Legal problems that raised from electronic contract & it's of coordination Comparative study

المشاكل القانونية التي يثيرها التعاقد الإلكتروني وطرق تسويتها دراسة مقارنة

أم.د.حسن علي كاظم م.أشواق عبد الرسول عبد الامير
جامعة كربلاء/ كلية القانون

الملخص باللغة العربية

العقد الالكتروني هو إيجاب يصدر من أحد المتعاقدين وقبول من المتعاقد الآخر بقصد إبرام عقد بإحدى وسائل الاتصال الفوري المسموعة (الهاتف) أو المكتوبة على آلة الطابعة (التلكس) أو بصورة مستنسخة كأصلها كما في جهاز نقل الصورة بالهاتف (التاكسيل). ويتميز هذا العقد بأنه يتم عن بعد بدون التواجد أو الالتقاء المادي للأطراف إذ تتم أغلب المعاملات عبر شبكة المعلومات الدولية (الأنترنت) لأشخاص يتواجدون وينتمون لدول مختلفة ويتعرض العقد الالكتروني لمشكلات متعددة أهمها موت أحد المتعاقدين أو تعرضه لعارض من عوارض الأهلية. ومتى تثبت الإرادة أثرها في التعاقد أن تكون موجودة ومعبر عنها وأن تكون صادرة من ذي أهلية وأن تكون خالية من العيوب التي تعدمها او تنقصها وتجعل العقد باطلاً أو موقوفاً وهذا كله يعتبر من المشاكل التي تواجه إبرام العقد الالكتروني

Abstract

Electronic contract is the offer that raise from one of the party with the acceptance of another,aim to make contract by immediate communication methods , hearing (phone) or writing (telex) or by the copy as the original like transfer the picture by phone (Taccele). This contract is characterized by it found without not existing of parties or material contact , because most of it's procedures be done with Internet from persons existing and belong to different states , electronic contracts is faced by different problems, one of that is the death of one party or capacity problems. When will is proved it's effect in the contract it must be exist and represented and showing from adult and clear from defects that may be clear away or lack it so the contract may be false or stopping and that is represented from the problems that faced electronic contract.

مقدمة أولاً: موضوع البحث

ان التعاقد باستخدام الوسائل الالكترونية يثير الكثير من المشاكل والصعوبات القانونية لأن إرادة أحد الطرفين المتعاقدين تنتقل الى الطرف الأخر نقلاً آلياً دون أن يجتمعا في مجلس عقد واحد.

وبهذا الصدد يشير الفقيه الألماني (ساينى) الى أنه (تتولد بصدد التعاقد بالمراسلة شكوكاً خاصة وصعوبات ما، لا تظهر بالنسبة للصور الأخرى للتعبير عن الإرادة). وكذلك يتسم النشاط الالكتروني بالحداثة والتنوع والتطور. كان من شأن تقدم خدمات الانترنت والكمبيوتر وبنوك المعلومات ميلاد وازدهار النشاط الالكتروني، ويتم تجسيده عبر الأساليب التعاقدية التي وإن استمدت أركانها من القواعد العامة إلا أنها تتفاوت في صورها وتتنوع في طبيعتها وتتطور في أحكامها، على نحو يضفي عليها الكثير من الخصوصية، وما يتولد عنها من منازعات في أروقة المحاكم إذ يصعب حصرها في قواعد جامدة وثابتة ، نظراً لسرعة تطورها وتعدد أنواعها لملاءمة ذلك النشاط المتجدد القائم على آفاق عملية واقتصادية تتسم بالعالمية والتعقيد.

ثانياً: أهمية البحث وأسباب اختياره

يهتم البحث بدراسة المشاكل التي يثيرها التعاقد الالكتروني، فالقواعد العامة في القانون المدني والتي تنظم كيفية ابرام العقود عالجت العقود المبرمة عبر شبكة الانترنت، فهذه العقود تعد نوعاً من العقود المبرمة عن بعد وتتم دون الحضور المادي للأطراف، ومن هنا كانت أهمية وجود الضوابط القانونية التي يعمل في إطارها التطور التكنولوجي وبدون هذه الضوابط يصبح التقدم العلمي يهدد حقوق وأمن المواطنين، فإصدار قواعد قانونية تلائم خصوصية هذا النوع من التصرفات القانونية عن طريق الوسيلة التي تتم بها، يؤدي الى توفير الأمان القانوني للمتعاملين في مجال التجارة الالكترونية عموماً والعقود الالكترونية خصوصاً.

أما أسباب اختيار الموضوع فتتمثل بالأمور الآتية، والتي تعد سبباً لاختيار البحث:

1) القصور التشريعي لمعالجة المشاكل التي يثيرها التعاقد الالكتروني إذ يقع على عاتق الباحثين بذل الجهود بهدف الوصول الى أنجح الحلول القانونية اعتماداً على التشريعات التي سبقتهم في تنظيم الأمر.

2) إن نصوص قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي رقم (78) لسنة 2012 جاء بشكل موجز وغير معالج لكافة الأمور ، بالرغم من أن الانترنت أصبح واقعاً عملياً سواء على مستوى الأفراد أو الشركات التجارية وحتى المؤسسات الرسمية وغير الرسمية كالوزارات والمنظمات المهنية والنقابية.

3) الافتقار الى إعداد أشخاص مؤهلين لنظر وفض المنازعات إلكترونياً في العراق وتوفير شبكة اتصالات قادرة على تحمل أعباء نقل وتبادل البيانات الالكترونية خلالها وبالتالي تسهيل عملية التحكيم.

ثالثاً: نطاق البحث

يتحدد نطاق البحث بشكل أساس في المشاكل القانونية التي يثيرها التعاقد الالكتروني ويكون مصدرها شبكة الانترنت حصراً، إذ هناك من العقود ما يتم تنفيذه خارج الشبكة في العالم المادي أو الملموس عندما يكون محلها سلع معينة، أو مواد يتعين تسليمها مادياً.

رابعاً: منهجية البحث

سنعتمد في هذه الدراسة، المنهج التجريبي المقارن، من خلال تحليل نصوص القواعد العامة وبحث إمكانية تطبيقها على موضوع البحث، والمقارنة بين قوانين عربية وأجنبية، إضافة الى الاتفاقيات الدولية. فالنسبة للقوانين، سوف يتم مقارنة النظام القانوني العراقي بما يحتويه من قوانين مدنية وتجارية، إضافة الى قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية بالنظام القانوني اللبناني والمصري والأردني وسوف يتم الإشارة الى بعض القوانين الأخرى.

خامساً: خطة البحث

تتوزع الدراسة على ثلاثة مباحث سنخصص المبحث الأول لبيان مفهوم العقود الالكترونية، وتضمن هذا المبحث ثلاثة مطالب نتناول في المطلب الأول التعريف بالعقود الالكترونية وفي المطلب الثاني خصائص العقود الالكترونية، أما المطلب الثالث سنخصصه لبيان الطبيعة القانونية للعقود الالكترونية .

أما المبحث الثاني نتناول فيه المشاكل القانونية عند إبرام العقد الالكتروني وتضمن ثلاثة مطالب نبحث في المطلب الأول أثر الإيجاب والقبول في التعاقد الالكتروني ونبحث في المطلب الثاني أثر الموت وعوارض الأهلية في التعاقد الالكتروني أما المطلب الثالث أثر عيوب الإرادة على صحة التعاقد الالكتروني.

أما المبحث الثالث ، نبحث فيه وسائل تسوية المنازعات في العقود الالكترونية ويحتوي على ثلاثة مطالب، يختص الأول بتحديد الاختصاص القضائي والثاني بالتحكيم الالكتروني ، أما المطلب الثالث يعالج القانون الواجب التطبيق.

وسننهي البحث بخاتمة ندرج فيها ما توصلنا إليه من نتائج ومقترحات وندعو المولى سبحانه وتعالى أن يسدد خطانا ويقيل عثراتنا، وأن يجعل أعمالنا خالصة لوجهه الكريم، وهو نعم المولى ونعم النصير والصلاة والسلام على سيدنا محمد وأهل بيته الطيبين الطاهرين.

المبحث الأول

مفهوم العقود الالكترونية

اختلف الفقه القانوني [1]. في تحديد ماهية العقود الالكترونية في معظم الجوانب القانونية سواء من حيث تعريفها أو خصائصها أو تمييزها من غيرها من العقود، وحتى في طبيعتها القانونية ويرجع هذا الاختلاف الى كثرة وتنوع التصرفات القانونية التي تتم عبر وسائل الاتصال التي عن طريقها يتم ابرام العقود الالكترونية ومن أهم هذه الوسائل شبكة الانترنت.

ونعتقد أن هذا الأمر هو المدخل الطبيعي لدراسة الموضوع بشكل مفصل. مبتدئين هذا المبحث بالمطلب الأول الذي يتناول التعريف بالعقود الالكترونية ثم خصائص العقود الالكترونية في المطلب الثاني، والطبيعة القانونية للعقود الالكترونية في المطلب الثالث.

المطلب الأول

التعريف بالعقود الالكترونية

يعرف العقد على أنه "ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الأخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه" [2].

يشبه العقد الالكتروني العقد التقليدي من حيث أركانه العامة كالرضا والمحل والسبب إلا أن هذا لم يكن كافياً لاتفاق الفقهاء في وضع تعريف موحد له، إذ يتم العقد الالكتروني في أغلب الأحيان عن بعد، وهو يأخذ شكلين : إما عبر تبادل رسائل بالبريد الإلكتروني بين التجار والأفراد العاديين وإما في عقود الإذعان خصوصاً تلك الموجهة للمستهلكين ، ويرى البعض[3]. أنه يقتضي إيجاد آلية معينة لإعطاء الموافقة على هذه العقود الالكترونية عبر الانترنت لحماية الرضا نفسه من الخطأ أو الغلط، حيث تتم الموافقة بمفتاح معين ثم تؤكد بمفتاح آخر كما يقتضي القبول بجميع البنود التعاقدية"[4].

ويعرَّف العقد الإلكتروني بأنه "ذلك العقد الذي يتم إبرامه عبر شبكة الانترنت، فهو عقد عادي، إلا أنه يكتسب الطابع الالكتروني من الطريقة التي ينعقد بها أو الوسيلة التي يتم إبرامه من خلالها، ينشأ العقد من تلاقي القبول بالإيجاب بفضل التواصل بين الأطراف بوسيلة مسموعة مرئية عبر شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد" [5].

وعرفه البعض بأنه "الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل الكترونية سواء أكان كلياً أم جزئياً" [6].

بينما عرفه البعض الأخر بأنه "اتفاق يبرم وينفذ كلياً أو جزئياً من خلال تقنية الاتصال عن بعد، بدون حضور مادي متزامن للمتعاقدين بإيجاب وقبول يمكن التعبير عنها من خلال ذات الوسائط، وذلك بالتفاعل فيما بينهم لإشباع حاجاتهم المتبادلة بإتمام العقد" [7].

ونتفق مع من عرَّف العقد الالكتروني على أنه " إيجاب يصدر من أحد المتعاقدين وقبول من المتعاقد الأخر بقصد إبرام عقد بإحدى وسائل الاتصال الفوري المسموعة (الهاتف) أو المكتوبة على آلة الطابعة المعروفة (التلكس) أو بصورة مستنسخة كأصلها كما في جهاز نقل الصورة بالهاتف (الفاكسميل)[8].

وذلك لأن هذا التعريف أشار الى مرحلة إبرام العقد واقتران الايجاب بالقبول من خلال وسائل الاتصال الحديثة على وجه يثبت أثره في المعقود عليه دون الحضور المادي المتزامن لأطراف العلاقة التعاقدية فضلاً عن ذلك أن هذه الوسيلة تضفي بطبيعتها الصفة الدولية على العقد الالكتروني.

وشرَّعت بعض الدول والمنظمات الدولية قوانين تتعلق بالتجارة الالكترونية عموماً، وعرف العقد الالكتروني من خلالها إذ صدر من لجنة (uncitral) التابعة للأمم المتحدة قانون نموذجي لسنة 1996 ينظم التجارة الالكترونية إذ بين هذا القانون أن التعاقد الالكتروني بالإمكان أن يتم بأي وسيلة كالفاكس والتلكس والانترنت وأي وسيلة أخرى تستحدث مستقبلاً"[9].

وعرَّفت المادة الثانية من قانون المعاملات الالكترونية الأردني[10]. العقد الالكتروني بأنه "الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل الكترونية ، كلياً أو جزئياً"

وعرَّف قانون المعاملات والتجارة الالكترونية في أمارة دبي[11]. المعاملات الالكترونية بأنها "أي تعامل أو عقد أو اتفاقية يتم ابرامها بشكل كلي أو جزئي بواسطة المراسلات الالكترونية".

وعرَّف المشرع المصري[12]. العقد الالكتروني بأنه "كل عقد تصدر فيه إرادة أحد الطرفين أو كليهما أو يتم التفاوض بشأنه أو تبادل وثائقه كلياً أو جزئياً عبر وسيط الكتروني".

وعرَّفت الفقرة العاشرة من المادة الأولى من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي[13]. العقد الالكتروني على أنه "ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الأخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه والذي يتم بوسيلة الكترونية"[14].

ومن الملاحظ على تعريف المشرع العراقي أعلاه فضلاً عن أنه أخذ بدولية كل العقود التي تبرم عبر وسائل الكترونية مسوغاً ذلك بالطبيعة الانفتاحية للوسائل الالكترونية وعالميتها، ولا تأبه بالحدود الجغرافية أو السياسية خلافاً للعقود التقليدية، بالإضافة الى أنه أهتم بمرحلة تكوين العقد ارتباط الإيجاب بالقبول وصولاً الى مرحلة تنفيذ العقد.

المطلب الثاني

خصائص العقود الالكترونية

للعقد الالكتروني خصائص متعددة من أهمها :

الفرع الأول : الطريقة أو الوسيلة التي يتم من خلالها إبرامه:

أنه يبرم من خلال وسائط الكترونية وهو مظهر يميز خصوصيته ، إذ لا يختلف العقد الالكتروني عن العقد التقليدي من حيث الموضوع والأطراف. حيث يمكن أن يرد على كافة الأشياء والخدمات التي يجوز التعامل فيها[15]. أما عن أطرافه فهم أنفسهم في أي عقد آخر، فهم بائعون أو مقدمو الخدمات ومشترون أو مستأجرون أو مستهلكون أو أصحاب أعمال، كما يتم إبرام العقد بين الأفراد أو الأشخاص المعنوية العامة والخاصة من شركات وهيئات ومشروعات وإنما يختلف بالوسيلة التي يبرم من خلالها والتي أدت الى اختفاء الكتابة والسندات التقليدية فضلاً عن ذلك التوقيع التقليدي الذي حل محله السندات والكتابة والتوقيع الالكتروني وهذه الخصوصية تميزه بسهولة إبرامه وسرعة انجازه وقلة تكاليفه وسهولة إجراءاته[16].

الفرع الثاني : أنه عقد يتم عن بعد، إذ يتم إبرام العقد الالكتروني بدون التواجد أو الالتقاء المادي للأطراف من خلال مجلس العقد، لحظة تبادل التراضي، يصدر الإيجاب ويقترن به القبول بطريق سمعي بصري عبر شبكة الانترنت بالتفاعل بين أطراف يضمهم مجلس واحد حكمي افتراضي ، ومن ثم فهو عقد فوري متعاصر، رغم تمامه عن بعد ، ومن ثم فهو يندرج ضمن العقود التي تتم بين حاضرين في الزمن، وغائبين في المكان[17].

والعبرة في تحديد مكان انعقاد العقد هي بالمكان الذي علم فيه الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك.

أي أن العقد الالكتروني ينعقد بتحقيق القبول الذي يثبته المتعاقد على صفحة موقع الموجب بشبكة الإنترنت [18].

ويتميز العقد الالكتروني عن التعاقد عبر وسائل الاتصالات الحديثة التليفون أو بالمراسلة ، كإرسال كتالوج أو عبر الخدمة المسماة Minitel ، بتلاقي الأطراف بصورة مسموعة مرئية عبر الشبكة ويسمح ذلك بالتفاعل بينهم والحضور الافتراضي المعاصر، ولا يكون هناك فارق زمني بين الإيجاب والقبول ، ويمكن أن يتم الوفاء بالالتزامات بصورة فورية متزامنة[19].

الفرع الثالث : يتسم العقد الالكتروني في الغالب بالطابع الدولي :

إذ يمكن أن يتم العقد الالكتروني بين أطراف من نفس الدولة ومن ثم يأخذ حكم العقد الداخلي، إلا أنه يتسم في الغالب بالطابع الدولي حيث تتم أغلب المعاملات عبر شبكة المعلومات الدولية (الانترنت) بين أشخاص يتواجدون وينتمون الى دول مختلفة ويكون

أطرافها مستخدماً مقيماً في دولة، ومورداً أو مقدم خدمات الاشتراك في الشبكة من دولة ثانية، وشركة تكنولوجيا معالجة البيانات وإدخالها وتحميلها عبر الشبكة من دولة ثالثة[20].

الفرع الرابع : الأصل فيه ألا يقوم على الاعتبار الشخصي للمتعاقدين، إذ إن شخصية المتعاقدين ليست محل اعتبار في العقد كالوكالة، ويرجع لمجهولية الطرف المقابل وعدم المعرفة المسبقة ما بين المتعاقدين، وهذه الوسيلة هي التي جعلت هذه العقود ليست بتقليدية[21].

كون هذا العقد يتم بمجلس عقد حكمي توفره الوسيلة (الانترنت) والتي يمكن بها التعاقد فيما بين أطراف لا يعرف، وربما لا يرى، أحدهما الأخر أو يتفاوض معهم ، فقد يتم كل ذلك بواسطة أجهزة مبرمجة أوتوماتيكياً (مؤتمنة)[22] ولا وجود للعنصر البشري فيها.

الفرع الخامس : اتسام العقد الالكتروني بالطابع التجاري لذا يطلق عليه عقد التجارة الالكترونية التي تتمثل في ممارسة الأعمال التجارية بوسيلة الكترونية على سبيل الاعتياد أو الاستعمال الأمثل لكافة أنواع تكنولوجيا الاتصالات المتاحة من أجل تنمية النشاط التجاري للمشروعات.

والواقع أن تلك الصفة جاءت من السمة الغالبة لذلك العقد ، حيث يستأثر البيع التجاري بالجانب الأكبر من مجمل العقود التي تبرم عبر الانترنت، إلا أنه يمكن أن يتم بين الأفراد العاديين من جهة، ويمكن أن يرد على الخدمات والمنافع في صورة إيجار أو مقاولة من جهة أخرى ولكن غالباً ما يكون مقدم السلعة أو الخدمة، على الأقل تاجراً، أي يتمتع بالصفة التجارية [23].

الفرع السادس : تبدو خصوصية العقد الالكتروني فيما يتعلق بالإثبات وطريقة الوفاء:

فمن حيث الاثبات تعد الكتابة العادية هي الأساس، أي أن الدعامة الورقية هي التي تجسد الوجود المادي للعقد العادي، سواء تمثلت في المحرر اليدوي أو في الوسائل الحديثة كالفاكس والتلكس وغيره [24].

ولا تعد الكتابة دليلاً كاملاً للإثبات، إلا إذا كانت موقعة بالتوقيع اليدوي ، أما العقد الالكتروني فيتم اثباته عبر الوثائق الالكترونية والتوقيع الالكتروني بفضل التزاوج الذي حدث بين المعلوماتية ووسائل الاتصال اللاسلكية[25].

ومن حيث الوفاء فقد حلت النقود الالكترونية محل النقود العادية من خلال بطاقات الدفع والائتمان.

الفرع السابع: يمتاز العقد الالكتروني في الغالب بأنه من عقود الاستهلاك: وهي عقود عادية تتمثل في توريد أو تقديم أشياء منقولة عادية أو خدمات إلا أن مقدم السلعة أو الخدمة يكون منتجاً أو مهنياً والمتلقي هو المستهلك أي الفرد العادي الذي يبغي إشباع حاجة شخصية أو عائلية، منقطعة الصلة بنشاطه التجاري والمهني[26].

لذلك، ليست هناك طائفة معينة من الأشخاص يمكن تسميتهم بمستهلكين لأن كل أفراد المجتمع مستهلكون، ولو بدرجات متفاوتة، حتى من كان منهم يمارس نشاطاً انتاجياً أو مهنياً. وليست هناك فئة محددة ومسماة لتلك العقود، حيث تنطبق تلك الصفة في الحقيقة، على العقود التقليدية في مسمياتها، من بيع وإيجار ومقاولة [27]. وليس كل العقود الالكترونية تتسم بالصفة التجارية وتأخذ طابع الاستهلاك، حيث يمكن إبرام العقد بين الأفراد العاديين أي المستهلكين من جهة، ويمكن إبرام العقد بين التجار أو بين المهنيين من جهة أخرى، ومن ثم فأن العقد لا يكون من عقود الاستهلاك في الحالتين. إلا أنه يمكن أن يكون تجارياً في الحالة الثانية[28].

المطلب الثالث

الطبيعة القانونية للعقود الالكترونية

تعتمد العقود الالكترونية على القواعد العامة في إبرام العقود، فضلاً عن القواعد القانونية الخاصة بالتعاملات الالكترونية في الدول المنظمة لهذه التعاملات، إذ يقوم مستخدمو الشبكة العالمية بإبرام العقود التجارية من بيع وشراء واستئجار لمختلف السلع والخدمات من خلالها، الأمر الذي يشدنا الى محاولة تحليل طبيعة هذه العقود، هل إن هذه العقود رضائية تخضع لمبدأ سلطان الإرادة أم عقود اذعان لا يملك أحد أطرافها حرية الإرادة عند التفاوض حول شروط العقد فلا يستطيع سوى القبول بالشروط الموضوعية من الطرف الأخر، مثل عقود الكهرباء والماء.

الفرع الأول: العقود الالكترونية بوصفها عقود رضائية :

العقدالرضائي هو العقد الذي يتم بمجرد اتحاد الإيجاب بالقبول بين الأطراف المتعاقدة، والأصل في العقود أن تكون رضائية [29].

ويذهب جانب من الفقه [30]. الى اعتبار العقود الالكترونية من قبيل العقود الرضائية إن المتعاقد يستطيع أن يلجأ الى أي مورد أو منتج آخر للسلعة أو الخدمة إذا لم تعجبه شروط أحد المنتجين أو الموردين لأن السوق الالكتروني يضم عدد كبير من المنتجين والموردين.

الفرع الثاني: العقود الالكترونية بوصفها عقود إذعان

عقد الإذعان هو العقد الذي ينحصر فيه قبول أحد الطرفين بالتسليم بشروط عقد تم وضعها من قبل الموجب ولا يقبل النقاش فيها على محل يعتبر ضرورة من ضرورات الحياة يحتكرها الموجب سواء كان هذا الاحتكار قانونياً أو فعلياً مما يجعل القابل في موقف أما أن يتعاقد أو لا ويجعل المنافسة محدودة النطاق[31].

واختلف الفقه حول اعتبار العقود الالكترونية عقود اذعان أم لا وانقسم في هذا الصدد على عدة اتجاهات:

الاتجاه الأول: يذهب أنصار هذا الاتجاه الى أن العقود الالكترونية هي عقود إذعان استناداً الى ان القابل لا يملك التفاوض على بنود هذه العقود، إذ من المعلوم أن هذه العقود تعد سلفاً وينفرد الموجب بملئ شروط التعاقد ويكون الموجب له في موقع أما أن يقبلها ككل أو أن لا يقبلها، أي أن ليس له مناقشة بنود هذه العقود [32].

الاتجاه الثاني : ويذهب أنصار هذا الاتجاه الى أن العقود الالكترونية هي عقود رضائية ولا يمكن بأي حال من الأحوال أن توصف بالإذعان لان حرية الأطراف غير مقيدة بمجرد الموافقة أو الرفض على بنود العقد الموضوعة مقدماً. إذ يمكن للمتعاقد أن يشتري

المنتج أو البضاعة من أي مورد أخر في حال عدم الموافقة على شروط التعاقد المحددة سلفاً لوجود عدد كبير من الموردين أو المنتجين لبضائع وفق مواصفات ومقاييس متفاوتة يمكن للراغب بالشراء اختيار أفضل المواصفات وأنسب الأسعار[33].

الاتجاه الثالث : ويذهب أنصار هذا الاتجاه الى وضع قاعدة خاصة للعقود الالكترونية يتم من خلالها التعرف على كون العقد من عقود الإذعان أم لا ومعيارهم في تحديد ذلك هو التفاوض فإذا ما أجازت تلك العقود التفاوض وسمحت للمشتري بمناقشة بنود العقد والتفاوض بشأنها وتعديلها، فلا ينطبق عليها وصف الإذعان. أما إذا كانت العقود لا تجيز التفاوض والمناقشة بشأن بنودها، بمعنى أما ان تقبل ككل أو أن ترفض ككل فأنها عقود إذعان[34].

ونستنتج مما تقدم أن العقود الالكترونية هي عقود اذعان إذا توفرت شروطها من كون السلعة ضرورية ومحتكرة سواء أكان الاحتكار قانونياً أم فعلياً وبنود العقد معروضة للكافة بالشروط نفسها ولا تجيز التفاوض، وإذا ما تحققت جميع هذه الشروط عدّ العقد من عقود الإذعان أما إذا تخلف أحدها وبالأخص لعقود التي يبرمها التجار بعد مفاوضات بين الطرفين عن طريق شبكة الانترنت فلا يمكن وصفها بعقود إذعان.

وعرَّف المشرع العراقي على غرار التشريعات الأخرى[35]. عقود الإذعان في المادة /16، الفقرة أولاً بأنه "القبول في عقود الإذعان ينحصر في مجرد التسليم بمشروع عقد ذي نظام مقرر يضعه الموجب ولا يقبل فيه مناقشة".

ويتضح من تعريف المشرع العراقي أعلاه بأن القبول في عقود الإذعان لا يعد رضا، إذ يختلف عن عقود التفاوض في أن القابل يناقش الموجب ويفاوضه، ولأن القابل في عقود الإذعان بحاجة الى التعاقد على ضرورة من ضرورات الحياة، فرضاءه موجود ولكنه مكره غير أن هذا الإكراه ليس بعيب من عيوب الإرادة التي توقف العقد أو تبطله، ولكنه إكراه يتصل بعوامل اقتصادية أكثر منها عوامل نفسية.

المبحث الثاني

المشاكل القانونية عند ابرام العقد الالكتروني

من المعروف أن أي عقد لا ينعقد إلا بإيجاب صادر من أحد العاقدين وقبول مطابق يصدر من الطرف الأخر، أياً كانت الوسيلة المستخدمة للتعبير عنها.

ولا تخرج العقود الالكترونية عن هذه القاعدة، إلا إن كلاً من الإيجاب والقبول يتحققان فيها ويقترنان عادةً باستخدام الوسائل الالكترونية[36].

مما يثير الكثير من الخلافات ولعل السبب في حصول مثل هذه الصعوبات إن إرادة أحد الطرفين المتعاقدين، تنتقل الى الطرف الأخر نقلاً آلياً دون أن يجتمعا في مجلس عقد واحد.

ولعل أهم المشاكل القانونية التي يثيرها هذا النوع من التعاقد منها تلاقي الإرادتين (اتحاد الايجاب بالقبول)، والاحتيال والغش في التعاقد الالكتروني ، وتأثير الموت وعوارض الأهلية القانونية على التعاقد.

ومعرفة هوية المتعاقدين، ومشكلة لغة المتعاقدين والإثبات القانوني، وعدم القدرة على رؤية أو فحص المبيع وغير ذلك من المشاكل القانونية.

سنحاول في هذا المبحث التطرق الى البعض من هذه المشاكل في ثلاثة مطالب:

المطلب الأول : أثر الإيجاب والقبول على التعاقد الالكتروني .

المطلب الثاني : أثر الموت وعوارض الأهلية على التعاقد الالكتروني.

المطلب الثالث : أثر عيوب الإرادة على صحة التعاقد الالكتروني.

المطلب الأول

أثر الإيجاب والقبول على التعاقد الالكتروني

لا يكفي وجود الإرادة والتعبير عنها لانعقاد العقد، فلا بد من التلاقي بين الإرادتين، ويقصد به ارتباط الإيجاب بقبول مطابق له، فيجب التعبير عن ارادتين متطابقتين ويتحقق ذلك عندما يكون هناك إيجاب من طرف وقبول لهذا الإيجاب من الطرف الاخر ، واقتران هذين التعبيرين وتلاقيهما. فإذا لم يتحقق تلاقي التعبيرين باتجاهها الى التعاقد فلن يتحقق انعقاد العقد.

والإرادة التي تصدر أولاً والتي تتضمن عرض ابرام العقد تسمى إيجاباً، أما الإرادة التي تصدر ثانياً والتي تتضمن الموافقة على العرض تسمى قبولاً .

إذ يتطلب انعقاد العقد أن يتلاقى الإيجاب بقبول يطابقه فما المقصود بكل منهما؟

الفرع الاول: الإيجاب الالكتروني

يعرف الفقه [37] الإيجاب بأنه "التعبير البات عن إرادة شخص يتجه به الى شخص آخر يعرض عليه التعاقد على أسس أو بشروط معينة".

والإيجاب هو الإرادة الاولى التي تظهر في العقد، ويجب أن تتوفر فيها الشروط العامة في وجود الإرادة والتعبير عنها، فضلاً عن اتجاهه الى إحداث أثر قانوني، ويتجه لإحداث الأثر القانوني عندما يكون باتاً ومنجزاً أي أن تذكر فيه جميع العناصر الجوهرية والتي إذا ما لاقت قبولاً تم العقد[38].

ونص المشرع العراقي في المادة (77) من القانون المدني على أنه "الإيجاب والقبول كل لفظين مستعملين عرفاً لإنشاء العقد، وأي لفظ صدر أولاً فهو إيجاب والثاني فهو قبول".

والإيجاب وفقاً للقانون العراقي يعبر عنه باللفظ وكان من الأفضل أن يترك ذلك للقواعد العامة في القانون، والتي تجيز التعبير عن الإرادة باللفظ أو غيرها[39]. هذا ما يتعلق بالإيجاب في القواعد العامة للقانون.

أما تعريف الإيجاب الالكتروني فهو تعبير عن إرادة الراغب في التعاقد عن بعد، حيث يتم من خلال شبكة دولية للاتصالات بوسيلة مسموعة مرئية، ويتضمن كل العناصر اللازمة لإبرام العقد بحيث يستطيع من يوجه إليه أن يقبل التعاقد مباشرة[40]. واعتبر قانون الأونسيترال الرسالة إيجاباً إذا تضمنت إيجاباً لإبرام عقد مرسل الى شخص واحد أو اشخاص محددين ما داموا معروفين على نحو كاف وكانت تشير الى نية مرسل الإيجاب أن يلتزم في حالة القبول.

لا تعتبر ايجاباً الرسالة المتاحة الكترونياً بوجه عام ما لم يشر الى غير ذلك"[41].

وعرف التوجيه الأوربي الخاص بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد بأنه "كل اتصال عن بعد يتضمن كل العناصر اللازمة بحيث يستطيع المرسل أن يقبل التعاقد مباشرة ويستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان"[42].

ويتم ارسال الإيجاب برسالة الكترونية الى صناديق البريد الالكتروني لشخص أو أشخاص معينين. ويكون للمرسل إليه حرية قبول العرض برسالة الكترونية من جانبه[43]. والرسالة لا تكون إيجاباً إلا إذا تضمنت جميع الالتزامات التي سيتم التعاقد على أساسها .

وقد يكون الإيجاب عاماً للجمهور ، كما لو تم عرضه عبر مواقع الانترنت على صفحات الويب WEB الخاصة بها.

هنا يجوز لمستعمل الشبكة قبول الإيجاب وذلك بإرسال بياناته الشخصية والمصرفية بهدف الوفاء[44].

وقد يحرص صاحب العرض من الناحية العملية على إضافة تحفظات معينة تحرره من الالتزام وتجعل من العرض الصادر منه مجرد دعوة الى التعاقد أو إعلان عن المنتج أو الخدمة، كالاحتفاظ بحق الرجوع في العرض، أو إضافة شرط عدم نفاذ الكمية ، أو تحديد مدة معينة أو إضافة عبارات محددة مثل (دون التزام، أو بعد التأكيد) ولعل الدافع وراء تلك التحفظات إن القضاء الفرنسي اعتبر العروض الصادرة بمثابة إيجاب ملزم، والقاعدة إن الموجب يستطيع العدول عن إيجابه طالما لم يتم قبوله، إلا أن القضاء قرر أن الإيجاب غير محدد المدة، يقترن دائماً بمدة معقولة تقررها المحكمة يكون فيها ملزماً لصاحبه، ويتم تقديم هذه المدة طبقاً للعادات والظروف الاقتصادية والفنية للمعاملة، ورغبة في حماية المستهلك يقرر القضاء الفرنسي أن الدعاية التي تتضمن عروضاً سخية تلزم صاحبها وإلا تعرض للجزاءات الخاصة بالإعلانات الخادعة[45].

وإن العديد من القوانين الوضعية وضعت جزاءاً لمن يحاول جذب المستهلكين وحثهم على الشراء، عن طريق القيام بإرسال العروض دون طلب منهم عن طريق المراسلة، بقصد جذب المستهلكين الذين يستقبلون تلك العروض بشيء من الإكراه، كتوجيه الرسائل الى المنازل، بواسطة البريد بدون طلب أصحابها، تشير الى أن سلعة معينة يمكن شراءها لقاء ثمن محدد بعد إعادة قسيمة الشراء الى مرسلها[46].

وأشارت المادة (2) من قانون البيع أو التسوق بواسطة الهاتف الفرنسي على أنه "... على أثر البيع بالهاتف أو بأية وسيلة تقنية مماثلة، يجب على الممتهن أن يرسل الى المستهلك تثبيتاً للعرض الذي قام بهِ، ولا يلزم المستهلك إلا لدى توقيعهِ عليه" [47].

يلاحظ من النص أنه عند السعي لإبرام عقود بواسطة الهاتف أو بأية وسيلة تقنية مماثلة، لا يتم إنشاء العقد لحين القبول الخطي والتوقيع من المستهلك على العرض الخطي المرسل إليه وإعادتهِ.

ويذهب الفقه الفرنسي، الى أن النص يشمل بالإضافة الى الهاتف وسيلة تقنية أخرى حديثة مثل التلكس والفاكس وعلى شبكة الانترنت فهي جميعها تؤلف (وسائل تقنية مماثلة للهاتف) وأنهُ لا مانع من تطبيق هذا المبدأ على الإرسال الجبري الحاصل بطريقة الكترونية، ومن بينها تلك الحاصلة عبر شبكة الانترنت[48].

ومن أجل تطبيق هذا القانون، يجب أن يكون هناك سعياً فعلياً لإبرام العقود،فلا يمكن القول هناك سعي لإبرام العقود،إذا كان المستخدم هومن أراد المبادرة لإجراء الطلبية، كأن يقوم بالبحث بأحد المخازن الافتراضية التي تعرض سلعاً على شبكة الويب [49].

وقد صدر تشريع من قبل الكونغرس الأمريكي [50]. الذي وضع على عاتق مطلقي الرسائل الدعائية عدد من الشروط، أهمها تضمن الرسائل الدعائية ذكراً مماثلاً لطبيعة البريد المرسل الدعائية والتجارية وذكراً مماثلاً لحقوق المرسل إليه في إبلاغ المرسل بعدم نيتهِ تلقي البريد الدعائي وإليه التعبير عن هذه الرغبة عبر توجيه رسالة بالبريد الالكتروني بهذا الخصوص ...الخ.

ويسقط الإيجاب في العقود الالكترونية عندما يقوم الموجه إليه الإيجاب بإغلاق جهاز الكمبيوتر طواعية أو بالانتقال الى موقع جديد غير موقع الموجب، وهذا الغلق أو الانتقال بمثابة رفض ضمني للإيجاب [51]. ويسقط الإيجاب بمضي المدة المحددة التي التزم فيها الموجب صراحة أو بمضي مدة معقولة إذا لم تحدد مدة الإيجاب.

وقد أعطت بعض القوانين للموجب الحق أن يرجع عن إيجابه بأن يذكر عبارة عدم الالتزام أو بعد التأكيد إذا كان المخزون لا يكفي لديه في حالة قبول العرض عدد كبير من مستعملي الشبكة وعند ذلك يكون قبول مستعملي الشبكة هو الإيجاب وتكون الرسالة الالكترونية التي يرسلها البائع بعد ذلك هي القبول الذي ينعقد به العقد[52].

وقد ورد في مشروع العقد النموذجي الصادر من لجنة القانون الدولي الرجوع في شأن الإيجاب (ما لم يتفق على غير ذلك أو يشار صراحةً الى غيرهِ في الإيجاب، [يجوز أو لا يجوز] الرجوع فيه، إذا كان ممكناً الرجوع فيه، فلا يرجع عند القبول إذا وجه إخطاراً بهذا الرجوع [تم تسلمهُ/أرسل إليه] متسلم الإيجاب قبل ان يكون القبول (سلم/ أرسل الى المرسل)[53].

الفرع الثاني : القبول الالكتروني

يستلزم لتمام العقد أن يصدر القبول مطابقاً للإيجاب، فهو الإجابة بالموافقة على عرض الموجب لتكوين العقد، فالقبول هو التعبير اللاحق للإيجاب وقد يكون هذا التعبير بالموافقة أو الرفض، فالأفراد أحرار في التعاقد بما لا يخالف النظام العام والآداب العامة، وإذا صدر التعبير بالموافقة فيجب أن يكون باتاً ومحدداً ومتجهاً لإحداث آثار قانونية، وهذا ما أكده المشرع العراقي في المادة (73) من القانون المدني [54].

ولا يخرج القبول الالكتروني عن مضمون القبول التقليدي إلا بالوسائل التي يتم بها القبول من خلال شبكة الانترنت، فهو قبول عن بعد.

وقد عرف مشروع العقد النموذجي الصادر عن لجنة الأونستيرال القبول على أنه "يعتبر قبولاً إذا تسلم المرسل الإيجاب غير مشروط خلال التوقيت المحدد" [55].

وأشار قانون كندا الموحد بشأن التجارة الالكترونية [56]. الى إمكانية اعتبار اللمسة الواحدة أو النقرة مرة واحدة قبولاً للإيجاب بحيث ينعقد به العقد.

وعرَّفت المادة (18) من اتفاقية الأمم المتحدة [57]. القبول بأنه "يعتبر قبولاً أي بيان أو أي تصرف أخر صادر من المخاطب يفيد الموافقة على الإيجاب...".

واستناداً لما تقدم نستطيع أن نعرف القبول الالكتروني على أنه التعبير عن إرادة من وجه إليه الإيجاب (الموجب له) بإبرام العقد بالشروط التي عينها الموجب.

ويتضح مما تقدم لا توجد صعوبة إذا صدر التعبير عن الإرادة بالقبول كتابة، إلا أن هناك مواقف معينة تثير الشك: مثل الضغط على الآلة أو السكوت، أو اتخاذ موقف محدد.

أولاً: الضغط على الآلة أو الجهاز

إن مجرد لمسة الشخص لمؤشر القبول أو الضغط على علامة نعم الواردة على صفحة الجهاز تفيد قبول العرض أو الإيجاب من الناحية النظرية، ولكي يكون القبول واضحاً ومحدداً وحاسماً، فلا يتم بمجرد اللمس أو الضغط، حيث يمكن حدوث أخطاء اليد، أو أن يتم ذلك من خلال لعب الطفل أو أي شخص آخر عابر [58].

ولحسم هذا الأمر تذهب أغلب التشريعات[59]. الى اشتراط وجود وثيقة يحررها العميل على الشاشة تؤكد قبوله أو صدور تأكيد لطلبة يرتد الى موقع الموجب، أو اشتراط أن يتمثل القبول في دفع المقابل الكترونياً، أي أن القبول يجب ان يتم عبر مجموعة من الأوامر على صفحات الشاشة على نحو يؤكد ارتباط العميل على نحو جازم [60].

ثانياً: السكوت في القبول الالكتروني

السكوت موقف سلبي ولا يمكن أن يكون إيجاباً بأي حال من الأحوال سواءً في العقود التقليدية أم الالكترونية.

ويعتبر السكوت قبولاً في العقود التقليدية إذ نص القانون المدني العراقي على أنه "لا ينسب الى ساكت قول ولكن السكوت في معرض الحاجة الى البيان يعتبر قبولاً"[61].

وأعتبر المشرع العراقي السكوت قبولاً في حالات ثلاث: إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل، إذا تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه، ويكون سكوت المشتري بعد ان يتسلم البضائع التي اشتراها قبولاً لما ورد في قائمة الثمن من شروط [62].

يصعب أعمال تلك الاستثناءات في مجال العقود الالكترونية حيث لم يستقر العمل فيها على ذلك من جهة وأن ظرف التعامل السابق وإن كان يحدث كثيراً عبر المتجر الالكتروني، إلا أنه لا يكفي عملاً لاعتبار السكوت قبولاً من جهة أخرى، إلا إذا وجد اتفاق سابق بين الطرفين على ذلك، وهذا الاتفاق يمكن أن يكون صريحاً أو ضمنياً لا يثير أدنى شك في اتجاه الإرادة إليه.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية "بأن عدم رد المرسل إليه على الخطاب الذي أرسلته الشركة متضمناً عرض القيام بالأعمال الإضافية المتممة للبنية الأساسية السابق إتمامها، لا يشكل قبولاً لذلك العرض [63].

وهذا ما ذهب إليه رأي في الفقه الأمريكي بالقول "سكوت الموجب له أو عدم قدرته على التعبير عن إرادته ولا يمكن أن يكون قبولا" [64].

فالسكوت في العقود الالكترونية لا يمكن اعتباره تعبيراً عن القبول لخصوصية الوسيلة التي تبرم من خلالها العقود الالكترونية، فالموجب له يستطيع، وبفضل مميزات شبكة الانترنت من سرعة وقلة تكلفة واختصار للوقت، أن يجيب على أي إيجاب ، لا بل يستطيع أن يجيب على عدد غير محدود وفي وقت قصير،ولذلك فلا مبرر من اعتبار السكوت قبولاً ينعقد فيه العقد الالكتروني [65].

ثالثاً: جواز العدول عن القبول

رغبة في حماية المستهلك بصدد المعاملات الالكترونية ظهرت أنماط جديدة للتعبير عن الإرادة ترمي الى إتاحة الوقت الكافي للعميل للاطلاع على مضمون المنتج محل التعاقد والتعرف على ملائمته لاحتياجاته الفعلية، ومن ثم تعليق إبرام العقد على صدور الإرادة الواعية المستنيرة للقابل [66]. ويكون التعبير عن القبول في هذه الحالة ضمنياً كون محل هذه العقود يتعلق بمعلومات أو بيانات، إذ يمكن تنفيذ هذه العقود عبر شبكة الانترنت بعد أن يدفع الموجب له قيمة محل العقد بواسطة النقود الالكترونية فيتم تنزيل المعلومات من موقع البائع الى الحاسب الشخصي للمشتري [67]. ليكون لديه الوقت الكافي للقراءة المتمعنة والفاحصة للوثائق المصاحبة للبرنامج، فإذا أكتشف العميل عدم ملاءمة البرنامج له، يمكنه إعادته الى المتجر واسترداد نقوده، بشرط عدم فض الغلاف وفقاً للتعليمات التي يحددها موزع البرنامج، ومن ثم فإن تمزيق أو فض الغلاف هو وسيلة التعبير عن قبول التعاقد، ويمكن أن يتمثل ذلك في إزالة شريط معين يضعه المنتج لهذا الغرض.

وتتميز العقود الالكترونية التي يتم إبرامها عن بعد لا يكون بوسع المستهلك الحكم الدقيق على المنتج، مهما بلغت دقة وأمانة وصف البائع له، لذا يجري العمل أحياناً على منح المستهلك رخصة العدول عن العقد خلال مدة معينة تبدأ من تاريخ تسلمه للشيء محل العقد [68].

المطلب الثاني

أثر الموت وعوارض الأهلية على التعاقد الالكتروني

إن موت أحد المتعاقدين أو تعرضه لعارض من عوارض الأهلية يخلق مشكلة كانت محل خلاف لدى الفقهاء القانونيين ، ولم يرد في القانون المدني العراقي إشارة إليها مما زاد المشكلة تعقيداً.

فإذا شخص وجه إيجاباً الى شخص أخر لإبرام صفقة معينة عن طريق الفاكس أو عن طريق البريد الالكتروني ثم لوحظ بعد صدور القبول أنه قد توفي أو أصابه جنون أو أحد عوارض الأهلية فما هو الحكم؟

وللإجابة عن هذا لابد من التفرقة بين حالتين :

الفرع الأول : وفاة أحد المتعاقدين أو فقدان أهلية أحدهما .

الفرع الثاني : نقصان أهلية أحد المتعاقدين أو كلاهما.

الفرع الأول: وفاة أحد المتعاقدين أو فقدان أهلية أحدهما:

يسقط الإيجاب إذا مات أي من الطرفين أو فقد أي منهما أهليته.

إن موت أي من الطرفين أو فقده الأهلية سواء كان الموجب أو القابل الذي صدر منه القبول قبل انعقاد العقد، يمنع من انعقاد العقد، بسبب عدم تطابق الإرادتين وقت نشوء العقد [69].

والقانون المدني المصري م(92) يذهب بأن التعبير عن الإرادة سواء كان إيجاباً أو قبولاً له وجوده الفعلي منذ صدوره، فإذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره فإن ذلك لا يمنع من ترتب الأثر في حالة كون التعبير قد اتصل بعلم من وجه إليه، وبذلك يتم العقد وتترتب عليه الآثار القانونية [70].

والقانون المدني العراقي لم يتضمن بين دفتيه نصاً مماثلاً للحكم الوارد في المادة (92) من القانون المدني المصري فدل ذلك على أنه أختار حكماً مغايراً له، وعلى أنه أرد أن يسقط التعبير عن الإرادة بموت صاحبه أو بفقد أهليته. ويترتب على ذلك أنه إذا مات الموجب أو القابل بعد التعبير عن إرادتيهما، وقبل أن يتصل هذا التعبير بعلم من وجه إليه، سقط الإيجاب أو القبول بحسب الأحوال، وكذلك إذا أوجب الموجب وقبل القابل ثم مات بعد ذلك الموجب قبل ان يصل القبول الى علمه كان القبول لا ينتج أثره.

أما النظرية الحديثة ذهبت الى أنه التعبير عن الإرادة لا يسقط بموت صاحبه أو بفقدهِ للأهلية وأنه بمجرد صدوره ينفصل عن صاحبهِ ويكون لهُ وجود مستقل ترتبط به مصالح لا يمكن إهدارها[71].

أما القانون الانكليزي فأن الأصل فيه أن الإيجاب يسقط إذا أعلم من وجه إليه التعبير بوفاة الموجب، أما في حالة عدم الإخطار فقد اختلفت آراء الفقهاء في ذلك ، فذهب رأي [72]. الى أنه في حالة وفاة من صدر منه الإيجاب فلا يجوز قبول ذلك الإيجاب بعد وفاتهِ ويسقط الإيجاب بموجب الموجب عندما يكون محل اعتبار ودون حاجة الى إخطار الطرف الأخر.

وذهب رأي أخر [73]. الى وجوب التفرقة بين الإيجاب غير الملزم الذي هو مجرد واقعة قانونية، فيسقط هذا الإيجاب بموت الموجب أو فقدهِ الأهلية قبل حصول القبول وبين الإيجاب الملزم المقترن بمدة معينة، وهو تصرف قانوني، فالتعاقد بالمراسلة يكون الإيجاب ملزماً دائماً إذ يلتزم لموجب بالبقاء على إيجابه خلال المدة التي حددها صراحةً [74].

أما إذا توفي الموجب لهُ أو فقد أهليته فهنا يجب أن نفرق بين حالة الوفاة أو فقد الأهلية قبل علم الموجب لهُ بالإيجاب أو بعد علمهِ.

فالإيجاب يسقط في الحالة الأولى بقوة القانون وذلك لان الإيجاب ما دام قد صدر لشخص حي، وإن هذا الشخص توفي قبل صدور القبول منهُ، فإن الإيجاب ينقضي، فالموجب لم يقصد أن يوجه إيجابهِ الى ميت أو ورثتهِ [75].

أما إذا علم الموجب له بالإيجاب قبل وفاتهِ أو فقده الأهلية فهنا الإيجاب ينتج أثرهُ القانوني إلا إذا كان شخصية المتوفى أو فاقد الأهلية محل اعتبار من التعاقد فلن ينفذ هذا العقد حتى لو أتصل بعلم من وجه إليه، وفقاً للمذهب الموضوعي .

أما وفق المذهب الشخصي فإن الإيجاب يسقط في حالةوفاة الموجب أوالموجب لهُ ولا ينتقل للورثة الحق في خيار القبول [76].

الفرع الثاني: نقصان أهلية أحد المتعاقدين

لو أبرم قاصراً عقد مع شخص حسن النية كان يعتقد أنهُ يتعاقد مع شخص بالغ سن الرشد فهل يتحمل القاصر وأوليائه الأضرار التي لحقت بالمتعاقد؟

القانون الفرنسي يعتمد نظرية الوكالة الضمنية التي تعتبر القاصر بمثابة وكيل عن والديه، وذلك لأن الأولياء يلتزمون قانوناً بالواجبات التعاقدية الناشئة عن العقود التي يبرمها أبنائهم القاصرين [77].

أما القانون المصري فيوجب الرجوع الى القاصر بالتعويض، إذا لجأ لطرق احتيالية ليخفي نقص أهليته [78].

وألزم القانون العراقي ناقص الأهلية برد ما عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد فقط، إذ نصت المادة (138) من القانون المدني على أنه "لا يلزم ناقص الأهلية إذا بطل العقد لنقص أهليته أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد".

ومن ثم من مصلحة الوالدين مراقبة استخدام أولادهم للشبكة وذلك بالحفاظ على كلمة السر الخاصة بها والتي تستخدم من قبلهم للدخول الى الشبكة والمحافظة على البطاقة المصرفية والرقم السري الخاص بها.

المطلب الثالث

أثر عيوب الإرادة على صحة التعاقد الالكتروني

لا يكفي حتى تثبت الإرادة أثرها أن تكون موجودة ومعبر عنها وأن تكون صادرة من ذي أهلية، إذ يفترض كذلك ان تكون خالية من العيوب التي تعدمها أو تنقصها وتجعل العقد باطلاً أو موقوفاً حسب الأحوال.

وعيوب الإرادة التي تؤثر في العقد تناولها المشرع العراقي في المواد (112-125) من القانون المدني وهي (الإكراه والغلط والتغرير مع الغبن الفاحش والاستغلال).

أما ما يتعلق بعيوب الإرادة في العقود الالكترونية فتلعب دوراً هاماً في نطاق المعاملات الالكترونية، حيث تتسم بالتعقيدات التكنولوجية من جهة، وأساليب التعاقد عن بعد من جهة أخرى.

وأن الجزاء المترتب في حال ثبوت أي عيب من عيوب الإرادة في العقود الالكترونية هو الجزاء نفسه المترتب في حال وجود عيوب الإرادة في العقود التقليدية ، وذلك لعدم وجود نص خاص في قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي نظم عيوب الإرادة في العقود الالكترونية.

وبغية الإحاطة بعيوب الإرادة ومدى تأثيرها في التعاقد الالكتروني يستلزم بحثها في الفروع الآتية:

الفرع الأول: عيب الإكراه

الفرع الثاني : عيب الغلط

الفرع الثالث : عيب التغرير مع الغبن

الفرع الرابع: عيب الاستغلال

الفرع الأول : عيب الإكراه

الإكراه هو العمل الذي يبعث في نفس الشخص رهبة تحمله على التعاقد [79].

فالإكراه يصيب الإرادة في عنصر الحرية والاختيار، إذ المكره لا ينوي التعاقد ولكن رهبة الإكراه هي التي دفعته للتعاقد، فالإرادة موجودة ولكنها مقيدة بين أن يتحمل الأذى أو ان يتعاقد [80].

والإكراه نوعان، إكراه ملجيء إذا كان التهديد بخطر جسيم محدق كإتلاف نفس، وإكراه غير ملجيء فيما إذا كان التهديد بما دون النفس كالحبس والضرب ومعيار التمييز بين الإكراه الملجيء وغير الملجئ معيار شخصي يعتمد على المكره والإكراه بنوعيه يوقف العقد [81].

والإكراه في العقود الالكترونية، فأن الأمر مستبعد أو غير متصور لأن العقود الالكترونية المبرمة عن طريق شبكة الانترنت تتم بين طرفين لا يجمعهما مجلس عقد واحد وإنما مجلس عقد حكمي.

ولكن من الممكن حدوث الإكراه أحياناً بسبب التبعية الاقتصادية إذ يضطر المتعاقد الى إبرام العقد بسبب الحاجة الاقتصادية كشراء منتج من محتكره وبشروط مجحفة ويضطر العميل الى شراءها لعدم توفير البديل[82].

الفرع الثاني : عيب الغلط

عيب الغلط فيعرَّف على أنه "وهمٌ يقوم في النفس فيحملها على إبرام العقد"[83].

ويشترط لوجود الغلط المعيب للإرادة والذي يجعل العقد موقوفاً توافر الشرطين الآتيين:

1) أن يكون الغلط جوهرياً، أي أن يكون هو الدافع الى التعاقد بحيث يكون على درجة من الأهمية والجسامة، فلا يبرم العقد لولا الغلط كالغلط في شخص المتعاقد أو في صفة من صفاته في العقود القائمة على الاعتبار الشخصي [84].

2) أن يتصل الغلط بعلم المتعاقد الآخر، ويشترط لكي يكون الغلط معيباً للإرادة أن يتصل بعلم المتعاقد الأخر أو من السهل عليه أن يعلم به، وهو شرط وضعه المشرع العراقي لاستقرار المعاملات وحماية المتعاقد الذي يفاجئ بطلب نقض العقد بسبب الغلط الذي لم يعلمه أو لم يكن بوسعه أن يعلمه [85].

ولا شك أن هذا العيب يلعب دوراً هاماً في مجال العقود الالكترونية فالغلط ممكن تصور حدوثه وبأنواعه كافة فالغلط في شخصية المتعاقدين يحدث في أوسع صورة في العقود المبرمة عبر الانترنت كما لو توهم أحد المتعاقدين بأن المتعاقد الأخر معروف لديه بأنه يشتهر بإنتاج سلعة معينة وأنه تعاقد معه لمهارته ولكن يتضح لاحقاً أنه مجرد تشابه أسماء أو مواقع تشتهر بنفس المنتج فالعقد يكون موقوفاً لمن وقع في غلط وله إجازة العقد خلال ثلاثة أشهر أو إبطاله إذا توافرت شروط الغلط[86].

ويجري العمل على قبول إبطال العقد إذا ما ثبت وقوع المتعاقد في غلط جوهري، سواء في صفة جوهرية (مثل عدم مناسبة برنامج الحاسب للوفاء بالغرض المطلوب)، أو في ذات المتعاقد أو في إحدى صفاته الجوهرية (كثبوت عدم توافر الخبرة لديه) ، أو في طبيعة العقد، كمن يتعاقد على برنامج معلومات معتقداً أنه بيع ثم يتضح أنه مجرد إيجار أو ترخيص بالاستعمال[87].

الفرع الثالث: عيب التغرير مع الغبن

يعرَّف التغرير أو التدليس على أنه "استعمال حيلة توقع المتعاقد في غلط يدفعه الى التعاقد"[88].

ويقع التدليس أما بتصوير الأشياء على غير حقيقتها بقصد الغش، أو بكتمان الأمر الذي يجب الإفصاح عنه، مما يؤدي الى إيقاع المغرر به ضحية التغرير استناداً لاعتقاد مخالف للواقع" [89].

ويحدث التغرير الالكتروني عندما يعرض المهني المبيع في موقعه على شبكة الانترنت مع ذكر المواصفات المبالغ فيها، فيتعاقد المستهلك استناداً للمواصفات المذكورة والرؤيا التي قد تكون غير واضحة فلا يمكنه معاينة المبيع إلا من خلال شاشة الكمبيوتر فيتم الاحتيال الالكتروني على المستهلكين باستخدام الوسائل الالكترونية[90].

ويعتبر تدليساً السكوت عمداً عن واقعة او ملابسة، إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بها ، ويستقر القضاء على أن مجرد صمت المتعاقد يعتبر تدليساً طالما إنه يهدف الى تضليل الطرف الأخر والتمويه عليه بإخفاء أمر كان من شأن العلم به عدم ابرام العقد [91].

الفرع الرابع: عيب الاستغلال

وإذا كان الاستغلال عيباً من عيوب الإرادة إلا أنه غير مستقل عن العيوب الأخرى وبه لم يقع المتعاقد في حالة غلط أو إكراه ولم يلجأ الى التغرير لحمله على التعاقد وإنما قد استغلت حالة خاصة فيه من قبل المتعاقد الأخر فأبرم عقداً فيه غبن فاحش [92].

أما في العقود الالكترونية فأن الاستغلال متصور حدوثه بسبب ازدياد مستخدمي شبكة الانترنت من منتجين ومقدمي خدمات فضلاً عن الشركات الوهمية هذا من جانب، والمستهلكين الذين غالباً ما يكون بضمنهم عديمي الخبرة في مجال التعاملات الالكترونية من الجانب الأخر، فتستغل عدم الخبرة في إبرام العقود الالكترونية المقرونة بالغبن الفاحش[93].

والمستهلك قد لا تسعفه القواعد العامة في القانون لحمايته من الاستغلال من ناحية الجزاء المترتب عليه والمتمثل برفع الغبن عنه الى الحد المعقول في عقود المعاوضات أو نقض العقد خلال سنة من وقت تمام العقد في عقود التبرعات. فقد رتبت بعض التشريعات [94]. جزاءً جنائياً على المتعاقد الذي يستخدم طرقاً احتيالية بقصد الاستغلال فيوهم بها المستهلك ويدفعه الى التعاقد.

المبحث الثالث

وسائل تسوية المنازعات في العقود الالكترونية

من المعروف أن العقود الالكترونية التي تنشأ عبر الانترنت ذات طابع دولي والأفراد فيما ينتمون إليه الى دول مختلفة، قد يبرم العقد في مكان ويتم تنفيذه في مكان آخر أو دولة أخرى فهنا يستلزم مراعاة أحكاماً مختلفة عن غيرها تبعاً للمكان أو الدولة التي تباشر فيها الاجراءات، فتظهر مشكلة تحديد المحكمة المختصة لتسوية المنازعات الناشئة عن إبرام العقود الالكترونية والقانون الواجب التطبيق عليها من بين القوانين التي تتنازع على حكمها، ونظراً لأن النزاع يتسم غالباً بالطابع الدولي أمام عالمية شبكة الانترنت والطابع الطليق لنشاطها وعولمة وسائل الاتصال وتبادل المعلومات حيث يتدخل فيها أشخاص متواجدون ومنتمون الى دول مختلفة، وتشمل المعاملات الالكترونية في أغلب الأحوال على عنصر أجنبي، سواء فيما يتعلق بالأطراف أو مكان الإبرام أو التنفيذ، وقد يقع الفعل الموجب للمسؤولية في بلد بينما يكون المغرور في بلد آخر وعليه سنبحث في :

المطلب الأول : تحديد الاختصاص القضائي

المطلب الثاني : التحكيم الالكتروني

المطلب الثالث: تحديد القانون الواجب التطبيق

المطلب الأول

تحديد الاختصاص القضائي

الاختصاص القضائي هو ولاية قضاء الدولة على جميع الأشخاص المقيمين على إقليمها وعلى الأموال الموجودة في أراضيها أو عليها والتصرفات القانونية التي تنشأ أو تنفذ فيها الوقائع المادية التي تحدث فيها[95]. وإن المنازعات الخاصة بالعقود الدولية في المجال الالكتروني تخضع للقاعدة العامة في الاختصاص الدولي للمحاكم ويتمثل:

الفرع الأول: اختصاص محكمة موطن أو محل إقامة المدعي عليه

في حالة ابرام عقد دولي عبر الانترنت سواء كان العقد متعلقاً بسلع أو خدمات إذ المنازعات الخاصة بهذا العقد تخضع للقاعدة العامة في الاختصاص الدولي للمحاكم، حيث يمكن رفع الدعوى أمام محكمة موطن أو محل إقامة المدعي عليه [96].

أما في القانون العراقي فأن أهمية الموطن ليست كبيرة في مسألة تحديد الاختصاص الدولي للمحاكم، لأن القانون العراقي لا يشترط لمقاضاة الأجنبي أمام المحاكم العراقية أن يجعل موطنه أو إقامته العادية في العراق. بل يكفي وجوده فيه لكي يخضع لاختصاصها وأن كان موطنه في الخارج. هذا ما نصت عليه المادة (15) من القانون المدني العراقي على أنه "يقاضى الأجنبي أمام المحاكم العراقية في الأحوال التالية : 1-إذا وجد في العراق ...".

الفرع الثاني: اختصاص المحكمة التي أتفق على اللجوء إليها

ويجوز الخروج على القاعدة السابقة بالاتفاق بين الخصوم على تقرير الاختصاص لمحكمة أخرى، وهذا ما يطلق عليه بمبدأ الخضوع الإرادي أو الاتفاق على الاختصاص في المنازعات ذات الطابع الدولي، ويشترط لصحة هذا الاتفاق توافر رابطة جدية بين النزاع والقضاء المختار لنظرة أو قيام مصلحة مشروعة للأطراف من وراء هذا الاختيار وألا ينطوي هذا الاتفاق على غش[97].

ويمكن الاستناد الى المادة السابعة من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية التي تقر باختصاص القضاء الأجنبي على أساس الخضوع الإرادي.

إذ قضت على أنه " المحكمة الأجنبية تعتبر مختصة إذا حضر المحكوم عليه الدعوى باختياره وكذلك إذا وافق قضاء المحكمة الأجنبية في دعواه"[98].

ويمكن أن يتم الاتفاق على الاختصاص، قبل قيام النزاع أو بعده، صراحة في صلب العقد أو في وثيقة مستقلة، أو ضمناً كرفع الدعوى أمام محكمة معينة وعدم اعتراض المدعي عليه. وعلى من يدعي وجود هذا الاتفاق عبء اثباته بالكتابة العادية أو بالمحررات الالكترونية [99].

ويرى الفقهاء من أجل تفادي إنكار الطرف الأخر للاتفاق الاختصاص القضائي في العقود التي تبرم عبر الانترنت، بأن يلزم التنبيه عليه بأن يوقع صراحة على إعلان يوضح فيه قبوله شرط الاختصاص القضائي ويمكن القيام بذلك عن طريق طباعة إعلان على صفحه بشبكة الانترنت ويبقى الدليل الكتابي هو الأصل في إثبات الاتفاق رغم المحاولات من قبل الرجال المعنيين بتكنولوجيا المعلومات بوضع القواعد والنظم الكفيلة بكيفية اعتماد التوقيع الالكتروني لتوثيق الاتفاقات بين المتعاملين عبر شبكة الانترنت[100].

الفرع الثالث: اختصاص محكمة محل ابرام أو تنفيذ العقد

وفي حالة عدم وجود أحد الضابطين السابقين نلجأ الى الضابط الاحتياطي، ألا وهو مكان إبرام العقد أو تنفيذه. ويتحدد الإبرام بالمكان الذي علم فيه الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك.

ويتم تحديد معنى التنفيذ طبقاً لقانون القاضي،حيث يسترشد في ذلك بنية الأطراف وطبيعة العقد والعرف والعادات التجارية [101].

وهذا ما نص عليه قانون المرافعات المدنية العراقي [102]. في المادة (37) "1-تقام دعوى الدين أو المنقول في محكمة موطن لمدعي عليه أو مركز معاملاته أو المحل الذي تنشأ فيه الالتزام أو محل التنفيذ أو المحل الذي يختاره الطرفان لإقامة الدعوى" [103].

الفرع الرابع: الاختصاص القضائي بمنازعات عقود الاستهلاك الالكترونية

واستثناء من الاحكام السابقة فأن المنازعات الخاصة بعقود الاستهلاك الالكترونية تختص بنظرها محكمة موطن أو محل إقامة المستهلك. وتلك القاعدة تم تبنيها في التشريعات المعاصرة التي تحرص على وضع أحكام خاصة بحماية المستهلك، وهي قاعدة ملزمة لصالحه وليست ضده، أي أن له الاختيار بين محكمة موطنه أو محل اقامته أو محكمة موطن أو محل إقامة المدعي عليه أو المحكمة التي تم الاتفاق على اختصاصها، أو محكمة محل ابرام أو تنفيذ العقد [104]. ولا يجوز الاتفاق مقدماً على عدم اختصاص محكمة موطن المستهلك أو محل اقامته، وهذا ما أكدته مجموعة القانون الدولي الخاص السويسري [105]. إذ نص في المادة (1/114) على أنه:

يمكن أن يرفع المستهلك باختياره دعواه أمام :

آ- محكمة موطنه، أو محل إقامته العادية.

ب- وعند غيابه، الإقامة العادية لمقدم السلعة أو الخدمة.

ونصت الفقرة (2) من ذات المادة على أنه "لا يسوغ للمستهلك أن يتنازل مقدماً عن اختصاص محكمة موطنه أو محل اقامته العادية".

كما نصت المادة (13) من اتفاقية بروكسيل [106]. على اختصاص محكمة موطن المستهلك إذا كان :

1- ابرام العقد قد سبقه في دولة موطن المستهلك تقديم عرض خاص أو إعلان.

2- المستهلك قد قام في تلك الدولة بالأعمال اللازمة لإبرام العقد.

وأضافت المادة (14) من الاتفاقية على أنه يمكن للمستهلك أن يرفع دعواه على الطرف الآخر في محكمة موطن هذا الأخير، أو أمام محاكم الدولة المتعاقدة التي يتوطن فيها المستهلك نفسه كما أن الدعوى لا يمكن رفعها على المستهلك من الطرف الآخر إلا أمام محاكم الدولة المتعاقدة التي يتوطن بها المستهلك.

وقررت المادة (15) صراحة إنه لا يجوز الخروج عن حالات الاختصاص السابقة إلا باتفاق لاحق على نشأة النزاع، أما قبل ذلك فلا يجوز.

المطلب الثاني

التحكيم الالكتروني

إنه اتفاق الأطراف المعنية على إخضاع خلافاتهم لحكم أفراد تختارها هذه الأطراف (أي القضاء المختار) [107].

ويتميز التحكيم الالكتروني باليسر والمرونة حيث لا يلزم انتقال أطراف النزاع أو الحضور المادي أمام المحكمين بل يمكنه سماع المتخاصمين عبر المحادثات التليفونية والاتصالات الالكترونية عبر الأقمار الصناعية.

أضف الى ذلك سرعة إصدار الأحكام نظراً لسهولة الإجراءات حيث يتم تقديم المستندات والأوراق بالبريد الالكتروني، ويمكن الاتصال المباشر بالخبراء أو تبادل الحديث معهم عبر الانترنت، لذلك انتشرت محاكم التحكيم الالكترونية[108]. وعليه سنتطرق الى:

الفرع الأول: الاتفاق على التحكيم

الفرع الثاني: الأحكام القانونية التي يقوم عليها التحكيم الالكتروني.

الفرع الثالث: اختيار المحكمين وردهم

الفرع الأول: الاتفاق على التحكيم

يشهد التحكيم ازدهار ملحوظاً في العصر الحديث في مجال المعاملات الالكترونية أمام عودة النزعة الفردية وحرية التبادل التجاري وسلطان الإرادة واللجوء الى التحكيم الالكتروني مناسب جداً بالنسبة للتجارة الالكترونية حيث تقوم على السرعة في الإبرام والتنفيذ ولا تتماشى مع بطء وغموض إجراءات القضاء العادي.

وبعض الدول لا تشترط شكلاً معيناً للاتفاق على التحكيم، ومن ثم يكفي التراضي ولا تلزم الكتابة لصحته[109]. ولكن الاتجاه الغالب يشترط أن يتم الاتفاق على التحكيم كتابة[110]. والكتابة هنا لا تقتصر على المعنى التقليدي لها بل تشمل كل وسائل الاتصال الحديثة الأخرى التي من شأنها إثبات نسبة المعلومات التي تتضمنها الى شخص معين. والوسائل الحديثة كثيرة ومتطورة مثل البرقيات والفاكس ومخرجات الحاسب ودعاماته واسطوانات الفيديو والشرائط الممغنطة والوثيقة الالكترونية، والمهم أن تسمح الوسيلة بحفظ المعلومات المتبادلة والإبقاء على مضمونها في وثيقة ذات أثر مادي ويمكن استرجاع هذا المضمون والاحتكام إليه عند الخلاف[111].

وتبدأ أولى خطوات إحالة النزاع للتحكيم بالتوجه لموقع المركز الالكتروني وإرسال طلب التحكيم من خلال[112]:

آ- تعبئة نموذج التحكيم المعد على الموقع الالكتروني التابع لمركز التحكيم بعد النقر على مفتاح (create acase) .

ب- ارسال طلب التحكيم للمركز بالنقر على مفتاح الارسال (send) .

جـ- أداء الرسوم الإدارية المحددة وفقاً لجدول الرسوم المعروض على موقع المركز الالكتروني.

وقد تثور مشكلة إذا لم يتفق الأطراف على تحديد اجراءات التحكيم الالكتروني ولعل أبرزها كيفية التواصل بين المتخاصمين والمحكمين عن بعد عبر شبكة الانترنت، وكيفية تقديم المستندات، وأهمية الحفاظ على سرية المعلومات التجارية والصناعية، التي تهم الأطراف موضوع النزاع[113].

وقد يجري العمل بالنسبة للتحكيم التقليدي على تطبيق الإجراءات الواردة في قانون مكان التحكيم، أي قانون الدولة التي تنعقد محكمة التحكيم على إقليمها، ولكن هذا الحل يصعب إعماله في مجال التحكيم الالكتروني الذي لا يرتبط بإقليم معين، ويتم إجراء المعاملات وتنفيذها عبر الانترنت وكذلك الحال بالنسبة لتقديم الخدمات الالكترونية[114].

يمكن للأفراد تحديد مكان التحكيم وبالتالي قانون الإجراءات الواجب التطبيق، وإلا جاز للمحكمين إعمال الإجراءات المتبعة أمام محاكم التحكيم الإلكتروني[115].

الفرع الثاني: الأحكام القانونية التي يقوم عليها التحكيم الالكتروني

إن الأحكام القانونية المتعلقة بالتحكيم تختلف من بلد وآخر مما ينتج الى تنازع حاد بين القوانين.

وهناك محاولات جادة لتوحيد القوانين المتعلقة بالتحكيم بين مجموعة من الدول مثل "مشروع الاتفاقيات الأوربية التي تقضي بإيجاد قانون موحد في مؤسسة التحكيم".

مشروع هذه الاتفاقية تم وضعه من قبل لجنة تتكون من مجموعة خبراء في شؤون التحكيم تحت اشراف المجلس الأوربي في ستراسبورغ.

وتم توقيع اتفاقية نيويورك بتاريخ 10 حزيران لسنة 1957 بإشراف اللجنة الاقتصادية والاجتماعية التابعة للأمم المتحدة[116].

وفي عام 1961 تم التوقيع على الاتفاقية الأوربية حول التحكيم التجاري الدولي في جنيف، هذه الاتفاقية ركزت على أجهزة التحكيم الخاصة في التحكيم الدولي ومنحه سلطة شبه قضائية[117].

وقد نشأ عن كل ذلك ما يسمى التحكيم الدولي الذي أخذ يظهر تدريجياً بعيداً عن القوانين الداخلية للدول، محاولاً الابتعاد قدر المستطاع عنها حتى في حالات التنفيذ[118].

أما في العراق فلا نجد أي نص قانوني يشير الى الأحكام القانونية التي يقوم عليها التحكيم ولكن تم تشكيل لجنة من وزارتي التجارة والعدل لمحاولة وضع قانون جديد للتحكيم واستحداث مركز للتحكيم العراقي.

ثالثاً: اختيار المحكمين وردهم

يتم اختيار غالباً من قبل الأطراف وفق الاتفاق على التحكيم أو ضمن الشرط المدرج في العقد أو في وقت لاحق، وقد يعهد المتعاقدان الى طرف ثالث للقيام بتعيين محكمة التحكيم[119].

وقد يحيل الأطراف الى القواعد المنظمة لمؤسسة التحكيم، وبالتالي اختيار المحكمين من بين المدرجين داخل قائمة تلك المؤسسة، وقد تتم الإحالة الى محكمة تحكيم معينة وتتولى سكرتاريتها تعين الأعضاء، وقد تترك للأفراد حرية اختيار المحكمين، ولا تتدخل مؤسسة التحكيم إلا عند اختلاف الأطراف.

وقد تثار مسألة استبدال المحكم عند توفر سبب يحول دون استمرار المحكم وأداء وظيفته في نظر النزاع.

وقد نصت مراكز التحكيم على حالات معينة إذا توافر أي منهما تم اللجوء لاستبدال المحكم بغية تجاوز هذا المأزق والحفاظ على سرية عملية التحكيم وهذه الحالات هي (الوفاة، فقدان الأهلية، العجز المانع من الاستمرار في نظر النزاع ورد المحاكم).

ويجوز للأطراف كذلك رد المحكم عن طريق إرسال إعلان كتابي الى السكرتارية، أو بأي وسيلة أخرى مناسبة، ما لم يتفق الأطراف على شكل محدد لذلك[120].

المطلب الثالث

تحديد القانون الواجب التطبيق

تجمع النظم القانونية على خضوع العقود الدولية لقانون الإرادة ، أي القانون الذي يختاره الأطراف صراحة أو ضمناً، وينطبق ذات المبدأ على كافة صور المعاملات الالكترونية ذات الطابع الدولي حيث يمكن أن يتم الاختيار عبر الشبكة من خلال الرسائل الالكترونية المتبادلة.

ويتم اختيار قانون العقد الدولي، عادة، عند ابرام العقد ويمكن أن يتم ذلك بعد الإبرام وبمناسبة النزاع عند التنفيذ، ويجوز تعديل هذا الاختيار.

واختيار الأطراف للقانون يمكن أن يستشف ضمناً من ظروف الحال وملابسات العقد والقرائن المستمدة منه، مثل تخويل محكمة معينة الاختصاص بنظر المنازعات وعملية الوفاء، ومكان التنفيذ ولقاضي الموضوع سلطة استخلاص النية الضمنية للمتعاقد سن دون الخضوع لرقابة محكمة أخرى طالما استند في حكمه الى أسباب مقنعة [121].

لهذا نلاحظ أن المشرع العراقي اعتد بضابط إسناد أساسي وضابط إسناد احتياطي وهذا ما نصت عليه المادة (25) من القانون المدني على أنه "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا أتحد موطناً فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد".

هذا ما لم تتفق أو يتبين من الظروف إن قانون آخر يراد تطبيقه".

وعليه سنبحث في هذا المطلب :

الفرع الأول: ضابط الاسناد الأساسي

الفرع الثاني: ضابط الاسناد الاحتياطي

الفرع الأول: ضابط الاسناد الأساسي

إن أغلب التشريعات أخضعت العقود الدولية لقانون الإرادة، وقد تكون الإرادة صريحة في تحديد القانون الواجب التطبيق الذي يستمد قوته من قواعد الاسناد الوطنية التي تعطي للأطراف الحق على الاتفاق على قانون معين ليحكم العقد الدولي ويتحقق ذلك عند الاتفاق على تسمية قانون دولة معينة أو نظام قانوني معين[122]. ويجوز أن تتسع نصوص مواد معينة من قانون دولة معينة كشروط أو بنود في أصل العقد، كما يمكن لأطراف العقد أن يقوموا بوضع شروطاً أو بنوداً أو نصوصاً من نتاجهم الذهني وليست شروطاً مأخوذة من نظام قانوني معين لتنفيذ مبدأ العقد شريعة المتعاقدين [123].

ويفضل الأطراف أحياناً في مجال التجارة الدولية، والالكترونية بصفة خاصة ، التهرب من قوانين الدول، ووضع الأحكام والشروط الخاصة لتسوية كل المنازعات المتوقعة، أي تضمين العقد حلولاً للمسائل التي يمكن أن تثور بينهم ، ويستعين الأفراد في ذلك بالعقود النموذجية المطبوعة في صيغ معدة سلفاً، وتضم الشروط المتعارف عليها في مجال سلعة أو خدمة معينة وتقبلها أوساط التجارة الدولية، وأصبح ذلك أمراً مألوفاً في مجال التجارة الالكترونية[124].

ونلاحظ أن المشرع العراقي بموجب المادة (25) أخذ بالإرادة الصريحة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود، كما أخذ بالإرادة الضمنية بقوله "أو تبين من الظروف أن قانون آخر يراد تطبيقه".

فعلى القاضي الذي ينظر الدعوى عندما لا توجد إرادة صريحة تحدد القانون الواجب التطبيق في العقد أن يعمل على البحث عن الإرادة الضمنية، وذلك من خلال مجموعة ضوابط وقرائن تشير بطريقة مؤكدة الى نية الأطراف بتطبيق قانون متصل بالعقد، فالتطبيقات القضائية تشير الى وجود مجموعة قرائن تدل على الإرادة الضمنية أهمها مكان تنفيذ العقد، عرض النزاع أمام دولة معينة، جنسية الأفراد، طبيعة العقد، عملية الوفاء، صيغة العقد، لغة العقد، تحرير العقد لدى موثق رسمي وغير ذلك من القرائن والظروف [125].

الفرع الثاني: ضابط الاسناد الاحتياطي

يقوم القاضي بتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد في حالة غياب الاختيار الصريح أو الضمني من المتعاقدين، ويعتمد القاضي في ذلك على ضوابط الاسناد الاحتياطية والمتمثلة:

آ- تطبيق قانون الموطن المشترك للمتعاقدين

ب- تطبيق قانون مكان ابرام العقد

إن ضابط الموطن المشترك للمتعاقدين يعد من أهم ضوابط الاسناد الاحتياطية التي يلجأ إليها القاضي عند عدم اختيار أطراف العقد لقانون يحكم عقدهم أو لم يتمكن القاضي من أن يستشف من ظروف التعاقد أن قانوناً معيناً هو المراد تطبيقه من قبل الأفراد.

فالقانون العراقي قام بتركيز العقد في هذه الحالة على قانون الموطن المشترك للمتعاقدين، إذ وجد المشرع العراقي أن توطن المتعاقدين في دولة واحدة يعد معياراً كافياً يبرر خضوع العقد لقانون هذه الدولة[126].

وذهب جانب من الفقه [127]. الى اعتبار ضابط مكان ابرام العقد هو الضابط الأفضل لأن العمل به يؤدي الى وحدة القانون الذي يحكم العقد فأنه أبرم في مكان واحد معين ومن ثم لا يوجد مجال لتجزئة العقد وإخضاعه لأكثر من قانون.

بالإضافة إن مكان العقد له الأولوية المنطقية في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد لأنه المكان الذي أنشأ فيه العقد ونقطة التقاء بين إرادة الطرفين المتعاقدين، كما أن قانون مكان إبرام العقد يكون معلوماً بشكل مسبق من قبل المتعاقدين.

ولكن في مجال المعاملات الالكترونية فأن غالبية العقود التجارية الدولية تتم بالمراسلة أو عن طريق الهاتف أو التلكس أو الأنترنت الأمر الذي يجعل من الصعوبة تحديد مكان إبرام مثل هذه العقود ولا سيما إذا ما لاحظنا اختلاف الدول في تحديد مكان ابرام مثل هذه العقود فقسم أخذ بدولة ارسال الإيجاب أو دولة مكان القبول أو الدولة التي علم فيها الموجب بالقبول[128].

وتتجه التشريعات الحديثة نحو توفير حماية معينة للمستهلك بصفة عامة وفي المجال الالكتروني بصفة خاصة، لذلك يكون للمستهلك الخيار بين قانون العقد الذي تم اختياره أو قانون الدولة التي يقيم فيها[129].

الخاتمة

النتائج والتوصيات

أولاً: النتائج

1- ان التعريف الذي جاء به قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي رقم (78) لسنة 2012 للعقد الالكتروني هو الراجح لأن هذا التعريف أشار الى مرحلة إبرام العقد من خلال ارتباط الايجاب بالقبول وصولاً الى مرحلة تنفيذ العقد ولم يحدد المشرع الوسيلة التي يتم من خلالها التعبير عن الإرادة وصولاً الى إبرام العقد فأي وسيلة من وسائل الاتصال الحديثة لاسيما شبكة الانترنت أو أي وسيلة اتصال فوري أخرى وكذلك الوسائل التي تعمل بمجرد تشغيلها تبرم هذه العقود عن بعد دون الحضور المادي للمتعاقدين ودون وجود لمجلس العقد الحقيقي مما أضفت عليه خصوصية امتازت بها عن العقود التقليدية.

2- يخضع العقد الالكتروني للصفة الدولية وما يترتب عليها من نتائج، بسبب الوسيلة التي يتم بها التعاقد والتي لا تتقيد بالحدود الجغرافية للدول ولا تخضع لقانون دولة ما.

3- يتم العقد الالكتروني من خلال مجلس عقد حكمي افتراضي، إذ يتم إبرام العقد بدون التواجد أو الالتقاء المادي للأطراف لحظة تبادل التراضي فهو يندرج ضمن العقود التي تتم بين حاضرين في الزمن لأن الإيجاب يصدر ويقترن به القبول بطريق سمعي بصري عبر شبكة الانترنت وغائبين في المكان.

4- انفراد العقد الالكتروني بخصوصية الاثبات وطريقة الوفاء فمن حيث الإثبات يتم عبر الوثائق الالكترونية والتوقيع الالكتروني بفضل التزاوج الذي حدث بين المعلوماتية ووسائل الاتصال اللاسلكية ومن حيث الوفاء فقد حلت النقود الالكترونية محل النقود العادية من خلال بطاقات الدفع والائتمان.

5- ان العقود الالكترونية من طبيعة العقود الرضائية لأن السلع والخدمات كثيرة على الانترنت فيستطيع الشخص أن يختار السلعة التي تناسبه وبالسعر الذي يناسبه أيضاً.

6- نلاحظ أنه يمكن تطبيق نفس القواعد العامة المتعلقة بالإيجاب التقليدي على الإيجاب بالعقود الالكترونية وكذلك تطبيق القواعد العامة على القبول الصريح في العقود الالكترونية أما القبول الضمني فهو غير ممكن ونؤيد الاتجاه الذي يذهب بعدم الجواز الأخذ بالنقرة الواحد كدليل على القبول.

7- صعوبة تحديد أهلية المتعاقدين في العقود الالكترونية أو ملكيته للمبيع بسبب الغياب المادي إذ لا يجمعهما مجلس عقد واحد.

8- تجد نظرية عيوب الإرادة مجالها في العقود الالكترونية وبالأخص عيب الغلط والتدليس.

9- ازدهار التحكيم الالكتروني في مجال المعاملات الالكترونية لأنه يتلائم مع خصائص العقود الالكترونية القائمة على السرعة في الإبرام والتنفيذ، ولا تتماشى هذه العقود مع بطء وغموض إجراءات القضاء العادي.

10- أفضل طريقة لتحديد القانون الواجب التطبيق في العقود الالكترونية هو أن يترك للأطراف الحرية في اختيار القانون سواء ذكروا ذلك مقدماً عند ابرام العقد أو بعد نشوب النزاع.

ثانياً: التوصيات

1- نقترح على المشرع العراقي أن يستعين بما ورد في القانون النموذجي الصادر عن الأمم المتحدة عام 1996 في حل المشاكل القانونية التي يثيرها التعاقد الالكتروني لأن قانون الاونسيترال النموذجي قانوناً استرشادياً عند وضع قانون ينظم التعاملات الالكترونية.

2- الانضمام الى المعاهدات التي تضعها الدول المتقدمة أو اللجان التابعة للمنظمات الدولية المتخصصة بهدف توحيد الحلول وبما يحقق مصالحنا الوطنية.

3- أن ينحي المشرع العراقي منحى التشريعات التي وفرت حماية خاصة للمستهلك في العقود الالكترونية إذ قد لا تسعفه القواعد العامة في القانون لحمايته من الوقوع في الغلط أو التدليس أو الاستغلال، فيلاحظ أن المشرع التونسي قد رتب جزاءاً جنائياً على المتعاقد الذي يستخدم طرقاً احتيالية بقصد الاستغلال فيوهم بها المستهلك ويدفعه الى التعاقد لأن مستقبل التجارة الالكترونية قائم على المستهلكين ولأنهم الأضعف في العقود الالكترونية.

4- توفير شبكة اتصالات قادرة على تحمل اعباء نقل وتبادل البيانات الالكترونية خلالها وبالتالي تسهيل عملية التحكيم الالكتروني.

هوامش البحث

(1) د.صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية ، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص14. د.إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للتعاملات الالكترونية، الكويت، 2003، ص15. د.محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2006، ص18.

(2) المادة (73) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 (المعدل).

(3) د. نصار محمد الحلالمه، التجارة الالكترونية في القانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ، 2012، ص210.

(4) د.وسيم شفيق الحجار، الإثبات الالكتروني، بيروت، 2001، ص36.

(5) د.محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية، مصدر سابق، ص18.

(6) د.محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الالكترونية، دار الثقافة ، الأردن، 2006، ص8.

(7) د.صالح المنزلاوي ، مصدر سابق ، ص15.
(8) د.عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجتها في الاثبات، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1997، ص25.
(9) عرفت المادة (2) من هذا القانون رسالة البيانات بأنها "المعلومات التي يتم انشاؤها أو ارسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل الكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الالكترونية أو البريد الالكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي".
(10) قانون المعاملات الالكترونية الأردني رقم (85) لسنة 2001.
(11) قانون المعاملات والتجارة الالكترونية في إمارة دبي رقم (2) لسنة 2002.
(12) المادة الأولى من مشروع التجارة الالكترونية المصري لسنة 2001.
(13) قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي رقم (78) لسنة 2012.
(14) عرفت المادة السابعة من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي الوسائل الالكترونية على أنها "أجهزة أو معدات أو أدوات كهربائية أو مغناطيسية أو ضوئية أو كهرومغناطيسية أو أية وسائل أخرى مشابهة تستخدم في إنشاء المعلومات ومعالجتها وتبادلها وتخزينها".
(15) د.محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية ، مصدر سابق ، ص19.
(16) د.سمير عبد السميح الأودن، العقد الالكتروني ، منشأة المعارف، 2010، ص58.
(17) سمير برهان، ابرام العقود في التجارة الالكترونية، الجوانب القانونية للتجارة الالكترونية، المجلس الأعلى للثقافة ، ط1، القاهرة، 2003، ص99.
(18) Clarkon, Miller , Jent Z, Cross , Wests Business Law , Ninth Edition , Thomson South , Western , U.S.A, 2004, p.33.
(19) وسيم شفيق الحجار، الإثبات الالكتروني ، المنشورات الحقوقية ، بيروت، 2001، ص36.
(20) منير الجنبيهي و ممدوح الجنبيهي ، الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية، 2005، ص152.
(21) Gatsi, La protection des consommateurs en matie’re de contrats a’distance , Dalloz Affaires , 2008, p.42.
(22) عرفت المادة (2) من قانون المعاملات والتجارة الالكترونية لإمارة دبي رقم (2) لسنة 2002 الأنظمة المؤتمنة بأنها "برنامج أو نظام الكتروني لحاسب آلي يمكن أن يتصرف أو يستجيب لتصرف بشكل مستقل كلياً أو جزئياً، دون إشراف أي شخص طبيعي في الوقت الذي يتم فيه التصرف أو الاستجابة".
(23) Bieul , Le te’le’ – achat et le droit des contrats , the’se Pans , 2001, p.59.
(24) د.محمد حسين منصور ، المسؤولية الالكترونية ، المصدر السابق، ص21.
(25) اسل كاظم الصدام، حجية المحررات الالكترونية في الإثبات، أطروحة دكتوراه ، كلية القانون، جامعة بغداد، 2006، ص46.
(26) توانا شيخ احمد، اثبات هوية المتعاقد في العقود المبرمة عبر شبكة الانترنت، رسالة ماجستير، كلية القانون، الجامعة المستنصرية، 2006، ص21.
(27) وسيم شفيق الحجار، الإثبات الالكتروني، مصدر سابق، ص39.
(28) د.خالد ممدوح ابراهيم، إبرام العقد الالكتروني، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، الاسكندرية، 2006، ص57.
(29) د.حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام- أحكام الالتزام- اثبات الالتزام)، بغداد، 1979، ص30.
(30) د.سمير عبد السميع الاودن، العقد الالكتروني، مصدر سابق، ص27؛ د.اسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر ، 2002، ص65؛ أمانج رحيم احمد، التراضي في العقود الالكترونية عبر شبكة الانترنت، ط1، الأردن، 2006، ص10.
(31) د.حسن علي الذنون، المصدر السابق، ص64.
(32) محمد أمين الرومي، التعاقد الالكتروني عبر الانترنت، ط1، الاسكندرية، 2004، ص56؛ منير محمد و ممدوح محمد الجنبيهي، النقود الالكترونية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2006، ص182.
(33) سمير برهان، إبرام العقود في التجارة الالكترونية ، مصدر سابق، ص104. نضال اسماعيل برهم ، أحكام عقود التجارة الالكترونية، ط1، عمان، 2005، ص56.
(34) د.الاء يعقوب النعيمي ، المسؤولية المدنية لمجهز خدمات التصديق على التوقيع الرقمي تجاه الغير، بحث منشور في مجلة الحقوق ، جامعة البحرين، المجلد الثالث، العدد الأول ، كانون الثاني، 2006، ص17؛ د.صالح المنزلاوي ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، مصدر سابق، ص28.
(35) ينظر المادة (104) من القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976، وينظر كذلك المادة (10) من القانون المدني المصري.
(36) فقد نصت المادة (1/11) من قانون الأونستيرال النموذجي المتعلق بالتجارة الالكترونية التابعة للأمم المتحدة لسنة 1996 على أنه "في سياق تكوين العقود، وما لم يتفق الطرفان على غير ذلك ، يجوز استخدام رسالة البيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض".

ونصت المادة (13) من تشريع المعاملات الالكترونية الأردني على أنه "تعتبر رسالة المعلومات وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة المقبولة قانوناً لإبداء الإيجاب أو القبول بقصد إنشاء التزام تعاقدي".

(37) د.عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج1، مصادر الالتزام، مكتبة القانون المقارن، بغداد، 1980، ص38؛ د.محمد لبيب شنب، موجز في مصادر الالتزام، المصادر الإرادية، العقد ، الإرادة المنفردة، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1970، ص103.

(38) د.جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ج1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1987، ص272. د.عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص106.

(39) نصت المادة (79) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 (المعدل) على أنه "كما يكون الإيجاب أو القبول بالمشافهة يكون بالمكاتبة وبالإشارة الشائعة الاستعمال ولو من غير الأخرس وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي وباتخاذ أي مسلك أخر لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على التراضي".

(40) د.محمد حسين منصور ، المسؤولية الالكترونية ، مصدر سابق، ص56.

(41) المادة الأولى من قانون الاونسيترال النموذجي المتعلق بالتجارة الالكترونية التابعة للأمم المتحدة لسنة 1996.

(42) انظر المادة (7) من التوجيه الأوربي رقم (7) لسنة 1990 الخاص بحماية المستهلك في التعاقد عن بعد.

(43) د.محمد حسين منصور ، المسؤولية الالكترونية ، مصدر سابق، ص56.

(44) د.هشام مخلوف و د.محمد وجدي يوسف و د.سمير اسماعيل السيد، التجارة الالكترونية والحكومة الالكترونية الحاضر وآفاق المستقبل، القاهرة، 2008، ص151.

(45) أشار إليه : CA Paris 7de'c,1998,Juris-Data n.0497.

(46) حازم زعيم، المسؤولية في العمليات المصرفية الالكترونية، ط1، عمان، 2003، ص46.

(47) French rule of selling or shopping by phone no.(23) 1989.

(48) Najjar Ibrahim – les libe'ralite's – The'orie ge'ne'rale- (testaments –donations)edition libraitie du Liban , 1999,p.10.

(49) Henry R.cheeseman , Business Law , Edition , Pearson Prentice Hall , U.S.A. New Jersey , 2004, p.55.

(50) تشريع صادر من الكونغرس الأمريكي في 17 حزيران لسنة 2002.

(51) د.احمد محمد منصور ، النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام، عمان ، 2003، ص70.

(52) د. أسامة أبو الحسن مجاهد ، خصوصية التعاقد عبر الانترنت ، مصدر سابق، ص73.

(53) Revocation (3-2-3) (Any offer shall unless otherwise a greed of expressly stated in the offer [be / not be]……)

(54) نصت المادة (73) من القانون المدني العراقي على أنه "العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الأخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه".

(55) مشروع العقد النموذجي في شأن المعاملات الالكترونية وملحقهُ الصادر عن لجنة الأونسيترال التابعة للأمم المتحدة.

(56) تشريع كندا الموحد بشأن التجارة الالكترونية لعام 2000، الذي تشير المادة (20) منه على أن اللمس أو النقر على زر أو مكان معين بشكل ملائم على شاشة الحاسوب تصلح كطريقة للتعبير عن القبول.

(57) اتفاقية فينا لسنة 1980 لبيع البضائع الدولية.

(58) د.محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية، مصدر سابق، ص57.

(59) أغلب التشريعات التي نظمت التجارة الالكترونية وعقودها لم تنص صراحة على إمكانية الأخذ بصحة القبول الذي يتم عن طريق اللمسة الواحدة أو النقرة جميعها أكدت على صلاحية رسائل البيانات أو المعلومات للتعبير عن الإيجاب والقبول. أنظر المادة (13) من تشريع المعاملات الالكتروني الأردني والمادة (13) من تشريع دبي للمعاملات والتجارة الالكترونية والمادة (11) من قانون الأونستيرال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية.

(60) د.خالد ممدوح ابراهيم، التحكيم الالكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، 2008، ص121.

(61) المادة (1/81/) من القانون المدني العراقي المعدل، ونصت اتفاقية فينا لبيع البضائع الدولية لعام 1980 في المادة (18) على أنه "السكوت أو عدم القيام بأي تصرف لا يعد أي منها في ذاته قبولاً".

(62) الفقرة (2) من المادة (81) من القانون المدني العراقي المعدل.

(63) Gaudment Euge'ne – The'orie ge'ne'rale des obligations – sirey ,1990, p.70.

(64) Henry R.cheeseman ,op.cit, p.200.

(65) علي حميد كاظم الشكري، التراضي في العقود الالكترونية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة النهرين، ص90.

(66) وليد الزيدي، التجارة الالكترونية عبر الانترنت "الموقف القانوني" ، ط1، دار المناهج للنشر والتوزيع، 2004، ص17.

(67) د.بشار طلال، مشكلات التعاقد عبر الانترنت (دراسة مقارنة)، ط1، الأردن، 2004، ص20.

(68) د.جمال نادر، أساسيات ومفاهيم التجارة الالكترونية، ط1، عمان، 2005، ص60.

(69) د.طلال أبو غزاله، التجارة الالكترونية، متوفر على الموقع التالي : http:www.commerce.net

(70) القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 نص في المادة (92) على أنه "إذا مات من صدر منهُ التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج أثره، فأن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير".

(71) د.محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية، مصدر سابق، ص60.

(72) Electronic commerce and International Jurisdiction, Ottawa ,28 February to March 2000: http://www.portal.acm.org/lcilation.cfm?id=2901388coll=portal.8a1=Acm.

(73) Reefed by Twomey, Jennings , Fox , Andersons Business Law and the legal Environment , 18 th Edition , west Thomson Learning ,2002,p.50.

(74) وقضت المادة (179) من قانون الموجبات والعقود اللبناني لسنة 1932 بسقوط الإيجاب بوفاة الموجب أو فقدانهِ أهليتهِ وذلك في حالة ما إذا كان الإيجاب غير ملزم.

(75) د.عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري، وحجتها في الإثبات المدني، مصدر سابق، ص189.

(76) د.عباس العبودي، حجية التلكس والرسائل المرسلة عن طريق البريد الالكتروني في الإثبات، مجلة آداب الرافدين، العدد 16، جامعة الموصل، 1986، ص11.

(77) Article (1128)-79 French civil law 1804.

(78) نصت المادة (119) من القانون المدني المصري على أنه "يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد، وهذا مع عدم الإخلال بإلزامه بالتعويض، إذا لجأ لطرق احتيالية ليخفي نقص أهليته".

(79) د.عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص224.

(80) عرفت المادة (112) من القانون المدني العراقي الإكراه على أنه "إجبار الشخص بغير حق على ان يعمل عملاً دون رضاه" تقابلها المادة (127) من القانون المدني المصري.

(81) نصت المادة (115) من القانون المدني العراق على أنه "من أكره إكراهاً بأحد نوعي الإكراه على إبرام عقد لا ينفذ عقده".

(82) د.محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية، مصدر سابق، ص63

(83) د.حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص90

(84) د.عبد المجيد الحكيم و د.عبد الباقي البكري و د.محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام، بغداد، 1980، ص83.

(85) د.سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الالتزامات، 1990، ص374.

(86) د.خالد ممدوح ابراهيم، إبرام العقد الالكتروني، مصدر سابق، ص140.

(87) د.محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية، مصدر سابق، ص61.

(88) د.عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص215.

(89) د.محمد لبيب شنب، موجز في مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص178.

(90) علي حميد الشكري، التراضي في العقود الالكترونية، مصدر سابق، ص136.

(91) د.خالد ممدوح ابراهيم، ابراهيم العقد الالكتروني ، مصدر سابق، ص149.

(92) نصت المادة (125) من القانون المدني العراقي على أنه "إذا كان احد المتعاقدين قد استغلت حاجته أو طيشه أو هواه أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه فلحقه من تعاقده غبن فاحش جاز له خلال سنة من وقت العقد أن يطلب رفع الغبن عنه الى الحد المعقول، فإذا كان التصرف الذي صدر منه تبرعاً جاز له في هذه المدة أن ينقضه".

(93) امانج رحيم احمد، التراضي في العقود الالكترونية، مصدر سابق، ص245.

(94) نصت المادة (50) من قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي على أنه "يعاقب كل من استغل ضعف أو جهل شخص في إطار عمليات البيع الالكتروني بدفعه للالتزام حاضراً أو أجراً بأي شكل من الأشكال بخطية تتراوح بين (1000-2000) دينار، وذلك إذا ثبت من ظروف الواقعة أن هذا الشخص غير قادر على تمييز أبعاد تعهداته، أو كشف الحيل والخدع المعتمدة بالالتزام أو إذا ثبت أنه كان تحت الضغط مع مراعاة أحكام المجلة الجنائية".

(95) د.احمد عبد الكريم سلامه، القانون الدولي الخاص النوعي (الالكتروني- السياحي – البيئي)، ط1، القاهرة، 2004، ص69.

(96) د.غالب علي الداودي، و د.حسن محمد الحمداوي، القانون الدولي الخاص، ج1، بيروت، 2013، ص181.

(97) د.احمد عبد الكريم سلامه، المصدر السابق، ص70.

(98) د.غالب علي الداودي و د.حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص المقارن، ج2، ط1، بغداد، 1982، ص250.

(99) L.costes , vers un droit du commerce international "sans papier" , R.D.affint ,2000,p.88.

(100) د.يونس عرب، التقاضي في بيئة الانترنت، ندوة لجمعية الحقوقيين في الإمارات العربية المتحدة بتاريخ 2002/2/18.

(101) طوني ميشال عيسى، التنظيم القانوني لشبكة الانترنت، ط1، لبنان، 2001، ص10.

(102) قانون المرافعات المدني العراقي رقم (83) لسنة 1969.

(103) وهذا ما تضمنته المادة (30) من قانون المرافعات المدنية المصري لسنة 1968 على أنه "تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في الجمهورية". موافق للمادة (46) من القانون الفرنسي وموافق (272) من القانون التونسي لعام 1999.

(104) د.نضال اسماعيل برهم، أحكام عقود التجارة الالكترونية، مصدر سابق، ص170.

(105) القانون الدولي الخاص السويسري لسنة 1987.

(106) اتفاقية بروكسيل لسنة 1968 في ضوء القانون الدولي، نقلاً عن :
Grybaum, La preure litte'rale' et la signature a'I'hewe de la communication e'lectronique , com e'lect. Nov,1999,p.5.6.7.8.
وللمزيد راجع د.حسام الدين عبد الغني الصغير، تفسير اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود بيع الدول البضائع، دار النهضة العربية، 2001، ص122.

(107) طارق عبد الله عيسى، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، 2001، ص120.

(108) هبه ثامر محمود، عقود التجارة الالكترونية، مصدر سابق، ص300.

(109) مثل اتفاقية جنيف للتحكيم التجاري الدولي لعام 1961، والقانون الألماني والفرنسي.

(110) اشترط القانون المصري في المادة (12) أن يكون شرط التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً، رقم (27) لسنة 1994.

(111) د.محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية، مصدر سابق، ص350.

(112) Huet, ralmachino, Re'flexion sur I'arbitrage e'lectronique dans le commerce international , G.P.2000, p.10.

(113) د.احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، مصدر سابق، ص41.

(114) د.سمير عبد السميع الأودن، العقد الالكتروني، مصدر سابق، ص121.

(115) د.ابراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للتعامل عبر وسائل الاتصال الحديثة، بحث مقدم الى مؤتمر القانون والكمبيوتر، بلا مكان طبع، 2000، ص26.

(116) Gautrais , Droit du commeree electronique etnormes applicables , R.D. aff.int,2004, p.537.

(117) اتفاقية جنيف للتحكيم التجاري الدولي لعام 1961.

(118) Mayer , Droit international prire ,2000,p.222.

(119) د.ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص المقارن، عمان، 1998، ص150. د.فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، ج5، عمان، 1997، ص50.

(120) Electronic Arbitrations , 2002, p.8.
http://www.indian.emssy.org/policy/commerce/Ecomerce/electronic con-tracts.htm.

(121) د.محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية، مصدر سابق، ص353. يونس عرب، منازعات التجارة الالكترونية الاختصاص والقانون الواجب التطبيق وطرق التقاضي البديلة، المركز العربي للقانون والتقنية العالية، بيروت، ص13. متوفر على الموقع الآتي :
http://www.arablaw.org/Download/E-commerce-Disputes-Article.doc.

(122) بنفس الاتجاه أخذ المشرع الأردني، إذ نصت المادة (20) من القانون المدني رقم (43) لسنة 1976 على أنه "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد هذا ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك". وكذلك المشرع اليمني إذ نصت المادة (30) من القانون المدني رقم (19) لسنة 1992 على أنه "يرجع في الآثار المترتبة على العقود الى قانون الوطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإذا اختلف موطن كل منهما فإن قانون البلد الذي تم فيه العقد، ما لم يتفق المتعاقدان على قانون أخر أو يثبت من ظروف الحال إنهما قصدا تطبيق قانون أخر".

(123) د.طارق عبد الله عيسى المجاهد، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية (دراسة مقارنة)، مصدر سابق، ص128.

(124) د.ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص المقارن، مصدر سابق، ص167.

(125) إذ نصت المادة (295) من القانون التجاري العراقي رقم (30) لسنة 1984 على أنه "تسري الأحكام العامة الواردة في هذا الفصل على البيوع الدولية المنصوص عليها في هذا الباب وللطرفين أن يتفقا على أحكام غيرها إذا اقتضت ظروفهما الخاصة أو متطلبات التعامل التجاري".

(126) د.ابراهيم احمد ابراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ط1، بغداد، 1982، ص153.

(127) د.عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، دار النهضة العربية، 1969، ص416. د.ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص المقارن، مصدر سابق، ص172. د.منير عبد الحميد، تنازع القوانين في علاقات العمل الفردي، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1995، ص100.

(128) Fouchard , L'arbitrage international ,2004,p.253.

(129) Gaillon , Lamy, contrats internationoux, 2001, p.50.

قائمة المصادر

أولاً: الكتب القانونية

1- د.ابراهيم احمد ابراهيم ، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، بغداد، 1982.
2- د.ابراهيم الدسوقي أبو الليل ، الجوانب القانونية للتعاملات الالكترونية، الكويت، 2003.
3- د.احمد عبد الكريم سلامه ، القانون الدولي الخاص النوعي الالكتروني، القاهرة، 2004.
4- د.احمد محمد منصور ، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، عمان، 2003.
5- د.اسامة ابو الحسن مجاهد ، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر ، 2002.
6- امانج رحيم احمد، التراضي في العقود الالكترونية عبر شبكة الانترنت، ط1، الاردن، 2006.
7- د.بشار طلال ، مشكلات التعاقد عبر الانترنت "دراسة مقارنة"، ط1، الأردن، 2004.
8- د.جمال نادر ، أساسيات ومفاهيم التجارة الالكترونية، ط1، عمان، 2005.
9- د.جميل الشرقاوي ، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ج1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1987.
10- حازم زعيم، المسؤولية في العمليات المصرفية الالكترونية، ط1، عمان، 2003.
11- د.حسن علي الذنون ، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام- احكام الالتزام- اثبات الالتزام) ، بغداد، 1979.
12- د.خالد ممدوح ابراهيم ، ابرام العقد الالكتروني، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، الاسكندرية، 2006.
13- د.خالد ممدوح ابراهيم ، التحكيم الالكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، 2008.
14- د.سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني، الالتزامات، بلا مكان طبع، 1990.
15- سمير برهان، ابرام العقود في التجارة الالكترونية، الجوانب القانونية للتجارة الالكترونية، المجلس الأعلى للثقافة، ط1، القاهرة، 2003.
16- د.سمير عبد السميع الأودن ، العقد الالكتروني، منشأة المعارف، 2010.
17- د. صالح المنزلاوي ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
18- طوني ميشال عيسى، التنظيم القانوني لشبكة الانترنت ، ط1، لبنان، 2001.
19- د.عباس العبودي ، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجتها في الاثبات، دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1997.
20- د.عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني، ج1، مصادر الالتزام ، مكتبة القانون المقارن، بغداد، 1980.
21- د.عبد المجيد الحكيم و د.عبد الباقي البكري و د.محمد طه البشير، الوجيط في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، ج1، بغداد، 1980.
22- د.عبد المنعم فرج الصدة ، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.
23- د.عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، القاهرة، 1969.
24- د.غالب علي الداودي و د.حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص المقارن، ج2، ط1، بغداد، 1982.
25- د.فوزي محمد سامي ، التحكيم التجاري الدولي، ج5، عمان، 1997.
26- محمد امين الرومي، التعاقد الالكتروني عبر الانترنت، ط1، الاسكندرية، 2004.
27- د.محمد حسين منصور ، المسؤولية الالكترونية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2006.
28- د.محمد فواز المطالقة ، الوجيز في عقود التجارة الالكترونية، دار الثقافة، الأردن، 2006.
29- د.محمد لبيب شنب ، موجز في مصادر الالتزام، المصادر الارادية، العقد، الارادة المنفردة، دار النهضة العربية، بيروت، 1970.
30- د.ممدوح عبد الكريم حافظ ، القانون الدولي الخاص المقارن، عمان، 1998.
31- منير الجنبيهي و ممدوح الجنبيهي ، الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2005.
32- د.منير عبد الحميد ، تنازع القوانين في علاقات العمل الفردي، منشأة المعارف، 1995.
33- منير محمد و ممدوح محمد الجنيهي، النقود الالكترونية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر ، 2006.
34- د.نصار محمد الحلالمة ، التجارة الالكترونية في القانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2012.
35- ينظر نص المادة /104 من القانون الأردني رقم (43) لسنة 1976، وينظر كذلك المادة/100 من القانون المدني المصري.
36- نضال اسماعيل برهم، احكام عقود التجارة الالكترونية، ط1، عمان، 2005.
37- هبه ثامر محمود، عقود التجارة الالكترونية، منشورات زين الحقوقية، 2011.
38- د.هشام مخلوف و د.محمد وحدي يوسف و د.سمير اسماعيل السيد، التجارة الالكترونية والحكومة الالكترونية الحاضر- وآفاق المستقبل، القاهرة، 2008.
39- د.وسيم شفيق الحجار، الاثبات الالكتروني، المنشورات الحقوقية ، بيروت، 2001.
40- وليد الزيدي، التجارة الالكترونية عبر الانترنت "الموقف القانوني"، ط1، دار المناهج للنشر والتوزيع، 2004.

ثانياً: الأطاريح والرسائل الجامعية
1- اسل كاظم الصدام، حجية المحررات الالكترونية في الاثبات، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، 2006.
2- توانا شيخ احمد، اثبات هوية المتعاقد في العقود المبرمة عبر شبكة الانترنت، رسالة ماجستير ، كلية القانون، الجامعة المستنصرية، 2006.
3- طارق عبد الله عيسى، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، 2001.
4- علي حميد كاظم الشكري، التراضي في العقود الالكترونية ، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة النهرين، 2008.

ثالثاً: البحوث
1- الاء يعقوب النجمي، المسؤولية المدنية لمجهر خدمات التصديق على التوقيع الرقمي تجاه الغير، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة البحرين، المجلد الثالث، العدد الأول، كانون الثاني، 2006.
2- د.عباس العبودي، حجية التلكس والرسائل المرسلة عن طريق البريد الالكتروني في الاثبات، بحث منشور في مجلة الرافدين، جامعة الموصل، العدد (16)، 1986.

رابعاً: القوانين والاتفاقيات الدولية :
1- قانون الموجبات والعقود اللبناني لسنة 1932.
2- القانون المدني المصري رقم (13) لسنة 1948.
3- القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 (المعدل)
4- اتفاقية جنيف للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961.
5- قانون المرافعات المدنية المصري لسنة 1968.
6- اتفاقية بروكسيل لسنة 1968.
7- قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969.
8- قانون العقود السوداني 1974.
9- القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976.
10- اتفاقية فينا لسنة 1980 لبيع البضائع الدولية.
11- القانون التجاري العراقي رقم (30) لسنة 1984.
12- القانون الدولي السويسري لسنة 1987.
13- التوجيه الأوربي رقم (7) لسنة 1990 الخاص بحماية المستهلك في التعاقد عن بعد.
14- القانون المدني اليمني رقم (19) لسنة 1992.
15- قانون الاونستيرال النموذجي (والمتعلق بالتجارة الالكترونية) لسنة 1996.
16- المشروع المصري لقانون التجارة الالكترونية 2001.
17- قانون المعاملات الالكترونية الاردني رقم (85) لسنة 2001.
18- قانون المعاملات والتجارة الالكترونية في إمارة دبي رقم (2) لسنة 2002.
19- قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي رقم (78) لسنة 2012.

خامساً: المصادر الأجنبية

1-Bieul , Le te'le' – achat et le droit des contrats , the'se Pans , 2001.
2-Clarkon, Miller , Jent Z, Cross , Wests Business Law , Ninth Edition , Thomson South , Western , U.S.A, 2004.
3-Fouchard , L'arbitrage international ,2004.
4-Gaillon , Lamy, contrats internationoux, 2001.
5-Gatsi, La protection des consommateurs en matie're de contrats a'distance , Dalloz Affaires , 2008.
6-Gaudment Euge'ne – The'orie ge'ne'rale des obligations – sirey ,1990.
7-Hassler , Preure de l'existence d'un contrat etinternet , les petites affiches ,2001.
8-Henry R.cheeseman , Business Law , Edition , Pearson Prentice Hall , U.S.A. New Jersey , 2004.
9-Huet, ralmachino, Re'flexion sur I'arbitrage e'lectronique dans le commerce international , G.P.2000.
10-L.costes , vers un droit du commerce international "sans papier" , R.D.affint ,2000.
11-Najjar Ibrahim – les libe'ralite's – The'orie ge'ne'rale- (testaments –donations)edition libraitie du Liban , 1999.
12-Twomey, Jennings , Fox , Andersons Business Law and the legal Environment , 18 th Edition , west Thomson Learning ,2002.

سادساً: المواقع الالكترونية

1-< http://www.commerce.net.
2-<http://www.portal.acmory/citation.cfm?id=290138 & coll=portal=ACM>.
3-http://www.arablaw.org/Download/E-commerce-Disputes-Article.doc.
4- http://www.indian.embssy.org/Doliey/commerce/Ecommerce/electronic contract.htm.