاول للضرر ما قبل التعاقدية والذي يصيب المصلحة الايجابية للطرف المضرور وهو الربح المادي الذي كان يتوقع الحصول عليه فيما لو ابرم العقد النهائي المنشود او الاتفاق محل التفاوض. وكانت حجتهم القانونية في ذلك ان الحكم بالتعويض بمقابل عن حرمان هذا الربح وفقدان مزاياه المأموله، معناه الحكم بابرام العقد النهائي او الاتفاق محل التفاوض ذاتهما والتعويض عن عدم الوفاء بالالتزامات التعاقدية الناشئة عنهما، وهذا يخالف حقيقة ان العقد النهائي او الاتفاق محل

ص312، د. حسن حنتوش رشيد ألسناوي، التعويض القضائي في نطاق المسؤولية العقدية، رسالة ماجستير، جامعة بغداد – كلية القانون، 1989 – 1990، ص157، ومن الفقه الغربي المقارن، انظر:

- Henri: lalou. Traite pratigue de lares ponsabilite civil quatrieme ed paris: 1949 – no. 60. p. 40.

- Note: VINEy (G): op. cit; p. 232.

وبخصوص التعويض بمقابل في مرحلة ما قبل التعاقد، انظر: د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، مجلة الحقوق، العدد الثاني، السنة الثانية والعشرون، يونيو، 1998، ص103، د. سعد حسين عبد ملحم الحلبوسي، التفاوض في العقود عبر شبكة الإنترنت بين القواعد العامة في نظرية الالتزام والضرورات العملية، ط1، بغداد، كلية الحقوق – جامعة النهريين، 2004، ص51، هيلان عدنان احمد محمد الجبوري، الاتفاقات السابقة على التعاقد – دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة النهريين – كلية الحقوق، 2004، ص130، سليمان براك دايع الجميلي، المفاوضات العقدية – دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة النهريين – كلية الحقوق، 1998، ص112.

1- إذ اصطلح في الفقه القانوني، على تسمية هذه الأضرار بعنصري التعويض، لتفاصيل، انظر: د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، ج2، اثار الالتزام، المصدر السابق، ص843، الاستاذ عبد الباقي البكري، شرح القانون المدني، ص80، د. مصطفى ألعوجي، القانون المدني، الجزء الأول والثاني، العقد – المسؤولية المدنية، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، 2003، ص671، ومن الفقه الغربي المقارن، انظر:

-ph: Malaurie: op. cit: p. 209

2- د. يزيد أنيس نصير، مرحلة ما قبل إبرام العقد – دراسة مقارنة، الجزء الأول والثاني، مجلة المنارة للدراسات القانونية، جامعة آل البيت مج(7)، العدد(3) السنة، تشرين الأول، 2001، ص169، د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة للتعاقد، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة – مصر، 2001 – 2002، ص776، د. سعد عبد ملحم الحلبوسي التفاوض في العقود، المصدر السابق، ص52، د. صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، مجلة جامعة النهريين، كلية الحقوق، مج (1)، العدد (3)، السنة، كانون الأول، 1997، ص136، د. رجب كريم عبد الإله، التفاوض على العقد، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة – مصر، 2000، ص357، سليمان براك دايع الجميلي، المفاوضات العقدية – دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة النهريين – كلية الحقوق، 1998، ص112، ومن الفقه الغربي المقارن، الذي يرفض التعويض على اساس فوات الكسب: انظر:

-V. Huet; op; cit. p. 232

التفاوض (الثابت في المستندات التفاوضية في مرحلة ما قبل التعاقد) لم يبرما بعد. لعدم تراضي ارادة الطرفين عليهما بشكل جازم، وان مافرضته الصياغات القانونية بالنسبة للاتفاق محل التفاوض في مستنداته ما قبل التعاقدية، لا يعدو ان يكون التزاماً بالقيام بعمل او الامتناع عنه - حسب طبيعة الالتزام - دون ان يقصد من ذلك ابرام الاتفاق محل التفاوض، لذلك فلا يجوز مطلقاً - وفق هذا الرأي - ان تحل في ذلك ارادة القاضي (المحكمة) محل ارادة الطرفين فالتوصل الى ابرام العقد النهائي او الاتفاق - التعهد التفاوضي - ليس مؤكداً⁽¹⁾. وبالتالي لا يجوز التعويض عن الاضرار المحتملة⁽²⁾. ومع ذلك فقد كان لجانب من الفقه القانوني الحديث عموماً⁽³⁾ والفرنسي وقضاؤه على وجه الخصوص رأي في التخفيف من وطأة الرأي السابق

1- د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، تعويض تفويت الفرصة (1)، مجلة الحقوق، العدد الثاني، السنة العاشرة، يونيو، 1986، ص297، د. حسام الدين كامل الأهواني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، ط2، سنة 1995، ص83، صابر محمد عمار المحامي، المفاوضة في عقود التجارة الإلكترونية، بحث منشور على شبكة الإنترنت، في الموقع الأتي:

WWW.Mohamoon. Com/ montada/ messagedetails. Asp? P. messageid= 333 - 15k.

ص36، د. سعد عبد ملحم الحلبوسي، التفاوض في العقود، المصدر السابق، ص53.
2- د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق، ص90، د. سليمان مرقس، الوافي في الالتزامات، احكام الالتزام، ط2، تنقيح الاستاذ الدكتور. حبيب الخليفي، القاهرة - مصر، 1992، رقم 92، ص170، وهذا ما اوضحت عنه ايضاً محكمة النقض المصرية، واكدته مراراً بقولها، ((ان الضرر الموجب للتعويض، يجب ان يكون ضرراً محققاً، بمعنى ان يكون قد وقع، وانه سيقع حتماً، اما الضرر الاحتمالي غير المحقق الوقوع، فان التعويض عنه لا يستحق، إلا اذا وقع فعلاً)). انظر: طعن مدني مصري، رقم 52، لسنة 29 قضائية، الصادر بتاريخ 13 مايو، 1965، المجموعة الرسمية، 1965، ص570. كذلك قضت المحكمة ذاتها، في قرار اخر لها، جاء فيه: ((... يجب بمقتضى القانون لصحة طلب المدعي بالحق المدني، الحكم له بتعويضات ... ان يكون الضرر المدعى به، ثابتاً على وجه اليقين والتأكيد، واقعاً ولو في المستقبل، ومجرد الادعاء باحتمال وقوع الضرر لا يكفي (...)). انظر: نقض مدني مصري، طعن/ رقم 747، س.ق، 1976، المحاماة، 1979، ص228، ص746.
ويلاحظ على القضاء الفرنسي، انه لم يقيد تقدير التعويض، عن فوات الكسب، بالحدود، التي يقدر في اطارها التعويض عن فوات الفرصة، وانما توسع في تقدير التعويض طبقاً لعنصريه، الخسارة وفوات الكسب، وذلك على الرغم من وجود تقارب بين فوات الفرصة، وحالة عدم العقد، نتيجة الاخلال بالالتزام قبل التعاقدية بتقديم المعلومات في مرحلة المفاوضات العقدية، انظر:

- VINEY: op; cit. P236.

نقلاً عن: د. صبري حمد خاطر، الالتزام قبل التعاقد بتقديم المعلومات، المصدر السابق، ص185.
3- اذ يعتبره البعض من هذا الجانب من الفقه القانوني، من قبيل تعويض الضرر المتمثل في تفويت فرصة ابرام العقد او الاتفاق محل التفاوض. للتفاصيل، انظر: د. محمد محمد ابو زيد، المفاوضات في الاطار التعاقدية، المصدر السابق، ص104، د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، التعاقدية، المصدر السابق، ص90 - 91، د. حمدي عبد الرحمن، المعصومية والتعويض، المصدر السابق، ص79. فيما يذهب البعض الاخر من هذا الجانب، انه يجب النظر الى كل حالة على حدة، فاذا ما كانت المفاوضات، من خلال الصياغات القانونية لمستنداتها، في اقرب نقطة من ابرام العقد، (مستندات وعد بالتعاقد، اتفاق ابتدائي، مشاركة تفضيل)، بان كان ابرام العقد النهائي او الاتفاق التفاوضي اصبح وشيكاً، فانه يجب ان يشمل التعويض، إضافة للخسارة الحالية، الكسب الفائت ايضاً، أي الارباح والمزايا التي كان سيحصل عليها الطرف الساعي الى التعاقد فيما لو ان العقد او الاتفاق محل التفاوض، قد ابرم. انظر: د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المصدر السابق، ص121، د. حسام الدين الأهواني، مصادر الالتزام، المصادر غير الارادية، المصدر السابق، رقم 8، ص29، د. سمير كامل، الوجيز في الاحكام

اذ يذهب هذا الجانب الى القول: بأن تقدير التعويض في المرحلة السابقة على التعاقد يختلف تبعاً للدرجة التي وصلت اليها الاصول التفاوضية او وفقاً لمدى تضمين الصياغات القانونية للمستندات قبل التعاقدية للعناصر الجوهرية للعقد النهائي او الاتفاق محل التفاوض المزمع ابرامه منهما، فاذا كانت تلك المفاوضات في مرحلة متقدمة، اذ قد وصلت الى المراحل التمهيديّة للتعاقد او كانت هذه المستندات والوثائق متضمنة في صياغاتها القانونية لبعض العناصر الجوهرية (الاساسية) فانه يمكن لقاضي الموضوع - تبعاً لهذا الرأي - أن يعوض المتضرر جزئياً عما ما فاتته من كسب متوقع ومزايا مأمولة كان قد فقدها، ولكن مبدأ التعويض الكامل كذلك لايجوز مطلقاً في مرحلة التفاوض، لان العقد النهائي او الاتفاق محل التفاوض لم يبرم بعد. وهذا هو عين ما انتهجته محكمة النقض الفرنسية، اذ لم تقض بالتعويض الكامل عن قطع المفاوضات، وقضت كذلك في قرار اخر لها بان : ((... ان تضمين المحرر جزءاً من مكونات الموجب التعاقدية، دون الأخرى على نحو تكون المكونات المقننة كافية للتسليم بانه شكل محرر اتفاقي يوجب الحكم بانقراض تغطية الضرر الذي لحق بالمضرور عما هو مقرر طبيعياً ..))⁽¹⁾. وقد واجه مبدأ التعويض الكامل موقفاً متشدداً اخرأ ف جاء في حكم صادر من محكمة بروكسل في 24 يونيو، 1985 انه ليس للطرف المتضرر من قطع المفاوضات ان يطالب بالتعويض عن المزايا التي كان سيحصل عليها من عقد لم يكن له ان يعتمد عليه فتعويضه عن هذه المزايا يؤدي الى حصوله على مايفوق ما حرم منه⁽²⁾. إلا انه سرعان ما تراخى موقف القضاء من هذا التشدد تحت متطلبات دعم الثقة في المعاملات التجارية الدولية وحسب ماتكشفه الملابسات عن تقدم المفاوضات فان فرصة ابرام الاتفاق محل التفاوض قد تكون جادة لاسيما اذا صيغت مستنداتها بصياغات قانونية تجسد الاطار التعاقدية لها، ومن ثم، فان تفويتها، يعد امرأ محققاً يلزم بدوره ان تدخل في عناصر التعويض، وفي هذا الاطار من الافكار صدر حكم - من محكمة بروكسل في 3 فبراير 1988 - ويبدو لنا - انه يمثل رجوعاً عن موقفها السابق، وتتحصل وقائع النزاع في فشل مفاوضات جرت بين احدى الشركات البلجيكية، من جانب وبين شركتين إحداهما فرنسية والاخرى انجليزية، من جانب اخر، وكانت التفاوض يدور حول التنازل عن امتياز بيع مستحضرات تجميلية في بلجيكا ولوكسمبرج. ولقد قضت المحكمة باعتبار تفويت فرصة انعقاد العقد في الحالة المعروضة عليها امرأ مؤكداً يتعين التعويض عنه، حيث تنبأ ظروف الحال عن توافر الفرصة الجادة في

العامة للالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، 1992، ص55. ويرى البعض من الفقه الفرنسي، ان التعويض في هذه الحالة كما لو كان تعويضاً من عدم تنفيذ العقد او الاتفاق محل التفاوض
1- د. صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص134.
2- د. محمد محمد ابو زيد، المفاوضات في الاطار التعاقدية، المصدر السابق، ص122.

ابرام العقد وجني ثماره. وفي ذلك تقول المحكمة : انه في نفس الوقت الذي بدت فيه المفاوضات شبه ناجحة كانت العلاقات التجارية المألوفة حسنة، حيث تم بالفعل ابرام صفقات تجارية تقدر بحوالي (14) مليون فرنك بلجيكي في مدة عشرة اشهر⁽¹⁾

وإذا كانت القاعدة العامة - فيما سبق - انه لا يتم التعويض بصورة كاملة عن الضرر ما قبل التعاقد الذي اصاب المتضرر لما فاتهُ من كسب، الاعلى سبيل الاستثناء فهل يجوز التعويض عن ضرر فوات الفرصة في ابرام عقد بديل، أي عقد مناظر او معادل؟

ذهب الاتجاه الغالب في الفقه القانوني⁽²⁾ اجابة عن هذا التساؤل، بأن ذلك لا يمنع من التعويض عن فوات فرصة ابرام عقد مع الغير امتنع احد الاطراف الساعية الى التعاقد عن ابرامه او حتى الدخول في اصوله التفاوضية منذ البداية اعتماداً منه على المستند الذي تم توقيعهُ بينهُ وبين الطرف الاخر (الاول) مطمئناً بانه سوف يفي بالالتزامات التي رتبها الاتفاق او التعهد الحاصل بينهما من خلال الصياغات القانونية للمستندات الثابت فيها هذا الاخير والتي تنصب في مجملها في التمهيد لابرام العقد النهائي المنشود، ومؤدى ذلك، انه قد يمتنع احد الاطراف عن التعاقد مع شخص ثالث، رغم ان هذا التعاقد في المرحلة الاخيرة سيكون مربحاً وذلك بسبب ثقته واعتماده على الصياغة القانونية للمستندات قبل التعاقدية التي تم التوقيع عليها او الوثائق الصادرة في الشأن ذاته ومنها : (دعوة للتعاقد - اتفاقات مبدئية - وعد بالتعاقد ... الخ) التي ثم تبادلها بينه وبين الطرف المقابل، فاذا اخل احد الاطراف بمعطيات الوضع التعاقدية، رغم وضوح صياغاتها القانونية التي تترجم بها الالتزامات الثابتة في مستندات قبل التعاقد، يكون من الطبيعي التعويض عن ضياع او فوات فرصة ابرام تعاقد مع الغير. ويؤكد البعض من الفقه القانوني في هذا المقام على ان التعويض عن الفرصة الضائعة لا يدخل في تقديره ما كان سيكسبه ((الضحية)) من العقد الأخر الذي ضاعت عليه فرصة ابرامه اللهم إلا اذا اثبت الدائن ((سحبه)) ايجاب ملزم قدم اليه، او ((عدول)) عن وعد بعقد، كان سيقبلهُ لولا ((الامل الكاذب)) الذي خلقهُ الطرف الاخر في نفسه وجعله ينظر الى الصفقة موضوع التفاوض كما لو كانت ((مضمونه المنال)). في حين يناهض البعض من الفقه القانوني⁽³⁾

1- د. صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص134.

2- د. محمد محمد ابو زيد، المفاوضات في الاطار التعاقدية، المصدر السابق، ص108

3- اذ يرى انصار هذا الرأي في الفقه القانوني، ان فوات الفرصة، لا يعدو ان يكون إلا ضرراً احتمالياً، لا تعويض عنه، اذ ان ابرام العقد في ذاته امرأ متوقعا وليس امرأ محققاً، للتفاصيل. انظر: د. هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، المصدر السابق، ص117، د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة للتعاقد، المصدر السابق، ص109، ومن الفقه الغربي المقارن، انظر: FONTAINE، قانون العقود الدولية، المصدر السابق، ص43، نقلاً عن: د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المصدر السابق، ص123.

الاتجاه السابق. وذهب الى رفض التعويض عن فوات الفرصة في مرحلة ما قبل التعاقد تأسيساً على ان المتفاوض اذا عرضت عليه صفقة رابحة فانه يستطيع ان يتخذ من حريته التعاقدية وسلطان ارادته تبريراً قانونياً في العدول عن الاصول التفاوضية للصفقة الاولى او قطعها اوحتى مخالفة مضمون الصياغات القانونية لما اصدره من مستندات ووثائق مهرها بتوقيعه كتوصيات تعاقدية عارية عن أي تعهد قانوني ملزم. كذلك فان الطرف المتفاوض اوالموقع على المستندات قبل التعاقدية يبقى محتفظاً بهذا الحق في حالة تساوي منفعة الصفقة التي سنحت مع الغير مع المنفعة التي يروم تحقيقها بمحاولة ابرام العقد النهائي المنشود. لذلك فانه إذا استمر في البقاء على المفاوضات الاولى اوظل متمسكاً بالصياغات القانونية للالتزامه ما قبل التعاقدية الذي وقع مستنده، فهو يسعى حتماً الى عرض تعاقدية افضل وهو بذلك يضارب ووحده يتحمل خطر المضاربة فلا يعوض - عندئذ - عن الفرصة التي ضاعت منه⁽¹⁾. بيد ان هذا القول - ووفقاً لرأي معارض له في الفقه القانوني - منتقد، اذ ان حرية المتفاوض الذي اصدر الوثيقة التفاوضية او الموقع على المستند ما قبل التعاقدية ليست مطلقة في العدول عن المفاوضات او قطعها من جانب احد المتفاوضين او الاخلال بالصياغات القانونية للالتزامات الثابتة في مستنداتها من جانب الموقع عليها. فطبقاً للجانب الاول (حرية المتفاوض في قطع المفاوضات) فقد يستلزم مبدأ حسن النية قبل التعاقدية ونزاهة المفاوضات ان يستمر المتفاوض فيها خاصة عندما تكون الاصول التفاوضية لها في مرحلة متقدمة بعد ان يصدر عن المتفاوضين ما يطلق عليه بـ(التعبيرات التعاقدية) بمعنى : ما يصدر عن المتفاوضين من تعبير اتفاقي يكشف عن النية الحقيقية في ابرام العقد المتفاوض في شأنه - ووفقاً لذلك - قد يجد المتفاوض نفسه ملزماً بالاستمرار في التفاوض واتباع اصوله، فلا يلتفت الى الفرصة التي سنحت له⁽²⁾. فان قطع المفاوضات الاخر المفاوضات قد يضيع عليه بذلك هذه الفرصة - وحينئذ - يستحق التعويض عن ضرر فوات الفرصة. ومن الجانب الاخر (جانب الموقع على المستند ما قبل التعاقدية) فان تأسيس القوة الملزمة وفقاً لماتم الانتهاء اليه على نظرية الصياغة القانونية للالتزامات الثابتة

1- د. صلاح الدين زكي، تكوين الروابط العقدية فيما بين الغائبين، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، 1963 ف-56، ص86، د. محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، 1998، ص316.

2- د. محمد حسين عبد العال، ضوابط الاحتجاج والمستندات العقدية، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، 1998، ص327، د. هاني صلاح سري الدين، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، 1998، ص116، د. مصطفى العوجي، القانون المدني، ج1، العقد، المصدر السابق، ص222. فيما يقصر البعض من الفقه القانوني، عدم جواز الحكم بالتعويض على اساس فوات الفرصة، في عدم تنفيذ عقود اخرى، ابرمت استناداً الى مشروع العقد محل التفاوض، ولم تكن هذه التعاقدات معلومة للمتفاوض الآخر، اما إذا كان هذا الأخير على علم بها، فانه يجبر الضرر المتمثل في استحالة تنفيذ ما ابرمه المتفاوض الاول معه، من تعاقدات اخرى، انظر: في ذلك، د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق، ص96.

في مستندات قبل التعاقد، هو المعيار القانوني الظاهر الذي يُستحسن ان يؤخذ به في تحديد مدى الالتزام وتعويضه الوارد في تلك المستندات. وإن ما قيل حول شأن التوصيات التعاقدية العارية عن اي التزام قانوني محدد هو فرض نظري محض، وان حصل فهو نادر الوقوع لاسيما في اوساط المعاملات المدنية او التجارية على مستوى القانون الوطني. وفي كل الاحوال يضع القاضي في اعتباره عند تقدير التعويض الذي يراه عادلاً لجبر مالق الطرف الاخر من ضرر ما ابرمه بالفعل او ما سيبرمه بيقين من عقود اخرى ليحل بها محل الصفقة التي ضاعت عليه فرصة ابرامها، وأنوه بأن مقدار التعويض سيزيد او ينقص في هذا المقام بحسب الاحوال: فيزيد ان كانت الفرص البديلة ((منعدمة)) او ((صعبة المنال)) وينقص ان كانت الفرص البديلة سهله ومتاحة دون عقبات، ولعل ما يساندنا في هذا الخصوص نص الفقرة (2) من المادة السابعة بند (3) من مبادئ عقود التجارة الدولية التي اعدتها Unidroit عام 1994، الذي جاء به "تفويت الفرصة يمكن التعويض عنه في حدود احتمال تحقيقها". وتجد هذه النتيجة ما يبررها فيما جرى عليه، قضاء النقض في مصر، من ان الحرمان من الفرصة - في حد ذاته - حتى فواتها يعد ضرراً محققاً، ولو كانت الافادة منها امراً محتملاً. على ان يكون قيام ((الفرصة)) والأمل في الافادة منها له ما يبرره⁽¹⁾ بطبيعة الحال، ويزيد مقدار التعويض بداهة كلما كانت نتيجة الفرصة اكثر احتمالاً اما الرأي في الفقه القانوني في اتجاهه نحو العنصر الاخر من عناصر تقرير التعويض بمقابل وهو الخسارة المحققة (الضرر الذي يصيب المصلحة السلبية) فقد كان موحداً في القول بالايجاب. وهو التعويض الذي ترتبه الصياغات القانونية للاخلال بالالتزام الثابت في المستندات السابقة على التعاقد، وتحدد هذه الخسارة بمقدار النقص المالي الذي لحق احد الاطراف بسبب ثقته بان التعاقد او الاتفاق محل التفاوض سوف يتم⁽²⁾. ويتمثل ذلك في النفقات التي صرفها في سبيل التحضير لابرام العقد او الاتفاق محل التفاوض اللذين تم صياغة مستندتهما بألية قانونية تعكس الارتباط التعاقدى الملزم. ولا يشترط في الخسارة التي يعرض عنها في ذلك ان تكون مادية فقط، بل من المتصور - في حالات عديدة - ان تكون ادبية (معنوية) كما هو الحال مثلاً في اشاعة الاقويل حول السمعة الاقتصادية او المركز المالي. اذ قد يثق احد المتفاوضين بان الاصول التفاوضية بينه وبين قرينه الاخر، لاسيما اذا كانت في مرحلة متقدمة. بدلالة المستندات الصادرة بشأنها مثل: (وعود بالتعاقد - اتفاقات ابتدائية - إيجابيات ملزمة) ستؤدي حتماً الى ابرام العقد او الاتفاق

1- د. محمد محمد ابو زيد، المفاوضات في الاطار التعاقدى، المصدر السابق، ص113.

2- د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، المصدر السابق، ص269، د. محمد محمد ابو زيد، المفاوضات في الاطار التعاقدى، المصدر السابق، ص110، سليمان براك دايج، المفاوضات العقدية، المصدر السابق، ص113.

محل التفاوض، فيعتمد على ذلك، ثم يبرم عقداً اخرأ مع الغير، او حتى مع الطرف الاول ذاته في غير الصفقة الاولى وفي النهاية لا يستطيع تنفيذ مثل هذا التعاقدات او السير فيها بسبب قطع مفاوضات التعاقد الاول والاخلال بمضمون الصياغات القانونية للالتزامات الثابتة في مستنداته ماقبل التعاقدية، مما يؤدي بالمحصلة الى اضعاف الثقة والائتمان به، واساءة سمعته التجارية في الوسط الذي ينتمي اليه⁽¹⁾. وعلى صعيد التنظيم التشريعي لم تتناول النصوص القانونية التفصيل اعلاه بل جمعت كلا عنصرى التعويض كأسس لتقديره وهذا هو مانصت عليه المادة (169) من القانون المدني العراقي في عجز الفقرة (2) منها والتي نصها : ((... ويشمل مالحق الدائن من خسارة ومافاته من كسب، بسبب ضياع الحق عليه او بسبب التأخر في استيفائه، بشرط ان يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم وفاء المدين بالالتزام او لتأخره عن الوفاء به)) . فيما نصت الفقرة (3) من المادة ذاتها، على ان: ((فاذا كان المدين لم يرتكب غشاً او خطأ جسيماً، فلا يجاوز في التعويض، مايكون متوقعاً من خسارة تحل او كسب يفوت)) . ومن كلا ماتقدم يتبين لنا صدق ما قيل من ان التعويض عن الضرر السلبي بعناصره السابقة (VERTRAUENSCHADEN) لا يقل بالضرورة عن التعويضات الايجابية (ERFÜLLUNGSINTERESSE)⁽²⁾

وان كان واجباً، وكلما كان ذلك مناسباً، توزيع عبء المسؤولية على الاطراف بنسب متفاوتة، بقدر نصيب ((الضحية)) في وصول التفاوض الى طريق مسدود. وتأكيداً على الحكم بالتعويض بمقابل، على اساس المسؤولية ماقبل التعاقدية بسبب الخسائر التي مُني بها أحد الاطراف الساعية الى التعاقد، ماقضت به محكمة النقض الفرنسية في قرار لها جاء في حيثياته : ((... لما كانت نهاية المحادثات قد حالت دون ان يبرم العقد، نتيجة للاقتراحات غير المقبولة والشاذة التي قدمها احد الاطراف فيها. فانه يكون ملزماً بالتعويض النقدي للطرف الاخر، لما تكبده من خسائر مادية ومعنوية. مُنيَّ بها في سبيل التعاقد على الصفقة معرض النزاع، لاسيما مادفعه للمنافسين الاخرين له في عدم مزاحمته على هذا التعاقد...))⁽³⁾. وفي الشأن ذاته، أقر

1- د. صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، المصدر السابق ، ص134، 10- رومان منير زيدان حداد، حسن النية في تكوين العقد، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت – كلية الدراسات القانونية والفقهية، عمان – الأردن، 2000، ص18، د. محمود الكيلاني، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، مجموعة الرسائل العلمية، القاهرة – مصر، 1988، ص199، د. سعد عبد ملحم الحلبيوسي، التفاوض في العقود، المصدر السابق ، ص50.

2- د. احمد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، المصدر السابق ، ص241، د. مصطفى محمد الجمال، السعي الى التعاقد، المصدر السابق ، ص346، د. طالب حسن موسى، صياغة عقود التجارة الدولية، المصدر السابق ، ص192.

3- د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق ، ص95، د. فتحي عبد الرحيم، الوجيز في الالتزام، المصدر السابق ، رقم 51، ص66.

القضاء الاسترالي مبدأ التعويض بمقابل في مواجهة الطرف الذي يلحق ضرراً بمن يقابله في المرحلة السابقة على التعاقد، لاسيما في مرحلة المفاوضات على التعاقد وذلك في قضية تتلخص وقائعها في ان مفاوضات كانت قد بدأت بالفعل من اجل الدخول في عقد لتطوير قطعة ارض يملكها احد المجالس البلدية قامت الشركة المدعية باعمال التخطيط اللازمة وبما يتناسب مع متطلبات ورغبات المجلس البلدي وكذلك السلطات المحلية الاخرى، وبعد ذلك قرر المجلس البلدي عدم السير في المشروع وقام بقطع التفاوض مع الشركة المدعية، تقدمت الشركة المدعية الى القضاء مطالبة بتعويض ماتكبته من خسائر مقدارها (436) الف دولار. وبعد رفض المحكمة الاستناد الى مبدأ الاثراء بلا سبب على المدعي عليه بتعويض هذا المبلغ إلا انها استندت في حكمها على معيار واسع ومرن في هذا المجال وهو انه عندما يكون هناك افتراض مشترك بين الطرفين على انه سيتم ابرام عقد بينهما ويقوم احدهما تبعاً لذلك ببعض الاعمال او الاجراءات بناءً على هذا الافتراض وبما يعود بالنفع على المشروع موضوع التعاقد المفترض ويثبت من الظروف ان هذه الاعمال لم تتم على اساس التبرع، ثم بعد ذلك يقوم الطرف الاخر بالغاء المشروع ليس بسبب شروط تم الاختلاف بشأنها بخصوص العقد المقترح ولكن لاسباب خاصة باحد المتفاوضين وظروفه الشخصية فان المسؤولية تترتب تجاه هذه الاخير بتعويض المبلغ تعويضاً ذات صلة بمقدار مالحق المدعي من خسارة محققة من جراء ذلك...⁽¹⁾

اما من الناحية الثانية: فان التعويض بمقابل كاتر من اثار الصياغة القانونية للقوة الملزمة للالتزامات الثابتة في مستندات قبل التعاقد في نطاق المسؤولية التقصيرية – والذي ينهض عند الاخلال بمضمون الصياغات القانونية لها - فانه يجد مجالاً واسعاً، وتطبيقاً مطرداً عليه، سواء كان ذلك في الحالات المصاحبة (الاعتيادية) للتنفيذ العيني او في الحالات التي يستحيل على الاخير الحكم بجوازه (عند عدم تحقق شروطه) بالاضافة الى ما يختص به التنفيذ بمقابل، دون سواء من الاصل⁽²⁾. ويُطرح في هذا الصدد التساؤل ذاته الذي ساقه الفقه القانوني – فيما سبق – بمناسبة التعويض بمقابل كاتر للمسؤولية المدنية في المرحلة السابقة على التعاقد في اطار المسؤولية التعاقدية، او ما يشابهها، إلا وهو هل يشمل التعويض بمقابل في نطاق المسؤولية المدنية الناجمة من الفعل الضار (الخطأ التقصيري) كلا العنصرين في التعويض، من خسارة محققة، وكسب فائت؟. قبل الاجابة عن هذا التساؤل المطروح، لابد من التسليم - وبالاستناد

1- د. محمد محمد ابو زيد، المفاوضات في الاطار التعاقدية، المصدر السابق ، ص112.

2- د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة للتعاقد، المصدر السابق ، ص776، د.مصطفى محمد الجمال، السعي الى التعاقد، المصدر السابق ، ص249.

الى القواعد العامة - بان التعويض ايأ كان شكله (عينياً او مالياً) كاتر للمسؤولية المدنية (الجزء) الناجمة عن العمل غير المشروع، هو اوسع نطاقاً من التعويض المترتب كاتر عن الاخلال بالالتزام التعاقدى (الخطأ العقدي) اذ تمتد اسس تقدير التعويض في الفرض الاول من الجزء المدني الذي يقوم على اساس العمل غير المشروع ليشمل جبر الضرر المباشر، سواء كان متوقفاً ام غير متوقع⁽¹⁾. في حين يقتصر التعويض المالي الذي يقوم على اساس الاخلال بالالتزام التعاقدى على ما يكون متوقفاً من مباشر الاضرار ولا يتساوى هذا الاخير مع سابقة (الالتزام بالضمان العام) الا في حالتى الغش والخطأ الجسيم الصادر من المدين شخصياً. اما الاجابة عن التساؤل المطروح - فيما سبق - فقد قسمت الاراء في الفقه القانونى الى شطرين ذهب الشطر الاول منها والذي يلتزم مبدأ التعويض الكامل : الى شمول التعويض بمقابل كاتر للجزء المدني كلا العنصرين من خسارة لحقت بالمضروور نتيجة قطع المفاوضات او العدول عنها والاخلال بمضمون الصياغات القانونية للالتزامات العامة الثابتة في المستندات والوثائق الصادرة في مرحلة ما قبل التعاقد مثل : (الالتزام بالتفاوض بحسن نية - الالتزام بالتعاون ..) بالاضافة الى تعويضه على ما كان سيجنه من ربح، فيما لو لم يحصل مثل هذا الاخلال. وإن بدا ان هذا الاتجاه في الفقه القانونى جاء متماشياً مع القواعد العامة في التعويض، إلا ان تطبيقه في اطار المسؤولية المدنية (الجزء) الناجمة في مرحلة ما قبل التعاقد والتي تنهض من خلال الصياغات القانونية للالتزامات الثابتة في مستندات هذه المرحلة الاخيرة على اساس الخطأ التقصيرى وفيما يتعلق بصورة خاصة بالعنصر الاخير منه (التعويض عن الربح الفائت) لا يمكن التسليم به في جميع حالات قطع المفاوضات او حالات الاخلال بمضمون الصياغات القانونية للالتزامات الثابتة في المستندات والوثائق التفاوضية⁽²⁾. اذ ان الاخلال بالصياغة القانونية لمستند تفاوضى، يتلخص مضمونه بالدخول في التفاوض (التزام ايجابى) اذا كان يرتب المسؤولية التقصيرية ويستوجب التعويض المالى عن الخسارة المحققة التي تكبدها الطرف المضروور من الاستعداد لها والنفقات التي تكبدها في سبيل ذلك، فأن عنصر الكسب الفائت لا يمكن الجزم بتغطيته تعويضاً، سواء حدث الاخلال عن طريق فعل سلبي في ذلك الالتزام مثل : (عدم الدخول في التفاوض أصلاً) او كان الاخلال بفعل ايجابى بالنسبة للالتزام ذاته مثل : (قطع المفاوضات بدون مبرر مشروع او بتعسف بين). وعلى فرض القول جدلاً

1- د. نصيره بو جمعة سعدي، عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي، أطروحة دكتوراه، جامعة الإسكندرية - كلية الحقوق، 1987، ص 116 - 117.

2- د. محمد محمد ابو زيد، المفاوضات في الاطار التعاقدى، المصدر السابق، ص 112، د. محمد حسام محمود لطفى، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق، ص 99.

بجواز تعويضه، فان عبء اثباته عادة ما يكون صعباً او مستحيل⁽¹⁾. اما الرأي الآخر من الفقه القانوني وقضاءه فقد عارض مبدأ التعويض الكامل الذي يترتب بمناسبة الاخلال بالالتزامات ما قبل التعاقدية على اساس الفعل الضار. وحجتهم القانونية على ذلك : انه لا يجوز ان يكون التعويض - في هذه المرحلة - سبباً لاثراء المضرور على حساب المسؤول، دونما سبب . وان الاخلال بمضمون الصياغات القانونية للالتزامات الثابتة في المستندات قبل التعاقدية اياً كان مصدره (تعاقدياً ام تقصيرياً) لا يتوزع الضرر الناجم عنه الى جسامة تمتد الى عنصري الخسارة المحققة والكسب الفائت، اذ هو اخلال يقع في فترة من فترات المساومة التي تكون مجالاً رحباً تتحرك في ظله ارادة الاطراف بالحرية التامة لتحقيق افضل الشروط التي يمكن ان تشترطها لنفسها لتتزع مما يقابلها اكبر قدر من الفائدة لها قبل ان تنقيد بقيود التصرف القانوني الذي تنوي القيام به. ويضيف رجالات من الفقه القانوني على هذا الرأي: بان قصر التعويض المالي على ما حل من خسارة محققة بالمضرور لا يعني قطع الطريق عليه في الحصول على تعويض تفويت الفرصة اياً كانت التي فاتت عليه من جراء الاخلال التقصيري والضرر الناتج عنه فان هذا الاخير يبقى مفتوحاً امام المضرور الذي فقد فرصة اتاحت له بسبب تقصير او تعسف الغير⁽²⁾. ولا جديد من شيء يذكر في مواد النصوص القانونية التي تناولت تقدير مدى التعويض بمقابل في اطار المسؤولية التقصيرية، اذ انها قد جمعت - ايضاً - كلا العنصرين (الخسارة الحائلة والكسب الفائت) في تقدير الحكم به، ومن ذلك فقد نصت المادة (207) في الفقرة (1) من القانون المدني العراقي على ان : (تقدر المحكمة التعويض في جميع الاحوال، بقدر مالحق المتضرر من ضرر وما فاتته من كسب، بشرط ان يكون نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع)). ولم يبتعد موقف الاجتهاد القضائي عن جادة الفقه القانوني، من حيث اعتبار التعويض بمقابل الذي يترتب كأثر للاخلال بواجب قانوني عام (عدم الاضرار بالآخرين) بغية تعويض الضرر الناجم عنه، هو الاكثر ملائمة في اطار المسؤولية المدنية الناجمة في مرحلة ما قبل التعاقد التي تنهض نتيجة الاخلال بمضمون الصياغات القانونية للالتزامات الثابتة في المستندات والوثائق ما قبل التعاقدية، لاسيما الصادرة منها في مرحلة التفاوض او البدء فيه ... وغيرها. وفي هذا الصدد كان للقضاء الفرنسي ما يضيفه في هذا الشأن من خلال ما قضت به محكمة استئناف مونبلييه في الحكم بالتعويض النقدي نتيجة الاخلال بوثائق الاتفاق المبدئي الصادرة في مرحلة التفاوض على التعاقد اخلالاً تقصيرياً

1- د. محمد ابراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات و ابرام العقود ، المصدر السابق ، ص101.

2- د. يزيد انيس نصير، مرحلة ما قبل التعاقد، ج2، المصدر السابق ، ص22، كذلك اشار اليه، فؤاد العلواني و د. عبد الجمعة موسى الربيعي، الأحكام العامة في التفاوض والتعاقد، منشورات بيت الحكمة - بغداد، 2003 ص30.

والحق اضراراً بالغير. وفي الشأن ذاته كذلك قضت محكمة النقض المصرية في قرار لها جاء في حيثياته : ((... بأن استخلاص الحكم بأسباب سائغة، بان فحوى المحررات والمستندات التعاقدية المتبادلة بين هيئة البترول وشركة الملاحة، لاتعدو ان تكون مرحلة تمهيدية لابرام عقد بحري، وان تصرفات سكرتير عام الهيئة التي تقتضيها عملية التعاقد، تعد انحرافاً عن السلوك العادي والمألوف في الظروف التي صدرت فيها، ومن ثم تُعد خطأً تقصيرياً يستوجب التعويض المالي، لان عدم انعقاد العقد لا اثر له في قيام المسؤولية (...))⁽¹⁾. وعلى النحو ذاته سارت اغلب افضية المحاكم وهيئات التحكيم الاخرى⁽²⁾. اما عن وقت تقدير التعويض المستحق للمضور، فان الفقه القانوني⁽³⁾ بتأييد من القضاء وخاصة محكمة النقض المصرية، قد استقر على انه وقت الحكم بالتعويض، وخاصة عندما يكون الضرر متغيراً يتعين على القاضي النظر اليه لا كما عندما وقع، بل كما صار اليه عند الحكم⁽⁴⁾.

1- د. سليمان مرقس، مصادر الالتزام، (1960)، ف110، رقم 93، ص131، د. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، المصدر السابق، ص88، وفي القضاء المصري، انظر: نقض مدني مصري في 27، من يناير، 1981، مجموعة المكتب الفني، س32، رقم 355، ص70، ونقض مدني مصري في 4 من فبراير، 1971، مجموعة المكتب الفني، س14، رقم 30، ص172، هذا وقد اوجبت محكمة النقض في مصر، ايضاً، ان يكون الضرر متوقعاً في مقداره ومداه. وقت التعاقد، انظر: في ذلك، نقض مدني مصري، في 17 من ابريل، سنة 1973، مجموعة المكتب الفني، س24، رقم 109، ص616.

2- ومن الاحكام الاخرى الصادرة في شأن التعويض النقدي قبل ابرام الاتفاقات في اطار التجارة الدولية، انظر: الاتحاد الروسي، هيئة التحكيم التجاري الدولي، غرفة التجارة والصناعة في الاتحاد الروسي، قرار هيئة التحكيم في القضية رقم 309/1993، بتاريخ 3 آذار، مارس 1995، (غير منشورة)، كذلك انظر: قرار هيئة التحكيم التجاري الدولي في المانيا، تفاصيل 8 شباط، فبراير، في:
- Landgrich Munchen I8Hko – 24667193.

وفي كيفية تقدير التعويض عن المصلحة السلبية، انظر: قرار محكمة التحكيم الدولية: ذكر القرار وعلق عليه، د. محي الدين إسماعيل علم الدين، منصة التحكيم التجاري الدولي، الجزء الأول، الأحكام الصادرة في خمسين قضية دولية صدرت من محكمة التحكيم العليا بغرفة التجارة في باريس، 1968ص254.

3- د. حسام الدين الأهواني، مصادر الالتزام، المصدر السابق، ص193، د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة للتعاقد، المصدر السابق، ص107.

4- انظر: في قضاء محكمة النقض المصرية من هذه الاحكام: نقض مدني 17 ابريل سنة 1947، الطعن 5، س16 ق، سعيد شعله، ص85، رقم 2و1، نقض مدني 14 نوفمبر، سنة 1975 وقد جاء في هذا الحكم: ((جرى قضاء محكمة النقض، بانه كلما كان الضرر متغيراً تعين على القاضي النظر فيه لا كما كان عندما وقع، بل كما صار اليه عند الحكم (...)). مجموعة احكام النقض، س8، رقم 86، ص783، وانظر: ايضاً نقض مدني في 3 يونيه، 1986، سعيد شعله، رقم 2، ص85، كذلك، نقض مدني مصري في 23 ديسمبر، سنة 1986، الطعن رقم 438، س56، في سعيد شعله، رقم 4، ص86.

المطلب الثالث

تقدير التعويض

التعويض يجب أن يقدر بقدر ما لحق المتضرر من ضرر وما فاتته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع⁽¹⁾ إلا أنه قد يصعب على المحكمة في كثير من الأحوال تقدير التعويض ، خصوصا إذا كان التعويض عن ضرر أدبي ، كما هو الحال عند تعويض الأضرار الناجمة عن إساءة استعمال أجهزة الاتصالات الحديثة ، وتقدير التعويض يدخل في السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع دون أن يخضع لرقابة محكمة التمييز ، باعتبار أن تقدير التعويض من المسائل الموضوعية تختص بها محكمة الموضوع دون معقب⁽²⁾ ، إلا أن هذا لا يعني أن محكمة الموضوع لا تكون خاضعة بشكل مطلق لرقابة محكمة التمييز ، إذ أن المحكمة التمييز سلطة الرقابة على محاكم الموضوع فيما يتعلق بالمسائل القانونية التقدير التعويض⁽³⁾

وللمحكمة أن تستعين بالخبراء لتقدير التعويض وإن كانت غير ملزمة بأرائهم ، ولكن عليها أن تبين الأسباب إذا قضت بخلاف رأيهم ، كما أن السؤال الذي يمكن أن يثار بهذا الصدد هو هل لجسامة خطأ المسؤول عن الضرر الناجم عن إساءة استعمال أجهزة الاتصالات الحديثة تأثير في تقدير مبلغ التعويض ؟ هناك من يرى⁽⁴⁾ بان العوامل المتعلقة بشخص المسؤول والظروف المحيطة به لا تدخل في حساب القاضي عند تقدير التعويض.

كما أننا لا نجد في قانوننا المدني العراقي أية إشارة إلى ضرورة الأخذ بنظر الاعتبار جسامة الخطأ أو الظروف الملازمة بصورة عامة في تقدير التعويض ، كما أن الحالة المالية للمسؤول عن الضرر الناجم عن إساءة استعمال أجهزة الاتصالات الحديثة لا تؤثر عند تقدير القاضي للتعويض⁽⁵⁾ ، وإن كان هناك جانب من الفقه⁽⁶⁾ يرى ضرورة مراعاة الظروف الشخصية للمسؤول ولاسيما ظروفه المالية عند تقدير التعويض.

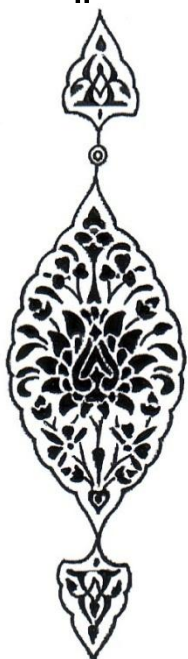
1- المادة (207 ف 1) من قانون المدني العراقي .
 2- ذنون يونس صالح ، المسؤولية المدنية الناجمة عن زرع الألغام ، دار الحامد للنشر والتوزيع ، عمان ، 2003 ، ص 261
 3- د. أحمد محمد إبراهيم ، القانون المدني معلقا على نصوصه بالأعمال التحضيرية وأحكام القضاء وأراء الفقهاء ، ط1، مطبعة القاهرة | مصر ، 1964 ، ص216.
 4- د. عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ، ص 971
 5- حسين عامر و عبد الرحيم عامر ، مصدر سابق ، ص 542
 6- د. محمد إبراهيم دسوقي ، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر ، مطبعة الثقافة ، مصر ، بدون سنة طبع ، ص 11

وكذلك لم نجد في القانون المدني العراقي نصا يقضي بضرورة الأخذ بنظر الاعتبار المركز المالي والاجتماعي للمتضرر عند تقدير التعويض له، إلا أن جانباً من الفقه⁽¹⁾ يرى ضرورة الأخذ بنظر الاعتبار المركز المالي والاجتماعي للمتضرر عند تقدير التعويض له ، أما بالنسبة لخطأ المتضرر فهو يعد من العوامل التي تعدد بها المحاكم في تقدير التعويض كونه من الظروف الملازمة التي تحيط بنشوء الضرر ، فما دام الهدف من المسؤولية المدنية هو رفع الضرر أو التخفيف من وطأته، فلا بد للمحكمة أن تأخذ بنظر الاعتبار عند تقديرها للتعويض ، درجة مساهمة خطأ المتضرر في إحداث الضرر ، فإذا كان خطأ المتضرر هو السبب الوحيد في أحداث الضرر فهذا يؤدي إلى انتفاء العلاقة السببية بين الخطأ والضرر ، حيث تنص المادة (210) من القانون المدني العراقي على أنه : ((يجوز للمحكمة إن تنقص التعويض أو ألا تحكم بتعويض ما إذا كان المتضرر قد اشترك بخطاه، في أحداث الضرر أو زاد فيه أو كان قد سؤاً مركز المدين))

أما المادة (211) من نفس القانون فقد نصت على أنه : ((إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كافة سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو خطأ المتضرر كان غير ملزم بالضمان ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك))

1- جليل حسن الساعدي ، الظروف الملازمة للضرر وتأثيرها على تقدير التعويض في المسؤولية التقصيرية ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية الصادرة عن كلية القانون / جامعة بغداد ، مجلد 11، عدد 1، 1994 ، ص 30 ،

الخاتمة



الخاتمة

في نهاية موضوع دراستنا استطعنا أن نسلط الضوء على الجوانب المختلفة، للمسؤولية المدنية المترتبة عن إتلاف لمستندات الالكترونية، وقد تناولنا موضوع الدراسة بمزيد من العناية والدراسة المتعمقة، لنصل في ختام البحث إلى مجموعة من الاستنتاجات والتوصيات وعلى النحو الآتي:

أولاً: الاستنتاجات

- 1- الضرر الناشئ عن إتلاف المستندات الالكترونية هو أذى ينشأ عن الاستخدام غير المشروع بتقنية الحاسوب، عن طريقه يتم الاعتداء على معطيات الحاسوب وشبكاته بوصفها تمثل حقا أو مصلحة مشروع لشخص ما.
- 2- يعد الإتلاف الالكتروني أحد صور الضرر الذي يلحق بالحاسوب والذي يتخذ صوراً متعدّدة كالتدخل المباشر في أنظمة الحاسوب عن طريق الاختراق بأستخدام شبكات المعلومات أو عن طريق صناعة الفيروسات ومن خلال الحماية بالنسخ غير المشروع.
- 3- اختلف الفقهاء في مسألة مدى خضوع الإتلاف الالكتروني إلى أحكام القواعد القانونية التقليدية ، ففي الوقت الذي ذهبت فيه الغالبية بضرورة تدخل المشرع بنص صريح ينظم مشكلة التعويض عن فيروسات الحاسب ، ذهب جانب آخر من الفقه بالقول بإمكانية تطبيق القواعد التقليدية التي تعالج الضرر الناتج عن إتلاف الأموال المنقولة والثابتة على إتلاف معطيات الحاسوب.
- 4- إنّ استخدام الوسائل الفنية لزراعة الفيروسات في البرامج لمنع نسخها نسخاً غير مشروعاً ، إذا ترتب عليه أي ضرر في النظام المعلوماتي للمستخدم والأفراد الذين يشتركون معه في شبكة حاسوب واحدة ، يعدُّ عملاً غير مشروع يستوجب مسؤولية محدث الضرر وذلك بتعويضهم عن الأضرار التي أصابت نظمهم المعلوماتية.
- 5- إنّ منتج البرنامج يستطيع أن يستخدم حقه في حماية برنامجه من دون تعسف إذا إقتصر اثر الفيروس على وقف البرنامج فقط عن العمل إذا شرع المستخدم في نسخه نسخاً غير مشروعاً ، كما يمكن للمنتج أن يستخدم أي وسيلة تقنية مشروعة

لحماية برنامجه من النسخ غير المشروع ، بشرط التأكد من أن أثر هذه الوسيلة لا يسبب ضرراً للثروة المعلوماتية للمستخدم ، واعلام المستخدم مقدما بنوع الوسيلة وأثرها على البرنامج.

6- إن منتج البرنامج الفيروسي والشخص الذي اطلقه يكونان متضامنين عمّا يحدث من أضرار ؛ نتيجة لإصابة النظام المعلوماتي للغير لفيروس الحاسوب ويكون المتضرر أن يرجع عليهما معاً بالتعويض.

ثانياً: المقترحات

- 1- نقترح على المشرع العراقي أن يتناول برامج الحاسوب بالتنظيم القانوني ؛ وذلك بأن يجعلها ضمن القيم المحمية المشمولة بقانون حق المؤلف ، وذلك تماشياً مع الاتجاه التشريعي السائد مع معظم دول العالم وذلك بتعديل نصّ المادة (5) من قانون حق المؤلف رقم (3) لسنة 1971 لتصبح بالشكل الآتي (يتمتع المؤدي بالحماية ويعدُّ مؤدياً كل من ينفذ أو ينقل إلى الجمهور عملاً فنياً من وضع غيره سواء أكان هذا الاداء بالغناء أم العزف أم الايقاع أم الالقاء أم التصوير أم الرسم أم الحركات أم استخدام الحاسوب أم الخطوات أم بأية طريقة أخرى مع عدم الإخلال بحقوق مؤلف المصنف الأصلي).
- 2- نقترح تعديل الفقرة تاسعاً من نصّ المادة (1) من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم (78) لسنة 2012 بإضافة عبارة تدل على إمكانية شمول ما سيقدره العلم مستقبلاً من وسائل أخرى، وهو الاتجاه الذي أخذت به بعض التشريعات العربية ، ولذلك نقترح إلى تعديلها بإضافة العبارة الآتية في نهايتها : (.... أو على أي وسيط إلكتروني آخر قابلاً للاسترجاع بشكل يمكن فهمه) .
- 3- نأمل من المشرع العراقي عند وضعه لقانون خاص باستخدام الحاسوب أن يعالج مسائل الإلتاف الإلكتروني والمسؤولية المترتبة عنها من خلال الآتي :
 - أ. تقرير المسؤولية عن الإلتاف _ على اختلاف صورة _ أو التخريب أو التعطيل لبرامج أو بيانات معالجة الكترونياً أو إعدام صلاحيتها أو الفائدة منها.
 - ب. تقرير المسؤولية على من يحاول استغلال شبكات الحاسوب استغلالاً غير مشروع الزراعة الفيروس يهدد الحق في الخصوصية والاعتداء على حرمة الحياة الخاصة هو الحل الوحيد التوفير الأمان لمستخدمي هذه الشبكات.
 - ج. ضرورة معالجة مشكلة الضرر الذي يسببه فيروس يطلقه شخص غير محدد من بين مجموعة محددة، وذلك بتحميل كل المشتركين في جهاز مودم واحد بالتساوي الأضرار الناشئة عن الفيروس المعلوماتي الذي يطلقه أحدهم من خلال

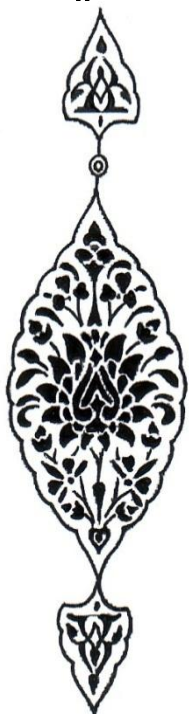
الحاسوب، ما لم يثبت بالتحديد أن أحدهم هو الذي أطلق الفيروس، فيتحمل وحده كل الأضرار الناشئة عنه.

د. يضمن المدعى عليه إذا ما ثبتت مسؤوليته عن وجود الفيروس قيمة اصلاح العطل وقيمة نفقات التخلص من الفيروس وإصلاح ما تخلف من المكونات المادية للحاسوب.

4- نوصي المشرع العراقي بأن يكتفي في نصّ المادة (٢١١) من القانون المدني على ذكر القوة القاهرة من دون ذكر الآفة السماوية لأنها تفيد المعنى نفسه، فهي كل فعل لا ينسب إلى فعل البشر وليس في الحساب توقعها أو تلافيها فضلا عن عدم الحاجة لذكر الحادث الفجائي لأنه إما أن يكون قوة القاهرة أو فعل الغير الذي نصت عليه المادة نفسها لتصبح المادة كالاتي " إذا اثبت الشخص ان الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كحادث فجائي ؛ أو قوة القاهرة أو فعل الغير أو خطأ المتضرر كان غير ملزم بالضمان ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك".

5- لم ينص القانون المدني العراقي على حالة تعويض الغير عن الضرر الأدبي في حالة العجز الدائم للمصاب وهو عيب في التشريع، ونقترح النص الاتي: "1- لا يجوز الحكم بالتعويض عن الضرر المعنوي الناشئ عن موت المصاب إلا للزوج والأقارب إلى الدرجة الثانية الذين أصيبوا بالأم حقيقية. 2- يجوز أن يقضي للأشخاص المشمولين بحكم الفقرة (1) من هذه المادة بالتعويض عن الضرر المعنوي في حالة العجز الدائم للمصاب إذا كان هؤلاء يعيشون معه".

المصادر



المصادر

القرآن الكريم

أولاً- كتب اللغة:

- 1- إبراهيم مصطفى - أحمد الزيات - حامد عبد القادر - محمد النجار، المعجم الوسيط، ج2، دار الدعوة، تحقيق: مجمع اللغة العربية في القاهرة .
- 2- ابراهيم مصطفى أحمد الزيات، وحامد عبد القادر، ومحمد النجار - المعجم الوسيط - ج 1 - مجمع اللغة العربية - القاهرة - ط 3 - 1998.
- 3- ابن جني ، أبو الفتح عثمان ، الخصائص، ج2، بدون سنة نشر، عالم الكتب - بيروت، تحقيق: محمد علي النجار.
- 4- ابن هشام الأنصاري ، أبو محمد عبدالله جمال الدين بن يوسف بن أحمد بن عبدالله ، أوضح المسالك إلى الفية ابن مالك، ج3، ط 5، 1979، دار الجيل - بيروت.
- 5- د. أحمد مختار عبد الحميد عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، ج1، ط1، عالم الكتب، 2008.
- 6- الحسيني ، محمد بن محمد بن عبد الرزاق ، تاج العروس من جواهر القاموس، ج 35، دار الهداية.

ثانياً- الكتب القانونية:

1. د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للتعاملات الالكترونية، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت 2003.
2. د. أبو بكر محمود الهوش، الحكومة الالكترونية الواقع والآفاق، الطبعة الأولى، الناشر مجموعة النيل العربية، 2006.
3. د. أحمد شرف الدين، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، طبعة نادي القضاة، القاهرة، الطبعة الأولى، 2004.
4. د. أحمد نشأت ، رسالة الإثبات، الجزء الثاني منشورات الحلبي، بيروت، الطبعة السابعة. 2000.

5. د. أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط في قانون المعاملات الإلكترونية، الكتاب الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.
6. د. أسامة المليجي ، استخدام مستخرجات التقنيات الحديثة، وأثره على قواعد الإثبات المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
7. د. باسيل يوسف، الاعتراف القانوني بالمستندات والتوقيعات الإلكترونية في التشريعات المقارنة، مجلة دراسات قانونية، العدد الثاني، بغداد، 2001.
8. د. بلال أمين زين الدين، نظم المعالجة الآلية للبيانات، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.
9. د. توفيق حسن فرج – قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت – 2003.
10. د. ثروت عبد الحميد، التوقيع الإلكتروني، ماهيته، مخاطره وكيفية مواجهتها، ومدى حجته في الإثبات، دار النيل للطباعة والنشر، 2001 .
11. د. جمال إبراهيم الحيدري، الجرائم الإلكترونية وسبل معالجتها، ط1، مكتبة السنهوري، بغداد، 2012.
12. د. جمال محمد على ، الحجية القانونية للمستندات الإلكترونية، كلية الحقوق، جامعة بنى سويف، جامعة القاهرة، 2004.
13. د. جميل عبد الباقي الصغير، القانون الجنائي والتكنولوجيا الحديثة، القانون الجنائي والتكنولوجيا الحديثة، الكتاب الأول، الجرائم الناشئة عن استخدام الحاسب الآلي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.
14. د. حسن عبد الباسط جمحي – إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الأنترنت – دار النهضة العربية – القاهرة – 2000.
15. د. حسن عبد الباسط جمعي، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة.
16. د. حسن كيرة، الحقوق العينية الأصلية، الجزء الأول، القاهرة، 1965.
17. د. حمود، عبد العزيز، مدى حجية المحرر الإلكتروني في الإثبات، في المسائل المدنية والتجارية في ضوء قواعد الإثبات النافذة، القاهرة، 2005.
18. د. خالد حسن احمد لطفي، نطاق المسؤولية المدنية في الاعتداء على بيانات ومعلومات على الكمبيوتر، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2020.

- 19.د. خالد فهمي، التوقيع الإلكتروني، الدار الجامعية الجديدة، الإسكندرية، الطبعة الأولى.2007.
- 20.د. خالد ممدوح إبراهيم، الجرائم المعلوماتية، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،2009.
- 21.د. بشار دو دين ، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الانترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان - الأردن، الطبعة الأولى، سنة 2006.
- 22.د. محمد السعيد رشدي ، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة ومدى حجيتها في الإثبات، منشأة المعارف بالإسكندرية، السنة: 2005.
- 23.د. رضا عبد الحليم عبد المجيد، المسؤولية القانونية عن انتاج وتداول الأدوية والمستحضرات الصيدلانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 2005.
- 24.د. روبرت سترن، نانسي سترن، الحاسبات الآلية وتشغيل المعلومات، دار المريخ للنشر،الرياض،1993.
- 25.د. سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الانترنت (دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر البرمجيات، مصر.
- 26.د. سامح عبدالواحد التهامي، التعاقد عبر الأنترنت دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، القاهرة،2008.
- 27.د. سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، بغداد، 1981
- 28.د. سليم عبد الله الجبوري، الحماية القانونية لمعلومات شبكة الإنترنت، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011.
- 29.د. ضياء أمين مشيمش، التوقيع الإلكتروني، دار صادر للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى.
- 30.د. طوني ميشال عيسى : التنظيم القانوني لشبكات الانترنت، ط1، 2001.
- 31.عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي ، غزة ، المكتبة المركزية ، بيروت ، لبنان ، منشورات عويدات ، 1983 .
- 32.د. عادل حسن علي، الإثبات في المواد المدنية، مكتبة زهراء الشرق للتوزيع، القاهرة. 1996.
- 33.د. عادل يوسف عبد النبي الشكري، الفقه الجنائي، بحوث ودراسات، ط1، مؤسسة دار الصادق الثقافية، العراق،2012.

- 34.د. عايض المري ، مدى حجية الوسائل التكنولوجية الحديثة في إثبات العقود التجارية، القاهرة بدون سنة نشر.
- 35.د. عباس العبودي، تحديات الإثبات في السندات الالكترونية (دراسة مقارنة) منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، ط1 ، 2010 .
- 36.د. عبد التواب مبارك، الدليل الإلكتروني أمام القاضي المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
- 37.د. عبد الحميد ثروت، التوقيع الإلكتروني ومدى حجته في الإثبات، مكتبة دار الجلاء الإسكندرية 2002.
- 38.د. عبد الحي الحجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، ج ٢، الحق، الكويت، 1970
- 39.د. عبد الرحمن المبيض ، دراسات في وسائل الاتصالات (التلكس، التلبرنتر، و الجنتكس، والفاكسميل، الهاتف، دار مجدلاوي، عمان، الطبعة الأولى 1989.
- 40.د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوجيز، منشأة المعارف بالاسكندرية، 1969.
- 41.د. عبد الفتاح بيومي حجازي، إثبات المعاملات الإلكترونية عبر الإنترنت، بدون دار نشر، 2009.
- 42.د. عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الإلكترونية في القانون العربي النموذجي، دار الكتب القانونية. مصر، 2007 .
- 43.د. عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الالكترونية (الحماية الجنائية للتجارة الالكترونية)، الكتاب الثاني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003 .
- 44.د. عبد الفتاح بيومي حجازي، الدليل الجنائي والتزوير في جرائم الكمبيوتر والإنترنت، بهجان للطباعة والتجليد، مصر، 2009.
- 45.د. عبد الفتاح حجازي ، النظام القانوني لحماية التجارة الالكترونية، الكتاب الأول، نظام التجارة الالكترونية وحمايتها مدنية، دار الفكر الجامعي، 2002.
- 46.د. عبد الفتاح مراد، التعليق على قوانين المرافعات والإثبات والتحكيم، منشأة المعارف الإسكندرية، 2001.
- 47.د. عبد الفتاح مراد، شرح جرائم الكمبيوتر والإنترنت، الهيئة القومية لدار الكتب والوثائق المصرية، القاهرة، 1992.
- 48.د. عبد الله عبد كريم عبد الله، جرائم المعلوماتية والإنترنت (الجرائم الإلكترونية)، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007.

- 49.د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، المكتبة القانونية، بغداد، 2007 .
- 50.د. عصمت عبد المجيد بكر، أصول الإثبات، مكتبة إثراء، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 2012.
- 51.د. علاء حسين مطلق التميمي، المستند الإلكتروني (عناصره ومدى حجتيه)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011.
- 52.د. علاء محمد نصيرات، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان، 2005.
- 53.د. علي عبد العالي خشان الأسدي، حجية الرسائل الإلكترونية في الإثبات المدني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 2013.
- 54.د. عمر أبو الفتوح عبد العظيم الحمامي، حماية للمعلومات المسجلة إلكترونياً، بلا طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010.
- 55.د. عمر المومني ، التوقيع الإلكتروني وقانون التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى 2003.
- 56.د. عمر خالد زريقات، عقود التجارة الإلكترونية (عقد البيع عبر الإنترنت) دراسة تحليلية، دار الحامد ط1، عمان، 2007 .
- 57.د. إدوارد عيد ، موسوعة أصول المحاكمات والإثبات والتنفيذ، الجزء الثالث عشر منشورات الحلبي، بيروت، 1991.
- 58.د. فيصل سعيد غريب ، التوقيع الإلكتروني وحجتيه في الإثبات، القاهرة، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، 2005.
- 59.د. لورنس عبيدات، إثبات المحرر الإلكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2005.
- 60.د. لورنس محمد عبيدات، إثبات المحرر الإلكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع ط1، عمان، 2009 .
- 61.د. محمد ابراهيم أبو الهيجاء التعاقد بالبيع بواسطة الانترنت. دراسة مقارنة، الدار العلمية الدولية ومكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2002.
- 62.د. محمد أحمد فكرين، اساسيات الحاسب الآلي، دار الراتب الجامعية، بيروت، 1993.
- 63.د. محمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة ومدى حجيتها في الإثبات، منشأة المعارف الإسكندرية، 2008.

- 64.د. محمد السيد عمران، الطبيعة القانونية لعقود المعاملات، الحاسب الآلي، البرامج، الخدمات، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 1992 .
- 65.د. محمد السيد عمران، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، أبو العزم للطباعة، الإسكندرية، 2002.
- 66.د. محمد المرسي زهرة، الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية، العقد الإلكتروني، الإثبات الإلكتروني، المستهلك الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2008.
- 67.د. محمد المطالقة ، الوجيز في شرح عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان - الأردن، 2006.
- 68.د. محمد جمال رستم، التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية والإثبات الإلكتروني في العالم، منشورات الحلبي، الطبعة الأولى 2006.
- 69.د. محمد حسام لطفي، الحجية القانونية للمصغرات الفيلمية في إثبات المواد المدنية القاهرة، دار النهضة العربية، 1988.
- 70.د. محمد حسام محمود لطفي، الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002 .
- 71.د. محمد حسام محمود لطفي، الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية، دراسة في قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية مع إشارة خاصة لبعض قوانين البلدان العربية، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، 2002.
- 72.د. محمد حسن قاسم ، التعاقد عن بعد، قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع المقارنة في قواعد القانون الأوروبي، الدار الجامعية الجديدة للنشر الإسكندرية، 2005.
- 73.د. محمد حسن قاسم، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان الطبعة الأولى، 2005.
- 74.د. محمد حسين منصور ، الإثبات التقليدي والإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية. 2006.
- 75.د. محمد حسين منصور ، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، الطبعة الأولى 2007.
- 76.د. محمد حماد الهيتي، التكنولوجيا الحديثة والقانون الجنائي، دار الثقافة، بلا طبعة، بلا مكان طبع، 2010.

77. د. محمد سامي الشوة، الحماية القانونية للكيانات المنطقية، دار النهضة العربية، القاهرة 1994.
78. د. محمد طه البشر و د. غني حسون طه، الحقوق العينية، القسم الأول، بغداد، 1982 .
79. د. محمد فواز المطالقة – الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة) – دار الثقافة للنشر والتوزيع – عمان الاردن – ط 1 – 2006.
80. د. محمد قاسم، أصول المحاكمات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2003.
81. د. محمد لبيب شنب، موجز في مصادر الالتزام (المصادر غير الإرادية)، بلا دار نشر، بيروت، لبنان، 1969.
82. د. محمد وحيد سوار، الاتجاهات العامة في القانون المدني الأردني، دراسة موازنة بالفقه الإسلامي والمدونات العربية دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1996.
83. د. محمود عبابنة، جرائم الحاسوب وأبعادها الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان. 2005.
84. د. مدحت عبد الحليم رمضان، الحماية الجنائية للتجارة الالكترونية- دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001
85. د. مفلح عواد القضاة، البيئات في المواد المدنية والتجارية، دار الثقافة، عمان، 2007.
86. د. ممدوح محمد علي مبروك، مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
87. د. ناهد فتحي الحموري، الأوراق التجارية الالكترونية دراسة تحليلية مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠٠٩.
88. د. نائلة عادل محمد فريد قورة، جرائم الحاسب الآلي الاقتصادية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005.
89. د. نبيل سعد ، و زهران، همام، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2001.
90. د. نضال برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ، 2005.
91. د. نضال سليم برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط 3، عمان، 2010 .

92. د. هدى حامد قشقوش، جرائم الحاسوب الالكتروني في التشريع المقارن، الطبعة الجديدة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.
93. د. هلالى عبد الله أحمد، إتفاقية بودابست لمكافحة جرائم المعلوماتية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة 2007.
94. د. د. همام محمد زهران، الوجيز في الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003.
95. د. وسيم الحجار، الإثبات الإلكتروني، المنشورات الحقوقية، دار صادر، بيروت، الطبعة الثانية، 2010.
96. د. يوسف حسن يوسف، الجرائم الدولية للإنترنت، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2011.
97. د. يوسف شندي، محاضرات في قانون الإثبات، جامعة القدس، 2005.
- ثالثاً- الأطاريح والرسائل الجامعية**

أ - الأطاريح

1. أسل كاظم كريم، حجية المحرر الالكتروني في الإثبات المدني، اطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد 2006.
2. سليم عبدالله احمد الناصر، الحماية القانونية لمعلومات شبكة المعلومات (الانترنت)، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة النهربن، 2001.
3. هادي مسلم يونس قاسم، التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية، أطروحة دكتوراه، كلية القانون بجامعة الموصل، 2002.

ب- الرسائل

- 1- أحمد كيلان عبد الله صكر، الجرائم الناشئة عن إساءة استخدام الحاسوب، رسالة ماجستير، كلية القانون- جامعة بغداد، 2002.
- 2- أسماء صادق عبدالجبار، تأثير الفيروسات على أمن الحاسبات، رسالة دبلوم عالي، الجامعة التكنولوجية، قسم علوم الحاسبات، بغداد، 1997.
- 3- أسيل عبد الكاظم كريم، الحماية القانونية المدنية لبرامج الحاسوب، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، 2000.

- 4- اياد محمد عارف، مدى حجية المحررات الالكترونية في الإثبات، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، 2009 .
- 5- سعد شيخو مراد – المسؤولية المدنية الناتجة عن استخدام الكمبيوتر – رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون بجامعة بغداد – 1990
- 6- هشام فايز أبو حلو، وثائق البريد الالكتروني كوسيلة من وسائل الإثبات وفقا لقانون البينات الفلسطيني، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة القدس، 2004.

رابعاً- البحوث والمجلات والدوريات:

- 1- ثائر شامي ، التوقيع الالكتروني والاعتراف التشريعي به، مقال منشور في مجلة الجيش، لبنان، العدد 249.
- 2- حاتم عبد الباري، حجية التوقيع الالكتروني في الإثبات، المجلة الجنائية القومية، العدد 10، مجلد 48، القاهرة، 2002.
- 3- حسن محمد، مقال بعنوان: وسائل الإثبات الالكترونية في المواد المدنية والتجارية، منشور في مجلة المحامون السورية لسنة 2003، المجلد 68، العدد 1-2.
- 4- راشد بن صالح الغيلاني، الجريمة المعلوماتية، بحث منشور في مجلة العين الساهرة، العدد 83، مسقط، 1998 .
- 5- سامر نوفل، التجارة الالكترونية وتكيف التصرفات القانونية التي تجري بواسطة الشبكة العالمية الانترنت، بحث منشور في مجلة المحامون السوريون، عدد 9، 10، لسنة 2000.
- 6- عبد الله حسين علي محمود، إجراءات جمع الأدلة في مجال سرقة المعلومات، بحث منشور على الموقع الالكتروني :- <http://www.qunoh.net>.
- 7- عدنان إبراهيم السرحان، الفعل غير المشروع (الإضرار) كأساس للمسؤولية التقصيرية (الالتزام بالضمان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني، بحث منشور في مجلة المنارة المجلد 2، العدد 2، جامعة ال البيت الأردن 1997.
- 8- عصمت عبد المجيد بكر، مدى تعلق عبء الإثبات بالنظام العام، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية، بيت الحكمة، بغداد، العدد الأول، السنة 2، 2002.
- عوني الفخري – المسؤولية المدنية الناشئة عن استخدام الحاسوب – بحث مقدم الى ندوة (القانون والحاسوب) – بيت الحكمة – بغداد - أب -1998.

- 9- فائق محمود الشماع، الشكلية في الأوراق التجارية، بحث منشور في مجلة القانون المقارن، جمعية القانون المقارن العراقية، ع20، 1987.
- 10- محمد البنان و مجموعة من الخبراء ورقة عمل مقدمة الى كلية التجارة جامعة القاهرة في العقود والاتفاقات في التجارة الالكترونية، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية.
- 11- محمد يوسف الزعبي، بحث بعنوان ضمان الضرر في مجال المسؤولية المدنية، منشور في مجلة دراسات العلوم الانسانية، الجامعة الأردنية، عمان، الأردن، العدد الخامس، 1995.
- 12- وليد أحمد كردي - حجية التوقيع الالكتروني - بحث مقدم لاغراض الترقية - 2014.

خامساً- القوانين:

- 1- القانون المدني الفرنسي عام 1804 المعدل .
- 2- القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 المعدل .
- 3- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل .
- 4- قانون حماية حق المؤلف العراقي رقم (3) لسنة 1971 المعدل.
- 5- القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 المعدل .
- 6- قانون الإثبات العراقي رقم (107) لسنة 1979 المعدل.
- 7- قانون الغش المعلوماتي الفرنسي رقم (19) لسنة 1988 المعدل .
- 8- قانون إساءة استخدام الحاسوب الانكليزي لسنة 1990 .
- 9- قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2001 (المعدل) .
- 10- قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004 (المعدل والنافذ) .
- 11- قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي رقم (78) لسنة 2012 (النافذ) .

سادسًا- المصادر الأجنبية:

- 1- AUYRS: L'application du droit de La presse au Reseau au Internet. J. C. P. Paris France, 1998.
- 2- Boris Stack: droit Civil-la responsabilite civil-2em ed-lites-France,Paris.
- 3- Christophe labbe'etolivai recasens: "DVD la peurbleue des majors" ,Le point,No. 1442, Paris,France,Mai 2000.
- 4- DEPUIS-Toubol(F). Tonnellier(M. H),et Lemarchand(S): Responsabilite civile e Internet saisi par le droit,Travaux de l'A. F. D. I. T,Editions des Parques. France,Paris, 1997.
- 5- FLORENCE-DELOISSEY et Jean Christophe: La divulgation d'information patrimoniale. D. 2000. Doct. Contrairement al opinion communement admise. Il pet etre demontre que l'information patrimoniale est une information personnelle protégée au tire du droit au respect de la vie privee.
- 6- FUENTES (R): L'affaire Aliceet l'emergence des droit du deterteur d'une nom de domaiine EXPERTISES, Paris,France,. Mail 999.
- 7- GABRIEL MARTY: Illiceite et responsabilite,Etudes juridiques Offertes a Leon JULLIOT DE LA MORAUDIERE,ED. Dalloz,France, 1964.
- 8- Gantier: De L'ecrit electronique et des signatures qui s'y attachment,J. C. P. Paris,France,. 2000.

Abstract

The use of electronic computers in various fields of life has become an important part of the requirements of contemporary life, and its users have increased in recent years, so that dispensing with the computer is almost impossible, but the use of computers, especially in light of the Internet, is not without negative effects represented in the acts of destruction, sabotage and disruption. Electronic data and programs are erased, distorted or disabled computer data stored in primary or secondary storage devices or even damage to the physical parts of the computer, which causes harm to the user's person in a way that justifies his claim for compensation, which is recognized by some legislation in the while still Other legislations did not stipulate the person's responsibility for acts of electronic destruction.

It is self-evident that everyone who owns or uses a computer faces many daily problems, the most important of which is the infiltration of the virus into the computer and the resulting many damages, as viruses have recently caused damage and many problems for many Computer users, and the main concern of most computer users is how to secure the computer system against the virus and how to eliminate it and compensate for its harmful effects in case of infection. The matter does not stop at this point, but may extend to the malfunction of some physical parts of the computer, such as the disruption of the unit Storage or memory unit and other parts of the computer, and the matter may get worse in cases where electronic damage leads to damage or malfunction of computer network systems linked to each other and the consequent damages, especially if that network is necessary to provide certain services to individuals, the suspension of those networks As a result of acts of electronic destruction, this leads to the disruption of the provision

of services and the damage that may be caused to the company or institution provided and the individuals benefiting from it.

The importance of the topic lies in shedding light on the modern scientific and technological developments that accompanied the information and communication revolution and reached its climax that transcended the limits of imagination, making the world a small sprawling village, between which time barriers fell. place, language, and this tremendous technical development made the needs unlimited and the desire to obtain rights urgent and immediate, and the litigant and judge would not have been satisfied with not having a share of this increasing technological development, especially after the emergence of e-commerce and e-government.

Iraqi legislation on the one hand, and Egyptian legislation on the other, They are the Iraqi Electronic Signature and Electronic Transactions Law No. (78) for the year 2012, the Electronic Signature Regulation Law and the establishment of the Egyptian Information Technology Development Authority No. (15) for the year 2004 for the purpose of identifying the legal organization of the electronic document and its impact on the civil law and the legal authority it granted He has the Iraqi legislation and comparative legislation. Then we divided the study into two chapters. We allocated the first chapter and its title is the concept of electronic documents. In the second chapter, we deal with the provisions of destroying electronic documents, and we conclude the study with a conclusion with the findings and recommendations it presents.



The Ministry of Higher Education and Scientific Research

University of Karbala

College of Law

Department in private law

Civil Liability for the Destruction of Electronic Documents

"A Comparative Study"

Thesis submitted To the Council of the Faculty of Law - University of Karbala, It is part of the requirements for obtaining a master's degree in private law

by the student

Salem Abdel Wahab

Supervised by

Prof. Dr. Adel Shamran Hamid Al-Shamry

Rabi' al-Thani 1444 A.H

November 2022 A.D