مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية

اسم المقال: نظرات في قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي
اسم الكاتب: ا.م.د درع حماد عبد
رابط ثابت: https://political-encyclopedia.org/library/597
تاريخ الاسترداد: 2025/05/05 20:39 +03

الموسوعة السياسيّة هي مبادرة أكاديمية غير هادفة للربح، تساعد الباحثين والطلاب على الوصول واستخدام وبناء مجموعات أوسع من المحتوى العلمي العربي في مجال علم السياسة واستخدامها في الأرشيف الرقمي الموثوق به لإغناء المحتوى العربي على الإنترنت.
لمزيد من المعلومات حول الموسوعة السياسيّة - Encyclopedia Political، يرجى التواصل على info@political-encyclopedia.org

استخدامكم لأرشيف مكتبة الموسوعة السياسيّة - Encyclopedia Political يعني موافقتك على شروط وأحكام الاستخدام المتاحة على الموقع https://political-encyclopedia.org/terms-of-use

تم الحصول على هذا المقال من موقع مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية ورفده في مكتبة الموسوعة السياسيّة مستوفياً شروط حقوق الملكية الفكريّة ومتطلبات رخصة المشاع الإبداعي التي ينضوي المقال تحتها.

نظرات في قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي

ا.م.د درع حماد عبد
الجامعة العراقية
كلية القانون

Abstract

Iraqi legislator has issued the Act No. ٧٨ (٢٠١٢) concerning the Electronic Signature and Electronic Transactions to keep pace with progress in the field of information technology. In order to analyze the general principles of this Act, We tackled four major issues of this Act: First: the general trend of the organization of the Act. Second: the scope of application of the Act an. Third: the conclusion of the electronic contract. Fourth: Authentication of electronic documents.

The research shows some organizational deficiencies of these transactions by using comparative approach of similar legislations in some of Arab countries especially the Iraqi Act was the last one issued.

المخلص

اصدر المشرع العراقي القانون رقم ٧٨ لسنة ٢٠١٢ الخاص بالتوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية لمواكبة التطور في مجال تكنولوجيا المعلومات. وبغية تحليل المبادئ العامة لهذا القانون فقد تناولنا أربع مسائل رئيسية في هذا القانون وهي أولا: الاتجاه العام في التنظيم وثانيا: نطاق تطبيق القانون وثالثا: إبرام العقد الالكتروني ورابعا: حجية المستندات الالكترونية.

وقد اظهر البحث بعض العيوب التنظيمية في هذه المعاملات باستخدام منه منهج المقارنة مع التشريعات المماثلة في بعض الدول العربية سيما وان هذا القانون جاء اخر القوانين في هذا المجال

مقدمة

لسنا بحاجة الى كبير عناء لنقرر حقيقة واقعه اننا نشهد اليوم ثورة تكنولوجية في مجال الاتصالات والمعلومات كان لها الأثر الواضح في حياة البشرية ، فقد افرز واقع التطور التقني في مجال الاتصالات الالكترونية ثورة تشريعية وقد فرضت هذه المعطيات نفسها على التطور القانوني وبشدة، ولهذا فقد كان على القانون ان يواكب هذه التطورات والا داست عليه بكل ثقلها وتركته وراءها(١).

ويجري العمل في المجتمعات المتقدمة ان يتداول الفقه المشكلات المتصورة عن النظم الجديدة التي افرزها التطور التقني ثم يجتهد القضاء في تطويع القواعد العامة للقانون بغية احتضان أساليب التعامل الجديدة، فإذا أبانت الظروف عدم قدرة القواعد القانونية الموجودة عن الإحاطة بهذه المعاملات توجب على المشرع التدخل بوضع التشريعات التي تنظم هذه المعاملات يقنن به ما استقر من أحكام القضاء وما أصبح تياراً عاما في الفقه .

ولم تكن المعاملات الالكترونية لتخرج عن هذا التصور العام ، فبعد ان ظهرت تقنية الاتصال الالكتروني وشيوع التعامل بها على نحو غير مسبوق كونها الأكثر سرعه والأقل كلفة والأكثر سهولة ويسراً، وجد المشرع ان مقتضيات التنظيم الاجتماعي تحتم تناول هذه المعاملات بالتنظيم بصياغة

أسسها وقواعدها العامة وبما يتناسب مع طبيعة هذه البيئة بحيث يتعامل الأفراد بها ويستعملونها بما يحقق توقعاتهم المعقولة.

ولم يكن المشرع العراقي بعيدا عن هذا النظر، وإدراكا منه لأهمية التنظيم التشريعي لهذه المعاملات وما يرتبط بها فقد اصدر قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية رقم(٧٨) لسنة ٢٠١٢ وقد جاء في الأسباب الموجبة لهذا القانون انه "انسجاما مع التطور الحاصل في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات وشبكة الانترنيت وتوفير الأسس والأطر القانونية للمعاملات الالكترونية من خلال وسائل الاتصال الحديثة وتشجيع صناعة الانترنت وتكنولوجيا المعلومات وتنميتها وتنظيم خدمات التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية ومواكبة التطورات القانونية في الجوانب الالكترونية وتطويع النظام القانوني التقليدي بما ينسجم مع نظم تقنية المعلومات والاتصالات الحديثة شرع هذا القانون" .

لقد تم تناول أربع مسائل جوهرية فقط من بين مسائل أخرى تمثل الأفكار العامة في هذا القانون وهي الاتجاه العام في تنظيم القانون ونطاق تطبيقه القانون وإبرام العقد الالكتروني ثم حجية المستندات الالكترونية. ونخصص لكل مسالة مطلبا مستقلا.

المطلب الأول

الاتجاه العام في التنظيم

يهتم فقهاء القانون عند النظر في قوانين المعاملات الالكترونية بمسالتين على قدر كبير من الأهمية هما المسالة الأولى :العقد الالكتروني او العقد الذي يبرم عن طريق وسائل الاتصال الالكتروني والمسالة الثانية: حجية المستندات الالكترونية اي دور المستندات الالكترونية وفيما اذا كانت للإثبات او انها تصلح بديلا عن الكتابة الاعتيادية اذا كانت هذه الكتابة هي الشكل المطلوب لإبرام التصرف القانوني، فهل يتم تنظيم هاتين المسالتين سوية أو يقتصر تنظيم المعاملات الالكترونية على إعطاء الحجية للكتابة الالكترونية بوصف هذه الكتابة نمطا جديدا من المحررات تختلف عن المحررات التقليدية التي تستند على دعامة مادية في وجودها ، بل هي لا توجد بغير ذلك ، في حين أن الكتابة

الالكترونية لا تستند على دعامة مادية (الورق العادي) وإنما على دعامة الكترونية مما يستوجب تدخلا تشريعيا لتنظيم استخدامها بين المتعاملين بها.

وقد ظهر اتجاهان حول ضرورة تنظيم هاتين المسألتين في تشريع المعاملات الالكترونية او الاقتصار على احدهما ونخصص فرعا لكل اتجاه.

الفرع الأول

الاقتصار على تنظيم حجية الإثبات

ويرى أنصار هذا الاتجاه ان المعاملات الالكترونية لا تحتاج الى تنظيم تشريعي خاص إلا فيما يتعلق بنواحي الإثبات في هذه المعاملات بحسبان ان النظرية العامة للعقد قادرة على استيعاب العقود الالكترونية ويمكن تطويع أحكام هذه النظرية لتطبيقها على العقود الالكترونية، فالصور المستحدثة من وسائل التعاقد الالكتروني (وخصوصا عن طريق الانترنت) ليست الا وسائل لنقل التعبير عن الإرادة من طرف لآخر فينعقد العقد بإيجاب وقبول وفيهما يتحدد زمان انعقاد العقد ومكانه وكل ما في هذه الوسيلة ان التعاقد بواسطتها يكون تعاقدا بين غائبين مكانا وبين حاضرين او غائبين زماناً بحسب ما اذا كانت هناك مدة بين التعبير عن الإرادة وبين العلم به طبقا لما تقرره القواعد العامة في القانون فالمادة (٧٩) من القانون المدني العراقي تجيز ان يكون الإيجاب او القبول ..... باتخاذ اي مسلك اخر لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على التراضي.(٢)

وقد وضعت التقنيات المدنية أحكام التعاقد بين غائبين على وفق أربع نظريات حاولت كل منها ان تحدد لحظة انعقاد العقد عندما يكون هناك فاصل زمني بين صدور التعبير عن الإرادة وعلم المخاطب به طبقا لاعتبارات عملية ترتبط بسرعة المعاملات او القواعد العامة في إنتاج التعبير عن الإرادة لأثره وهذه النظريات هي(٣):

أولا: نظرية إعلان القبول ومفادها ان إعلان الموجب له قبول التعاقد هو الوقت الذي تم فيه العقد فهو الوقت الذي اقترن فيه الإيجاب بالقبول وبه أيضا يتحدد مكان انعقاد العقد، وهو ما يتفق مع القواعد العامة ، لكن يؤخذ عليها ان التعبير عن الإرادة لا ينتج أثره إلا بوصوله الى علم من وجه اليه.

ثانيا: نظرية تصدير القبول وهي النظرية التي سادت في بعض الدول والذي يعتبر إرسال رسالة القبول عبر البريد يتعذر معه استعادها لأنها تصبح ملكا للمرسل اليه فينعقد العقد طبقا لهذه النظرية لحظة وضع رسالة القبول في صندوق البريد. ويعتنق القانون الانجليزي هذه النظرية كونها تستجيب للاعتبارات التجارية في سرعة انعقاد المعاملات أكثر من الاعتبارات المنطقية (٤).

وثالثها :نظرية وصول القبول، فوصول التعبير عن إرادة القبول الصادر من الموجب له الى الموجب هو اللحظة التي ينعقد العقد بها. وقد أخذ الفقه التقليدي على هذه النظرية ان وصول القبول لا يعني العلم به حتما من قبل الموجب ، ولا ينتج القبول أثره إلا بوصوله الى علم الموجب.

رابعا: نظرية العلم بالقبول، ففي الوقت الذي يعلم فيه الموجب بقبول الموجب له يكون العقد قد انعقد بين الطرفين ، وهذه النظرية هي التي تتفق مع أحكام القواعد العامة في القانون التي تقرر ان التعبير عن الإرادة لا ينتج أثره إلا باتصاله بعلم من وجه اليه .

وقد تخير المشرع العراقي من بين هذه النظريات نظرية العلم بالقبول لأنها الأكثر انسجاما مع القواعد العامة ، فالعقد ينعقد في لحظة علم الموجب بقبول الموجب له مع وضع قرينه على هذا العلم وهي أن وصول القبول قرينة على العلم به من قبل الموجب، الا إذا اثبت هذا الأخير خلاف ذلك اي عدم علمه بالقبول .

وقد كان لهذا الاتجاه أثره على الموجه الأولى من التشريعات المنظمة للمعاملات الالكترونية فقد صدر تشريع المعاملات الالكترونية الفرنسي بموجب القانون الصادر في ١٣ آذار لسنة ٢٠٠٠ والذي

عدلت بموجبه أحكام القانون المدني الفرنسي فقد جاء هذا القانون خالياً من تنظيم العقود الالكترونية واقتصر على إعطاء الحجية القانونية للمستندات الالكترونية في الإثبات.

فالإنترنت يمثل تطورا تكنولوجيا هائلا تصعب ملاحقته ولا يمكن ان تواكبه التشريعات القائمة كونها وضعت لبيئة حقيقية وليست افتراضية لكن هذا لا يمنع من تطويع القواعد التقليدية لحكم المعاملات التي تجري عبر شبكته، دون الحاجة للقيام بثورة تشريعية تنظم كل مجالاته()، بل يكتفى بالمسائل التي لا يمكن حكمها بالقواعد التقليدية وما لا تتسع له القواعد التقليدية يمكن تنظيمه بقوانين خاصة.

والحقيقة ان واقع التعامل سبق التشريع، فلم يكن صدور القانون الا تقنينا لواقع التعامل قبل صدور القانون المذكور(٥). لكن مقتضيات الدقة تحتم القول ان المستندات الالكترونية قبل صدور القانون كانت تتمتع بقوة إثبات لكنها قوة محدودة في المجالات التي يكون فيها الإثبات مفتوحا وخصوصا في المعاملات التجارية ، فهي لم تزد في قوتها الثبوتية على قوة القرينة ، اما فيما بين الأفراد فهي لا تزيد عن كونها مبدأ ثبوت بالكتابة(٦). لكن بعد صدور القانون المذكور أصبحت الكتابة الالكترونية تتمتع بنفس القوة الثبوتية للكتابة الورقية بموجب التعديلات التي أضيفت للمادة (٣/١٣١٦) من القانون المدني الفرنسي.

لكن اغفال القانون المذكور لتنظيم العقود الالكترونية او المسائل التي ابان الاجتهاد اختلافا فيها كان نقصا في التشريع عاد بعد فترة وجيزة لتنظيمها.

والواقع ان القانون المذكور لم يكن الا تعديلا لقواعد الإثبات بإقرار القوة الثبوتية للمستندات الالكترونية شانها في ذلك شأن المستندات العادية المتمثلة بالمحررات الورقية التقليدية بعد ان وضع شروطا للقبول بحجية هذه المستندات في الإثبات فأصبحت المستندات الالكترونية معادل وظيفي للمستندات الورقية.

الفرع الثاني

ضرورة تنظيم انعقاد العقد الالكتروني

وهو الاتجاه الذي تبنته معظم التشريعات التي صدرت لاحقا على قانون تعديل أحكام القانون المدني الفرنسي، ويرى هذا الاتجاه وجوب تنظيم العقود الالكترونية الى جنب الإثبات الالكتروني، فقد أبانت الاتجاهات الفقهية في مجال التعاقد عن طريق الانترنت تضاربا في الآراء واختلافا في الحلول لبعض المشكلات التي أظهرها الواقع العلمي وتبين معها عدم القدرة على تطويع القواعد التقليدية على الإحاطة بهذه الجوانب وخصوصاَ تحديد لحظة انعقاد العقد وتحديد مكان هذا الانعقاد.

وتحديد هذه اللحظة ليست من قبيل الترف الفكري وإنما ترتبط بها اثار قانونية على قدر كبير من الأهمية، فتحديد لحظة انعقاد العقد له الأثر في تحديد ما اذا كان المتعاقد يتوفر على الأهلية اللازمة لإبرامه ومن ثم تحديد ما اذا كان العقد منعقدا او غير منعقد ، كما له الأهمية في تحديد وقت انتقال الملكية من البائع الى المشتري في الأشياء المعينة بالذات وتحمل تبعه هلاك المبيع في الأنظمة القانونية التي تربط هذه التبعة بانتقال الملكية كما في القانون الفرنسي(٧) .

ولهذا التحديد أثره أيضا في الوصف المناسب للعقد، فإذا كان محل العقد قد هلك قبل لحظة الانعقاد كان العقد باطلا، أما إذا كان هلاك المحل لاحقا لإبرامه انفسخ العقد .

وفضلا عن ذلك فان تحديد وقت انعقاد العقد له الأثر في تحديد ما اذا كان الالتزام موصوفا أو بسيطا، فإذا كان الالتزام معلقا على شرط وكان الأمر الذي علق علية الالتزام كان قد وقع قبل انعقاد العقد كان الالتزام بسيطا غير موصوف .

كما لهذا التحديد أهميته في عقد التامين إذا كان الخطر محل التامين قد وقع قبل انعقاد العقد وكان المؤمن له يعلم به فان تحديد صحة العقد واستحقاق المؤمن له لمبلغ التامين يعتمد على لحظة إبرام العقد .

وفوق كل ذلك، فان تحديد زمان ومكان انعقاد العقد يحدد الاختصاص القضائي للفصل في المنازعات الناشئة عن العقد والنظام القانوني الذي يحكم العقد.

وكان على المشرع العراقي ان يواكب التطورات التي حصلت في هذا المجال ويقطف ثمار الجدل في مسالة على قدر كبير من الأهمية ولهذا فقد جاء تنظيمه لهذه المعاملات انتصارا للاتجاه الثاني فنظم العقود الالكترونية الى جانب الإثبات الالكتروني على السواء.

وقد سبق المشرع العراقي في هذا المنوال قوانين المعاملات الالكترونية في كل من مصر والأردن والبحرين وإمارة دبي، كما ان المشرع الفرنسي عدل عن اتجاهه السابق واصدر قانونا كاملا للبيئة الالكترونية وهو قانون الثقة في الاقتصاد الرقمي رقم ٥٧٥ في ٢١ حزيران ٢٠٠٤ فقد افرد هذا القانون تنظيما للعقد الالكتروني(٨) .

وهكذا أصبح الاتجاه العام في تقنيات الانترنت يكشف عن ضرورة تنظيم العقود الالكترونية تنظيما ينسجم مع طبيعة هذه المعاملات بسبب قصور القواعد العامة عن الإحاطة ببعض جوانبها وأبقى ما عدا ذلك للقواعد العامة في نظرية العقد.

المطلب الثاني

النطاق الموضوعي لتطبيق القانون

نصت المادة (٣) من قانون المعاملات الكترونية على تطبيق أحكامه على المعاملات الاتية:

ا–المعاملات الالكترونية التي ينفذها الأشخاص الطبيعيون او المعنويون

٢– المعاملات التي يتفق أطرافها على تنفيذها بوسائل الكترونية.

٣– الأوراق المالية والتجارية الالكترونية .

ويلاحظ أولا وقبل كل شئ أن المشرع قد قضى بسريان أحكام القانون على المعاملات الالكترونية التي ينفذها الأشخاص الطبيعيون أو المعنويون وهذا تعبير غير موفق، فالمقصود المعاملات التي يعقدها او يبرمها الأشخاص الطبيعية أو المعنوية وليس المعاملات التي تنفذ الكترونيا، وبيان ذلك أن اقتصار نطاق تطبيق القانون على المعاملات التي ينفذها الأشخاص يفرغ القانون من محتواه ويتعارض مع أهدافه، فالاقتصار على التنفيذ الالكتروني يقصر نطاق القانون على المعاملات التي يتم تنفيذها تنفيذا الكترونيا وهذا يتعارض بشكل جوهري مع أهداف القانون ذاته فالقانون يهدف الى ما يأتي(٩):

أولا: توفير الإطار القانوني لاستعمال الوسائل الالكترونية في إجراء المعاملات الالكترونية

ثانيا: منح الحجية القانونية للمعاملات الالكترونية والتوقيع الالكتروني وتنظيم أحكامه.

ثالثا: تعزيز الثقة في صحة المعاملات الالكترونية وسلامتها.

فكل المعاملات يمكن أن تبرم بالطريق الالكتروني إلا أنها ليست كلها قابلة للتنفيذ الالكتروني وخصوصا تلك التي تتعلق بتسليم المبيع أو الإشراف الهندسي على مشروع معين او تنفيذ عقد مقاولة للبناء أو الإنشاءات الأخرى، فالمعنى الحرفي للنص يستبعد كل هذه المعاملات لأنها غير قابلة للتنفيذ الكترونيا ولهذا جاءت صياغة النص الوارد في الفقرة (١) من المادة (٣) من القانون غير موفقه في هذا الجانب، فالأخذ بحرفية النص يقصر نطاق تطبيق القانون على التنفيذ الالكتروني للمعاملات كتقديم الاستشارات القانونية أو الفنية الكترونيا او تسليم كتاب الكتروني أو تنزيل برنامج على الحاسب الكتروني أو أجهزة النقال، وهذه التطبيقات رغم أهميتها في السنوات الأخيرة إلا أنها تتعلق بتنفيذ العقد لا إبرامه الكترونيا .

ورغم أن المشرع العراقي اقتبس كثيرا من أحكامه من قانون الاونسترال النموذجي بشان التجارة الالكترونية لسنة ١٩٩٦، فانه لم يقتصر على النطاق الذي وضعه القانون المذكور فقد قصر القانون النموذجي نطاق تطبيقه على المعاملات التجارية الالكترونية في حين وسع المشرع العراقي من هذا

النطاق ولم يقتصر على المعاملات التجارية فيسري على كل المعاملات أيا كانت طبيعتها إلا ما استثناها القانون بشكل صريح وهذا المسلك مفهوم بالنسبة للمشرع العراقي بحسبان أن لجنه الاونسترال هي لجنه مختصة بالقانون التجاري فقط وهي(اي اللجنة) عندما نظمت التجارة الالكترونية بقانون نموذجي أرادت أن تسترشد دول العالم بهذا القانون على ان يكون لها ان تنظم المعاملات الالكترونية بما يتفق مع نظامها القانوني وظروفها الخاصة.

وفضلا عن ذلك فقد نص القانون النموذجي على مجموعه قواعد مقترحه على هامش المادة الأولى منه يتيح للدول الاسترشاد بها في توسيع نطاق تطبيق القانون ولهذا فقد جاءت التشريعات الالكترونية للكثير من الدول لتوسع من نطاق تطبيق القانون كما فعل المشرع العراقي.

فالقانون التونسي الخاص بالمبادلات والتجارة الالكترونية رقم (٨٣) لسنة ٢٠٠ لم يقتصر على المعاملات التجارية وإنما شمل كل المبادلات التي تتم باستعمال الوثائق الالكترونية كذلك القانون البحريني الذي قضى بسريان أحكامه على السجلات والتوقيعات الالكترونية.

وجاء قانون إمارة دبي (قانون المعاملات والتجارة الالكترونية رقم (٢) لسنة ٢٠٠٢ ليشمل جميع المعاملات أيضا إذ يسري على السجلات والتوقيعات الالكترونية ذات العلاقة بالمعاملات والتجارة الالكترونية وقد عرف القانون المذكور في المادة (٢)منه المعاملة الإلكترونية بأنها "أي تعامل أو عقد او اتفاقية يتم إبرامها او تنفيذها بشكل كلي او جزئي بواسطة المراسلات الالكترونية"

بل سار مشرع إمارة دبي سار في الشوط الى النهاية واوجب في المادة (٢٧) منه على الاستخدام الحكومي للسجلات والتوقيعات الالكترونية وقبول الإيداع والإصدار الالكتروني للمستندات وإصدار أي إذن أو ترخيص أو قرار أو موافقة في شكل سجلات الكترونية وقبول الرسوم او أية مدفوعات أخرى في شكل الكتروني وطرح العطاءات وتسلم المناقصات المتعلقة بالمشتريات الحكومية بطريقة الكترونية

أما في مصر فقد وسع قانون التوقيع الالكتروني رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٤ من نطاق تطبيق أحكام القانون على الكتابة الالكترونية والتوقيع الالكتروني في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية.

بيد ان هذا التطبيق العام للقانون لم يرد مطلقا وإنما أورد المشرع العراقي استثناءات علية فقد جاء نص الفقرة ثانيا من المادة (٣)من القانون بما يأتي "لا تسري أحكام هذا القانون على ما يأتي:

١ –المعاملات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية والمواد الشخصية(١٠).

٢– إنشاء الوصية والوقف وتعديل أحكامها .

٣– المعاملات المتعلقة بالتصرف في الأموال غير المنقولة بما في ذلك الوكالات المتعلقة بها وسندات ملكيتها وإنشاء الحقوق العينية عليها باستثناء عقود الإيجار الخاصة بهذه الأموال

٤– المعاملات التي رسم القانون لها شكلية معينه.

٥– إجراءات المحاكم والإعلانات القضائية أو الإعلانات بالحضور وأوامر التفتيش وأوامر القبض والأحكام القضائية.

٦– أي مستند يتطلب القانون توثيقه بواسطة كاتب العدل .

ويلاحظ ان الاستثناءات المتقدمة استثناءات معقولة لها ما يبررها وهي استثناءات نصت عليها التشريعات الالكترونية في معظم الدول العربية مع اختلاف يراعي ظروف كل دولة كالقانون البحريني (قانون معاملات الالكترونية) رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٢. وقانون إمارة دبي(١١) الا انه ترد ملاحظات على هذه الاستثناءات: الأولى تتعلق بما اشرنا اليه سابقا والتي تتعلق بنطاق حجية المستندات الالكترونية عندما تكون تلك الحجية مطلوبة لانعقاد العقد وهو الاستثناء الوارد في البند (د) انفا فكان يقتضي اقتصار استثناء المعاملات التي يشترط المشرع لها شكلية رسمية دون المعاملات التي يتطلب لها المشرع شكلية عرفية كالكتابة الا ان الاستثناء جاء مطلقا دون قيد ومن ثم لا مجال للاجتهاد فيه.

أما الملاحظة الثانية فهي التفرقة بين عقد الوكالة المتعلقة بالتصرف بالأموال غير المنقولة وعقد الإيجار الذي يرد عليها ، فكلا من الوكالة والإيجار تنشئ التزامات وحقوقا شخصية بين أطرافها ومن ثم فان استثناء الوكالة من سريان القانون وخضوع الإيجار له تفرقه محل نظر. وقد يجد هذا الاستثناء تبريره في ان الوكالة بالتصرف بالأموال المنقولة تنصرف اليها نفس المبررات الخاصة باستثناء معاملات التصرف بالأموال العقارية نظرا لخطورتها وهو استثناء له وجاهته المعقولة أيضا.

المطلب الثالث

زمان ومكان انعقاد العقد الالكتروني

عرف المشرع العراقي العقد الالكتروني في المادة الأولى من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية والتي كرسها لتعريف المصطلحات الواردة فيه، فقد جاء في الفقرة (١) منه أن " العقد الالكتروني ارتباط الإيجاب الصادر من احد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود علية والذي يتم بوسيلة الكترونية " وهو نفس التعريف الذي أوردة المشرع العراقي في المادة (٧٣) من القانون المدني والمقتبس أصلا من مرشد الحيران(١٢) بعد إضافة العبارة الأخيرة علية وهي "الذي يتم بوسيلة الالكترونية" ومفاد هذا التعريف ان العقد الالكتروني لا يختلف عن أي عقد آخر إلا بالوسيلة المستخدمة لنقل التعبير عن الإرادة. ويثير التعاقد الالكتروني مسألتين من أهم مسائل العقد الذي يبرم عن طريق الانترنت وهما أهلية التعاقد وتحديد زمان ومكان انعقاد العقد ونخصص فرعا لكل مسالة.

الفرع الأول

التحقق من أهلية التعاقد

فيما يتعلق بالتحقق من الأهلية اللازمة(١٣) لإبرام العقد الالكتروني فالقاعدة ان كل شخص أهل للتعاقد مادام قد بلغ سن الرشد الا إذا وجد سبب يحد من هذه الأهلية . ولمواجهة التحقق من

أهلية المتعاقد الاخر على شبكة الانترنت للحيلولة دون وقوع العقد الالكتروني في دائرة البطلان فقد وضعت بعض الحلول على صعيد الفقه والتشريع والتقنية.

١-فعلى الصعيد الفقهي فقد ذهب بعض الفقهاء الى الأخذ بنظرية الوضع الظاهر، فللمتعاقد حسن النية ان يتمسك بالوضع الظاهر من حيث عدم قدرته على التحقق من أهلية الشخص الذي تعاقد معه(١٤). ففي رحاب هذه النظرية فسحة للعلاقات التعاقدية لتلافي الوقوع في البطلان واستقرارا لهذه العلاقات.

ويجري الفقهاء الانجليز معهم بعض أحكام القضاء الى التفرقة بين طائفتين من العقود وهي العقود التي تبرم لتلبية الاحتياجات الضرورية التي لا يجوز إبطالها حتى وان كان الذي ابرمها قاصرا والعقود الاخرى التي تقع خارج دائرة الاحتياجات الضرورية ، فيجوز للقاضي الحكم ببطلانها لملحة المتعاقد القاصر(١٥).

والرأي عندنا ان هناك صعوبة في تحديد الاحتياجات الضرورية والاحتياجات غير الضرورية، فما يكون ضروريا لشخص قد لا يكون كذلك لآخر وما هو غير ضروري اليوم قد يكون كذلك غدا ، فضلا عن ان هذا المعيار لا يقدم شيئا يتجاوز ما تقرره القواعد العامة فغاية هذا المعيار هي حماية القاصر عند التعاقد وهو ما توفره القواعد العامة وما نبحث عنه هو استقرار المعاملات في عقود تبرم بوسيلة يصعب معها التحقق من أهلية المتعاقد الآخر.

٢-أما على الصعيد التشريعي نجد ان التوجيه الأوربي رقم ٣١- ٢٠٠٠ الصادر في ١/٨/ ٢٠٠٠ قد اشترط تحديد كافة العناصر التي تبين هوية المتعاقد الآخر بما في ذلك البيانات المتعلقة بأهليته. كما أشار القانون النموذجي للأمم المتحدة لسنة ١٩٩٦ بشأن التجارة الالكترونية في المادة (١٣) الى وجوب التأكد من هوية الطرف الآخر خصوصا إذا كان الإيجاب موجها لجمهور المستهلكين.

٣-ويذهب فريق آخر الى القول أن تحديد أهلية المتعاقد عن طريق الانترنت مسالة تغلب في الجوانب الفنية ، بمعنى ان التحقق من الأهلية يتم بطريقة فنية وليس على أساس المعايير القانونية الأمر

الذي يحتم تظافر جهود علماء التقنية وفقهاء القانون لإيجاد حلول لمسالة التحقق من الأهلية(١٦). ورغم عدم توفر مثل هذه الوسائل في الوقت الحاضر في جميع البلدان، فان هناك وسائل يمكن العمل بها لتحقيق هذه الغاية استعملت في بعض الدول ومنها البطاقة الالكترونية والتي تستعمل في كثير من الدول الأوربية وهي بطاقة تخزن فيها معلومات الشخص وبياناته تمكن المتعاقد من التعرف على بيانات حاملها وعلى أهليته للتعاقد ، وفي الغالب لا تعطى هذه البطاقة الا لمن كان قد بلغ سن الرشد.

كما يمكن الاستعانة بجهات التصديق الالكتروني والتي تتيح للأشخاص إمكانية التحقق من أهلية من يتعاقد معهم. وهناك وسيلة تبادل المستندات الالكترونية يتم من خلالها معرفة أهلية الطرف الآخر في العقد الالكتروني.

وتتخذ بعض المواقع الالكترونية أسلوب التحذير للمتعاقدين معها اذ تطلب من الشخص عدم التعاقد معها اذا كان عمره اقل من سن الرشد المحدد قانونا أو انها تطلب من الشخص الذي يروم التعاقد معها ان يكشف عما إذا كانت له أهلية قانونية للتعاقد من خلال إدراج البيانات الشخصية في الاستمارة الالكترونية المعروضة ومنها سن المتعاقد.

وقد تخير المشرع العراقي من بين هذه الوسائل أسلوب التصديق الالكتروني من خلال شخص معنوي مرخص من قبل الشركة العامة لخدمات الشبكة الدولية للمعلومات في وزارة الاتصالات(١٧).

الفرع الثاني

مكان وزمان انعقاد العقد الالكتروني

أما فيما يتعلق بزمان ومكان انعقاد العقد الالكتروني فقد أشار المشرع صراحة في المادة (١٨) منه الى جواز ان يتم الإيجاب والقبول في العقد بوسيلة الكترونية. وهذا النص ليس أكثر من تأكيد لما تقرره القواعد العامة في القانون المدني(١٨) لكن ما دفع المشرع العراقي الى تحديد زمان ومكان العقد

الالكتروني في قانون المعاملات الالكترونية ما ظهر من اضطراب واختلاف في تحديد مكان الانعقاد وزمانه فقد أبت هذه العقود أن تخضع للأفكار التقليدية في نظرية العقد بسبب عدم قدرة هذه القواعد على الإحاطة بهذه المسالة ذلك ان التعبير عن الإرادة وحملها عن طريق الانترنت يتم في محال مفتوح فالذي اصدر تعبيرا عن الإرادة بصورة إيجاب ليس بالضرورة ان يتلقى إرادة القبول في نفس المكان الذي صدر فيه الإيجاب فقد يصدر التعبير عن إرادة الإيجاب في مكان ولكنه يتلقى القبول في مكان آخر وقد يكون هذا المكان الأخير أقصى نقطة في العالم تتوافر فيها تسهيلات شبكة الانترنيت.

ولهذا كان لا بد من وضع محددات أخرى لتحديد لحظة انعقاد العقد بالاستناد الى معيار ثابت يفرض فرضا حتى لو خالف هذا الفرض واقع المعاملات الالكترونية وبصورة تحول دون تعدد الاجتهاد في المسالة الواحدة لتحقيق الاستقرار القانوني للعقد الالكتروني من حيث انعقاده وتحديد أوصافه والآثار التي تترتب علية.

وتطبيقا لهذا فقد نصت المادة (٢٠) من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية على انه "أولا– تعد المستندات الالكترونية مرسلة من وقت دخولها نظام معالجة المعلومات ولا يخضع لسيطرة الموقع او الشخص الذي أرسلها نيابة عنه ما لم يتفق الموقع والمرسل اليه على خلاف ذلك . ثانيا– اذا كان المرسل اليه قد حدد نظاماً لمعالجة المعلومات لتسلم المستندات فتعتبر مستلمة عند دخولها الى ذلك النظام فإذا أرسلت بنظام غير الذي تم تحديده فيعد إرسالها قد تم منذ قيام المرسل اليه بإعادتها الى النظام المحدد منه لتسلم المعلومات.

ثالثا: إذا لم يحدد المرسل اليه نظاماً لمعالجة المعلومات لتسلم المستندات فيعد وقت تسلمها هو وقت دخولها لأي نظام لمعالجة المعلومات تابع للمرسل اليه .

فزمان انعقاد العقد هو الوقت الذي تدخل فيها الرسالة التي تحمل إرادة القبول الى النظام المتفق علية مسبقا بين الموجب والقابل، فلو تحصل علم الموجب برسالة القبول من خلال نظام لتسلم المعلومات غير النظام المتفق علية فان العقد لا ينعقد حتى لو كان هذا النظام الذي دخلت اليه رسالة

المعلومات تابعه للموجب. وهذا الحكم مغاير لما تقرره القواعد العامة في التعاقد بين غائبين من تحديد لحظة العلم بالقبول وفقا لانعقاد العقد الا اذا لم يكن ثمة اتفاق بين الطرفين على تحديد نظام لتلقي المعلومات فعندئذ ينعقد العقد في اي لحظة تدخل فيها رسالة القبول الى اي نظام لمعالجة البيانات يعود للمرسل اليه وهو ما يتفق مع النظرية التقليدية .

اما بالنسبة لمكان انعقاد العقد فان المادة (٢١) من نفس القانون قد نصت بانة "أولا :تعد المستندات الالكترونية قد أرسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل الموقع وانها استلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل اليه وإذا لم يكن لأي منهما مقر عمل يعد محل الإقامة مقرا لعمل ما لم يكن الموقع والمرسل الية قد اتفقا على غير ذلك .ثانيا اذا كان للموقع او المرسل الية أكثر من مقر عمل فيعد المقر الأقرب صلة بالمعاملة هو مكان الإرسال او التسليم وعند تعذر التحديد يعد مقر العمل الرئيسي هو مكان الإرسال والتسليم "

ويلاحظ ان تحديد لحظة انعقاد العقد لم ترتبط بالمفهوم التقليدي الوارد في المادة (٨٧) من القانون المدني فليس ثمة مكان محدد تلتقي فيه ارادة طرفي العقد، فالنظام الذي تدخل فيه الرسالة الالكترونية التي تحمل ارادة التعاقد متوفرة في كل مكان في العالم وكذلك مكان انعقاد العقد هو الاخر لم يعد يخضع للمبادئ التقليدية لان المعاملات الالكترونية تجري في قضاء عائم ومفتوح هو الاخر، ولهذا كان لزاماً على المشرع ان يتدخل من اجل تحديد لحظة التقاء الإرادتين وهو ما فعلة المشرع على أساس ان العقد قد انعقد في مقر اقامة المرسل اليه او في محل إقامته أو المقر الاكثر صلة بالمعاملة رغم ان هذا التحديد قد يخالف الواقع.

والواقع ان لحظة انعقاد العقد الحقيقية قد تتم في مكان اخر وهو المكان الذي يفتح فيه المرسل اليه (الموجب) النظام الخاص به والمحدد لمعالجة البيانات وقد يكون هذا المكان بعيدا جدا او في بلد آخر بعيد عن محل إقامته او مقر عملة مما يجعل من هذا التحديد التشريعي يلامس الواقع في كثير من الاحيان، لكن رغبة المشرع في قطع دابر النزاع حول تحديد هذا المكان هو الذي دفعه الى مثل هذا

التحديد المفروض وان كان هذا التحديد قد تترتب علية نتائج ترتبط بتحديد النظام القانوني الذي يخضع له العقد الالكتروني وما يتطلبه هذا النظام من اشتراطات وما يفرضه من آثار وخصوصا تلك التي ترتبط بفكرة النظام العام والآداب العامة التي تحدد إرادة الأطراف في ظله كما ترتبط بتحديد الاختصاص القضائي لفض النزاع الذي ممكن ان يثور بين الطرفين.

ففكرة مجلس العقد التي تبناها المشرع العراقي من الفقه الإسلامي ومعه الكثير من التشريعات العربية والتي تقوم على اجتماع المتعاقدين في مكان واحد وفي وقت واحد بحيث يسمع احدهما كلام الآخر أثناء انشغالهما بالتعاقد وعلى أساسه يتحدد ما اذا كان التعاقد بين حاضرين او بين غائبين لم يعد له تطبيق في التعاقد الالكتروني، كما لم يعد الاستدلال بمكان العقد على زمان انعقاده او العكس، فوحدة الزمان والمكان في مجلس العقد لم يعد لها حضور في التعاقد عن طريق الانترنت.

والواقع ان المشرع العراقي لم يكن بدعا فيما جاء فيه من أحكام تتعلق بزمان ومكان انعقاد العقد الالكتروني فعلى المستوى الدولي نصت المادة (٤/١٥)من القانون النموذجي للتجارة الالكترونية الدولية الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة للتجارة الدولية الاونسترال ان مكان إرسال الرسالة الالكترونية يتحدد بالمكان الذي يقع فيه عمل المنشئ وان مكان استلامها هو المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل اليه، إما على مستوى التشريعات الوطنية فقد جاءت بنفس المعيار تشريعات كل من الأردن ومصر والبحرين وإمارة دبي.....الخ

ولنا ملاحظة أخيرة تتصل بتنظيم التعاقد الالكتروني فقد كان يتعين ان ينظم المشرع حماية المستهلك في العقود الالكترونية فيتلافى به النقص الوارد في قانون حماية المستهلك رقم (١) لسنة ٢٠١٠ سيما وان قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية جاء لاحقا في صدوره على قانون حماية المستهلك وهي المسالة المتعلقة بإعطاء المستهلك في العقود الالكترونية عدة ايام يقرر فيها نقض العقد او الاستمرار به في وتسمى cool of period سيما وان العراق بلد مستهلك يتعين حماية مواطنيه تجاه البائعين والموردين من الخارج او التجار والصانعين في الداخل حماية الطرف الضعيف في العلاقة

العقدية سيما وان خيار الرؤية الممنوح للمشتري قد لا يوفر الحماية التي تقررها المادة (١/٥١٧)من القانون المدني العراقي بقولها "١- من اشترى شيئا لم يرد كان له الخيار حين يراه ....." اذ ان فسخ العقد بعد تسلم المبيع قد تحول دونه عقبات تجعل من هذا الخيار بلا جدوى او انه يكون مكلفا للمشتري بما يتطلبه من إجراءات ووقت طويل.

فحماية المستهلك أصبحت شاغل التشريعات الحديثة تنظمها بقوانين خاصة تعطي له خيار العدول عن العقد خلال مدة معينة وتظهر هذه الأهمية في العقود الالكترونية لأنها تنعقد عن بعد بين أطرافها وليس بصورة مباشرة في مجلس العقد والمستهلك ليست لديه الإمكانية لمعاينة السلعة والإلمام بخصائصها او التحقق من خصائص الخدمة التي يتعاقد عليها قبل إبرام العقد الأمر الذي يحتم التمتع بخيار العدول(١٩).

ويلاحظ ان معظم تشريعات حماية المستهلك وخصوصا في التعاقد عن بعد او التعاقد في المنزل تشترط شكلية معينة تتضمن بيانات محددة تهدف الى حماية المستهلك في تعاقده مع المحترفين مع توفير الفرصة له بنقض العقد خلال مدة معينة إذا ارتأى استعمال هذا الخيار وذلك بوجود جزء من ورقة الإيجاب قابلة للفصل عن الورقة الأصلية يحتفظ بها المستهلك لاستعمالها عند العدول. ولكن لم يقرر المشرع العراقي هذه الشكلية في قانون حماية المستهلك ولم يقرر الاعتداد بها ركنا شكليا في عقود الاستهلاك فهو لم يعتد بالكتابة الالكترونية بديلا عن الكتابة التقليدية ومن ثم يصبح الكلام عن هذه المسائل بغير جدوى.

المطلب الرابع

حجية المستندات الالكترونية

المستند الالكتروني هو "المحررات او الوثائق التي تنشأ او تدمج او تخزن او ترسل او تستقبل كليا او جزئيا بوسائل الكترونية بما في ذلك تبادل البيانات الكترونياً او البريد الالكتروني او البرق او التلكس او النسخ البرقي ومحل توقيعا الكترونيا".(م١/١١) ، فمن المعلوم بداهة ان الكتابة التي

يشترطها المشرع على نوعين فهي قد تكون كتابة للإثبات وقد تكون لازمة للانعقاد وهذه الاخيرة تمثل ركنا شكليا للانعقاد في بعض العقود ومن ثم يطرح السؤال في هذا الصدد هل جعل المشرع العراقي الكتابة الالكترونية بديلا للكتابة التقليدية في الإثبات فقط ام بديلا للكتابة بصيغة عامة سواء كانت الكتابة المطلوبة هي للإثبات ام لانعقاد العقد.

الفرع الأول

حجية الإثبات

جاء المشرع العراقي قاطعا في الاعتراف بحجية الكتابة الالكترونية في الإثبات بشرط ان تتوافر شوط معينه حددتها المادة (١٣)من قانون المعاملات الالكترونية، فقد نصت المادة المذكورة على انه "أولا تكون للمستندات الالكترونية والكتابة الإلكترونية والعقود الالكترونية ذات الحجية القانونية لمثيلتها الورقية إذا توافرت الشروط الآتية:

أ- أن تكون المعلومات الواردة فيها قابلة للحفظ والتخزين بحيث يمكن استرجاعها في إي وقت.

ب- إمكانية الاحتفاظ بالشكل الذي تم إنشاؤها أو إرسالها او تسليمها به أو بأي شكل يسهل به إثبات دقة المعلومات التي وردت عند إنشائها أو إرسالها او تسليمها بما لا يقبل التعديل بالإضافة أو الحذف .

جـ- أن تكون المعلومات الواردة فيها دالة على من ينشئها او يسلمها وتاريخ ووقت إرسالها وتسلمها.

كما نصت المادة (١٦)من ذات القانون بأنه "إذا اشترط القانون استخدام توقيع على مستند رسمي او عادي ويرتب أثرا على خلوها منه فان التوقيع الالكتروني إذا أصبح مستندا الكترونيا يكون بديلا عن التوقيع إذا تم وفق أحكام هذا القانون".

ويبدو من ظاهر نص المادة (١٣) من القانون السالف ان المشرع العراقي يتحدث عن الحجية فهو اذا يتحدث عن الإثبات الالكتروني فالنص أعطي للمستند الالكتروني "ذات الحجية لمثيلتها الورقية ولهذا فهو اعتد بالكتابة الالكترونية دليلا كافيا للإثبات أسوة بالمحررات الورقية التقليدية.

و اذا كان ثمة شك فيما إذا كانت الكتابة الالكترونية مطلوبة للإثبات فقط أو أنها تصلح ركنا لانعقاد العقد عندما يتطلب المشرع الكتابة ركنا شكليا في بعض العقود، فان التفسير المنطقي يذهب الى قصر حجية الكتابة الالكترونية للإثبات وليس للانعقاد بحسبان ان الرضائية هي الأصل العام في العقود طبقا لمبدأ سلطان الإرادة وهو المبدأ الذي يهيمن على فكرة العقد ويعطي له أساسه الملزم، فاذا لم يتضح قصد المشرع وثار الشك فيما إذا كان يتطلب الكتابة ركنا شكليا للانعقاد او يقصرها على الإثبات فان مفهوم الكتابة ينصرف الى قصر الحجية على الإثبات دون الانعقاد(٢٠).

الفرع الثاني

شكلية الانعقاد

يفرض المشرع العراقي الكتابة ركنا لانعقاد بعض العقود وتكون الكتابة عندئذ ركنا شكليا فيه كعقد المرتب مدى الحياة الذي لا ينعقد إلا بالكتابة فقد نصت المادة (٩٧٩)من القانون المدني العراقي "العقد الذي يقرر المرتب لا يكون صحيحا إلا إذا كان مكتوبا". ولهذا يطرح السؤال فيما إذا كانت الكتابة الالكترونية تصلح بديلا عن الكتابة التقليدية لانعقاد العقد؟

يبدو ان المشرع العراقي لم يعتد بالكتابة الالكترونية ركنا شكليا لانعقاد هذه العقود، ولا يعتبر العقد مستوفيا لركن الشكلية إذا افرغ العقد في القالب الالكتروني فلا ينعقد تبعا لذلك فصراحة النص تحول دون مد حكم الحجة القانونية للمستندات الالكترونية في الإثبات الى انعقاد العقد.

ويبدو ان بعض التشريعات ومنها قانون المعاملات لإمارة دبي قد افرد نصا صريحا قرر فيه اعتبار الكتابة الالكترونية بديلا عن الكتابة بصورة عامة سواء كانت مطلوبة للإثبات أو للانعقاد فقد نصت

المادة (٩) من القانون السالف بأنه "إذا اشترط القانون خطيا أي بيان أو مستند او سجل أو معاملة ونص على ترتيب نتائج معينة على غياب ذلك فان المستند او السجل الالكتروني يستوفي هذا الشرط طالما تم الالتزام بأحكام الفقرة(١) من المادة السابقة، ويراد بالمادة السابقة الإحالة على المادة (٨) من القانون التي وضعت الشروط الواجب توفرها في المستند الالكتروني للاعتداد بحجيته.

ويجري قانون المعاملات الالكترونية في مملكة البحرين على إعطاء ذات الحجية للمستندات الالكترونية سواء كان ذلك للإثبات او لاستيفاء متطلبات الشكلية فقد نصت المادة (٢/٥) على انه "اذا أوجب القانون ان تكون المعلومات ثابتة بالكتابة أو رتب اثرا قانونيا على عدم الالتزام بذلك، فان ورود المعلومات في سجل الكتروني يفي بمتطلبات هذا القانون بشرط ان تكون المعلومات قابلة للدخول عليها واستخراجها لاحقا عن طريق البث او الطباعة او غير ذلك".

لقد فرض التوجيه الأوربي الصادر في ٨ ايار ٢٠٠٠ على الدول الأعضاء في المجموعة الأوربية في المادة ١٠ انه "لا يجوز أن يكون النظام القانوني المطبق على عملية التعاقد عقبة أمام استعمال العقود الالكترونية ولا أن يؤدي الى حرمان هذه العقود من أثرها ومن صحتها بسبب أنها قد أبرمت بالطريق الالكتروني .

وقد نقل قانون الثقة بالاقتصاد الرقمي الفرنسي هذا التوجيه الى القانون المدني الفرنسي أضاف بمقتضاه مادة جديدة للقانون المدني الفرنسي هي المادة (١١٠٨-١)(٢١) مبدأً عاماً هو انه يجوز للشكل الالكتروني ان يحل محل الشكل الكتابي الورقي المقرر من اجل صحة التصرف بشرط ان تتوافر في هذه الكتابة الشروط التي قررتها المادتان(١/١٣١٦) و(٤/١٣١٦) وهي شروط تتعلق بإمكانية التعرف على شخصية من صدرت منه الكتابة وان تحفظ بشروط يكون من شانها ضمان سلامتها.

فإذا كانت الكتابة ركنا لانعقاد العقد يترتب على تخلفها اثر قانوني وهو بطلان العقد بحسبان هذا الشرط ركنا فيه، فان تخلف أي ركن يترتب عليه البطلان ولما كانت الكتابة الالكترونية تحقق هذا الشرط فان الكتابة تصلح ركنا شكليا ولها نفس حجية الكتابة العادية.

والواقع ان المشرع العراقي قد خطا خطوة متقدمة فيما يتعلق بالتوقيع الالكتروني حيث ساوى بين التوقيع الالكتروني والتوقيع العادي سواء كان المستند رسميا او عاديا(عرفيا)فقد جاء في المادة (١٦) من القانون بأنه "إذا اشترط القانون استخدام توقيع على مستند رسمي او عادي ورتب أثرا على خلوها منة فان التوقيع الالكتروني عليه إذا أصبح مستندا الكترونيا يكون بديلا عن التوقيع إذا تم وفقا لأحكام هذا القانون.

وكان أحرى بالمشرع العراقي أن يقرر اعتبار الكتابة الالكترونية بديلا عن الكتابة بصفة عامة أي سواء كانت الكتابة مطلوبة للإثبات ام للانعقاد وقد كان المشرع العراقي واضحا في استبعاد هذا الأثر في المادة (٣) منه والتي حددت نطاق المعاملات التي يسري عليها القانون والاستثناءات الواردة علية فقد استثنى في البند (د) من الفقرة ثانيا من المادة المذكورة من نطاق تطبيق القانون المعاملات التي رسم لها القانون شكلية معينة وبهذا الاستثناء عبر المشرع عن إرادة صريحة في استبعاد الكتابة الالكترونية عندما تكون الكتابة مطلوبة لانعقاد العقد واقتصار دور الكتابة على الإثبات .

وهذا الذي ذهب اليه المشرع العراقي غير سديد في تقديرنا، وبيان ذلك ان الشكلية في القانون المدني العراقي نوعان شكلية رسمية وشكلية عرفية والشكلية الرسمية في القانون المدني العراقي تتطلب تسجيل التصرف القانوني في الدائرة الرسمية المعنية . فبالنسبة للتصرف الوارد على عقار سواء تعلق بملكية العقار أو حق عيني أصلي او تبعي عليه، فان ركن الشكلية يتحقق بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري(٢٢) اما بالنسبة للمركبات فان استيفاء متطلبات الشكلية يتحقق بالتسجيل في دائرة لمرور المختصة(٢٣) وبالنسبة للتصرفات الواردة على المكائن فان الشكلية المطلوبة هي التسجيل لدى كاتب العدل(٢٤). وقد استبعد المشرع العراقي الشكلية الرسمية من نطاق تطبيق القانون بشكل صريح، أما بالنسبة للشكلية العرفية التي يتطلبها المشرع في بعض العقود فهي شكلية تقتصر على الكتابة دون التسجيل لدى الجهات الرسمية فان المشرع قد استبعدها أيضا، فكل معاملة اشترط لها القانون شكلا معينا استبعدها المشرع من نطاق تطبيق القانون.

فالعقد الذي يقرر المرتب مدى الحياة لا يكون صحيحا إلا إذا كان مكتوبا بمقتضى نص المادة (٩٧٩) من القانون المدني ويترتب على هذا انه لا يمكن إبرام عقد المرتب مدى الحياة الكترونيا فالمشرع لا يعتد بالكتابة الالكترونية لإبرام عقد المرتب كون هذا العقد من العقود الشكلية .

ويبدو ان الذي دفع المشرع العراقي الى هذا المسلك وعدم التسوية بين الكتابة الالكترونية والكتابة التقليدية عندما تكون هذه الكتابة مطلوبة لانعقاد العقد وهو الخشية من اضطراب المعاملات سيما وان هذا النوع من المعاملات لم تنشر على نطاق واسع في العراق بسبب عدم وجود بنية الالكترونية متكاملة وواسعة فضلا عن تقديسه للشكلية بشكل مبالغ فيه ويرتب حكم البطلان على تخلفها، لكن هذا التبرير يفقد جدواه بالنسبة للكتابة العادية المطلوبة ركنا شكليا في عقد المرتب مدى الحياة فكان يقتضي التسوية بين الكتابة الالكترونية والكتابة العادية اذا كانت الكتابة العرفية مطلوبة شكلا للتصرف.

وليس لدينا شك في ان العقود التي يكتفي فيها المشرع بالكتابة العادية لاستيفاء متطلبات الشكلية هي عقود اقل أهمية من العقود الشكلية التي يتطلب شكلية رسمية لها كالبيع والرهن الوارد على عقار او بيع المركبة او بيع المكان والمعدات، والمشرع اذ يقرر مثل هذا النوع من الشكلية فهو يريد ضبط المعاملات والوقوف على حركة هذه الأموال والأيدي التي انتقلت اليها ، لكن هذه الأهمية تختفي في العقود التي يتطلب الكتابة شكلا لإفراغ التراضي فيه ومن ثم لا مبرر لاستبعاد الشكلية الالكترونية العادية من نطاق تطبيق القانون.

الخاتمة

صدر قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٢ في وقت متأخر نسبيا عن موجة التشريعات الالكترونية التي ظهرت في العالم العربي على الرغم من ان العراق كان من الدول السباقة في الحركة التشريعية في القرن العشرين .

وقد يكون لهذا التأخير تبريره في الرغبة في تقنين ما استقر من أحكام المعاملات الالكترونية وقطاف ثمرة التطور التشريعي في هذا المجال ، وهو تبرير قد تكون له درجة عالية من المعقولية لو انه فعل ذلك وقد كان بين يديه طيف واسع من هذه التشريعات، فقد جاء تنظيمه للمعاملات الالكترونية على قدر كبير من التنميط الذي لا يرغب بالخروج عما يمثل قاسما مشتركا بين تلك التشريعات رغم خصوصية التنظيم القانوني للمعاملات في القانون المدني العراقي، فالقانون المدني العراقي يتوسع بشكل ملحوظ في شكلية الكثير من العقود وهي شكلية رسمية يتعين استيفاء متطلباتها لدى الدوائر الرسمية كدائرة التسجيل العقاري والكاتب العدل ودائرة المرور والميناء البحري او الجوي.

لكن توجد الى جانب الشكلية الرسمية ، شكلية غير رسمية وهي اشتراط الكتابة العادية لانعقاد بعض العقود الا ان المشرع العراقي استثنى هذه الطائفة الاخيرة من العقود من الخضوع لنطاقه وما كان عليه ليفعل ذلك.

ورغم ان العراق بلد استهلاكي بامتياز فان المشرع العراقي لم يشر ولو بأطراف بنان الى حماية المستهلك العراقي في العقود التي يبرمها عبر شبكة الانترنت وهي الحماية التي كان على المشرع ان يوفرها في قانون حماية المستهلك الا انه لم يفعل، وكان لا بد من تلافي هذا النقص بقانون المعاملات الالكترونية الا ان هذا القانون جاء خاليا من هذه الحماية.

هوامش البحث

١ – راجع في تطور تكنولوجيا الاتصال وأهميتها د. أسامة ابو الحسن مجاهد: الوسيط في قانون المعاملات الالكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة ، ص١٣ وما بعدها. محمود عبد الرحيم الشريفات: التراضي في تكوين العقد عبر الانترنت،ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٩، ص٢٢ وما بعدها. هبه ثامر محمود: عقود التجارة الالكترونية، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ومكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١١،ص١٧ وما بعدها. د. محمد ابراهيم ابو الهيجاء: التعاقد بالبيع بواسطة الانترنت، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع والدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٢، ص٤٤.د. فائق الشماع: التجارة الالكترونية، مجلة بيت الحكمة– قسم الدراسات القانونية، يصدرها بيت الحكمة، العدد٤، ٢٠٠٠، ص٣٧. بالإضافة الى مراجع ومواقع الكترونية كثيرة تناولت نشأة الكومبيوتر وشبكة الانترنت بإسهاب كبير يمكن الرجوع اليها في مضانها لمن يرغب بذلك.

٢ – رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

٣ – انظر د. عبد الرزاق احمد السنهوري: الوجيز في النظرية العامة للالتزام، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٤، ص٨١.وايضا د. حسن علي الذنون: النظرية العامة للالتزامات، مكتبة السنهوري، بغداد، سنة بلا، ص٦٨. د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري: الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٢، ص٤٧.

٤– David Oughton & Martin Davis: Sourcebook on Contract Law, ٢nd Ed. Cavandish Publishing Limited, London.Sidny,٢٠٠٠,P.٥٤.

٥– MIREILER Antoine, GOBERT Didier et SALAUN Anne, le developpement du commerce electronique: les nouveaux métiers de la confiance , in droit des technologies de regards prospectifs, cahiers de l information C.R.I.D, n ١٦ bruyant, Bruxelles, ١٩٩٩, PP. ٣-٣٢.

٦– J.HUET, " Le Code civil et les contrats e'lectroniques", Le code civil et les contrat;e'lectroniques, contribution ١١,Dalloz ٢٠٠٤. On peut consulter

cet article sur le site de monsieur le Professeur Jer'ome Huet: www.actoba.com/public/jh/R/Code- civil.pdf. The site was visited ٣ Aprl ٢٠١٥.

٧ – د.عابد فايد عبد الفتاح فايد: الكتابة الالكترونية في القانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧ ،ص ١١٦.

٨ – المادة (١١٣٨) من القانون المدني الفرنسي

٩ – جاء قانون الثقة بالاقتصاد الرقمي تنظيما شاملا لمختلف جوانب المعاملات الالكترونية في مختلف جوانب الحياة لكن لما كان مستحيلا الإحاطة بكل جوانب هذه المعاملات فقد اطرد المشرع على الإحالة الى مراسيم تطبيقية (تعليمات). والواقع ان القانون المذكور نظم مسائل عديدة نشير منها تمكين المعاقين من التمتع بخدمات الانترنت والاتصال بالجمهور بالطريق الالكتروني للأغراض الانتخابية وتشجيع النشر عبر الانترنت وحماية الطفولة ومكافحة جرائم الشبكة وكذلك حق الرد عبر الشبكة أسوة بحق الرد في الصحافة التقليدية بالإضافة الى تنظيم العقد الالكتروني. انظر هذه الموضوعات تفصيلا د. أسامة ابو الحسن مجاهد: المصدر السابق، ص٣٦ وما بعدها.–

١٠ – انظر المادة (٢) من القانون.

١١ – يراد بالمواد الشخصية الأحوال الشخصية لغير المسلمين.

١٢ – المادة (٢/٢) من قانون امارة دبي.

١٣ – المادة (٢٦٢) من مرشد الحيران

١٤ – المقصود بالأهلية هي أهلية الأداء وهي صلاحية الشخص لصدور التصرف القانوني على وجه يعتد به قانونا. وللأهلية أهمية في تحديد وصف العقد، فاذا كان الأهلية معدومة كان العقد باطلا وان كانت ناقصة كان العقد موقوفا

وفقا لأحكام القانون المدني العراقي ولهذا كان بحث الاهلية من اولى المسائل التي يجب التصدي لها عند بحث انعقاد العقد.

١٥ – د. أسامة ابو الحسن مجاهد: خصوصية التعاقد عبر الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص١١٣.

١٦ – نفس المصدر، ص١١٣.

١٧ – د. حمودي محمد ناصر: العقد الدولي الالكتروني المبرم عبر الانترنت، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٢، ص٢١٩ والمصادر المشار اليها في هامشها.

١٨ – المادتان (١و٦) من القانون.

١٩ – اما استخدام الانترنت كوسيلة للتعبير عن الإرادة ونقلها فانه ليس في القواعد العامة ما يحول دون استخدام هذه الأداة فلا يقتصر التعبير عن الإرادة على اللفظ او الكتابة أو الإشارة او المبادلة الفعلية بل باتخاذ اي موقف لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على المقصود فعموم المادة (٧٨) من القانون المدني لا يحول دون استخدام الوسيلة الالكترونية في نقل التعبير عن الإرادة الا ان المشكلة تبقى قائمة في كيفية إثبات وجود هذا التعبير ووصوله الى المخاطب به ، فما لم يقرر المشرع الاعتراف بالكتابة الالكترونية فانه يتعذر الاستناد الى وسائل التواصل الالكترونية لإثبات ذلك وهو ما تحقق بصدور قوانين المعاملات الالكترونية التي أعطت حجية لهذه المستندات في الإثبات.

انظر القاضي الدكتور موفق حماد: الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الالكترونية، ط١ ، مكتبة السنهوري– بغداد ومكتبة زين الحقوقية– بيروت،٢٠١١، ص٢١٧. وفكرة خيار العدول للمستهلك بعد التعاقد كانت قاسما مشتركا لتشريعات حماية المستهلك لا نعلم المبررات التي تقف وراء اغفال المشرع العراقي لها في قانون حماية المستهلك وكان يتعين تلافي ذلك في قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية كما تمت الإشارة الى ذلك، للمزيد ينظر الهامش رقم(١٢) من نفس المؤلف وكذلك المصادر التي أوردها في نفس الهامش.

٢٠ – د. أسامة ابو الحسن مجاهد: المصدر السابق، ص٢٨٢.

٢١ – تنص المادة (١/١١٠٨) من القانون المدني الفرنسي على انه عندما تكون الكتابة مطلوبة لصحة التصرف القانوني فان الكتابة التي تتخذ الشكل الالكتروني تفي بذلك اذا توافرت شروط المادتين ١٣١٦–١ و١٣١٦–٤.

٢٢ – انظر على سبيل المثال المادتان ٥٠٨ و ١١٢٦ من القانون المدني المتعلقة بتسجيل عقد البيع الوارد على عقار والمادة ١٢٨٦ الخاصة بتسجيل الرهن التأميني

٢٣ – القسم (٥) فقرة (٥) من قانون المرور رقم (٨٦) لسنة ٣٠٠٤. .

٢٤– المادتان ٣٠و٣١ من قانون الكتاب العدول رقم (٣٣) لسنة ١٩٩٨ .