القانون الواجب التطبيق على عقد البيع عبر الانترنت

م.م رغد ثابت عبدالعزيز
كلية الطب/جامعة تكريت
م.م اياد جميل كمال
كلية الحقوق/جامعة تكريت
م.م مصطفى جاسم محمد
كلية الامام الجامعة/بلد

Law applicable to the online sales contract

Assist. Lecturer. Raghad Thabet Abdulaziz
College of Medicine/University of Tikrit
Assist. Lecturer. Iyad Jamil Kamal
Faculty of Law/University of Tikrit
Assist. Lecturer.Mustafa Jassim Mohammed
Imam University College / Balad

المستخلص / أن إبرام العقود التجارية يبقى أحد ابرز التعاملات السائدة في عصرنا الحاضر فإنه لابد من اقتحام التجار والمستهلكين في هذا المجال واعتماد شبكة الانترنت كساحة لإبرام تلك المعاملات مدفوعين بذلك لتحقيق الربح السريع وتوسيع دائرة البيع لتشمل ابعد النقاط من المستهلكين حتى ولو اقتضى الأمر تخطي حدود الدولة التي يتخذونها موطن لهم ما دامت التقنية المعلوماتية لا تعترف بفكرة الحدود السياسية وما تفرضه من قيود في وجه حرية التعاملات والتنقل بكيفية تتيح للمتعاملين وسائل متطورة للإعلان عن السلع والخدمات لذلك ظهر عقد البيع عبر الانترنت والذي عرفته بعض التشريعات في قوانينها الخاصة كالمشرع العراقي لكن هذه القوانين لم تضع نص قانوني يحدد القانون الواجب التطبيق على مثل هكذا عقود وبالتالي لابد من تطبيق القواعد العامة في التشريعات الخاصة لتحكم عقد البيع عبر الانترنت . **الكلمات المفتاحية:** عقد البيع, الانترنيت , القانون الواجب

Extract /Concluding commercial contracts remains one of the most prominent transactions prevailing in our time. It is necessary to break into the merchants and consumers in this field and to adopt the Internet

as a platform for concluding these transactions, motivated by this to achieve quick profit and expand the sales circle to include the farthest points from consumers, even if it is necessary to cross the borders of the state they take A home for them as long as the information technology does not recognize the idea of political borders and the restrictions they impose in the face of freedom of transactions and movement in a way that provides customers with advanced means to advertise goods and services. Therefore, the online sales contract appeared, which was defined by some legislations in their own laws, such as the Iraqi legislator, but these laws did not put a text Legal determines the law applicable to such contracts, and therefore the general rules must be applied in special legislation to govern the online sales contract. **Keywords:** contract of sale, internet, legal obligation

مقدمة: من الملاحظ أن التقدم العلمي والتكنولوجي الهائل الذي نشهده في العصر الحديث يلقي بضلاله ونتائجه على كافة جوانب الحياة والعلاقات سواء كانت اجتماعية او سياسية او اقتصادية بين الأفراد والدول، ويبدو ذلك بوضوح بصدد ثورة الاتصالات والحاسبات الآلية والتكنلوجية عبر شبكة الانترنت، ولذلك يتم تجسيد التجارة الالكترونية عبر الأساليب التعاقدية الحديثة وذلك من خلال العقد الالكتروني والذي يعتبر من أهم الوسائل التي ساعدت على رواج تلك التجارة .

ولم تعد البشرية قادرة في الوقت الراهن على تحقيق جملة من رغباتها وتلبية الكثير من حاجياتها بمعزل عن استعمال تقنية المعلوماتية وما توفره من إمكانيات هامة للتواصل والاتصال بسرعة اكبر ذلك وأن ظهور شبكة الانترنت على وجه الخصوص وما تترتب عنه من اختصار المسافات والأزمنة من جهة وإتاحة التواصل بأناس متعددين في آن واحد من جهة أخرى جعل المتعاملين في مختلف مجالات الحياة يقبلون عليها ويعتمدونها بشكل مكثف في تعاملاتهم اليومية .

ويعد عقد البيع المبرم عبر شبكة الانترنت أهم هذه العقود لما يوفره من سرعة وسهولة في إبرام الصفقات التجارية وذلك عن طريق تحديد الوسيلة المناسبة التي يتم بها التوصل إلى العملاء عبر الشبكة، وعرض الإعلانات عن المنتج بالمعلومات التي يحتاجها الراغب في التعاقد والمتمثلة في تحديد المنتجات وأثمانها وسائر ما يتعلق بالمبيع الذي سرعان ما يجده الراغب في التعاقد باطلاعه على كل ما يتضمنه العقد من شروط للتعاقد وآليات للتنفيذ.

اهمية البحث: وتكمن أهمية البحث في التقدم التكنولوجي في وسائل الاتصال والمعلومات، فقد نتج عن ظهور التجارة الالكترونية فتح آفاق جديدة من المعرفة والخدمات أمام البائع ليصبح على اتصال بالعملاء في جميع أنحاء العالم، كذلك بالنسبة للمشتري أصبح على اتصال مع البائع في مجلس حكمي رغم بعد المسافة بينهما والحصول على السلع في زمن قصير, كذلك بسبب انتشار هذا النوع من العقود مع التقدم التكنولوجي في مجال المعلومات على مستوى العالم، كذلك قد تثور بعض المشاكل حول هذا الموضوع، كما أن هناك بعض الخلافات قد تنشأ بين المتعاقدين بسبب عدم المعاينة أو فحص المشتري للسلعة محل التعاقد قبل إبرام العقد معاينة نافية للجهالة حتى لا تتعرض الصفقة إلى بطلان العقد.

مشكلة البحث: وتكمن مشكلة البحث في عدم وجود تنظيم تشريعي خاص بهكذا عقود، وهل تطبق القواعد القانونية للبيع في العقد التقليدي على عقد البيع عبر الانترنت أم أن هذا العقد يتمتع بنوع من الخصوصية في هذا الموضوع .

منهجية البحث: اعتمدنا في هذا البحث على المنهج الوصفي والذي يتمثل في وصف وتفسير عقد البيع عبر الانترنت، كما اعتمدنا على المنهج التحليلي حيث سلطنا الضوء على النصوص القانونية المختلفة والمتعلقة بموضوع البحث ثم اعتمدنا على المنهج المقارن بأجراء المقارنة بين التشريع العراقي والتشريعات العربية المقارنة كالأردني والبحريني .

هيكلية البحث/ المبحث الأول : مفهوم عقد البيع عبر الانترنت/ المطلب الأول : تعريف عقد البيع عبر الانترنت/ المطلب الثاني : خصائص عقد البيع عبر الانترنت **المبحث الثاني: تحديد القانون المختص على عقد البيع عبر الانترنت/** المطلب الأول:تحديد القانون المختص على عقد البيع عبر الانترنت في حال اتفاق ارادة الأطراف/ المطلب الثاني:تحديد القانون المختص على عقد البيع عبر الانترنت في حال عدم اتفاق الأطراف

المبحث الأول

مفهوم عقد البيع عبر الانترنت

لا يختلف عقد البيع عبر الانترنت عن عقد البيع التقليدي من حيث مضمونه، غير أن وجه الاختلاف بينهما يتحدد في طريقة انعقاد العقد وطريقة تنفيذه حيث تتيح شبكة الانترنت أيضا التنفيذ الالكتروني، إضافة الى الإبرام الالكتروني للعقد في بعض الحالات وهذا ما يدعونا إلى التساؤل عن مفهوم عقد البيع عبر الانترنت وبيان خصائصه وتمييزه عن غيره من العقود، وبذلك سوف نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، حيث يكون المطلب الأول تعريف عقد

البيع عبر الانترنت، ثم نتطرق في المطلب الثاني إلى خصائص هذا العقد ثم نعرج في المطلب الثالث على تمييز عقد البيع عبر الانترنت عن غيره من العقود.

المطلب الأول/ تعريف عقد البيع عبر الانترنت/ يرتبط عقد البيع عبر شبكة الانترنت ارتباطاً وثيقاً بالتجارة الالكترونية، حيث يُعد الأداة الأساسية لهذه التجارة فهو لا يختلف في الأساس عن عقد البيع التقليدي من حيث توافر أركان انعقاده وشروطه وصحته والأثر المترتب عليه من حيث المسؤولية العقدية، لكنهُ يختلف عنهُ في الوسيلة التي يتم بها إبرامه، اذ تكون طريقة انعقاده الكترونية فينعقد بتلاقي الإيجاب بالقبول ويتم ذلك بالتواصل بين المتعاقدين عبر شبكة دولية بواسطة وسيلة مسموعة مرئية، وبهذا الصدد تناولت التشريعات والفقه تعريف العقد الالكتروني بصفة عامة وكالاتي :

اولاً : التعريف الفقهي : ايضاً ظهرت عدة تعريفات فقهية للعقد الالكتروني تضمنت أغلبها الاعتبارات الأساسية لتعريف أي عقد مع مراعاة خصوصية هذا العقد كونه يبرم عن طريق شبكة معلوماتية الانترنت، فقد تم تعريفه بأنه عبارة عن " **تقابل لعرض المبيعات أو خدمات يعبر عنه بوسيلة اتصال سمعية مرئية من خلال شبكة دولية للاتصالات عن بعد مع قبول والذي يكون قابلا لأن يظهر باستعمال النشاط الحواري بين الإنسان والمعلومة التي تقدمها الآلة** " [١] , كما عرفه جانب من الفقه بأنه العقد الذي ينطوي على تبادل للرسائل بين البائع والمشتري والتي تكون قائمة على صيغ معدة سلفاً ومعالجة إلكترونياً وتنشئ الالتزامات التعاقدية، ايضاً تم تعريفه بأنه اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب والقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد وذلك بوسيلة مسموعة ومرئية وبفضل التفاعل بين الموجب والقابل [٢] .

كما حاول البعض تعريفه لكونه يتم عن بعد بأنه ذلك العقد الذي يبرم بين متعاقدين غير مجتمعين في مكان واحد ولا يوجد بينهما اتصالاً مباشراً أي وجود فترة زمنية فاصلة بين صدور الإيجاب والقبول وعلم الموجب به من خلال الاستعانة بطرق المراسلة الالكترونية المختلفة كالبريد الالكتروني أو بواسطة أي وسيلة إلكترونية أخرى [٣] , ويتضح لنا من خلال هذه التعاريف الفقهية أنها كلها جاءت مركزة على الوسيلة الالكترونية التي تتصدرها شبكة الانترنت، التي تنتج في إطار التجارة الالكترونية إبرام وتنفيذ عقد البيع في محيط غير مادي

(١) أسامة أبو الحسن مجاهد،خصوصية التعاقد عبر الانترنت،دار النهضة العربية،القاهرة ، ٢٠٠٠ ، ص٣٩.
(٢) ازهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الالكترونية،دار الفكر الجامعي،الاسكندرية،٢٠١٠، ص٣٥.
(٣)أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، دار النهضة العربية، القاهرة ، ٢٠٠٢ ، ص ٦٢.

افتراضي دون التقاء أطرافه, ومما سبق فإنه يمكن القول أنه إذا كان عقد البيع عبر الانترنت يختلف عن عقد البيع التقليدي في الوسيلة بحيث يتم عبر شبكة دولية للاتصالات، فيمكن وضع تعريف له وعلى نحو التالي: التقاء الايجاب بشأن عرض مطروح على شبكة الانترنت بقبول مطابق له، بهدف تحقيق عملية أو صفقة معينة يرغب الطرفان في انجازها.

ثانياً : التعريف التشريعي : حرصت بعض التشريعات العربية التي تنظم المعاملات الالكترونية على تعريف العقد الالكتروني باعتباره من العقود المهمة والسائدة في الوقت الحالي، فالمشرع العراقي أورد تعريفاً للعقد الالكتروني في قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية رقم ٧٨ لسنة ٢٠١٢ في نص المادة (١) الفقرة عاشراً حيث نصت على انه : " **العقد الالكتروني ارتباط الايجاب الصادر من احد المتعاقدين بقبول الاخر على وجه يثبت اثره في المعقود عليه والذي يتم بوسيلة الكترونية** " ونلاحظ على هذا التعريف انه مشابه لتعريف العقد في القانون المدني لكنه أضاف اليه انه يتم بوسيلة الكترونية، اما المشرع الأردني فقد اورد في قانون المعاملات الالكترونية الأردني رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١ في المادة (٢) تعريفاً للعقد الالكتروني حيث نص على أنه " **الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل الكترونية كلياً أو جزئياً** " ويتضح لنا من هذا التعريف أن المشرع الأردني قد اعتبر العقد الالكتروني اتفاق يتم إبرامه بوسائل الكترونية، سواء بصفة كلية أو جزئية ليشمل أي عقد يبرم الكترونياً، بما في ذلك عقد البيع، حيث ركز على الوسيلة الالكترونية التي يبرم بها العقد .

اما قانون الخطابات والمعاملات الإلكترونية البحريني رقم ٥٤ لسنة ٢٠١٨ فلم يورد تعريفاً للعقد الالكتروني بصورة مباشرة لكن جاء في المادة (١١) منه على أنه: " **في سياق إبرام العقود ومالم يتفق على خلاف ذلك يجوز التعبير –كليا أو جزئيا– من خلال الخطابات الالكترونية، عن الايجاب والقبول او أي تعديل او عدول للايجاب والقبول** " يتضح لنا من خلال هذا النص القانوني ان المشرع البحريني قد أجاز ابرام العقود بصورة الكترونية أي جواز صدور الايجاب والقبول وارسالها بصورة الكترونية بواسطة الخطابات الالكترونية كل هذا مالم يتفق الطرفان على اجراء العقد بصورة تقليدية, وبالعودة الى موقف المشرع العراقي نجد انه حسناً فعل في ايراده تعريفاً خاصاً للعقد الالكتروني كونه من العقود الحديثة والسائدة في الوقت الحالي ولكي يقطع أي اجتهاد شخصي من قبل الفقهاء في تعريف العقد الالكتروني .

المطلب الثاني/ خصائص عقد البيع عبر الانترنت/ يتميز العقد البيع عبر الانترنت بجملة من الخصائص التي تميزه عن غيره من العقود الاخرى، وتمثل أهم هذه المميزات فيما يلي:

أولا: عقد الالكتروني: يعد التعاقد عبر الانترنت من قبيل المعاملات الالكترونية، وذلك بالنظر إلى الوسيلة التي يتم من خلالها فكل ما يدور عبر شبكة الانترنت وما نراه من كلمات وصور وما نسمعه من أصوات هي بيانات تحتاج إلى دعم هندسي وفني لتحليلها وإظهارها على شاشة الأجهزة بالشكل الذي نتعامل معه ومن هنا فإن عقد البيع الذي يبرم عبر شبكة الانترنت هو عقد الالكتروني بمعنى الفني والقانوني(١) .

ثانياً: يتم إبرامه بدون التواجد المادي لأطراف التعاقد: ان السمة الأساسية للتعاقد الالكتروني أنه يتم بين متعاقدين لا يجمعهما مجلس عقد حقيقي حيث يتم التعاقد عن بعد بوسيلة اتصال تكنولوجية يقترن فيها الإيجاب والقبول الالكترونيين عبر الانترنت فيجمعهم بذلك مجلس عقد حكمي وافتراضي.

ثالثاً: يتميز العقد غالباً بالطابع التجاري: يطلق على هذا العقد بعقد التجارة الالكترونية، فهذا الأخير يتمثل في الممارسة الاعتيادية للأعمال التجارية بواسطة وسائل الالكترونية (٢) .

رابعاً: يتميز العقد غالباً بالطابع الدولي : وذلك بسبب الطابع العالمي لشبكة الانترنت وما يترتب عليها من جعل الاتصال الدائم لمعظم دول العالم، حيث يتكون العقد من أشخاص يتواجدون وينتمون إلى دول مختلفة وهذا الطابع الدولي للعقد الالكتروني يثير العديد من المسائل منها كيفية التحقق من هوية المتعاقدين وبيان أهليتهم، ومعرفة مركزه المالي وتحديد المحكمة المختصة، وكذلك القانون الواجب التطبيق على النزاع الذي قد ينشأ عن هذا العقد ايضاً قد تثور مشكلة في اتفاق طرفي العقد الالكتروني على قانون دولة لا تعترف أصلا بصلاحية العقود التي تعتمد على الكتابة الالكترونية والتوقيعات الرقمية (٣) .

خامساً: من حيث الإثبات: ان إثبات عقد البيع الالكتروني يتم عبر الوثائق الالكترونية والتوقيع الالكتروني حيث أن هذا الأخير يضفي حجية على هذا العقد وذلك بخلاف الإثبات في العقد العادي الذي تعد الكتابة العادية هي الدعامة الورقية التي تجسد وجوده المالي سواء تمثل في المحرر اليدوي أو في الوسائل الحديثة كالتلكس وغيره.

سادساً: من حيث الوفاء والتنفيذ: فقد حلت وسائل الدفع الالكترونية محل النقود العادية ومنها على سبيل المثال البطاقة البنكية اما من ناحية التنفيذ فأن عقد البيع الالكتروني يتميز

(١) تامر محمد سليمان الدمياطى، إثبات التعاقد الالكتروني عبر الانترنت (دراسة مقارنة) ، دار أبهى للطباعة والنشر، بيروت ، ٢٠٠٩ ، ص ٣٥.
(٢) خالد ممدوح إبراهيم، التوقيع الالكتروني، دار الجامعية، الاسكندرية ، ٢٠١٠ ، ص ٣٣٦ .
(٣) محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الالكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ، ٢٠٠٥ ، ص ٢٥.

عن العقد البيع التقليدي لأنه يمكن أن ينفذ عبر الانترنت دون الحاجة إلى الوجود المادي الخارجي [١] .

المبحث الثاني

تحديد القانون المختص على عقد البيع عبر الانترنت

تثور مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع في حالة انعقاد العقد عبر الطرق الالكترونية ووسائل الاتصال الحديثة من غير أن يجتمع طرفا العقد في مجلس حقيقي واحد، وبالنظر لكون العقد سينعقد في اكثر من دولة واحدة أي انعقاده بين عدة دول وكذلك تعدد القوانين التي تنظم العقود واختلاف أحكامها بين الدول فإن التنازع ينشأ بين هذه القوانين لمعرفة قانون البلد الذي سيحكم هذا العقد، والحقيقة إن تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع يختلف بحسب ما إذا كان هناك اتفاق بين الأطراف على تعيين قانون بذاته ليحكم علاقتهما وبالتالي يطبق عند نشوء أي نزاع بينهما، أو حالة ما إذا كان لم يكن هناك اتفاق.

المطلب الاول/ تحديد القانون المختص على عقد البيع عبر الانترنت في حال اتفاق ارادة الأطراف/ ان قانون الإرادة يعد من قواعد الاسناد الاصلية والذي اشارت اليه غالبية قوانين دول العالم فيما يخص ابرام العقود المدنية .

اولاً: تطبيق قانون الارادة: تسري قاعدة قانون الإرادة على العقود الدولية المبرمة عبر الانترنت أيا كانت نوعها، ومنها العقود المبرمة بين التجار (البائع) والمستهلكين (المشتري) وفي هذه الحالة يستطيع طرفا العقد أن يتفقان على قانون معين لتطبيقه على أية نزاعات قد ينشأ بينهما نتيجة هذا العقد، وهذا ما ذهبت إليه المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ حيث نصت على انه : " **١ – يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطنا، فاذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان او يتبين من الظروف ان قانونا اخر يراد تطبيقه** " يتضح من نص المادة اعلاه أن القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي هو قانون الإرادة، أي أن العقد يخضع للقانون الذي يختاره الأطراف تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة المعروفة في القانون الداخلي، وإذا لم يُفصح أطراف العقد عن رغبتهم في اختيار تطبيق قانون معين ولم يتبين من الظروف ان قانون اخر يريد المتعاقدان تطبيقه

(١) عبد الحي القاسم، مفهوم عقد البيع الالكتروني، مجلة البخت الرضا العلمية العدد ١٣ ، ٢٠١٤ ، جامعة الإمام مهدي، السودان، ص ٢٠٧ .

وتعذر تطبيق قانون الموطن المشترك فنكون بصدد تطبيق قاعدة قانون مكان إبرام العقد ويتطلب ذلك تعيين هدا المكان ولا توجد أي صعوبة في تعيينه إذا كان التعاقد بين حاضرين بخلاف ما إذ كان التعاقد بين غائبين فإن على المشرع الأخذ بنظرية العلم بالقبول أي أن التعاقد ما بين غائبين قد تم في المكان وزمان الذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك.

وبالنسبة لقانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٢ فلم يشر الى القانون الواجب التطبيق على عقد البيع عبر الانترنت لذلك يتم الرجوع الى النصوص العامة في القانون المدني, اما قانون المعاملات الالكترونية الأردني فلم يورد ايضاً القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني المبرم عبر الانترنت لذلك فأن المسألة سوف تخضع للمادة رقم (٢٠) من القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ والتي أعطت أطراف العقد حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني الدولي الخاص بالمعاملات والتجارة الالكترونية وهي مشابهة تماماً للمادة (٢٥) من القانون المدني العراقي .

اما قانون الخطابات والمعاملات الالكترونية البحريني فلم ينص بصورة مباشرة القانون الواجب التطبيق لكنه أشار الى دور الإرادة في حرية التعاقد وترتيب أي اثر قانوني على العقد حيث نصت المادة (١٣) على انه : " **في العلاقة بين المصدر والمرسل اليه لا ينكر الأثر القانوني لأي تعبير عن الإرادة او صحته او حجيته لمجرد انه ورد في شكل خطاب الكتروني** " فيتضح لنا من خلال هذا النص القانوني ان مصطلح (لأي تعبير عن الإرادة) جاء مطلقاً بحيث يمكن ان يشمل حرية الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق .

اما القانون الدولي الخاص البحريني رقم (٦) لسنة ٢٠١٥ فقد جاء في المادة (١٧) منه على انه : " أ- **يسري على العقد من حيث الشروط الموضوعية و الشكلية ومن حيث الآثار التي تترتب عليه , قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين , فإن اختلفا موطناً سرى قانون الدولة التي أبرم فيها العقد , ما لم يتم الاتفاق او يتبين من الظروف أن قانوناً اخر هو الذي يراد تطبيقه** " فيتبين لنا ان النص القانوني البحريني مشابه تماماً للنص العراقي والأردني .

ثانياً : تحديد ارادة الاطراف: يمكن تحديد القانون الواجب التطبيق عن طريق الإرادة الحرة الصادرة عن طرفي العقد، فقد تكون تلك الإرادة صريحة (كأن يذكر في العقد صراحة قانون الدولة التي تحكم العقد)، وقد تكون تلك الإرادة ضمنية.

أ: الاختيار الصريح: يسري مبدأ قانون الإرادة على عقد البيع التقليدي وعقد البيع الالكتروني، إلا أن هناك خصوصية مميزة في العقد الاخير على الرغم من أنه يتساوى مع عقد البيع التقليدي من ناحية تبادل الخدمات والسلع مقابل مبلغ نقدي أو عيني [١] حيث يتضمن عقد البيع الالكتروني سواء من حيث تكوينه أو تنفيذه أو إنجازه على تقنيات نقل الحديثة لبيانات التعاقد في إطار فضائي إلكتروني عن طريق شبكة المعلومات والاتصالات التكنلوجية الحديثة، وقد ظهرت في التجارة الالكترونية وجود عقود نموذجية يدرج فيها بند يحدد فيه الأطراف القانون الواجب التطبيق على عقدهم، وهو ما درج الفقه على تسميته بشرط الاختصاص التشريعي [٢], كما انه يمكن ان يكون اختيار القانون الواجب التطبيق صريحاً من خلال الرسائل الإلكترونية المتبادلة بين المتعاقدين، او بواسطة البريد الالكتروني وذلك بعد الاتفاق على البنود العقدية الاساسية كالمحل والثمن والتسليم والسعر والدفع والاحتفاظ بالملكية وغيرها، بالإضافة الى امكانية المتعاقدين أن يختاروا قانوناً ليحكم علاقتهم العقدية لا يمت بأي صلة بين العقد او المتعاقدين، ونتيجة لذلك يمكن لأطراف العقد ان يختاروا بحرية تامة إخضاع عقدهم لقانون دولة تجيز صحة المعاملات الالكترونية دون اشتراط وجود أية صلة بين القانون المختار والعقد [٣] .

ب: الاختيار الضمني: هو اختيار حقيقي للقانون الواجب التطبيق لكنه غير معلن او غير واضح يستخلصه القاضي من ظروف العقد، ومن هذه الظروف التي تساعد القاضي على معرفة الإرادة الضمنية للمتعاقدين مثلاً قرينة وجود نص في العقد يجعل الاختصاص بشأن المنازعات المتعلقة به من اختصاص محكمة دولة محددة أو قد يتم إبرام عقد مرتبط بعقد آخر سبق وان تم اختيار القانون الواجب التطبيق عليه كذلك يتم معرفة القانون الوجب التطبيق من خلال اللغة المكتوب بها العقد أو من خلال العملة التي اتفق المتعاقدان على الوفاء بها أو قد ينظر القاضي إلى جنسية المتعاقدين أو محل إقامتهم وغيرها [٤]، وقد سبقت الإشارة الى

(١) زيد مقابلة، النظام القانوني لعقود خدمات المعلوماتية الالكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ، ٢٠٠٩ ، ص ١٠٦

(٢)ناصر محمد الحلالمة،التجارة الالكترونية في القانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ، ٢٠١٢ ، ص٢٨٠.

(٣) يوسف نور الدين، تطبيق منهج قاعدة التنازع على عقود التجارة الالكترونية، مجلة المفكر العدد ١٣ ، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر بسكرة، ص٢٥٣.

(٤) الباسط جاسم محمد، إبرام العقد عبر الانترنت، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، ٢٠١٠ ، ص ٦٣.

موقف القانون المدني العراقي في نص المادة (٢٥) والتي اشارت الى ضوابط الاسناد للقانون الواجب التطبيق على العقد، كذلك تمت الإشارة الى موقف القوانين المقارنة في ذلك .

المطلب الثاني/ تحديد القانون المختص على عقد البيع عبر الانترنت في حال عدم اتفاق الأطراف/ إذا لم يتفق المتعاقدان في عقد البيع عبر الانترنت على تحديد القانون الواجب التطبيق صراحة وتعذر استخلاص إرادتهم الضمنية من العقد عند ذلك يقوم القاضي بتحديد القانون الأوثق صلة والأكثر ارتباطاً بالعقد إما بإسناد العقد لضوابط جامدة كمكان إبرام العقد، أو تنفيذه، أو الجنسية المشتركة أو الموطن المشترك للمتعاقدين وإما بإسناده لضوابط مرنة كضابط الأداء المميز للعقد.

اولاً: الضوابط الجامدة: يجب الإشارة الى أن الضوابط الجامدة التالية يصعب تطبيقها على عقد البيع المبرم عن طريق الانترنت، وهي كالآتي[١] :

١- **قانون دولة محل الابرام** : يعد مكان إبرام العقد معيار مهم لتحديد القانون الذي يحكم العقد في حال عدم اختيار الأطراف لهذا القانون ومع ذلك فإن إسناد العقد لقانون بلد محل الابرام قد يصعب تحقيقه في مجال عقد البيع الالكتروني الذي يتم عن طريق الانترنت كونه قد يكون منتشراً او مرتبطاً بأكثر من دولة وبالتالي من الصعوبة تحديد محل ابرام العقد .

٢- **قانون دولة محل التنفيذ** : يتم اختيار مكان محل تنفيذ العقد على أساس أنه المكان الذي تتركز فيه مصالح المتعاقدين ففي هذا المكان سيتم استيفاء المعقود عليه وتنعقد فيه مسؤولية المتعاقدين عند عدم تنفيذ التزاماتهم فيعتبر محل التنفيذ مركز الثقل والارتباط الاجتماعي والاقتصادي في الرابطة العقدية وبالتالي يسمح بتطبيق قانون البلد التي يؤثر اقتصادها بالعقد [٢].

٣- **قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين:** في حالة اتحاد جنسية أطراف العقد في عقد البيع الالكتروني وسكت الأطراف عن تحديد القانون الذي يحكم عقدهم، فإن قانون الدولة التي ينتمي إليها اطراف العلاقة العقدية بجنسيتهم يكون هو القانون الواجب

(١) محمود عبد الرحيم السريقات، التراضي في تكوين العقد عبر الانترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ـ ٢٠٠٩ ، ص ٨٤

(٢) اشارت الى ذلك نص المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي : " يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطنا، فاذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد " تقابلها نص المادة (٢٠) من القانون المدني الأردني والمادة (١٧) من القانون الدولي الخاص البحريني

التطبيق على العقد ولكن يصعب تطبيق هذا الضابط على عقد البيع عبر الانترنت وذلك لضعف الصلة بين القانون الواجب التطبيق والعقد .

٤- **قانون الموطن المشترك للمتعاقدين :** يعتد بضابط الموطن المشترك لأطراف العقد إن اتحدا موطناً، ولكن يصعب تطبيق هذا الضابط على العقد البيع عبر الانترنت لأن التعامل عن طريق الانترنت يعتمد على العناوين الالكترونية للمتعاقدين وليس على العناوين الحقيقية، وبالتالي فان هذه العناوين لا تعطي دلالة واضحة على العنوان الحقيقي [١] ايضاً نلاحظ أنه يصعب الإسناد الى ضابط قانون الموطن أو الجنسية المشتركة لأطراف العقد كون ان هذه الضوابط جميعاً تؤدي في نهاية المطاف الى توطين أو تركيز العقد مكانياً في حين أن توطين العقد وفقاً للمعايير التقليدية في العالم الالكتروني لن يكون أمرا سهلا.

ثانياً: الضوابط المرنة: إن الصعوبات التي يواجهها القاضي في تطبيق الضوابط الجامدة على عقد البيع عبر الانترنت جعل الفقه والقضاء والتشريع يتجه إلى تبني ضابط موضوعي آخر لتحديد القانون الذي يحكم العقد وهو ضابط حديث النشأة وهو ضابط الأداء المميز للعقد .

والمقصود بفكرة الأداء المميز للعقد هو ان هذا الضابط يقوم على فكرة مفادها تنوع معاملة العقود وتحديد القانون الذي يحكم العقد وفقا للالتزام الأساسي فيه او الأداء المميز فيه، فعلى الرغم من تعدد الالتزامات في العقد الواحد إلا أن أحد هذه الالتزامات هو الذي يميز العقد ويعبر عن جوهره وبذلك يجب الاعتماد عليه لتعيين القانون الواجب التطبيق على العقد بأكمله، فمثلاً يعد من قبيل الأداء المميز التزام البائع بتسليم المبيع أو التزامه بنقل الملكية للمشتري او التزام المورد بتزويد السلع في عقد المقاولة وبالتالي تعتبر احد هذه الالتزامات مركز ثقل الاقتصادي واجتماعي في الرابطة العقدية.

اما بالنسبة لمدى إمكانية تطبيق فكرة الأداء المميز على عقد البيع عبر الانترنت فعلى الرغم من تبني معظم التشريعات القانون الدولي الخاص والاتفاقات الدولية وأحكام القضاء في أغلب دول العالم فكرة الأداء المميز للعقد[٢]، إلا أن هناك رأي فقهي يرى أن إعمال هذه الفكرة في عقد البيع عبر الانترنت لا يخلو من النقد وذلك لأسباب منها أن إعمال هذا الضابط يؤدي

(١) عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر ، ٢٠١٠، ص ٣٢٦ .

(٢) كاظم الزاملي، ميعاد إبرام العقد الالكتروني، مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، العدد الثاني المجلد الثاني، ٢٠٠٩ ، ص ٣٦٦

إلى إسناد العقد لقانون الطرف القوي في العقد والتضحية بمصلحة الطرف الضعيف فمثلا في توريد الخدمات التي تتم عن طريق الانترنت يكون قانون دولة مقدم الخدمة هو الواجب التطبيق على العقد حيث يعد أداء مميز الالتزام البائع بتسليم المبيع (١).

لكن مما يلاحظ أن تطبيق فكرة الأداء المميز على عقد البيع المبرم عبر الانترنت يطرح صعوبات عديدة منها صعوبة تركيز الرابطة العقدية في عقد البيع المبرم عبر الانترنت والتي يكون موضوعها أشياء غير مادية مثل بيع برامج تجارية وبيع معلومات عن طريق بيانات موجودة في الانترنت، فيصعب تحديد مكان إبرام العقد ومكان تسليم الأشياء غير المادية المباعة عبر شبكة الانترنت وبالتالي يصعب تطبيق ضوابط الإسناد التقليدية والحديثة على هذه النوعية من العقود، كذلك تثور مشكلة عند وجود قوانين وطنية ذات طبيعة آمرة يجب تطبيقها والأخذ بها عند التعاقد مثل قوانين حماية المستهلك فإذا كان الانترنت هو إحد ادوات العولمة الذي يعمل على تحرير الاقتصاد وإلغاء الحدود لخلق قرية صغيرة فليس معنى ذلك تراجع دور القوانين الوطنية الناتجة عن إعمال منهج تنازع القوانين أو منهج قواعد الآمرة، أيضا تثور صعوبة في تحديد المكان الحقيقي لإبرام العقد إذا أن العالم الالكتروني والتكنلوجي لا يقوم على تواجد حقيقي في مكان معين بالإضافة الى ان العناوين الالكترونية التي يسجلها عامة البشر قد لا تكون حقيقية وقد لا تكون المقر الدائم لهم وبالتالي تثور صعوبة تحديد محل إقامة الأطراف, ولابد من إشارة الى ان المشرع العراقي والقوانين المقارنة لم تشر الى فكرة او ضابط الأداء المميز , وخلاصة القول فإنه يتضح لنا عدم نضوج قواعد القانونية لعقود البيع عبر الانترنت وبالتالي تطبيق منهج تنازع القوانين على عقد البيع المبرم عبر الانترنت على الرغم من وجود صعوبات عديدة تتعلق به .

الخاتمة:

في خاتمة بحثنا هذا يمكننا أن ندرج اهم النتائج والتوصيات التي توصلنا إليها :

اولاً : النتائج

١- عرف المشرع العراقي العقد الالكتروني في قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية رقم ٧٨ لسنة ٢٠١٢ في نص المادة (١) الفقرة عاشراً حيث نصت على انه:"**العقد الالكتروني ارتباط الايجاب الصادر من احد المتعاقدين بقبول الاخر على**

(١) صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، دار الجامعة الجديدة، بيروت - ٢٠٠٨ ، ص ٢٦٩.

وجه يثبت اثره في المعقود عليه والذي يتم بوسيلة الكترونية"،كذلك عرفه المشرع الأردني في قانون المعاملات الالكترونية الأردني رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١ في المادة (٢)حيث نص على أنه " **الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل الكترونية كلياً أو جزئياً**"

٢- اما المشرع البحريني فلم يورد تعريفاً للعقد الالكتروني بصورة مباشرة قانون الخطابات والمعاملات الإلكترونية البحريني رقم ٥٤ لسنة ٢٠١٨ لكنه أجاز ابرام العقود الالكترونية.

٣- يتميز عقد البيع عبر الانترنت بمميزات منها أولا: عقد الالكتروني ويتم إبرامه بدون التواجد المادي لأطراف التعاقد ويتميز العقد غالباً بالطابع التجاري والدولي كذلك ان اثباته يتم عن طريق الوثائق الالكترونية اما من حيث الوفاء فيكون عن طريق وسائل الدفع الالكترونية .

٤- لا يوجد اختلاف بين الأحكام والقواعد التي تطبق على عقد البيع عبر الانترنت عن الأحكام والقواعد التي تطبق على عقد البيع التقليدي.

٥- ان القانون الواجب التطبيق على عقد البيع عبر الانترنت هو القانون الذي يختاره أطراف صراحة او ضمناً، وعند عدم الاتفاق يتم اللجوء إلى قواعد الإسناد الاحتياطية، ويطبق إما قانون الموطن المشترك للمتعاقدين او قانون محل الابرام حيث يكاد القانون العراقي والقوانين المقارنة مشتركة في القاعدة القانونية التي تحكم العلاقة التعاقدية .

ثانياً: التوصيات

١- ضرورة وضع قانون للتجارة الالكترونية خاص ينظم عقد البيع عبر الانترنت والمعاملات الالكترونية .

٢- نقترح على المشرع العراقي نص قانوني يحدد القانون الواجب التطبيق على عقد البيع عبر الانترنت ليكون النص كالاتي : " **يسري على العقد الإلكتروني القانون الذي يختاره الطرفان صراحةً أو ضمناً، وإذا لم يحدد الطرفان ذلك يسري قانون الدولة التي يكون للعقد صلة وثيقة بها** " .

٣- ضرورة وضع استراتيجية خاصة لتطوير التجارة الالكترونية، وذلك عن طريق الانخراط في الاقتصاد العالمي، وذلك لان تملك الإمكانيات اللازمة لإقامة التجارة الالكترونية يساهم في تطوير الاقتصاد المحلي والعالمي .

المصادر:

الكتب :

١- أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢ .
٢- ازهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الالكترونية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٠ .
٣- أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠ .
٤- الباسط جاسم محمد، إبرام العقد عبر الانترنت، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠ .
٥- تامر محمد سليمان الدمياطى، إثبات التعاقد الالكتروني عبر الانترنت (دراسة مقارنة)، دار أبهى للطباعة والنشر، بيروت، ٢٠٠٩ .
٦- خالد ممدوح إبراهيم، التوقيع الالكتروني، دار الجامعية، الاسكندرية، ٢٠١٠ .
٧- زيد مقابلة، النظام القانوني لعقود خدمات المعلوماتية الالكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٩ .
٨- صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، دار الجامعة الجديدة، بيروت - ٢٠٠٨ .
٩- عليوش قربوع كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، ٢٠١٠.
١٠- محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الالكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٥ .
١١- محمود عبد الرحيم السريقات، التراضي في تكوين العقد عبر الانترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٩ .
١٢- ناصر محمد الحلالمة، التجارة الالكترونية في القانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٢ .

البحوث :

١- عبد الحي القاسم، مفهوم عقد البيع الالكتروني، مجلة البخت الرضا العلمية العدد ١٣، ٢٠١٤، جامعة الإمام مهدي، السودان .
٢- كاظم الزاملي، ميعاد إبرام العقد الالكتروني، مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، العدد الثاني المجلد الثاني، ٢٠٠٩ .
٣- يوسف نور الدين، تطبيق منهج قاعدة التنازع على عقود التجارة الالكترونية، مجلة المفكر العدد ١٣، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر بسكرة .

القوانين :

١- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .
٢- القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦
٣- التوجيه الأوروبي رقم ٧ لسنة ١٩٩٧ المتعلق بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد .
٤- التوجيه الأوروبي الصادر في ٨ / ٦ / ٢٠٠٠ تحت رقم ٣١ / ٢٠٠٠ المتعلق بالتجارة الالكترونية .
٥- قانون المعاملات الالكترونية الأردني رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١
٦- قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية رقم ٧٨ لسنة ٢٠١٢
٧- القانون الدولي الخاص البحريني رقم (٦) لسنة ٢٠١٥
٨- قانون الخطابات والمعاملات الإلكترونية البحريني رقم ٥٤ لسنة ٢٠١٨