

الإطار القانوني لتكوين عقد التجارة الالكترونية

د. سليم عبد الله احمد الجبوري

مقدمة

شهدت السنوات القليلة المنصرمة ثورة ونقله نوعية في تكنولوجيا المعلومات والاتصالات الالكترونية . مما أدى إلى تطوير سريع ومتنام للتبادل الالكتروني والشبكة العنكبوتية وغيرها وانعكس الأمر وبشكل جذري على الطريقة التي يتم بها إجراء التعاملات القانونية والصفقات التجارية ، حيث حل التبادل الالكتروني للبيانات محل المستندات الورقية الخطية على نحو متزايد وبصورة مطردة^١.

ويبدو أن التجارة الالكترونية والتعاقد عبر الانترنت من أكثر المواضيع إثارة للجدل والنقاش القانوني في هذا العصر لخصوصيتها ووضعها القانوني الجديد إذ أن التجارة الالكترونية (E – commerce) تنطوي على إشكالات وتحديات قانونية جعلت الفقه القانوني يختلف في توصيفها وتحديد معالمها وأثارها والتصرفات التي تنبثق منها ، سواء ما تعلق منها بإنشاء التصرفات القانونية وتنفيذها ام إثباتها والآثار القانونية المترتبة عليها كالملكية الفكرية والقانون الواجب التطبيق والخصوصية وما إلى ذلك^٢.

مما تجدر الإشارة إليه أن التجارة الالكترونية هي البيئة الحقيقية للعقد محل الدراسة وقد اجتهد الفقهاء القانونيون والمنظمات ذات الصلة في وصف تعريفها بيد أنهم لا يختلفون في كونها إحدى إفرازات العقل الإنساني المبدع وهي نتاج من نتاجات استخدام الانترنت حيث يذهب البعض^٣ إلى انها تنفيذ وإدارة للأنشطة التجارية المتعلقة بالبضاعة والخدمات بواسطة تحويل المعطيات عبر شبكة الانترنت أو الأنظمة التقنية الشبيهة ، كما يحدد مدلولها البعض الآخر على نحو مغاير وبشكل بسيط إذ يقول أنها تعبير عن ممارسة أي عمل من الأعمال التي أضفى عليها القانون التجاري الصفة التجارية عبر شبكة الانترنت على وجه الاعتبار^٤.

^١ . ينظر القاضي الدكتور إيهاب الفياض موسوعة الإطار القانوني للتجارة الالكترونية ، دار النهضة العربية ، مصر ٢٠٠٧ ، ص ٧٦ .

^٢ . ينظر د. محمد البنان ، العقود الالكترونية ، بحث منشور في مجلة عقود التجارة الدولية مقدمة في ندوة إدارة عقود التجارة الدولية المنعقدة في القاهرة برعاية جامعة الدول العربية ، المنظمة العربية للتنمية الإدارية ، ٢٠٠٦ ص ٥٣ .

^٣ . ينظر بشار محمد دودين ، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الانترنت ، دار الثقافة للنشر ، عمان ط ١ ، ٢٠٠٦ ص ٣٧ .

^٤ . ينظر أسامة أبو الحسن مجاهد ، خصوصية التعاقد عبر الانترنت ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٣ ، ص ٦٠ . ينظر أيضاً لورنس محمد عبيدات ، اثبات المحرر الالكتروني ، رسالة دكتوراه ، دار الثقافة ، عمان ٢٠٠٥ ، ص ٢٢ .

ماهية عقد التجارة الالكترونية

يعرف عقد التجارة الالكترونية أنه العقد الذي يتلاقى فيه الإيجاب والقبول عبر شبكة اتصالات دولية بإستخدام التبادل الالكتروني للبيانات لغرض إنشاء التزامات تعاقدية تدخل ضمن مدلول العمل التجاري الذي أشارت إليه القوانين التجارية كالمادة (٥) من قانون التجارة العراقي .

وتجدر الإشارة إلى أن هناك طائفة من العقود لا تكون التجارة الالكترونية محلاً لها لكنها تبرم عن طريق التجارة الالكترونية ولازمة لتحقيقها ، وذلك أن عقود التجارة الالكترونية نوعان ، اولهما ما يبرم عبر شبكة الانترنت وينفذ خارجها ، وهذا النوع يشمل العقود التي تتناول الأشياء المادية التي تقتضي طبيعتها التسليم في بيئة مادية كالسلع والخدمات وثانيهما العقود التي تبرم وتنفذ عبر الانترنت من غير حاجة للرجوع إلى الفضاء المادي الخارجي وما عدا ذلك فهي عقود تخرج عن مفهوم عقود التجارة الالكترونية^١ .

من جانب آخر تعد عقود التجارة الالكترونية من العقود التجارية وتخضع الى نفس الخصائص التي تخضع لها معظم العقود التجارية ومن تلك الخصائص ما يلي :

١. ان الرضائية أمر لازم لانعقادها شأنها في ذلك شأن العقود التجارية والرضائية يمكن تجسيدها بإرادة موجبة وأخرى قابلة .

٢. وبشأن اعتباره من عقود الإذعان ، تباينت الآراء بين من يعتبره كذلك ومن يرفضه ونعتقد أن عقد التجارة الالكترونية من عقود الإذعان ذلك أن البائع يضع شروطاً لا يستطيع المشتري إلا أن يوافق عليها أو يرفضها جملة واحدة ، كما أن في ذلك حماية للمستهلك ذلك انه طرف ضعيف يحتاج إلى حماية قانونية ، اضافة الى ذلك أن القول بان عقد التجارة الالكترونية عقد إذعان يستند إلى حقائق موضوعية وهي أن المهني الموجب في مركز اقتصادي ومعلوماتي قوي وان العقد يتعلق بسلع وخدمات لا غنى عنها للمستهلك الذي يسعى لتلبية حاجاته الشخصية أو حاجات أسرته فهي ضروريات ليس له العزوف عنها^٢ .

٣. عقود التجارة الالكترونية من العقود الملزمة للجانبين والتي ترتب التزامات متبادلة وفي ذلك تنص المادة ٣٠ من قانون التجارة الالكترونية التونسي على أن (على البائع تسليم المشتري خلال عشرة أيام تالية لإبرام العقد وثيقة كتابية أو الكترونية تتضمن جميع المعطيات المتعلقة بالتجارة^٣) .

٤. عقد التجارة الالكترونية عقد مبرم عن بعد يمتاز بصفة التفاعلية بين أطرافه وذلك لان الأطراف غير متواجدين بشكل مادي في مجلس عقد واحد ومع ذلك فإنه يعتبر عقد فوري متعاصر من حيث التفاعل الحاصل بين أطرافه عبر الانترنت^٤ .

وقد عرف المشرع الفرنسي في المادة (٢) من التشريع الصادر في ١٩٨٦ الاتصال عن بعد على انه كل انتقال أو إرسال أو استقبال لرموز أو إشارات أو كتابة أو صور أو

^١ ينظر خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الالكتروني ، دراسة مقارنة ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، مصر ، ط١ ، ٢٠٠٦ ص ٧٢ . ينظر أيضاً سليم عبد الله الجبوري ، الحماية القانونية لمعلومات شبكة المعلومات (الانترنت) ، رسالة دكتوراة ، جامعة النهدين ، بغداد ، ٢٠٠١ ، ص ٥٣ .

^٢ ينظر د. عبد المنعم فرج الصدة ، عقود الإذعان ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، ١٩٤٦ ، ص ١١٩ .

^٣ ينظر نضال إسماعيل إبراهيم ، أقسام عقود التجارة الالكترونية ، دار الثقافة ط١ ، عمان ، ٢٠٠٥ ، ص ٥٦ .

^٤ ينظر منير محمد الجنيهي وممدوح محمد الجنيهي ، تزوير التوقيع الالكتروني ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠٠٦ ، ص ١١٥ ، ينظر أيضاً د. أيمن سعد سليم ، التوقيع الالكتروني ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٤ ، ص ٤٨ .

- أصوات أو معلومات أيا كانت طبيعتها بواسطة ألياف بصرية أو كهربائية أو لا سلكية أو أنظمة كهرومغناطيسية أخرى^٥ .
٥. قد يأخذ عقد التجارة الالكترونية صفة العقد الداخلي إذا تم بين أطراف من نفس الدولة بيد انه غالباً ما يتميز بالطابع الدولي .
٦. يختص عقد التجارة الالكترونية بالإثبات والوفاء إذ يتم اثباته عبر الوثائق الالكترونية.

أهمية البحث

تبرز أهمية دراسة موضوع الاطار القانوني في تكوين عقد التجارة الالكترونية نتيجة آثار التقدم التكنولوجي في وسائل الاتصالات والمعلومات إذ أن القواعد التقليدية العامة التي تحتم إبرام العقد وطرق التعبير عن الإرادة ومكان وزمان التعاقد ووسائل حماية المستهلك والإثبات لا تفي بمقتضيات التجارة الالكترونية .

زد على ذلك أن المشكلات والتحديات يثيرها موضوع عقد التجارة الالكترونية تتنوع بين مشكلات تقنية تنجم عن طبيعة التركيبة التقنية والالكترونية لشبكة الانترنت وأخرى ذات أوجه عديدة ، ومما يزيد من أهمية الدراسة خلو المكتبة القانونية العراقية من أبحاث تستوعب هذا المجال وافتقار التشريعات العراقية إلى نصوص تحيط بجميع المشاكل المثارة لذلك ألينا أن نخوض غمار هذا البحث أملاً أن يسد النقص الموجود ورغبة في مساعدة القضاء العراقي للاستدلال بأراء فقهية بدلاً من التركيز فقط على النصوص العامة .

منهجية البحث

نظراً لأن موضوع تكوين عقد التجارة الالكترونية والجوانب القانونية التي يمكن ان يثيرها من المواضيع الحديثة ، سيكون سبيلي في البحث الأسلوب المقارن اعتماداً على القواعد العامة ثم عرض المسألة عينها على التشريعات التي عالجت الأمر مستعيناً بأراء الفقه وأحكام القضاء إن وجدت مع بيان الرأي الذي يمكن اعتماده وسيركز البحث على مجالات سيتم توزيعها على حسب المباحث التي تشتمل عليها الدراسة وكما يلي :

المبحث الأول :

- التراضي في تكوين عقد التجارة الالكترونية ، وفيه ثلاثة مطالب :
- المطلب الأول : التفاوض الالكتروني .
- المطلب الثاني : الإيجاب الالكتروني .
- المطلب الثالث : القبول الالكتروني .

المبحث الثاني :

- الجوانب الشكلية في تكوين عقد التجارة الالكترونية ، ويشتمل على ثلاثة مطالب :
- المطلب الأول : الشكلية في عقد التجارة الالكترونية .
- المطلب الثاني : زمان إبرام عقد التجارة الالكترونية .
- المطلب الثالث : مكان إبرام عقد التجارة الالكترونية .

^٥ ينظر عبد الفتاح بيومي حجازي ، حماية المستهلك عبر شبكة الانترنت ، مصر ، دار الكتب القانونية ، ٢٠٠٨ ، ص ٣٨ .

المبحث الأول : التراضي في تكوين عقد التجارة الالكترونية :

التراضي هو انصراف الإرادة لترتيب اثر قانوني والرضا المعترف والمنتهج لاثره في التعاقد الالكتروني هو الصادر عن ذي اهلية وغير مشوب بأي عيب من عيوب الارادة^١، وإذا كان الحديث عن صحة التراضي يقتضي أن يتم التعرض للأهلية ثم لعيوب الارادة ، فإن القواعد العامة تستوعب ذلك كله وسيقتصر الامر على التركيز ضمن مجال البيئة الالكترونية ، أي دراسة التفاوض الالكتروني كالايجاب والقبول الالكتروني وسوف نعرض موقف التشريعات المقارنة مستعرضين وجوه التقارب والتباعد بينها وبين الوسائل العادية للتعاقد ، ومحددتين مدلولها وإشكالاتها القانونية ، وسيكون ذلك كله في ثلاثة مطالب وكما يلي :

المطلب الأول : التفاوض الالكتروني

إن التفاوض في عقود التجارة الالكترونية غالباً ما يعبر عنه بمصطلح التفاوض الالكتروني، وهذا اللفظ ينصرف إما على التفاوض بصدد العقود التي ترد على محل الكتروني مثل عقود الخدمات والمعلومات الالكترونية واما على أداة التفاوض الألكتروني ، والتفاوض في عقود التجارة الالكترونية غالباً ما يتم عبر شبكة الإنترنت^٢ . ومن الجدير بالذكر إن إرادة أطراف العقد تلعب دوراً كبيراً في تنظيم عملية التفاوض الالكتروني لا سيما وأن الأنظمة القانونية المختلفة تخلو من أي تنظيم قانوني لهذه المرحلة إذ تقوم إرادة الطرفين بتحديد الاتفاقات الأولية والنهائية السابقة على التعاقد وبدخول الطرفين في التفاوض يكونا تحت مظلة القانون وتنشأ بينهما علاقة قانونية ترتب على عاتق كل منهما التزامات يكون الإخلال بها منشأ للمسؤولية القانونية^٣ . وللمفاوضات التي تسبق إبرام العقد ، بشكل عام أهمية قد لا تختلف عن تلك التي تجري وفقاً للأوضاع العادية للتعاقد ولذلك يثار بشأن التفاوض في عقود التجارة الالكترونية ، ما يثار بشأن التفاوض الذي يتم عبر وسائل الاتصال الحديثة من مشاكل قد تطرأ على المفاوضات كاختلاف اللغة أو الإثبات أو تنازع القوانين أو القرصنة أو أية مشاكل أخرى سواء كانت مشاكل تقنية ام مشاكل قانونية . ولا ينكر إن للعملية التفاوضية أهمية كبيرة في عملية تفسير العقد ولعلها تبرز أكثر من غيرها في عقود التجارة الالكترونية فمن خلال عملية التفاوض يتم التعرف على النوايا الحقيقية للمتعاقدين عند غموض الشروط التعاقدية ولا يترتب على هذه العملية أية آثار قانونية ، إلا إذا اقترن العدول عنها بخطأ نتج عن عذر غير مقبول حين اذن يقوم القاضي بالاستئناس إلى المفاوضات كقرينه قضائية أو كظرف

^١ . ينظر د. سامح عبد الواحد التهامي ، التعاقد عبر الانترنت ، دراسة مقارنة ، دار الكتب القانونية ، مصر ، ٢٠٠٨ ، ص ٤٧ . ينظر أيضاً د. مصطفى كمال طه ، العقود التجارية ، دار الفكر الجامعي الإسكندرية ، ٢٠٠٥ ، ص ٢٢٩ .
^٢ . دودين ص ٩٥ . ينظر أيضاً السيد مصطفى احمد أبو الخير ، عقود نقل التكنولوجيا ، دار ايتراك للطباعة ، ٢٠٠٧ ، ص ١٣٥ . ينظر أيضاً فؤاد العلواني ود. عبد الله موسى الربيعي ، الأحكام العامة في التفاوض والتعاقد عبر الانترنت ، التعاقد عبر الانترنت ، عقود البيع التجارية على وفق أحكام الانكو تيرمز لعام ٢٠٠٠ ، ط ١ ، بيت الحكمة ، بغداد ، ٢٠٠٣ ، ص ٧٤ .

^٣ ينظر خالد ممدوح ص ٢٠٧ . ينظر أيضاً د. محمد السعيد رشدي ، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة ومدى حجيتها في الإثبات ، منشأة المعارف الإسكندرية ، ٢٠٠٥ ، ص ٢٦ .

واقعي يحيط بالنزاع^٤، وللمفاوضات دوراً بارزاً في تحديد القانون الواجب التطبيق لا سيما اذا كان يحمل طابعاً دولياً عند اثاره أي نزاع في تطبيقه .
من جانب آخر تبدو أهمية التفاوض في بيانها لوسائل تسوية المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين وهي الوسيلة اللازمة ايضاً لتحقيق التوازن بين الحقوق والالتزامات المتبادلة لكل من الطرفين ولعل من المهم معرفة إن المفاوضات غالباً ما تتم مشافهة عن طريق الاتصال المباشر وقد تتم عن طريق تبادل البيانات الكترونياً عبر البريد الالكتروني والتي أخذت في الانتشار لا سيما في إطار التعامل التجاري الدولي . إما بخصوص الزمن الذي يستغرقه التفاوض في عقود التجارة الالكترونية فإنه يستمر طوال الوقت اللازم الذي يعتقده الطرفان وقد يرتبط الوقت بحجم الصفة التفاوضية واحياناً قد يميل الطرفان المتفاوضان أو احدهما على الأقل إلى ضرورة تحديد وقت معين للتفاوض وفقاً لما تستجوبه تلك الضرورة^١.

من مجمل ما سبق نعتقد ضرورة إن يكون للمفاوضات الالكترونية أو ما تسمى بالمفاوضات في عقود التجارة الالكترونية ، اعتبارات قانونية خاصة وكما نعتقد بحسب تصورنا ، جزء لا ينفصل من العقد النهائي وهي شرط أساسي لإبرام التعاقد لا مجرد مرحلة سابقة تخضع للاجتهادات الآنية وهذا يوجب ضرورة تشريع نصوص تتناول هذه المهلة وتحدد نطاقها وآثارها^٢.

يلاحظ انه وعلى الرغم من أهمية التفاوض وماله من دور هام وفعال في الإعداد للعقد خلت التقنيات الحديثة ومنها التقنين العراقي والمصري والفرنسي قد خلت من أي نص خاص ينظم مرحلة ما قبل التعاقد تاركاً الأمر للأراء الفقهية والسوابق القضائية ، واستثناءً من هذه السياسة التشريعية فإن هناك بعض التقنينات المدنية الحديثة التي أشارت إلى موضوع التفاوض ومنها التقنين المدني الايطالي والتقنين المدني اليوناني وقانون الموجبات والعقود اللبناني والتي أشارت بشكل صريح إلى المفاوضات التعاقدية^٣.

المطلب الثاني : الايجاب الالكتروني

من المفيد القول ، إن المتعاملين في مجال التجارة الالكترونية يحتاجون إلى وسيلة تتفق وتتلاءم مع طبيعة هذه المعاملات ولذلك اتجهوا إلى استخدام نظام التبادل الالكتروني للبيانات والذي أصبح حقيقة واقعة فرضت نفسها في مجال المعاملات الالكترونية بصفة عامة و التجارة الالكترونية بصفة خاصة وغالباً ما يكون التعاقد في عقود التجارة الالكترونية بين غائبين عبر وسائل الكترونية لا تتيح في احياناً كثيرة لكل طرف معرفة شخصية الطرف الآخر كما وأن احتمال جدوى حدوث خطأ أو تحريف في نقل الإرادة عبر شبكات الاتصال الالكترونية وارد وهذا ما يستدعي بيان الضوابط التي تكفل صحة الإرادة

^٤ ينظر د. احمد شوقي محمد عبد الرحمن ، النظرية العامة للالتزام ، احكام الالتزام والاثبات في الفقه وقضاء النقص ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٤ ، ص ٣٣٣ .

^١ . يشار/ محمد ، مصدر سابق ذكره ، ص ٩٥ . ينظر أيضاً ، د. عباس العبودي ، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجبتها في الاثبات المدني دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٧ ، ص ٨٣ .

^٢ . ينظر فؤاد العلواني ، مصدر سابق ذكره ، ص ٧٤ . ينظر أيضاً د. محمد السعيد رشدي ، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة ومدى صحتها في الاثبات ، منشأة المعارف الإسكندرية ، ٢٠٠٥ ، ص ٦٥ .

^٣ . ينظر خالد ممدوح إبراهيم ، مصدر سابق ذكره ، ص ٢٠٧ .

التعاقدية والتعبير عنها والتأكد من نسبتها إلى مصدرها حتى يمكن إسناد المسؤولية في حالة الخطأ أو التحريف^٤.

ومعلوم ان الإرادة التي تصدر او لا لانشاء عقد التجارة الالكترونية تسمى بالاجاب الالكتروني ، وهذا الامر يثير جملة من التساؤلات البعض منها ما يرتبط بتعريفه وكيفية صدوره و منها ما يرتبط بالطريقة التي تناولته بها التشريعات المقارنة وهذا ما يقتضي معالجة الامر والاجابة على تساؤلات عديدة .

يجب التسليم أولاً بأن الأطراف المتعاملة في مجال عقود التجارة الالكترونية تحتاج إلى وسائل للتعاقد الالكتروني ومن هذه الوسائل على سبيل المثال التبادل الالكتروني للبيانات والبريد الالكتروني وأنظمة إدارة المستندات التي تتم عبر الكمبيوتر وغيرها .

وفي ظل غياب التنظيم التشريعي للتعاقد الالكتروني (في عقود التجارة الالكترونية) فلا وسيلة إلا باللجوء إلى الأحكام العامة التي أشارت إليها المادة (٧٩) من القانون المدني العراقي والمادة ١/٩٠ من القانون المدني مصري والتي يفهم منها جواز التعاقد والتعبير عن ارادة الموجب بأي موقف أو مسلك لا يدع ثمة مجال للشك في دلالاته على حقيقة المقصود.

وكذلك المادة (٨٨) عراقي و (١/٩٤) مصري من القانون نفسه والتي أشارت إلى جواز صدور الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق التلفون أو بأي طريق مماثل وهو ما يفهم منه جواز التعبير عن الإرادة بأية وسيلة سواء كانت يدوية أم الكترونية وتطبيقاً لذلك يجوز التعبير عن الإرادة الكترونياً في التعاقد عبر شبكات الاتصال الالكترونية إذا كانت الإرادة سليمة خالية من العيوب الناقضة بصمتها و الشروط المطلوبة لصحتها^١.

وقد أجاز قانون التجارة الأمريكي الموحد (ucc) انعقاد عقد بيع البضائع بأي طريقة أو وسيلة ما دامت تظهر تراضي طرفية ، بما وكذلك سلوكهما الذي يدل على إقرارهما وجود العقد ، كما اعترف قانون المعاملات الالكترونية الموحد الصادر ١٩٩٩ صراحة بإمكان التعاقد الكترونياً عندما قرر إن التسجيل الالكتروني يعادل المستند المكتوب خطياً حيث اخذ بمبدأ المعاملة المتساوية أو التنظير الوظيفي بين السجلات المكتوبة أو الالكترونية .

كما أقرت اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقد البيع الدولي للبضائع التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري فأجازت الإيجاب بالهاتف أو التلكس أو غير ذلك من وسائل الاتصال الفوري وأضافت الاتفاقية العبارة الأخيرة لتشمل كل ما قد تأتي به التكنولوجيا الحديثة للاتصالات ومنها الاتصال عن طريق الشبكات الالكترونية كما اقر قانون الاونسيترال النموذجي للتجارة الالكترونية لسنة ١٩٩٦ تبادل التعبير عن الإرادة من خلال تبادل البيانات الكترونياً في الأعمال التجارية في المادة (١١) من القانون واثراً صراحة استخدام وسائل البيانات الالكترونية للتعبير عن الإرادة^٢.

^٤ ينظر د. عبد المجيد الحكيم ، الوجيز في نظرية الالتزام في التعاقد المدني ، ج ١ ، مصادر الالتزام ، مطبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، ١٩٨٠ ، ص ٣٨ . ينظر أيضاً ، خالد ممدوح إبراهيم ، مصدر سابق ذكره ، ص ٩٨ .

^١ . ينظر خالد ممدوح إبراهيم ، مصدر سابق ذكره ، ص ١١٨ . ينظر أيضاً محمد سامي عبد الصادق ، خدمة المعلومات الصوتية والالتزامات الناشئة عنها ، دراسة لعقد خدمة المعلومات الصوتية في ضوء قانون تنظيم الاتصالات المصري رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٣ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٥ ، ص ٤٢ .

^٢ . ينظر منير محمد الحنيهي وممدوح محمد الجنيهي ، قوانين الاونسيترال النموذجية في مجال التجارة الالكترونية ، دار الفكر الجامعي ، ٢٠٠٦ ص ٢ .

مما سبق يتضح أن القواعد العامة الواردة في القانون المدني والقواعد الخاصة التي نصت عليها القوانين المختلفة المتعلقة بالمعاملات الالكترونية أجازت التعبير عن الإرادة الكترونياً (الإيجاب الالكتروني) متى تحققت شروط صحة الإرادة .

مفهوم الإيجاب الإلكتروني :

يعرف الإيجاب بصورة عامة على أنه التعبير البات المنجز الصادر من أحد المتعاقدين والموجه إلى الطرف الآخر يقصد إحداث أثر قانوني^٣ أو بمفهوم آخر عرض جازم وكامل للتعاقد وفقاً لشروط معينة يوجهه شخص إلى شخص آخر معين أو غير معين بذاته أو للكافة^٤ ويتطلب الإيجاب وفقاً للمبادئ العامة في القانون المدني أن يكون جازماً يعبر عن إرادة مصممة ونهائية على إبرام العقد إذ أن الدعوة إلى التعاقد أو مجرد الإعلان عن الرغبة لا يعدان إيجاباً حتى لو تضمنتا كافة العناصر الرئيسية للعقد ، كذلك يجب أن يكون الإيجاب محدداً وكاملاً ، أي أن يحتوي على جميع العناصر الأساسية اللازمة لإبرام العقد كما ويفترض إتصال الإيجاب يعلم من وجه إليه .

ومن الطبيعي أن الحديث عن عقود التجارة الالكترونية يقتضي منا تناول ما يمكن تسميته بالإيجاب الالكتروني الذي عرفه التوجه الأوربي - في شأن حماية المستهلك - بأنه (كل إتصال عن بعد يتضمن كل العناصر اللازمة لتمكين المرسل إليه من قبول التعاقد مباشرة ويتجاوز الأمر مجرد الإعلان عن الرغبة في التعاقد) .

ويتضح لنا من هذا التعريف أنه لم يعرف أو يحدد ماهية وسائل الاتصال عن بعد كما لم يركز على خصائص الإيجاب ، بيد أنه أشار إلى

ضرورة تضمين الموجب لعناصر الإيجاب اللازمة ليتمكن القابل وهو المستهلك غالباً من إصدار قبوله وهو على بينة من أمره^٥ .

وإستناداً لما تقدم وقياساً على الشروط العامة للإيجاب يفترض في الإيجاب الالكتروني أن يحترم مقتضيات الوضوح وذلك بوصف البضاعة محل العقد وصفاً دقيقاً وأحياناً يكون مقترناً بصورة ثلاثية الأبعاد لها . أما بخصوص شرط الإيجاب الالكتروني في عده باتاً وناجزاً لا بد من التمييز بين حالتين^٦ :

الأولى :

أن يتم التعاقد عبر البريد الالكتروني أو عبر برنامج المحادثة (chatting) وفيها تكون الرسالة باتجاه واحد معلوم ومحدد فالبايع يبعث بإيجابه إلى شخص أو أشخاص طبيعياً أو معنوية (في المؤسسات) وبدوره مستلم البريد الالكتروني (المرسل إليه) ، يقوم بعد دراسة متأنية بالرد على الرسالة بالرفض أو القبول فينعقد العقد .

^٣ ينظر المادة (١٨٤) قانون مدني عراقي .

^٤ ينظر بشار محمد دودين ، مصدر سابق ذكره ، ص ١٥٢ . ينظر أيضاً عصمت عبد المجيد بكر ، اثر التقدم العلمي في العقد ، موسوعة القوانين العراقية ، بغداد ، ٢٠٠٧ ، ص ٤٦ .

^٥ ينظر د. عبد المجيد الحكيم ، مصدر سابق ذكره ، ص ٣٨ . ينظر أيضاً د. فوزي محمد سامي ، شرح القانون التجاري ، ج ١ ، عمان ، دار الثقافة ، ٢٠٠٦ ، ص ٢١١ . ينظر أيضاً ، نضال إسماعيل ، مصدر سابق ، ص ٣٥ .

^٦ ينظر خالد ممدوح ، مصدر سابق ذكره ، ص ٢٤٧ .

^٧ ينظر بشار محمد دودين ، مصدر سابق ذكره ، ص ١٥٢ . ينظر أيضاً نضال إسماعيل إبراهيم ، مصدر سابق ذكره ، ص ٣٥ .

الثانية :

التعاقد عن طريق شبكة (الويب) التجارية المنتشرة على شبكة الانترنت إذ لا يكون الإيجاب موجهاً إلى جهات معينة وإنما يكون موجهاً لكل من يطلع على الموقع ، لذلك قد يبدي عدد كبير قبولهم للتعاقد وأحياناً تصدر الرغبة من عديمي الأهلية أو قد تواجهنا إشكالية عدم كفاية البضاعة في أن تكون محلاً لعقود عديدة ، وتتجاوز الاشكالات القانونية التي من الممكن أن تطرأ، يحق للبائع أن يعلم من وجه إليه إرادته بعبارة واضحة أنه بصدد دعوة للتعاقد وليس إيجاباً وذلك بإضافة عبارات معينة^٣ كأن يقول ، إن ذلك لا يجعل العرض مستنداً رسمياً تعاقدياً أو يضيف عبارة دون أي التزام ، وفي ضوء ذلك فإن موافقة الطرف الآخر على هذه الدعوة تكون إيجاباً تحتاج إلى قبول يمكن أن يصدر من البائع .

كما أنه وفي جانب آخر ، يقرن البعض بين الإيجاب الإلكتروني الصادر من مواقع الويب التجارية أو الإيجاب الصادر من المتاجر الافتراضية (virtnel shop) على أساس أن الدخول إلى المواقع التجارية يكون غالباً مفتوحاً للجمهور عامة اما المتاجر الافتراضية فبعضها يقصر دخولها والاتصال بها على العملاء الحاصلين على إشتراك خاص وغالباً يتم تزويدهم برقم سري للولوج إلى هذه المحلات ، لذلك فإن مثل هذه المحلات لا تكون متاحة للعمامة ويترتب على هذا التمييز أن الالتزام بالقواعد والاجراءات المنظمة لإعلان البضائع والخدمات كمرعاة الدقة والأمانة يقتصر على المواقع التجارية ، أما المتاجر الافتراضية فلا تنقيد بالقواعد السابقة قبل الاعلان^٤ .

يتضح مما سبق إن الإيجاب في التعاقد الإلكتروني هو التعبير عن إرادة الراغب في التعاقد عن بعد حيث يتم من خلال شبكة دولية للاتصالات بوسيلة مسموعة مرئية ، ويتضمن كافة العناصر اللازمة لإبرام العقد بحيث يستطيع من يوجه إليه العقد أن يقبل التعاقد مباشرة وذلك فهو لا يختلف عن الإيجاب التقليدي إلا في الوسيلة المستخدمة فقط مع بقاء الجوهر نفسه .

هذا التصور قد لا يسلم به البعض^٥ ، حيث يذهب الى أنه وخلافاً للواقع في بيان الخصوصية للإيجاب الإلكتروني يكون من خلال النفاذ الى صميم بنيانه التقني والفني عن طريق تحديد طبيعة مواقع التجارة الإلكترونية أعد هذه المواقع من الاتصالات السريعة البصرية ام المراسلات الخاصة؟ ويبدو أن هذا الرأي ينظر الى خصوصية الإيجاب الإلكتروني من زاوية ضيقة ويحصر الإيجاب الإلكتروني في مجرد الإيجاب المرسل عبر مواقع الويب بينما التعبير عن الإيجاب الإلكتروني قد يتم بوسائل عديدة كالبريد الإلكتروني أو عبر غرفة المحادثة ، أو غير ذلك من وسائل التعبير الإلكتروني عن الإرادة ، ومن ثم فإن بيان خصوصية الإيجاب الإلكتروني يكون من خلال بيان جميع الوسائل الإلكترونية وليس من خلال وسيلة واحدة .

^٣ . ينظر نضال إسماعيل ، مصدر سابق ذكره ، ص ٢٩ . ينظر أيضاً د. أسامة احمد بدر ، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني ، مصدر سابق ذكره ، ص ١١٨ .

^٤ . ينظر خالد ممدوح إبراهيم ، مصدر سابق ذكره ، ص ٢٥٠ . ينظر أيضاً لورنس محمد عبيدات ، مصدر سابق ذكره ، ص ٤١ .

^٥ . ينظر خالد ممدوح إبراهيم ، مصدر سابق ، ص ٢٤٩ . ينظر أيضاً احمد شوقي محمد عبد الرحمن ، الدراسات ..البحتية..... في نظرية العقد في الفقه والقضاء المصري والفرنسي ، الإسكندرية ، منشأة المعارف ، ٢٠٠٦ ص ٥٣ .

موقف التشريعات المقارنة من الإيجاب الالكتروني

عد القانون المدني العراقي وتحديداً في المادة (٨٠) (عرض البضائع مع بيان ثمنها إيجاباً) وهذا يدل على أن موقف المشرع العراقي في عرض البضائع على الموقع الالكتروني إذا ما إقترن ببيان السعر والمواصفات وتحديد طريقة الدفع فإنه يعد إيجاباً موجهاً الى الجمهور وليس دعوة للتعاقد ويبدو ان العلة في ذلك هي أن شخصية القابل و البائع ليست محل إعتبار وأن المنتج إما يهدف إلى إقامة علاقة عقدية مع أي شخص بغض النظر عن مكان إقامته او جنسيته ، بيد أنه في حالة عرض البضاعة أو الخدمة على الموقع الالكتروني مع بيان أوصافها ومعالمها وتجاهل سعرها لأجل أن يكون محلاً للتفاوض ، أو أن العرض كان قابلاً للتعديل بحسب رغبة البائع أو أعطى لنفسه الحق في رفض البيع لاحقاً حتى من دون بيان الأسباب فالعرض هنا دعوة إلى التعاقد^١ .

ومن المفيد القول أن حرص المشرع ينصب على الوضوح والدقة في التعاقد وهذا ينصرف إلى السوق الالكترونية سواء من حيث تضمين الموجب عناصر الإيجاب اللازمة ليتمكن القابل من تحديد إرادته مع تبصره التام من صحة الإيجاب الذي قدمه الموجب زد على ذلك أهمية بيان شروط التعاقد وكيفيته .

وقد نصت تشريعات عديدة على مبدأ التبصير في ضرورة تعريف الموجب بالبضائع والسلع أو الخدمات محل العرض مع بيان أثمانها ومن هذه اللوائح والتعليمات ما نص عليه التوجه الاوربي الصادر في تاريخ حزيران لسنة ٢٠٠٠ والخاص بحماية المستهلك حيث أُلزم الموجب بالاتي^٢ :

- ١ . بيان أسمه وعنوانه البريدي .
- ٢ . توضيح الخصائص المتعلقة بالسلعة والخدمة .
- ٣ . تحديد السعر .
- ٤ . بيان أية تكاليف إضافية كأجور النقل .
- ٥ . منح المستهلكين الحق في إرجاع المبيع بعد سبعة ايام من غير ابداء أية أسباب .
- ٦ . توضيح مدة عرض المبيع .
- ٧ . ايجاد نظام خاص لتلقي أية شكاوى أو ملاحظات بعد البيع من المستهلكين .

أما موقف التشريعات المقارنة الاخرى فمنها ما يجعل مجرد عرض المنتجات والخدمات هو إعلان ولا يحتوي على إيجاب كالقانون الكويتي ومنها ما يعده دعوة للتعاقد أو تمهيد له كالقانون الانكليزي أو إيجاباً أو رغبة في التعاقد كالقانون الفرنسي والايطالي والبلجيكي وفي ما يتعلق بالعرض الموجه الى اكثر من شخص فقد نص القانون المدني الالمانى على ان للمحكمة ان تفصل في كل حالة على حدة دون الالتزام بقواعد معينة .

وتضمن المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري نصاً مؤداه التفرقة بين الايجاب والدعوة للتفاوض حيث كان يقضي بأن عرض البضائع مع بيان ثمنها يعتبر إيجاباً أما النشر والاعلان وبيان الاسعار الجاري التعامل بها وكل بيان آخر متعلق بعروض أو طلبات موجهاً للجمهور أو للأفراد فلا يعد إيجاباً وإنما دعوة الى التفاوض وقد حذف هذا النص عند صدور القانون المدني^٣ .

^١ . ينظر نضال اسماعيل ، مصدر سابق ص ٣٩ . ينظر أيضاً فقرة (٢) المادة (٨٠) من القانون المدني العراقي .
^٢ . ينظر د. اسامة احمد بدر ، حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني ، مصدر سابق ذكره ، ص ٧٤ . ينظر ايضاً عبد الفتاح بيومي حجازي ، حماية المستهلك عبر شبكة الانترنت ، مصر ، دار الكتب القانونية ، ٢٠٠٨ ص ٢٨ .
^٣ . ينظر خالد ممدوح ، مصدر سابق ، ص ٢٦٠ .

المطلب الثالث : القبول الالكتروني

القبول هو التعبير عن إرادة من وجه إليه الإيجاب في إبرام العقد بالموافقة فهو الإرادة الثانية في العقد والتي تتضمن التعبير البات عن إرادة الطرف الذي وجه إليه الإيجاب والتي تدل على رضاه بالتعاقد^١. والمسائل القانونية التي يثيرها التطرق الى القبول الالكتروني لا تقل من حيث أهميتها ومقدارها وتباين مواقف التشريعات المقارنة حولها من الإيجاب الالكتروني وهذا ما يدعو إلى تناول هذا الموضوع محددتين مفهوم القبول والإشكالات التي يثيرها والتي نستطيع من خلالها تحديد الإطار القانوني لعقد التجارة الالكترونية.

مفهوم القبول الالكتروني

القبول الالكتروني لا يخرج عن مضمون القبول في العقود سوى انه يتم عبر وسائل الكترونية من خلال شبكة الانترنت ، فهو قبول عن بعد ولذلك فهو يخضع كذلك للقواعد والأحكام نفسها التي تنظم القبول التقليدي وان كان يتميز ببعض الخصوصية التي ترجع إلى طبيعته الالكترونية^٢.

وتجدر الإشارة إلى أن التعبير عن القبول بوساطة شبكة الانترنت (القبول الالكتروني) يكون بإحدى طريقتين ، إما من خلال موقع العرض نفسه (website) وذلك بأن يقوم القابل (المستهلك) بإدخال البيانات الخاصة بالعقد المعروض على الشاشة أو ان يدفع ثمن المبيع بعد النقر على المفتاح الخاص بالقبول (accept-ok) واما أن يتم التعبير عن القبول بالبريد الالكتروني (Email) بأن يضمن القابل قبوله في الرسالة الالكترونية^٣ ويبدو أن من التشريعات مالم تمنح الخيار الثاني للقابل حيث ألزمت تقديم القبول بنفس طريقة وصول الإيجاب ومنها القانون الموحد للمعاملات الأمريكي اذ نص في المادة (٢٠٦ ، ف٢) على أن (التعبير عن الإرادة في القبول يتم بذات طريقة عرض الإيجاب) وهذا يعني أن القابل اذا تلقى الايجاب عن طريق الموقع الالكتروني وجب عليه في حال قبوله التعاقد من التعبير عن ذلك عبر الموقع نفسه وانه اذا تلقى الايجاب عن طريق رسالة الكترونية فيكون التعبير عن القبول بالوسيلة نفسها وهي البريد الالكتروني ، ومن اللافت للنظر أن القانون نفسه وفي المادة (٢١٠ ، ٢١١) فرض التزامات على البائع من اجل تأكيد إبرام العقد وذلك بأن يقوم بإرسال تأكيد للمشتري بتمام إبرام العقد خلال مدة عشرة أيام على الأكثر من تاريخ إرسال القابل قبوله ، مع إعفاء البائع من إرسال تأكيد في العقود المبرمة ما بين التجار .

وعند تطبيق طرق التعبير عن القبول بوساطة شبكة الانترنت على نص المادة (٧٩) من القانون المدني العراقي نجد أن الإختلاف يتضح في الخروج عن القواعد العامة واستثناءاتها في القبول .

ومن ذلك إن المشرع العراقي يعتد بالقبول المعبر عنه بالإشارة واللفظ إلى جانب الكتابة أو أي وسيلة تعكس قبول من وجه إليه الإيجاب لإبرام العقد وهذا ما يتماشى مع التجارة الالكترونية وأساليب التعبير عن الإرادة في القبول والمحددة بأشكال تفرضها طبيعة

^١ . ينظر ج ريبير و . ر . روبلو ، المطول في القانون التجاري ، جزء ثاني ، بيروت ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر ، ط١ ، ٢٠٠٨ ، ص ٧٦٨ . ينظر أيضاً ، د. محمد السعيد رشدي ، مصدر سابق ذكره ، ص ٣٦ .

^٢ . ينظر خالد ممدوح إسماعيل ، مصدر سابق ، ص ٢٦٦ .

^٣ . ينظر ، يونس عرب ، التجارة الالكترونية ، بحث منشور على موقع ، www.arablaw.org ، ٢٠٠١ .

شبكة الانترنت وضرورة جعل الإرادة في قالب يظهر أثره على العقد وعليه فالعقد لا ينعقد عبر الانترنت بمجرد اتخاذ القابل موقفاً معيناً أو باللفظ أو بالإشارة إذ لا بد من صدور تعبير صريح بالقبول وفق ما ذهب إليه القانون المدني العراقي^٤.

خصائص القبول الالكتروني

من ابرز ما يتميز به القبول الالكتروني ما يأتي:^١

١. يتخذ القبول أشكالاً تفرضها التقنية المستخدمة في إبرام العقد عبر شبكة الانترنت وأكثر التقنيات المستخدمة لإبرام العقد تتمثل في تقنية البريد الالكتروني وتقنية ال (web) أو ما يعرف بشبكة المواقع .
٢. ضرورة تأكيد الموجب على علمه بالقبول الصادر عبر الانترنت لانعقاد العقد أي أن يتلقى القابل الذي عبر عن إرادة القبول عبر الإنترنت تأكيدا من الموجب بواسطة رسالة الكترونية تتضمن جميع العناصر الرئيسية التي يتكون منها العقد بيعتها الأخير إلى البريد الالكتروني الخاص بالقابل ولهذا التأكيد قيمة قانونية مهمة تتعلق بتنفيذ العقد بالدرجة الأولى وإثباته بالدرجة الثانية .
٣. المتعاقدان في العقود المبرمة عبر الانترنت في التجارة الالكترونية غالباً لا يكونا حاضرين حضوراً مادياً في مكان واحد كما إن الوسيلة المستخدمة للتعبير عن الإرادة هي الانترنت لها خصوصية من حيث التقنية. وحيث إن القاعدة العامة تقضي بأن العقد ينعقد في اللحظة التي تتقابل فيها الإرادتان فلحظة القبول في العقود الالكترونية هي ذاتها لحظة انعقاد العقد أي اللحظة التي يصل فيها علم الموجب بالقبول والتي تمثل أحيانا لحظة النقر على الماوس بالقبول ووصوله وعلم الموجب بشكل كلي^٢.
٤. قد يخضع القبول الالكتروني (شرطاً شكلياً استصحابياً) مبدأ الرضائية وقد يكون صريحاً أو جزئياً وعقود التجارة الالكترونية من العقود الرضائية التي قد تتطلب شكلاً معيناً للقبول يمكن من ابتكار وسائل معينة للتعبير عن القبول مثل استخدام وثيقة أمر بالشراء ، يتعين على المستهلك أن يحررها على جهازه حتى تنتقل إلى موقع البائع على ان يكون القبول مؤكداً وجازماً أو إرسال كلمة المرور إلى التاجر أو عن طريق مباشرة إجراءات الدفع الالكتروني أو النقر بواسطة الماوس^٣.
٥. لا يشترط أن يصدر القبول الالكتروني في شكل خاص أو وضع معين ذلك أنه يصح ان يصدر عبر وسائل الكترونية أو من خلال الطرق التقليدية للقبول، وذلك ما لم يكن الموجب قد اشترط أن يصدر القبول في شكل معين ، فعلى سبيل المثال إذا اشترط التاجر الالكتروني في عقد البيع أن يكون القبول عن طريق البريد الالكتروني أو عن طريق ملاً استمارة الكترونية معدة سلفاً وكانت مبينة على الموقع فإذا أرسل المستهلك قبوله في شكل آخر كأن يرسله بالبريد التقليدي أو الفاكس أو الاتصال بالهاتف

^٤ . ينظر د. عباس العبودي ، مصدر سابق ذكره ، ص ٢٨ . ينظر أيضاً د. عبد المجيد الحكيم ، مصدر سابق ذكره ، ص ٤١ .

^١ . ينظر بشار محمد دودين ، مصدر سابق ذكره ، ص ١٣٤ .

^٢ . ينظر في ذلك المادة (٨٦) و (٨٧) و (٨٨) في القانون المدني العراقي .

^٣ . ينظر خالد ممدوح ، مصدر سابق ، ص ٢٦٧ .

فإن هذا القبول لا يكون صحيحاً ولا ينعقد به العقد ومن التشريعات اشترطت القبول بنفس طريقة الإيجاب كالقانون التجاري الأمريكي الموحد^٤.

إشكالات قانونية ترتبط بالقبول الالكتروني

تثار حول القبول الالكتروني مسائل قانونية أبرزها :

- ١- ما يرتبط بأثبات القبول الالكتروني .
- ٢- ما يتعلق بالرجوع عن القبول .
- ٣- السكوت وجدلية عده قبولاً الكترونياً .

أولاً

عند الحديث عن التعبير عن القبول الالكتروني بواسطة النقر بالماوس (mouse) على إيقونة القبول تثار مشكلة إثبات ذلك ، ذلك ان قد يكون من قام بعملية النقر شخص آخر أو إن عملية النقر حصلت سهواً ، إذ من حق القضاء أن لا يقتنع به إلا إذا كان مؤكداً لذلك يركز البعض على وجوب توفر ما من شأنه أن يثبت عملية القبول كاستخدام وثيقة الأمر بالشراء أو إرسال وثيقة إلى المشتري ذلك يرسلها المشتري موقعه منه ، ومن جانب آخر يثار التساؤل فيما إذا كان النقر بالفأرة يمثل تصرفاً قانونياً أم واقعة مادية وما يترتب على هذه التفرقة من آثار ، والحقيقة إن حماية المستهلك وهو ما سعى إليه منظم القوانين ، من مقتضاها جعل النقر على الأيقونة واقعة مادية بحيث قد يكون النقر خطأً أو سهواً وبالتالي يعطي من قام به إثبات الخطأ أو السهو بكافة الطرق استناداً إلى جواز إثبات الوقائع القانونية

ثانياً

بموجب القوة الملزمة للعقد فإن أيّاً من طرفيه لا يستطيع أن يرجع عنه ، ومتى ما تم التقاء الإيجاب بالقبول وتم العقد فإن تنفيذه يصبح ملزماً ولا رجعة فيه ، بيد انه يجب ان يتمتع المستهلك بحق العدول ذلك لأن المستهلك في العقد الالكتروني ليس لديه الامكانية الفعلية لمعاينة السلعة والالمام بخصائص الخدمة قبل ابرام العقد ، ومن ثم تعليق إتمام العقد حتى صدور العلم اليقين والإرادة الواعية للعمل ، حتى لا يستفيد مورد السلعة أو الخدمة من قصر الوقت المتاح للمستهلك في النظر في العقد المعروض عليه فيحصل منه على التوقيع بصرف النظر عن احتمالات اعتراض المستهلك على بعض البنود في وقت لا حق حيث لا فائدة من اعتراضه^١.

ولقد أقرت تشريعات عديدة حق المستهلك في العدول في العقود الالكترونية وذلك في العقود الالكترونية خلال مدة السماح كالقانون الفرنسي والقانون الأمريكي والانكليزي ، وتختلف هذه المدة من قانون إلى آخر ذلك إن المستهلك في التعاقد عن بعد لا يرى المنتج أو السلعة ، إذ قد يستلم منتجاً لا يتفق والمواصفات المتعاقد عليها، فيحقق له إرجاع هذا المنتج خلال فترة معينة هي فترة السماح^٢.

^٤ . ينظر نضال إسماعيل ، مصدر سابق ، ص ٤٨ .

^٥ . ينظر سامح عبد الواحد التهامي ، مصدر سابق ذكره ، ص ١٧٥ .

^١ . ينظر د. أسامة احمد بدر ، مصدر سابق ذكره ، ص ٧٥ .

^٢ . ينظر احمد شوقي محمد عبد الرحمن ، مصدر سابق ذكره ، ص ٥٨ . ينظر أيضا خالد ممدوح إسماعيل ، مصدر

سابق ذكره ، ص ٢٧٢ .

ثالثاً: القبول الملايس :

وفقاً للقواعد العامة السكوت لا يصلح كتعبير للإيجاب بيد أنه يمكن أن يكون قبولاً في حالات معينة^٣ وهنا يثور التساؤل هل يمكن إعمال تلك الحالات المعينة في التعاقد الالكتروني؟

يجب التنبيه إلى إن الإرادة عمل ايجابي والسكوت شيء سلبي وليس إرادة ضمنية لأن الأخيرة تستخلص من ظروف ايجابية تدل عليها وقد قرر القانون العراقي استثناءاً من هذه القاعدة حالات يكون فيها السكوت تعبيراً عن الإرادة .

بيد إن هذه الحالات الاستثنائية لا يمكن التسليم بها على علتها في القبول الالكتروني فالتعاقد عبر الانترنت حديث النشأة وليس هناك من عرف معتبر بشأنه نظراً لقلّة المعاملات وهذا ما يحول دون استقرارها ووصولها إلى مرحلة العرف .

اما بخصوص التعامل السابق بين المتعاقدين – فيما لو حصل عبر شبكة الانترنت فمن الصعب البت بعد السكوت قبولاً إلا إذا وجد اتفاق صريح وضمني بين أطراف التعاقد ونرى انه يمكن عد السكوت قبولاً أو رفضاً في عقود التجارة الالكترونية إذا كانت طبيعة التعامل أو العرف التجاري تدل على ذلك ، مع التسليم انه لا توجد ضمن التشريعات الضريبية أو الأمنية المتعلقة بالمعاملات الالكترونية أي نص يشير إلى اعتبار السكوت وسيلة يعتد بها في التعبير عن القبول .

المبحث الثاني : الجوانب الشكلية في عقد التجارة الالكترونية

يثير عقد التجارة الالكترونية جملة من التساؤلات المرتبطة بالاجراءات المتبعة لاثبات صحة العقد وتحديد في مدى امكانية إبرام هذه العقود وهي تجري عبر الانترنت وذلك لصعوبة استيفاء العنصر الشكلي له . أفشراط الكتابة شرط لازم للعقد يحوله ضمن مصاف العقود الشكلية؟ ام تقف أهميتها عند حد الاثبات؟ وما هو موقف التشريعات المقارنة؟ وللإجابة على مجمل التساؤلات القانونية بخصوص المشكلة نرى استصحاباً ، أهمية التعرض إلى زمان ومكان العقد ليتسنى لنا التعرف على الزمان والمكان اللذين ينعقد بهما عقد التجارة الالكترونية من خلال دراسة نظرية الوجود المادي والالكتروني ولذلك سنقسم هذا المبحث إلى ثلاث مطالب وكالاتي :

المطلب الأول : الشكلية في عقد التجارة الالكترونية

من البديهي ان القانون قد يتطلب إفراغ التراخي في شكل محدد ، كأن يشترط ان يكون العقد مكتوباً وقد لا تكون الكتابة مطلوبة لاثبات العقد فقط وانما لإبرامه وعقده بصورة صحيحة فلا يكون للعقد وجود قانوني الا اذا تم في الشكل الكتابي الذي اشترطه القانون وحينئذ يكون العقد شكلياً وتكون الكتابة عنصراً جوهرياً في العقد لا يقوم ألا بها^١ . وتجدر الإشارة إلى أن الشكلية المفروضة بنص القانون كركن من اركان الانعقاد لا تعدو ان تكون اما لتنبيه المتعاقدين الى خطورة التصرف الذي يقدمان عليه او لمجرد حماية للغير^٢ .

^٣ . ينظر نص المادة (٨١) من القانون المدني العراقي .

^١ . ينظر خالد ممدوح ، مصدر سابق ذكره ، ص ١٤٩ . ينظر ايضاً د. احمد محمد محرز ، مصدر سابق ذكره ، ص

٢٠ .

^٢ . ينظر صالح احمد محمد عبطان ، الشكلية في العقود الالكترونية ، بغداد ، السلسلة القانونية ، ٢٠٠٦ ، ص ١٤ .

ولا يهم بعد ذلك نوع الشكلية أوجد بالكتابة فقط من قبل تصديقها من دائرة معينة أم موظف مختص ، ام وجوب تسجيل ذلك العقد في السجلات الرسمية كما في عقد بيع العقار وسائر التصرفات الواردة عليه ؟^٣ .

والحديث عن الشكلية يثير تساؤلات حول إمكانية أعمالها ووجوبها في عقد التجارة الالكترونية ولا سيما وان من ابرز خصائص تلك العقود انها غالباً ما تكون بين غائبين ويستخدم المتعاقد وسائل وأساليب الكترونية قد لا تخضع الى القواعد القانونية التقليدية العامة أن الشكلية ركن لازم لتكوين عقد التجارة الالكترونية ام للاثبات فقط ؟ وكيف عالجت التشريعات القانونية بما فيها القانون العراقي هذا الامر ؟

اذا استطلعنا مواقف التشريعات المقارنة بخصوص الشكلية واهميتها للعقد الالكتروني فاننا نقف إزاء النصوص الآتية^٤ .

المادة (١٣) من تشريع المعاملات الالكترونية الاردني رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١ والتي تعد (رسالة المعلومات وسيلة من وسائل التعبير عن الارادة المقبولة قانوناً ، لابداء الايجاب والقبول لقصد انشاء التزام تعاقدي) .

كما ان المادة ٧ / أ - من القانون نفسه تعد (التوقيع الالكتروني منتجاً للآثار القانونية نفسها المترتبة على الوثائق والمستندات الخطية والتوقيع الخطي بموجب احكام التشريعات النافذة من حيث الزامها لاطرافها او صلاحيتها في الاثبات) .

اما قانون دبي للمعاملات والتجارة الالكترونية رقم ٢ لسنة ٢٠٠٢ فالمادة ١٣ منه نصت على ما يلي :

١. لغراض التعاقد يجوز التعبير عن الايجاب والقبول جزئياً او كلياً بوساطة المراسلة الالكترونية

٢. لا يفقد العقد صحته او قابليته للتنفيذ لمجرد انه تم بوساطة مراسلة الكترونية واحدة او اكثر^٥ .

كذلك أقرت المادة (٩) من قانون دبي للمعاملات انه يمكن الاجتماع والتمسك بالشكلية والكتابة وان كانت الكترونية ، اذ نصت على انه لا يشترط القانون ان يكون خطي أي بيان او مستند او سجل او معاملة او بيعة او نص على ترتيب نتائج معينة في غياب ذلك فان المستند او السجل الالكتروني يستوفي هذا الشرط .

من مجمل ما سبق ومن خلال استعراض النصوص أنفة الذكر نجد ان الشكلية ، ووفق ما ذهب اليه المشرع في تلك الدول ، هي أمر لازم في عقد التجارة الالكترونية بيد ان الفقه القانوني اختلف في مدى لزومها واثرها كوسيلة للاثبات أو ركن للانعقاد^٦ .

وفي فرنسا وبعد صدور القانون رقم ٢٣٠ لسنة ٢٠٠٠ والخاص بتطوير قانون الاثبات والمتعلق بالتوقيع الالكتروني ، ذهب البعض الى ان الشكلية التي يتطلبها القانون

^٣ ينظر نص المادة (٥٠٨) مدني عراقي والمادة (٩٢٢) بخصوص عقد التامين والمادة (٧١١) بخصوص عقد الصلح .

^٤ . بحث الشكلية ص ١٥ هامش مهم . ينظر مصدر سابق ذكره ، ص ١٥ ، ينظر ايضاً د. عباس العبودي ، احكام قانون الاثبات المدني العراقي ، مطبعة جامعة الموصل ، ١٩٩١ ، ص ١٦٢ .

^٥ . بحث الشكلية ص ١٥ هامش مهم . ينظر مصدر سابق ذكره ، ص ١٥ ، ينظر ايضاً د. عباس العبودي ، احكام قانون الاثبات المدني العراقي ، مطبعة جامعة الموصل ، ١٩٩١ ، ص ١٦٢ .

^٦ . ينظر خالد ممدوح ، مصدر سابق ذكره ، ص ١٥١ .

لانعقاد العقد او التصرف سواء بالكتابة أم بالتوقيع لا يمكن ان يُستغنى عنها بالكتابة الالكترونية او التوقيع الالكتروني وان التعديل الفرنسي لنص المادة ١٣١٦ من القانون المدني تتحدث عن الكتابة الالكترونية والتوقيع الالكتروني كوسيلة للإثبات فقط ولم يكن القصد منه انعقاد التصرف .

ألا انه ، ومن جانب آخر ذهب البعض^١ إلى أن الكتابة في صورتها الحديثة أي الكتابة الالكترونية ، لم تعد قاصرة على الكتابة كوسيلة أو أداة إثبات ، بل يتسع نطاقها لتشمل الكتابة كركن في التصرف أو شرط لصحته وذلك بالنظر لعموم نص المادة ١٣١٦ من القانون المدني الفرنسي ، فالنص واضح في تعريفه للكتابة ولذلك يجب إعطاؤه معنأً كاملاً دون تخصيص لا سيما وان التوجه الأوربي رقم ٣١ / ٢٠٠٠ بشأن التجارة الالكترونية منع الدول الأعضاء وضع عراقيل أو عقبات أزاء الاعتراف بالعقود الالكترونية ، وحثهم على العمل على تطوير تشريعاتها لإقرار المعاملات الالكترونية .

ويبدو إن المشرع المصري قد حسم الجدل في قانون التوقيع الالكتروني رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٤ بتقريره نصاً عاماً يعد الكتابة المطلوبة ركناً في العقد تتحقق مع الكتابة الالكترونية وذلك لنصه في المادة (١٥) من القانون على الآتي. للكتابة الالكترونية وللمحركات الالكترونية ، في نطاق المعاملات المدنية التجارية والإدارية ذات الحجية المقررة للكتابة والمحركات الرسمية والعرفية في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية التجارية متى استوفت الشروط المنصوص عليها في هذا القانون وفقاً للضوابط الفنية والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون .

وهكذا فالراجح ، وهو ما تؤيده فالشكالية في عقد التجارة الالكترونية من أركان العقد وهي شرط لانعقاد كما إنها وسيلة للإثبات وهذه الأخيرة توجب أهمية التدقيق في التوقيع الالكتروني إذ قد يستطيع أي شخص أن ينكره بسهولة على خلاف التوقيع التقليدي والذي لا يمكن التملص منه بسهولة لما فيه من ضمانات مهمة في إمكانية الوصول إلى شخص موقعه ونسبته إليه ومن تلك الضمانات على سبيل المثال خط اليد وحركتها والبصمة ودلالاتها^٢ .

ومن المؤكد إن التوقيع الالكتروني إذا ما وضعت له ضمانات وتأكيدات قانونية وأوضاع تنسبه إلى شخص موقعه فأننا نستطيع تجاوز الصعوبات المتعلقة في تظمين المترددين^٣ كما إن بعض التشريعات توجب الاستعانة بجهة ثالثة عند إبرام العقد الالكتروني لتوفير ضمانات وتطمينات للمتعاقدين وإيجاد تأكيد بأن العقد قد تم مع الشخص (المتعاقد معه) بعد التعرف على هويته والذي نظم أيضاً من خلال تقنية الترميز أو التشفير والذي قد يصل إلى فحص شبكية العين أو فحص الإبهام أو كل اليد أو الصوت حسب نظام الترميز أو التشفير الذي يفضل المتعاقد^٤ .

مع اختلاف التسميات التي تطلق على من يتولى هذه المهمة حيث إن تشريع دبي للمعاملات والتجارة الالكترونية يسميه (مزود خدمات التصديق) أما قانون التجارة الالكترونية المصري فأطلق عليه (جهة اعتماد التوقيع الالكتروني) ويسميه تشريع المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي (مزود خدمات المصادقة الالكترونية) ومع

^١ . ينظر منير محمد الجنيهي ، تزوير التوقيع الالكتروني ، مصدر سابق ذكره ، ص ٦٢ .

^٢ . ينظر د. عباس العبودي ، احكام قانون الإثبات المدني العراقي ، مطبعة جامعة الموصل ، ١٩٩١ ، ص ١٦٢ وما بعدها .

^٣ . ينظر د. ايمن سعد سويلم ، التوقيع الالكتروني ، القاهرة ، ٢٠٠٤ ، ص ٣٣ .

^٤ . ينظر صالح احمد العبطان ، مصدر سابق ص ١٨

اختلاف التسميات الا انها تطلق على سجل معلوماتي يتضمن مجموعة من المعلومات تتعلق بطلب الشهادة والجهة المانحة لها وتاريخ صلاحية الشهادة . كما وتصدر شهادة عن مزود خدمات التصديق والتي تسمى بـ (شهادة المصادقة الالكترونية) التي عرفتها المادة (٢) من التشريع التونسي بأنها (الوثيقة الالكترونية المؤمنة بواسطة الإمضاء الالكتروني للشخص الذي أصدرها والذي يشهد من خلالها اثر المعاينة على سمة البيانات والتي تتضمنها . خلاصة الأمر ان الشكلية في عقد التجارة الالكترونية وإن كانت بحسب تصورنا أمر لازم للانعقاد الا ان الأمر يحتاج إلى تشريع صريح ولاسيما من المشرع العراقي .

المطلب الثاني: زمان تكوين عقد التجارة الالكترونية

تعد مشكلة تحديد زمان تكوين العقد من اهم وادق المشاكل القانونية التي يثيرها التعاقد الالكتروني عبر شبكة الاتصال لا سيما وان قانون التجارة الالكترونية النموذجي لسنة ٩٦ (الاونسيترال) والتوجه الاوربي بشأن التجارة الالكترونية الصادر سنة ٢٠٠٠ لم يحدد لحظة اجراء العقد صريحا مما ادى الى اختلاف الدول في تبني مفهوم موحد لتحديد وقت ابرام عقد التجارة الالكترونية.^١

ولعل المشكلة الرئيسية في تحديد وقت ابرام العقد عقد التجارة الالكترونية تجلى في الاثار والنتائج المترتبة على هذا التحديد والتي يمكن بيانها في الاتي^٢:

١. وقت عدول التعاقد اذ ان القاعدة العامة ان كل صاحب تعبير ان يرجع عن تعبيره الى ما قبل انعقاد العقد و تحديد زمان انعقاد العقد يفيد في تحديد الوقت الذي يمكن فيه للموجب ان يرجع فيه عن ايجابه والقابل عن قبوله .
 ٢. وقت تحديد اثار العقد ان اثار العقد تظهر بمجرد انعقاده كانتقال الملكية وبيع المنقول المعين بالذات
 ٣. تحديد القانون الواجب التطبيق ، وتبدو اهمية تحديد زمان عقد التجارة الالكترونية في تثبيت وقت نفاذه وتحديد القانون الذي سيحكمه .
 ٤. تحديد سريان مدة التقادم ، فعقد التجارة الالكترونية كبقية العقود يبدأ سريان التقادم من وقت تمام العقد لان الثمن حينئذ يكون مستحق الاداء ويكون المبيع فيها مستحقا للمشتري
 ٥. نفاذ العقود المبرمة من التاجر المفلس . واهمية تحديد زمان انعقاد العقد في حالة اشهار افلاس التاجر لان العقود التي تتم بعد شهر الافلاس لا تنفذ في حق الدائنين ويتوقف مصيرها على وقت تمامها .
- من الملاحظ ان الجدلية الحقيقية في هذا الجانب تكمن في توصيف التعاقد أهو بين حاضرين ام غائبين ؟ وقد اختلفت الاراء حول ذلك وكما يأتي :

الرأي الاول : يرى انصار هذا الرأي ان التعاقد في عقود التجارة الالكترونية هو تعاقد بين حاضرين فهو عقد فوري متعاصر ، فطرفي العلاقة التعاقدية على اتصال دائم من خلال شبكة الانترنت^٣ ففكرة الفروق الزمنية التي تفرضها عملية التعاقد بين غائبين غير موجودة في التعاقد الذي يتم من خلال شبكة الانترنت .

^١ ينظر د. خالد ممدوح اسماعيل ، مصدر سابق ذكره ، ص ٢٩٩

^٢ ينظر ، د عصمت عبد المجيد ، مصدر سابق ذكره ، ص ٧٢

^٣ ينظر سامح عبد الواحد التهامي ، مصدر سابق ذكره ، ص ٢٠٤ .

الرأي الثاني : يذهب انصار هذا الرأي الى ان التعاقد في عقود التجارة الالكترونية هو تعاقد بين غائبين من حيث الزمان .

الرأي الثالث : وانصار هذا الرأي يذهبون الى عدم اعطاء التعاقد في عقود التجارة الالكترونية اي وصف عام بل يجب ان تميز بين كل حالة عن غيرها حيث يذهب الى ان التعاقد عن طريق التفاعل المباشر هو تعاقد بين حاضرين فالموجب يعلم بالقبول فور صدوره دون ان تفصل فترة زمنية بين صدور القبول والعلم به في حين يكون الحال بالعكس لصور التعاقد الاخرى والتي تجري في البريد الالكتروني والويب فهناك فترة زمنية تفصل بين صدور القبول والعلم به من الموجب ولذلك يعد عقدا زمنيا من حيث الزمان .
ويترتب على ما سبق ان التعاقد من خلال التفاعل المباشر بين الطرفين يكون وقت انعقاد العقد فيه هو وقت صدور القبول وذلك لانه يعد تعاقدًا بين حاضرين اما صور التعاقد عبر الانترنت فان مواقف التشريعات المقارنة تتباين بصدهد وهو ما سنوضحه لاحقا.

موقف التشريعات من زمن ابرام عقد التجارة الالكترونية
اختلفت وتباينت مواقف مشرعي الدول تجاه تحديد لحظة انعقاد العقد ، فالقانون الامريكي الموحد للمعاملات التجارية الالكترونية ينص على ان وقت ابرام العقد هو وقت دخول الرسالة الالكترونية في نظام المعلومات الذي اعتاد فيه الطرف المستقبل تسلم مثل هذا النوع من الرسائل مع شرط ان تكون الرسالة الالكترونية قد خرجت من السيطرة الفعلية للمرسل ولا يشترط ان يعلم الموجب بها .

اما القانون المدني الفرنسي فلم يتضمن نصا يتعلق بتحديد وقت انعقاد العقد بين غائبين لذلك تردد الفقه والقضاء بين نظريات عديدة ولم تحسم محكمة النقض الفرنسية هذا الامر استقرت على احدث حكم لها وهو الاخذ بمذهب تصدير القبول^١ ، ومن جانب اخر فقد اثار القانون المدني الفرنسي عند تعرضه لتكوين العقود الالكترونية في المادة ٣/٥/١٣٦٩ الى مذهب تسليم القبول لتحديد وقت انعقاد هذه العقود فقد نصت المادة ٣/٥/١٣٦٩ على ان ((الطلب وتاكيد الاقرار والتسليم يعتد بوصولهم حين يستطيع المرسل اليه ان يطلع عليه وهذا النص مقتبس من المادة ٢/١/١١ من التوجيه الاوربي الخاص بالتجارة الالكترونية وهذا ما دعى الفقه^٢ الى الذهاب بان التوجه الاوربي قد مال الى الاخذ بمذهب تسليم القبول الالكترونية وانه يجب على جميع الدول الاعضاء في الاتحاد الاوربي التسليم بهذه النظرية .
اذن العبرة وفقا لذلك هو بوقت دخول الرسالة الالكترونية الى صندوق البريد الالكتروني للموجب وليس مهماً ان كان الموجب قد قام بفتح بريده الالكتروني ام لا ولذلك نصت المادة ١/٢/١٥ من قانون الاونسيترال الخاص بالتجارة الالكترونية على(١) : ما لم يتفق المنشيء والمرسل اليه على غير ذلك يتحدد وقت تسلم رسالة البيانات على النحو الاتي :

أ. إذا كان المرسل اليه قد عين نظام معلومات لغرض تسلم رسائل البيانات فأن التسلم يقع وقت دخول رسالة البيانات نظام المعلومات المعين
ب. وقت استرجاع المرسل اليه لرسالة البيانات اذا ارسلت رسالة البيانات الى نظام معلومات تابع للمرسل اليه لا يكون هو النظام الذي تم تعيينه .

^١ ينظر خالد ممدوح ، مصدر سابق ذكره ، ص ٣٠١ .

^٢ ينظر سامح عبد الواحد التهامي ، مصدر سابق ذكره ، ص ٢١١ .

٢. اذا لم يعين المرسل اليه نظام معلومات يقع التسلم عندما تدخل رسالة البيانات نظام معلومات تابع للمرسل اليه .^١

وفيما يخص المشروع المصري العراقي^٢ فإنه قد تبنى نظرية العلم بالقبول اي علم الموجب على وجه اليقين بالقبول الصادر من الطرف الاخر مع التاكيد على ان هذه النظرية لا تصلح كمعيار لتحديد لحظة ابرام عقد التجارة الالكترونية لان القابل لا يملك دليلا لاثبات علم الموجب بالقبول والتزامه بالعقد مما قد يعطي الفرصة للموجب ان يدعي عدم علمه بالقبول اذا دعت الظروف لذلك يصعب الاخذ بهذه النظرية في مجال التعاقد الالكتروني. وتجب الإشارة الى ان مشروع قانون التجارة الالكترونية المصري قد نص على ان العقد يتم بمجرد تأكيد وصول القبول وهو ما يعني انه تبنى نظرية جديدة تختلف عن نظرية العلم التي تبناها القانون المدني.^٣

اما موقف القانون الاردني فهو شبيه بموقف القانون التونسي وقانون امارة دبي فالالاتجاه نحو عده رسالة المعلومات المرسله في وقت دخولها الى نظام معالجة معلومات لا تخضع لسيطرة المنشئ او الشخص الذي ارسل الرسالة نيابة عنه ما لم يتفق المنشئ او المرسل اليه على غير ذلك واذا كان المرسل اليه قد حدد نظام معالجة معلومات لتسلم رسائل المعلومات فتعد الرسالة قد تم تسلمها عند دخولها الى ذلك النظام فاذا ارسلت رسالة الى نظام غير الذي تم تحديده فيعد ارسالها قد تم منذ قيام المرسل اليه بالاطلاع عليها لأول مرة.^٤

المطلب الثاني : مكان تكوين عقد التجارة الالكترونية

إن تحديد مكان إبرام عقد التجارة الالكترونية يتم في ضوءه تحديد مكان انعقاد العقد وتبرز أهمية التحديد في تعيين القانون الواجب التطبيق في حالة النزاع ، هذا القانون الذي يجب على المستهلك إن يتمسك به لأجل ضمان فاعلية حقوقه المستمدة من هذا العقد .

وفي ظل التعاقد عن بعد كما في عقد التجارة الالكترونية يكون تحديد مكان العقد للمستهلك مهماً جداً ، حيث إن الوسيط الالكتروني من خلال شبكات الانترنت تجعل عقد التجارة الالكترونية عقدا دوليا لذا يصعب أحيانا تحديد المكان الذي ترسل فيه الرسائل الالكترونية - وتحدد مكان تسلمها - فكلاهما يتم في فضاء افتراضي لا يركز على تواجد مادي في مكان محدد .

ويرى اتجاه في الفقه ضرورة الإتفاق على مكان انعقاد العقد بين طرفيه ، فيجوز لهما أن يحددا مكاناً ما بالاتفاق بينهما على انه مكان الإرسال أو التسليم ، فإذا لم يتفق الطرفان على مكان معين يمكن الأخذ به فيكون مكان تسجيل المؤسسة معياراً لتحديد مكان إبرام العقد كذلك يمكن اعتماد مكان الحاسوب الذي يتم من خلال التعاقد بخصوص المؤسسات التي تملك مكان عمل مادي وتمارس نشاطها من خلال شبكة الانترنت .

^١ ينظر منير محمد الجنيهي و ممدوح محمد الجنيهي ،قوانين الاونسيترال النموذجية ، مصدر سابق ذكره ،ص١٢٨

^٢ المادة (٨٧) من القانون المدني العراقي .

^٣ ينظر عصمت عبد المجيد ، مصدر سابق ذكره ، ص٧١. ينظر ايضا خالد ممدوح ، مصدر سابق ذكره ، ص٢٩٩.

^٤ ينظر المادة(١٧) من القانون الاوربي والمادة (١٥) من القانون البحريني والمادة (١٧) من قانون امارة دبي .

^٥ ينظر ، اسامة احمد بدر ، مصدر سابق ذكره ،ص١٨٣. ينظر ايضا عصمت عبد المجيد ، مصدر سابق ذكره ،ص٧٣.

فكرة الوجود الافتراضي والوجود المادي

يذهب رأي في الفقه^١ الى ان التعاقد عبر الانترنت هو تعاقد بين حاضرين من حيث المكان. ففكرة الفروق المكانية بين المتعاقدين غير موجودة في التعاقد عبر الانترنت ، حيث يتميز الانترنت بأنه وسيلة يمكن ان يستعملها أكثر من شخص وهم ينتسبون إلى أكثر من دولة في آن واحد ، أي إن فكرة الانفصال الجغرافي التقليدية التي تفترضها عمليات تبادل التراضي بين المتعاقدين الغائبين والتي تتم من خلال تبادل الرسائل التي تتجاوز الحدود غير موجودة ، وان غاب الالتقاء المادي للمتعاقدين عبر الانترنت بيد انه تحقق نوع من الالتقاء الافتراضي الذي يسهل حدوث نقاش ومفاوضات حول العقد الذي سوف يتم إبرامه .

ففكرة الوجود الافتراضي تركز على وجود فضاء افتراضي وهي فكرة جديدة تصطدم بالقواعد التقليدية التي تقول بضرورة توافر الوجود المادي المتعاصر لأطراف العقد كي يعد تعاقدًا بين حاضرين من حيث المكان زد على ذلك إن فكرة الفضاء الافتراضي لا تسعف في تحديد مكان انعقاد العقد الى تحديد المحكمة المختصة أو القانون الواجب التطبيق . ويذهب البعض^٢ إلى إن فكرة الفضاء الافتراضي يمكن الأخذ بها في المستقبل إذا تحقق لشبكة الانترنت فكرة التنظيم الذاتي وذلك بأن يكون هناك قواعد موحدة في التطبيق على التعاملات التي تيرم عبر شبكة الانترنت بغض النظر عن مكانها وكانت هناك جهة واحدة للفصل في المنازعات التي تنشأ عن العقود عبر الانترنت وبغض النظر عن مكان إبرام هذه العقود .

أما بخصوص موقف التشريعات المقارنة من تحديد مكان إبرام عقد التجارة الالكترونية فقد وضع القانون النموذجي للتجارة الالكترونية مكان إبرام العقد الالكتروني في المادة (١٥ / ٤) حيث قرر إن مكان إرسال الرسالة الالكترونية يتحدد بالمكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشأ . وان مكان تسلمها هو المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه، ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على غير ذلك.

وفي ضوء ذلك فإن العقد الالكتروني يكون قد إبرم في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه وذلك بالطبع ما لم يتفق طرفا التعاقد الالكتروني على خلاف ذلك ويجوز لهما أن يحددا مكانا آخر بالاتفاق بينهما على انه مكان الإرسال أو مكان التسلم .

وقد أشارت المادة (١٨) من القانون الأردني والمادة (١٥) من القانون البحريني والمادة (١٧) من قانون إمارة دبي إلى إن رسالة المعلومات تعتبر قد أرسلت من مكان مقر عمل المنشئ وإنها تسلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه وان لم يكن لأي منهما مقر عمل ، يعد مكان إقامته مقرا لعمله ، ما لم يكن منشئ الرسالة والمرسل إليه قد اتفقا على غير ذلك ، وإذا كان للمنشئ أو المرسل إليه أكثر من مقر لعمله فيعد المقر الأقرب صلة بالمعاملة هو مكان الإرسال أو التسلم .

وكما علمنا سابقاً إن القانون المصري والعراقي قد اخذ بنظريه العلم بالقبول في تحديد وقت ومكان إبرام العقد لذا فان العقد يكون مبرما في المكان الذي يعلم فيه الموجب بالقبول فالتعاقد عبر البريد الالكتروني يكون مكان إبرام العقد فيه هو المكان الموجود فيه الموجب أثناء اطلاعه على الرسالة الالكترونية التي تتضمن القبول واما التعاقد من خلال

^١ ينظر فاروق الاباصيري ، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الانترنت ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠٠٢ ، ص ٢١٤ نقلا عن سامح عبد الواحد التهامي ، مصدر سابق ذكره ، ص ٢١٦

^٢ ينظر اسامة احمد بدر ، مصدر سابق ذكره ، ص ١٨٢

الويب فان مكان انعقاد العقد هو مكان الموجب او من ينوب عنه أثناء اطلاعه على القبول الصادر من القابل .

واما التعاقد عن طريق المزاد الالكتروني فان مكان انعقاد العقد هو المكان الذي يعلم المزايد الذي يرسو المزاد عليه سواء أكان على اتصال بالموقع الالكتروني المقام فيه المزاد أثناء رسو المزاد أم تم إرسال رسالة الكترونية إليه لأعلامه يرسو المزاد عليه .
وخلاصة ما اعتقده إن مذهب تسلم القبول هو أكثر واقعية وأسهل من الناحية العملية ويكون طبقاً لذلك ، مكان انعقاد العقد هو المكان الذي وصل القبول إلى الموجب إذا ثبت الموجب عكس ذلك وأنه علم بالقبول في مكان آخر . وهذا ما ذهب إليه القانون المدني الفرنسي في العقود الالكترونية وان الاشكالية التي يثيرها هذا المذهب تكمن في تحديد مكان إبرام العقد في حالة وجود صندوق البريد الالكتروني أو الموقع الخاص بالموجب على وحدة خدمة في مكان مختلف عن مكان وجود الموجب نفسه . فمثلاً شخص ينشأ بريد الكتروني في فرنسا وهو موجود في العراق .

هناك رأي يذهب الى أن مكان انعقاد العقد هو مكان وجود وحدة الخدمة وذلك وذلك لأن التقاء الإيجاب والقبول قد تم في هذه الوحدة ومن ثم ان مكان انعقاد العقد هو مكان وجود هذه الوحدة.

بينما هناك رأي آخر يرى ان العبرة من مكان الانعقاد ليست بمكان وحدة الخدمة ولكن بمكان وجود المتعاقد نفسه وهذا الرأي استند إلى التوجه الأوربي للتجارة الالكترونية الذي ذهب إلى ان مكان الشركة التي تقدم خدمات على شبكة الانترنت ليس هو مكان وجود وحدة الخدمة التي يوجد عليها موقعها ولكن هو المكان الذي تمارس فيه نشاطها ويبدو إن الرأي الثاني هو الأرجح لأنه يؤدي إلى الاستقرار القانوني

النتائج والمقترحات

من مجمل ما سبق ومن خلال استعراض الاطار القانوني العام لتكوين عقود التجارة الالكترونية وبعد التعرض والاشكالات القانونية التي يثيرها هذا الموضوع وقصور كثير من التشريعات عن الاحاطة بها مما جعلها قاصرة عن خلق مناخ قانوني ملائم ومواكب للتطورات التقنية ، نستطيع تحديد اهم النتائج والمقترحات التي خلصت اليها الدراسة والتي يمكن بيانها بالاتي :

- ١ . التجارة الالكترونية هي البيئة الحقيقية للعقد محل الدراسة وقد اجتهد الفقهاء القانونيون في ايجاد تعريف مناسب لها ، ومع اختلافهم في وصفها يبدو انهم متفقون على كونها نتاج من نتائج استخدام الانترنت .
- ٢ . ينحصر وصف عقود التجارة الالكترونية في حالتين فقط عقود تبرم عبر شبكة الانترنت وينفذ خارجها وهي ما تتعلق بالاشياء المادية واخرى تبرم وتنفذ عبر الانترنت وما عدا ذلك لا يخرج عن مفهوم عقود التجارة الالكترونية وهذه الاخيرة من العقود التجارية ولها نفس خصائص العقود التجارية .
- ٣ . نعتقد ان عقود التجارة الالكترونية من عقود الاذعان ذلك لان فيها حماية للمستهلك .

٤. نرى اهمية ان يكون للمفاوضات الالكترونية او ما تسمى بالمفاوضات في عقود التجارة الالكترونية اعتبارات قانونية خاصة بها اذ انها، وكما نرى ، جزء لا ينفصل من العقد النهائي وهي امر لازم لابرام العقد ما يوجب ايجاد نصوص تتناول هذه المرحلة من مراحل التعاقد .
٥. في ظل غياب التنظيم التشريعي للتعاقد الالكتروني (في عقود التجارة الالكترونية) فلا وسيلة الا باللجوء الى الاحكام العامة التي اشارت لها نصوص القانون المدني وقد تبين لنا ان القواعد العامة في القانون المدني والقواعد الخاصة التي نصت عليها القوانين المختلفة المتعلقة بالمعاملات الالكترونية اجازت التعبير عن الارادة الالكترونية متى تحققت شروط صحة الارادة .
٦. تبين لنا ان الايجاب في التعاقد الالكتروني هو التعبير عن ارادة الراغب في التعاقد عن بعد حيث يتم من خلال شبكة دولية للاتصالات بوسيلة مسموعة مرئية ويتضمن كافة العناصر اللازمة لابرام العقد حيث يستطيع من يوجه اليه العقد ان يقبل التعاقد مباشرة وذلك فهو يختلف عن الايجاب التقليدي الا في الوسيلة المستخدمة فقط مع بقاء الجوهر نفسه .
٧. اختلفت التشريعات بشأن عرض البضائع والمنتجات عبر الانترنت اهو دعوة للتعاقد ام ايجاب الكتروني ؟ وما نرجحه انه دعوة للتعاقد اذا لم تتضمن بيان سعرها فاذا اشتملت عليه فهو ايجاب .
٨. يخضع القبول الالكتروني الى نفس القواعد والاحكام التي تنظم القبول التقليدي مع تمييزه ببعض الخصوصية التي ترجع الى طبيعته الالكترونية .
٩. نعتقد ان النقر على الماوس من قبل احد المتعاقدين وتحديدًا من وجه له الايجاب الالكتروني من غير واقعة مادية وليست تصرفاً فقد يكون النقر خطأ او سهواً ومن ثم يعطي من قام به اثبات الخطأ او السهو بكافة الطرق استنادا الى جواز اثبات الوقائع القانونية .
١٠. نعتقد ان الشكلية هي امر لازم في عقود التجارة الالكترونية وليس مجرد اثبات بل للانعقاد كذلك .
١١. مع اختلاف مواقف التشريعات المقارنة بصدد زمن تكوين عقد التجارة الالكترونية فإن ما نؤيده هو نظرية تسليم القبول .
١٢. نرى انه اصبح من المهم ان يوجد المشرع القانوني نصوصا تتماشى مع التقدم التقني وتعالج مسألة تكوين عقد التجارة الالكترونية بدلا من الاعتماد على النصوص العامة في القانون المدني وما تحمله هذه احيانا من عمومية قد لا تستجيب لمتطلبات البيئة الالكترونية .

المصادر

اولاً: الكتب

١. احمد شوقي محمد عبد الرحمن ، الدراسات البحثية في نظرية العقد في الفقه والقضاء المصري والفرنسي ، الاسكندرية ، منشأة المعارف ٢٠٠٦ .
٢. د. احمد شوقي احمد عبد الرحمن ، النظرية العامة للعقد ، احكام الالتزام والاثبات في الفقه وقضاء النقض ، منشأة المعارف الاسكندرية ، ٢٠٠٤ .
٣. اسامة ابو الحسن مجاهد ، خصوصية التعاقد عبر الانترنت ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٣ .
٤. القاضي الدكتور ايهاب الفياض موسوعة الاطار القانوني للتجارة الالكترونية ، دار النهضة ، مصر ٢٠٠٧ .
٥. السيد مصطفى احمد ابو الخير ، عقود نقل التكنولوجيا ، دار ايتراك للطباعة . ٢٠٠٧ ، د. محمد السعيد رشدي ، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة ومدى حاجيتها في الاثبات ، منشأة المعارف الاسكندرية ، ٢٠٠٥ .
٦. ايمن سعد سليم ، التوقيع الالكتروني ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٤ .
٧. بشار محمد دودين ، الاطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الانترنت ، دار الثقافة للنشر ، عمان ط١ ، ٢٠٠٦ .
٨. ج ربير و. ر. رولبو ، المطول في القانون التجاري ، جزء ثاني ، بيروت ، المؤسسة الجامعة للدراسات والنشر ، ط١ ، ٢٠٠٨ .
٩. خالد ممدوح ابراهيم ، ابرام العقود الالكترونية ، دراسة مقارنة ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، مصر ، ط١ ، ٢٠٠٦ .
١٠. سليم عبد الله الجبوري ، الحماية القانونية لمعلومات شبكة المعلومات (الانترنت) رسالة الدكتوراه ، جامعة النهدين ، بغداد ، ٢٠٠١ .
١١. صالح احمد محمد عبطان ، الشبكة في العقود الالكترونية ، بغداد ، السلسلة القانونية ، ٢٠٠٦ .
١٢. د. عباس العبودي ، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحاجيتها في الاثبات المدني دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٧ .
١٣. د. عباس العبودي ، احكام قانون الاثبات المدني العراقي ، مطبعة جامعة الموصل ، ١٩٩١ .
١٤. عبد الفتاح بيومي حجازي ، حماية المستهلك عبر شبكة الانترنت ، مصر ، دار الكتب القانونية ، ٢٠٠٨ .
١٥. د. عبد المجيد الحكيم ، الوجيز في نظرية الالتزام في التعاقد المدني ، ح١ ، مصادر الالتزام ، مطبعة التعليم العالي والبحث العلمي ، ١٩٨٠ .
١٦. د. عبد المنعم فرج الصدة ، عقود الاذعان ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، ١٩٤٦ .
١٧. عصمت عبد المجيد بكر ، اثر التقدم العلمي في العقد ، موسوعة القوانين العراقية ، بغداد ، ٢٠٠٧ .
١٨. فؤاد العلواني و د. عبد الله موسى الربيعي . الاجكام العامة عبر التفاوض والتعاقد عبر الانترنت ، التعاقد عبر الانترنت ، عقود البيع التجارية على وفق اجكام الانكو تيرمز لعام ٢٠٠٠ ، ط١ ، بيت الحكمة ، بغداد ، ٢٠٠٣ .
١٩. د. فوزي محمد سامي ، شرح القانون التجاري ، ج١ ، عمان ، دار الثقافة ، ٢٠٠٦ .
٢٠. لورنس محمد عبيدات ، اثبات المجرر الالكتروني ، رسالة الدكتوراه ، دار الثقافة عمان ٢٠٠٥ .
٢١. د. محمد البنان ، العقود الالكترونية ، بحث منشور في مجلة عقود التجارة الدولية المقدمة في ندوة ادارة عقود التجارة الدولية المنعقدة في القاهرة برعاية جامعة الدول العربية ، لمنظمة العربية للتنمية الادارية ، ٢٠٠٦ .

٢٢. د. محمد السعيد رشدي ، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة ومدى صحتها في الإثبات ، منشأة المعارف الاسكندرية، ٢٠٠٥
٢٣. محمد سامي عبد الصادق ، خدمة المعلومات الصوتية والالتزامات الناشئة عنها ، دراسة لعقد خدمة المعلومات الصوتية في ضوء قانون تنظيم الاتصالات المصري رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٣ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٥
٢٤. د. مصطفى كامل طه ، العقود التجارية ، دار الفكر الجامعي الاسكندرية ، ٢٠٠٥ .
٢٥. منير محمد الجنيهي وممدوح مجمد الجنيهي ، تزوير التوقيع الالكتروني ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠٠٦ .
٢٦. منير محمد الحنبهي وممدوح محمد الحنبهي ، قوانين الاونسيترال النموذجية في مجال التجارة الالكترونية ، دار الفكر الجامعي ٢٠٠٦ .
٢٧. نضال اسماعيل ابراهيم ، اقسام عقود التجارة الالكترونية ، دار الثقافة ط ١ ، عمان ، ٢٠٠٥
٢٨. يونس عرب ، التجارة الالكترونية ، بحث منشور على الموقع www.arablaw.org ، ٢٠٠١ .

ثانياً: القوانين

١. القانون المدني العراقي .
٢. القانون المدني المصري .
٣. القانون المدني الاردني .
٤. القانون المدني الفرنسي .
٥. قانون المعاملات الالكترونية الاردني رقم (٥٨) لسنة ٢٠٠١ .
٦. قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي رقم (٨٣) لسنة ٢٠٠٠ .
٧. قانون امارة دبي الخاص بالمعاملات والتجارة الالكترونية رقم (٢) لسنة ٢٠٠٢ .
٨. قانون الاونسيترال النموذجي لسنة ٢٠٠٦ .