ISSN: 1999-5601 (Print) 2663-5836 (online)

Lark Journal

Available online at: https://lark.uowasit.edu.iq

*Corresponding author:

Asist Prof D.Sahira Hussein Kadhim AL-Zrkani
University: Wasit University
College: College of Law
Email:

Keywords:
Electronic contract , Legislation , Exceptions , Formality , Personal status .

A R T I C L E I N F O

Article history:

Received	29 Dec 2022
Accepted	0 Mar 2023
Available online	1 Apr 2023

Electronic Transactions and the Exceptions Contained on it in Formal Matters and Personal Status

A B S T R U C T

The emergence electronic of electronic transactions in most areas of daily life has led to the crowding out of paper transactions, as the electronic exchange of data, information and electronic means of communication replaced paper documents. This has given rise to many problems on the ground, both in terms of the legality of these electronic transactions and their authenticity in evidence. In addition, the law require may require the availability of a certain formality in some contracts for their conclusion due to their importance and material value, and some transactions cannot take place through the Internet and electronic means of communication due to their privacy, as in the case of marriage, divorce and other personal status issues.

The various laws related to electronic transactions have permitted the electronic expression of the will when the conditions of the validity and expression of the will are fulfilled. However, most of these legislations went to the exclusion of the application of the rules of electronic equivalence to some important legal actions and preferred that these actions be concluded in the traditional rather than electronic form. This is because of the importance and gravity of this behaviour such as the rights of real estate in which the law requires a certain formality for its holding . These legislations also insisted to exclude issues related to personal status from the electronic transactions department and stipulated that they be concluded through ordinary traditional transactions.

© 2023 LARK, College of Art, Wasit University

DOI: https://doi.org/10.31185/

التعاملات الألكترونية والاستثناءات الواردة عليها في مسائل الشكلية والأحوال الشخصية

أ.م.د.ساهرة حسين كاظم الزركاني/كلية القانون / جامعة واسط

الخلاصة:

لقد كان للتطور في مجال المعلومات والتكنلوجيا دور كبير في ظهور التعاملات الالكترونية الى جانب التعاملات الورقية ولكون تلك التعاملات تمتاز بخصوصيتها العالمية فهي متاحة لكل من يرغب الدخول فيها، الامر الذي خلف اشكالات عديدة على ارض الواقع. ومن اهمها مايتعلق بمدى توافر شكلية معينة في بعض العقود، حيث يشترط القانون في قسم من العقود توافر شكلية

معينة لانعقادها ممادفع القوانين المتعلقة بالتعاملات الالكترونية من استثنائها من دائرة تعاملاتها. كذلك فيما يتعلق بمسائل الاحوال الشخصية ونظرا لخصوصيتها كونها متعلقة باحوال الاشخاص الاسرية وحرصا من المشرع القانوني على حماية الاسرة وابعادها عن كل مايعرضها ويعرض التعاملات المتعلقة بها للخطر، لذا فقد استثناها هي الاخرى من دائرة التعاملات الالكترونية وقصرها على التعاملات الورقية فقط.

الكلمات المفتاحية:

العقد الألكتروني ، التشريعات ، الشكلية ، الأحوال الشخصية.

المقدمة

أفرزت ثورة المعلومات والاتصالات نوع من التعاملات هي التعاملات الألكترونية حيث أصبحت تشكل نسبة كبيرة من حجم التعاقدات الدولية والمحلية وذلك لسرعة وسهولة إبرام العقود الالكترونية وتنفيذها. وان العقد الألكتروني كالعقد العادي يتم عن طريق توافق إرادتين او أكثر على إحداث اثر قانوني ، ولكنه يتميز عن العقد العادي بأنه يتم بوسيلة الكترونية. ونظرا لما تمتاز به الشبكة الدولية من خصائص وسمات ، فالشبكة الدولية متاحة لكل من يرغب الدخول فيها وكذلك لما تمتاز به من الدولية فان ذلك كان له تأثيره الواضح على النظام القانوني للتعاملات الألكترونية.

إشكالية البحث :

أدى ظهور التعاملات الالكترونية في معظم مجالات الحياة اليومية الى مزاحمة المعاملات الورقية ، إذ حل التبادل الالكتروني للبيانات والمعلومات ووسائل الاتصال الالكتروني محل المستندات الورقية ، الأمر الذي أثار إشكاليات عديدة على ارض الواقع سواء من حيث مشروعية هذه التعاملات الالكترونية اومدى حجيتها في الإثبات . أضف الى ذلك إن القانون قد يتطلب توافر شكلية معينة في بعض العقود لانعقادها نظرا لأهميتها وقيمتها المادية ، كما ان هناك بعض التعاملات لايمكن ان تتم عن طريق الانترنيت ووسائل الاتصال الألكتروني نظرا لخصوصيتها كما هو الحال في مسائل الزواج والطلاق وغيرها من مسائل الأحوال الشخصية . كل هذه الإشكاليات وغيرها دعتنا الى ضرورة طرحها على طاولة البحث وفق الخطة الآتية

- **خطة البحث :**

تدور خطة البحث حول مبحثين ، نتناول في المبحث الأول مفهوم العقد الالكتروني وفيه مطلبين نتناول في الأول تعريف العقد الألكتروني ثم نبين في المطلب الثاني خصائص العقد الألكتروني . أما المبحث الثاني فنخصصه للاستثناءات الواردة على التعاملات الألكترونية وفيه مطلبين نتناول في الأول منهما الاستثناءات التي تتعلق بمبدأ الشكلية ونتكلم في الثاني عن الاستثناءات التي تتعلق بمسائل الأحوال الشخصية ومن ثم نختم البحث بخاتمة نثبت فيها أهم ما توصلنا اليه من نتائج مع التوصيات .

- **منهجية البحث :**

تقوم منهجية البحث في موضوع التعاملات الألكترونية والاستثناءات الواردة عليها في مسائل الشكلية والأحوال الشخصية على أسلوب المقارنة بالاعتماد على مجموعة من الوثائق القانونية الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة في هذا المجال ، وكذلك ما صدر عن الاتحاد الأوربي من لوائح وتعليمات بخصوص حماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد . بالإضافة الى بعض المصادر والتشريعات العربية التي تصدت لهذا النوع من التعاقد في قوانينها . مع الاستشهاد ببعض القرارات القضائية في هذا المجال.

المبحث الأول : مفهوم العقد الالكتروني

للوقوف على مفهوم العقد الألكتروني لابد من تعريفه وبيان مدى مشروعيته في مطلب أول ومن ثم بيان خصائصه في مطلب ثان على النحو الآتي:

المطلب الأول – تعريف العقد الألكتروني ومدى مشروعيته

يعتبر العقد من مصادر الالتزام وأهمها ، ولقد افردت التشريعات للعقد مجموعة من الأحكام القانونية من حيث انشائه واركانه وشروطه وآثاره . ويذهب معظم شراح القانون الى تعريف العقد بانه "توافق إرادتين (الايجاب والقبول) على احداث اثر قانوني يثبت في المعقود عليه" (الحكيم،2015،ص19) ، وقد اشارت الى هذا المعنى المادة (73) من القانون المدني العراقي . اما العقد الألكتروني فيعرف بأنه" "اتفاق بين شخصين او أكثر يتلاقى فيه الإيجاب والقبول عبر تقنيات الاتصال عن بعد ، بهدف إنشاء رابطة قانونية او تعديلها او إنهائها" (إبراهيم، 2007،ص277).

أما على مستوى التشريعات الدولية والوطنية، فقد تناولت الوثائق الدولية العقود الألكترونية تحت مفهوم عقود البيع عن بعد. حيث عرف التوجيه الأوربي رقم 97 لسنة 1997 في مادته الثانية عقد البيع عن بعد بأنه "كل عقد يتعلق بأموال او خدمات يبرم بين المورد والمستهلك ضمن إطار نظام بيع او تقديم خدمة عن بعد

ينظمه المورد ، باستخدام عدة جمل تقنية للاتصال عن بعد وصولا الى إبرام العقد وتنفيذه" (مطر ، 2009، ص148).

وعلى صعيد التشريعات العربية فقد عرف القانون الأردني للمعاملات الألكترونية رقم 15 لسنة 2015 في المادة (2) منه المعاملات الالكترونية بأنها "المعاملات التي تنفذ بوسائل الكترونية" . اما المادة (1) من القانون الإماراتي للمعاملات والتجارة الالكترونية رقم 1 لسنة 2006 فقد عرفت المعاملة الألكترونية بقولها "اي تعامل أو عقد او اتفاقية يتم إبرامها أو تنفيذها بشكل كلّي او جزئي بواسطة المراسلات الألكترونية". وبالنسبة للمشرع العراقي فقد عرف العقد الألكتروني في المادة الأولى /ف11 من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الألكترونية رقم 78 لسنة 2012 بانه "ارتباط الإيجاب الصادر من احد المتعاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه والذي يتم بوسيلة الكترونية" .

يلاحظ مما تقدم إن جميع القوانين المذكورة تتفق حول تحديد ماهية العقد الألكتروني كونه يتم بوسيلة الكترونية . ولكن السؤال الذي يطرح هنا ، هل يكفي لابرام العقد اذا ماتوافرت فيه شروط الانعقاد والصحة ، توافق الإرادات الكترونيا ؟

نص التوجيه الأوربي الموحد لعام 1999 صراحة على أحكام التعاقد الالكتروني عندما قرر ان التسجيل الألكتروني يعادل المستند المكتوب خطيا . وتقر اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقد البيع الدولي للبضائع في مادتها العاشرة جواز التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري.(التهامي ، 2008،ص19).

اما بالنسبة للتشريعات العربية فقد أكدت المادة (12\ف1) من القانون الاماراتي رقم 1 لسنة 2006 على جواز التعاقد الألكتروني بقولها "يجوز أن يتم التعاقد بين وسائط الكترونية مؤتمتة متضمنة نظام معلومات الكترونية أو أكثر تكون معدة ومبرمجة مسبقاً للقيام بذلك، ويكون التعاقد صحيحاً ونافذاً ومنتجاً لآثاره القانونية حتى في حالة عدم التدخل الشخصي أو المباشر لأي شخص طبيعي في عملية إبرام العقد في هذه الأنظمة". وقد أجاز المشرع الأردني إبرام العقد الكترونياً بواسطة الرسائل الالكترونية بتقريره في المادة (9) من قانون المعاملات الألكترونية رقم 15 لسنة 2015 : "تعتبر رسالة المعلومات وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة المقبولة قانوناً لإبداء الإيجاب أو القبول بقصد إنشاء التزام تعاقدي" .

كما أجاز المشرع العراقي أن يكون التعبير عن الإرادة الكترونيا حيث جاء في المادة (18/أولا) من قانون التوقيع الألكتروني رقم 78 لسنة2012 "يجوز أن يتّم الإيجاب والقبول في العقد بوسيلة الكترونية" .

يستنتج مما سبق إن القوانين المتعلقة بالمعاملات الألكترونية أجازت التعبير عن الإرادة الكترونيا متى تحققت شروط صحة الإرادة والتعبير عنها ، ولكن بالرغم من هذا الاتفاق الذي ساد التشريعات المختلفة

نلاحظ هناك اختلافاً في وجهات النظر لدى فقهاء القانون حول تسويغ التعاقد الكترونياً وما يترتب عليه من صحة إبرام العقد .

فيذهب فريق من الفقهاء الى منح الشخصية القانونية الى الجهاز الألكتروني الذي يتم بواسطته إبرام العقد ، حيث يعتبر الجهاز الألكتروني بمثابة الشخص القانوني الذي يتمتع بأهلية إبرام العقد ، لكن هذا الرأي غير مقبول من الناحية القانونية ، فالشخصية القانونية مرتبطة بالذمة المالية والجهاز الألكتروني ليس له ذمة مالية ، وبالتالي ليست له شخصية قانونية . ناهيك عن الاعتراف بالشخصية القانونية للشخص الاعتباري مقصور على مجموعات الأشخاص والأموال ولا يمتد إلى الأجهزة وآلالات .(البكري، 1980،ص298).

بينما ذهب فريق آخر الى الأخذ بفكرة النيابة في التعاقد ، حيث يعتبر الجهاز الألكتروني نائباً عن المتعاقد يتعامل باسمه ولحسابه ، ولكن يرد على هذا الرأي بانه كيف يمكن للجهاز عديم الإرادة أن يبرم عقد الوكالة بينه وبين المتعاقد مصدر النيابة المزعومة ؟ (أبو الليل ، 2003، ص71).

اما الفريق الثالث فيرى ان الجهاز الألكتروني هو مجرد وسيلة اتصال تربط بين المتعاقدين، فالجهاز لا يبرم العقد وإنما الشخص هو من يقوم بذلك باستخدام الحاسب الآلي الذي يقتصر دوره على نقل الإرادة وايصالها الى المتعاقد الآخر(ابو بكر العيش، ص37).

وهو مانراه ايضا فالجهاز الالكتروني هو عبارة عن اداة في يد المتعاقد يستخدمها كما يستخدم الاوراق والاقلام للتعبير عن ارادته واعلانها للمتعاقد الآخر.

المطلب الثاني – خصائص العقد الألكتروني

للعقد الالكتروني خصائص ايجابية واخرى سلبية وكما موضح في الفرعين الآتيين :

الفرع الاول- الخصائص الايجابية

يمتاز العقد الألكتروني بصفته العالمية لكونه يتم عن طريق شبكة المعلومات التي تغطي كل دول العالم فالشبكة متاحة لكل من يرغب الدخول فيها حيث تمكن التجارة الألكترونية الشركات من تفهم احتياجات عملائها واتاحت خيارات التسوق أمامهم بشكل واسع ، وهذا بذاته يحقق نسبة رضاء عالية لدى المتعاقدين لاتتيحه وسائل التجارة التقليدية . فالمستهلك يمكنه معرفة الأصناف والأسعار وميزات كل صنف والمفاضلة وتقييم المنتج موضوع الشراء من حيث مدى تلبيته لرغبة وخيارات المشتري (المطالقة، 2008، ص178).

ولكون العقد الالكتروني يتم بواسطة أجهزة وبرامج الكترونية تنقل إرادة المتعاقدين بعضهم إلى بعض دون حضور مادي معاصر لهم فهو عقد ينتمي الى طائفة العقود عن بعد Remote contract وهذا مما يسهل عملية ابرام العقد(عجيل ،2007، ص54).

الفرع الثاني – الخصائص السلبية

بالرغم من المزاياالتي يمتاز بها العقد الالكتروني إلا انه يعيب آلية التعاقد الكترونياً عدة عيوب منها ، إن الكمبيوتر المبرمج مسبقاً وان كان يستطيع شراء السلع أو البضائع أو الخدمات المبرمج على شرائها ، إلا انه قد يشتري منتجا أو خدمة لا تتفق أو تتناسب مع ذوق العميل على الرغم من إن تلك السلعة أو الخدمة تكون مطابقة للشروط الموضوعة في الكمبيوتر. كذلك من السهل الاحتيال والنصب على الكمبيوتر بعدة وسائل عن طريق قراصنة الكمبيوتر (hackers) بشكل بث برامج فايروسية تنتقل بسرعة فائقة وسط الشبكة ، أضف إلى ذلك إن الكمبيوتر لا يستطيع أن يعرف متى يكون التعامل معه جاداً ومتى يكون هزلاً ؟ إضافة إلى إشكاليات أخرى تتعلق بالدفع والتسليم ، والإثبات ، والمحكمة المختصة بنظر النزاع الذي يحصل في مثل هكذا عقود(كتانه ، 2009 ، ص78وما بعدها).

وهناك من يضفي على العقد الألكتروني صفة الإذعان ، باعتبار إن احد العاقدين ينفرد بوضع شروطه وإملاء بنود العقد دون أن يكون للطرف الآخر تعديل هذه الشروط كليا أو جزئيا . ولكن يرد على هذا الرأي بان صفة الإذعان لايكفي فيها أن تحتوي الصيغ العقدية على شروط لاتسمح بالمناقشة وإنما يلزم فضلا عن ذلك أن تكون السلعة أو الخدمة محل التعاقد من الضروريات الأساسية التي يصعب الاستغناء عنها ، وان تكون محل احتكار من جانب الموجب(ابراهيم ،2007، ص293).

المبحث الثاني – الاستثناءات الواردة على التعاملات الألكترونية

أثارت الشكلية ومسائل الأحوال الشخصية حفيظة التشريعات والقوانين المختلفة المتعلقة بالتعاملات الألكترونية فبدأت تتسارع بوضع الحلول لهذه المشكلة . فقد استبعدت معظم التّشريعات بعض التصرفات القانونية الهامة من دائرة التّعاملات الالكترّونية ، وفضّلت ان تبرم تلك التّصرفات في الشكل التقليدي دون الألكترّوني وذلك لأهمية وخطورة هذه التصرفات كالحقوق الواردة على العقار بصفة عامة والتي يتطلب فيها القانون شكلية معينة لانعقادها او لكون تلك المعاملات متعلقة بالتّصرفات الشخصية أو المدنية البحتة ، كالزواج والطلاق والهبة والوصية، وبغية تسليط الضوء على هذه الاستثناءات سنقسم هذا المبحث الى مطلبين على النحو الآتي:

المطلب الأول- الاستثناءات التي تتعلق بمبدأ الشكلية

الأصل في العقود الرضائية ، بمعنى ان العقد يبرم بمجرد ان يتبادل المتعاقدان التعبير عن إرادتيهما دون حاجة إلى إجراء آخر ، وينطبق ذلك بطبيعة الحال على العقد الألكتروني. واستثناء من هذا الأصل العام قد يتطلب القانون إفراغ التّراضي في شكل محدد وهو ما اصطلح على تسميته بالعقود الشكلية .

والشكل الذي تشترطه القوانين غالبا مايكون الكتابة في ورقة رسمية يقوم بتحريرها شخص مكلف قانونا بذلك مثل كاتب العدل(الموثق الرسمي) ، او قد تكون الشكلية في صورة الكتابة العرفية أي لاتحتاج الى تدخل موثق العقود الرسمي(عطية، 1994، ص10).

والسؤال الذي يثارهنا هل يمكن استيفاء الشكلية بمفهومها الذي مر بنا في التعاملات الألكترونية ؟

ذهب البعض إلى إن الشكلية التي يتّطلبها القانون لانعقاد بعض العقود أو التصرفات نظرا لأهميتها وخطورتها لايمكن ان يستغنى عنها بالكتّابة الالكترونية أو التّوقيع الألكتروني ، فمن غير المتصور أن تعقد تصرفات إنشاء الوصية أو الوقف أو معاملات التصرف في الأموال غير المنقولة ومعاملات الأحوال الشخصية عن طريق الانترنيت (علوان ، مج26 ، ص266)

ويذهب اتجاه آخر إلى ان الكتابة الألّكترونية لم تعد قاصرة على الكتابة كوسيلة إثبات ، وإنما تشمل الكتابة كشرط لصحة التصرف (قاسم ، 2005، ص105). فقد حظر التوجيه الأوربي رقم 31 لسنة 2000 على الدول الأعضاء وضع عراقيل أو عقبات أمام الاعتراف بالعقود الألكترونية وحثها على العمل على تطوير تشريعاتها لإقرار المعاملات الألكترونية.

أما على مستوى التّشريعات الوطنية فقد نصت المادة (15) من قانون التوقيع الألكترّوني المصري رقم15 لسنة 2004 على انه "للكتابة الألكترّونية وللمحررات الألكترونية في نطاق المعاملات المدنية والتّجارية والإدارية ذات الحجية المقررة للكتابة والمحررات الرسمية والعرفية في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية متى استوفت الشروط المنصوص عليها في هذا القانون" . كذلك جاء في الفصل (4) من القانون التونسي رقم 83 لسنة 2000 بشأن المبادلات والتجارة الألكترونية على انه "يعتمد قانونا حفظ الوثيقة الألكترونية كما يعتمد حفظ الوثيقة الكتابية" .

كما جاء في المادة (17) من القانون الأردني رقم 15 لسنة 2015 بشأن التّعاملات الألكترونّية "أ- يكون للسجل الألكتروني المرتبط بتوقيع الكتروني محمي الحجية ذاتها المقررة للسند العادي ويجوز لأطراف المعاملة الألكترونية الاحتجاج به".

أما بالنسبة للمشرع العراقي فقد نص هو الآخر في المادة (13)من قانون التّوقيع الألكترّوني رقم 78 لسنة 2012 على انه "اولا: تكّون للمستندات الألكترونية والكتابة الألكترونية والعقود الألكترونية ذات الحجية

القانونية لمثيلاتها الورقية إذا توافرت فيها الشروط الآتية:أ- أن تكون المعلومات الواردة فيها قابلة للحفظ والتخزين بحيث يمكن استرجاعها في أيّ وقت" .

وإذا كانت الشكلية ممكن استيفائها في التعاقدات الألكترونية إلا انه استثناء من هذا المبدأ، فقد استبعدت معظم التّشريعات قسم من التصرفات القانونّية الهامة من دائرة التّعاقدات الالكترونية ، وقصرت إبرامها على الشكل التّقليدي دون الالكتّروني فلابد من إفراغ مضمونها في مستند ورقي له قيمته القانونية ولايتمتع اي مستند بخلافه سواء كان الكتروني او مشفر بهذه الحجية والقيمة القانونية .

فقد أورد القانون الأمريكي للتّوقيع الألكتروني الصادر عام 2000 بعض الاستثناءات التي لاينطبق عليها هذا القانون ، والتي تشمل إنشاء الوصية وأحكام الأسرة وأوراق المحاكم واتّفاقات الإئتمان . وهو ما اخذ به أيضا التوجّه الأوربي بشان الجوانب القانونّية لخدمات مجتمع المعلومات رقم 31 لسنة 2000عندما نص على انه لا ينطبق هذا التوجه على العقود المنشئة أو الناقلة لحقوق الملكية العقارية والعقود التي تتطلب تدخل من المحاكم والسلطة العامة وعقود الكفالة والعقود التي يحكمها قانون الأسرة أو قانون الميراث مثل عقود الوصية والزواج وإشهار الطلاق والتبني*.

أما بالنسبة للتشريعات العربية هي الأخرى قد استثنت بعض المعاملات من دائرة التعاملات الألكترونية ، حيث نص القانون الأردني للمعاملات الالكترّونية رقم 15 لسنة 2015 في المادة الثالثة منه فقرة (ب) على انه:- "الاتسري أحكام هذا القانون على مايلي:"2إنشاء الوقف وتعديل شروطه.3- معاملات التصرف في الأموال غير المنقولة والأموال المنقولة التي تتطلب التشريعات تسجيلها بما في ذلك الوكالات المتعلق بها وسندات ملكيتها" .

وجاء في المادة (2) من القانون الإماراتي للمعاملات والتّجارة الألكترّونية رقم1لسنة2006 مايلي: "2يسري هذا القانون على السجلات والمستندات والتوقيعات الألكترونية ذات العلاقة بالمعاملات والتجارة الألكترونية ، ويستثنى من أحكامه مايأتي:ب0 سندات ملكية الأموال غير المنقولة،ج0السندات القابلة للتداول، د0المعاملات التي تتعلق ببيع وشراء الأموال غير المنقولة والتصرف فيه" (الجريدة الرسمية لدولة الإمارات العربية المتحدة _2006_ع442).

أما قانون التّوقيع الألكترّوني والمعاملات الألكترونّية العراقي رقم 78 لسنة 2012فقد نص في المادة (3) منه على مايلي:"ثانيا-لاتسريّ احكّام هذا القانون على مايأتّي:ب0إنشاء الوصية والوقف وتعديل أحكامهما،ج0 المعاملات المتعلقة بالتصرف بالأموال غير المنقولة بما في ذلك الوكالات المتعلقة بها وسندات ملكيتها وإنشاء الحقوق العينية عليها باستثناء عقود الإيجار الخاصة بهذه الأموال،د0المعاملات التي رسم لها القانون شكلية معينة،ه0إجراءات المحاكم والإعلانات

القضـــائية و0أيّ مســـتّند يتطلـــب القـــانون توّثيقـــه بواســـطة الكّاتـــب الّعـــدل" (الوقـــائع _2012 _ ص21).

وفي محاولـة للحد من الاستثناءات الواردة على موضـوع الشكلية في التّعاملات الألكترونيـة فقد ذهب البعض إلى جواز إبرام كافة أنواع العقود الكترونيا ولـو كانـت عقودا شكلية ، حيث ظهرت مهنـة جديدة فـي مجال المعاملات الألكترونية هي مهنة الموثّق الألكترّوني والذي يتمثل دوره فـي التأكد من هوّيـة المتّعاقدين في مجال التّعـاملات الألكتّرونيـة وتّحديد أهليتّهم القّانونّيـة والتّحقّق من جديـة وسلامة التّعامل الألكتّرونـي (إبراهيم ، 2007، ص155).

ويأخـذ التوجـه الأوربـي لسـنة 2000بفكـرة الموثـق الألكترونـي ويطلـق عليـه اسـم (مقـدم خـدمات التّصـديق) ، كمـا اسـند قـانون المعـاملات والتّجـارة الألكترّونيـة الامـاراتي رقـم1 لسـنة 2006فـي المـادة (1) منـه أعمـال المصـادقة الألكترّونيـة إلـى مايسـمى بمـزود خـدمات التّصـديق والـذي عرفـه بأنـه "ايّ شـخّص أو جهـة معتّمـدة أو معتّـرف بهـا تقـوم باصـدار شـهادات تصـديق الكتّرونيـة او أيـة خـدّمات او مهمّات متعلقة بها والمنظمة بموجب أحكام هذا القانون" .

أمـا فـي العـراق فقـد أوكـل المشـرع مهمـة التّوثيـق الألكترّونـي الـى مايسـمى (بجهـة التّصـديق)، وقـد عرّفـت (المـادة \1) مـن قـانون التوقيـع الألكتّرونـي والتعـاملات الألكتّرونيـة العراقـي بفقرتهـا (الرابعـة عشـره) جهـة التّصـديق بقولهـا: "جهـة التّصـديق : الشـخص المعنـوي المـرخص لـه إصـدار شهادات تّصديق التّوقيع الألكتروني وفق أحكام هذا القانون" .

ومـن الجـدير بالـذكر ان الأخـذ بفكـرة الموثّـق الألكترّونـي لاتشـمل الاسـتثناءات التـي أوردهـا المشرع في المادة (3) من هذا القانون والتي رسم لها المشرع شكلية معينة لإبرامها كما مربنا .

المطلب الثاني : الاستثناءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشّخصية

نظرا لأهمية وخطورة المعاملات المتعلقة بمسائل الأحوال الشّخصية كونها تتعلق بتكوين الأسرة والحقوق والواجبات المتبادلة بين أفرادها ومايتعلق بالأسرة من مسائل النفقة والحضانة والميراث والطلاق وغيرها من الأمور التي تتعلق بالأحوال الشخصية للأفراد والتي تتطلب حضورا ماديا وشخصيا لأفرادها من اجل انجاز المعاملات المتعلقة بها .

لذا حرصت اغلب التشريعات على استبعاد المسائل المتعلقة بالأحوال الشّخصية من دائرة التّعاملات الألكترّونية واشترطت ان يتم إبرامها عن طريق التعاملات العادية التقليدية. حيث استثنى القانون الأمريكي

للتّوقيع الألكترّوني الصادر عام 2000 أحكام الوصية والميراث والمسائل المتّعلقة بالأسرة من أحكام هذا القانون*.

وكما هو الحال في التشريعات الغربية كذلك في التشريعات العربية حيث جاء في المادة (3 / فقرة / ب من القانون الأردني للمعاملات الألكترونية :"لاتسري أحكام هذا القانون على مايلي:1-إنشاءالوصيةوتعديلها..4-الوكالات والمعاملات المتعلقة بالأحوال الشّخصية" . كذلك نصت المادة (2\ف2)من القانون الإماراتي رقم 1 لسنة 2006 الخاص بالمعاملات والتجارة الألكترّونية على انه:"1- يسري هذا القانون على السجلات والمستندات والتوقيعات الالكترونية ذات العلاقة بالمعاملات والتجارة الألكترونية ويستثنى من أحكامه مايلي:أ0المعاملات والمسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية كالزواج والطلاق والوصايا" .

وقد كان للمشرع العراقي الموقف ذاته بخصوص استثناء المعاملات المتعلقة بالّاحوال الشّخصية من دائرة التّعاملات الألكترّونية حيث نص في المادة الثالثة /فقرة ثانيا من قانون التّوقيع الألكترّوني والمعاملات الألكترّونية على انّه"لاتسري أحكام هذا القانون على مايأتي:أ0المعاملات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية . ب0إنشاء الوصية والوقف وتعديل أحكامهما".

وحسنّا فعل المشرّع الوضعي عندما استبعد القضايا المتعلّقة بالّاحوال الشّخصية عن دائرة التّعاملات الألكترّونية كونها من المسائل التي تتعلق بالحلال والحرام من جانب ، وكذلك إن إدخال مثل هكذا مسائل في دائرة التّعاملات الألكترّونية قد يؤدي الى زعزعة الكيان الأسري وانهياره بضغطة زر عن طريق رسالة الكترونية يبعث بها الزوج مثلا الى زوجته يبلغها بأنها طالق، من جانب آخر. لذلك نجد إن الشارع الإسلامي قد احتاط في كثير من مسائل الّأحوال الشّخصية وأحاطها بجملة من الشروط والقيود عند إتمامها او إيقاعها .

فمثلا عند إبرام عقد الزواج لابد فيه من مقدمات كالخطبة وقراءة الفاتحة وهذه المقدمات هي للاستيثاق من جدية طرفي عقد الزواج ورغبتهما في إنشاء حياة مشتركة ، وإذا مارغب الزوج في إنهاء الرابطة الزوجية فهناك شروط وقيود وضعها الشارع الإسلامي بهذا الخصوص وهي ان تّكون الزّوجة في حالة طُهرّ لم يواقها فيه وان يكون الزّوج أهلّا لإيقاع الطّلاق وغير مكره (الكبيسي،بلاسنةطبع، ص216)،وتشترط بعض المذاهب الإسلامية حضور شاهدين اثنين لمجلس الطّلاق حتى يعتبر الطّلاق واقع شرعا،حيث يشترط فقهاء الإمامية حضور شاهدين عدلين عند إيقاع الطّلاق (العاملي،1414،ص25 والحكيم، 2010، ص318).

ولايخفى على احد إن هذه القيود والعقبات التي وضعها الشارع الإسلامي في طريق الزوج إذا ما أقدم على الطلاق قد تثني الزوج عن إرادته في إيقاع الطّلاق هي عبارة عن ضمانة وصمام أمان لديمومة الكيان الأسري والحيلولة دون انهياره .

وقد لوحظ في الآونة الأخيرة بعض من حالات الطّلاق الواقع عبر مواقع التواصل الاجتماعي وان القضاء العراقي لم يكن حاسما في هذا الموضوع بالرغم من إن المشرّع العراقي كان واضحا في استثناء المسائل المتعلقة بالّأحوال الشّخصية من دائرة التّعاملات الألكترّونية كما مر بنا. حيث جاء في قرار لمحكمة التمييز الاتّحادية "عدم صحة الطّلاق الذي أوقعه المدعي (الممّيز) بحق زوجته المدعى عليها (المميز عليها) عن طريق مواقع التواصل الاجتماعي (الواتساب) لمخالفة الطّلاق المذكور أحكام الفقه الذي يتبعه المتداعيان والذي يشترط وجود شاهدين مع الزوج في مجلس واحد عند إيقاع الطّلاق" (القرار التمييزي رقم 8819 \ هيئة الأحوال الشخصية ، 2021، ص253).

فمن الملاحظ في هذا القرار إن المحكمة قد بررت عدم صحة الطّلاق الواقع عبر (الواتساب) هو مخالفة الطلاق لأحكام الفقه الذي يتبعه المتداعيان والذي يشترط حضور شاهدين اثنين مجلس الطّلاق ، وهذا يعني انه لو كان المتداعيان على غير مذهب لكان هذا الطلاق الواقع عبر (الواتساب) صحيحا، في حين إن المشرع العراقي كان واضحا في هذا الخصوص من استبعاد المعاملات المتعلقة بالّأحوال الشّخصية من دائرة التّعاملات الألكترّونية بشكل مطلق بغض النظر عن مذهب أصحاب الدعوى. وهو مانصت عليه المادة الثالثة /فقرة ثانيا من قانون التّوقيع الألكترّوني والمعاملات الألكترّونية العراقي آنفة الذكر بقولها "لاتسري أحكام هذا القانون على مايأتي:أ0المعاملات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية" .

الخاتّمة

إن التطور الحاصل في عصر التكنلوجيا قد قرب المسافات واختزل الإجراءات المطلوبة في إبرام المعاملات وتنفيذ الالتزامات المترتبة عليها . وقد افرز هذا التطور نوع من التّعاملات الالكترّونية التي أثارت في ارض الواقع بعض الإشكالات لدى فقهاء ورجال القانون ولعل من ابرز هذه الاشكالات هي مايتطلبه القانون أحيانا من إفراغ التّراضي في شكل محدد، وكذلك بالنسبة لبعض التّعاملات التي لايمكن ان تتم عن طريق وسائل الاتصال الالكترّوني نظرا لخصوصيتها كما هو الحال في مسائل الّأحوال الشّخصية .

ومن النّتائج والتّوصيات التي تّوصلنا اليها من خلال هذا البّحث هي كالآتي:

اولا- النّتائج

1- إن العقد الالكترّوني ليس استثناء من أحكام وقواعد النظرية العامة للعقد، فهو يتم بالاتفاق والتّراضي ببين طرفين وبالتالي فهو لايخرج في بنائه ومضمونه عن العقد العادي ،كل مافي الأمر

انــه يتميــز بكونــه عقــدا يبــرم عــن بعــد باســتخدام وســائل الكترونيــة مــن أجهــزة وبــرامج معلوماتيــة وغيرها من الوسائل التقنية الحديثة .

2- تمتاز المحررات والتّواقيع الألكترّونية بالحجية نفسها التي تكون للمحررات والتواقيع الخطية .

3- اســتثنت معظــم التّشــريعات قســم مــن التّصــرفات القانونيــة مــن نطــاق التعاقــدات الالكترّونيــة نظــرا لأهميتهــا وخصوصــيتها كــالحقوق الــواردة علــى العقــار بصــفة عامــة والتــي يتطلــب فيهــا القــانون شــكلية معينة لانعقادها ، فضلا عن التصرفات المتعلقة بمسائل الأحوال الشّخصية.

4- ظهــور مهنــة (الموثــق الالكترّونــي)والتــي تبّنتهــا معظــم الّتشــريعات التــي نظمــت التّعــاملات الالكترّونيــة ، والــذي يتمثــل دوره فــي التأكــد مــن هويــة المتعاقــدين فــي مجــال المعــاملات الألكترّونيــة والتّحقق من جدية وسلامة التعامل الالكترّوني .

ثانيا – التّوصيات

1- التأكيــد علــى اســتبعاد المســائل المتعلقــة بالشــكلية والّأحــوال الشّخصــية مــن دائــرة التّعــاملات الالكترّونيــة ، حتــى بعــد ظهــور مهنــة الموثــق الالكترّونــي نظــرا لأهميــة هــذه المســائل وخطورتهــا فــي المجتمع .

2- ضرورة التزام القضاء بما جاء في قانون التّوقيع الالكترّوني العراقي رقم 78 لسنة 2012 فيما يتعلق باستثناء المسائل المتّعلقة بالشكلية والأحوال الشّخصية من نطاق التّعاملات الالكترّونية .

3- توعيــة الأفــراد عــن طريــق مؤسّســات المجتمــع المــدني والمؤسّســات الحكوميــة المعنيــة كمؤسّســة التعلــيم والمؤسّســة الدينيــة بعــدم اللجــوء الــى وســائل التواصــل الاجتمــاعي فــي مســائلهم وتصــرفاتهم المتعلقــة بــأحوالهم الشّخصــية كونهــا مــن الأمــور التــي تــرتبط بكيــان الأســرة التــي هــي نــواة المجتمــع وان المحافظــة عليهــا وإبعــاد التصــرفات المتعلقــة بهــا عــن دائــرة التّعــاملات الالكترّونيــة هــو بمثابــة المحافظــة على المجتمع ككل .

مصادر البحث

أولا- الكتب :

1- د. إبراهيم دسوقي أبو الليل . الجوانب القانونية للتعاملات الألكترونية - مجلس النشر العلمي – الكويت – 2003 .

2- د.أحمد الكبيسي – الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون- ج1- الزواج والطلاق – بلاسنةطبع .

3- د. خالد ممدوح إبراهيم – إبرام العقد الألكتروني – دار الفكر الجامعي – 2007 .

4- د. خيري مصطفى كتانة – التجارة الألكترونية – دار المسيرة – عمان – الأردن – 2009 .

5- د.سامح عبد الواحد التهامي_ التعاقد عبر الأنترنت_ دار الكتب القانونية _ مصر _2008 .

6_ عبد الباقي البكري وزهير البشير- المدخل لدراسة القانون- بيت الحكمة –شركة العاتك لصناعة الكتاب – المكتبة القانونية-بغداد- 1980 .

7- د.عبد المجيد الحكيم وعبدالباقي البكري ومحمد طه البشير –الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي- ج1- مكتبة السنهوري- بغداد- 2015 .

8_ عبد الهادي السيد محمد تقي الحكيم – الفتاوى الميسرة- العبادات والمعاملات – دار المؤرخ العربي – ط9- بيروت - لبنان- 1431- 2010م .

9- د.عصام عبد الفتّاح مطر- التّجارة الالكترّونية في التّشريعات العربية والاجنبية- دار الجامعة الجديدة – الاسكندرية – 2009 .

10_ محمد بن الحسن الحر العاملي- وسائل الشيعة الى تحصيل مسائل الشريعة- مؤسسة آل البيت عليهم السلام لاحياء التراث- قم -1414ه –ج22 .

11- د. محمّد جمال عطّية – الشكلية القانونية – دراسة مقارنة – دار النهضة العربية _1994 .

12- د.محمّد حسن قاسم – التعاقد عن بعد – دار الجامعة الجديدة – ط1- مصر –2005 .

13_ د. محّمد فواز المطّالقة_ الوجيز في عقود التّجارة الألكترّونية_ دار الثّقافة _عمّان _ 2008

ثانيا _البحوث والمجلات القانونية :

1- رامي محمد علوان –التعبير عن الإرادة عن طريق الانترنيت واثبات التعاقد الالكتروني – مجلة الحقوق – جامعة الكويت – مج26- ع4 .

2- د. طارق كاظم عجيل- مجلس العقد الالكتروني – بحث منشور في مجلة دراسات قانونية – بيت الحكمة – ع20- 2007 .

3- مجلة حمورابي- مجلة نصف سنوية – تصدرها جمعية القضاء العراقي – بغداد – شارع المتنبي – س3- ع2- 2021 .

ثالثا_القوانين :

1- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.

2- قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 المعدل- المكتبة الوطنية- ط8-2004.

3- **قانون التوقيع الألكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي** رقم 78 لسنة 2012

منشور في جريدة الوقائع العراقية – ع4256- 2012.

المصادر الالكترونية

- د. الصالحين محمد أبو بكر العيش – جواز التعاقد الألكتروني وبيان ماهيته –كلية القانون – جامعة قاريونس- متاح على الموقع

HTTP:// WWW.LADIS.COM

* التوجه الأوربي رقم 31لسنة 2000 الصادر عن البرلمان الاوربي في 8\حزيران\2000بشان بعض الجوانب القانونية لخدمات مجتمع المعلومات متاح على الموقع

https:\\string fixer.com

* القانون الأمريكي للتّوقيع الالكترّوني الصادر عام 2000 متاح على الموقع الالكتروني

https:\\www.esignly.com

- قانون المبادلات والتجارة الألكترونية التونسي رقم 83 لسنة 2000متاح على الموقع

http://data.over-blog-kiwi.com

-قانون التوقيع الألكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004 متاح على الموقع

https:\\marsd.daamdth.org

- القانون الإماراتي للمعاملات والتجارة الألكترونية رقم 1لسنة 2006-منشور في الجريدة الرسمية لدولة الإمارات العربية المتحدة – السنة السادسة والثلاثون – ع442-2006- متاح على الموقع الالكتروني

www.mohamoon.uae.com

- القانون الأردني للمعاملات الالكترونية رقم 15 لسنة 2015 منشور على الموقع الالكتروني https:\\

Jordan-lawer.com

- قاعدة التشريعات العراقية متاح على الموقع https:\\www.iraqld.hjc.iq

SOURCES

-THE BOOKS:

*D. Abraheem dsoke abo al-lale- Legal aspects of transactions electronic-Scientific Publishing Council-kuwait.

* D. Ahmed AL-Kubaicy-personal status in fkh, judge and the law-part(1)-marriag and divorce-no year print.

*D.Kalid mmdoh abraheem-conclusion of the electronic contract-university thought house.

*D.Kaeri Mustafa kittana-E-Commerce-almasirah house-Amman-Jordan.

*D.Samih abd alwahed altohami-contracting by intrnet-dar legal books-Egypt.
*D. ALsalhen abo baker alashe- the permissibility of electronic contracting and astatement of its nature-college of law-karunis university.
*Abd Albake alpikre and Zuher ALbasher-Introduction to the study of law-house of alhekma-alatek company for the manufacture of book-legal library-baghdad-no year print.

*AbdALhadi mohamed take alhakeem-soft fatwas- worship and transations-berut-labnan.
*D.MOHAMED Gamal Atie- legale formality-house alnahza alarabiy.
*D.Mohamed hasen kasim-remote contracting-the house of algamia algadida-print 1- Egypt.
*D.Mohamed fowaz almotalka- al-wajeez in electronic commerce contracts-house of culture-Amman.

-RESEARCH AND LEGAL JOURNALS:

*****Rami Mohamed alwan-journal of rights- Kuwait university-volume 22- number four.
*D. Tarik kazom ajel- electronic contract council-journal of legal studies-baet alhekma-number towenty.
*Hammurabi journal- Iraqi judicial association – Baghdad-year three-number tow.

-LAWS:

***I**raqi civil law N.41 -year 1951
*****US electronic signature law-year 2000- available on the website-https://www.esignly.com
*European directive-nember 31- year 2000- available on the website-https://www.string fixer.com
*Tunisian exchange and electronic commerce law-nember 83- year 2000- available on the website-https://data.over-blog-kiwi.com
*Egyptian electronic signature law-nember 15- year 2004 - - available on the website-https://marsd.daamdth.org
*UAE law for electronic transactions and comers- nermber 1 –year 2006- available on the website-https://www.mohamoon.uae.com

*Iraqi electronic signature law-nember 78 –year 2012 – Iraqi fact sheet- N.4256-year 2012.
*Jordanian law for electronic transactions – N.15 –year 2015 - available on the website-https://Jordan – lawer.com
*Iraqi legislation base available on the website-https://www. iraqld.hjc.iq