أحكام الأهلية
في المعاملات الالكترونية

د. طارق كاظم عجيل

رئيس قسم القانون الخاص

كلية القانون/ جامعة ذي قار

مقدمة

ادى تطور وسائل الاتصال في العصرالحالي الى ظهورالتجارة الالكترونية واعتبارها احد اهم دعائم الاقتصاد الرقمي Digital Economt، والتجارة الالكترونية مثلها مثل التجارة التقليدية، تقوم على تبادل القيم من السلع والخدمات في مقابل نقدي او عيني، غير ان مايميز التجارة الالكترونية انها تتم باستخدام تقنيات نقل بيانات التعاقد في اطار فضاء الكتروني Electronic Speas من خلال شبكة من شبكات المعلومات والاتصالات مثل الانترنت، وبالتالي فأن العقد الالكتروني سوف يتم في هذا الاطار ايضا.

ان ابرام العقد الالكتروني في اطار الفضاء الالكتروني يعني ان هذا العقد هو من طائفة العقود التي تبرم عن بعد، بين عاقدين لايجمع بينهما مجلس عقد واحد، وليس يخفى على احد الصعوبات والمشكلات التي تتولد بصدد التعاقد مابين غائبين عموماً، فقد تنبه لها فقهاء القانون منذ وقت مبكر. يقول العلامة الالماني سافيني بهذا الصدد: "يتولد بصدد التعاقد بين الغائبين شكوك وصعوبات خاصة لاتوجد بالنسبة للتعبير عن الارادة". كما تنبه العلامة الالماني اهرنج ايضاً بما يربس التعاقد بين غائبين عموماً من مخاطر، حيث يقول: "ان ابرام العقود ما بين الغائبين ينطوي على خطر خاص بالنسبة لمن يوجه اليه العرض"[1].

وتأتي في مقدمة الصعوبات التي يثيرها التعاقد الالكتروني بأعتباره تعاقداً يتم مابين غائبين، صعوبة التحقق من شخصية المتعاقد، والتحقق من وجود ارادته وصحتها وسلامتها، وصعوبة التحقق من اهلية المتعاقد للتعاقد، وجدية هذا التعاقد، وحقيقة مضمونة وكيفية اثباته والتوثق منه.

كما يثير التعاقد الالكتروني مسألة تحديد وقت ومكان ابرام العقد، ومايرتبط بذلك من موضوعات اخرى مثل تحديد وقت بدء تنفيذ الالتزامات التي يفرضها العقد، والقانون

---

[1] مشار الى ذلك عند: د. صلاح الدين زكي، تكوين الروابط العقدية فيما بين الغائبين، اصل الكتاب، رسالة دكتوراه، القاهرة، ١٩٦٢، ص ٣، ص ٩.

الواجب التطبيق على العقد، والمحكمة المختصة بنظر المنازعات المتعلقة بابرام العقد وتنفيذه.

ولن نستطيع في هذا البحث المقيد من حيث الوقت والكم ان نبحث جميع المشاكل والصعوبات التي يثيرها التعاقد الالكتروني، ونقصر بحثنا على دراسة الاهلية وماتثيره من صعوبات في ظل التعاقد الالكتروني، متبعين في دراستنا المنهج المقارن والتركيز على القواعد العامة في القانون العراقي في ظل غياب المعالجة التشريعية للموضوع.

ولغرض الاحاطة بمفردات البحث، قسمنا الموضوع الى ثلاث مباحث، عالجنا في المبحث الاول: مدى تحقق الارادة التعاقدية عن طريق الوسائط الالكترونية. وافردنا المبحث الثاني: لوسائل التحقق من اهلية المتعاقد عبر الانترنت. اما المبحث الثالث فجاء تحت عنوان: القانون الواجب التطبيق على الاهلية. وختمنا بحثنا بخاتمة تضمنت اهم النتائج والمقترحات. وآخر دعوانا ان الحمد لله رب العالمين اولاً واخرا.

المبحث الاول

مدى تحقق الارادة التعاقدية عن طريق الوسائط الالكترونية

إن اشتراط اهلية التعاقد في العقد التقليدي امر من السهل التحقق منه لانه تعاقد بين حاضرين في مجلس واحد حقيقي، حيث يستطيع كل طرف التأكد من شخصية واهلية الطرف الاخر بواسطة الاطلاع على اثبات الشخصية بالنسبة للشخص الطبيعي، والاطلاع على السجل التجاري للشخص المعنوي اذا كان شركة مثلاً او مؤسسة تجارية.

اما عن الاهلية في التعاقد الالكتروني، حيث يتم التعاقد عن بعد، فان قد يصعب على احد طرفي التعاقد التحقق من اهلية المتعاقد الاخر، فقد يدعي احد المتعاقدين كمال الاهلية بينما هو ناقص او عديم الاهلية، بل ان كمال الاهلية يختلف من دولة الى اخرى، لذلك اثير التساؤل عن كيفية التحقق من الاهلية مع صدور ارادة التعاقد الكترونياً ؟

لقد تعددت المحاولات الفقهية الرامية الى الاجابة عن هذا التساؤل، ويمكن تقسيمها الى اتجاهين، نعرضهما ونقومهما على النحو الآتي:

الفرع الأول
منح الشخصية القانونية للجهاز الالكتروني

نعرضه اولاً، ثم نقومه ثانياً، وذلك على النحو الآتي:

اولاً: عرض الاتجاه:

ظهر هذا الاتجاه مع ظهور وانتشار نظم الحاسوب المؤتمتة او الوسائط الالكترنية المؤتمتة، واستخدام بعض المشرعين في العالم . كالمشرع الامريكي في القانون التجاري الموحد UCC . لمصطلح الوكيل الالكتروني، فذهب جانب من الفقه ال منح الشخصية القانونية وما يتبعها من اهلية قانونية وصلاحية ابرام العقود الى الجهاز الالكتروني الذي يتم بواسطته ابرام العقد، بحجة ان المشرع في اغلب دول العالم التي عالجت مسألة التعاقد الالكتروني بقوانين خاصة اجازت ان يتم التعاقد بين وسائط الكترونية مؤتمتة متضمنة معلومات الكترونية او اكثر مادامت معدة ومبرمجة مسبقاً للقيام بمثل هذه المهماتن حيث يتم التعاقد صحيحاً ونافذاً ومنتجاً آثاره القانونية على الرغم من عدم التدخل الشخصي او المباشر لأي شخص طبيعي في عملية ابرام العقد[1]، ويترتب على الاخذ بهذا الرأي اعتبار الجهاز الالكتروني، كالحاسب الالي وما يتبعه من اجهزة وبرامج الكترونية، بمثابة الشخص القانوني، والشخص القانوني يتمتع

باهلية ابرام العقود[2].

---

[1] انظر: نص المادة (٦/٢) من القانون الامريكي الموحد للمعاملات الامريكي الموحد UCC، والمادة (١/١٢) من قانون الاونسترال الصادر عن الامم المتحدة رقم (Uncitral A/CN.9/ WG. IV/ WP.95)، والمادة (١/١٤) من قانون امارة دبي للمعاملات الالكترونية، والمادة (١٢) من قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الاماراتي رقم (١) لسنة ٢٠٠٦.

[2] انظر في عرض هذا الاتجاه: د. عادل ابو هميشة، محمود حوته، عقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤، ص ١٦٣؛ د. خالد ممدوح ابراهيم، ابرام العقد الالكتروني، دراسة مقارنة، دارالفكر الجامعي، الاسكندرية، ط١، ٢٠٠٦، ص ١٦٣؛ د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل، الجوانب القانونية للتعاملات الالكترونية، دراسة للجوانب القانونية للتعامل عبر اجهزة الاتصال الحديثة (التراسل الالكتروني)، مجلس النشر العلمي، ط١، الكويت، ٢٠٠٣، ص ٧٧.

كما ذهب جانب اخر من الفقه في ظل هذا الاتجاه، الى اعتبار الجهاز الالكتروني . الحاسب الآلي . نائباً عن التعاقد، يتعامل بأسمه ولحسابه، بما يعني ان الجهاز الالكتروني هو الذي يقوم بعملية التعاقد نيابة عن المتعاقد.

ثانياً: تقييم الاتجاه:

يصعب الاخذ بهذا الاتجاه لجملة من الاسباب اهمها:

١. مما لاخلاف فيه ان الشخصية القانونية ترتبط بها الذمة المالية[١]، فمن يتمتع بالشخصية القانونية يتمتع بالذمةن، ومن لايتصور ان تكون له ذمة مالية لاتثبت له الاهلية القانونية، والجهاز او الوسيط الالكتروني، يصفة عامة، ليست له ذمة مالية، ومن ثم فلن تكون له شخصية قانونية وتنعدم اهليته القانونية.

٢. ومما لاخلاف فيه ايضاً ان الشخصية القانونية وما يتبعها من اهلية قانونية وذمة مالية لا تثبت لغير الاشخاص الطبيعيين الا بالاعتراف القانوني لها، اعترافاً خاصاً او عاماً[٢]، وهذا مقصور على مجموعات الاشخاص كالجمعيات وتجمعات الاموال كالشركات، ولاتمتد الى الاجهزة والآلات.

٣. لايمكن القول ان الجهاز الالكتروني وكيلاً عن المتعاقد، لان الجهاز الالكتروني . الحاسب الآلي . عديم الارادة، ولايمكن لعديم الارادة ان يبرم عقد الوكالة بينه وبين المتعاقد مصدر النيابة المزعومة، فعقد الوكالة تصرف قانوني، والتصرف القانوني يتطلب لابرامه توفر الارادة لدى عاقديه، بينما الآلة لاتملك الارادة، هذا

Tom AIEN & Robin WIDDISON, Can computers make contracts ? Harvard Jornal of Law and Technology, 9-1, 1996, p:23.

[١] انظر في مدى اتصال الذمة المالية بالشخص: د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية الحق، ط٢، القاهرة، ١٩٦٥، ص ١٥٦ ومابعدها.

[٢] نصت المادة (٤٧) من القانون المدني العراقي على انه: (ح- كل مجموعة من الاشخاص او الاموال يمنحها القانون شخصية معنوية). وانظر في الاعتراف العام والخاص بالشخصية المعنوية: د. حسن كيرة، المدخل لدراسة القانون، ط٤، الاسكندريةن، ١٩٧١، ص ٦٣٧؛ الاستاذ عبد الباقي البكري، زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، بغداد، ١٩٨٩، ص ٢٩٩- ٣٠٠.

بالاضافة الى وجوب توفر هذه الارادة ايضا لابرام العقد الاصلي الذي يبرمه الجهاز مع المتعاقد الاخر[1].

الفرع الثاني
منح الشخصية القانونية لمنشيء الرسالة الالكترونية

نعرضه اولاً، ثم نقومه ثانياً، وذلك على النحو الآتي:

اولاً: عرض الاتجاه:

يذهب اصحاب هذا الاتجاه الى تصوير الجهاز الذي يتم بواسطته التعاقد على انه اداة او وسيلة اتصال تربط بين المتعاقدين مثله في ذلك مثل الهاتف والفاكس.

فالجهاز الالكتروني ـ الحاسب الآلي ـ وفقاً لهذا الرأي لايعبر عن ارادة ذاتية خاصة به، لانه لايمتلكها، ومن لايمتلك شيء لايمكنه ان يعبر عنه، ففاقد الشيء لايعطيه. ثم ان التعبير عن الارادة قاصر على الاشخاص سواء كانوا طبيعيين او معنويين، لان الشخص هو من يمتلك الارادة ولايمكن ان تعبر الآلة عن الارادة، ل، الآلات والاجهزة لاتمتلك ارادة، لذلك يقتصر دور الجهاز الالكتروني ـ الحاسب الآلي ـ لايبرم عقداً لحساب شخص ما، وانما هو يبرم العقد باستخدام الحاسب الآلي، الذي يقتصر دوره على نقل الارادة من متعاقد الى اخر[2].

ثانياً: تقويم الاتجاه:

لاشك في ان ماذهب اليه اصحاب هذا الاتجاه يتفق مع حكم القواعد العامة، فالجهاز الالكتروني ـ كالحاسب الآلي ـ الذي يتم بواسطته التعاقد الكترونياً لايخرج عن كونه اداة او وسيلة في يد المتعاقد، يستعمله كما يستعمل الاوراق والاقلام للتعبير عن ارادته، او كما يستخدم الصغير المميز لنقل ارادته الى الطرف الآخر، فالجهاز الالكتروني مجرد وسيلة للتعبير عن ارادة المتعاقد ونقلها او اعلانها للمتعاقد الآخر.

---

[1] انظر: د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل، مصدر سابق، ص ٧٩.

[2] انظر في هذا الاتجاه: د. عادل ابو هميشة، مصدر سابق، ص ١٦٣؛ د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل، مصدر سابق، ص ٨٠؛ د. خالد ممدوح ابراهيم، مصدر سابق، ١٦٣.

فاذا استخدم المتعاقد جهازا الكترونياً . كالحاسب الآلي . في ابرام العقد فأن الارادة التعاقدية سواء اكانت ارادة الموجب او ارادة القابل لاتنسب الى الجهاز، وانما تنسب الى الذي استخدم الجهاز وسخره لخدمته.

وبناءً على ماسبق فأن الجهاز الالكتروني لن يكون وكيلاً عن المتعاقد، وانما هو امتداد له، ووسيلة يسخرها لتوصيل ارادته الى المتعاقد الآخر، فالجهاز الالكتروني، وفقاً لهذا الدور الذي يضطلع به هو مجرد واسطة او رسول يقوم بنقل ارادة التعاقد من احد المتعاقدين الى المتعاقد الاخر.

ويلاحظ اخيراً ان هذا التكييف لدور الجهاز الالكتروني في ابرام العقود الالكترونية يتماشى مع ما اخذ به قانون الاونسيترال النموذجي في شأن التجارة الالكترونية لسنة ١٩٩٦، حيث نصت المادة (١٣) منه على: (تعتبر رسالة البيانات صادرة عن المنشيء اذا كان المنشيء هو الذي ارسلها بنفسه).

فهذه الفقرة من المادة وما تلاها من فقرات اسندت رسالة البيانات الى المنشيء، أي: مرسلها، وليس الجهاز.

المبحث الثاني

وسائل التحقق من اهلية المتعاقد عبر الانترنت

ليست هناك وسائل تقنية حاسمة بعد لمنع ناقصي الاهلية من التعاقد عن طريق الانترنت، ولكن يوجد في الوقت الحاضر وسائل تحذيرية او احتياطية لمنه مثل هؤلاء او للتعرف على اهليتهم، ومن هذه الوسائل المتيسرة او المستخدمة حتى الان يمكن تصنيفها الى فئتين:

الفئة الاولى: الوسائل المباشرة:

وهي على النحو الاتي:

١. البطاقة الذكية:

وتستخدم تقنية البطاقات الذكية (الهوية الالكترونية)، بهدف تحديد معلومات الهوية الشخصية للشخص الداخل عبر الشبكة، حيث تقدم هذه البطاقة كافة المعلومات الهامة عن شخصية المتعاقد واهليته، ولكن هذه الوسيلة من الناحية النظرية جيدة، ولكنها من الناحية العملية لم تنتشر وهي بحاجة الى تنسيق دولي بين الحكومات، لذلك فان استخدام التعريف بواسطة هوية الكترونية قد تقتصر على نطاق ضيق بين بعض المؤسسات او الهيئات والمصارف.

٢. جهات او سلطات التوثيق:

وجهات التوثيق هي عبارة عن اطراف ثالثة محايدة سواء منها الهيئات . عامة او خاصة . التي يسند اليها مهمة تنظيم العلاقة بين الطرفين المتعاقدين على الخط، فيتم اللجوء اليها لتحديد هوية الطرفين حيث يتم توثيق اهليتهما القانونية عن طريق اصدار شهادات اثبات متعلقة باطراف التعاقد الالكتروني.

الفئة الثانية: الوسائل غير المباشرة:

وهي على النحو الاتي:

١. نماذج المعلومات:

ويتم ذلك عن طريق وضع تحذيرات على شبكة الانترنيت تطلب عدم الدخول الى الموقع الا من قبل شخص بالغ الاهلية القانونية او انها قد تطلب من الشخص الداخل الى الموقع الكشف عن هويته والافصاح عن عمره، وذلك من خلال تعبئة نموذج معلومات موضوع على الشبكة، فأن كان عمر الشخص مناسباً أي ذي اهلية . دخل الى الموقع وابرم الصفقة . وفي حال عدم تعبئة هذه البيانات او تبين عدم اهلية التعاقد، فلن يسمح له بالدخول الى الموقع ولا القيام بابرام الصفقة.

٢. نماذج العقود:

ومن الوسائل غير المباشرة وضع نماذج عقود في المواقع المعروضة على شبكة الانترنت، والتي تحول دون تعاقد الفئات غير المرغوب بها، حيث يوضع نص

صريح في هذه النماذج مقتضاه بأنه لن يقبل ابرام هذا العقد، ممن لم يتم سن الرشد، او لايقبل ابرام هذا العقد ممن لم يبلغ (يتم ١٨ سنةن او ٢١ سنة....الخ)[١].

ومن خلال استعراض بسيط للمواقع عبر شبكة الانترنت الويب . شبكة الانترنت . يتبين لنا ان الوسائل غير المباشرة هي الاكثر استخداماً في الوقت الحاضر، والتي من خلالها يعمل صاحب الموقع على لفت انتباه العميل او الزبون الداخل الى الموقع الى ضرورة الافصاح عن عمره، وبالتالي الافصاح عن اهليته قبل ابداء رغبته في التعاقد.

ولكن يلاحظ على الوسائل غير المباشرة انها وسائل فنية اكثر منها وسائل قانونية، لذلك لن نتناولها بالبحث ونكتفي بما ذكرناه عنها، ونقصر بحثنا على الوسائل المباشرة ونختار منها جهات او سلطات التوثيق باعتبارها اهم الوسائل القانونية التي تمكن المتعاقد عن طريق الانترنيت من التعرف على اهلية المتعاقد الاخر.

وتنصب دراستنا على ماهية جهات التوثيق اولاًن وشهادات التوثيق ثانياً، ومسؤولية جهات التوثيق ثالثاً.

الفرع الأول
ماهية جهات التوثيق

عرف التوجه الاوربي رقم (٩٣) لسنة ١٩٩٩ جهة التوثيق Certification-Authority في مادته الثانية بانها: (كل شخص قانوني طبيعي او معنوي يقوم بتقديم شهادات الكترونية للجمهور او يقدم له خدمات مرتبطة بالتوقيعات الالكترونية).

يتبين لنا من هذا التعريف ان جهات التوثيق قد تكون شخص طبيعي او معنوي مهمته تقديم شهادات الكترونية للجمهور او تقديم خدمات مرتبطة بالتوقيعات الالكترونية، وقد كان الغرض من انشاء هذه الجهات تحقيق جملة من الاهداف اهمها، توفير الثقة والامان لدى المتعاملين لازدهار المعاملات الالكترونية، فهذه المعاملات وكما هو

---

[١] انظر: د. عبد الله الخرشوم، عقود التجارة الالكترونية عبر شبكة الانترنيت وفقا لاحكام الشريعة الاردنية، بحث منشور على الموقع الالكتروني: www.arablawinfo.com ص ٢٧.

معروف تتم عن بعد بين اشخاص لايلتقون، وقد لايعرف بعضهم البعض الاخر، وهذا مايستوجب توفير الضمانات الكفيلة بتحديد هوية المتعاملين، وتحديد حقيقة التعامل ومضمونة، فاذا تمثل التعامل الالكتروني في ابرام عقد ما فيلزم التيقن من ارادة المتعاقد وصحتها، ونسبتها الى مند صدرت منه، وكذلك التيقن من طبيعة التعاقد مضمونه[1].

ولتحقيق هذه الاهداف وجدت جهات التوثيق باعتبارها طرف ثالث محايد موثوق به، يقوم بطرقه الخاصة بالتأكد من اهلية المتعاقد وصحة صدور الارادة التعاقدية ممن تنسب اليه، والتأكد من جدية هذه الارادة وبعدها عن الغش والاحتيال، بالاضافة الى تحديد مضمون الارادة تحديدا دقيقا تمكن المتعامل من الاعتماد عليها في تعاملاته.

ودور جهات التوثيق لايقتصر على تحديد هوية المتعاملين في التعاملات الالكترونية وتحديد اهليتهم القانونية للتعامل والتعاقد، وانما تقوم بالاضافة الى ذلك بالتحقق من مضمون هذا التعامل، وسلامته، وكذلك جديته، وبعده عن الغش والاحتيال.

كما تقوم هذه الجهات باصدار المفاتيح الالكترونية سواء المفتاح الخاص، الذي يتم بمقتضاه تشفير التعاملات الالكترونية، او المفتاح العام الذي يتم بواسطته فك التشفير.

كذلك تقوم هذه الجهات باصدار التوقيع الرقمي، وشهادات توثيق هذا التوقيع التي تشهد بمقتضاها على صحته ونسبته الى من صدر عنه.

وتقوم جهات التوثيق بإمساك سجلات خاصة بالتوقيع الالكترونية توضح فيها، ماهو قائم من هذه التوقيعات، وما الغي او ابطل منها، وماتم ايقافه وتعليق العمل به.

وتخضع جهات التوثيق الالكتروني لاشراف الدولة التي تقوم بتحديد القواعد والاجراءات التي تحدد نظم عملها، كما تنشيء جهة حكومية عليا هي التي تقوم بمنح تراخيص العمل لهذه الجهات بعد التأكد من استيفائها للشروط التي تضعها مسبقاً، كما تقوم هذه الجهة العليا بالاحتفاظ بالمفتاح العام النهائي او الجذري "Root key".

وينظم التوجيه الاوربي رقم (٩٣) لسنة ١٩٩٩ جهات التوثيق الالكتروني تحت مسمى اعم هو مقدم خدمة التوثيق "Certification Service Provider".

---

[1] انظر: د. خالد ممدوح ابراهيم، مصدر سابق، ص ١٩٦.

فقد الزم هذا التوجيه الدول الاعضاء في الاتحاد الاوربي بالترخيص بقيام جهات خاصة يعهد اليها باعتماد التوقيعات الالكترونية عن طريق شهادات تصدرها تفيد استيفاء التوقيع الرقمي للشروط اللازمة للاعتماد عليه، وارتباطه بالمستند الذي يرد عليه، مع تأمينه ضد أي تعديل او تغيير في مضمونه.

وعلى الرغم من تنظيم التوجيه الاوربي لجهات التوثيق الالكتروني او مقدمي خدمة التوثيق فانه لم يجعل هذا التوثيق الزامياً، وانما ترك للمتعاملين حرية اللجوء اليه[1].

وقد اهتم القانون التونسي رقم (٨٣) لسنة ٢٠٠٠ في شأن المبادلات والتجارة الالكترونية بتنظيم جهات التوثيق تنظيماً مفصلاً، وانشأ بقصد الاشراف على هذه الجهات التي اسماها مزودي خدمات المصادقة الالكترونية جهة اشرافية رقابية عليا اسماها "الوكالة الوطنية للمصادقة الالكترونية".

وتتمثل اهم مهام هذه الوكالة الوطنية في الآتي:

منتح ترخيص ممارسة نشاط مزود خدمات المصادقة الالكترونية، ومراقبة هذه الانشطة.

اصدار وتسليم وحفظ شهادات المصادقة الالكترونية، اما مباشرة او عبر مزودي خدمات المصادقة الالكترونية.

المساهمة في الانشطة والابحاث والدراسات المتعلقة بالتعاملات الالكترونية.

ابرام اتفاقات الاعتراف المتبادل مه الاطراف الاجنبية.

واشترطت المادة (١١) من القانون على كل من يرغب في ممارسة نشاط مزود خدمات المصادقة الالكترونية الحصول على ترخيص مسبق من الوكالة الوطنية للمصادقة الالكترونية.

وحمل القانون التونسي مزود خدمات المصادقة الالكترونية عدة التزامات لاحكام الرقابة والاشراف عليها، منها:

---

[1] انظر: د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل، مصدر سابق، ص ١٧٩- ١٨٠.

١. استعمال وسائل موثوق بها لاصدار وتسليم وحفظ شهادات المصادقة، مع اتخاذ الوسائل اللازمة لحمايتها من التقليد والتدليس.
٢. امساك سجل الكتروني لشهادات المصادقة الالكترونية، يكون مفتوحاً للاطلاع الالكتروني بصفة مستمرة.
٣. المحافظة على سرية المعلومات المتعلقة بالشهادات والتعاملات الالكترونية، وعدم الافصاح عنها الا بترخيص من صاحب الشهادة.
٤. حظر جمع المعلومات التي لاتكون ضرورية لتسليم الشهادة الالكترونية المطلوبة.

اما قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الاماراتي رقم (١) لسنة ٢٠٠٦ فقد اسند اعمال المصادقة الالكترونية الى (مراقب خدمات التصديق) يتم تعيينه بقرار من مجلس الوزراء.

وحددت المادة (٢١) من القانون، الواجبات التي تقع على مزود مراقب خدمات التصديق حيث الزمته بصفة خاصة بتوفير وسائل يكون من المعقول الوصول اليها، وتمكن الطرف الذي يعتمد على خدماته من التأكد من هويته، أي هوية مزود الخدمة، وسيطرة الموقع على اداة التوقيع، والطريقة المستخدمة في تعيين هوية الموقع، ووجود اية قيود على الغرض او القيمة التي يجوز ان تستخدم من اجلها اداة التوقيع وما اذا كانت التوقيع صحيحة ولم تتعرض لما يثير الشبهة، وما اذا كانت هناك وسيلة مناسبة للابلاغ عن الغاء اتلشهادة.

واعترفت المادة (٢٣) بشهادات المصادقة الصادرة من جهات اجنبية بشرط ان تكون ذات مستوى الوثوق يوازي على الاقل المستوى الذي تتطلبه المادة (٢٠) من مزودي خدمات تصديق العاملين بموجب هذا القانون، ومع الاخذ في الاعتبار المعايير الدولية المعترف بها.

ولم يصدر في العراق والى حد هذه اللحظة قانون ينظم مسألة التعاقد الالكتروني، ويحدد الجهات المسؤولة عن القيام بمهام التوثيق. لذلك ندعو المشرع العراقي الى انشاء

جهة رسمية يناط بها القيام باصدار شهادات التصديق ترتبط بمجلس الوزراء او بوزارة الاتصالات تاخذ بالمعايير الدولية فيما يتعلق بأصدار شهادات التصديق، بعد اصدار قانون ينظم التجارة الالكترونية بصورة عامة.

الفرع الثاني
شهادة التوثيق الالكتروني

عرفت المادة الثالثة من التوجيه الاوربي شهادة التوثيق الالكتروني بأنها تلك التي تربط بين اداة التوقيع وبين شخص معين، وتؤكد شخصية الموقع من خلال استيفاء الشروط الواردة بالملحق رقم (٢).

كما عرفت المادة الاولى من قانن المعاملات والتجارة الالكترونية الاماراتي رقم (١) لسنة ٢٠٠٦ شهادة المصادقة الالكترونية بأنها: (الشهادة التي يصدرها مزود خدمات التصديق يفيد فيها تأكيد هوية الشخص او الجهة الحائزة على اداة توقيع معينة).

يتبين لنا مما تقدم ان شهادة التوثيق الالكتروني هي الشهادة التي تصدرها جهات التوثيق المرخص لها من قبل الجهات المسؤولة في الدولة، لتشهد بأن التوقيع الالكتروني هو توقيع صحيح ينسب الى من اصدره، ويستوفي الشروط والضوابط المطلوبة فيه باعتباره دليل اثبات يعول عليه، كما يستطيع المتعاقد عن طريق شهادة التوثيق الالكتروني التعرف بصورة حقيقية ودقيقة على اهلية المتعاقد اللازمة لابرام العقد[١].

فالغرض من شهادة التوثيق الالكترونية تأكيد ان التوقيع الالكتروني او الرسالة الالكترونية ـ بصفة عامة ـ صادرة ممن نسبت اليه، وان توقيعه صحيح، كما تؤكد الشادة اهلية المتعاقد القانونيية، وتوضح ان البيانات صحيحة صادرة من الموقع، ولم يتم التلاعب فيها، فلم يطرأ عليها أي تبديل سواء بالحذف او الاضافة او التغيير، فهذه البيانات تصبح موثقة، ولايمكن انكارها.

---

[١] انظر في تعريف شهادات التوثيق: د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل، مصدر سابق، ص ١٨٣ ومابعدها؛ د. خالد ممدوح ابراهيم، مصدر سابق، ص ١٩٧.

ويتم التحقق من المعلومات السابقة عن طريق استخدام المفتاح العام لمن صدرت عنه الشهادة الالكترونية، والذي يكون مذكوراً في الشهادة نفسها، نظراً للارتباط بين هذا المفتاح العام والمفتاح الخاص لصاحب الشهادة.

ويجب في شهادة التصديق الالكتروني التي يستطيع الشخص ان يستدل عن طريقها الى اهلية المتعاقد ان تستجيب لمقتضيات السلامة والوثوق بها، ويتم ذلك بأستخدام انظمة معلوماتية متطورة تحقق الامن وتخلق الثقة لدى من يتعامل معولاً على هذه الشهادة.

الفرع الثالث
مسؤولية جهات التوثيق

تثور مسؤولية جهات التوثيق، اذا تبين للمتعاقد الذي اعتمد معرفة اهلية المتعاقد على شهادة التوثيق، ثم تبين له ان من تعاقد معه ناقص الاهلية او محجور عليه، وان الوالي او الوصي نقض العقد ولم يجزه، مما سبب له ضرر خاصة وان المادة (١٣٨) من القانون المدني العراقي تقضي فقرتها الثالثة بأنه: (ومع ذلك لايلزم ناقص الاهلية اذا ابطل العقد لنقص اهليته ان يرد غير ما اعاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد).

ان الاجابة على هذا التساؤل تتوقف على تحديد، طبيعة مسؤولية جهات التوثيق اولاً، وطبيعة التزام جهات الاتوثيق بتقديم معلومات دقيقة وصحيحة ثانياً، ومدى امكانية جهات التوثيق من اعفاء نفسها من هذا الضمان ثالثاً.

اولاً: طبيعة مسؤولية جهات التوثيق عن عدم صحة شهادة التوثيق:

تقوم المسؤولية المدنية، وفقاً لاحكامها العامة، على اركان ثلاثة، الخطأ، وبصفة عامة الفعل الموجب للمسؤولية، والضرر، والعلاقة السببية بينهما، ويقع على المضرور عبء اثبات هذه العناصر الثلاثة، بحسب الاصل، مالم يفترض المشرع في حالات خاصة أياً من هذه العناصر تسهيلاً للمضرور في اثباته للمسؤولية وحصوله على التعويض فاذا

قام بين المضرور والمسؤول عقد فأن المسؤولية تكون عندئذٍ مسؤولية عقدية تختص ببعض القواعد تميزها عن المسؤولية غير العقدية[1].

واهم مايميز المسؤولية هو تخفيفها لعبء الاثبات على المضرور، ويصفة خاصة اذا كان التزام المدين التزاماً بنتيجة او بالضمان، اذ يعفى ـ الدائن ـ من اثبات خطأ المدين في هذه الحالة، وتقوم مسؤولية هذا الاخير بمجرد عدم تنفيذ ما التزم به، من هنا كانت المسؤولية العقدية ايسر في اثباتها وقيامها عن المسؤولية التقصيرية او غير العقدية.

ولن نتناول نسؤولية جهات التوثيق التقصيرية لان المشرع العراقي لم ينظم هذه الجهات بقانون خاص، ولم يفرض عليها واجب قانوني بتزويد المتعاملين عن طريق الانترنت بشهادة توثيق صحيحة، وبالتالي فاذا حصل المتعاقد في العراق على شهادات توثيق غير دقيقة من جهات توثيق تعمل في العراق، فلا يستطيع رفع دعوى على هذه الجهات، لان الاخيرة ام تخل بواجب قانوني، فلا يبقَ امام المتعاقد في العراق على فرض وجود جهات توثيق تعمل بصورة مستقلة ان يقوم بابرام عقد تزويد شهادة توثيق، يترتب على مخالفته او الاخلال به قيام مسؤولية هذه الجهة العقدية، لذلك سنقتصر على بيان مسؤولاية جهات االتوثيق العقديى.

ففي نطاق القانون الانكليزي لاتقوم المسؤولية العقدية لجهة التوثيق تجاه الغير المتضرر من جراء تعويله على شهادة تصديق الكترونية صدرت منه، الا اذا كانت جهة التوثيق تتحمل واجباً تعاقدياً بالعناية تجاه هذا الغير، ولكي يوجد هذا الاواجب يتعين ان يكون هناك عقد يربط الغير المتضرر الذي عول على الشهادة بجهة التوثيق، بمقتضاه تضمن جهة التوثيق صحة المعلومات التي تتضمنها الشهادة التي تصدرها هذه الاخيرة، فهل يمكن وجود او افتراض وجود هذا العقد على الرغم من انتفائه اية رابطة تعاقدية بين الغير وجهة التوثق عادة ؟

---

[1] انظر للمزيد من التفصيل: د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، ج١، الضرر، شركة التايمس للطبع والنشر المحدودة، بغداد، ١٩٩١، ص ٦٢وص ١٥٥.

يفترض العقد ايجاباً وقبولاً بهما تتكون ارادة التعاقد، ايجاب يصدر من احد طرفي العقد يصادفه قبول من الطرف الاخر، فالعقد يقوم اساساً على وجود ايجاب من احد الطرفين الى الطرف الاخر، بقصد انشاء علاقة تعاقدية بينهما، هذا الايجاب بالتعاقد اما ان يوجه الى شخص محدد، واما ان يوجه الى الجمهور، حيث نواجه عندئذٍ ايجاباً عاماً، أي موجهاً للعامة.

فبالنسبة للفرض الاول، أي الايجاب الموجه الى شخص محدد، فيتطلب ذلك قيام علاقة واتصال مباشر بين جهة التوثيق والغير المتضرر الذي عول على الشهادة الصادرة من الاولى، غير ان هذا الاتصال المباشر بين جهة التوثيق والغير المتضرر يصعب تحققه في الحالة التي يتسلم فيها الغير شهادة التوثيق والمفتاح العام من صثاحب الشهادة التي استخرجت لصالحه مباشرة وليس من جهة التوثيق، ومن ثم فاذا عول الغير على الشهادة وتعامل على اساس صحتها فلن يكون هناك اتصال بينه وبين جهة التوثيق، فتنعدم بذلك العلاقة التعاقدية بينهما[١]، ولايكون هناك محل لمساءلتها عقدياً. اما اذا كان الغير قد تلقى الشهادة والمفتاح العام من جهة التوثيق مباشرة، عن طريق موقعها على الانترنت، فأن سؤالاً يثور حول ما اذا كان هذا الاتصال يكفي لقيام علاقة تعاقدية بين الغير وجهة التوثيق.

يبدو ان هناك عائقاً كبيراً في القانون الانجليزي نحو قبول وجود العقد في فرضنا الحالي، فالقانون الانكليزي يتطلب لقيام العقد توفر عنصر مهم هو عنصر الاعتبار او المقابل Consideration، والذي يتمثل اما في حق او فائدة تعود الى احد طرفي العقد، او في خسارة او مسؤولية يتحملها الطرف الآخر[٢].

قد يرى البعض ان الغير، لكونه يعتمد على الشهادة الصادرة من جهة التوثيق، ويعول عليها في التعامل مع صاحب الشهادة، يكون قد وعد بالتعويل عل الشهادة تجاه جهة التوثيق، فيتحقق بذلك ركن الاعتبار. غير ان الفقه الانجليزي يشكك في صحة ذلك،

---

[١] انظر: د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل، مصدر سابق، ص ١٩٤.

[2] G.H.TREITEL, THE LAW OF CONTRACT, SEVENTH EDITION, STEVENS & SONS, LONDON; 1987, p:52-124.

ولايرى انه من الاكيد او الوعد بالتعويل على الشهادة يكفي لتحقق عنصر المقابل، ويستند الفقه في ذلك الى انعدام الفائدة الاقتصادية التي تعود على جهة التوثيق، او الخسارة المالية التي تلحق الغير الذي يعتمد على الشهادة في حالة تعهده، والواقع ان هذا الاخير لايحتمل اية خسارة مع التعهد، فاذا لم تتحقق اية خسارة مقابل التعهد بالاعتماد عل الشهادة فأن الاعتبار او المقابل لن يقوم.

على العكس من ذلك فقد يرى بعض اخر ان جهة التوثيق، يمكن ان تحقق مكاسب مالية من جراء تعهدها بتزويد شهادات الكترونية بصحة التوقيع، تتمثل في رواج عملها وازدياد عملائها[1].

وهكذا نرى ان قيام او عدم قيام عقد بين جهة التوثيق والغير الذي يعتمد على الشهادة الالكترونية التي تصدرها يتوقف على تحقق او عدم تحقق عنصر الاعتبار الذي يعد ركناً اساسياً للعقد في القانون الانجليزي وهذا الامر لم يحسم بعد في القانون الانجليزي.

اما في الفرض الثاني، اتي فرض الايجاب العام الموجه من جهات التوثيق الى الجمهور عامة، فأن مسألة ما اذا كان هذا الايجاب العام يكفي للتعبير عن ارادة جهة لتوثيق في التعاقد او لايكفي، قد اثارت انقساماً في القضاء الانجليزي، فذهب اتجاه الى قيام العقد يتطلب في هذه الحالة ان يكون الموجب له ـ الغير ـ قد تحقق لديه بالفعل هذا الاعتقاد، أي الاعتقاد بان جهة التوثيق قد عقدت العزم على التعاقد معه، وتوافرت لديها بالفعل نيّة التعاقد.

بينما ذهب اتجاه اخر الى انه يكفي الا يكون الغير الموجب له عالماً بأن جهة التوثيق ليس لديها نيّة التعاقد. وكما هو واضح فأن هذا الاتجاه الثاني يتوسع في قيام المسؤولية

---

[1] Steffen Hindelang, No Disappointed Trust- The Liability Rrgime for Certifiction Authorities Towards Third Parties Out with the EC Directive in Ednland and Germany Compared.
http://elj.Warwick.ac-uk/jilt/02-1Ihindelang2.html.p:12.
ـ اشار اليه: د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل، مصدر سابق، ص ١٩٥.

العقدية، في حالة الايجاب الموجه للجمهور، فهو يقيم هذه المسؤولية ما لم يكن الغير يعلم ان جهة التوثيق لم تتوفر لديها نيّة التعاقد، وهذا الامر ليس سهل الاثبات.

اما في ظل القانون العراقي فلايوجد مثل هذا العائق فأحكام السبب تختلف اختلافاً كبيراً عن احكام المقابل او الاعتبار المعروف في القانون الانجليزي، فاذا حصل الغير المتضرر على شهادة التوثيق من جهة التوثيق مباشرة سواء كان الايجاب المعروض من قبل جهة التوثيق ايجاباً خاصاً او ايجاباً عاماً توفرت فيه شروط الايجاب فأن علاقة عقدية تقوم بين الطرفين يترتب على مخالفتها من قبل جهة التوثيق قيام مسؤوليتها العقدية وفقاً لاحكام القواعد العامة.

ثانياً: طبيعة التزام جهات التوثيق بتقديم معلومات دقيقة وصحيحة:

والسؤال الذي يثور في هذا الصدد، هل التزام جهة التوثيق بضمان صحة المعلومات التي تتضمنها الشهادة ومنها اهلية المتعاقد التزام بنتيجة ام التزام ببذل عناية ؟

فاذا قلنا ان التزام جهة التوثيق بضمان صحة المعلومات التي تتضمنها الشهادة، التزاماً مشدداً، أي التزام بنتيجة، فان جهة التوثيق تتحمل بذلك مسؤولية مشددة Strict Liability، يكفي معها ثبوت عدم صحة معلومات الشهادة لتقوم مسؤوليتها، وتلزم بتعويض الاضرار التي سببتها هذه الشهادة للغير، ففي هذه الحالة تكون اقرب للضمان منه للمسؤولية.

اما اذا كان العقد يثقل جهة التوثيق بمجرد التزام باتخاذ العناية المعقولة Reasonable Care نحو التحقق من صحة المعلومات، أي تتحمل التزاماً ببذل عناية، فأن مسؤوليتها لاتقوم عندئذٍ الا اذا ثبت اهمالها وتقصيرها في اتخاذ العناية المعقولة، ويقع على المضرور الذي عول على الشهادة اثبات ذلك، والا فلن تقوم مسؤولية جهة التوثيق[1].

[1] Reed, Internet Law: Text and Materials, Butterworths, LONDON, EDINBURGH, DUBLIN, 2000,p:139.

والقاعدة في القانون الانجليزي ان عقود الخدمة التي يبرمها المهنيون لاتفرض عليهم سوى واجب العناية المعقولة، أي مجرد التزام ببذل عناية وليس التزاماً بتحقيق نتيجة او التزاماً بالضمان[1].

نخلص مما تقدم انه في نطاق القانون الانجليزي ما لم ينص العقد او الاتفاق بين الغير المتضرر وجهة التوثيق على تحمل هذه الاخيرة مسؤولية مشددة تقوم بمجرد اثبات المتضرر عدم صحة البيانات التي تضمنتها الشهادة الصادرة من جهة التوثيق، فأن هذه الاخيرة لاتتحمل الا التزاماً باتخاذ العناية المعقولة، بمعنى آخر، فأن الالتزام الذي تتحمله جهة التوثيق لصالح من يعتمد على الشهادة التي تصدرها هو التزام بوسيلة مضمونة اتخاذ العناية المعقولة او المناسبة، مالم يتفق على غير ذلك.

اما في نطاق القانون العراقي فأذا لم ينص العقد صراحة على تحمل جهة التوثيق مسؤولية مشددة تقوم بمجرد اثبات المتضرر عدم صحة البيانات التي تضمنتها الشهادة، فأن القواعد العامة تقضي بأن جهة التوثيق تعتبر منفذة لالتزامها اذا هي بذلت في التأكد من صحة البيانات الواردة في الشهادة عناية الرجل المعتاد.

ان تكييف التزام جهة التوثيق بأنه التزام ببذل عناية يؤدي الى تشجيع نشوء مثل هذه الجهات ويعطيها نوع من الثقة والامان في ممارسة اعمالها ويؤدي بالتالي الى انتشار التعاقد الالكتروني، ولكن يجب ان يلاحظ ان اعمال قاعدة البينة على من ادعى، والمدعي هنا هو المتضرر يدعي ان جهة التوثيق اخلت بواجبها القانوني التي يثقلها لصالحه وانها اهملت في اتخاذ العناية المطلوبة، لذلك يقع عليه عبء اثبات اهمال جهة التوثيق، أي: اثبات مخالفتها لواجب العناية الذي يثقلها لصالحه. ان هذا العبء لن يكون يسيراً بسبب تعقد الاجراءات الفنية والتقنية التي تتبعها جهات التوثيق، وصعوبة تتبع هذه الاجراءات من الغير المتضرر.

لذلك ندعو القضاء العراقي، ومن قبله المشرع العراقي عند تشريعه لقانون ينظم مسألة التعاقد الالكتروني وينظم جهات التوثيق الى نقل عبء الاثبات لتتحمله جهة التوثيق

---

[1] انظر: د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل، مصدر سابق، ص ١٩٧.

التي يقع عليها اثبات عدم اهمالها، ويجب ان تثبت ايضاً مراعاتها لاصول وقواعد عملها، أي ان تنفيذها لاعمالها كان مطابقاً لافضل السبل المعروفة وقت تقديم الشهادة. وهذا يعني ان التزامها بصدد الشهادات الالكترونية وان كان التزاماً ببذل عناية الا انه التزام مشدد الى حد ما.

ثالثاً: الاعفاء من مسؤولية جهات التوثيق او تقييدها:

تشترط جهات التوثيق في الغالب الاعفاء من المسؤولية التي تتحملها بالنسبة لحالات معينة او تشترط تقييد هذه المسؤولية بقيود محددة، وتأخذ شروط الاعفاء من المسؤولية او تقييدها عدة صور منها:

١. تقييد المسؤولية بمبلغ معين لكل حادث او عن كل مجموعة من الحوادث.
٢. اشتراط سقف اعلى للمسؤولية لا تتجاوزه، سواء بتحديدها بمبلغ معين او بنسبة محددة.
٣. استبعاد المسؤولية في حالة الضرر المتمثل في الكسب الفائت، مباشراً كان او غير مباشر.
٤. استبعاد المسؤولية عن الاضرار العرضية.
٥. تقييد المسؤولية بحد معين من قيمة المعاملة التي تستخدم فيها شهادة التوثيق.
٦. قصر المسؤولية على حالات معينة تستخدم فيها الشهادة، واستبعادها في الحالات الاخرى المتفق عليها.

ومن نافلة القول ان المحاكم الانجليزية تعتد في حالات الاعفاء من المسؤولية او تقييده بموقف كل من طرفي العقد من التأمين ضد المسؤولية، آخذة في الاعتبار ايضا ان جهة التوثيق تكون عادة في مركز افضل من حيث القدرة المالية على التأمين، فالتأمين في القضاء له دور كبير في تقرير المسؤولية ومداها.

اما في نطاق القانون العراقي فقد نصت الفقرة الثانية من المادة (٢٥٩) مدني عراقي على انه: (وكذلك يجوز الاتفاق على اعفاء المدين من كل مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي الا التي تنشأ عن غشه او عن خطأه الجسيم)[١].

ويلاحظ ان القواعد العامة في القانون المدني العراقي تجيز اعفاء جهة التوثيق من المسؤولية عن أي ضرر، وهذا امر يفهم منه انه اجاز ليس فقط تقييد مسؤولية مزود خدمة التصديق الالكتروني، وانما اجاز ايضاً الاعفاء من هذه المسؤولية كليةً، ونحن نرى ان هذا الاعفاء الكامل من المسؤولية قد لايكون في صالح تشجيع التعاملات الالكترونية وبث روح الثقة فيها بصفة خاصة في مراحلها الاولى التي هي عليها الآن، لذلك ندعو المشرع العراقي الى تنظيم مسألة اتفاقات تعديل احكام المسؤولية العقدية لجهات التوثيق بنصوص خاصة ولايتركها لحكم القواعد العامة.

المبحث الثالث
القانون الواجب التطبيق على الأهلية

لم يعالج النموذج الدولي لقانون التجارة الالكترونية (اليونسيترال) موضوع القانون الواجب التطبيق على الاهلية، ويبدو انه تركه لحكم النصوص الخاصة في قوانين كل دولة من الدول.

وبالرجوع الى قواعد الاسناد في القانون المدني العراقي، نجد ان المادة (١٨) تنص على انه: (١- الاهلية تسري عليها قانون الدولة التي ينتمي اليها الشخص بجنسيته. ٢- ومع ذلك ففي التصرفات التي تعقد في العراق وتترتب آثارها فيه، اذا كان احد الطرفين اجنبياً ناقص الأهلية وكان نقص اهليته يرجع الى سبب فيه خفاء لايسهل على الطرف الآخر تبينه فأن الاجنبي يعتبر في هذا التصرف كامل الاهلية).

يتبين لنا من هذا النص ان القانون الواجب التطبيق على المسالة المتعلقة بأهلية الاشخاص هو قانون جنسيتهم أي جنسية المتعاقد لتحديد مدى اهليته في ابرام العقود

---

[١] انظر في شرح هذه المادة: د. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ك١، مصادر الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧١، ص ٣٧٨.

الالكترونية، وهذه هي القاعدة العامة، وقد ورد على هذه القاعدة استثناء هو انه: (..... في التصرفات التي تعقد في العراق وتترتب آثارها فيه، اذا كان احد الطرفين اجنبياً ناقص الاهلية وكان نقص اهليته يرجع الى سبب فيه خفاء لايسهل على الطرف الاخر تبينه، فأن الاجنبي يعتبر في هذا التصرف كامل الاهلية)[1].

ولكن متى يعتبر العقد الالكتروني منعقداً في العراق ويرتب آثاره فيه لكي يمكن تكطبيق الاستثناء الوارد في الفقرة اعلاه ؟

نصت المادة (٧٨) من القانون المدني على انه: (١- يعتبر التعاقد مابين الغائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق صريح او ضمني او نص قانوني يقضي بغير ذلك).

يتبين لنا من هذا النص ان مكان انعقاد العقد هو المكان الذي يعلم فيه الموجب بالقبول، أي ان المشرع العراقي قد اخذ بنظرية علم الموجب بالقبول، وعليه يكون العقد الالكتروني قد انعقد في العراق فلابد ان يكون الموجب في العراق.

فلو فرضنا مثلاً ان شخصاً في العراق قد عرض عبر شبكة الانترنت حصاناً للبيع وكان هذا العرض يشكل ايجاباً كاملاً ومستوفياً لشرائطه القانونية وحصل ان رأى شخص بريطاني الجنسية وهو يتصفح صفحات الويب عبر شبكة الانترنت هذا العرض فارسل معلومات تتضمن قبوله لهذا الايجاب الصادر من الشخص الموجب. فوفقاً لنص المادة (٧٨) من القانون المدني، يكون العقد قد انعقد في العراق لان هذه المادة وكما مر بنا تعتبر مكان علم الموجب بالقبول هو مكان انعقاد العقد، فلو ان الشخص البريطاني ناقص الاهلية وفقاً لقانون جنسيته، فلا يجوز له نقض العقد من وجهة نظر الاقانون العراقي، وفقاً لاحكام الفقرة الثانية من المادة الثامنة عشر من القانون المدني.

ولك لو افترضنا عكس هذا المثال نجد بان القانون العراقي لايمثل الحماية لرعاياه الوطنيين، فلو ان البريطاني هو من عرض بيع الحصان وكان عرضه الذي نشره عل

---

[1] انظر في شرح هذه المادة: د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن، دار الحرية للطباعة، مطبعة الحكومة، ط١، بغداد، ١٩٧٣، ص ٢٧٧- ٢٧٩.

صفحات الويب ايجاباً كاملاً مستوفياً لشرائطه القانونية، وكان العراقي هو القابل، فأن مكان انعقاد العقد وفقا للقانون العراقي هو مكان علم الموجب بالقبول أي ان العقد يكون قد انعقد في بريطانيا، وبالتالي يستطيع هذا البريطاني ناقص الاهلية حسب قانون جنسيته يستطيع التمسك بنص القانون العراقي الذي يبين ان مكان انعقاد العقد هو مكان علم الموجب بالقبول وحيث ان علم الموجب بالقبول حصل في بريطانيا، فان تمسك الشخص البريطاني بنقص اهليته يتيح له نقض هذا العقد، وهكذا يتبين لنا قصور الاستثناء الوارد في الفقرة الثانية من المادة الثامنة عشر من القانون المدني عن حماية الرعايا الوطنيين.

كما ان نقض العقد وفقاً لاحكام القانون العراقي يؤدي الى اصابة المتعاقد مع ناقص الاهلية باضرار كبيرة تتمثل بعدم الزام ناقص الاهلية اذا ابطل العقد ان يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد وفقاً لاحكام الفقرة الثالثة من المادة (١٣٨) من القانون المدني[١].

خلاصة القول:

قبل ان نسطر اهم النتائج والمقترحات التي توصلنا اليها من خلال البحث، نريد ان نبين ان هناك تياران في الفقه يظهران كلما ظهر جديد يحتاج الى معالجة، الاول يكتفي بحكم القواعد العامة لايحيد عنها. والثاني يرى ان الجديد يحتاج الى قواعد جديدة لمعالجته، والمعاملات الالكترونية هي من قبيل هذا الجديد الذي نرى انه بحاجة الى معالجة خاصة، لا نكاية بالقواعد العامة او غضاً من شانها فهي القواعد التي نرجع اليها في كل ما لم يرد فيه نص خاص، ولكن ظهر لنا من خلال البحث ان المعاملات الالكترونية وفيما يتعلق بجزئية بسيطة من جزئياتها وهي الاهلية تحتاج الى معالجة

[١] انظر في شرح المادة (١٣٨) من القانون المدني: د. غني حسون طه، مصدر سابق، ص ٢٨٠-٢٨١.

خاصة، وهذا مادفع اغلب المشرعين في العالم الى سن قوانين خاصة بالمعاملات الالكترونية.

فالاهلية في نطاق التعاقد الالكتروني هي ذاتها في التعاقد العادي، ولكن وجدنا ان الاهلية في نطاق التعاقد الالكتروني تثير العديد من الاشكاليات والصعوبات النابعة من الطبيعة الالكترونية للوسائط التي يتم عن طريقها ابرام العقد الالكتروني اولا، ولكون هذا العقد يبرم بين غائبين ثانياً.

وقد توصلنا من خلال البحث الى جملة من النتائج كان اهمها:

١. يقتصر دور الحاسب الآلي على نقل ارادة المتعاقدين دون ان تكون له ارادة خاصة به، فعمل الحاسب الآلي كعمل الرسول يقتصر دوره على نقل الارادة دون ان تكون لديه قدرة التعبير عنها.
٢. هناك مجموعة من الوسائل التي تتبع من قبل المتعاملين في البيئة الالكترونية للتحقق من اهلية المتعاقد، بعضها وسائل مباشرة كالبطاقات الذكية، وجهات او سلطات التوثيق، وبعضها الآخر غير مباشرة كنماذج العقود ونماذج المعلومات.
٣. تتولى مهام التوثيق في دول العالم التي شرعت قوانين خاصة لمعالجة التجارة الالكترونية جهات يطلق عليها جهات او سلطات التوثيق والتي يستعين بها المتعاقد لمعرفة اهلية المتعاقد الآخر، وهي عبارة عن شخص قانوني طبيعي او معنوي يقوم بتقديم شهادات الكترونية للجمهور او يقدم خدمات مرتبطة بالتوقيعات الالكترونية.
٤. ان مسؤولية جهات التوثيق الاصل فيها ان تكون مسؤولية تقصيرية اذا حصل المتعاقد على شهادة التوثيق من قبل المتعاقد مباشرة دون ان تكون بينه وبين جهة التوثيق علاقة مباشرة، ثم يتبين له عدم دقة المعلومات الموجودة في شهادة التوثيق، فيكون رجوعه على جهة التوثيق وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية بشرط وجود نصوص خاصة تعالج مسؤولية جهات التوثيق، اما اذا طلب المتعاقد من جهة التوثيق مباشرة تزويده بمعلومات معينة عن المتعاقد معه للتأكد مثالاً من

اهليته القانونية، ثم تبين له عدم دقة المعلومات التي زودته بها جهة التوثيق، فأن مسؤولية جهة التوثيق في هذه الحالة تكون مسؤولية عقدية وجود علاقة عقدية بين الطرفين.

٥. ان التزام جهة التوثيق بصحة المعلومات التي تتضمنها الشهادة الالكترونية، هو التزام بتحقيق نتيجة، ولكنه التزام ببذل عناية من نوع خاص، حيث يقع عبء اثبات عدم الاهمال في التأكد من صحة المعلومات على جهة التوثيق.

٦. من الجائز اعفاء جهة التوثيق من المسؤولية عن دقة المعلومات التي تتضمنها شهادة التوثيق.

٧. لم تعالج قوانين التجارة الالكترونية المقارنة مسألة القانون الواجب التطبيق على الاهلية مما يعني ان قواعد الاسناد في القانون الدولي الخاص هي الواجبة التطبيق، والقاعدة العامة تقضي بأن الاهلية تخضع لقانون الدولة التي ينتمي لها الشخص بجنسيته.

اما عن المقترحات التي نرى ضرورة الأخذ بها، في ظل قانون خاص ينظم مسألة المعاملات الالكترونية هي الآتي:

١. تنظيم جهات التوثيق بتشكيل جهة حكومية تخضع لاشراف وزارة الاتصالات او مجلس الوزراء توكل اليها مهام اصدار شهادات التوثيق الالكتروني، وتنظيم مسؤوليتها بنصوص خاصة.

٢. جعل طبيعة التزام جهات التوثيق بصحة المعلومات الواردة في شهادة التوثيق التزام ببذل عناية يشجيعاً لها على العمل في ظل بيئة حديثة التكوين، على ان يكون عبء اثبات عدم الاهمال في التأكد من صحة المعلومات على جهة التوثيق.

٣. النص على عدم جواز اعفاء جهات التوثيق من المسؤولية او الحد منها.

٤. معالجة مسألة القانون الواجب التطبيق على الاهلية بنصوص خاصة تضمن الحماية اللازمخة للمتعاقد الوطني مع المتعاقد الاجنبي في ظل بيئة التجارة الالكترونية.

(وآخر دعوانا ان الحمدلله رب العالمين ابتداءً وانتهاء)

المصادر

اولاً: باللغة العربية:

١. د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل، الجوانب القانونية للتعاملات الالكترونية، دراسة للجوانب القانونية للتعامل عبر اجهزة الاتصال الحديثة (التراسل الالكتروني)، مجلس النشر العلمي، ط١، الكويت، ٢٠٠٣؛ د. عادل ابو هميشة، محمود حوته، عقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤.

٢. د. حسن كيرةن المدخل لدراسة القانون، ط٤، الاسكندرية، ١٩٧١.

٣. د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، ج١، الضرر، شركة التايمس للطبع والنشر المحدودة، بغداد، ١٩٩١.
٤. د. خالد ممدوح ابراهيم، ابرام العقد الالكتروني، دراسة مقارنةن دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ط١، ٢٠٠٦.
٥. د. صلاح الدين زكي، تكوين الروابط العقدية فيما بين غائبين، اصل الكتاب، رسالة دكتوراه، القاهرة، ١٩٦٢.
٦. د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية الحق، ط٢، القاهرة، ١٩٦٥.
٧. الاستاذ عبد الباقي البكري، زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، بغداد ١٩٨٩.
٨. د. عبد الله الخرشوم، عقود التجارة الالكترونية عبر شبكة الانترنت وفقاً لاحكام الشريعة الاردنية، بحث منشور على الموقع الالكتروني:
www.arablawinfo.com
٩. د. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ك١ن مصادر الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧١.
١٠. د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن، دار الحرية للطباعة، مطبعة الحكومة، ط١، بغداد، ١٩٧٣.

ثانياً: باللغة الانكليزية:

1. G.H.TREITEL, THE LAW OF CONTRACT, SEVENTH EDITION, STEVENS & SONS, LONDON; 1987.
2. Reed, Internet Law: Text and Materials, Butterworths, LONDON, EDINBURGH, DUBLIN, 2000.
3. Tom AIEN & Robin WIDDISON, Can computers make contracts ? Harvard Jornal of Law and Technology, 9-1, 1996.