



YAKIN DOĐU ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

IRAK YASASI İLE ÖRNEK ALONİSTRAL YASASINDAKİ ELEKTRONİK SÖZLEŞMENİN İMZALANMASI (KARŞILAŞTIRMALI ÇALIŞMA)

Saleh Ameen Sulaiman

YÜKSEK LİSANS TEZİ

LEFKOŞA
2020



جامعة الشرق الأدنى
معهد العلوم الاجتماعية
قسم القانون الخاص

إبرام العقد الإلكتروني في قانون اليونسترال النموذجي والقانون العراقي (دراسة مقارنة)

صالح أمين سليمان

رسالة ماجستير

IRAK YASASI İLE ÖRNEK ALONİSTRAL YASASINDAKİ ELEKTRONİK SÖZLEŞMENİN İMZALANMASI (KARŞILAŞTIRMALI ÇALIŞMA)

Saleh Ameen Sulaiman

YAKIN DOĞU ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

TEZ DANIŞMANI
Dr. Mahmoud AL-Mohammad AL-Khudr

LEFKOŞA
2020

إبرام العقد الإلكتروني في قانون اليونسترال النموذجي
والقانون العراقي (دراسة مقارنة)

صالح أمين سليمان

جامعة الشرق الأدنى معهد العلوم الاجتماعية
قسم القانون الخاص

رسالة ماجستير

إشراف

الدكتور محمود محمد الخضر

KABUL VE ONAY

Saleh Ameen Sulaiman tarafından hazırlanan "Irak yasası ile örnek Alonistral yasasındaki elektronik sözleşmenin imzalanması (Karşılaştırmalı çalışma)" başlıklı bu çalışma, 27/01/2020 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda başarılı bulunarak jürimiz tarafından Yüksek Lisans Sanatta Yeterlik Tezi olarak kabul edilmiştir.

JÜRİ ÜYELERİ

.....
Dr. Mahmoud AL-Mohammad AL-KHUDR (Danışman)
Yakın Doğu Üniversitesi
Hukuk Fakültesi, Hukuk Bölümü

.....
Prof. Dr. Weadi Suliman Ali (Başkan)
Yakın Doğu Üniversitesi
Hukuk Fakültesi, Hukuk Bölümü

.....
Yrd. Doç. Dr. Yousif Mustafa RASOOL
Yakın Doğu Üniversitesi
Hukuk Fakültesi, Hukuk Bölümü

.....
Prof. Dr. Mustafa SAĞSAN
Yakın Doğu Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü

قرار لجنة المناقشة

نحن أعضاء لجنة مناقشة طالب الماجستير صالح أمين سليمان في رسالته الموسومة بـ " ابرام العقد الالكتروني في قانون اليونيسترال النموذجي والقانون العراقي (دراسة مقارنة) " نشهد بأننا قد أطلعنا على الرسالة وناقشنا الطالب في محتوياتها بتاريخ 27 / 01 / 2020، ونشهد بأنها جديرة لنيل درجة الماجستير.

أعضاء لجنة المناقشة

.....
الدكتور محمود محمد الخضر (المشرف)

جامعة الشرق الأدنى
كلية الحقوق، قسم القانون

.....
الاستاذ الدكتور وعدي سليمان علي (رئيس لجنة المناقشة)

جامعة الشرق الأدنى
كلية الحقوق، قسم القانون

.....
الاستاذ المساعد الدكتور يوسف مصطفى رسول

جامعة الشرق الأدنى
كلية الحقوق، قسم القانون

.....
الاستاذ الدكتور مصطفى صاغسان

جامعة الشرق الأدنى
عميد كلية الدراسات العليا للعلوم الاجتماعية

BİLDİRİM

Ben Saleh Ameen Sulaiman olarak beyan ederim ki '**Irak yasası ile örnek Alonistral yasasındaki elektronik sözleşmenin imzalanması (Karşılaştırmalı çalışma)**' başlıklı tezi '**Dr. Mahmoud AL-Mohammad AL-Khudr**' nin denetimi ve danışmanlığında hazırladığımı, tezin tamamen kendi çalışmam olduğunu ve her alıntıya Sosyal Bilimler Enstitüsünün tez yazım kurallarına bağlı kalarak yaptığımı taahhüt ederim. Tezimin kağıt ve elektronik kopyalarının Yakın Doğu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü arşivlerinde saklanmasına izin verdiğimi onaylarım.

Bu Tez benim kendi çalışmamdır. Bu tezde yer alan tüm iddia, fikir, yorum, öneri ve çevirilerin sorumluluğu yazar olarak bana aittir.

Bağlı olduğum Sosyal Bilimler Enstitüsü hiçbir koşul veya şart altında, tezin içeriğini ve bilimsel sorumluluğunu taşımamaktadır. Yapılan ve yayınlanan çalışmaların tüm sorumlulukları yazar olarak bana aittir.

- Tezimin tüm içeriğine heryerden erişilebilir.
- Tezimin içeriğine Sadece Yakın Doğu Üniversitesinde erişilebilir.
- Tezimin içeriğine iki yıl boyunca hiçkimse tarafından erişilemez, eğer bu sürenin sonunda sürenin uzatılmasını talep etmezsem, sürenin sonunda tezimin tüm içeriğine heryerden erişilebilir.

Tarih :

İmza :

Adı ve Soyadı: SALEH SULAIMAN

الاعلان

أنا صالح أمين سليمان، أعلن بأن رسالتي الماجستير بعنوان " إبرام العقد الإلكتروني في قانون اليونيسترال النموذجي والقانون العراقي (دراسة مقارنة) "، كانت تحت إشراف وتوجيهات دكتور محمود محمد الخضر، ولقد أعددتها بنفسني تماماً، وكل اقتباس كان مقيداً بموجب الالتزامات والقواعد المتبعة في كتابة الرسالة في معهد العلوم الاجتماعية. أؤكد بأنني أسمح بوجود النسخ الورقية والإلكترونية لرسالتي في محفوظات معهد العلوم الاجتماعية بجامعة الشرق الأدنى. هذه الرسالة هي من عملي الخاص، وأتحمل مسؤولية كل الادعاءات والأفكار والتعليقات والاقتراحات والنصوص المترجمة في هذه الرسالة هي مسؤولية المؤلف. معهد العلوم الاجتماعية الذي أنتمي إليه ليس له أي تبعية أو مسؤولية علمية تحت أي ظرف من الظروف، جميع مسؤوليات المصنفات المنشورة المنشورة تخصني كمؤلف.

- المحتوى الكامل لرسالتي يمكن الوصول اليها من أي مكان.
- رسالتي يمكن الوصول اليها فقط من جامعة الشرق الأدنى.
- لا يمكن أن تكون رسالتي قابلة للوصول اليها لمدة عامين (2). إذا لم أتقدم بطلب للحصول على الامتداد في نهاية هذه الفترة، فسيكون المحتوى الكامل لرسالتي مسموح الوصول اليها من أي مكان.

تاريخ:

التوقيع:

الاسم و اللقب: صالح سليمان

Teşekkür

Beni, bilim yolunun gösterişi ile onurlandırıp bu tezi bitirmek yolunda güç ve azim veren Allah'a şükürler olsun. Ayrıca, bu tezde emeği geçen ve gözetleyen ve tezin hazırlanması sürecinde bana kıymetli öneri ve nasihatlar bulunan Dr.Mahmoud AL-Mohammad AL-Khudr'a sonsuz şükranlarımı dile getirmek isterim.Tezi değerlendiren tüm Tartışma Komisyonun üyelerine de sonsuz şükranlarımı dile getiriyorum. Aileme de sonsuz şükarnlarımı dile getiriyorum. Son olarak dostum ve kardeşim ve öğretmenim Mohammed Vahid Daham'a ve bu tezi bitirmemde her bir kişiye teşekkür ediyorum.

شكر وتقدير

الشكر لله الذي أكرمني ونعمني بسلوك طريق العلم وعلى ما منحني من قوة وعزيمة لإتمام هذا البحث المتواضع فله الحمد من قبل ومن بعد. وأقدم جزيل الشكر إلى الأستاذ المشرف على هذا البحث الأستاذ الدكتور محمود محمد الخضر الذي ما فتئ يقدم لي النصح والإرشاد طيلة مدة انجاز البحث. وشكر خاص لكل أعضاء لجنة المناقشة على تصويب البحث وتقييمه. كما وأقدم شكري وتقديري لعائلتي العزيزة، وأتوجه بالشكر إلى الأخ والصديق الأستاذ محمد وحيد دحام، والى كل من ساهم من قريب أو بعيد في إخراج هذا البحث إلى النور.

ÖZ

IRAK YASASI İLE ÖRNEK ALONİSTRAL YASASINDAKİ ELEKTRONİK SÖZLEŞMENİN İMZALANMASI (KARŞILAŞTIRMALI ÇALIŞMA)

Uluslararası iletişim şebekesinin ortaya çıkması, elektronik ticaretinin çıkması, toplantı yapılmaksızın veya tarafların gelip gidişine ihtiyaç duyulmaksızın, sözleşmelerin uzaktan imzalanmasının ilerlemesinin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bu gibi sözleşmeler adeta, mobile, faks, elektronik mail ve diğer yeni teknoloji elektronik araçlar aracılığı ile gerçekleşir.

Iraklı yasa tasarlayanlar da elektronik ticaretini, elektronik işlemlerinin terimlerini kullanmak yolu ile tanımışlardır. Elektronik işlemleri yasasının (1)'nci maddesinin (6)'ncü fıkrası ile elektronik imzası 2012 yılının (78) No'lunda (istek, belgeler ve işlemler ki elektronik aracı ile yürütülür).

Teknolojik alanındaki IT, iletişim, internet aktivitesi, yeni iletişim aracılıkları ve internet industriisi ile bilgi teknoloji teşvik edilmekte ve ilerlemekte , elektronik imza ile işlemler, elektronik alanındaki yasa ve normal yasal sistemler ilerlemekte, bunun yanında elektronik işlemler ve elektronik imza yasasamasında ortaya çıkan yeni iletişim ve bilgiler tekniklerini sistemi ile uyması yönünde olan yukarıdaki konulardan Irak yasaları elektronik sözleşmenin tanınmasından oldukça uzaktır.

Böyle elektronik ticari sözleşmeleri, ticari sözleşmelere tabiidir ve ticari sözleşmenin aynı özelliklerini taşımaktadır, bu sözleşmelerin sonuçlandırılması için mevcut olması gereken razı olmakta bunu temsil etmektedir, zira icap ve kabul etme iradesinin mutabak olması gerekir. Bunun sonucunda elektronik ticari sözleşmeyi imzalayan her iki tarafa karşılıklı yükümlülükler düşer. Bir sözleşme ortamında etrafların maddi olarak var olmamasına rağmen, ancak internet yolu ile etraflar arasındaki kaynaşmaya göre sözleşme doğru olarak bir sözleşme sayılır.

Oyüzen bu konuyu bölümlerinde, icabı kabul etmkten yakın olmanın yer ve zamanını ve Alonistral yasası ile şimdiki Irak yasasının ahkamlarının ışığında, elektronik sözleşmenin tamamlanmasını karşılıklı şekilde yerine getirmek için gereken yasanın uygulamasını ele alacağız .

Irak yasasının görüşünde, elektronik ticaretinin ahkamlarının konusunu ile elektronik ticaretini örnek Alonistral yasasına etkilemelerinin boyutunu çözümü için, bu tezi iki bölüme ayırdık. İlk bölümü, elektronik ticaretinin içeriği ve elektronik sözleşmesinden ibarettir, o da iki konuyu içermektedir. İkinci bölümü ise elektronik sözleşmesinin ortaya çıkması ve elektronik sözleşmesindeki anlaşmazlıklara çözümün getirmesinin mekanizmasından ibarettir, o da iki konuyu içermektedir.

Anahtar kelimelere: elektronik sözleşmesi, elektronik işlemleri, elektronik ticareti, elektronik postası, elektronik tahkimi, Alonistral yasası.

ملخص البحث

إبرام العقد الإلكتروني في قانون اليونيسترال النموذجي والقانون العراقي (دراسة مقارنة)

إن ظهور شبكة الاتصالات الدولية يعد الأساس الذي أدى إلى ظهور التجارة الإلكترونية وازدهارها بإبرام الصفقات بواسطة العقد الإلكتروني عند بعد دون حاجة إلى انتقال الأطراف أو اجتماعهم، وعادة ما يتم إبرام هكذا عقود بواسطة الموبايل والفاكس والبريد الإلكتروني وغيرها من وسائل التكنولوجيا الإلكترونية الحديثة. وقد عرف المشرع العراقي التجارة الإلكترونية باستخدام مصطلح المعاملات الإلكترونية، حيث جاء في المادة (1) فقرة 6 من قانون المعاملات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني رقم (78) لسنة 2012 على أنها "الطلبات والمستندات والمعاملات التي تتم بوسائل إلكترونية".

إلا أن التشريع العراقي خلى من تعريف العقد الإلكتروني رغم مواكبته للتطور الحاصل في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات وأنشطة الانترنت وتوفير الأسس والأطر القانونية للمعاملات الإلكترونية من خلال وسائل الاتصالات الحديثة وتشجيع صناعة الانترنت وتكنولوجيا المعلومات وتنميتها وتنظيم خدمات التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية ومواكبة التطورات القانونية في الجوانب الإلكترونية وتطوير النظام القانوني التقليدي بما ينسجم مع نظم تقنية المعلومات والاتصالات الحديثة المعلوماتي الحاصل في العالم شرع قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية.

وبذلك فإن العقود التجارية الإلكترونية تنتمي للعقود التجارية ولها نفس خصائص العقود التجارية والمتمثلة بالرضا والذي هو أمر لازم لانعقاد هذه العقود حيث يتطلب تتطابق إرادة الإيجاب مع إرادة القبول، فترتب بذلك التزامات متبادلة على طرفي العقد التجاري الإلكتروني. ورغم عدم وجود الأطراف بشكل مادي في مجلس عقد واحد إلا أنه يعتبر عقد فوري وفقاً للتفاعل الحاصل بين أطرافه عبر الانترنت.

لذا سناقش هذا البحث في فصوله كيفية تحديد زمان ومكان اقتران القبول بالإيجاب والقانون الواجب التطبيق عليهما لإتمام انعقاد العقد الإلكتروني في ظل أحكام التشريع العراقي الحالي وقانون اليونيسترال وفق أسلوب مقارن.

ولأجل معالجة موضوع أحكام التجارة الإلكترونية من وجهة نظر التشريع العراقي ومدى تأثره بقانون اليونيسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية ارتأينا تقسيم البحث إلى فصلين، حيث خصصنا الفصل الأول لماهية التجارة الإلكترونية والعقد الإلكتروني وتضمنت بحثين، أما الفصل الثاني فتناول انعقاد العقد الإلكتروني وآليات تسوية منازعات العقد الإلكتروني في بحثين أيضاً.

كلمات المفتاحية: العقد الإلكتروني، التجارة الإلكترونية، معاملات الإلكترونية، البريد الإلكتروني، التحكيم الإلكتروني، قانون اليونيسترال.

ABSTRACT

CONCLUSION OF THE ELECTRONIC CONTRACT IN THE UNCITRAL MODEL LAW AND IARAQI LAW (COMPARATIVE STUDY)

The emergence of the international telecommunications network is the basis that led to the emergence of e-commerce and prosperity by the conclusion of transactions by electronic contract at a distance. Without the need for parties to move or meet - these contracts are usually concluded by mobile, fax, e-mail and other modern electronic technologies.

The Iraqi legislator defined e-commerce using the term electronic transactions. According to Article (1), paragraph 6 of the law electronic transactions and electronic signature No. (78) for the year 2012 as applications, documents and transactions made by means of Troni.

However, the Iraqi anatomy is free from the definition of the electronic contract, despite keeping pace with the development in the field of information and communications technology and Internet activities and provide the foundations and legal frameworks for electronic transactions through modern means of communication and encourage the Internet industry and information technology and the organization of electronic signature services and electronic transactions and keep pace with legal developments in the electronic aspects. Developing the traditional legal system in line with the modern information and communication technology (ICT) systems of the year.

Thus, electronic commercial contracts are complementary to commercial contracts and have the same characteristics of commercial contracts and represented by satisfaction, which is necessary for the conclusion of these contracts, where it requires that the will of the positive match with the will of the positive with the will of acceptance. However, it is considered an immediate contract according to the interaction between its parties via the Internet.

Therefore, this paper will discuss in its chapters how to determine the time and place of the association of acceptance of positive and the law applicable to them to complete the electronic contract under the provisions of the current Iraqi legislation and UNCITRAL law in a comparative manner

In order to address the subject of the provisions of electronic commerce from the point of view of Iraqi legislation and the extent of the impact of the UNCITRAL Model Law on electronic commerce, we wanted to divide the research into two chapters, where we devoted the first chapter what is e-commerce and electronic contract and included two subjects. Researchers also.

keywords: Electronic Contract, Electronic Transactions, E-Commerce, E-mail Electronic, Arbitration and UNCITRAL Law.

İÇİNDEKİLER

KABUL VE ONA	
BİLDİRİM	
TEŞEKKÜR	iii
ÖZ	iv
ABSTRACT	v
İÇİNDEKİLER	vi
GİRİŞ	1
BÖLÜM 1	4
Elektronik ticareti ile sözleşmenin içeriği.....	4
1.1. Elektronik ticaretinin tarifi ve özellikleri.....	5
1.1.1. Elektronik ticaretinin tarifi.....	6
1.1.1.1. Elektronik ticaretinin ulusal yasalarda tarifi	6
1.1.1.2. Elektronik ticaretinin uluslararası antlaşmalarda tarifi.....	9
1.1.1.3. Elektronik ticareti fıkhta.....	15
1.1.2. Elektronik ticaretinin özellikleri.....	16
1.2. Elektronik sözleşmesinin tarifi ve imzalanması.....	20
1.2.1. Elektronik sözleşmesinin tarifi.....	21
1.2.1.1. Elektronik sözleşmesinin ulusal yasalardaki tarifi.....	22
1.2.1.2. Elektronik sözleşmesinin tarifi fıkhta.....	25
1.2.1.3. Elektronik sözleşmesinin tarifi yargıda.....	26
1.2.2. Elektronik sözleşmesinin imzalanmasının araç ve yöntemleri.....	26
1.2.2.1. Elektronik sözleşmesinin imzalanmasının yöntemleri.....	27
1.2.2.2. Elektronik sözleşmesinin imzalanmasının araç.....	33
BÖLÜM 2	40
Elektronik sözleşmesini ortaya çıkması ve anlaşmaların çözülmesinin arayışları.....	40
2.1. Elektronik sözleşmesinin ortaya çıkması.....	42
2.1.1. Elektronik sözleşmesinde icap ve kabul anlayışı.....	42
2.1.1.1. Elektronik icabının anlayışı.....	43

2.1.1.2. Elektronik kabulünün anlayışı.....	48
2.1.2.Elektronik Sözleşmeler Kurulu Hükümleri.....	52
2.1.2.1. Elektronik sözleşmesinin meclisinin tabiatı.....	53
2.1.2.2 Elektronik sözleşmesinin imzalanmasının yeri ve zamanı.....	56
2.2. Elektronik sözleşmesinin anlaşmazlıkların çözümünün mekanizması.....	62
2.2.1. Elektronik sözleşmesinin anlaşmasının çözümünü yargının araçları.....	63
2.2.1.1. Elektronik sözleşmesinin gereken yasanın uygulanması.....	63
2.2.1.2. Elektronik sözleşmesinin anlaşmazlıkları ile ilgilenen özel yargıç.....	70
2.2.2. Elektronik sözleşmesinin anlaşmazlıklarını çözen barışçıl araçlar.....	75
2.2.2.1.Elektronik tahkımı.....	75
2.2.2.2. Başka yedek barışçılar açlar	79
SONUÇ	84
KAYNAKÇA	87
İNTİHAL RAPORU	95
ETİK KURULU RAPORU	96

قائمة المحتويات

ج	شكر وتقدير
د	ملخص البحث
هـ	قائمة المحتويات
1	المقدمة
4	الفصل الأول
4	ماهية التجارة الإلكترونية والعقد الإلكتروني
5	1.1. تعريف التجارة الإلكترونية وخصائصها
6	1.1.1. تعريف التجارة الإلكترونية
6	1.1.1.1. تعريف التجارة الإلكترونية في القوانين الوطنية
9	2.1.1.1. تعريف التجارة الإلكترونية في الاتفاقيات الدولية
15	3.1.1.1. تعريف الفقه للتجارة الإلكترونية
16	2.1.1. خصائص التجارة الإلكترونية
20	2.1. التعريف بالعقد الإلكتروني ووسائل إبرامه
21	1.2.1. التعريف بالعقد الإلكتروني
22	1.1.2.1. تعريف العقد الإلكتروني في التشريعات الوطنية
25	2.1.2.1. تعريف العقد الإلكتروني فقها
26	3.1.2.1. تعريف العقد الإلكتروني قضاء
26	2.2.1. وسائل إبرام العقد الإلكتروني وأدواته
27	1.2.2.1. وسائل إبرام عقد الإلكتروني
33	2.2.2.1. أدوات إبرام العقد الإلكتروني
40	الفصل الثاني
40	انعقاد العقد الإلكتروني وآليات تسوية منازعاته
42	1.2. انعقاد العقد الإلكتروني
42	1.1.2. مفهوم الإيجاب والقبول في العقد الإلكتروني
43	1.1.1.2. مفهوم الإيجاب الإلكتروني
48	2.1.1.2. مفهوم القبول الإلكتروني
52	2.1.2. أحكام مجلس التعاقد الإلكتروني
53	1.2.1.2. طبيعة مجلس العقد الإلكتروني
56	2.2.1.2. زمان ومكان إبرام العقد الإلكتروني
62	2.2. آليات تسوية منازعات العقد الإلكتروني
63	1.2.2. الوسائل القضائية لتسوية منازعات العقد الإلكتروني
63	1.1.2.2. القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني
70	2.1.2.2. القضاء المختص بنظر منازعات العقود الإلكترونية
75	2.2.2. الوسائل الودية لتسوية منازعات العقد الإلكتروني
75	1.2.2.2. التحكيم الإلكتروني
79	2.2.2.2. الوسائل الودية البديلة الأخرى
84	الخاتمة
87	قائمة المصادر
95	تقرير الانتحال
96	لجنة أخلاقيات البحث العلمي

المقدمة

تعد العقود الإلكترونية حديثة الظهور نتيجة لتطور شبكة الاتصالات الدولية (الانترنت) حيث أصبح استخدامها يتزايد بشكل ملحوظ في مجالات الحياة المختلفة ولاسيما المجال التجاري، حيث ازدهرت هذه العقود في إبرام الصفقات عن بعد دون الحاجة إلى انتقال الأطراف أو اجتماعهم في مكان واحد، فالتعاقد بطريق الإنترنت هو تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وغائبين من حيث المكان إلا إذا وجد فاصل طويل فإنه يكون بين غائبين زماناً ومكاناً وهو السائد حالياً مع تقدم التجارة الإلكترونية على مواقع التواصل ومنصات العرض الإلكتروني والشركات التجارية الدولية.

فالعقد الإلكتروني هو قوام للمعاملات التجارية الإلكترونية، وما يعتبر هذه المستجدات قصور الأنظمة التقليدية على مواكبة واحتواء ما يعيشه العالم من حداثة في المعاملات ومن تطور تكنولوجي ومن هنا ظهرت الحاجة إلى أنظمة قانونية تنظم هذه المعاملات والتعاقدات الجديدة، وتحدد كيفية التعامل مع وسائل الاتصال الحديثة.

وقد سعت المؤسسات الدولية إلى تجسيد قانون نموذجي ينظم التجارة الإلكترونية، إذ أنشأت الجمعية العامة للأمم المتحدة سنة 1996 لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية (UNCITRAL) فنظمت نموذج قانون للتجارة الإلكترونية، وهو ذو طبيعة غير ملزمة للدول، بل على شكل إطار مرجعي للتشريعات الوطنية لمساعدتهم على تطوير تشريعاتهم لتستجيب لمتطلبات التجارة الإلكترونية، إلا أن العراق لم يكن من بين الدول التي أخذت بما مقرر في نصوص هذا القانون الحيوي.

ذلك أن الاهتداء بالقانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية يعزز تشريعات جميع الدول في استخدام بدائل الكتابة الورقية بحيث يمكن تخزين هذه المعلومات بشكل إلكتروني، في محاولة من هذا القانون لتوحيد القوانين الواجبة التطبيق على البدائل للأشكال الورقية للاتصال وتخزين المعلومات.

كما سعى القانون النموذجي للاونيسترال في محاولته لتفسير مصطلح "الأنشطة التجارية" تفسيراً واسعاً بحيث يشمل المسائل الناشئة عن جميع العلاقات ذات الطابع التجاري، سواء كانت تعاقدية أو غير تعاقدية، حيث أورد هذا القانون العلاقات ذات الطابع التجاري مجموعه من المعاملات على سبيل المثال لا الحصر ومنها، المعاملة التجارية لتوريد أو تبادل السلع أو الخدمات، إنفاق التوزيع، التمثيل التجاري أو الوكالة التجارية، الوكالة بالعمولة، الكراء، أعمال التشييد، الخدمات الاستشارية، الأعمال الهندسية، منح التراخيص، الاستثمار، التمويل، الأعمال المصرفية، التأمين وغيرها من أشكال التعاون الصناعي أو التجاري، ونقل البضائع أو الركاب جواً أو بحراً أو بالسكك الحديدية أو بالطرق البرية.

كما يوصي القانون النموذجي جميع التشريعات بإعادة النظر في قواعد القانونية التي تعوق الاستخدام السجلات الحاسوبية كأدلة بالدعوى القضائية، بغية الإزالة ما يحول دون قبولها من العقبات لا مبرر لها، وتؤكد من أن هذا القواعد تتفق وتطور في مجال تكنولوجيا، وتوفير وسائل ملائمة لتمكين المحاكم القضائية من تقييم مصداقية البيانات الواردة في تلك سجلات الحاسوبية.

وكذلك يرى هذا القانون ضرورة إعادة النظر في المتطلبات القانونية بأن تكون المعاملات التجارية أو المستندات ذات صلة بالتجارة بشكل مكتوبة، سواءً كان هذا شكل كتابي يمثل شرطاً لنفاذ أو لصحة المعاملة والمستند كي تكون المعاملات التجارية أو المستندات المسجلة والمنقولة في شكل مقروء إلكترونياً.

كما يسعى هذا قانون أن تكون المستندات ذات الصلة مهمورة بالتوقيع بخط اليد، ليتسنى استخدام الوسائل التوثيق الإلكترونية لتتمكن الدوائر الإدارية من قراءة هذه المستندات الكترونياً بعد أن تكون قد اقتنت المعدات اللازمة ووفرت ما يلزم من قواعد إجرائية وإمكانية التعديل النصوص قانون الموجودة لتتماشى مع تطور تكنولوجيا إلا أن القانون النموذجي يرى في ذات الوقت عدم الحاجة لتوحيد قواعد الإثبات فيما يتعلق باستخدام سجلات الحاسوبية في التجارة الدولية.

ولم تتوقف لجنة الأمم المتحدة لقانون التجاري الدولي عند هذا الحد في سبيل تنمية التجارة الإلكترونية تنمية شاملة وقد سعت إلى اعتماد التوقيعات الإلكترونية لتحقيق الأثر القانوني وجعلها مضاهية في وظيفتها للتوقيعات المكتوبة باليد، فعمدت إلى إنشاء القانون اليونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية ليضيف اليقين القانوني على التجارة الإلكترونية ويكونه موثقاً عملياً ومناسباً للتجارة الإلكترونية إلى جانب القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية.

مما حد بباقي التشريعات ومنها المشرع العراقي إلى الإصدار قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم (78) لسنة 2012 انسجاماً مع تطور الحاصل في مجال تكنولوجيا معلومات والاتصالات وأنشطة انترنت لتوفير الأسس والأطر القانونية للمعاملات الإلكترونية من خلال وسائل الاتصالات الحديثة تشجيعاً لصناعة الانترنت وتكنولوجيا المعلومات وتنميتها وتنظيم التوقيع الإلكتروني ومعاملات إلكترونية والمواكبة التطورات القانونية في جوانب الإلكترونية وتطويع نظام قانون التقليدي بما ينسجم مع نظم تقنية المعلومات والاتصالات الحديثة.

اولاً: اهمية الدراسة

تكمن أهمية هذا البحث بالتعرف على كيفية تعامل المشرع العراقي مع العقد الإلكتروني وانعاقده بالمقارنة مع أحكام قانون التجارة الإلكترونية الذي نظمه لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الإلكترونية (UNCITRAL) فعلى الرغم من أن قانون التجارة الإلكتروني جاء غير ملزماً للدول المنظمة إليه إلا أنه يمثل الحجر الأساس في توحيد التشريعات الوطنية ويعمل كدليل في وضع قوانين التجارة الإلكترونية لهذه البلدان، وكذلك مدى جهورية المشرع العراقي لمواجهة الثورة الإلكترونية وانعكاسها الإيجابي على تطور التعاملات التجارية في ظل قوانينه الحالية.

ثانياً: إشكالية الدراسة:

وقد تمحورت إشكالية هذا البحث حول كيفية تحديد زمان ومكان اقتران القبول بالإيجاب والقانون الواجب التطبيق عليهما لإتمام انعقاد العقد الإلكتروني في ظل أحكام التشريع العراقي الحالي.

ثالثاً: فرضية الدراسة

ندعو المشرع العراقي الى الاستفادة القصوى من القانون النموذجي الذي اعدته لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي بشأن التجارة الالكترونية لعام 1996

رابعاً: اهداف الدراسة:

هدف البحث إلى بيان آليات انعقاد العقد الإلكتروني في ظل قانون اليونيسترال والقانون العراقي وإبراز الفروقات في وسائل كل منهما، لمواجهة التحديات والمشكلات القانونية الخاصة بالتجارة الالكترونية على المستوى المحلي وإعادة النظر في نصوص القوانين العراقية بغية مواكبة الطبيعة الخاصة للتجارة الإلكترونية، ولاسيما مسألة إبرام العقد الإلكتروني، ومسألة الإيجاب والقبول الإلكتروني بين طرفي العقد، ووقت انعقاده وطريقة التعبير عن الإرادة وما يرتبط بذلك من مسائل تتعلق بزمان ومكان انعقاد الإلكتروني.

ومن جانب آخر **هدف البحث** في كيفية تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد التجارة الإلكترونية، كون الإيجاب في هذا النوع من العقود يصدر ويلتقي به القبول في ظل فضاءات إلكترونية متباعدة، مما يعني انعدام المجلس المادي للعقد، لتثور مسألة تطبيق قواعد الإسناد التقليدية المتمثلة بمعيار الموطن المشترك للمتعاقدين أو قانون البلد الذي تم فيه التصرف القانوني، أم تطبيق اتفاق المتعاقدين الذي يكون محل اعتبار في العقود الالكترونية، بالإضافة إلى صعوبة تركيز هذه العقود مكانياً.

خامساً: منهجية الدراسة:

لذا فقد انتهجنا في بحثنا هذا أسلوب المقارنة بين ما جاء به قانون التجارة الإلكتروني المعد من قبل لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الإلكترونية وبين نصوص التشريع العراقي الذي ينظم العقد الإلكتروني لبيان مواطن القوة والضعف في كل منهما، ومعالجة القصور التشريعي في كل منهما وإعادة النظر في بعض النصوص القائمة بغية مواكبة التطور التكنولوجي الحاصل.

سادساً: هيكلية الدراسة

ولأجل معالجة موضوع أحكام التجارة الإلكترونية من وجهة نظر التشريع العراقي ومدى تأثره بقانون الأونيسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية ارتأينا تقسيم البحث إلى فصلين، حيث خصصنا الفصل الأول لماهية التجارة الإلكترونية والعقد الإلكتروني وتضمنت مبحثين، أما الفصل الثاني فتناول انعقاد العقد الإلكتروني وآليات تسوية منازعات العقد الإلكتروني في مبحثين أيضاً.

1. الفصل الأول: ماهية التجارة الإلكترونية والعقد الإلكتروني.

• 1.1 تعريف التجارة الإلكترونية وخصائصها.

• 2.1 التعريف بالعقد الإلكتروني ووسائل إبرامه.

2. الفصل الثاني: انعقاد العقد الإلكتروني وآليات تسوية منازعات العقد الإلكتروني.

• 1.2 أحكام انعقاد العقد الإلكتروني.

• 2.2 آليات تسوية منازعات العقد الإلكتروني.

الفصل الأول

ماهية التجارة الإلكترونية والعقد الإلكتروني

تعود فكرة التجارة الإلكترونية إلى نهاية ثمانينات القرن الماضي، وتطورت على أيدي فقهاء القانون التجاري الأمريكي حيث كانت تسمى المعطيات المعلوماتية، وكان تحت إشراف الهيئة القومية للعلوم في الولايات المتحدة الأمريكية على شبكة الانترنت وتحويلها إلى قطاع خاص اعتباراً من نيسان 1995. (1)

إلا أن الأمم المتحدة طورت هذه الفكرة تحت مصطلح (Edifact) ويعني تبادل المعطيات المعلوماتية في مجال الإدارة والتجارة والنقل، وبتاريخ 16 ديسمبر عام 1996 وافقت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي على نموذج مشروع موحد للتجارة الإلكترونية. (2)

وقد أضحت إبرام العقود التجارية إلكترونياً أسلوباً مميزاً لعقد صفقات تجارية وتوفير فرص الاستثمار وتجنب كثير من معوقات التجارة التقليدية ومن بينها مشاكل النقل وجمارك ورسوم وغيرها من مشكلات أخرى. (3)

وقد هدف القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية (القانون النموذجي) إلى التمكين من مزاولة التجارة باستخدام وسائل إلكترونية وتيسير تلك الأنشطة التجارية من خلال تزويد المشرعين الوطنيين بمجموعة قواعد مقبولة دولياً ترمي إلى تذليل العقبات القانونية وتعزيز القدرة على التنبؤ بالتطورات القانونية في مجال التجارة الإلكترونية، ذلك أن الغرض من قانون التجارة تحديداً هو التغلب على العقبات الناجمة عن الأحكام القانونية التي قد لا تكون متنوّعة تعاقدياً عن طريق معاملة المعلومات الورقية والإلكترونية معاملة متساوية. وهذه المساواة في المعاملة مقوم أساسي للتمكّن من استخدام الخطابات اللاورقية، مما يعزّز من الكفاءة في التجارة الدولية. (4)

وبذلك أصبحت التجارة الإلكترونية ضرورة ملحة ومتطلباً تنموياً لزيادة إسهامها في التجارة الخارجية، لذا فلا بد من تطوير قطاعاتها الإنتاجية المحلية والتسويقية وتوفير فرص واسعة لرفع نموها الاقتصادي، إلا أننا نجد أن هناك اختلافاً في تطور التجارة الإلكترونية في بلداننا إلى حد كبير عن باقي دول العالم نتيجة التخلف عن مواكبة

(1) هبه ثامر محمود عبدالله، عقود التجارة الإلكترونية دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية والأدبية، لبنان، ط 1، 2011، ص 51.

(2) عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الإلكترونية وحمايتها القانونية، دار الكتب القانونية، مصر، 2007، ص 24 وما بعدها.
(3) سلطان عبدالله محمود الجوارى، عقود التجارة الإلكترونية والقانون الواجب التطبيق دراسة قانونية المقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 1، 2010، ص 24.

(4) اليونسيترال (لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي)، قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية (1996)، منشور على الموقع الرسمي لليونسيترال:

التعاملات الإلكترونية رغم تشريع عدد من القوانين المنظمة للتجارة الإلكترونية إلا أنها تعد غير كافية لكافة متطلبات قيام التجارة الإلكترونية الآمنة.⁽¹⁾

ولما كانت التجارة الإلكترونية تعتمد العقد الإلكتروني كأساس لها ويرتبطان ارتباطاً وثيقاً، ذلك أن العقد الإلكتروني يتم إبرامه دون حاجة إلى التواجد المادي للأطراف أي عدم وجود مجلس للعقد حقيقي بل افتراضي فقط، فهو بذلك يندرج ضمن طائفة العقود المبرمة عن بعد، حيث يتم تبادل الإيجاب والقبول عبر شبكة الإنترنت. ويتم انعقاد العقد الإلكتروني من خلال الوسائط الإلكترونية، فالعقد الإلكتروني لا يختلف من حيث الموضوع والأطراف عن العقود التقليدية، فهو ينصب على كافة الأشياء والخدمات التي يجوز التعامل فيها يكتسب عقد البيع الإلكتروني الصفة التجارية من خلال الممارسة الاعتيادية للأعمال التجارية عبر الوسائل الإلكترونية غالباً ما يطبع العقد الإلكتروني طابع دولي حيث يجعل معظم دول العالم في حالة اتصال دائم على الخط، فهو في هذه الحالة يتضمن أشخاص من دول مختلفة، مما يثير بعض الإشكاليات خاصة فيما يتعلق بكيفية التحقق من شخصية المتعاقد وهويته ومدى اكتمال أهليته للتعاقد، إضافة إلى إشكالية معرفة القانون الواجب التطبيق.

وقد خصصنا هذا الفصل لتعريف التجارة الإلكترونية وخصائصها في المبحث الأول، أما المبحث الثاني فقد تم تخصيصه للتعريف بالعقد الإلكتروني ووسائل إبرامه.

1.1 تعريف التجارة الإلكترونية وخصائصها:

إن التجارة الإلكترونية (Electronic Commerce) في نمو متزايد في السنوات الأخيرة، كونها أصبحت المحور الأساس للتطور الاقتصادي سواء على المستوى الوطني أم الدولي كونها تأخذ بعين الاعتبار الإطار الاجتماعي والاقتصادي معاً، لذا لا يمكن تصور قيام الاقتصاد دون وجود التجارة الإلكترونية إلا أن ذلك لا يعني أنها لا تتخللها سلبيات إلا أنها أداة فعالة في تنفيذ وإدارة الأنشطة التجارية المتعلقة بالتبادل الاقتصادي من بيع وشراء للبضائع والمعلومات والخدمات عبر شبكات الاتصالات الدولية (الانترنت، شبكات الانترنت، الاكسترننت، شبكات خاصة...)⁽²⁾.

وقد دعم ازدهار التجارة الإلكترونية التطورات الحديثة التي برزت في مجالات مهمة متمثلة بتكنولوجيا الكمبيوتر وتكنولوجيا الاتصالات السلكية واللاسلكية، والبرمجيات وتكنولوجيا المعلومات باعتبارها أهم وسائل تبادل المعلومات ومن شأنها أن تسهل ممارسة الأعمال التجارية والقضاء على قيود الجغرافيا والوقت، خاصة بعد أن أصبح الإنترنت نظام اتصالات مفتوح، ولا يواجه قيوداً تكنولوجية تؤثر على توسعه، لذا فإنه خلق بيئة "بلا حدود" للاتصالات، حيثما توجد أجهزة وبرامج الاتصالات الضرورية، تمكن المعلومات والعروض التجارية من الانتشار والتدفق على نطاق أوسع وبسرعة أكبر من أي وقت مضى.⁽³⁾

(1) رشيد علام، عوائق تطور التجارة الإلكترونية في الوطن العربي، دراسة حالة الجزائر، رسالة ماجستير، الأكاديمية العربية البريطانية للتعليم العالي المملكة المتحدة - بريطانيا، 2009-2010، ص9.

(2) طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، دار الثقافة والنشر والتوزيع، ط1، 2005، ص20 وما بعدها.

(3) فوزي محمد سامي، شرح القانون التجاري، ج1، 2007، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص5.

فالتجارة الإلكترونية مكونة من مقطعين، الأول هو التجارة (Commerce) بوصفها نشاط اقتصادي يتم من خلاله تداول السلع والخدمات بين الحكومات والمؤسسات والأفراد وتحكمه عدة قواعد وأنظمة معترف بها دولياً، أما المقطع الثاني الإلكتروني (Electronic) فيشير إلى وصف لمجال أداء التجارة، حيث يقصد به أداء النشاط التجاري باستخدام الوسائط والأساليب الإلكترونية مثل الإنترنت.

وتعد التجارة الإلكترونية أحد ثمار الثورة المعلوماتية التي شهدتها العالم اليوم وتمثل الاقتصاد الرقمي (Digital Economy) الذي يقوم على حقيقتين هما التجارة الإلكترونية وتقنية المعلومات (Information Technology IT) والتي تسيطر على مختلف الأنشطة الاقتصادية في استثمار الطاقات الذهنية والقدرات الفكرية للعنصر البشري.(1)

لذا قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين، حيث سنتناول في المطلب الأول تعريف التجارة الإلكترونية، في حين كان المطلب الثاني لبيان خصائص التجارة الإلكترونية .

1.1.1 تعريف التجارة الإلكترونية:

1.1.1.1 تعريف التجارة الإلكترونية في القوانين الوطنية:

1.1.1.1.1 في العراق:

بالرغم أن المشرع العراقي نظم موضوع التعاقد عن بعد من خلال مادة (88) من قانون المدني العراقي والتي نصت: (يعتبر التعاقد بالتليفون أو بأية طريقة مماثلة كأنه تم بين الحاضرين فيما يتعلق بالزمان وبين غائبين فيما يتعلق بالمكان) إلا أن المشرع العراقي لم يتطرق إلى تعريف التجارة الإلكترونية في قانون المعاملات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني رقم (78) لسنة 2012، وهذا لا يعني أن المشرع العراقي عدم رغبته بذلك بل عرفها من خلال تعريف العقد الإلكتروني لان العقد الإلكتروني يعتبر من الوسائل الرئيسية لأنشطة التجارة الإلكترونية.(2) إلا أنه هناك من يرى بأن المشرع العراقي قد عرف التجارة الإلكترونية بدلالة المعاملات الإلكترونية(3)، حيث جاء في المادة (1) فقرة 6 من قانون المعاملات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني رقم (78) لسنة 2012 على أنها "الطلبات والمستندات والمعاملات التي تتم بالوسائل الإلكترونية".

مما تقدم يرى الباحث أن المشرع العراقي قد استبدل مصطلح التجارة الإلكترونية بمصطلح المعاملات الإلكترونية وهذا خلاف الرأي القائل بان المشرع العراقي قد استند في تعريف التجارة الإلكترونية على تعريف التجارة التقليدية في توضيح الوسيلة الإلكترونية دون تعريف التجارة التي تتم من خلالها.

(1) رجاء خضير عيود موسى الربيعي، دور التجارة الإلكترونية في تعزيز الأداء الاقتصادي (الولايات المتحدة – العراق أنموذجاً)، مجلة الكوت للعلوم الاقتصادية والإدارية، العدد 11، 2013، ص 145 وما بعدها.

(2) شادي رمضان إبراهيم طنطاوي، النظام القانوني للثقافة والتوقيع في إطار عقود التجارة الإلكترونية، مركز دراسات العربية، مصر، ص 22 وما بعدها.

(3) نجلاء عبد حسن، التنظيم القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، مجلة لأرك للفلسفة واللسانيات والعلوم الاجتماعية (بحوث القانون والعلوم السياسية)، الجزء 3، العدد الثلاثون، 2018 تموز، ص 514.

حيث ذهب البعض إلى أن المشرع اعتمد في تعريفه للتجارة الإلكترونية على مفهوم التجارة التقليدي، واعتبر أن هذه الوسيلة هي التي تحتاج إلى تمييز دون حاجة إلى تكرار التعريفات، وكل ما هنالك أنه اكتفى بإمكان تطويع قواعد الإثبات التقليدية بمثيلاتها الإلكترونية.⁽¹⁾

2.1.1.1.1. في فرنسا:

تعتبر فرنسا من الدول التي كانت سباقة إلى إيجاد تنظيم قانوني للتجارة الإلكترونية حتى فيما قبل ظهور الإنترنت، فعلى سبيل المثال قانون حماية المستهلك الفرنسي بشأن الثمن الذي صدر بتاريخ الثالث من يناير عام 1987، تنص المادة رقم (14) منه على أن: «ثمن كل سلعة أو خدمة معروضة على المستهلك وفق تقنية اتصالات عن بعد، يجب أن يكون ظاهراً بشكل واضح بالنسبة للمستهلك بأية وسيلة قبل إنشاء العقد»، ومن أمثلة تلك التقنية الهاتف والفاكس، وهذا النص رغم أنه شرع قبل ظهور الإنترنت، إلا أنه قابل للتطبيق على العقود التي تتم من خلاله.

وتأكيداً على رغبة المشرع الفرنسي في تنظيم ما يخص المعاملات الإلكترونية، وأصدر المشرع الفرنسي المرسوم رقم 2000/230 في 13 مارس من عام 2000 التي تتعلق بشؤون تكنولوجيا المعلومات والتوقيع الإلكتروني، والذي نص على بعض التعديلات التي متعلق بقانون الإثبات وبذلك يكون المشرع الفرنسي بإصداره ذلك القانون، تكاد تكون منظومة التشريعية فيما يتعلق بالتنظيم التشريعي للتجارة الإلكترونية، ولقد قامت وزارة الاقتصاد الفرنسي برئاسة الوزير الاقتصادي (السيد لورنز (Lorentz) بمجموعة العمل الاقتصادي في تقرير وزارة الاقتصاد الفرنسية في يناير ومنها التعريف للتجارة الإلكترونية بأنها (مجموعة المعاملات الرقمية المرتبطة بأنشطة التجارية بين مشروعات بعضها بعض، وبين المشروعات والأفراد، وبين المشروعات والإدارة)⁽²⁾

وقد نصت المادة رقم (1/1316) من قانون عام 2000 أعلاه الخاص بشؤون تكنولوجيا المعلومات أو التوقيع الإلكتروني على أن: « الوثيقة في شكلها الإلكتروني تكون مقبولة كدليل بنفس طريقة الوثيقة الورقية، بشرط أن تساهم في التعرف على هوية مرسلها، وتخزن في ظروف تحافظ على سلامتها»، أما الفقرة (3) من تلك المادة فتتص على أن: «الوثيقة الإلكترونية لها نفس قيمة الوثيقة الكتابية».

وبموجب القانون رقم 2004/575 بتاريخ 21 يونيو 2004 تم تعديل المادة رقم (1/1369) من القانون المدني الفرنسي لتصبح كالتالي: «إن الوسيلة الإلكترونية يمكن أن تستخدم من أجل تحديد الظروف التعاقدية أو المعلومات الخاصة بالبيضاء أو الخدمات».

(1) طه كاظم حسن المولى، تطويع قواعد الإسناد في عقود التجارة الإلكترونية، منشورات زين الحقوقي، ط1، ص35.

(2) شادي رمضان إبراهيم طنطاوي، النظام القانوني للثقافة والتوقيع في إطار عقود التجارة الإلكترونية، مصدر سابق، ص32 وما بعدها.

3.1.1.1.1. الولايات المتحدة الأمريكية:

تعتبر الولايات المتحدة من أولى دول العالم التي تعمل على تشجيع ممارسة الأنشطة التجارية إلكترونياً، فقد تضمن التقنين التجاري الأمريكي الموحد (UCC) لعام 1978 Uniform Commercial Code ، وقبل ظهور الإنترنت، تعريفاً للعرف التجاري في الجزء 1/303/ج، بأنه «أية ممارسة أو طريقة تتبع في مكان ما أو حرفة ما وتطبق عادات وأعراف معينة» بينما الجزء 31/201 الخاص بالتعريفات، أشار إلى ماهية السجلات القانونية حيث نص على أن المقصود بها «المعلومات المكتوبة على أي وسيط ملموس أو مادي أو المخزنة على أي وسيط إلكتروني أو ما شابهه، ويمكن استرجاعها في صورة ملموسة».(1)

أما فيما بعد ظهور الإنترنت، فقد ازداد اهتمام الولايات المتحدة الأمريكية بوضع تنظيم قانوني يناسب عالمية استخدامها؛ حيث أصدرت العديد من التشريعات الفيدرالية، من أهمها في عام 1997 أطلق الرئيس الأمريكي خطة العمل الخاصة بالتجارة الإلكترونية، وتضمنت الخطة مبادئ رئيسية خمسة هي: إسناد قيادة التجارة الإلكترونية للقطاع الخاص، وتجنب الحكومة وضع القيود أمام الاستثمار والأنشطة الإبداعية في ميدان التجارة الإلكترونية، وللحكومة دور في كفالة وحماية الملكية الفكرية والخصوصية وأمن الشبكات والمعلومات والشفافية والسرعة في حل المنازعات، وعلى الحكومة دور في البناء الفاعل للوسائل التقنية ووسائل الاتصال، والإنترنت بيئة عالمية وإطارها القانوني يتعين أن يكون عالمياً وتحديداً بالنسبة للاختصاص القضائي.(2)

وكذلك صدور القانون الفيدرالي الموحد لمعاملات معلومات الكمبيوتر لعام 1999، الذي عرف التاجر في المادة رقم (45) من الجزء (1/102) بأنه: «الشخص الذي يقوم على سبيل الاحتراف بعمل من الأعمال التالية:

(أ) جمع المعلومات.

(ب) ممارسة أي مهنة أو حرفة.

(ج) تشغيل العاملين وتوظيفهم».

أما بالنسبة للفظ «إلكتروني» فقد عرفته المادة رقم (26) من الجزء (1/102) من هذا القانون بأنه كل ما يتصل بالتكنولوجيا بوسيط إلكتروني، له قدرات كهربائية أو رقمية أو مغناطيسية، أو لاسلكية، أو بصرية، أو كهرومغناطيسية، أو أي قدرات مماثلة».(3)

وقد أصدرت الولايات المتحدة عام 2000 القانون الفيدرالي الأمريكي بشأن التوقيعات الإلكترونية في التجارة العالمية والمحلية؛ حيث حددت المادة رقم (3) من الجزء (106) مصطلح عامل أو وسيط إلكتروني بأنه «يعنى برامج كمبيوتر أو أية وسيلة إلكترونية أو أية وسيلة أو توماتيكية أخرى تستخدم على نحو مستقل من أجل بدء

(1) ماهية التجارة الإلكترونية، مقالة منشورة على الموقع الإلكتروني الآتي:

<http://www.startimes.com/?t=13146082> تم زيارة الموقع بتاريخ 2019\8\15.

(2) رضوان ربيع، الاقتصاد الرقمي: نموذج التجارة الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت دراسة وصفية تحليلية، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر - كلية العلوم السياسية والإعلام قسم علوم الإعلام والاتصال، الجزائر، 2006-2007، ص 60 وما بعدها.

(3) ماهية التجارة الإلكترونية، مقالة منشورة على الموقع الإلكتروني الآتي:

<http://www.startimes.com/?t=13146082> تم زيارة الموقع بتاريخ 2019\8\15.

عمل معين أو استجابة معينة لمستندات إلكترونية أو أداء لكل أو في جزء منه دون مراجعة أو تدخل من الشخص في وقت أداء هذا العمل».(1)

4.1.1.1.1 المملكة المتحدة.

تعتبر المملكة المتحدة من أهم الدول التي سارعت إلى تنظيم التعاملات التجارية عبر الإنترنت، حيث أصدرت عام 2000 قانون الاتصالات البريطاني وخصصت القسم الثاني منه بعنوان تسهيل التجارة الإلكترونية وتخزين المعلومات، فقد نصت المادة رقم (1/7) من القسم الثاني، على أنه: «في أي من الإجراءات القانونية المتعلقة بالتجارة الإلكترونية يعتبر كل من التوقيع الإلكتروني وشهادة المصادقة على هذا التوقيع، دليل إثبات مقبولاً قانوناً في أي نزاع بشأن صحة الاتصالات أو البيانات».

كما أن المادة (1/8) أجازت للوزير المختص اقتراح تعديل الشروط التي يتضمنها هذا التشريع من أجل تسهيل استخدام الاتصالات الإلكترونية أو التخزين الإلكتروني.

ويلاحظ أن عدم ورود تعريف محدد للتجارة الإلكترونية في بريطانيا، لا يعنى بالضرورة إغفال التنظيم القانوني لهذه التجارة؛ ذلك لأن المملكة المتحدة ضمن أعضاء الإتحاد الأوربي وتطبق ما جاء بتوجيهاته.(2)

2.1.1.1 تعريف التجارة الإلكترونية في الاتفاقيات الدولية:

1.2.1.1.1 منظمة التجارة العالمية (WTO):(3)

قامت بإبرام عدد من الاتفاقيات الهامة في مجال التجارة الدولية بين أعضائها هي:

أ- الاتفاقية العامة للتعرفة والتجارة (جات)(4) (General Agreement on Tariff and Trade): GATT وهي الاتفاقية المتعلقة بالتجارة في البضائع وتعد الأساس لمنظمة التجارة العالمية.

(1) فوزي محمد سامي، شرح القانون التجاري، مصدر سابق، ص22.

(2) عامر محمد خطاب، التجارة الإلكترونية، مكتبة المجتمع العربي للنشر والتوزيع، ط1، عمان، الأردن، 2011، ص12.

(3) منظمة التجارة العالمية (WTO): هي منظمة عالمية مقرها مدينة جنيف في سويسرا، مهمتها الأساسية هي ضمان انسياب التجارة بأكبر قدر من السلاسة واليسر والحرية، وهي المنظمة العالمية الوحيدة المختصة بالقوانين الدولية المعنية بالتجارة ما بين الدول، تضم منظمة التجارة العالمية 164 دولة عضو إضافة إلى 20 دولة مراقبة.

(4) الاتفاقية العامة للتعرفة والتجارة الجات GATT مصطلح يتكون من الأحرف الانجليزية الأولى للعبارة General Agreement on Tariff and Trade والتي تعد معاهدة دولية، غايتها تحرير التجارة في السلع بين الأطراف المتعاقدة من القيود الجمركية أي القيود التعريفية والقيود الكمية أي القيود غير التعريفية. تنظم الاتفاقية السلوك التجاري للأطراف المتعاقدة، وتتيح تفاوضها التجاري في ظل مناخ يتسم بحرية التجارة، وكان عدد أطرافها عند توقيعها عام 1947 23 دولة وأصبح عدد الدول المنظمة إليها في مطلع عام 1994 (117) دولة وتم استبدالها بمنظمة التجارة العالمية WTO. منشور على الموقع الإلكتروني.

ب- الاتفاقية العامة للتجارة في الخدمات (جاتس)⁽¹⁾ (General Agreement on Trade in Services : GATS) والتي جرى وضعها لمواجهة النشاط التجاري المستجد في ميدان خدمات النقل والخدمات المالية والاتصالات والخدمات التقنية والاستشارية وغيرها.

ج- اتفاقية الجوانب التجارية المتعلقة بالملكية الفكرية (تربس) Related Intellectual Property Rights المتعلقة بالملكية الفكرية TRIPS.

كما أصدر مجلس منظمة التجارة العالمية التصريح الوزاري الصادر في نيسان 1998 والذي طلب من المجلس العام للمنظمة إجراء دراسة شاملة وبناء برنامج بحثي لمعالجة هذه المسألة، وكانت نتيجة توجّهات المجلس العام ونشاطه الاتفاق على أنه "لا تفرض رسوم جمركية على التبادلات الإلكترونية الإستراتيجية الوطنية للأعمال والتجارة والبنوك الإلكترونية".

فقد أصدرت منظمة التجارة العالمية في عام 1998 الدراسة الخاصة حول التجارة الإلكترونية ودور المنظمة في هذا الميدان وآليات التجارة الإلكترونية وما يتعلق بمباشرتها باستخدام الإنترنت، وتوصلت إلى اعتبار التجارة الإلكترونية ضمن الأنشطة التجارية التي تستوعبها وتطبق عليها الاتفاقية الدولية الخاصة بالتجارة في الخدمات. كما بينت منظمة التجارة العالمية (WTO) في تعريفها للتجارة الإلكترونية ستة أدوات رئيسية هي: الهاتف، الفاكس، التلفزيون، أنظمة الدفع الإلكتروني وتحويل الأموال، تبادل البيانات الإلكتروني والإنترنت، وهذا تعريف واسع لمصطلح "التجارة الإلكترونية".

في حين أن العديد من الدراسات اعتبرت التجارة الإلكترونية تقوم فقط على الإنترنت وغيرها من التجارة القائمة على الشبكة، ومع ذلك، فإن أدوات مثل الهاتف والفاكس والتلفزيون تستخدم بالفعل في المعاملات التجارية، وخاصة في البلدان الصناعية، لكون الإنترنت يفتح الكثير من الاحتمالات الجديدة: فمع الإنترنت، يمكن إجراء جميع عناصر المعاملة التجارية على أساس تفاعلي مع شخص أو أكثر، غير مقيد بالزمان والمكان، في بيئة متعددة الوسائط مع نقل الصوت والصورة والكتابة، وبتكاليف منخفضة نسبياً (ومازالت تتناقص)، وهذا يجعل الإنترنت أكثر تنوعاً بكثير من أدوات التجارة الإلكترونية الأخرى.⁽²⁾

(1) الاتفاقية العامة للتجارة في الخدمات (جاتس GATS) والنظم الصحية: تمثل الاتفاقية العامة للتجارة في الخدمات (جاتس) واحدة من عدد من الاتفاقيات الدولية تحت مظلة أكبر هيئة للتجارة متعددة الأطراف، وهي منظمة التجارة العالمية (WTO)، ويتمثل هدف منظمة التجارة العالمية في تحرير أو إلغاء القيود على التجارة من خلال تشجيع الحركة الحرة للسلع والخدمات والعمل ورأس المال، وقد كانت اتفاقية الجاتس مصممة لتنظيم التدابير التي تؤثر على التجارة الدولية في الخدمات، شاملة الخدمات العامة، وقد يكون للجاتس آثاراً محتملة بالنسبة للخدمات العامة، لاسيما خدمات الرعاية الصحية.

وبعض من تلك الآثار تشمل كبح الحكومة عن تشكيل نظامها الخاص للرعاية الصحية، وتهديد الحكومات التي تمول أو توفر الخدمات الصحية، وتقويض التنظيم والحماية المحليين للصحة العامة.

(2) Bacchetta, Marc et al. (1998) : Electronic commerce and the role of the WTO, WTO Special Studies, No. 2, ISBN 9287011982, World Trade Organization (WTO), Geneva..p.2

لذا فقد عرفت منظمة التجارة العالمية التجارة الإلكترونية بأنها "مجموعة متكاملة من عمليات إنتاج وتوزيع وتسويق وبيع المنتجات بوسائل الإلكترونية) وهو أكثر التعاريف شيوعاً.(1)

2.2.1.1.1. غرفة التجارة الدولية (ICC) International Chamber of Commerce (2):

كان لهذه الغرفة دور هام وفعال في مؤتمر منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية (OECD) بشأن التجارة الإلكترونية، حيث قدمت العديد من الإرشادات ونماذج القوانين والدراسات البحثية التي كان لها الدور الأكبر في تعميق مسائل البحث وصياغة نتائجه وتوصياته بشكل مثمر.

وقد بدأت الغرفة منذ 15 سبتمبر عام 2003 بصياغة دليل إرشادي Manual عبارة عن قواعد اختيارية لمساعدة الشركات على التفاوض إلكترونياً، وأطلقت عليه اسم «المصطلحات الإلكترونية لعام 2004»، والتي أصبحت سارية بنهاية يونيو عام 2006، ويعد هذا الدليل أحد أهم الأدلة الشاملة التي تتيح المساعدة الفعالة في مجال الأنشطة التشريعية والتنظيمية اللازمة للتجارة الإلكترونية، وقد تم تعزيز هذا الدليل بكتيبات إرشادية لاحقة أكثر تخصصاً اعتباراً من عام 2005، حيث تتسم بالطابع المكمل للدليل الإرشادي ومنها الدليل الخاص بالأنشطة الإعلانية على الإنترنت.

وقد عرفت غرفة التجارة الدولية في الانكوتيرمز(3) الصادرة عنها بان التجارة الإلكترونية Electronic commerce أو (E- business) هي عملية تبادل المعلومات التجارية عبر شبكة الانترنت Electronic Data Interchange، كما أنها نوع جديد من أنواع التجارة، حيث تشمل العديد من النواحي التجارية مثل بيع الملابس أو الإلكترونيات وحتى الموسيقى والأفلام، وقد انتشرت التجارة الإلكترونية منذ مدة قصيرة حيث بدأت من الولايات المتحدة وأوروبا ثم انتشرت في منطقة الوطن العربي وشرق آسيا وباقي أنحاء العالم ويعتمد هذا النوع من التجارة عادة على الدفع الإلكتروني عبر بوابات الدفع المؤقتة مثل فيزا Visa Card و ماستر كارد Master Card وباي بال Pay Pal (4).

وفي ميدان التجارة الإلكترونية، فقد كان لغرفة التجارة الدولية دور قيادي ورائد في مؤتمر منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية، وذلك عبر تقديم الأدلة الإرشادية ونماذج القوانين والدراسات البحثية التي كان لها الدور

(1) محمد أحمد أبو القاسم، "التسوق عبر الانترنت"، دار الأمين، ط1، مصر، 2000، ص22.

(2) غرفة التجارة الدولية (International chamber of commerce) وتعد من اكبر المؤسسات التجارية وأكثرها تنوعاً في العالم، وتضم مئات الآلاف من الشركات الأعضاء أكثر من 100 دولة ومصالح تجارية واسعة، تنتمي الشبكات الواسعة من اللجان والخبراء التابعة لغرفة التجارة الدولية إلى جميع القطاعات وتبقي الأعضاء على علم تام بجميع القضايا التي تؤثر على صناعاتهم وهي تحافظ أيضاً على الاتصال مع الأمم المتحدة ومنظمة التجارة العالمية والوكالات الحكومية الأخرى.

(3) الانكوتيرمز (نشرات غرفة التجارة): أن غرفة التجارة العالمية منظمة عالمية متخصصة تهدف إلى وضع قواعد قانونية موحدة في ميادين العمل التجاري عبر ما يعرف بنشرات الغرفة، وتركز على توحيد القواعد ذات العلاقة بالأنشطة القانونية القائمة عبر الحدود وبين الدول.

(4) ترجمة وتعريف مصطلح التجارة الدولية International Commerce الموقع الإلكتروني التالي:

الأكبر في تعميق مسائل البحث في المؤتمر والدور الأكبر في صياغة نتائجه وتوصياته، ويعد دليل التجارة الإلكترونية الصادر عن الغرفة أحد أهم الأدلة الشاملة التي تتيح مساعدة فاعلة في ميدان الأنشطة التشريعية والتنظيمية اللازمة للتجارة الإلكترونية، وقد تعزز هذا الدليل بصدور العديد من الأدلة الأكثر تخصصاً والمكملة له كالدليل الخاص بالأنشطة الإعلانية على الإنترنت.

3.2.1.1.1 منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية OECD: (1)

عرفت منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية التجارة الإلكترونية على أنها جميع التعاملات ذات الصلة بالأنشطة التجارية التي تجمع الأفراد والمؤسسات، معتمدة على المعالجة والنقل الإلكتروني للمعطيات خاصة النصوص، الأصوات، الصور، ويدل كذلك على الآثار التي يمكن أن يحدثها التبادل الإلكتروني للمعلومات التجارية في المؤسسات والإجراءات التي تسهل وتحيط بالأنشطة التجارية كتسيير المؤسسات، المفاوضات التجارية والعقود، الأطر القانونية والتنظيمية، المستويات فيما يخص التسديدات والجباية كأمثلة بسيطة. (2)

وكذلك عرفت المنظمة التجارة الإلكترونية في تقرير صدر عنها بأنها تشمل "جميع أنواع الصفقات التجارية التي تعقد، سواء بين الإدارات أو الأفراد عن طريق المعالجة الإلكترونية للبيانات، أياً كانت تلك البيانات مقروءة أو أصوات أو صور مرئية"، وقد بين التقرير أن هذه التجارة سوف تسيطر على كافة الأنشطة التجارية مثل المفاوضات والعقود التجارية واتفاقات التمويل، وأن بعض ممارسات هذه التجارة قد لا يتخذ شكل الصفقات التجارية، مثال ذلك الإعلانات وتقديم المعلومات عن السلع والخدمات مجاناً، وقد تكون صفقات تجارية كما في حالة العقود التجارية بشأن السلع والخدمات. (3)

إن هذه المنظمة كرسست أعمالها في عام 1998 بشكل رئيسي للتجارة الإلكترونية انطلاقاً من قناعتها بأن تلك التجارة تتطلب حلولاً دولية في مرحلة تنظيمها، على أساس أن الحلول المتباينة لا تتفق مع الطبيعة الكونية لهذا النمط من الأعمال، ولأن التباين قد يقيم حدوداً لا تقبلها التجارة الإلكترونية ومن أبرز أنشطة المنظمة في ميدان التجارة الإلكترونية هو المؤتمر العالمي للتجارة الإلكترونية الذي عقد في الفترة من 7-9 أكتوبر 1998 في مدينة أوتاوا، حيث خلص المؤتمر إلى إقرار آليات عدة حددت من خلالها مناطق الاهتمام القانوني الرئيسية.

(1) منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية (بالإنجليزية: OECD - Organisation for Economic Co-operation and Development) هي منظمة دولية تهدف إلى التنمية الاقتصادية وإلى إنعاش التبادلات التجارية. تتكون المنظمة من مجموعة من البلدان المتقدمة التي تقبل مبادئ الديمقراطية التمثيلية واقتصاد السوق الحر.

(2) زيدان بدور البدور، واقع التجارة الإلكترونية في الدول العربية، دراسة حالة الجزائر-مصر، رسالة ماجستير، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير - قسم العلوم التجارية - جامعة محمد خيضر - بسكرة، الجزائر، للعام 2012-2013، ص5.

(3) عبد الرسول عبد الرضا، ونجلاء عبد حسن، تطور موقف المشرع العراقي في قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم 78 لسنة 2012، مجلة جامعة بابل، العلوم الإنسانية، المجلد 21، العدد 2، 2013، ص 341 وما بعدها.

4.2.1.1.1. قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية (1996) (UNICITRAL):

يهدف القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية (القانون النموذجي) إلى التمكين من مزاولة التجارة باستخدام وسائل إلكترونية وتيسير تلك الأنشطة التجارية من خلال تزويد المشرعين الوطنيين بمجموعة قواعد مقبولة دولياً ترمي إلى تذليل العقبات القانونية وتعزيز القدرة على التنبؤ بالتطورات القانونية في مجال التجارة الإلكترونية، والغرض من قانون التجارة تحديداً هو التغلب على العقبات الناجمة عن الأحكام القانونية التي قد لا تكون متنوّعة تعاقدياً عن طريق معاملة المعلومات الورقية والإلكترونية معاملة متساوية. وهذه المساواة في المعاملة مقوم أساسي للتمكّن من استخدام الخطابات اللاورقية، مما يعزّز من الكفاءة في التجارة الدولية.⁽¹⁾

ولقد اهتمت منظمة الأمم المتحدة من خلال لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (UNICITRAL) بوضع مشروع قانون للتجارة الإلكترونية حيث وافقت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري على إصدار القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية الذي حدد لمقصود النشاط التجاري والوسيلة الإلكترونية لإتمامه وحين نصت المادة (1) من قانون اليونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية بأنه (ينطبق هذا القانون على أي نوع من المعلومات يكون في شكل رسالة بيانات مستخدمة في سياق أنشطته تجاريه) وإن هذا القانون لم يضع تعريفاً محدداً للتجارة الإلكترونية إلا أن عرف رسالة البيانات والوسائل المستخدمة في إبرام عقد التجارة الإلكترونية في مادة (2) فقرة (1) منه والتي جاء فيها (يراد بمصطلح، رسالة بيانات، المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهه، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية، أو البريد الإلكتروني، أو البرق، أو لتلكس، أو النسخ البرقي).

ويتبين من التعريف أعلاه أنه حدد معنى رسالة البيانات حيث وردت على سبيل حصر، بخلاف تبادل بيانات الإلكترونية التي وردت على سبيل المثال (كالبريد الإلكتروني والبرق والتلكس وكل ما يستجد مستقبلاً)⁽²⁾، بعد صدور قانون اليونسيترال النموذجي للتجارة الإلكترونية سارعت العديد من دول العالم إلى إصدار قوانين من شأن تنظيم المعاملات الإلكترونية بأحكام هذا قانون والعراق أحد من دول التي أصدرت قانون المعاملات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني الرقم (78) لسنة (2012م).⁽³⁾

(1) تاريخ الاعتماد 12 حزيران/يونيه 1996 (المادة الإضافية 5 مكرراً بصيغتها المعتمدة في عام 1998) منشور على الموقع الرسمي لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي الأتي:

https://uncitral.un.org/ar/texts/ecommerce/modellaw/electronic_commerce

(2) د.كاظم حسن المولي، تطويع قواعد الإسناد في عقود التجارة الإلكترونية منشورات زين حقوقيه، بيروت، ص22.

(3) نشر في جريدة الوقائع العراقية بالعدد 425 في 20 ذو الحجة لسنة 1433 هـ الموافق 5 تشرين الثاني 2012م.

5.2.1.1.1: الاتحاد الأوروبي European Union

ساهم الاتحاد الأوروبي في صياغة قواعد موحدة للدول الأوروبية في ميدان التشريعات التجارية والاقتصادية، حيث استند إلى دراسات في مجال التعاقدات الإلكترونية، وبناءً عليها أصدر هذا الاتحاد العديد من التوجيهات بشأن التجارة الإلكترونية.

وقد قامت المفوضية الأوروبية بوصف التجارة الإلكترونية، بأنها تدور حول إنجاز الأعمال إلكترونياً، وتقوم على معالجة ونقل البيانات (النصية والمسموعة والمرئية) إلكترونياً، وتتضمن الكثير من الأنشطة المختلفة كقواتير الشحن الإلكترونية، والمزادات التجارية وتحديد المواصفات على الشبكة، والتصميم المشترك والمناقصات العامة والتسويق المباشر للمستهلكين، وخدمات ما بعد البيع، والتبادل الإلكتروني للسلع والخدمات والنقل الإلكتروني للأموال، وشراء الأسهم المالية، كما تشمل كلا من المنتجات مثل (السلع الاستهلاكية)، (وبرامج الكمبيوتر)، والخدمات (مثل التعليم عن بعد)، وخدمات جديدة (مثل المراكز التجارية الافتراضية).⁽¹⁾

وقد نصت المادة الأولى من التوجيه الأوروبي رقم EC/7/97 بشأن حماية المستهلك فيما يتعلق بالعقود المبرمة عن بعد، على أن "موضوع هذا التوجيه هو التقريب بين القوانين واللوائح والأحكام الإدارية الخاصة بالدول الأعضاء فيما يتعلق بالتعاقد عن بعد بين المستهلكين والموردين"، بينما حددت المادة (2/2) المورد أو التاجر، بأنه يعنى "أي شخص طبيعي أو اعتباري يبرم عقوداً تتعلق بتجارته أو مهنته"، وحددت أيضاً وسائل الاتصال عن بعد، بأنها "أية وسيلة يمكن أن تستخدم دون الوجود المادي للمورد والمستهلك في مكان واحد عند إبرام العقد بينهما"، وقد نص الملحق I على هذه الوسائل.

كما أصدر الاتحاد الأوروبي التوجيه رقم EC/31/2000 بخصوص جوانب قانونية معينة لخدمات مجتمع المعلومات وخاصة التجارة الإلكترونية في السوق الداخلية، حيث أكد واضعوه على أن هذا الاتحاد يسعى نحو إقامة علاقات أوثق بين دول وشعوب أوروبا من أجل التأكد على التقدم الاقتصادي والاجتماعي، حيث عالجت المادة (9) منه مسألة إبرام العقود إلكترونياً وتنص على أنه "يجب على الدول الأعضاء أن تتأكد من أن نظامها القانوني يسمح للعقود بأن تبرم بواسطة الوسائل الإلكترونية، ويجب على الدول الأعضاء أن تتأكد على وجه الخصوص أن القواعد القانونية الواجبة التطبيق على العملية التعاقدية لا تؤدي إلى عوائق أمام إبرام العقود الإلكترونية ولا تؤدي إلى حرمان تلك العقود من الفعالية القانونية والصلاحيية بحجة أنها أبرمت بالوسائل الإلكترونية".⁽²⁾

(1) ماهية التجارة الإلكترونية، مقالة منشورة على الموقع الإلكتروني الآتي:

<http://www.startimes.com/?t=13146082> تم زيارة الموقع بتاريخ 2019\8\15.

(2) فاطمة فرج سعد، التجارة الإلكترونية والعولمة، دول مجلس التعاون الخليج والعراق دراسة حالة (البحث مستل من رسالة ماجستير للباحثة) منشور على الموقع الإلكتروني الآتي:

<https://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&ald=76423>

3.1.1.1 تعريف الفقه للتجارة الإلكترونية:

إن المفهوم الشائع للتجارة الإلكترونية بشكل عام ينقسم إلى ثلاثة أنواع من الأنشطة:

- **الأول:** خدمات ربط أو دخول الإنترنت وما تتضمنه خدمات الربط من خدمات ذات محتوى ISPs - Internet تقني ومثالها الواضح الخدمات المقدمة من مزودي خدمات الإنترنت Services Providers.
- **الثاني:** التسليم أو التوريد التقني للخدمات.
- **الثالث:** استعمال الإنترنت كواسطة أو وسيلة لتوزيع الخدمات وتوزيع البضائع والخدمات المسلمة بطريقة غير تقنية (تسليم مادي عادي)، وضمن هذا المفهوم يظهر الخلط بين الأعمال الإلكترونية والتجارة الإلكترونية واستغلال التقنية في أنشطة التجارة التقليدية.(1)

ورغم وجود تعريف كثيرة وضعها الفقهاء لتعريف التجارة الإلكترونية إلا أنه لا يوجد تعريف موحد أو مناسب للتجارة الإلكترونية كونها تنقسم إلى جانب فني تتنوع فيه التقنيات المستخدمة من بريد إلكتروني وشبكة إنترنت والية عملها والمعالجات الإلكترونية ونقل البيانات أما الجانب الآخر فهو النظري الذي ينطوي على التكيف الدقيق لعقود هذه التجارة وكيفية إثباتها.

لذا فقد عرفها الفقه بأنها تمثل تبادل المعلومات بطريقة تركز على التكنولوجيا الحديثة باستخدام وسائل حديثة كالبريد الإلكتروني عبر أو بدون الاستعانة بالإنترنت، والنقل أو التحويل الإلكتروني للأموال لدى البنوك والنقود الرقمية والبطاقات الذكية واستخدام التلكس والفاكس في عمليات التجارة المختلفة.(2)

وعرفها البعض الآخر بأنها "ممارسة الأعمال التجارية التي ينص عليها القانون بوسيلة إلكترونية على سبيل الاعتياد".(3)

كما عرفوا التجارة الإلكترونية بأنها "تلك العملية التجارية التي تتم بين طرفين و تتمثل في عقد الصفقات وتسويق المنتجات عن طريق استخدام الحاسب الإلكتروني عبر شبكة الإنترنت".(4)

(1) عفاف عباس، مي الببلاوي، التجارة الإلكترونية وتحديات عصر المعلومات، ملتقى البحث العلمي، منشور على الموقع الإلكتروني www.RSSCRS.INFO.

(2) محمد السيد، التجارة الدولية الإلكترونية عبر الإنترنت (مفهومها والقاعدة القانونية التي تحكمها ومدى حجبية المخرجات في الإثبات)، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت، كلية الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة بالتعاون مع مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية ومركز تقنية المعلومات بالجامعة، الإمارات للفترة من 1-3 مايو، 2000، ص5.

(3) أسامة أبو الحسن مجاهد وآخرون، الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية، المجلس الأعلى للثقافة، القاهرة، 2003، ص 21.

(4) طه كاظم حسن المولى، تطويع قواعد إسناد في عقود التجارة الإلكترونية، مصدر سابق، ص37.

أما الفقه الأمريكي فقد عرف التجارة الإلكترونية بأنها "الاستعمال الأمثل لكل أنواع تكنولوجيا الاتصالات المتاحة من أجل تنمية النشاط التجاري للمشروعات" وهو ما اعتمدت عليه الوثائق الحكومية الأمريكية التجارة الإلكترونية⁽¹⁾.

وكذلك عرفتها الجمعية الفرنسية للتليماستيك والمالتميديا على أنها "مجموعة المعاملات التجارية التي يتم الشراء فيها عن طريق وسائل الاتصال"⁽²⁾.

مما تقدم كله فإن تعريف التجارة الإلكترونية في التشريعات المختلفة جاء بمصطلحات عديدة ففي قانون المعاملات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني العراقي رقم 78 لسنة 2012 أضاف المشرع العراقي مصطلح المعاملات الإلكترونية للتعبير عن التجارة الإلكترونية وذلك في المادة (1) الفقرة 6 منه بأن المعاملات الإلكترونية هي "الطلبات والمستندات والمعاملات التي تتم بالوسائل الإلكترونية".

في حين ذهب جانب من التشريعات في الاستناد على مفهوم التجارة التقليدي عند تعريفها للتجارة الإلكترونية، حيث عدت أن الوسيلة الإلكترونية هي التي تحتاج إلى تمييز دون حاجة إلى تكرار التعريفات، وطوعت في سبيل ذلك قواعد الإثبات التقليدية لإثبات المعاملات الإلكترونية

2.1.1 خصائص التجارة الإلكترونية:

في عصر تطور التكنولوجيا برزت العديد من الخصائص للتجارة الإلكترونية والتي جعلها تنافس التجارة التقليدية وهذه الخصائص هي:

1.2.1.1 وجود وسيط إلكتروني:

ارتبط وجود التجارة الإلكترونية بشبكة الإنترنت حيث أثر الإنترنت في زيادة التبادلات التجارية، وتحقيق الوجود الفعلي للتجارة الإلكترونية، لذا فإن نمواً كبيراً ومطرداً قد تحقق في سوق خدمات الإنترنت والاتجاه نحو التجارة الإلكترونية.

فالتجارة الإلكترونية تستند على خمسة وسائل إلكترونية مهمة هي كمبيوتر وشبكة وبرمجيات وموقع والبضاعة فالكومبيوتر يتيح إدخال البيانات ومعالجتها وتصميم عرضها واسترجاعها أما الشبكة فتتيح تناقل المعلومات باتجاهين، من النظام واليه، والبرمجيات تتيح تنفيذ المنشأة لالتزاماتها وتنفيذ الزبون لالتزاماته (حلول أو برمجيات التجارة الإلكترونية) والموقع على الشبكة الإلكترونية فيتيح عرض المنتجات أو الخدمات، وأخيراً البضاعة وهي المنتجات أو الخدمات وكل ما يتصل بها وكذا أنشطة الإعلام وآليات التسويق اللازمة لها.

فلا يمكن تصور تجارة إلكترونية بدون وسائل إلكترونية تستعمل ما بين المتعاقدين من أجل تنفيذ إجراء أو الاستجابة ويقصد إرسال أو تسليم رسالة معلومات دون تدخل شخصي، ويتم بواسطته تعبير عن إرادتهم في نفس الوقت على الرغم من بعد المسافة⁽³⁾.

(1) عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الإلكترونية وحمايتها القانونية، مصدر سابق، مصر، 2007، ص46.

(2) مدحت عبد الحليم رمضان، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص18.

(3) هبه تامر محمود عبدالله، عقود التجارة الإلكترونية دراسة مقارنة، مصدر سابق، ص62.

لذا فان تطور المعلومات وتوفر مواقع الانترنت وأجهزة الكمبيوتر، سهل كثيرا عمليات التواصل بين التجار ونتيجة لذلك تنوعت أنماط التجارة التي تتفق وهذا التطور، فقد مكنت التجارة الإلكترونية استحداث وسائل إدارة النشاط التجاري (RETAIL E-commerce)، من خلال التوفيق بين البيع عبر الوسائل الإلكترونية (business-to- business E- commerce) والتجارة الإلكترونية بين قطاعات الأعمال، حيث أمكن التطور في هذين الميدانيين أحداث تغيير شامل في طريقة أداء الخدمة وعرض المنتج وتحقيق العرض الشامل لخيارات التسوق.(1)

2.2.1.1. الطابع الدولي أو العالمي للتجارة الإلكترونية:

فالتجارة الإلكترونية لا تعرف الحدود المكانية أو الجغرافية، بمعنى أن النشاط التجاري لا يحتاج الذهاب إلى منطقة جغرافية لان يقوم باستخدام الانترنت (internet) ويمكن وصول إلى موقع التجاري شركات الانترنت عبر عالم كله، ويمكن للشركات إدارة المعاملات بكفاءة عالية على موقع الانترنت ومن مواقع جغرافية مختلفة ولكن لهذه الخصيصة سلبيات ومنه صعوبة فرض الضرائب الجمركية على السلع والخدمات التي تقدم.(2)

وأن أهم ما يميز التجارة الإلكترونية هو صفتها العالمية، حيث ألغت الحدود والقيود أمام التجارة العالمية وتمكنت من دخول الأسواق التجارية لتحول العالم إلى سوق مفتوح أمام المستهلك بغض النظر عن الموقع الجغرافي للبائع والمستهلك، وبذلك حققت أهداف اتفاقية كل من جات وجاتس اللتين هدفنا إلى تحرير التجارة في البضائع والخدمات.(3)

3.2.1.1. غياب العلاقة المباشرة بين الأطراف المتعاقدة:

استطاعت التجارة الإلكترونية من تمكين الشركات في معرفة احتياجات عملائها وتنويع مجالات التسوق أمام هؤلاء العملاء، مما انعكس إيجاباً في نمو هذه التجارة مقارنة بالتجارة التقليدية سواء من حيث الوسائل أو الوقت، ذلك أن الزبون يمكنه معرفة الأصناف والأسعار وميزات كل صنف والمفاضلة وتقييم المنتج موضوع الشراء من حيث مدى تلبية لرغبة وخيارات المشتري وبأسعار أفضل.

فعلى الرغم من أن عقود التجارة الإلكترونية من عقود المسافة البعيدة أو ما بين غائبين إلا أن كل طرف يمكنه التعرف على شخصية الطرف الأخر، وكذلك يمكن التعرف على نوعية السلعة بشكل مباشر.

ورغم أن عملية التعاقد تتم عن بعد آلاف من الأميال دون مجلس ما بين المتعاقدين، كما هو حال في العقود التقليدية في التعاقد، إلا أنه في حالة الرسائل الإلكترونية قد توجد مفاوضات ما بين المتعاقدين من خلال الرسائل الإلكترونية إلى أن يلتقي الإيجاب بالقبول المطابق إلا أن العلاقة المباشرة تبقى ما بين المتعاقدين منتفجة كقاعدة عامه.(4)

(1) عفاف عباس، مي البيلوي، التجارة الإلكترونية وتحديات عصر المعلومات، ملتقى البحث العلمي، مصدر سابق، ص10.

(2) إبراهيم العيسوي، التجارة الإلكترونية، المكتبة الأكاديمية، القاهرة، 2003، ص31.

(3) عفاف عباس، مي البيلوي، التجارة الإلكترونية وتحديات عصر المعلومات، ملتقى البحث العلمي، مصدر سابق، ص10.

(4) بشار طلال المومني، مشكلات التعاقد عبر الانترنت دراسة المقارنة، ط1، عالم الكتب حديث، الأردن، 2004، ص33.

ذلك أن التجارة الإلكترونية تتخذ صور ومجالات عديدة، كعرض البضائع والخدمات عبر الإنترنت وإجراء البيع بالوصف عبر مواقع الشبكة العالمية مع إجراء عمليات الدفع النقدي بالبطاقات المالية أو غيرها من وسائل الدفع، وإنشاء متاجر افتراضية أو محال بيع على الإنترنت، والقيام بأنشطة التزويد والتوزيع والوكالة التجارية عبر الإنترنت وممارسة الخدمات المالية وخدمات الطيران والنقل والشحن وغيرها عبر الإنترنت ومن أشهر هذه الصور:

▪ **الأول: العلاقة التجارية بين مؤسسات الأعمال (business-to-business) وتكتب اختصاراً (B-B).**

▪ **الثاني: العلاقات التجارية بين مؤسسات الأعمال والزبون (business-to-consumer) وتكتب اختصاراً (B-2-C).**

والفرق بين النمطين يتمثل في طرفي العلاقة التعاقدية، وفي محل وهدف التبادل الإلكتروني، علاقة بين إطارين من إطارات العمل التي تعتمد الشبكة وسيلة لإدارة لنشاطها ووسيلة لإنجاز لعلاقتها المرتبطة بالعمل فهي في بيئة الأعمال (B2B)، وهدفها إنجاز الأعمال وتحقيق متطلبات النشاط الذي تقوم به المنشأة. أما في بيئة العلاقة مع الزبائن (B2C) فهي علاقة بين موقع يمارس التجارة الإلكترونية وبين الزبائن (مشتري أو طالب للخدمة) وهدفها تلبية طلبات ورغبات الزبون ومحتواها محصور بما يقدمه الموقع من منتجات معروضة للشراء أو خدمات معروضة لجهة تقديمها للزبائن.

▪ **الثالث: العلاقات التجارية الإلكترونية بين القطاعات الحكومية وبين المستهلك وهي علاقات لا زالت محدودة الانتشار.**

▪ **الرابع: العلاقات التجارية الإلكترونية بين القطاعات الحكومية ومؤسسات الأعمال وهي علاقات ذات محتوى تجاري ومالي حيث يمكن للحكومة أن تعمم قراراتها إلى الشركة عن طريق نشرها على صفحات الإنترنت واستلام الرد على نفس الطريقة.⁽¹⁾**

4.2.1.1. أثر التجارة الإلكترونية على عمليات المزايدة:

إن نمو التجارة الإلكترونية المتسارع ساعد على إيجاد أساليب جديدة ومحسنة لاستخدام الفواتير والشيكات الإلكترونية، أثر وجود الانترنت على عمليات المزايدة حيث لا يستطيع التاجر أو الشركة المنتجة أن تحدد الأسعار بمفردها، ذلك أن سعر البضاعة يتحدد وفق الطلب المسجل في السوق، لذا سعت الشركات على تدريب كوادرها الإدارية ومدراء التسويق وتقنية المعلومات والمالية ومسئولي المبيعات على آليات التجارة الإلكترونية واستخدام وسائلها كي يتسنى تمثيل جميع القطاعات في الشركة باتخاذ القرارات التي من شأنها زيادة المبيعات إلكترونياً.

(1) ثامر ياسر البكري، ود. جمال عبد الرسول الدباغ، التسوق الإلكتروني، مجلة العلوم الاقتصادية والإدارية، كلية الإدارة والاقتصاد، جامعة بغداد، المجلد الثامن، العدد 5، 2001، ص102.

5.2.1.1. السرعة في انجاز العملية التجارية:

فالتجارة الإلكترونية بما تتطلبه من بنية تحتية وتقنية واستراتيجيات وإدارة مالية وتسويقية وإدارة علاقات واتصال بالآخرين، تتيح الفرصة لتطوير أداء المؤسسات في مختلف الميادين، وهي تقدم خدمة كبرى للمؤسسات في ميدان تقييم واقعا وكفاءة موظفيها وسلامة وفعالية بنيتها التحتية وبرامج التأهيل الإداري.

فالأمر المهم في التجارة الإلكترونية هو سرعة قيام عملية البيع والشراء والتنافس العالمي مما يدفع ذلك نحو تجويد الإنتاج حيث تؤمن شبكة السرعة في التعاقد، ويمكن للمتعاقدين تبادل الإيجاب والقبول بأسرع وقت ممكن.⁽¹⁾

فأثر وجود الانترنت على عمليات المزايدة حيث لا يستطيع التاجر أو الشركة المنتجة أن تحدد الأسعار بمفردها، ذلك أن سعر البضاعة يتحدد وفق الطلب المسجل في السوق، لذا سعت الشركات على تدريب كوادرها الإدارية ومدراء التسويق وتقنية المعلومات والمالية ومسؤولي المبيعات على آليات التجارة الإلكترونية واستخدام وسائلها كي يتسنى تمثيل جميع القطاعات في الشركة باتخاذ القرارات التي من شأنها زيادة المبيعات الكترونيا.⁽²⁾

6.2.1.1. التجارة الإلكترونية لا تتقيد بحدود:

إن التجارة الإلكترونية هي التجارة التي لا تعرف حدود بين الدول والأمر الذي يثير التساؤلات القانونية هو كيفية تحديد قانون الواجب تطبيق في حالة حصول نزاع بين المتعاقدين وتحديد الاختصاص القضائي وحماية العلامة التجارية المسجلة في دول دون أخرى وغير ذلك من التساؤلات.⁽³⁾

7.2.1.1. إعفاء أنشطة التجارة الإلكترونية من المعالجة الضريبية:

ويأتي ذلك تشجيعاً لتحرير تجارة السلع والخدمات وبهدف عدم وضع قيود ومعوقات أمام نموها لأن التجارة الإلكترونية بطبيعتها عالمية لا يعقها البعد الجغرافي أو الزمني، وقد تلاحظ أن التجارة الإلكترونية تمثل تحدياً للعديد من الدول نظراً لسهولة التهرب من سداد أية أنواع من الضرائب علي الصفقات التي تبرم بواسطتها.

ولوجود صعوبات في فرض الضريبة على هذه التجارة الجديدة لأن القواعد المعمول بها حالياً لفرض الضرائب تستند لمبدأ إقليمية الضريبة أي ضرورة أن يتحقق الدخل من مصدر داخل الدولة التي يقيم فيها المستفيد سواء عن طريق وجود مادي للمنشأة أو وكيل أو عن طريق الدورة التجارية الكاملة (شراء - بيع)، وقد يتحقق لصفقات التجارة الإلكترونية هذه العناصر أو بعضها وفي هذه الحالة تفرض الضرائب.

(1) سلطان عبدالله محمود الجوازي، عقود التجارة الإلكترونية والقانون الواجب التطبيق، دراسة قانونية مقارنة، مصدر سابق، ص29.

(2) عفاف عباس، مي البيلوي، التجارة الإلكترونية وتحديات عصر المعلومات، ملئقى البحث العلمي، مصدر سابق، ص11.

(3) هبه تامر محمود عبدالله، عقود التجارة الإلكترونية دراسة مقارنة، مصدر سابق، ص67.

ألا أن المشكلة تظهر عندما يكون المشروع بالخارج ولا يكون له وجود مادي في الدولة الأخرى، فلا تستطيع الدولة أن تطالب بالضريبة على الدخل الذي يتحقق داخل دولتها مما يؤدي لعدم تحصيل الضرائب على هذه الصفقات لذا فعلى الأجهزة الضريبية اقتفاء اثر المنتجات الرقمية.(1)

ويرى الباحث بأن تطور التجارة الإلكترونية في العراق متوقف على سن القوانين اللازمة التي تبيّن الضوابط والأسس التي تحكم هذا النوع من التجارة وبالتالي تأمين الحماية للمستثمرين وتطمئنهم ضد كل ما يعوق عملهم سواء بتوفير شركات الانترنت وحماية معلوماتها من جرائم القرصنة في مجال تكنولوجيا الاتصالات.

لذا نهيب بالمشروع العراقي إلى السعي لتأسيس الحكومة الإلكترونية وتوفير شبكات الانترنت وتقليل تكلفتها مما من شأنه استقطاب اكبر عدد من المستخدمين لهذه التكنولوجيا المهمة وزيادة ثقافتهم فيما يتعلق بالتجارة الإلكترونية.

2.1. التعريف بالعقد الإلكتروني ووسائل إبرامه:

أن العقد يسمى الكترونياً إذا ما تلاقى فيه الإيجاب بالقبول عبر شبكة اتصالات دولية باستخدام التبادل الإلكتروني للبيانات، وبقصد إنشاء التزامات تعاقدية "، فهو التقاء إيجاب صادر من الموجب بشأن عرض مطروح بطريقة إلكترونية، سمعية أو مرئية أو كليهما على شبكة للاتصالات والمعلومات، بقبول مطابقة صادر من الطرف القابل بذات الطرق بهدف تحقيق عملية أو صفقة معينة يرغب الطرفان في إنجازها.(2)

حيث يتم إبرام العقد الإلكتروني بدون التواجد المادي لأطرافه، كونه يتم بين عاقدين لا يجمعهما مجلس عقد حقيقي لتبادل الإيجاب والقبول بل عبر وسائل اتصال تكنولوجية (مجلس عقد حكومي افتراضي)، وبذلك فهو ينتمي إلى طائفة العقود عن بعد، وبالتالي يكون الإيجاب في العقد الإلكتروني معاصراً للقبول أو متخلف عنه كثيراً.

وما يميز العقد الإلكتروني كذلك هو انعقاده باستخدام الوسائط الإلكترونية في إبرام التعاقد، ويعد ذلك من أهم مظاهر الخصوصية فيه، بل إنها أساس هذا العقد حيث يتم إبرامه عبر شبكة اتصالات إلكترونية، ولا يختلف من حيث الموضوع أو الأطراف عن سائر العقود التقليدية ولكنه يختلف فقط من حيث طريقة إبرامه، واختفاء الكتابة التقليدية التي تقوم على الدعائم الورقية لتحل محلها الكتابة الإلكترونية التي تقوم على دعائم إلكترونية.

كما يتصف العقد الإلكتروني غالباً بالطابع التجاري والاستهلاكي، لذلك يطلق عليه عقد التجارة الإلكترونية، وقد جاءت تلك الصفة من السمة الغالبة لذلك العقد حيث أن عقود البيع الإلكترونية تستحوذ على الجانب الأعظم من

(1) إحسان شاكر عبدالله، أحمد خلف حسين الدخيل، السيد عكاب احمد العبادي، موقف الفقه من الضريبة على الدخل الناجم عن التجارة الإلكترونية، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 4، السنة 4، العدد 4، ص144.

(2) خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1، 2006، ص51.

مجمل العقود، وبذلك فهو يتسم بطابع الاستهلاك لأنه غالباً ما يتم بين تاجر أو مهني ومستهلك، ومن ثم فإنه يعتبر من قبيل عقود الاستهلاك ولذلك يخضع للقواعد الخاصة بحماية المستهلك.(1)

أما وسيلة تنفيذه والمتمثلة بالوفاء، فقد حلت وسائل الدفع الإلكترونية، في التعاقد الإلكتروني محل النقود العادية، نتيجة للتطور التكنولوجي وازدياد التعامل بأسلوب التجارة الإلكترونية ظهرت هذه الوسائل كأسلوب مبتكر لسداد المدفوعات في مثل هذه المعاملات، كما وتتضمن وسائل الدفع الإلكترونية عدة وسائل منها البطاقات البنكية، والأوراق التجارية الإلكترونية، والنقود الإلكترونية، والتي تتمثل في نوعين هما، النقود الرقمية، والمحفظة الإلكترونية.

ويمكن إثبات العقد الإلكتروني من خلال المستند الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني، فالمستند الإلكتروني يتضمن حقوق طرفي التعاقد، فهو المرجع للوقوف على ما أتفق عليه الطرفان وتحديد التزاماتهما القانونية، والتوقيع الإلكتروني هو الذي يضيف حجية على هذا المستند، وبذلك فإن العقد الإلكتروني يتشابه كثيراً مع العقد التقليدي من الناحية المادية في كيفية إبرامه، حيث يتشابه العقدين في ركني السبب والمحل إلا أن الاختلاف يبدو جلياً في ركن الرضا.(2)

لذا خصصنا هذا المبحث للتعريف بالعقد الإلكتروني في مطلب أول، وبيان وسائل إبرامه وأدواتها في المطلب الثاني وكالتالي:

▪ 1.2.1 التعريف بالعقد الإلكتروني.

▪ 2.2.1 وسائل إبرام العقد الإلكتروني وأدواته.

1.2.1. التعريف بالعقد الإلكتروني:

أن عقد التجارة الإلكترونية (العقد الإلكتروني) هو العقد الذي يتلاقى فيه الإيجاب والقبول عبر شبكة اتصالات دولية باستخدام التبادل التجاري للبيانات لغرض إنشاء التزامات تعاقدية، واستناداً لذلك فإن عقود التجارة الإلكترونية نوعان:

- **الأول:** العقد الإلكتروني الذي يبرم عبر شبكة الانترنت وينفذ خارجها، حيث يشمل هذا النوع العقود التي محلها الأشياء المادية التي تقتضي طبيعتها التسليم مادياً كالسلع والخدمات.
- **الثاني:** العقد الإلكتروني الذي يبرم وينفذ عبر الانترنت من غير حاجة للرجوع إلى الفضاء المادي الخارجي.(3)

فالعقود التجارية الإلكترونية تنتمي للعقود التجارية ولها نفس خصائص العقود التجارية والمتمثلة بالرضا والذي هو أمر لازم لانعقاد هذه العقود حيث يتطلب تتطابق إرادة الإيجاب مع إرادة القبول، فترتب بذلك التزامات

(1) خالد حسن احمد، الحجية القانونية للمستندات الإلكترونية بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دراسة مقارنة، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، ط1، 2018، ص240.

(2) أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص39.

(3) خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني دراسة مقارنة، مصدر سابق، ص72.

متبادلة على طرفي العقد التجاري الإلكتروني، ورغم عدم وجود الأطراف بشكل مادي في مجلس عقد واحد إلا أنه يعتبر عقد فوري وفقاً للتفاعل الحاصل بين أطرافه عبر الإنترنت.

وقد يأخذ العقد الإلكتروني صيغة العقد الداخلي إذا ما تم بين أطراف من نفس الدولة إلا أنه غالباً ما يكون دولياً إذا ما كان أحد أطرافه أجنبياً، ويختص العقد الإلكتروني بإمكانية الوفاء به وإثباته عبر الوثائق الإلكترونية.⁽¹⁾ وقد خلت التشريعات الوطنية من أفراد تعريف للعقد الإلكتروني إلا أنها سبق وإن عرفت مصطلح التجارة دون التطرق إلى مصطلح الإلكتروني، وتماشياً مع التطور التكنولوجي فقد سعت هذه التشريعات إلى سن قوانين من شأنها تدارك النقص الذي تعانيه قوانين التجارة في تعريفها للجانب الإلكتروني للعقد فبادرت إلى تشريع قانون التوقيع الإلكتروني وقانون المعاملات.

1.1.2.1. تعريف العقد الإلكتروني في التشريعات الوطنية:

1.1.1.2.1. في القانون العراقي:

عرف المشرع العراقي في قانونه المدني رقم 40 لسنة 1951 العقد بصورة عامة في المادة (73) منه بأنه "ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه".

وقد واكب المشرع العراقي التطور الحاصل في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات وأنشطة الإنترنت وتوفير الأسس والأطر القانونية للمعاملات الإلكترونية من خلال وسائل الاتصالات الحديثة وتشجيع صناعة الإنترنت وتكنولوجيا المعلومات وتنميتها وتنظيم خدمات التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية ومواكبة التطورات القانونية في الجوانب الإلكترونية وتطوير النظام القانوني التقليدي بما ينسجم مع نظم تقنية المعلومات والاتصالات الحديثة المعلوماتي الحاصل في العالم شرع قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية.⁽²⁾

محاولاً بذلك إضفاء الجانب الإلكتروني على العقد لكي يبين أحكامه الخاصة به، على الرغم من أن المشرع العراقي في قانونه المدني قد أشار ضمناً إلى العقد الإلكتروني حيث نصت المادة (88) من القانون المدني بأنه "التعاقد بالتلفون أو أي وسيلة اتصال آخر يعد تعاقد بين غائبين في المكان وحاضرين في الزمان" وهذا يعني أنها إشارة ضمناً إلى العقود الإلكترونية وآليات انعقادها.

وقد تضمن قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات رقم 78 لسنة 2012، تعريفاً للعقد الإلكتروني في المادة (1) الفقرة (11) منه بأن العقد الإلكتروني هو "ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه والذي يتم بوسيلة إلكترونية".

(1) سليم عبدالله أحمد الجبوري، الإطار القانوني لتكوين عقد التجارة الإلكترونية، مجلة الفتح، العدد السابع والثلاثون، كانون الأول، 2008، ص3.

(2) الأسباب الموجبة لقانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم (78) لسنة 2012، نشر هذا القانون في جريدة الوقائع العراقية في العدد (4256) في 5 تشرين الثاني 2012.

ومن التعريف أعلاه يظهر أن المشرع العراقي لم يضيف شيئاً على تعريفه للعقد الإلكتروني سوى انه أضاف عبارة (بوسيلة إلكترونية)، ذلك أن العقد يظهر كوسيلة أساسية لرسم الالتزامات كونه أساس التجارة الإلكترونية (بيوع التوكيلات)، حيث يمكن الاستناد على العقد الإلكتروني سواء كان عقداً ورقياً أم إلكترونياً كون الفقه لم يحدد نوع الدعامة المادية المطلوبة للإثبات، فلأيهم أن تكون بخط اليد أو تكون مطبوعة سوى أن الكتابة المعتمدة دليلاً في الإثبات.(1)

كما وعرف قانون المعاملات الإلكترونية العراقية المستند الإلكتروني ليجنبنا مشاكل تطبيق القواعد التقليدية في قانون الإثبات بما يتعلق بهذه العقود لذا نجده قد عرف المستندات الإلكترونية في المادة العاشرة منه بأنها "المحررات والوثائق التي تنشأ أو تدمج أو تخزن أو ترسل أو تستقبل كلياً أو جزئياً بوسائل إلكترونية بما في ذلك تبادل البيانات إلكترونياً أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي وحمل توقيعاً إلكترونياً، وهنا ميز المشرع العراقي بين الوسيّلتين من حيث انه لم يعتمد كلياً على المستندات الورقية بل شمل أيضاً المعلومات المدونة على الأقراص والمخزنة ولكن اشترط أن تكون هذه المحررات أن تحمل توقيعاً ومن المعلوم أن التوقيع يكون أما من جهة مختصة بالتواقيع وهي جهة التصديق ويكون هذا التوقيع على أشكال متنوعة قد تكون رموز أو حرف أو أرقام.(2)

2.1.1.2.1. في القانون المصري:

أصدر المشرع المصري قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004 وأكمل ما أغفله قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999، حين عرف الوسيط الإلكتروني في الفقرة (د) من المادة الأولى بأنه " أداة أو أدوات أو أنظمة إنشاء التوقيع الإلكتروني"، وهو الوسيلة التي تتبع بشأن إتمام هذه التجارة.

وقد حددت المذكرة الإيضاحية لقانون التوقيع المصري رقم 15 لسنة 2004 هذا الوسيط بأنه "الأدوات والأنظمة التي تدخل في إنشاء التوقيع الإلكتروني المرتبط بمحرر ما ومنها على سبيل المثال لا الحصر: أجهزة الحاسبات والمعالجات وملحقاتها، وأجهزة تسجيل البصمات، والمجسات، وأجهزة وأنظمة التشفير، وشبكات الاتصالات التي تربط بين هذه الأدوات والأنظمة، والبرامج المستخدمة في التشغيل وما في حكمها".

كما عرفت هذه المذكرة المعاملات التجارية الإلكترونية بأنها "تشمل كل معاملة ذات طابع تجارى في مجالات التعامل المختلفة مثل البيوع وغيرها من العقود والتصرفات القانونية التجارية الأخرى والاستيراد والتصدير والتعاقدات وحجز تذاكر السفر والفنادق، والمعاملات المصرفية بكل أنواعها والتي تتم في شكل محرر إلكتروني موقع توقيعاً إلكترونياً".

(1) سمير ذنون ، العقود الإلكترونية في إطار تنظيم التجارة الإلكترونية، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، الطبعة الأولى، 2012، ص40.

(2) عبد الرسول عبد الرضا، ونجلاء عبد حسن، تطور موقف المشرع العراقي في قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم 78 لسنة 2012، مصدر سابق، ص 341 وما بعدها.

3.1.1.2.1. في القانون الفرنسي:

ومن ناحية أخرى فإن هناك تشريعات قد اهتمت بتحديد وسيلة إبرام التجارة الإلكترونية دون تعريف التجارة، كما فعل المشرع الفرنسي في قانون حماية المستهلك الفرنسي الصادر بتاريخ 3 من كانون الأول عام 1987، حيث نص في المادة 14 منه على أن هذه الوسيلة هي "كل تقنية تمكن المستهلك خارج الأماكن المعتادة لاستقبال الزبائن من طلب سلعة أو اقتضاء خدمة"، ومن أمثلة تلك التقنية التليفون أو الفاكس أو أنظمة التبادل الإلكتروني للبيانات EDI".

وأيضاً قانون المعاملات الإلكترونية الفرنسي رقم 230 لسنة 2000 الذي عدل المادة 1316 من التقنين المدني فأصبح نصها كالتالي "يكون للكتابة على دعامة إلكترونية نفس القوة في الإثبات التي للكتابة على ورق".

كما وعرف المشرع الفرنسي العقد الإلكتروني في قانون العقود الفرنسي الجديد في المواد (1155 إلى 1231) من قانون المدني الفرنسي في المادة (1174-1175-1176-1177) في تنظيمه للأحكام التي منه بالعقد المبرم بوسيلة الاللكترونية، حيث نص المشرع الفرنسي بأن حين تكون الكتاب مطلوبة لصحة عقد فيجوز أنشؤها ومنظماً بالشكل الاللكتروني وفقاً للشروط المنصوص عليها في هذا القانون سواء كان عرفي أو رسمي، أما إذا كان الالتزام شخصية التي يطلب فيها بياناً مكتوباً بيد الشخص الملتزم نفسه حيث يجوز هنا الشخص الملتزم الاستفادة بالشكل الاللكتروني (الالتزام شخصي) إلا أن المشرع الفرنسي استثنى المحررات بالقانون الرقمية المتعلقة بقانون أسرة والمواريث والمحررات المتعلقة بالتأمينات الشخصية والعينية.(1)

كما اوجب المشرع الفرنسي بضرورة أن تستوفي الكتابة الاللكترونية ذات الشروط إلى تخضع لها الكتابة على الورق من ناحية كونها مقروءة أو من ناحية الشكل. حيث يعتبر شرط النموذج القابل للانفصال متحققاً باستخدام إجراء إلكتروني يسمح بالاطلاع على نموذج وإعادة إرساله بذات الواقعية، ويعتبر شرط إرسال عدة منح متحققاً بالوسيلة الإلكترونية إذا كان باستطاعة المرسل إليه طباعة المحرر.

مما تقدم كله يثبت لنا:

- أ- أن المشرع الفرنسي أجاز إنشاء الكتابة وحفظها بالشكل الإلكتروني سواء كان المحرر عرفي أو رسمي.
- ب- أن المشرع الفرنسي استثنى المحررات الورقية المتعلقة بقانون الأسرة والمواريث من الكتابة وحفظها بالشكل الإلكتروني.
- ت- أن لمشرع الفرنسي استثنى المحررات العرفية المتعلقة بالتأمينات الشخصية والفنية ذات الطبيعة المدنية والتجارية.
- ث- أن المشرع الفرنسي اشترط أن تستوفي الكتابة الإلكترونية ذات الشروط الواجبة عندما تكون الكتابة على الورق من حيث كونها مقروءة أو من ناحية الشكل.

(1) القانون المدني الفرنسي المعدل في المرسوم رقم 131 في عام 2016 بشأن تعديل القانون.

ج- إذا كان المرسل إليه باستطاعته طباعة المحرر المرسل له فأن شرط إرسال عدة نسخ يعد متحققاً بالوسيلة الإلكترونية.(1)

4.1.1.2.1. قانون اليونسטרال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية (UNCITRAL): (2)

أما قانون اليونسטרال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية لعام 2001 فقد عرف التوقيع الإلكتروني في المادة (2) فقره (أ) بأنه "التوقيع الإلكتروني يعني بيانات في شكل الكتروني مدرجه في رسالة بيانات، أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقياً، يجوز أن تستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة إلى رسالة البيانات، ولبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات".

إن تعريف القانون النموذجي للتوقيع الإلكتروني محاولاً إيجاد توازن بين العقد التقليدي والعقد الإلكتروني، حيث عالج هذا القانون موضوع العقد وإبرامه ووسائل التوقيع الإلكتروني ومعايير الأمن والحماية اللازمة للبيانات الشخصية وغيرها من الموضوعات(3)، وهو ما أهمله المشرع العراقي عند تنظيمه للعقد الإلكتروني فيجب على القانون العراقي أن يوفر حماية للبيانات الإلكترونية لأنه يعامل العقد الإلكتروني معاملة العقد التقليدي كون أن هذه العقود تتعلق بعمليات تجارية ضخمة ومهمة وتتضمن معلومات سرية تخص عمل المتعاقد فحينما تكون عبر الانترنت تكون مهددة بالخطر لذلك قبل أن نسعى لتكيف العقد الإلكتروني علينا أن نوفر له الحماية كافيته.

2.1.2.1. تعريف العقد الإلكتروني فقهاً:

أما فقهاء القانون فقد اختلفوا في تعريف العقد الإلكتروني حيث عرفه الدكتور أسامة أبو الحسن مجاهد بأنه: "كل اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكه دولية مفتوحة للاتصال عن بعد وذلك بوسيلة مسموعة مرئية يفصل التفاعل بين موجب والقابل".(4)

وعرفه الدكتور عبد الفتاح بيومي حجازي بأنه " كل عقد يبيع عن بعد تستخدم فيه وسيلة تقنية أو أكثر للاتصال عن بعد وذلك حتى إتمام ذلك العقد"(5)، وكما عرفه الدكتور خالد ممدوح بأنه (هو ذلك العقد الذي ينطوي على

(1) أسامة أبو حسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، مصدر سابق، ص39.

(2) اليونسسترال هي لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (اليونسسترال عام 1966) والتي عملت على توحيد قواعد القانون التجاري، ونشأت برغبة غالبية الدول الأعضاء، حيث شكلت مجموعات عمل متخصصة في بعض المواضيع ومنها التجارة الإلكترونية.

(3) شادي رمضان إبراهيم طنطاوي، النظام القانوني للتعاقد والتوقيع إطار عقود تجارة الإلكترونية، مصدر سابق، ص 54.

(4) أسامة أبو حسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، مصدر سابق، ص39.

(5) عبدالفتاح بيومي حجازي، التجارة الإلكترونية ومعانيها القانونية، مصدر سابق، ص45.

تبادل للرسائل بين البائع والمشتري و التي تكون قائمة على صيغ معدة سلفاً ومعالجة الكترونياً أو تنشئ التزامات جديد).⁽¹⁾

ونلاحظ من التعريف أعلاه انه قد اشترط في تعريفه للعقد الإلكتروني بان يكون مسموع أو مرئي وفي ذات الوقت فإنه أجاز أن يكون العقد الإلكتروني غير مسموعاً أو مرئي، كما في حالة إرسال بريد إلكتروني.⁽²⁾

نرى أن الاتجاه السابق اعتبر أن العقد الإلكتروني من خصائصه بأنه عقد عن بعد حيث تبرم هذه العقود عن طريق الهاتف والتلكس والفاكس والميثيل، إلا أننا نرى العقد الإلكتروني المبرم عبر شبكة الانترنت يمتلك تعريف خاص به، كما أن خصائصه وطبيعته الخاصة التي يمتاز بها عن سائر العقود لا يمكن أن نجعل منه من طائفة العقود التي تبرم عن بعد كونها تعد رسائل اتصال فورية.

3.1.2.1. تعريف العقد الإلكتروني قضاء:

يرى القاضي شهاب أحمد ياسين أن العقد الإلكتروني هو العقد المبرم بين طرفين بأحد الوسائل الرقمية المعروفة ومذيل بتوقيع إلكتروني معتمد لدى شركة حامله على أجازة خدمة من الجهات الرسمية، وإن تنفيذ هذا العقد يحتاج إلى شركة تنفيذ الخدمات ومن ضمنها الإضاء الإلكتروني ذلك أن القانون أعطى الحق للشركة الدولية لخدمات الاتصال والبريد التابعة لوزارات الاتصالات بمنح التراخيص، كما أن معاملات الاللكترونية تستحوذ على 60% من العقود مبرمه وبالتالي يجب استحداث قضاء متخصص للنظر في منازعات هذه المعاملات (عقود) رغم أن الأصل في عرض هذه الدعوى على محاكم البداه.⁽³⁾

2.2.1. وسائل إبرام العقد الإلكتروني وأدواته:

عرف المشرع العراقي المعاملات التجارية الإلكترونية في قانون التوقيع الإلكتروني رقم 78 لعام 2012 في المادة الأولى الفقرة السادسة بأنها "الطلبات والمستندات والمعاملات التي تتم بوسائل إلكترونية" ولم يكتفي بهذا القدر بل عرف كذلك الوسائل الإلكترونية في الفقرة سابعا من نفس المادة بأنها "أجهزة أو معدات أو أدوات كهربائية أو مغناطيسية أو ضوئية أو كهرومغناطيسية أو أية وسائل أخرى مشابهة تستخدم في إنشاء المعلومات ومعالجتها وتبادلها وتخزينها".

وكذلك عرف الأدوات الإلكترونية التي من خلالها يتم تنفيذ هذه المعاملات الإلكترونية والتي أطلق عليها الوسيط الإلكتروني والذي هو عبارة عن برنامج الحاسوب أو أية وسيلة إلكترونية أخرى تستخدم من أجل تنفيذ إجراء أو الاستجابة لإجراء بقصد إنشاء أو إرسال أو تسلّم معلومات.⁽⁴⁾

(1) خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، دار فكر الجامعي الإسكندرية، 2008 ص22.

(2) طه كاظم حسن المولى، تطويع قواعد الإسناد عقود التجارة الإلكترونية، مصدر سابق، ص41.

(3) دعاء ازاد، معاملات الإلكترونية، تحقيق صحفي منشور على موقع الاللكتروني مجلس قضاء الاعلى جمهورية عراق، 2019 hjc.www. تاريخ زيارة 2019-4-27).

(4) المادة الأولى فقرة ثامنا من قانون التوقيع الإلكتروني رقم 78 لسنة 2012.

ولذلك سوف نبين في هذا المطلب وسائل إبرام العقد الإلكتروني وأدواته على نحو التالي:

- وسائل إبرام العقد الإلكتروني.
- أدوات إبرام العقد الإلكتروني.

1.2.2.1. وسائل إبرام عقد الإلكتروني:

أن الوسيط الإلكتروني هو مجموعة من الوسائل الإلكترونية التي تؤمن التواصل بين مجموعة من الأفراد أو المؤسسات الحكومية وغير الحكومية عبر شبكة الانترنت⁽¹⁾، وقد نظم المشرع العراقي في قانون المعاملات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني رقم 78 لسنة 2012 هذه والتي الوسائل تأخذ أشكال ومظاهر متعددة فقد تكون على شكل أجهزة الهاتف المحمول (الموبايل) أو الهاتف الأرضي أو جهاز الحاسوب والتلكس والفاكس أو البريد الإلكتروني أو عقود الويب، حيث يعد جهاز الحاسوب (الكمبيوتر) هو الجهاز الأكثر شيوعاً في الاستخدام بما يتضمنه من برامجيات، فالحاسوب جهاز فعال ونشط يستطيع الإنسان توظيفه باتجاه شبكة الاتصالات العالمية (الانترنت)، وبعبارة أخرى مجرد وجود جهاز حاسوب لا يكفي ما لم يتضمن برامجيات تساعد على تفعيله وبالوقت نفسه تستجيب لحاجات الإنسان ومنها حاجته للتواصل عبر شبكة الانترنت، ومن البرامج التي تؤمن اتصال جهاز الحاسوب بوصفه جهاز مادي بالوسط الافتراضي (explorer)، (fire fox)، (google)، (chrome)⁽²⁾.

بالإضافة إلى مكوناته المادية (Hardware) وبرامجيات (Software) وأن (User) هو الشخص الذي يتحكم بهذه المكونات ويحولها باتجاه الفراغ الرقمي، فيكون الحاسوب هو الواسطة التي تربط المستخدم بالعالم الافتراضي ومن خلاله يعبر عن المعلومات أو البيانات (Data) التي يرغب في عرضها أو نشرها أو إرسالها أو التواصل من خلالها، ومن هذه اللحظة ترافق الشخص المستخدم (User) الصفة العالمية كما تنتقل هذه الصفة إلى الآثار القانونية المترتبة على التواصل سواء أكان هذا التواصل بشكل متبادل أو بشكل منفرد أو بين أشخاص في داخل الدولة أو خارجها ذلك لأن التواصل يأخذ الطابع العالمي من شبكة الانترنت⁽³⁾.

وعليه فيصفة رسميه أن التجارة الإلكترونية تعتمد على تكنولوجيا التبادل الإلكتروني للبيانات Electronic Data Interchange – EDI ويقصد بها تبادل المستندات وعرض الإيجاب والقبول عبر الأجهزة الإلكترونية من خلال شبكة الانترنت دون الحاجة للمستندات الورقية.

(1) جمال محمود الكردي، تنازع القوانين بشأن المسؤولية عن سوء استخدام الانترنت، دار النهضة العربية – القاهرة، الطبعة الأولى، 2007، ص169.

(2) عامر محمود الكسواني، التجارة عبر الحاسوب" ماهيتها، وإثباتها وسائل حمايتها، القانون الواجب التطبيق عليها في كل من الأردن ومصر وأماره دبي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط2، عمان، الأردن، 2009، ص21.

(3) مصطفى موسى، التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الانترنت، دار الكتب القانونية، مصر، 2010، ص283.

والطريقة الفنية التي يتم بها التفاوض لإبرام العقد الإلكتروني هي تبادل الرسائل الإلكترونية على الأجهزة الحاسوبية عن طريق الانترنت ويتم حفظ هذه رسائل في السجل الإلكتروني للرجوع عليه عند الحاجة (1). ولا بد لفهم انعقاد العقود الإلكترونية من دراسة الوسائل الإلكترونية التي تؤدي إلى إبرام العقود الإلكترونية، فالإيجاب لا بد أن يكون له قبول ولقد أدى ظهور الأجهزة الإلكترونية إلى إمكانية استخدامها في إبرام العقود الإلكترونية لذلك سعى قانون الاونيسترال بصياغة التشريع النموذجي كون التشريعات القائمة المنظمة للوسائل الإلكترونية في عدد من البلدان غير وافيه بالغرض أو غير مواكبة للتطور كونها تتضمن قيوداً على وسائل الاتصال حديثاً، حيث اشترطت استخدام مستندات الكتابة أو الموقعة أو الأصلية، أما القانون اليونسترال النموذجي فقد اعتمد بشأن التجارة الإلكترونية على التناظر الوظيفي، حيث يستند إلى إجراء تحليل للأغراض والوظائف التي يؤديها الاشتراط التقليدي للمستندات الورقية بهدف تحديد الكيفية التي يمكن بها أداء تلك الأغراض والوظائف من خلال التجارة الإلكترونية.

كما ساعد قانون اليونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية على معالجة السلبات الناشئة من عدم كفاية التشريع الوطني مما من شأنه تجنب عقبات التجارة الإلكترونية وهيئ وسيلة الاعتراف باستخدام الوسائل الإلكترونية، حيث نص قانون اليونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية في مادة (2) الفقرة (ب) على أنه يعرف (التبادل الإلكتروني للبيانات بأنه نقل معلومات الكترونياً من حاسوب إلى حاسوب آخر باستخدام معيار متفق عليه لتشكيل المعلومات في بنيه معينه).

ولما كان اختلاف الوضع في إنشاء العقد وتحقق النتيجة القانونية المبتغاة منه بحسب الأداة أو وسيلة التعاقد فيما إذا كان بريد إلكتروني أو محادثة مباشرة على شبكات أو موقع إلكتروني وعليه يمكن تقسيم هذه الوسائل كالتالي:

1.1.2.2.1. البريد الإلكتروني:

يعد البريد الإلكتروني أكثر شيوعاً واستخداماً من طرف المنتجين وزبائنه كونه يوفر سرعة عالية وكفاءة أكبر ودقة متناهية فهو يشبه البريد العادي يتضمن عنواناً محدداً بالإضافة إلى الاستعانة كل منهما بطرف الثالث يكون وسيط لإيصال الرسالة، ففي الرسالة التقليدية يتمثل هذا الوسيط في هيئة البريد بينما في الوسائل الإلكترونية يتمثل بمقدمي الخدمة أو صاحب الخدمة الوسيطة ويتميز البريد الإلكتروني كونه يستغرق دقائق معدودة بل ثواني بينما هذا غير متاح في البريد العادي الذي يصل إلى الأيام أو الأشهر.

فنظام البريد الإلكتروني يعني إرسال الرسائل والملفات عبر شبكة الانترنت فهو يمثل جانباً هاماً من التجارة الإلكترونية ويستخدم للتفاوض بشأن العقود وإبرامها وذلك بما يتمتع به من السرية والأمان على عكس الوسائل الأخرى مثل الفاكس والتلكس (2).

(1) خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الثانية، 2011، ص 121.

(2) محمد شوقي محروس، العقد الإلكتروني في ضوء الإرادة والحماية، دار الوفاء للطباعة والنشر، الإسكندرية، الطبعة الأولى،

أما حجية البريد الإلكتروني فلا تختلف عن البريد العادي من حيث الإثبات المدني والتجاري ولبيان لحظه توافق إرادتين فإن العقد الإلكتروني ينشأ بإعلان القابل لإرادته حتى الضغط على زر الإرسال.

وقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي البريد الإلكتروني محرر عرفياً حيث نص المادة (1127) يمكن إرسال الخطاب العادي المتعلق بإبرام أو تنفيذ عقد البريد الإلكتروني وينتج تاريخ وضع الإرسال عن الإجراء الإلكتروني وتكون الثقة مفترضة لحين إثبات العكس عندما يستوفي الشروط المحددة الواردة بمرسوم يصدره مجلس الدولة، وجاء في المادة (1127) من قانون العقود الفرنسي الجديد يعد تسليم محرر الإلكتروني متحققاً عندما يكون المرسل إليه تمكنه من العلم به، قد أخطر باستلامه، إذا كان هناك نص يقضي بأنه يجب قراءة المحرر على المرسل إليه، فإن تسليم المحرر الإلكتروني إلى المعني به وفق الشروط المنصوص عليها.

في حين أن المشرع العراقي في المادة (13) من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم 78 لسنة 2012:

أولاً: تكون للمستندات الإلكترونية والكتابة الإلكترونية والعقود الإلكترونية ذات الحجية القانونية لمثيلتها الورقية إذا توافرت فيها الشروط الآتية:

- أ- أن تكون المعلومات الواردة فيها قابلة للحفظ والتخزين بحيث يمكن استرجاعها في أي 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.
 - ت- أن تكون المعلومات الواردة فيها دالة على من ينشئها أو يتسلمها وتاريخ ووقت إرسالها وتسلمها.
- ثانياً: لا تطبق الشروط المنصوص عليها في البند (أولاً) من هذه المادة على المعلومات المرافقة للمستندات التي يكون القصد منها تسهيل إرسالها وتسلمها.
- ثالثاً: يجوز للموقع أو المرسل إليه إثبات صحة المستند الإلكتروني بجميع طرق الإثبات المقررة قانوناً).

2.1.2.2.1. التبادل الإلكتروني للبيانات (Electronic Data Interchange):

إن تبادل البيانات الإلكترونية يسهل المعاملات التجارية بين رجال الأعمال والتجارة، حيث يستلزم التبادل الإلكتروني للبيانات عادة تبادل الوثائق والمعلومات بين أجهزة الكمبيوتر لشركتين تجاريتين دون تدخل بشري. والغرض منه هو خفض التكاليف والإسراع في تقديم العطاءات، وأخذ الطلبات، والفواتير، وما إلى ذلك، على سبيل المثال، فإن المزايدة على العقود عن طريق التبادل الإلكتروني للبيانات قد وفرت التكاليف بنسبة 5-20 في المائة، ووفرت في الوقت بنسبة 50 في المائة للشركات.

فإذا ما تم تطبيق EDI (التبادل الإلكتروني للبيانات) بنجاح من قبل إدارة الجمارك، فإن ذلك من شأنه تسهيل التجارة الدولية، وكمثال، أن التبادل الإلكتروني للبيانات يؤدي إلى المعاملات التالية دون أي تدخل بشري: يقل مخزون إطارات منتج السيارة عن عتبة معينة، تلقائياً، يرسل جهاز الكمبيوتر الخاص به طلباً لتوصيل الإطارات

من مصنع الإطارات، يؤكد الكمبيوتر في الطرف المتلقي هذا الطلب، ويقوم بمعالجة أمر التسليم وإرسال تأكيد وفاتورة، عند استلام الإطارات، يبدأ الكمبيوتر الخاص بمصنع السيارة تلقائياً في دفع الفاتورة.

وفي الماضي، كان يتم استخدام التبادل الإلكتروني للبيانات عادة بين كبار المصنعين ومورديهم في نظام يطلق عليه اسم المحور والتحدث، أصبح أعضاء نظام التبادل الإلكتروني للبيانات جزءاً من شبكة قائمة لها بنية تحتية للاتصالات خاصة بها وأشكال موحدة، جعلت تكاليف المعدات والتوصيل المشاركة في نظام التبادل الإلكتروني للبيانات مكلفة للغاية، مما حد من انتشاره، في عام 1996، شارك ما يقرب من 200000 من شركات الولايات المتحدة البالغ عددها 6 ملايين (ولكن 95 في المائة من أكبر 1000 شركة) في EDI، المشاركة في جميع أنحاء العالم.(1)

3.1.2.2.1. عقود الويب:

قد يستعين مستخدم المواقع الإلكترونية مثل yahoo - Google أو Altvista للبحث عن سلعة معينة على أحد مواقع الإنترنت، وعند عثوره على السلعة المطلوبة ويدخل الموقع الذي عرض فيه السلعة ليجد بنود العقد للحصول على طلبه، حيث يكون هذا العقد متكون من استمارات مرفقة يظهر على الشاشة ويكون مبين فيها أسعار سلع وعيوبه ومزاياه ويتوفر أيضاً كيفية شراء ودفع حق المبيع أو تقديم الخدمة، ومع وجود حقول في الصفحة لقبول أو رفض الطلب المعروض، وهنا نجد أن انعقاد عقد الويب أسهل مقارنة بالبريد الإلكتروني لكون الاتصال سيكون سريعاً بين الموجب والقابل في عقود الويب وعكس ذلك في البريد الإلكتروني.(2)

4.1.2.2.1. أنظمة الدفع الإلكتروني وتحويل الأموال:

تعمل أنظمة الدفع الإلكتروني على تعزيز التجارة الإلكترونية، حيث تعتبر أنظمة الدفع الإلكتروني وتحويل الأموال، مثل أجهزة الصراف الآلي (ATM) أو بطاقات الائتمان أو بطاقات الخصم أو البطاقات الذكية، جزءاً من التجارة الإلكترونية.

وعلى الرغم من أن هذه الوسائل تعمل عادة فقط على إجراء المدفوعات أو تلقيها، إلا أنها أصبحت وسائل مكملة مهمة للغاية لوسائل أخرى متعلقة بالتجارة الإلكترونية و"التقليدية" فأجهزة (trade.ATM) أصبحت الآن وسيلة قياسية للاستعلام والتوازن والسحب النقدي في البلدان الصناعية، حيث يتم استخدام الملايين من بطاقات الائتمان والخصم بشكل روتيني لإجراء الدفع.

وقد ظهرت في السنوات الأخيرة البطاقات التي تعتمد على المعالجات الدقيقة والتي تتطوي على إمكانات أكبر لتخزين المعلومات، بما في ذلك ما يسمى "البطاقات الذكية" مع قدرات الائتمان والخصم وتخزين الأموال،

(1) Bacchetta, Marc et al. (1998) : Electronic commerce and the role of the WTO, WTO Special Studies, No. 2, ISBN 9287011982, World Trade Organization (WTO), Geneva.p33.

(2) محمد شوقي محروس، العقد الإلكتروني في ضوء الإرادة والحماية، مصدر سابق، ص20.

وتعتبر البطاقات القائمة على المعالجات الدقيقة من مختلف الأنواع راسخة تمامًا في أوروبا (أشهرها بطاقات الهاتف)، في حين لا تزال بطاقات الشريط الممغنط الأقدم والأبسط تهيمن على الولايات المتحدة.

ويتم تقديم أنظمة بطاقات ذكية قوية للغاية في الوقت الحالي، والتي يمكن أن تثبت هوية المشتري في المعاملة الإلكترونية، وتشفير (رمز) رقم البطاقة، والحد الائتماني وتاريخ انتهاء صلاحية البطاقة لأقصى قدر من الأمان للمعاملات الإلكترونية، على النقيض من ذلك، يجب التحقق من جميع معلومات بطاقات الائتمان أو بطاقات الخصم المباشر القائمة على الشريط الممغنط من خلال مكالمات هاتفية إضافية أو جهاز بجوار سجلات النقد الخاصة بالشركات، وبالتالي، من المتوقع أن يرتفع استخدام البطاقات والمعالجات الذكية القائمة على المعالجات الدقيقة بسرعة في المستقبل القريب.(1)

5.1.2.2.1. التلكس والفاكس:

أن التلكس هو الجهاز الذي يتم به إرسال المعلومات عن طريق طباعتها وإرسالها مباشرة فلا يوجد فاصل زمني ملحوظ بين إرسال المعلومات واستقبالها إلا إذا لم يكن هناك من يرد على المعلومات لحظة إرسالها.

وإما الفاكس فهو عبارة عن جهاز يعمل عن طريق تقنية الاتصالات ويتم بواسطته إرسال نسخ إلى جهة مقابلة، والفرق بين التلكس والفاكس هو أن التلكس لاسلكي يعني يلزم له صحن هوائي لنقل المعلومات من المرسل إلى جهة أخرى هي المستقبل، وإما الفاكس فيكون مربوط عن طريق خط الهاتف.(2)

وتوفر الفاكسات اتصالات تجارية سريعة ونقل المستندات، حيث تكمن الميزة الرئيسية للفاكس في استبدال خدمات البريد التقليدية بمهمة نقل المستندات بسرعة أكبر، ويستخدم الفاكس أيضًا بشكل متكرر كبديل عن التلكس الذي كان يوفر في الماضي مجموعة من المعاملات الورقية للمعاملات التجارية.

وعلى الرغم من أن الفاكسات من حيث المبدأ، يمكنها تنفيذ عدد من الوظائف التجارية مثل الإعلان أو الشراء أو بدء الدفع بواسطة الفاكس، إلا أن هذه الوسيلة تفتقر إلى إمكانية نقل الاتصالات الصوتية والصور المتطورة (جودة الصور المرسل عبر الفاكس، على سبيل المثال، منخفضة جدًا في العادة)، فالاتصال التفاعلي غير ممكن، وأي تعقيد في المعاملة يتطلب الفاكس أو مكالمات هاتفية إضافية للتوضيح.

كما وتتشابه رسوم الفاكس، والوصول إلى الشبكة، ومتطلبات النطاق الترددي، وسهولة الاستخدام، على الرغم من أن أجهزة الفاكس غالية الثمن في العادة، فهذه الخصائص جعلت الفاكس مهمًا في التواصل والتجارة بين الشركات، ولكن أقل أهمية بين المستهلكين الأفراد، حيث يوجد أقل من فاكس واحد لكل عشرة خطوط هاتفية في بلدان منظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي، وأقل من جهاز فاكس لكل 100 شخص في العالم ككل.(3)

(1) Anania, L., and R.J. Solomon (1997), "Flat – The Minimalist Price", in: McKnight L.W. and J.P. Bailey (eds.), Internet Economics, Cambridge, MIT Press. pp.91-120.

(2) دكتور محمد شوقي محروس، العقد الإلكتروني في ضوء الإرادة والحماية، مصدر سابق، ص 21.

(3) Abrams, H.E. and R.L. Doernberg (1997), "How Electronic Commerce Works", Tax Notes International, May, pp. 1573-1589.

6.1.2.2.1. التليفون المرئي وتلفاز:

إن جهاز التليفون يعد من أكثر الوسائل المنتشرة والفعالة وتتميز بسرعة وسهولة استخدامه ويتم التعاقد بواسطة تليفون بشكل فوري ومباشر ويتم الحصول على القبول أو رفض الإيجاب بشكل مباشر وسريع في نفس الوقت. إن التلفون هو وسيلة واسعة الانتشار للتجارة الإلكترونية، وعدده ما يقرب من مليار خط ويتم استخدامه في جميع أنحاء العالم، فالتلفون يعد الأقدم والأكثر أهمية حتى الآن من وسائل التجارة الإلكترونية، كما ويمكن استخدامه كذلك لممارسة الأعمال التجارية عبر شبكات الاتصالات السلكية واللاسلكية.

وقد ساعدت خصائص التلفون في الحفاظ على دوره الرائد في المعاملات التجارية. كما انه متوافر على نطاق واسع بمعدل هاتف واحد لكل شخصين في دول منظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي، وبواقع هاتف واحد لكل عشرة أشخاص في البلدان النامية، وقد بلغ عدد خطوط الهاتف ومشتركي الهاتف الخليوي مجتمعين 900 مليون في عام 1996، وبحلول عام 2001، من المتوقع وجود مليار خط هاتف، مع 400 مليون شخص آخرين متصلين بشبكات الاتصالات عن طريق الهاتف الخليوي، وهذا ما يعادل حوالي ربع إجمالي سكان العالم المتوقع لتلك السنة. لذا فمن الممكن الإعلان عن السلع والخدمات والتفاوض بشأنها وشرائها ودفعها عن طريق الهاتف، كما انه غير مكلف وسهل الاستخدام بشكل متزايد كونه أداة متعددة الاستخدامات: فهو يتيح الإعلان عن السلع والخدمات وشرائها ودفع ثمنها (بالتزامن مع بطاقة الائتمان)، بالإضافة إلى أنه يتم توزيع الخدمات المختارة عبر الهاتف ثم دفع ثمنها من خلال فاتورة الهاتف، حيث تشمل هذه الخدمات، على سبيل المثال، الخدمات المصرفية عبر الهاتف، أو الاستفسار عن دليل الهاتف، أو أنواع معينة من الترفيه للبالغين. والتواصل عبر الهاتف أسهل من البريد، والمزايا الأخرى للهاتف هي التكلفة المنخفضة للمعدات وسهولة الاستخدام للأداة، ويتطلب الهاتف أيضًا نطاقًا تردديًا ضئيلاً جدًا - أي سعة واطئة لإرسال البيانات، ومع ذلك، في العديد من الحالات، يعد الهاتف مساعدًا للمعاملات التي تتم بعد ذلك على الورق وتؤدي إلى التسليم الفعلي للمنتج، وحتى وقت قريب، كانت إمكانات الاتصال بالهاتف مقصورة على التواصل الصوتي (المنطوق) بين شخصين فقط، إلا المؤتمرات الهاتفية وحتى مؤتمرات الفيديو أصبحت الآن ممكنة، ومع ذلك، تتطلب مؤتمرات الفيديو عالية الجودة استثمارًا كبيرًا في المعدات وعرض النطاق الترددي، وهذا لا يتوفر على خط هاتف قياسي، أو حتى على دائرة ISDN رقمية أكثر قوة.

لذلك لا يزال استخدام هواتف الفيديو ومؤتمرات الفيديو محدودًا للغاية في كثير من البلدان، حيث يكون استخدام الهواتف نسبيًا في بعض الأحيان، ويتم تضمين رسوم المكالمات المحلية الرخيصة في رسوم التوصيل الأساسية، وتختلف رسوم المكالمات الطويلة والمكالمات الدولية بشكل كبير بين الدول، وهذا يحد من استخدام الهاتف لأغراض بعيدة المدى، خاصة في البلدان الفقيرة، وقد أدى انخفاض التكاليف والمنافسة بين مقدمي خدمات الهاتف إلى انخفاض الأسعار بشكل ملحوظ في العديد من البلدان.

وعلى سبيل المثال، انخفضت أسعار المكالمات الدولية التي يتم إجراؤها في الولايات المتحدة بمعامل 300 منذ عام 1930. إذ كانت التكاليف الحالية للمسافات الطويلة أو المكالمات الدولية في البلدان منخفضة التكلفة مثل الولايات المتحدة فمن المحتمل أن نشهد مزيدًا من الانخفاضات الكبيرة في رسوم الهاتف في المستقبل القريب.

أما التلفاز فقد استعمل في تسويق السلع بشأن البيع عبر تلفاز، حيث يبت مليار جهاز تلفزيون في جميع أنحاء العالم الإعلانات ويدعو إلى "التسوق المنزلي"، إلا التلفزيون هو "طريق أحادي الاتجاه" للاتصال فيتمتع التلفزيون بتوزيع أكثر انتشاراً من الهاتف، ويوجد أكثر من مليار تلفزيون في العالم، مع كل شخص في البلدان الصناعية وكل شخص في البلدان النامية يمتلك جهاز تلفزيون أي بواقع واحد من كل خمس أسر في الاتحاد الأوروبي وأكثر من كل أسرة في الولايات المتحدة متصلة الآن بتلفزيون الكابل، وفي البدء كانت قلة من الناس يعتبرون التلفزيون وسيلة للتجارة الإلكترونية، إلا أنه اثبت بمساهمته الكبيرة في التسوق من المنزل بواسطة برامج الدعاية والتسوق على التلفزيون والإعلان التلفزيوني.

وعليه يعد التلفزيون "طريقاً ذا اتجاه واحد" حيث لا يمكن للمشاهدين البحث بنشاط عن العروض أو التفاوض بشأن شروط المعاملة، وبالإضافة إلى ذلك، فإن تكاليف الإنتاج الخاصة بمكان تلفزيوني مرتفعة إلى حد ما، وتتضمن نفقات كبيرة على الاستوديوهات والمعدات، ومع ذلك، ساهمت التكاليف المنخفضة نسبياً لجهاز التلفزيون ورسوم الاشتراك للمشاهد، فضلاً عن سهولة استخدام التلفزيون، في نجاحه كوسيلة للترفيه والتجارة، لذا يمكن أن يصبح الوصول إلى التلفزيون الكلي مهماً جداً لتطبيقات التجارة الإلكترونية المستقبلية ذات متطلبات السعة الكبيرة، نظراً لأن خطوط تلفزيون الكبل لديها نطاق ترددي أكبر بكثير من خطوط الهاتف.(1)

2.2.2.1. أدوات إبرام العقد الإلكتروني:

أن التطور الحاصل في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات وأنشطة الانترنت وتوفير الأسس والأطر القانونية للمعاملات الإلكترونية من خلال وسائل الاتصالات الحديثة وتشجيع صناعة الانترنت وتكنولوجيا المعلومات وتنميتها وتنظيم خدمات التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية ومواكبة التطورات القانونية في الجوانب الإلكترونية وتطوير النظام القانوني التقليدي بما ينسجم مع نظم تقنية المعلومات والاتصالات الحديثة(2)، فقد بادر المشرع العراقي إلى إصدار قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم 78 لسنة 2012. واستناداً لقانون التوقيع العراقي تم تأسيس الشركة العامة لخدمات الشبكة الدولية للمعلومات في وزارة الاتصالات(3)، حيث اقتصت ببناء وتشغيل شبكات تناقل المعلومات وخدمة الانترنت منذ تأسيسها عام 2000 وربط العراق بالشبكة الدولية للمعلومات (الانترنت).

واستناداً إلى قرار مجلس الوزراء المرقم 361 لسنة 2018 القاضي بدمج شركتي الاتصالات والبنية التحتية مع شركة خدمات الشبكة الدولية (الانترنت) ليكونا تحت سقف واحد ومسمى واحد (الشركة العامة للاتصالات والمعلوماتية) لتتكفل هذه الشركة وبكافة كوادرها واختصاصاتها بتقديم خدمات الاتصالات بمختلف أشكالها للمواطن ومواكبة التطورات الحاصلة بعالم الاتصالات.

(1) Mattoo, A. (1997), "National Treatment in the GATS- Corner-Stone or Pandora's Box?", Journal of World Trade, Vol. 31, No.1, pp.107-136.

(2) الأسباب الموجبة لقانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم 78 لسنة 2012.

(3) المادة الأولى/ ثانياً من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم 78 لسنة 2012.

فالشركة العامة للاتصالات والمعلوماتية متخصصة بتقديم خدمات الاتصالات السلكية واللاسلكية والتراسل بنوعيه الضوئي والميكروي ونقل السعات الدولية عبر المنافذ البرية والبحرية والاتصالات الفضائية كذلك بناء وتشغيل شبكات تنقل المعلومات وخدمة الانترنت.

وتقدم هذه الشركة خدمات الاتصالات والتراسل ونقل السعات من خلال مجمعات الاتصالات الحديثة التي أولتها إدارة الشركة اهتماماً بالغاً من أجل تطويرها وتزويدها بأحدث الأجهزة والمعدات من خلال تنفيذها لمشاريع الاتصالات والتراسل الوطنية إضافة إلى مشاريع الكوابل البحرية بسعة 588 وحدة تراسل ضوئية (STM1) تنقل وحدات الاتصالات والسعات عبر محطات مشروع التراسل الضوئي الوطني الذي تبلغ سعته 420 كيكاً تستخدم 200 منها لخدمات تمرير السعات (ترانزيت) والسعة المتبقية تستخدم لنقل وتوزيع السعات المستخدمة من قبل شركات تجهيز خدمة الانترنت (ISP).

فضلاً عن خبرتها في مجال تكنولوجيا المعلومات والبرامجيات المتنوعة الأغراض والتطبيقات وخدمات الحكومة الالكترونية وتطبيقاتها المختلفة (E-GOV) وتدريب وتأهيل الموارد البشرية المتخصصة في مجال الاتصالات وحلول الشبكات والبرامجيات وتكنولوجيا المعلومات وفق أحدث المناهج التخصصية وبأشراف ملاكات هندسية متخصصة لما تمتلكه الشركة من ملاكات ذوي خبرة فنية وكفاءة عالية في هذا القطاع، ولعل أبرز أهداف الشركة هي التوسع في هذا المجال من خلال فتح مراكز للشبكة الدولية للمعلومات (الانترنت) في محافظات القطر. (1)

لذا فإن الشركة العامة للاتصالات والمعلوماتية تستند في عملها بالإضافة إلى شبكة الانترنت يكون الوسيط الإلكتروني محور عملها كأداة لإتمام العقود الالكترونية والمعاملات التجارية الإلكترونية حيث يعرف الوسيط الإلكتروني بأنه: برنامج الحاسوب أو أية وسيلة إلكترونية أخرى تستخدم من أجل تنفيذ إجراء أو الاستجابة لإجراء بقصد إنشاء أو إرسال أو تسلم معلومات.

وعليه يمكن حصر هذه الأدوات الإلكترونية وكالتالي:

1.2.2.2.1. الكتابة الإلكترونية:

إن المعلومات الالكترونية المقصودة في قانون التوقيع الإلكتروني العراقي هي البيانات والنصوص والصور والأشكال والأصوات والرموز وما شابه ذلك والتي تنشأ أو تدمج أو تخزن أو تعالج أو ترسل أو تستلم بوسائل إلكترونية. (2)

ولما كانت السندات العادية الورقية التقليدية هي السندات الوحيدة المعتمدة في المعاملات الرسمية إلا أن التقدم التكنولوجي والمعلوماتي الحاصل، كما أن الحاجة إلى تبسيط الإجراءات ضمن ما يسمى بشبكة الانترنت ظهرت ما تسمى بالمستندات الإلكترونية والتي عرفها قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي بأنها

(1) الشركة العامة للاتصالات والمعلوماتية، نبذة عن الشركة، منشور على الموقع الإلكتروني الرسمي وتم زيارته بتاريخ

<http://itpc.gov.iq/index.php?name=Pages&op=page&pid=80> 2019\6\18

(2) المادة الأولى فقرة ثالثاً من قانون التوقيع الإلكتروني رقم 78 لسنة 2012

"المحركات والوثائق التي تنشأ أو تدمج أو تخزن أو ترسل أو تستقبل كلياً أو جزئياً بوسائل إلكترونية بما في ذلك تبادل البيانات إلكترونياً أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي ويحمل توقيعاً إلكترونياً".

لذا فإن هذه المستندات فرضت نفسها بالتعامل في الوقت الحاضر وكان لها تأثير مادي واضح على طبيعة المعاملات، لأنها تكون مدونه على ورق من نوع خاص وتتكون هذه المستندات من مادة قابلة لتمغظ ويتم مغنطه المحرر الإلكتروني عن طريق إمرار التيار الكهربائي⁽¹⁾، حيث يتمثل المستند الإلكتروني بالأقراص التي تتضمن الكتابة أي لا تكون فقط على صيغته واحده وهي الأوراق المحررة وإنما تكون مثبتة على هذه الأقراص بنوعها الصلبة والمرنة.

وبالمقارنة مع المستندات التقليدية ووفقاً لقانون الإثبات العراقي نجده مقسم إلى قسمين الأول يسمى بالسندات الرسمية والأخر بالسندات العادية، فالسندات الرسمية عرفتها المادة 21 من قانون الإثبات العراقي بأنها "هي التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة طبقاً للأوضاع القانونية وفي حدود اختصاصه ما تم على يديه أو ما أدلى به ذووي الشأن بحضوره واشترط القانون عدة شروط واجب توافرها في السند حتى يحوز صفة السند الرسمي منها أن يكون هذا السند موقعا من قبل ذووي الشأن ويكون التوقيع أمام موظف مختص ومكلف بخدمه عامه ويجب أن يكون مكلف ويعمل ضمن حدود اختصاصه وقت كتابته السند، ويستثنى منها حاله إذا كان السند مزوراً فلا تكون له أي قيمة قانونية.

أما فيما يتعلق بالسند العادي فقد نصت عليه المادة "25" من قانون الإثبات فإنه يعتبر صادراً ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو بصمه إبهام وكذلك وضع قانون الإثبات عدة شروط للسند العادي منها ان يكون له تاريخ ثابت.⁽²⁾

وبذلك فقد ميز المشرع العراقي بين الوصيلتين حيث قرر في المادة (13) من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية النافذ بأنه "تكون للمستندات الإلكترونية والكتابة الإلكترونية والعقود الإلكترونية ذات الحجية القانونية لمثيلتها الورقية إذا توافرت فيها الشروط الآتية:

- أ- أن تكون المعلومات الواردة فيها قابلة للحفظ والتخزين بحيث يمكن استرجاعها في أي 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.
 - ت- أن تكون المعلومات الواردة فيها دالة على من ينشئها أو يتسلمها وتاريخ ووقت إرسالها وتسلمها.
- وجاء في الفقرة الثانية من ذات المادة بان المعلومات المرافقة للمستندات التي يكون الهدف منها تسهيل إرسالها وتسلمها لا تطبق عليه الشروط أعلاه، كما نصت الفقرة ثالثاً منها على انه "يجوز للموقع أو المرسل إليه إثبات صحة المستند الإلكتروني بجميع طرق الإثبات المقررة قانوناً".

(1) عباس العبودي، أهمية السندات العادية في الإثبات القضائي، رسالة ماجستير مقدمه إلى كلية القانون جامعة بغداد، 1983، ص 1.

(2) انظر المادة 21 والمادة 25 من قانون الإثبات العراقي رقم 107 لسنة 1979 المعدل.

إما فيما يتعلق بالصور المنسوخة فلم يتركها المشرع العراقي في قانون توقيعه الإلكتروني دون تنظيم حيث نص في المادة (14) منه على أنه "تكون الصورة المنسوخة عن المستند الإلكتروني حائزة على صفة النسخة الأصلية إذا توافرت فيها الشروط الآتية:

- أ- أن تكون معلومات وبيانات الصورة المنسوخة متطابقة مع النسخة الأصلية.
- ب- أن يكون المستند الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني موجودين على الوسيلة الإلكترونية.
- ت- إمكانية حفظ وتخزين معلومات وبيانات الصورة المنسوخة بحيث يمكن الرجوع إليها عند الحاجة.
- ث- إمكانية حفظ الصورة المنسوخة في الشكل الذي أنشئت أو أرسلت أو تسلمت به النسخة الأصلية للمستند الإلكتروني.
- ج- احتواء الصورة المنسوخة على المعلومات الدالة على الموقع والمتسلم وتاريخ ووقت الإرسال والتسلم.

كما أجاز المشرع العراقي عند إجراء معاملة بوسائل إلكترونية تقديم المعلومات المتعلقة بها أو إرسالها أو تسليمها إلى الغير بوسائل ورقية إذا كان المرسل إليه قادراً على طباعة تلك المعلومات وتخزينها والرجوع إليها في وقت لاحق بالوسائل المتوفرة لديه، وللموقع منع المرسل إليه من استخدام المستندات الإلكترونية لغير الغرض المعدة من أجله وبخلافه تكون هذه المستندات غير ملزمة للموقع (1).

ويعد المستند الإلكتروني موثقاً من تاريخ إنشائه ولم يتعرض إلى أي تعديل ما لم يثبت خلاف ذلك (2).

والمقصود بالكتابة البيانات الموجودة على جهاز الكمبيوتر ويمكن يطلع عليها بشكل دائم وبسهولة وتعتبر عن مضمون معيق، فهي ليست ورقة ملموس بل جهاز متطوراً عليه بيانات المرئية غير ملموسة موجودة في أقراص (CD) أو اسطوانات الفيديو ولا يمكن قراءتها إلا باستخدام جهاز كومبيوتر (3).

فالقانون عندما يستلزم كتابة المعلومات في رسالة البيانات فان ذلك الشرط هو لتسهيل الرجوع على البيانات الواردة فيها ويكون متاح للرجوع عليه في وقت لاحق وتسري حكم الشرط المنصوص عليه فيها بشكل ملزم أو يكفي في القانون المجرد كتابة على العواقب إذا لم يدونه معلومات مكتوبة ومن أهم الأسباب التي تشترط استعمال (الكتابة) منها:

- أ- ضمان وجود دليل على نية المتعاقدين.
- ب- مساعدة المتعاقدين على إدراك تبعات وعقبات العقد.
- ت- التعهد أن يكون المستند المعروف لدى جميع.
- ث- إمكانية مجال الاستنساخ المستند لدى طرفين لكي يحفظ لكل طرفي نسخه منه.

(1) المادة 15 بفقرتها من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم 78 لسنة 2012.

(2) المادة 17 ثانياً من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم 78 لسنة 2012.

(3) سمير ذنون، العقود الإلكترونية في إطار التنظيم التجارية الإلكترونية، مصدر سابق، ص 77.

- ج- التعهد أن يكون المستند مقبول عند السلطات العامة والمحاكم.
- ح- يقصد في (كتابه) محرر توفير سجل يمكن الرجوع إليه.
- خ- لمراقبة وتدقيق لاحق لأغراض تنظيمية وضريبية ومحاسبية ولإدخال الحقوق والالتزامات القانونية في الحالات التي تكون مطلوب فيها (كتابة) لغرض إثبات صحة المحرر.

2.2.2.2.1. التوقيع الإلكتروني:

اتجهت أغلب التشريعات إلى وضع فوائين خاصة بالتوقيع الإلكتروني وتم إعطائه أهمية وصفه قانونية مشابهة لما عليه الحال بالتوقيع التقليدي وقد عرف الفقهاء التوقيع الإلكتروني بأنه "ملف رقمي يصدر عن هيئات متخصصة ومستقلة وتمثل بجهات التصديق وإصدار التوقيع" حيث تخزن جميع المعلومات الخاصة بصاحب التوقيع بملف خاص ويضمن هذا الملف على اسم صاحب التوقيع مع بعض المعلومات الأخرى مثل رقم التسلسل وتاريخ انتهاء الشهادة، كما عرفه البعض الآخر باعتباره العنصر الوحيد في المحرر والذي دفعهم إلى ذلك هو الخط باعتبار الكتابة مصدرًا أو اسماً⁽¹⁾.

وعرفته اللجنة الأمريكية المسؤولة عن وضع أحكام قانون التجارة الإلكترونية لعام 1998 والتي شرعت قواعد موحدة في التوقيع الإلكتروني في المادة الأولى من قانون التجارة الإلكترونية بأنه "رمز أو إجراء امن يستعمل من قبل شخص أو بالنيابة عنه لتعيين هويته والإشارة إلى موافقته على المعلومات التي ذيلت بهذا التوقيع"، وأن عدم اشتراط صيغته معينه للتوقيع لا يعني عدم وجود ضوابط له فقد اشترط هذا القانون أن يكون التوقيع موجود وصحيح وبغياب هذين الشرطين ينعدم وجود التوقيع وكذلك المحرر.⁽²⁾

وعرف القانون النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية (اليونسترال) لسنة 2001 التوقيع الإلكتروني في المادة الأولى الفقرة بأنه "بيانات في شكل إلكتروني مدرجه في رسالة بيانات أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقياً، ويجوز أن تستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة إلى رسالة البيانات وليبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات"، ويتضح من خلال التعريف بأن قانون اليونسترال للتوقيع الإلكتروني قد أهتم بمسألتين أولهما تعيين هوية الشخص الموقع، وثانيهما بيان الموافقة على المعلومات المذكورة في المستند أو المحرر.⁽³⁾

أما المشرع العراقي فقد عرفه في قانون المعاملات الإلكترونية في المادة الرابعة من هذا القانون بأن التوقيع الإلكتروني "علامة 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" وقد ذهبت المادة الثانية عشر من نفس القانون والتي تنص على أن جهات التصديق المختصة تخصص رموز معينه يستطيع الموقع استخدامها بتعاملاته الإلكترونية.

(1) ادم وهيب النداوي، الموجز في شرح قانون الإثبات، بغداد، 1990، ص107

(2) عباس العبودي، أهمية السندات العادية في الإثبات القضائي، مصدر سابق، ص45.

(3) شادي رمضان إبراهيم طنطاوي، النظام القانوني للتعاقد والتوقيع في إطار عقود التجارة الإلكترونية، مصدر السابق، ص275.

وبذلك فإن المشرع العراقي لم يلتزم بصيغته معينة للتوقيع بل بنوع من أشكال التوقيع الإلكتروني ووضع شرطين وهما أن يكون صادراً من جهة مختصة وأن يكون له صفة مميزة تميزه عن غيره من التوقيعات وتؤيد نسبته إلى الموقع.

فالتوقيع يعد من السندات المهمة في الإثبات وتعتبر السندات الموقعة بخط اليد تعبير عن إرادته الشخص ورضاه بتوقيع العقد، وكما أنه يفيد في إثبات وجوده المادي ويعرف التوقيع بأنه تصرف إرادي يقصد منه التعبير عن موافقة الموقع على ما ورد بالسند.⁽¹⁾

لذا نص المشرع العراقي في المادة (4) من نفس القانون بأنه "يعد التوقيع الإلكتروني صحيحاً وصادراً عن الموقع إذا توافرت وسائل لتحديد هوية الموقع والدلالة على موافقته لما ورد في المستند الإلكتروني وبحسب اتفاق الموقع والمرسل إليه حول كيفية إجراء المعاملة الإلكترونية.

ويكون للتوقيع الإلكتروني في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية ذات الحجية المقررة للتوقيع الخطي إذا روعي في إنشائه الشروط التالية كان معتمداً من جهة التصديق:

- أ- أن يرتبط التوقيع الإلكتروني بالموقع وحده دون غيره.
- ب- أن يكون الوسيط الإلكتروني تحت سيطرة الموقع وحده دون غيره.
- ت- أن يكون أي تعديل أو تبديل في التوقيع الإلكتروني قابلاً للكشف.
- ث- أن ينشئ وفقاً للإجراءات التي تحددها الوزارة بتعليمات يصدرها الوزير.⁽²⁾

وإذا اشترط القانون استخدام توقيع على مستند رسمي أو عادي ورتب أثراً على خلوها منه فإن التوقيع الإلكتروني عليه إذا أصبح مستنداً إلكترونياً يكون بديلاً عن التوقيع إذا تم وفقاً لأحكام هذا القانون⁽³⁾، كما يعد المستند الإلكتروني أو أي جزء منه يحمل توقيعاً إلكترونياً موثقاً للمستند بكامله أو فيما يتعلق بذلك الجزء حسب واقع الحال إذا تم التوقيع خلال مدة سريان شهادة تصديق معتمدة ومطابقتها مع رمز التعريف المبين في تلك الشهادة، وبعد المستند الإلكتروني موثقاً من تاريخ إنشائه ولم يتعرض إلى أي تعديل ما لم يثبت خلاف ذلك.⁽⁴⁾

وقد أنماط المشرع العراقي في قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية بالشركة العامة للاتصالات والمعلوماتية تحديد المعايير الفنية لأنظمة التوقيع الإلكتروني وضبط مواصفاتها الفنية والتقنية، والنظر في الشكاوى المتعلقة بأنشطة التوقيع الإلكتروني أو تصديق الشهادة والمعاملات الإلكترونية واتخاذ القرارات المناسبة في شأنها وفقاً للقانون، وتقديم المشورة الفنية للجهات العاملة في مجالات التوقيع الإلكتروني وتصديق الشهادات، بالإضافة إلى إقامة الدورات التدريبية للعاملين في مجالات التوقيع الإلكتروني وتصديق الشهادات

(1) عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات العراقي، الطبعة الثانية، دار الكتب للطباعة والنشر، 1997، ص114.

(2) المادة (5) من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم 78 لسنة 2012.

(3) المادة 16 من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم 78 لسنة 2012.

(4) المادة 17 من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم 78 لسنة 2012.

وإقامة الندوات والمؤتمرات التثقيفية بهذا الخصوص⁽¹⁾، ويجب أن تكون للمرخص له المستلزمات البشرية والمادية اللازمة لممارسة مهنة تصديق التوقيعات الإلكترونية.⁽²⁾

كما وتعد شهادة التصديق والتي هي "الوثيقة التي تصدرها جهة التصديق وفق أحكام هذا القانون والتي تستخدم لإثبات نسبة التوقيع الإلكتروني إلى الموقع"⁽³⁾، ملغاة في إحدى الحالتين، عند وفاة الشخص الطبيعي أو انقضاء الشخص المعنوي، وإذا تبين أن المعلومات المتعلقة بإنشاء التوقيع الإلكتروني خاطئة أو مزورة أو غير مطابقة للواقع أو أنه قد تم اختراق منظومة إنشاء التوقيع الإلكتروني أو عند الاستعمال غير المشروع للشهادة.⁽⁴⁾

وكذلك ألزم المشرع العراقي الجهات المرخص لها تزويد الشركة أو المحكمة المختصة بما تطلبه من تقارير ومعلومات وبيانات تتعلق بالنشاطات التي تزاولها، وأن تكون بيانات التوقيع الإلكتروني والوسائل الإلكترونية والمعلومات التي تقدم إلى جهة التصديق سرية ولا يجوز لمن قدمت إليه أو اطلع عليها بحكم عمله إفشاؤها للغير أو استخدامها في غير الغرض الذي قدمت من أجله.⁽⁵⁾

وبعد أن تطرقنا لموقف المشرع العراقي وبعض تشريعات الدول المقارنة نجد أن اغلب التشريعات اتجهت إلى إعطاء التوقيع الإلكتروني حجية في الإثبات وساوت بين التوقيع التقليدي والإلكتروني على الرغم من اختلاف الشروط التي تتطلبها اغلب هذه التشريعات إلا أن الهدف واحد وكذلك نلاحظ إصرار هذه التشريعات على تضمين المحرر الإلكتروني للتوقيع وإعطائه الأهمية اللازمة لما له من دور كبير في الإثبات.

وإذا نظرنا إلى المشرع العراقي يتناوله من جانبين الجانب الأول وهو ما يسمى بالجانب الضيق هنا اقتصر بإعطاء الحجية للتوقيعات الخطية فقط دون غيرها أما بالنسبة للتوقيعات الإلكترونية كان ينظر لها للاستئناس فقط وكان هذا الجانب يؤخذ به قبل إصدار قانون التوقيع والمعاملات الإلكترونية العراقي رقم 78 لسنة 2012، أما الجانب الآخر هو الجانب الموسع وهو الذي ذهب إليه قانون التوقيع والمعاملات الإلكترونية العراقي لسنة 2012 في المادة الرابعة.

فالتوقيع الإلكتروني عبارة عن إجراء من يريد توقيع على وثيقة إلكترونية، كالاتفاقيات والعقود وأوامر بيع وشراء المراسلات خاص وغيرها، ومن خلال التوقيع يتم ربط هوية الموقع بالوثيقة الموقعة عليها، وجزء مهم من هذه العملية يمكن لمستلم الوثيقة التحقق وتأكيد من صحة التوقيع بشكل واضح الفوري، ولا تتطلب هذه عملية توقيع إلكتروني قيام بالإمضاء يدوياً، كما موجود أو يحدث على الورق.⁽⁶⁾

(1) المادة (6) الفقرات 2، 5، 4 منها من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم 78 لسنة 2012.

(2) المادة (8) فقرة خامسا من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم 78 لسنة 2012.

(3) المادة الأولى فقرة 12 من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم 78 لسنة 2012.

(4) المادة (9) من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم 78 لسنة 2012.

(5) المادة (12) من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم 78 لسنة 2012.

(6) شادي رمضان إبراهيم طنطاوي، النظام القانوني للتعاقد والتوقيع في إطار عقود التجارة الإلكترونية، مصدر سابق، ص 273.

الفصل الثاني

انعقاد العقد الإلكتروني وآليات تسوية منازعاته

ظهر العقد الإلكتروني بشكل مفاجئ نتيجة لظهور الطرق الحديثة والمبتكرة في مجال الاتصالات الحديثة، وبسبب زيادة استعمال الوسائل الحديثة في التعبير عن الإرادة في التجارة الإلكترونية الدولية أو حتى الداخلية كالهاتف والتلكس والفاكس ميل وغيرها.

لذا كان لا بد للمشرع من التدخل لإيجاد تكييف قانوني لهذه العقود وتنظيم أحكام انعقادها، ومحاولة توافيقها وفقاً لأحكام القانون المدني الذي تضمن كيفية انعقاد العقد التقليدي وأركانه وشروطه، وكذلك أحكام مجلس التعاقد وأثار العقد بالنسبة للمتعاقدين وبالنسبة للغير، فعمد المشرع العراقي إلى سن قانون المعاملات الإلكترونية العراقي المرقم 78 لسنة 2012 كخطوة أولى لفهم الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني.

حيث تضمن قانون المعاملات الإلكترونية تعريفاً للعقد الإلكتروني في المادة (11) فقرة 1 منه بأنه "العقد الإلكتروني: ارتباط الإيجاب الصادر من احد العاقدین بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه والذي يتم بوسيلة إلكترونية"، أما شروط صحة الرضا والمحل والسبب فقد كانت ذاتها في العقود المدنية والإلكترونية. ولم يعامل المشرع العراقي العقود الإلكترونية كصورة جديدة ومختلفة عن العقود التقليدية في القانون المدني، رغم اختلاف وسيلة انعقادها، حيث تستند العقود التقليدية على الكتابة الورقية في حين تتم العقود الإلكترونية باستخدام البيانات الرقمية والتكنولوجيا الحديثة دون تبادل وثائق أو مستندات ورقية، كما هو معروف، ذلك أن العقد الإلكتروني لا يخرج عن إطار (اتفاق إرادتين أو أكثر على إنشاء التزامات) وبذلك لا يختلف عن العقد المدني التقليدي، من حيث الالتزامات المتبادلة أم من حيث الأركان المتمثلة بـ(التراضي والمحل والسبب).

كما حاول المشرع توضيح الفرق الحاصل في ركن الرضا نتيجة لاختلاف وسيلة التعبير عنه، كونه يخلق مشكلة قانونية تتعلق بمجلس العقد من حيث الزمان والمكان نتيجة لوجود فاصل زمني بين صدور الإيجاب واتصال ذلك بعلم من وجه إليه وكذلك بالنسبة للقبول فقد توجد فترة زمنية بين إعلان القبول وعلم الموجب به.

وقد تم الاستعانة بالقانون المدني للتغلب على مشكلة وجود الفاصل الزمني بين صدور الإيجاب والقبول، حيث جاء المادة (88) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 بان التعاقد عبر الوسائل الإلكترونية يعد تعاقد بين غائبين في المكان وحاضرين في الزمان.

ولما كانت العقود الإلكترونية تنشأ عبر الانترنت والذي يتميز بكونه ذات صبغة دولية، حيث يمكن استخدامه من أي مكان في العالم ومن دول مختلفة، لذا فيمكن أن يبرم العقد في مكان ويكون مكان تنفيذه مختلف في دولة أخرى، فهنا تظهر مشكلة تحديد المحكمة المختصة بالنظر في النزاع الحاصل عن إبرام هذه العقود الإلكترونية وكذلك تعيين القانون الواجب التطبيق من بين القوانين التي تتنازع على حكمها.

لذا سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين، نتناول في المبحث الأول أحكام انعقاد العقد الإلكتروني، وذلك ضمن مطلبين، الأول يتعلق بالإيجاب والقبول في حين المطلب الثاني لبيان أحكام مجلس التعاقد، أما المبحث الثاني فسيتم تخصيصه لآليات تسوية منازعات العقد الإلكتروني، ففي المطلب الأول نتناول الوسائل القضائية لتسوية منازعات العقد الإلكتروني، في حين المطلب الثاني للوسائل الودية لتسوية منازعات العقد الإلكتروني وكالتالي:

▪ 1.2 أحكام انعقاد العقد الإلكتروني.

○ 1.1.2: مفهوم الإيجاب والقبول الإلكتروني.

○ 2.1.2 أحكام مجلس التعاقد الإلكتروني.

▪ 2.2 آليات تسوية منازعات العقد الإلكتروني

○ 1.2.2 الوسائل القضائية لتسوية منازعات العقد الإلكتروني.

○ 2.2.2 الوسائل الودية لتسوية منازعات العقد الإلكتروني.

1.2. انعقاد العقد الإلكتروني:

التراضي هو تطابق الإيجاب وقبول كتعبيرين عن إرادتي طرف عقد، والتراضي من أحد أركان العقد، وفي أي عقد يستوجب توافر الرضاء بالعقد سواء كان عقد تقليدياً أو إلكترونياً⁽¹⁾، وإذا تواجدت الإرادة في كل من طرفيه فأنها تتجه إلى إحداث قانوني بمعنى أن يكون هناك الإيجاب والقبول لتكوين العقد.

ويتطلب أن يكون التراضي في العقد صحيحاً بصدور كل من الإيجاب والقبول عن إرادة سليمة مستوفية شروط الأهلية وخاليه من عيوب والموانع⁽²⁾، إلا أنه رغم وجود التراضي في العقد الإلكتروني لكنه يختلف عن العقود الأخرى كونه ينعقد دون أن يكون لطرفيه حضور مادي بمجلس العقد وقت انعقاده أو إبرامه حيث يكون لكل طرف موقع جغرافي مختلف، ففي حالة التعاقد الإلكتروني فأن الطرفين لا يكونان في مجلس عقد واحد وإنما يجمعهما مجلس عقد حكومي.

وعليه فالأمر يتطلب بحث تكوين العقد الإلكتروني في ضوء الإيجاب والقبول الإلكتروني، ومجلس زمان ومكان إبرام العقد الإلكتروني، وذلك في مطلبين، حيث خصصنا المطلب الأول لبيان الإيجاب والقبول، في حين كان المطلب الثاني لأحكام مجلس انعقاد العقد، وكالتالي:

▪ **1.1.2 مفهوم الإيجاب والقبول في العقد الإلكتروني.**

▪ **2.1.2 أحكام مجلس التعاقد الإلكتروني.**

1.1.2 مفهوم الإيجاب والقبول في العقد الإلكتروني:

إن الإرادة المنفردة أو الإرادة من طرف واحد لا تكفي لإبرام العقد، ولذلك لكي يتم إبرام العقد بين طرفيه لا بد من توافر إرادة أخرى والتي يتم التعبير عنها على نحو تتطابق فيه وتتوافق مع التعبير الأول⁽³⁾.

وقد اتفقت أغلبية التشريعات على أنه العقد يستلزم تبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين، وفي أغلب الأحوال يبدأ الأحد متعاقدين بالإيجاب ثم يتلوه قبول المتعاقد الآخر⁽⁴⁾، ولكن ليس من الضروري أن يلي بعد القبول إيجاب، فقد يتم انعقاد العقد بتلاقي تعبيرين متعاصرين عن إرادتين متطابقتين، كما هو الشأن في الرهان على سباق الخيل.

(1) خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، مصدر سابق، ص 23.

(2) كيوه حميد صالح المزوري، النظام القانوني لتوثيق المعاملات الإلكترونية، دراسة تحليلية مقارنة، دار جامعه جديدة، الإسكندرية، 2018، ص 35.

(3) إياد احمد سعيد الساري، النظام القانوني لإبرام العقد الإلكتروني، منشورات حطبي الحقوقية، ط1، 2016، ص 56.

(4) انظر المواد 73، 74، 75، من قانون مدني العراقي و73 سوداني و78 اللبناني و92 سوري و32 كويتي و97 الأردني.

1.1.1.2. مفهوم الإيجاب الإلكتروني:

إن الإيجاب يعتبر الخطوة الأولى لإبرام العقود ومنها العقد الإلكتروني، فالإيجاب هو الإرادة الغولى التي تظهر ويعبر بها عن نية التعاقد، لذلك فإن إبرام عقد معين يلزم بالضرورة أن يظهر نية أحد الأشخاص بشكل صريح بعرضه على آخر بعد أن يكون قد استقر نهائياً عليه.

ويلزم أن يكون التعبير عن هذه الإرادة جازماً وكاملاً وباتاً حتى يكون الإيجاب، ويجب أن يتضمن الشروط الجوهرية للعقد المراد إبرامه، كما ويجب التمييز بين الدعوة إلى التفاوض وبين الإيجاب في هذه الحالة، ذلك أن الشخص الذي لم يكن لديه قصد إبرام العقد بل دعوة للتفاوض فالتعبير عن الإرادة في هذه الحالة لا يعتبر إيجاباً، وهو ما يجب تمييزه عن الإرادة في الإيجاب.

ومن ناحية أخرى تظهر مشكلة يجب تمييزها عن الإيجاب وهي حالة إرسال بضائع للمستهلك لم يطلبها مسبقاً أو لم يتم التعاقد عليها، فقد يقوم المستهلك مثلاً بإرسال رسالة بواسطة البريد الإلكتروني لغرض اطلاع على قيمه سلعه معينه ثم يفاجأ بقيام التاجر بإرسال السلعة إلى هذا المستهلك دون أن يطلبها.(1)

أما الإيجاب في العقود الإلكترونية يتميز عن الإيجاب في العقود التقليدية في كونه يتم بواسطة الجهاز الإلكتروني من خلال شبكة الانترنت، وهذه الميزة جعلته يتمتع بخصوصية تثير فيه مشكلات نوعية بسبب خطورة الآثار المترتبة عليه.(2)

1.1.1.1.2. التعريف بالإيجاب الإلكتروني:

لم نجد في معظم القوانين المدنية تعريفاً محدد للإيجاب ولم يشترط شكلية معينة للتعبير عنه مبدئياً وإنما ترك هذا الأمر للفقه والقضاء، ولكن القانون المدني العراقي نص المادة (77) فقرة الأولى بأنه (الإيجاب والقبول كل لفظين مستعملين عرفاً لإنشاء العقد، وأي لفظ صدر أولاً فهو الإيجاب والثاني القبول).

وقد عرف الفقه الانكليزي الإيجاب *the offer* بأنه (بيان لرغبة الشخص الذي أصدره في التعاقد على وفق الشروط المذكورة فيه).(3)

كما وقد عرف السنهوري الإيجاب بأنه (إفصاح عن عرض مكتمل وحاسم يوجهه شخص لغيره بقصد إبرام عقد معين بحيث إذا صادفه قبول مطابق له انعقد العقد).(4)

أما محكمه النقض الفرنسية فقد عرفته بأنه (عرض يعبر به الشخص عن إرادته في إبرام عقد معين بحيث يكون ملتزماً به في حاله قبوله من المتعاقد الآخر).(5)

(1) ماجد محمد سليمان أبا الخيل، العقد الإلكتروني، مكتبة راشد ناشرون، ط1، مملكة العربية السعودية، رياض، ص39.

(2) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد والإرادة، ط1، الكويت، جامعة الكويت، 1995، ص34.

(3) مجيد حميد العنكبي، إنشاء العقد في القانون الانكليزي، مجلة جامعة صدام للحقوق، العدد 3، 1999، ص70.

(4) عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد مصادر الالتزام، دار نهضة العربية، 1964، ص172.

مشار اليه لدى إياد احمد سعيد الساري، النظام القانوني لإبرام (5) Cass.com.6 mars 1990.BULL. civ. Iv. No 74.

العقد الإلكتروني، مصدر سابق، ص60.

وعرفته محكمة النقض المصرية بأنه: (العرض الذي يعبر به الشخص على وجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين، بحيث إذا ما أقترن به قبول مطابق له انعقد العقد).⁽¹⁾

والمشرع العراقي بشكل عام أجاز أن يتم الإيجاب والقبول في العقد بوسائل الإلكترونية حيث نص (بجوز أن يتم الإيجاب والقبول في العقد بوسيلة الكترونية)⁽²⁾، وكذلك أشار قانون الأونسيترال النموذجي بأنه (في سياق تكوين العقود، وما لم يتفق الطرفان على غير ذلك يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض، وعند استخدام رسالة بيانات في تكوين العقد لا يفقد ذلك العقد صحته أو قابليته لمجرد استخدام رسالة بيانات لذلك الغرض".⁽³⁾

كما وينص البند 2/3 من مشروع العقد النموذجي في شأن المعاملات الإلكترونية والملحق بقانون الأمم المتحدة النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية ما يلي (تمل الرسالة إيجاباً إذا تضمنت إيجاباً لإبرام عقد مرسل إلى شخص واحد أو أشخاص محددين ما داموا معروفين على نحو كافٍ وكانت تشير إلى نية مرسل الإيجاب أن يلتزم في حالة القبول، ولا يعتبر إيجاباً الرسالة المتاحة إلكترونياً بوجه عام ما لم يشير إلى غير ذلك).⁽⁴⁾

وعرفه كذلك التوجيه الأوربي في شأن حماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد في التوجيه رقم (97/7) الصادر في 20/أيار/1998 بأنه (كل اتصال عن بعد يتضمن كل عناصر اللازمة بحيث يستطيع المرسل إليه أن يقبل التعاقد مباشرة، ويستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان والدعاية والدعوة للتعاقد).⁽⁵⁾

وكما عرفت الغرفة التجارية والصناعية بباريس الإيجاب الإلكتروني على انه (كل اتصال عن بعد يحتوي على كل العناصر اللازمة التي تمكن المرسل إليه من الموافقة مباشرة على الدخول في عقد).⁽⁶⁾

2.1.1.1.2. صور الإيجاب الإلكتروني:

إن الإيجاب الذي يتم عبر شبكة الانترنت قد يكون إيجاباً خاصاً موجه إلى عدد محدد من الأشخاص عبر البريد الإلكتروني (Email)، كما انه قد يكون إيجاباً عاماً موجه إلى جميع زائري صفحات الويب (web) ونظراً للصفة الدولية التي تتمتع بها شبكة الانترنت والتي لا تتقيد بحدود الدول فإن الإيجاب الموجه عبر الويب (web) يكون موجهاً إلى جميع زائري الموقع بالإنترنت من مختلف الدول العالم.

وعليه فالإيجاب عبر البريد الإلكتروني يكون للأشخاص محددين، وفقاً لما يراه التاجر من إبداءهم للاهتمام أكثر من العامة، حيث تبدأ مرحلة الإيجاب بمجرد علم موجه إليه هذا الإيجاب، أي بعد فتح البريد الإلكتروني،

(1) أنظر، نقض مدني 19 يونيو 1964، مجموعة الأحكام النقض، المكتب الفني، س20، رقم 159، ص1070، ونقض مدني 4 ديسمبر 1958، مجموعة أحكام النقض، المكتب الفني، س36، رقم 224، ص1084.

(2) فقرة الأولى من المادة (18) فقرة (أولاً) من القانون العراقي بشأن التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية.

(3) قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية مع دليل التشريع 1996، مادة (11)، الفقرة (1).

(4) أنظر قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية مع دليل التشريع 1996.

(5) سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الإيصال الحديثة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص104.

(6) شادي رمضان إبراهيم طنطاوي، النظام القانوني للتعاقد والتوقيع في إطار عقود التجارة الإلكترونية، مصدر سابق، ص171.

وللشخص المستلم لهذا الإيجاب أن يرفض وإما أن يقبل هذا الإيجاب، لذلك يجب أن يتسم الإيجاب الموجه عبر البريد الإلكتروني بالدقة والوضوح اللازمين كي ينال قبول المتلقي.

أما الإيجاب الصادر من خلال صفحات الويب، فإنه يقدم عرضاً لمنتجات معينة، دون تحديد أي شخص معين، ذلك أن بإمكان أي شخص أن يستخدم الشبكة لكي يتعاقد من خلال الويب بإرسال معلوماته الشخصية، والبيانات المصرفية التي تحقق الوفاء، إلا إن هذه الطريقة تنطوي على نسبة مخاطر أكبر من نسبة المخاطر التي تتم عبر البريد الإلكتروني نظراً لحالات الغش والتلاعب التي يرجح حصولها على شبكة الانترنت بالإضافة إلى مخاطر قرصنة البيانات المصرفية للمتعاقدين.

كما أن قد يكون العرض الموجه من صفحات الويب هذه ليس إيجاباً كون هذه الصفحات تستخدم في العادة كوسيلة للتفاوض أو الدعوة إليه وبذلك فإن الإيجاب لا يكون نهائياً هنا ويحل محله التفاوض وبالتالي فإنه لا يترتب أي التزام على عاتق المتعاقدين.⁽¹⁾

أما الإيجاب وفقاً للقواعد العامة، فإن الإيجاب الموجه إلى شخص معين بالذات عبر الشبكة غير الملزم للموجب، إلا إذا حدد الأخير مدة معينة للإيجاب، فهو ملزم بهذا للإيجاب طوال هذه المدة، والإيجاب غير الملزم يمكن أن يتم به العقد متى كان هذا الإيجاب مستوفياً لجميع شروطه، أي محدداً وجازماً وباتاً.⁽²⁾

3.1.1.1.2. سقوط الإيجاب الإلكتروني:

كما هو معروف أن تطابق الإيجاب والقبول سبباً للنشأة العقد، يبقى الموجب مرتبطاً بإيجابه خلال الميعاد المحدد للقبول متى حدد له ميعاد سواء في ذلك أن يصدر الإيجاب لغائب أو لحاضر، فإذا انقضى الميعاد ولم يصدر قبول لا يصبح الإيجاب غير لازم فحسب بل يفقد ما توافر له من قوة الإلزام، ويسقط سقوطاً تاماً من تلقاء نفسه، وهذا هو التفسير المعقول لنية الموجب، فهو يقصد أن لا يبقى على إيجابه قائماً إلا في المدة المحددة له كونه لجأ إلى تحديد.⁽³⁾

كما ويعتبر رفضاً للإيجاب الإلكتروني أن يقوم موجه إليه الإيجاب بإغلاق الجهاز الكومبيوتر طوعياً واختيارياً أو الانتقال إلى موقع جديد غير موقع الموجب أو إرساله رسالة إلكترونية تفيد الرفض في حالة التعاقد بواسطة البريد الإلكتروني، وبذلك يعد الإيجاب قد سقط فلا ينشأ العقد وفقاً لذلك حيث لا بد لإبرام عقد إلكتروني من أن يرتبط الإيجاب الصحيح بقبول الطرف الآخر وإلا فإن العقد لا يبرم..

ويمكن أن نذكر الأهم أسباب سقوط الإيجاب كما يلي:

- أ- إذا عدل الموجب عن إيجابه قبل القبول، وهذا يكون مقيداً بأجل، وقد يبقى على إيجابه ولكن مجلس العقد لم ينعقد، وهذا العدول نادراً ما يقع في التعاقد بين الغائبين.
- ب- رفض الموجب للإيجاب بشكل صريح أو ضمني.

(1) بشار طلال أحمد المومني، مشكلات التعاقد عبر الانترنت، دراسة مقارنة، علام الكتب الحديثة، الأردن، ط1، 2004، ص57.

(2) لورنس محمد عبيدات، إثبات المحرر الإلكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 2005، ص43.

(3) سمير عبد السميع الأودن، العقد الإلكتروني، المنشأة المعارف، الإسكندرية، ط1، 2005، ص48.

- ت- هلاك محل العقد أو تغييره بعد التقدم بالإيجاب .
- ث- وفاة الموجب أو فقد الأهلية في بعض الأنظمة القانونية.
- ج- يسقط الإيجاب إذا صدر القبول معدلاً وهذا ما أشارت إليه المادة (38) من القانون المدني العراقي و(96) من القانون المدني المصري و(97) من القانون المدني الأردني.
- ح- إذا صدر من احد العاقدين تصرف يدل على الاعتراض فإن الإيجاب يسقط والقبول الواقع بعده لا عبره به، المادة (82) قانون المدني العراقي.

4.1.1.1.2. خصائص الإيجاب الإلكتروني:

الإيجاب في التعاقد عبر الانترنت يجب أن تتوافر فيه الشروط وفقاً للقواعد العامة التي تحكم الإيجاب الذي يتم بحضور الطرفين في مجلس العقد التقليدي، إلا أنه يتميز ببعض الخصوصية التي تتعلق بطبيعته وتطبيقاته وكونه يتم عبر شبكة الانترنت ومن أهم هذه خصائص:

أ- أن الإيجاب الإلكتروني يتم عن بعد:

أن العقد الإلكتروني يعتبر من العقود التي تبرم عن بعد، وثم فإن الإيجاب الإلكتروني يعتبر جزءاً من تلك العقود، فهو بذلك يعتمد على قواعد خاصة بحماية المستهلك في العقود عن البعد التي تلزم مجموعة من شروط يلتزم بها أمام المستهلك الإلكتروني.(1)

ب- الإيجاب الإلكتروني الذي يتم عبر الوسيط الإلكتروني:

يتطلب الإيجاب الإلكتروني وجود وسيط، وهو مقدم خدمة الانترنت من خلال الشبكة، أو باستخدام وسيلة مسموعة مرئية وتلك الوسائط هي التي دفعت إلى اختفاء الكتابة التقليدية التي تستند على الدعائم الورقية لتحل محلها الكتابة الإلكترونية، وهو بذلك يقترب من هذه الناحية مع التعاقد عبر الهاتف، إلا أنه يتميز بكونه يتضمن الاستمرار لفترة معينة، وهناك ما يحول دون أن يكون الموجب نفسه مقدم خدمة الانترنت (ISP) (Internet Service Provider)، بالإضافة إلى أن هناك أشخاص آخرين يشاركون في تقديم تلك الخدمة إذا أن هناك أشخاص عديدين يتدخلون في الاتصال ويساهم كل منهم بدوره في إتمامه ومنهم عامل الاتصالات ومورد المعلومة والمورد المنافذ.(2)

ج- دولية الإيجاب الإلكتروني:

يتميز الإيجاب الإلكتروني بأنه يتعدى حدود الدول السياسية والجغرافية، ويطلق عليه إيجاباً إلكترونياً دولياً نظراً لما تتسم به شبكة الانترنت من الانفتاح والعالمية، إلا أن هناك رأي بأنه لا يوجد ما يحول من قصر الإيجاب على منطقة جغرافية محددة، بحيث يكون له نطاق جغرافي ومكاني معين، فقد يقصر الموجب عرض المنتجات والخدمات على منطقة جغرافية معينة.

(1) شادي رمضان إبراهيم طنطاوي، النظام القانوني للتعاقد والتوقيع في إطار عقود التجارة الإلكترونية، مصدر سابق، ص173.

(2) خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، مصدر سابق، ص322.

وبذلك فإن الإيجاب الإلكتروني قد يكون إقليمياً أو دولياً، ومن ثم فإن الموجب لن يلتزم بإبرام عقود أو تسليم منتجات خارج النطاق الإقليمي الذي حدده سلفاً⁽¹⁾، مثال ذلك ما نلاحظه في بعض المواقع الغربية المنتشرة على الشبكة الانترنت والتي تقصر الإيجاب على الدول الناطقة بالفرنسية، وأيضاً ما تقرره الولايات المتحدة الأمريكية من حظر توجه الإيجاب للدول الموقع عليها عقوبات اقتصادية مثل كوبا وكوريا الشمالية، أي أن الإيجاب الإلكتروني قد يكون إقليمياً، ومن ثم فإن الموجب لن يلتزم بإبرام عقود أو تسليم منتجات خارج النطاق الإقليمي. ويتميز أيضاً التعاقد الإلكتروني بالسرعة في انجاز المعاملات التجارية وغير التجارية على شبكة الانترنت فلو كان كل طرفي العقد في بلدين مختلفين، فيمكن لكل منهما التفاوض وإبرام العقد وهو في مكتبه، مثلاً الموجب في بريطانيا قام بعرض منتجاته على الشبكة المعلوماتية فتلقى قبولاً من شخص موجود في العراق فبإمكان الطرفين إبرام العقد.⁽²⁾

د- اللغة المستخدمة في الإيجاب هي لغة القابل:

يجب التمييز بين تعبير إبرام العقد التقليدي وبين حاله إبرام العقد الإلكتروني، ففي العقد التقليدي يكون العقد في مجلس واحد وبإمكان استخدام لغة مفهوم فيما بينهما سواً كان من شخص الإيجاب أو من شخص قبول وإذا لم يتواجد لغة متشابهة بينهما فعليهما استعانة بالمترجم فوري، ذلك أن اللغات مجرد وسائل للتفاهم وتبادل معلومات. أما في العقود الإلكترونية التي يتم العقد عبر وسيط الإلكتروني فلن يكون في مجلس واحد، فغالباً ما يتميز العقد الإلكتروني بالطبيعة الدولية، ويكتب باللغة الانكليزية، وهذا ما يتتبع إبرامه بتلك اللغة أو أي لغة الأجنبية غيرها⁽³⁾، ومن وضوح لغة العقد يستوجب أن يكون بلغة القابل، فلا يتصور الحكم بوضوح العقد إذا كان بغير لغة القابل. فمن الضروري مراعاة لغة المستهلك، ليفهم مضمون العقد وموضوعه، وشروطه.

وحاول المشرع الفرنسي في التشريع الصادر في 4/أغسطس 1994، والتوجيه الأوربي في 21/مايو/1997 التوفيق بين العالمية شبكة الانترنت ووجوب استعمال اللغة الوطنية، حيث أوجبت المادة (2) من التشريع الفرنسي المسمى بقانون (Toubon) استعمال اللغة الفرنسية أو على الأقل ترجمتها في التعبير عن الإيجاب في كل أنواع التجارة، ولاسيما التجارة الإلكترونية، وعلى وجه الخصوص في وصف الشيء أو المنتج أو الخدمة، وتعيين نطاقه وما له من ضمان، وفي الإيجاب، وكذلك في طريقة التشغيل أو الاستعمال، وفي الفواتير والإيصالات.

وحاولت الحكومة الفرنسية أن تخفف من أثر هذا القانون بالنسبة لشبكات الاتصالات، فأصدر رئيس الوزراء منشوره (Cirulaire) في 19/مايو/1996 وجوب استخدام اللغة الفرنسية في كتابة البيانات على الشاشات مع أجازة ان تصاحبها ترجمة بالإنكليزية أو بأي لغة الأجنبية أخرى.⁽⁴⁾

(1) أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، مصدر سابق، ص77.

(2) منير محمد وممدوح محمد، التحكيم الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، ط1، 2006، ص43.

(3) شادي رمضان إبراهيم طنطاوي، النظام القانوني للتعاقد والتوقيع في إطار عقود التجارة الإلكترونية، مصدر سابق، ص 185.

(4) منير محمد وممدوح محمد، التحكيم الإلكتروني، مصدر سابق، ص45.

ويترتب على الالتزام بالإيجاب الإلكتروني في العقود التجارية وقبل التعاقد أن يتلائم مع لغة المنتج (1) الوطنية الذي تم التعاقد عبر الانترنت، وحتى إن كان الالتزام بمثابة دعوى للتعاقد فإنه يتعين أن يكون مفهوماً أي باللغة الوطنية مصحوباً بترجمة بأي لغة أجنبية أخرى. (2)

2.1.1.2. مفهوم القبول الإلكتروني:

إن العقود التي تبرم عبر شبكة الانترنت هي من العقود التجارية المشمولة بمبدأ الرضائية (Consensual) ولا يختلف القبول الإلكتروني عن القبول التقليدي إلا في كونه تم عبر تقنيات الاتصال الحديثة، ولذلك يخضع بحسب الأصل للقواعد العامة التي تنظم القبول التقليدي، بيد أنه يتميز ببعض القواعد الخاصة به خصوصاً فيما يتعلق بمسألة التعبير عنه وصار ذلك التعبير وما تثيره من إشكاليات وندناوله هذه المسائل بشكل الآتي:

1.2.1.1.2. تعريف التعبير عن القبول الإلكتروني:

يعرف قبول عموماً بأنه تعبير بات عن الإرادة يصدر ممن وجه إليه الإيجاب برضاه بإبرام العقد بالشروط الواردة في الإيجاب، ويشترط في القبول توافر الشروط المتعلقة بوجود الإرادة واتجاهها إلى إحداث أثر قانوني والتعبير عنها، كما يجب أن يصدر القبول وان يكون الإيجاب لا يزال قائماً وأن يكون مطابقاً للإيجاب مطابقاً تامة أيضاً.

وكما هو الحال بالنسبة للإيجاب ليست هناك طريقة معينة يتم فيها التعبير عن القبول، وهذا ما تؤكد القواعد العامة الواردة بهذا صدد، حيث أجازت للمتعاقد أن يعبر عن إرادته بالقبول بأية وسيلة لا تدع شكاً في دلالتها على التراضي.

وعلى الرغم من تأكيد التشريعات المنظمة للتجارة الإلكترونية على جواز التعبير عن القبول من خلال رسالة البيانات، لكن أغليبتها لم تحدد مفهوم القبول الإلكتروني وكيفية التعبير عنه. (3)

وأما التعبير عن القبول في العقد الذي يبرم عبر الشبكة الدولية فيجب أن يكون واضحاً وصريحاً وحرراً، وقد يتم القبول الإلكتروني بوسيلة مكتوبة عبر تقنيات الاتصال الحديثة وهو الأمر الذي يضيف نوعاً من الثقة والطمأنينة للمتعاقدين حيث يمكن إثبات هذا القبول بورقة مكتوبة، وبالرغم من ذلك فإنه يلاحظ أن اللجوء إلى استخدام هذه الوسيلة هو أمر نادر في العقود الإلكترونية ومثال هذه الوسيلة هو التعبير عن القبول عبر الفاكس.

(1) إياد أحمد سعيد الساري، النظام القانوني لإبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، مصدر سابق، ص 68.

(2) أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، مصدر سابق، ص 80.

(3) بسمان نواف فتحى الراشدي، عقود التجارة الإلكترونية وقواعد إبرامها، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط 1، ص 164.

كما ويلاحظ أن استخدام تقنيات الاتصال الحديثة في التعبير عن القبول قد زال عنه الطابع المادي، حيث غالباً ما يتم القبول الإلكتروني عن طريق ملء استمارة تتخذ شكل نموذج طلب معروض على الانترنت، ويقوم الشخص الموجه للإيجاب بتدوين المعطيات الشخصية والتي تعتبر ضرورية للعقد المراد إبرامه.(1)

ويتخذ التعبير عن القبول صوراً أخرى غير الكتابة التي تفيد الموافقة، وذلك باستخدام التوقيع الإلكتروني عبر البريد الإلكتروني، أو عن طريق اللفظ من خلال غرفة المحادثة أو التنزيل عن بعد من خلال تنزيل البرنامج أو المنتج أو السلعة عبر الانترنت وتحميلها على جهاز الكمبيوتر الخاص بالمقابل ويمكن النقر لمرة واحدة بالموافقة على العلامة الخاصة بتلك الأيقونة حيث توجد عبارة أنا موافق وتستخدم مواقع الويب التي تتعامل باللغة الفرنسية في الغالب عبارات تدل على الموافقة مثل عبارة (Accept to Free) أو (Daccord).

أما مواقع الويب باللغة الانكليزية فتستخدم عبارة (Agree أو ok)، حيث لا يشترط ان يصدر القبول الدولي الإلكتروني في شكل معين فيصح أن يصدر عبر وسائط الكترونية أياً كان نوعها ما لم يكن الموجب قد اشترط أن يصدر القبول في شكل معين وهذا ما أشارت إليه بعض التشريعات.(2)

وإذا كانت معظم التشريعات المنظمة للعقود والمعاملات الإلكترونية لم تتضمن نصاً صريحاً على إمكانية اعتبار هذه الآلية، وذلك عن طريق اللمسة الواحدة أو النقرة مرة واحدة، قبولاً للإيجاب وينعقد به العقد، إلا أن البعض الآخر قد أشار بشكل صريح على اعتبار هذه الآلية قبولاً للإيجاب ومنها التشريع الكندي حيث أشار إلى أن النقرة أو اللمس لزر أو لمكان معين بشكل ملائم على شاشة الحاسوب تصلح كوسيلة للتعبير البات عن القبول.(3) وأكدت أيضاً الفقرة الأولى من المادة (10) من مشروع اتفاقية الأونسترال للتعاقد الإلكتروني جواز التعبير عن الإيجاب وعن قبول الإيجاب باستخدام رسائل البيانات أو تدابير أخرى تبلغ إلكترونيا بطريقة يقصد بها التعبير عن الإيجاب أو عن قبول الإيجاب، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر، لمس أو الضغط على زر أو مكان معين على شاشة الحاسوب ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك.(4)

2.2.1.1.2. مدى صلاحية السكوت للتعبير الإلكتروني عن قبول:

يعد السكوت باعتباره وضعاً سلبياً لا يصلح للتعبير عن الإيجاب مطلقاً سواء كان في العقود الإلكترونية أو غيرها، لأن الإيجاب هو عرض جازم لمبادرة التعاقد لذا لا بد من التعبير عنه بصورة إيجابية.(5)

أما فيما يتعلق بالقبول، فأصل ذلك هو أن السكوت لا يصلح للتعبير عن القبول أيضاً، لأن السكوت المجرد البسيط ما هو إلا موقف سلبي لا يستنبط منه أي دلالة على القبول وهذا ما يميز السكوت عن التعبير الضمني

(1) سمير عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، دار النهضة العربية، 2006، ط1، ص26.

(2) إياد أحمد سعيد الساري، النظام القانوني لإبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، مصدر سابق، ص74.

(3) كيوه حميد صالح المزوري، النظام القانوني لتوثيق المعاملات الإلكترونية، دراسة تحليلية مقارنة، دار جامعة الجديدة، الإسكندرية، ص44.

(4) بسمان نواف فتحي الراشدي، عقود التجارة الإلكترونية وقواعد إبرامها، مصدر سابق، ص167.

(5) حسام الدين كامل الأهواني، الحماية القانونية للحياة الخاصة في مواجهة الحاسب الآلي، بحث مقدم إلى مؤتمر الكويت الأول للقانون والحاسب الآلي المنعقد بتاريخ 4-7 نوفمبر 1989 بالكويت، ص171.

للإرادة الذي يحتوي على موقف إيجابي كقيام المشتري بتحميل منتجات إلكترونية عبر أحد المتاجر الافتراضية بعد أداء المقابل، حيث يستنتج من هذا السلوك الإيجابي قبول المشتري ضمناً، على الرغم من أن لم يعبر عنه صراحة من خلال البريد الإلكتروني مثلاً.⁽¹⁾

لذا فالأصل أن السكوت لا يعد قبولاً، ولكن يعتد بالسكوت الملابس في التعاقدات التي تجري بالطرق التقليدية، ويأخذ حكم القبول - على سبيل الاستثناء - في إحدى الحالات الثلاثة التي نصت عليها المادة (81) من القانون المدني العراقي، وهي:

أ- وجود تعامل سابق بين الطرفين.

ب- إذا تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه.

ج- سكوت المشتري عند تسلم البضائع.

ويمكن تطبيق كل واحدة من الحالات الثلاثة السابقة على العقود الإلكترونية وكما يأتي:

أ- وجود تعامل سابق بين الطرفين:

إن الرأي الراجح عدم جواز استنتاج قبول العميل من مجرد سكوته عن الرد على الإيجاب الموجه إليه، إلا إذا ما كان هنالك تعامل سابق بينه وبين المتجر الافتراضي الذي قام بتوجيه الإيجاب ما لم يقترن هذا السكوت بظروف أخرى تدل على إن السكوت يمثل قبولاً من العميل.

ب- إذا تمخض الإيجاب لمنفعة من الموجه إليه:

لا وجود لمثل هذا فرض في العقود الإلكترونية، فهذه العقود هي عقود تجارية بحتة الغاية منها تحقيق الأرباح لكلا الطرفين بأقصر وقت وأقل تكاليف.

ج- سكوت المشتري عند تسلم البضائع:

ذهب اتجاه من الفقه الفرنسي إلى أنه لا يمكن الركون إلى هذا الاحتمال، باعتبار أن العقود الإلكترونية هي عبارة عن تعاقد حديث النشأة وهو يخالف مفهوم العرف، وذلك بالنظر إلى حداثة هذا النوع من التعاقد، فالإرادة يجب أن يعبر عنها بالقبول في العقد الإلكتروني، وأن السكوت لا يصلح للتعبير عن القبول وهو الأصل.⁽²⁾

ويرى البعض الآخر من الفقه، أن استعمال الوسيلة الإلكترونية ليس مبرراً للخروج على القاعدة العامة في القوانين المدنية التي تقر بالسكوت الملابس⁽³⁾، في حين يرى آخرون أن السكوت قد يتم عن الواقعة لها شأن كبير في إتمام العقد، أو أن يكون السكوت ناتجاً عن عطل مفاجئ في جهاز الحاسوب، فلا يمكن القول في مثل

(1) بسمان نواف فتحي الراشدي، عقود التجارة الإلكترونية وقواعد إبرامها، مصدر سابق، ص171.

(2) نايف أحمد ضاحي الشمري، و د. عبد الباسط جاسم محمد، المفيد في التعاقد والإثبات بالوسائل الإلكترونية المعاصرة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2019، ص101.

(3) سمير برهان، إبرام العقد في التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص22.

هذه الحالة أن السكوت الكترونياً يعد قبولاً وبالتالي لا مجال لتطبيق فكرة السكوت الملابس في التعاقد الإلكتروني.(1)

ويرى الباحث بان الاتجاه الفقهي الذي لا يأخذ بالسكوت للتعبير عن القبول في العقود الالكترونية وذلك لقيام حالة الشك في عطل جهاز الحاسوب أو حالة انقطاع إرسال شبكة الانترنت مما من شأنه عدم الاعتراف بالسكوت منعا للمنازعات التي تحصل بهذا الصدد مما من شأنه أن يؤثر على انعقاد العقد الإلكتروني.

3.2.1.1.2. حالة العدول عن قبول الإلكتروني:

يعد العدول عن العقد أحد أهم الوسائل القانونية في المرحلة الملاحقة للتعاقد، وتزداد أهمية تقرير هذا الخيار للمستهلك في عقد الاستهلاك الإلكتروني المبرم عبر الانترنت، فالمستهلك عادة ما يندفع إلى إبرام العقد في مناخ يحرضه فيه المحترف على الشراء تحت تأثير وسائل الدعاية والإعلان، كما أن القدرات الإقناعية التي يتمتع بها الطرف القوي تمكنه من التحكم في نفسية المستهلك وتدفعه إلى التعاقد بسبب حاجته إلى السلعة أو الخدمة دون معاينة السلعة ودون دراسة متأنية وتروٍ كافٍ من جانب المستهلك، إضافة لضعفه من الناحية القانونية والمعرفية والاقتصادية وعدم توفر الوقت الكافي للتفكير في جميع ما يبرمه فالعلاقة غير متوازنة.(2)

ولذلك ذهب كثير من الفقهاء، في شأن تحديد الوصف القانوني للتعاقد مع الحق في العدول إلى بعض الأنظمة القانونية التي تتشابه معه مثل البيع بشرط التجربة أو المذاق، والبيع مع خيار العدول، والبيع المعلق علي شرط واقف أو فاسخ، والوعد بالتعاقد.

ذهب جانب من الفقه إلى أن حق العدول هو إعطاء المستهلك إمكانية فسخ العقد الذي قبله علي استعجال، مما يعد اعتداء علي مبدأ سلطان الإرادة في العقد، و ذهب جانب آخر من الفقه إلى أن الحق عدول هو مهلة قانونية معقولة للتروي والتفكير من المزمع إبرام العقد خلالها، وذلك بغية حماية المستهلك من التسرع في إبرامه.

بينما يرى بعض الآخر أن العقد الإلكتروني المتضمن حق المستهلك في العدول هو عقد غير لازم، فهو يعتبر في الواقع عقداً نافذاً لانعقاده صحيحاً، وبالتالي منتجاً لآثره القانونية، ولكن يتضمن حق العدول لمصلحة المستهلك، فيستطيع العدول عنه وفقاً لنظرية العقد غير اللازم لأحد طرفيه.(3)

إلا أن بعض التشريعات، كالتشريع الانجليزي الخاص بحماية المستهلك، يخول للمستهلك الحق في الرجوع عن قبوله بعد أن يعلن هذا القبول فعلاً، وهو ما يعني تراجعته عن العقد بعد إبرامه، وهذا الحق يتناقض مع مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، لذا كان لا بد أن ينص عليه في القانون، أو يتضمن اتفاق أطراف العقد.(4)

(1) بشار طلال مؤمني، مشكلات التعاقد عبر الانترنت، مصدر سابق، ص70.

(2) نايف أحمد ضاحي الشمري، و د. عبد الباسط جاسم محمد، المفيد في التعاقد والإثبات بالوسائل الإلكترونية المعاصرة، مصدر سابق، ص107.

(3) أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، مصدر سابق، ص82 وما بعدها.

(4) شادي رمضان إبراهيم طنطاوي، النظام القانوني للتعاقد والتوقيع في إطار عقود التجارة الإلكترونية، مصدر سابق، ص206.

ويكتسب حق الرجوع في العقد الإلكتروني أهمية خاصة، فيما يتعلق بحماية مصالح المستهلك، فالمشتري في الغالب لا يمكنه رؤية المبيع رؤية كافية، أو أن تكون إرادته قد جاءت متسرعة دون وقت كافٍ للتدبر والتأمل، فضلاً عن قلة خبرته أو انعدامها أحياناً بموضوع العقد، ولذلك رخصت التشريعات الحديثة للمتعاقد في هذه الظروف خيار الرجوع عن تعاقدته بمحض إرادته، فقد نص قانون الاستهلاك الفرنسي على هذه الأحكام حول البيع عبر المسافات والمبيع عن طريق التلفزيون.⁽¹⁾

أما الآثار المترتبة عن ممارسة حق العدول فقد بينتها الفقرة الثانية من المادة (6) من التوجيه الأوربي الصادر 1997/5/20 بشأن حماية المستهلك في العقود عن بُعد، ما يترتب علي ممارسة المستهلك حقه في العدول عن العقد المبرم عن بُعد في الآتي:

- أ- **رد ما دفعه المستهلك:** فمتى قرر المستهلك العدول عن العقد، وأخطر المورد بذلك خلال المهلة المقررة، فإن المورد يلتزم برد المبلغ المدفوع من المستهلك ثمناً للسلعة أو الخدمة، حيث يعتبر العقد كأن لم يكن، ولا يتحمل المستهلك أي رسوم مقابل استرداد ما دفعه للمورد.
- ب- **تكاليف الرد:** يتحمل المستهلك التكاليف المباشرة لرد البضائع التي عدل عن التعاقد عليها، ويتم الرد خلال ثلاثين يوماً في كل الأحوال، فهو الذي اتخذ قراره بالعدول، وهذه التكاليف هي الوحيدة التي تفرض علي المستهلك في حالة عدولة عن العقد عن بُعد، وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة (6) من التوجيه الأوربي.⁽²⁾

2.1.2. أحكام مجلس التعاقد الإلكتروني:

إن مجلس التعاقد يكون على نوعين، مجلس التعاقد الحقيقي بوصفه المجلس الذي يجمع المتعاقدين في مكان واحد ويسمع كل منهما الآخر بحيث يبدأ بتقديم الإيجاب وينتهي إما بقبول الإيجاب أو برفضه"، أما مجلس التعاقد الحكمي أو الافتراضي، فهو المجلس الذي يكون أحد المتعاقدين غير حاضر فيه، كما في العقد الإلكتروني الذي يتم غالباً بين أشخاص متباعدين مكانياً كونه ينتمي إلى طائفة العقود التي نبرم عن بعد.⁽³⁾

لذا سنتناول في هذا المطلب أحكام كلا من وطبيعة مجلس العقد الإلكتروني وزمان ومكان إبرام العقد الإلكتروني وكالتالي:

• 1.2.1.2. طبيعة مجلس العقد الإلكتروني.

• 2.2.1.2. زمان ومكان إبرام العقد الإلكتروني.

(1) نايف أحمد ضاحي الشمري، و د. عبد الباسط جاسم محمد، المفيد في التعاقد والإثبات بالوسائل الإلكترونية المعاصرة، مصدر سابق، ص108.

(2) أديان هيثم شاكر، مجلس العقد الإلكتروني، بحث تخرج بكالوريوس، كلية الحقوق، جامعة ميسان، 2018، ص2.

(3) أسامة أبو حسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الشبكة (الإنترنت)، مصدر سابق، ص34.

1.2.1.2. طبيعة مجلس العقد الإلكتروني:

يعرف مجلس العقد بأنه "المكان الذي يوجد فيه المتعاقدين ويبدأ من وقت صدور الإيجاب ويبقى ما دام المتعاقدين منصرفين إلى التعاقد، ولم يبد أعراض من أي منهما فان بدا أعراض من أحدهما فقد انفض مجلس العقد".⁽¹⁾ لذا فان مجلس العقد وفقا لهذا التعريف هو المكان والزمان اللذان فيهما ينشغل المتعاقدان والذي يبدأ بالإيجاب، وينتهي بانتهاء الانشغال بالتعاقد.

كما ويمكن استخلاص أنواع مجلس العقد المكاني والزماني وكذلك شروط مجلس العقد وبالتالي:

1- **أنواع مجلس العقد:** هناك نوعين لمجلس العقد هما المجلس المكاني (المادي) والمجلس الزماني (المعنوي)، فالمجلس المكاني هو المجلس الذي يكون فيه المتعاقدين منشغلين بالتعاقد في مكان، أما المجلس الزماني فيقوم مجلس العقد بالفعل بوجود ركنه وهو الزمان الذي ينشغل خلاله المتعاقدان بالتعاقد قصر الزمان أم طال، وبدون الركن الزماني لا يتصور للمجلس وجود.

وفيما يتعلق بالركن المكاني لمجلس العقد، فان هناك قيود ترد عليه، فالقيد الأول هو عدم مباحة كل عاقد لمكانه. في حين القيد الثاني هو أن يكون كل من العاقدين على بعد من الآخر، بحيث لا يلتبس عليه صوته، حيث تفرض نظرية اتحاد المجلس على العاقدين ان يظلا في المكان الذي كانا يشغلانه عند إيجاب الموجب بابتداء مجلس العقد، وهناك ضابطين حسيين لهذا البعد هما:

أ- **الضابط البصري:** أي يرى كل من العاقدين الآخر.

ب- **الضابط السمعي:** أن يسمع كل من العاقدين كلام الآخر.

أما المجلس الزماني حيث يقوم مجلس العقد بوجود ركنه وهو الزمان الذي ينشغل خلاله المتعاقدان بالتعاقد سواء قصر هذا الزمان أم طال، وبدون الركن الزماني لا يتصور للمجلس وجود.⁽²⁾

وعليه فان مجلس العقد مقيد بقيدين، الأول مكاني، أما القيد الثاني فهو سلوكي، بحيث أن ركن الزمان للمجلس ممكن أن يرد مع هذين القيدين، فهو تارة يرتبط بالقيد الأول فيكون تغيير المكان بانتهاء مدة المجلس، وتارة يرتبط بالسلوك لتنتهي فترة السلوك الإيجابي بانتهاء مدة المجلس، وتحقيقه لغايته فالزمان تابع لهذين القيدين.⁽³⁾ ويمكن أن يكون المجلس مكانيا باجتماع المتعاقدين في مكان واحد، فإذا صدر الإيجاب كان المجلس مكانيا فينعدد العقد ولو تغير الزمن وثبت المكان ما داما لم ينشغلا عن التعاقد، وأما أن يكون المجلس زمانياً ينعدد في حال

(1) عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج2، دار أحياء التراث العربي للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت لبنان، ط1، 1997، ص6 وما بعدها.

(2) عبد الناصر توفيق العطار، أحكام العقود في الشريعة الإسلامية والقانون المدني (عقد البيع)، دار السعادة، ط1، 2006 ص163.

(3) محمد وحيد الدين سوار، الشكل في الفقه الإسلامي، ط2، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع: عمان، 1998، 156 وما بعدها.

غيابهما أو بالوسائل الحديثة ما داما انشغلا في التعاقد ولم ينقطعا عنه لشيء آخر حتى لو اختلف خلال الزمان مكان المتعاقدين.(1)

2- **شروط انعقاد مجلس العقد**، فهي الشروط الواجب توافرها في مجلس العقد المكاني والزمني حتى يعتبر منعقدا، وهذه الشروط هي:

الشرط الأول: ما يتعلق بالمجلس المكاني وهو حضور احد المتعاقدين أو كليهما المجلس: ويقصد به حضور احد العاقدين أو كليهما مجلس العقد حضورا حقيقيا أو حكما، كونه لا يتصور وجود مجلس عقد وجدودا فعليا من غير حضور احد العاقدين المجلس أو من ينوب عنهما، وقد اختلف الفقهاء في اشتراط حضور العاقدين مجلس العقد سويا في التعاقد بين حاضرين إلى اتجاهين:

▪ **الاتجاه الأول:** ويرى أصحاب هذا الاتجاه شريطة حضور المتعاقدين سويا في مجلس العقد، حتى انعقد المجلس.

▪ **الاتجاه الثاني:** فأصحاب هذا الاتجاه لا يشترطون حضور المتعاقدين معا مجلس العقد، بل يكفي حضور أحدهما.

أما الرأي الراجح فيكتفي بحضور أحد المتعاقدين مجلس العقد، أما فيما يتعلق بعلم من وجه إليه الإيجاب فانه يعد شرطا من شروط قيام مجلس التعاقد وليس من شروط انعقاده.(2)

الشرط الثاني: ما يتعلق بالمجلس الزمني: ويقصد به الوقت الذي ينشغل خلاله المتعاقدان بالتعاقد، حيث يتحدد زمان المجلس بالصيغة، حيث يبدأ بذكر احد شقيها وهو الإيجاب، ويترتب على ذلك أما تقليص زمنه بواسطة الرد على الفور، أو امتداده على التراخي، أو انتهاءه بالاتفاق وانعقاد العقد، وأما بافتراق الطرفين، فإذا كان مجلس العقد بين حاضرين فانه يبدأ بصدور الإيجاب، ويعتبر شرطا من شروط انعقاد المجلس وتكوينه تكويننا فعليا.

وإذا كان مجلس العقد بين غائبين فانه يبدأ من حين قراءة الغائب للكتاب وهو علم الموجه إليه الإيجاب بالإيجاب، حيث يعتبر اشتراط علمه شرطا من شروط قيام المجلس، كون المجلس سيكون صالحا لترتيب آثاره عليه من جواز رجوع الموجب عن إيجابه وهو ما يعرف بخيار الرجوع، والخيار المتاح للقابل بأن يختار بين قبول إيجاب الموجب أو رفضه وهو ما يعرف بخيار القبول.(3)

1- **شروط صحة مجلس العقد**، والتي تقابل شروط صحة العقد، وهذه الشروط يترتب على تخلفها بطلان العقد، لذا فان شروط قيام مجلس العقد هي:

▪ **الشرط الأول: علم الموجه إليه الخطاب بالإيجاب:** يجب أن يعلم الموجه إليه الخطاب بإيجاب الموجب، وأن يفهمه سواء بسماع كلام الموجب، أو بروية إشارته، ويفهم مدلولها، أو قراءة الكتاب ومعرفة

(1) باسم محمد سرحان إبراهيم، مجلس عقد البيع بين النظرية والتطبيق، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، قسم الفقه والتشريع، نابلس، فلسطين، 2006، ص58.

(2) باسم محمد سرحان إبراهيم، مجلس عقد البيع بين النظرية والتطبيق، مصدر سابق، ص61

(3) عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي، ج2، مصدر سابق، ص15 وما بعدها.

فحواه، أو بالأفعال كما في بيع المعطاة، وعلم الموجه إليه بالإيجاب يشترط توفره سواء أكان التعاقد بين حاضرين أم بين غائبين.

- **الشرط الثاني: إلا يصدر من أحد المتعاقدين ما يدل على الأعراض:** بعد صدور الإيجاب، وعلم الموجه إليه به، يكون المجلس قد قام فعلاً كي تترتب عليه آثاره، وهو إبرام العقد بصدور الرد على الإيجاب، يلزم لذلك ألا يصدر من أي من المتعاقدين بعد العلم بالإيجاب ما يدل على الأعراض أو الرّفص عن الانشغال بالتعاقد في المجلس، من قول كرجوع الموجه عن إيجابه، أو الانشغال بكلام أجنبي عن التعاقد، أو فعل كالانشغال بعمل آخر كالأكل أو النوم.(1)

وقياساً على ما تقدم كله فإن التعاقد الإلكتروني يتم بين حاضرين زماناً وغائبين مكاناً، في حالة الاتصال اللحظي أو يتم بين غائبين زماناً ومكاناً عند وجود فاصل زمني بين الإيجاب والقبول وهذا التمييز يتم بحسب وسيلة التعاقد المستخدمة وفقاً للتفصيل الآتي:

أ- في حالة التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني لابد من التمييز بين حالتين وهي:

- حالة وجود فاصل زمني بين الإيجاب والقبول وفي هذا الحالة لا شك بأن التعاقد يكون بين الغائبين زماناً ومكاناً.
- حالة الإيجاب والقبول عند عدم وجود فاصل زمني يُذكر، وهذه الحالة تقترب من التعاقد عبر الهاتف وذلك لأن الإيجاب والقبول يكونان في نفس الزمان فإن التعاقد يتم بين حاضرين زماناً وغائبين من حيث مكان.

ب- التعاقد عبر شبكة الموقع الإلكتروني:

هنا يجب أن نفرق في حالة إذا كان هناك فارق في الزمان بين الإيجاب والقبول فنكون أما تعاقد بين غائبين من حيث الزمان والمكان أما إذا كان وضع الواجب إيجابه على أي موقع، وتلقى القبول فوراً ففي حالة نكون أما تعاقد بين حاضرين زماناً وغائبين مكاناً.

أما الفقه فقد تباينت آراءه حول طبيعة التعاقد الإلكتروني، هل هو عقد بين حاضرين أم عقد بين الغائبين وعلى نحو الآتي:

- **الرأي الأول:** يرى جانب من الفقه أن التعاقد عبر الإنترنت يعدّ تعاقداً بين حاضرين من حيث زمان حين ينطبق مفهوم مجلس العقد على كلا العاقدين، لأنهما قد انصرفا إلى موضوع التعاقد دون أن يشغلهما عنه شاغل آخر وكان بينهما اتصال مباشر ولحظي عبر الإنترنت بحيث يسمع أو يرى أحدهما الآخر مباشرة بحيث لا يكون هناك فاصل زمني بين صدور التعبير عن الإرادة إيجاباً أو قبولاً، ووصوله إلى علم الموجه إليه.(2)

(1) باسم محمد سرحان إبراهيم، مجلس عقد البيع بين النظرية والتطبيق، مصدر سابق، ص 63.

(2) خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، مصدر سابق، ص 367.

- **الرأي الثاني:** يرى جانب آخر من الفقه أن التعاقد عبر الانترنت يعد تعاقداً بين غائبين زماناً ومكاناً لأن التعاقد عن طريق هذه الشبكة كما هو الحال في التعاقد عبر المراسلة.
- **الرأي الثالث:** يرى جانب آخر من الفقه أن التعاقد عبر الانترنت يعتبر تعاقداً بين حاضرين من حيث الزمان، وتعاقداً بين غائبين من حيث المكان، فهو يعتبر تعاقداً بين حاضرين بسبب عدم وجود فاصل زمني بين صدور القبول، وعلم الموجب به، ويعتبر تعاقداً بين غائبين من حيث المكان شأنه في ذلك شأن التعاقد بالمراسلة.
- **الرأي الرابع:** يرى هذا الجانب الفقهي أن التعاقد الإلكتروني تعاقداً بين غائبين ذي طبيعة خاصة، إلا أن هذا الرأي عده الآخرون بأنه تهربٌ من تحديد التكيف القانوني للعقد الإلكتروني. (1)

2.2.1.2. زمان ومكان إبرام العقد الإلكتروني:

إن مسألة تحديد زمان انعقاد العقد ومكانه أهمية كبيرة لدى الفقه والقضاء والتشريع، لأنه يرتب عدد من النتائج، كون تحديد زمان انعقاد العقد تستند عليها بيان أهلية المتعاقدين لحظة الانعقاد، وكذلك فإن العقد في هذه اللحظة يكون ملزماً لأطرافه فلا يستطيع الموجب أو القابل العدول بعد هذه اللحظة، كون هذه اللحظة يرتب العقد آثاره، فإذا كان عقد بيع انتقلت الملكية استناداً لذلك.

كما إن تحديد لحظة إبرام العقد ومكانه يمكن من خلاله تحديد القانون الواجب التطبيق وقت انعقاد العقد، لما له من أهمية كبيرة في مجال القانون الدولي خاص كونه يُعد أحد ضوابط الإسناد التي يلجأ إليها القاضي في تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة تنازع القوانين. (2)

وهذا ما أخذ به القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 في المادة (25) تقابلها المادة (91) من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 بأنه "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها المواطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحداً موطناً، فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر يراد تطبيقه".

وعليه فإن مسألة تحديد زمان ومكان انعقاد العقد لا تثير أية صعوبات في حالة التعاقد بين حاضرين (مجلس التعاقد الحقيقي)، إذ يقترن القبول بالإيجاب في ذات اللحظة وذات المكان، مما من شأنه أن يعتبر العقد مبرماً فوراً في تلك اللحظة.

إلا أن الإشكالية تبرز وبوضوح في حالة العقود الإلكترونية التي تبرم بين غائبين (مجلس التعاقد الحكمي)، فهذه العقود يكون كلا من طرفيها متواجداً في مكان مختلف عن المتعاقد الآخر، كما يوجد هناك فاصل زمني بين

(1) طه كاظم حسن المولى، تطويع قواعد الإسناد في عقود التجارة الإلكترونية، مصدر سابق، ص109.

(2) محسن شفيق، اتفاقية الامم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر، ص113.

صدور القبول وعلم المتعاقد الآخر به، حيث تكون الصعوبة وهذه الحالة بان العقود الالكترونية التي تيرم عبر شبكة الانترنت لم تحدد على وجه الدقة بكونها عقودا بين حاضرين أم بين غائبين.(1)

فيرى البعض من الفقه انه ليس هناك اختلاف في إبرام العقود من الناحية المادية التقليدية عنه في إبرام العقود الإلكترونية، حيث يوجد تشابه بين العقدين من ناحية ركني السبب والمحل، إلا أن الاختلاف يكمن وفقا لهذا الرأي في ركن الرضا، ذلك أن وسيلة التعبير عن إرادتي الإيجاب والقبول، حيث تواجه القضاء في هذا الشأن صعوبات تكمن في إمكانيةه في تحديد زمان إبرام العقد ومكانه بالإضافة إلى مكان تنفيذ العقد.

ذلك أن زمان إبرام العقد الإلكتروني يكون أطرافه متباعدين مكانياً وبالتالي يكون هناك فاصل زمني بين صدور الإيجاب من الموجب واتصاله بعلم من وجه إليه، وكذلك الحال بالنسبة للقبول، حيث تكون هناك فترة زمنية بين إعلان القبول من الموجه إليه الإيجاب وعلم الموجب بهذا القبول وبالتالي يصعب تحديد وقت إرسال واستقبال رسالة البيانات الالكترونية إذا ما كان التعاقد الكتروني.(2)

ويمكن استنباط حلول لمشكلة تحديد زمان ومكان إبرام العقد الإلكتروني والتي تعد من أدق المسائل القانونية التي يطرحها التعاقد الإلكتروني عبر الوسائط الإلكترونية، من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 في المادة (88) منه بأنه "التعاقد بالتلفون أو أي وسيلة اتصال أخر يعد تعاقد بين غائبين في المكان وحاضرين في الزمان"، مما يفهم منه أن المقصود بالتعاقد بين الغائبين في هذه المادة هي إليه انعقاد العقود الإلكترونية.

أما ما يفهم من قانون المعاملات الالكترونية والتوقيع الإلكتروني العراقي رقم 78 لسنة 2012، حيث عرف العقد الإلكتروني في المادة (1) فقرة 11 بأنه "العقد الإلكتروني: ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العقادين بقبول الاخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه والذي يتم بوسيلة الإلكترونية".

وقد جاء في قرار صادر عن المجمع الفقهي الإسلامي العراقي المرقم ٥٤ / ٦/٣ النص على:

- **أولاً:** إذا تم التعاقد بين غائبين لا يجمعهما مكان واحد ولا يرى أحدهما الأخر معاينة ولا يسمع كلامه وكانت وسيلة الاتصال بينهما الكتابة أو الرسالة أو السفارة وينطبق ذلك على البرق والتلكس والفاكس وشاشات الحاسب الآلي (الكومبيوتر) ففي هذه الحالة ينعقد العقد عن وصول الإيجاب إلى الموجه إليه وقبوله.

- **ثانياً:** إذا تم التعاقد بين طرفين في وقت واحد وهما في مكانين متباعدين فإن التعاقد بينهما يعتبر تعاقدًا بين حاضرين.(3)

أما المشرع المصري فقد نص في مشروع قانون المعاملات الإلكترونية المصري لسنة 2001، بحيث يمكن استنباط لحظة إبرام العقد الإلكتروني، من المادة (2) منه بأنه "يسري على الالتزامات التعاقدية في مفهوم أحكام هذا القانون، قانون الدولة التي يوجد فيها المواطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنًا، فإن اختلفا موطنًا يسري

(1) محمود عبد الرحيم الشريقات، التراضي في تكوين العقد عبر الانترنت، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، 2009، ص161.

(2) أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، مصدر سابق، ص79.

(3) مصطفى موسى، التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الانترنت، دار الكتب القانونية، مصر، 2010، ص91.

قانون الدولة التي تم فيها العقد ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك، ويعتبر العقد قد تم بمجرد تأكيد وصول القبول".

وبذلك يتضح بان المشرع المصري قد عالج مسألة تحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني ضمن القواعد المتعلقة بتنازع القوانين من حيث المكان، وقد تبني حل يختلف عن الحلول المطروحة في النظريات الخاصة بمعالجة زمان انعقاد العقد، فبالرغم من تبينه نظرية استلام القبول إلا أنه انتهج نهج (تأكيد وصول القبول) والذي ينعقد العقد الإلكتروني فيه باللحظة التي يستلم فيها القابل رسالة تأكيد من الموجب تفيد وصول القبول إليه، كما ويمكن أن يتم ذلك بنفس طريقة الإيجاب أو بطرق أخرى ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك.(1)

لذا ينعقد العقد في اللحظة التي تدخل فيها الرسالة التأكيدية إلى نظام معالجة معلومات خاص بالقابل، وفي حال عدم قيام الموجب بإرسال هذا التأكيد إلى القابل وإشعاره بتسلم القبول لا ينعقد العقد ومن حق القابل أن يعتبر قبوله كأنه لم يرسل أصلاً ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك. وهذا خلافاً للقاعدة العامة المقررة في القانون المدني المصري في المادة 97 الفقرة الأولى منه، التي اعتمدت نظرية علم الموجب بالقبول.(2)

أما قانون التجارة الإلكتروني النموذجي لسنة 1996 فرغم كونه لم يتطرق في كافة نصوصه إلى مسألة الزمان والمكان لانعقاد العقد عبر الوسائل الإلكترونية إلا أنه استند على مسألة زمان ومكان إرسال رسائل البيانات، وذلك لأهميتها باعتبار أن هذه الرسائل هي التي تحمل الإرادة التعاقدية (الإيجاب والقبول).

وهذا ما جاء في المادة (15) من هذا القانون بأنه "مكان إرسال الرسالة الإلكترونية يتحدد بالمكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ وأن مكان استلامها هو المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه"، لذا فان العقد يعتبر أبرم في المكان المحدد ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، وكذلك الحال بالنسبة للتوجيه الأوربي بشأن التجارة الإلكترونية لسنة 2002.(3)

في حين جاء في اتفاقية التبادل النموذجي الاقتصادي لأوروبا في المادة (3 فقرة 1) منه بأنه "يعتبر العقد المنشئ باستخدام التبادل الإلكتروني للبيانات قد أبرم متى استسلمت الرسالة المرسل كقبول لعرض".(4)

مما تقدم كله يتضح مدى التباين والاختلاف بين التشريعات في تبني مفهوم موحد لتحديد زمان ومكان إبرام عقود التجارة الإلكترونية، ورغم أن واضعي القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية كانوا علي بيينة من أهمية تحديد زمان ومكان إبرام العقد الإلكتروني إلا أنهم آثروا ترك ذلك الأمر للقوانين الوطنية المطبقة علي العقد لكي لا يتجاوز القانون هدفه(5)، وهو النص علي تكافؤ الرسائل الإلكترونية والمستندات الورقية من حيث الحجية القانونية.

(1) امانح رحيم احمد، التراضي في العقود الإلكترونية عبر شبكة الانترنت دراسة تحليلية مقارنة في ضوء القانون المدني العراقي وقوانين التجارة والمعاملات الإلكترونية، ط1، عمان: دار وائل للنشر، 2006، ص195 وما بعدها.

(2) بشار طلال المؤمني، مشكلات التعاقد عبر الإنترنت "دراسة مقارنة"، الطبعة الأولى، الأردن: عالم الكتب الحديث للنشر والتوزيع. 2004، ص87.

(3) خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2009، ص162.

(4) أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، مصر، دار نشأت للنشر والبرمجيات، 2008، ص128.

(5) راجع دليل القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية، بند 7، ص43.

وما تجدر الإشارة إليه فيما يتعلق بمكان التعاقد عبر الوسائل الإلكترونية فتلك مسألة مختلفة بسبب الطابع الإلكتروني للاتصال ووجود التقنيات التي تتيح للمتراسلين التخاطب مباشرة بالصوت والصورة – دون اللقاء المباشر في مجلس الحقيقي – كما هو الحال في غرف المحادثة والتي يطلق عليها الشبكات الرقمية للخدمات المكتملة.

كما إن العقود التي تبرم عبر هذه الوسائل الإلكترونية وخاصة (الانترنت)، وغالباً ما تتم بين أشخاص لا يعرف بعضهم بعضاً لعدم وجود علاقات تعاقدية سابقة، ومن ثم لا يعرف من خلال الشبكة المفتوحة على وجه التحديد مكان نظام المعلومات وزمانه الذي صدرت عنه الرسائل سواء كانت رسالة إيجاب أم رسالة قبول، لذا فإن طبيعة التعاقد الإلكتروني تتطلب تحديد زمان ومكان انعقاد العقد لأنها ترتبط ارتباطاً وثيقاً بمسألة أعمال قواعد الإسناد وتحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة العقدية.(1)

وقد تبنى الفقه القانوني عدة نظريات تبين وقت انعقاد العقد بين غائبين، وبالتالي تحديد مكانه، حيث تستند هذه النظريات إلى لحظة اقتران القبول بالإيجاب، إلا أنها اختلفت فيما إذا كانت لحظة اقتران القبول بالإيجاب هي إعلان القبول أم إرسال القبول أم وصول القبول أم العلم بالقبول.(2)

وهذه النظريات هي:

أ- نظرية إعلان القبول (Declaration Theory):

بمقتضى هذه النظرية أن العقد ينعقد في الزمان والمكان اللذين يعلن فيهما الموجب له قبوله للإيجاب، دون حاجة إلى إرسال القبول إلى الموجب أو حتى علم الأخير به.

ويكفي وفقاً لهذه النظرية كي ينعقد العقد أن يقرأ المتعاقد رسالة بريد الكتروني تتضمن إيجاباً، ويعبر عن قبوله لهذا الإيجاب دون أن يقوم بأي تصرف كإرسال رسالة إلى الموجب ليخبره بالقبول وكذلك دون انتظار علم الموجب بهذا القبول، ويتساوى في ذلك وفقاً لهذه النظرية أن يقرأ الشخص رسالة نصية في غرف المحادثة تتضمن إيجاباً ويعلن قبوله لهذا الإيجاب دون أن يرسل رداً للطرف الآخر.(3)

أن أنصار هذه النظرية استندوا على أن العقد يمثل توافق إرادتين، وهذا التوافق يتم بمجرد إعلان قبول مطلق للإيجاب من كافة النواحي دون الحاجة إلى حصول علم الموجب بالقبول، كون القابل تعلق حقه بالعقد بمجرد إعلانه القبول، وبذلك يمتنع على الموجب بالعدول عن إيجابه من تلك اللحظة.(4)

إلا أن ما يؤخذ على هذه النظرية كونها تجاهلت إرادة الموجب، فمن حق الموجب أن يعدل عن إيجابه إذا لم يكن قد حدد المدة، ولم يرتبط به قبول، ذلك أن عدم وصول القبول للموجب يجيز له أن يعدل عن إيجابه، وإن كان

(1) طه كاظم حسن المولى، تطويع قواعد الإسناد في عقود التجارة الإلكترونية، مصدر سابق، ص103.

(2) محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، مصدر سابق، ص115.

(3) إياد أحمد سعيد الساري، النظام القانوني لإبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، مصدر سابق، ص100.

(4) محمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة مع التركيز على البيع بواسطة التلفزيون، مطبوعات جامعة الكويت، ط1،

الطرف الآخر قد أعلن هذا القبول، كون القبول وفقاً لاتجاه هذه الجماعة إرادة وهي لا تنتج أثرها إلا من وقت علم من وجهت إليه بها.(1)

ومن القوانين التي أخذت بمقتضى هذه النظرية، القانون المدني الأردني في المادة (101) منه، والقانون السوري في المادة (98) منه، والقانون اللبناني في المادة (84) منه.

ب- نظرية تصدير القبول (Expedition Theory):

يرى مؤيدو هذا الاتجاه بان العقد ينعقد في الزمان والمكان اللذين يصدر فيهما القابل قبوله، لذا لا يكفي لانعقاد العقد وفقاً لذلك أن يعلن القابل عن قبوله، بل لابد أن يرسل هذا القبول إلى الموجب، ذلك أن إخراج القبول من القابل يدل على صدور القبول، وبذلك فإن هذه النظرية تتلافى عيوب نظرية الإعلان السابق ذكرها.(2)

وعليه وفقاً لهذه النظرية ينعقد العقد عندما يكتب القابل رسالة بريد الكتروني متضمنة قبوله ويقوم بالضغط على زر إرسال لتخرج الرسالة من حوزته ولم يعد بإمكانه العدول عن القبول، ويكون بذلك قبولاً تاماً.

ومن القوانين التي أخذت بهذا النظرية، لقانون الالتزامات السويسري في المادة (10) منه، حيث جاء فيها "العقد الذي يبرم بين غائبين ينتج آثاره من وقت تصدير القبول" ويميل لهذه النظرية القانون الإنكليزي والقانون الأيرلندي والتقنين البرازيلي في مادة (1080) منه.(3)

إلا أن ما يؤخذ على هذه النظرية أنها لا تستوجب وصول القبول إلى الموجب أو علمه به، ويكفي إرسال القبول الكترونياً إلى عنوان الموجب، دون النظر إلى احتمال تعرض الرسالة إلى خلل فني يمنع وصولها إلى الموجب نتيجة لخلل فني أو قرصنة الموقع، حيث يمكن للقابل أن يتمسك بانعقاد العقد كونه أرسل قبوله وفي ذات الوقت فإن الموجب لا يستطيع الاحتجاج بوجود الخلل الفني، لذا فإن هذه النظرية لا تعد مناسبة للمعاملات الإلكترونية.(4)

ج- نظرية تسليم القبول (Reception Theory):

فطبقاً لهذه النظرية فإن لحظة انعقاد العقد، هي اللحظة التي يتسلم فيها الموجب القبول وإن لم يعلم به، ويكون ذلك بواسطة شبكة الانترنت عندما تدخل الرسالة الإلكترونية المتضمنة للقبول صندوق الموجب الإلكتروني، وعدم قيامه بقراءة الرسالة وعلمه بالقبول، ويكون العقد قد انعقد بهذه الحالة في اللحظة التي يتم فيها استلام الرسالة الإلكترونية، ودخولها في البريد الإلكتروني الخاص بالموجب، فالمعيار التي تأخذ به هذه النظرية هو تسليم القبول في موقع الموجب وليس العلم به.

(1) علي عادل محمد، تعيين زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني وأثره في تحديد الاختصاص القضائي الدولي، دراسة تحليلية مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون - جامعة صلاح الدين/ أربيل، 2006، ص 79.

(2) علي عادل محمد، تعيين زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني وأثره في تحديد الاختصاص القضائي الدولي، دراسة تحليلية مقارنة، مصدر سابق، ص 80.

(3) محمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة مع التركيز على البيع بواسطة التلفزيون، مصدر سابق، ص 40.

(4) إياد أحمد سعيد الساري، النظام القانوني لإبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، مصدر سابق، ص 101.

ومن التشريعات التي أخذت بهذه النظرية القانون المدني الألماني في المادة (130) منه، وقد أخذ به تقنين الالتزامات البولوني في المادة (79).⁽¹⁾

إلا أن الانتقادات التي وجهت إلى هذه النظرية، كونها لم تزد على النظريتين السابقتين بالشيء الجديد، كون إعلان القبول وتصديره لا يترتب عليه إنتاج القبول لأثره، على أساس أن القبول إرادة لا تنتج أثرها إلا بعلم الموجب بها، لذا فتسليم القبول لا يكون إلا واقعة مادية ليس لها قيمة قانونية في إثبات علم الموجب بالقبول، وبالنتيجة فتسليم القبول وفقاً لذلك لم يصف شيئاً لإعلانه من الناحية القانونية.⁽²⁾

قد أخذ القانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية⁽³⁾، عام 1996 بهذا القول أيضاً في المادة (15) منه، ونصها:

أ- إذا كان المرسل إليه قد عين نظام معلومات لفرض استلام رسائل البيانات، يقع الاستلام:

1. وقت دخول رسالة البيانات نظام المعلومات المعين.

2. أو وقت استرجاع المرسل إليه لرسالة البيانات، إذا أرسلت رسالة البيانات إليه من نظام معلومات تابع للمرسل إليه، ولكن ليس هو النظام الذي تم تعيينه.

ب- إذا لم يعين المرسل إليه نظام معلومات يقع الاستلام عندما تدخل رسالة البيانات نظام معلومات تابع للمرسل إليه.

ويتضح من هذا النص أن القانون النموذجي اكتفى بتحديد وقت استلام رسالة البيانات دون الإشارة إلى لحظة استلام القبول، ففي العلاقات العقدية تتضمن رسالة البيانات القبول⁽⁴⁾، وبالتالي فإن هذه النظرية تعد الأكثر ملاءمة لطبيعة التعامل عبر شبكة الانترنت، ووفرت حلاً عملياً وتقنياً للعيوب التي وجهت إلى النظريات السابقة، كما أنها تحقق العدالة عند تعاملها مع إرادة كلا الطرفين، لذا فهي النظرية الأكثر انطباقاً لتحديد زمان ومكان انعقاد العقد عبر شبكة الانترنت.⁽⁵⁾

د- نظرية العلم بالقبول (Information Theory):

تقوم هذه النظرية على انعقاد العقد في الزمان والمكان اللذين يعلم فيهما الموجب بأن إيجابه قد تم قبوله، أي لا يكون انعقاد العقد بمجرد إعلان القبول أو تصديره أو تسلمه، وإنما في اللحظة التي يعلم فيها الموجب بالقبول. ولذلك يشترط أنصار هذا النظرية علم الموجب بالقبول فهم لا يكتفون بإعلانه أو تصديره أو تسليمه.

(1) شادي رمضان إبراهيم طنطاوي، النظام القانوني للتعاقد والتوقيع في إطار عقود التجارة الإلكترونية، مصدر سابق، ص 220.

(2) محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، مصدر سابق، ص 115.

(3) اعتمد هذا القانون من قبل لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الانسيترال) وهو التي أنشأتها عام 1966 لتعزيز الموائمة والتوحيد لقانون التجارة الدولية، واعتمدت هذه اللجنة توصية في دورتها الثامنة عشرة عام 1985 بشأن القيمة القانونية للسجلات المحوسبة وطلبت الجمعية العامة للأمم المتحدة من حكومات والمنظمات الدولية باتخاذ إجراءات تتماشى مع توصيه اللجنة واعتمدهت لجنه (الانسيترال) في دورتها التاسعة وأوصت به الجمعية العامة للأمم المتحدة في الجلسة العامة 8 في 16 ديسمبر عام 1996.

(4) شادي رمضان إبراهيم طنطاوي، النظام القانوني للتعاقد والتوقيع في إطار عقود التجارة الإلكترونية، مصدر سابق، ص 222.

(5) محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، مصدر سابق، ص 118.

ومن التشريعات التي أخذت بهذه النظرية، القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 في المادة (87)، القانون المدني المصري في المادة (97) منه، والقانون المدني الليبي في المادة (97) منه، والقانون الألماني (BGB) في المادة (110) منه.⁽¹⁾

وتستند هذه النظرية إلى كونها تحافظ على حقوق الموجب، فلا يكفي فيها من اجل انعقاد العقد، أن يعلن القابل قبوله، أو أن يقوم بإرساله ولا أن يصل القبول إلى الموجب، بل يجب أن يعلم الموجب بان المتعاقد الآخر قبل إيجابه، لذا فلا تكفي أن تصل رسالة البريد الإلكتروني المتضمنة القبول إلى صندوق بريد الموجب الخاص، بل يجب أن يستعرض الموجب بريده الإلكتروني، وان يقرأ الرسالة ليعلم أنها قبول لإيجابه، كون النظرية ترتب آثار العقد منذ هذه اللحظة.⁽²⁾

وقد انتقد البعض نظرية العلم بالقبول على أساس أن علم الموجب بالقبول ليس شرط انعقاد بل هو شرط لزوم ونفاذ.⁽³⁾

وعليه فان النظريات التي بينت مسألة تحديد زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني والآثار القانونية المترتبة على هذا التحديد، تقر بعدم ضرورة التلازم بين مسألة زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني، لذا فإن النظرية الأنسب لتحديد زمان الانعقاد في العقد الإلكتروني، وعلى وجه التحديد المبرم عبر الإنترنت هي نظرية العلم بالقبول، لموائمتها التقنيات التكنولوجية الحديثة المرافقة لاستخدام الانترنت.

كما أن نظرية العلم بالقبول تتيح استرجاع رسالة البريد الإلكتروني أو تعديلها أو استبدالها بأخرى، بعد إرسالها ودخولها حساب البريد الإلكتروني الخاص بالمستقبل.⁽⁴⁾

2.2 آليات تسوية منازعات العقد الإلكتروني:

إن العيش في المجتمع يستلزم بصورة حتمية وجود قواعد تنظم الروابط بين أفرادها، ولما كانت هذه الروابط تختلف باختلاف الحياة الخاصة في كل جماعة، لذا كان من البديهي أن يكون لكل جماعة نظامها القانوني الخاص القائم على أسس منبثقة من عاداتها وظروفها وحاجاتها ومثلها العليا. وهذا يؤدي إلى اختلاف أحكام التشريعات في الدول المختلفة وقيام الموضوع الأساس للقانون الدولي الخاص هو تنازع القوانين الذي يتعلق بمسألة مزاوله الحقوق.⁽⁵⁾

فالعلاقات القانونية الوطنية المحضة يحكمها القانون الوطني وحده، سواء أكانت مدنية أم تجارية، ومعروفة أن التشريع يتكون من قواعد تسنها السلطة التشريعية وتطبقها السلطة المختصة، ولما كانت السلطة التشريعية وهذه

(1) خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، مصدر سابق، ص303.

(2) محمود عبد الرحيم الشريقات، التراضي في تكوين العقد عبر الانترنت، دراسة مقارنة، مصدر سابق، ص171.

(3) خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، مصدر سابق، ص306.

(4) لما عبد الله صادق سلهب، مجلس العقد الإلكتروني، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية -كلية الدراسات العليا، القانون، فلسطين، 2008، ص 146 وما بعدها

(5) غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص – تنازع قوانين، منشورات دار الثقافة للنشر وتوزيع، عمان، ط1، 2019، ص22.

السلطات، من أعضاء الدولة وكانت الدولة بطبيعتها ذات طابع إقليمي كان القانون بطبيعته إقليمياً، أي أن فاعليته تقتصر على إقليم الدولة التي أصدرته.(1)

أما العلاقات القانونية المشوبة بعنصر أجنبي، فلا يمكن تطبيق القانون الوطني عليها مباشرة، لأنه تتنازع على حكمها قوانين عدة دول تتصل بها في عنصر من عناصرها بسبب الصفة الأجنبية.

ونتيجة للتطور التكنولوجي والمعلوماتي الهائل الذي ساهم بشكل كبير في خلق علاقات ثقافية واقتصادية وسياحية واسعة ومهمة، مما من شأنه يستوجب البحث عن القانون الذي يحكم تلك المنازعات التي قد تحدث عند تنفيذ العقد الإلكتروني، وأيضاً يستلزم البحث عن المحكمة المختصة بنظر النزاع الناشب بشأن هذه العلاقات بين محاكم الدول المختلفة التي تتصل بها العلاقة المشوبة بعنصر أجنبي وهذا ما يطلق عليه بتنازع الاختصاص القضائي الدولي.

وإلى جانب الوسائل القضائية لحل المنازعات التي قد تحصل في مجال التجارة الإلكترونية، فإن هناك وسائل ودية من شأنها أن تحل محل القضاء الوطني لما تملكه من مميزات تجعل أطراف النزاع يميلون إلى اللجوء إليها، ذلك أن المعاملات التجارية تفضل الإسراع في حسم النزاع كونها تتعلق بمبالغ كبيرة لا تحتمل الانتظار أمام القضاء وتعقيدات إجراءاته.

لذا خصصنا هذا المبحث، لبيان آليات التسوية لمنازعات العقد الإلكتروني في مطلبين وكالتالي:

- **المطلب الأول:** الوسائل القضائية لتسوية منازعات العقد الإلكتروني.
- **المطلب الثاني:** الوسائل الودية لتسوية منازعات العقد الإلكتروني.

1.2.2. الوسائل القضائية لتسوية منازعات العقد الإلكتروني:

إن الاستخدام المتزايد لشبكة الانترنت لإبرام العقود تسبب بظهور العديد من المشاكل القانونية، ولعل أبرزها تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية، حيث تكمن هذه الإشكالية في إمكانية توجيه إيجاب إلى جميع مشتركى شبكة الانترنت، مما من شأنه أن يؤدي إلى احتمالية تطبيق جميع قوانين الدول المرتبطة بالعقد.

لذا ارتأينا معالجة إشكالية تطبيق القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني محل النزاع وتحديد المحكمة المختصة وكالتالي:

1.1.2.2. القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني:

فإذا طبق القانون الوطني مباشرة على النزاع المشوب بعنصر أجنبي، قد يؤدي ذلك إلى الأضرار بأطراف العلاقة وانتفاء العدالة وإعاقة التعامل بين أفراد الدول المختلفة وعرقلة التجارة الدولية والحيلولة دون الازدهار

(1) زهير الزبيدي، الاختصاص الجنائي للدولة في القانون الدولي، دار النشر جامعة بغداد، ط1، 1980، ص30.

الثقافي والعلمي والاقتصادي بين الدول ودفعاً لهذه الأضرار والنتائج في النزاع الناشئ من علاقة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي يجب تعيين القانون الأنسب الواجب التطبيق عليه وهذا ما يطلق عليه تنازع القوانين.(1)

وإن الدعوى المدنية الناشئة عن التعاقد كانت موضع اهتمام المشرعين فخصصوا لها نصوصاً عاجوا فيها مختلف أحكامها، كما حظيت هذه الدعوى باهتمام شراح القانون المدني عند تعرضهم لموضوع العقد، وذلك لأن المتضرر من جراء الإخلال بالعقد غالباً ما يتخذ الدعوى المدنية وسيلة للحصول على التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية التي لحقت به، كما أن هذه الدعوى تثير كثيراً من الإشكالات القانونية التي تحتاج إلى المعالجة كالإشكالات التي تتعلق بمسألة تنازع الاختصاص القضائي والقانوني في الدعوى التي يوجد فيها عنصر أجنبي، كما أن القوانين المدنية قد تشترط إجراءات خاصة يجب أن يسلكها المدعي لأجل رفع الدعوى، أو تحدد مدداً خاصة يجب رفع الدعوى خلالها لغرض المطالبة بالتعويض.

وفي التعاقد عبر شبكة الانترنت تنشأ عدة منازعات وخاصة بين المتعاقدين سواء كانوا أشخاص طبيعية أم معنوية أو فيما بين البنوك التي تكون وسيطة بينهما وهذه المنازعات تؤدي إلى طلب الفصل في موضوع هذا النزاع فيكون للمضروور الحق في المطالبة بفسخ العقد مع التعويض عما لحقه من ضرر جراء إخلال الطرف الآخر.

وإن عملية التعاقد تتعرض دائماً بان يدخل فيها العنصر الأجنبي خاصة عندما يكون التعاقد بين شخصين كل منهما يحمل جنسية مختلفة والسبب الرئيس لنشوء هذه العلاقات المشوبة بعنصر أجنبي، هو ازدياد اتصال أفراد الشعوب المختلفة بعضهم ببعض لسهولة طرق الاتصال الحديثة وبعد اكتشاف حدث ثورة معلوماتية قلبت موازين الحياة العملية حيث استبدلت كل ما كان قائماً على الأساليب التقليدية باستعمال الحاسوب في كل معاملة.(2)

إن الشبكة العلمية تظم أفراداً ومؤسسات مختلفة لهم علاقات فيما بينهم، هذه العلاقات تنشأ حقوقاً والتزامات قد تحدث منازعات بين الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق خاصة وإن التجارة الإلكترونية أكثر تعقيداً في حقل التجارة التقليدية.

إن كل دولة تقوم بوضع قواعد خاصة تنظم فيها القانون الواجب التطبيق إضافة إلى الأحكام التي تأتي بها الاتفاقيات والمعاهدات الدولية المنظمة لمسائل تنازع القوانين.(3)

وتختلف قواعد الإسناد (قواعد حل تنازع القوانين) التي تعالج التنازع ما بين قوانين الدول المختلفة باختلاف نوع النزاع المطروح أو طبيعة مضمونه، ومن ثم تتعدد عوامل أو ضوابط الإسناد التي يجري على أساسها تحديد القانون الواجب التطبيق عليها، وهذه القواعد وضعت للمسائل الأكثر شيوعاً في المعاملات أو الوقائع ذات الطابع الدولي مثل تلك المتعلقة بالعقود الدولية وحالة الأشخاص والمسؤولية المترتبة على الفعل الضار.

(1) غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص - تنازع قوانين، منشورات دار الثقافة للنشر وتوزيع، مصدر سابق، ص22.

(2) سليمان ضيف الله الزين، التحويل الإلكتروني للأموال ومسؤولية البنوك القانونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 2012، ص29.

(3) هبه تامر محمود عبد الله، عقود التجارة الإلكترونية، دراسة المقارنة، مصدر سابق، ص229.

إلا أن الذي يهنا بهذا الصدد هو أن قواعد التنازع التقليدية المتعلقة بالعقود خصوصاً، لم تضع نصب عينيها إمكانية إنجازها عبر القنوات الإلكترونية، التي قد تفتقر إلى عوامل الإسناد أو الارتباط التقليدية، فعوامل الارتباط المادية مثل مكان إبرام للعقد أو مكان تنفيذه، هو مما يصعب تطبيقه في حالة إبرام العقد أو تنفيذه عبر الفضاء أو القنوات الإلكترونية، ولهذا إذا كان من السهل إسناد معاملة دولية تتم على وفق السياقات التقليدية وتكون مرتبطة في انعقادها وتنفيذها في أماكن محددة، فإن إسناد العقود الإلكترونية التي تتم في بيئة إلكترونية يصعب تحديد مكان إبرامها أو تنفيذها، لأن العقد يرتبط بأكثر من مكان وهي مسألة يكتنفها الغموض لصعوبة تركيز العلاقة التعاقدية في مكان محدد، وهذا الأمر يزيد من تنازع القوانين في شأن تلك العقود، لذلك فإن تسوية حقوق أطرافها والتزاماتهم يقتضي تحديد أي من القوانين المتنازع بينها على حكمها هو الواجب التطبيق.⁽¹⁾

1.1.1.2.2. قواعد الإسناد الأصلية:

حيث استقرت معظم بلدان العالم فقهاً وقضاء قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة، أي خضوعه للقانون الذي يختاره الأطراف المتعاقدة، وقد أخذت بها العديد من التشريعات في الدول بوصفها قاعد الإسناد الأصلية الأولى، فيما يتعلق بالعقد من الناحية الموضوعية.⁽²⁾

وتستند قواعد التنازع في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد - في حالة غياب الاتفاق الصريح أو الضمني بين أطرافه على تحديده على عدة معايير أو عوامل ارتباط بين العقد والقوانين المتنازعة، إلا أن هذه العوامل تختلف من دولة إلى أخرى كما في حالة غياب الاتفاق الصريح بين الأطراف، فإن القاضي يحدد القانون الواجب التطبيق وذلك من خلال بذل جهد كبير للبحث عن مؤشرات تساعد على تركيز العقد في مكان محدد مثل مكان إبرامه أو مكان تنفيذه، ومن المستساغ أن ينظر القاضي إلى لغة العقد أو جنسية المتعاقدين أو موطنهما بوصفها عوامل مؤشرات تساعد على تحديد القانون الواجب التطبيق.

إلا أن الاتجاه الحديث يعطي الأهمية القصوى إلى الارتباط الحقيقي أو الجوهري المؤثر الذي يربط العقد بقانون معين، والذي انصرف إليه الإرادة الضمنية للمتعاقدين (أطراف العقد)، لذلك يذهب الرأي الراجح في شأن العقود الدولية في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد بأنه القانون الذي يرتبط به العقد برابطة وثيقة خصوصاً عندما يختلف مكان أو تنفيذ الالتزام الجوهري أو الرئيس في العقد عن مكان إبرامه.⁽³⁾

أ- الإرادة الصريحة في تحديد القانون الواجب التطبيق:

الإرادة هنا توجب إخضاع العقد إلى نظام قانوني متفق عليه من قبل أطراف العقد يستمد هذا الاتفاق قوته من قواعد الإسناد الوطنية التي تعطي للأطراف الحق على الاتفاق على قانون معين ليحكم العقد الدولي ويتحقق ذلك وفق الأساليب التالية:

(1) سلطان عبد الله محمود الجواري، عقود التجارة الإلكترونية والقانون الواجب التطبيق، دراسة قانونية مقارنة، مصدر سابق، ص92.

(2) أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، مصدر سابق، ص75.

(3) هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، الإسكندرية، 1995، ص 787.

1. تسمية قانون دولة معينة أو نظام قانوني معين.
2. يجوز أن تضمن العقد نصوص مواد معينة من قانون دولة معينة كشرط أو بنود في أصل العقد.
3. كما يمكن لأطراف العقد أن يقوموا بوضع شروطاً أو بنوداً أو نصوصاً من نتائجهم الذهني وليست شروطاً مأخوذة من نظام قانوني معين لتنفيذ مبدأ العقد شريعة المتعاقدين.
4. وقد تكون عقود نموذجية أو قياسية والتي هي لا تخرج عن كونها مجرد ملئ معلومات موضوعية في استمارات معدة ومطبوعة تصدر عن مراكز وهيئات دولية متخصصة تشرف على كل هذه الأمور التفصيلية التي تخص تجارة أو بيع تلك الأصناف مثل القمح والرز والشاي وغيرها، ولكن يوضع في هذه العقود شرط الرجوع على غرفة تجارة معينة مثل العقود المتعلقة بالحبوب يشار بشأنها إلى قواعد غرفة تجارة لندن للحبوب.(1)

ب- الإرادة الضمنية لتحديد القانون الواجب التطبيق:

على القاضي عندما لا توجد إرادة صريحة تحدد القانون الواجب التطبيق في العقد أن يعمل على البحث عن الإرادة الضمنية، وذلك من خلال الاستناد إلى مجموعة ضوابط وقرائن التي تشير بطريقة مؤكدة إلى نية الأطراف بتطبيق قانون متصل بالعقد فالتطبيقات القضائية تشير إلى وجود مجموعة قرائن تدل على الإرادة الضمنية أهمها مكان تنفيذ العقد، عرض النزاع أمام دولة معينة، جنسية الأفراد، طبيعة العقد، عمله الوفاء، صيغة العقد، لغة العقد، تحرير العقد لدى موثق رسمي وغير ذلك من القرائن والظروف.

ويكون من المفيد بالنسبة للمحاكم عدم اللجوء إلى هذه الوسيلة إلا بعد التحقق التام والوصول إلى اليقين الثابت على مثل هذا الاختيار.(2)

أما موقف التشريعات الوطنية للدول فقد اتخذت من قانون الإرادة قاعدة إسناد أصلية في مجال العقود، حيث أخذ القانون العراقي مثل غيره من القوانين العربية مبدأ سلطان الإرادة في مجال العقود وتبني قاعدة قانون الإرادة كقاعدة إسناد عامة في نطاق الالتزامات التعاقدية.

فقد نصت الفقرة الأولى من المادة (20) من القانون المدني العراقي على أنه: (يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذ اتحداً موطناً، فإن اختلفا موطناً سري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو تبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه)، وهذه المادة منقولة من المادة (19) من القانون المدني المصري.

(1) ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص المقارن، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ج1، عمان، 1998، ص167.
(2) طارق عبد الله عيسى، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية قانون، جامعة بغداد، 2001، ص135.

كما وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري تعليقا على المادة (19) منه بأنها تتضمن حكما عاماً لسلطان الإرادة ويضمن وحدة القانون الواجب التطبيق على العقد وهي وحدة لا يكفلها فكرة تحليل عناصر العقد واختيار القانون الذي يتلاءم مع طبيعة كل منها.

وقد ثار خلاف في الفقه المصري بخصوص المادة (19) حيث استعمل المشرع عبارة الالتزامات التعاقدية ولم يستعمل مصطلح العقد، ذلك أن الالتزامات التعاقدية يقصد بها آثار العقد، كما ورتب البعض على قاعدة قانون الإرادة الواردة في المادة (19) بأنها تنطبق فقط على آثار العقد، أما فيما يتعلق في القانون الواجب التطبيق على تكوين العقد فهي مسألة يجب تركها لاجتهاد الفقه والقضاء.

أما القسم الآخر من الفقه فيقول إن المادة (19) مدني مصري جاء نصها مصرحاً بالقانون الواجب التطبيق في الالتزامات التعاقدية إلا أنه ليس هناك أية شبهة في سريان هذه القاعدة على العقد بوصفه مصدراً لهذه الالتزامات. كما ويؤيد الفقه الراجح وجهة النظر هذه متأثرة بمبدأ وحدة القانون الواجب التطبيق على العقد مسترشداً بما ورد في المذكرة الإيضاحية للقانون الذي تؤيد هذا المبدأ وتكشف عن قصد المشرع في التعبير باصطلاح الالتزامات التعاقدية عن كل ما يتعلق بالرابطة التعاقدية من حيث تكوينها وآثارها.

وقد أطلق المشرع العراقي نص المادة (20) من القانون المدني التي لم تقيد اختيار المتعاقدين لقانون أجنبي بأي قيد، غير أن الفقه يميل إلى تقييد حرية هذا الاختيار بوجود صلة بين القانون المختار والعقد أو المتعاقدين⁽¹⁾ وهناك قسم من الفقهاء ينتقد عدم تقييد الإرادة الصريحة ويرى أن المشرع تكلم عن الإرادة الضمنية بطريقة مبهمة فلم يبين ما هي العناصر التي يمكن الاستناد إليها الاستخلاص هذه الإرادة الضمنية.

ويمكن القول إن القضاء العراقي يتمتع بصلاحيات واسعة في اعتماد القرائن للكشف عما توجهت إليه الإرادة الضمنية وهي في سبيل ذلك تقوم بتركيز العلاقة إلى قانون معين، فإذا ما وجد القاضي من القرائن ما تسمح له بالكشف عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين في تحديد القانون الذي يحكم العقد، توجب عليه تطبيق هذا القانون.

أما إذا لم يتوصل القاضي إلى هذه الإرادة فإن عليه تطبيق قانون الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحداً موطناً، وفي حالة اختلاف الموطن تطبيق قانون الدولة التي تم فيها العقد استناداً إلى نص المادة (20) من القانون المدني العراقي ولم ينص القانون العراقي على تقييد الرخصة التي حولها للمتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد المبرم بينهما حيث جاءت المادة (20) من القانون المدني العراقي مطلقة وهذا ما يستفاد منه بعبارة (ما لم يتفق المتعاقدان أو تبين من الظروف أن قانوناً آخر يراد تطبيقه).

(1) ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص المقارن، مصدر سابق، ص170.

2.1.1.2.2. قواعد الإسناد الاحتياطية:

بسبب عاملي السرعة والمنافسة وغيرها من العوامل التي تحيط بالمعاملات التجارية فقد تبرم بعض عقود التجارة الدولية خاصة عقود البيع الدولي ومنها عقود التجارة الإلكترونية دون الإفصاح عن إرادة المتعاقدين الصريحة في اختيار قانون معين ليحكم العقد وقد يتعذر استخلاص الإرادة الضمنية من ظروف التعاقد وشروط العقد.

وهنا يثار التساؤل عن القانون الواجب التطبيق في حالة حدوث نزاع بين المتعاقدين حيث لا مشكلة بالنسبة إلى المتعاقدين في حالة الاتفاق صراحة على القانون الذي يحكم العقد، إذ إن هناك إجماعاً بين القوانين الوطنية والاتفاقيات والقضاء في مختلف الدول على احترام مبدأ سلطان الإرادة وإعمال قاعدة قانون الإرادة بوصفها قاعدة الإسناد الأصلية للملائمة للعقود الدولية ومن بينها عقود التجارة الإلكترونية، وكل ذلك مرهون بأن يكون التعبير عن إرادة المتعاقدين قد تم صراحة في بنود العقد أو يمكن استخلاص هذه الإرادة من ظروف التعاقد.⁽¹⁾

أما قواعد الإسناد الاحتياطي في القانون العراقي فقد سار المشرع العراقي على منهج التشريعات التي لم تترك مسألة تعيين القانون الواجب التطبيق على العقد الاجتهادات القضاء في حالة غياب إرادة المتعاقدين الصريحة والضمنية، بل فضل تحديد ضوابط أو قواعد إسناد احتياطية بنص القانون، يتعين على القاضي أن يستعين بها كي يقرر ما هو القانون الذي يحكم العقد موضوع النزاع، وعلى ذلك نصت الفقرة الأولى من المادة (20) من القانون المدني العراقي على ما يأتي: (يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإن اختلفا موطناً يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا من لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه).

كما ويتبين من هذا النص وهو مطابق لنص المادة (19) مدني مصري أن المشرع العراقي قد فرق بين حالتين تتعدم فيهما إرادة المتعاقدين صراحة أو ضمناً (حالة اتحاد موطن المتعاقدين وحالة اختلاف هذا الموطن) وضع لكل حالة من هاتين الحالتين قاعدة إسناد احتياطية يلتزم القاضي باتباعها لتعيين القانون الواجب التطبيق على العقد أو على حد تعبير المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني المصري قرائن قانونية مفيدة يعمل بها في حالة انعدام إرادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية.

وطبقاً لنص المادة (20) مدني عراقي تكون الأولوية في التطبيق القانون الموطن المشترك للمتعاقدين إذا توافر ذلك، أما إذا كان موطن المتعاقدين مختلفاً فإن قاعدة الإسناد الاحتياطية في مثل هذه الحالة هي قانون مكان إبرام أو انعقاد العقد ويبدو أن المشرع العراقي استعان في هذا النص بقاعدة إسناد احتياطية من بين القاعدتين المرتبطتين بأشخاص المتعاقدين وهي الموطن المشترك، وقاعدة أخرى من القاعدتين المرتبطتين مباشرة بالعقد وهي مكان الانعقاد.

كما وتثير قرينة محل إبرام العقد صعوبة كبيرة وخاصة إذا لم يكن محل إبرام العقد واحداً، بل تعددت الأماكن التي تمت فيها عملية إبرام العقد، كما هو الحال في التعاقد بين غائبين أو التعاقد بالمراسلة أو عن طريق الانترنت

(1) سلطان عبد الله محمود الجواري، عقود التجارة الإلكترونية والقانون الواجب التطبيق، دراسة قانونية مقارنة، مصدر سابق،

وهو أمر مألوف في الوقت الحاضر في إبرام عقود البيع الدولي التي تتم غالباً بواسطة الاتصالات الدولية الحديثة مثل الفاكس والانترنت، أو ما يسمى بالتجارة الإلكترونية، إذ إنه في مثل هذه الأحوال يصعب تحديد الزمان والمكان الذي انعقد فيهما العقد.

وإن مكان انعقاد العقد يرتبط إلى حد كبير بزمان انعقاده، وتختلف التشريعات الوطنية اختلافاً بيناً بهذا الصدد فالقانون السويسري يعقد بالمكان الذي تم فيه تصدير القبول أما القانون المدني العراقي فإنه يعقد التعاقد بين الغائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك.⁽¹⁾

مما تقدم كله نلمس قدرة قواعد الإسناد في القوانين الداخلية لمواجهة المشاكل المتعلقة بالعقود الإلكترونية، ذلك أن أغلب هذه القوانين بدأت بالتطور وفقاً لما يلاءم متطلبات التجارة الإلكترونية والعقود الإلكترونية التي تتم عبر شبكة الانترنت، حيث أجازت هذه القوانين التعبير عن الإرادة عبر الانترنت وكذلك اعترفت بالتوقيع الإلكتروني وحتى أن بعضها ساوت بينه وبين التوقيع التقليدي في الإثبات.⁽²⁾

كما أن بعض هذه التشريعات ومن ضمنها المشرع العراقي والمشرع المصري، قد اعترفت بالكتابة الإلكترونية ونظمت أحكامها، وعملت على تطوير تشريعاتها فيما يتعلق بالحماية الفكرية عبر ما يتم نشره عن طريق الانترنت، كما وعدلت في قوانينها الجنائية بما يتلائم مع متطلبات التجارة الإلكترونية، وبذلك أصبح من الممكن الاعتماد على القوانين الوطنية لحل أي نزاع يتعلق بالعقود الإلكترونية.

وما تجدر الإشارة إليه هنا إلى أن أحكام القانون الإلكتروني لم تبلغ من التمام ما يؤهلها لتحل محل القوانين الداخلية لكونها غير ملزمة فهي مجرد عادات وأعراف تجارية، كما أنها لا تتضمن قواعد تفصيلية قادرة على حسم المنازعات المتعلقة بالتجارة الإلكترونية، كون هذه العادات والأعراف لم تتضمن على أحكام وافية.⁽³⁾

وقد ذهب اتجاه فقهي بضرورة تطبيق عادات وأعراف التجارة الإلكترونية، كونه يمكن الشركات المصدرة للمنتجات والتكنولوجيا في الدول المتقدمة من ضمان مصالحها، وبالتالي فإن تطبيق هذه العادات سيؤدي إلى استبعاد قوانين الدول الوطنية وإحلال عادات التجارة الإلكترونية محلها مما من شأنه إلحاق الضرر بالدول النامية وتجاهل مصالح هذه الدول وهذا ما يؤخذ على هذا الاتجاه.⁽⁴⁾

لذا فإن قواعد الإسناد الوطنية التقليدية تعد الحل الأمثل لضمان مصالح جميع الأطراف، سواء الدول المتقدمة أو مصالح الدول النامية، كونها قادرة على حل مشاكل تنازع القوانين وتوحيد القواعد الموضوعية بين التشريعات الوطنية للدول، ويجب على الدول النامية عدم التنازل عن أنظمتها القانونية، وأن تتجنب استبدالها بالقواعد

(1) حمزة حداد، قانون التجارة الدولية، الدار المتحدة للنشر، بيروت، ط1، ص123.

(2) ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص المقارن، مصدر سابق، ص169.

(3) أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي الإلكتروني السياحي البيئي، دار النهضة العربية، ط1، 2000، القاهرة، ص63 وما بعدها.

(4) اشرف وفا محمد، عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، المجلة المصرية للقانون الدولي الخاص، الجمعية المصرية للقانون الدولي، المجلد السابع والخمسون، 2001، ص209.

والاعتراف الجديدة، بل عليها أن تعمل على تطوير قوانينها بما يتلائم مع التجارة الإلكترونية دون المساس بخصوصية تشريعاتها ومصالحها الوطنية.(1)

2.1.2.2. القضاء المختص بنظر منازعات العقود الإلكترونية:

إن أغلب العلاقات القانونية في العقود الإلكترونية تكون ذات عنصر أجنبي، كما هو الحال في العقود بين أشخاص ينتمون لدول مختلفة، وكذلك الحال بالنسبة لكافة عمليات الدعاية والترويج للسلع والخدمات واستغلال حقوق الملكية الفكرية، إلا أن ما يستدعي التركيز عليه هو طبيعة العلاقة القانونية إذا ما اقتصر طرفاها في دولة واحدة وطنية وتم إبرام العقد عبر الشبكة العلمية للانترنت.

فأطراف العقد الإلكتروني وان كانوا ينتمون لذات الدولة الواحدة ويتمتعان بجنسيتها الوطنية، ويتواجدان على أرضها أثناء التعاقد، إلا أن هذا التعاقد قد تم عبر الشبكة العالمية كونها ممكنة الوصول إليها من أي مكان في العالم، ولجميع الأشخاص بمجرد امتلاكهم الرقم السري لدخولها من أي مكان، لذا فلا يمكن حصر موقع هذه الشبكة في موقع جغرافي لدولة معينة.(2)

وعليه فالعلاقة القانونية وهذه الحالة لا تعد أجنبية في ميدان التجارة الإلكترونية قياساً بمقارنتها بضوابط الجنسية أو الموطن أو محل الإقامة بين طرفي العقد، كما لا يمكن التمسك بالمفهوم التقليدي للدولية، ذلك أن اكتساب الصفة الدولية في العقود الإلكترونية لا يمكن تفسيره وفق المفهوم التقليدي للدولية وبالتالي التقاضي بشأنها أمام المحاكم الأجنبية.(3)

ولعل أبرز مثال على ذلك هي تلك النزاعات الحاصلة نتيجة استخدام الشبكة الإلكترونية بشكل غير مشروع، فهذا الاستخدام للموقع الإلكتروني يعد مخالفة لقوانين الدولة، التي يستخدم مواطنيها هذه المواقع، فعندما تتضمن قذفا بحق أحد المواطنين، أو استخداما لعلامة تجارية تملكها شركة غير وطنية.

لذا فإن الصفة الدولية والعنصر الأجنبي الذين يمكن وصفهما كذلك استنادا للحدود السياسية بين أقاليم الدول والتي يطبق بشأنها قواعد القانون الدولي الخاص، فأنها ليس لها وجود في الوسط الإلكتروني، كونها شبكة عابرة للحدود، وذلك بسبب معاملة مستخدمي الانترنت عند إرسال البيانات عبر الشبكة العالمية فأنتهم يعدون مقيمين في دول مختلفة حتى وان تم إرسال هذه البيانات إلى متلقي محلي.(4)

واستنادا لذلك فإن العقود الإلكترونية تعد دولية حال إبرامها عبر الشبكة العالمية، رغم أن طرفي العقد مقيمين في ذات الدولة، مما يعني ظهور مفهوم جديد للعقد الدولي والصفة الدولية، والذي يطلق عليه العقد الإلكتروني

(1) محمود عبد الرحيم الشريقات، التراضي في تكوين العقد عبر الانترنت، مصدر سابق، ص94.

(2) United nations conference on trade and development (unctad) e-commerce and development report, new York and geneva, un., 2001.p.99.

(3) United nations conference on trade and development (unctad) e-commerce and development report, new York, ibid.,, p.100.

(4) Unctad Report.op.cit.,p.100 and p..133 footnote 5.

والصفة الإلكترونية، لذا فإن تحديد القضاء المختص في الدولة يتوقف على المبادئ التي تعتمدها هذه المحكمة في تفسيرها لمفهوم الدولية والعنصر الأجنبي.

كما أن تميز الانترنت بالصفتين الوجودية والتعددية، تتيح لأي شخص في أي مكان بالعالم أن يتصل بالإنترنت ويتواصل مع عدد غير محدود من الأشخاص في آن واحد، كما أن توافر المعلومات على شبكة الانترنت يمكن تصفحها من أي دولة. أما الصفة التعددية للإنترنت فمعناها تعدد ضوابط الاختصاص القضائي بشأن إمكانية نظر المنازعة الإلكترونية، كما هو الحال في منازعات العقد الإلكتروني، حيث يستند تحديد القضاء المختص بنظرها بضابط الجنسية تارة، وضابط الموطن أو محل الإقامة أو مكان وجود أطراف العقد أو إبرامه أو تنفيذه تارة أخرى، وكذلك يمكن الاستناد على ضابط محل وجود المال المنقول أو حصول الفعل غير المشروع.⁽¹⁾

لذا فإن تحديد الاختصاص القضائي لمحاكم أي دولة يستلزم تفعيل قواعد إسناد قانون هذه الدولة، حيث قد يكون القانون المطبق هو قانون المحكمة أو قانون أجنبي معين، وقد يكون القانون الواجب التطبيق وفقاً لقواعد الإسناد في هذه الحالة لا يعتد بالتعاملات الإلكترونية وبالتالي لا تنتج آثارها في دولة القانون الواجب التطبيق وبالتالي يبقى النزاع قائماً.

مما سبق فإن تحديد الاختصاص القضائي الإلكتروني في المنازعات الحاصلة عبر شبكة الانترنت، تكون قواعد الاختصاص القضائي الدولي عاجزة في تحديد المحكمة المختصة ولا يلي مصالح الأطراف أو متطلبات التعامل الإلكتروني، فلا يعطي معنى الاختصاص القضائي الدولي ذات معنى الاختصاص القضائي الإلكتروني، حيث في الاختصاص الأخير قد يعقد لمحكمة وطنية محضة.

ولما كانت ضوابط الاختصاص تهدف إلى جلب الاختصاص القضائي لمحاكمها، في حين أن قواعد الإسناد وظيفتها تحديد القانون الواجب التطبيق أجنبياً أم وطنياً وفقاً لنوع العلاقة القانونية، وضابط الإسناد المقترن بها، حيث أن هدف كل قاعدة إسناد مغاير لهدف القاعدة الأخرى بل أن القانون الذي يجري تحديده وفق ضابط واحد يختلف تبعاً لنوع العلاقة القانونية، وعليه فإن الاختصاص القضائي الإلكتروني هو مجموعة القواعد التي تحدد في مقتضاها ولاية المحاكم للدولة بنظر المنازعات الإلكترونية إزاء غيرها من محاكم دول أخرى.⁽²⁾

ولا شك أن تعاقد عبر شبكة الدولية يثير الكثير من المشاكل، وأهمها تعيين الاختصاص القضائي الذي يتولى حل تلك النزاعات، والعقد الإلكتروني تعتبر من العقود ذات طابع الدولي التي يجوز فيها لطرفي العقد الاتفاق على ولاية محكمة دول معينة لحل النزاع القائم أو المحتمل حتى وإن كان هذا النزاع خارج عن اختصاص تلك المحكمة.

لذا سنبين ضابط اختيار الاختصاص أو الاتفاق على الاختصاص وفقاً للمبادئ العامة للتشريعات والمستقرة في الاتفاقيات الدولية، ورغم أن هذا الضابط لم يرد ضمن الضوابط الواردة في القانون المدني العراقي في المواد

(1) غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص – تنازع قوانين، مصدر سابق، ص40.

(2) أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي الإلكتروني السياحي البيئي، مصدر سابق، ص66.

(14) و(15) منه، إلا أن فقهاء القانون الدولي الخاص العراقي يعتبرونه احد الضوابط التي يقوم عليها الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية، كونه أصبح أحد مبادئ القانون الدولي الخاص الشائع.(1)

1. اختيار الاختصاص القضائي: ينعقد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية بناءً على اتفاق

أطراف النزاع استناداً إلى بند يندرج في العقد المبرم بينهما يولي فيه الاختصاص لمحاكم أخرى غير التي يقع في دائرتها محال إقامة المدعى عليه أو موطنه، فعلى سبيل المثال اتفاق المتعاقدين عند إبرام العقد أن يكون لمحاكم العراق حق فصل النزاع القائم بينهما أو محتمل الظهور في هذه العلاقة فينعقد الاختصاص بسبب الخضوع الإرادي للقضاء العراقي.(2)

ولذلك يمكن تحديد المحكمة المختصة لنظر المنازعات كالتالي:

أ- الاتفاق الصريح لتحديد المحكمة المختصة:

جرى التعامل في معظم تشريعات الدول المعاصرة، على أنه في العقود ذات الطابع الدولي، يجوز لطرفي العقد الاتفاق على ولاية محكمة دولة معينة، الحل نزاع قائم أو محتمل ولو كان هذا النزاع يخرج أساساً عن اختصاص المحكمة المتفق على ولايتها(3)، وقد أخذت دول الاتحاد الأوربي بهذا الاتجاه عند تحديد المحكمة المختصة بنظر النزاع الناشئ عن التعاقد غير الشبكة الدولية للاتصالات إذا تضمنت اتفاقية بروكسل المعقودة بين دول الاتحاد الأوربية 27 / آب / 1998 بشأن تحديد الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية.

أما القضاء الفرنسي واستناداً للمادة (48) من قانون أصول المحاكمات المدنية اعتبر كل شرط يخالف قواعد الاختصاص المكاني يعتبر كائن لم يكن، إلا أن هذا النص استثنى من حكمة العقود التي يكون فيها الأطراف تجاراً، وعدم أعمال هذا النص في مجال المعاملات الدولية، وقد استبعد المشرع بعض العقود من إمكان الخضوع الاختياري لقضاء غير مختص، وكان الهدف من ذلك، الرغبة في حماية الطرف الضعيف اقتصادياً، كالمستهلك والعامل وسواهما.

وفي ظل إمكانية اتفاق الأطراف على القضاء المختص سعت بعض التشريعات إلى وضع نظام خاص بعقود الاستهلاك يتم بمقتضاه، تحديد المحاكم المختصة وفقاً لضوابط ومعايير تختلف عن تلك المستخدمة بالنسبة للعقود بشكل عام، ومنها القانون الدولي السويسري، الذي وضع قواعد تسمح للمستهلك برفع دعواه إلى مقدم الخدمة أمام محكمة موطنه أو محل إقامة المستهلك كما لا يسمح هذا القانون بالتنازل عن هذا الاختصاص.(4)

ب- الاتفاق الضمني لتحديد المحكمة المختصة:

علاوة على الاختيار الصريح لتحديد المحكمة المختصة قد يكون اختيار الأطراف لهذه المحكمة ضمناً حيث أن تعيين الاختصاص وتحديد المحكمة التي تنظر النزاع من المسائل الجوهرية بالنسبة للمتعاقدين كونه يجعل أطراف العلاقة على يقين قانوني من المحكمة التي سوف تحكم فيما ينشأ بينهم من نزاع مستقبلي بخصوص

(1) حسن الهداوي، تنازع القوانين وأحكام القانون الدولي الخاص العراقي، مصدر سابق، ص254.

(2) إياد أحمد سعيد الساري، النظام القانوني لإبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، مصدر سابق، ص232.

(3) الياس ناصيف، العقود الدولية-العقد الإلكتروني في قانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2009، ص314.

(4) حسن الهداوي، تنازع القوانين وأحكام القانون الدولي الخاص العراقي، مطبعة الرشاد، بغداد، ط2، ص243.

العقد مما يحقق نوعاً من الاستقرار في التعامل ويعطي العقد والطرفين نوعاً من الأمان القانوني والثقة في التعامل.(1)

وذلك من خلال شرط في العقد المبرم بينهما وفي حالة عدم وجود مثل هذا الشرط يمكن أن تستند المحكمة على القبول باختصاصها من خلال مثل المدعى عليه أمام هذه المحكمة وسيره في إجراءات التقاضي دون ان يدفع بعدم الاختصاص. حيث أن الدفع بعدم الاختصاص من الدفوع التي اوجب القانون إثارتها قبل الدخول في أساس الدعوى، فيعد هذا الحضور قبولاً ضمناً.

وقد نصت المادة (28/ مدني عراقي) أن قواعد الاختصاص في جميع الإجراءات يسري عليها قانون الدولة التي تقام فيها الدعوى، أو تباشر فيها الإجراءات وعليه فالأجنبي شخصاً حقيقياً كان أم حكماً يمكن أن يخضع لسلطة القضاء العراقي باختياره في جميع الأحوال التي لم يرد فيها نص يقضي باختصاص القضاء العراقي للنظر في دعواه، ولكن يرد على هذه القاعدة، (قاعدة الخضوع الإرادي) قيد يقتضيه نوع الدعوى، فالدعوى العينية العقارية لا يمكن أن يقبل فيها الاختصاص عن الخضوع الإرادي ذلك لان مثل هذه الدعوى تعتبر من النظام العام وتخضع لسيادة الدولة التي وجد غير المنقول في إقليمها، وهذا ما أخذ به المشرع المصري بشأن تحديد الاختصاص في المادة 32 من قانون المرافعات المدنية رقم 13 لسنة 1986.(2)

2- الضوابط العامة للاختصاص القضائي الإلكتروني:

هناك ثلاثة ضوابط عامة يمكن تطبيقها سواء كان النزاع المعروف على القاضي العراقي يتعلق بمسائل الأموال أو العقود أو الالتزامات غير التعاقدية، وسواء كانت الدعوى شخصية أم عينية، وقابليتها للتطبيق في مجال التجارة الإلكترونية والصعوبات المرافقة لها.

وينعقد الاختصاص القضائي الإلكتروني للمحاكم العراقية استناداً لنص المادتين 14 و15 من القانون المدني العراقي، وكذلك استناداً لما جاء في المادة السابعة من قانون تنفيذ أحكام المحاكم الأجنبية في العراق رقم 30 لسنة 1928، وكذلك ما جاء في المادة 28 من اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي لعام 1983.(3)

وهذه الضوابط هي:

أ- الجنسية العراقية للمدعى عليه: حيث قرر القانون المدني العراقي في المادة 14 منه بأنه "يقاضي العراقي أمام محاكم العراق عما ترتب في ذمته من حقوق حتى ما نشأ منها في الخارج" وعليه فان اختصاص المحاكم العراقية بنظر الدعاوى التي ترفع إليها ويكون المدعى عليه عراقي الجنسية، ولو لم يكن له موطن أو محل إقامة في العراق وأن كان الحق موضوع الدعوى قد نشأ في وسط إلكتروني، بغض النظر

(1) إياد أحمد سعيد الساري، النظام القانوني لإبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، مصدر سابق، ص235.

(2) حسن الهداوي، تنازع القوانين وأحكام القانون الدولي الخاص العراقي، مصدر سابق، ص244.

(3) إياد أحمد سعيد الساري، النظام القانوني لإبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، مصدر سابق، ص235.

عن جنسية المدعي سواء كان عراقياً أم أجنبياً أم عديم الجنسية، وبغض النظر عن جنسية المدعى عليه هل هي أصلية أم طارئة، إلا أن المهم أن يكون المدعي عليه عراقي الجنسية وقت رفع الدعوى.⁽¹⁾

ب- وجود الأجنبي المدعى عليه في العراق: نصت المادة (15) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 بأنه "يقاضي الأجنبي أمام محاكم العراق في الأحوال الآتية:

- 1- إذا وجد في العراق.
- 2- إذا كانت المقاضاة في حق متعلق بعقار موجود في العراق أو بمنقول موجود فيه وقت رفع الدعوى.
- 3- إذا كان موضع التقاضي عقداً تم إبرامه في العراق أو كان واجب التنفيذ أو كان التقاضي عن حادثة وقعت في العراق.

والمقصود بوجود الأجنبي هو الوجود المادي في العراق وقت رفع الدعوى، أي كان سبب هذا الوجود ومدته وان كان مجرد مرور، فلا يشترط أن يكون هذا الأجنبي متوطناً في العراق أو مقيماً فيه⁽²⁾، لذلك فإن الاختصاص القضائي للمحاكم العراقية يتوفر لو كان الأجنبي يملك في العراق موطناً أو محل إقامة أو مسكن⁽³⁾، ذلك إن إمكانية تطبيق هذا الضابط في المعاملات الالكترونية قليلة وتتنحصر بتجاوز المشكلات التي تعترضه وهو ما نصت عليه المادة 15 من القانون المدني العراقي.⁽⁴⁾

3- الضوابط الخاصة للاختصاص القضائي الإلكتروني:

ويسعى المشرع العراقي إلى استقطاب الاختصاص القضائي لمحاكمه في دعاوى المتعلقة بالأموال أو العقود أو الوقائع القانونية في العراق، حيث تكون هذه الضوابط ضوابط خاصة لمنح الاختصاص للمحكمة العراقية، حيث تحكم هذه الضوابط قواعد صارمة بشأن صلاحيتها لانعقاد الاختصاص القضائي الإلكتروني للمحاكم العراقية، وهذه الضوابط هي:

أ- ضابط الاختصاص القضائي الإلكتروني بشأن الأموال: يشترط هذا الضابط أن يكون المنقول المتنازع عليه موجود في العراق وقت رفع الدعوى أمام المحكمة العراقية، رغم أن المادة (15) من القانون المدني العراقي قد جعلت التقاضي مقصور على أموال الأجنبي في العراق، إلا أن هذا الضابط ينهض إذا تعلق الدعوى بمنقول وتكون المحكمة العراقية هي المختصة بغض النظر عن جنسية أطراف الدعوى أو مواطنهم، وسواء كانت الدعوى شخصية أم عينية أم مختلطة، 53 ولعل السبب

(1) هبه تامر محمود عبد الله، عقود التجارة الالكترونية، دراسة مقارنة، مصدر سابق، ص298.

(2) منير القاضي، ملتقى البحرين، المجموعة الأولى، مطبعة العاني، بغداد، 1952، ص32.

(3) عوني الفخري، الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية وتنفيذ الأحكام الأجنبية في العراق في المسائل المدنية والتجارية، مكتبة صباح، ط1، 2007، ص20

(4) منير القاضي، ملتقى البحرين، مصدر سابق، ص33.

الأبرز للأخذ بهذا الضابط وجود المال المنقول في العراق يجعل المحكمة العراقية أقدر من غيرها على تنفيذ حكمها.(1)

ب- ضوابط الاختصاص بشأن العقود المبرمة أو واجبة التنفيذ أو تعلقها بحق متنازع عليه: حيث تكون المحاكم العراقية هي المختصة في النظر بالدعاوى الناشئة عن عقد تم إبرامه في العراق أو يراد تنفيذه فيه، أو أن يكون الحق المتنازع عليه داخل العراق، فإذا ما أبرم عقد بين شخص عراقي وآخر بريطاني الجنسية عن طريق شبكة الانترنت، بشأن قيام البريطاني بإنشاء مشروع في العراق أو تم العقد بينهما في العراق فاستناداً للقواعد العامة يكون نظر النزاع القائم بينهما من اختصاص محاكم العراق. ويكفي لثبوت الاختصاص للمحاكم العراقية أم يكون العقد قد تم انعقاده في العراق ولو نفذ خارجه.(2)

2.2.2. الوسائل الودية لتسوية منازعات العقد الإلكتروني:

أن استخدام الوسائل البديلة لحل النزاعات في مجال التجارة الإلكترونية أضحت أمراً ضرورياً كونه يجنب أطراف النزاع تعقيدات القضاء وبطئ إجراءاته، وتماشياً مع التطور التكنولوجي واتساعها وتعقيد المعاملات التجارية والحاجة إلى السرعة والفعالية كان لابد من اللجوء إلى وسائل إلكترونية بديلة وهي كالتالي:

1.2.2.2. التحكيم الإلكتروني:

نظراً لما لمسّه المتنازعون المشتغلون بالتجارة الإلكترونية من فاعلية للتحكيم في فض منازعات التجارة الدولية وتحقيق متطلباتها القائمة على قواعد خاصة تتلائم واقتصاد السوق، إلا إن ازدياد معدل اللجوء للتحكيم واعتباره حجر الزاوية (Corner stone) للتجارة الدولية، وفي ظل شبكة الانترنت والفضاء الإلكتروني الذي فرضته كطريق بديل للتفاوض على العقود وإبرامها، ارتفعت حجم العمليات التجارية بشكل غير مألوف، لما وفرته التجارة الإلكترونية من أدوات دفعت المتعاقدين لأتباع هذا الطريق الذي صاحبه - كنتيجة طبيعية - ارتفاع ملحوظ في معدل الخلافات الناشئة عن تنفيذ هذه العقود.(3)

وأمام عجز القضاء عن اللحاق بالطفرة الإلكترونية وتوفير وسائل سريعة لفض منازعات التجارة الإلكترونية، إن غدت الحاجة ملحة للبحث عن سبل أكثر نجاحاً لفض منازعات تتلائم والآلية التي نجمت عنها الخلافات بين المتعاقدين مع الحفاظ في ذات الوقت على متطلبات التجارة الإلكترونية القائمة على السرعة والثقة بين أطرافها، فكانت نتيجة جهودها التحكيم الإلكتروني.(4)

وقد كانت الفكرة في إنشاء مركز متخصص لفض المنازعات بواسطة الانترنت في عام 1996، عندما قام مركز تحكيم (cybersettle)، بتأسيس موقع إلكتروني لهذه الغايات.

(1) إياد أحمد سعيد الساري، النظام القانوني لإبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، مصدر سابق، ص 239.

(2) عوني الفخري، الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية وتنفيذ الأحكام الأجنبية في العراق في المسائل المدنية والتجارية، مصدر سابق، ص 23.

(3) إياد أحمد سعيد الساري، النظام القانوني لإبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، مصدر سابق، ص 240.

(4) هبه تامر محمود عبد الله، عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، مصدر سابق، ص 301.

حيث قام المركز بتضمين الموقع الإلكتروني بسائر ما يحتاجه المحكّمون من أدوات لأحاله نزاعهم للتحكيم مع تبادل الطلبات والوثائق وعقد الجلسات على الخط (On Line).

وقد لاقى هذا المشروع إقبالاً هائلاً وخصوصاً من قبل متنازعي التجارة، لما لمسوه من تحقيق الغايات التي ينشؤونها، مع توفير وسيلة لفض النزاع تماثل الوسيلة التي نجم عنها الخلاف وهي شبكة الانترنت، لتحتو مراكز أخرى نفس الحذر في عرض خدمات فض المنازعات إلكترونياً.⁽¹⁾

وعلى الرغم من أن التحكيم يعبر من الوسائل البديلة في فض للمنازعات إلا أنني ارتأيت بحثه بشكل مستقل لأهميته الخاصة أحاول بحث هذا الموضوع كما يلي:

أ- التعريف الإلكتروني:

ولتعريف مصطلح التحكيم الإلكتروني يجب أن ننظر إليه من خلال تقسيم هذا التعبير إلى مقطعين:

■ **المقطع الأول:** وهو التحكيم، بمعناه التقليدي، وهو يعني اتفاق الأطراف، أو تفويض منهم، أو على شروط يحدونها، على اختيار شخص (محكم) أو أكثر يفصل فيما يثور مستقبلاً أو يثور فعلاً بينهم من منازعات، بحكم ملزم دون المحكمة المختصة.⁽²⁾

■ **المقطع الثاني:** وهو الإلكتروني، ويعني الاعتماد على تقنيات تحتوي على ما هو كهربى أو رقمى أو مغناطيسى أو لاسلكى أو بصري أو كهرومغناطيسى، أو غيرها من الوسائل المشابهة، وهي نوع من: التوصيف والتحديد المجال نوع النشاط المحدد في المقطع الأول ويقصد به إجراء التحكيم باستخدام الوسائط والأساليب والشبكات الإلكترونية ومنها شبكة الإنترنت.⁽³⁾

ومن التشريعات الوطنية التي وضعت تعريف محدد لمصطلح إلكتروني القانون الكندي حيث عرف المشرع في قانون التجارة الإلكترونية الموحد في المادة (1) فقرة (أ) من الجزء أول بأن مصطلح إلكتروني يقصد به " عملية إنشاء أو تسجيل أو نقل أو تخزين في صيغة رقمية، أو أي صيغة أخرى غير ملموسة بواسطة وسائل إلكترونية، أو بأية وسائل أخرى مشابهة لديها القدرة على الإنشاء، أو التسجيل أو النقل أو التخزين إلكترونياً".

ونلاحظ أن القانون الكندي قد أعطى لتعبير إلكتروني تعريفاً موسعاً وغير محدود بوصف تكنولوجيا معين، والمثال على ذلك أن الصور الرقمية المعتمدة على التخزين البصري، فعلى الرغم من أنها فنياً لا تعتبر إلكترونية ولكن وفقاً لهذا التعريف تعتبر إلكترونية وتدخل في نطاق تطبيق هذا القانون، كما أن هذا التعريف الموسع يفتح المجال أمام أية وسائل أخرى للدخول في مفهوم إلكتروني نتيجة تطور وسائل التكنولوجيا الحديثة ووسائل معالجة المعلومات إلكترونياً حتى ولو في حقيقة أمرها يتم استبعادها لكونها لا تتفق حرفياً مع تعبير إلكتروني.

(1) Dispute Resolution and Arbitration for Electronic Commerce, 2001, P.1.
http://66.218.71.225/search/cache تمت زيارة الموقع بتاريخ 2019/7/1

(2) أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم، طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994م على ضوء أحكام القضاء وأنظمة التحكيم الدولية، مطبعة مراد أبو المجد، ط4، 2013، ص13.

(3) شادي رمضان إبراهيم طنطاوي، النظام القانوني للتعاقد والتوقيع في إطار عقود التجارة الإلكترونية، مصدر سابق، ص427.

فالتحكيم لا يتم إلا إذا اتفق الطرفان على اتخاذه وسيلة لحل نزاعهم، وولاية المحكم في حسم النزاع تستمد بناء على ذلك من هذا الاتفاق، كما تتحدد صلاحياته بحدود ما تفوضه إرادة الأطراف النظر فيه، مع ملاحظة أن دور الإرادة في وجود التحكيم ليس مطلقاً، إذ أنه مقيد ابتداءً بالحالات التي يجوز فيها اللجوء إلى التحكيم بديلاً عن القضاء، وهي حالات يحددها المشرع ويضع بموجبها إطاراً للإرادة ودورها في اللجوء إلى التحكيم.⁽¹⁾

فإذا كانت إرادة الطرفين هي الأساس في وجود التحكيم، فأنها لا تشكل إلا أحد جانبي التحكيم، إرادة الطرفين التي يجسدها اتفاقها على التحكيم تقف عند حد اختيار طرف محايد يكلان إليه مهمة الفصل في نزاعها، فإذا قبل هذا الطرف المحايد هذه المهمة فإنه يتولى الفصل في النزاع بين الطرفين، وعمله هذا لا دخل لإرادة الطرفين فيه، فالطرفين باختيارهما له جعلاً له وحده سلطة الفصل في النزاع، وما يتوصل إليه من قرار يعد حكماً يحسم النزاع حائزاً لقوة الأمر المقضي فيه، وأجب التنفيذ مثله في ذلك مثل الحكم القضائي، وهذان الجانبان معاً هما جوهر التحكيم وإليها يستند مفهوم التحكيم.⁽²⁾

ب- مزايا التحكيم الإلكتروني ومعيقاته:

أن مزايا التحكيم الإلكتروني:

- 1- إلكترونية إحالة النزاع: حيث يتم رفع النزاع للمركز بسرعة فائقة من خلال شبكة الانترنت لتوفير بذلك الوقت والجهد على المحكّمين.
- 2- إجراء جلسات المحاكمة عن بعد: حيث تقوم الهيئة بعقد الجلسات عبر شبكة الانترنت دونما التقاء مادي للهيئة والمحكّمين، لتوفر بذلك عناء نفقات الانتقال لمكان التحكيم، حيث يتم حضور جلسات المحاكمة من أي مكان في العالم عبر شاشة الحاسب المتصلة بالموقع الإلكتروني المعد لذلك.
- 3- إمكانية وسرعة استرجاع أية بيانات تم تقديمها للهيئة من خلال الدخول لصفحة النزاع المحفوظة في الموقع.⁽³⁾
- 4- توفير نظام اتصال مباشر ما بين الهيئة والمحكّمين من خلال الدخول لصفحة النزاع المحفوظة في الموقع.
- 5- توفير نظام اتصال مباشر بين الهيئة والمحكّمين من خلال الموقع، أو بواسطة البريد الإلكتروني E-Mail.
- 6- سرعة إجراء المفاوضات ما بين الهيئة والأطراف، والتي كانت تعد مسبقاً على أوراق عبر إجراءات بطيئة ومعقدة.

(1) مصطفى محمد الجمال، د. عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في علاقات الخاصة الدولية والداخلية، ط1، بيروت، 1998، ص22.

(2) شادي رمضان إبراهيم طنطاوي، النظام القانوني للتعاقد والتوقيع في إطار عقود التجارة الإلكترونية، مصدر سابق، ص428.

(3) عوني الفخري، الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية وتنفيذ الأحكام الأجنبية في العراق في المسائل المدنية والتجارية، مصدر سابق، ص23.

- 7- دقة الوثائق والتسجيلات المقدمة من المحتكمين والمحفوظة إلكترونياً مع أقل تدخل أدمي مباشر.
- 8- بيئة إلكترونية آمنة قابلة للتطبيق على شبكة الانترنت، وتسمح للمحتكمين الدخول إليها وتبادل الوثائق والبيانات والطلبات بعيداً عن أعين المتلصقين.
- 9- نظام إلكتروني سهل الاستعمال، ويتيح مكنه استخدامه بأقل وقت وجهد ممكن وبكفاءة عادلة.
- 10- تضمين الموقع الإلكتروني بإجراءات وبخطوات لسير عملية التحكيم وكيفية تداول الوثائق والبيانات وإتاحة ذلك للعامة.
- 11- توفير نظام إلكتروني قادر على تخزين البيانات على الخط، مع إمكانية تعديل واسترجاع أي منها.
- 12- إعطاء المحكمين دورات خاصة عن كيفية تيسير عملية التحكيم الإلكتروني وتطوير قدرات التحليل لديهم مما يتلائم وعملية.
- 13- **سرية العملية:** بالرغم من مخاطر تدخل المتطفلين Hackers التحكيم، والمخربين Crackers، فإن مراكز التحكيم تسعى دائماً لتوفير وسط إلكتروني آمن ومحاط بجدران حماية (Fire wall)، حتى تمنح الثقة والسرية للعملية التحكيمية بحيث يقتصر على المحكمين والهيئة فقط.(1)
- 14- فإنه بالإضافة إلى المزايا السابقة فإن التحكيم الإلكتروني يتميز بدوره بمزايا إضافية أهمها، عدم التزام الأطراف بالانتقال من بلد إلى آخر من أجل حضور الجلسات وتبادل الوثائق والمستندات، ويتم تبادل المستندات في التحكيم إلكترونياً بطريقة فورية وأنية على شبكة المعلومات أو الفاكس الأمر الذي يتلاءم مع كون الوقت عنصراً جوهرياً في المعاملات الاقتصادية، أضف إلى ذلك سرعة إصدار الأحكام لسهولة الإجراءات حيث يتم تقديم المستندات والأوراق بالبريد الإلكتروني، ويمكن الاتصال المباشر بالخبراء، أو تبادل الحديث معهم عبر الانترنت، ويلاحظ أن المميزات العديدة التي يتمتع بها التحكيم الإلكتروني أسهمت في فعالية الحقوق الذاتية للمستخدمين في العالم الافتراضي.(2)

أما معوقات التحكيم الإلكتروني فهي:

- 1- **وفرة النظام الإلكتروني: (Availability)** تعد عقبة وفرة وانتشار الحاسب المشكلة العامة التي تواجه انتشار التحكيم الإلكتروني لكلفتها المادية من جهة وانتشار الفيروسات (Viruses) والرسائل البريدية غير المرغوب بها (Spam mail) من جهة أخرى، للخشية من اللحاق الضرر بالمتنازعين وأجهزتهم.
- 2- **انتهاك البيانات: (data to violate):** فبالرغم من حرص مراكز التحكيم الإلكتروني وعملهم في توفير بيئة آمنة وعلى مستويات مختلفة، سواء لحظة إرسال البيانات أو عند التخزين، فإن الأمر لا يسلم من انتهاك داخلي أو خارجي للبيانات.

(1) هبه تامر محمود عبد الله، عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، مصدر سابق، ص309.

(2) شادي رمضان إبراهيم طنطاوي، النظام القانوني للتعاقد والتوقيع في إطار عقود التجارة الإلكترونية، مصدر سابق، ص434.

3- **التوثيق (Authentication):** يعد التوثيق المشكلة العامة التي تواجه نمو التجارة الإلكترونية عموماً والتحكيم خصوصاً، لإمكانية التحايل من خلال شبكة الانترنت وإخفاء هوية المتعاقد الحقيقية ودور التوقيع الإلكتروني في الحد من ذلك.(1)

4- **الأهلية:** اشترط سائر أنظمة وتشريعات التحكيم وجوب توافر الأهلية القانونية في كل من فريق النزاع والمحكمين، وبالطبع فإن مسألة بحث الأهلية بالنسبة للمحكمين لا ضرورة لها إذ تتم العملية التحكيمية عموماً عن طريق الانترنت بواسطة مراكز كبرى تحرص على الدقة في شتى الجوانب وخصوصاً الأمور الأساسية فيها، ويبقى مجال الحديث والبحث في الأهلية القانونية لطرفي النزاع ، وحيث أنه على فرض عدم توافر الأهلية لطرفي النزاع فإننا نكون بصدد اتفاق تحكيم باطل لنقص أو انعدام أهلية أحد أطراف النزاع عند توقيعه وما يترتب عليه من بطلان الحكم التحكيم الصادر في المنازعة التجارية، ويمكن التغلب على هذه المشكلة بعمل تصميم بذات الموقع بشكل يلزم الطرف الذي ينوي الاتفاق لإحالة نزاعه لإحدى مراكز التحكيم الإلكتروني بالكشف عن هويته والإفصاح عن عمره، على أنه إذا أغفل تحديد ذلك لا يسمح له بالمضي أو استكمال اتفائه مما يضي نوع من المصادقية أمام طرفي النزاع ويبعده عن شبهة البطلان.(2)

5- **ضمان سرية العملية التحكيمية:** حيث تعد صيانة وحفظ سرية التحكيم - وفقاً لما أشير إليه سلفاً - أحد الشروط الجوهرية لنجاح عملية التحكيم الإلكتروني والإقبال عليها، وقد عملت مراكز التحكيم الإلكترونية على صيانة ذلك بتضمينها نصوصاً تحفظ سرية أية معلومة تتعلق بالنزاع لتؤكد على كل من يطلع عليها تعهده بعدم نشر ما اطلع عليه، وخصوصاً من الشهود والخبراء، ولكن المشكلة تكمن في وجود تحدياً آخر ألا وهو الاختراق القادم من الخارج عن طريق المتطفلين، وهم من يفتشون خصوصيات الغير لمجرد إشباع الفضول، وكذلك المخربين ممن يبحثون عن ضحايا يوقعون بهم مثل سرقة أرقام بطاقات الائتمان، أو بطاقات الدفع الإلكتروني واستغلالها، والحل المطروح حالياً يكمن في تشفير البيانات المحفوظة والمتبادلة بصورة تمنع من قراءتها إلا من قبل المرسل إليه.(3)

2.2.2.2. الواسائل الودية البديلة الأخرى:

1.2.2.2.2 الوساطة الإلكترونية Mediation:

عرفت الفقرة الثالثة من المادة الأولى من قانون الاونسترال النموذجي لعام (2002) للتوفيق التجاري الدولي الوساطة هي "أية عملية سواء أشير إليها بتعبير التوفيق أو الوساطة أو بتعبير آخر ذي مدلول مماثل، يطلب فيها الطرفان إلى شخص آخر أو أشخاص آخرين (الموفق أو الموفقين) مساعدتهما في سعيهما إلى التوصل إلى

(1) هبه ثامر محمود عبد الله، عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، مصدر سابق، ص310.

(2) أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم، طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994م على ضوء أحكام القضاء وأنظمة التحكيم الدولية، مصدر سابق، ص22.

(3) عصام عبد الفتاح مطر، التجارة الإلكترونية في التشريعات العربية والأجنبية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص300.

تسوية ودية لزامهما الناشئ عن علاقة تعاقدية أو علاقة قانونية أخرى أو المتصل بتلك العلاقة ولا يكون للموفق الصلاحية لفرض حل للنزاع على الطرفين".

فالوساطة تعد من وسائل الحلول البديلة لفض المنازعات في العديد من الدول، وتتضمن عدة صور أهمها، الوساطة القضائية، والوساطة الخاصة، والوساطة الاتفاقية⁽¹⁾، إلا أن المشرع العراقي لم يأخذ بالوساطة في قوانينه، باستثناء ما تم إيراده في قانون سوق بغداد للأوراق المالية رقم 24 لسنة 1991 والمعدل باسم سوق العراق للأوراق المالية بأمر سلطة الائتلاف رقم 74 لسنة 2004، حيث اقتضت أحكامه في كيفية تدخل الوسيط في حسابات الأوراق المالية دون الاستناد على فكرة الوساطة كوسيلة في حل المنازعات بطريقة ودية أسوة بسائر الوسائل الودية الأخرى كالتحكيم والصلح والمفاوضات وغيرها.⁽²⁾

وتعد الوساطة في صورها المختلفة أكثر مرونة في تسوية النزاع بصورة ودية من خلال التراضي والتوفيق بين الخصوم وتجنب اللجوء إلى القضاء، مما من شأنه مساعدة القضاء والتخفيف عنه من تراكم الدعاوى، كما أن الوساطة تنهي النزاع بأسرع الطرق وبأقل التكاليف محققة بذلك مصلحة الخصوم.⁽³⁾

وتتم الوساطة من خلال شخص ثالث يدعى الوسيط محاولاً مساعدة الأطراف المتنازعة للاجتماع والحوار وتقريب وجهات النظر وتقييمها للوصول إلى حل وسط يوافق عليه الأطراف⁽⁴⁾، ولا تؤدي الوساطة الغاية المرجوة منها في حل النزاع ما لم يشارك طرفي النزاع في إجراء التساوي وكانوا راغبين فعلاً في التوصيل إلى حل وسط ينهي النزاع، فالوساطة ليست عملية قضائية أو مكتملة للقضاء لكنها توزع الأدوار وتعطي الفرصة للأطراف للتفاهم في سبيل إنهاء النزاع.⁽⁵⁾

أما الوساطة الإلكترونية والتي تتم عن بعد فتعرف بأنها "عملية تتم بشكل فوري ومباشر على شبكة الانترنت وتهدف إلى تسهيل التعاون والتفاوض بين الأطراف المتنازعة للتوصل إلى حل عادل يقبله أطراف النزاع".⁽⁶⁾ لذا فهي لا تختلف عن الوساطة التقليدية، إلا أنها تتم من خلال استخدام وسيلة من الوسائل الإلكترونية، حيث يكون الوسيط والأطراف المتنازعة متواجدين عادة في دول مختلفة يجتمعون ويتحاورون عن بعد باستخدام وسيلة من وسائل الاتصال الحديثة، والتي غالباً ما تكون شبكة الانترنت بخلاف ما يجري عليه العمل في الوساطة التقليدية حيث يجتمع كل من الوسيط والأطراف المتنازعة وجها لوجه وفي إقليم دولة واحدة، ومن أبرز مراكز الوساطة والتحكيم الإلكترونية التي تقدم خدمة لتسوية المنازعات بالطرق الإلكترونية مركز الوساطة (مركز الويبو للتحكيم والوساطة).⁽⁷⁾

(1) أحمد كناكريه وليد القطاونة، الدعوى المدنية، ط1، بدون مكان نشر، ص82.

(2) هبه ثامر محمود عبد الله، عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، مصدر سابق، ص312.

(3) الياس ناصيف، العقود الدولية التحكيم الإلكترونية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2012، ص78.

(4) أحمد كناكريه وليد القطاونة، الدعوى المدنية، مصدر سابق، ص85.

(5) عبد الباسط جاسم محمد، إبرام العقد عبر الانترنت، ط1، بيروت، لبنان، 2010، ص110.

(6) عزمي عبد الفتاح عطيه، قانون التحكيم الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، ط1، ص17.

(7) خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص212.

وتجيز التشريعات المختلفة لطرفي النزاع من اللجوء إلى القضاء إذا ما تعذر الوصول إلى حل يرضي الطرفين، كما أن توصية الوسيط لا يتمتع بالقوة التنفيذية إلا بعد توثيقه أو تصديقه قضائياً، حيث يقتصر أثره على الحقوق المتنازع عليها دون غيرها، ذلك أن اتفاق الوساطة لا ينهي النزاع بذاته بل بقبول طرفي النزاع بالتوصية المقدمة إليهما وتوقيعها عليها مع الوسيط.

ويجب أن يتوفر في الوسيط الموضوعية والاستقلال والحياد، كما أن رأيه لا يمس المسائل الواقعية والقانونية في النزاع، وبالتالي لا يجوز للوسيط أن يمثل في مصالح متعارضة مع مصلحة أي من الطرفين.⁽¹⁾

2.2.2.2 المفاوضات Negotiations:

كثيراً ما يتم حل الخلافات والمشاكل الناشئة عن التعاقد عن طريق المفاوضات قبل الالتجاء إلى التحكيم أو القضاء، وهو أمر قائم على الحوار المباشر بين المتعاقدين سعياً لحل الخلاف، ولا يوجب التفاوض تدخل شخص آخر بل يعتمد على الحوار بين الطرفين ولكن لا يوجب ما يمنع أن يكون هناك من يمثل أطراف العلاقة سواء من المحامين أو غيرهم.

وتمتاز المفاوضات في الواقع بالمرونة والكتمان ولذلك فهي تصلح عملاً للتسوية مختلف أنواع المنازعات وأغلبها باستثناء المنازعات العسيرة، إلا أن فعالية المفاوضات تعتمد على توافر حد أدنى من تعادل القوى بين المتعاقدين المتفاوضين.⁽²⁾

وتعرف المفاوضات بأنها "تبادل الاقتراحات والمساومات والمكاتبات والتقارير والدراسات الفنية بل والاستشارات القانونية التي يتبادلها أطراف التفاوض ليكون كل منهم على بينة من أفضل الأشكال القانونية التي تحقق مصلحة الأطراف وللتعرف على ما يسفر الاتفاق من حقوق والتزامات لطرفيه".⁽³⁾

كما وتعرف بأنها "وسيلة من وسائل تسوية المنازعات تتم بين أطراف النزاع مباشرة دون تدخل طرف ثالث، فهي عبارة عن تبادل وجهات النظر بين طرفي النزاع من أجل الوصول إلى تسوية نهائية لهذا النزاع".⁽⁴⁾

وقد أجاز القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية (اليونيسترال) لعام 1996 في المادة (11) منه استخدام الوسائل الإلكترونية في إبرام العقود، وبالتالي قياساً على ذلك يمكن تسوية المنازعات الإلكترونية بالوسيلة ذاتها التي انعقد بها العقد، كما وقد سار على هذا الاتجاه المشرع العراقي في قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي رقم 78 لسنة 2012 في المادة (1/عاشراً) منه، وبذلك فإن القانون العراقي أجاز أن يبرم

(1) أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001، بند 10، ص30.

(2) إياد أحمد سعيد الساري، النظام القانوني لإبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، مصدر سابق، ص237.

(3) حسام الدين كامل الاهواني، النظرية العامة للالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص50.

(4) حسن وجيه، مقدمة في علم التفاوض الاجتماعي والسياسي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص58.

العقد بالوسائل الإلكترونية، ومن ثم بإمكان تسوية المنازعات الناتجة عن العقد الإلكتروني وبنفس الوسيلة التي ابرم فيها وعن طريق المفاوضات الإلكترونية.(1)

وعليه فإن المفاوضات الإلكترونية باعتبارها وسيلة تسوية المنازعات الإلكترونية، لا تعد بديلاً عن المفاوضات التقليدية وإنما هي امتداد لها، بسبب التطور الحاصل في مجال التكنولوجيا المعلوماتية، وما يميز المفاوضات الإلكترونية عن التقليدية، أنها تتم عبر شبكة الانترنت لغرض السرعة في حسم منازعات عقود التجارة الدولية، لذا تعرف المفاوضات الإلكترونية كوسيلة لفض منازعات التجارة الدولية بأنها "تبادل الاقتراحات والأفكار والآراء بين أطراف النزاع وبوسائل إلكترونية من أجل الوصول إلى تسوية معينة لنزاع حاصل نتيجة عقود التجارة الدولية".(2)

1- التقييم الحيادي المبكر Early Neutral Evaluation:

ويتم التقييم الحيادي المبكر من خلال عرض الأطراف (أو محاميهم) لخلافهم أمام طرف محايد ذي ثقافة قانونية واسعة (محام أو قاض سابق) يتمكن من تقييم القضية المعروضة.

وبعد أن يلتقي المحايدين بالطرفين مجتمعين، يلتقي بكل طرف على حده ليسمع منه عن التفاصيل المتعلقة بالوقائع والأحداث محل الخلاف.

كما يستطيع الأطراف تقديم بيناتهم الخطية أمام المحايدين، وفي النهاية، يصدر المحايدين قراراً يبين من خلاله المراكز القانونية لكل طرف.

ولا يكون رأي المحايدين هنا ملزماً للأطراف، إذ لا يجبر أي منهم على الأخذ به، وفي الغالب، يأخذ المحايدين بعد إصدار قراره دور الوسيط، إذ يعمل على محاولة تقريب وجهات النظر بين الطرفين بعد أن بين لهما مراكزهما القانونية ويطلق على هذه الآلية أيضاً تسمية (التحكيم غير الملزم). (3)

2- إبداء الخبرة الفنية Expertise أو تقديم الاستشارة:

ويحصل ذلك عندما يكون موضوع الخلاف بين الطرفين يتعلق بمسألة فنية معينة ويطلبان توضيحها، وهكذا فالطرفان يتفقان على تعيين هذا الخبير الذي يقدم وجهة نظره في الموضوع الذي يكون له في غالب الأحيان طابع فني كتقنية المعلومات مثلاً، أو تحديد مبلغ الربح بين الشركاء الخ.... وهذا الحل ملزم للطرفين لأنهما اتفقا على قبول نتيجته مسبقاً.(4)

(1) خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، مصدر سابق، ص 215.

(2) محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص 63.

(3) الوسائل البديلة لحل المنازعات، ص 1، متوفر على الموقع التالي

<http://www.tahkeem.com/adr.htm>

(4) محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، مصدر سابق، ص 64.

3- التدخلات المستقلة:

وهذه التدخلات عادة ما تتعلق بالنزاعات الكبرى التي تكون فيها الأطراف متعددة مثلاً أشخاص رفعوا هذه الدعوى عددهم 100 شخص وهذا ما يعرف في فقه المرافعات (Class) action دعوى الطبقة أو الصنف.(1)

(1) تجربة المملكة المتحدة في مجال الحلول البديلة لفض المنازعات، ص6-7، متوفر على الموقع التالي:
<http://member.lycos.fr/berradar2/m8.htm>.

الخاتمة

توصلنا في بحثنا هذا إلى عدد من النتائج والمقترحات ولعل أهمها كالآتي:

أولاً: النتائج:

- 1- إن المشرع العراقي قد عرف التجارة الإلكترونية بدلالة المعاملات الإلكترونية، حيث جاء في المادة (1) فقرة 6 من قانون المعاملات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني رقم (78) لسنة 2012 على أنها "الطلبات والمستندات والمعاملات التي تتم بوسائل إلكترونية"، خلاف الرأي القائل بان المشرع العراقي قد استند في تعريف التجارة الإلكترونية على تعريف التجارة التقليدية في توضيح الوسيلة الإلكترونية دون تعريف التجارة التي تتم من خلالها.
- 2- عرف المشرع العراقي كلا من المعاملات التجارية الإلكترونية والوسائل الإلكترونية المستخدمة لإبرام العقد الإلكتروني في قانون التوقيع الإلكتروني رقم 78 لعام 2012 في المادة الأولى الفقرة سادسا بأنها "الطلبات والمستندات والمعاملات التي تتم بوسائل الكترونية". أما الوسائل الإلكترونية فقد جاء في الفقرة سابعا من نفس المادة بأنها "أجهزة أو معدات أو أدوات كهربائية أو مغناطيسية أو ضوئية أو كهرومغناطيسية أو أية وسائل أخرى مشابهة تستخدم في إنشاء المعلومات ومعالجتها وتبادلها وتخزينها".
- 3- اهتمت منظمة الأمم المتحدة من خلال لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (UNCITRAL) لسنة 1996 بتزويد المشرعين الوطنيين بمجموعة قواعد غير ملزمة (استرشادية) مقبولة دوليا ترمي إلى تذييل العقبات القانونية وتعزيز القدرة على التنبؤ بالتطورات القانونية في مجال التجارة الإلكترونية.
- 4- أسس المشرع العراقي استناداً لقانون التوقيع الإلكتروني الشركة العامة لخدمات الشبكة الدولية للمعلومات في وزارة الاتصالات، حيث اختصت ببناء وتشغيل شبكات تناقل المعلومات وخدمة الانترنت منذ تأسيسها عام 2000 وربط العراق بالشبكة الدولية للمعلومات (الانترنت)، ليكون اسمها بعد ذلك (الشركة العامة للاتصالات والمعلوماتية) لتتكفل هذه الشركة وبكافة كوادرها واختصاصاتها بتقديم خدمات الاتصالات بمختلف أشكالها للمواطن ومواكبة التطورات الحاصلة بعالم الاتصالات.
- 5- عرف القانون النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية (اليونسترال) لسنة 2001 التوقيع الإلكتروني في المادة الأولى الفقرة بأنه "بيانات في شكل إلكتروني مدرجه في رسالة بيانات أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقياً، ويجوز أن تستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة إلى رسالة البيانات ولبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات"، ويتضح من خلال التعريف بأن قانون اليونسترال للتوقيع الإلكتروني قد أهتم بمسألتين أولهما تعيين هوية شخص الموقع، وثانيهما بيان موافقة على المعلومات المذكورة في المستند أو المحرر.
- 6- أما المشرع العراقي فقد عرفه في قانون المعاملات الإلكترونية في المادة الرابعة من هذا القانون بأن التوقيع الإلكتروني "علامة 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" وقد ذهبت المادة الثانية عشر من نفس القانون والتي تنص على أن جهات التصديق المختصة تخصص رموز معينه يستطيع الموقع استخدامها بتعاملاته الإلكترونية، وبذلك فإن المشرع العراقي لم يلتزم بصيغه معينه بالتوقيع بل نوع من أشكال التوقيع الإلكتروني ووضع شرطين وهو أن يكون صادراً من جهة مختصة وان يكون له صفة مميزة تميزه عن غيره من التوقيع وتؤيد نسبه إلى الموقع.

7- إن المشرع العراقي أجاز أن يتم الإيجاب والقبول في العقد بوسائل الإلكترونية حيث نص (يجوز أن يتم الإيجاب والقبول في العقد بوسيلة إلكترونية)، أما قانون الأونيسترال النموذجي فقد أشار بأن الإيجاب والقبول (في سياق تكوين العقود، وما لم يتفق الطرفان على غير ذلك يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض، وعند استخدام رسالة بيانات في تكوين العقد لا يفقد ذلك العقد صحته أو قابليته لمجرد استخدام رسالة بيانات لذلك الغرض.

8- إن العقود التي تبرم عبر شبكة الانترنت هي من العقود التجارية المشمولة بمبدأ الرضائية (Consensual) ولا يختلف القبول الإلكتروني عن القبول التقليدي إلا في كونه تم عبر تقنيات الاتصال الحديثة، ولذلك يخضع بحسب الأصل للقواعد العامة التي تنظم القبول التقليدي، بيد أنه يتميز ببعض القواعد الخاصة به خصوصاً فيما يتعلق بمسألة التعبير عنه وصار ذلك التعبير وما تثيره من إشكاليات.

9- أن مجلس التعاقد يكون على نوعين، مجلس التعاقد الحقيقي بوصفه المجلس الذي يجمع المتعاقدين في مكان واحد ويسمع كل منهما الآخر بحيث يبدأ بتقديم الإيجاب وينتهي إما بقبول الإيجاب أو برفضه"، أما مجلس التعاقد الحكمي أو الافتراضي، فهو المجلس الذي يكون احد المتعاقدين غير حاضر فيه كما في العقد الإلكتروني الذي يتم غالباً بين أشخاص متباعدين مكانياً كونه ينتمي إلى طائفة العقود التي تبرم عن بعد.

10- أن مسألة تحديد زمان انعقاد العقد ومكانه أهمية كبيرة لدى الفقه والقضاء والتشريع، لأنه يرتب عدد من النتائج، كون تحديد زمان انعقاد العقد تستند عليها بيان أهلية المتعاقدين لحظة الانعقاد، وكذلك فإن العقد في هذه اللحظة يكون ملزماً لأطرافه فلا يستطيع الموجب أو القابل العدول بعد هذه اللحظة، كون هذه اللحظة يرتب العقد آثاره، فإذا كان عقد بيع انتقلت الملكية استناداً لذلك.

11- يمكن استنباط حلول لمشكلة تحديد زمان ومكان إبرام العقد الإلكتروني والتي تعد من أدق المسائل القانونية التي يطرحها التعاقد الإلكتروني عبر الوسائط الإلكترونية، من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 في المادة (88) منه بأنه "التعاقد بالتلفون أو أي وسيلة اتصال أخر يعد تعاقد بين غائبين في المكان وحاضرين في الزمان"، مما يفهم منه إن المقصود بالتعاقد بين الغائبين في هذه المادة هي آلية انعقاد العقود الإلكترونية.

ثانياً: المقترحات:

- 1- لا بد من استحداث بعض القواعد الخاصة التي تتناسب مع التقنيات الحديثة والوسائل الإلكترونية في التعاقد لأنه لو تركت إلى القواعد العامة فإن هذه القواعد يجب أن تطور كي لا تتعارض والطبيعة الخاصة للعقود الإلكترونية.
- 2- نهيب بالمشروع العراقي أن يتعامل مع المعاملات الإلكترونية بشكل يعزز صحتها وقابليتها لضمان الحقوق من خلال التركيز على أدلة الإثبات الإلكترونية المتمثلة بالسند الكتابي والتوقيع والأصل مسترشداً بالتشريعات المقارنة وبالقانون الاونيسترال الصادر عن الأمم المتحدة (لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي).
- 3- على المشروع العراقي أن يتعامل في قوانينه وفقاً لطبيعة شبكة الانترنت عند تطبيقها للمفهوم التقليدي لدولية العقد الإلكتروني والعنصر الأجنبي.
- 4- يجب أن توفر وزارة الاتصالات العراقية شبكة اتصالات قادرة على تحمل عبء نقل وتحميل البيانات الالكترونية لتسهيل عملية التعاقد.
- 5- ضرورة إصدار تشريع دولي يقر بحجية البيانات الإلكترونية من الحاسوب الآلي في الإثبات، لكي يمكن الاستناد اليها عند حصول النزاع واللجوء إلى القضاء أو التحكيم.
- 6- نهيب بالمشروع العراقي إلى السعي لتأسيس الحكومة الالكترونية وتوفير شبكات الانترنت وتقليل تكلفتها مما من شأنه استقطاب أكبر عدد من المستخدمين لهذه التكنولوجيا المهمة وزيادة ثقافتهم فيما يتعلق بالتجارة الإلكترونية.

قائمة المصادر

- 1- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد والإرادة، ط1، الكويت، جامعة الكويت، (1995).
- 2- إبراهيم العيسوي، التجارة الإلكترونية، المكتبة الأكاديمية، القاهرة، (2003).
- 3- أبو القاسم، محمد أحمد، "التسوق عبر الانترنت"، دار الأمين، ط1، مصر، (2000).
- 4- أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية، (2001).
- 5- أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم، طبقاً للقانون رقم 27 لسنة (1994) على ضوء أحكام القضاء.
- 6- أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي الإلكتروني السياحي البيئي، دار النهضة العربية، ط1، (2000)، القاهرة.
- 7- أحمد كناكريه وليد القطاونة، الدعوى المدنية، ط1، بدون مكان نشر.
- 8- آدم وهيب النداوي، الموجز في شرح قانون الإثبات، بغداد، (1990).
- 9- أديان هيثم شاكر، مجلس العقد الإلكتروني، بحث تخرج بكالوريوس، كلية الحقوق - جامعة ميسان، (2018).
- 10- أسامة أبو الحسن مجاهد وآخرون، الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية، المجلس الأعلى للثقافة، القاهرة، (2003).
- 11- أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، (2000).
- 12- أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، مصر، دار نشأت للنشر والبرمجيات، (2008).
- 13- أشرف وفا محمد، عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، المجلة المصرية للقانون الدولي الخاص، الجمعية المصرية للقانون الدولي، المجلد السابع والخمسون، (2001).
- 14- ألياس ناصيف، العقود الدولية التحكيم الإلكترونية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2012.
- 15- ألياس ناصيف، العقود الدولية العقد الإلكتروني في قانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، (2009).
- 16- أمانج رحيم أحمد، التراضي في العقود الإلكترونية عبر شبكة الانترنت دراسة تحليلية مقارنة في ضوء القانون المدني العراقي وقوانين التجارة والمعاملات الإلكترونية، ط1، عمان: دار وائل للنشر، (2006).
- 17- إياد أحمد سعيد الساري، النظام القانوني لإبرام العقد الإلكتروني، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، (2016).

- 18- بسمان نواف فتحى الراشدي، عقود التجارة الإلكترونية وقواعد إبرامها، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1.
- 19- بشار طلال المؤمني، مشكلات التعاقد عبر الإنترنت "دراسة مقارنة"، الطبعة الأولى، الأردن: عالم الكتب الحديث للنشر والتوزيع، (2004).
- 20- توفيق العطار، أحكام العقود في الشريعة الإسلامية والقانون المدني (عقد البيع)، دار السعادة.
- 21- جمال محمود الكردي، تنازع القوانين بشأن المسؤولية عن سوء استخدام الانترنت، دار النهضة العربية - القاهرة، الطبعة الأولى، (2007).
- 22- حسام الدين كامل الاهواني، النظرية العامة للالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، (2000).
- 23- حسن الهداوي، تنازع القوانين وأحكام القانون الدولي الخاص العراقي، مطبعة الرشاد، بغداد، ط2.
- 24- حسن وجيه، مقدمة في علم التفاوض الاجتماعي والسياسي، دار النهضة العربية، القاهرة، (1994).
- 25- حمزة حداد، قانون التجارة الدولية، الدار المتحدة للنشر، بيروت، ط1.
- 26- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الثانية، (2011).
- 27- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1، (2006).
- 28- خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، (2009).
- 29- زهير الزبيدي، الاختصاص الجنائي للدولة في القانون الدولي، ط1، جامعة بغداد.
- 30- سلطان عبدالله محمود الجوارى، عقود التجارة الإلكترونية والقانون الواجب التطبيق دراسة قانونية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، (2010).
- 31- سليمان ضيف الله الزين، التحويل الإلكتروني للأموال ومسؤولية البنوك القانونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.
- 32- سمير برهان، إبرام العقد في التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، (2002).
- 33- سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الإيصال الحديثة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، (2006).
- 34- سمير دنون، العقود الإلكترونية في إطار التنظيم التجارة الإلكترونية، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، طبعة الأولى.
- 35- سمير عبد السميع الأودن، العقد الإلكتروني، المنشأة المعارف، الإسكندرية، ط1، (2005).

- 36- سمير عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، دار النهضة العربية، (2006)، ط1.
- 37- شادي رمضان إبراهيم طنطاوي، النظام القانوني للثقافة والتوقيع في إطار عقود التجارة الإلكترونية، مركز دراسات العربية، مصر.
- 38- طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، دار الثقافة والنشر والتوزيع، ط1، (2005).
- 39- طه كاظم حسن المولى، تطويع قواعد الإسناد في عقود التجارة الإلكترونية، منشورات زين الحقوقي، ط1.
- 40- عامر محمد خطاب، التجارة الإلكترونية، مكتبة المجتمع العربي للنشر والتوزيع، ط1، عمان، الأردن، (2011).
- 41- عامر محمود الكسواني، التجارة عبر الحاسوب" ماهيتها، وإثباتها وسائل حمايتها، القانون الواجب التطبيق عليها في كل من الأردن ومصر وأماره دبي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط2، عمان، الأردن، (2009).
- 42- عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات العراقي، الطبعة الثانية، دار الكتب للطباعة والنشر، (1997).
- 43- عبد الباسط جاسم محمد، إبرام العقد عبر الانترنت ، ط1 ، بيروت، لبنان، (2010).
- 44- عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج2، دار أحياء التراث العربي للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت لبنان، ط1، (1997).
- 45- عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، (1964).
- 46- عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الإلكترونية وحمايتها القانونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، (2006).
- 47- عبد الفتاح بيومي مجازي، التجارة الإلكترونية ومعانيها القانونية، كتاب أول دار كتاب القانونية، مصر، (2007).
- 48- عزمي عبد الفتاح عطيه، قانون التحكيم الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، ط1.
- 49- عصام عبد الفتاح مطر، التجارة الإلكترونية في التشريعات العربية والأجنبية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، (2009).
- 50- عوني الفخري، الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية وتنفيذ الأحكام الأجنبية في العراق في المسائل المدنية والتجارية، مكتبة صباح، ط1، (2007).
- 51- غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص – تنازع قوانين، منشورات دار الثقافة للنشر وتوزيع، عمان.

- 52- فوزي محمد سامي، شرح القانون التجاري، ج1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، (2007).
- 53- القانون المدني الفرنسي المعدل في المرسوم رقم 131 في عام (2016) بشأن تعديل القانون.
- 54- كاظم حسن المولي، تطويع قواعد الإسناد في عقود التجارة الإلكترونية منشورات زين حقوقيه، بيروت.
- 55- كيوه حميد صالح المزوري، النظام القانوني لتوثيق المعاملات الإلكترونية، دراسة تحليلية مقارنة، دار جامعه جديدة، الإسكندرية، (2018).
- 56- لما عبد الله صادق سلهب، مجلس العقد الإلكتروني، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية -كلية الدراسات العليا، القانون، فلسطين، (2008).
- 57- لورنس محمد عبيدات، إثبات المحرر الإلكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط1، (2005).
- 58- ماجد محمد سليمان أبا الخيل، العقد الإلكتروني، مكتبة راشد ناشرون، ط1، المملكة العربية السعودية، الرياض.
- 59- محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر.
- 60- محمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة مع التركيز على البيع بواسطة التلفزيون، مطبوعات جامعة الكويت، ط1، (1998).
- 61- محمد شوقي محروس، العقد الإلكتروني في ضوء الإرادة والحماية، دار الوفاء للطباعة والنشر، الإسكندرية، الطبعة الأولى.
- 62- محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، (2008).
- 63- محمد وحيد الدين سوار، الشكل في الفقه الإسلامي، ط2، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع: عمان، (1998).
- 64- محمود عبد الرحيم الشريقات، التراضي في تكوين العقد عبر الانترنت، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، (2009).
- 65- مدحت عبد الحليم رمضان، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، (2001).
- 66- المستشار خالد حسن احمد، الحجية القانونية للمستندات الإلكترونية بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دراسة مقارنة، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، ط1، (2018).

- 67- مصطفى محمد الجمال، د. عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في علاقات الخاصة الدولية والداخلية، ط1، بيروت، (1998).
- 68- مصطفى موسى، التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الانترنت، دار الكتب القانونية، مصر، (2010).
- 69- ممدوح خالد إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، دار فكر الجامعي الإسكندرية، (2008).
- 70- ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص المقارن، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ج1، عمان، (1998).
- 71- منير القاضي، ملتقى البحرين، المجموعة الأولى، مطبعة العاني، بغداد، (1952).
- 72- منير محمد وممدوح محمد، التحكيم الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، ط1، (2006).
- 73- نايف أحمد ضاحي الشمري، د. عبد الباسط جاسم محمد، المفيد في التعاقد والإثبات بالوسائل الإلكترونية المعاصرة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، (2019).
- 74- هبه ثامر محمود عبدالله، عقود التجارة الإلكترونية دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، ط1.
- 75- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، الإسكندرية، (1995).
- 76- باسم محمد سرحان إبراهيم، مجلس عقد البيع بين النظرية والتطبيق، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، قسم الفقه والتشريع، نابلس، فلسطين، (2006)
- 77- رشيد علام، عوائق تطور التجارة الإلكترونية في الوطن العربي، دراسة حالة الجزائر، رسالة ماجستير، الأكاديمية العربية البريطانية للتعليم العالي المملكة المتحدة - بريطانيا، (2009-2010).
- 78- رضوان ربيع، الاقتصاد الرقمي: نموذج التجارة الإلكترونية عبر شبكة الانترنت دراسة وصغية تحليلية، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر- كلية العلوم السياسية والإعلام قسم علوم الإعلام والاتصال، الجزائر، (2006-2007).
- 79- زيدان بدور البدور، واقع التجارة الإلكترونية في الدول العربية، دراسة حالة الجزائر-مصر، رسالة ماجستير، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير- قسم العلوم التجارية- جامعة محمد خيضر- بسكرة-، الجزائر، للعام (2012-2013).
- 80- طارق عبد الله عيسى، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية قانون، جامعة بغداد، (2001).
- 81- عباس العبودي، أهمية السندات العادية في الإثبات القضائي، رسالة ماجستير مقدمه إلى كلية القانون جامعه بغداد، (1983).

- 82- علي عادل محمد، تعيين زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني وأثره في تحديد الاختصاص القضائي الدولي، دراسة تحليلية مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون - جامعة صلاح الدين/ أربيل، (2006).
- 83- إحسان شاكر عبدالله، احمد خلف حسين الدخيل، السيد عكاب أحمد العبادي، موقف الفقه من الضريبة على الدخل الناجم عن التجارة الإلكترونية، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 4، السنة 4، العدد 14.
- 84- ثامر ياسر البكري، ود. جمال عبد الرسول الدباغ، التسوق الإلكتروني، مجلة العلوم الاقتصادية والإدارية، كلية الإدارة والاقتصاد، جامعة بغداد، المجلد الثامن، العدد 5، (2001).
- 85- حسام الدين كامل الأهواني، الحماية القانونية للحياة الخاصة في مواجهة الحاسب الآلي، بحث مقدم إلى مؤتمر الكويت الأول للقانون والحاسب الآلي المنعقد بتاريخ 4_7 نوفمبر (1989) بالكويت.
- 86- رجاء خضير عبود موسى الربيعي، دور التجارة الإلكترونية في تعزيز الأداء الاقتصادي (الولايات المتحدة – العراق أنموذجاً)، مجلة الكوت للعلوم الاقتصادية والإدارية، العدد 11، (2013).
- 87- سليم عبدالله أحمد الجبوري، الإطار القانوني لتكوين عقد التجارة الإلكترونية، مجلة الفتح، العدد السابع والثلاثون، كانون الأول، (2008).
- 88- عبد الرسول عبد الرضا، ونجلاء عبد حسن، تطور موقف المشرع العراقي في قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم 78 لسنة (2012)، مجلة جامعة بابل، العلوم الإنسانية، المجلد 21، العدد 2، (2013).
- 89- مجيد حميد العنكي، إنشاء العقد في القانون الانكليزي، مجلة جامعة صدام للحقوق، العدد 3، (1999).
- 90- محمد السيد، التجارة الدولية الإلكترونية عبر الانترنت (مفهومها والقاعدة القانونية التي تحكمها ومدى حجية المخرجات في الإثبات)، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت، كلية الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة بالتعاون مع مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية ومركز تقنية المعلومات بالجامعة، الإمارات للفترة من 1-3 مايو، (2000).
- 91- نجلاء عبد حسن، التنظيم القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، مجلة لارك للفلسفة واللسانيات والعلوم الاجتماعية (بحوث القانون والعلوم السياسية)، الجزء 3، العدد الثلاثون، (2018).

92- Abrams, H.E. and R.L. Doernberg (1997). "How Electronic Commerce Works", Tax Notes International.

93- Anania, L., and R.J. Solomon (1997). "Flat – The Minimalist Price", in: McKnight L.W. and J.P. Bailey (eds.), Internet Economics, Cambridge, MIT Press.

- 94- Bacchetta, Marc et al. (1998). "Electronic commerce and the role of the WTO, WTO Special Studies", No. 2, ISBN 9287011982, World Trade Organization (WTO), Geneva.
- 95- Mattoo, A. (1997). "National Treatment in the GATS -Corner-Stone or Pandora's Box?". Journal of World Trade, Vol. 31, No.1.
- 96- UNCTAD REPORT.OP.CIT.
- 97- United Nations Conference on Trade and development (UNCTAD) E-Commerce and Development Report, New York Andgeneva, UN. (2001).
- 98- الأونسيترال (لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي)، قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية (1996)، منشور على الموقع الرسمي للأونسيترال:
http://www.uncitral.org/uncitral/ar/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model.html
- 99- دعاء آزاد، معاملات الإلكترونية، تحقيق صحفي منشور على موقع الإلكتروني مجلس قضاء الأعلى جمهورية عراق، (20019)www.hjc تاريخ زيارة 2019-4-27).
- 100- تاريخ الاعتماد 12 حزيران/يونيه 1996 (المادة الإضافية 5 مكررا بصيغتها المعتمدة في عام 1998) منشور على الموقع الرسمي لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي الأتي:
https://uncitral.un.org/ar/texts/ecommerce/modellaw/electronic_commerce
- ترجمة وتعريف مصطلح التجارة الدولية International Commerce الموقع الإلكتروني التالي:
<https://meemapps.com/term>
- 101- عفاف عباس، مي البيلاوي، التجارة الإلكترونية وتحديات عصر المعلومات، ملتقى البحث العلمي، منشور على الموقع الإلكتروني www.RSSCRS.INFO
- 102- الشركة العامة للاتصالات والمعلوماتية، نبذة عن الشركة، منشور على الموقع الإلكتروني الرسمي وتم زيارته بتاريخ 2019\6\18.
<http://itpc.gov.iq/index.php?name=Pages&op=page&pid=80>
 Dispute Resolution and Arbitration for Electronic Commerce, 2001,
 تمت زيارة الموقع بتاريخ 2019\7\1 P.1. <http://66.218.71.225/search/cache>
- 103- الوسائل البديلة لحل المنازعات، ص1، متوفر على الموقع التالي:

<http://www.tahkeem.com/adr.htm>

104- تجربة المملكة المتحدة في مجال الحلول البديلة لفض المنازعات، ص 6-7، متوفر على الموقع التالي:

<http://member.lycos.fr/berradar2/m8.htm>

105- قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية مع دليل التشريع 1996، مادة (11)، الفقرة (1).

106- قانون المعاملات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني العراقي رقم (78) لسنة 2012.

107- قانون الأونسيترال النموذجي المعد من قبل لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري بشأن التوقيعات الإلكترونية لسنة 2001.

108- قانون الأونسيترال النموذجي المعد من قبل لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري بشأن التجارة الإلكترونية لسنة 1996. القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.

109- القانون الفيدرالي الامريكي الموحد لمعاملات معلومات الكمبيوتر لسنة 1999.

110- القانون المدني الفرنسي 1804 والمعدل سنة 2016

111- قانون حماية المستهلك الفرنسي لسنة 1987.

112- قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004

113- نقض مدني 19 يونيو (1964)، مجموعة الأحكام النقض، المكتب الفني، س 20، رقم 159، ص 1070 ، ونقض مدني 4 ديسمبر (1958)، مجموعه أحكام النقض، المكتب الفني، س 36، رقم 224

114- فاطمة فرج سعد، التجارة الإلكترونية والعولمة، دول مجلس التعاون الخليج والعراق دراسة حالة (البحث مستل من رسالة ماجستير للباحثة) منشور على الموقع الإلكتروني الآتي:

<https://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&ald=76423>

115- ماهية التجارة الإلكترونية، مقالة منشورة على الموقع الإلكتروني الآتي: تم زيارة الموقع بتاريخ 2019/8/15. <http://www.startimes.com/?t=13146082>

116- Cass.com.6 mars 1990.BULL. civ. Iv. No 74 -116 مشار إليه لدى إباد أحمد سعيد الساري، النظام القانوني لإبرام العقد الإلكتروني.

Include the electronic contract in the Unlisted Model Law Ethnic Law (Comparative Study) - Saleh Ameen Sulaiman

ORIGINALITY REPORT

14%

SIMILARITY INDEX

8%

INTERNET SOURCES

6%

PUBLICATIONS

3%

STUDENT PAPERS

PRIMARY SOURCES

1	Montada.echoroukonline .com Internet Source	2%
2	Submitted to University of Babylon Student Paper	1%
3	مختاري ، إكرام. "التراضي في العقود الالكترونية : أوجه الحماية و ال قصور التشريعي // مجلة الفقه و القانون .- 18 ، Majallat ، " ، ص ص 1 ملحق 24 - 62 ، ع 2014 ، al-Fiqh wa-alQānūn, 2014 Publication	1%
4	parliament Internet Source	1%



YAKIN DOĞU ÜNİVERSİTESİ

GRADUATE SCHOOL OF SCIENCE

PRIVATE LAW PROGRAMS/ARABIC

To the Graduate School of Social Sciences

Mr. Saleh Ameen Sulaiman (20178015), studying in Private law Arabic Program has finished the master thesis titled “Conclusion of the electronic contract in the UNCITRAL Model Law And Iraqi Law (Comparative Study)” and used literature review in Research Methodology in writing the thesis. For this reason, ethical Review board report permission will be needed for the designed research.

Sincerely,

Dr.Mahmoud AL-Mohammad AL-Khudr