الرافدين للحقوق مجلد (٢/السنة العاشرة) **عدد** (٢٥) **سنة** (٢٠٠٥)
[ص٢٣٥-ص٢٦٩]

الشكلية في العقود الإلكترونية

أ. صالح أحمد عبطان
مدرس القانون الخاص المساعد
كلية القانون / جامعة الموصل

مقدمة :

الشكلية وسيلة من وسائل الصيانة القانونية عرفتها أقدم النظم القانونية وهي لاتزال موجودة في أحدثها إلا أنها تكون بمفهوم متطور .

فقد ظهرت الشكلية في النظم البدائية نتيجة لولع الأقدمين ولعاً فطرياً متأصلاً في النفوس بتجسيد المعنويات وإعطائها كياناً يدرك بالسمع أو بالرؤية يرمزون به إليها لهذا كانت الشكلية (رمزية) تنطوي على حركات خاصة تستجيب لغرائز الإنسان .

وقد كان القانون الروماني في العصر القديم أرضاً خصبة لهذه الشكلية فهذا القانون لم يكن يعرف من التصرفات القانونية إلا ما كان له شكل قانوني إذ أن انعدام الشكل أمر كانت تنفر منه طبيعة الرومان الأقدمين[١] .

ثم بعد ذلك بدأ الرومان يهجر الشكلية شيئاً فشيئاً الى أن وصلوا الى تحجيمها في نطاق ضيق جداً[٢] .

([١]) د. محمد معروف الدواليبي (الوجيز في الحقوق الرومانية وتاريخها) ، ج٢ ، ط١٩٦١، ص٣٣ .

([٢]) د. ابراهيم عبد الكريم الغازي (تاريخ القانون في وادي الرافدين والدولة الرومانية) ، مطبعة الأزهر ، بغداد ١٩٩٣هـ ، ١٩٧٣م ، ص ص٢٢٠ -٢٢٣ .

كما أن الشكلية في كل القوانين (المعاصرة) – إن صح التعبير – ما هي إلا إستثناء أما الرضائية فهي الأصل في هذه القوانين[١] ، ومعنى ذلك أن هناك بعض العقود يجب أن تستوفي الشكلية وإلا عدت باطلة ، ومن جهة أخرى فإن التطور التقني الهائل والمتسارع في عالم اليوم الذي لا يعرف له حدود إلا ما شاء الله ، يلح على ضرورة التخلي عن الأساليب التقليدية في الحياة عموماً والاتجاه الى إشباعها عن طريق الحاسوب والتحاور عن طريق تلك الأجهزة وما توفره من تقريب المسافات وإلغاء الحدود وتخطيها وعدم الاعتراف بها ، وسرعة تلك الأجهزة وسهولة استخدامها . أدى كل ذلك الى ظهور عقود جديدة عرفت بالعقود الإلكترونية ، فما هي تلك العقود ؟

وما مدى إمكانية التمسك بالشكلية التقليدية المعروفة في العقود ، وهل إن (الشكلية الإلكترونية) يمكن أن تحل محل الشكلية التقليدية للتغلب على الصعوبات المتعلقة بإنشاء العقود، اما الشكلية اللازمة لإثبات العقد ، فسوف نستبعدها من نطاق البحث وذلك لعدم اثارتها المشاكل مثلما تثيره شكلية الانعقاد ثم إن شكلية الانعقاد إذا روعيت بقدر من العناية وتم ضبط مواصفاتها الإلكترونية فإن الإثبات الإلكتروني سيصبح ممكناً أيضاً، وبتعبير آخر إن شكلية الإثبات في العقود ماهي إلا نتيجة لشكلية الانعقاد.

وسنقسم هذا البحث الى ثلاثة مباحث كالآتي :

---

(١) ينظر د. السنهوري (نظرية العقد) ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، دون مكان وسنة طبع ، فقرة ١١ ، ص١١٣ وما بعدها، وينظر المادة (٧٣) من القانون المدني العراقي حيث لم تشترط أن يتم العقد بصيغة شكلية معينة وإنما ارتباط الإيجاب بالقبول كافياً لإنشاء العقد ، ينظر : مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني العراقي، ج١ ، مطبعة الزمان ، بغداد ١٤١٩هـ–١٩٩٨م ، ص٩٦ ومابعدها ؛د.مجيد حميد العنبكي (إنشاء العقد في القانون الإنكليزي) ، بحث منشور في مجلة جامعة صدام ، العدد ٣ ، لعام ١٩٩٩، ص٦٨ .

المبحث الأول / تعريف العقد الإلكتروني

المبحث الثاني / الشكلية الإلكترونية

المطلب الأول / الشكلية في الشريعة الاسلامية

المطلب الثاني / الشكلية في القوانين

الفرع الأول / الشكلية العرفية

الفرع الثاني / الشكلية الرسمية

المبحث الثالث / الاستثناءات على مبدأ الشكلية الإلكترونية

المبحث الأول
تعريف العقد الإلكتروني

العقد بصورة مبسطة وموجزة هو اتصال الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه[1] أو هو توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني ، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أو إنهاءه[2] .

بعد ذلك وبعد ما ظهر من وسائل تقنية متطورة يصح التساؤل عن تعريف العقد الإلكتروني، وهل أنه مرادف للعقد التقليدي؟

([1]) د. عبد المجيد الحكيم (نظرية العقد مع المقارنة والموازنة بين نظريات الفقه الغربي وما يقابلها في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي) ، ج١ ، شركة الطبع والنشر الأهلية ، بغداد ، ١٩٦٧ ، ص٦٢ .

([2]) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري (نظرية العقد) ، مصدر سابق ، ص٨١ .

نجد أن بعض التشريعات المنظمة للعقود والمعاملات الإلكترونية قد أوردت تعاريف لهذا العقد ، فقد عرفه التشريع الأردني للمعاملات الإلكترونية بأنه ((الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل إلكترونية كلياً أو جزئياً))[١] .

وعرفه مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري بأنه(كل عقد تصدر فيه إرادة أحد الطرفين أو كليهما أو يتم التفاوض بشأنه أو تبادل وثائقه كلياً أو جزئياً عبر وسيط إلكتروني)[٢] .

وقد بحثنا في تشريع دبي للمعاملات والتجارة الإلكترونية فوجدناه خالياً من تعريف العقد الإلكتروني ، إلا انه أشار في إحدى مواده الى القول إنه (لأغراض التعاقد يجوز التعبير عند الإيجاب والقبول جزئياً أو كلياً بواسطة المراسلة الإلكترونية)[٣] .

مما تقدم نستطيع القول إن العقد الإلكتروني هو ذلك العقد الذي ينعقد بوسائل إلكترونية كلياً أو جزئياً حسب تعبير المشرع الأردني في حين إن المشرع المصري عد العقد الكترونياً لمجرد صدور إرادة أحد الأطراف أو كليهما عبر وسيط إلكتروني، أو حتى لمجرد التفاوض عبر وسيط إلكتروني ، معنى ذلك أن العقد حتى وإن تم بأساليب تقليدية فإنه يعد الكترونياً طالما أن المفاوضات السابقة له تمت الكترونياً .

أما التشريعات العراقية فإنها لا زالت قاصرة عن مجاراة ما يجري حولها على الأقل في نطاق عالم الحاسوب وما يجري من خلاله من معاملات ، لكن يمكن القول إنه في القواعد العامة ما يسعفنا في هذا المجال، إذ أن المادة (٧٣) من القانون المدني العراقي قد نصت على أن العقد هو (ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر

---

(١) المادة الثانية من التشريع الاردني للمعاملات الالكترونية المرقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١ .

(٢) المادة الأولى من المشروع المصري .

(٣) المادة (١/١٣) من تشريع دبي للمعاملات والتجارة الإلكترونية المرقم ٢ لسنة ٢٠٠٢ .

على وجه يثبت أثره في المعقود عليه)[1] ، عليه نلاحظ أن في نص هذه المادة من العمومية ما يكفي لاستيعاب أنواع العقود كافة[2] بما فيها العقود الإلكترونية ، كما أن المادة ٨٨ من القانون المدني العراقي التي عالجت موضوع التعاقد بين غائبين فيها شيء من المعالجة حول هذه المشكلة ومسألة التعرف على تكييف العقود التي تتم بوسائل الاتصال الفوري كالتلكس والفاكس[3] ، إذ جاء في نص هذه المادة (يعتبر التعاقد بالتليفون أو بأية طريقة مماثلة أنه تم بين حاضرين فيما يتعلق بالزمان وبين غائبين فيما يتعلق بالمكان) .

وهكذا الحال مع بقية القوانين حتى تلك التي عالجت موضوع العقود الإلكترونية ، فعلى سبيل المثال في المادة (١٢٥) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي[4] التي نصت على أن(العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر . ويجوز أن تتطابق أكثر من إرادتين على إحداث الأثر القانوني) ، هذا

---

(1) إن نص هذه المادة جاء مقتبساً من الشريعة الإسلامية وبالتحديد من المادة (٢٦٢) من مرشد الحيران .

(2) د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري والاستاذ محمد طه البشير (الوجيز في الالتزام) ، ج١ بدون مطبعة أو مكان طبع ، ١٩٨٠، ص١٩-٢٠ .

(3) د. عباس العبودي (التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجتها في الإثبات) ، دراسة مقارنة ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٧، ص٣٥ وما بعدها .

(4) الصادر بالقانون الاتحادي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ المعدل بالقانون الاتحادي رقم ١ لسنة ١٩٨٧ .

التعريف مأخوذ من المادة ٨٧ من التقنين المدني الأردني[١] . نلاحظ أن جميع المواد أعلاه هي مشابهة لنص المادة ٧٣ من القانون المدني العراقي المستقاة جميعها من الشريعة الإسلامية إذ جاء تعريفها للعقد مستوعباً للصور المستقبلية لهذا الاتفاق ومن الممكن أن تظهر الى الوجود مع تطور عجلة الحياة، وهذا ما حدث مع العقود الإلكترونية ، إلا أن المشرعين الإماراتي والأردني والمشرع المصري أثروا معالجة الموضوع بتشريعات معاصرة بدلاً من تركه لحكم القواعد العامة .

أما على نطاق الفقه فقد عرف العقد الإلكتروني بأنه (اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مضمونة الاتصال عن بعد ذلك بوسيلة مسموعة ومرئية ، بفضل التفاعل بين الموجب والقابل)[٢] .

عليه نتفق مع من يذهب الى تعريف العقد الإلكتروني بأنه (هو ذلك الذي يتم فيه التعبير عن الإيجاب والقبول وتلاقيهما كلياً أو جزئياً من خلال أجهزة إلكترونية قابلة للبرمجة تربط بينها شبكة اتصالات متعددة الوسائط قد تكون مفتوحة أو مغلقة)[٣].

أو أنه ذلك العقد الذي يتم بمجرد اتفاق الأطراف أي صدور الإيجاب والقبول باستخدام تلك التقنيات من الانترنيت وما يوفره من البريد الإلكتروني وإمكانية التحاور

---

(١) التي بدورها اقتبست من المادة (١٠٣) من مجلة الأحكام العدلية والمادة (٢٦٢) من مرشد الحيران .

(٢) أسامة أبو الحسن مجاهد (خصوصية التعاقد عبر الانترنيت) ، بحث مقدم الى مؤتمر "القانون والكمبيوتر والانترنيت" الذي نظمته جامعة الإمارات العربية المتحدة ، من ١-٣ أيار ٢٠٠٠ ، بحوث المؤتمر ، المجلد الثاني ، ص٣٩.

(٣) نقلاً عن د. هادي مسلم يونس (التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية) ، دراسة مقارنة ، أطروحة دكتوراه غير منشورة مقدمة الى كلية القانون/جامعة الموصل ، ٢٠٠٢ ، ص٢٠٦ .

عن بعد وخدمات الويب ، سواء أكانت تلك الأجهزة مبرمجة لغرض التعاقد نيابة عن الأطراف أو أحدهم .

بعد هذا الاستعراض يصح التساؤل عن الفرق بين العقد الإلكتروني والعقد التقليدي؟ ويمكن القول إن هناك فروقاً يمكن إجمالها بما يلي :

١- العقد الإلكتروني غير مثبت على دعامة ورقية على خلاف العقد التقليدي الذي يكون مثبتاً في أغلب الأحوال على دعامة ورقية ففي العقد الإلكتروني تتجرد الآلية التعاقدية من ركيزتها المادية[١] .

٢- إن أطراف العقد الإلكتروني في الغالب يتواجدون في دول مختلفة ويقومون بتنفيذ التزاماتهم الكترونياً عبر حدود تلك الدول كما في عقود الخدمات المصرفية على سبيل المثال وعقود الخدمات الاستشارية القانونية وغيرها ، وفي أحيان أخرى فإن تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد الإلكتروني تتم بطريقة التسليم المادي (أي الطريقة التقليدية) لكن ما نجده في العقد التقليدي فإن تنفيذ الالتزامات يجري بطريقة تقليدية كذلك[٢] .

٣- ويختلف العقد الإلكتروني عن العقد التقليدي بطرق دفع الثمن ، فيتم تسليم المقابل في العقد الإلكتروني بإحدى طرق الدفع الإلكترونية التي قد تكون بطاقة ائتمان، نقود إلكترونية، الدفع بالاستعانة بوسيط ، حافظة النقود الإلكترونية وحافظة

---

(١) د. طوني ميشال عيسى (التنظيم القانوني لشبكة الانترنيت) ، دار صادر لبنان ، ٢٠٠١ ، ص٢٠٦ .

(٢) د. أحمد عبد الكريم سلامة (الانترنيت والقانون الدولي الخاص فراق أم تلاق) ، بحث مقدم الى مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنيت ، المنعقد في الإمارات المتحدة ، بحوث المؤتمر ، عام ٢٠٠٠ ، ص٢٩ .

النقود الافتراضية، أو عن طريق الدفع المباشر ، أما في العقد التقليدي فيتم تسديد الثمن (البدل) بالأسلوب التقليدي المعروف[١] .

بعد استعراض هذه الفروق يظهر تساؤل جديد وهو زمان ومكان التعاقد هل هو بين حاضرين أم أنه تعاقد بين غائبين ، أم أن مكان انعقاده يختلف عن زمانه ؟ .

نقول إن مسألة تحديد زمان ومكان إنشاء العقد الإلكتروني تعد من أهم المسائل القانونية التي تثير الكثير من المشاكل في ظل التعاقد عبر شبكة الانترنيت وذلك بالنظر الى تباعد الطرفين وعدم تواجدهم في مكان واحد واختصار الزمن في نفس الوقت[٢] ، هذا الأمر أدى الى اختلاف التشريعات في تبني مواقف مختلفة من مسألة مكان وزمان الانعقاد ، فنجد على سبيل المثال القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية (الاونسترال) لعام ١٩٩٦ الذي يعد من القوانين العالمية كونه صادراً من لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي Model Law on Electronic Commerce)) .

فقد عالجت المادة (١٥) منه هذه المسألة ، وأخذت بنظرية تسلم القبول في تحديد زمان ومكان إنشاء العقد الإلكتروني فجاء فيها (يقع الاستلام وقت دخول رسالة البيانات نظام المعلومات الذي تم تعيينه أو وقت استرجاع المرسل إليه لرسالة البيانات

---

(١) د. أسامة أبو الحسن مجاهد (خصوصية التعاقد عبر الانترنيت) ، بحث مقدم الى مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنيت ، المنعقد في الإمارات العربية المتحدة ، عام ٢٠٠٠ ، ص٩٧

(٢) لا مجال لاستعراض المشاكل الناجمة عن هذه المسألة بالرغم من أهميتها ، كونها تعد بعيدة عن موضوع البحث نوعاً ما ، لكن سنحاول إيجاز مواقف بعض القوانين التي عالجت المسألة ، ولمزيد من التفصيل حول معرفة أهم المشاكل التي تترتب على تحديد زمان ومكان انعقاد العقد ينظر : د. عباس العبودي ، مصدر سابق ، ص ١٧٣ وما بعدها.

إذا أرسلت رسالة البيانات الى نظام معلومات تابع للمرسل إليه لا يكون هو النظام الي تم تعيينه)[1] .

أما القانون الأردني ، قانون المعاملات الإلكترونية الأردني لعام ٢٠٠١ فقد عالج مسألة تحديد زمان ومكان إنشاء العقد الإلكتروني في المواد (١٧ ،١٨) منه فعالجت المادة (١٧) مسألة تحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني والمادة (١٨) عالجت مسألة تحديد مكان انعقاد العقد، فنجد أن المادة (١٧) نصت على أنه (أ- تعتبر رسالة المعلومات قد أرسلت من وقت دخولها الى نظام معالجة معلومات لا تخضع لسيطرة المنشئ أو الشخص الذي أرسل الرسالة نيابة عنه مالم يتفق المنشئ والمرسل اليه على خلاف ذلك) .

أي أن القانون الأردني قد أخذ بموقف القانون النموذجي في تبنيه نظرية تسلم القبول فيحدد ذلك بالوقت الذي يتم فيه دخول رسالة المعلومات الى نظام لا يخضع لسيطرة المنشئ .

أما المادة (١٨) فقد عالجت مكان دخول الإنشاء فجاء فيها (أ- تعتبر رسالة المعلومات قد ارسلت من المكان الذي يقع فيه عمل المنشئ ، وأنها استلمت في المكان الذي فيه مقر عمل المرسل اليه ، إذا لم يكن له أي مقر عمل يعتبر مكان إقامته مقراً لعمله ما لم يكن منشئ الرسالة والمرسل اليه قد اتفقا على غير ذلك .

ب- إذا كان للمنشئ والمرسل اليه اكثر من مقر لأعماله فيعتبر المقر الأقرب صلة بالمعاملة هو مكان الإرسال او التسليم وعند تعذر الترجيح يعتبر مقر العمل الرئيسي هو مكان الإرسال أو التسليم) .

([1]) المادة (١٥/٢/١) من القانون النموذجي (الاونسترال) .

نجد أن المادة (١٨) حددت مكان انشاء العقد الإلكتروني بمقر عمل المرسل اليه ، وطبيعي أن المقصود بمقر العمل هو المكان الذي يوجد فيه جهاز الحاسوب الذي قام بتلقي رسالة المعلومات (البيانات) المرسلة من المنشئ (الموجب) ، هذا في حالة إذا ما كان للمرسل إليه مقر عمل واحد فقط ، أما في حالة تعدد مقرات المرسل إليه فيعد المحل الذي ينعقد فيه العقد الإلكتروني هو (المحل الأقرب صلة) من حيث صلته بهذا النوع من العقود ومدى قربه وصلته بمكان إرسال البضائع ومكان تسليمها ، وفي حالة تعذر الترجيح بين المواقع المتعددة (مقرات العمل) من حيث صلتها بموضوع العقد الإلكتروني ففي هذه الحالة يجب علينا اعتبار محل الإدارة الرئيسي هو مكان للرسائل والتسليم للبضائع .

المبحث الثاني
مبدأ الشكلية في التعاقد

هذا المبدأ هو مبدأ عام في الشريعة والقانون ، ولكن تختلف أوجه الأخذ به أي هل أنه أصل والاستثناء الرضائية أم العكس ، للإجابة على ذلك أثرنا التعريج على مبدأ الشكلية في الشريعة أولاً ثم في القوانين ، وهذا ما عالجناه في مطلبين متتاليين .

المطلب الأول : الشكلية في الشريعة الإسلامية

في الشريعة الإسلامية كقاعدة عامة يمكن القول إن قاعدة الرضائية تسمو على مبدأ الشكلية في ميدان العقود من خلال صريح القرآن الكريم بقوله تعالى

((يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُبْ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلْ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئًا فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ

أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنْ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا وَلَا تَسْأَمُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَى أَجَلِهِ ذَلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَى أَلَّا تَرْتَابُوا وَأَدْنَى أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ وَإِنْ تَفْعَلُوا فَإِنَّهُ فُسُوقٌ بِكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَيُعَلِّمُكُمْ اللَّهُ وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ))[1] .

إذ جاء في تفسير تلك الآية (في قوله تعالى " فاكتبوه" يعني الدين والأجل ، ويقال أمر بالكتابة ولكن المراد الكتابة والإشهاد ، لأن الكتابة بغير شهود لا تكون حجة ، ويقال أمرنا بالكتابة لكي لا ننسى)[2] وقد اختلف الفقهاء المسلمون إلى أن الكتابة هي ركن للانعقاد أم هي للإثبات كما يأتي :

الرأي الأول : وهو ما ذهب إليه الطبري ، وإبن جريح ، إذ قالوا أن كتب الديون واجب على أربابها ، فرض بموجب هذه الآية .

([1]) سورة البقر ، الآية (٢٨٢) .

([2]) وقد ورد في تفسير الآية أيضاً أن الغاية من الكتابة هي للإثبات وعدم الإنكار عند المنازعة إذ (أن أول من مجد آدم عليه السلام أن الله أراه ذريته فرأى رجلاً أزهر ساطعاً نوره فقال يارب من هذا قال هذا إبنك داود قال يارب فما عمره قال ستون سنة قال يارب زده في عمره فقال لا إلا أن تزيده من عمرك قال وما عمري قال ألف سنة قال آدم فقد وهبت له أربعين سنة قال فكتب الله عليه كتاباً وأشهد عليه ملائكته فلما حضرته الوفاة جاءته الملائكة قال أنه بقي من عمري أربعون سنة قالوا إنك قد وهبتها لأبنك داود قال ما وهبت لأحد شيئاً قال فأخرج الله تعالى الكتاب وشهد عليه ملائكته في رؤية – وأتم لداود مئة سنة ولآدم عمره ألف سنة) ينظر أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، ج٣ ، دار الكاتب العربي للطباعة والنشر ، ١٣٨٧ هـ – ١٩٦٧م ، ص٣٨٢ .

الرأي الثاني : وهو ما أخذ به الجمهور قالوا إن الأمر بالكتابة ، ندب الى حفظ الأموال وإزالة الريب وإذا كان الغريم تقياً فما يضره الكتاب[١] .

وبذلك نجد أن الأصل في الشريعة الإسلامية هو أن الشكل يجد له مكاناً واضحاً في مجال العبادات ، بسبب طبيعتها الخاصة ، وذلك ما نجده واضحاً في فريضة الصلاة والحج بوجه خاص ، وكذلك الأمر في قراءة القرآن ، حيث لا يجوز للمسلم غير العربي أن يتلو القرآن الكريم في الصلاة بغير اللغة العربية ، اعتباراً بأن القرآن الكريم هو كلام الله تعالى المنزل على رسوله(صلى الله عليه وسلم) باللفظ العربي المنقول إلينا بين دفتي المصحف نقلاً متواتراً لا شبة فيه[٢] .

أما في مجال المعاملات فإنما يتبع القصد ولا أهمية تذكر للشكل بصورة عامة سواء أكان لفظياً أو كتابياً ، وهذا ما ذهب إليه الأستاذ الشيخ علي الخفيف بقوله " إنها تنعقد بكل ما يدل على مقصود العاقدين دلالة واضحة من قول أو فعل جرى به العرف ، أو لم يجر ، ليس لذلك حد مقرر سوى ما ذكرنا ، لا في شرع ولا في لغة بل يتنوع ويتعدد بتنوع الإصلاحات وتنوعها، كما في تنوع اللغات وتعددها ، فإن لمعنى البيع والإجارة والرهن وغيرها من العقود ألفاظاً كثيرة متعددة في جميع اللغات ولا يجب على الناس التزام لفظ منها ، وكذلك تنوع الكتابة عند الكاتبين ، والإشارة عند الأخرس

---

(١) المصدر السابق ، ص٣٨٢ .

(٢) د. محمد وحيد الدين سوار (الشكل في الفقه الإسلامي) ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٨ ، ص٢٣ .

، فلا يتقيد بكتابة خاصة ولا بإشارة خاصة مادام الإفهام متوافراً ، لأنه المناط وما اعتبرت الألفاظ والكتابة والإشارة ، إلا دوال عليها"[1] .

المطلب الثاني
الشكلية في القوانين

الأصل في القانون كما هو في الشريعة الإسلامية أن الأصل في العقود الرضائية ومبدأ الشكلية ما هو إلا استثناء[2] ، وإذا اشترط القانون شكلاً معيناً فإنه يهدف منه تنبيه المتعاقدين الى خطورة ذلك التصرف المقدمين عليه[3] .

ومبدأ الشكلية معروف في نطاق العقد ، إلا أنه ينبغي عدم الخلط بين الشكل الذي يفرضه القانون لإثبات العقد وبين الشكل الى يفرضه لتكوين العقد ، فإذا فرض القانون شكلاً معيناً لإثبات العقد ، فإن ذلك لا يمنع من أن ينعقد ذلك العقد رضائياً ويكون صحيحاً ومستوفياً لأركانه إذا انعقد بأية صورة كانت[4] وعليه نستبعد شكلية الإثبات من نطاق البحث ونبقي على شكلية الانعقاد وبعد هذا فهل يتفق العقد الإلكتروني مع الشكلية ؟

---

(1) الشيخ علي الخفيف (أحكام المعاملات الشرعية) ، بدون مكان وسنة طبع ، ص ص ١٥٥-١٥٦ .

(2) د. عمر السيد أحمد عبد الله (إبرام العقد في قانون المعاملات المدنية الإماراتي) ، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ، دار النهضة العربية، القاهرة ، ١٩٩٥ ، ص١٠

(3) د. فائق محمود الشماع (الشكلية في الأوراق التجارية) ، بحث منشور في مجلة القانون المقارن ، العدد العشرون ، السنة الثالثة عشر، تصدر عن جمعية القانون المقارن ، بغداد ، ١٩٨٧ ، ص١٢٥ .

(4) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني العراقي ، مصدر سابق ، ص٩٠ .

فإذا كان الجواب بنعم فكيف يمكن الوصول الى تحقيق الانسجام والتوافق بين تلك الشكلية وبين الوسائل التقنية السريعة المتباعدة في الغالب لانعقاد العقد ، خصوصاً إذا ما اشترط القانون أن تستوفي تلك الشكلية كركن من أركان الانعقاد ، هذا ما سنحاول الإجابة عنه ، نجد أن الشكلية إن كانت مفروضة بنص القانون كركن من أركان الانعقاد ، لا تعدوا أن تكون أما لتنبيه المتعاقدين الى خطورة التصرف الذي يقدمان عليه أو مجرد حماية للغير[١] ولا يهم بعد ذلك نوع الشكلية هل أنها تتجسد بالكتابة فقط من قبل المتعاقدين كما في عقد الصلح[٢] أو العقد الذي يقرر مرتباً مدى الحياة[٣] أو عقد التأمين على حياة الغير[٤] ، أي دون اشتراط تصديقها من دائرة معينة أو موظف مختص ، أو وجوب تسجيل ذلك العقد في السجلات الرسمية كما في عقد بيع العقار ورهنه وسائر التصرفات الواردة عليه[٥] أو عقد الرهن التأميني (أو الرسمي كما تسميه بعض القوانين)[٦] .

وان كنا أمام هذه الشكلية التساؤل الذي يمكن أن يثار هو مدى إمكانية التوصل الى تحقيق تلك الشكلية من خلال العقود الإلكترونية او من خلال أجهزة الحاسوب ، ولا سيما وأننا قد عرفنا أن من أهم خصائص تلك العقود هو تباعد الطرفين مكانياً أو

---

(١) د.عبد المجيد الحكيم (نظرية العقد) ، مصدر سابق ، ص٩٣ .

(٢) المادة (٧١١) من القانون المدني العراقي .

(٣) المادة (٩٧٩) ، مدني عراقي .

(٤) المادة (٩٢٢) ، مدني عراقي .

(٥) (٥٠٨) مدني عراقي .

(٦) المادة (١٢٨٦) مدني عراقي والمادة (١٤٠٠) من قانون المعاملات المدنية الاتحادي لدولة الإمارات .

اقترابهم زمنياً وتحاورهم من خلال وسائل وأساليب إلكترونية حيث يتم التعاقد من خلال أساليب إلكترونية تتمثل في تبادل رسائل البيانات الكترونياً .

اتفقنا سابقاً على أن الشكلية كركن من أركان العقد لا تعدو أن تكون أما مجرد كتابة أو وجوب التسجيل في سجل رسمي ، وسنعالج الأمر كلا على حدة في فرعين متتاليين :

الفرع الأول
الشكلية العرفية

يقصد بهذه النقطة أن القانون لم يحتم على المتعاقدين وجوب الوصول الى موظف رسمي أو دائرة وسجل رسمي لغرض توثيق عقدهم وإنما اشترط عليهم وجوب كتابة العقد بينهم فقط كي نقول بعد ذلك إن العقد قد ولد ، ولا يهم إن وثق العقد بعد ذلك أمام موظف أو سجل في سجل خاص لتوثيق العقود ، والأمثلة على ذلك كثيرة مثل عقد الصلح والعقد الذي يقرر مرتباً مدى الحياة وعقد التأمين على حياة الغير[1] .

نجد أن المادة (١٣) من تشريع المعاملات الإلكترونية الأردني رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١ نصت على (تعتبر رسالة المعلومات وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة المقبولة قانوناً لإبداء الإيجاب والقبول بقصد إنشاء التزام تعاقدي) .

ثم إن المادة (٧/أ) من نفس القانون كانت قد نصت على (يعتبر ... التوقيع الإلكتروني منتجاً للآثار القانونية ذاتها المترتبة على الوثائق والمستندات الخطية والتوقيع الخطي بموجب أحكام التشريعات النافذة من حيث إلزامها لأطرافها أو صلاحيتها في الإثبات) .

---

(1) المواد (٩٧٩، ٧١١ ، ٩٩٢) من القانون المدني العراقي .

وإذا استعرضنا قانون دبي للمعاملات والتجارة الإلكترونية رقم ٢ لسنة ٢٠٠٢ نجد أن المادة (١٣) منه نصت على (١- لأغراض التعاقد يجوز التعبير عن الإيجاب والقبول جزئياً أو كلياً بواسطة المراسلة الإلكترونية ، ٢- لا يفقد العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد أنه تم بواسطة مراسلة إلكترونية واحدة أو أكثر)[١] .

كما أن نص المادة ٩ من قانون دبي للمعاملات قطع كل شك في إمكانية الاحتجاج والتمسك بالشكلية والكتابة وإن كانت إلكترونية ، إذ نصت على (إذا اشترط القانون أن يكون خطياً أي بيان أو مستند أو مسجل أو معاملة أو بينة أو نص على ترتيب نتائج معينة في غياب ذلك فإن المسند أو السجل الإلكتروني يستوفي هذا الشرط) .

بعد استعراض هذه النصوص نستطيع الجزم بأن الشكلية إن كانت ركناً من أركان العقد وإن كانت مشترطة أن تمثل بالكتابة من المتعاقدين فقط دون أن توثق في دائرة رسمية (سجل رسمي) أو أمام موظف مختص ، فإنه يمكن أن تحل الشكلية الإلكترونية محل الشكلية التقليدية ، بعد أن اعترفت تلك القوانين بأن التوقيع الإلكتروني وهو أهم شرط من شروط الكتابة يصح الاعتماد عليه ويصح الاحتجاج به في مواجهة من ينكره[٢] .

ثم إن هذه النتيجة تلزمنا بوجوب التدقيق في مسألة التوقيع الالكتروني ومدى دلالته على موقعه ، إذ أن التوقيع الإلكتروني قد يستطيع أي شخص أن ينكره بسهولة

---

(١) وقد عرف تشريع دبي في مادته الثانية المراسلة الإلكترونية بأنها (إرسال أو استلام الرسائل الإلكترونية) وعرفت ذات المادة الرسالة الإلكترونية بأنها (معلومات إلكترونية ترسل أو تستلم بوسائل إلكترونية أياً كانت وسيلة استخراجها في المكان المستلمة فيه) .

(٢) ينظر على سبيل المثال المادة (٧/أ) من تشريع المعاملات الإلكترونية الأردني رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١ ، وقد استعرضناها في الصفحة السابقة .

على خلاف التوقيع التقليدي الذي لا يمكن التملص منه بسهولة ، لما فيه من ضمانات مهمة في إمكانية الوصول الى شخص موقعه ونسبته إليه ومن تلك الضمانات على سبيل المثال خط اليد وحركتها والبصمة ودلالتها[1] .

نقول ان التوقيع الإلكتروني إذا ما ضبط وأحيط بضمانات وتأكيدات وإمكانيات في نسبته الى شخص موقعه نستطيع بعد ذلك تلافي الصعوبات في تطمين المترددين حول الاعتراف بالشكل الإلكتروني بدلاً من الشكل التقليدي .

وهذا ما حاول فعله قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي رقم ٨٣ لسنة ٢٠٠٠ إذ أن هذا القانون وبعد أن اعترف في مادته الخامسة بالتوقيع الإلكتروني وصحته وإمكانية الاحتجاج به نصت المادة (٥) من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي رقم ٨٣ لسنة ٢٠٠٠ على أنه (يمكن لكل من يرغب في إمضاء وثيقة إلكترونية إحداث إمضاؤه الإلكتروني بواسطة منظومة موثوق بها يتم ضبط مواصفاتها التقنية بقرار من الوزير المكلف بالاتصالات). عاد في المادة السادسة منه محاولاً إحاطة ذلك التوقيع الإلكتروني بالضمانات الكافية واللازمة لغلق باب الشك حول جدية التوقيع الإلكتروني إذ نصت المادة السادسة منه على ما يلي :

يتعين على كل من يستعمل منظومة إمضاء إلكتروني :

أ. اتخاذ الاحتياطات التي يتم ضبطها في القرار المنصوص عليه بالفصل (٥)[2] من هذا القانون لتفادي كل استعمال غير مشروع لعناصر التشفير أو المعدات الشخصية المتعلقة بإمضائه .

---

(1) د. عباس العبودي ، أحكام قانون الإثبات المدني العراقي ، مطبعة جامعة الموصل ، ١٩٩١ ، ص١٦٢ وما بعدها .

(2) المقصود المادة (٥) من القانون .

ب. إعلام مزود خدمات المصادقة الإلكترونية بكل استعمال غير مشروع لإمضائه .

ج. الحرص على مصادقة كافة المعطيات التي صرح بها لمزود خدمات المصادقة الإلكترونية ولكافة الأطراف التي طلب منها أن تثق في إمضائه .

كل هذه كانت ضمانات للحصول على توقيع موثوق به أنه لزيد أو عمرو من الناس دون التردد بعد ذلك في التعاطي أو التعاقد معه .

لاحظنا في هذا الجزئية أن الشكلية في العقد كانت ممكنة التحقيق إن كانت ممثلة بالكتابة فقط (الشكلية العرفية) دون اشتراط تصديقها من دائرة معينة أو وجوب توثيقها في سجل معين، فإذا كانت كذلك هل من الممكن التوفيق بينها (الشكلية الرسمية) وبين إلكترونية العقد ، هذا ما سنحاول إن شاء الله معالجته في الفرع الثاني .

الفرع الثاني
الشكلية الرسمية

بعض العقود لا تكون صحيحة ما لم تستوف الشكلية بتصديقها من جهة معينة كعقود بيع الماكنة فإنها لا تكون صحيحة ما لم تسجل في دائرة لكتاب العدل أو التصرفات المتعلقة بالعقار سواء أكانت متعلقة ببيعه أو رهنه فالسؤال بعد ذلك هو كيفية التوفيق بين إلكترونية العقود وبين اشتراط القوانين وجوب تسجيل العقد في تلك الدوائر ووجوب تصديقه من الموظفين المختصين ، إذا ما قرأنا نص المادة (٦) من تشريع القانون التونسي المذكورة آنفاً نجد أنه حاول الاستعانة بجهة ثالثة (محايدة) لضمان التثبيت والتأكد من هوية المتعاقد قبل المتعاقد الأخر ، وبالتالي فإن هذه الطريقة توفر تأكيداً بأن العقد قد تم مع الشخص المطلوب المتعاقد معه بعد التأكد من هويته وتوقيعه الإلكتروني الذي نظم أيضاً من خلال تقنية الترميز أو التشفير ، ونود أن نشير إلى أن هذين الحلين

لم يمثل أحدهما بديلاً عن الآخر بل أن أحدهما كان مكملاً للآخر ، وهذا التشفير قد يكون ممثلاً بأجهزة فحص شبكية العين أو فحص الإبهام أو كل اليد أو أجهزة فحص الصوت حسب نظام الترميز أو التشفير الذي يرغب فيه العميل[1] .

وقد اختلفت التسميات التي تطلق على من يتولى هذه المهمة فنجد أن تشريع المبادلات والتجارة الإلكتروني التونسي يطلق عليه تسمية (مزود خدمات المصادقة الإلكترونية) في حين سماه تشريع دبي للمعاملات والتجارة الإلكترونية (مزود خدمات التصديق) وأطلق عليه مشروع قانون التجارة الإلكتروني المصري (جهة اعتماد التوقيع الإلكتروني)[2] .

كما عرفه الشراح بأنه (هيئة أو جهة عامة أو خاصة تصدر شهادة إلكترونية ، هي عبارة عن سجل معلوماتي يتضمن مجموعة من المعلومات تتعلق بطلب الشهادة والجهة المانحة لها وتاريخ صلاحية الشهادة)[3] . إذن بعد ذلك تصدر شهادة عن مزود خدمات التصديق تسمى بـ (شهادة المصادقة الإلكترونية) ، وهذه الشهادة عرفتها المادة (٢) من التشريع التونسي بأنها (الوثيقة الإلكترونية المؤمنة بواسطة الإمضاء الإلكتروني للشخص الذي أصدرها والذي يشهد من خلالها أثر المعاينة على صحة البيانات التي تتضمنها) .

([1]) نادر الفرد قاموش (العمل المصرفي عبر الانترنيت) ، ط١ ، الدار العربية للعلوم ، بيروت ، ٢٠٠١ ، ص٥٠ .

([2]) وقد عالجنا مسألة المصادقة والضمانات على التوقيع في التشريع فقط وكان ذلك على سبيل المثال ، ولمن أراد الاستزادة مراجعة تلك القوانين .

([3]) د. طوني عيسى ، المصدر السابق ، ص٢٠٥ .

وعلى العموم يمكن تلخيص مهام مزود الخدمات بأنه يصدر شهادة المصادقة ، ثم أنه ملزم بمسك سجل إلكتروني لشهادات التصديق يكون متاحاً للإطلاع عليه من قبل صاحب الشهادة ويتضمن هذا السجل عند الاقتضاء تاريخ تعليق أو إلغاء الشهادات . ويجب عليه حماية هذا السجل من أي تغيير غير مرخص به[١] ، ثم أنه ملزم بالمحافظة على سرية المعلومات المقدمة وبذل عناية معقولة[٢] ، ويجب أن يستخدم نظماً وموارد بشرية موثوقاً بها[٣]، وأخيراً هو مسؤول مسؤولية مدنية وجنائية[٤] .

إن المركز القانوني لمزود خدمات التصديق قد أثير بشأنه خلاف حول تكييفه فحاول البعض مقارنته بمركز الكفيل والضامن وغيرهم[٥] ، والبعض الآخر ذهب الى ترجيح وإبراز فكرة تشبيه المركز القانوني لمزود خدمات التصديق بكاتب العدل إذ اطلقوا عليه تسمية "الكاتب العدل الإلكتروني"[٦] ، والبعض الآخر ذهب الى القول بعدم الأخذ بهذه الفكرة أو تلك وإنما قال إن المركز القانوني لمزود خدمات التصديق هو عبارة عن

---

(١) المواد (١٢ ، ١٣ ، ١٤) من التشريع التونسي .

(٢) لا ندري ما المقصود بالعناية المعقولة لكن على الأرجح المقصود بها هي معيار الرجل المعتاد .

(٣) المادة (١٥ / تونسي) ، المواد (٢٣/٤/ب ، د) من قانون دبي .

(٤) المواد (٢٢) تونسي ،(٢٤/٤) من قانون دبي والمادة (٤٤) تونسي ، ٣١ من تشريع دبي.

(٥) د. طوني عيسى ، المصدر السابق ، ص٢٠٦ .

(٦) باسيل يوسف (الجوانب القانونية لعقود التجارة عبر الحواسيب وشبكة الأنترنيت والبريد الإلكتروني) ، مجلة دراسات قانونية ، بيت الحكمة ، بغداد ، العدد ٤ ، السنة ٢ ، ٢٠٠٠ ، ص٢٦ .

مركز قانوني جديد ظهر وبرزت أهميته مع استغلال شبكة المعلومات بشكل واسع في مجال التجارة والمعاملات والعقود عامة[1] .

وما نذهب إليه هو ترجيح الرأي المنادي بتشبيهه بمركز الكاتب العدل خاصة في الدول التي لم تصدر منها تشريعات كافية وافية في إعطاء الوصف القانوني الملائم لهذا المركز ، ومن جهة أخرى لما يقوم به من توفير ضمانات وتأكيدات واحتفاظ بنسخة من العقد من هويات المتعاقدين وبصماتهم والشفرات الأخرى للراغبين باستعمالها .

نستطيع أن نجزم بعد ذلك فنقول إن الشكلية التقليدية المتمثلة بالكتابة باتت تعوض عليها الشكلية الإلكترونية فبدلاً من السجلات التقليدية لمختلف الأشخاص والدوائر هناك السجلات الإلكترونية وبدلاً من الكاتب العدل توفر مزود خدمات التصديق وبدلاً من التوقيع التقليدي هناك التوقيع الإلكتروني وهناك الرسالة الإلكترونية وبالتالي ظهر العقد الإلكتروني ولا يهم بعد ذلك إن كان هذا العقد رضائياً أم شكلياً .

لكنه مع كل تلك البدائل فإن هنالك جملة عقود وتصرفات تأبى بطبيعتها أن تروض وتجند تحت الإلكترونيات وارتضت لنفسها أن تبقى في زاوية الورق والسجلات التقليدية لا لأنها غير راغبة في مسايرة الحياة بل العكس تماماً لخطورتها ومساسها وتحديدها المباشر لمجريات الحياة وأهميتها فيها فآثرت القوانين إبقاءها في الإطار التقليدي ، هذه العقود سناول التعرف عليها من خلال المبحث الثالث والأخير .

---

(1) د. هادي مسلم ، المصدر السابق ، ص١٧٤ .

المبحث الثالث
الاستثناءات على مبدأ الشكلية الإلكترونية

سنستعرض إبتداءاً نصوص القوانين والتشريعات للتوصل في التالي الى الإستثناءات على مبدأ الشكلية ، إذ جاء في القانون الأردني[1] في المادة (٦) منه (لا يسري أحكام هذا القانون على ما يلي :

أ. العقود والمستندات والوثائق التي تنظم وفقاً لتشريعات خاصة بشكل معين أو تتم بإجراءات محددة منها .

١. إنشاء الوصية وتعديلها

٢. إنشاء الوقف وتعديل شروطه

٣. معاملات التصرف بالأموال غير المنقولة بما في ذلك الوكالات المتعلقة بها وسندات ملكيتها وإنشاء الحقوق العينية عليها باستثناء عقود الإيجار لهذه الأموال.

٤. الوكالات والمعاملات المتعلقة بالأموال الشخصية .

٥. الإشعارات المتعلقة بإلغاء أو نسخ عقود خدمات المياه والكهرباء والتأمين الصحي والتأمين على الحياة .

٦. لوائح الدعاوى والمرافقات وإشعارات التبليغ القضائية وقرارات المحاكم .

ب. الأوراق المالية إلا ما تنص عليه تعليمات خاصة تصدر عن الجهات المختصة استناداً لقانون الأوراق المالية النافذ المفعول[2] .

([1]) قانون المعاملات الإلكترونية رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١ .

([2]) المادة (٦ /ب) من القانون الأردني .

كما نص قانون دبي للمعاملات والتجارة الإلكترونية[1] على أن يستثنى من أحكام القانون ما يلي :

أ. المعاملات والأمور المتعلقة بالأحوال الشخصية كالزواج والطلاق والوصايا .

ب. سندات ملكية الأموال غير المنقولة .

ج. السندات القابلة للتداول .

د. المعاملات التي تتعلق ببيع وشراء الأموال غير المنقولة والتصرف بها وتأجيرها.

هـ. أي مستند يتطلب القانون تصديقه أمام كاتب العدل[2] .

عليه نجد أن العقود والتصرفات المستبعدة من نطاق الشكلية هي تلك العقود والتصرفات المنظمة في أغلب الأحيان بتشريعات خاصة ، ثم هي تلك العقود التي تتمتع بأهمية قصوى – إن صح التعبير – وتمس وتهدد الأفراد في أموالهم أو أسرهم ، وقد لاحظنا أن نطاق الاستبعاد يختلف من قانون إلى آخر ، ولكن يمكن القول إن الاستبعاد يشمل ما يلي :

أولاً : مسائل الأحوال الشخصية والوصايا والوقف :

يمكن القول إن مصطلح الأحوال الشخصية يعني (مجموعة ما يتميز به الانسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التي رتب القانون عليها أثراً قانونياً في حياته الاجتماعية ككون الإنسان ذكراً أو أنثى وكونه زوجاً أو أرملاً أو مطلقاً أو أباً شرعياً)[3] .

---

(1) رقم ٢ لسنة ٢٠٠٢ .

(2) المادة (٥) ، الفقرة (١) من قانون دبي .

(3) د. أحمد علي الخطيب وآخرين (شرح قانون الأحوال الشخصية) ، ط١ ، مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر ، الموصل ، ١٩٨٠، ص٧ .

نلاحظ أن القانون الأردني والإماراتي قد استبعد مسائل الأحوال الشخصية من نطاق العقود الإلكترونية وإمكانية إجراء مثل هذه العقود والتصرفات بوسائل تقنية إلكترونية وأبقوها خاضعة للطرق التقليدية في إنشائها وترتيب آثارها ثم انحلالها وانتهائها ، والسبب والحكمة واضحة ، هي قبل كل شيء حماية لكيان الأسرة من تهديدات السرعة والتهور غير المحسوبين في أغلب الأحيان ، إذ أن مثل تلك الأمور تحتاج بطبيعتها إلى تأن ودراية وهدوء، إذ لا يعقل أن يتزوج إنسان مثلاً عن طريق الحاسوب وإن كان له دور في تقريب الطرفين في بعض الأحيان ، لكن الوصول إلى العقد النهائي لابد أن يتم بالطرق التقليدية ، وذلك لقول الرسول الكريم (لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل) .

ونفس الكلام ينطبق على الوصية[١] ، والوصية هي تصرف مضاف الى ما بعد الموت[٢] ، يعمد إليها الموصي في أغلب الأحيان تقرباً لله وحرصاً على الوصول الى حسن الخاتمة في أعماله ، لكن في بعض الأحيان يعمد الموصي الى الإيصاء بأمواله بقصد الإضرار بالورثة وانحيازاً للموصى إليه ، لذلك كانت هناك جملة قيود على الوصية شرعية أولاً كقوله صلى الله عليه وسلم (لا وصية لوارث)[٣] ، وقانونية في هذا القيد

---

(١) الوصية هي بالتأكيد تصرف قانوني أي أنها ليست بعقد وبالتالي هي خارج موضوع البحث نوعاً ما ، ولكن مع ذلك تبقى مشتركة مع العقد في أنهما يوصفان بالتصرف القانوني ، لذلك سنعالجها ونعالج التصرفات القانونية الأخرى ، كالوقف ، وكذلك الدعوى ، وإنشاء الأوراق التجارية أو السندات المالية .

(٢) وفي نفس المعنى ينظر الشيخ محمد جعفر شمس الدين (الوصية وأحكامها في الفقه الإسلامي)، دار التراث للطباعة والنشر ، لبنان، ١٩٧٤ ، ص٣٢ .

(٣) محمد أبو زهرة (شرح قانون الوصية) ، دار الفكر العربي ، ط٢ ، ١٩٨٨ ، ص٥٨ .

وتمثل القيد هنا بإخراجها من إمكانية إنشائها إلكترونياً ، وإبقائها على حالها التقليدية ، وبالتأكيد هذا القيد ينسجم مع نصوص القوانين التي تقيد الوصية بالأموال إذا زادت عن حد معين بضرورة توثيقها أمام الكاتب العدل ، وكذلك الحكم فيما إذا تعلقت الوصية بعقار .

أما أعمال الوقف ، فالوقف هو (تحبيس مالك مطلق التصرف ماله المنتفع به مع بقاء عينة بقطع تصرفه)[1] ، والسبب واضح في هذا الاستبعاد أيضاً وذلك لخطورة هذا التصرف إذ أنه يخرج المال من ملك صاحبه محسوباً على ملك الله تعالى أي أن الوقف تصرف قانوني لازم ، يعني بمجرد اكتمال إجراءات الوقف لا يستطيع الواقف أن يرجع في وقفة نهائياً وهنا تكمن العلة والخطورة .

لكن ما يمكن ملاحظته على نصوص القانونين الأردني والإماراتي هو أن القانون الأردني قد نص صراحةً على استبعاد الوقف من نطاق قانون المعاملات الإلكترونية الأردني[2] ، أما قانون دبي للمعاملات والتجارة الإلكترونية فلم يشر صراحةً الى استبعاد الوقف وإنما نص على استبعاد المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية[3] ، ثم بعد ذلك جاءت (كاف التشبيه) وذكر (كالزواج والطلاق والوصايا) ، إذاً يمكن القول إن تلك المسائل درجت على سبيل المثال لا الحصر وبالتالي يمكن أن نقيس النص على ما ورد في القانون الأردني خصوصاً أن القانون الأردني هو أسبق من حيث صدوره من القانون

---

(1) الشيخ العلامة منصور بن يونس البهوتي (شرح منتهى الإرادات) ج٢ ، دار الفكر ، مصر ، دون سنة طبع ، ص٤٨٩ .

(2) في المادة (٦/أ/٢/)أردني .

(3) المادة (١/٥) إماراتي .

الإماراتي ، خاصةً إذا ما علمنا أن الوقف لا يصح الآن في العقار دون المنقول في أغلب القوانين .

ثانياً : التصرفات والمعاملات الخاصة بالأموال غير المنقولة :

المنقول هو المال الذي يمكن نقله وتحويله دون تلف ، والمال غير المنقول هو ذلك المال الذي له مستقر ثابت بحيث لا يمكن نقله أو تحويله إلا بتلف أو ضرر جسيم كالعقار والغراس والأشجار والمشيدات الأخرى[١] كالجسور والسدود والآبار وغيرها .

والحكمة واضحة هنا في سبب الاستبعاد وذلك لان العقار يشكل عماد الثروة الوطنية لأي بلد وبالتالي استبعده من نطاق العقود الإلكترونية التي غالباً ما يكون أحد أطرافها أجنبياً، وحتى إن كان أطرافها وطنيين فرغبة من تلك القوانين في إعطاء الأهمية القصوى والجدية لمثل تلك التصرفات .

لكن ما نلاحظه على القانون الأردني أنه استبعد أعمال الإدارة (التأجير) من الاستثناء وأبقاها خاضعة للقانون أي بالإمكان تأجير العقار إلكترونياً[٢] والعقد صحيح ، إذ أن التأجير لا يشكل تلك الخطورة الكبيرة ، أما القانون الإماراتي فإنه استبعد حتى أعمال التأجير من نطاق القانون وأبقاها خاضعة للعقود التقليدية[٣] ، وكان المفروض أن يسير القانون الإماراتي على نهج القانون الأردني في السماح لعقود الإيجار بالدخول في المجال الإلكتروني وبالتالي إمكانية إنشائها إلكترونياً وذلك لقلة خطورتها مقارنةً بأعمال التصرف كالبيع والهبة والوصية والرهن.

---

(١) د. سعيد عبد الكريم مبارك (أصول القانون) ، دار الكتب للطباعة والنشر ، الموصل ، ١٩٨٢ ، ص٣٠٦ ، وينظر المادة ٦٢ من القانون المدني العراقي .

(٢) إذ نص في المادة (٦/أ/٣) منه على (... باستثناء عقود الإيجار الخاصة بهذه الأموال) .

(٣) المادة (٤/٥) من القانون الإماراتي .

ثالثاً : لوائح الدعاوى[1] والمرافعات وأشعارات التبليغ وقرارات المحاكم :

هذا الاستثناء نص عليه القانون الأردني ولم ينص عليه القانون الإماراتي ، وسبب الاستبعاد برأينا هو أن عريضة الدعوى ما زالت تعد ورقة شكلية ويجب أن تتضمن على جملة بيانات شكلية وإلا ترد[2] .إلا إذا ظهر ما يسمى بالقضاء الافتراضي ، وهو مشروع تقدمت به الجمعية التحكيمية الأمريكية ، الغاية منه تقديم وسيلة سريعة لحل النزاعات التي تتولد عن استخدام الأنظمة والخدمات مباشرة عبر شبكة المعلومات ويسمى بـ(مشروع القاضي الافتراضي) ويعبر عنه بـ(V.M.P)[3] ، فإذا تحقق هذا الأمر فإنه يكون من الممكن بعد ذلك قبول (الدعاوى) الإلكترونية إذ المفروض أن تعقد جلسات التقاضي عن بعد وعبر الاتصالات ، وتقدم الطلبات والمذكرات عبر الشبكة والبريد الإلكتروني ، وتصدر الأحكام وتبلغ بنفس الأسلوب[4] ، ولعل تفاؤل قانون دبي للمعاملات والتجارة الإلكترونية بهذه النظرة المستقبلية هو ما دفعه الى عدم النص على

---

(1) رب سائل يسأل ما علاقة الدعاوى ولوائحها بالعقد والإلكترونية ، نقول إن الدعوى والمرافعات فيها هي إجراءات قضائية ، والعمل الإجرائي البعض منه – خاصةً الإيجابي منه دون السلبي – يعد تصرفاً قانونياً لذلك أثرنا التعريج عليه إذ هو يشترك مع العقد في وصفه تصرفاً قانونياً ، لمزيد من التفصيل للتعرف على تحديد طبيعة العمل ينظر د. فتحي والي (نظرية البطلان في قانون المرافعات) ، ط١، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٥٩ ، ص٩٧ وما بعدها .

(2) ينظر على سبيل المثال المادة (٤٤ ، ٤٦) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ وشرحها لدى د. عباس العبودي (شرح أحكام المرافعات المدنية) ، دراسة مقارنة معززة بالتطبيقات ، دار الكتب للطباعة والنشر ، الموصل ، ص٢٢٨ وما بعدها .

(3) د. طوني ميشال عيسى ، مصدر سابق ، ص٤٨٣ .

(4) د. أحمد عبد الكريم سلامة ، مصدر سابق ، ص٢١

استبعاد لوائد الدعاوى والتبليغات من نطاق قانونه وإبقائها خاضعة للإلكترونيات ، رغبة منه في مسايرة التطور إن وصل الى هذه المرحلة .

رابعاً : السندات القابلة للتداول والأوراق المالية[١] :

الأوراق المالية تشمل الأسهم والسندات وهي قابلة للتداول بالمناولة إن لم تكن اسمية وبالتظهير إن كانت اسمية ، أما السندات القابلة للتداول فهذا مصطلح أعم وأشمل من مصطلح الأوراق المالية وهو يشمل الأوراق التجارية ، الحوالة ، الصك ، الكمبيالة ، والأوراق المالية كالأسهم والسندات[٢] .

نلاحظ أن القانون الأردني بعد أن استبعد الأوراق المالية عاد واستدرك قائلاً (ألا ما تنص عليه تعليمات خاصة تصدر عن الجهات المختصة استناداً الى قانون الأوراق المالية النافذ المفعول)[٣] ، أي أنه عاد وصرح بإمكانية خضوعها لقانون المعاملات

---

(١) استخدم قانون دبي مصطلح السندات القابلة للتداول واستخدم الأردني مصطلح الأوراق المالية والفرق واضح بين السندات القابلة للتداول والأوراق المالية ، علماً أن هناك خلاف حول تكييف الورقة التجارية هل هي تصرف قانوني بإرادة منفردة أم أنها عقد بين طرفين ؟ وقد ظهر هذا الخلاف بمناسبة البحث عن القانون الواجب التطبيق على الورقة التجارية إذا كانت مشوبة بعنصر أجنبي ، ولمزيد من التفصيل ينظر : د.عز الدين عبد الله (القانون الدولي الخاص) ، ج٢ ، (تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي) ، ط٩ ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، ١٩٨٦ ، ص٤١٥ ؛ د.هشام علي صادق (تنازع القوانين) ، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري ، ط٣ ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٩٧ ، ص٨٣٤ والمراجع التي يشير اليها .

(٢) د. فوزي محمد سامي (شرح قانون التجارة العراقي) ، ط١ ، مطبعة الزهراء ، بغداد ، ١٩٧٢ ، ص١٠ .

(٣) المادة (٦/ب) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني) رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١ .

الإلكترونية إذا ما نصت التعليمات الصادرة من الجهات المختصة استناداً لقانون الأوراق المالية الأردني النافذ ، وحسناً فعل المشرع الأردني إذ أن التعامل بالأسهم والسندات عن طريق الانترنيت والحاسوب هو من أهم مظاهر التطور والسرعة ، ثم أن البيئة التجارية بحاجة الى تلك السرعة في تعاملها بالسندات القابلة لتداول عموماً .

أما قانون دبي فنص على استبعاد السندات القابلة للتداول وأطلق هذا المصطلح على علاته ، وأخرجه من نطاق قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية .

نقول إن هذا الاستبعاد كان غير موفق في شق منه وفي الشق الآخر كان موفقاً بعض الشيء ، فكان أولى به أن يحذو حذو القانون الأردني في إبقاء التعامل بالأسهم والسندات الإلكترونية إذ أن ذلك من أهم متطلبات السرعة في البيئة التجارية في الوقت الحاضر ، وهذا ما لم يوفق به ، أما ما وفق فيه هو أن الأبعاد يشمل الأوراق التجارية(الحوالة ، الصك ، الكمبيالة) إذ أن أهم ما يميز هذه الأوراق هو مبدأ الشكلية وبدون مراعاة تلك الشكلية فإن الورقة تفقد قيمتها التجارية وتصبح ديناً عادياً خاضعاً لأحكام القوانين المدنية[1] .

الخاتمة :

* **النتائج :**

توصلنا من خلال البحث الى ما يلي :

١. ظهر في الآونة الأخيرة ما يسمى بالعقود الإلكترونية وهي (تلك العقود التي يتم التعبير عن الإيجاب والقبول فيها وتلاقيهما كلياً أو جزئياً من خلال أجهزة

(1) د. فوزي محمد سامي ، مصدر سابق ، ص٩ .

إلكترونية قابلة للبرمجة تربط بينها شبكة اتصالات متعددة قد تكون مفتوحة وقد تكون مغلقة) .

٢. الفرق بين العقد التقليدي والعقد الإلكتروني يتمثل بـ:

i. العقد الإلكتروني غير مثبت على دعامة ورقية بينما أغلب العقود التقليدية مثبتة .

ii. أطراف العقد الإلكتروني في الغالب يوجدون في دول مختلفة ، وبالتالي قد يتخلل العقد عنصر أجنبي .

iii. طريقة دفع الثمن في العقد الإلكتروني تختلف عنه في العقد التقليدي غالباً .

iv. زمان انعقاد العقد الإلكتروني يتحدد في بعض القوانين بالاعتماد على نظرية تسلم القبول أما في العقود التقليدية فنظرية العلم بالقبول هي الغالبة.

٣. الشكل الإلكتروني يتمثل بالسجل الإلكتروني – التوقيع الإلكتروني– وأخيراً العقود الإلكترونية ، والشكلية الإلكترونية كما هو الحال في التقليدية قد تكون مشترطة للانعقاد أو تكون مشترطة للإثبات .

٤. يمكن الاحتجاج بالشكلية الإلكترونية في التصرفات القانونية كافة – إلا ما استثني فيها بنص صريح– التي تشترط الشكلية لانعقادها، سواء كانت الشكلية ممثلة بالكتابة بين الأفراد فقط أو أنها تتطلب ضرورة توثيقها أمام دائرة وموظف مختص على الأقل هذه الشكلية مقبولة في القوانين التي نظمت هذه المسألة ومنها قانون دبي للمعاملات والتجارة الإلكترونية ، والقانون الأردني ، والقانون الخاص بالمبادلات والتجارة الإلكترونية وغيرها من القوانين .

٥. في الشكلية الرسمية التي تشترط وجوب تصديقها أمام الكاتب العدل أو الموظف المختص، ظهر ما يسمى بمزود خدمات المصادقة الإلكترونية ، وعمله أشبه بعمل الكاتب العدل وهذا ما دفع البعض الى أن يسموه بالكاتب العدل الإلكتروني .

٦. يشترط لإمكانية الاحتجاج بتلك الشكلية أن تتوافر فيها شروط هي :

i. أن تكون المعلومات الواردة في السجل الإلكتروني قابلة لتخزينها ، بحيث يمكن الرجوع اليها في أي وقت .

ii. دقة المعلومات الواردة في ذلك السجل

iii. دلالة المعلومات الواردة في السجل على من ينشئه أو يستلمه وتاريخ ووقت إرساله وتسلمه .

٧. مع كل ذلك ما زالت هناك أنواع من العقود استبعدت من نطاق العقود الإلكترونية وأبقاها القانون خاضعة للعقود التقليدية ، منها مسائل الأحوال الشخصية والوصايا والوقف والتصرفات الواردة على الأموال غير المنقولة ، ونماذج الدعاوى وتبليغها وأخيراً السندات المالية .

* **المقترحات :**

نقترح على المشرع العراقي والمشرعين في الدول الأخرى التي لم تعالج هذه المسألة أن يواكبوا التطور في هذا المضمار ، خصوصاً أننا نعيش في عالم مصغر بحيث إن إمكانية الاتصال ووسائل الاتصال باتت تتقدم تقدماً هائلاً وأصبحت في متناول الجميع الى درجة أن الكثيرين باتوا يطلقون على العالم بـ(القرية) ، دلالة على إمكانية التوصل الى أبسط معلومة فيه عن طريق وسائل الاتصال .

مراجع البحث :

القرآن الكريم

أولاً : الكتب والبحوث :

١. د. إبراهيم عبد الكريم الغازي (تاريخ القانون في وادي الرافدين والدولة الرومانية) ، مطبعة الأزهر ، بغداد ١٣٩٣هـ – ١٩٧٣م .

٢. أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي (الجامع لأحكام القرآن) ، ج٣ ، دار الكاتب العربي للطباعة والنشر ، ١٣٨٧هـ –١٩٦٧م

٣. د. أحمد عبد الكريم سلامة (الانترنيت والقانون الدولي الخاص / فراق أم تلاق) ، مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنيت، جامعة الإمارات العربية ، من ١–٣ أيار ، ٢٠٠٠ ، بحوث المؤتمر .

٤. د. أحمد علي الخطيب وآخرين (شرح قانون الأحوال الشخصية) ، ط١ ، مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر ، الموصل ، ١٩٨٠ .

٥. أسامة أبو الحسن مجاهد (خصوصية التعاقد عبر الانترنيت) ، بحث مقدم الى مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنيت الذي نظمته جامعة الإمارات العربية المتحدة ، من ١–٤ أيار ٢٠٠٠ ، بحوث المؤتمر ، المجلد الثاني .

٦. باسيل يوسف (الجوانب القانونية لعقود التجارة عبر الحواسيب وشبكة الانترنيت والبريد الالكتروني ، مجلة دراسات قانونية ، بيت الحكمة ، بغداد ، العدد ٤ ، السنة ٢ ، ٢٠٠٠ .

٧. د. السنهوري (نظرية العقد) ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، دون مكان وسنة طبع.

٨. د. طوني ميشال عيسى (التنظيم القانوني لشبكة الانترنيت) ، ط١ ، دار صادر ، لبنان ، ٢٠٠١ .

٩. د. عباس العبودي (التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجتها في الإثبات/ دراسة مقارنة) مكتبة دار الثقاة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٧ .

١٠. د. عباس العبودي (شرح أحكام قانون المرافعات المدنية)، دراسة مقارنة معززة بالتطبيقات القضائية ، دار الكتب للطباعة والنشر ، الموصل ، ٢٠٠٠ .

١١. د. عباس العبودي (أحكام قانون الإثبات المدني العراقي) ، مطبعة جامعة الموصل ، ١٩٩١ .

١٢. د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري والأستاذ محمد طه البشير (الوجيز في الالتزام) ج١ ، بدون مطبعة أو مكان طبع ، ١٩٨٠ .

١٣. د. عز الدين عبد الله (القانون الدولي الخاص) ج٢ ،(تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي) ، ط٩ ، الهيئة العصرية العامة للكتاب ، ١٩٨٦ .

١٤. د. عمر السيد أحمد عبد الله (ابرام العقد في قانون المعاملات المدنية الإماراتي)،دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٥ ، ص١٠ .

١٥. الشيخ علي الخفيف (أحكام المعاملات الشرعية) ، بدون مكان وسنة طبع .

١٦. د. فائق محمود الشماع (الشكلية في الأوراق التجارية) ، بحث منشور في مجلة القانون المقارن العدد العشرون السنة الثالثة عشر ، ١٩٨٧م ، تصدر عن جمعية القانون المقارن .

١٧. د. فتحي والي (نظرية البطلان في قانون المرافعات) ، ط١ ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٥٩ .

١٨. فريد فتيان (التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي والفقد المدني) ، معهد البحوث والدراسات العربية ، بغداد ، ١٩٨٥ .

١٩. د. فوزي محمد سامي (شرح قانون التجارة العراقي) ، ط١ ، مطبعة الزهراء ، بغداد، ١٩٧٢ .

٢٠. د. سعيد عبد الكريم مبارك (أصول القانون) ، دار الكتب للطباعة والنشر ، الموصل، ١٩٨٢ .

٢١. د. مجيد حميد العنبكي (إنشاء العقد في القانون الإنكليزي) ، بحث منشور في مجلة جامعة صدام ، العدد ٣ ، لعام ١٩٩٩ .

٢٢. محمد أبو زهرة (شرح قانون الوصية) ، دار الفكر العربي ، ط٢ ، ١٩٨٨ .

٢٣. الشيخ محمد جعفر شمس الدين (الوصية وأحكامها في الفقه الإسلامي) ، دار التراث للطباعة والنشر ، لبنان ، ١٩٧٤ .

٢٤. د. محمد معروف الدواليبي (الوجيز في الحقوق الرومانية وتاريخها) ، ج٢ ، ط١٩٦١ .

٢٥. د. محمد وحيد الدين سوار (الشكل في الفقه الإسلامي) ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٨ .

٢٦. الشيخ العلامة منصور بن يونس البهوتي (شرح منتهى الإرادات) ج٢ ، دار الفكر ، مصر ، دون سنة طبع .

٢٧. نادر الفرد قاموش (العمل المصرفي عبر الانترنيت) ، ط١ ، الدار العربية للعلوم ، بيروت ، ٢٠٠١

٢٨. د. هادي مسلم يونس (التنظيم القانون للتجارة الإلكترونية) ، دراسة مقارنة ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون/ جامعة الموصل ، ٢٠٠٢

٢٩. د. هشام علي صادق (تنازع القوانين) ، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري، ط٣ ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٩٧ .

ثانياً : القوانين :

١. القانون المدني العراقي
٢. قانون المرافعات المدنية العراقي
٣. قانون الإثبات العراقي
٤. قانون المعاملات المدنية الإماراتي
٥. مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري
٦. القانون التونسي للمبادلات والتجارة الإلكترونية المرقم ٨٣ لسنة ٢٠٠٠ .
٧. قانون المعاملات الإلكترونية الأردني المرقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١ .
٨. قانون دبي للمعاملات والتجارة الإلكترونية المرقم ٢ لسنة ٢٠٠٢ .
٩. القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية (الاورنسترال) لعام ١٩٩٦ .