مجلة
كلية التــراث الجامعة

مجلة علمية محكمة
متعددة التخصصات نصف سنوية
العدد الأربعون
30 آب 2024
ISSN 2074-5621

رئيس هيئة التحرير
أ.د. جعفر جابر جواد

مدير التحرير
أ.م. د. حيدر محمود سلمان

رقم الايداع في دار الكتب والوثائق 719 لسنة 2011

مجلة كلية التراث الجامعة معترف بها من قبل وزارة التعليم العالي والبحث العلمي بكتابها المرقم (ب 3059/4) والمؤرخ في (2014/ 4/7)

الخصوصية في ظل التعاقد الالكتروني

م.د. فارس هاشم حسين
قسم القانون كلية السلام الجامعة الاهلية، بغداد، العراق

المستخلص

في العصر الذي يشار إليه عادة بعصر المعلومات وصعود العولمة الاقتصادية، ظهر العقد الإلكتروني كشكل جديد من أشكال العقد عن بعد. وقد جاءت بدايتها في أوائل التسعينيات، بالتزامن مع دمج شبكة المعلومات العالمية (الإنترنت) في المجالات المدنية والتجارية، والتي كانت تستخدم في السابق للأغراض العسكرية بشكل أساسي. وقد فتح هذا التطور آفاقا جديدة للمعرفة والتقدم.

يتميز العقد الإلكتروني عن كل من العقود التقليدية والعقود المبرمة عن بعد بخصائصه الفريدة. وبخلاف العقود الأخرى، يتم إنشاء العقد الإلكتروني بالوسائل المسموعة والمرئية، مع التعبير عن إرادة الأطراف فقط بالكتابة. ومع ذلك، فإن هذا الشكل من الكتابة يختلف عن نظيره التقليدي، حيث يمتلك شكلًا وطبيعة مميزة خاصة به. لقد كان تحديد وقت ومكان إنشاء العقد الإلكتروني موضوع نقاش في السياقات التقليدية، حيث أن هذه العقود تنطوي على طرفين غائبين غير موجودين جسديًا في بيئة تعاقدية واحدة. ومع ذلك فإن ظهور التشريع الإلكتروني قد حل هذه المشكلة من خلال اعتماد نظرية تلقي القبول لتحديد وقت إبرام العقد، وكذلك التدخل لتحديد مكان إنشاء العقد.

Abstract

In the era commonly referred to as the information age and the rise of economic globalization, the electronic contract has emerged as a new form of remote contract. Its beginning came in the early 1990s, coinciding with the integration of the global information network (the Internet) into civilian and commercial spheres, which had previously been used mainly for military purposes. This development has opened new horizons for knowledge and progress،

The electronic contract is distinguished from both traditional contracts and contracts concluded remotely by its unique characteristics. Unlike other contracts, an electronic contract is created by audio and visual means, with

the will of the parties expressed only in writing. However, this form of writing differs from its traditional counterpart, as it has its own distinct form and nature. Determining when and where to create an electronic contract has been a topic of debate in traditional contexts, as these contracts involve two absent parties who are not physically present in a single contractual environment. However, the emergence of electronic legislation has solved this problem by adopting the theory of receiving acceptance to determine the time of concluding a contract, as well as intervening to determine the place where the contract was created.

المقدمة

ان التعاقد الالكتروني يعد شكلا من اشكال التعاقد عن بعد ، فلا بد لنا ان نتناول ذلك من خلال الاستعانة بالقواعد العامة للتعاقد مع التركيز على ما يتمتع به التعاقد عن طريق شبكة الانترنيت من خصوصية أي إدخال هذا النوع من التعاقد تحت مظلة نظرية الالتزام دون إغفال لما يتمتع به من خصوصية تستند غالبا إلى تقنية في غاية التقدم لم تكن موجودة على الإطلاق عند وضع نظرية الالتزام في حينها ، فهذا العقد الذي يبرم عن طريق شبكة المعلومات العالمية (الانترنيت) والذي ظهر إزاء الكوكبة الجديدة من المفاهيم التي زعزعت ما استقر من أفكار ومبادئ قانونية بسبب تدخل الحاسب الآلي والمتمثل باداة الانترنت التنفيذية في التعاقد ، فانتقل به الخطاب والتراسل بين الناس من المادية إلى اللامادية ، فأصبح إبرام العقد وتنفيذه يتم باستخدامها هذه الشبكة .

كل ذلك جعل العقود الالكترونية محل اهتمام الفقه والتشريع والقضاء ، هذا فضلاً عن التطور الحاصل في مجال الإلكترونيات والذي فرض نفسه في التعامل اليومي لما يمتاز به من سرعة واقتصاد في الجهد والوقت والتكاليف فاصبح بامكان الشخص ان يتعاقد مع شخص اخر في اي دولة من دول العالم وهو في مدينة بغداد ففي هذا النوع من العقود لا يكون المتعاقدان حاضري مجلس العقد (مجلس عقد واحد) ، وما يهمنا في الاخر أن شبكة الإنترنت لم تعد مجرد وسيلة لتبادل المعلومات والحصول عليها من شتى أنحاء العالم، بل أنها قد أصبحت وسيلة لابرام العقود بمختلف أنواعها وهو ما يطلق عليه التعاقد الالكتروني او بالتجارة الإلكترونية بصفة عامة.

- **أسباب اختيار الدراسة.**

إن موضوع البحث لم ينل حظه الكافي في الدراسة والتحليل بشكل معمق في العراق مثلما ناله في مصر وفرنسا ، فوقع الاختيار عليه لبيان صورة واضحة عنه للبحث في خصوصية التعاقد عن بعد بواسطة الشبكة العنكبوتية من خلال تطبيق القواعد العامة في نظرية العقد و النصوص القانونية التي تناولت ذلك ، محاولين إدخال هذا النوع من التعاقد تحت نطاق نظرية الالتزام مع الاخذ بنظر الاعتبار ما يتمتع به من خصوصية في ظل التقدم التكنولوجي التي لم تكن موجودة عند وضع نظرية الالتزام ان ذاك.

- **أهمية الدراسة.**

تكمن أهمية البحث في التعاقدات التي تتم عبر وسائل الاتصال الفوري وعلى وجه التحديد عبر شبكة الإنترنت وما يصاحبها من مستجدات وإشكاليات تحتاج إلى متابعة متزامنة لقوانين المعاملات الإلكترونية لتكون قادرة على حل هذه الإشكاليات. وحيث ان قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي فيه الكثير من القصور فلا بد من تسليط الضوء على ذلك وهذا بدوره يتطلب دراسة بعض قوانين المعاملات الإلكترونية المعرفة مزاياها وعيوبها و بالتالي الخروج بتوصيات للمشرع العراقي لنجعل منه قانوناً متكاملاً مواكباً لكافة التطورات والمستجدات على أرض الواقع هذا بالنسبة للأهمية النظرية ، أما الأهمية العملية وتتجسد في التطورات السريعة الحاصلة على وسائل الاتصال خاصة الإنترنت وكثرة العمليات التجارية والصفقات المبرمة عبرها، واقتحامها كافة المؤسسات التعليمية والتجارية وكبرى الشركات حتى أنها وصلت إلى البيوت ، مع عدم وجود تنظيم قانوني لحماية المشتري (المستهلك) في حالة التعاقد عن بعد بصفة خاصة .

- **مشكلة الدراسة.**

العقد الإلكتروني من عقود المسافة أو العقود المبرمة عن بعد بين غائبين أي بين شركاء ليسوا في وضعية الالتقاء المتزامن فيما بينهم، فإن ذلك يطرح جملة إشكالات على الصعيد القانوني عند إنشاء العقد والصفقات التجارية والمدنية عبر شبكة الإنترنت وتتلخص مشكلة البحث في مدى قيام العقد

الإلكتروني على ذات الأركان التي يقوم عليها العقد التقليدي، وكيفية التأكد من هوية وأهلية الأطراف المتعاقدة، وهل مفهومي الإيجاب والقبول الإلكتروني مختلف عن مفهومي الإيجاب والقبول التقليدي وما هو مجلس العقد الإلكتروني وما الذي يحدد إذا كان مجلس العقد بين حاضرين أم بين غائبين وأخيراً ما هو زمان مكان إبرام العقد الإلكتروني .

- **منهجية الدراسة.**

انتهجت في موضوع الدراسة أسلوب المنهج الوصفي عند عرضي للنصوص القانونية، وهو منهج قد التزمته لوصف كل مادة قانونية تعرضت لها الدراسة، واعتمدت أسلوب المنهج التحليلي لكل مادة قانونية يقتضي نصها التحليل والمناقشة، كما اتبعت المنهج المقارن لطبيعة الدراسة، فقمت بمقارنة القانونين العراقي والمصري مع الأخذ بالقانون الفرنسي على سبيل الاستئناس.

- **أهداف الدراسة.**

تكمن أهداف هذه الدراسة في السعي الى تقارب وجهات النظر القانونية ما بين التعاقد الالكتروني عبر شبكات الاتصال والمعلومات وما بين النظرية العامة للعقد للوصول الى مدى إمكانياتها في أن تسعف عملية التعاقد الالكتروني من عدمه.

المبحث الأول

ماهية العقد الإلكتروني وتمييزه عن بعض العقود الأخرى

تشهد العقود الإلكترونية نمواً متزايداً حيث باتت تمثل نسبة هائلة من حجم التجارة الدولية والمحلية، وخاصةً في الدول المتقدمة، ويرجع السبب في ذلك إلى سهولة وسرعة إبرام هذه العقود. وقد تطور الأمر إلى أكثر من ذلك حيث إن المنشآت التجارية العالمية أصبحت ترفض التعامل مع أي عميل جديد لا يستخدم أسلوب التعاقد الإلكتروني، وهذا الأمر يستوجب أن نركز عند تعريف العقد الالكتروني على خصوصيته التي تتمثل بصفة أساسية في الطريقة أو الكيفية التي ينعقد بها ، من دون إغفال صفة هامة من صفاته وهو أنه ينتمي الى طائفة العقود التي تبرم عن بعد باستعمال وسيلة إلكترونية وذلك حتى إتمام العقد ، وذلك من خلال تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في المطلب الأول مفهوم العقد الإلكتروني، وفي المطلب الثاني تمييز العقد الإلكتروني عن بعض العقود الأخرى وكالاتي.

المطلب الأول

مفهوم العقد الإلكتروني

سنقوم بتقسيم هذا المطلب الى فرعين نتناول في الفرع الأول تعريف العقد الالكتروني وفقاً لوسيلة الانعقاد ، أما الفرع الثاني سنتناول فيه خصوصية العقد الالكتروني في ظل التعاقد عن بعد كالآتي:

الفرع الأول

تعريف العقد الالكتروني وفقاً لوسيلة الانعقاد

قبل أن نخوض في تعريف العقد الالكتروني سنتناول تعريف التجارة الالكترونية حيث انها تعد المجال الذي يظهر فيه هذا العقد ، والتجارة الالكترونية هي جميع المعاملات التي تتم عبر الإنترنت وأن كانت لا تتمتع بالصفة التجارية وهو الغالب الذي يدور في مجال تبادل السلع والخدمات فيما بين التجار[889]، ومن هنا يمكن القول إن التجارة الالكترونية لا تقتصر على مجرد عمليات بيع وشراء المنتجات

([889]) د.خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني ، الطبعة الثانية ، دار الفكرة الجامعي ، 2011 ، ص 47 وما بعدها .

والخدمات والمعلومات عبر الانترنت اذ انها منذ انطلاقها كانت تتضمن دائما معالجة حركات البيع والشراء وتحويل الأموال الكترونياً عبر شبكة الانترنت ، ويمكن تشبيه التجارة الإلكترونية بسوق إلكتروني مفتوح يتقابل فيه الموردون والمستهلكون والوسطاء ليدلو كلاً بدلوه لعرض منتجاتهم وخدماتهم في صورة رقمية أو افتراضية ويتم دفع ثمنها بالنقود الإلكترونية.

ويتبين لنا من خلال تعريف التجارة الالكترونية بأن خصوصية تعريف العقد الالكتروني ستتركز حول العنصر أو العامل الالكتروني في ظل هذا العقد ، أي بما معناه الطريقة او الوسيلة التي ينعقد بها. عليه يتعين على المشترك من اجل اتمام عملية ابرام العقد الالكتروني عبر شبكة الإنترنت أن يكون متصلاً بهذه الشبكة والتي تتميز بميزتين أساسيتين هما: إنها شبكة عنكبوتية دولية ، وانها تعمل بفضل البنية التحتية للاتصالات عن بعد ، أضف الى أن شبكة الانترنت تتصف بأنها شبكة متاحة للجميع ويمكن لهم الدخول إليها دون شرط سوى أن يكونوا متصلين بها ومن ثم الضغط على زر التشغيل.

وفي ضوء ما تقدم طرحه في ظل خصوصية العقد الالكتروني وطريقة إبرامه فقد عرفه البعض[890] بأنه "الاتفاق الذي يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد وذلك عن طريق وسيلة مسموعة مرئية بفضل التفاعل بين الموجب والقابل" ويعرفه البعض الآخر[891] بأنه " العقد الذي يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول عبر شبكة اتصالات دولية باستخدام التبادل الإلكتروني للبيانات بقصد إنشاء التزامات تعاقدية " وعرفه آخرون[892] بالاعتماد على وسائل ابرامه معتبراً العقد الالكتروني بأنه العقد الذي يتم إبرامه عبر الإنترنت ، ويتبين من خلال هذا التعريف انه قد حصر وسيلة ابرام العقد الالكتروني في شبكة الانترنت دون غيرها متجاهلاً الوسائل الأخرى لإبرامه مثل الفاكس والتيلكس وغيرها.

([890]) د.أسامة أبو الحسن مجاهد ، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت ، دار النهضة العربية ، 2000 ، ص 39 .

([891]) د.خالد ممدوح إبراهيم ، مرجع سابق ، ص 74 .

([892]) د.عبد الفتاح بيومي حجازي ، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، الكتاب الأول ، نظام التجارة الإلكترونية وحمايتها ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ، 2002 ، ص 47.

هذا وقد عرفت المادة (١/عاشراً) من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٢ العقد الالكتروني بأنه "ارتباط الايجاب الصادر من احد المتعاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت اثره في المعقود عليه والذي يتم بوسيلة الكترونية".

ويمكن لنا أن نعرف العقد الإلكتروني ، بانه التقاء إيجاب صادر من الموجب بشأن عرض مطروح بطريقة إلكترونية سمعية أو مرئية أو كليهما على شبكة للاتصالات والمعلومات بقبول مطابق له صادر من الطرف القابل بذات الطرق بهدف تحقيق عملية أو صفقة معينة يرغب الطرفان في إنجازها. وتشتمل عملية التعاقد الإلكتروني، بخلاف الإيجاب والقبول الإلكتروني، على العديد من المعاملات الإلكترونية، مثل العروض والإعلان عن السلع والخدمات وطلبات الشراء الإلكترونية، والفواتير الإلكترونية، وأوامر الدفع الإلكترونية. ومن خلال هذا العرض فإننا نميل الى وجهة النظر القائلة بأنه يجب التركيز في تعريف العقد الالكتروني على خصوصيته التي تتمثل بصفة أساسية في الطريقة أو الوسيلة التي ينعقد بها من دون اغفال صفة هامة فيه باعتباره ينتمي الى طائفة العقود التي تبرم عن بعد.

الفرع الثاني

خصوصية العقد الالكتروني في ظل التعاقد عن بعد

لا اختلاف في أن العقد الإلكتروني يتم عن بعد، وهو بذلك ينتمي لطائفة العقود عن بعد، ومن ثم وجب أن يحترم القواعد الخاصة بها ، وبصفة خاصة تلك الخاصة بحماية المستهلك إذا انعقد العقد بين مهني وبين طرف ثان لا يتعاقد في نطاق نشاطه المهني .

وفي الواقع، فإن وضع قواعد خاصة بحماية المستهلك في العقود التي تبرم عن بعد تنبع من طبيعة هذه العقود التي تؤدى بالبداهة إلى اختلاف أحكامها عن تلك العقود التي تبرم بين حاضرين، فالأمر يكون بسيطا عندما يكون التعاقد بين حاضرين ولا يكون كذلك بالنسبة للتعاملات عن بعد ومن بينها العقود الإلكترونية، فعندما يتم التعاقد تحت أعين المتعاقدين فإن ذلك يذلل الكثير من الصعاب فالحضور المادي للأطراف يسمح لكل منهم بالتحقق من شخصية الآخر وتاريخ وساعة التعاقد ومن

سلامة المستندات وبأن التراضي قد تم وذلك يتلقى كل منهما للتعبير عن الإرادة الصادر من الآخر، كما يمنح هذا الحضور المادي ضمان تحقق بعض المسائل القانونية وأهمها أن كل من الطرفين يستطيع التحقق من أهلية الآخر[893] و تلاقي الإرادتين وتاريخ ومكان إبرام التصرفات والمستندات والإعداد المسبق لأدلة الإثبات كل هذه العناصر تؤدي بنا الى توقيع المتعاقدين بكل سهولة.

ولكن في حال ما أن يكون النظام إلكتروني عن طريق الإنترنت تنشب هناك مشكلات عدة يجب أن توضع لها خصوصية في ظل التعاقد عن بعد ، فتبادل التعبير عن الإرادتين عن طريق الإنترنت لاشك انه يتم عن بعد أي مع الغياب المادي للمتعاقدين ولذلك فإنه يثير الشك بالنسبة للعناصر السابقة في ظل التعاقد بين حاضرين أهمها:-

1. عدم السماح للمتعاقد من التحقق بعينه من أهلية وصفة المتعاقد الآخر، حيث تظهر الصعوبة في هذه المسألة في حال كان التعاقد بين غائبين، والعقد الإلكتروني على اعتباره من العقود المبرمة عن بعد تظهر أهمية مسألة التأكد من أهلية الأطراف على اعتبار عدم وجود مواجهة حقيقية وفعلية بين الطرفين المتعاقدين مما يثير صعوبة التأكد من أهلية المتعاقدين[894]. وتعد هذه المسألة من أبرز المشكلات التي تظهر عند إبرام العقد الإلكتروني وعلى وجه التحديد في حالة العقود المبرمة عبر الإنترنت حيث أنه وبالرغم من سهولة استخدام الإنترنت من جهة إلا أنه تثار مشكلة من جهة أخرى تتمثل في صعوبة كشف قصور أهلية المتعاقدين[895].
2. عدم تلاقي الإرادتين وذلك لعدم تعاصرهما، فهناك مدة زمنية تنقضي بين الإيجاب والقبول.

([893]) أن أهلية المتعاقدين في العقد الإلكتروني شأنها شأن العقود التقليدية لا ينعقد العقد صحيحا إلا إذا صدر من متعاقدين توافرت فيهما اهلية الأداء القانونية فالعقود التقليدية عادة ما تكون بين حاضرين ويمكن لكلا الطرفين التأكد من اهلية الآخر. بيان اسحق القواسمي ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة) ، رسالة ماجستير ، جامعة بيرزيت، فلسطين ، 2007 ، ص 24.

([894]) د.امانج رحيم أحمد ، التراضي في العقود الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت دراسة تحليلية مقارنة ، في ضوء القانون المدني العراقي وقوانين التجارة والمعاملات الإلكترونية في كل من (الولايات المتحدة الأمريكية ، وكندا، تونس ، الأردن ، البحرين ، إمارة دبي) وقانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية ، الطبعة الأولى ، عمان ، دار وائل للنشر ، 2006 ،ص 74.

([895]) بيان اسحق القواسمي، مرجع سابق، ص 24.

3. عدم تحديد وقت انعقاد العقد بشكل دقيق.
4. عدم توافر اليقين الكاف بشأن أدلة الإثبات التي تعد مسبقا وذلك طالما أنه لم يتم تبادل المستندات بين المتعاقدين يدا بيد.
5. صعوبة تحديد مكان انعقاد العقد، فهل انعقد في موطن الموجب أم انه انقد في موطن القابل.
6. عدم تعاصر توقيعات الأطراف بطبيعة الحال

ويضاف إلى ما سبق عنصر آخر في غاية الأهمية في نظرنا يبرر إفراد العقود عن بعد بأحكام خاصة وهو أن المستهلك لن يكون بوسعه الحكم الدقيق على المنتج الذي يتعاقد عليه، وذلك مهما بلغ وصف البائع لها من دقة وأمانة، وهو ما يبرر بصفة خاصة التركيز على إعطاء المستهلك رخصة الرجوع في العقد خلال مدة معينة تحسب عادة من تاريخ تسلمه للمنتج الذي تعاقد عليه ."ويبدو أن كل هذه التساؤلات والمشكلات قد سبق طرحها بشأن بعض وسائل البيع عن بعد مثل الخدمة المسماة **Minitel**. كما يضاف إليها المزيد بالنسبة للإنترنت أخذا في الاعتبار البعد العالمي لهذه الشبكة .

ويترتب على اعتبار العقد المبرم عبر الإنترنت من العقود المبرمة عن بعد بعض الآثار الهامة نخص منها بالذكر أن المستهلك يتمتع في حالة العقود التي تبرم عن بعد بحق أو رخصة الرجوع **droit de rétractation** في العقد، وهو الحل الذي تبناه المشرع الفرنسي وكذلك التوجيه الأوروبي الصادر في عام ١٩٩٧ والخاص بالعقود عن بعد : فتنص المادة ١٦-١٢١ **L** من تقنين الاستهلاك على أنه "يجوز للمشترى في كل عمليات البيع عن بعد إرجاع المنتج إلى البائع من أجل استبداله أو استرداد ثمنه في مدة سبعة أيام كاملة محسوبة من تاريخ تسليم طلبه، وذلك دون أية جزاءات باستثناء نفقات الإرجاع ، فإذا صادف أن كان اليوم الأخير منها السبت أو الأحد أو يوم عطلة أو إضراب عن العمل، فإنها تمتد إلى أول يوم عمل يليه "، كما تبين التوجيه الأوروبي الصادر في ١٩٩٧ والخاص بحماية المستهلكين في العقود عن بعد في مادته السادسة حلا مماثلا وذلك باعترافه بحق الرجوع، وبذلك لن يجوز للمهنيين الأوروبيين إنكاره على المستهلكين[896] .

([896]) نقلاً عن د.أسامة أبو الحسن مجاهد ، مرجع سابق ، ص 128.

المطلب الثاني

تمييز العقد الإلكتروني عن بعض العقود الاخرى

بعد ان تناولنا تعريف العقد الالكتروني مشيرين الى عقد التجارة الالكترونية والى ما يتمتع به هذا العقد من خصوصية وأنه ينتمي لطائفة العقود التي تبرم عن بعد ، فقد توصلنا إلى انه لا يخضع لتنظيم خاص به عن غيره من العقود التقليدية المتداولة قانوناً حتى الآن ، ولكن قد يختلط هذا العقد مع غيره من العقود الاخرى وهو ما دفعنا إلى أن نميزه عن غيره ، مشيرين إلى وجه النظر القائلة بأنه العقد الالكتروني هو عقد بيع فقط ، لأن أغلب هذه التعاملات تتم من خلال العقود التي تبرم عبر الإنترنت ، وبالتالي يمكن إيجاز أهم الخصائص التي يتميز بها هذا العقد عن غيره من خلال تقسيم هذا المطلب الى فرعين نتناول في الفرع الأول تمييز العقد الإلكتروني عن بعض العقود التقليدية ، أما الفرع الثاني سنتناول فيه تمييز العقد الإلكتروني عن بعض العقود التي تبرم عن بعد.

الفرع الأول

تمييز العقد الإلكتروني عن بعض العقود التقليدية

يتسم العقد الإلكتروني عن غيره ببعد الطرفين وانفصالهما عن بعضهما البعض اي أنه يتم بين متعاقدين لا يجتمعان في مجلس واحد حقيقي حيث يتم التعاقد بوسائل اتصال تكنولوجية عبر الإنترنت عن بعد، ويتم تبادل الإيجاب والقبول بأسلوب إلكتروني فإذا كان العقد سيبرم عبر الإنترنت فيتم التبادل بين طرفي العقد من خلال الشبكة العنكبوتية بما يجعل مجلس العقد حكمي افتراضي وبذلك يكون عقداً الكترونياً فورياً متعاصراً او غير متعاصر أي أن الإيجاب غير معاصر للقبول، والتعاصر نتيجة صفة التفاعلية [897].

وهو على خلاف ما نراه في العقود التقليدية التي يكون فيها كل من المتعاقدين حاضراً في مواجهة الآخر عند تبادل التعبير عن الإرادتين وهو ذات الأمر بالنسبة لوقت ومكان الانعقاد وتحديد ثمن الشيء

([897]) تفصيل أكثر حول التعريف على (صفة الفاعلية) راجع د.خالد ممدوح إبراهيم ، مرجع سابق ، ص 75.

المبيع مع ملاحظة أنه في بعض الأحيان يتم انعقاد العقد بتلاقي الإرادتين وأن لم يكن الشيء محل العقد قد سلم ، وهذا ما تتسم به العقود التقليدية بصفة رئيسية المواجهة بين المتعاقدين الحاضرين مجلس العقد والمتبادلي التعبير عن الإرادتين.

اضف الى ما تقدم أن العقد الالكتروني او عقد التجارة الإلكترونية يعد من عقود المسافة، وهو ما يترتب عليه أن كلاً من المتعاقدين لا يستطيع التأكد من شخصية الآخر، كما لا يستطيع المشتري معاينة البضاعة المتعاقد عليها مباشرةً والحكم عليها بشكل دقيق مهما بلغ وصف البائع لها من دقة وأمانة ، وهو ما يبرر إعطاء المشتري (المستهلك) وبصفة خاصة رخصة الرجوع في العقد بعد قبوله بفترة معينة حددها القانون[898].

أن صعوبة التحقق من تلاقي الإرادتين اللتين قد تصدران بشكل غير متعاصر، بحيث يصدر الإيجاب من أحد المتعاقدين ويتبعه القبول من الآخر بعد مرور فترة زمنية، هذا بالإضافة إلى صعوبة التحقق من تاريخ التصرفات والمستندات والإعداد المسبق لأدلة الإثبات والتحقق من مكان إبرام التصرفات وتحرير المستندات، مما يجعل وضع قواعد خاصة بحماية المستهلك في هذه العقود المبرمة عن بعد تنبع من طبيعة هذه العقود التي تؤدي بالبداهة إلى اختلاف أحكامها عن العقود المبرمة بين حاضرين، والتي تبرم في غالبيتها بالحضور المادي للطرفين في مجلس واحد يصدر فيه الإيجاب والقبول في نفس المكان وفي نفس الجلسة أي زمانها[899].

الفرع الثاني

تمييز العقد الإلكتروني عن بعض العقود التي تبرم عن بعد

العقود المبرمة عن بعد هي عبارة عن تلاقي إرادتين للقيام بتقديم منتج أو خدمة بمبادرة من المورد (البائع) عن طريق عرض المنتج للمستهلك (المشتري) دون أن يكون هنالك حضور مادي متعاصر

([898]) د.نضال اسماعيل إبراهيم ، أحكام عقود التجارة الإلكترونية ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ، سنة 2005 ، ص 58؛ د.أسامة أبو الحسن مجاهد ، مرجع سابق ، ص 128.

([899]) د.أمانج رحيم أحمد ، مرجع سابق ، ص 74 ؛ د.خالد ممدوح إبراهيم ، مرجع سابق ، ص 92.

لطرفي العقد من خلال استخدام إحدى وسائل الاتصال عن بعد من اجل تلاقي إرادتي طرفي العقد على محله ، لاسيما وأن العقد الالكتروني عبر شبكة الانترنت يدخل ضمن طائفة العقود المبرمة عن بعد [900]، ومن هنا يتبين ان من اهم ما يميز العقد الذي يبرم عن بعد بانه ينتفي فيه الحضور المادي للأطراف ويتم نقل الإيجاب والقبول فيه بوسائل سمعية وبصرية مثل التلفزيون او المينيتل فضلا عن ذلك فإن عنصر الزمن يتلاشى في العقد عن بعد فنكون بصدد تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وأن كان هناك فارق بسيط وغائبين من حيث المكان ومن أهم صور العقود التي تبرم عن بعد هي:-

أولاً:- التعاقد عن طريق الهاتف.

الهاتف هو آلة أو جهاز يستخدم لنقل الصوت بشكل فوري بين شخصين أو أكثر للتكلم والتخاطب عن طريق الأسلاك والموجات التي تربط المرسل بالمستقبل، وتبقى هذه المحادثات الهاتفية شفهية مالم يتم تسجيلها حتى تكون ثابتة ، ويعد الهاتف من وسائل الاتصال الفوري الأكثر فاعلية ويمكن للموجب والقابل التعبير عن إرادتهما ومن ثم التعاقد بواسطته، ويكون التعاقد فوري إذ يجتمع المتعاقدين في وقت واحد ولا يحتاج وصول تعبير أحدهما إلى الآخر إلى زمن معين، ويعد كذلك تعاقداً مباشراً بحيث يسمع كل من المتعاقدين كلام الآخر مباشرة دون وساطة شخص آخر فالتعبير بواسطة الهاتف هو تعبير لفظي وليس كتابي مما يجعل التعاقد عبر الهاتف تعاقداً شفهياً يتم باللفظ فقط [901] .

ومن الممكن في ظل هذه المعطيات أن يتفق التعاقد الالكتروني مع التعاقد عن طريق الهاتف بأن كل منهما تعاقد فوري ومباشر حيث يتلاشى عنصر الزمن فهي جميعاً عقود لا شك في أنها تبرم بين غائبين من حيث المكان وهذا على اقل احتمال بأن العقد الإلكتروني في هذه الحالة يبقى متميزاً عن العقد بالهاتف ومن نواح عدة، حيث إن ما يميز التعاقد بالهاتف إنه تعاقد فوري قد يتطلب صدور تأكيد

([900]) د.محمد فواز المطالقة ، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية ، أركانها ، إثباتها ،حمايتها (التشفير) التوقيع الإلكتروني ، القانون الواجب التطبيق ، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ، 2006 ، ص 33؛ د.أمانج رحيم أحمد ، مرجع سابق ، ص 75.

([901]) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، ط١ ، جامعة الكويت ، 2003 ، ص 17 - 18 .

كتابي من الموجب (البائع) في حالة عقد البيع مثلا يرسله الى الطرف الآخر المتعاقد المشتري في موطنه نظرا لصعوبة إثبات التعاقد بالهاتف ولا ينعقد العقد إلا بتوقيع المشتري وذلك وفقا للقانون الفرنسي الصادر في 23 يونيو 1989 ،أما في التعاقد الإلكتروني المبرم عن طريق شبكة الإنترنت قد يتفاعل الموجب مع الموجب له فلا يحتاج الموجب إلى إصدار كتابي بل يعتبر العقد قد تم إبرامه بمجرد تعبير الطرف الآخر عن إرادته بقبول التعاقد بواسطة الضغط على عبارة موافق او الضغط على لوحة المفاتيح المتصلة بالجهاز[902].

وبالمقابل ونتيجة للتطورات المصاحبة لشبكة الإنترنت حيث تمكن الأشخاص من زيارة مختلف المواقع على الإنترنت وتصفح ما بها من أجل الوصول إلى معلومات معينة، أو إبرام عقود مع المواقع التي تعرض منتجاتها على الشبكة، مما يجعل الإيجاب في العقد الإلكتروني عبر هذه الشبكة عاماً وبهذا يمكن أن نميزه عن السعي لإبرام العقود بواسطة الهاتف الذي يكون الإيجاب فيه اتصالاً موجهاً لشخص معين ، أضافة إلى ذلك أن الإنترنت لا تقتصر في خدماتها على الصوت فقط بل توفر في نفس الوقت الصورة والكتابة ، وكذلك الأمر في خدمة البريد الإلكتروني حيث تمكن الشخص الذي يملك عنوان بريد إلكتروني خاص به أن يرسل بريداً إلكترونياً باستخدام هذه الخدمة إلى مشترك آخر يمتلك بدوره عنوان بريد إلكتروني ويستطيع الشخص أن يرسل الرسالة نفسها إلى عدد غير محدود من المشتركين مما يعني أن التعاقد يكون متاحاً لعدد غير محدود من مستخدمي شبكة الإنترنت وليس مقصوراً على شخصين استخدما الهاتف كوسيلة اتصال[903] .

كما أن طريقة الدفع تمكن المشتري في أي وقت يشاء من أن يشتري البضاعة أو الخدمة التي يريدها من خلال المتاجر الافتراضية بمجرد دفع قيمتها بأحد أساليب الدفع الإلكتروني دون الحاجة إلى وجود شخص على الطرف الآخر في مواقع البيع الإلكترونية هذا بخلاف جهاز الهاتف الذي لا يمكن الاتصال

([902]) د.خالد ممدوح إبراهيم ، مرجع سابق ، ص 93.

([903]) د.محمود عبد الرحيم الشريفات ، التراضي في التعاقد عبر الإنترنت (دراسة مقارنة) ، الطبعة الأولى ، دون ناشر ، 2005 ، ص 14 ؛ د.أسامة أبو الحسن مجاهد ، مرجع سابق ، ص 51.

أو التعاقد من خلاله إذا كان معطلاً بمعنى أنه لا بد من التزامن في وجود الطرفين على الخط الذي يوفر خدمة الاتصال للحصول على السلعة أو الخدمة.

ولا يفوتنا أن نذكر في ظل التقدم التكنولوجي وبالنسبة للتعاقد عن طريق الهاتف بأن هناك أجهزة هاتف تحمل من المميزات التي تجعل المتكلم يتحدث بالصوت والصورة حالة حال جهاز الكمبيوتر المزود بكاميرا الإلكترونية وهو تعاقد شفوي ، بينما في التعاقد الإلكتروني يتم كتابة الاتفاق في مستند الكتروني من خلال صفحات الويب او الايميل وهو يكون موجه للجمهور كافة على خلاف التعاقد بواسطة الهاتف الذي يكون موجه لشخص معين.

ثانياً:- التعاقد عن طريق التلفاز.

التعاقد عبر التلفاز هو عبارة عن دعوة من جانب المهني أو طلب سلعة أو منتج من جانب المستهلك بواسطة الهاتف أو المينيتل، وذلك بعد ظهور الإعلان عن السلعة أو الخدمة في التلفاز. والتعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت وبخاصة شبكة المواقع والتعاقد عن طريق التلفاز يتشابهان في أن الرسالة المنقولة هي نفسها بالنسبة لكافة العملاء تتم بالصوت والصورة، وعلى اعتبار أن التجارة الإلكترونية عبر الإنترنت تباشر بوسيلة مسموعة مرئية فالإيجاب يكون في هذه العقود متاحاً للجميع دون تمييز، وفيما يخص القبول في التعاقد عبر التلفاز يتم الإعراب عنه عبر الاتصال بالهاتف أو المينتيل ولكن في التعاقد الإلكتروني فإن القبول يتم عبر التبادل الإلكتروني للبيانات، أو عن طريق البريد الإلكتروني أو بأي وسيلة من وسائل التعبير الإلكتروني عن الإرادة ، ولا نغفل عن حقيقة هامة وهي ان العقود التي تبرم بواسطة التلفزيون تكون من جانب واحد يتمثل بالجانب الذي يقوم بالبث التلفزيوني على العكس من العقود التي تبرم عبر الشبكة والتي تكون من جانبين فالعقود التي تبرم بوساطة التلفزيون لا تتصف بالتفاعلية فلا يوجد تبادل بين طرفي العقد الالكتروني على العكس منه في العقود التي تبرم عبر شبكة الانترنيت والتي تتصف بالتفاعلية من جانب العميل الذي يقوم بالدخول على الموقع ومن ثم

التعبير عن إرادته للتعاقد عبر الشبكة بإرسال رسالة عبر البريد الالكتروني أو الضغط على لوحة المفاتيح المتصلة بالجهاز او على زر التشغيل ومن ثم يتم التعاقد[904].

ونرى أنه ليس من الصحيح إطلاق اصطلاح التعاقد عن طريق التلفاز؛ فهو أداة إعلامية لا اكثر يستخدم في الترويج للأعلان عن السلع والخدمات وبالتالي من الصعب أن يتفاعل الجمهور مع ذلك مباشرةً، بل أنه في حال ما أن رغب أحد بشراء منتج أو خدمة تم عرضها من خلال شاشات التلفاز فإنه يكون مضطر بلقاء مقدم الخدمة أو المنتج في موقع عمله للتعاقد معه وهنا يكون التعاقد عن طريق التلفاز قد انتفى أو يتعاقد معه بالاتصال عبر الهاتف أو الإنترنت وهو ذات الأمر بالنسبة للراديو، فهذا خلط كبير بين العقد الالكتروني وبين السعي لإبرام العقود في حال تم هذا الأخير بواسطة التلفاز.

ثالثاً:- التعاقد عن طريق الفاكس والتلكس.

أشارت المادة (٢/أ) من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية أن الفاكس يعتبر أحد الوسائل التي يمكن استخدامها لإنشاء أو إرسال أو استلام أو تخزين رسالة بيانات .

لاشك أن هذه الوسيلة يمكن استخدامها في إبرام العقود عن بعد وذلك عن طريق نقل المستندات والصور وهو ما يسمى بالاستنساخ عن بعد ، وليس على المتعاقد إلا أن يبدي رغبته من خلال رسالة مكتوبة ترسل على الفاكس ثم تصل مستنسخة طبقاً لأصلها الذي حررت به إلى المتعاقد الآخر، فالتعبير عن إرادة المتعاقدين جاء بالكتابة بواسطة الفاكس.

أما التلكس فهو جهاز لإرسال المعلومات عن طريق طباعتها وإرسالها مباشرة فلا يوجد فاصل زمني ملحوظ بين إرسال المعلومات واستقبالها إلا إذا لم يكن هناك من يرد على المعلومات لحظة إرسالها . كما أن الإيجاب عن طريق الفاكس والتلكس يكون موجهاً لشخص بعينه أو لجهة معينة مما يجعله إيجاباً خاصاً وبهذا يختلف التعاقد من خلال الفاكس والتلكس عن العقد الالكتروني بان الفاكس والتلكس مجرد وسيلة لتبادل المستندات أو المحررات الخاصة بالتعاقد في شكل ورقي، يعني ذلك أن

(904) د.محمد السعيد رشدي ، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة مع التركيز على البيع بواسطة التلفزيون ، مطبوعات جامعة الكويت ، 1998 ، ص 20 .

الوجود المادي للمحرر التقليدي يتحقق حال التعاقد بواسطة الفاكس والتلكس، لذلك فإن الرسائل المتبادلة عن طريق الفاكس لا تحتاج إلى معالجة بياناتها بلغة الكمبيوتر وكل ما يحتاجه الطرف المستقبل للرسالة هو طباعتها على الورق. أما فيما يخص التعاقد الالكتروني فإن التفاوض وإبرام العقد وتبادل المحررات الخاصة به يتم الكترونياً، بحيث تتخذ المستندات العقدية وما يرد

عليها من توقيعات الشكل الالكتروني ، أي يتميز بالطبيعة غير المادية المثبتة على دعامة إلكترونية لا على دعامة ورقية ممهورة بتوقيع الأطراف[905].

المبحث الثاني

الخصوصية في انعقاد العقد الالكتروني

بعد ان تناولنا في المبحث الأول تعريف العقد الالكتروني وعقد التجارة الالكترونية وبعض العقود الاخرى ، فقد توصلنا بان عقد التجارة الالكترونية يعد المجال الدقيق كأداة لإبرام معظم العقود التي من الممكن إبرامها في العالم الحقيقي خارج الشبكة ، فهو بمثابة الطريق الذي يسير عليه قطار العقود الإلكترونية ، فليس من الصح ان نبحر في انعقاد جميع هذه العقود عبر الانترنت ، لذا ينبغي أن نتناول بعض أوجه الخصوصية التي يجب على أطراف التعاقد أخذها بعين الاعتبار عند إبرام مثل هذه العقود ، فالقواعد العامة ثابتة في جميع العقود سواء كانت تقليدية أم إلكترونية ما لم تتطلب هذه الأخيرة بعض القواعد الخاصة ، لذلك سنقوم بتقسيم هذا المبحث الى مطلبين نتناول في المطلب الأول ركن التراضي في العقد الالكتروني ، وفي المطلب الثاني ركن المحل في العقد الالكتروني ، تاركين الخوض في ركن السبب وذلك لعدم وجود شيء من الخصوصية في العقود المبرمة عبر الانترنت بالنسبة للسبب وكالاتي:-

(905) د.فاروق الاباصيري ، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات الإلكترونية، دراسة تطبيقية لعقود الإنترنت ، دار النهضة القاهرة، 2003 ، ص 44 .

المطلب الأول

ركن التراضي في العقد الإلكتروني

لاشك في أن ما ينطبق على العقد الالكتروني ينطبق على العقود الاخرى بالنسبة لأركانه وشروطه ، فمن المستحيل ان ينعقد العقد دون توافر أركانه ، فالعقود عادة ما تمر بعدة مراحل فإذا انتهت مرحلة التفاوض بالنجاح ننتقل إلى المرحلة التالية وهي مرحلة تكوين العقد الالكتروني، وهو ما يقتضي تحديد ماهية الإيجاب والقبول الإلكتروني ، كل ذلك لا يمكن الوصول إليه والانتقال من مرحلة إلى مرحلة أخرى إلا عن طريق وجود الترضي وصحته ،عليه سنقوم بتقسيم هذا المطلب الى فرعين نتناول في الفرع الأول وجود التراضي الالكتروني، وفي الفرع الثاني صحة التراضي الالكتروني كالآتي:-

الفرع الأول

وجود التراضي الالكتروني

التراضي هو تطابق الإيجاب والقبول أي تطابق إرادتي طرفي العقد لإحداث أثر قانوني معين هو إنشاء الالتزام، ويتطلب وجود الإرادة أن تصدر من صاحبها تجاه فكر الشخص إلى إنشاء رابطة ملزمة وانعقاد عزمه على اتخاذ العقد وسيلة لتحقيق عرضه فالإرادة عمل نفسي يفيد انعقاد العزم على إبرام العقد ، ولتوفر الرضا لابد من خروج الارادة الى النفس البشرية نحو العالم الخارجي الملموس وذلك بالمظاهر المادية الدالة عليها من كلام او كتابة او اشارة او غير ذلك[906].

ويثير التعاقد الإلكتروني العديد من التحديات فرغم أنه يتطلب لانعقاده ما يتطلبه أي عقد آخر من أركان وشروط ، إلا أنه يختلف عن غيره كونه ينعقد دون أن يكون هناك حضور مادي لطرفيه في نفس المجلس ، وبالتالي يتميز الإيجاب الإلكتروني عن التقليدي في أنه يتم من خلال وسيط إلكتروني

([906]) د.عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول ، نظرية الالتزام ، بوجه عام في مصادر الالتزام ، نظرية العقد (أركانه ، آثاره ، زواله) الجزء الأول ، دار المنشورات الحقوقية صادر ، بيروت ، 2022 ، ص 111 وما بعدها ؛ د.خالد ممدوح إبراهيم ، مرجع سابق ، ص 311.

وشبكة الإلكترونية وهذا ما جعله يتمتع بخصوصية قد تثير العديد من المشكلات النوعية بسبب خطورة الآثار المترتبة عليه ، فمجرد النقر على زر التشغيل (الفارة) بقبول مطابق يعني موافقة القابل على ابرام العقد الالكتروني، وهو ذات الأمر بالنسبة للقبول الإلكتروني حيث عند الضغط على زر القبول يعني الموافقة من قبل العميل على شروط العقد ، كل هذه التحديات تتطلب الخوض في تحديد الإطار القانوني لمفهوم وخصوصية الإيجاب والقبول الإلكتروني[907].

ومن خلال ذلك سيتم بحث انعقاد العقد الإلكتروني في ضوء الإيجاب والقبول الإلكتروني وكالاتي:-

اولاً:- الإيجاب في العقد الإلكتروني .

يعرف الايجاب بصفة عامة بأنه "التعبير البات عن ارادة شخص يتجه به الى شخص آخر سواء كان معيناً او غير معين يعرض عليه التعاقد بأسس وشروط معينة "[908].

فهو الإرادة المصممة و الأولى[909] التي تظهر في العقد ولذلك يمتاز بعدة خصائص وهي :

1- أن يكون الإيجاب باتاً ، أي أن يكون صادراً عن نية باتة في التعاقد ، ويكون كذلك إذا انطوى على إرادة الموجب في إبرام العقد بمجرد اقتران القبول به .
2- ان يكون الايجاب متضمناً لجميع العناصر الاساسية للعقد المراد ابرامه ، بحيث يتم العقد بمجرد أن يقترن به قبول مطابق له.

([907]) د.أسامة أحمد بدر ، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني ، دار النهضة العربية ، مصر ، بدون سنة نشر ، ص 149.

([908]) د.عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد مع المقارنة والموازنة بين نظريات الفقه العربي وما يقابلها في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي ، الجزء الأول ، مصادر العقد (أركان العقد) ، بغداد ، شركة الطبع والنشر الأهلي ، 1967 ، ص 38 ؛ د.عبد الرزاق السنهورى ، مرجع سابق ، ص134.

([909]) راجع نص المادة (1/22) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.

3- ان يكون الايجاب جازماً اي ان يعبر عن ارادة مصممة وعازمة على ابرام العقد إذا ما قبل القابل هذا الإيجاب[910].

فإذا كان العقد بيعاً مثلاً فيجب أن يأتي الإيجاب مشتملاً على تحديد الشيء المبيع وعلى الثمن ، ولا يعد ايجاباً مجرد الدعوة الى التفاوض او الاعلان حتى لو تضمن جميع العناصر الاساسية اللازمة لإبرام العقد ، كما وليس هنالك ما يمنع من أن يتضمن التعبير شروطاً اخرى يرى المتعاقد انها لازمة ليتم التعاقد على أساسها[911].

ويتضح مما سبق ذكره في المبحث الأول بان العقد الذي ينعقد في إطار التجارة الإلكترونية يندرج تشريعاً مع طائفة العقود التي تبرم عن بعد، لذا وجب علينا أن نتناول تعريف الايجاب في ظل هذه العقود.

فقد عرف التوجيه الأوروبي الخاص بحماية المستهلكين في العقود التي تبرم عن بعد الإيجاب بأنه " كل اتصال عن بعد يتضمن كل العناصر اللازمة بحيث يستطيع المرسل إليه أن يقبل التعاقد مباشرة ، ويستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان "[912] ويتضح من خلال هذا التعريف انه لم يحدد وسائل الاتصال عن بعد ولم يبرز أهم الخصائص الواجب توفرها في الإيجاب الالكتروني وهي الصفة الالكترونية ، ولكن اهتم بضرورة توفر عناصر الإيجاب اللازمة حتى يتمكن القابل من اصدار قبوله.

والآن يجب علينا أن نركز في خصوصية الإيجاب في العقد الالكتروني ، فالايجاب في العقد الالكتروني يتميز عن سواه من الوسائل الفنية الحديثة في التعاقد ، حيث ان الايجاب يتم عن طريق شبكة عالمية للاتصالات عن بعد وذلك بوسيلة سمعية مرئية على العكس منه في الفاكس والتلكس والهاتف . كما ان

([910]) د.حسام الدين كامل الاهواني ،مصادر الالتزام (المصادر الإدارية)، القاهرة ، دون ناشر ، 1992 ،ص 107 ؛ د.محمد لبيب شنب ، (مصادر الالتزام) ، دون ناشر ، 1976 ، ص 104.

([911]) د.حسام الدين كامل الاهواني ، مرجع سابق ، ص 107 ؛ د.عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق ، ص 141 – 142 ، د.رمضان أبو السعود، مبادئ الالتزام في القانون المدني المصري والليبي ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، لبنان ، 1984 ، ص 74 .

([912]) نقلا عن د.أسامة أبو الحسن مجاهد ، مرجع سابق ، ص 144

الايجاب الذي يكون عن طريق الفاكس او التلكس يتم بوسيلة مرئية ، وكذلك الإيجاب عبر الشبكة يختلف عن الايجاب المنقول عبر الهاتف الذي ينتقل بوسيلة سمعية فقط . ويلاحظ من ذلك بأن شبكة الانترنيت قد جمعت بين الوسائل السمعية والمرئية[913].

وتجدر الإشارة إلى إمكانية أن يكون التعبير عن الإيجاب الالكتروني باي شكل كان فيجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن الإيجاب فلا يفقد التعبير عن الارادة مفعوله القانوني او قابليته للتنفيذ بمجرد انه كان على شكل رسالة بيانات مرسلة عبر شبكة الانترنت ، كما يمكن الرجوع عن الإيجاب بنفس الوسيلة أو بوسيلة أخرى[914] .

والإيجاب في العقد الالكتروني له خصوصية تميزه عن الإيجاب في العقد التقليدي وهي كالآتي:

1- **يجب أن تكون لغة الإيجاب الإلكتروني باللغة الوطنية للموجب:-** باعتبار العقد الالكتروني ذات طابع عالمي دولي فإنه يضفي على الإيجاب الالكتروني نفس الطابع لذا فإنه يتم باللغة الإنجليزية او بلغة اجنبية اخرى غير العربية وقد يحتوي العقد على مصطلحات فنية وقانونية غير مألوفة او ذات دلالة قانونية مختلفة تعبر عن النظام القانوني المتبع في دولة المنتج أو المورد الذي قد يكون مختلفا عن النظام المتبع في دولة المستهلك او قد يحتمل المصطلح أكثر من ترجمة[915].

ومن الجدير بالذكر فإن من أوجه الخصوصية للإيجاب الالكتروني هو أن بعض التشريعات القانونية اشترطت ان يكون الايجاب باللغة الوطنية للموجب ، فقد تعرضت بعض القوانين لضرورة استخدام اللغة الوطنية في الإعلان والتعامل للمحافظة عليها وحماية مصالح المستهلك وحقوقه[916] .

([913]) د.خالد ممدوح إبراهيم ، مرجع سابق ، 318 .

([914]) د.أحمد خالد العجلوني ، التعاقد عن طريق الإنترنت (دراسة مقارنة) الطبعة الأولى ، عمان ، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع ، 2002 ، ص 72.

([915]) د.خالد ممدوح إبراهيم ، مرجع سابق ، ص 320 وما بعدها.

([916]) د.أسامة أبو الحسن مجاهد ، مرجع سابق ، ص 148.

لذلك يجب أن يكون الإيجاب بلغة القابل أو بلغة يفهمها القابل جيداً ليتم الحكم ، في درجة وضوح العقد إذ يصعب ذلك إن لم يكن بنفس لغة القابل وعليه لا بد من مراعاة اللغة الأم للمستهلك ليفهم مضمون وموضوع العقد وأية شروط أخرى وهذه من أقل الحقوق التي يجب أن تراعى في القوانين الوطنية وبخاصة في مجال العقود المبرمة عن طريق الإنترنت وإذا كان الإيجاب في نطاق جغرافي معين يمكن تجاوز مشكلة وجوب أن يكون الإيجاب أو الإعلان بلغة القابل[917].

وأن ما يؤكد الاحتياطات الواجب اتخاذها في مجال اللغة بما يتعلق بالمستهلك هو أن معظم الشركات قد تحققت من أن الطريقة الوحيدة للقيام بالأعمال بشكل فعال في ظل وجود ثقافات أخرى يكون بالتوافق مع تلك الثقافات، فأعمال الويب تتحد للوصول إلى العملاء المحتملين (المستهلكين) في الدول الأخرى وثقافتها بترجمة الموقع إلى لغة أخرى، وقد وجد الباحثون أن هناك احتمالية شراء العملاء للمنتجات والخدمات من مواقع الويب المعروضة بلغتهم حتى مع إمكانية قراءة اللغة الأجنبية وفهمها ، اضف الى ذلك ان المواقع العالمية بدأت تبرز صفحاتها بلغات متعددة، وهذا يسهل للزائرين الدخول لمواقعها للتفاوض والقبول.

وبالإشارة إلى قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي رقم ٧٨ لسنة ٢٠١٢ ، وكذلك مشروع قانون المعاملات الإلكترونية المصري لسنة ٢٠٠١ نجد أنها لم تتعرض إلى اللغة التي يجب أن يكون فيها الإيجاب، وكذلك الحال بالنسبة لقانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية وعلى ذلك يمكن القول أن للأطراف حرية اختيار لغة التعاقد وفقا للقواعد العامة التي لا تضع قيوداً على لغة العقد، فالمهم أن تكون هذه اللغة مفهومة لكلا المتعاقدين.

2- **<u>الصفة الدولية للإيجاب الالكتروني (إيجاب عالمي)</u>:-** عادة ما يتم الإيجاب الالكتروني باستخدام وسائط إلكترونية وعبر شبكة دولية مفتوحة للاتصالات (الشبكة العنكبوتية) فهو لا يتغير بحدود الدول السياسية والجغرافية ، لذا يمكن القول إن هذا الايجاب يكون موجهاً للجمهور وغير موجه

(917) د.محمد إبراهيم أبو الهيجاء ، عقود التجارة الإلكترونية (العقود الإلكترونية ـ المنازعات العقدية وغير العقدية ـ القانون الواجب التطبيق) الطبعة الأولى ، عمان ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، 2005 ، ص 47 .

لشخص معين ، واتباعاً لذلك يكون الإيجاب الالكتروني دولياً [918] ، ومع ذلك لا يوجد ما يمنع من قصر الإيجاب الإلكتروني على منطقة جغرافية محددة، مما يجعل له نطاق جغرافي ومكاني معين ومثال ذلك ما تقرره الولايات المتحدة الأمريكية من حظر توجيه الإيجاب للدول الموقع عليها عقوبات اقتصادية مثل كوريا الشمالية وكوبا والسودان، مما يعني أن الإيجاب يمكن أن يكون دوليا أو إقليميا، وبهذا يلتزم الموجب بإبرام العقود أو تسليم المنتجات في النطاق الجغرافي الإقليمي أو الدولي المحدد، وقد أشار البند الرابع من العقد النموذجي الفرنسي الإلكترونية في فقرتيه الثالثة والرابعة إلى تحديد المنطقة الجغرافية التي يعطيها الإيجاب للتجارة وكذلك المنطقة الجغرافية التي يغطيها التسليم [919].

ويمكن القول بأن شبكة الإنترنت قد جاءت لإلغاء الحواجز المكانية والزمانية التي أوجدتها التجارة بمعناها التقليدي ،حيث يعد عنصر الزمن من أهم مقومات ثورة الاتصالات التي كانت سبباً في ظهور هذه الشبكة ، فالتجارة الدولية خير مثال على دولية الإيجاب الالكتروني.

ثانياً:- القبول في العقد الالكتروني.

ليس الإيجاب كاف بوحده لإتمام العقد، بل لابد أن يعقبه قبول مطابق له من المتعاقد الآخر وبذلك يتم التعاقد، فالعقد الإلكتروني لا يختلف عن نظيره التقليدي بهذه المسألة فهو يحتاج قبول إلكتروني مطابق مع الإيجاب الإلكتروني .

ويعرف القبول بوجه عام بأنه التعبير البات عن ارادة الطرف الذي وجه اليه الايجاب فهو الارادة الثانية في العقد[920] ، وقد عرفته المادة (١٠٢) من مجلة الأحكام العدلية "القبول ثاني كلام يصدر من

([918]) د.محمد حسين منصور ، المسؤولية الإلكترونية ، الطبعة الأولى ، دارالجامعة الجديدة الإسكندرية ، 2007 ، ص 19 ؛ د.خالد ممدوح إبراهيم ، مرجع سابق ، ص 323 .

([919]) د.أسامة أبو الحسن مجاهد ، مرجع سابق ، ص 149.

([920]) د.عباس العبودي ، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجتها في الاثبات المدني (دراسة مقارنة) ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 1997 ، ص 122؛ للتفصيل أكثر راجع د.عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق ، ص 134 وما بعدها.

أحد العاقدين لأجل انشاء التصرف وبه يتم العقد". ويشترط في القبول الشروط العامة للإيجاب وأن يكونا قائمين متطابقين فيما بينهما.

ويتضح من ذلك ان القبول هو التعبير عن إرادة من وجه إليه الإيجاب، لإبرام التعاقد بناء على البيانات التي تم إرسالها من خلال الإيجاب دون إحداث أي تعديل والموافقة على محتوياته ليطابق القبول الإيجاب فإذا اختلف القبول عن الإيجاب أعتبر إيجابا جديداً وليس قبولاً وهذا ما جاء في المادة (٨٦) من القانون المدني العراقي والتي اعتبرت أن القبول غير المتطابق مع الايجاب يعتبر رفضاً يتطلب ايجاباً جديداً [921].

هذا وقد أشار العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية للقبول في بنده السابع بعنوان (قبول العرض) حيث جاء في فحواه " أن موافقة المشتري يجب أن تتضمن تحديداً لبعض العناصر وهي الشيء أو الخدمة المتعاقد عليها والثمن وطريقة الوفاء وطريقة التسليم والطريقة التي تتم بها خدمة ما بعد البيع، فالإشارة إلى هذه العناصر تستهدف ضمان اتفاق القبول مع الإيجاب في العناصر الرئيسة للعقد والتي لا ينعقد دون الاتفاق عليها "[922].

ويمكن تعريف القبول الإلكتروني بأنه "تعبير متلقي العرض عن قبوله به كما هو ، أي بالشروط ذاتها الواردة في العرض" [923] ، أي أن يأتي القبول مطابقاً للإيجاب (العرض) مطابقة تامة فإذا ما تضمن أي تعديل للإيجاب في مسألة ما فإن العقد لا ينعقد .

وقد يعُبر عن القبول صراحةً أو ضمناً ، فمن أوجه القبول الصريح في العقد الإلكتروني أن يعُبر القابل عن رضاه بشكل صريح كأن يقوم بالضغط على ايقونة الحاسوب لطباعة كلمة موافق او اختيار (**OK**) أو كتابة عبارة ما ، مثلاً قبلت العرض المقدم من قبلكم والمؤرخ في.... ، ويكون القبول ضمنياً إذا ما

([921]) يقابلها نص المادة (96) من القانون المدني المصري والمادة (99) من قانون المدني الأردني والمادة (97) من القانون المدني السوري.

([922]) د.أسامة أبو الحسن مجاهد ، مرجع سابق ، ص 152.

([923]) د.طوني ميشال عيسى ، التنظيم القانوني لشبكة الإنترنت ، دار صادر لبنان ، 2001 ، ص 268.

قام القابل باي عمل او تصرف يفيد الموافقة على العرض ، مثلاً كان يقوم الموجب بالدفع الالكتروني عن طريق بطاقات الائتمان بعد إعطائه رقم البطاقة السري (الباركود) دون أن يعلن صراحة قبوله فيتم ابرام العقد وفقاً لهذا القبول الضمني[924].

ويرى البعض [925] أن التعبير عن إرادة القبول الإلكترونية لا يكون إلا صريحاً ، فالقبول الإلكتروني يتم عن طريق أجهزة وبرامج إلكترونية تعمل آليا ، وهذه الأجهزة لا يمكنها استخلاص أو استنتاج إرادة المتعاقد ، ووفقاً لهذا الرأي لا يمكن القول بأن التعبير عن إرادة القبول الإلكتروني يمكن أن يكون إشارة متداولة عرفاً أو باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على حقيقة المقصود منه، أو السكوت المقترن بظروف يرجح معها دلالته على القبول .

ومن خلال ما تقدم يتبين لنا أن القبول الإلكتروني لا يخرج عن مضمون هذه التعاريف سوى أنه يتم عبر وسائط إلكترونية من خلال شبكة الإنترنت وأن كان قبولاً عن بعد فهو يخضع لذات القواعد والأحكام التي تنظم القبول التقليدي ، والتعبير عن القبول الإلكتروني بالشكل الصريح ممكن أن يتم بأي صورة من صور التعبير عن الإرادة فقد يكون بالوسائل التقليدية للكتابة أو بالوسائل الإلكترونية عبر البريد الإلكتروني أو عبر شبكة المواقع أو باللفظ التقليدي أو عبر وسائل الاتصال الفوري (التلكس أو الفاكس) أو عبر شبكة الإنترنت من خلال البرامج المخصصة للمحادثة أو الرؤية المباشرة من خلال الشبكة عبر برنامج الفيديو (الصوت والصورة) وقد يتم بالإشارات والحركات المفهومة، اذن فلا شيء يمنع من ابتكار طرق جديدة في التعبير عن القبول عبر الشبكة وفي هذا النوع من العقود (العقود التي تبرم عبر شبكة الانترنيت) خاصة الامر الذي يتماشى مع طبيعة الشبكة ، تماماً كما حصل منذ وقت غير بعيد في مجال السلع والبرامج المعلوماتية حين ابتكرت تقنية جديدة للتعبير عن القبول وهذه التقنية معروفة بالانكليزية باسم (**Shink warp Licence**) وبالفرنسية (**Logicielsous plastique**) وهي امريكية الاصل تعتمد على منح مستعملي برامج الحاسب الآلي اجازات استعمال غير حصرية

(924) د.العباس العبودي ، مرجع سابق ، صفحة 123؛ د.خالد ممدوح إبراهيم ، مرجع سابق ، ص 343.

(925) د.أسامة أحمد بدر ، مرجع سابق ، ص 205 ؛ د.إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، مرجع سابق ، ص 93.

لهذا البرنامج ، إذ يعد قبولاً بانشاء عقد اجازة استعمال البرنامج تمزيق غلاف القرص اللين الذي يحتوي على البرنامج[926] ، وهي من الطرق التقنية الحديثة وتسمى بتقنية فض العبوة عندما تتضمن العبوة الموضوع بها البرنامج عبارة تفيد ان فض العبوة بنزع الغلاف يعد قبولاً بشروط التعاقد الواردة في العقد . فضلاً عن ذلك فان هنالك طرق متعددة للتعبير عن الارادة منها ارسال كلمة المرور (**wordPass**) الى التاجر او تثبيت الطلبية من التاجر بالبريد الالكتروني أو النقر بوساطة الفأرة أو إعداد وثيقة الآمر بالشراء [927] .

يستخلص مما سبق وكما هو الحال بالنسبة للإيجاب أنه ليست هناك طريقة محددة يتسم فيها التعبير عن القبول، وذلك وفقاً للقواعد العامة الواردة بهذا الصدد حيث أجازت للمتعاقد أن يعبر عن إرادته بالقبول بأية وسيلة لا تدع شكاً في دلالتها على التراضي .

الفرع الثاني

صحة التراضي

لا يكفي أن يكون التراضي موجوداً لوحده بل يجب إضافة إلى ذلك ان يكون صحيحاً ، والتراضي لا يكون صحيحاً إلا إذا كان صادراً عن ذي أهلية ، اي أنه يشترط لصحة التراضي أن تكون الإرادة خالية من العيوب (الغلط والاكراه والاستغلال والغبن مع التغرير) وأن تكون صادرة عن كامل الأهلية[928].

ويمكن القول ان عيوب الإرادة في العقود التقليدية لا تختلف عنها في العقود الإلكترونية ، فلم نجد بشأن ذلك ما يعد من أوجه الخصوصية في التعاقد عبر الإنترنت ، لاسيما وأن الأمثلة التي تناولها بعض الفقه لعيوب الإرادة في العقد عبر الإنترنت لا تخرج عن كونها أمثلة تقليدية تستوعبها القواعد العامة

([926]) د.طوني ميشال عيسى ، مرجع سابق ، ص 269.

([927]) د.أسامة أبو الحسن مجاهد ، مرجع سابق ، ص 153 وما بعدها.

([928]) د.عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق ، ص 171.

في الغلط والتدليس فيضرب البعض مثالا تقليديا للغلط وهو أن يتبين للمشترى الذي أبرم العقد عبر الإنترنت عند تسلمه المبيع أنه ليس متفقا مع ما توقعه أو أنه ليس صالحا للاستعمال الذي اشتراه من أجله، وهنا بإمكان المشتري المطالبة بإبطال العقد وذلك لوجود عيب في ركن التراضي، وهو ذات الأمر بالنسبة للتدليس حيث عند إبرام العقد عبر الإنترنت وهو حالة الإعلان المضل بشكل ظاهر على الإنترنت أو الوعد بواسطة رسالة إلكترونية بمميزات وهمية تماماً وذلك لغرض إقناع الطرف الآخر بإتمام إبرام العقد بشروط معينة.

أن العقد الإلكتروني يعتبر من العقود التي تبرم عن بعد عبر الإنترنت تطبيقاً للواقع العملي وهذا قد يقلل من الأهمية العملية لنظرية عيوب الإرادة في هذا النطاق، وهنا يسمح للمشتري (المستهلك) بإرجاع المنتج دون حاجة لإثبات وقوعه في غلط أو تعرضه للتدليس خاصة وأن هذا الإثبات قد يكون صعباً بالنسبة للغلط بصفة خاصة، وهنا يبقى شخص المشتري متمسكاً بالإبطال وفقاً النظرية عيوب الإرادة ،ويترتب على ذلك فوائد عدة نذكر أهمها:-

1- لا يتحمل المشتري في حالة الإبطال بسبب وقوعه في الغلط أو تعرضه للتدليس مصروفات النقل والتي سيتحملها البائع في هذه الحالة أو على الأقل في حالة التدليس.
2- لا يستطيع البائع وبصفة خاصة في حالة التدليس أن يتمسك بالشروط التي تحظر إرجاع السلعة أو تقيد ذلك الإرجاع بشروط معينة.
3- يكون للمشتري حق الرجوع على البائع بالتعويض في حالة التدليس على أساس العمل غير المشروع.
4- للمشتري الاستفادة من المدة المقررة لرفع دعوى الإبطال بسبب عيوب الإرادة وهي تتجاوز بكثير المدة المقررة لاستعمال الحق في الرجوع في العقد[929].

ويتضح مما تقدم أن رخصة الرجوع المقررة للمشتري (المستهلك) في العقود المبرمة عن بعد قد لا تحقق في الكثير من الحالات الفوائد التي قد يحققها التمسك بالإبطال بسبب عيوب الإرادة .

([929]) د.أسامة أبو الحسن مجاهد ، مرجع سابق ، ص173 - 174 .

ويقصد بالأهلية بوجه عام صلاحية الشخص لكسب الحقوق وتحمل الالتزامات ومباشرة التصرفات القانونية. وفي ظل التعاقد عبر الإنترنت فقد تثير الاهلية بعض المشاكل ، وأهمها أنه سيكون من الصعب على البائع عن بعد التحقق من أهلية المتعاقد الآخر على الشبكة، وهي مشكلة حقيقية تظهر دائما في العقود التي تبرم دون حضور مادى للأطراف كما هو الحال بالنسبة للعقود الإلكترونية، حيث بإمكان اي شخص القيام بانتحال صفة شخص آخر أو سرقة بياناته الإلكترونية أو بطاقته المصرفية وابرام العقود باسمه وإظهاره بمظهر الشخص البالغ كما انه بإمكان ناقص الأهلية ابرام مثل هذه العقود دون أن يُكتشف امره ، وفي مثل هذه الظروف يجب ان تكون هناك حماية حقيقية للبائعين (المهنيين) وترجيح مصلحتهم (تطبيقا لنظرية الظاهر) وعدم السماح بإبطال العقد لنقص أهلية المتعاقد معه وذلك تطبيقا لنظرية الظاهر، فيجوز للبائع أو مقدم الخدمة أن يتمسك بأن القاصر قد توافر فيه مظهر المالك أو صاحب البطاقة ومن ثم مظهر الشخص البالغ، وهذه هي الطريقة المثلى لحماية مصلحة البائع أو مقدم الخدمة من إهمال الراشدين في مراقبة القاصرين ، كما يستطيع من تعاقد مع القاصر بحسن نية الرجوع على هذا القاصر على أساس قواعد المسئولية التقصيرية وليس العقدية في القانون الأمريكي، وهو ما أخذ به القانون المصري أيضا فقد نصت المادة ١١٩ من القانون المدن المصري على أنه " يجوز الناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد، وهذا مع عدم الإخلال بإلزامه بالتعويض، إذا لجأ الطرق احتيالية ليخفى نقص أهليته » وهو ما ندعوا به المشرع العراقي للأخذ بما جاء به المشرع المصري.

المطلب الثاني

ركن المحل في العقد الالكتروني

يستلزم القانون المدني العراقي لقيام العقد بالإضافة الى التراضي ان يكون له محل فقد نصت المادة (١٢٦) منه على أنه "لا بد لكل التزام نشا عن العقد من محل يضاف إليه ..."إليه)، وبالتالي فإن العقد الالكتروني المبرم عبر الإنترنت لا يخرج عن نطاق حكم هذا النص من حيث ضرورة وجود محل يضاف إليه حتى يقوم هذا العقد ، ولكن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا المقام متعلق بتحديد المفهوم القانوني لمحل العقد الالكتروني المبرم عبر الإنترنت، وكذلك الشروط الواجب توافرها فيه؟

ويمكن تعريف محل الالتزام بوجه عام بأنه الشيء الذي يلتزم المدين القيام به ، ويكون هذا الالتزام اما القيام بعمل او الامتناع عن عمل أو نقل حق عيني[930]. ويمكن أن نعرف محل العقد الالكتروني بأنه العملية القانونية التي يسعى طرفا العقد الى تحقيقها عبر الانترنت، ويتبين لنا مما تقدم أنه يشترط في محل العقد بصفة عامة أن يكون معينا أو قابلا للتعيين وأن يكون مشروعا وأن يكون موجودا أو ممكنا، ولا يبدو لنا وجود شئ من الخصوصية في الشرط الأخير فيما يخص العقد الإلكترون ولذلك فإننا سنقتصر على ما يتعلق بالشرطين الأول والثاني بشأن هذا العقد ، لذا سنقوم بتقسيم هذا المطلب الى فرعين نتناول فيهما شرطا محل العقد الإلكتروني وكالاتي:-

الفرع الاول

أن يكون محل العقد الالكتروني معيناً أو قابلاً للتعيين

أشارت المادة (١٢٨) من القانون المدني العراقي لهذا الشرط ، حيث نصت على انه " ١- يلزم ان يكون محل الالتزام معينا تعيينا نافيا للجهالة الفاحشة سواء كان تعيينه بالإشارة اليه او الى مكانه الخاص ان كان موجودا وقت العقد او ببيان الاوصاف المميزة له مع ذكر مقداره ان كان من المقدرات، او بنحو ذلك مما تنتفي به الجهالة الفاحشة ولا يكتفي بذكر الجنس عن القدر والوصف.

٢- على أنه يكفي أن يكون المحل معلوما عند العاقدين ولا حاجة لوصفه وتعريفه بوجه آخر". ويتبين لنا من خلال استقراء النص المتقدم بانه يشترط لقيام العقد بصفة عامة ان يكون محله معيناً او قابلاً للتعيين او معلوماً ، وفي حال عدم تعيين المحل تعييناً نافياً للجهالة فإن ذلك سيؤثر سلباً على إبرام العقد وينشب الخلاف بين الطرفين ، او قد يؤدي الغلط في محل العقد الى انعدام انعقاده ، ومن هنا يمكن القول بأن تعيين المحل يختلف باختلاف طبيعته وما اذا كان حاضراً في مكان العقد من عدمه ، فمثلا لو كان محل العقد شيئاً معيناً بالذات (الاشياء القيمية) وكان موجوداً وقت التعاقد هنا يكفي الاشارة اليه

(930) راجع المواد (128 - 130) من القانون المدني العراقي.

، على العكس مما لو كان غير موجود ، فيجب وصفة وصفاً دقيقاً نافياً للجهالة الفاحشة عن غيره ،ويختلف الأمر في حال ما إذا كان محل العقد من الأشياء المثلية.

ان شرط التعيين أو القابلية للتعيين في محل العقد الالكتروني يتمتع - بالإضافة إلى ما ذكرناه بخصوص هذا الشرط لمحل أي عقد بشكل عام - بشيء من الخصوصية، فإذا علمنا أن وصف محل العقد الالكتروني يتم عادة على الخط أي على الشبكة نفسها، فإنه غالبا ما يكون مصحوبا بصورة كما هو الحال في الكتالوج الورقي التقليدي، كما يلاحظ أن المتعاقد المحتمل قد يتلقى بعض الرسائل الإلكترونية عبر الشبكة والتي تتضمن تأكيدا لنوع وصفات وكل ما يتعلق بمحل العقد المزمع إبرامه، ويبدو أن هذه العملية تتسم بطابع إعلاني أكثر من اعتبارها التزاما قانونيا يقع على عاتق طرف العقد الآخر المدين بالمحل، ومع ذلك نقول أن عملية وصف المحل قد تتمتع بقيمة قانونية إذا نظر إليها باعتبارها التزاما من الطرف المدين به يؤديه عبر ضمان جودة المحل وصحة ودقة ومطابقة الصفات المطلوبة فيه والمنصوص عليها في العقد الالكتروني المراد إبرامه عبر شبكة الإنترنت وقد أكد العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية على وجوب تحديد الصفات الرئيسية للسلع والخدمات المعروضة ، وعلى الرغم من ذلك تجدر الإشارة إلى أن المدين بالمحل في العقد الالكتروني قد يحرص على التأكيد - من خلال ذلك العقد - على أنه من الممكن أن يحدث اختلاف بين وصف المحل بأكبر قدر من الدقة والعناية وبين ما هو عليه ذلك المحل في الواقع. عبر النص صراحة على ذلك في أحد بنود العقد المزمع إبرامه بينهما، وذلك درءا لأي مسؤولية قد تترتب عليه، وفي هذه الحالة تنتفي المسؤولية عن أي غلط قد يقع في المحل خاصة إذا وردت عبارة نرجو قراءة أوصاف المحل بعناية، ومع ذلك نقول أنه إذا كان بوسع طرف العقد الالكتروني المدين بالمحل أن يضع مثل ذلك الشرط الذي يعفيه من المسؤولية دائما، إلا أن ذلك لا يسري في حالة الغش أو الخطأ الجسيم المرتكب من قبله، ويلاحظ عموما أن بعض العقود على الشبكة قد تتضمن بندا يعرف بالضمان الصريح للمحل، ومثال ذلك التعاقد بناءً على تقديم عينة من محل العقد المزمع إبرامه تعتبر بمثابة صورة - أو نموذج - تدل على صفات المحل النهائي للعقد، وفي هذه الحالة يجب أن تتم المطابقة بين المحل النهائي والعينة المقدمة وهذا ضمان يقع على عاتق المدين بالمحل، ومهما يكن من أمر يمكننا القول أن وصف المحل بتفصيل وعناية ودقة بالغة على

شبكة الإنترنت يمكن أن يعد من قبيل ضمان المطابقة ولو لم يرد أي بند بخصوص ذلك في العقد المزمع إبرامه، ويقاس ذلك بقدر تأثير هذا الوصف على إرادة الطرف الذي يرغب بإبرام ذلك العقد عبر الإنترنت [931].

الفرع الثاني

أن يكون محل العقد الالكتروني مشروعاً

أشارت المادة (١٣٠/١) من القانون المدني العراقي لهذا الشرط ، حيث نصت على انه " يلزم ان يكون محل الالتزام غير ممنوع قانونا ولا مخالفا للنظام العام او للآداب والا كان العقد باطلا " [932]. ويتضح من خلال استقراء النص أنه يشترط ان يكون المحل مشروعاً، ويكون المحل مشروعاً اذا لم يكن ممنوعاً قانوناً أو مخالفاً للنظام العام والاداب العامة وجزاء الإخلال بهذا الشرط هو بطلان العقد. وشرط المشروعية يجب أن يتوافر في محل الالتزام التعاقدي اياً كان ، سواء كان التزام بعمل أو امتناع عن العمل او كان التزاماً بنقل حق عيني[933].

والأصل أنه يجوز التعامل بكل السلع والخدمات مستندين في ذلك على مبدأ حرية التجارة ما لم ينص القانون على استثناء نوع معين من السلع والخدمات فقد ترد بعض النصوص القانونية الخاصة والتي تفرض بعض القيود على التجارة مثل القيود التي تحضر الاتجار بالمخدرات [934] والسلاح والاتجار بالرقيق ، ومن ثم فإنها لاشك تطبق ايضاً على التجارة الالكترونية .

([931]) د.أسامة أبو الحسن مجاهد ، مرجع سابق ، ص 176 وما بعدها.

([932]) يقابلها نص المادة (135) من القانون المدني المصري والمادة (163) من القانون المدني الأردني

([933]) عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق ، ص 246.

([934]) نصت المادة (9) من قانون المخدرات والمؤثرات العقلية العراقي رقم 50 لسنة 2017 على أنه "لا يجوز استيراد وتصدير أو نقل أو زراعة أو إنتاج أو صنع أو تملك أو حيازة أو بيع أو شراء أو تسليم مواد مخدرة أو مؤثرات عقلية أو سلائف كيميائية أو المتاجرة ...."

ويؤكد ذلك نص المادة (١٥٩٨) من التقنين المدني الفرنسي بقولها "يجوز أن يكون محلاً للبيع كل ما يدخل في التعامل ما لم تحظر بعض القوانين الخاصة التصرف فيه" .

ويتضح لنا ان القانون العراقي والمصري وكذلك الفرنسي تفرض بعض القيود على مبدأ حرية التجارة كاستثناء يرد على الأصل والغاية من وراء ذلك هو الحفاظ على النظام العام والمصالح العامة وبالتالي حماية المشتري . وعلى الرغم من أن معظم التشريعات والقوانين الوطنية تحرم بيع الاسلحة الا في حالات محددة وعلى سبيل الحصر وبعد الحصول على الترخيص اللازم لذلك[935] ، نجد ان هنالك العديد من دول العالم لا تجد ضيراً من المتاجرة بالاسلحة عبر الشبكة . خاصة أن القوانين المحلية في تلك البلدان تبيح ذلك بيد أن شبكة الانترنيت تتجاوز الحدود الجغرافية والسياسية لتنطلق الى بلدان اخرى تحظر هذا النوع من التجارة فتكون غير مشروعة فيها ، فهنالك العديد من المواقع على شبكة الانترنت تعرض للبيع بعض الأسلحة النارية ففي امريكا خصوصا تعرض للبيع بعض أنواع الاسلحة النارية من خلال مواقع على الشبكة منها المواقع العسكرية النظامية والمواقع غير الحكومية ، واخرى تقدم صوراً خليعة او يباشر عليها لعب القمار ، حيث يتضح أن هذه المواقع قد خالفت شرط ان يكون المحل مشروعاً الذي يحرص القضاء على تطبيقه ، وهذا ما يدعو الى ضرورة وجود نوع من التنسيق الدولي بشأن التجارة الالكترونية عبر شبكة الانترنيت آخذين بعين الاعتبار بيئتها الدولية ، اذ ان الحل الذي يؤخذ على المستوى الوطني دون مراعاة لما يجري في العالم سيؤدي الى نتائج خطيرة ،لاسيما وان القيود ذات الطابع الوطني يدور حولها الشك بشأن فعاليتها حيث ان اغلب هذه المواقع عبر الشبكة لا تخضع لأي نوع من الرقابة والدليل على ذلك حدوث عدد لا يستهان به من التجاوزات والتي تزيد لا محال في المستقبل، خاصة وما نشهده اليوم من انفجاراً في مجال المعلوماتية والتطور الفني والتكنولوجي في مجال الاتصالات [936].

([935]) نص البند الرابع من العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية على حظر بيع بعض الأموال والخدمات عن بعد مثل "المنتجات الدوائية ،الأسلحة ، والتعامل بصفة عامة مع الأشياء التي تتعارض مع الآداب العامة والتي تمثل الاعتداء على حرمة الإنسان كالاتجار بالرقيق وبيع الأعضاء البشرية" .

([936]) راجع المادة (4/ ثالثا) من قانون الأسلحة العراقي رقم 51 لسنة 2017.

ويتبين مما تقدم أن الأصل حرية البيع والتعامل عبر شبكة الانترنيت فيجوز التعاقد الالكتروني عن بعد من خلال شبكة الإنترنت ما لم توجد نصوص قانونية خاصة تمنع التعامل بنوع من الأموال والخدمات مثل (المخدرات ، الاسلحة ، الاتجار بالرقيق) وهذا ما يمثل مشروعية محل العقد الالكتروني فإذا ما وجد نص قانوني يمنع التعامل بنوع معين من السلع وتم العمل بخلاف هذا النص فإن ذلك يمثل مخالفة صريحة لقواعد قانونية تعد من النظام العام وبالتالي يؤدي ذلك الى بطلان العقد لعدم مشروعية المحل.

الخاتمة

تناولت الدراسة مشكلة مهمة تعرض كل يوم في الحياة العملية القانونية في ظل التطور التكنلوجي الهائل وهي: مشكلة البحث عن مدى قيام العقد الإلكتروني على ذات الأركان التي يقوم عليها العقد التقليدي، وكيفية التأكد من هوية وأهلية الأطراف المتعاقدة، وهل مفهومي الإيجاب والقبول الإلكتروني مختلف عن مفهومي الإيجاب والقبول التقليدي وما هو مجلس العقد الإلكتروني وما الذي يحدد إذا كان مجلس العقد بين حاضرين أم بين غائبين وأخيراً ما هو زمان مكان إبرام العقد الإلكتروني .

وتحقيقًا للأهداف المنشودة من هذه الدراسة فقد جاءت الدراسة في مقدمة ومبحثين وقد خرجت الدراسة بأهم النتائج والتوصيات وهي:

اولاً:- النتائج.

1- غياب التنظيم القانوني الذي يحكم العقود الالكترونية في العراق في ظل ازدهار التجارة الالكترونية.
2- يمكن تطبيق القواعد العامة في نظرية العقد على ما يثيره إبرام العقد الإلكتروني أو عقد التجارة الإلكترونية من مشاكل ، مع البحث عن القواعد الخاصة اللازمة لتكملتها في حال ما لم تكن كافية في هذا الشأن.
3- أن العقد الإلكتروني يعد من طائفة العقود التي تبرم عن بعد والتي تخضع لمبدأ الرضائية فضلاً عن ذلك فإن العقد الالكتروني يتميز عن العقود التقليدية وكذلك العقود التي تبرم عن بعد .

4- ان للإيجاب الالكتروني أوجه خصوصية تميزه من الإيجاب بمعناه التقليدي وتتجلى أوجه الخصوصية في الصفة العالمية وأن يكون الإيجاب باللغة الوطنية مع تحديد النطاق المكاني للإيجاب أي تحديده برقعة جغرافية معينة.

5- أن العقد الإلكتروني هو عقد بين غائبين ينعقد بوسيلة سمعية بصرية تتميز بالتفاعلية .

6- ان العقد الالكتروني يخضع للقواعد العامة للاهلية .

ثانياً:- التوصيات.

1- نوصي المشرع العراقي بتشريع تنظيم قانوني لحماية المشتري (المستهلك) تجاه البائع (المُنتج) سيء النية في حالة التعاقد عن بعد بصفة خاصة ، في ظل تجربة عملية أقل ما يقال عنها ما زالت حديثة في المهد بالنسبة لبلد مثل العراق ، اخذين في حل هذه المشاكل بما جاء به الفقه المصري والفرنسي لنقف على أبعاد المسألة من خلال تطبيق أكثر عملاً وانتشاراً وذلك من أجل تحقيق حد معين من الطمأنينة لأطراف العقد المبرم عبر الإنترنت، ومن أجل التوافق مع التقنية المتقدمة التي يتم هذا التعاقد من خلالها.

2- كما نوصي باعتماد نظام الكاتب بالعدل الإلكتروني لتجنب مخاطر التعاقد عن بعد وذلك بتدخل شركة وسيطة لضمان صحة المعلومات المتداولة على الشبكة ولضمان تسليم البضائع والخدمات المتعاقد عليها مع أثمانها .

3- نوصي باعتماد المبدأ الذي يقضي بأنه في العقود الالكترونية يحق لأطراف العقد اختيار القانون الواجب التطبيق على التزاماته التعاقدية وهو ما جرى اعتماده في الولايات المتحدة في المؤتمر الوطني لمندوبي الولايات المتحدة في تموز من عام ١٩٩٩ والذي هو في حقيقة الأمر يطابق تماماً ما جاءت به المادة (٢٥) فقرة (١) من القانون المدني العراقي .

4- الاعتراف بالشكل الواضح الصريح برسالة البيانات كوسيلة مقبولة قانونا للتعبير عن الإيجاب أو القبول.

5- إيراد نص في قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي يوضح فيه حق المشتري (المستهلك) بالعدول عن التعاقد وارجاع السلع التي تم شراءها من خلال الإنترنت

دون إبداء الأسباب خلال مدة أقصاها عشرة أيام من تاريخ استلام البيع على غرار ما أتي به القانون المصري والفلسطيني.

6- الاستعانة بالكوادر الفنية المتخصصة بتكنولوجيا وسائل الاتصال وبخاصة الإنترنت أثناء صياغة المواد القانونية المتعلقة بالتجارة الإلكترونية.

7- توفير الإمكانية لكافة قضاة المحاكم على اختلاف درجاتها ليتمكنوا من التعامل والفصل في القضايا الناجمة عن العقود الإلكترونية وذلك من خلال الدورات التدريبية المتخصصة بهذا المجال) تكنولوجيا المعلومات).

الكلمات المفتاحية

الخصوصية	خاص ، ذاتي ، شخصي
العقد	اتفاق ، اتفاقية ، تعهد
تقليدية	اتباعي ، كلاسيكي ، مدرسي
ماهية	الحقيقة ، الذات
عن بعد	على مسافة
المهني	حرفة ، عمل ، خدمة

قائمة المصادر

1- إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية ، ط١ ، جامعة الكويت ، 2003 .
2- أحمد خالد العجلوني ، التعاقد عن طريق الإنترنت (دراسة مقارنة) ، الطبعة الأولى ، عمان ، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع ، 2002 .

3- أسامة أبو الحسن مجاهد ، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت ، دار النهضة العربية ، 2000.
4- أسامة أحمد بدر ، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني ، دار النهضة العربية ، مصر ، بدون سنة نشر.
5- امانج رحيم أحمد ، التراضي في العقود الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت دراسة تحليلية مقارنة ، في ضوء القانون المدني العراقي وقوانين التجارة والمعاملات الإلكترونية في كل من (الولايات المتحدة الأمريكية ، وكندا، تونس ، الأردن ، البحرين ، إمارة دبي) وقانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية ، الطبعة الأولى ، عمان ، دار وائل للنشر ، 2006.
6- بيان اسحق القواسمي ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة) ، رسالة ماجستير ، جامعة بيرزيت، فلسطين ، 2007 .
7- حسام الدين كامل الاهواني ،مصادر الالتزام (المصادر الإدارية)، القاهرة ، دون ناشر ، 1992
8- خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني ، الطبعة الثانية ، دار الفكرة الجامعي ، 2011.
9- رمضان أبو السعود، مبادئ الالتزام في القانون المدني المصري والليبي ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، لبنان ، 1984.
10- طوني ميشال عيسى ، التنظيم القانوني لشبكة الإنترنت ، دار صادر، لبنان ، 2001 .
11- عباس العبودي ، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجتها في الاثبات المدني (دراسة مقارنة) ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 1997.
12- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول ، نظرية الالتزام ، بوجه عام في مصادر الالتزام ، نظرية العقد (أركانه ، آثاره ، زواله) الجزء الأول ، دار المنشورات الحقوقية صادر ، بيروت ،2022.
13- عبد الفتاح بيومي حجازي ، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، الكتاب الأول ، نظام التجارة الإلكترونية وحمايتها ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ، 2002 .
14- عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد مع المقارنة والموازنة بين نظريات الفقه العربي وما يقابلها في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي ، الجزء الأول ، مصادر العقد (أركان العقد) ، بغداد ، شركة الطبع والنشر الأهلي ، 1967.
15- فاروق الاباصيري ، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات الإلكترونية، دراسة تطبيقية لعقود الإنترنت ، دار النهضة العربية ، القاهرة، 2003 .
16- محمد إبراهيم أبو الهيجاء ، عقود التجارة الإلكترونية (العقود الإلكترونية ـ المنازعات العقدية وغير العقدية ـ القانون الواجب التطبيق) الطبعة الأولى ، عمان ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، 2005.

17- محمد السعيد رشدي ، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة مع التركيز على البيع بواسطة التلفزيون ، مطبوعات جامعة الكويت ، 1998 .
18- محمد حسين منصور ، المسؤولية الإلكترونية ، الطبعة الأولى ، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية ، 2007.
19- محمد لبيب شنب ، (مصادر الالتزام) ، دون ناشر ، 1976 .
20- محمود عبد الرحيم الشريفات ، التراضي في التعاقد عبر الإنترنت (دراسة مقارنة) ، الطبعة الأولى ، دون ناشر ، 2005.
21- محمد فواز المطالقة ، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية ، أركانها ،إثباتها ،حمايتها (التشفير) التوقيع الإلكتروني ، القانون الواجب التطبيق ، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان، 2006.

22- نضال اسماعيل إبراهيم ، أحكام عقود التجارة الإلكترونية ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2005.

- **القوانيين**.

1- قانون الأسلحة العراقي رقم 51 لسنة 2017.
2- قانون المخدرات والمؤثرات العقلية العراقي رقم 50 لسنة 2017 .
3- قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي رقم 78 لسنة ٢٠١٢ .
4- قانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.
5- القانون المدني السوري رقم 84 لسنة 1949.
6- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.
7- القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.