

**الشكل في العقد المدني الالكتروني  
دراسة تحليلية مقارنة في ضوء قانون التوقيع  
الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي  
رقم (78) لسنة 2012**

أ.م.د. بيرك فارس حسين  
أستاذ القانون المدني المساعد  
جامعة تكريت - كلية الحقوق - قسم القانون

## المقدمة

### أولاً- مدخل تعريفى بموضوع الدراسة وأهميته

يعد الشكل من الموضوعات التي تحظى بأهمية كبيرة في الدراسات القانونية التي تضع نصب اهتمامها الدراسة في نظرية الالتزام بشكل عام والعقد بشكل خاص، كون الشكل في العقد من الأهمية إلى الحد الذي وصفه البعض بأنه الركن الرابع للعقد إلى جانب أركانه الأخرى المتمثلة بالتراضي والمحل والسبب بعدما فرض المشرع الشكل على المتعاقدين في بعض العقود، وتكون القواعد الخاصة بالشكل في العقود الالكترونية هي ذات القواعد الخاصة بالشكل في العقود التقليدية، فالشكل هو أسلوب محدد للتعبير عن الإرادة وبمثابة القالب التي تصب فيه الإرادة لتكون بهيئتها الخاصة التي فرضها القانون، فلا تكاد تخفى على احد أهمية الشكل في العقود الالكترونية والتقليدية، لكن بعد صدور من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي رقم (78) لسنة 2012 وما ورد فيه من أحكام أبعدت العقود الالكترونية التي تتطلب لانعقادها الشكلية الرسمية من نطاقه وإبقائها في جلبابها التقليدي ونحن في خضم ثورة تقنية وتكنولوجية ألقت بضلالها على مختلف مرافق الحياة بما فيها الجانب القانوني، فبقي نطاق هذا القانون مقتصرًا على العقود الشكلية الاتفاقية او العرفية دون الرسمية مما يعني استبعاد الجزء الأكبر والأهم من نطاقه الأمر الذي لم تكتمل معه النشوة بصدور هذا القانون الذي ولد مشوها بعد طول انتظار خاصة وإن كثير من التشريعات المقارنة سلكت منهاجاً مغايراً ووسعت من نطاقها لتشمل جميع العقود الالكترونية الشكلية، مما تقدم تتجلى بوضوح الأهمية الكبيرة التي يحظى بها الشكل في العقد الالكتروني والتي ستزداد وضوحاً بعد الغور في مفاصل هذه الدراسة.

## ثانيا - نطاق موضوع الدراسة ومنهجيته

سيتم في هذه الدراسة بيان المقصود بالشكل في العقد المدني الالكتروني بالتعريف بالشكل في هذا العقد وبيان أحكامه، وبذلك سيقصر نطاق الدراسة هذه على الشكل في العقد المدني الشكلي الالكتروني دون سواء من العقود غير المدنية أو العقود المدنية الرضائية فضلا عن استبعاد العقد المدني الشكلي التقليدي من الدراسة إلا بالقدر الضروري للمقارنة بينهما، وذلك سيكون في إتباع المنهج التحليلي للتشريعات ذات العلاقة ، كالفانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل وقانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي رقم (78) لسنة 2012، وقانون المعاملات الالكترونية رقم ( 58 ) لسنة 2001 وقانون التوقيع الالكتروني المصري رقم ( 15 ) لسنة 2004 وقانون المعاملات والتجارة الالكترونية الإماراتي رقم ( 2 ) لسنة 2002 فضلا عن الاستئناس بمواقف بعض التشريعات الأخرى كالفانون البريطاني والأمريكي وكذلك الرجوع إلى آراء الفقه في موضوع هام يستحق من البحث والدراسة خاصة بعد صدور تشريع في العراق لم يعالج الموضوع كما كان الطموح.

## ثالثا - هيكلية الدراسة

إن دراسة الشكل في العقد المدني الالكتروني اقتضت ان يتم ذلك بمبحثين تسبقهما مقدمة للتعريف بموضوع الدراسة وأهميته ونطاقه فضلا عن منهجيته، سنتناول في المبحث الأول التعريف بالشكل في العقد المدني الالكتروني وذلك بتعريفه وهذا ما سيخصص المطلب الأول من هذا المبحث له، في حين سيخصص المطلب الثاني منه للوقوف على أنواع الشكل فيه وكذلك الاستثناءات الواردة عليه، إما المطلب الثالث فسيكون لمقارنة الشكل في العقد المدني الالكتروني بالشكل في العقد المدني التقليدي، وفي المبحث الثاني المخصص لأحكام الشكل في العقد المدني الالكتروني سيتم بيان وسائل إثبات الشكل في العقد المدني الالكتروني في المطلب الأول منه وفي مطلبه الثاني سيتم بيان الآثار المترتبة على انعدام الشكل فيه، يلي ذلك كله خاتمة يبين فيها أهم النتائج والتوصيات التي سيتم التوصل إليها من خلال الدراسة.

## المبحث الأول

### التعريف بالشكل في العقد المدني الالكتروني

يعد العقد من الموضوعات القانونية الهامة بوصفه المصدر الأساس للالتزام، وليس بخاف على احد الأهمية التي تشغلها نظرية الالتزام في الموضوعات القانونية، وبسبب التطور الذي نشهده في مجالات الحياة عامة والاتصالات بصورة خاصة فقد انعكس ذلك على المعاملات القانونية والتي تأتي مسالة التعاقدات في مقدمتها، فبدأ يطرق مسامعنا ما يعرف بالعقود او التعاقدات الالكترونية، ومن المعلوم ان العقود تقسم من حيث تكوينها تقسم إلى عقود شكلية لا تتعد الا بإتباع شكلية معينة وأخرى رضائية يكفي مجرد التراضي لانعقادها دون شكلية تذكر، وبطبيعة الحال فان هذا التقسيم للعقود يسري على العقود الالكترونية ومن هنا يبدو ان من الأمور الهامة هو الشكل في العقود المدنية التقليدية فضلاً عن العقود المدنية الالكترونية التي تتزايد أهميتها بشكل متسارع وبطبيعة الحال فان ذلك أدى إلى تزايد الحاجة للوقوف عند العقد الالكتروني والشكل في هذا العقد فضلاً عن المقارنة بين الشكل في العقد التقليدي والشكل في العقد الالكتروني ويتم دراسة ذلك في المطالب الآتية :

#### المطلب الأول

##### تعريف العقد الالكتروني

سيتم تقسيم هذا المطلب على فرعين، الأول لماهية العقد الالكتروني والثاني لأركان هذا العقد وبشكل موجز وذلك قبل الولوج في موضوع الشكل فيه الذي سنتناوله في المطالبين القادمين.

#### الفرع الأول

##### ماهية العقد الالكتروني

لم يعرف المشرع العراقي العقد الالكتروني في القانون المدني رقم 40 الصادر سنة 1951 لكنه لا يلام على ذلك لعدم وجود هكذا نوع من العقود آنذاك ولكنه حاول وضع حلول مستقبلية لما قد يستجد من وسائل فنية للتعاقد فجاء في المادة ( 88 ) منه على أن (( يعتبر التعاقد ( بالتلفون ) أو بأية طريقة مماثلة كأنه تم بين حاضرين فيما يتعلق بالزمن وبين غائبين فيما يتعلق بالمكان ))، وما يهم من هذا النص أنه قد أبقى الباب مفتوحاً للوسائل المستحدثة عدا الهاتف الذي كان معروفاً آنذاك بدليل عبارة ( أو بأية طريقة مماثلة ) الواردة في النص.

وبالفعل فقد شهد مجال الاتصالات قفزات نوعية متسارعة وتطور مذهل نشهده اليوم وبذلك انعكس على جميع الجوانب القانونية وبالأخص مسألة إبرام العقود ، كما إن إيراد التعريف ليس مهمة المشرع إنما هي مهمة الفقه .  
ولكن المشرع العراقي قد عرف العقد الالكتروني في الفقرة (عاشراً ) من المادة (1) من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية رقم (78) لسنة 2012 بأنه: ((ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتقاعدين بقبول الآخر على وجه ثبت أثره في العقود عليه والذي يتم بوسيلة الكترونية ))، ولا بد من القبول أن إصدار هذا التشريع أمر يحمد عليه المشرع العراقي وذلك للمواكبة بين التطور التقني الذي نشهده وبين التنظيم التشريعي للعقود، إلا أن هذا التعريف للعقد الالكتروني يبدو لنا أنه قد جاء مطابقاً للتعريف الذي أورده القانون المدني العراقي للعقد في المادة (73) منه والمنقول عن المادة (262) من مجلة الأحكام العدلية وبالتالي فإن ما وجه لهذا التعريف من انتقادات هي ذاتها توجه إلى تعريف

المشرع العراقي للعقد الالكتروني<sup>(1)</sup>، ومع التحفظ على إيراد التعريف من قبل المشرع بتجاوزه على مهمة الفقه، وإن بدا أن لا بد من ذلك، كان من الأجدر بالمشرع العراقي تعريف العقد الالكتروني بأنه (( توافق إرادتين أو أكثر من خلال وسائل الكترونية على أحداث أثر قانوني معين )) لكي يتلافى ما قد يوجه له من انتقاد وملاحظات سبق توجيهها لنص المادة (73) الخاصة بتعريف العقد في القانون المدني العراقي، كون قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي قد جاء في الوقت المناسب لما نشهده من تزايد الحاجة إليه في ظل تزايد التوجه نحو الوسائل الالكترونية في إجراء التصرفات القانونية، لذا فإن الأهداف التي جاء بها هذا القانون في توفير الإطار القانوني لاستعمال الوسائل الالكترونية في إجراء المعاملات الالكترونية ومنح الحجية القانونية للمعاملات الالكترونية والتوقيع الالكتروني وتنظيم أحكامها، فضلاً عن تعزيز الثقة في المعاملات الالكترونية وسلامتها<sup>(2)</sup>.

وقد عرف المشرع الأردني العقد الالكتروني في المادة ( 2 ) من قانون المعاملات الالكترونية رقم ( 58 ) لسنة 2001 وذلك بأنه (( الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل الكترونية كلياً أو جزئياً ))<sup>(3)</sup>.

لكن المشرع المصري لم يعرف العقد الالكتروني في قانون التوقيع الالكتروني رقم ( 15 ) لسنة 2004 ، لذا فقد اتجه الفقه<sup>(4)</sup> في مصر إلى تعريف العقد الالكتروني فعرف بأنه (( اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب والقبول على شبكة دولية مضمونة الاتصال بين الموجب والقابل ))، كما عرف جانب من الفقه<sup>(5)</sup> في العراق العقد الالكتروني بأنه (( العقد الذي يتم فيه التعبير عن الإيجاب والقبول وتلاقيهما كلياً وجزئياً من خلال أجهزة الكترونية قابلة للبرمجة تربط بينها بشبكة اتصالات متعددة الوسائط قد تكون مفتوحة أو متعلقة )) .

استناداً إلى ما تقدم يمكن تعريف العقد الالكتروني بأنه (( توافق إرادتين أو أكثر من خلال وسائل الكترونية على أحداث أثر قانوني معين )).

## الفرع الثاني

### أركان العقد الالكتروني

بعد تعريف العقد الالكتروني بات من الضروري الوقوف على أركانه التي بطبيعة الحال تتمتع بخصوصية عما هو في القواعد العامة للعقد ، لذا فلن نستعرض تلك القواعد إنما حسبنا الوقوف عند الخصوصية التي تتميز بها أركان العقد المدني الالكتروني عن أركان العقد المدني التقليدي ولعدم وجود خصوصية للسبب في العقد الالكتروني<sup>(6)</sup> فسنتكفي بدراسة ركني التراضي والمحل في العقد الالكتروني تباعاً في البندين الآتيين .

( 1 ) لاحظ في الانتقادات الموجهة إلى نص المادة (73) من القانون المدني العراقي، د. عبد المجيد الحكيم ، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، مصادر الالتزام وزارة التعليم والبحث العلمي، بغداد، 1980، ص 19 وما بعدها .

( 2 ) المادة (2) من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي .

( 3 ) ومن التشريعات الأخرى التي تناولت التجارة الالكترونية بالتعريف ولم تعرف العقد الالكتروني قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الإماراتي رقم ( 2 ) لسنة 2002 فعرف في المادة ( 2 ) التجارة الالكترونية بأنها (( أي تعامل أو عقد أو اتفاقية يتم إبرامها أو تنفيذها بشكل كلي أو جزئي بواسطة المراسلات الالكترونية .

( 4 ) د. أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد الثاني، 1 أيار، 2000، ص 39 .

( 5 ) هادي مسلم يونس، التنظيم القانوني للتجارة الالكترونية، أطروحة دكتوراه، جامعة الموصل، كلية الحقوق، 2002 ، ص 87 .

( 6 ) د. أسامة أبو الحسن مجاهد، المصدر السابق، ص 66 .

## البند الأول

### التراضي في العقد الالكتروني

سنتناول في هذا المقصد مسألتين وجود التراضي وصحته كل في فقرة مستقلة .

#### أولاً - وجود التراضي في العقد الالكتروني

يتطلب وجود التراضي في العقد الالكتروني تلاقي الإيجاب والقبول وتطابقهما الكترونياً فكيف يتم ذلك ؟ وهل هناك خصوصية تميزه عما يتم في العقود التقليدية؟ سيتم بيان ذلك فيما يلي.

#### 1 - الإيجاب في العقد الالكتروني

الإيجاب بصفة عامة هو التعبير البات عن إرادة شخص يتجه به إلى شخص آخر يعرض عليه التعاقد على أسس أو بشروط معينة <sup>(1)</sup> ويعرف الإيجاب الالكتروني بأنه (( كل اتصال عن بعد يتضمن كل العناصر اللازمة بحيث يستطيع المرسل إليه أن يقبل التعاقد مباشرة ويستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان )) <sup>(2)</sup>، وقد أجاز المشرع العراقي صراحة أن يتم الإيجاب والقبول في العقد بوسيلة الكترونية <sup>(3)</sup>.

ويجب في الإيجاب الالكتروني التمييز بين حالتين، الأولى عرض البضائع والخدمات على (الويب) فلن تكون شخصية المتعاقد محل اعتبار لأن الإيجاب لا يوجه لشخص معين بالذات إنما يوجه إلى الناس كافة لأن التاجر يهدف إلى التعاقد مع أي شخص يغض النظر عن من يكون أو عن جنسيته أو مكان وجوده <sup>(4)</sup> إن الحالة الثانية تكون عندما يرسل العرض (الإيجاب) إلى أشخاص معينين عندما يرغب التاجر أن يخص بالإيجاب الأشخاص الذين يرى أنهم يهتمون بمنتجاته دون غيرهم من الناس.

ويمكن تشبيه هذه الحالة بالسعي للتعاقد عبر البريد العادي طالما أن التاجر يرسل رسالته الالكترونية إلى صناديق البريد الخاصة بهم، أما المرسل إليه فسيعلم بالعرض عندما يفتح صندوق خطابه الالكتروني ومنذ هذه اللحظة تبدأ فعالية الإيجاب وتكون للمرسل الحرية في قبول العرض برسالة إلكترونية من جانبه، وهذا يسمح بالعلم بسهولة بالعروض التعاقدية <sup>(5)</sup>.

ويبدو أن المسألة في ظل القانون المدني العراقي لا تثير الكثير من التساؤلات كون المادة ( 80 ) قد جاءت بفيصل بين الأمرين يتمثل بأن عرض البضائع مع بيان ثمنها هو إيجاب ولا خلاف في ذلك، أما النشر والإعلان وبيان الأسعار الجاري التعامل بها محل عرض أو طلب موجه إلى الجمهور أو الأفراد فهو دعوة إلى التفاوض، وهذا الأمر لا مشكلة فيه فيمكن أن يتم الكترونياً بأن يقوم التاجر بعرض السلع عن طريق الموقع الالكتروني أو الويب أو أي وسيلة عرض أخرى عن طريق الانترنت مثلاً، فإذا ذكر ثمن السلعة فتكون أمام إيجاب وجه إلى الجمهور يستطيع أي شخص أن يتقدم لشرائها بالثمن المذكور ولا يستطيع التاجر أن يرفض التعاقد معه، أما إذا لم يذكر الثمن إنما مجرد قيام التاجر بعرض البضاعة الكترونياً فلا يعد ذلك إيجاباً إنما دعوة إلى التفاوض.

( 1 ) د.عبد المجيد الحكيم، المصدر السابق، ج 1، ص 38 .

( 2 ) نقلاً عن د.أسامة أبو الحسن مجاهد، المصدر السابق، ص 69 .

( 3 ) المادة ( 18 / أولاً ) من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي .

( 4 ) سمير عبد السميع الاودن، العقد الالكتروني، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005، ص 46 .

( 5 ) د.أسامة أبو الحسن مجاهد، المصدر السابق، ص 70 .

وكما هو الحال في القواعد العامة في القانون المدني يجب أن يحتوي الإيجاب الالكتروني على العناصر الجوهرية للتعاقد كحالات الإيجاب الملزم وحالات سقوطه كما يجب تحديد العناصر الجوهرية للتعاقد ووسيلة الدفع إن كان المقابل نقداً.

وصفوة القول أن الإيجاب الالكتروني لا يختلف عن الإيجاب التقليدي إلا من حيث وسيلة التعبير وكذلك وسيلة الدفع الالكتروني إذا ما تم القبول<sup>(1)</sup>.

## 2 - القبول في العقد الالكتروني

القبول بصفة عامة هو التعبير البات عن إرادة الطرف الذي وجه إليه الإيجاب<sup>(2)</sup> وعلى وفق القواعد العامة لا توجد طريقة معينة للتعبير عن القبول فهو يتحقق بأية وسيلة لا تدع مجالاً للشك في كونه تعبيراً عن إرادة من وجه إليه الإيجاب والالتزام بالعقد<sup>(3)</sup> لكن كي يتم للقبول أثره أنه يتطابق تماماً مع الإيجاب وإلا فإن العقد لا ينعقد لأن اختلاف القبول عن الإيجاب هو بمثابة إيجاب جديد وليس قبول.

إن واقع التعاقد الالكتروني قد فرض أساليب مبتكرة للتعبير عن القبول في العقد الالكتروني من أهمها إرسال كلمة المرور إلى التاجر أو ما يثبت هوية المتعاقد أو تثبيت الطلبية بالبريد الالكتروني أو إرسال رقم بطاقة الائتمان أو التأشير بواسطة ( الفأرة ) أو Mouse على شاشة الحاسوب أو الضغط بواسطة لوحة الحاسوب أو ملامسة أيقونة القبول، ومراعاة للناحية العملية وتلافياً لإشكاليات الإثبات وخاصة في حالات الإنكار وتجنباً لأخطاء اليد، ينبغي التأي بالقبول وذلك بأن يتم التعبير عن القبول بأكثر من لمسة واحدة ، أيقونة القبول، كأن تتضمن عبارات التعاقد رسالة قول نهائي من أجل تجنب أخطاء اليد أثناء العمل على جهاز الكمبيوتر مفادها ( هل تؤكد القبول ؟ ) والإجابة ( بنعم ) أو ( لا ) ، كما يمكن تأكيد القبول عن طريق عملية التحميل عن بعد Down Loud لأحد البرامج كتعبير عن القبول وتتمثل بقيام من وجه إليه الإيجاب بنقل البرامج أو المعلومات المعروضة عليه أي حاسوبه الخاص من خلال شبكة الانترنت وهذه الصورة تتحقق بوجه خاص في عقود بيع السلع غير المادية التي يمكن تسلمها إلكترونياً، وهذه الصورة تقترب من القواعد العامة التي تجيز القبول بـ ( المبادلة الفعلية )<sup>(4)</sup>.

كما يمكن أن يتم التعبير عن القبول بالضغط على أيقونة القبول ، حيث تظهر على الشاشة أثناء عملية الدخول إلى الموقع الخاص بالمتجر الافتراضي عبارات فحوها تأكيد القبول بشكل نهائي ولأكثر من مجرد لمسة واحدة<sup>(5)</sup>.

( 1 ) إن من أهم وسائل الدفع المستخدمة في التجارة الالكترونية، النقود البلاستيكية التي تتمثل بالبطاقات البلاستيكية والمغناطيسية، الكارت الشخصي أو الفيزا كارت أو المستر كارت، وبطاقات الدفع التي تعتمد على وجود أرصدة فعلية للحامل لدى البنك في صورة حسابات جارية لمقابلة المسحوبات المتوقعة لحامل البطاقة، وكذلك البطاقات الائتمانية التي تصدرها المصارف في حدود مبالغ معينة يتم استخدامها كأداة ضمان، أو بطاقات الصرف البنكي التي تقضي بلزوم أن يتم السداد بالكامل من قبل الحامل للبنك خلال الشهر الذي يتم فيه السحب، أو النقود الالكترونية التي تعتمد على القيام بشراء عملات الكترونية من البنك الذي يقوم بإصدارها حيث يتم تحميل هذه العملات على الحاسوب الخاص بالمشتري في صورة وحدات عملات صغيرة القيمة ولكل عملة رقم خاص في البنك المصدر وتحمل العملات الالكترونية محل العملات الالكترونية، كما يمكن أن يتم الدفع عن طريق الصكوك الالكترونية المعروفة، لاحظ سمير عبد السميع الاودن، المصدر السابق، ص 50 وما بعدها.

( 2 ) د. عبدالمجيد الحكيم وآخرون، المصدر السابق، ص 41 .

( 3 ) المادة ( 79 ) من القانون المدني العراقي .

( 4 ) د . عصمت عبدالمجيد بكر، أثر التقدم العلمي في العقد، بغداد، 2007 ، ص 50 .

( 5 ) يونس عرب، قانون الكمبيوتر، اتحاد المعارف العربية، بيروت، 2001 ، ص 403 .

أما عن القيمة القانونية لتأكيد القبول فهي تختلف حيث تفاصيل البرنامج المعلوماتي الذي تم من خلاله التعاقد، فإذا كان البرنامج لا يسمح بانعقاد العقد إلا إذا تم التأكيد فإن القبول لا يتم إلا بصور التأكيد، وإذا كان البرنامج صحيح بانعقاد العقد دون حاجة إلى تأكيد فإن القبول يصدر هنا بمجرد لمس أيقونة القبول.

أما إذا تضمن البرنامج ضرورة التأكيد ولكنه لم يمنع انعقاد العقد بدونه فيمكن القول هنا أن اللمسة هي قرينة على الانعقاد ولكنها قرينة قابلة لإثبات العكس بمعنى إن لمن وجه إليه الإيجاب أن يثبت أن هذه اللمسة قد صدرت منه سهواً كما يستطيع أن يتخذ من عدم صدور التأكيد دليلاً على أنه لم يقصد قبول التعاقد<sup>(1)</sup>.

بقي أن نذكر أنه يجب أن يتم التراضي على المسائل الجوهرية في العقد الالكتروني كما هو الحال في العقد التقليدي وهي تعيين المحل والمدة وكافة الآثار الهامة التي تترتب على العقد.

### ثانياً - صحة التراضي في العقد الالكتروني

غني عن البيان أن يشترط التراضي أن يكون المتعاقد كامل، وأن تكون إرادته سليمة خالية من العيوب والعوارض والموانع التي تصيبها، ويذهب الرأي الراجح في الفقه<sup>(2)</sup> عدم وجود أية خصوصية تتعلق بعيوب الإرادة في نطاق العقد الالكتروني ويمكن أن تستوعبها القواعد العامة التقليدية لعيوب الإرادة في القوانين المدنية فتسري أحكام الإكراه والغلط والتعريض مع الغش الفاحش والاستغلال.

أما عن الأهلية في العقود الالكترونية فإن أهم الصعوبات التي تواجهنا مسألة التأكد من كمال الأهلية من نقصها في حالة كون المتعاقد محجوراً أم عديم الأهلية ومع ذلك ظهر بمظهر البالغ الرشيد، إن الحل لذلك يختلف حيث التنظيم التشريعي لهذه المسألة وتكفي القواعد العامة للأهلية في التعاقد التقليدي وتسري على التعاقد الالكتروني<sup>(3)</sup>.

### البند الثاني

#### محل العقد الالكتروني

إن محل العقد الالكتروني غالباً ما يتعلق بتبادل السلع والخدمات عبر حدود الدول التقييد أو جنسية معينة، ويشترط في المحل بصفة عامة أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين وأن يكون مشروعاً وأن يكون موجوداً وممكناً وتبدو خصوصية العقد الالكتروني في الشرطين الأول والثاني دون الثالث لذا سنتقصر على دراستها تباعاً فيما يأتي :-

#### أولاً - تعيين المحل في العقد الالكتروني

تنص العقود الالكترونية المتداولة على هذا الشرط في بنودها بوجوب تحديد الصفات الأساسية للسلع المعروضة على المواقع الالكترونية ووصفها بإظهار صورتها كما هو الحال من الكتالوج الورقي التقليدي، ويلتزم من يؤكد جودة منتجاته بذلك إلا إذا تحفظ على ضمانته لما يظهر فيها من عيوب<sup>(4)</sup>.

#### ثانياً - مشروعية المحل في العقد الالكتروني

ينبغي أن يكون محل العقد الالكتروني مشروعاً، فمن المعلوم أن الأصل هو جواز التعامل في جميع الأشياء ما لم يكن التعامل بها مخالفاً للنظام العام والآداب العامة أو القوانين فيكون العقد باطلاً لعدم مشروعية محل العقد الالكتروني

( 1 ) د.أسامة أبو الحسن مجاهد، المصدر السابق، ص 86 .

( 2 ) د . أسامة أبو الحسن مجاهد ، المصدر السابق ، ص 111 .

( 3 ) لمزيد من التفاصيل حول الموضوع لاحظ د . عصمت عبد المجيد بكر ، المصدر السابق ، ص 60 وما بعدها .

( 4 ) د . أسامة أبو الحسن مجاهد ، المصدر السابق ، ص 114 وما بعدها .

كما في التعامل في المواقع التي تقدم صوراً خلية أو يباشر عليها القمار أو المواد المحظورة كالمخدرات أو الأسلحة في الدول التي تمنع قوانينها ذلك. فضلاً عن ضرورة عدم كون العقد الالكتروني لا يمكن إبرامه الكترونياً، أي ليس من العقود التي فضل المشرع إبقائها في جلبابها التقليدي واستثنائها من نطاق العقود الالكترونية.

### المطلب الثاني

#### انواع الشكل في العقد الالكتروني والاستثناءات الواردة عليه

سيتم تقسيم المطلب إلى فرعين ، الأول للشكل في العقود الالكترونية والثاني للاستثناءات التي ترد عليه.

#### الفرع الأول

##### انواع الشكل في العقد الالكتروني

إن من أهم الخصائص التي تميز العقد الالكتروني هو تباعد الطرفين مكانياً وتقاربهم زمانياً بالتحاور من خلال رسائل الكترونية ، فيتم التعاقد بأساليب الكترونية تتمثل بتبادل رسائل البيانات الكترونياً ، وهنا يدور التساؤل عن كيفية تحقيق التوافق الشكلي الواجب توفره في العقد وبين الوسائل التقنية السريعة التي يتباعد أطرافها مكانياً عند التعاقد ؟ إن الإجابة على هذا التساؤل تتعلق بمسألتين يجب الوقوف عندها كلاً على حدة الأولى الشكل العرفي الالكتروني والثانية الشكل الرسمي الالكتروني، وسنتناولهما تباعاً في البندين الآتيين .

#### البند الأول

##### الشكل العرفي ( الاتفاقية ) الالكتروني

يقصد بالشكلية العرفية عدم التزام المتعاقدين بمراجعة دائرة رسمية لتوثيق تصرفهم إنما مجرد الاتفاق على شكل معين كالكتابة مثلاً دون أي إجراء رسمي، فقد أشار المشرع العراقي صراحة أن يتم الإيجاب والقبول بوسيلة الكترونية<sup>(1)</sup> كما أجاز المعاملات الالكترونية المتصلة بالطلبات والمستندات والمعاملات التي تتم بوسائل الكترونية<sup>(2)</sup> فضلاً عن اعترافه بالمستندات الالكترونية في إثبات التصرفات القانونية الالكترونية<sup>(3)</sup>، كما نظمت في بعض التشريعات المقارنة كقانون المعاملات الالكترونية الأردني رقم ( 58 ) لسنة 2001 في مادته الثالثة عشر التي جاء فيها (تعتبر رسالة المعلومات وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة المقبولة قانوناً لإبداء الإيجاب والقبول بقصد إنشاء التزام تعاقدي).

ولاشك بأن الوقوف على أحكام الشكل في العقد الالكتروني يقتضي التعرف ولو بشكل مختصر على أركان السند الالكتروني الذي هو كل بيان على شكل كتابة أو صورة أو صوت يتم إنشاؤه أو إرساله أو تسلمه أو حذفه أو تجهيزه بوسائل إلكترونية تتمثل بالاتصال والإعلان والتعاقد والوفاء بالالتزامات والتي تُعدّ رسائل الكترونية صوتية أو ضوئية أو

( 1 ) المادة ( 18 / أولاً ) من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي، ويقصد بالوسيلة الالكترونية وفقاً للمادة ( 1 / سابعاً ) من هذا القانون (( أجهزة أو معدات أو أدوات كهربائية أو مغناطيسية أو ضوئية أو كهرومغناطيسية أو أية وسائل أخرى مشابهة تستخدم في إنشاء المعلومات ومعالجتها وتبادلها وتخزينها.

( 2 ) المادة ( 1 / خامساً ) من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي تقابلها المادة ( 1 / سادساً ) من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي.

( 3 ) تعرف المستندات الالكترونية وفقاً للمادة ( 1 / تاسعاً ) من قانون التوقيع الالكتروني (( المحررات والوثائق التي تنشأ أو تخرج أو تخزن أو ترسل أو تستقبل كلياً أو جزئياً بوسائل الكترونية بما في ذلك تبادل البيانات الكترونياً أو البريد الالكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي ويعمل توثيقاً الكترونياً)).



أية وسائل مشابهة<sup>(1)</sup>، إن أركان السند الالكتروني هي ذاتها أركان السند العادية المتمثلة بالكتابة والتوقيع<sup>(2)</sup> والكتابة التقليدية في تصوير مادي ظاهر وثابت للفظ بحروف الهجاء وذلك في صورة تسطير الحروف وجمعها في الورقة بشكل يمكن التعرف عليه وبالتالي تكون أسلوباً للتعبير<sup>(3)</sup> أما الكتابة الالكترونية فهي كل حرف أو رقم أو رمز أو أية علامة أخرى تثبت على دعامة الكترونية أو رقمية أو ضوئية أو بأية وسيلة أخرى مشابهة وتعطي دلالة قابلة للإدراك والعلم<sup>(4)</sup> وبالنسبة للتوقيع العادي فهو ما يجعله صاحب الكتابة في ذيل كتابته من علامة تختص به تدل على إقراره بصحة ما ورد في الوثيقة من معلومات<sup>(5)</sup> أما التوقيع الالكتروني فقد عرفه المشرع العراقي في المادة ( 1 / رابعاً ) من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي بأنه (علاقة شخصية تتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو أصوات أو غيرها وله طابع متفرد يدل على نسبه إلى الموقع ويكون معتمداً من جهة التصديق)، وتشترط المادة (5) من القانون لكي يحوز التوقيع الالكتروني الحجة في الإثبات إذا كان معتمداً من جهة التصديق وتوفرت فيه الشروط الآتية، أولاً : أن يرتبط التوقيع الالكتروني بالموقع وحده دون غيره، ثانياً : أن يكون الوسيط الالكتروني تحت سيطرة الموقع وحده دون غيره، ثالثاً : أن يكون أي تعديل أو تبديل في الموقع الالكتروني قابلاً للكشف، رابعاً : أن ينشأ وفقاً للإجراءات التي تحددها الوزارة بتعليمات تصدرها الوزارة من خلال ما تقدم وبالنظر لتوفر البديل عن السند العادي الذي يتمثل بالسند الالكتروني وبعنصرية الكتابة والتوقيع الالكتروني فلم يعد هناك مانع أن يحل السند الالكتروني محل السند العادي أو أن يكون بنفس مركزه في الإثبات وقد أعطى المشرع العراقي في المادة (13) أولاً من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية للمستندات الالكترونية والكتابة الالكترونية إذا توفرت فيها الشروط الآتية :

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

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

ج - أن تكون المعلومات الواردة فيها دالة على من ينشئها أو يتسلمها وتأريخ ووقت إرسالها وتسلمها.

وبالتالي حلول الشكلية الالكترونية العرفية محل الشكلية التقليدية العرفية فحتى لو تطلب الجانب التقني وجود شخص ثالث إلى جهة محايدة تتوخى التصديق ووجود نظام للتشفير وهو ما بات يعرف بـ (الكاتب العدل الالكتروني) بالقياس على الكاتب العدل يجعل من الحفاظ على السند الالكتروني والتحقق من جهة إصداره وهوية من وقعه توقيعاً إلكترونياً أمراً موثقاً به<sup>(6)</sup>.

( 1 ) للتفاصيل لاحظ د . عصمت عبدالمجيد بكر، المصدر السابق، ص 84 والمصادر المشار إليها . ويعرف المشرع العراقي المستندات الالكترونية بموجب المادة ( 1 / تاسعاً ) من قانون التوقيع والمعاملات الالكترونية بأنها (( المحررات والوثائق التي تنشأ أو تدمج أو تخزن أو ترسل أو تستقبل كلياً أو جزئياً بوسائل الكترونية بما في ذلك تبادل البيانات الكترونياً أو البريد الالكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي ويحمل توقيعاً إلكترونياً )) .

( 2 ) د . عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات العراقي ، جامعة الموصل ، الموصل ، 1997 ، ص 112 .

( 3 ) د . فائق الشماع ، الشكلية في الأوراق التجارية ، مجلة القانون المقارن ، العدد ( 20 ) ، 1987 ، ص 135 .

( 4 ) المادة ( 1 ) فقرة ( ج ) من قانون تنظيم التوقيع الالكتروني المصري ، رقم ( 15 ) لسنة 2004 .

( 5 ) د.أيمن محمد عمر العمر ، المستندات في وسائل الإثبات، الطبعة الثانية، الدار العثمانية، عمان، 2010، ص 269 .

( 6 ) د . عصمت عبدالمجيد بكر ، المصدر السابق ، ص 95 .

## البند الثاني

### الشكل الرسمي الالكتروني

يقصد بالشكلية الرسمية عدم كفاية تراض أطراف العقد لإبرامه إنما يجب علاوة على ذلك التراضي توفر شكلية معينة إلى جانب الإيجاب والقبول لكي ينعقد العقد صحيحاً، والغاية الرسمية هي حماية أطراف العقد وتبنيهم إلى خطورة التصرف القانوني الذي يقدمون عليه وتبصيرهم بعواقب ذلك العمل ، فالمشكلة الرسمية هي وضع معين بوجه القانون لانعقاد العقد من أجل حماية مصلحة اجتماعية راجحة وهي استثناء على مبدأ الرضائية وتعد قيداً على مبدأ سلطات الإرادة غايتها الأساس حماية المتعاقد وذلك بأن ينعقد العقد أمام عام موظف التسجيل العقاري أو المرور أو الكاتب العدل<sup>(1)</sup> . وبالنسبة للعقد الالكتروني الذي تطلب انعقاده شكلية رسمية فيمكن للتشريعات القانونية التقليدية والالكترونية ومشاريع القوانين ان تشترط الاستعانة بجهة ثالثة محايدة للاستفسار من هوية المتعاقد الآخر وإنه هو الشخص المطلوب التعاقد معه بعد التأكد من هويته وتوقيعه الالكتروني الذي ينظم عن طريق نظام التشفير الذي قد يكون ممثلاً بأجهزة فحص شبكية العين أو بصمة الإبهام أو كل اليد أو أجهزة فحص الصوت حسب نظام التشفير الذي يراد العمل به<sup>(2)</sup> ويتم التأكد من هوية الشخص بواسطة شهادة التصديق وهي الوثيقة التي تصدرها جهة التصديق والتي تستخدم لإثبات نسبة التوقيع الالكتروني إلى الموقع<sup>(3)</sup> وجهة التصديق في الشخص المعنوي المرخص له إصدار شهادات تصديق التوقيع الالكتروني<sup>(4)</sup> ويعبر المشرع المصري عن هذه الجهة الثالثة بجهة التصديق التي هي الشخص الطبيعي أو الاعتباري المرخص له من جهة الترخيص المتمثلة بنهضة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات التي تقوم بإصدار شهادة التصديق الالكتروني تبين العلاقة ما بين الموقع والمحرر الالكتروني المنسوب إليه، وتحدد اللائحة التنفيذية الشروط والأوضاع التي تصدر بها الشهادة<sup>(5)</sup> فمهام مزود الخدمات يمكن تلخيصها بإصدار شهادة المصادقة ومسك السجل الالكتروني لشهادات التصديق الذي يكون متاحاً للإطلاع عليه من قبل صاحب الشهادة ويتضمن السجل تاريخ تعليق وإلغاء الشهادات كما يجب على مزود الخدمات أيضاً حماية السجل من أي تغيير غير مرخص به فضلاً عن المحافظة على سرية المعلومات المقدمة وبديل على ذلك عناية الشخص المعتاد ويسال عنها مدنياً وجنائياً<sup>(6)</sup> .

( 1 ) د.منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني ، الطبعة الأولى ، منشورات آراس ، 2006 ، ص 170 وما بعدها .

( 2 ) نادر الفرد قاموش، العمل المصرفي عبر الانترنت، الطبعة الأولى، الدار العربية للعلوم، بيروت، 2001، ص 5 .

( 3 ) المادة ( 1 / حادي عشر ) من قانون التوقيع الالكتروني والتعاملات الالكترونية العراقي .

( 4 ) المادة ( 1 / رابع عشر ) من قانون التوقيع الالكتروني والتعاملات الالكترونية العراقي .

( 5 ) المادة الأولى من مشروع قانون تنظيم العقود الالكتروني المصري، مشار إليه لدى د . محمد حسام محمود لطفي المصدر السابق ، ص 193 . ومن التشريعات التي نظمت هذه المسألة من قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الإماراتي فعرف منه في المادة ( 2 ) منه مزود خدمات التصديق بأنه (( أي شخص أو جهة معتمدة أو معترف بها تقوم بإصدار شهادات تصديق الكترونية أو أية خدمات أو مهمات متعلقة بها وبالتالي التوقيع الالكتروني ... )) كما عرف شهادة التصديق بأنها (( شهادة يصدرها مزود خدمات التصديق يفيد فيها تأكيد هوية الشخص أو الجهة الحائزة على أداة توقيع معينة )) ولابد من القول أنه حتى التوقيع الالكتروني ليس بمنأى عن العبث والاصطناع فيمكن تسجيل بصمة الصوت ثم إعادة بثها كما يمكن طلاء الشفاه وبصمات الأصابع بمادة معينة تجعلها مطابقة للبصمة الأصلية ويمكن أيضاً صناعة بصمة القرنية عن طريق بعض أنواع العدسات اللاصقة بصورة تطابق البصمة الأصلية من حيث اللون وخريطة التكوين ، للتفاصيل لاحظ د.محمد حسام محمود لطفي، المصدر السابق ، ص 30.

( 6 ) د.صالح أحمد عبطان، المصدر السابق، ص 19 والمصادر التي أشار إليها.

وبالنسبة للمركز القانوني لمزود الخدمات فقد ظهرت عدة آراء بشأنه فهناك من يرى<sup>(1)</sup> أنه كفيل أو ضامن ، وذهب آخرون<sup>(2)</sup> إلى أن مركز قانوني جديد برزت أهميته من مع استغلال شبكة المعلومات بشكل واسع . في حين يذهب الرأي الراجح<sup>(3)</sup> إلى أنه يتشابه كثيراً مع مركز الكاتب العدل لذا بات يعرف بـ ( الكاتب العدل الإلكتروني ) وذلك لعدم وجود وصف تشريعي لمركزه القانوني فضلاً عن التشابه الكبير في الدور الذي يؤديه في العملية التعاقدية والمتمثل بالاحتفاظ بنسخ من هوية المتعاقدين أو بصماتهم أو أي وسيلة أخرى لإثبات توقيعاتهم التي يرغبون باستعمالها.

## الفرع الثاني

### الاستثناءات الواردة على الشكل في العقد الإلكتروني الرسمي

بالرجوع إلى القوانين التي نظمت المعاملات الإلكترونية يتبين أن هناك تصرفات تخرج عن نطاق هذه القوانين، وهي أما العقود والتصرفات التي نظمتها تشريعات خاصة أو تلك التي تتمتع بأهمية كبرى لمساسها بمصالح الأفراد المالية وغير المالية، وتتمثل تلك الاستثناءات بمسائل الأحوال الشخصية والتصرفات والمعاملات الواردة على الأموال غير المنقولة و المعاملات التي رسم لها القانون شكلية معينة وإجراءات المحاكم والإعلانات القضائية، إلا أننا سنقتصر على دراسة التصرفات الشكلية دون الرضائية منها وهو ما يهملنا من تلك الاستثناءات<sup>(4)</sup> .

## البند الأول

### التصرفات والمعاملات الواردة على الأموال غير المنقولة

استثنى المشرع العراقي بموجب المادة ( 3 / ثانياً / ج ) من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي المعاملات المتعلقة بالتصرف بالأموال غير المنقولة بما في ذلك الوكالات المتعلقة بها وسندات ملكيتها وإنشاء حقوق الوكالات المتعلقة بها وسندات ملكيتها وإنشاء الحقوق العينية عليها باستثناء عقود الإيجار الخاصة بهذه الأموال من الخضوع لأحكام هذا القانون، كما قضت الفقرة ( د ) من المادة ( 5 ) من القانون الإماراتي على هذا الاستثناء واستمدت التصرفات الواردة على العقار من نطاق العقود الإلكترونية، والحكمة من ذلك هي كون العقار يشكل عماد الثروة الوطنية للبلد وبالتالي استبعد من نطاق العقود الإلكترونية لإضفاء الأهمية القصوى والطابع الجدي لمثل تلك التصرفات<sup>(5)</sup>. ويبدو لنا أن ذلك الاستثناء ليس له ما يبرره فمن الممكن توثيق التصرفات الواردة على العقار إلكترونياً طالما كان بالإمكان الكتابة والتوقيع بصيغة الكترونية فضلاً عن وجود مزود خدمات التوثيق الذي يمنع حالات التزوير في تلك التصرفات فيكون هذا الاستثناء عرقلة وحجر عثر في وجه التطور الذي نصبو إليه، وما يؤيد كلامنا أن هذا الأمر قد أخذت به تشريعات بعض الدول كبريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية على الرغم من اعترافنا باتساع الهوة بين العراق وبين تلك الدول من جهة التطور التقني خاصة في مجال الاتصالات إلا إنها لم تأخذ بذلك الاستثناء فعلى سبيل

( 1 ) طوني ميشال عيسى، التنظيم القانوني لشبكة الانترنت، الطبعة الأولى، دار صادر، لبنان، 2001 ، 206 .

( 2 ) هادي مسلم يونس ، المصدر السابق ، ص 174 .

( 3 ) ياسين يوسف، الجوانب القانونية لعقود التجارة عبر الحواسيب وشبكة الانترنت والبريد الإلكتروني، مجلة دراسات قانونية، بيت الحكمة، بغداد، العدد الرابع، السنة الثانية، 2000، ص 26 . د. صالح أحمد عبطان، المصدر السابق، ص 19.

( 4 ) استثنى قرار مجمع الفقه الإسلامي في السعودية من صحة التعاقد بالتعاقد الإلكتروني عقود (النكاح لاشتراط الإشهاد عليه، والصرف لاشتراط التقابض، التقابض، والسلم لاشتراط تعجيل رأس المال) للتفاصيل ينظر د. عبد الله بن إبراهيم بن عبد الله الناصر، العقود الإلكترونية، دراسة فقهية مقارنة، الرياض، ص 10 وما بعدها.

( 5 ) د . صالح أحمد عبطان ، المصدر السابق ، ص 24 .

المثال في بريطانيا صدر قانون تسجيل الأراضي رقم 9 لسنة 2002 الذي يحدد الإطار التشريعي لتنفيذ نظام إلكتروني لنقل الملكية ملكية الأراضي المسجلة، اذ جاء الفصل الثامن تحت عنوان نقل الملكية الإلكتروني، ويكون على مسجل الأراضي بموجب القانون أعلاه اتخاذ التدابير اللازمة لتوفير شبكة اتصالات الكترونية لاستعمالها في الأغراض المناسبة التي يراها تتعلق بالتسجيل لتنفيذ المعاملة الكترونياً والتيقن من صحة الوثائق، ولاتسمح شبكة التسجيل الإلكتروني بدخول الأشخاص غير المخولين إليها إلا بعد الاتفاق مع المسجل وفق إجراءات وشروط حددها قانون تسجيل الأراضي، ويتم تسجيل التصرف بالأراضي المسجلة بموجب القوانين لوجوب إعلام المسجل بها من خلال موقع مسجل الأراضي على شبكة الانترنت، ويتم القيام بهذه التصرفات من لدن محامي الأطراف الذين يكونون مسجلين مسبقاً في نظام تسجيل الأراضي الإلكتروني في معظم الأحيان، ولكي تأخذ تلك التصرفات اثرها القانوني يجب ان تستوف الوثيقة الالكترونية شروط شكل الوثيقة الالكترونية المنصوص عليها في القانون، ويستند مسجل الأراضي في ذلك على شبكة من مزودي خدمة التوثيق الإلكتروني المعتمدين لدى السلطة العامة<sup>(1)</sup> الذي لابد من ذكره ان الكلام يسري على جميع التصرفات العقارية كالرهن والهبة ولا يقتصر على البيع، فهي تتم بصورة الكترونية منذ بدايتها ولحين الانتهاء من التسجيل.

كما يوجد في الولايات المتحدة الأمريكية قانونين الأول هو القانون الموحد لتسجيل الأملاك العقارية الكترونياً لسنة 2004، وقانون كتاب العدل النموذجي لسنة 2010، وطبقاً لقانون تسجيل الأملاك العقارية الكترونياً، تكون الشروط القانونية التي تقضي بتوثيق مستند أو توقيع مقترن بمستند توثيقاً عدلياً أو الاعتراف به أو التحقق منه أو الشهادة عليه أو إنشاؤه، تستوف ذلك إذا أرفق بالمستند أو ارتبط به منطقياً التوقيع الإلكتروني للشخص المخول قانوناً القيام بالأعمال السابقة، الى جانب اي معلومات أخرى يقتضي بأدراجها اي قانون آخر واجب التطبيق، ويتم إنشاء سجل الكتروني لحفظ التصرفات التي تم إنشاؤها وفق الطريقة السابقة، كما أجاز قانون كتاب العدل النموذجي القيام بالأعمال التي أشارت لها قانون كاتب العدل الإلكتروني على أن يتم حفظ التصرفات الموثقة في سجل الكتروني يتم تنظيمه من قبل كاتب العدل الإلكتروني، وفرض القانون بعض الشروط التي يجب ان يستوفها السجل الإلكتروني لكي يكون معترفاً به، وما يلاحظ على التشريعين أعلاه، هو إجازتهما أعمال التوثيق الإلكتروني للتصرفات الرسمية، لكن ذلك لا يعني ان يتم ذلك عن بعد فيجب الحضور الشخصي للأطراف أمام الموظف المختص والذي يقوم بتوثيق التصرف الكترونياً، باستخدام الوثائق الالكترونية والتوقيعات الالكترونية، بدلاً من الوثائق الورقية والتوقيعات الخطية أو الأختام<sup>(2)</sup>.

(1) يوجد موقع الكتروني خاص بمسجل الاراضي في بريطانيا على شبكة الانترنت تنشر فيه جميع التشريعات القانونية والتوجيهات ذات العلاقة متاح

تحت عنوان : <http://www.landregistry.gov.uk/>

(2). للتفاصيل حول موقف التشريعات المقارنة من الموضوع ينظر، حازم اكرم صلال الربيعي، الشكليات في عقود الانترنت، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، 2012، ص66 ومابعدها.

ومع كل ذلك فإن محاكم بعض الولايات قد اعترفت بإمكانية انشاء التصرف بالأملاك العقارية باستخدام التوقيعات الالكترونية عبر الانترنت ، فقد اقرت محكمة استئناف ولاية كنساس الاتفاق المتضمن نقلاً لملكية عقارات تم عبر البريد الإلكتروني ، وذلك حسب قرار المحكمة في احدى القضايا عام 2007 ، وتتلخص وقائع القضية في ان اتفاق طلاق قد تم بين زوجين باستخدام البريد الإلكتروني ، وتضمن الاتفاق على نقل ملكية بعض الاملاك العقارية من الزوج الى الزوجة ، وقد عدت المحكمة ذكر الزوج اسمه في نهاية الرسالة الالكترونية كافياً لاعتباره توقيعاً صادراً منه ، ولم ينكر الزوج ذلك ، فاعتبرت المحكمة ان ذلك الاتفاق كافياً لتنقل ملكية العقارات المعنية الى الزوجة

كل التفاصيل المتعلقة بالقضية والقرار الصادر فيها ، متاحة على الموقع الرسمي لمحكمة استئناف ولاية كنساس على الرابط :

<http://www.kscourts.org/Cases-and-Opinions/opinions/ctapp/2007/20070907/95508.htm> .

## البند الثاني

### المعاملات التي رسم لها القانون شكلية معينة

استثنى المشرع العراقي المعاملات التي رسم لها القانون شكلية معينة من الخضوع لأحكام قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية في المادة ( 3 / ثانياً / د ) منه، ويبدو لنا أن هذا الاستثناء كان في غير محله بل أنه قد افرغ التشريع من محتواه كونه استثنى المعاملات الشكلية المتمثلة بالتصرفات الواردة على العقارات والحقوق العينية على العقارات وكذلك عقود بيع المركبات وعقود بيع المكائن ، مما يعني اقتصار هذا القانون على العقود الرضائية أو العقود الشكلية الرضائية ، ولا يخفى ما في هذا الاستثناء من خلل تشريعي واضح بالنظر لأهمية التصرفات التي تم استبعادها من الخضوع لأحكام هذا القانون.

## البند الثالث

### المستندات التي يتطلب توثيقها من كاتب العدل

إن المستندات التي يتطلب توثيقها من كاتب العدل هي الأخرى قد أخرجها المشرع العراقي من الخضوع لأحكام قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي بموجب الفقرة ( و ) البند (ثانياً) المادة (3) من دون مبرر مذكر على أن هناك العديد من المبررات لشمولها بالخضوع لأحكام هذا القانون يأتي في مقدمتها وجود ما يعرف بـ (الكاتب العدل الالكتروني) فضلاً عن أهمية هذه المعاملات وتزايد الحاجة إلى إخراجها من إطارها التقليدي، فإلى متى يبقى الاعتماد على القلم والورق التقليديين في المعاملات اليومية والتصرفات القانونية.

يستفاد مما تقدم عدم وجود مانع تقني من حلول الشكلية الالكترونية محل الشكلية التقليدية في المجالين الرسمي والعرفي وذلك لوجود الكتابة والتوقيع الالكترونيين فضلاً عن مزود الخدمة الالكترونية الذي يمكن أن يحل محل الموظف الرسمية واضعاً الصفة الرسمية على العقد الشكلي لكن المشرع العراقي قد بالغ في استثناء ما يخرج عن نطاق هذا القانون واستبعاد ما لا تشمله أحكامه لدرجة أن أصبح ما يخرج عن نطاق يفوق كثيراً عما يدخل في ذلك النطاق الذي بدا مقتصرًا في النهاية على العقود التي يتم الاتفاق على تحويلها إلى عقود شكلية، وهذا لا يعد مبرراً لإصدار ذلك التشريع أساساً الذي طغت الاستثناءات فيه على الأصل .

## المطلب الثالث

### المقارنة بين الشكل في العقد التقليدي والشكل في العقد الالكتروني

إن إجراء المقارنة بين الشكل في العقد المدني التقليدي والشكل في العقد المدني الالكتروني يقتضي الوقوف على أوجه الشبه وأوجه الاختلاف بين العقدين من حيث الشكل وهذا ما سيتم في فرعين.

## الفرع الأول

### أوجه الشبه بين الشكل في العقد التقليدي والشكل في العقد الالكتروني

يمكن حصر أوجه الشبه في الشكل بين العقدين بما يأتي : -

1 - إن الشكل في كل من العقدين يختلف في طبيعته القانونية حسب قانون الدولة وماذا يعد فيها ، فإن كان الشكل يعد فيها ركناً في العقد التقليدي فإنه يعد كذلك في العقد الالكتروني، وإن لم يكن ركناً في العقد التقليدي فلا يمكن بطبيعة الحال عده ركناً في العقد الالكتروني .

2 - إن كل من الشكلين يمكن أن يكون شكلاً عرفياً ورسمياً، أي يكون هناك عقد شكلي عرفي تقليدي وعقد شكلي عرفي الكتروني وكذلك يكون عقد شكلي رسمي تقليدي وعقد شكلي رسمي الكتروني.

## الفرع الثاني

### أوجه الاختلاف بين الشكل في العقد التقليدي والشكل في العقد الالكتروني

يمكن حصر أوجه الاختلاف في الشكل بين العقدين بما يأتي : -

1 - أن العقد الالكتروني غير مثبت على دعامة ورقية على خلاف العقد التقليدي الذي هو في الغالب يكون مثبتاً على الورق العادي ، يكون العقد الالكتروني مجرداً في البنية التعاقدية من ركيزته المادية <sup>(1)</sup> وهذا الأمر بطبيعة الحال سينعكس على الشكل في كل منهما فيكون الشكل في العقد التعاقدية مثبتاً على الدعامة الورقية للعقد، أما في العقد الالكتروني فيكون مثبتاً على جهاز الحاسوب وفقاً لتقنيات حديثة وليس على الورق التقليدي.

2- إن الشكلية في العقد التقليدي تتطلب إما كتابة العقد أو القيام بأي إجراء آخر انعقد عليه الطرفان أو أن تكون بصفة رسمية كما في توثيق العقد لدى الموظف المختص وهذا يتطلب القيام بتلك الإجراءات التقليدية المعروفة، أما في العقد الالكتروني فإن الشكلية الاتفاقية أو الرضائية تختلف من حيث الآلية كونها يجب أن تتقيد بطابعها الالكتروني سواء أكانت الشكلية الالكترونية شكلية عرفية أم رسمية.

3- يختلف الشكلان من حيث الآليات التي تكون تقليدية في العقد التقليدي كالكتابة التقليدية والتوثيق التقليدي للعقد بخلاف الآخر في العقد الالكتروني الذي تكون الشكليات فيه بشكل حديث وتقني متطور .

4- يختلف العقدان من حيث مصدر الشكلية لكل منهما فبينما لا يكون الا الاتفاق مصدر الشكلية في العقد الالكتروني، يكون كل من القانون والاتفاق مصدر الشكلية في العقد التقليدي.

( 1 ) طوني ميشال عيسى ، المصدر السابق ، ص 206 .

## المبحث الثاني

### أحكام الشكل في العقد المدني الالكتروني

بعد التعريف بالعقد الالكتروني ببيان ماهيته وتوضيح الأركان التي يقوم عليها وكذلك أنواع الشكل فيه والاستثناءات التي أوردتها المشرع العراقي على الشكل في العقد الالكتروني ومقارنته بالشكل في العقد المدني التقليدي، بات لزاما علينا بحث أحكام الشكل في العقود المدنية الالكترونية وذلك سيكون بالوقوف على وسائل إثبات الشكل فيه في ظل أحكام قانون الإثبات ومن ثم بعد ذلك مناقشة ما قيل من آثار تترتب على انعدام الشكلية في ذلك العقد دون ان يغيب عن البال ضيق النطاق الذي تركه المشرع العراقي للعقود الالكترونية الشكلية لكن لازال يحدو الأمل ان يتراجع المشرع بدافع الحرص على إصدار الانفع من التشريعات التي تتماشى مع ثورة المعلوماتية وكذلك استجابة لنداء الأصوات المنادية بالعدول عن الموقف الذي يؤخذ عليه، واستنادا لما تقدم سيتم في هذا المبحث بيان وسائل إثبات الشكل في العقد المدني الالكتروني يلي ذلك الوقوف عند الآثار المترتبة على انعدام الشكل وتخلفه فيه وسيتم ذلك في المطالبين الآتيين.

#### المطلب الأول

##### وسائل إثبات الشكل في العقد المدني الالكتروني

يشترط بالعقد أو السند الرسمي الالكتروني صدوره عن موظف عام أو مكلف بخدمة عامة في حدود اختصاصه الموضوعي والمكاني والزمني ، ومراعاة الأوضاع القانونية في إنشائه، وهذه الشروط لا تتوافر في السندات المستخرجة عن طريق مشكلة الانترنت وباقي السندات الالكترونية الأخرى ، فهي عبارة عن بيانات ومعلومات الكترونية يتم إنشاءها وتبادلها بين الأفراد العاديين ، دون تدخل موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ويتعلق بنشاطات تجارية أو مدنية أو مهنية للأشخاص الطبيعية أو المعنوية ، ومع ذلك يذهب رأي إلى أنه لا يصح تجريد تلك السندات من الصفة الرسمية في ظل الإمكانيات التكنولوجية المتوفرة حالياً في البلدان المتقدمة التي تتعامل عن طريق هذه السندات لأن إدخال طرف ثالث مستقل محايد بين الأطراف المتعاقدة في الانترنت تسمى سلطة التصديق الالكتروني المعترف بها من الدول المنظمة فيها هذه السندات والدول الأخرى والتي تمنح شهادات رقمية للتأكد من هوية الأطراف المتعاقدة عبر الانترنت والاعتراف بالتوقيعات الالكترونية الصادرة عنهم كما أن ظهور الكاتب العدل الالكتروني من شأنه اعتبار السندات الالكترونية والمصادق عليها من تلك السلطات بمثابة سندات رسمية صادرة عن سلطة معترف بها قانوناً ولا تحتاج إلى مصادقتها في أية جهة أخرى لأنها صادرة أساساً من جهة معترف بها عالمياً<sup>(1)</sup> . والجدير بالملاحظة وجود تفاوت كبير لدى الفقه وفي التشريعات الحديثة بخصوص تعريف السند الالكتروني فقد عرّف بعض الفقهاء السند الالكتروني بأنه (( القيد أو العقد الذي يتم إنشائه عن طريق استخدام تقنية كهربائية أو مغناطيسية أو ضوئية أو كهرومغناطيسية أو أي وسائل مشابهة ، بحيث أنه لا يتوافر به عنصر الكتابة التقليدية أو الورقة العادية والتوقيع العادي فيلجأ في إنشائه إلى أساليب حديثة الكترونية عن طريق تدوينه برموز خاصة على دعامة الكترونية أو رقائق ، ويتم التوقيع عليه أيضاً بطريقة الكترونية وليس تقليدية مع احتمال تعرضه لمخاطر التغيير والتبديل أو التلف والفقدان بصورة أكبر من المحرر العادي ))<sup>(2)</sup> .

( 1 ) د . عصمت عبدالمجيد بكر ، أصول الإثبات ، المصدر السابق ، ص 509 .

( 2 ) ينظر : القاضي يوسف أحمد النوافلة ، حجية المحررات الالكترونية في الإثبات ، دار وائل للطباعة والنشر الطبعة الأولى ، عمان ، 2007 ، ص 54 .

وعرفه البعض الآخر بأنه (( كتابة غير تقليدية للمعلومات المستخرجة من وسائط خزن لتقنيات علمية تعمل على تحويل الحروف المكتوبة والسندات المرسلة عن طريقها إلى نبضات كهربائية فتحول الضغط على الحروف إلى إشارة كهربائية تؤدي إلى طبع هذه الحروف أو استنساخها عن بعد بسرعة قياسية لا تزيد على دقيقة واحدة مهما طالت المسافة))<sup>(1)</sup>. وعرف فقهاء آخرون السند الإلكتروني بأنه (( البيانات والمعلومات التي يتم تبادلها من خلال المراسلات التي تتم بين طرفي العلاقة بوسائل الكترونية سواء أكانت الانترنت أم من خلال الأقراص الصلبة أو شاشات الحاسب الآلي أو أية وسيلة أخرى لتوصيل المعلومة بينهما أو إثبات الحق أو القيام بعمل فهي الوسيلة التي يتمكن المتلاقون عبر الانترنت من توصيل المعلومة لبعضهم البعض ))<sup>(2)</sup>. إن المتأمل في هذه التعريفات للسند الإلكتروني يجد أنها جاءت بصيغ وعبارات مرنة بحيث تستوعب أنواع المحررات الإلكترونية المعاصرة من جهة وتستبقي التطور التكنولوجي في هذا المجال في إعداد تعريف للسند الإلكتروني من خلال محاولة استيعاب التطورات التكنولوجية المستقبلية بواسطة اللجوء إلى عبارات وألفاظ علمية وصيغ لها معانٍ واسعة من جهة أخرى. وقد عرف المشرع العراقي المستندات الإلكترونية في المادة (1) (تاسعاً) بأنها ((المحررات والوثائق التي تنشأ أو تدمج أو تخزن أو ترسل أو تستقبل كلياً أو جزئياً بوسائل الكترونية بما في ذلك تبادل البيانات الكترونياً ))، كما عرف في البند (سادساً) من المادة ذاتها المعاملات الإلكترونية أنها (( الطلبات والمستندات والمعاملات التي تتم بوسائل الكترونية ))، وعرف في البند (رابع عشر) جهة التصديق أنها (( الشخص المعنوي المرخص له إصدار شهادات تصديق الكتروني وفق أحكام هذا القانون )) أما شهادة التصديق فهي (( الوثيقة التي تصدرها جهة التصديق وفق أحكام هذا القانون والتي تستخدم لإثبات نسبة التوقيع الإلكتروني إلى الموقع ))، وعلى الرغم مما تقدم إلا أن المشرع العراقي قد استثنى المعاملات التي رسم لها القانون شكلية معينة من الخضوع لأحكام قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية بموجب المادة (3) البند (ثانياً) الفقرة (د) السابق ذكرها، مما يعني أن لا مجال للقول بوجود عقود شكلية رسمية في ظل هذا القانون الذي يقتصر تنظيمه على العقود الشكلية العرفية أو الرضائية، ولا نعلم الجدوى من هذا الاستثناء وإخراج تلك التصرفات الرسمية الشكلية من الإطار الإلكتروني وإبقائها مقيدة بجلبابها التقليدي، لذا فإننا ندعو المشرع العراقي إلى إعادة النظر في هذا الاستثناء الواسع الذي وأد هذا التشريع الذي طال انتظاره بعد أن ولد مشوهاً وكان بخلاف الطموح في اعمامه وشموله للتصرفات الشكلية الرسمية وغير الرسمية. والملاحظ على التشريعات العربية أنها كانت شديدة التأثر بالمصطلحات والصيغ التي وردت في قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لعام 1996 من خلال تبني العدد من المصطلحات العلمية التي وردت في القانون المذكور الخاصة بالمحررات والعقود الإلكترونية، واقتباس تلك المصطلحات وتضمينها في قوانينها ومثال ذلك أن قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم (15) لسنة 2004 عرف المحرر

(1) د. عباس العبودي، د. جعفر الفضلي، حجية السندات الإلكترونية في الإثبات المدني في ضوء التعديل الجديد للقانون المدني الفرنسي المرقم (230) لعام 2000، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق تصدر عن كلية القانون، جامعة الموصل، العدد (11) (أيلول / 2001)، جمادى الآخرة 1424 هـ، ص 2.

(2) ينظر: محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، دار الثقافة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، 2006، ص 205.



الإلكتروني بأنه ((رسالة أو بيانات تتضمن معلومات تنشأ أو تدمج أو تخزن أو ترسل أو تستقبل كلياً أو جزئياً بوسيلة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو بأية وسيلة أخرى مشابهة))<sup>(1)</sup>.

أما قانون المعاملات الإلكترونية الأردني المؤقت رقم ( 85 ) لسنة 2001 فقد نص في المادة الثانية منه على أن (( المعاملات هي إجراء أو مجموعة من الإجراءات يتم بين طرفين أو أكثر لإنشاء الالتزامات على طرف واحد أو التزامات تبادلية بين أكثر من طرف ويتعلق بعمل تجاري أو التزام مدني أو بعلاقة مع أي دائرة حكومية )) . والمعاملات الإلكترونية هي المعاملات التي تنفذ بوسائل إلكترونية والسجل الإلكتروني : القيد أو العقد أو رسالة المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو تسليمها أو تخزينها بوسائل إلكترونية .

والوسيط الإلكتروني : برنامج الحاسوب أو أي وسيلة إلكترونية أخرى تستعمل من أجل تنفيذ إجراء أو الاستجابة لإجراء بقصد إنشاء أو إرسال أو تسلم معلومات دون تدخل شخصي<sup>(2)</sup> .

وقد عرف المادة الثانية من القانون المذكور المحرر الإلكتروني من خلال تعريفها لرسالة المعلومات على أنه (( المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو تسليمها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو بوسائل مشابهة بما في ذلك تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني التلكس أو النسخ البرقي ))<sup>(3)</sup>. وعرف قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي رقم ( 2 ) لسنة 2002 المحرر الإلكتروني في المادة ( 5/2 ) منه بقوله أن المستند الإلكتروني هو (( مستند يتم إنشاؤه أو تخزينه أو استخراجها أو نسخه أو إرساله أو إبلاغه أو استلامه بوسيلة إلكترونية ، على وسيط ملموس أو على وسيط إلكتروني آخر ويكون قابل للاسترجاع بشكل يمكن فهمه )) . إن التحديد الدقيق لمفهوم المحرر الإلكتروني ، والذي هو على درجة كبيرة من الوضوح في الدول التي تبنت تشريعات خاصة للمعاملات والتجارة الإلكترونية ، إلا إن مفهوم السند أو المحرر الإلكتروني يكون على جانب من الغموض في الدول التي تقتصر إلى التشريعات التي تنظم المعاملات والتجارة الإلكترونية ومن هذه الدول العراق . إن المعاملات والعقود الإلكترونية ترتبط ارتباطاً عضوياً بمفاهيم ثلاثة وهي (المحرر، الكتابة، التوقيع) إن المعنى اللغوي ( للمحرر ) لا يوجد ما يقصر معناه على ما هو مكتوب على نوع معين سواء أكان على ورق أم على دعامة إلكترونية أم رقائق إلكترونية، لذا يمكن القول أن كلمة ( محرر ) تشمل ( المحرر الكتابي ) و ( المحرر الإلكتروني ) على حد سواء<sup>(4)</sup> . إن المادة ( 78 ) من قانون الإثبات العراقي أجازت الإثبات بالشهادة في حالة وجود مبدأ ثبوت بالكتابة والأسئلة التي تثار هنا هل يمكن اعتبار المحرر الإلكتروني مبدأ ثبوت بالكتابة ومن ثم جواز الإثبات بالشهادة ؟ ما هي سلطة القاضي في تفسير النصوص القانونية ؟ وهل يمكن للقاضي الامتناع عن إصدار حكم في القضية المعروضة عليه بحجة عدم وجود نص قانوني بحكم المسألة خاصة في التعاملات والعقود الإلكترونية ؟

للإجابة عن هذه الأسئلة لابد من التأكيد على مسألة في غاية الأهمية وهي أنه لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يحتج القاضي عن أي دعوى بحجة بعدم وجود نص قانوني يحكمها كما هو الحال في المسائل المتعلقة بالمعاملات

( 1 ) ينظر : د. إيمان مأمون أحمد سليمان ، إبرام العقد الإلكتروني وإثباته الجوانب القانونية لعقد التجارة الإلكترونية دار الجامعة الجديد، 2008 ، ص 190 .

( 2 ) ينظر : القاضي يوسف أحمد النوافلة ، المصدر السابق ، ص 51 - 52 .

( 3 ) ينظر : أياد محمد عارف عطا سدة، مدى حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية كلية الدراسات العليا، 2009، ص 39 .

( 4 ) ينظر : د . محمد حسام محمود لطفي ، الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية ، القاهرة ، 2002 ، ص 126 .

والعقود الالكترونية التي لا يوجد في التشريع العراقي قانون خاص ينظم أحكامها، بل على القاضي أن يتصدى لأي دعوى حتى لو لم يوجد نص يحكمها وأساس هذا الإلزام المفروض على القاضي هو المادة ( 30 ) من قانون المرافعات المدنية رقم ( 83 ) لسنة 1969 المعدل والتي نصت على (( لا يجوز لأية محكمة أن تمتنع عن الحكم بحجة غموض القانون أو فقدان النص أو نقصه، وإلا عد القاضي ممتنعاً عن إحقاق الحق، وبعد أيضاً التأخير غير المشروع عن إصدار الحكم امتناعاً عن إحقاق الحق )) .

ولغرض إعانة القاضي في مسعاه في حسم الدعوى فقد جاء قانون الإثبات العراقي رقم ( 107 ) لسنة 1979 بمبادئ مهمة ومن هذه المبادئ مبدأ إلزام القاضي في التفسير المتطور للقانون الذي نصت عليه المادة ( 3 ) من قانون الإثبات والذي جاء فيها (( إلزام القاضي بالتفسير المتطور للقانون ومراعاة الحكمة من التشريع عند تطبيقه )) .

عليه فإن التفسير المتطور ( للمحرر أو العقد الالكتروني ) لا بد وأن يؤخذ بأوسع معنى وبالشكل الذي يمكن من مسايرة التقدم العلمي وعلى النحو الذي يمد معنى مبدأ الثبوت بالكتابة على المحررات المستخرجة من الانترنت والمخاطبات الالكترونية ، ومن ثم تقتضي الحالة اعتراف المشرع العراقي بالسند الالكتروني والعقد الالكتروني<sup>(1)</sup>، واعتباره دليلاً قانونياً يمكن من خلال إتباع التفسير المتطور للقانون إيجاد حلولاً لحالات لم ينص عليها المشرع العراقي وهذا الأمر يفتح باب الاجتهاد أمام القاضي لتطويع النصوص وخلق حالة من المواءمة ، والمتلائمة مع النص القانوني والواقعة المعروضة على القاضي<sup>(2)</sup> ، وفي هذا الاتجاه ذهبت محكمة التمييز الاتحادية بقرار حديث لها إلى مبدأ مفاده<sup>(3)</sup> (( إذا صح أن الموضوع يتعلق بعقد مرسل عبر البريد الالكتروني وموقع عليه الكترونياً فإن بإمكان القضاء الفصل بذلك لأنه ملزم بحكم القانون أن يفصل في أية قضية تعرض عليه إذ عليه سد النقص التشريعي ومعالجة الموضوع على وفق الأسس الفنية التي تحكمه وإن عدم وجود نص قانوني لا يعني عدم الاعتداد بتلك الوسائل الحديثة إذ أن التوسع فيما يعرف بثورة المعلومات ودخول العالم حقبة جديدة يغلب عليها الاعتماد على البيانات والمعلومات المعالجة آلياً يقع على عاتق القضاء الفصل في الموضوع إذا ما توفرت الشروط الفنية فذلك لا يُعدّ خلق لطريق إثبات غير موجود قانوناً بل إزاء إثبات عملية توقيع على سند مكتوب)).

إن هذا العمل بما فيه من محاسن من خلال حث القضاة على الاجتهاد إلا إن أهم المساوئ التي يخلفها سوف يؤدي إلى تعدد الاجتهادات وتضاربها لذا لا بد من التدخل التشريعي لإيجاد حلول جذرية وشاملة لمشكلة الإثبات بوسائل التقنيات الحديثة<sup>(4)</sup> .

وبعد طول انتظار ومطالبات طويلة في السر والاجهار التفت المشرع العراقي إلى هذه المسألة المهمة ، والحاجة الملحة واصدر قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراق رقم 78 لسنة 2012 ، ورغم أن القانون المذكور

( 1 ) ينظر : د. عصمت عبدالمجيد بكر ، أثر التقدم العلمي في العقد وتكوين العقد، إثبات العقد، المصدر السابق، ص 108.

( 2 ) ينظر : القاضي عواد حسين ياسين العبيدي ، تفسير النصوص القانونية بإتباع الحكمة التشريعية من النصوص ، دار ومكتبة الإمام ، طرابلس ، لبنان ، 1433 هـ - 2012 م ، ص 266 - 267 .

( 3 ) رقم القرار (60) الهيئة الموسعة المدنية / 2012 / بتاريخ 24 / 6 / 2012 مشار إليه في مجلة التشريع والقضاء ، السنة الخامسة - العدد الأول ، كانون الثاني ، شباط ، آذار ، 2013 ، ص 226 .

( 4 ) ينظر : د . عصمت عبد المجيد بكر ، مشكلة الإثبات بوسائل التقنيات العلمية ، بحث منشور في مجلة القضاء ، السنة السادسة والخمسون ، مجلة القضاء ، العددان الأول والثاني ، 2002 ، ص 45 .

جاء متأخراً إلا أن صدوره يُعدّ خطوة في الاتجاه الصحيح لمواكبة التطور إلا أن مما يؤخذ على القانون المذكور كما بينا سابقاً فيه العديد من الاستثناءات التي كادت أن تفرغ القانون من مضمونه وتذهب بجوهره ويسلب الهدف الذي شرع من أجله .

### المطلب الثاني

#### الآثار المترتبة على انعدام الشكل في العقد المدني الالكتروني

لقد فرض القانون على الأفراد إتباع شكل معين لإبرام بعض العقود والتي أضحت تسمى (بالعقود الشكلية ) وهذا الحكم جاء في العديد من القوانين منها القانون المدني العراقي رقم ( 40 ) لسنة 1951 في المادة ( 508 ) منه والتي نصت على (( بيع العقار لا ينعقد إلا إذا سجل في الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون )) وكذلك في المادة ( 2/3 ) من قانون التسجيل العقاري رقم ( 43 ) لسنة 1971 التي نصت على (( لا ينعقد التصرف العقاري إلا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري )) وكذلك ما جاء في الفقرة ( 7 ) من القسم الخامس من قانون إدارة المرور رقم ( 86 ) لسنة 2004 والتي نصت على أنه (( لا ينعقد بيع المركبة إلا إذا سجل في دائرة التسجيل المختصة واستوفى الشكل المنصوص عليه في الفقرة ( 3 ) من هذا القسم إلا ما استثنى بقانون )) وكذلك النصوص الخاصة ببيع المكنائن المنصوص عليها في قانون كتاب العدول رقم ( 33 ) لسنة 1998.

إن السؤال الذي يفرض نفسه بقوة في هذا المقام ما هي الآثار المترتبة على انعدام الشكل في العقود؟ لقد أجابت عن هذا السؤال المادة ( 3/137 ) من القانون المدني العراقي عند كلامها عن العقد الباطل وعدت من صور العقد الباطل هي (( 3 - ويكون باطلاً إذا اختلت بعض أوصافه كأن يكون المعقود عليه مجهولاً جهالة فاحشة أو يكون العقد غير مستوف للشكل الذي فرضه القانون )) .

مما يعني وفقاً لهذا النص انعدام الشكل الذي فرضه القانون في العقد يؤدي إلى بطلان العقد، فالشكل بوصفه وسيلة للتعبير عن الإرادة أو القالب الذي يجب أن يصب فيه نوع من الرضاء يعد عنصراً جوهرياً في التصرفات التي تم اشتراطه فيها لذا فإن تخلفه عن التصرف تترتب عليه آثار لم يتفق الفقه على تحديدها لاختلافهم في تحديد الأسس التي يستندون إليها والاعتبارات المتعلقة بالبطلان ، فضلاً عن الموقف التشريعي من المسألة ونتناول ما تقدم تباعاً في الفروع الثلاث الآتية .

### الفرع الأول

#### انعدام التصرف الذي تخلف الشكل فيه

يذهب رأي في الفقه <sup>(1)</sup> على انعدام التصرف القانوني الذي تخلف الشكل فيه انطلاقاً من تقسيم البطلان إلى ثلاثة أنواع متدرجة من حيث الشدة وهي : -

الانعدام والبطلان المطلق والبطلان النسبي، وتكون العيوب التي يمكن أن تلحق التصرف القانوني تختلف بدرجات متفاوتة من حيث الأهمية، فالانعدام وهو أكثر الجزاءات شدة يكون نتيجة لتخلف أحد أركان التصرف وهي الرضا والمحل والسبب والشكل في التصرف الشكلي ، والبطلان المطلق يكون نتيجة لاختلال شرط من الشروط التي يستلزمها القانون لركني المحل والسبب كعدم تعيين المحل أو عدم مشروعية المحل أو السبب .

( 1 ) لمزيد من التفاصيل لاحظ ، د . عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني المصدر السابق ، ص 489

أما البطلان النسبي فيكون نتيجة لعيب شاب رضا المتصرف كالإكراه الذي يعيب الإرادة أو الغلط، ويكون لكل نوع مما تقدم أحكاماً خاصة به ، فالانعدام لا يحتاج إلى رفع دعوى لتقريره ولكل ذي مصلحة التمسك به ، كما أنه لا يقبل الإجازة ولا يزول بالتقادم ويتطابق البطلان المطلق مع الانعدام من حيث الأحكام ، أما البطلان النسبي فإنه لا يؤثر على صحة التصرف ما لم يقرر بحكم قضائي ، ولكن يجوز لمن تقرر لمصلحته هذا البطلان أن يتمسك به ، كما أنه يقبل الإجازة ويسقط بالتقادم (1) .

وذهب رأي آخر (2) إلى أن البطلان وليس الانعدام هو الأثر المترتب على تخلف الشكل في التصرف القانوني ، فالشكل عنصر قانوني استلزمه المشرع في التصرف القانوني أي أنه شرط مصطنع لصحة التصرف يمكن أن التصرف على الرغم من تخلفه لأن غياب الشكل لا ينفي وجود المظهر المادي للتصرف الأمر الذي يستدعي تدخل القضاء لهدم هذا المظهر .

وحاول آخرون (3) التوفيق بين الرأيين السابقين بالرجوع إلى طبيعة الشكل في سبيل تحديد الأثر المترتب على تخلفه ، فإذا كان غياب الشكل واضحاً فلا داعي لتدخل القاضي لهدم التصرف ويكون الجزاء على غياب الشكل في هذه الحالة انعدام التصرف القانوني ، أما إذا لم يكن الغياب واضحاً بصورة تستدعي تدخل القاضي لهدم التصرف القانوني فإن البطلان هو الجزاء المترتب على تخلف الشكل في هذه الحالة ، مثال الحالة الأولى كون الشكل المطلوب اتخاذ صورة كتابة رسمية وكان التصرف قد أبرم بورقة عادية فيكون تخلف الشكل واضحاً ولا يتطلب الأمر تدخل القاضي لهدم التصرف فيكون الأثر المترتب على تخلف الشكل هو الانعدام، ومثال الحالة الثانية كون الشكل المطلوب هو التعبير عن الإرادة بحضور شهود ، فإن غياب هذا الشكل يتطلب إقامة الدليل على عدم حضور الشهود أمام القضاء ومن ثم هدم التصرف فيكون الأثر في هذه الحالة بطلان التصرف وليس انعدامه.

وقد تعرضت هذه الآراء جميعاً للانتقاد ، فقد قيل في نقدها أن التمييز بين الانعدام والبطلان المطلق لا يتماشى مع المنطق لأن كلاً من العقد الباطل والعقد المنعدم هو عدم وليس له وجود في نظر المشرع ، فكيف يمكن أن يقال بأن هناك تفاوتاً في العدم بين العقد الباطل والعقد المنعدم (4) . كما أن فكرة الانعدام غير محددة فأنصار هذه النظرية لم يستطيعوا الاتفاق على الحالات التي يوجد فيها الانعدام (5) فضلاً عن أن فكرة الانعدام عديمة الفائدة تخلو من الفوائد العملية الحقيقية التي تميزها عن البطلان المطلق فلا فرق بين انعدام العقد وبطلانه بطلاناً مطلقاً لأنه في الحالتين لا يرتب أي أثر بوصفه عملاً قانونياً (6) ، هذا إلى جانب أنه لا يمكن الاستناد إلى طبيعة الشكل لتحديد الأثر المترتب على الصورة التي ذهب إليها أنصار الرأي الثالث لأن القول بذلك يوحي بأن هذه الطبيعة قد تختلف من شكل إلى آخر في

( 1 ) للتفاصيل لاحظ، د.جميل الشراوي، نظرية بطلان التصرف القانوني، مطبعة جامعة القاهرة ، 1956 ، ص 337.

( 2 ) وقد تبنى هذا الرأي جانب من الفقه الفرنسي يتزعمهم الفقيه بلانيول . للتفاصيل لاحظ حسين عبد القادر معروف ، فكرة الشكلية وتطبيقاتها في العقود، أطروحة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، 2004 ، ص 190 وما بعدها .

( 3 ) ياسر كامل الصيرفي ، التصرف القانوني الشكلي في القانون المدني المعاصر ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة القاهرة ، 1992 ، ص 409 وما بعدها .

( 4 ) د . عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، المصدر السابق ، ص 489 .

( 5 ) د . فتحي عبد الرحيم ، العناصر المكونة للعقد كمصدر للالتزام ، جامعة المنصورة ، 1979 ، ص 447 .

( 6 ) د . عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء التاسع، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000، ص 489 . د . جميل الشراوي ، المصدر السابق ، ص 339 .

حين أن الاختلاف يكون في صورة الشكل وليس في طبيعته كما لا يمكن الاستناد إلى معيار اللجوء إلى القضاء لتحديد الجزاء المترتب على تخلف الشكل كون اللجوء إلى القضاء لا يكون إلا في حالة نشوب النزاع بين المتعاقدين وقد يكون تخلف الشكل ظاهراً ومع ذلك يتم اللجوء إلى القضاء ، لذا فإن جميع الآراء التي قيلت لبيان الأثر المترتب على تخلف الشكل لا تصلح لما قيلت له لعدم استنادها إلى أسس علمية دقيقة (1) .

### الفرع الثاني

#### بطلان التصرف الذي تخلف الشكل فيه

يؤسس الفقه الحديث التقسيم الثاني للبطلان ويعتمد هـ في صياغة نظرية البطلان وتحديد أحكامه ، إلا إن الخلاف بينهم قد نشب في تحديد معيار التمييز بين البطلان المطلق والبطلان النسبي ، فذهب فريق منهم إلى القول بأن البطلان المطلق ينشأ إذا تخلف أحد عناصر انعقاد التصرف القانوني بشكل تام ، كتخلف الرضا أو المحل أو السبب أو الشكل في التصرفات الشكلية ، أما البطلان النسبي فينشأ إذا تغيب أحد هذه العناصر كعييب الرضاء ، أو إذا تخلف أهلية الأداء .

إلا إن هذا المعيار في التمييز بين البطلان النسبي والبطلان المطلق قد وجهت له العديد من سهام النقد ، أهمها تعذر التفرقة بين التخلف الكامل لعنصر من عناصر العقد وبين عدم كفايته لأن كل منهما يفيد عدم تحقق شرط تطلبه المشرع (2) .

ونتيجة لما وجه لهذا المعيار من انتقاد وذهب البعض (3) إلى اعتماد معيار آخر يقوم على أساس الغاية التي يتقرر البطلان بوصفه جزءاً من أجل حمايتها ، فإذا كانت هذه الغاية هي حماية مصلحة عامة فالجزاء يكون البطلان المطلق ، وإذا كانت هي حماية مصلحة خاصة فالجزاء يكون البطلان النسبي .

إلا إن أصحاب هذا الرأي في تحديد الأثر المترتب على تخلف شكل التصرف فمنهم من رأى أن الغاية المتوخاة من الشكل هي حماية المصلحة العامة فقرر لذلك أن جزءاً تخلف الشكل هو البطلان المطلق ، ومنهم من ذهب إلى أن الغاية من فرص الشكل هي حماية مصلحة خاصة فقرر لذلك أن جزءاً تخلف الشكل هو البطلان النسبي واستندوا في ذلك إلى أن غاية الشكل هي حماية المتصرف وهذه مصلحة خاصة (4) إلا إن هذا الاتجاه قد تعرض للنقد من منطلق أن البطلان بنوعيه يتعلق بالنظام العام وأن كونه كذلك يجعل هذا المعيار غير صالح للتمييز بين نوعيه الأمر الذي دفع بعض الكتاب إلى بحث كل سبب من أسباب البطلان بصورة مستقلة لتحديد خصائص البطلان الناشئة عنها ومن ثم تحديد ما إذا كان البطلان مطلقاً أو نسبياً (5) . ويذهب الرأي الراجح (6) إلى أن الأثر المترتب على تخلف الشكل هو البطلان المطلق لسببين ، الأول يتعلق بطبيعة البطلان ، فالبطلان أثر خطير يتناسب مع خطورة العيب الذي أصاب التصرف ، لذا فإنه يتسم بخطورة بالغة هو عد التصرف القائم بحكم العدم على الرغم من أن للتصرف وجود مادي إلا إن

( 1 ) حسين عبدالقادر معروف ، المصدر السابق ، ص 193 .

( 2 ) د . جميل الشرقاوي ، المصدر السابق ، ص 340 . فتحي عبدالرحيم ، المصدر السابق ، ص 448 .

( 3 ) د . جميل الشرقاوي ، المصدر السابق ، ص 341 .

( 4 ) للتفاصيل حول هذه الآراء ينظر : د . ياسر الصيرفي ، المصدر السابق ، ص 420 .

( 5 ) للتفاصيل لاحظ ، د . جميل الشرقاوي ، المصدر السابق ، ص 341 .

( 6 ) حسين عبدالقادر معروف ، المصدر السابق ، ص 196 .

تخلف الشكل لا يبقى له أي وجود قانوني بنظر المشرع ، لذا فليس للبطلان مراتب أو أنواع إنما هو بدرجة تتمثل بما يعرف بـ ( البطلان المطلق ) ، أما ما يعرف بالبطلان النسبي فهو لا يعد نوعاً من أنواع البطلان لذا استعمل المشرع المصري مصطلح ( القابل للإبطال )<sup>(1)</sup> .

أما السبب الثاني فهو أن الشكل يمثل أسلوب محدد للتعبير عن الإرادة ، يفرض المشرع على المتعاقدين مراعاته عند التعاقد ، وهو من ثم شرط في التعبير عن الإرادة مفروض من قبل المشرع يؤدي عدم مراعاته إلى تخلف التعبير عن الإرادة في نظر المشرع ، ومن ثم انعدام ركن من أركان التصرف الشكلي ، وبعبارة أخرى إن غياب الشكل يعني غياب التعبير عن الإرادة وهو ما يعني غياب عنصر جوهري في التصرف القانوني وغياب هذا العنصر لا يمكن معه القول بجزء آخر غير جزء البطلان ، وهكذا فإن الشكل على وفق ما تقدم يعد عنصراً جوهرياً في العقد، فإن غاب كان التصرف على وفق ما تقدم يعد عنصراً جوهرياً في العقد وإن غاب كان التصرف عدماً في نظر المشرع ، وإن مثل هذا التصوير يعني أن الجزء الذي يترتب على غياب الشكل هو البطلان<sup>(2)</sup> .

وقد كان تصوير طبيعة الشكل وطبيعة البطلان على وفق ما تقدم حاضراً في ذهن المشرع العراقي حين جعل البطلان على درجة واحدة وليس على مراتب متعددة.

ولابد من الإشارة إلى الشكل المقصود في ما تقدم هو الشكل كركن في الانعقاد سواء أكان مصدر القانون أم الاتفاق فيبطل التصرف بتخلفه<sup>(3)</sup> ، وهذا يعني سريان الاحكام السابقة على العقد الإلكتروني باعتبار الاتفاق هو مصدر شكلية.

ومن التطبيقات القضائية ما ذهبت إليه محكمة التمييز في أحد قراراتها<sup>(4)</sup> ((إذا لم يستوفي العقد الشكل الذي فرضه القانون فيكون باطلاً (المادة ( 137 ) من القانون المدني) ويتعين إعادة الطرفين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد المادة ( 138 ) مدني )) ، وجاء في قرار آخر<sup>(5)</sup> (( يكون العقد باطلاً إذا لم يستوف الشكل الذي فرضه القانون القانون (المادة ( 137 ) من القانون المدني) وإذا بطل العقد يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانوا عليها قبل العقد المادة ( 3/138 ) من القانون المدني )) .

وذهبت محكمة التمييز الاتحادية في قرار لها إلى<sup>(6)</sup> (( .. لأن ( المدعى عليه ) أقر بوقائع الدعوى فإنه يلزم بإقراره وإن العقد الباطل لا ينعقد ولا يفيد الحكم أصلاً وإذا بطل العقد يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانوا عليها قبل العقد )) .

( 1 ) المواد ( 138 – 144 ) من القانون المدني المصري .

( 2 ) حسين عبد القادر معروف ، المصدر السابق ، ص 197 . للتفاصيل لاحظ د . عبد الحكم فوده ، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة ، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية ، 1993 ، ص 239 وما بعدها .

( 3 ) د . ياسين الجبوري ، المبسوط في شرح القانون المدني ، المصدر السابق ، ص 41 .

( 4 ) القرار 87 / استئنافية / 86 – 87 في 1987/7/21 منشور في كتاب الأستاذ إبراهيم المشاهدي المختار من قضاء محكمة التمييز ، قسم القانون المدني والقوانين الخاصة ، ج5، مطبعة الزمان ، بغداد 1421 هـ – 2000 ، ص 27 – 28 .

( 5 ) القرار 346 / استئنافية / 86 / 87 في 1987/11/11 ، المصدر نفسه أعلاه ، ص 39 – 40 .

( 6 ) القرار 1527 / الهيئة المدنية منقول / 2011 في 2011/9/14 القرار منشور في مجلة القانون والقضاء مجلة دورية تعنى بالثقافة القانونية ، العدد العدد الثامن ، بغداد ، 2012 ، ص 269 .

كما ذهب محكمة التمييز الاتحادية في قرار لها <sup>(1)</sup> (( ... وحيث أن عقد بيع العقار من العقود الشكلية التي لا تتعقد إلا باستيفاء الشكل الذي نص عليه القانون وبخلافه يكون العقد باطلاً ولما كان العقد الباطل لا ينعقد ولا يفيد الحكم أصلاً ( م / 138 ) من القانون المدني إلا إن ذلك لا يمنع من إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد فيستعيد البائع المبيع ويسترد المشتري الثمن .... )) . وذهبت محكمة التمييز في قرار لها <sup>(2)</sup> (( ... بيع السيارة خارج دائرة المرور باطل قانوناً عملاً بالمادة ( 5 / 25 ) من قانون المرور رقم ( 48 ) لسنة 1971 المعدل ، ويتعين إعادة السيارة إلى البائع بالحالة التي كانت عليها عند البيع )) .

وجاء في قرار آخر <sup>(3)</sup> لمحكمة التمييز (( ... لما كان بيع السيارة خارج دائرة المرور باطلاً فيكون من حق المشتري استعادة البديل المدفوع من قبله عملاً بالمادة ( 2/138 ) من القانون المدني )) . من خلال استقراء أحكام القضاء العراقي نجد أن القضاء العراقي يتبع ويطبق النصوص القانونية الخاصة ببطلان العقود الشكلية لتخلق الشكل الذي فرضه القانون باعتبار أن الشكل الذي لم يستوف الشكل الذي فرضه القانون يكون باطلاً بحكم المادة ( 137 ) من القانون المدني ، وإذا بطل العقد يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد استناداً لأحكام المادة ( 3/138 ) من القانون المدني العراقي واتجاه القضاء العراقي في هذا الخصوص واضحاً وجلياً في الأحكام التي يصدرها .

### الفرع الثالث

#### موقف التشريعات من تخلف الشكل في التصرف

يعد المشرع الشكل عنصراً جوهرياً في التصرف القانوني ويترتب على غيابه بطلان التصرف القانوني ، وهذا البطلان في التشريع العراقي هو على درجة واحدة، فقد عرف المشرع العراقي العقد الباطل في الفقرة الأولى من المادة (137) منه بأنه (( ما لا يصح أصلاً باعتبار ذاته أو وصفاً باعتبار أوصافه الخارجية )) كما قرر في الفقرة الأولى من المادة ( 138 ) منه أن العقد الباطل (( لا ينعقد ولا يفيد الحكم أصلاً )) ، وبالنسبة لطبيعة الشكل ، فقد أدرك المشرع العراقي أنه يتعلق بالتعبير عن الإرادة ومن ثم فهو ليس ركن من أركان العقد إنما هو شرط في التعبير عن الإرادة أو كما عدّه وصف يلحق بأحد الأركان ، فقد ذكره مع أوصاف أو شروط تلك الأركان التي رتب على تخلف أحدها البطلان وذلك في الفقرة الثانية من المادة ( 137 ) من القانون المدني والتي جاء فيها (( فيكون العقد باطلاً إذا كان في ركنه خلل كأن يكون الإيجاب والقبول صادريين ممن ليس أهلاً للتعاقد أو يكون المحل غير قابل لحكم العقد أو يكون السبب غير مشروع 3 - ويكون باطلاً أيضاً إذا اختلت بعض أوصافه كأن يكون المعقود عليه مجهولاً جهالة فاحشة أو يكون العقد غير مستوف للشكل الذي فرضه القانون )) .

( 1 ) القرار 2505 / الهيئة الاستئنافية عقار / 2006 في 2006/6/28 القرار منشور في كتاب دريد داوود سليمان الجنابي، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية ، القسم المدني ، الجزء الثاني ، ص 21 - 22 .

( 2 ) القرار 811 / مدنية أولى / 92 في 1992/8/18 القرار منشور في كتاب إبراهيم المشاهدي ، معين المحامين ، الجزء الثالث ، القضاء المدني والتجاري ، ص 95 .

( \* ) تقابل الفقرة ( 7 ) من القسم ( 5 ) من قانون إدارة المرور رقم ( 86 ) لسنة 2004 ( النافذ ) .

( 3 ) القرار 1620 / مدنية أولى / 992 في 1993/3/10 منشور في المصدر نفسه أعلاه الصفحة نفسها .

من خلال ما تقدم يتجلى لنا بوضوح أن تخلف الشكل في التصرف الشكلي يترتب عليه بطلان ذلك التصرف ، وعلى وفق النصوص القانونية أعلاه فإن التصرف الذي تخلف الشكل فيه يعد باطلاً مما يعني أنه لا ينتج أثراً ولا يفيد الحكم لأنه غير منعقد ، فيجب إعادة كل شيء إلى أصله . وبالنسبة لموقف القانون المدني المصري فلم يتضمن نصاً يقرر قاعدة عامة تنص على جعل البطلان جزءاً لتخلف الشكل في التصرفات الشكلية ، ومع ذلك فقد تضمن نصوصاً خاصة تجعل البطلان أثراً لتخلف الشكل ، مثال ذلك المادة ( 477 ) المتعلقة بالهبة أما التصرفات التي لم ينص على جزء تخلف الشكل فيها كالصرف المنشئ لملكية الأسرة بموجب المادة ( 851 ) وحق الحكر في المادة ( 1000 ) فيجمع الفقه<sup>(1)</sup> على أن البطلان المطلق هو الجزء الذي يترتب على تخلف الشكل فيها . من خلال ما تقدم يتجلى لنا بوضوح أن تخلف الشكل في التصرف الشكلي يترتب عليه بطلان ذلك التصرف، وعلى وفق ما نصت عليه التشريعات المقارنة فإن التصرف الذي تخلف الشكل فيه يعد باطلاً مما يعني أنه لا ينتج أثراً ولا يفيد حكماً لأنه غير منعقد ، فيجب إعادة كل شيء إلى أصله وإلى الحالة التي كانت قبل التعاقد، ولكن في حالات قليلة يترتب القانون على العقد الباطل إشارة الأصلية كما لو كان صحيحاً وذلك حماية للظاهر والثقة المشروعة في المعاملات كعقد الشركة الباطل الذي يتقاسم الشركاء الأرباح الناجمة عنه ويتحملون الخسائر طبقاً للشروط المبينة في العقد نفسه<sup>(2)</sup> . وبالنسبة للعقد الالكتروني فان تخلف الشكل المتفق عليه يجعل العقد باطلاً مع الإشارة مجدداً الى ان لاستثناء المعاملات التي رسم لها القانون شكلية معينة والتصرفات والمعاملات الواردة على الاموال غير المنقولة من الخضوع لأحكام قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراق النافذ والاستثناءات الأخرى التي أفرغت التشريع من محتواه ولم تترك مبرراً لصدوره، ذلك لان نطاق تطبيقه قد بقي مقتصرًا على العقود الشكلية الرضائية واستبعد العقود الشكلية الرسمية التي لها الغلبة من العقود الشكلية، وعليه ندعو المشرع العراقي إلى إعادة النظر في تلك الاستثناءات التي بالغ بها دون مبرر لان القول بخلاف ذلك يقطع الطريق أمام محاولات الاستفادة من الوسائل الالكترونية في مجال التصرفات الالكترونية ويجهض الأفكار المنادية بتطوير الحياة القانونية التي لازالت تعتمد كلياً على الوسائل الورقية التقليدية. كما ويرتب القانون على العقد الباطل آثاراً عرضية بوصفه واقعة مادية وليس عقداً، ويعد انتقاص العقد وتحوله أهم تلك الآثار التي سنتناولها تباعاً في البندين الآتين بوصفها آثار قد يربتها تخلف الشكلية الرضائية (المتفق عليها) للعقد الالكتروني : -

### البند الأول

#### انتقاص العقد

تنص المادة ( 139 ) من القانون المدني العراقي على أنه (( إذا كان العقد في شق منه باطلاً فهذا الشق وحده هو الذي يبطل أما الباقي من العقد فيظل صحيحاً باعتباره عقداً مستقلاً إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً )) كما نص المشرع المصري في المادة ( 143 ) من القانون المدني على أنه (( إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال فيبطل العقد كله )) .

( 1 ) د . عبدالمعظم فرح الصدة ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة 1992 ، ص 201 . د . جميل الشراوي ، المصدر السابق ، ص 114 .

( 2 ) د . عبدالمجيد الحكيم ، المصدر السابق ، ص 123 .



من خلال النصين السابقين يتبين أن المشرعين العراقي والمصري قد أخذوا بنظرية انتقاص العقد والتي مفادها أن العقد إذا كان منضوياً تحته التزامات عدة وكان صحيحاً بالنظر إلى بعضها وباطلاً بالنظر إلى البعض الآخر فإن العقد لا يبطل في الجميع بل يبطل منه ما لا يكون صحيحاً بالنظر إليه ويبقى العقد عقداً مستقلاً صحيحاً بالنظر إلى ما كان صحيحاً فيه، فكأنه جاء من الابتداء عقداً مستقلاً به عملاً بقاعدة تصحيح العقود، فعلى وفق ما تقدم لا يبطل العقد إنما ينتقص، لكن إذا تبين أن الشق الذي وقع باطلاً لم يكن العقد ليتم بدونه بل هو عنصر جوهري وأساس لا يتم العقد بدونه فإن العقد كله يبطل لعدم إمكانية القول بتمامه دون الشق الذي قضى بإبطاله (1).

أما المشرع الأردني فقد غلب بشأن انتقاص العقد ما أخذ به الفقه الإسلامي وذلك في قانونه المدني في المادة ( 169 ) في فقرتها الأولى التي جاء فيها (( إذا كان العقد في شق منه باطلاً بطل العقد كله إلا إذا كانت حصة كل شق معينة فإنه يبطل في الشق الباطل ويبقى صحيحاً في الباقي )) .

فالتصرف دون مراعاة الشكلية كعقد البيع دون تسجيل الذي هو واجب كونه عقداً شكلياً فإن هذا يعد باطلاً إذا لم يتم الاتفاق على تحديد ثمن معين لكل صنف من الأصناف المباعة بموجب العقد (2).

وبالعودة إلى موقف المشرعين العراقي والمصري فيبدو لنا أن الشكلية في التصرف إذا كانت شرطاً للانعقاد وتخلفت فإن العقد لا ينعقد مما يعني بطلانه لعدم مراعاة الشكلية ولا يمكن القول بانتقاصه لأن هذا النوع من العقود لا يمكن أن تتم دون مراعاة الشكلية وبالتالي فلا يمكن القول ببطلان شق لعدم مراعاة الشكلية وصحة الشق الآخر لتوافر أركان العقد الأخرى لأن الشكلية هي ركن جوهري في التراضي لا يمكن أن يتم دون مراعاتها . ومن التطبيقات القضائية ما ذهبت إليه محكمة التمييز في أحد قراراتها (3) ((.. إن بيع غير المنقول لا ينعقد إلا إذا سجل في دائرة الطابو لذا يعتبر وقوع العقد على مال غير منقول خارج الطابو باطلاً ، وإذا كان العقد في شق منه باطلاً وفي الشق الآخر صحيحاً ولا يمكن تجزئتها فيبطل العقد في الجميع لذا كان على المحكمة إبطال العقد كله .... )) .

وجاء في قرار آخر لها (4) (( لدى التدقيق والمداولة وجد أن العقد موضوع البحث تضمن شرطاً وهو نقل الإجازة لاسم المميزين وفي حالة عدم نقلها فيعتبر العقد منفسخاً ، لهذا وحيث أن المميز عليه يعترف بعدم نقل الإجازة لاسم المميزين لهذا فكان على المحكمة أن تحكم بالإلزام المدعى عليه المميز عليه بإعادة البذل الذي استلمه منهما وإذا إن نقل الإجازة ليس في مقدور المتعاقد لهذا يكون شرط التضمنين باطلاً أما استلام أدوات الدكان المعترف بها حتى إذا صح فلا يضافى على العقد وصف الصحة باعتبار أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً وذلك وفق المادة ( 139 ) من القانون المدني ، وكان على المحكمة أن تفهم المدعى عليه أن يطالب باسترجاعها فعليه قرر نقض الحكم المميز وإعادة أوراق الدعوى لمحكمتها لإصدار الحكم وفق ما ذكر أعلاه .... )) .

( 1 ) د . عبدالمجيد الحكيم ، المصدر السابق ، ص 125 .

( 2 ) وهذا ما يشير إليه محكمة التمييز الأردنية ، وقد استمد المشرع الأردني موقفه هذا من المذهب الحنفي وتحديداً قد أخذ برأي صاحبين ( أي يوسف ومحمد ) للتفاصيل لاحظ د . ياسين الجبوري ، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني ، المصدر السابق ، ص 289 .

( 3 ) القرار 449 / حقوقية / 1957 / البصرة / في 1956/3/27 القرار منشور في كتاب المحامي سلمان بيات القضاء المدني العراقي ، الجزء الأول ، المصدر السابق ، ص 141 .

( 4 ) القرار 1373 / حقوقية / 1957 / الأعظمية / في 1957/7/14 القرار منشور في المصدر نفسه أعلاه الصفحة نفسها .

وذهبت محكمة التمييز في قرار لها <sup>(1)</sup> (( .. إذا كان المالك قد باع العقار خارج دائرة التسجيل العقاري ثم باعه إلى شخص آخر وتم تسليم البيع في دائرة التسجيل العقاري فإن عقد البيع الثاني هو المعتبر قانوناً لأن البيع استوفى الشكل القانوني ( المادة 508 ) مدني أما البيع الأول فيعتبر باطلاً وفق المادة ( 137 ) مدني .. )) .

إن الأصل العام لنظرية انتقاص العقد في القانون المدني العراقي تقوم على فكرة مفادها أن العقد إذا تلبس بعدة أمور وكان صحيحاً إلى بعضها وباطلاً بالنظر إلى البعض الآخر فإن العقد لا يبطل في الجميع بل يبطل منه ما كان غير صحيح بالنظر إليه ، ويبقى عقداً مستقلاً صحيحاً بالنظر إلى ما كان صحيحاً فيه فكأنه جاء من الابتداء عقداً مستقلاً به عملاً بقاعدة ((تصحیح العقود قدر الإمكان)) <sup>(2)</sup> .

أما في العقود الشكلية التي يكون الشكل ركناً فيها للانعقاد وتختلف فإن العقد لا ينعقد حسب صراحة النصوص القانونية مما يعني بطلانه لعدم مراعاته للشكلية المقرر قانوناً فيكون الراجع هو القول بعدم إمكان انتقاصه .

### البند الثاني

#### تحول العقد

إن تحول العقد من الأفكار القديمة التي تعود في أصولها إلى الفقهاء المسلمون <sup>(3)</sup> وتبعهم بعد ذلك الفقه الألماني ومن ثم تجسدت في نص المادة ( 140 ) من القانون المدني الألماني الذي جاء فيها ((يصح التصرف القانوني الباطل إذا تضمن عناصر تصرف قانوني آخر متى تبين انصراف نية المتعاقدين إليه إذا علما ببطلان التصرف الأصلي)) <sup>(4)</sup> .

وقد أخذ القانون المدني العراقي بفكرة تحول العقد في المادة ( 140 ) التي جاء فيها (( إذا كان العقد باطلاً وتوافرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه إذا تبين أن المتعاقدين كانت نيتهما تتصرف إلى إبرام هذا العقد )) ، كما نظم المشرع المدني المصري فكرة التحول في المادة ( 144 ) والتي جاء فيها (( إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تتصرف إلى إبرام هذا العقد )) <sup>(5)</sup> .

ويمكن تلخيص فكرة التحول في أن التصرف الباطل قد يتضمن على الرغم من بطلانه عناصر تصرف آخر ، فيتحول التصرف الذي قصد إليه المتعاقدان وهو التصرف الباطل إلى التصرف الذي توفرت عناصره وهو التصرف الصحيح وبذلك يكون التصرف الباطل قد أنتج أثراً قانونياً عرضياً لا أصلياً ، شريطة أن يتبين من الظروف أن المتعاقدين كانت تتصرف نيتهما إلى هذا العقد لو كانا يعلمان ببطلان العقد الذي قصدها ، وبعبارة أخرى إن العقد الباطل ينقلب عقداً صحيحاً لكن لا من النوع الذي قصده المتعاقدان بل من النوع الذي توفرت فيه عناصر بشكل عرضي دون قصدهما <sup>(6)</sup> .

( 1 ) القرار 194 / مدنية أولى / 89 في 1989/5/11 القرار منشور في كتاب إبراهيم المشاهدي ، المختار من قضاء محكمة التمييز ، قسم القانون المدني والقوانين الخاصة ، الجزء الثاني ، المصدر السابق ، ص 13 .

( 2 ) منير القاضي، الشرح الوجيز في القانون المدني العراقي، نظرية الالتزام، مطبعة العاني بغداد، 1957 ، ص 230 .

( 3 ) د . عبدالمجيد الحكيم وآخرون ، المصدر السابق ، ص 126 .

( 4 ) لاحظ د . رأفت دسوقي ، تحول العقد الباطل إلى تصرف صحيح ، دار الكتب القانونية، القاهرة ، ص 39 وما بعدها .

( 5 ) ولم نجد في حدود إطلاعنا ما يؤيد أخذ المشرع الأردني بفكرة تحول العقد .

( 6 ) د.عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، المصدر السابق ، ص 498 . د . عبدالمجيد الحكيم وآخرون ، المصدر السابق ، ص 127 .

فيما تقدم يتضح أن التصرف الذي تخلف الشكل فيه هو تصرف باطل بوصفه التصرف الذي قصده المتعاقدان لكنه على الرغم من بطلانه يمكن أن يتضمن عناصر من تصرف آخر فيتحول التصرف الذي آل إليه قصد المتعاقدان إلى التصرف الذي توفرت عناصره أي التصرف الصحيح فيكون التصرف الأول قد أنتج أثراً قانونياً عرضياً لا أصلياً وحيث أن المرحلة التي تسبق إتباع الشكلية تعد باطلة على وفق أحكام القانون العراقي لذا يذهب البعض إلى الاستناد إلى نظرية تحول العقد بالقول إن العقد الشكلي قبل تسجيله يعد غير منعقد طالما لم يسجل لكن ليس هناك ما يمنع من أن ينتج العقد الباطل بعض الآثار الشخصية فيما بين المتعاقدين لكن بوصفه عقداً ( غير مسمى ) مقتضاه القيام بعمل هو إتباع الشكلية القانونية أو الاتفاقية فترتب آثار ذلك العقد وتلزم أطرافها على وفق القواعد العامة للمسؤولية العقدية بوصفه عقد ملزم للطرفين (1) .

ومصادق ذلك ألزم المشرع العراقي مراعاة الشكلية في بيع العقار واعتبرها ركناً من أركان انعقاد العقد وهي تسجيل البيع في السجل العقاري بدائرة التسجيل العقاري، فإذا لم يتم التسجيل في الدائرة المختصة فلا يكون هناك عقد ويبطل مثل هذا البيع كما لا تنتقل الملكية في العقار (2) .

إن هذه الشكلية وردت في الكتاب الثاني من القانون المدني الذي خصصه المشرع للعقود المسماة حين نص في الباب الأول وتحت عنوان العقود التي تقع على الملكية على هذه الشكلية إلى جانب الإيجاب والقبول . فقد نصت المادة ( 508 ) من القانون المدني العراقي على ما يلي (( بيع العقار لا ينعقد إلا إذا سجل في الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون )) .

كما نصت المادة ( 1126 ) من القانون ذاته على أن (( 1 - تنقل الملكية للعقد في المنقول والعقار . 2 - والعقد الناقل لملكية العقار لا ينعقد إلا إذا روعيت فيه الطريقة المقررة قانوناً )) ؛ لأن العقد من طرق كسب الملكية ما بين الأحياء ولا يوجد أي عقد بيع عقار إذا لم تراعى في نقل ملكيته ما يستوجب انعقاده وشهره وهو التسجيل في دائرة التسجيل العقاري المختصة ، وهذا الحكم ما جاءت به المادة ( 3 ) الفقرة الثانية من قانون التسجيل العقاري رقم ( 43 ) لسنة 1971 والتي نصت على : (( لا ينعقد التصرف العقاري إلا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري )) .

إن النصوص الواردة في القانون المدني العراقي وفي قانون التسجيل العقاري صريحة بأن عقد العقار إذا لم يسجل في دائرة التسجيل العقاري هو عقد غير منعقد وإن المرحلة التي تسبق التسجيل في ( بيع العقار ) تعد باطلة وفقاً لأحكام القانون العراقي فالسؤال القانوني الذي يفرض نفسه بقوة ما هي طبيعة عقد بيع العقار قبل تسجيله في دائرة التسجيل العقاري المختصة ؟

للإجابة عن هذا السؤال ذهب الأستاذ الدكتور عباس الصراف إلى الاستناد على نظرية تحول العقد في هذا الخصوص حيث رأى بأنه إذا كان صحيحاً القول بأن عقد بيع العقار قبل تسجيله في الدائرة المختصة يعد عقداً غير منعقد طالما لم يسجل في السجل المختص بالتصرفات العقارية ، إلا إن من الخطأ الذهاب إلى أنه عقد منعقد الآثار تماماً ، إذا ليس هناك ما يمنع من أن ينتج هذا العقد الباطل بعض الآثار الشخصية فيما بين المتعاقدين لا بوصفه

( 1 ) د. جعفر الفضلي ، المصدر السابق ، ص 111 .

( 2 ) ينظر : د. منذر عبد الحسين الفضل ، التعهد بنقل ملكية العقار وموقف القضاء العراقي منه ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، يصدرها اتحاد الحقوقيين العراقيين ، العدد ( 1 - 4 ) ، السنة الخامسة عشر ، بغداد ، 1983 ص 152 وما بعدها

واقعة قانونية وإنما ؛ لأنه عقد صحيح وهو ( عقد غير مسمى ) مقتضاه القيام بعمل هو الذهاب إلى دائرة التسجيل العقاري لإجراء نقل ملكية العقار وهو عقد ملزم للطرفين في ضوء قواعد المسؤولية العقدية وهذا العقد الصحيح هو الذي تحول إليه عقد بيع العقار الباطل طبقاً لنص المادة ( 140 ) من القانون المدني العقاري<sup>(1)</sup>.

لذا فإن نظرية تحول العقد ( conversion du contract ) هي من أهم الأسس القانونية التي استند إليها رجال الفقه القانوني في بيان الأساس القانوني للتعهد بنقل ملكية العقار قبل تسجيله في دائرة التسجيل العقاري والتي أخذ بها القانون المدني العراقي في المادة ( 140 ) منه<sup>(2)</sup>، ومن التطبيقات القضائية ما ذهبت إليه محكمة التمييز في أحد<sup>(3)</sup> قراراتها ((إذا كان المدعى عليه قد استأجر من المدعي بتاريخ سابق على عقد البيع الخارجي المبرم بينهما فإن رجوع المدعى عليه عن عقد البيع واسترداد العريون باعتباره باطلاً قانوناً لعدم تسجيله في دائرة التسجيل العقاري لا يؤثر على صحة عقد الإيجار)) وجاء في قرار آخر<sup>(4)</sup> لمحكمة التمييز (( .... وإن كان عقد بيع العقار لا ينعقد إلا إذا سجل بدائرة التسجيل العقاري ( الطابو سابقاً ) وفق المادة ( 508 ) مدني إلا إن التعهد السابق على البيع المنصوص عليه في المادة ( 1127 ) هو عقد غير مسمى وليس عقد بيع ولكنه عقد ملزم للطرفين وإذا أخل أحد المتعاقدين به التزم بالتعويض الاتفاقي وهو التزام ينشأ من مسؤولية عقدية .... )) . ومن العقود الشكلية التي نجد لـ ( تحول العقد ) حضوراً قوياً فيها هو عقد المساطحة والذي نصت المادة ( 1266 ) منه على تعريف هذه المساطحة بقولها : (( 1 - حق المساطحة حق عيني يخول صاحبه أن يقيم بناء أو منشآت أخرى غير الغراس على أرض الغير بمقتضى اتفاق بينه وبين صاحب الأرض ويحدد هذا الاتفاق حقوق المساطح والتزاماته. 2 - وحق المساطحة يجب تسجيله في دائرة التسجيل العقاري )) . إن المشرع العراقي في الفقرة ( 2 ) من المادة ( 1266 ) من القانون المدني العراقي نص صراحة على تسجيل حق المساطحة في دائرة التسجيل العقاري وهذا يعني أن المشرع أفصح عن قصده من تلك النصوص وعد التسجيل في دائرة التسجيل العقاري في الانعقاد بما لا يقبل التأويل والاجتهاد<sup>(5)</sup>.

وإذا كان الحالة على الوصف المتقدم فما هي طبيعة عقد المساطحة إذا لم يسجل في دائرة التسجيل العقاري ؟ للإجابة عن هذا السؤال المهم جداً سوف نستعرض بضع من قرارات محكمة التمييز في هذا الصدد ومن ثم الإجابة عن هذا السؤال وفقاً لذلك .

ذهبت محكمة التمييز الاتحادية في قرار لها إلى<sup>(6)</sup> (( عقد المساطحة إذا لم يسجل في دوائر التسجيل العقاري وفقاً لأحكام المادة ( 1266 ) من القانون المدني والمادة ( 299 ) من قانون التسجيل العقاري لا يكون عقداً باطلاً حيث أن ذلك العقد يعد عقداً من نوع خاص ويعتبر عقد صحيح بالوصف الذي تضمنه شروطه ما دام غير مخالف للنظام العام والآداب ويلتزم الطرفان بالشروط المتفق عليها ... )) .

( 1 ) ينظر : د . عباس الصراف ، بيع العقار قبل التسجيل في القانون العراقي ، بحث منشور في مجلة العدالة تصدر وزارة العدل في جمهورية العراق ، العدد ( 1 ) ، السنة ( 2 ) ، 1977 ، ص 21 ، 23 .

( 2 ) ينظر : الفضل ، التعهد بنقل ملكية العقار وموقف القضاء العراقي منه ، المصدر السابق ، ص 154 .

( 3 ) القرار 2676 / م / 2 / 988 في 1988/12/24 منشور في مجلة الأحكام العدلية ، العدد الرابع ، ص 73 .

( 4 ) القرار 988 / م / 1 / 68 في 1968/12/15 منشور في مجلة العلوم القانونية، العدد الأول، لسنة 1969، ص 182 .

( 5 ) ينظر : العزاوي ، حق المساطحة والإجارة الطويلة وموقف القضاء منهم ، المصدر السابق ، ص 100 .

( 6 ) القرار 268 في 2008/3/28 القرار منشور في المجموعة المدنية ، المصدر السابق ، ص 337 .

وجاء في قرار آخر <sup>(1)</sup> لمحكمة التمييز الاتحادية (( عقد المساطحة إذا لم يسجل في دائرة التسجيل العقاري وفق المادة ( 2/1266 ) مدني يكون بمثابة عقد خاص وهو عقد إجارة طويلة وإن طلب فسخه تطبق بحقه أحكام المادة ( 774 ) وعلى المحكمة التحقق من ذلك بالإطلاع على اضرارة التسجيل العقاري فإن كان سجل تطبق أحكام المادة ( 1270 ) مدني ... )) <sup>(2)</sup>.

إن المتأمل في القرار التمييزي الأول يجد أن محكمة التمييز الاتحادية عدت عقد المساطحة غير المسجل في دائرة التسجيل العقاري هو ( عقد من نوع خاص ) حسب تعبير المحكمة ونلمس فيه أثراً لنظرية تحول العقد . أما اتجاه محكمة التمييز في قرارها الأخير باعتبار عقد المساطحة غير المسجل هو ( عقد إجارة طويلة ) وهذا الاتجاه بحاجة إلى وقفة ومناقشة وذلك للخلط الحاصل بين الأحكام الخاصة بحق المساطحة الذي ينشأ عنه عقد المساطحة والتي يضمن القانون المدني العراقي بيان أحكامه في المواد ( 1266 - 1270 ) منه وكذلك قانون التسجيل العقاري العراقي في المواد ( 229 - 334 ) وبين حق المستأجر الوارد في المادة ( 774 ) من القانون المدني العراقي . والقضاء حين يقضي في مثل هذه الحالات بتحول العقد الباطل إلى عقد آخر صحيح ، إنما يفسر في ذلك نية المتعاقدين مستعيناً بسلطته في تفسير العقد ، وهي سلطة واسعة يكفي بمقتضاها العقد الذي بكيفية التكييف القانوني الملائم ما دام لا ينحرف عن الغاية العملية التي قصدها المتعاقدان . ومن خلال هذا التمييز يحقق القضاء الغاية العملية المقصودة ( وهي انتفاع المستأجر من الأبنية التي أنشأها بموجب العقد ) من الإرادة القانونية المعلنة متوخياً في ذلك مراعاة نية طرفي العقد وحتى في حالة الاعتراض على أن المتعاقدين لم يريدوا هذا التحول فبالإمكان دفع هذا الاعتراض على أن المتعاقدين إذا لم يكونا قد أرادوا العقد الصحيح إرادة قانونية فقد أراداه عملية وفي هذا يقول السنيهوري (( إن الإرادة القانونية ما هي إلا وسيلة إلى تحقيق غرض عملي فإذا تعارضت الوسيلة مع الغرض وجب تغليب الغرض على الوسيلة )) <sup>(3)</sup> وعلى ذلك يكون تحول العقد راجعاً إلى سلطة القاضي في تفسيره ، والعقد ينتج أثراً قانونياً ليس هو العقد الباطل الذي اختاره المتعاقدان بل هو العقد الصحيح الذي تحول إليه العقد الباطل بمقتضى سلطان القاضي في التفسير <sup>(4)</sup> .

نخلص مما تقدم أن تخلف الشكل في العقود التي يفرض القانون استيفائها شكلاً معيناً لا يعدم العقد، ويمحو كل آثاره والعقد وإن عدّ عقداً باطلاً إلا إنه ينتج أثراً قانونياً عرضياً لا أصلياً بناءً على نظرية تحول العقد ، ومن ثم فإن تخلف الشكل في العقود الشكلية يجعل تلك العقود هي عقد من ( نوع خاص ) حسب تعبير القضاء العراقي، ويبدو لنا أن هذا الحكم يسري على العقود الإلكترونية التي يتم التراضي على خضوعها لشكلية معينة لكن تلك الشكلية تتخلف لاي سبب كان.

( 1 ) القرار 1733 / الهيئة الاستئنافية عفار / 2008 في 2008/8/5 القرار منشور في النشرة القضائية ، يصدر عن مجلس القضاء الأعلى ، العدد الثالث ، ت 1 ، بغداد ، 2008 ، ص 19 .

( 2 ) نصت المادة ( 1270 ) مدني عراقي على : (( تنتقل ملكية البناء والمنشآت الأخرى عند انتهاء عقد المساطحة إلى صاحب الأرض على أن يدفع المساطح قيمتها مستحقة للقلع ، هذا إذا لم يوجد شرط يقضي بغيره )) .

( 3 ) ينظر : السنيهوري ، نظرية العقد ، المصدر السابق ، ص 636 .

( 4 ) ينظر : العزاوي ، حق المساطحة والإجارة الطويلة وموقف القضاء منهما ، المصدر السابق ، ص 102 - 103 .

في ختام موضوع هذه الدراسة لابد من الوقوف على أهم النتائج التي تم التوصل إليها من خلال الدراسة وبرزت التوصيات آملين الأخذ بها من قبل المشرع فيما يتعلق بالموضوع.

### أولاً: النتائج:-

1. بعد طول انتظار ومطالبات طويلة في السر والاجهار التفت المشرع العراقي إلى مسألة مهمة وحاجة ملحة وهي إصدار قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراق فصدر القانون رقم 78 لسنة 2012، ورغم أن القانون المذكور جاء متأخراً إلا أن صدوره يُعدّ خطوة في الاتجاه الصحيح لمواكبة التطور إلا أن مما يؤخذ على القانون المذكور الكثير من الملاحظات خاصة بما يتعلق بالشكلية في العقود الإلكترونية.
2. كفاية القواعد العامة في القانون المدني فيما يخص وجود التراضي على المسائل الجوهرية في العقد الإلكتروني كما هو الحال في العقد التقليدي الإلكتروني وصحته إذ لا توجد خصوصية تتعلق بعيوب الإرادة فتسري أحكام الإكراه والغلط والتعريض مع الغش الفاحش والاستغلال في نطاق العقد التقليدي وتغطيتها لأحكام العقد الإلكتروني ويمكن أن تستوعبها القواعد العامة التقليدية لعيوب الإرادة في القوانين المدنية فضلاً عن استيعابها أحكام المحل والمدة والسبب وكافة الآثار الهامة التي تترتب على العقد .
3. يقسم الشكل الإلكتروني إلى نوعين، الأول الشكل العرفي الإلكتروني ويقصد به عدم التزام المتعاقدين بمراجعة دائرة رسمية لتوثيق تصرفهم إنما مجرد الاتفاق على شكل معين كالكتابة مثلاً دون أي إجراء رسمي، والثاني بالشكل الرسمي الإلكتروني وهو عدم كفاية تراض أطراف العقد لإبرامه إنما يجب علاوة على ذلك التراضي توفر شكلية معينة إلى جانب الإيجاب والقبول لكي ينعقد العقد صحيحاً.
4. استثنى قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي وبعض القوانين المقارنة تصرفات محددة من الخضوع لقوانين التوقيع والمعاملات الإلكترونية، إلا أن تلك الاستثناءات قد طغت على الأصل وكان مبالغاً فيها لدرجة أن أفرغت تلك القوانين من محتواها وأهدرت قيمتها وقيدت الغاية من تشريعها، فضلاً عن عدم الأخذ بكثير من تلك الاستثناءات في العديد من الدول كما في بريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية.
5. وجود تفاوت كبير لدى الفقه وفي التشريعات الحديثة بخصوص تعريف السند الإلكتروني.
6. يلاحظ على التشريعات العربية أنها كانت شديدة التأثر بالمصطلحات والصيغ التي وردت في قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لعام 1996 من خلال تبني العدد من المصطلحات العلمية التي وردت في القانون المذكور الخاصة بالمحركات والعقود الإلكترونية واقتباس تلك المصطلحات وتضمينها في قوانينها.
7. أن تخلف الشكل في العقود التي يفرض القانون استيفائها شكلاً معيناً لا يعدم العقد، ويمحو كل آثاره والعقد وإن عدّ عقداً باطلاً إلا إنه ينتج أثراً قانونياً عريضاً لا أصلياً بناءً على نظرية تحول العقد، ومن ثم فإن تخلف الشكل في العقود الشكلية يجعل تلك العقود هي عقد من (نوع خاص ) حسب تعبير القضاء العراقي، ويبدو لنا ان هذا الحكم يسري على العقود الإلكترونية التي يتم التراضي على خضوعها لشكلية معينة لكن تلك الشكلية تتخلف لاي سبب

كان، أما في العقود الشكلية التي يكون الشكل ركناً فيها للانعقاد وتخلف فإن العقد لا ينعقد حسب صراحة النصوص القانونية مما يعني بطلانه لعدم مراعاته للشكلية المقرر قانوناً فيكون الراجح هو القول بعدم إمكان انتقاصه.

#### ثانياً: التوصيات:-

1. تعديل الفقرة (عاشراً) من المادة (1) من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي رقم (78) لسنة 2012 ، لتلافي الانتقادات التي قد توجه لتعريف العقد الالكتروني الوارد فيها اسوة بالانتقادات المادة(73) من القانون المدني العراقي التي عرفت العقد فيه، ونقترح اما الغاء التعريف من التشريع وترك تلك المهمة للفقهاء او تعديله وتعريفه بانه ( توافق إرادتين أو أكثر من خلال وسائل الكترونية على أحداث أثر قانوني معين ).
2. ندعو المشرع العراقي إلى إعادة النظر في الاستثناءات الواسعة للتصرفات التي اخرج بموجبها كثير من التصرفات عن نطاق العقود الالكترونية تلك الاستثناءات التي وأدت هذا التشريع الذي طال انتظاره بعد أن ولد مشوهاً وكان بخلاف الطموح في اعمامه وشموله للتصرفات الشكلية الرسمية وغير الرسمية.
3. الدعوة لجميع الجهات الرسمية للاستفادة من تجارب الدول الأخرى التي أثبتت نجاحها في مجال التصرفات الالكترونية وسرياتها على مختلف المجالات بما في ذلك التصرفات الشكلية الرسمية كالتصرفات الواردة على العقارات والمركبات والمكائن وذلك بتوفير التقنيات العلمية اللازمة لذلك وعقد الندوات فتح الدورات للموظفين في الدوائر ذات العلاقة لتعزيز مهاراتهم لبلوغ الهدف المنشود الذي وان كنا نقر بصعوبته في المرحلة الراهنة وليس استحالة بشكل مطلق الى درجة استثناءه جرياً بما سارت عليه بعض التشريعات التي سبقت صدور قانوننا بما لا يقل عن 10 سنوات.

اولا: الكتب القانونية.

1. إبراهيم المشاهدي، المختار من قضاء محكمة التمييز، قسم القانون المدني والقوانين الخاصة، ج5، مطبعة الزمان، بغداد، 2000.
2. د إيمان مأمون أحمد سليمان، إبرام العقد الالكتروني وإثباته الجوانب القانونية لعقد التجارة الالكترونية دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008.
3. د.أيمن محمد عمر العمر، المستجدات في وسائل الإثبات، الطبعة الثانية، الدار العثمانية، عمان، 2010.
4. د.جعفر الفضلي ، الوجيز في العقود المسماة ، الطبعة الثانية ، دار ابن الأثير ، الموصل ، 2005 م .
5. د .جميل الشرفاوي ، نظرية بطلان التصرف القانوني ، مطبعة جامعة القاهرة ، القاهرة، 1956 .
6. د .رأفت دسوقي ، تحول العقد الباطل إلى تصرف صحيح، دار الكتب القانونية، القاهرة .
7. سلمان بيات ، القضاء المدني العراقي ، الجزء الأول ، شركة الطبع والنشر الأهلية ، بغداد ، 1962م .
8. د.سمير عبدالسميع الاودن، العقد الالكتروني، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005 .
9. طوني ميشال عيسى ، التنظيم القانوني لشبكة الانترنت ، الطبعة الأولى ، دار صادر ، بيروت، لبنان ، 2001.
10. د. عبدالحكم فوده، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 1993.
11. د. عبدالمنعم فرح الصدة، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة 1992،
12. د.عبدالمجيد الحكيم ، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، مصادر الالتزام وزارة التعليم والبحث العلمي، بغداد، 1980 .
13. د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات العراقي ، جامعة الموصل ، الموصل ، 1997 ،
14. د. عصمت عبدالمجيد بكر ، أثر التقدم العلمي في العقد ، بغداد ، 2007.
15. القاضي عواد حسين ياسين العبيدي، تفسير النصوص القانونية باتباع الحكمة الشريعة من النصوص ، دار ومكتبة الامام ، طرابلس ، لبنان ، 1433 هـ - 2012 م .
16. د. فتحي عبدالرحيم ، العناصر المكونة للعقد كمصدر للالتزام ، جامعة المنصورة ، المنصورة، 1979 ،
17. د. محمد حسام محمود لطفي، الإطار القانوني للمعاملات الالكترونية، القاهرة، 2002.
18. محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الالكترونية، دراسة مقارنة ، دار الثقافة، الطبعة ط1، عمان ، 2006.
19. د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني ، الطبعة الأولى ، منشورات آراس ، اربيل، 2006 .
20. نادر الفرد قاموش، العمل المصرفي عبر الانترنت، الطبعة الأولى، الدار العربية للعلوم، بيروت، 2001.
21. القاضي يوسف أحمد النوافلة، حجية المحررات الالكترونية في الإثبات، ط1، دار وائل ، عمان، 2007.
22. د. عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء التاسع، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000.



23. د. ياسين محمد الجبوري ، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني مصادر الحقوق الشخصية (مصادر الالتزامات) ، الطبعة الأولى ، الإصدار الأول ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2008 .
24. يونس عرب ، قانون الكمبيوتر ، اتحاد المصارف العربية ، بيروت ، 2001.

#### ثانياً: البحوث.

25. د. أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد الثاني، 1 أيار، 2000.
26. باسيل يوسف، الجوانب القانونية لعقود التجارة عبر الحواسيب وشبكة الانترنت والبريد الإلكتروني، مجلة دراسات قانونية، بيت الحكمة، بغداد، العدد الرابع، السنة الثانية، 2000.
27. د. عباس الصراف، بيع العقار قبل التسجيل في القانون العراقي، بحث منشور في مجلة العدالة تصدر وزارة العدل في جمهورية العراق، العدد ( 1 ) ، السنة ( 2 ) ، 1977
28. د. عباس العبودي ، د. جعفر الفضلي ، حجية السندات الالكترونية في الإثبات المدني في ضوء التعديل الجديد للقانون المدني الفرنسي المرقم ( 230 ) لعام 2000 ، بحث منشور في مجلة الرافيدين للحقوق تصدر عن كلية القانون، جامعة الموصل، العدد ( 11 ) أيلول / 2001 ، جمادى الآخرة 1424 هـ.
29. عبد الله غزالي العزاوي، حق المساطحة والإجازة الطويلة وموقف القضاء منهما ، بحث منشور في مجلة العدالة، تصدر عن وزارة العدل، العراق.
30. د. عصمت عبد المجيد بكر ، مشكلة الإثبات بوسائل التقنيات العلمية ، بحث منشور في مجلة القضاء ، السنة السادسة والخمسون ، مجلة القضاء ، العددان الأول والثاني ، 2002.
31. د. فائق الشماخ، الشككية في الأوراق التجارية، مجلة القانون المقارن، العدد ( 20 ) ، 1987.
32. د. منذر عبد الحسين الفضل، التعهد بنقل ملكية العقار وموقف القضاء العراقي منه، بحث منشور في مجلة الحقوق، يصدرها اتحاد الحقوقيين العراقيين، العدد ( 1 - 4 ) ، السنة الخامسة عشر ، بغداد ، 1983

#### ثالثاً: الرسائل والاطاريح.

33. اياد محمد عارف عطا سدة، مدى حجية المحررات الالكترونية في الإثبات دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، 2009.
34. حازم اكرم صلال الربيعي، الشككية في عقود الانترنت، رسالة ماجستير، جامعة بغداد ، كلية القانون ، 2012.
35. حسين عبد القادر معروف، فكرة الشككية وتطبيقاتها في العقود، أطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، كلية القانون، 2004.
36. هادي مسلم يونس، التنظيم القانوني للتجارة الالكترونية، أطروحة دكتوراه، جامعة الموصل، كلية الحقوق، 2002 .
37. ياسر كامل الصيرفي، التصرف القانوني الشكلي في القانون المدني المعاصر، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 1992.

#### رابعاً: الدوريات القانونية.

- 38.مجلة التشريع والقضاء، تصدر عن جمعية دعم واستقلال القضاء، السنة الخامسة، العدد الأول، كانون الثاني، شباط، آذار، 2013.
- 39.مجلة القانون والقضاء، تصدر عن مكتبة القانون المقارن، العدد الثامن، بغداد، 2012.
- 40.مجلة العلوم القانونية، تصدر عن كلية القانون، جامعة بغداد، العدد الأول، لسنة 1969.
- 41.النشرة القضائية، يصدر عن مجلس القضاء الأعلى، العدد الثالث، ت 1، بغداد، 2008.

#### خامساً: القوانين.

- 42.قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي رقم (78) لسنة 2012 .
- 43.قانون تنظيم التوقيع الالكتروني المصري، رقم ( 15 ) لسنة 2004 .
- 44.قانون إدارة المرور العراقي رقم ( 86 ) لسنة 2004.
- 45.قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الإماراتي رقم ( 2 ) لسنة 2002 .
- 46.القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951.
- 47.القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948.
- 48.مجلة الأحكام العدلية .

#### سادساً: المصادر الالكترونية.

<http://www.landregistry.gov.uk/>

<http://www.kscourts.org/Cases-and-Opinions/opinions/ctapp/2007/20070907/95508.htm>