حماية المستهلك
في عقود الخدمة الالكترونية

د. طالب محمد جواد عباس

م.م. أكرم فاضل سعيد

كلية الحقوق/ جامعة النهرين

حماية المستهلك في عقود الخدمة الالكترونية

المقدمة

تواصل التطور القانوني في ميدان حماية المستهلك استمراره، فبدأ في السلع واقتصر على الشخص الطبيعي في بداية الامر، ومن ثم توسعت تخومه وازدادت حدوده، فأصبح المعنى القانوني للمستهلك اوسع من معناه الكائن في الشخص اتلطبيعي واصبح محله الخدمات فضلاً عن السلع.

والحقيقة ان قوانين حماية المتسهلك قد قصرت الحماية على بعض الاشخاص من غير المهنيين، فهل يعتبر المشترك بخدمة الانترنيت مهنياً ؟ سواء اكان شخصاً طبيعياً ام معنوياً وسواء اكان مضارباً بهذه الخدمة ام مجرد مستفيداً منها ؟ وكيف نقدم له الحماية المطلوبة في ظل غياب النص القانون ؟ وكيف نستفيد من التجارب الاجنبية الدائرة حول هذا الموضوع ؟ وكيف نحل المشاكل القانونية الناتجة منها ؟ هذه الاسئلة وغيرها نحاول الاجابة عنها في هذا البحث.

اهمية البحث

تدور اهمية هذا البحث في مزجه بين التعاقد بطريق الكتروني وبين الخدمة الالكترونية المفيدة للمشترك سواء كان مهنياً او مستهلكاً عادياً لها. والحقيقة ان الخدمات الالكترونية هي منطقة وسطى . إن جاز لنا التعبير . بين المشترك وغايته التي يسعى اليها، فمن اراد افتتاح متجراً او نشر مصنفاً او الاعلان عن سلعة او مخترع عبر الخط (أي النشاط الذي يتم تنفيذه عبر شبكة الانترنت) لابد وان يلجأ الى احدى الخدمات التي تقدم عبر الخط. هذا فضلاً عن صعوبة تكييف المركز القانوني للمشترك الذي يدور بين اعتباره مجرد مستهلك او شخص مهني.

والحقيقة لو كيفنا المركز القانوني للمشتترك بانه شخص مهني وليس بمستهلك فسيصعب حمايته الحماية القانونية المتأتية من قوانين حماية المستهلك وذلك لانها تقصر الحماية على من تنقصهم الخبرة والدراية الكافية. ولكن المشترك في هذه الخدمة سواء كان مستهلكاً عادياً ام شخصاً مهنياً وزلو كان محترفاً في نشاطه التجاري لايستفيد منها مباشرة وانما تفيده الخدمات الالكترونية تسبيباً، ومن ثم فهو والمستهلك يقعان في مركز قانوني واحد؛ مركز المحتاج الى الحماية القانونية بما فيها الحماية المعطاة للمستهلك. وهذه النتيجة تبدو جلية وواضحة عندما نثبت تماثل المراكز القانونية للمستهلك والمشترك، وهذه المعادلة الشائكة يتولى هذا البحث حلها وتحليل نتيجتها والتحقق من صدقها.

خطة البحث

نرتأي ان نقسم هذا البحث الى مقدمة، وفصلين ثم نعقبه بخاتمة جامعة الافكار والعبر المستخلصة. نخصص الفصل الاول لدراسة العقود الالكترونية ودورها في رضاء المستهلك. ونخصص الفصل الثاني لتقديم الحماية القانونية للمستهلك في عقود الخدمات الالكترونية. وعلى النحو الآتي:

مقدمة البحث.

الفصل الاول . دور عقود الخدمة الالكترونية في رضاء المستهلك.

<u>المبحث الأول</u>: تعريف العقد الالكتروني.

<u>المبحث الثاني</u>: علاقة عقد الخدمة الالكترونية برضاء المستهلك.

الفصل الثاني . الحماية القانونية للمستهلك في عقود الخدمات الالكترونية.

<u>المبحث الاول</u>: وسائل حماية المستهلك.

<u>المبحث الثاني</u>: الحماية القانونية للمستهلك العراقي.

خاتمة البحث.

الفصل الاول

<u>دور الرضاء فى العقود الالكترونية</u>

نبحث هذا الموضوع في مبحثين، نخصص اولهما للتعريف بالعقد الالكتروني. وثانيهما لبيان دوره على رضاء المستهلك في انعقاد العقد المطلوب.

المبحث الاول

<u>تعريف العقد الالكتروني</u>

نرى من الضروري ان نقف عند التمييز بين مصطلح التعاقد عبر الانترنت ومصطلح العقد الالكتروني ومن ثم ان نميز بين مصطلح التعاقد عبر الانترنت ومصطلح التجارة الالكترونية في مطلب، فاذا فرغنا منه انتقلنا الى تعريف العقد الالكتروني وتمييزه من عقود المعلوماتية وتحديد انواعه في مطلبٍ ثانٍ.

المطلب الاول
تمييز التعاقد عبر الانترنت من غيره من المصطلحات القانونية

(١) التمييز بين مصطلح التعاقد عبر الانترنيت ومصطلح التجارة الالكترونية:

اختلف الفقه في تحديد مفهوم التجارة الالكترونية بسبب تزامن نضجها مع التقنية المستخدمة فيها. ومع ذلك فان هناك اربعة عناصر اساسية تميز التجارة الالكترونية من التجارة غير الالكترونية وهي:

١. **(العنصر الأول):** استخدام اجهزة الاتصال الحديثة ووسائل التعاقد الالكترونية مثل الانترنت وغيرها. وقد ساهم انتعاش التجارة الدولية في الاجهزة الالكترونية فرصة زيادة حجم المبيعات والارباح سوية[١].

٢. **(العنصر الثاني):** اعتمادها على فكرة النشاط التجاري، وهي الركيزة الاساسية لها المعتمدة لتمييز الاعمال التجارية من الاعمال المدنية.

---

[١] د. عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الالكترونية وحمايتها القانونية، الكتاب الاول (نظام التجارة الالكترونية وحمايتها المدنية)، الاسكندرية، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٤، ص ١١.

٣. **(العنصر الثالث):** اعتمادها على الدعامات غير الورقية في الانعقاد وفي الاثبات.

٤. **(العنصر الرابع):** تحررها من قيود الحدود الجغرافية للدول وذلك لان العلاقات القانونية الناشئة عن هذه التجارة ليست حبيسة مكان او بلد معين.

فبالنسبة لتعريف مصطلح التجارة الالكترونية، نجد ان هذا المصطلح غير متفق على تعريفه. فقد ذهب اتجاه اول من الفقه الى تضييق نطاقها وحصرها في مجال التعاقد عبر الانترنت حصراً[١]. وذهب اتجاه ثاني من الفقه الى توسيع نطاق التجارة الالكترونية لتشمل جميع عقود التجارة الدولية المبرمة عن طريق الوسائل الحديثة في التعاقد كافة[٢] مثل الهاتف والتفلزيون والتلكس والفاكس والمنتيل[٣]. اما الاتجاه الثالث من الفقه فقد ذهب الى توسيع التجارة الالكترونية الى ابعد مدى متصور[٤]، فأضاف الى جانب العقود والعمليات التجارية التي تبرم بين الاطراف التجارية عن طريق وسائل الاتصال الحديثة العقود التي افرزتها تكنلوجيا المعلومات وذلك من مثل عقد الدخول الى الشبكة العنكبوتية وعقد انشاء موقع عليها وعقد استضافة موقع فيها وعقد الانضمام الى متجر افتراضي وعقد الدعاية عبر الانترنت وعقد استضافة موقع فيها وعقد الانضمام الى

---

[١] يراجع د. اسامة ابو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، بحث مقدم الى مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت، كلية الشريعة والقانون بجامعة الامارات العربية المتحدة مع مركز الامارات للدراسات والبحوث الستراتيجية ومركز تقنية المعلومات بالجامعة للفترة من (١) الى (٣) مايو ٢٠٠٠، ص ص (٣٤-٣٥)؛ د. هدى حامد قشوش، التجارة الالكترونية والملكية الفكرية، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، ص ٤٨؛ د. عصمت عبد المجيد بكر، اثر التقدم العلمي في العقد (تكوين العقد/ اثبات العقد) (دراسة مقارنة)، بغداد، الناشر: صباح صادق جعفر، ٢٠٠٧، ص ٢٩؛ المستشار فارق علي الحفناوي، موسوعة قانون الكمبيوتر ونظم المعلوماتية، الكتاب = =الثاني (عقودالكمبيوتر)، ج١، (عقود البرمجيات)، القاهرة، دارالكتاب الحديث، ١٤٢٣هـ/٢٠٠٣م، ص ٤٠.

[٢] علي سيد قاسم، بعض الجوانب القانونية للتوقيع الالكتروني، بحث منشور في مجلة القانون والقتصاد، كلية الحقوق ـ جامعة القاهرة، العدد (٧٢)، ٢٠٠٢، ص ٤

د. مدحت عبد الحليم رمضان، الحماية الجنائية للتجارة الالكترونية (دراسة مقارنة)، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠١، ص ١٢.

[٣] يراجع: د. سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الانترنت (دراسة مقارنة)، مصر، دار الكتب القانونية، ٢٠٠٨، ص ٣٧ ومابعدها.

[٤] يونس عرب، التجارة الالكترونية، بحث منشور على الموقع الآتي: www.arablaw.org

متجر افتراضي وعقد الدعاية عبر الانترنت وعقد صيانة موقع عبر شبكة الانترنت. وقد اخذ بهذا الاتجاه جانباً من الفقه العراقي الذي عرَّف التجارة الالكترونية بأنها: ((هي كل معاملة تجارية تتم عبر شبكة الكترونية، وتتعلق السلع والخدمات او برامج النظم والبيانات الالكترونية، او اية انشطة اخرى تساعد في انجاز الممارسة التجارية))[1].

(٢) <u>التمييز بين مصطلح التعاقد عبر الانترنت ومصطلح العقد الالكتروني</u>:

لقد انقسم الفقه بشأن التمييز بين مصطلح العقد الالكتروني الى اتجاهين:

- **الاتجاه الاول:** يرى المقصود بالعقد الالكتروني: هو ذلك العقد الذي يتم ابرامه عبر شبكة الانترنت[2]. فهو كما يتصوره البعض عقد عادي يكتسب الطابع الالكتروني من خلال الطريقة التي ينعقد بها (الانترنت).
- **الاتجاه الثاني:** يرى ان المقصود بالعقد الالكتروني: هو ذلك العقد الذي يتم من خلال وسائل الاتصال الحديثة[3]. فهذا الرأي يكون قد وسَّع من نطاق العقد الالكتروني ولم يقصره فقط على التعاقد عبر الانترنت وان كان استعمال الانترنت هو من اهم الصور المتبعة لانعقاده.

---

[1] ينظر: د. جليل الساعدي، مشكلات التعاقد عبر شبكة الانترنت، بغدادن مكتبة السنهوري، ٢٠٠٨، ص ٢٧.

[2] يراجع: د محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٣، ص ١٨.

[3] يراجع: د. سمير حامد عبد العزيز الجمَّال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثةن ط١، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦، ص ٦٦؛ د. سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الانترنت (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ٢٠٠٨، ص١٩.

والتمييز بين العقد الالكتروني والتعاقد عبر الانترنتمسألة دقيقة جداً. فالتعاقد عبر الانترنيت يشمل طوائف ثلاثة من العقود هي:

- طائفة العقود الالكترونية (عقود الخدمات الالكترونية)؛ مثل عقد الدخول الى الشبكة وعقد تقديم خدمة المساعدة الفنية وعقد الايواء وعقد انشاء موقع الكتروني وعقد تقديم خدمة البريد الالكتروني وعقد انشاء المتجر الافتراضي وعقد الاشتراك في بنوك المعلومات وعقد بث مضمون معين على الانترنت.
- طائفة عقود المعلوماتية؛ مثل عقد بيع برامج المعلومات وعقد تأجير برامج المعلومات وعقد الترخيص باستعمال برامج المعلومات وعقد مقاولة برامج المعلومات وعقد الايجار التمويلي وعقد تقديم الدراسة والمشورة وعقد تقديم التسهيلات الادارية وعقد تقديم المساعدة الفنية.
- طائفة العقود الافتراضية والعقود على الخط التي تبرم من خلال الشبكة؛ الا ان تنفيذ الاولى منها (أي العقود الافتراضية) لايتم الا خارج الشبكة والتي يكون فيها محل العقد تسليم شيء مادي او القيام بعمل او الامتناع عن عمل يقتضي التسليم العيني (التنفيذ العيني الرضائي) فيها انم يكون خارج نطاق الشبكة، مثل شراء سيارة سيارة او الحجز في فندق او الامتناع عن منافسة مشتري المحل التجاري. اما تنفيذ الثانية (العقود على الخط) فلا تتم الا ضمن الشبكة العنكبوتية وذلك من مثل التزود بمعلومات معينة او تلقي مشورة فنية او شراء برنامج حاسوبي من الشبكة او رغبة المؤلف في نشر مصنفه على الخط.

اما العقد الالكتروني فهو الوسيلة اللازمة لتكوين وجود أي طائفة من طوائف العقود الثلاثة المشار اليها انفاً. فمثلا يستلزم انعقاد أي من طائفة العقود الالكترونية او من طائفة العقود المعلوماتية او من طائفة العقود الافتراضية او العقود الواردة على الخط ابرام عقد يتطابق فيه الايجاب مع القبول في المسائل الجوهرية (المائدة: ٨٦ مدني عراقي) ويتم هذا التطابق عملياً من خلال العقد الالكتروني الذي يعلن التعبير المكنون

في نفس المتعاقد الى المتعاقد الاخر من خلال الوسيلة الالكترونية سواء اكانت انترنت ام محمول ام بريد الكتروني ام فاكس او تلكس ونحوه.

المطلب الثاني
تعريف عقود الخدمات الالكترونية

سبق ان ألمحنا ان عقود ان عقود الخدمات الالكترونية تعد احدى الطوائف الثلاثة للتعاقد عبر الانترنيت. والحقيقة ان عقود الخدمات الالكترونية هي تلك العقود الخاصة بتجهيز وتقديم خدمات الانترنيت لا المعلومات المنشورة فيها. فتجهيز وتقديم خدمة الانترنيت هي سبب للوصول الى المعلومات المنشورة في الشبكة. ومن ثم يمكننا القول ان الخدمات الالكترونية شيء والمعلومات المشورة في شبكة الانترنت شيء اخر.

اطراف عقد الخدمة الالكترونية:

طرفا عقد الخدمة الالكترونية، هما: المعطي، والمتلقي. غالباً مايكون المعطي هو نفسه المزود بخدمة الانترنت اما المتلقي فهو المنتفع منها. ويشترط لابرام هذا العقد توافر اهلية الطرفين المناسبة لابرامه، وهذا يتطلب توافر اهلية كاملة لدى المعطي (المزود بخدمة الانترنت) اما المتلقي فيكفي توافر اهلية التمييز من جانبه لانعقاد العقد موقوفاً على اجازته بعد بلوغه او على اجازة نائبه القانوني قبل اكتمال اهليته[1]. وهذا كله تطبيق للقواعد العامة في القانون المدني.

خصائص عقود الخدمات الالكترونية:

تتميز عقود الخدمات الالكترونية ببعض المميزات فهي عقود رضائية لاشكلية تبرم عن بعد لا عن قرب بين المتعاقدين في جميع مراحلها ودون حضور مادي للاطراف

[1] والحقيقة ان أي شخص هو اهل لاجراء التصرف القانوني والتعاقد مالم يكن غير مميزا او ان تكون اهليته قد سلبت منه بحكم القانون. للتفاصيل يراجع منير وممدوح محمد الجنبيهي، الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني، الاسكندرية، دار الفكر الجامعي، بلا سنة طبع، ص ١٨٦.

المتعاقدة ويغلب عليها الطابع التجاري ويمكن تنفيذ معظم خدماتها على الخط ويغلب عليها الطابع الدولي.

١. العقد الالكتروني عقد عن بعد:

عرَّف المشرع الفرنسي الاتصال عن بعد في المادة (٢-١) من قانون تنظيم حرية الاتصالات الصادر في ٣ ديسمبر (كانون الاول) ١٩٨٦ بأنه: ((كل انتقال او ارسال او استقبال لرموز او اشارات او كتابة او اصوات او معلومات اياً كانت طبيعتها بواسطة الياف بصرية او طاقة لاسلكية او اية انظمة الكترومغناطيسية اخرى)).

ويعد الاتصال عن بعد ضرورة من ضرورات التجارة الدولية التي تستلزم مواصلة الشركات لبعضها البعض. وهذا يتطلب جرأة في التعبير عن الارادة من خلال استعمال وسائل الاتصال الحديثة من اجل سرعة المعاملات التجارية. فقد نصت المادة (١١) من اتفاقية فيينا لبيوع البضائع الدولية الموقعة في ١١/نيسان/١٩٨٠ على ان: ((عقد البيع لايستلزم ابرامه او اثباته بالكتابة ولايخضع الى اية شروط ـ متطلبات ـ شكلية ويمكن اثباته بأية وسيلة بما فيها البيّنة الشخصية)).

والحقيقة فأن هذا النوع من العقود يوفر للعميل الوقت والجهد اذ يتمكن من الاطلاع الهاديء على السلع والخدمات المختلفة بشكل عام، دون ان يتكبد مشقة الانتقال والانتظار في صف انتظار للحصول على خدمة معينة فضلاً عن كونه يتيح للعميل التعرف بسهولة على الاصناف المتعددة للسلعة الواحدة ومعرفة الاسعار المختلفة والتأكد من هوية المجهزين له والوقوف على الوصف الدقيق للخدمات المطلوبة من لدنه كما يسهم هذا النوع من العقود في خفض الاسعار[١]، حيث يلاحظ ان المحال التجارية التي تعرض منتجاتها وخدماتها عبر تقنيات الاتصال الحديثة، تحدد اسعاراً

[١] د. سمير حامد عبد العزيز الجمَّال، المرجع السابق، ص ٧١.

اقل من اسعار المحال التقليدية كما انها تجنب العميل النفقات التي تنفق في التسويق العادي، وهذا مايؤدي الى تحقيق مصلحة العملاء في نهاية المطاف[1].

٢. عقد الخدمة الالكترونية عقد تجاري تقليدي:

وبالحقيقة لايوجد معيار واضح لتمييز العقد التجاري من العقد المدني وانما يمكن التمييز بينهما من خلال التمييز بين الاعمال المدنية والاعمال التجارية. وما العقود التجارية الا عقوداً مدنية ولكن تنطبق عليها القواعد العامة في القانون التجاري بشقيها الموضوعي والشخصي. غير انه اذا صح ان اغلب العقود المدنية قد تصير تجارية فأن من الصحيح ايضاً ان هناك عقوداً لايمكن ان تكون الا تجارية خلقتها مقتضيات التجارة وحدها ولا تكاد تتم الا بين تجار وذلك كالبيوع الآجلة في البورصة والوكالة بالعمولة والعقود المتعلقة بالمخازن العامة[2] وبأي حال من الاحوال فأن عقد الخدمات الالكترونية هو عقد تجاري تقليدي بالنسبة لمزود الخدمة وعقد مدني او تجاري بالنسبة للمشترك فيها وذلك حسب طبيعة عمله. فهو عقد مختلط حسب علاقة اطرافه بالعمل التجاري، فأن كان طرفيه تجارياً وكان المقصود من تقديم هذه الخدمة تنمية اعمالهم التجارية كان العقد تجارياً، وهو يبقى من قبيل العقود التجارية مادام الباعث الدافع لانعقاده لكلا طرفيه تجارياً او لاداء عمل تجاري ولو كان احد الطرفين غير تاجر. اما اذا كان احد طرفيه ليس بتاجر ولايقصد من الحصول على الخدمة، وقت حصوله عليها، القيام بأعمال تجارية فيكون العقد بالنسبة اليه مدنياً وبالنسبة لمزود هذه الخدمة تجارياً، ومن ثم يعتبر من قبيل الاعمال المختلطة[3].

---

[1] المرجع السابق، ص ٧٢.

[2] يراجع: د. اكثم امين الخولي، العقود التجارية، القاهرة، مطبعة النهضة، مصر، ١٩٥٧، ص ٣.

[3] ويعتبر العمل مختلطاً اذا كان في حق احد طرفيه يعد عملا تجاريا وفي حق الطرف الاخر يعد عملا مدنيا. وفي هذا الصدد نود ان نشير الى رأي د. عدنان احمد ولي العزاوي، مفهوم العمل التجاري وآثاره القانونية في ظل قانون التجارة العراقي (دراسة مقارنة بالقوانين التجارية العربية)، ط١، بغداد، مطبعة الصقر، ١٩٨٧، ص٩٦ بقوله: ((وعلى اية حال فأن موقف التشريعات التجارية من الاعمال (المختلطة) يتوزع على في اتجاهين، اولهما: الاتجاه اللاتيني، الذي يوجب تطبيق القانون التجاري على كل من كان العمل تجارياً بالنسبة اليه، وتطبيق القانون المدني على الطرف الاخر. ثانيهما: القوانين التي تأثرت بالنمط الجرماني، والتي عممت تطبيق القانون التجاري على طرفي العلاقة دون تمييز)).

٣. عقد الخدمة الالكترونية عقد من العقود التي تبرم عن بعد:

يقصد بالبعد هو عدم اجتماع المتعاقدين في مكان مادي واحد او تعذر الجمع بينهما لحظة تبادل التراضي بينهما. فهل يصدق هذا المعيار على عقود الخدمات الالكترونية ؟

صحيح ان المتعاقدين في هذه العقود لايجمعهما مكان مادي واحد ولكن مسألة البعد المكاني في الشبكة فكرة مازالت غامضة غير واضحة.

- فاذا اعتبرنا ان فضاء الشبكة واحد والمتعاقدين يتصلون ببعضهما البعض من خلال هذا الفضاء فهو تعاقد بين غائبين في الزمان او المكان حسب درجة الاتصال بينهما (أي تلاقيهما زماناً واختلافهما مكاناً) ومن ثم ليس تعاقداً عن بعد.
- اما اذا اعتبرنا ان فضاء الشبكة يتيح امكانية التعاقد عن بعد بين طرفين مختلفين فيعد العقد المبرم بينهما من العقود التي تبرم عن بعد.

واذا كان ابرام العقد الالكتروني يتم عن بعد فأن تنفيذه يمكن ان يتم بنفس الطريقة أي دون حاجة لانتقال الطرفان او التقائهم في مكان معين، حيث يقوم كليهما . رغعم تواجدهم في دول مختلفة . بتنفيذ التزاماتهم المتبادلة الكترونياً، كما في عقود الخدمات المصرفية والتعليمية والاستشارات القانونية والمحاسبية والطبية وغيرها[١].

المطلب الثالث

انواع عقود الخدمات الالكترونية

تقوم عقود الخدمات الالكترونية بدور الوسيط مابين المستفيدين من الشبكة العنكبوتية (الانترنت) ومصادر المعلومات او الخدمات التي يحتاج اليها. فمنهم من يقتصر احتياجه على مجرد دخوله على الشبكة وتصفح مواقعها. ومنهم من يرغب في انشاء موقع صغير له تابع لموقع عائد لغيره بقصد بث مايريد بثه لمدة محدودة زماناً او لتجارة

[١] د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص ٢٣.

محددة له مكاناً، ومنهم من يرغب في افتتاح متجر له على الشبكة يزاول من خلاله التجارة الالكترونية وهكذا.

فعقود الخدمات الالكترونية، كما تقدم لنا، هي بمثابة الجسر المعلق بين المستفيد وطموحه الذي يسعى لبلوغه وتحقيقه من خلال استعماله للشبكة تصفحاً وبثاً وتسويقاً واعلاناً وشهرةً. وسنشرح وبشكل موجز بعض انواع عقود الخدمات الالكترونية.

١. عقد الايجار (الايواء):

اذا نظرنا بدقة الى موضوع هذا العقد، نجد ان التزام مزود الخدمة يتمثل في تقديم ما لديه من اجهزة وادوات تستعمل في الشبكة، ووضعها تحت تصرف العميل لمدة محددة وبمقابل معين[١]. ومن ثم يمكننا القول ان عقد الايواء هو عقد ايجار اشياء. ويمكننا تعريفه بأنه: ((عقد من عقود تقديم الخدمات وبمقتضاه يضع مقدم الخدمة تحت تصرف المشترك بعض امكانيات اجهزته الالكترونية))[٢]. ونعتقد ان النقطة الجوهرية في هذا العقد التي يجب على المزود تقديمها الى المتلقي هي الوصف الكامل لطبيعة الآلات او الخدمات التي يقدمها الى المشترك.

٢. عقد المتجر الافتراضي:

موقع الانترنت في عالم التجارة الالكترونية هو نافذة المحل او واجهة العرض، او قاعدة العرض. او قل هو المحل نفسه. وهذه هي الصورة البسيطة للمحل التجاري الافتراضي. ويمكن ان يستعمل هذا الموقع بشكل اكثر تعقيدا اذا ما تم تصميمه ليكون اداة للعرض والبيع والتداول وسداد الثمن والتسليم في نفس الوقت، وكل ذلك بوسائل الكترونية ومن خلال الموقع على الشبكة[٣]. وهذه هي الصورة المقربة في واقع عمل المحلات التجارية في العالم المادي. وعلى هذا الاساس فعقد المتجر الافتراضي يمكن تعريفه بأنه: ((عقد يلتزم بمقتضاه مقدم الخدمة بأن يمكن المتلقي

---

[١] د. سمير حامد عبد العزيز الجمَّال، المرجع السابق، ص ٨٠.

[٢] د. عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، ص ٣٢.

[٣] المستشار فاروق الحفناوي، موسوعة قانون الكمبيوتر ونظم المعلومات، الكتاب الثاني، (عقود الكمبيرتر)، ج٢، (عقود النظم والاجهزة)، القاهرة، دار الكتاب الحديث، ١٤٢٣هـ/٢٠٠٣م، ص ٤٩٩.

(التاجر) من عرض بضاعته من خلال موقع الكتروني، او مركز تجاري افتراضي، وذلك مقابل اجر متفق عليه))[1].

والنقطة الجديرة التي يجب على المزود ان يلتزم بها هي احترامه لخصوصية المتلقي (صاحب المحل التجاري) والمتلقى منه (الزبون) فكلاهما مستهلكين[2]. الاول مستهلك لخدمات المزود مباشرة. والثاني (أي الزبون) مستهلك ايضا بالنسبة لصاحب المتجر الافتراضي والمزود بهذه الخدمة له ايضا. والخصوصية التي يتمكن المزود من الاطلاع عليها هي معرفته بأسماء زبائن المحل التجاري وحجم مبيعاتهم ومعاملاتهم وعلاقتهم بالمصارف التجارية (وسائل النقل) المتاحة لديهم. وان الوقوف على هذه المعلومات، وان كانت من مستلزمات الخدمة او التزويد بها، الا ان الاحتفاظ بها او استعمالها ضد المستهلك ٠صاحب المحل التجاري وزبائنه) يعد عملاً من الاعمال غير المشروعة (المادة: ٢٠٤ من التقنين المدني العراقي).

٣. يمكن تعريف عقد الدخول الى الشبكة، بكونه: عقد يلتزم بمقتضاه مقدم الخدمة بتمكين العميل من الدخول الى الانترنت . من الناحية الفنية . وذلك باتاحة الوسائل التي تمكنه من ذلك، واهمها برنامج الاتصال الذي يحقق الربط بين جهاز الحاسوب والشبكة، والقيام ببعض الخطوات الفنية الضرورية لتسجيل العميل الجديد، وذلك مقابل التزام العميل بسداد رسوم الاشتراك المقررة[3]. ويعد عقد الدخول الى الشبكة من قبيل العقود الزمنية التي تتيح للمشترك الحق في

---

[1] د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص٢٨؛ د. سمير حامد عبد العزيز الجمَّال، المرجع السابق، ص ٨١.

[2] ونود ان نشير الى رأي د. سمير حامد عبد العزيز الجمَّال، المرجع السابق، ص ٨٢، اذ قال: ((تستغل المراكز التجارية الافتراضية في تجميع العديد من التجار في مكان واحد، وتحت عنوان واحد، لعرض بضائعهم وخدماتهم على العملاء في جميع انحاء العالم، واجراء المعاملات بصورة فورية، وعلى نحو يرفع عنها الطابع المادي. وهو الامر الذي ادى الى وجود وسط قانوني معقد، يشوبه الغموض بشأن عقود البيع التي تبرم عن طريق هذه المتاجر الافتراضية سواء في مرحلة الانعقاد او التنفيذ)).

[3] د. سمير حامد عبد العزيز الجمَّال، المرجع السابق، ص ٧٨.

الدخول الى جميع المواقع على الشبكة سواء الوطنية منها او الاجنبية على حد سواء.

والنقطة الجديرة بالاهتمام على المزود بيانها الى المشترك تحديد مايحق له الدخول من مواقع وما لايحق اليه الدخول فيها كمواقع الجنس والارهاب والاعمال غير المشروعة الاخرى وعلى المزود ان يبصر المشترك بها، اذ يلتزم مقدم الخدمة، كقاعدة عامة، بتوفير الوسائل الفنية اللازمة لتنقية المواد المحملة علة الشبكة، بتحديد برامج تصنيف تلك المواد بين الممنوع والمسموح والمحايد، والالتزام بأحترام السرية ونوعية العملاء ومنع الدخول الى المواقع غير المرغوب فيها والحق في فحص وتصحيح مضمون الوثائق التي تبث الى الشبكة، واستبعاد كل مستخدم يخالف الالتزامات القانونية والعادات المرعية، وحق اختيار نوعية المناقشات والاخبار التي تبث على الموقع[1]. والحقيقة على المزود التحقق من جنسية المتلقي وذلك لان ماهو مخالف للنظام العام في دولة المزود قد يكون عملاً مباحاً في دولة المتلقي (المشترك) ومن ثم يتعذر على المزود الالتزام بتقديم خدمة تتعارض مع النظام العام في دولته.

٤. عقد الاشتراك في بنوك المعلومات:

يعد عقد الاشتراك في بنوك المعلومات عبر شبكة الانترنت من قبيل عقود تقديم الخدمات ومن ثم فهو عقد مقاولة يلتزم بمقتضاه المورد او صاحب القاعدة، بأن يضع تحت تصرف العميل مقابل اشتراك معين، خدمة النفاذ الى قاعدة المعلومات للحصول على ماينا سبه من معلومات تتفق مع حاجته[2].

ويجب ان نميز مابين عقد الاشتراك في بنوك المعلومات وعقد التزويد في المعلومات، فالعقد الاول من قبيل عقود الخدمات الالكترونية، اما العقد الثاني فهو من قبيل عقد الحصول على المعلومات. واذا قام المزود بالجمع بين العقدين بأن

---

[1] د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص ٣٥.

[2] د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص ٣٢.

يمكنه من الاشتراك في بنك المعلومات ومن ثم يزوده بها فهو يعد من قبيل عقد المعلومات لا من قبيل عقود الاشتراك في هذه البنوك وذلك لان التزويد بالمعلومات يستغرق عقد الاشتراك فيها. ومع ذلك فتبقى لكل عقد خصوصيته. فعقد الاشتراك في بنك المعلومات يتم عادة بطلب من المشترك يوجهه الى المزود، وفي هذه الحالة يجب على المزود اطلاع المشترك على مدة الاشتراك في هذا البنك والوقت المسموح بالاطلاع على المعلومات ان كان البنك يشترط ذلك، اذ يجب على مزود الخدمة ان يتحقق من رغبة المشترك في الدخول الى بنك المعلومات او الى احد المواقع التعريفية التي غالباً ما تقتصر على التعريف بالمنشأة او البنك التابعة له وبشكل مختصر وغير متجدد، وهذا بخلاف بنك المعلومات التي يتوافر في معلوماتها الجدة والتطوير والتحديث المستمر كما تتميز بالشمولية والمصداقية والدقة على خلاف اغلب الموقع التعريفية[1].

المبحث الثاني
علاقة عقد الخدمة الالكترونية برضاء المستهلك

نبحث في هذا الموضوع في مطلبين، نخص اولهما لتحديد مشكلة ابرام عقد الخدمة الالكترونية. وثانيهما لاعادة التوازن بين مصلحة المزود بالخدمة والمستهلك لها:

المطلب الأول
تحديد مشكلة إبرام عقد الخدمة الالكترونية

(□□□□□□□□)

يقف امام ابرام عقد الخدمة الالكترونية، مشكلتان:

(المشكلة الاولى): تحديد آلية انعقاد عقد الخدمة الالكترونية.

(المشكلة الثانية): تحديد طبيعة عقد الخدمة الالكترونية.

ونبحث هاتين المشكلتين تباعاً:

---

[1] د. رافد خلف هاشم، النظام القانوني لبنوك المعلومات، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق ـ جامعة النهرين، مج١٠، العدد (١٨)، ١٤٢٨ هـ/٢٠٠٧، ص ١١٥.

المشكلة الأولى: تحديد آلية انعقاد عقد الخدمة الالكترونية وتنفيذه:

أ- **انعقاد العقد:** غالباً مايبرم عقد الخدمة الالكترونية من خلال شبكة الانترنت اذ يتطابق الايجاب مع القبول فيها فيعتبر مكان علم الموجب بقبول الموجب له لهذا الايجاب مكاناً لابرام العقد كما يعتبر زمان علم الموجب له لهذا الايجاب زماناً لتكوينه ونشوئه (المادة: ٨٧ من القانون المدني العراقي).

ويمتاز انعقاد هذا العقد بالخصائص الآتية:

١. انه ينعقد بوسائل الاتصال الحديثة غالباً.

٢. انه ينعقد عن بعد، اذ ان عدم الحضور المادي للمتعاقدين في مكان وزمان معين هو اهم مايميز هذا العقد[١].

٣. انه ينعقد بدون اجراء مفاوضات مستفيضة بين طرفين متكافئين حول شروطه.

ب- **تنفيذ العقد:** يحتاج تنفيذ بعض العقود المبرمة بواسطة وسائل الاتصال الحديثة والانترنت خاصة الى تنفيذ خارج نطاق الشبكة مثل تسليم المبيع او ايصال البريد ولاسيما المكون من اشياء مادية، في حين لايحتاج لتنفيذ بعض انواع العقود الى القيام بعمل خارج نطاق الشبكة، اذ ان القيام بعمل ينحصر في نطاقها مثل عقد التزويد بالمعلومات وببرامج الحاسبة الالكترونية ونحوها.

إذاً تنقسم العقود التي تبرم على شبكة الانترنت من حيث التنفيذ الى عقود الخط وعقود اخرى تنفذ خارج الخط . ونقصد بمصطلح ((عقود الخط)) هي تلك العقود التي تبرم وتنفذ تنفيذاً عينياً من خلال الشبكة ومن ثم الالتزام بها ينقضي داخل شبكة الانترنت ولاتحتاج الى العالم المادي الخارج عنها. ويعتبر من اهم العقود

---

[١] يراجع: أ.د. محمد سعد خليفة، البيع عبر الانترنت وحماية المستهلك في ضوء قانون المعاملات الالكترونية البحريني، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق ـ جامعة النهرين، مج٥، العدد (١)، ٢٠٠٨، ص ٢٣.

على الخط عقد بيع المعلومات وعقد الخط الساخن[1]، اما العقود التي لاتحتاج الى الخط الالكتروني فهي تلك العقود التي تحتاج الى اعمال مادية يكون تنفيذها خارج الشبكة كعقد بيع الاشياء المادية والشحن البحري ونحوه.

والحقيقة ان عقد الخدمة الالكترونية هو في الغالب عقد من عقود الخط فهو يضمن للمستهلك على الشبكة الوصول السليم الى الجهة التي يريد ان يتعاقد معها او يوفر له امكانيات عرض منتجاته وخدماته على الشبكة ولكن لايوجد مانع قانوني يمنع من ابرام هذا العقد خارج الشبكة.

فالمتعاقدان بالخيار ان يتعاقدا على الخط مباشرة او خارجه، وذلك لان العقد هو تطابق الايجاب مع القبول في المسائل الجوهرية بحيث يثبت اثره في المعقود عليه والعاقدان. سواء كانت وسيلة هذا التعاقد داخل الشبكة وهذه عقود الخط او خارج عقود الخط (او خارج الشبكة) وهذه هي الوسيلة التقليدية المعروفة للتعاقد.

التعاقد عبر الخط

يتم التاقد عبر الخط بوسيلتين:

١. من خلال اسم النطاق على شبكة الانترنت.

٢. من خلال استخدام البريد الالكتروني[2].

والحقيقة ان التعاقد من خلال اسم نطاق الانترنت يتم دائما بدون مفاوضات، فالموجب (مقدم العرض) يعرض على اسم نطاقه ايجاباً باتاً نهائياً لاتفوض فيه عادةً[3]، وما على المتعاقد الآخر (أي المستهلك) الا ان يقبله كما هو او ان يرفضه.

---

[1] للتفاصيل يراجع: د. سمير حامد عبد العزيز الجمَّال، المرجع السابق، ص ٨٥.

[2] ونجد من الضروري ان نشير الى ماكتبه د. ايهاب السنباطي، الموسوعة القانونية للتجارة الالكترونية، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٨، ص ٨٤، بقوله: ((يخطيء كثيرين الظن بأن الانترنت و World Wide Wed (WWW) هما شيئاً واحداً، غير ان ذلك ليس صحيحا على الاطلاق، فالانترنيت كما اسلفنا هو شبكة من شبكات الكمبيوتر المتصلة، اما الـ (WWW) فليست الا احد التطبيقات او الآليات التي تستعمل الانترنيت في الاتصال، وهذه التفرقة تضلك ايضا غي ذلك في التطبيقات مثل البريد الالكتروني (e-mial) والماسنجر (messenger) التي ليست الا اسلوباً او طريقا للاتصال تستعمل ساحة الانترنت الرحبة ولمنها ليست والانترنت ابدا شيئا واحدا)).

[3] د. اسامة ابو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، بحث مقدم الى مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت، كلية الشريعة والقانون بجامعة الامارات العربية المتحدة مع مركز الامارات

اما التعاقد من خلال عقود البريد الالكتروني، فيستطيع المستهلك ان يتفاوض مع الشركة المقدمة للايجاب (مقدمة الخدمة على الشبكة) على الاسعار ونوعية الخدمات ومدتها وغيرها من التفاصيل[1].

فيتضح لنا ان آلية الاتصال وابرام العقد تنعكس على طبيعته، فإبرام العقد وفق موقع الانترنت ليس كإبرامه من خلال البريد الالكتروني.

المشكلة الثانية: <u>تحديد طبيعة الخدمة الالكترونية</u>:

هل يمكن اعتبار عقد الخدمة الالكترونية عقد إذعان ؟ أم شبيه به ؟ ان الاجابة على هذا السؤال تستلزم تحديد طبيعة عقد الاذعان، اذ يتميز عقد الاذعان بالخصائص الآتية:

١. يتعلق محله بسلع وخدمات لايمكن الاستغناء عنها ويقوم الطرق القوي (المزود بالخدمة) باحتكارها عادةً، احتكاراً قانونياً او فعلياً، او على الاقل هو يسيطر عليها سيطرة تجعل المنافسة فيها محدودة نطاقاً.
٢. ينفرد الطرف القوي بوضع شروط العقد على الطرف الضعيف.
٣. يحتوي العقد على شروط اكثرها في مصلحة الطرف القوي سواء كانت مشددة لمسؤولية الطرف الضعيف او مخففة لمسؤولية الطرف القوي[2]، ومن ثم يمكننا الاجابة على هذا السؤال بما يأتي:

يقف عقد الخدمة الالكترونية في منطقة وسطى بين العقود التي يحتاج ابرامها الى مفاوضات وبين عقود الاذعان، وذلك لان تعدد مقدمي الخدمة يجعل من محل الخدمة التي يلتزم مقدم الخدمة بتقديمها الى المستهلك غير محتكرة منه احتكاراً فعلياً او قانونياً، وهذا يعني فقدانه لأهم شرط من شروط عقود الاذعان

للدراسات والبحوث الستراتيجية ومركز تقنية المعلومات بالجامعة للفترة من ٢ الى مايو ٢٠٠٠، ص ١٤٠.

[1] هبة ثامرمحمد عبدالله، عقود التجارة الالكترونية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق ـ جامعة النهرين، ١٤٢٧هـ/٢٠٠٦م، ص ٤٣.

[2] د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج١، (مصادر الالتزام)، ط١، بغداد، شركة الطبع والنشر الاهلية، ١٣٨٣هـ/١٩٦٣م، ص ٧٥.

(شرط الاحتكار)[1]، وعلى الرغم من كون المتعاقد مع المزود بالخدمة الالكترونية لايمكنه التفاوض معه (على الاغلب) وانما يخضع لمشيئته، ومن ثم فهو يعد عقداً من عقود المنطقة الوسطى بين العقود التي تبرم بعد مفاوضات وبين عقود الاذعان.

النتيجة:

لايمكن للمستهلك ان يتعاقد على احدى خدمات العقد الالكتروني بأطمئنان معتمداً على القواعد العامة في التعاقد ولاسيما اذا ابرم هذا العقد من خلال اجهزة الاتصال الحديثة. لا بالعكس فالقواعد العامة للعقد تجعل من المستهلك طرفاً ضعيفاً بكل معنى الكلمة لايخفف من ضعفه توسله بالتمسك بقواعد عقد الاذعان التي تتيح للمحكمة المختصة بمقتضى سلطتها التقديرية ان تعدل هذه الشروط او ان تعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقاً لما تقتضي به العدالة (المادة: ٢/١٦٧ مدني عراقي).

اذ يعتبر تكييف عقد الخدمة الالكترونية بكونه عقد اذعان محل شك ولاسيما اذا كان مقدم الخدمة لايحتكرها بنفسه او بواسطة غيره احتكارا قانونيا او فعليا. وحتى اذا اعتبرنا عقود الخدمة الالكترونية عقود اذعانية (عقود اذعان) فأن المحكمة المختصة ليست ملزمة دائماً بتعديل شروط هذع العقود لمصلحة المستفيد منها، وهذا مادفعنا الى بحث هذا الموضوع بغية ايجاد وسائل لاعادة التوازم بين المزود والمستهلك للخدمة الالكترونية، وهذا ماسنقوم ببحثه في المطلب الثاني.

المطلب الثاني

وسائل اعادة التوازن بين المزود والمستهلك للخدمة الالكترونية

[1] وفي هذا الشأن نجد من الضروري الاشارة الى رأي أ.د. محمد سعد خليفة، المرجع السابق، اذ كتب في ص ٢٠ من بحثه مايأتي: ((نعتقد ان المادة (٥٧/مدني) ومابعدها، قد وضعت تمديدا عاما لعقد الاذعان، مما يجعل فكرته تتسع لما قد يسفر عنه التطور الاقتصادي)). ثم يصرح برأيه في ص ٢١، بقوله: ((ولذلك يرى بعضهم ـ ونحن معهم ـ الى انه يمكن اعتبار العقود النمطية المبرمة الكترونيا من عقود الاذعان، في مفهوم القانون المدني، من حيث تفسيرها لمصلحة الطرف المذعن وجوازا ابطال مايرد فيهات من شروط تعسفية)).

لقد انتهينا في المطلب السابق ان عقد الخدمة الالكترونية ليس بعقد اذعان ومع ذلك فمزود الخدمة الالكترونية لايقبل من المستهلك التفاوض معه اذ يفرض هذا المزود شروطه على المستهلك فرضاً، وما عليه الا القبول او الرفض، ولكن تعدد المزودين من جعل عقد الخدمة الالكترونية ليست محتكرة من قبله احتكارا فعليا او قانونيا، ولكن العلاقة بين المزود والمستهلك علاقة اذعانية، اذ لايستطيع المستهلك فرض شروطه على المزود كما لايكون المستهلك مجبرا على ابرام العقد معه مادام المزودين بالخدمة متعددين.

والحقيقة عندما يفكر المشرع في اعادة التوازن القانوني بين مركز المستهلك والمزود فانه يلجأ في باديء بالامر الى وسائل جديدة للمحافظة على التوازن بين الطرف القوي والطرف الضعيف. وهذا مايبرر تشريع قانون النقل رقم (٨٠) لسنة ١٩٨٣ للموازنة بين حقوق الراكب او الناقل او المرسل او المرسل اليه من جهة والناقل من جهة اخرى وقانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ للموازنة بين مركز العامل ومركز رب العمل ونحوه. ولكن المشرع العراقي اهمل تنظيم التجارة الالكترونية كما اهمل تنظيم حماية للمستهلك من مخاطرها لحد الان، وله العذر في تأخره، وذلك لان تشريع قانون للتجارة الالكترونية يستلزم وجود قانون عصري للتجارة التقليدية على غرار قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩، والذي نفتقد اليه، اما قانون التجارة النافذ رقم (٣٠) لسنمة ١٩٨٤ فهو لايصلح للتجارة التقليدية ابتداءً ومن ثم لايصلح لان يكون اساساً للتجارة الالكترونية وفي مثل هذه الاوضاع القانونية السائدة فان التفكير في حماية المستهلك تكون مسألة سابقة لاوانها، لذا ندعو المشرع العراقي الى الاسراع بالغاء قانون التجارة رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ وتشريع قانون تجاري متطور يحل محله ليكون رأساً لا ذنباً للمجموعة التجارية بأكملها. لذا نضطر آسفين الى اللجوء الى الفقه الاجنبي في هذا الموضوع لسبقه الفصل في وسائل التجارة الالكترونية.

فالاتحاد الاوربي وضع التزاما محددا على عاتق المورد باعلام المستهلك اعلاما حقيقيا كاملا عن هويته ونشاطه وعن الخدمة او السلعة محل العقد، حيث الزم المزود اعلام

المستهلك في الوقت المناسب وقبل ابرام العقد، بالبيانات الآتية: شخص المورد وعنوانه (خاصة اذا كان العقد يقتضي الدفع مقدماً)، مع بيان العنوان الجغرافي للمؤسسة التي يمكن للمستهلك التوجه بطلباته اليها، كما الزمه بتقديم بيانٍ كافٍ عن السلعة او الخدمة التي يلتزم بتقديمها الى المستهلك، وذلك بمقتضى مبدأ حسن النيّة الذي يتضمن بدوره محورين:

الاول: الالتزام بعدم كتمان الحقيقة عن المستهلك.

والثاني: الالتزام بالادلاء بالبيانات والمعلومات المتعلقة بالسلعة او الخدمة وكيفية استخدامها[1]، ثم تتابع خطوات قوانين حماية المستهلك لتصل الى حد اعطاء المستهلك خيار رفض العقد مهما كان محله سلعةً الى خدمةً اذا لم يكن متوافقاً من حاجة المستهلك اليه.

فنتساءل، ماهي اتلخيارات الممنوحة لمستهلك الخدمة الالكترونية والحقيقية توجد لدى المستهلك خيارات تقليدية واخرى حديثة خاصة بالتعاقد عن بعد افرزتها الحاجة العملية.

- ❖ فمن حيث الخيارات التقليدية، حق المطالبة بالتنفيذ العيني للعقد او المطالبة بالتعويض جراء عدم التنفيذ او التأخير في التنفيذ عن الميعاد المحدد او حق طلب الفسخ مع التعويض اذا كان له بمقتضى.
- ❖ ومن حيث الخيارات الحديثة، خيار حق المستهلك في استعمال حقوقه، ومن اشهر هذه الحقوق طلب الاستعلام وحق رفض الصفقة.

وسنبحث النوع الاخير من الخيارات في الفصل الثاني.

[1] سمير عبد السميع الاودن، العقد الالكتروني، الاسكندرية، منشأة المعارف، ٢٠٠٥، ص ١٢٤.

الفصل الثاني

الحماية القانونية للمستهلك في عقود الخدمات الالكترونية

نشأت الحماية القانونية للمستهلك، في باديء الامر، في عقود البيوع ولاسيما البيوع الدولية المبرمة عبر اجهزة الاتصال الحديثة، وهذه كانت البداية في حماية المستهلك التي لايمكن تجاوزها او اجتنابها.

اذ عرَّف اتجاه من الفقه المستهلك انه المتعامل في نطاق التجارة الالكترونية والذي يتلقى الاعلان عن السلعة ويقوم بشرائها[1]. ويلاحظ على هذا التعريف قصوره من حيث محدودية نطاقه (السلع) وتأثره بالاعلان.

والمستهلك في نطاق معاملات التجارة الالكترونية هو ذاته المستهلك في عملية التعاقد التقليدية لكنه فقط يتعامل من خلال وسائط الكترونية، وهذا يعني انه يتمتع بجميع الخصائص التي يتمتع بها المتعاقد خارج الوسائط الالكترونية، هذا فضلا عن الخصائص التي ينفرد المتعامل بالوسائط الالكترونية له وحدها. وببساطة نستطيع ان نعرِّف المستهلك بأنه:

((كل من انتقلت اليه ملكية سلعة او خدمة يقصد الاستفادة منها في نشاطاته المدنية او التجارية او الصناعية شريطة الا تكون محلاً لتصرفاته التجارية)).

والتعريف المذكور يجنبنا ازمة تحديد شخصية المستهلك هل هو شخص طبيعي او معنوي ؟ فالمستهلك كما قد يكون شخصاً طبيعياً فلا مانع من ان يكون شخصاً معنوياً. وكذلك يغني هذا التعريف عن التمييز غير المجدي بين المستهلك والمهني، اذ ينهدم

---

[1] يراجع: د. عبد الفتاح بيومي حجازي، مقدمة في حقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك في عقود التجارة الالكترونيةن الاسكندرية، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٥، ص ١٨.

التميز في عقود الخدمة الالكترونية لان المستفيد من خدمات هذه العقود هو مستهلك لها غالبا وان كان مهنيا فما دامت خدمات هذه العقود سببا لانتفاع المستفيد منها وليست غاية قائمة بنفسها لذا فليس من العدل التمييز بين المستهلك والمهني من طائفة المستفيدين من خدمات هذه العقود. فنستنتج مما تقدم نتيجتين:

- ❖ النتيجة الاولى: يحتاج المستهلك سواء كان استهلاكه لاغراض شخصية او لاغراض مهنية الى حماية قانونية له، وهذا مايجعلنا نوسع من نطاق المستهلك.
- ❖ النتيجة الثانية: يعد مستهلكا كل مستفيد من احدى خدمات عقود الخدمة الالكترونية ما لم يكن المستفيد نفسه مزودا لها. والحقيقة ان الوقوف على هذا الموضوع يحتاج الى بحث وسائل حماية المستهلك في مبحث اول وتأسيس حماية قانونية مناسبة لها في مبحثٍ ثانٍ.

المبحث الاول
وسائل حماية المستهلك

ونرى تقسيم هذا المبحث الى مطلبين: نعالج في اولهما: الالتزام بتبصير المستهلك. وثانيهما: في حق المستهلك في التفكير واتخاذ القرار.

المطلب الاول
الالتزام بتبصير المستهلك

يعد الالتزام المهني بتبصير المستهلك التزاما اساسيا في مجال التعاقد عبر الانترنت، فهذا التعاقد يتم دون التقاء حقيقي (مادي) بين اطراف التعاقد ودون ان يقوم المستهلك بمعاينة الخدمة او تجربتها تجربة حقيقية[1] ولاسيما ان العقود الالكترونية متباينة جدا بعضها عن بعض. فعقد الدخول الى الشبكة العنكبوتية هو من عقود النتيجة[2] وانه غالبا

[1] د. سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص ٢٦٧.
[2] د. سمير عبد العزيز الجمَّال، المرجع السابق، ص ٧٩.

مايتعهد المورد بتمكين المتلقي من الدخول الى جميع المواقع باستثناء المواقع غير المشروعة[1]. وعقد الايواء هو من عقود تقديم الخدمات ايض والذي يتضمن التزاما في مقدم الخدمة (المورد) باستقبال موقع العميل او متجره الافتراضي على الشبكة لمدة معينة، وفي مقابل معين. لذا يتوجب على مقدم الخدمة على اعلام العميل بالخدمة التي يقدمها آلية وتوابعها، وهذه بداهة مفروغ منها، فيجب عليه اعلام العميل بأجوره واجور النصب والتزويد واجرة الاشتراك والرسوم الواجب عليه دفعها بطريقة مفصلة، اذ يجب ان يتضمن عقد الخدمات الالكترونية المعلومات الآتية:

١. تبصير المورد للمتلقي بالخصائص او الصفات المميزة لخدماته المعروضة مثل سرعة عمل خدمة شبكة الانترنت والتزود بها ونوع الحاسبات والوسائل المادية التي يستخدمها في عقد الايواء ومدى قابلية برامج المورد على تمكين الزبون من المستهلك في التعاقد او الدفع او الاتفاق التفصيلي على عمليات الايداع المصرفي والمقاصة والوفاء بمقابل بينهما.
٢. التبصير بشرط العقد وبوجه خاص الاجرة المقررة للخدمة ورسومها القانونية وكلفة الصيانة وخدمات تشغيل البرامج الالكترونية.
٣. تقديم البيانات الالزامية الى المتلقي من مثل تعريف الشركة المصدرة للعرض وبيان سند انشائها ومكان تأسيسها ورأس مالها واسم مديرها المفوض واختصاصاته. وقد صدر تعميم في فرنسا بتاريخ ١٩ تموز ١٩٨٨ قد اعطى الحق للممتهنين حرية التصرف الكاملة في اختيار الطريقة او الاسلوب الملائم لاداء الا لتزامات والزم المزود ان يحدد السعر بالعملة الفرنسية مضافاً اليه الرسوم والضرائب[2].

نخلص في ذلك الى ان المزود في احدى عقود الخدمات الالكترونية هو من يقع عليه الالتزام بتبصير المستهلك وافهامه بالبيانات الجوهرية التي تجعله يتعاقد وهو عل دراية

---

[1] المرجع السابق، ص ٨٠.
[2] د. طوني ميشال عيسى، التنظيم الالكتروني لشبكة الانترنت (دراسة مقارنة في ضوء القوانين الوضعية والاتفاقيات الدولية)، ط١، لبنان، دار صادر، ٢٠٠١، ص ٢٨٨.

وبصيرة كافية تمكنه من التفكير في عواقب الامور اللاحقة له وهذا ماذهب اليه المشرع التونسي[1].

---

[1] ١. تضمن الفصل (٢٥) من قانون المبادلات التجارية الالكترونية التونسي رقم (٨٣) لسنة ٢٠٠٠ احكاما تفصيلية في تبصير المزود لمتلقي المعلومات الاساسية اللازمة للتعاقد. ونقوم بتطبيقها على عقود الخدمة الالكترونية. لذا يجب ان نتوقف عليها، وهذا التوقف يستلزم تحديده. فقد جاء في الفصل (٢٥) المذكور آنفاً ما يأتي: =

=

٢. "يجب على البائع في المعاملات التجارية الالكترونية، ان يوفر للمستنهلك بطريقة واضحة ومفهومة قبل ابرام العقد المعلومات الاتية":
٣. هوية وعنوان وهاتف البائع مسدي الخدمات.
٤. وصفا كاملا لمختلف مراحل انجاز المعاملة.
٥. طبيعة وسعر المنتج.
٦. كلفة تسليمك المنتج وتأمينه والادعاءات المستوجبة.
٧. الفترة التي يكون خلالها المنتج معروضا بالاسعار المحددة.
٨. شروط الضمانات التجارية والخدمة بعد البيع.
٩. طرق واجراءات الدفع، وعند الاقتضاء شروط القروض المقترحة.
١٠. طرق وآجال التسليم وتنفيذ العقد ونتائج عدم انجاز الالتزامات.
١١. امكانية العدول عن الشراء واجله.
١٢. كيفية اقرار الطلبية.
١٣. طرق ارجاع المنتج او الابدال وارجاع المبلغ.
١٤. كلفة استعمال تقنيات الاتصال حين يتم احتسابها على اساس مختلف عن التعريفات الجاري بها العمل.
١٥. شروط فسخ العقد اذا كان لمدة غير محددة او تفوق السنة.
١٦. المدة الدنيا للعقدن فيما يخص العقود المتصلة بتزويد المستهلك بمنتج او خدمة خلال مدة طويلة او بصفة دورية.
١٧. يتعين توفير هذه المعلومات الكترونيا ووضعها على ذمة المستهلك للاطلاع عليها في جميع مراحل المعاملة.
١٨. تضمن الفصل (٢٥) من قانون المبادلات التجارية الالكترونية التونسي رقم (٨٣) لسنة ٢٠٠٠، احكاما تفصيلية في تبصير المزود لمتلقي المعلومات الاساسية اللازمة للتعاقد. ونقوم بتطبيقها على عقود الخدمة الالكترونيية. لذا يجب ان نتوقف عليها، وهذا التوقف يستلزم تحديده. فقد جاء في الفصل (٢٥) المذكور انفا ما يأتي:
١٩. "يجب على البائع في المعاملات التجارية الالكترونية، ان يوفر للمستنهلك بطريقة واضحة ومفهومة قبل ابرام العقد المعلومات الاتية":
٢٠. هوية وعنوان وهاتف البائع مسدي الخدمات.
٢١. وصفا كاملا لمختلف مراحل انجاز المعاملة.
٢٢. طبيعة وسعر المنتج.
٢٣. كلفة تسليمك المنتج وتأمينه والادعاءات المستوجبة.
٢٤. الفترة التي يكون خلالها المنتج معروضا بالاسعار المحددة.

والالتزام بالاعلام او النصيحة هو التزام تعاقدي يؤدي الاخلال به الى فسخ العقد في حالة ما ان وقع المستهلك في غلط او تدليس تمت مباشرته في القانون الفرنسي[1].

المطلب الثاني
حق المستهلك في التفكير واتخاذ القرار

اتجهت غالبية القوانين الى اعطاء المستهلك الحق في التفكير والرجوع عن العقد (أي إقالته). ففي فرنسا يعطى للمشتري مهلة سبعة ايام من تاريخ تسليم طلبيته لاعادتها او لاستبدالها او لاستعادة ثمنها من دون غرامات ماعدا مصاريف الارجاع[2]. ولكن هذا القانون غير معمول به في شأن تقديم الخدمات[3]. وفي المانيا تكون مهلة التفكير التفكير للمشتري اربعة عشر يوماً، نظمها الاجتهاد الفقهي من خلال تفسيره للعقود المبرمة من

٢٥.شروط الضمانات التجارية والخدمة بعد البيع.
٢٦.طرق واجراءات الدفع، وعند الاقتضاء شروط القروض المقترحة.
٢٧. طرق وآجال التسليم وتنفيذ العقد ونتائج عدم انجاز الالتزامات.
٢٨. امكانية العدول عن الشراء واجله.
٢٩. كيفية اقرار الطلبية.
٣٠. طرق ارجاع المنتج او الابدال وارجاع المبلغ. =

=
٣١. كلفة استعمال تقنيات الاتصال حين يتم احتسابها على اساس مختلف عن التعريفات الجاري بها العمل.
٣٢. شروط فسخ العقد اذا كان لمدة غير محددة او تفوق السنة.
٣٣. المدة الدنيا للعقدن فيما يخص العقود المتصلة بتزويد المستهلك بمنتج او خدمة خلال مدة طويلة او بصفة دورية.
٣٤. يتعين توفير هذه المعلومات الكترونيا ووضعها على ذمة المستهلك للاطلاع عليها في جميع مراحل المعاملة.

[1] تراجع المواد: (١/١١١) و (٣/١١٣) من القانون الفرنسي الصادر عام ١٩٩٣ في شأن حماية المستهلك المعدل بمقتضى المرسوم رقم (٧٤١) لسنة ٢٠٠١.
[2] المادة (١٢١ـ ١٦) (الفقرة/٠١) من قانون الاستهلاك الفرنسي لسنة ١٩٩٣.
[3] د. طوني ميشال عيسى، المرجع السابق، ص ٢٦٣.

خلال الهاتف[1]. وفي انكلترا يعطى مهلة خمسة ايام للمدين او للمستأجر لالغاء الاتفاق بينه وبين من قام بتزويده، تبدأ من تاريخ تسليمه لاتفاقية البيع[2].

التكييف القانوني لحق المستهلك في اتخاذ القرار:

الحق في العدول عن العقد هو وسيلة بمقتضاها يسمح المشرع لاحد المتعاقدين بأن يعيد النظر من جديد، ومن جانب واحد، في الالتزام التعاقدي الذي ارتبط به، فهل هو:

١. عدول عن الايجاب بعد اقتران القبول به، او

٢. اقالة للعقد من جانب واح، او

٣. خيار الرؤية.

فالايجاب اذا اقترن به قبول على المسائل الجوهرية بمقتضى احكام المادة (٨٦) من التقنين المدني يصير عقداً لايمكن للموجب التحلل منه الا بفسخ او انفساخ او اقالة وهذه مباحث انحلال العقد فلا شأن لنا بها.

والاقالة عن العقد اتفاق بين المتعاقدين على التراجع عنه شريطة ان يكون المعقود عليه قائماً وموجوداً في يد العاقد وقت الاقالة (المادة: ١/١٨٢ من التقنين المدني العراقي) اما المستهلك (متلقي الخدمة) فينفرد في اتخاذ القرار المناسب. فهو يعد صادرا منه بارادته المنفردة.

واخيرا نرى ان تكييف حق المستهلك في اتخاذ القرار على اساس اعتباره خيار الرؤية في الفقه الاسلامي فيه جانب كبير من الصحة وذلك للتشابه بينهما، لانه في العقود

---

[1] المرجع السابق.

[2] جاء في القسم (٦٨) من قانون حماية المستهلك البريطاني لسنة ١٩٧٤ (النافذ).
((Consumer credit Act (1974)) على ما يأتي:
The debtor or hirer may serve notice of cancellation of a cancelable agreement between his signing of the unexecuted agreement and:
(a) the end of the fifth day following the day on which he received a copy under section 63 (2) or a notice under section 64 (1) (b), or =
=
(b) if (by virtue of regulations made under section 64 (4) section 64 (1) (b) does not apply, the end of the four tenth day following the day on which he signed un- executed agreement.

المبرمة عبر الانترنت لايتم رؤية المبيع عياناً. وهذا مايتعارض مع امكانية القول بقدرة المستهلك على تعيين المبيع تعيينا نافيا للجهالة[1]، لذا منح هذا الخيار.

والحقيقة ان حق المشتري في الرجوع (رخصة الرجوع والتفكير) التي اخذ بها المشرع الفرنسي انما هو تطبيق من تطبيقات خيار الرؤية في الفقه الاسلامي[2].

نطاق الحق في العدول عن العقد:

لايقتصر النظام القانوني الخاص بالتعاقد عن بعد في فرنسا والتوجيه الاوربي رقم (٧) لسنة ١٩٩٧ على عقود بيع السلع ولكن يشمل ايضا عقود تقديم الخدمات عموماً وعقود الخدمات الالكترونية خصوصاً، ومن ثم فأن حق المستهلك في العدول عن العقد يشمل كل عقود البيع وتقديم الخدمات على حدٍ سواء بما فيها العقود التي تتم بوسيلة من وسائل الاتصال عن بعد.

واذا كان هذه هو الاصل فان عقود الخدمات الالكترونية تمتاز بطبيعتها الذاتية فهي سريعة الانجاز وفورية التنفيذ وحتمية الاستفادة من خدمتها.

فهي سريعة الانجاز وذلك لان المزود لايتوانى بالتأخير في التزويد بالخدمات المتفق عليها كأن تكون خدمة التزود بالانترنت او خدمة الايواء او خدمة انشاء المتجر الافتراضي. فلا يعقل من تزود بخدمة الانترنت او من فتح موقعاً لحساب شركته او لحساب تجارة على شبكة الانترنت ان يدعي العدول عن العقد الذي ابرمه.

وهي عقود فورية التنفيذ فمن اراد ارتباط ببنك معلومات واحتاج الى ابرام عقد لايصال شبكته مع بنك المعلومات المطلوب الارتباط معه فأن المزود بالخدمة حريص الى درجة انه يبادر الى ربط المشترك بهذا البنك فوراً بناءً على عقد بين المشترك والبنك الا اذا تضمن ميعادا اخرا، وهذا تطبيق من التطبيقات الفورية في تنفيذ العقد.

---

[1] جاسم علي سالم الشامي، الحماية المدنية للمشتري في البيوع التي تتم عن طريق التلفزيون، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق ـ جامعة عين شمس، ٢٠٠٠، العدد الثاني، السنة (٤٢)، ص١١، نقلا عن د. سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص ٣٢١، د. عبد الفتاح بيومي حجازي، مقدمة في حقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك، المرجع السابق، ص ٣١.

[2] د. عبد الفتاح بيومي حجازي، مقدمة في حقوق الملكية الفكرية، المرجع السابق، ص ٣٠.

واخيرا تعد عقوبة الخدمات الالكترونية من عقود تقديم الخدمة، اذ بمجرد تقديمها يتلقى المشترك خدمة لم يكن ينعم بها من قبل. لذا فالاستفادة من هذه العقود حتمية.

مع ذلك يعاني المشترك من بطؤ التزود بخدمة الانترنت او امتناع صاحب الموقع عن تقديم جزء من موقعه له حسب الاتفاق بينهما او ضعف اداء اجهزة المزود اثناء تقديمه لخدمة الايواء او توقف ارتباط المشترك ببنك المعلومات بسبب عطل طاريء وضعف في شبكة المزود وهكذا..... وهذا الاخلال يعطي للمشترك احد حقوق ثلاثة:

١. اقامة الدعوى المدنية ضد المزود لمساءلته عقدياً عن تقصيره في تقديم الخدمة المتفق عليها معه وفق احكام المادة (١٦٨) من التقنين المدني العراقي وهذا يتطلب وقتاً طويلاً في التقاضي، او
٢. فسخ العقد مع المطالبة بالتعويض ان كان له مقتضى وفق احكام المادة (١٧٧٩ من قانون التقنين المدني. وهذا الحل ايضا يتطلب نفقات ووقت طويل في اجراء عملية التقاضي، او
٣. العدول عن العقد بسبب عدم توافقه مع شروطه المتفق عليها مع مزود الخدمة. وهذا هو موضوع بحثنا. فالعدول عن العقد يتطلب من المشترك الاعلان الصريح به خلال نفاذه، بأية وسيلة، ومن اهمها اشعار المزود بالعدول من خلال الانترنت او من خلال أي وسيلة من وسائل الاتصال الحديثة[١] شريطة الا يكون المشترك قد استخدم برامج حاسبات المزود واستفاد منها او اطلع عل اسرار عمله التفصيلية، كما لايجوز للمزود ان يستعمل هذا الخيار عند تقلب اسعار الخدمات وتذبذبها او عندما يتم تزويده بخدمة خاصة، يتم تصميمها بناءً

[١] مع ملاحظة ان عبء اثبات الاشعار يقع على الدائن (أي مشترك) اذ لايجوز اثبات التصرف القانوني او انقاضه بالشهادة اذا زادت قيمته على (٥٠٠٠) خمسة الاف دينار عراقي (المادة: ٧٧ من قانون الاثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل)، كما لايجوز اثباته بالقرينة القضائية (المادة: ١٠٢/ثانيا من قانون الاثبات) واخيرا لايجوز اثباته بوسائل التقدم العلمي (المادة: ١٠٤ من قانون الاثبات).

على طلبه. وبوجه خاص على المشترك ان يلتزم بالالتزامات المدرجة ادناه عندما يستعمل حقه كمستهلك وهي كما يأتي:

فعلى المشترك ان يبادر فورا بالابلاغ المزود بحقه في العدول عن العقد وقبل انتهاء نصف المدة المقررة. وفي هذه الحالة يتوجب على المزود ارجاع نصف الاجرة الى المشترك او اكثر منها وحسب مدة الاستهلاك الفعلية لا العقدية.

ويسقط حق المشترك في هذا الخيار اذا استخدم او انتفع من برامج حاسوبية خاصة قام المزود باعدادها له، وذلك لانه يتمكن من الاستفادة منها في أي وقت اخر لاحق على تاريخ كما لايجوز للمشترك ان يستعمل الخيار نفسه عندما يستعمل التسجيلات السمغية والبصرية للمزود. والعلة من هذات الاستثناء هي المحافظة على حقوق الملكية الفكرية للمزود[1].

ويسقط حق المشترك في استعمال هذا الخيار عندما تتقلب اسعار الخدمات تذبذبا صعودا ونزولا بسبب شدة المافسة بين المزودين او قلة المستهلكين لهذه الخدمات، لئلا يحسب هذا الحق كسبا للمشترك بدون مقابل.

ويسقط حق المشترك في الرجوع عن العقد عندما يتم تصميم الخدمة خصيصا له كتصميم خدمة لتشفير موقعه او تحديثه او حيازته او ربطه عبر شبكة خاصة مع غيره من المختصين في نطاق معين كالمصارف واسواق المال والشركات ونحوها.

المبحث الثاني
الحماية القانونية للمستهلك العراقي

[1] يراجع: د. سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص ٣٤٢.

نبحث هذا الموضوع في مطلبين، نخصص اولهما: للقانون المطلوب تشريعه لحماية المشتركين. وثانيهما: للمحكمة او الجهة المختصة بنظر هذا النزاع بين المتعاقدين عند نشوبه.

المطلب الاول
القانون المطلوب تشريعه لحماية المشتركين في عقود الخدمات الالكترونية

عندما نبحث في هذا الموضوع فيجب ان نبدأ من قانون يصلح للتطبيق العملي لا للمجادلة غير المجدية. وقانون الاعمال التجارية والخدمية والصناعية هو قانون التجارة رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ القائم الذي يقف على رأس الفرع التجاري برمته.

والحقيقة ان الفرع التجاري في العراق يتكون من قانون لايصلح للتجارة كما يتكون من قانون الشركات رقم (٢١) لسنة ١٩٩٧ المعدل وقانون الاستثمار رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ وغيرها من القوانين.

لذا لانرى بأساً من تشريع قانون موحد للتجارة التقليدية والالكترونية في تقنين موحد بحيث نتلافى اخطاء القانون النافذ ونتقدم بثقة نحو التجارة الالكترونية او تشريع قانون للتجارة الالكترونية بشرط ان يسبقه في الوجود تشريع قانون جديد للتجارة التقليدية يحل محل قانون التجارة رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ النافذ وهذا يستلزم ما يأتي:

اولاً: على صعيد التجارة التقليدية:

١. اطلاق مفهوم الاعمال التجارية الاصلية والمختلطة والتبعية واعادة تنظيم المشرع لها تنظيماً قانونياً واضحا على غرار قانون التجاري العراقي رقم (١٤٩) لسنة ١٩٧٠ (الملغى).

٢. استحداث نظرية التزام تجارية قائمة الى جانب نظرية الالتزام المدنية المقننة في التقنين المدني العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤.

٣. تنظيم الوكالة بالعمولة تنظيما قانونيا جديدا يتلاءم مع واقع التجارة والصناعة في العراق.

٤. تنظيم عناصر المحال التجارية والصناعية وتنظيم ادارتها والتصرف فيها.

٥. تنظيم تداول الاوراق المالية في الاسواق المالية (البورصات).

فاذا استكمل المشرع العراقي تنظيم هذه المستلزمات بقانون تجارة عصري فتكون الحاجة الى تشريع قانون وطني في التجارة الالكترونية مسألة ضرورية لايمكن للمشرع ان يستغني عنها.

ثانياً: على صعيد التجارة الالكترونية:

انشاء دائرة خاصة بالتوثيق الالكتروني يرأسها موظف بدرجة لاتقل عن درجة وكيل وزير لممارسة مهنة التوثيق الالكتروني.

استحداث التنظيم القانوني للتجارة الالكترونية ومنها بوجه خاص ما يأتي:

تنظيم العقود المبرمة بعد.

تنظيم عمل المواقع التجارية والصناعية والخدمية على الشبكة.

اعتبار التصرفات الناقلة للملكية وسائر الخدمات والمعلومات المنتقلة بأية وسيلة اتصال حديثة تصرفات قانونية صحيحة تخضع لاحكام القانون العراقي.

فصل اثبات المسائل التجارية عن المسائل المدنية (ولو وردت في قانون خاص مثل قانون الاثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل) ومنها بوجه خاص تحديد عبء الاثبات وجواز الاثبات بجميع طرق الاثبات ولو تجاوزت نصاب الشهادة وغيرها في المسائل التجارية وبين التجار او من قبل من يمارس الاعمال التجارية حصرا.

ثالثاً: تشريع قانون خاص لحماية المستهلك سواء اكان وطنياً ام اجنبياً مادام مقيماً في العراق بحيث يقدم الحماية الى مستهلكي السلع والخدمات سواء اكانوا هؤلاء المستهلكين اشخاصا طبيعيين ام معنويين مهنيين ام عاديين شريطة عدم استعمال المنتج او السلعة من قبلهم في عمل تجاري يدر الربح.

المطلب الثاني
الجهة المختصة بنظر النزاع الناشيء بسبب تنفيذ احدى عقود الخدمات الالكترونية

الاصل ان الولاية العامة للقضاء تعود الى المحاكم المختصة (المادة: ٢٩ من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل) والمحاكم المختصة في النظام القضائي العراقي هي محكمة البداءة باعتبارها محكمة الدرجة الاولى ومن ثم تليها محكمة الاستئناف باعتبارها محكمة الدرجة الثانية.

والحقيقة ان هذه المحاكم تقليدية اعتادت على الفصل في مسائل مدنية محدودة ومن ثم فهي غير قادرة علمياً ولا عملياً على الفصل في منازعات التجارة الالكترونية وخدمات الانترنت. وهذه هي طبيعة الحياة لكل جهة اختصاص ولكل جهة كيان ولكل جهة نشاط، لاتستطيع التخلي عن ماضيها او تجاوز تأريخها ونشاطها. لذا فأن البديل يكمن في التحكيم بأعتباره اداة من ادوات القضاء الالكتروني عامة وعقود الخدمة الالكترونية خاصة.

التحكيم في عقود الخدمة الالكترونية:

يجب ان يكون اتفاق التحكيم مكتوباً، ويعد الاتفاق مكتوباً ولو استعمل في كتابته وسائل الاتصالات الحديثة مثل الانترنت والبريد الالكتروني والتلكس والفاكس[١]. ونود ان نشير هنا الى وجود قانون نموذجي اعدته اليونسترال لقانون التجارة الدولية والتجارة الالكترونية

---

[١] يراجع: د. حمزة حداد، مباديء التحكيم التجاري ودور مؤسسات التحكيم (ورقة عمل مقدمة للمركز اليمني للتوفيق والتحكيم في الدورة التدريبية حول دور اطراف اتلنزاع والجهات ذات العلاقة بالعملية التحكيمية)، بحث منشور على مركز القانون والتحكيم (Law of Arbitration center) على الوقع الآتي: http://www./ac.com.jo./resear O17.htm بتاريخ ٢٠٠٥/٦/٥؛ د. ابو زيد رضوان، الاسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، القاهرة، داتر الفكر العربي، ١٩٨١، ص ٢٦- ٢٧.

ووسائل الاثبات فيها الذي اتخذته الجمعية العامة بتاريخ ١٩٩٦/١٢/١٦ واوصت الدول الاعضاء في الامم المتحدة بتعديل قوانينها او سن التشريعات التي تكفل تطبيقه.

ويجوز ان يكون اتفاق التحكيم في صيغة شرط تحكيم يرد في العقد قبل وقوع النزاع، وهذا الشرط يدعى شرط التحكيم، ويجوز ان ينفصل شرط التحكيم عن العقد المنشيء للحقوق والالتزامات، وهذا الشرط يدعى، في هذه الحالة، بمشارطة التحكيم.

موقف المشرع العراقي من التحكيم

اذا كان المشرع العراقي اجاز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين او في جميع المنازعات الناشئة عن تنفيذ العقد (المادة: ٢٥١ من قانون المرافعات المدنية النافذ) فأنه قد سلب من التحكيم قوته عندما قيده بالمسائل التي يجوز الصلح فيها حصراً (المادة: ٢٥٤ من قانون المرافعات المدنية النافذ). وافقده لقوته عندما اشترط تصديق المحكمة عليه وجوباً[١] قبل تنفيذه لدى دوائر التنفيذ سواء كان اختيار المحكمين قضاءً او رضاءً (المادة: ٢٧٢ من قانون المرافعات المدنية النافذ).واخيراً فقد التحكيم هيبته كلاً او بعضاً ولاسيما انه يجوز للمحكمة في حالة ابطال هذا القرار ان تعيد القضية الى المحكمين او تفصل فيها بنفسها اذا كانت القضية صالحة للفصل فيها (المادة: ٢٧٤ من قانون المرافعات المدنية). وشروط تنفيذ حكم التحكيم التي تتناسب مع عقود الخدمة الالكترونية يجب الا يغالى فيها او الا تتجاوز شروط تنفيذ حكم التحكيم الاجنبي الصادر على وفق اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨[٢]، فالقاعدة المطلوبة في تنفيذ التحكيم

---

[١] للتفاصيل تراجع: مقالة المحامي حميد يونس، شرط التحكيم ومدى رقابة المحكمة على حكم المحكمين في التشريع العراقي والمقارن، مقالة منشورة في مجلة القضاء، العدد الثاني، السنة الثالثة والعشرون، ١٩٦٨، ص ١٠. والواضح ان الاستاذ حميد يونس ينتقد موقف المشرع العراقي بقوله في ص١٢ من بحثه المشار اليه آنفاً ما يأتي: ((ان الخصم الذي لم يكن حكم المحكم في صالحه سيصر- وفقا لاحكام التشريع العراقي - على ملاحقة خصمه حتى بعد مصادقة المحكمة على حكم المحكم وذلك بالاعتراض على قرار المحكمة امام محكمة الاستئناف وبعدها اما محكمة التمييز.....، ولايخفى كم من الوقت والجهد والمصاريف ستبذل لاجل ان يكتسب حكم المحكم الدرجة القطعية، أي ان ما اراد الخصوم تجنبه سيجدون انفسهم في النهاية مضطرين لاتباعه)).

[٢] فتنفيذ قرار تحكيم اجنبي لايتطلب على وفق اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ لايستلزم سوى تقديم طلب مشفوع بوثيقتين:

١. الاصل الرسمي لقرار التحكيم او صورة منه متجمعة للشروط المتطلبة لها كصورة رسمية.

هي نفاذ التحكيم وضرورة تنفيذه دون معوقات مبالغ فيها والاستثناء هو قبول الدليل على عدم نفاذه لسبب من الاسباب المقنعة[1] كنقص اهلية احد اطراف اتفاق التحكيم او عدم مراعاة حكم المحكمين لاتفاق التحكيم او تشكيل هيئة التحكيم على نحو لم يكن مدافعا لما اتفق عليه الخصوم، وهذا ماندعو الى تبنيه، وذلك من خلال تشريع قانون للتحكيم التجاري في العراق يشجع الاستثمارات الاجنبية والوطنية على تطوير الاقتصاد العراقي ويؤدي الى كفالة دور التجارة الوطنية والصناعة المحلية.

ومن باب اولى ان التحكيم في مسائل عقود الخدمات الالكترونية معطل من الناحية العملية ان لم نقل ليس له ذكر، وذلك لان عقد الخدمة الالكترونية الوحيد المطبق في العراق عملاً وفعلاً هو عقد التزويد بخدمة الانترنت الذي ينعقد بشبهة الكتابة وبمجرد ان يدفع المشترك اجرة التزود بالخدمة الى الزود وهو عادة يكون احد اصحاب مقاهي الانترنت فيقوم هذا الاخير بتزويده بقائمة حساب عن مدة التزويد واجرته، ومن ثم فالمشاكل التي تدور بين طرفي العقد اما ان تنتهي الى الصلح او فسخ عقد التزود بين الطرفين. وفي هذه البيئة الاقتصادية والقانونية فمن الطبيعي ان يعزف المزودين والمشتركين عن اللجوء الى القضاء لاسباب كثيرة من اهمها بطيء اجراءات التقاضي وطول امدها ولكن السبب الاهم فيها ان القاضي المختص بنظر هذا النزاع بعيد كل البعد عن تصور حجم المشكلة بين الطرفين كما ان قراراته لاتضمن المحافظة على ظروف التجارة في الخدمات كما لاتضمن سلامة البقاء والاستمرار في تزود المشترك بالخدمة من مجهزه (أي المزود) اليه بها.

---

٢. اصل اتفاق التحكيم او صورة منه متجمعة للشروط المتطلبة لها كصورة رسمية.
للتفاصيل يراجع: د. ثروت حبيب، دراسة في قانون التجارة الدولية مع الاهتمام بالبيوع البحرية، الاسكندرية، منشأة المعارف، ١٩٧٥، بند (٧٨)، ص ص ١٥٩- ١٦٠.

[1] د. بشار محمد الاسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، (ماهيتها، القانون الواجب التطبيق عليها، وسائل تسوية منازعاتها)، ط١، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٦، ص ٤٣١.

تعتبر عقود الخدمة الالكترونية من العقود المهمة، فهي تقف في الوسط من عقود المعلومات والعقود الافتراضية والعقود التي تبرم على الخط في الشبكة. وان كانت هذه العقود لاتقدم الا خدمة توصل المشترك الى الجهة التي يريد الوصل اليها، فأن اهميتها تبرز كواسطة نقل تعمل داخل شبكة الانترنت. فعقود الخدمة الالكترونية تصل الى صاحب المحل التجاري او الصناعي بزبائن جدد من خلال استخدامه الشبكة وتجعله يرتبط باحدى بنوك المعلومات ليتلقى منها ماهو بحاجة منها وتسهل له الاتصال بالمصارف والشركات الوطنية والاجنبية.

ولكن يبقى الاخلال بتنفيذها قائماً سواءً من المشترك او المزود، فاذا اخل المشترك بالتزاماته العقدية جاز للمزود ان يجبره على تنفيذ التزامه او يتحلل من التزامه معه بالفسخ ان شاء (المادة: ١٧٧ مدني عراقي)، وهذا كله تطبيق للقواعد العامة. اما لو اخل المزود بالتزاماته بحيث قام بتزويد المشترك بخدمة معينة، فأن للمشترك على المزود حقاً في جبره على تنفيذ العقد او في فسخه وله ايضا حق الرجوع عنه اذا لم يكن مطابقاً للمواصفات المتفق عليها. وهذا هو حق المستهلك في عقد التزود بالخدمات الالكترونية.

ان حق المستهلك في عقد التزود بالخدمات الالكترونية هو حق مختلف فيه من ثلاث جهات، هي:

١. هل يرد للمستهلك هذا الحق اذا كان شخصاً معنوياً ؟

٢. هل يرد للمستهلك هذا الحق ان كان مهنياً ؟

٣. هل يرد للمستهلك هذا الحق اذا كان محل الاتفاق تقديم خدمة وليس سلعة ؟

ولقد تبين لنا من خلال هذا البحث الوجيز ان للمستهلك كما يكون شخصاً طبيعياً كذلك قد يكون شخصاً معنوياً، وان صفة المهني فيه لاتتنافى مع صفته كمستهلك مادامت

الخدمة او السلعة التي يتزود بها ليست محلاً لعمله التجاري، واخيراً فقد يرد حق المستهلك على الخدمات كما يرد على السلع. وهذا يعني ان مستهلك الخدمة المقدمة له من خلال المزود (او المعطي) في موقع المتعاقد الضعيف مما يجعل العقد المبرم معه عقد شبه اذعان لاينقصه منه سوى شرط ان يكون المزود هو المزود الوحيد لهذه الخدمة في منطقته وفي هذه الحالة يتحول الى عقد اذعان كامل (المادة: ١٦٧ من التقنين المدني العراقي).

□□□□□□□□□□□□ :

نستنتج مما تقدم:

اولاً: ان عقود الخدمة الالكترونية تقوم بدور الناقل المستمر للمشترك مع غيره من المواقع والجهات الاخرى عبر وسائل الاتصال الحديثة. وهذا التواصل يجعل منها عقود اساسية لاغنى للمشترك عنها.

ثانياً: ان انقطاع الخدمة الالكترونية يؤدي الى تعطل المواقع الالكترونية على الشبكة.

ثالثاً: يؤدي تعطل اتصال المشترك بزبائنه وبمواقع الاتصال المرغوبة من قبله الى ضرر محقق به ما كان باستطاعته ان يعلم به قب تعاقده مع المزود.

رابعاً: يثبت المشترك المتضرر من جراء هذه الخدمة الحق في الرجوع عنها اذا ثبت عدم استفادته منها عملياً شريطة عدم اضرار الدائن المزود بها. وهذا هو حق المستهلك فيها بعينه.

□□□□□□□□□ :

وختاما لابد لنا ان نوضح جملة من المقترحات التي توصلنا اليها من خلال البحث العلمي وهي:

اولاً: ضرورة الغاء قانون التجارة رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ النافذ دون ابطاء واعتبار استمرار نفاذه مانعاً اساسياً لكل تقدم تجاري ومعرقلاً فعالاً لكل نشاط استثماري.

ثانياً: تشريع قانون جديد للتجارة الالكترونية يتضمن ما يأتي:

١. حماية المستهلك اكان وطنياً ام اجنبياً مادام مقيماً في العراق بحيث يتساوى الجميع في التمتع بالحماية بصفتهم مستهلكين للخدمات وسواؤ اكانوا هؤلاء المستهلكين اشخاصاً طبيعيين ام معنويين، مهنيين، ام عاديين، شريطة الا يستعمل المهني المنتج او الخدمة المقدمة اليه من قبل احد المزودين استعمالا تجارياً بحيث تدخل نفس الخدمة في نطاق عمله التجاري.

٢. توسيع نطاق المستهلك في عقود الخدمة الالكترونية ليشمل الشخص المعنوي الى جانب الشخص الطبيعي والمهني الى جانب الشخص غير المهني ويتم تنظيم ذلك في قانون خاص بالتجارة الالكترونية.

٣. اعطاء المستهلك خيار الرجوع عن الخدمة غير المباشرة التي تلقاها من مزود الاخدمة بموضوع نشاطه المهني ولو كان قد استفاد من بعضها مادام التقطع بتزويده بها مضراً له شريطة عدم الاضرار بالدائن بها.

٤. اعطاء المستهلك حق اللجوء الى التحكيم بدلاً من القضاء لابقصد السرعة في اصدار الحكم وتجنب نفقات التقاضي المطلوبة وانما بقصد الحصول على حكم اكثر فهماً وادراكاً لمعنى النزاع بين المتخاصمين.

ثالثاً: تشريع قانون حديث للتحكيم التجاري يتفق ويتلاءم مع الاتفاقيات الدولية للتحكيم التجاري وينسجم مع قواعد التحكيم الواردة في قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ (المادتين: ٢٢ن ٥/٢٧) منه ويتوازى مع قواعد التحكيم الواردة في قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل بحيث يكون القانون المقترح تشريعه خاص بالاعمال التجارية بينما تكون قواعد التحكيم الواردة في قانون المرافعات المدنية خاصة ومتعلقة بقضايا التحكيم المدنية الوطنية (غير التجارية).

رابعاً: ضرورة فصل القواعد المتعلقة بالاثبات في المسائل التجارية عن القواعد المتعلقة بالاثبات في المسائل المدنية وخصوصاً في حالة الاثبات بالشهود والقرائن القضائية ووسائل التقدم العلمين ولم تم ذلك كله في قاون واحد للاثبات. وهذا

يستلزم تعديل قانون الاثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل تعديلاً ثانياً يتضمن هذه الاراء.

اخر دعوانا ان الحمد لله رب العالمين

المصادر

اولاً: الكتب:

١. د. ابو زيد رضوان، الاسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، القاهرة، دار الفكر العربي، ١٩٨١.

٢. د. اكثم امين الخولي، العقود التجارية، القاهرة، مطبعة نهضة مصر، ١٩٥٧.

٣. د. ايهاب السنباطي، الموسوعة القانونية للتجارة الالكترونية، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٨.

٤. د. بشار محمد الاسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة (ماهيتها، القانون الواجب التطبيق عليها، وسائل تسوية منازعاتها)، ط١، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٦.

٥. د. ثروت حبيب، دراسة في قانون التجارة الدولية مع الاهتمام بالبيوع البحرية، الاسكندرية، منشأة المعارف، ١٩٥٧.

٦. د. جليل الساعدي، مشكلات التعاقد عبر شبكة الانترنت، بغداد، مكتبة السنهوري، ٢٠٠٨.

٧. د. سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الانترنت (دراسة مقارنة)، مصر، دار الكتب القانونية، ٢٠٨.

٨. د. سمير حامد عبد العزيز الجمَّال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، ط١، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦.

٩. سمير عبد السميع الاودن، العقد الالكتروني، الاسكندرية، منشأة المعارف، ٢٠٠٥.

١٠. د. طوني ميشال عيسى، التنظيم القانوني لشبكة الانترنت (دراسة مقارنة في ضوء الاتفاقيات الوضعية والاتفاقيات الدولية)، ط١، لبنان، دار صادر، ,٢٠٠١
١١. د. عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الالكترونية وحمايتها القانونيةن الكتاب الاول (نظام التجارة الالكترونية وحمايتها المدنية)، الاسكندرية، دار الفكر الجامعي، ,٢٠٠٤
١٢. د. عبد الفتاح بيومي حجازي، مقدمة في حقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك في عقود التجارة الالكترونية، الاسكندرية، دار الفكر الجامعي، ,٢٠٠٥
١٣. د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج١، (مصادر الالتزام)، ط١، بغداد، شركة الطبع والنشر الاهلية، ١٣٨٣هـ/١٩٦٣م.
١٤. د. عدنان احمد ولي العزاوي، مفهوم العمل التجاري وآثاره القانونية في ظل قانون التجارة العراقي (دراسة مقارنة بالقوانين التجارية العربية)، ط١، بغداد، مطبعة الصقر، ,١٩٨٧
١٥. د. عصمت عبد المجيد بكر، اثر التقدم العلمي في العقد (تكوين العقد/ اثبات العقد) (دراسة مقارنة)، بغداد، الناشر: (صباح صادق جعفر)، ,٢٠٠٧
١٦. المستشار فاروق علي الحفناوي، موسوعة قانون الكمبيوتر ونظم المعلوماتية، الكتاب الثاني (عقود الكمبيوتر)، ج١، (عقود البرامجيات)، القاهرة، دار الكتاب الحديث، ١٤٢٣هـ/٢٠٠٣م.
١٧. المستشار فاروق الحفناوي، موسوعة قانون الكمبيوتر ونظم المعلومات، الكتاب الثاني (عقود الكمبيوتر)، ج٢، (عقود النظم والاجهزة)، القاهرة، دار الكتاب الحديث، ١٤٢٣هـ/٢٠٠٣م.
١٨. مدحت عبد الحليم رمضان، الحماية الجنائية للتجارة الالكترونية (دراسة مقارنة)، القاهرة، دار النهضة العربية، ,٢٠٠١
١٩. د. محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة، ,٢٠٠٣

٢٠. منير وممدوح محمد الجنبيهي، الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني، الاسكندرية، دار الفكر الجامعب يلا سنة طبع.
٢١. هبة ثامر محمد عبدالله ، عقود التجارة الالكترونية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق ـ جامعة النهرين، ١٤٢٧هـ/٢٠٠٦م.
٢٢. د. هدى حامد قشوش، التجارة الالكترونية والملكية الفكرية، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠.

ثانياً: البحوث والمقالات العلمية:

١. د. اسامة ابو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، بحث مقدم الى مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت، كلية الشريعة والقانون بجامعة الامارات العربية المتحدة مع مركز الامارات للدراسات والبحوث الستراتيجية ومركز تقنية المعلومات بالجامعة للفترة (من ٢ الى ٣ مايو ٢٠٠٠).
٢. د. حمزة حداد، مباديء التحكيم ودور مؤسسات التحكيم (ورقة عمل مقدمة للمركز اليمني للتوفيق والتحكيم في الدورة التدريبية حول دور اطراف النزاع والجهات ذات العلاقة بالعملية التحكيمية)، بحث منشور في مركز القانون والتحكيم Law of Arbitration Center على الموقع الآتي:
http://www.ac.com.jo/resear017.htm بتاريخ ٢٠٠٥/٦/٥.
٣. مقالة المحامي حميد يونس، شرط التحكيم ومدى رقابة المحكمين على حكم المحكمين في التشريع العراقي المقارن، مقالة منشورة في مجلة القضاء، العدد الثاني، السنة الثالثة والعشرون، ١٩٦٨.
٤. د. رافد خلف هاشم، النظام القانوني لبنوك المعلومات، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق ـ جامعة النهرين، مج١٠، العدد (١٨)، ١٤٢٨هـ/٢٠٠٠.
٥. علي سيد قاسم، بعض الجوانب القانونية للتوقيع الالكتروني، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق ـ جامعة القاهرة، العدد (٧٢)،٢٠٠٢.

٦. أ.د. محمد سعيد خليفة، البيع عبر الانترنيت وحماية المستهلك في ضوء قانون المعاملات الالكترونية البحريني، كلية الحقوق . جامعة النهرين، مج٥، العدد الاول، ٢٠٠٨.
٧. يونس عرب، التجارة الالكترونية، بحث منشور على الموقع الآتي:
www.arablaw.org

ثالثاً: القوانين:

١. القانون المدني رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.
٢. قانون المبادلات التجارية الالكترونية التونسي رقم (٨٣) لسنة ٢٠٠٠.
٣. قانون حماية المستهلك الفرنسي لسنة ١٩٩٣ المعدل سنة ٢٠٠١.
٤. قانون حماية المستهلك البريطاني لسنة ١٩٧٤ (النافذ).
٥. قانون الاثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل.