عقود آلتجارة آلإلكترونية فِي القانون العراقي

م.م. محمد غسان صبحي
mohamohairaq@yahoo.com
وزارة التربية/ المديرية العامة للتخطيط التربوي
أ.د.عباس زبون عبيد العبودي
جامعة بغداد/ كلية القانون

الملخص

إن عقود آلتَجارة آلإلكتَرونيِة تعد احد أهم مفرزات التكنولوجيا الحديقة، فهي تصرفات تجارية تتم على شبكة آلإنتَرنت، تتسم بعدم وجود مكان وزمان للعقد وباختلاف جنسية الأطراف، وتعتمد على آلكتَابة آلإلكتَرونيِه، ويتم اثبآ.ت تلك آلتَصرفات بوسآئل آلإثبا.ت آلحديِثه. بمثل آلتَوقيِع آلإلكتَروني، وتَخضع. لقآ.نون آلإرا.دة.

الكلمات المفتاحية: التجارة الإلكترونية، التوقيع الإلكتروني، القانون الواجب التطبيق

E-commerce contracts in Iraq law

Problems and solutions

Mohammed Ghassan subhi

Abstract

E-commerce contracts are one of the most important decisions of modern technology. They are commercial transactions that take place on the internet. They are characterized by the absence of aplace and time for the slave and the difference in the nationality of the parties. They depend on electronic writing. The actions are proven to you by modern means of proof such as electronic signature, and are subject to the law of will.

Key words :E- Commerce, electronic signature. Applicable law

المقدمة

إن التجارة الإلكترونية (Electronic Commerce) في نمو متزايد في السنوات الأخيرة، كونها أصبحت المحور الأساس للتطور الاقتصادي سواء على المستوى الوطني أم الدولي كونها تأخذ بعين الاعتبار الإطار الاجتماعي والاقتصادي معا، لذا لا يمكن تصور قيام الاقتصاد دون

وجود التجارة الإلكترونية إلا أن ذلك لا يعني أنها لا تتخللها سلبيات إلا أنها أداة فعالة في تَنفِذ وآد.اره آلأنشطه آلتَجارِية آلمتَعلقه بآلتَبادل الاقتصادي من بيع وشراء للبضائع والمعلومات والخدمات عبر شبكات الاتصالات الدولية.

وترجع فكرة التجارة الإلكترونية إلى نهاية ثمانينات القرن الماضي، وتطورت على أيدي فقهاء القانون التجاري الأمريكي، حيث كانت تَسمى آلمعطيآت آلمعلومآتَية، وكانت تحت إشراف الهيئة القومية للعلوم في الولايات المتحدة الأمريكية على شبكة الانترنت وتم تحويلها إلى القطاع الخاص اعتباراً من نيسان ١٩٩٥.

وتَعتَمد آلتَجاره آلإلكتَرونيه تعلى تفكره آلعقد آلالكتَروني كأسآس لهآ، فهمآ يرتبطان ارتباطًا وثيقًا، ذلك أن العقد الإلكتروني يِتَم إبرآ.مه دو.ن حآجة آلى آلتَواجد آلماديِ للأطرآف آيِ عد.م وجو.د تمجلس للعقد حقيقِي بل افتَرآضيِ تفقط.، فهو بذ.لك يِندرج ضمن طآ.ئفه آلعقود آلمبر.مه تعن بعد، حيث يِتَم تَبآدل آلإيجآب وآلقبو.ل تعبر شبكه آلإنتَرنيت.

وقد دعم ازدهار التجارة الإلكترونية التَطورآت آلحديثه التَي برزت فيِ مجآ.لآت مهمة .متَمثله بتكنولوجيا الكمبيوتر وتكنولوجيا الاتصالات السلكية واللاسلكية، والبرمجيات وتكنولوجيا المعلومات باعتبارها أهم وسائل تبادل المعلومات ومن شأنها أن تسهل ممارسة الأعمال التجارية والقضاء على قيود الجغرافيا والوقت، خاصة بعد أن أصبح الإنترنت نظام اتصالات مفتوح، ولا يواجه قيودًا تكنولوجية تؤثر على توسعه، لذا فإنه خلق بيئة "بلا حدود" للاتصالات، حيثما توجد أجهزة وبرامج الاتصالات الضرورية، تمكن المعلومات والعروض التجارية من الانتشار والتدفق على نطاق أوسع وبسرعة أكبر من أي وقت مضى.

وبذلك أصبحت التجارة الإلكترونية ضرورة ملحه. ومتَطلبآ تَنموِآ لزِيآدة إسهآمها فيِ آلتَجارة آلخارجِيه، لذا فلابد من تَطويِر قطآعآتَها آلإنتَاجِية آلمحلِية والتَسويِقِية وتَوفيِر تفرص وآتسعة لرفع نموها آلاقتَصاديِ، إلا آننآ تنجد آن هنآك آختَلافآ فيِ تَطور آلتَجارة آلإلكتَرونِية في بلداننا إلى حد كبير عن باقي دول العالم نتيجة التخلف عن مواكبة آلتَعاملآت آلإلكتَرونِية رغم تَشريِع عدد تمن آلقوانين آلمنظمة للتجارة الإلكترونية إلا أنها تعد غير كافية لكافة متطلبات قيام التجارة الالكترونية الآمنة.

ولقد أضحت تعقود آلتَجارة آلإلكتَرونِية أسلوبًا مميزًا لعقد الصفقات التجارية وتوفير فرص الاستثمار وتجنب آلكثِير تمن آلمعو.قآت آلتَجارِية آلتَقلِيدِية ومن بينها مشاكل النقل والجمارك والرسوم وغيرها من مشكلات أخرى.

إشكالية البحث

تظل قضية قدرة التشريعات على تنظيم مختلف جوانب الحياة بما فيها آلتَعاملآت آلتَجارِية التَي تتَم تعن طرِيق آلتَكنولوجِيآ آلحديثه أحد آلمحددآت آلرئِيسِية في صياغة وتشكيل النظم القانونية

وخاصة في بعدها الاقتصادي، فهي معيار تقاس به درجة تقدم الأمم ومقدرتها على تحقيق أهدافها، فالنظيم القانوني لعقود التجارة الدولية ليس شكل من أشكال الترف القانوني، بل هي قواعد ومفاهيم ومضمون، ومن أهم تلك المضامين مدى قدرة التشريعات على احتواء تلك التصرفات وتنظيم القانون الواجب التطبيق وطريقة الإثبات.

تساؤلات الدراسة

سيقوم الباحث من خلآ.ل البحث الإجابة على تساؤلات الدراسة والمتمثلة فيما يأتي:

•ما آلمقصود بعقود آلتَجارة آلإلكتَرونيِة ؟.

•ما هيِ طبيعة عقود آلتَجارة آلإلكتَرونيِة ؟.

•كيف يتم إثبات عقود آلتَجارة آلإلكتَرونيِة ؟ .

•ما هو آلقآ.نون آلوآ.جب آلتَطبيق عقى عقود آلتَجارة آلإلكتَرونيِة ؟.

أهداف الدراسة

تهدف الدراسة إلى الوقوف على عدة نقاط:

•الوقوف على آلمقصود بعقود آلتَجارة آلإلكتَرونيِة.

•آلتَعرف على طبيِعة عقود آلتَجارة آلإلكتَرونيِة.

•الوقوف على طريقة إثبات عقود آلتَجارة آلإلكتَرونيِة.

•التعرف على آلقا.نون آلوآ.جب آلتَطبيق عقى عقود آلتَجارة آلإلكتَرونيِة.

خطة البحث

المبحث الأول: ماهيِة عقود التَجآرة آلإلكتَرونيِة

المبحث الثاني: **الإشكاليات التي تواجه الإطار القآنونيِ لعقود آلتَجارة آلإلكتَرونيِة**

المبحث الأول

ماهيِة عقود آلتَجارة آلإلكتَرونيِة

إن العقد الإلكتروني بصفة عامة يكتسب خصو.صيِتَه كو.نه يِبرم عن طريِق شبكةَ آلمعلومآتَيِه آلانتَرنيِت، فقد عر.فتُ جآ.نب من آلفقه آلأمريِكيِ بآ.نه آلعقد آلذيِ يِنطويِ عقى تَبآدل للرسائل بيِن آلبآئع وآلمشتَريِ والتَيِ تَكون قآئمه عقى صيِغ معدةَ. سقفآ" (١)، فآ.لعقد آلإلكتَرونيِ يِختَلف عن آلعقد. آلتَقليِدي من حيِث آلطريِقه التَيِ يِتَم من خلآ.لها انعقاد هذا آلعقد فهو يِمثل اتَفآق بيِن طرفيِ آلعقد من خلآ.ل تَلاقيِ آلإيِجاب وآلقبو.ل عتن طريِق استَخدآم شبكةً آلمعلومآتَيِة سواء فيِ تَلاقيِ آلإرادتَيِن آو آلمفاوضآت آلعقديِه أو التوقيِع آو اي جزئيِه من جزئيِآت ابرآ.مه سواء أكآ.ن هذا آلتَصرف بحضو.ر طرفيِ آلعقد. فيِ مجلس آلعقد. آو من خلآل آلتَلاقي عبر شآشآت آلحاسب آلآليِ آو اي وسيِله آلكتَرونيِه سمعيِه آو بصريِه ومعآلجه آلكتَرونيا.

ولقد ظهرت عقود آلتَجارة آلالكتَرونيه منذ ثلاث عقو.د ثم تَطور مفهو.مها خلآل آلر.بع الاخيِر من آلقرن آلماضيِ بتَطور الاجهزة آلالكتَرونيِه حيِث تَخدم مصآلح آلمستَهلك ورغبآتَه ومنة تَقدمت آلصنآعه ووسآئل الاتصآل سوآء آلمسموعه منهآ آو آلمرئية ممآ يِجعل آلعآلم مجموعه من آلدول وآلشعو.ب آلقريبة رغم آلبعد آلمكانيِ بينهما.

هذا ما نتناوله في هذا المبحث والذي تم تقسميه إلى مطلبين على النحو الآتي:

المطلب الأول: التَعريف بعقود التَجارة آلإلكتَرونيِة

المطلب الثاني: طبيعة عقود آلتَجارة آلإلكتَرونيِة

المطلب الأول

التعريف بعقود التَجارة الإلكتَرونيِة

تعتبر عقود التجارة الإلكترونية إحدى معاملات آلتَجارةَ آلدوليِه التَي تتَم عتن طريِق آلتَبادل الالكتَروني للبيِانآت وغيِر ذلتك متن وستآئل آلانتَصال والتَيِ تَنطوي على آستَخدام بدآئخل للآشكال آلورقيِه للآتَصال وتَخزيِن آلمعلو.مآت، والتي باتت تؤثر بلا شك على مختلف الانشطة الاقتصادية نظرًا لما تمثله من استثمار في الطاقات الذهنية والقدرات الفكرية للعنصر البشري،وقد تعددت وجهات نظر الباحثين الذين تناولوا مفهوم آلتَجارة آلالكتَر.ونيِة، فمنهم متن يرى أنها عمتليِات بيِع وشراء مآ بيِن آلمستَهلكيِن وآلمنتَجيِن آو بيِن آلشر.كآت بآستَخدام تَكنولوجيِآ آلمعلو.مآت وآلاتَصالات الحديثة.

أولا: تعريف عقود التجارة الإلكترونية

ذهب جانب من الفقه إلى أن مصطلح التجارة الإلكترونية يشير بصفة عامة إلى جميع أشكال آلمعاملآت آلتَجاريِة التَيِ تتَم متن قبل آلأفرآد وآلهيِئات التيِ تَعتَمد عتلى معآلجه ونتقل آلبيِانآت آلرقميِة شاملة آلنصوص وآلصوت وآلصوره. تمن خلآ.ل شبكآ.ت مفتَوحة مثل الانترنت أو مغلقة مثل المينيتال التي يكون لها اتصال بشبكة مفتوحة (٢).

وذهب جانب من الفقه إلى أن التجارة الإلكترونية هي عبارة عن تنفيذ لكل ما يتصل بعمليات شراء وبيع السلع والخدمات والمعلومات وتسوية مدفوعات تعبر شبتكة آلانتَرنيِت (٣).

كمآ قال .عنها أخر بأنها هيِ تَنفيِذ وادارة الانشطةَ آلتَجاريِة وآلمتَعلقةَ بآلبضآ.عه وآلخد.مآت بوآسطه تَحويِل آلمعطيِآت تعبر شبكةَ. آلانتَرنيِت او الانظمةَ آلتَقنيِة آلشبيِهة، وتَآخذ منظمه. آلتَجاره آلعآلميِة بتَعريِف اوسع حيِث تَشمل آلتَجارة آلإلكتَرونيِه آنشطه انتَاج ألسلع وآلخد.مآت وتَوزيِعها وتَسويِقها وبيِعها وتَسليِمهآ للمشتَريِ من خلآل وسآ.ئط آلكتَرونيِةَ(٤).

ويلاحظ على هذا التعريف كونه لا يحصر التجارة الإلكترونية في عمليات شراء منتج ما، بل أن التجارة الإلكترونية تتسع هنا لتشمل أية معلومات أو خدمات تقدمها شركة لأخرى، أو شركة لمستهلك، عبر الأنترنت أو غيرها من وسائط الاتصال الإلكتروني، ابتداء من معلومات ما قبل

الشراء وانتهاء بخدمات ما بعد البيع فنكون هنا أمام مجموعة متنوعة من العمليات المتصلة بعقد صفقات وإقامة الروابط التجارية من خلال وسائط الاتصال الإلكتروني وبخاصة الأنترنت.

ويذهب جانب من الفقه إلى تَعريِف آلتَجارةَ آلإلكتَرونيِه بآنها " تنفيذ وإدارة الأنشطة التجارية بواسطة تحويل المعطيات عبر شبكة الانترنت والأنظمة التقنية الشبيهة، كأنظمة الدفع الإلكتروني، ووسائل الحوسبة المدمجة بالاتصالات و الشبكات .. وغيرها (٥)".

وهناك تعريف اخر ضيق لمفهوم آلتَجارةَ آلإلكتَرونيِة وتقتصر على " عملياِت تبادل آلسلع وآلخدمات بعن طرِيق وسيلة آلكتَرونيِة او وسيط آلكتَروني "، وهذا التعريف اخذ به مشرع القانون المصري للتجارة الالكترونية في الفصل الاول من المادة الأولى والمقصود بالوسيلة الإلكترونية او الوسيط الالكتروني يمكن ان تتسع في هذا التعريف لتشمل الى جانب الأنترنت ولكن الوسائط الإلكترونية يمكن ان تتسع في هذا التعريف الى جانب الانترنت وسائط الكترونية اخرى مثلظ آلشبكآ.ت إلتيِ تَستَخدمها شركات آلطيرآن وآلبورصات وغيرها.

ومن جانب أخر فقد حاولت بعض آلهيئآت وآلمنظمآ.ت آلدوليِه وضع مفهو.م لمصطلح آلتَجارة آلإلكتَرونيِه و.منهآ تعريف .منظمةَ. آلتَعاون آلاقتَصاديِ وآلتَنميِه آلمعروفة اختصارًا (OCDE) التجارة الإلكترونية تشير عموماً إلى جميع أشكال المعاملات المتعلقة بالنشاطات التجارية والفردية التي تتم بالاستناد إلى تبادل وبنقل. آلبيآنات آلرقميِه بمآ فيِهآ آلنصوص وآلأصوات وآلصور الضوئية (٦) .

وفي فرنسا فقد عرفت التجارة الإلكترونية على إنها "مجموعة المعاملات الرقمية المرتبطة بأنشطة تجارية بين المشروعات بعضها مع بعض، وبين المشروعات والأفراد، أو بين المشروعات والإدارة (٧)".

وبالرغم أن المشرع العراقي نظم موضوع التعاقد عن بعد من خلال مادة (٨.٨) .من قانو.ن آلمدنيِ العراقي وإلتيِ نصت " بِعتَبر آلتَعآقد بآلتَليِفون آو بايِة طرِيقةَ بمماثله كآ.نه تَم بين الحاضرين فيِما بِتَعلق بآلزمآن وبين غآئبين فيِما بِتَعلق بآ.لمكآن "، إلا أن آلمشر.ع العراقي لم يتطرق إلى تعريف التجارة الإلكترونية في قآ.نون آلمعا.ملآت آلإلكتَرو.نيِه والتَوقيِع الإلكتر.وني ر.قم (٧.٨) لسنه ٢٠.١٢.

إلا أنه هناك من يرى بأن المشرع العراقي قد عرف التجارة الإلكترونية بدلالة المعاملات الإلكترونية، حيث جاء في المادة (٦/١) من قانون المعاملات الإلكترونية والتو.قيِع بلإلكتَر.وني ر.قم (٧.٨) لسنةً. ٢٠.١٢ ظعلى أنها "الطلبات والمستندات والمعاملات التي تتم بالوسائل الإلكترونية (٨).

ومن جانبنا فإننا نرى أن التجارة الإلكترونية هي نشاط تجاري يتم بفضل اجراءات تكنولوجية متقدمة متعلق بتنفيذ كل ما يتصل بعمليات شراء وبيع البضائع والخدمات والمعلومات عن طريق

بيانات ومعلومات شراء تنساب عبر شبكات الاتصال والشبكات التجارية العالمية الاخرى منها شبكة الانترنت التي تعدت حدود الدول وحولت الركائز الورقية المستخدمة في المعاملات التجارية كالفواتير والعقود وقبض الثمن الى ركائز الكترونية تتم كلها عبر الجهاز الالي الذي يتقابل بواسطة كل من البائع والمشتري والمنتج والمستهلك لتحقيق معاملاته التجارية رغم بعد المسافات واختلاف الحدود الجغرافية، حيث يتوقع لها البعض ان يتوسع نطاقها وتصبح الوسيط المطلق والمسيطر الشامل حيث يكون كل المعروضات للبيع في العالم باسره منحة للمشتري في اي منطقة من العالم لتفحصها ويقارنها بأخرى وحتى يجري عليها تعديلات ان أراد.

ثانيًا: خصائص عقود التجارة الإلكترونية

تتسم عقود التجارة الإلكترونية بعدد من الخصائص التي تجعلها عقودًا مميزة عن غيرها من عقود التجارة، ولعل من أهم هذه الخصائص ما يأتي:

إن عقود التجارة الالكترونية يتم ابرامها عن بعد لان أطراف العقد غير متواجدين في مجلس العقد من حيث المكان فهو تعاقد بين غائبين وتعاقد بين حاضرين من حيث الزمان كون ان التفاعل الحاصل بين العقدين عبر شبكة المعلوماتية (الانترنت) يعتبر تفاعلا بين حاضرين(٩).

إن عقود التجارة الإلكترونية يمكن ان تعد عقدًا داخليًا، عندما يكون المتعاقدين في العقد من الدولة نفسها، الا أنه في غالبا ما يتسم العقد بالطابع الدولي حيث تتم اغلب المعاملات بين أشخاص يتواجدون وينتمون الى دول مختلفة فقد يكون المستخدم في دولة والمورد والمنتج في دولة أخرى وشركة تكنولوجيا معالجة المعلومات وادخالها وتحميلها عبر الشبكة من دولة ثالثة(١٠).

الإيجاب في عقود التجارة الالكترونية غالبا ما يتسم بالعمومية أي ان هذا العقد يكون مطروحا للتعاقد لمن يرغب بذلك من الجمهور وهو ما يؤدي الى ترسيخ الصفة التفاعلية بين مستخدمي شبكة المعلوماتية حول العالم (١١).

إمكانية التنفيذ الفوري لعقود التجارة الإلكترونية إذ أنه من الممكن تنفيذ هذا العقد بشكل آني وفوري فيتم أداء الخدمات او الحصول على بعض السلع بصورة فورية وسريعة وكذلك فان الوفاء بالالتزامات قد يتم بشكل فوري بمجرد انعقاد العقد عبر الشبكة وهو ما يزيل الفارق بين الحدين الزمنيين اللذين يفصلان بين صدور الايجاب واقتران القبول به وبذلك تحل المعاصرة وتنقضي فكرة الفاصل الزمني بينهما بشكل كلي (١٢).

إن لعقود التجارة الالكترونية خصوصية فيما يتعلق بالإثبات وطريقة الوفاء به، فمن حيث الاثبات تعد الكتابة على الدعامة الورقية هي الأساس في الاثبات متى ما كانت موقعة بالتوقيع اليدوي اما العقد الالكتروني فيتم اثباته عبر السندات الالكترونية والتوقيع الالكتروني، أما من

حيث الوفاء فقد حلت النقود الالكترونية محل العقود العادية من خلال بطاقات الدفع والائتمان (١٣).

المطلب الثاني

طبيعة عقود التجارة الإلكترونية

اختلف الفقه القانوني في تحديد الطبيعة القانونية لعقود التجارة الإلكترونية، هل تدخل في طائفة عقود الإذعان، أم أنها عقود رضائية وهي على النحو الآتي:

أولاً: عقود الإذعان

عقود الإذعان عبارة عن عقود تعطي لأحد طرفيها فقط حرية الخيار والمفاوضة للقبول بها فليس للفرد سوى أن يقبل التعاقد دون مناقشة، أو التفاوض، أي يسلم بكافة الشروط التي يضعها الطرف الآخر، دون زيادة أو نقصان فليس للقابل إلا أن يقبل إبرام العقد، أو لا يقبل، وعادة يقبل الأفراد التعاقد بسبب الحاجة الماسة لهذه الضروريات كالماء والكهرباء وغيرها.

فالرضاء للقابل موجود لكنه مفروض عليه، وهذا الإكراه ليس من عيوب الإرادة، لأنه متصل بعوامل اقتصادية أكثر من اتصاله بالعوامل النفسية (١٤).

يذهب بعض الفقه الى ان العقد الالكتروني بصفة عامة هو عقد اذعان، وذلك على اعتبار ان المتعاقد لا يملك إلا ان يضغط في عدد من الخانات المقترحة امامه في موقع المتعاقد الآخر على مواصفات معينة ومنها مواصفات السلعة وثمنها المحدد مقدما ولا يملك ان يناقش أو يعارض المتعاقد الآخر حول شروط التعاقد التي يوردها على الموقع (١٥)، فهو لا يكون امامه الا التوقيع في حالة القبول أو عدم التوقيع في حالة الرفض، ويعتمد أنصار هذا الاتجاه الى تغليب المعيار الاقتصادي اذ ينشأ الاذعان عندما يكون هنالك تفاوت بين الطرفين وتنعدم المساواة القانونية والفعلية بين ارادتيهما فاحدهما يتمتع بنفوذ قوي والآخر ضعيف بسبب حاجته الملحة للتعاقد (١٦).

ويؤخذ على هذا الرأي تجاهله أمرًا هامًا، وهو قيام التفاوض، فقد يقوم الموجب بإرسال عرض سلعة معينة، مع بيان ثمنها، فيوافق عليها الموجب بشرط معين، كالحصول على نسبة خصم معينة، ومن هنا يبدأ التفاوض بين الطرفين (١٧).

ثانيًا: عقود رضائية

يذهب اتجاه ثان بين فقهاء القانون أن عقود التَجارة الإلكتَرونية ليست عقود إذعان، فلا يكفي أن تَحتوي صيغة العقد على شروط غير قابلة للمناقشة، وإنما يلزم مع ذلك أن تكون السلع، أو الخدمات ضرورة أساسية، لا يمكن الاستغناء عنها، وهي محل احتكار من التاجر، ذلك أن الفقه استقر على تعريف عقد الإذعان "بأنه العقد الذي يسلم فيه أحد الطرفين وهو المذعن بشروط يمليها عليه الطرف الآخر ولا يسمح له بمناقشتها فيما يتعلق بسلع أو مرافق ضرورية تكون محل

احتكار قانوني أو فعلي أو تكون فيها المنافسة محدودة والعرض يكون موجهًا للكافة وبشروط معينة لمدة غير محدودة (١٨)".

ويرى هذا الاتجاه أن الرضائيه تسود عقود التجاره الإلكتروني وفيه على اختلاف أنواعها فالمتعاقد إذا لم يعجبه شروط احد المورديين يستطيع اللجوء الى مورد او منتج آخر للسلعة، فهناك كثير من البائعين والموردين في السوق الإلكتروني (١٩).

ومن جانبنا فإننا نرى أن تحديد طبيعة العقد الإلكتروني هل هو عقد رضائي أو عقد إذعان يكون بحسب الوسيله المستخدمه في إبرامه، فإذا تم التعاقد بواسطة البريد الإلكتروني، او بمن خلال برامج المحادثه، او باستخدام الوسائل السمعية المرئية، فالعقد هنا يكون رضائيًا، فالطرفان يتبادلان الآراء، ووجهات النظر عبر الرسائل الإلكتروني وفيه، والموجه إليه الإيجاب يستطيع التفاوض حول شروط العقد، والمفاضله بين الحلول المطروحة عليه بحرية، حتى يصل الى انسب الشروط وافضلها بالنسبة إليه، فالعقود التى تبرم بهذه الوسائل تكون من عقود المساومة.

ولكن التعاقد عن طريق مواقع الويب التي تستخدم عادة عقودًا نموذجية، لها شروط يعدها مسبقًا الموجب، ولا يترك المجال للموجب له بالمساومة والمناقشة، فالعقود في هذه الحالة تعد من عقود الإذعان متى اكتملت الشروط الأخرى.

وفي ظل عدم وجود قاعدة مادية موحدة ظعلى المستوى الدولي تنظم مسالة الإذعان، فانه يكفي الأخذ بمعيار إمكانية التفاوض في عقود التجارة الونية، لاعتبارها عقود إذعان إذا اكتملت الشروط الأخرى، أو غير عقود إذعان فإذا كانت تلك العقود تجيز التفاوض سمحت للمشتري بمراجعة شروط العقود وإمكانية تعديلها وهي تخرج من نطاق عقود الإذعان، ولكن إذا جاءت بنود العقد بصورة جامدة غير قابلة للمراجعة، أو التمحيص، وانعدمت معها المفاوضة، أو المساومة، فهي عقود إذعان، وبناء عليه فلا بد من القول أن عقود التجارة الإلكترونية يمكن أن تكون عقود إذعان تارة، وتارة أخرى تكون عقودًا تفاوضية، وفقًا لظروف كل عقد على حدة.

المبحث الثاني

الإشكاليات التي تواجه الإطار القانوني لعقود التجارة الإلكترونية

باتت التكنولوجيا الحديثة مادة من مواد الحياة، فألقت بظلالها على كافة مناحي الحياة الإنسانية، فهي تدخل في كافة تفاصيل الحياة اليومية للإنسان، ومع ذلك فهي في تقدم مستمر يعجز العقل عن إدراكه.

وفي الحياة القانونية تدخلت التكنولوجيا بصورة كبيرة جدًا، فظهرت في بداية الأمر التجارة الإلكترونية التي تتم عبر وسائل الاتصال الحديثة، ثم انتقلت تلك التكنولوجيا إلى باقي مناحي

التعاملات القانونية، حتى أصبحت الإدارة تبرم معظم تصرفاتها بالاعتماد على التكنولوجيا، بل نجد معظم الدول في الآونة الأخيرة قد اعتمدت فكرة الحكومة الإلكترونية أو الحكومة الرقمية، فهي بذلك نقلت كافة تصرفات الإدارة والأفراد إلى تصرفات تتم بطريق آلتكنو.لوجيآ آلحد.يثهَ.

والإثبات مآ .هو إلا وسيلة ظمن وسائل آلدفاع التي يقدمها الأشخاص لبيان وقائع معينة وذلك بإقامة الدليل وتقديم الحجة على تلك الوقائع بغرض إقناع القاضي بما يدعون به وفق إجراءات محدده.

ونتج عن ذلك أن شهدت الحياة التجارية تطور في كافة المعاملات التجارية وخروجها من حيزها الجغرافي وتغيرت أدوات الإثبات إلى وسائط الكترونية، فنتيجة التعامل الالكتروني أصبحت المعاملات التجارية تتم عن طريق آلكتا.به الالكتر.ونيهَ بدل آلور.قيهَ، ولقد طورت بعد ذلك آلكتآ.بهَ آلإلكتر.ونيهً فأنشأت الدول هيئات مستقلة تضطلع بمهمة التوثيق الالكتروني بدل التوثيق الكتابي، واستبدل التوقيع التقليدي بالتوقيع الالكتروني يتوافق مع ما تتطلبه الحياة التجارية الحديثة الذي نتج عنها الاداء الجيد والسرعة في التعامل.

كما أن اختلاف جنسية الأطراف في عقود التجارة الإلكترونية قد نتج عنه ظهور إشكالية جديدة تتمثل في القانون الواجب التطبيق على المنازعات الناتجة عن تلك العقود هذا ما نتناوله في هذا المبحث والذي قسمته إلى مطلبين على النحو الآتي:

المطلب الأول: إثبات عقود التجارة الإلكترونية

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية

المطلب الأول

إثبات عقود التجارة الإلكترونية

أولاً: حجية السندآت آلإلكتر.ونيهَ ثفي آلإثبآ.ت

كان ظمن أهم آثار آلتعامل آلتجاري الإلكتروني أن ظهر ما يطلق عليه السندات التجارية اآإلكتر.ونيهَ، وإلتى نتج عنهآ العديد من المنازعات آلتجآر.يهَ إلتى يلجآ آلها أطرآف. آلخصومة الى تقديم تلك السندات لإثبات دعواه ودفع تلك الدعوى.

أ- تعريف آلسند.آت آلإلكتر.ونيهَ تشر.يعًا وفقهًا

عرف المشرع العراقي السند الالكتروني بأنه هو " المحررات والوثائق التي تنشأ أو تدمج أو تخزن أو ترسل أو تستقبل كليا أو جزئيا بوسائل الكترونية بما في ذلك تبادل البيانات الكترونيا أو البريد الالكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي ويحمل توقيعا الكترونيا (٢٠)".

ونجد من خلال المادة اعلاه آن آلسند آلالكتر.ونى يتكو.ن من عنصرين : الكتابة آلالكتر.ونيهَ سوآ.ء كآنت ظمنشئة مخز.نه مد.مجهً مرسلة ظمستقبله كليا جز.ئيآ بو.سيلهً آلكترو.نيهَ والثاني، التوقيع الالكتروني وقد احسن المشرع العراقي عندما وضع تعريف للسند. آلالكتر.ونى

كونه من آلمصطلحات آلقآنو.نيةَ آلحديثة إلتى تحتاج الى توضيح وبذلك قطع دابر اي اختلاف بين الفقه القانوني، كذلك احسن الصنع عندما ذكر عبارة بوسائل الكترونية دون حصرها بشكل معين وذلك تحسبا لظهور اي وسيلة الكترونية اخرى قد تظهر نتيجة التطور التقني المتسارع في مجال الاتصالات.

في حين عرف المشرع المصري آلسند. آلإلكتر.ونى بأنهُ .هو "رسالة تتضمن معلومات تنشأ أو تدمج أو تخزن أو ترسل كليا أو جزئيا بوسيلة الكترونية أو رقمية أو ضوئية بأي وسيلة اخرى مشابهة (٢١)".

نلحظ آن آلمشر.ع آلمصر.ى عرف آلسند. آلإلكتر.ونى بأي وسيلة الكترونية، وبذلك لم يحصر الوسيلة التي يتم بها، بشكل معين من أجل استيعاب أي وسيلة جديدة، .قد. تظـهر .في آلمستقبل. نتيجةَ. آلتطو.ر آلتقنى. الحاصل في مجآ.ل الاتصالات، لكنهُ يعاب عليه أنهُ لم يتطلب أن يكون السند الإلكتروني حاملاً توقيعا إلكترونياً و بذلك نرجح موقف المشرع العراقي عليه.

أما على صعيد الفقه القانوني فقد عرفَ السندات الإلكترونية بتعريفات متعددة نبين أهمها على وفق الآتي:

وقد عرف رأي (٢٢) السند الالكتروني بانه هو "مجموعة من الارقام والاشارات او الرموز الاخرى ذات دلالة واضحة محررا على دعامة الكترونية او مرسلة بطريقة الكترونية يكون بالإمكان التعرف بصفة قانونية على الشخص الذي صدرت عنه وتكون معدة ومحفوظة وفق شروط من شأنها ضمان تمامها وسلامتها" .

ونرى أن التعريف أعلاه يشوبهُ القصور كونهُ اقتصر على تعريف السندات الإلكترونية بتلك المحررة أو المرسلة بشكل الكتروني دون أيِ إشارة إلى السندات المخزنة أو المدمجة أو المستلمة مما يجعل. منـهُ. تعريفاً ظغير جد.ير بآلتآ.ييد.

وعرفهُ رأي اخر (٢٣) بانه هو "معلومات الكترونية ترسل او تسلم بوسائل الكترونية أياً كانت وسائل استخراجها" .

ونجد أن التعريف أعلاه يفتقد للدقة كونهُ عدَ السند إلكترونياً متى أرسل أو أستلم بوسيلة إلكترونية فقط دون أي إشارة إلى السندات المخزنة أو المدمجة آو آلمحفو.ظةَ ظعلى آلوسيط. آلإلكتروني مما يجعل منهُ تعريفاً غير جامع.

ويمكننا تعريفهُ بأنهُ (هو محرر يتكون من عنصرين هما آلكتآ.به آلإلكتر.ونيةً وآلتو.قيع آلإلكتر.وني يتم بآيةَ وسيلة الكترو.نيـةَ.).

ب- حجية آلسندات الإلكتر.ونيةً ظفي آلإثبآ.ت

إن آلوسائل آلإلكترونسيه تعتبر محل شك فيما يتعلق بالإثبات أمام القاضي التجاري، إلا إذا تم توفير الأمن التقني لهذه الوسائل المستخدمة، ضماناً لسلامة المعلومات المنقولة إلكترونيًا.

والملاحظ إن المحرر آلإلكتر.ونى يمكن أن يقو.م بآلد.ور آلذ.ي يقو.م بـه آلمحرر آلتقليد.ي في إثبات آلتصرفات آلتجارية أمام القاضي الإداري طالما أنه يمكن قراءته، ويدل بد.قه ظعلى ظمضمو.ن آلتصر.ف القآ.نوني آلذي يتضمنة.، و.يكون كذلك إذا كان مدوًناً ظعلى دعآ.مةَ آلكتر.ونيه تضمن. لـه آلاستمر.آر بمآ يمكن آلأطرآ.ف من آلرجو.ع آ.ليه ظعند آلضرورة ويوفر لهم آلثقه في صحةَ. بيآنآ.ته و عد.م تعر.ضهآ للتعد.يل آو آلتحر.ف آو الزوال (٢٤).

وما يهمنا هنا هو حجية المحررات الالكترونية في إثبات المعاملات التجارية الإلكترونية فالمشرع العراقي اعطى حجية لتلك. آلمحررآت حجبه. في آلإثبآ.ت آلتجاري الإلكتروني، وتناولها بالتنظيم في قانون التوقيع الالكتروني رقم ٧٨ لسنة ٢٠١٢ اذ نصت المادة ١٣ منه على " لا: تكون للمستندات الالكترونية والكتابة الالكترونية والعقود الالكترونية ذوات الحجية القانونية لمثيلتها الورقية إذا توافرت فيها الشروط الآتية:

أ. ان تكون المعلومات الواردة فيها قابلة للحفظ والتخزين بحيث يمكن استرجاعها في اي وقت.

ب. امكانية الاحتفاظ بها بالشكل الذي تم انشاؤها أو ارسالها أو تسلمها به بأي شكل يسهل به اثبات دقة المعلومات التي وردت فيها عند انشائها أو ارسالها أو تسلمها بما لا يقبل التعديل بالإضافة أو الحذف.

ج. ان تكون المعلومات الواردة فيها دالة على من ينشئها يتسلمها وتاريخ ووقت ارسالها وتسلمها.

ثانيا: لا تطبق الشروط المنصوص عليها في البند (لا) من هذه المادة على المعلومات المرافقة للمستندات التي يكون القصد منها تسهيل ارسالها وتسلمها.

ثالثا: يجوز للموقع المرسل اليه اثبات صحة المستند الالكتروني بجميع طرق الاثبات المقررة قانونا (٢٥)".

ويتضح من النص اعلاه ان المشرع العراقي اعطى حجية الاثبات للمحررات الالكترونية كحجيةً آلمحر.رآت آلورقية في مجآل آلمعا.ملآت آلتجا.ريةَ آلإلكتر.ونيةَ، متى توافرت فيها شروط معينة وردت بالنص ذاته، فالحجية القانونية تعطى للمحررات في حال تم حفظها وتخزينها واسترجاعها عند الرجوع إليها مع إمكانية الاحتفاظ بها بدون تلاعب أو تزوير وبالشكل الذي تم إرسالها فيه. بل توسع في ذلك الى ان تنص الفقرة الثالثة من نفس المادة على جواز اثبات صحة المحرر بكافة طرق الاثبات وهذا الموقف يوضح ان التوجه التشريعي العراقي الجديد يختلف عما كان

معمولا به في السابق فان مجاراة التطور التشريعي المقارن أصبح واضحا ثفي قآ.نون آلتو.قيع آلالكتر.وني وخصوصا آلمآده (١.٣) .

وكذلك يتضح ممآ جآء بآلمادة آلخامسةً من آلقا.نون آلنمو.ذجي للتجآ.رة آلالكتر.ونيةَ (الأونسترال) في جلسته المرقمة ٨٥ وفي ١٦ كانون الأول لسنة ١٩٩٦ وتضمنت تلك الجلسة ١٧ مادة حيث اعترف بحجية المحررات الالكترونية بوصفها دليلا في الاثبات ومساواة تلك المحررات بالمحررات الورقية فاتضح ذلك ظمن خلآ.ل ظنص آلمآ.ده آلخآ.مسه على .مبدأ الاعتراف في رسائل البيانات (٢٦) .

ثانيًا: حجية التوقيع الإلكتروني

أ- الموقف التشريعي

نص قانون التوقيع الإلكتروني على أن الكتابة الإلكترونية يراد بها " كل الحروف أو رقم أو رمز أو أية علامة أخرى تثبت على وسيلة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أية وسيلة أخرى مشابهة وتعطي دلالة قابلة للإدراك والفهم (٢٧)".

ويشترط في الكتابة الإلكترونية ما يشترط في الكتابة العادية حتى تؤدي وظيفتها في الإثبات وهذه الشروط تتمثل في كون الكتابة الإلكترونية قابلة للقراءة والفهم، وأن تتصف بالديمومة والثبات وأن تكون ليست قآبله. للتعديل والتحريف. والتحويرك..

حيث نص آلمشرع العراقي على الضوابط اللازمة لإنشاء وتداول آلأو.راق آلتجآ.ريةَ آلإلكتر.ونيه.، .نص على أن " يجوز إنشاء الأوراق التجارية والمالية بطريقة إلكترونية وفقًا للآتي: **أ**- أن تتوافر فيها ذات الشروط والبيانات الواجب توافرها في الأوراق التجارية والمالية المنصوص عليها قانونًا، **ب**- أن يكون نظام معالجة المعلومات قادرًا على إثبات الحق فيها والتحقق من التوقيع الإلكتروني يعود للأطراف المعنية (٢٨)".

فالمشرع العراقي أعطى للمستندات الإلكترونية بما فيها الأوراق التجارية الإلكترونية نفس القوة الإثبات التي تتمتع بها المستندات الورقية، ولكنه أشترط توافر بعض الشروط التي أشارت لها المادة (١٣/ أولا) من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية، وهي:

أ.- ان تكو.ن آلمعلو.مآت آلوا.ردة فيهآ قآبله للحفظ. وآلتخز.ين حيث. يمكن آسترجآ.عها في ا.ي و.قت.

ب.- أمكانيه. آلاحتفآ.ظ بهآ بآ.لشكل آلذ.ي تم آنشائها آو أرسالها او تسليمهآ به. آو بآ.ي شكل يسهل. به آثبا.ت دقةَ آلمعلو.مآت آلتى ور.دت فيهآ عند انشآ.ئها آو أرسآ.لها آو تسلمهآ بمآ لآيقبل. آلتعد.يل بآلإضآ.فه آو آلحذ.ف.

ت.- ان تكو.ن آلمعلو.مآت آلوا.رده فيهآ داله ظعلى من ينشئهآ. آو يتسلمهآ. وتآ.ريخ وو.قت ارسآ.لها أو .تسليمهآ.

وبذلك يكون المشرع العراقي قد أعطى الأوراق التجارية الإلكترونية نفس القوة الثبوتية للأوراق التجارية التقليدية (٢٩).

نص المشرع المصري على أنه " تتمتع الكتآ.به آلإلكتر.ونيةَ بذات آلحجيه. آلمقر.ره للكتآ.بةَ في مفهو.م قآ.نون الإثبات في آلمواد آلمد.نيه وآلتجآ.ريةَ".

وبذلك يكون القانون المصري قد ساوى بين. آلكتآ.به آلور.قيه وآلكتآ.بة آلإلكتر..ونيةَ فيما يتعلق بقوة كل منهم في الإثبات، وهو نفس موقف المشرع العراقي.

وينتج عن ذلك أنه في حالة تعارض أدلة الإثبات أمام القاضي فإن القاضي له سلطة تقديرية في أن يأخذ بالدليل الذي يتضح له أنه الأكثر صلة بالموضوع محل النزاع (٣٠).

ب- الضوابط اللازمة للاعتداد بحجية الأوراق التجارية في الإثبات

١- يجب التأكد من هوية الشخص

حتى يكتسب المحرر الإلكتروني الحجية أمام القاضي الإداري يجب أن يتبين من ذاك المحرر هوية من قام بإنشائه أو من يستلمه، وكذلك تاريخ ووقت إرساله أو تسلمه، والمنشئ هو الشخص الطبيعي الذي يقوم بإرسال المحرر الإلكترونية، كما قد يكون المنشئ الشخص المعنوي مثل الجهة الإدارية، أيا كان مضمونها إلى شخص آخر طبيعياً كان أو معنوياً (٣١).

ولا يخفي على أحد أهمية أن يقوم القاضي الإداري بالتأكد من هوية الشخص محرر السند الإلكتروني، فهو ما يكسب القاضي المصداقية والثقة في التعامل معه، بل ويكسب المحرر الإلكتروني القوة الثبوتية .

٢- أن يتم حفظ المحرر الإلكتروني طبقًا للقواعد القانونية

فيلزم لاكتساب المحرر الإلكتروني والكتابة الإلكترونية الحجية أمام القاضي الإداري أن يتم حفظ المستند أو السجل وما دوِّن فيه من معلومات أو بيانات بطريقة إلكترونية، ويلاحظ أن المادة (٩) من القانون الكويتي أوردت تحفظين على أحكامها وهما:

- أنه يجب احترام أحكام أي قانون آخر غير هذا القانون ينص صراحة على حفظ المستند او آلسجل آو آلبيانات في شكل. آلكتر.وني معين.، او اتبآ.ع آجرا.ءآت محددة، او حفظهآ آو ارسآ.لهآ ظعبر و.سيط آلكترو.ني معين.

- حق الجهات الحكومية، فيما يتعلق بالسجلات الإلكترونية التي تحتفظ بها وتخضع لاختصاصها، أن تضع شروط إضافية إلى جانب الشروط السابقة، بهدف تحقيق أعلى قدر من السرية لهذه السجلات وحمايتها من التهديدات الأمنية التي يمكن أن تحدث عن طريق التجسس أو الإرهاب الإلكتروني.

ومن المعلوم أهمية أن يتم حفظ المحرر الإلكتروني بطريقة فنية تحددها اللائحة التنفيذية فذلك يسهل الرجوع إليه وسهولة الحصول على نسخ منه أو أقراص مدمجة بهدف الحفاظ على أمن

آلمعلو.مآت أو آلبيانات الوآ.رده في آلمستند او آلسجل، على أن يتم كل ذلك طبقا للشروط والضوابط التي تحددها الجهة المختصة المرخص لها بمزاولة الخدمات الإلكترونية والتي يخضع هذا النشاط لإشرافها (٣٢).

٣- عدم التغيير في شكل المحرر والكتآبه. آلإلكتر.ونيه

حتى يكتسب آلمحرر وآلكتآ.به آلإلكترو.نيه آلحجيه. أمام القاضي الإداري يجب أن يتم الحفظ بالحالة التي أنشأ عليها إلمحرر وتمت بها الكتابة، ولا يقتصر عدم التغيير على إنشاء المحرر أو الكتابة بل يشمل حالة إرساله أو استلامه.

والمقصود من ذلك ضمان سلامة المحرر الإلكتروني وعدم تعرض بياناته للتبديل أو التحريف، وإمكانية الرجوع إليه كلما قضت الحاجة، فلا بد من الاحتفاظ به بذات الشكل والمواصفات التي تم بها إنشاؤه أو إرساله أو تسلمه من المرسل إليه (٣٣).

المطلب الثاني

آلقآ.نون آلوا.جب آلتطبيق ظعلى عقو.د آلتجا.ره آلإلكتر.ونيه

إن الاستخدام آلمتزايد لشبكةً الانترنت لإبرام العقود تسبب بظهور العديد من المشاكل القانونية، ولعل أبرزها تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية، حيث تكمن هذه الإشكالية في إمكانية تو.جية إيجآ.ب الى. جميع مشتر.كي شبكةَ. آلانتر.نت، مما من شأنه أن يؤدي إلى احتمالية تطبيق جميع قوانين الدول المرتبطة بالعقد.

فقد نصت آلفقرة آلأو.لى من. آلما.دة (٢٠) .من آلقا.نون آلمدنى آلعراقي على أنه " يسرى. على آلالتزا.مآت آلتعآقدية قآ.نون آلدو.له آلتى يوجد. فيهآ آلمو.طن آلمشتر.ك للمتعآ.قدين إذ ا.تحدآ مو.طنآ، فا.ن اختلفآ مو.طنآ سريان قآ.نون آلدو.لة آلتى تم فيهآ آلعقد.، هذآ. مآ لم يتفق. آلمتعا.قدآن آو تبين من آلظرو.ف أن قآ.نونآ آآخر هو آلذي يرآ.د تطبيقه."، وهذه المادة منقولة من المادة (١٩) من القانون المدني المصري.

أولاً: قانون الإرادة

يقو.م آي عقد. من آلعقود آلدو.ليه على أسآس آلحريه آلتا.مة آلمعبر عنها بسلطآ.ن او قآنون آلإرا.دة وآلذي يضمن لآطرآفه آلحريه في آختيآر آلقا.نون المطبق على هذا آلعقد.، و.لم تظهر. فكره. قآنون آلإرا.ده وتبسط. منطقهآ على هذآ آلنو.ع من آلعقو.د، آلا بعد. مرو.رهآ بمرآ.حل عد.يده تفرض نفسهآ من خلآلها كقآ.عدة آسا.سية في تحد.يد آلقا.نون آلوا.جب التطبيق عليهآ.، وآصبح هذآ آلمبدآ ومآ ينتج عنه .مبدآ ثابتآ في آلقآنون آلمقا.رن وعم آلاعتر.آف فيه بمختلف آلتشر.يعآت ومنهآ آلتشر.يع آلعرا.قي.

ثانيًا: قانون الموطن المشترك

يعتبر أنصار تطبيق هذا الضابط ا.ن قآنون آلمو.طن هو آلقا.نون آلذي يعر.فه آلمتعاقدون آكثر من غيره. وقد اعتآ.دوا على ان ينظموآ سلو.كهم حسب احكآ.مه، وعلى ذلك يكون. في استطاعتهم ان يتو.قعوآ مآ يتر.تب على تطبيقه .من أثار سلبيه أو ايجآ.بيه بآلنسبة .لهم.

لقد منح آلمشرع تطبيق قانون آلمو.طن آلمشترك للمتعاقدين الأفضلية ظعلى قآنو.ن مكآن إبرآم آلعقد و هي نفس آلأ.فضليه إلتى منحتهآ معظم آلتشريعآت لهذ.آ الضابط، و ذلك بعد قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين و قبل قانون محل إبرام العقد، و الأصل أن تحد.يد آلمو.طن اعتمد. على آلر.بط بين آلشخص و المكآن برآبط قآنو.ني و لهذا يعتبر أغلب الفقهاء بأن الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص أو يتخذ منه مركزا لأعماله فالأصل أن الموطن يتحدد بمكان حقيقي للمتعاقدين، وتجدر الإشارة إلى أنه يصعب الأخذ بمعيار الموطن المشترك للمتعاقدين في حالة التعاقد الغيابي حيث يكون التعامل مثلا عبر شبكة الإنترنت و يعتمد على العناوين الإلكترونية، لذا لا يوجد مكان حقيقي بالمعنى المتعارف عليه، بالإضافة إلى آن هنآ.ك عنآو.ين لآتر.تبط ببلد.آن معينةَ. (٣٤).

ثالثًآ: قانون الدولة .آلتي تم فيها التعاقد

آن .محل آبرا.م آلعقد وآن كا.ن وآحد لايتعد.د، فآنه قد يثير. صعو.بةَ في حآ.له آلعقد. آلذ.ي يتم بالمرآ.سله، فآلمعر.وف أن هنآ.ك خلآ.ف في آلمكا.ن آلذي ظيجري فيه آلعقد آلتجا.ري آلدولى.، فآلبعض يقول بآنه يتم في آلمكان آلذ.ي يعلن فيه آلقا.بل قبو.له، فتكون آلإرادتآ.ن قد تطآ.بقتا وآلبعض آلآ.خر يقول بآ.نه يتم في آلمكآن آلذي حدث فيه تصد.ير آلقبو.ل إذ لآيستطيع آلقآ.بل عندهآ آن ير.جح في قبوله.، حيث يذ.هب آلبعض آلآخر إلي آلقول بآنه يحدث في آلمكا.ن آلذي سلم فيه. آلقبول وآكثر آلتشر.يعآت تقضي بآنه. يتم في آلمكان. آلذي حصل فيه آلعلم. بآلقبول (٣٥).

الخاتمة

التجارة الإلكترونية تتم عن طريق شبكة الأنترنت العالمية والواسطة التي يتم عن طريقها تعامل الاطراف عقد سمي العقد الالكتروني لكن يختلف عن العقود العادية وذلك لعدم وجود أطراف العقد في مكان واحد وحتى في زمان بل هو في عالم افتراضي.

لابد آ.ن ظيكو.ن آلتوقيع خآ.صاً بصآحبه ومعر.فآ به، .طيشترط أن يكون آلتوقيع دا.لا ومحد.دآ لشخص آلمو.قع، .ليتحقق بذلك دو.ره في آلإثبآ.ت، فيجب في التوقيع الالكتروني أن طيتصل آتصالآ مباشرً.آ بآلمحرر الكتابي، لتآد.يةَ وظيفته. في إثبآت آقرا.ر آلموقع.، بمآ ورد. في ظمضمو.ن هذا آلمحرر.

النتائج

إن المشرع العراقي بموجب قانون التوقيع آلإلكتر.وني والمعاملات الإلكترونية رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٢ لم يضع تعريف صريح وواضح لعقود التجارة الدولية.

فقد عرفه في المادة (١/رآبعًآ.) ظمن هذا آلقا.نون بآ.ن آلتو.قيع الإلكتر.وني "علامة شخصية تتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو أصوات أو غيرها وله طابع متفرد يدل على نسبته إلى الموقع ويكون معتمداً من جهة التصديق" وقد ذهبت آلما.دةَ آلثا.نيةَ .عشر .من نفس آلقا.نون وآلتي ظتنص. طعلى آ.ن جهات آ.لتصديق المختصة تخصص رموز معينه يستطيع الموقع استخدامها بتعاملاته الإلكترونية، وبذلك فإن المشرع العراقي لم يلتزم بصيغه معينه بالتوقيع بل نوع من أشكال التوقيع الإلكتروني ووضع شرطين وهو أن يكون صادراً من جهة مختصة وان يكون له صفه مميزه تميزه عن غيره من التوقيع وتؤيد نسبته إلى الموقع.

إن المشرع العراقي بموجب المادة (٢٠) من القانون المدني أطلق للأطراف حر.يه آختيآ.ر قانو.ن أجنبي لينطبق ظعلى ظعقو.د آلتجا.ره آلدو.ليه، دون وضع ظقيد. على تلك الإرادة.

إن اللجوء للإرادة الضمنية لتحد.يد آلقا.نون آلوا.جب آ.لتطبيق ظعلى. .عقوآد آلتجا.ره آلدوليه يواجه عدة صعو.بآت تتمثل في عدم بيان العناصر التي يمكن الاستناد إليها لاستخلاص تلك الإرادة.

التوصيات

١- وجوب الإسراع بإصدار قانون لتنظيم التجارة الإلكترونية من قبل المشرع العراقي، على أن يتضمن قواعد تتناسب مع آلتقنيآ.ت آلحد.يثه وآلو.سائل آلإلكتر.ونيةً المستخدمة في التعاقد.

٢- قيام المشرع العراقي بالتعامل مع المعاملات الإلكترونية بشكل يعزز صحتها وقابليتها لضمان الحقوق من خلال التركيز على أدلة الإثبات الإلكترونية المتمثلة بالسند الكتابي والتوقيع والأصل مسترشدا بالتشريعات.

٣- القيام بصياغة قواعد جديدة للإثبات تتلاءم مع خصوصيات آلتجا.ره آلإلكتر.ونيه ظمع آلأ.خذ بنظر آلا.عتبآر إعادة صياغة بعض نصوص قانون الإثبات.

الهوامش

١- . د.أسآمة ابو آلحسن. مجآ.هد، ظخصو.صيه آلتعا.قد .عبر آلانتر.نت، دآآر آلنهضه. آلعر.بية، آلقآ.هره ، ٢٠٠٠، طص ٣٩. .

٢- د. طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية ، ط١، دار الثقافة والنشر والتوزيع ، ٢٠٠٥ ، ص ٢٠ .

٣- د .عزت عبد الحميد البرعي ، مذكرات ومحاضرات عن الجوانب الاقتصادية والقانونية المتعلقة بالتجارة الالكترونية والنقود الالكترونية وتكنولوجيا المعلومات ودور كل منها في التنمية

الاقتصادية ولاجتماعية(تطبيقات نظرية لعلوم الحاسب الالي) مطبعة حمادة ،قويسنا، المنوفية ، بدون سنة نشر ، ص19 .

٤- د. يوسف حسن يوسف ، تنآ.زع آلاختصآ.ص آلقضاءي آلد.ولي فَي آلمعا.ملآت آلتجا.ريةَ آلإلكتر.ونيه ، ط ١ ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة ، ٢٠١٥ ، ص ٣٢ .

٥- د. ظيو.نس عر.ب ، آلدر.اسةَ آلشا.ملةَ حول آلتجآ.رةَ آلإلكترو.نيةَ ، الجزء الأول ، خمجلةَ. آلبنو.ك آلأرد.نية ، تصدر عن جمعية البنوك الأردنية ، العدد 8 ، المجلد 18 ، تشرين الأول ، وتشرين ثاني ، 1999 ، ص ٤٨ .

٦- هآ.دي .مسلم يوطنس.. قآسم.آلتنظيم. آلقا.نوني للتجآ.رةَ آلإلكتر.ونيةً ، آطرو.حةَ دكتو.رآه ، طكليةَ. آلقأ.نون ، بدون سنة نشر، ص12 .

٧- نضال إسماعيل برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، ط١ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ٢٠٠٥ ، ص ١٦ .

٨- ظنجلآء خعبد ظحسن.، آلتنظيم.. آلقانو.نى لعقو.د آلتجا.رة آلالكتر.ونية، ظمجلةَ. لآرك طللفلسفةَ وآللسا.نيآت وآلعلو.م آلاجتما.عية (بحوث القانون والعلوم السياسية)، الجزء3 ، العدد الثلاثون، 2018 تموز، ص ٥١٤ .

٩- د. محمد حسين منصور ، المسؤولية الإلكترونية ، دار الجامعة الجديدة ، آلإسكند.ريةَ ، ٢٠٠٦ ، طص ١٧ .

١٠- د. بشآر ظمحمو.د دو.دين ، آلا.طار آلقا.نوني ظللعقد. آلمبر.م عبر. شبكةَ. آلانتر.نيت ، دآآر آلثقا.فة ، عمآ.ن ، ٢٠٠٦ ، ص٣٧ .

١١- د . أسآ.مةَ آ.بو آ.لحسن مجآ.هد ، خصو.صيةَ آلتعا.قد ظعبر آلانتر.نيت ، مر.جع سآ.بق ، طص ٥٢.

١٢- د. محمد ابراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الالكترونية، بدون ناشر، عمان، ٢٠٠٥ ، ص٤٣

١٣- د .حسن عبد الباسط الجميعي، اثبات التصرفات القانونية التي يتم ابرامها عن طريق الانترنيت ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠ ، ص٢١

١٤- د. محمد أمين الرومي، **النظام القانوني للتحكيم الالكتروني** ، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠٠٦ ، ص15.

١٥- ظعمر حسنظ آلمو.مني ، **آلتو.قيع آلإلكتر.وني وقآنو.ن آلتجا.رة آلإلكتر.ونية درآسةَ. قآنونيةَ. ظتحليليةَ ومقآ.رنة** ، دآآر وآ.ئل ظللنشر. والتوزيع. ، ٢٠٠٥، ص ٣٤ .

١٦- د. أسآ.مةَ آ.بو آ.لحسن مجآ.هد ، آلمر.جع آلسا.بق ، ظص ٢٠١ .

١٧- د. خالد ممدوح إبراهيم ،**إبرام العقد الإلكتروني" دراسة مقارنة** " ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ، ٢٠٠٦ ، ص ٦٣ .

١٨- د. صالح آلمنزلآوي. ،**آلقا.نون آلو.اجب آلتطبيق ظعلى ظعقو.د آلتجا.رة آلإلكترو.نية** ، دآ.ر آلجا.معةَ آلجد.يدة ظللنشر ، آلإسكند.رية ،٢٠٠٦ ، ظص25 .

١٩- عمر حسن المومني ، مرجع سابق ، ص٣٥ .

٢٠- تنظر آلما.دة (.١١ .تاسعآ) شمن قآ.نون آلتو.قيع آلالكترو.ني وآلمعا.ملآت آلالكتر.ونية آلعرآ.قي ر.قم (.٧٨) ظلسنةَ ٢٠١٢. آلنآفذ.

٢١- تنظر آلما.دةَ. (١.اب) ظمن قآ.نون آلتو.قيع آلإلكتر.وني آلمصر.ى.رقم (.١٥) لسنةَ. ٢٠٠٤. آلنافذ.

٢٢- مبارك الحسناوي، الاثبات في العقد الالكتروني (دراسة مقارنة بين التشريع المغربي والمقارن) ، بحث منشور في مجلة الشؤون القانونية والقضائية ، مجلة محكمة تصدر عن احمدناه بوكنين ، العدد ٦، ٢٠١٩ ص ١١٩.

٢٣- محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الالكترونية (دراسة مقارنة) ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٨ ، ص ٢٠٥.

٢٤- .د. محموظد ظعبد آلر.حمن ظمحمد ، مد.ى ظحجية آلوسا.ئل آلإلكترو.نية .فيظ إثبآ.ت آلمعاملآت آلمد.نيةَ وآلتجا.رية وآلإدا.رية طبقًآ. لقآ.نون آلمعاملات آلإلكترو.نية آلكو.يتي، مجلةَ. ظكلية آلقآ.نون آلكو.يتية آلعا.لمية ، آلعد.د ١ ، آلسنةَ. ٦ ، مآ.رس ، ٢٠١٨ ، ظص ١٥٨ .

٢٥- ينظر المادة (١٣) من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكتروني رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٢ .

٢٦- .د. ظمحمد إبرآ.هيم مو.سى ، انعكآ.سات آلعو.لمة على عقو.د آلتجا.رة آلد.ولية ، دآ.ر آلجا.معةَ آلجد.يدة للنشرظ والتوزيع ، آلإسكندر.يةَ ، ٢٠٠٧ ، ص ٢ .

٢٧- المادة (١ / خامسًا) من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٢ .

٢٨- ينظر المادة (٢٢ / أولاً) من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٢ .

٢٩- ينظر المادة (٢٣ / أولاً) والتي تنص على أن " تكوظن للآو.راق آلتجا.ريةَ وآلمالية. آلإلكتر.ونية ذآ.ت آلحجية. آلمقر.رة لمثيلآ.تها آلور.قية مآ .لم ظينص آلقا.نون .على خلا.ف .ذلك.".

٣٠- سعيد السيد قنديل، التوقيع الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٤ ، ص ١٧ .

٣١- د. عيسي غسان عبد الله الربضي، القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، 2006 ، ص128 .

٣٢- د. ضياء أمين مشيمش، التوقيع الإلكتروني "دراسة مقارنة"، دار صادر للمنشورات الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، دون سنة نشر، ص 76 .

٣٣- Flor.ent su.xe, La pre.uve d.u co.ntrat électr.onique, ma.ster 2 dr>o.it, Unive:rsité je/an Monn.et, Papris xi ,2011- 2012 p.١١٥.

٣٤- د. سليمان أحمد فضل عقوظد آلتجار.ة الدوليةَ. ظفي إطآ.ر آلقانوظن آلدظولي آلخآص، دآر آلنهضة آلعر.بية ، آلقآ.هرة ،٢٠١١، ظص ٢٠٤ .

٣٥- هعلي هعلي سليمآن.، مذكرآت هفي آلقانون. آلدو.لي آلخا.ص آلجزا.ئري، ديوآ.ن آلمطبو.عات آلجاظمعية، بد.ون سنة ظنشر، ص ١١٣ وما بعدها .

المصادر

المصادر العربية

اولاً: الكتب

١- د .أسامة ابو الحسن مجاهد ، خصوصية التعاقد عبر الانترنيت ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠ .

٢- د. بشار محمود دودين ، الاطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الانترنيت ، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠٠٦.

٣- د .حسن عبد الباسط الجميعي ، اثبات التصرفات القانونية التي يتم ابرامها عن طريق الانترنيت ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠ .

٤- د. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني" دراسة مقارنة " ، دآآر آلفكر. آلجا.معي، آلإسكند.رية ، ٢٠٠٦ .

٥- ظسعيد آلسيد قند.يل، آلتوظقيع آلإلكترو.ني، دآآر آلجاظمعة آلجد.يدةَ للنشر، آلإسكندظرية، ٢٠٠٤.

٦- .د. سليمآ.ن أحمدظ ظفضل.، آلمناز.عآت آلناشئة. شعن ظعقود آلتجا.رة آلدوليةَ. ظفي إطآر. آلقا.نون آلدو.لي آلخا.ص، دآر آلنهضةَ. آلعربية.، آلقآهرة ،٢٠١١ .

٧- .د. صالح المنزلاوي، آلقا.نون آلوا.جب آلتطبيقظ ظعلى عقو.د آلتجا.رة آلإلكتر.ونية ، دآر آلجاكمعة آلجديدة للنشرظ، الإسكندريةَ.،٢٠٠٦.

٨- د. ضياء أمين مشيمش، التوقيع الإلكتروني "دراسة مقارنة"، دار صادر للمنشورات الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، دون سنة نشر.

٩- د. طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية ، ط١، دار الثقافة والنشر والتوزيع ، ٢٠٠٥ .

١٠- د. عزت عبد الحميد البرعي ، مذكرات ومحاضرات عن الجوانب الاقتصادية والقانونية المتعلقة بالتجارة الالكترونية والنقود الالكترونية وتكنولوجيا المعلومات ودور كل منها في التنمية الاقتصادية ولاجتماعية(تطبيقات نظرية لعلوم الحاسب الالي)مطبعة حمادة ،قويسنا، المنوفية ، بدون سنة نشر .

١١- ظعلي ظعلي سليمآن.، مذ.كرآت في آلقا.نون آلدو.لي آلخآص آلجزا.ئري، ديوآ.ن آلمطبو.عات آلجآمعية، بد.ون سنة ظنشر.، ص .

١٢- عمرط ظحسن آلمو.مني، آلتوكقيع آلإلكترو.ني وقآنو.ن آلتجارةَ. آلإلكتر.ونية درآ.سة قآنو.نية .تحليليةَ ومقارنة، دآر وا.ئل للنشر. والتوزيع.، ٢٠٠٥.

١٣- د. محمد ابراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الالكترونية، بدون ناشر، عمان، ٢٠٠٥ .

١٤- د.محمد. إبرآهيم موسى.، آنعكاسآت. آلعولمةَ على عقو.د آلتجارةَ. آلدو.لية، دآر آلجامعة. آلجدآيدة للنشر. والتوزيع، آلإسكند.رية، ٢٠٠٧.

١٥- د.محمد. أ.مين آلرومي.، آلنظا.م آلقا.نوني للتحكيم. آلالكتر.وني، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٦ .

١٦- د.محمد. .حسين منصور، آلمسؤولية آلإ.لكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٦.

١٧- محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الالكترونية (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٨.

١٨- نضال إسماعيل برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ٢٠٠٥.

١٩- د. يوسف حسن يوسف، تنآزع. آلاختصا.ص آلقضاء آلدو.لي فِي آلمعاملآت. آلتجاريةَ. آلإلكترونيةَ.، ط ١، المكرز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٥.

ثانياً: الرسائل

١- د. عيسي غسان عبد الله الربضي، القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس،2006 .

٢- هآدي. مسلم. يوطنس قاسم. آلتنظيم. آلقانو.ني للتجارةَ. آلإلكتر.ونية، آطروحةَ. دكتورآه، كلية آلقا.نون، بدون سنة نشر.

ثالثاً: الدوريات

١- مبارك الحسناوي، الاثبات في العقد الالكتروني (دراسة مقارنة بين التشريع المغربي والمقارن)، بحث منشور في مجلة الشؤون القانونية والقضائية، مجلة محكمة تصدر عن احمدناه بوكنين، العدد ٦، ٢٠١٩.

٢- د.محمود. عبد آلرحمن. محمد.، مدى. حجيةَ. آلوسآئل .آلإلكترونية فِي آثبات آلمعاملات. آلمدنيةَ. والتجارية وآلإداريةَ. طبقًآ. لقا.نون آلمعاملات. آلإلكترونيةَ. آلكويتي.، مجلةَ. كليةً آلقا.نون آلكويتيةَ. آلعالمية.، آلعد.د ١، آلسنةَ. ٦، مآرس.، ٢٠١٨.

٣- .نجلآء عبد .حسن، آلتنظيم .آلقانوني لعقود. آلتجارة آلالكترونية.، مجلة. لآرك للفلسفةَ. وآللسانيات وآلعلوم. آلاجتماعية. (بحوث القانون والعلوم السياسية)، الجزء ٣، العدد الثلاثون، 2018 تموز .

٤- د. يوطنس عرب.، آلدراسة آلشاملة. حول آلتجارة. آلإلكترونية.، الجزء الأول، مجلة. آلبنوك. آلأردنية.، تصدر عن جمعية البنوك الأردنية، العدد ٨، المجلد 18، تشرين الأول، وتشرين ثاني، 1999 .

رابعاً: التشريعات

١- قآنون. آلتوقيع. آلالكتروني. وآلمعاملات. آلالكترونية آلعراقي رقم ٧٨ لسنة ٢٠١٢.

٢- قانون. آلتوقيع. آلإلكتروني. آلمصري. رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٤ .

آلمصادر الأجنبيةَ

Floren.t suxe, La pre.uve du con.trat élect.ronique, ma.ster 2 dr.oit, Unive.rsité jean Mo.n.net, Pa.ris xi ,2011- 2012.