جمهورية العراق
رئاسة ديوان الوقف السني

Republic of Iraq
Al-Sunni Endowment

مجلة كلية الإمام الأعظم الجامعة

مجلة علميّة فصلية محكّمة

الجزء
٢

ذي الحجة ١٤٤٦ هـ - حزيران ٢٠٢٥م

اقرأ في هذا العدد:

١. علم الكلام موضوعه وسماته وعوامل نشأته
ازبار علي حميد محمد - أ. د. رحيم سلوم مرهون

٢. خلق الجنة والنار وبقاؤهما
أ. م. د. سمير عمر سعيد البرزنجي

٣. الأديانُ والموسيقى دراسةٌ مقارنةٌ بينَ الموقفِ الفقهيِّ والتَّأثيرِ الرُّوحيِّ للموسيقى ..
أ. م. د. المقداد خليل صالح

٤. قراءة ابن محيصن في تفسير الكشاف (جمع ودراسة)
م. د. مهند سعاد شاكر شيخلر

٥. الضَّوابطُ الفقهيَّةُ المتعلقةُ بالنِّكاح في كتاب «الأشباه والنَّظائر» ...
م. م. عبد المحسن ظاهر عبدالخالق السعدون - أ. د. محمد أحمد الرَّواشدة

٦. الصورة الشعرية في شعر مهذب الدين بن الخيمي
م. م. مهجه مفيد علوان حسن

٧. مدى كفاية التشريعات في الحدِّ من الفساد في الوظيفة العامَّة
م. م. حازم علي حسين العزي

العدد الثاني والخمسون
ذي الحجة ١٤٤٦ هـ - حزيران ٢٠٢٥م

الرقم الدولي: ISSN:1817_6674

Al- Imam Al-Adham University College

A.D 2025 A.H 1446

ISSN: 1817-6674
coll.magazine@imamaladham.edu.iq

مجلة كلية الإمام الأعظم الجامعة

العدد الثاني والخمسون

«الجزء الثاني»

ذي الحجة ١٤٤٦ هـ

حزيران ٢٠٢٥ م

هيئة تحرير المجلة لسنة ٢٠٢٥م

أ. د. صلاح الدين فليح حسن - عميد كلية الإمام الأعظم الجامعة ..... المشرف العام
أ.د. فهيمي أحمد عبد الرحمن ..... رئيس التحرير
أ.م.د. علي داود خلف..... مدير التحرير
أ.د. إسماعيل عبد عباس.....عضو
أ.د. محمود عبد العزيز محمد .....عضو
أ.د. حقي إسماعيل محمود..... عضو لغوي
أ.د. حسام مشكور عواد .....عضو
أ.د. محمد عبد القادر عجاج ..... عضو مترجم إنكليزي
أ.د. وسام محمد خليفة.....عضو
أ.د. أحمد ياسين معتوق .....عضو
أ.د. خالد مصطفى عبيد.....عضو
أ.د. نور سعد محسن .....عضو
أ.د. وصفي عاشور أبو زيد / تركيا .....عضو
أ.د. محسن المطيري / الكويت .....عضو
أ. د. لبنى خميس مهدي / وزارة التعليم العالي.....عضو
أ.م.د. عبد الوهاب أحمد حسن الطه.....عضو
أ.م.د. محمد صالح حسن / دائرة البحوث .....عضو

شروطُ النَّشر في مجلة كلِّيَّة الإِمام الأَعظم الجامعة/ العراق

الرَّقم الدُّوليُّ ISSN:1817-6674

تعدُّ مجلة كلِّيَّة الإِمام الأَعظم الجامعة، مجلة إِنسانيَّة من المجلات العلميَّة الأَكاديميَّة الرَّصينة، وقد صدرت موافقة وزارة التَّعليم العالي والبحث العلميِّ؛ لاعتمادها بالرَّقم: بت/٨٦٤ في ٢٠٠٥/٥/٢٤م.

شروط النَّشر العامَّة:

تهدف هيئة التَّحرير في مجلة كلِّيَّة الإِمام الأَعظم الجامعة إِلى الارتقاء بمعامل التَّأثير (impact Factor)؛ تمهيدًا لدخول المستوعبات العلميَّة العالمية، لذا تنشر مجلة الكلِّيَّة البحوث الَّتِي تتسمُّ بالرَّصانة العلميَّة والقيمة المعرفية، وبسلامة اللُّغة، ودقَّة التَّوثيق على وفق الشُّروط الآتية:

١. أَلَّا يكونَ البحث منشورًا سابقًا أَو سبق نشره في مجلة أُخرى، أَو جزءًا من بحث سابقٍ منشورٍ، أَو من رسالة أَو أُطروحة جامعيَّة، وأَلَّا يقدِّمه للنَّشر في مجلة أُخرى بعد نشره في مجلة كليتنا، وعلى الباحث أَنْ يوقع تعهدًا بذلكَ، وأَنْ يوافق على نقل حقوق نشر البحث إِلى المجلة في حال قبول نشره.

٢. أَلَّا يُذكر اسم الباحث أَو أَيُّ إِشارة تدلُّ عليه في متن البحث؛ لضمان سرية وحيادية عملية التَّقويم.

٣. أَلَّا يزيد عدد الكلمات في البحث على (٨٠٠٠) ثماني آلاف كلمة، مع المصادر والملاحق، وأَلَّا يزيد على خمس وعشرين صحيفة.

٤. أَنْ تحتوي الصَّحيفة الأُوْلى من البحث على ما يأتي:

أ. عنوان البحث باللُّغة العربيَّة والإنجليزيَّة.

ب. اسم الباحث، ودرجته العلميَّة، وتخصصه باللُّغة العربيَّة والإنجليزيَّة.

ج. مكان عمل الباحث باللُّغة العربيَّة والإنجليزيَّة.

د. رقم هاتف الباحث، وبريده الإلكترونيّ الجامعيّ.

٥. يقدِّم الباحث ملخصًا (باللُّغة العربيَّة والإنجليزيَّة) لا يقل على (١٥٠) خمسين ومئة كلمة.

٦. يوضع بعد الملخص (Abstract) مباشرة الكلمات المفتاحية لموضوع البحث، (Key word)، باللُّغة العربيَّة والإنجليزيَّة.

٧. يجب على الباحث اتِّباع قواعد الاقتباس وتوثيق المصادر، وأَخلاقيات البحث العلميّ بما يتوافق مع سياسة المجلة.

٨. تكتب الهوامش داخل المتن وبين قوسين (ABI) النِّظام الأَمريكي وكما ياتي:

مع تطور الحياة (الزَّمخشريُّ، ٣٢:١٩٩٩).

قائمة المصادر باللُّغة العربيَّة (ABI).

قائمة المصادر باللُّغة الإنكليزيَّة.

٩. الاستشهاد بعددين من أَعداد المجلة المنشورة سابقًا والمرفوعة في الموقع الإلكتروني الخاص بكليتنا في الرَّابط الإلكترونيِّ: https://www.iasj.net/iasj /journal/224/issues

١٠. تطبق المجلة نظام فحص الاستلال الإلكتروني باستخدام برنامج (Turnitin)، ويرفض نشر الأَبحاث الَّتِي تتجاوز فيها نسبة الاستلال ٢٠٪.

١١. يخضع البحث لفحص أَوَّليٍّ تقوم به هيئة التَّحرير في المجلة؛ وذلكَ لتقرير أَهلية البحث للتَّحكيم، ويحق لها أَنْ تعتذر عن قبول البحث دون تقديم الأَسباب.

١٢. تتبع المجلة التَّقويم المزدوج السِّري؛ لبيان صلاحية البحث للنَّشر، إذ يعرض البحث المقدَّم للنَّشر على محكمينِ اثنين من ذوي الاختصاص، ويتمُّ اختيارهما بسرية مطلقة، فضلًا عن عرض البحث على خبير لغويٍّ؛ لتقويمه لغويًّا.

١٣. الأَبحاث الَّتِي يقترح المحكمون إجراء تعديلات عليها؛ لتكون صالحة للنَّشر، تعاد إلى أَصحابها؛ لإجراء التَّعديلات المطلوبة، وخلاف ذلكَ لا يتمُّ تسلم البحث، وستتمُّ مراجعة البحث من هيئة التَّحرير؛ للتَّأكد من إلتزام الباحث بالأَخذ بالملحوظات المثبتة جميعها من المقيمين.

١٤. تُعبِّر الأَبحاث المنشورة في المجلة عن آراء أَصحابها، لا عن رأي المجلة.

١٥. تنشر المجلة أَعدادًا خاصَّة بالمؤتمرات العلميَّة المتوافقة مع تخصص المجلة.

١٦. أُجور نشر البحث: يدفع الباحث (٥٠) خمسين أَلف دينار؛ لتغطية أُجور التَّحكيم، ويكمل دفع بقية الأُجور عند قبول البحث للنَّشر.

١٧. لا تأخذ المجلة أَي أُجور نشر الأَبحاث المقدَّمة من الباحثين خارج العراق.

١٨. تخريج النُّصوص القرآنيَّة والحديث النَّبويِّ الشَّريف على ضوء المنهج العلميِّ الدَّقِيق.

١٩. يُزود الباحث بنسختين مستلة، بعد النَّشر.

٢٠. يتمُّ رفع الأَبحاث على منصة المجلة https://journal.imamaladham.edu.iq/index.php/al-Imam-Al-Adham/user/register. أَو من مسح رمز QR في أَعلى الصَّحيفة.

شروط النَّشر الفنيَّة:

١. يُقدَّم البحث بملف واحد، يبدأ بالعنوان وينتهي بالمصادر، وأَلَّا يزيد على (٢٥) خمس وعشرين صحيفة.

٢. تكتب الهوامش داخل المتن وبين قوسين (ABI) النِّظام الأَمريكيّ وكما يأتي:

مع تطور الحياة (الزَّمخشريُّ، ١٩٩٩:٣٢).

قائمة المصادر باللُّغة العربيَّة (ABI).

قائمة المصادر باللُّغة الإنكليزيَّة.

٣. حجم الخطِّ للمتن (١٦) ستة عشر، وللهامش (١٢) اثنا عشر.

٤. نوع الخطِّ باللُّغة العربيَّة (Simplified Arabic واللغة الإنجليزية Times New Roman).

- ملحوظة: في حال عدم الأَخذ بشروط النَّشر نعتذر عن تستلم البحث ونشره.

- يمكن زيارة موقع المجلة في مبنى الكلية في سبع أَبكار أَو التَّواصل عبر البريد الإِلكترونيِّ coll.magazine@imamaladham.edu.iq.

أَو الاتصال بمدير التَّحرير عبر الهاتف (٠٠٩٦٤٠٧٧٣٢٤٣٥٦٩٣)، ويمكن الاطلاع على أعداد المجلة عن طريق موقع وزارة التَّعليم العالي والبحث العلميِّ: https://www.iasj.net/iasj/journal/224/issues.

مميزات المجلة:

١. سياسة الوصول المفتوح: كلُّ الأَبحاث متاحة مجانًا فور نشرها.

٢. تَنشر أَربعة أَعداد سنويًّا منذ عام ٢٠٠٥م.

٣. تستخدم برامج متقدمة للكشف عن الانتحال؛ لضمان الأَمانة العلميَّة.

٤. تُعنى بنشر الأَبحاث الَّتِي تواكب التَّطورات، وتسهم في معالجة قضايا المجتمع، والحدِّ من الظَّواهر السِّلبيَّة.

٥. تَنشر أَعمال المؤتمرات والنَّدوات المتخصصة.

شروط النشر (الفنيَّة):

١- يقدّم البحث بملف واحد، يبدأ بالعنوان وينتهي بالمصادر، وألَّا يزيد على خمس وعشرين صحيفة.

٢- تكون الهوامش أسفل كل صحيفة (تلقائيًا وليس يدويًّا).

٣- حجم الخط للمتن (١٦)، وللهامش (١٢).

٤- نوع الخط باللغة العربية ((Simplified Arabic واللغة الإنجليزية Times New Roman)).

- **ملاحظة:** في حال عدم الأخذ بشروط النشر نعتذر عن استلام البحث ونشره.

- يمكن زيارة موقع المجلة في مبنى الكلية في سبع إبكار أو التواصل عبر البريد الإلكتروني magazine@imamaladham.edu.iq.

أو الاتصال بمدير التحرير عبر الهاتف (٠٧٧٣٢٤٣٥٦٩٣)، ويمكن الاطلاع على أعداد المجلة عن طريق موقع وزارة التعليم العالي والبحث العلمي من خلال مسح رمز QR في أعلى الصفحة.

كلمة العدد الثاني والخمسين

يعدُّ العِلْمُ من أَهمِّ مزايا العقل الإنسانيِّ على الإطلاق، بل هو أَعلى صفة يتحلى بها البشر، وأَسمى غاية يقصدها النَّاسُ، وصل ذلكَ إلى حدِّ أَنْ عَرِفَتْهُ العامَّة في أَسواقها، وتهافتَتْ على الاتِّسام بِمَيسَمِه والتَّعوذ من ضدِّه، ولكن مع ذلكَ لو اقتصروا عليه لفسد نظام الكون كما لو اقتصروا على غيره، فأَمرهم الله سبحانه أَنْ تنفرَ مِنْ كلِّ فرقة منهم طائفة؛ لتحصيل العلم والتَّفقُّه في الدِّين؛ لِأَنَّ العلم لا يستقيم بغيره.

فبالعِلْمِ يعلو شأن الشُّعوب، وتتَّسع آفاقهم، ويتفاضل النَّاس في انتسابهم إلى شرفه وفضيلته.

وتبنى مؤسسات الدَّولة به، لا سيَّما التَّعليميَّة ومنها الجامعات والكليات، والَّتِي تعرف بأَساتيذها ونتاجهم العلميّ من بحوث رصينة تنشر بمجلات رصينة، ومن هذه المجلات مجلة كليتنا.

وأَخيرًا نسأل الله تعالى السَّداد والتَّوفيق للقائمين عليها.

هيئة التحرير

المحتويات

١. الأَديـانُ والموسيقى دراسـةٌ مقارنةٌ بينَ الموقفِ الفقهيِّ والتَّأثيرِ الرُّوحيِّ للموسيقى في المسيحيَّةِ واليهوديَّةِ ١١
أ. م. د. المقداد خليل صالح .....

٢. خلق الجنة والنار وبقاؤهما ٣٥
أ. م. د. سمير عمر سعيد البرزنجي .....

٣. المبادئ التربوية المستنبطة من «سورة القمر» ٧١
إبتسام حسيب محمد .....
أ. م. د. محمود علي فرحان العزاوي.....

٤. فاعلية برنامج تدريسي قائم على الفيديو التفاعلي في تنمية دافعية التعلم نحو مادة الفيزياء لدى متعلمين الصف الخامس العلمي..... ٩٧
إبتهال قاسم محمد.....

٥. علم الكلام موضوعه وسماته وعوامل نشأته..... ١٣٣
ازبار علي حميد محمد .....
أ. د. رحيم سلوم مرهون .....

٦. السخرية من المرأة في قصص أميرة بدوي ١٥٥
م. د. علي حمد علي جادالله .....
م. م. محمد قحطان حتروش محمد.....

٧. إنعكاسُ مهاراتِ التَّفكيرِ الاستراتيجيِّ في إستراتيجياتِ التَّغييرِ المنظميِّ (دراسة تطبيقية في مصنع القطنية - بغداد) ١٧٩
م. د. محمد درع أَحمد.....
م. م. ثامر كاظم حسن.....

٨. قراءة ابن محيصن في تفسير الكشاف (جمع ودراسة) ٢٠٩
م. د. مهند سعاد شاكر شيخلر.....

٩. حكم الإنتفاع بالخلايا الجذعية الجنينية (دراسة أصولية)..... ٢٣٧
م. م. إسراء مهند كامل الهيتي .....

١٠. الفن والأدب في العراق الحديث تعبيرات عن الهوية الوطنية ٢٦٥
م. م. باسم ثائر أحمد عبد .....
م. م. رنا عبد حماد حمادي.....

١١. مدى كفاية التشريعات في الحدِّ من الفساد في الوظيفة العامَّة ٢٩٩
م. م. حازم علي حسين العزي .....

١٢. القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الألكترونية ٣٢٩
م. م. سعد جاسم محمد الدليمي.....

١٣. الضَّوابطُ الفقهيَّةُ المتعلقةُ بالنِّكاح في كتاب «الأَشباه والنَّظائر» لابن نجيم الحنفيِّ «نماذج تطبيقية»..... ٣٨١
م. م. عبد المحسن ظاهر عبدالخالق السعدون.....
أ. د. محمد أَحمد الرَّواشدة.....

١٤. جواز أخذ الأجرة لقراءة القرآن تأليف المولى الفاضل العلامة المؤرخ المدرس أمر الله محمد بن سيرك الحسيني محي الدّين الرومي الإستنبولي الحنفي المشهور سيرك زاده [٩٤٥هـ - ١٠٠٨هـ] (دراسة وتحقيق)..... ٤١١
م. م. مصطفى علوان عبود .....
م. م. جليل إبراهيم إسماعيل .....

١٥. الصورة الشعرية في شعر مهذب الدين بن الخيمي ٤٤٧
م. م. مهجه مفيد علوان حسن .....

١٦. البداية الكتابية كوسيلة إثبات إستثنائية: دراسة تحليلية مقارنة بين القانون الأردني والفرنسي..... ٤٧٣
د. أحمد سليمان المعايطة .....

١٧. آثار التغيرات الإقليمية والدولية على العلاقات العربية العربية..... ٤٩٧
مها سميح كامل المواضية .....
الأستاذ الدكتور صداح الحباشنة .....

١٨. السياسية المائية التركية وإنعكاساتها على الأمن المائي العراقي ٥٣٣
م. م. مهاد محمد عبدالله .....

١٩. التغيرات الاقتصادية في آسيا بعد الحرب العالمية الثانية (الصين والهند إنموذجا)..... ٥٥٣
م. م. سهاد فاروق إبراهيم .....

القانون الواجب التطبيق
على عقود التجارة الألكترونية

«The Law Applicable to Electronic Commerce Contracts»

إعداد الباحث

م. م. سعد جاسم محمد الدليمي

Prepared by Researcher:

M.M. Saad Jassem Muhammad Al-Dulaimi

Diwan of Sunni Endowment

saadjasem387@gmail.com

الملخص

عرفت منظمة التجارة العالمية ، التجارة الإلكترونية أنها : مجموعة متكاملة من عمليات عقد الصفقات وتأسيس الروابط التجارية ، وإتمام صفقات إنتاج وتوزيع وتسويق وبيع المنتجات بوسائل إلكترونية ، فهي عبارة عن شراء وبيع السلع عبر شبكات الإنترنت والشبكات التجارية العالمية الأخرى. فإذا كان هذا حال أو مفهوم التجارة الإلكترونية ، فإن عقود التجارة الإلكترونية – وهي موضوع هذه الأطروحة – تعرّف بأنها : اتفاق يتقابل فيه الإيجاب والقبول على شبكة دولية للاتصالات عن بعد ، كما أنه اتفاق فيه الإيجاب ببيع أشياء أو تقديم خدمات يعبّر عنه باستخدام طريقة الإذاعة المرئية والمسموعة وسط شبكة دولية للاتصالات عن بعد ، ويلاقيه القبول عن طريق الاتصال بأنظمة المعلومات مع بعضها البعض.

بمعنى ، أن عقد التجارة الإلكترونية ، فيه الإيجاب يعبر عنه في إطار خدمات ، أي خدمة الاتصال الآلي عن بعد بين أنظمة المعلومات ، وهي خدمة ذات طبيعة خاصة أو ذات أصل معلوم تقدم وسط شبكة اتصالات عن بعد ، وهذا الأخير يعني كل نقل أو تحويل أو بث أو استقبال علامات أو إشارات أو كتابة أو صور أو أصوات أو تعليمات من أية طبيعة كانت سلكية أو بصرية أو بالراديو الكهربائي أو أي نظام آخر.

ويلاحظ أن أغلب قواعد الإسناد الموضوعة قد اهتمت بمعالجة المسائل الأكثر شيوعاً، أو الوقائع ذات الطابع الدولي مثل قواعد الإسناد المتعلقة بالعقود الدولية أو المسؤولية المترتبة على الفعل الضار. إلاّ أن الذي يهمنا في المسألة موضوع البحث ، هو أن قواعد التنازع التقليدية المتعلقة بالعقود خصوصاً ، لم تضع في اعتبارها إمكانية إنجاز العقود الدولية عن طريق الفضاءات الإلكترونية ، فإذا كانت العقود التجارية الدولية من السهل إسنادها وفقاً لقواعد الإسناد التقليدية مثل مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه ، فإنه من الصعب إسناد العقود الإلكترونية التي تتم في بيئة إلكترونية ، إذ يصعب تحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني أو مكان تنفيذه لأن العقد يرتبط بأكثر من مكان ، وهي مسألة يكتنفها الغموض ، لصعوبة تركيز العلاقة التعاقدية الإلكترونية في مكان محدد ، وهذا الأمر يزيد مسألة تنازع القوانين تعقيداً.

الكلمات المفتاحية : (القانون – العقود – التجارة -الالكترونية).

Abstract:

The World Trade Organization defines e-commerce as: "an integrated set of transactions, establishing commercial relationships, and completing production, distribution, marketing, and sale transactions via electronic means." It involves the buying and selling of goods over the Internet and other global commercial networks. If this is the case or concept of e-commerce, then e-commerce contracts—the subject of this thesis—are defined as: "an agreement in which an offer and acceptance meet over an international telecommunications network." It is also an agreement in which an offer to sell items or provide services is expressed using audio-visual broadcasting over an international telecommunications network, and acceptance is met through communication between information systems.

In other words, an e-commerce contract involves an offer expressed in terms of services, i.e., an automated remote communication service between information systems. This service is a service of a special nature or of known origin provided over a telecommunications network. The latter refers to any transmission, transfer, broadcast, or reception of signs, signals, writing, images, sounds, or instructions of any nature, whether wired, optical, radio, or any other system." It is noteworthy that most of the established attribution rules have focused on addressing the most common issues, or facts of an international nature, such as attribution rules related to international contracts or liability arising from tortious acts. However, what concerns us in the issue under investigation is that traditional conflict of laws rules, particularly those relating to contracts, have not taken into account the possibility of concluding international contracts via electronic spaces. While international commercial contracts are easy to attribution according to traditional attribution rules, such as the place of conclusion or execution of the contract, it is difficult to attribution electronic contracts concluded in an electronic environment. It is difficult to determine the place of conclusion or execution of the electronic contract because the contract is linked to more than one

location. This is a matter shrouded in ambiguity, given the difficulty of concentrating the electronic contractual relationship in a specific location. This further complicates the issue of conflict of laws.

Keywords: Law - Contracts - E-commerce.

المقدمة

يشهد العالم الآن ثورة صناعية هي ثورة المعلومات ، في عالم أزالت فيه تقنيات الاتصال الحدود بين الدول وسادت فيه ثقافة العولمة في مجالات عديدة للأنشطة الاقتصادية ، فقد شهدت أسواق التبادل – شاملة السلع والخدمات والأموال – تطورات كبيرة فيما يتعلق بوسائل إنجاز الصفقات والتعاقدات ، حيث أتاح للمتعاملين وسائل متطورة للإعلان عن السلع والخدمات ، ومن ثمّ التعاقد عبر شبكات الاتصالات الدولية دون الحاجة للتواجد المادي الفعلي في موقع الحدث. وهكذا فإنه يترتب على استخدام وسائل الاتصال الإلكترونية في إنجاز المعاملات التجارية انسيابياً أسرع للسلع والخدمات والأموال ، وبتكاليف قليلة سواءً أكان بين الشركات المنتجة والموردة والموزعة أو فيما بين شركات التوزيع والمستهلكين، فمثلاً يستطيع الشخص المرتبط بأكثر من سوق إنجاز المعاملة عن طريق إدراج العرض على الموقع الشبكي لصاحب البضاعة أو على موقع السوق ويتلقى طلب الشراء على الموقع الذي يحدده.

هذا التطور الجديد في استخدام القنوات الإلكترونية في إنجاز المعاملات التجارية في بيئة غير ورقية ، وهو ما يطلق عليه التجارة الإلكترونية يتطلب تحوير قواعد التعامل القائمة على استخدام الورق ، وكل هذه المستجدات لا يمكن أن يقف القانون إزاءها موقف المتفرج ، دون أن يتدخل لضبط تأثيرها في الحقوق والحريات في التعامل.

إذ تشكل الجوانب القانونية العمود الفقري للتجارة سواءٌ أكانت تقليدية أم إلكترونية ، لذا سعت الكثير من الدول والمؤسسات الخاصة والحكومية لإيجاد القواعد والأنظمة القانونية التي تحكم التجارة الإلكترونية ، ونظراً إلى الطبيعة الخاصة التي تتسم بها هذه التجارة من حيث انعدام الحدود الجغرافية ، والوجود المادي للمتعاقدين وسرعة التطور وما تحتاجه من تغييرات سريعة في النظم مما يتناقض تماماً مع طبيعة استحداث وصياغة القوانين التي تتطلب وقتاً طويلاً قد يفقدها الفائدة المرجوة من تطبيقها وذلك قبل إصدارها ، فقد واجه المختصون بالقانون صعوبات كبيرة في إيجاد الضوابط والأدوات القضائية الملائمة.

أسباب اختيار الموضوع

أثارت التجارة الإلكترونية جملةً من التحديات والمشكلات القانونية التي تتطلب قوانين جديدة تعالج تلك الجوانب التي لم تتعرض لها القوانين النافذة ، أو تتطلب إعادة النظر في القوانين القائمة لغرض مواكبة الطبيعة الخاصة للتجارة الإلكترونية ، إذ تواجه التجارة الإلكترونية صعوبات من حيث اعتراف القوانين التقليدية بقانون إبرام العقد بالوسائل الإلكترونية ، ومسألة الإيجاب والقبول الإلكتروني بين الأطراف المتعاقدة، ووقت انعقاد العقد وطريقة التعبير عن الإرادة وما يرتبط بذلك من مسائل تتعلق بزمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني هذا من جانب ، ومن جانب آخر ، يلاحظ أن الدافع الأساس لهذه الدراسة يدور حول تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد التجارة الإلكترونية ، إذ لا يخفى أن هذا النوع من العقود يصدر فيه الإيجاب ويلتقي به القبول في ظل فضاءات إلكترونية متباعدة ، فضلاً عن انعدام المجلس المادي للعقد ، فكيف يمكن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني ؟ هل يصار إلى تطبيق قواعد الإسناد التقليدية المتمثلة بمعيار الموطن المشترك للمتعاقدين أو قانون البلد الذي تمّ فيه التصرف القانوني ؟ أم أن اتفاق المتعاقدين هو الذي يكون محل اعتبار في هذه الحالة ؟ فضلاً عن صعوبة تركيز العقد الإلكتروني تركيزاً مكانياً، فيا ترى كيف يصار إلى تحديد القانون الواجب التطبيق ؟

صعوبات موضوع البحث

تشكل ظاهرة عقود التجارة الإلكترونية ظاهرة حضارية فريدة من نوعها ، إذ إنها ظهرت وانتشرت في فترة زمنية قياسية ، ولا يهدف الباحث في هذا البحث إلى معالجة التجارة الإلكترونية وما إذا كانت القواعد التقليدية كافية لحكمها من عدمه بالدرجة الأساس ، وإنما كان هدف الباحث بالدرجة الأساس هو تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية ، إذ تتميز هذه العقود بانعدام المجلس المادي أو الشخصي للأطراف المتعاقدة ، فضلاً عن انعدام الفارق الزمني بين صدور الإيجاب وقبول القابل ، فهل تكفي القواعد القانونية التقليدية الواردة في القانون المدني والخاصة بأحكام تنازع القوانين في تركيز هذا النمط الحديث من العقود الدولية ، أم أنه ثمة قواعد إسناد تتلاءم مع الطبيعة الخاصة بعقود التجارة الإلكترونية. بتعبير آخر ، هل أن تركيز عقد التجارة الإلكترونية مكانياً لغرض تحديد القانون الواجب التطبيق تشكل معضلة كبيرة جداً ولا سيما في غياب التنظيم التشريعي المحلي بهذا

الصدد. إذ يتعين على القاضي الذي ينظر النزاع المتعلق بعقود التجارة الإلكترونية أن يلجأ إلى تركيز العقد مكانياً ، ومن ثمّ تحديد القانون الواجب التطبيق عليه ، ففي ظل غياب التنظيم التشريعي المحلي الخاص بهذه العقود ، ليس من سبيل إلاّ اتباع أحكام الاتفاقيات الدولية التي قطعت شوطاً كبيراً في هذا المجال لغرض حل المعضلة المذكورة آنفاً.

منهجية البحث

نظراً إلى انعدام النصوص القانونية التي تعالج موضوع القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية ، ولكون هذا الموضوع من المواضيع حديثة العهد في مجال القانون الدولي الخاص ، فقد انتهج الباحث أسلوب الدراسة المقارنة والمناقشة التحليلية معززة بالقرارات القضائية ، وقد كانت المقارنة على مستوى القوانين المنفردة، وفي مقدمة هذه القوانين القانون المدني الفرنسي ، الذي يمثل أعلى القوانين في الشريعة اللاتينية ، ثم القانون المدني المصري والقانون المدني العراقي ، فضلاً عن القانون الإنكليزي وقانون الاتحاد السويسري والقانون الأنكلوأمريكي ، وتعزيز موضوع البحث بموقف الاتفاقيات الدولية ، وفي مقدمة هذه الاتفاقيات اتفاقية لاهاي لعام ١٩٥٥ واتفاقية لاهاي لعام ١٩٨٦ واتفاقية فيينا واتفاقية روما لعام ١٩٨٠ وهي ما تسمى حالياً باتفاقية الاتحاد الأوربي أو اتفاقية السوق الأوربية المشتركة وقانون الأونسترال لعام ١٩٩٦ الصادر عن لجنة الأمم المتحدة الخاصة بعقود التجارة الدولية وهو يمثل أحدث اتجاه تشريعي في المجالين التجاري والدولي الخاص ، فضلاً عن الإشارات العرضية لبعض القوانين والاتفاقيات الدولية الأخرى.

خطة البحث

لكل موضوع حدوده ومداه ، ونظراً إلى خصوصية هذا الموضوع من حيث أنه يتناول تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية ، لذلك فإن خطة البحث تقع في ثلاثة فصول ، في مقدمتها مبحث تمهيدي يتناول التطور التاريخي للتجارة الإلكترونية ، ثم توزعت خطة البحث إلى فصلين :

الفصل الأول : ماهية التجارة الإلكترونية. و (مبحثين)

الفصل الثاني: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية.و(ثلاث مباحث)

خاتمة

المفاهيم الرئيسة في البحث

يتميز موضوع التجارة الإلكترونية بالحداثة لذلك فهو يتضمن في طياته العديد من المفاهيم غير المألوفة ، ومن هذه المفاهيم ما يأتي :

١. التجارة الإلكترونية : وهي المعاملات التجارية التي تتم بوساطة المراسلات والتقنيات الإلكترونية الحديثة.

٢. تبادل البيانات الإلكترونية Electronic Data Exchange: وهي نقل المعلومات إلكترونياً من حاسوب إلى آخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات.

٤. اتفاقات التبادل الإلكتروني للبيانات : وهي الإطار الذي يتم اتفاق الأشخاص بموجبه على وضع الشروط القانونية والتقنية في استخدام تبادل البيانات الإلكترونية ضمن علاقاتهم التجارية.

٥. المرسل إليه Address of A Data Massage : وهو الشخص الذي يقوم نيابةً عن شخص آخر بإرسال أو استلام أو تخزين رسالة البيانات أو بتقديم خدمات أخرى فيما يتعلق برسالة البيانات هذه.

٧. الوسيط – فيما يتعلق برسالة بيانات معينة Intermediary with Respected to A particular Data Massage : وهو الشخص الذي يقوم نيابةً عن شخص آخر بإرسال أو استلام أو تخزين رسالة البيانات أو بتقديم خدمات أخرى فيها برسالة البيانات.

٨. نظام المعلومات Information System : وهو النظام الذي يستخدم لإنتاج رسائل البيانات أو إرسالها أو استلامها أو تجهيزها على أي وجه آخر.

٩. شبكات المعلومات : وهي عبارة عن قنوات اتصال تربط بين أجهزة ونظم معالجة المعلومات ، وقد تكون هناك شبكة واحدة مغلقة بين هذه الأجهزة فتسمى بـ (انترانت) وقد يقصد بها الشبكة العالمية المفتوحة التي هي في الواقع شبكة تضم عشرات الشبكات الفرعية ويعبر عنها بـ (إنترنت).

١٠. مستلزمات التجارة الإلكترونية : وهي القواعد القانونية المنظمة لبعض المسائل الضرورية لقيام ونجاح هذه التجارة وخصوصاً حماية المستهلك وأداء المقابل والإثبات في مجال التجارة الإلكترونية.

١١. رسائل البيانات الإلكترونية Electronic Data Massage : وهي المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو بصرية بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية.

الفصل الأول
ماهية التجارة الإلكترونية

المبحث الأول
المقصود بالتجارة الإلكترونية

المطلب الأول: تعريف التجارة الإلكترونية

إن مصطلح التجارة الإلكترونية يرتبط بثورة تقنيات المعلومات والاتصالات، التي فتحت آفاقاً جديدة لتبادل البيانات والمعلومات تحقيقاً لأهداف عديدة كالإعلان و إجراء المفاوضات والتعاقد والترويج عن الأعمال.

ولقد تباينت التعاريف التي قيلت بصدد التجارة الإلكترونية فقد ذهبت منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية(وتعرف اختصارا» OECD). , أن مصطلح التجارة الإلكترونية يشير بصفة عامة إلى جميع أشكال المعاملات التجارية التي تتم من قبل الأفراد والهيئات التي تعتمد على معالجة ونقل البيانات الرقمية شاملة النصوص والصوت والصورة من خلال شبكات مفتوحة مثل الانترنيت أو مغلقة مثل المينيتال التي يكون لها اتصال بشبكة مفتوحة .http// www l.htm.١٠٠-٩٧٠ / FOecd. org / Publication polbrief) ويتسع مفهوم التجارة الإلكترونية ليشمل فضلاً عن المفاوضات والتعاقد عدداً من الإجراءات المرتبطة بها مثل الإعلان والتسويق والترويج وخدمات ما بعد التعاقد.

أما منظمة التجارة العالمية فتعرف التجارة الإلكترونية بأنها ((مجموعة متكاملة من عمليات إنتاج وتوزيع وتسويق وبيع المنتجات بوسائل إلكترونية)) (http// www. wto. Org).

في حين يذهب جانب أخر إلى تعريفها بأنها تعني بصورة أولية تبادل البيانات الإلكترونية المبني على التقنيات التي تستخدم المعلوماتية عن بعد كالبيانات المحوسبة E.D.I بالبريد الإلكتروني المرسل عبر الانترنيت أو بدونها والفاكس والتلكس(باسيل العدد ٤، السنة ٢، ٢٠٠٠، ص٤٨).

وتجدر الإشارة إلى أن مجال التجارة الإلكترونية يشمل تبادل السلع والخدمات فيما بين المنتجين والمستهلكين ويطلق عليها Business To Consumer والتبادل فيما بين (المصدرين

والمستوردين) Bussan to Business في مجال صناعة أو تجارة معنية.

واستناداً إلى ذلك فإن التجارة الإلكترونية تعني النفاذ إلى قناة إلكترونية تقوم بإنجاز المعاملات التجارية المتنوعة بأقل التكاليف دون التقيد بحدود الزمان والمكان(أبو ألوفا ، العدد الأول ، ٢٠٠٠، ص ٢).

ونظرا» إلى اتساع الأنشطة في مجال التجارة الإلكترونية وللتطور السريع الحادث في مجال الاتصالات والمعلومات ، فإنه ليس من الممكن التوصل إلى تعريف جامع مانع في الحدود التي يشملها تعريف التجارة الإلكترونية.

المطلب الثاني: خصائص التجارة الإلكترونية

أن وصل أي كمبيوتر إلى شبكة الانترنيت لم يعد صعبا" ، لان هذه العملية لم تعد تتطلب خبرة كبيرة ، وأن الشركات التي تقوم بتزويد خدمات الانترنيت تقدم إرشادات وتعليمات مفصلة عن كيفية تركيب وإعداد برامج الاتصال على وفق نظم التشغيل الموجودة(العبودي , ٢٠٠٢ ,ص١٤٠.)

وعموماً تتميز التجارة الإلكترونية بعدة خصائص وتتميز عن التجارة التقليدية ويمكن بيان هذه الخصائص من خلال توضيح المزايا التي وفرتها وسائل الاتصال الحديثة (الانترنيت) في ميدان التجارة الإلكترونية وهذه المزايا هي كآلاتي(الشماع ، ص ٣٨). :

١. السرعة في إنجاز العملية التجارية

إن الأمر المهم في التجارة الإلكترونية هو السرعة في إنجاز عملية البيع والشراء والتنافس العالمي مما يدفع ذلك نحو تجويد الإنتاج(٢٠٠٢ ، :http://www.ociped.com/Arabic/ ihorizon-jan ٢٠٠٤)، حيث تؤمن شبكة الانترنيت السرعة في التعاقد ، إذ أصبح بإمكان المتعاملين عبر شبكة الانترنيت تأمين تبادل الإيجاب والقبول بأسرع زمن ممكن، فالشخص الذي يرغب بالتعاقد عن طريق هذه الشبكة يستطيع تأمين وصول إجابة المتعاقد الآخر الذي يروم التعاقد معه وفي أي بلد كان(العبودي ، ص ١٤٠)

٢. توسيع نطاق الأسواق التجارية

إن التجارة الإلكترونية أصبحت أعجوبة أواخر القرن العشرين ، وصار لها عالمها الخاص الذي فتح آفاقاً واسعة ، منها ما يمكن أن يفوق الخيال(العبودي ،، ص ١٤٠)

، حيث تميزت بإلغاء الحدود أمام دخول الأسواق التجارية ، إذ أصبحت جميع أسواق

العالم ، بفضل شبكة الانترنيت ، وبغض النظر عن الموقع الجغرافي للبائع والمشتري «سوقاً مفتوحاً» تتيح مجالات متعددة للمنتجين ورجال المال والأعمال والمستهلكين فتسمح للمنتجين فرص عرض كل منتجاتهم وتتيح للمستهلكين والعملاء فرصاً سهلة وسريعة للحصول على السلع والخدمات المعروضه أمام المستهلك /http://www.blueniletradepoint.com arabicsite/jan٢٠٠٤

٣. وجود الوسيط الإلكتروني

وهو جهاز الحاسوب (الكومبيوتر) لدى كل من الطرفين المتعاقدين الذي يتصل بشبكة الاتصالات الدولية التي تقوم بنقل التعبير عن الإرادة لكل من الطرفين المتعاقدين في نفس الوقت على الرغم من تباعد المكان والموطن الذي يقيمون فيه.

٤. توفير خيارات التسوق الأفضل

إن طبيعة نشاط التجارة الإلكترونية تمكن الشركات المنتجة من عرض أفضل المنتجات وبذل الجهود لإشباع رغبات المشترين من خلال عرض خيارات متنوعة للتسوق على وفق تفاصيل دقيقة وصادقة تحقق رضا العملاء(عرب ، ص ٢٨).

فالتجارة الإلكترونية تمكن المتسوق من الحصول على المعلومات الدقيقة والتفصيلية بسهولة فيما يتعلق بمواصفات السلع والبضائع المراد التعامل عليها من خلال البيانات (مسلم ، ٢٠٠٢ ، ص٢٩-٣١)، بحيث يسهل معرفة أصناف السلع والأسعار ومبررات تنوع الأصناف والمفاضلة بأسلوب يوفر تقييماً كافياً لمزاج المنتج وتؤدي إلى إشباع رغبة المشتري في تحقيق الاختيار الملائم من التسوق.

٥. استحداث أنماط جديدة من الأعمال التجارية

أمام واقع ومفرزات عصر التقنية العالية ونماء استخدام وسائل التقنية فقد فرزت التجارة عبر الشبكات الإلكترونية أنواعا» جديدة من الأعمال التجارية لم تكن معروفة قبل استخدام التجارة الإلكترونية http://www.arablay.org/main.htm /jan٢٠٠٤) ولكي تنفذ عمليات التجارة الإلكترونية يتطلب وجود عدد من الأطراف المتداخلين ضمن العملية التقنية وهؤلاء الأطراف يمكن تمثيلهم على شكل هرمي في أعلاه بناة الشبكة الذين يؤدون وظائف تمويل وتنظيم وتشغيل البيئة التحتية للشبكة كالدول والسلطات الرسمية ثم يأتي دور مشغلي شبكات الاتصال العامة والخاصة وناقلي رزم البينات والمعلومات في الشبكة الدولية فيؤمنون الخطوط لموردي خدمات الاتصال(عيسى ، ٢٠٠١ ، ص٣٩٥).، حيث يؤدون مهام سياسية اكثر

مما هي قانونية بالمعنى المقصود بالوقت الحاضر.ثم يأتي دور مصممي المواقع على الشبكة وعادة ما تستعين بهم المؤسسات التجارية لبناء وتصميم مواقع لها على شبكة الانترنيت(مسلم ، ص٣٩.).

٦. دعم وتطوير تقنيات الأعمال المالية والمصرفية

من أهم متطلبات التجارة الإلكترونية هو توفير آلية سريعة في الوفاء والأداء المالي تنسجم مع طبيعة هذه التجارة والغاية التي وجدت من أجلها وهي السرعة في التعاقد، والسرعة في التنفيذ.

فالتجارة الإلكترونية يجب أن تعني بالإضافة إلى إنشاء العقود إلكترونياً ، بإمكانية دفع الثمن في هذه العقود بذات الأسلوب ، وهو ما يعبر عنه بالدفع الإلكتروني. نظراً لما توفره من تسهيل عمليات التنافس إذا ما توافرت المكنة لتأديتها(عمار ،ص ٧٩)

٧. تطوير معايير المنافسة التجارية والأداء التجاري

إن التجارة الإلكترونية توفر أمام المستهلك أو المشتري خيارات غير متناهية عند تسويقه للسلع من خلال عرض المنتوج الأجود وبالسعر الأفضل. فالمهم في تعاطي التجارة الإلكترونية هو أيجاد طرق مقنعة للعملاء لضمان استمرار تعاملهم مع المؤسسة من خلال تقديم الأفضل. فإن للتجارة الإلكترونية دوراً إيجابياً حيث تهيئ للمؤسسات الصغيرة فرصة المنافسة مع المؤسسات الكبيرة بغية الوصول إلى الأسواق المحلية والعالمية ببساطة لما تتيحه هذه الأساليب من أسس متعادلة وفرص متكافئة للجميع ، ومن ثمّ يكون لزاماً على المؤسسات المنتجة أن تهيئ بنى تحتية تقنية بأسلوب يتيح لها السيطرة على سوق المنافسة التجارية ، في ظل متطلبات التجارة الدولية المتمثلة بتحرير التجارة في السلع والخدمات ودخول الشركات الأجنبية الأسواق الوطنية بوصفها جهات منافسة حقيقية تكون التجارة الإلكترونية (عرب ، ص٣٨) سبيلاً لإيجاد معايير جديدة ومتطورة للمنافسة التجارية باتجاه جذب العملاء ، وسبيلاً لتطوير الأداء التجاري في آن واحد.

المطلب الثالث: أنماط التجارة الإلكترونية

لقد تعددت أنماط ومستويات التجارة الإلكترونية طبقاً لاتجاهات وغايات المستفيدين من هذا النشاط ، حيث أن هناك مجموعة من الأنماط التي تدور حولها التجارة الإلكترونية، وإذا ما حاولنا الوقوف عند هذه المستويات نجدها تنحصر في أربعة أنماط:

النمط الأول : وحدة أعمال - وحدة أعمال Business To Business

وهذا النمط يتم بين وحدة أعمال وأخرى أي بمعنى أخر بين وحدات الأعمال بعضها مع بعض من خلال شبكات الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات، حيث تقوم وحدة الأعمال باستخدام هذه الشبكة لتقديم طلبات الشراء للموردين والعارضين وتسليم الفواتير ، وكذلك تقوم بإتمام عمليات الدفع ، وهذا النمط من التجارة الإلكترونية موجود منذ سنوات عديدة خاصة في تبادل البيانات إلكترونيا من خلال الشبكات الخاصة(عبد السميع ، المجلد الثلاثون ، العدد الثالث ، آذار ، ٢٠٠١ ، ص٢٤-٢٥.)

يُعدّ هذا النمط وهو التعامل بين التجار بعضهم مع بعض من أقدم أنماط التجارة الإلكترونية(عمار ، ص ٧٩)

النمط الثاني : وحدة أعمال - مستهلك Business To Consumer

هذا النمط من التجارة الإلكترونية يمثل البيع بالتجزئة في التبادل التجاري الحالي وهذا النوع قد توسع بشكل كبير مع ظهور شبكة الانترنيت ، وقد ظهر ألان ما يسمى بمراكز التجارة للتسوق Shopping Malls ، وهذه المراكز تقدم خدماتها من خلال عرض السلع والخدمات المتاحة لمصالح المؤسسات(غنيم ، ص ٦).، وتقوم بتنفيذ الصفقات التجارية ويتم الدفع بطرق مختلفة أكثرها شيوعاً عن طريق استخدام بطاقات الائتمان أو الشيكات الإلكترونية أو نقداً عند التسليم.

النمط الثالث: وحدة أعمال - إدارة حكومية (محلية) Business To Administration

أما النمط الثالث من أنماط التعامل في التجارة الإلكترونية فهو التعامل بين التاجر والحكومة ويشمل المزايدات والمناقصات الحكومية والتوريدات الحكومية الخ(عمار ،ص ٧٩). ويعني هذا النمط تغطية كل المعاملات بين الشركات والهيئات الحكومية ، مثل دفع الضرائب والتعاملات بين الشركات وهيئات الإدارة الحكومية (المحلية) (عبد السميع ، المجلد الثلاثون ، العدد الثالث ، آذار ، ٢٠٠١ ، ص٢٤-٢٥.)

(عبد السميع ، ص٢٥-٢٦) ، فعلى سبيل المثال ، يتم في الولايات المتحدة الإعلان عن المشتريات الحكومية من خلال شبكة الإنترنت ، ويمكن للشركات أن تتبادل الردود معها إلكترونياً ، وفي الوقت الحاضر يُعدّ هذا النمط في مرحلة وليدة ، لكنه سوف يتوسع بسرعة كبيرة إذا قامت الحكومات باستخدام عملياتها بأسلوب التجارة الإلكترونية(عبد السميع ، ص٢٥-٢٦).

النمط الرابع : مستهلك - إدارة حكومية Consumer To Administration

وهذا النمط يكون في المجالات التي تستلزم التعامل بين الحكومات ويرمز له (GTOG) وهذا النمط لم يظهر بعد ، ولكنه ربما ينتشر مع انتشار التعامل الإلكتروني ونمو كل من نمط الشركة إلى المستهلك والشركة إلى الهيئة الحكومية (المحلية) ، ويتضمن هذا النمط العديد من الأنشطة مثل دفع الضرائب الإلكترونية أو تسديد مخالفات المرور وما شابه ذلك.

(عبد السميع ، ص٢٦.)

المبحث الثاني
تكوين عقد التجارة الإلكترونية (الانعقاد)

المطلب الأول: تعريف عقد التجارة الإلكترونية

الفرع الأول: فقهاً

لقد وضع الفقه عدداً من التعريفات لعقد التجارة الإلكترونية ، فقد ذهب بعض الفقهاء إلى تعريفه بأنه : (اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب والقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد وذلك بوسيلة مسموعة ومرئية ، بفضل التفاعل بين الموجب والقابل) (مجاهد ، ٢٠٠٠، ص ٣٩)

في حين يذهب اتجاه أخر إلى أيراد تعريف أخر لعقد التجارة الإلكترونية فيقول بأنه (اتفاق فيه الإيجاب ببيع أشياء أو تقديم خدمات ، يعبر عنه على طريقة الإذاعة المرئية المسموعة أو وسط شبكة دولية للاتصالات عن بعد ، ويلاقيه القبول عن طريق اتصال الأنظمة المعلوماتية ببعضها) (خيال ، ١٩٩٨ ، ص ١٠٨)

وثمة انتقادات وجهت إلى هذه التعاريف في مقدمتها عدم تمييزه بين كل من العقد الإلكتروني وعقد التجارة الإلكترونية، على الرغم من الفارق الموجود بينهما ، فالعقد الإلكتروني يشمل جميع صور التعاقد من خلال الوسائط الإلكترونية بغض النظر عن موضوع العقد وأطرافه ، في حين أن عقد التجارة الإلكترونية يشمل بالإضافة إلى العقد الإلكتروني الذي يقع في مجال التجارة من حيث الموضوع أو الأطراف ، بعض صور الاتفاقات المتداولة في أوساط التجارة الإلكترونية ، كاتفاق التبادل الإلكتروني للبيانات وبذلك ترى هذه الانتقادات أن عقد التجارة الإلكترونية هو ذلك العقد الذي يبرم في البيئة التجارية ويتم فيه التعبير عن الإيجاب والقبول وتلاقيهما كلياً أو جزئياً من خلال أجهزة إلكترونية قابلة للبرمجة تربط بينها شبكة اتصالات متعددة الوسائط قد تكون مفتوحة أو مغلقة(مسلم ، ص ٨٨-٨٩)

ويلاحظ أن هذا التعريف منتقد من حيث أنه يشير إلى أن التلاقي ما بين الإيجاب والقبول يكون كلياً أو جزئياً ، في حين أن التلاقي ما بين الإيجاب والقبول لا يمكن أن يكون إلاّ على سبيل التطابق كي يتحقق مفهوم العقد بالمعنى الدقيق الوارد في القانون المدني العراقي، وعلى هذا الأساس يمكن تعريف عقد التجارة الإلكتروني بأنه العقد الذي ينشئ وينعقد في البيئة

التجارية الإلكترونية ويتم فيه التعبير عن الإيجاب والقبول وتلاقيهما كلياً وعلى سبيل التطابق بواسطة أجهزة إلكترونية قابلة للبرمجة تربط بينها شبكة اتصالات دولية عن بعد ومتعددة الوسائط وقد تكون مفتوحة أو مغلقة.

الفرع الثاني: تشريعاً

تباينت التعريفات لعقد التجارة الإلكترونية في التشريعات المختلفة كالتشريع المصري والأردني

ولم يرد في التشريع العراقي تعريف لهذا العقد نظراً إلى عدم وجود تشريع خاص بالتجارة الإلكترونية ، ويعتقد أن الرأي الذي ذهب إليه البعض من أن التعريف الوارد في المادة (٧٣) من القانون المدني العراقي ينطبق على العقد الإلكتروني أمر جدير بالتأييد، ويبرر هذا الرأي للصياغة العامة والعبارات المستخدمة في هذا النص. الذي ينص على أن ((العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الأخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه)). ولقد أسفرت جهود لجنة الاونسترال عن وضع مشروع اتفاقية بشأن التعاقد الإلكتروني الذي اكتملت نصوصه والذي قدم على شكل توصيات من قبل فريق عامل كلف بصياغته إلى اللجنة المذكورة في الدورة الخامسة والثلاثين عام ٢٠٠١ وسمى المشروع بالمشروع الأولي للاتفاقية بشأن التعاقد الإلكتروني، ولكن لم يضع الفريق العامل المكلف بصياغة المشروع تعريفاً لعقد التجارة الإلكترونية **(www. gn 4me.com / 2004)**

أما المشروع المصري الذي أعدته لجنة التسمية التكنولوجية التابعة لمركز المعلومات ودعم القرار برئاسة مجلس الوزراء في مصر ، فهو مشروع يتضمن تشريعاً خاصاً بالتجارة الإلكترونية أي أنه قانون مشروع التجارة الإلكتروني المصري (www. Gn 4me. Com/2004

فقد عرف العقد الإلكتروني في المادة الأولى منه التي تنص على (كل عقد تصدر فيه إرادة أحد الطرفين أوكليهما أو يتم التفاوض بشأنه أو تبادل وثائقه كلياً و جزئياً عبر وسط إلكتروني) ويعني ذلك أن العقد الإلكتروني هو ذلك العقد الذي تكون المفاوضات السابقة له تمت إلكترونياً ، أو تم تبادل الوثائق بين الأطراف إلكترونياً كلياً أو جزئياً (مسلم ، ص ٨٧). أما التشريع الأردني بهذا الخصوص ويسمى بقانون المعاملات الإلكترونية وهو قانون مؤقت بالرقم (٨٥) لسنة ٢٠٠١ (www. Gn 4me. Com/2004)

، فقد أورد تعريفاً للعقد الإلكتروني بالمادة الثانية منه بالنص على إن العقد الإلكتروني هو

«الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل إلكترونية كلياً أو جزئياً».

وبذلك يتضح مفهوم العقد الإلكتروني في ظل التشريع الأردني هو ذلك العقد الذي ينعقد بوسائل إلكترونية كلياً أو جزئياً ، وبذلك نلاحظ انفراد التشريع الأردني والمشروع المصري عن باقي التشريعات الأخرى[1] المنظمة للتجارة الإلكترونية بوضع تعريف لعقد التجارة الإلكترونية.

المطلب الثاني: التعبير عن الإرادة وشروط صحتها

فرض واقع التجارة الإلكترونية على مشرعي الدول والمنظمات الدولية ذات الصلة النظر في إعادة الشروط التقليدية للتعبير عن الإرادة العقدية ، ومن ثم التعاقد عبر وسائل الاتصال الحديثة وذلك نظراً إلى احتلالها لمواقع كبيرة ومتزايدة من الأنشطة الاقتصادية.

(١)

الفصل الثاني
القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية

المبحث الأول
قواعد الإسناد الأصلية

المطلب الأول: قانون الإرادة

ازدهرت قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر تعبيراً عن الحرية التعاقدية تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة ، الذي يتكون من عنصرين أساسين هما :

١. كفاية الإرادة لإنشاء التصرف القانوني.

٢. وقدرة الإرادة على تعيين أثار التصرف القانوني. هذا المبدأ الذي نما وراجَ في ظل المذاهب الفردية التي راجت في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر إذ كان من اهتمامهما في مجال القانون نظرية القانون الطبيعي ، وفي مجال الاقتصاد ، نظام الاقتصاد الحر.

إن التعبير عن الإرادة قد يكون بصورة صريحة وقد يكون بصورة ضمنية لاختيار القانون الواجب تطبيقه في الالتزام التعاقدي الدولي ، ولغرض الإلمام بهذا التفصيل ، فإن هذا المطلب ينقسم إلى فرعين ، نتناول في الفرع الأول الإرادة الصريحة ، ونتناول في الفرع الثاني الإرادة الضمنية ، على النحو الآتي:

الفرع الأول: الإرادة الصريحة

تقرّ معظم الأنظمة القانونية مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم. فإذا تبين أن طرفي العقد الأولي وقع اختيارهما صراحة على قانون معين ليحكم العقد المبرم بينهما ، فإن ذلك يتفق مع قاعدة الإسناد المجمع عليها عموماً في الفقه والقضاء ، ونظمتها أغلب التشريعات والاتفاقيات الدولية الحديثة(عبدالكريم ، ١٩٩٩ ، ص١٦٧) هي خضوع العقد أو الالتزامات التعاقدية لقانون إرادة المتعاقدين. إذ يعطي القانون للأطراف الحق في اختيار قانون معين لأن يحكم عقدهم ، ويحق لهم تعديل هذا الاتفاق في أي وقت. كما يحق لهم أيضاً الاتفاق على تطبيق أي قانون كان ولو كان هذا القانون المتفق عليه عديم

الصلة ما بين الأطراف أو موضوع التعاقد(المادة (١١٦) من القانون الدولي الخاص للاتحاد السويدي لسنة ١٩٨٩ والمادة (١/٣) من اتفاقية روما السوق الأوربية المشتركة الاتحاد الأوربي حالياً).، إذ أصبح من المألوف في عقود التجارة الدولية ، ومن بينها عقد البيع أن يتضمن العقد مادة خاصة تحدد القانون الذي يحكم العقد. حيث يشار إلى هذه المادة في الفقه الانكلوسكسوني بعبارة(Choice of Law Clause) وذلك لأن من يتعاقد على المستوى العالمي لا بد أن يكون ذا ثقافة قانونية تجعله يعرف مدى أهمية التصرف الذي أقدم عليه.

الفرع الثاني: الإرادة الضمنية

ليست هناك مشكلة في التطبيق إذا كان المتعاقدان متفقين على اختيار قانون معين ليحكم العقد بصورة صريحة في بند أو شرط بالعقد ، إذ لا يستطيع القاضي في هذه الحالة ، سوى احترام هذه الإرادة الصريحة إذا كانت غير مخالفة للنظام العام أو ليس فيها تحايل على القانون.

أما إذا لم يكن ثمة إرادة صريحة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد ولم يمكن معرفة ذلك من نصوصه فإن القاضي أو المحكم يبحث عن الإرادة الضمنية في نصوص العقد والظروف المحيطة به عن اتجاه هذه الإرادة فإن تعذر عليه ذلك لجأ إلى مؤشرات أو توطين العقد ، أي وضعه في مكان يخضع لقانون باعتباره الأنسب لحكم المنازعة المترتبة عليه ، إذ يفترض أن طرفي العقد كانا سيختارانه لو عرضت لهم مسألة اختيار قانون يحكم عقدهم بأنه أكثر ارتباطاً بالعقد(المادة (١/٢٥) منه والقانون المدني المصري في المادة (١/١٩) منه والقانون المدني الليبي في المادة (١٩) منه والقانون المدني السوري في المادة (٢٠) منه).

. ومن المؤشرات الدالة على إرادة طرفي العقد الضمنية تحرير العقد بلغة معينة ، فهذا يصلح أن يكون قرينة دالة على أن المتعاقدين يريدان إخضاع عقدهما لقانون الدولة الناطقة بتلك اللغة وقد يدل اختيار المتعاقدين لعملة دولة معينة للوفاء ، قرينة على اختيار قانون هذه الدولة.

ومن رأي بعض الفقه (صادق ، ص ٣٢٢)، إن اتفاق الطرفين على إخضاع المنازعة في العقد إلى اختصاص محاكم دولة معينة أو للتحكيم في هذه الدولة مما يعد دلالة على رغبة الطرفين الضمنية في تطبيق قانون هذه الدولة وكذلك فإن إدماج نصوص قانون معين في العقد أو استخدام الاصطلاحات والأشكال القانونية لهذا القانون في تنظيم العقد أو كتابته ، قد

يستفاد منه ، أن إرادة الطرفين قد اختارت هذا القانون لحكم العقد إلاّ أن هذه المؤشرات يراعى فيها أمران :

١. إن قانون العقد يتحدد بحسب الظروف السائدة وقت تكوينه وبالتالي لا يتأثر هذا التحديد بظروف لاحقة.

٢. إنه متى حدد طرفا العقد صراحة القانون الواجب التطبيق عليه فلا محل للأخذ بمؤشرات أخرى للبحث عن الإرادة الضمنية(حكم التحكيم الصادر عن غرفة التجارة الدولية في القضية المرقمة ١٥١٢ /١٩٧١ قرار منشور في مجموعة أحكام التحكيم ، ص ٤.).

ومن أحكام القضاء العربي في استخلاص الإرادة الضمنية ، حكم أصدرته محكمة الرباط لسنة ١٩٢٠ جاء فيه ((لو كان العقد يتصل بقانون دولتين في نفس الوقت وكان قانون إحداهما يتضمن أحكام لتنظيم هذا النوع من العقود خلافاً لقانون الدولة الأخرى والذي لا يتضمن مثل هذه الأحكام فقد يبدو من المنطق تطبيق قانون الدولة الأولى بوصفه قانون الإرادة)) (صادق ، ١٩٧٤، ص١٥)

أما القضاء الفرنسي فقد حكم بأنه إذا اتصل العقد بقانون دولتين في نفس الوقت وكان قانون أحدهما يقضي ببطلانه خلافاً لقانون الدولة الأخرى فإنه الأقرب إلى طبيعة الأمور هو تطبيق قانون هذه الأخيرة ، كما أن القضاء المختلط في مصر كان قد حكم بأن اتفاق المتعاقدين على تنفيذ العقد في دولة معينة قد يستنبط منه رغبتهما في إخضاع العقد لقانون هذه الدولة(صادق ، ١٩٧٤، ص١٥)

أما بصدد عقود التجارة الإلكترونية ، فإنه إذا كان العقد يتصل بدولتين أو أكثر في نفس الوقت (قانون مكان الإبرام وقانون محل التنفيذ مثلاً) وكان قانون أحدهما يتضمن أحكاماً لتنظيم هذا النوع من العقود مثل العقود الإلكترونية خلافاً لقانون الدولة الأخرى ، الذي لا يتضمن مثل هذه الأحكام. فمن المنطقي والطبيعي تطبيق قانون الدولة التي يتضمن قانونها أحكاماً لمثل تلك العقود بوصفه قانون الإرادة، أما إذا انعدمت الإرادة الصريحة للمتعاقدين حول اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم إلكترونياً عبر شبكة الانترنيت وتعذر الكشف عن نيتهم الضمنية فإنه لا يحق للقاضي أن يختصر الطريق ويطبق قانونه الوطني أو يرفض الفصل في النزاع وإنما يتعين عليه أن يجتهد للوصول إلى تحديد قانون العقد. إذ يتعين على القاضي البحث عن القانون الذي يرتبط به العقد الإلكتروني بالارتباط الأوثق أو الرابطة الجدية.

المطلب الثاني: قيود تطبيق قانون الإرادة

بيّنا أن إرادة الفرد في التعاقد والاعتراف من حق المتعاقدين ليس في إبرام العقد وتحديد مختلف شروطه بل أيضاً في اختيار القانون الذي يرونه أكثر تعبيراً عن مصالحهم المشتركة لتنظيم العقد المبرم بينهم. إذ يترتب على ذلك اندماج القانون المختار في العقد وتنزل أحكامه منزلة الشروط التعاقدية ، أي يستطيع المتعاقدون الاتفاق على ما يخالفها حتى لو كانت قواعد آمرة. والمهم هنا هل أن الإرادة حرة في اختيارها لقانون العقد أم أن هناك قيوداً تحد من قدرتها على هذا الاختيار بحيث تسمو إرادة المتعاقدين فوق القانون الذي يستمد قوته الملزمة من اتفاق الأطراف على اختيار أحكامه لتنظيم الرابطة العقدية ؟ إن الإجابة عن هذا التساؤل تقتضي بحث الدور المخول للإرادة في اختيار قانون العقد في إطار النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية ، من هذا المبدأ فإن هذا المطلب ينقسم إلى فرعين ، يتناول الفرع الأول قانون الإرادة بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية ، في حين يتناول الفرع الثاني أثر النظرية الشخصية والموضوعية في قانون الإرادة. وهذا الأخير بدوره ينقسم إلى فقرتين الأولى تبحث في أثر النظرية الشخصية في قانون الإرادة ، في حين تبحث الثانية أثر النظرية الموضوعية في قانون الإرادة ، على النحو الآتي :

الفرع الأول: قانون الإرادة بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية

إن قانون الإرادة أصبح بعد تطور طويل ضابطاً للإسناد في مسائل الالتزامات التعاقدية ، إذ يستمد ضابط الإسناد في مسائل العقود من عنصر السبب أو الواقعة المنشئة للعلاقة باعتبار هذا العنصر هو أحد عناصر العلاقة القانونية ، باعتباره مركز الثقل في العلاقات المتعلقة بالعقود ، ومن هنا جاء التركيز على إرادة المتعاقدين كضابط للإسناد في الروابط التعاقدية على أساس كونه معياراً أكثر ارتباطاً بهذا العنصر من غيره من المعايير الأخرى(صادق ، ١٩٧٤، ص١٥)

وإن قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة إذا كانت قد لاقت ترحاب واتفاق الفقه والقضاء بعد ذلك في مختلف بلدان العالم ، فان هذا الاتفاق لم يكن إلاّ ظاهرياً حيث إن واقع الأمر أسفر عن اختلافات عميقة في الرأي ترجع إلى النظر إلى الدور الذي تقوم به الإرادة عند اختيارها لقانون العقد(

وترجم هذا الاختلاف في الرأي من خلال نظرتين هما :

١. النظرية الشخصية.

٢. النظرية الموضوعية.

فالنظرية الشخصية تذهب إلى أن اتفاق إرادة الأطراف المتعاقدة كافٍ بذاته مجردٌ بوصفه مصدر الالتزام ، فلا يمكن القول معه بإلزام الأطراف إخضاع عقدهم لأي قانون آخر غير القانون الذي اختاروه(Aramingon Preces .P.١٩٨٥, P.٢٥٣-٢٥٨.)، فإن اختيار قانون تخضع له تلك العلاقة هو اندماج ذلك القانون بالعقد بوصفه بنداً من بنوده فالمسألة هنا هي مسألة خيار للإرادة، إذا شاءت فالعقد لا يخضع لأي قانون وإذا شاءت كان القانون المختار بنداً كبقية البنود في العقد – فالقانون الذي عينته إرادة المتعاقدين ليست له قوة الإلزام إلاّ في الحدود التي رسمته له تلك الإرادة (عبدالعال، ١٩٩٥، ص٣٦) (إرادة الأطراف المتعاقدة).

ومن هنا استقر مبدأ سلطان الإرادة في نطاق الروابط التعاقدية بحيث إن إرادة المتعاقدين تتمتع بالحرية الكاملة في إبرام العقود وتنظيمها وتحديد شروطها بصرف

النظر عن صلة هذا القانون بالعقد(المقدم ، ١٩٨١، ص٧٧)

وبذلك فإن أنصار النظرية الشخصية ردوا قدرة المتعاقدين على اختيار قانون العقد إلى مطلق مبدأ سلطان الإرادة وهو ما يخول للمتعاقدين حرية مطلقة في اختيار قانون العقد نفسه)(Aramingon Preces.1985, P.253-258) بحيث تندمج أحكامه في العقد وتنزل معه منزلة باقي شروطه التعاقدية التي يملك المتعاقدون الاتفاق على ما يخالفها حتى لو اتسمت بطابع الأمر.

أما النظرية الموضوعية التي ترجع في أصولها إلى الفقيه الألماني (سافيني) فهو أول من نادى بضرورة تحليل العلاقات القانونية موضوع النزاع تحليلا دقيقا حتى يتسنى تركيزها في مكان معين ، فإذا ما عرف هذا المركز أمكن إسنادها إلى القانون السائد في هذا المركز بوصفه أكثر القوانين المتنازعة ملاءمة لحكمه ، فقد اعتمد أنصار هذه النظرية على عدة معايير لتعيين القانون الواجب التطبيق ، إلاّ أنهم قد اتفقوا على ضرورة الأخذ بالإرادة الصريحة والضمنية واعتبارها المعيار الأول الذي يرجع إليه بشرط توافر الصلة بين القانون الذي أشارت الإرادة بتطبيقه والعقد الدولي(Goopprch conflict of law.١٩٤٩.p٣٣٠)

الفرع الثاني: أثر النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية في قانون الإرادة

لغرض الإلمام بهذا الفرع سوف نقسمه إلى فقرتين ، نبين في الفقرة الأولى أثر النظرية الشخصية في دور الإرادة في اختيار قانون العقد ، ونبين أثر النظرية الموضوعية في دور الإرادة في اختيار قانون العقد في الفقرة الثانية.

الفقرة الأولى: أثر النظرية الشخصية في دور الإرادة في اختيار قانون العقد

إن اعتناق مبدأ سلطان الإرادة في القرن التاسع عشر ، ومن أهم مظاهره مبدأ نظرية العقد شريعة المتعاقدين في القانون المدني قد ترك أثره في القانون الدولي الخاص أيضاً.

وإن استقرار مبدأ سلطان الإرادة ليس مجرد تبرير لحل مسبق في تنازع القوانين في العقود بل اصبح هذا المبدأ هو الحل نفسه بما يكفله للإرادة في ذاتها من حق في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد بصفة مستقلة عن أي حل سابق، وإن أهم النتائج المترتبة على سلطان الإرادة في مجال القانون الدولي الخاص هي قدرة المتعاقدين على اختيار قانون العقد حيث يرد أنصار هذه النظرية قدرة المتعاقدين هذه إلى مبدأ حرية التعاقد الذي يخول للإرادة سلطاناً مطلقاً في هذا الشأن يرتفع بها فوق القانون الذي يستمد قوته الملزمة على هذا النحو من اتفاق الأطراف على اختيار أحكامه لتنظيم الرابطة العقدية(ياقوت ، ص٧٩)

الفقرة الثانية: أثر النظرية الموضوعية في دور الإرادة في اختيار قانون العقد

إن مغالاة فقه النظرية الشخصية في تقديس مبدأ سلطان الإرادة أدت إلى إفلات العقد من حكم القانون حيث انكمش دور القاعدة القانونية وتضاءل تدخل الدولة سواء لحماية الطرف الضعيف أو لتحقيق المصلحة العامة ، وأصبحت إرادة الفرد هي روح القاعدة القانونية وجوهرها حيث سمت فوق القانون الذي استمد منها قوته الملزمة واقتصر دوره على حمايتها (ياقوت ، ص٩٥)

وهذه **الأ**فكار التي ولدت في ظل تعاليم المذاهب الفردية لم تستمر وذلك بتدخل المشرع بفرضه العديد من القواعد الآمرة التي لا يجوز الخروج عنها وذلك بهدف حماية المصالح العامة في حدود القانون الذي تستمد منه سلطانها وذلك على أساس أن العقد ليس مسألة خاصة بأطرافه فقط وإنما هو حلقة في نظام قانوني متكامل وهو لا يرتب آثاراً قانونية بوصفها هذا إلاّ باستناده إلى هذا النظام الذي يمنحه الوجود والحماية Batifoll –aspects philosophiques, p٩٩,١٩٥٦,).

وإن فقه القانون الدولي الخاص الحديث إذا كان قد اعترف بدور الإرادة في اختيار قانون

العقد فإن هذا الحق يستند إلى حكم القانون الذي سمح للإرادة بهذا الاختيار وليس إلى سلطان الإرادة وينحصر دور الإرادة على هذا الأساس في تعيين القانون الذي يحكم العقد لا في تحريره من سلطان هذا القانون (صادق ، ص٢٨٦)

المطلب الثالث: موقف التشريعات المقارنة موضوع البحث

إن العديد من التشريعات الوطنية لمختلف الدول اتخذت من قانون الإرادة قاعدة إسناد أصلية في مجال العقود ، وكذلك اتخذت العديد من الاتفاقيات الدولية الموحدة لقواعد التنازع وعلى ذلك سوف نبين في هذا المطلب تطبيقات قاعدة قانونية الإرادة في القوانين الوطنية في الفرع الأول وفي الاتفاقيات الدولية في الفرع الثاني.

الفرع الأول: في القوانين الوطنية

سنتكلم على تطبيقات قاعدة قانون الإرادة في القانون العراقي التي اتخذت من قاعدة قانون الإرادة بنص تشريعي ، ثم نبين تطبيقات هذه القاعدة في القضاء الفرنسي كمثال على القوانين الوطنية التي تبنت نفس القاعدة باجتهادات وأحكام القضاء في غياب النصوص التشريعية

أولاً. في القانون العراقي

أخذ القانون العراقي مثل غيره من القوانين العربية مبدأ سلطان الإرادة في مجال العقود وتبنى قاعدة قانون الإرادة كقاعدة إسناد عامة في نطاق الالتزامات التعاقدية حيث نصت الفقرة الأولى من المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي على أنه: «يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً ، فإن اختلفا موطنا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد ، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو تبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه» ، وهذه المادة منقولة من المادة (١٩) من القانون المدني المصري وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري تعليقاً على هذه المادة أنها تتضمن حكماً عاماً لسلطان الإرادة ويضمن وحدة القانون الواجب التطبيق على العقد وهي وحدة لا يكفلها فكرة تحليل عناصر العقد واختيار القانون الذي يتلاءم مع طبيعة كل منها (صادق ، ص٦٦٤)وقد ثار خلاف في الفقه المصري بخصوص المادة (١٩) حيث استعمل المشرع عبارة الالتزامات التعاقدية ولم يستعمل مصطلح العقد والالتزامات التعاقدية يقصد بها آثار

العقد ، ورتب البعض على أن قاعدة قانون الإرادة الواردة في المادة (١٩) تنطبق فقط على آثار العقد ، أما فيما يتعلق في القانون الواجب التطبيق على تكوين العقد فهي مسأ ,لة يجب تركها لاجتهاد الفقه والقضاء(فهمي ، ١٩٥٥، ص٥٨٤)

أما القسم الآخر من الفقه فيقول إن المادة (١٩) مدني مصري جاء نصها مصرحاً بالقانون الواجب التطبيق في الالتزامات التعاقدية إلاّ أنه ليس هناك أية شبهة في سريان هذه القاعدة على العقد بوصفه مصدرا لهذه الالتزامات(عبدالله ، ١٩٦٩ ، ص٤٢٢)

ويؤيد الفقه الراجح وجهة النظر هذه متأثراً بمبدأ وحدة القانون الواجب التطبيق على العقد مسترشداً بما ورد في المذكرة الإيضاحية للقانون الذي تؤيد هذا المبدأ وتكشف عن قصد المشرع في التعبير باصطلاح الالتزامات التعاقدية عن كل ما يتعلق بالرابطة التعاقدية من حيث تكوينها وآثارها(صادق ، ص٦٦٤)

وقد أطلق المشرع العراقي نص المادة (٢٥) من القانون المدني الذي لم تقيد اختيار المتعاقدين لقانون أجنبي بأي قيد ، غير أن الفقه يميل إلى تقييد حرية هذا الاختيار بوجود صلة بين القانون المختار والعقد أو المتعاقدين(سليمان ، ١٩٦٩ ، ص٩٨.)وهناك قسم من الفقهاء ينتقد عدم تقييد الإرادة الصريحة ويرى أن المشرع تكلم عن الإرادة الضمنية بطريقة مبهمة فلم يبين ما هي العناصر التي يمكن الاستناد إليها لاستخلاص هذه الإرادة الضمنية(عمر ، ١٩٧١ ، علماً أن القانون الليبي والقانون المدني العراقي والقانون المدني المصري نصوص المواد (١٩) مدني ليبي و (٢٥) مدني عراقي و (١٩) مدني مصري و (٢٧) مدني سوداني و (٢٠) مدني سوري متشابهة وليس بينها فرق).

ويمكن القول إن القضاء العراقي يتمتع بصلاحية واسعة في اعتماد القرائن للكشف عما توجهت إليه الإرادة الضمنية وهي في سبيل ذلك تقوم بتركيز العلاقة إلى قانون معين ، فإذا ما وجد القاضي من القرائن ما تسمح له بالكشف عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين في تحديد القانون الذي يحكم العقد ، توجب عليه تطبيق هذا القانون، أما إذا لم يتوصل القاضي إلى هذه الإرادة فإن عليه تطبيق قانون الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً ، وفي حالة اختلاف الموطن تطبيق قانون الدولة التي تم فيها العقد استناداً إلى نص المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي ولم ينص القانون العراقي على تقييد الرخصة التي خولها للمتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد المبرم بينهما حيث جاءت المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي مطلقة وهذا ما يستفاد منه بعبارة (ما لم يتفق

المتعاقدان أو تبين من الظروف أن قانوناً آخر يراد تطبيقه).

ثانياً. في القانون الفرنسي

لا يوجد نص تشريعي في فرنسا مكتوب يتبنى قاعدة قانون الإرادة كقاعدة إسناد عامة بالنسبة إلى لعقود والالتزامات التعاقدية غير أن القضاء الفرنسي تبنى في العديد من أحكامه هذه القاعدة بوضوح في حكمها الشهير الصادر في ١٩١٠/١٢/٥ قررت محكمة النقض الفرنسية لأول مرة تطبيق قاعدة الإرادة لتنظيم مسألة تنازع القوانين في مجال العقود حيث جاء في هذا الحكم أن القانون الواجب التطبيق على العقد سواء فيما يتعلق بتكوينه أو بآثاره وشروطه هو القانون الذي يختاره المتعاقدان صراحةً أو ضمناً.

وبذلك يُعدّ النظام القضائي الفرنسي من أوسع النظم فيما يتعلق بمبدأ سلطان الإرادة حيث ليست هناك أية قيود على حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم العقد إذا استثنينا القيد المعروف المتعلق بعدم مخالفة النظام العام سوى أن ينصب الاختيار على قانون وطني معين[١]، وفيما يتعلق بعدم مخالفة النظام العام يرى بعض الفقه في فرنسا ومنهم (باتيفول) إن إرادة المتعاقدين لا تقوم بتعيين القانون الخاص ، وإنما تقوم بتركيز العقد في مكان معين فإذا تم تركيز العقد على هذا النحو فإن قانون المكان الذي اختاره المتعاقدان هو الذي يطبق على العقد[٢] ، وفي حكم لمحكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ ١٩٣٥/٦/٤ رفضت فكرة تجزئة العقد وتطبيق عدة قوانين مختلفة على أجزاء العقد وقررت تطبيق قانون الإرادة على عناصر العقد كافة بما فيها الآمرة والناهية وعلى أساس عدم قابلية العقد للتجزئة[٣] ، هذا في حالة اتفاق الطرفين صراحة على اختيار قانون معين ، أما عند غياب مثل هذا الاتفاق فاستخلاص الإرادة الضمنية يكون من مهمة القاضي وهذا ما قررته محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٥٩/٧/٦ والذي كررت فيه الإشارة إلى قاعدة قانون الإرادة على أن القانون الواجب التطبيق على العقود من حيث تكوينها وشروطها وآثارها هو القانون الذي يختاره الأطراف وفي حالة سكوت هؤلاء عن تحديد هذا القانون صراحة فإنه يجب على

(١) جاء في قرار لمحكمة النقض الفرنسية عام ١٩٥٠ حيث نقل عن فيليب كهن ، عقد البيع الدولي، ص ٢٣٦ ، دي لا كوليت ، ص٩٨.

(٢) د.هشام علي صادق ، المرجع السابق ، ص٦٥٤.

(٣) جابر عبدالرحمن ، القانون الدولي الخاص العربي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٠ ، ص٥٤٢.

قاضي الموضوع التصدي بتحديده وفقاً لظروف وملابسات الحال[١].

الفرع الثاني: في الاتفاقيات الدولية

طبقاً لنص الفقرة الأولى من المادة الثالثة من اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ بخصوص القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية يطبق على العقد القانون الذي يختاره المتعاقدون صراحةً أو ضمناً ليحكم كامل العقد أو جزءاً منه ، كذلك فقد ورد النص على قاعدة قانون الإرادة في اتفاقية لاهاي بخصوص القانون الواجب التطبيق على عقود البيع الدولي للمنقولات المادية وسنبين تطبيقات هذه القاعدة في اتفاقية لاهاي بعام ١٩٥٥ وعام ١٩٨٦.

أولاً. اتفاقية لاهاي لعام ١٩٥٥

تنص المادة الثانية من اتفاقية لاهاي الصادرة بتاريخ ١٥ حزيران ١٩٥٥ بشأن القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية على ما يأتي :

"يخضع البيع لقانون البلد التي يعينه المتعاقدان ، ويتم هذا التعيين إما صراحة في إحدى بنود العقد أو يستنتج بصورة مؤكدة من أحكام العقد : وتخضع لنفس القانون الأحكام المتعلقة برضاء الطرفين فيما يخص القانون الواجب للتطبيق» [٢]

إذ يتضح من نص هذه المادة : إن اتفاقية لاهاي أخذت بقاعدة قانون الإرادة كقاعدة إسناد أصلية لعقد البيع الدولي وهي دون شك القاعدة الأكثر ملاءمة لحاجات التجارة الدولية حيث أعطت هذه المادة للمتعاقدين الحرية الكاملة لاختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهما دون اشتراط أي صلة بين العقد والقانون المختار ، وفي حالة غياب الإرادة الصريحة.

ثانياً. اتفاقية لاهاي لعام ١٩٨٦

إن القصد من إبرام هذه الاتفاقية هو أن تكون بديلا للاتفاقية السابقة حيث أخذت هذه الاتفاقية الجديدة بعين الاعتبار التطورات الحديثة في مجال التجارة الدولية عموماً، ومن أهم

(١) ورد هذا الحكم في مؤلف باتينول عن القانون الدولي الخاص وأشارّ إليه هشام علي صادق ، المرجع السابق ، ص٦٥٢.

(٢) هذه ترجمة الباحث للنص ، حيث لا يوجد نص عربي ولا ترجمة عربية معتمدة لاتفاقية لاهاي التي صيغت باللغتين الفرنسية والإنكليزية

هذه التطورات إبرام اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ بخصوص توحيد الأحكام الموضوعية لعقد البيع الدولي للبضائع وقد تبنت هذه الاتفاقية قاعدة قانون الإرادة كقاعدة إسناد في المادة السابعة منها ، وتنص على الآتي :

١. يخضع عقد البيع للقانون الذي يختاره الطرفان ويجب أن يكون اتفاق الطرفين بخصوص هذا الاختيار صريحا أو يمكن استنتاجه بوضوح من شروط العقد وظروف الحال منظوراً إليها مجتمعه ويمكن أن يقتصر الاختيار على جزء من العقد فقط.

٢. للطرفين في أي وقت أن يتفقا على إخضاع العقد جزئياً أو كلياً لقانون خلاف ذلك الذي كان يحكمه ، وبصرف النظر عن كون القانون الذي كان يحكم العقد قد اختاره الطرفان فإن أي تغيير يجريه الطرفان ، بعد إبرام العقد على القانون الواجب التطبيق سوف لا يؤدي إلى الإخلال بالعقد شكلاً أو بحقوق الغير. يتبين من النص أن هناك تطوراً واضحاً أحدثته الاتفاقية الجديدة على تطبيقات قاعدة قانون الإرادة مما يؤدي إلى تأكيد وتوسيع نطاق سلطان الإرادة مقارنة بما كان عليه الحال في الاتفاقية القديمة بعد أن أخذت بعين الاعتبار الانتقادات والتحفظات التي أبديت عليها ويمكن تلخيصها بما يأتي :

آ. في حال عدم إفصاح الطرفين إرادتهما الصريحة في اختيار القانون الذي يحكم عقدهما فإن الإرادة الضمنية لا تستخلص فقط من شروط العقد. وإنما أضيف عنصر جديد هو ظروف حال ، أي مختلف القرائن والملابسات المتصلة بالعقد وبالمتعاقدين على أن ينظر إلى كل العناصر والعوامل مجتمعة لاستخلاص الإرادة الضمنية للمتعاقدين وهذا يعني عدم تفضيل عنصر معين على غيره ، أو تجاهل عنصر آخر وإنما تتكاتف هذه العناصر والعوامل كوحدة واحدة بحيث يتم استخلاص الإرادة الضمنية منها بصورة منطقية ومؤكدة لا يداخلها أي شك.

ب.أقرّت فكرة تجزئة العقد وتعدد القوانين المطبقة عليه بشكل صريح بل أن للطرفين مطلق الحرية في تغيير القانون الذي سبق الاتفاق عليه ليحكم العقد دون الإخلال بحقوق الغير أو بصحة وسريان العقد من حيث الشكل[١] بما في ذلك مبادئ قانون التجارة الدولية المنفصل عن القوانين الوطنية ، وهكذا يبدو أن واضعي هذه الاتفاقية يؤيدون فكرة العقد

(١) الطبيب الزروتي ، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن ، أطروحة دكتوراه ، معهد الحقوق والعلوم الإدارية ، جامعة الجزائر لسنة ١٩٩٠-١٩٩١ ، ص٤٨٥.

الطليق أو العقد الذي يحكم نفسه ذاتيا دون الارتباط بأي قانون داخلي ، وهذا الاتجاه الذي اتجهت إليه الاتفاقية الجديدة سوف يؤدي إلى إزالة أحد العوائق التي يعتقد البعض إنها تحول دون نمو وتطور قانون التجارة الدولية ، وكان هذا من أهم الانتقادات التي وجهت إلى اتفاقية لاهاي لعام ١٩٥٥.

ج.رفضت فكرة الإحالة بشكل صريح في المادة (١٥) التي بينت أن كلمة (القانون) كما وردت في الاتفاقية تعني القانون النافذ في دولة معينة دون قواعد الإسناد الخاصة بها ، مع ملاحظة أن تعريف القانون على هذا النحو قد يعيدنا مجددا إلى الفكرة المنتقدة وهي تقييد إرادة المتعاقدين في الاختيار بقانون داخلي في دولة معينة ، ولا نعتقد أن هذا هو الهدف المنشود من وراء نص المادة (١٥) التي خصصت لاستبعاد فكرة الإحالة بشكل صريح ، ولعله كان من الأفضل أن تصاغ المادة (١٥) على النحو الآتي تلافياً لأي إشكال أو خلاف في التفسير (إذا اتفق المتعاقدان على تطبيق قانون دولة معينة فإن قواعدهُ الداخلية هي التي تطبق دون قواعد الإسناد الواردة فيه) ومثل سابقتها بينت الاتفاقية الجديدة في المادة (٥) منها إنها لا تختص بالقانون الواجب التطبيق على أهلية المتعاقدين أو على انتقال ملكية المبيع كذلك نصت المادة (٦) على أن القانون الذي تبينه الاتفاقية يكون واجب التطبيق بصرف النظر عن كونه قانون إحدى الدول المتعاقدة.

د. لم تستعمل مصطلح القانون الداخلي للبلد الذي استعملته الاتفاقية السابقة وإنما الاكتفاء بعبارة القانون الذي يختاره المتعاقدان ، وهكذا لم تقيد هذه الاتفاقية إرادة الطرفين في اختيار قانون داخلي في دولة معينة ، بل تركت للطرفين الحرية الكاملة في اختيار أي قانون ولو كان مستقلاً عن أي قانون وضعي بما في ذلك مبادئ قانون التجارة الدولية المنفصل عن القوانين الوطنية.

المبحث الثاني
قواعد الإسناد الاحتياطية

المطلب الاول : قواعد الإسناد الاحتياطية في القانون العراقي

سار المشرع العراقي على منهج التشريعات التي لم تترك مسألة تعيين القانون الواجب التطبيق على العقد لاجتهادات القضاء في حالة غياب إرادة المتعاقدين الصريحة والضمنية ، بل فضّل تحديد ضوابط أو قواعد إسناد احتياطية بنص القانون ، يتعين على القاضي أن يستعين بها كي يقرر ما هو القانون الذي يحكم العقد موضوع النزاع ، وعلى ذلك نصّتْ الفقرة الأولى من المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي على ما يأتي : «يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإن اختلفا موطناً يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد ، هذا من لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه».

يتبين من هذا النص وهو مطابق لنص المادة ١٩مدني مصري أن المشرع العراقي قد فرق بين حالتين تنعدم فيهما إرادة المتعاقدين صراحةً أو ضمناً (حالة اتحاد موطن المتعاقدين وحالة اختلاف هذا الموطن) ووضع لكل حالة من هاتين الحالتين قاعدة إسناد احتياطية يلتزم القاضي باتباعها لتعيين القانون الواجب التطبيق على العقد أو على حد تعبير المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني المصري قرائن قانونية مفيدة يعمل بها في حالة انعدام إرادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية[١].

وطبقاً لنص المادة (٢٥) مدني عراقي تكون الأولوية في التطبيق لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين إذا توافر ذلك ، أما إذا كان موطن المتعاقدين مختلفاً فإن قاعدة الإسناد الاحتياطية في مثل هذه الحالة هي قانون مكان إبرام أو انعقاد العقد ويبدو أن المشرع العراقي استعان في هذا النص بقاعدة إسناد احتياطية من بين القاعدتين المرتبطتين بأشخاص المتعاقدين وهي الموطن المشترك ، وقاعدة أخرى من القاعدتين المرتبطتين

(١) يراجع مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، الجزء الأول ، ص٢٩١.

مباشرة بالعقد وهي مكان الانعقاد[١].

وتثير قرينة محل إبرام العقد صعوبة كبيرة كما قلنا سابقاً وخاصة إذا لم يكن محل إبرام العقد واحداً ، بل تعددت الأماكن التي تمت فيها عملية إبرام العقد كما هو الحال في التعاقد بين غائبين أو التعاقد بالمراسلة أو عن طريق الانترنيت وهو أمر مألوف في الوقت الحاضر في إبرام عقود البيع الدولي التي تتم غالباً بواسطة الاتصالات الدولية الحديثة مثل الفاكس والانترنيت ، أو ما يسمى بالتجارة الإلكترونية ، إذ إنه في مثل هذه الأحوال يصعب تحديد الزمان والمكان الذي انعقد فيهما العقد ، ومكان انعقاد العقد يرتبط إلى حد كبير بزمان انعقاده ، وتختلف التشريعات الوطنية اختلافا بيّنا بهذا الصدد فالقانون السويسري يعتّد بالمكان الذي تم فيه تصدير القبول أما القانون المدني العراقي فإنه يعدّ التعاقد بين الغائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك[٢].

المطلب الثاني :قواعد الإسناد الاحتياطية في الاتفاقيات الدولية

من البديهي أن يقتصر اهتمام التشريعات الوطنية والقضاء في مختلف الدول على وضع قرائن وضوابط للإسناد تطبق على الالتزامات التعاقدية أو العقود الدولية عموما ومن بينها عقد البيع ، لكن الأمر مختلف بالنسبة إلى التشريعات الدولية أو الاتفاقيات الدولية الخاصة بتوحيد قواعد الإسناد فقد اهتمت هذه الاتفاقيات في الدرجة الأولى بتوحيد قواعد الإسناد بخصوص عقد البيع الدولي ومنها اتفاقية روما ١٩٨٠ حيث وضعت قواعد إسناد احتياطية تطبق على العقود عموماً خلاصتها (إن العقد يخضع في غياب الاتفاق لقانون الدولة الأكثر ارتباطاً بالعقد ، ويفترض أن العقد أكثر ارتباطاً بالدولة التي يوجد فيها وقت إبرام العقد محل الإقامة المعتاد للمتعاقد الذي يعدّ أداؤه جوهر للعقد أو الدولة التي يوجد بها المقر الرئيس للنشاط التجاري بالنسبة للعقود التجارية ، أو الدولة التي توجد بها الأموال غير المنقولة إذا كان موضوع العقد يتعلق بأموال غير منقولة) وهي وإن اتفقت مع القوانين الوطنية في تبنيها

(١) أخذ القانون الدولي الخاص التشيكي الصادر سنة ١٩٦٣ نفس هاتين القاعدتين وهما : (قانون الموطن المشترك ، وقانون مكان إبرام العقد) .

(٢) المادة (٨٧) من القانون المدني العراقي التي سبق ذكرها لمزيد من المعلومات حول النظريات والآراء المختلفة بخصوص زمان ومكان انعقاد العقد الدولي ، راجع في ذلك : د. حمزة حداد قانون التجارة الدولية ، الدار المتحدة للنشر ، بيروت ، ١٩٨٠ ، ص١٣٣ ؛ فيليب كهن البيع التجاري الدولي ، المجلة الأمريكية للقانون المقارن ، العددان ٢-٣ ، ١٩٧٩ ، ص٣١١.

لقاعدة قانون الإرادة كقاعدة إسناد أصلية تطبق على عقد البيع الدولي مثل غيره من العقود الدولية ، ما دام التعبير عن الإرادة يتم صراحة أو ضمناً ، إلاّ أنها وضعت قواعد وضوابط إسناد احتياطية خاصة كي تطبق على بيع العقد الدولي عند انعدام الإرادة تختلف جذرياً عن تلك القرائن والضوابط العامة التي يتبناها القانون أو القضاء في مختلف الدول كي تطبق على العقود الدولية بشكل عام التي سبق التحدث عنها ، كما تبنت اتفاقيتا لاهاي لعام ١٩٥٥ وعام ١٩٨٦ بشأن القانون الواجب التطبيق على عقود البيع الدولية من حيث المبدأ قاعدة إسناد احتياطية أساسية لمواجهة هذا الموقف هي قانون دولة البائع وقاعدة إسناد فرعية هي قانون دولة المشتري مع الاختلاف في التفاصيل وسوف نبينها في فرعين ، نتناول في الفرع الأول قاعدة الإسناد الأساسية (قانون دولة البائع) ، ونبين قاعدة الإسناد الفرعية (قانون دولة المشتري) في الفرع الثاني ، كما يأتي :

الفرع الأول: قاعدة الإسناد الأساسية (قانون دولة البائع)

تنص الفقرة الأولى من المادة الثالثة من اتفاقية لاهاي ١٩٥٥ على ما يأتي : (في غياب اتفاق الطرفين على القانون الواجب التطبيق ، طبقا للشروط المبينة في المادة السابقة ، يخضع البيع للقانون الداخلي للبلد الذي يوجد فيه محل الإقامة المعتاد للبائع وقت تلقيه طلب الشراء إذا تم استلام الطلب من قبل إحدى المنشآت التابعة للبائع – فان البيع يخضع للقانون الداخلي للبلد التي توجد فيه تلك المنشأة) ، وتنص الفقرة الأولى من المادة (٨) من اتفاقية لاهاي لعام ١٩٨٦ على ما يأتي:

(إذا لم يتم اختيار القانون الواجب التطبيق على عقد البيع طبقا لأحكام المادة (٧) يخضع البيع لقانون الدولة التي يوجد فيها المركز التجاري للبائع وقت إبرام العقد).

يتبين من قراءة النصين المتقدمين أنه لا خلاف من حيث المبدأ بين الاتفاقيتين في تبني قاعدة الإسناد الأساسية في غياب الاتفاق وهي تطبيق قانون دولة البائع[1]، ولكن الخلاف بين الاتفاقيتين يتعلق بمسألة تفصيلية هي تحديد مفهوم بلد أو دولة البائع. فبينما تقول الاتفاقية الأولى أنه البلد الذي يوجد به محل الإقامة المعتاد للبائع أو توجد به إحدى منشآته وقت تلقي طلب الشراء ونجد أن الاتفاقية الثانية تقول إنها الدولة التي يوجد فيها المركز التجاري للبائع

(١) حمزه حداد ، المصدر السابق ، ص٣٢٠.

وقت إبرام العقد.

الفرع الثاني: القاعدة الفرعية (قانون دولة المشتري)

طبقاً لحكم الفقرة الثانية من المادة الثالثة من اتفاقية لاهاي ١٩٥٥ إذا استلم البائع أو وكيله أو نائبه[١] طلب الشراء في الدولة التي يوجد بها الموطن المعتاد للمشتري أو توجد بها منشأته التي قدمت طلب الشراء ، فإن القانون الداخلي لتلك الدولة يكون هو الواجب التطبيق على عقد البيع - أي أن قانون دولة البائع يستبعد في هذه الحالة ليطبق بدلا منه قانون دولة المشتري. كذلك فقد نصت الفقرة الثانية من المادة الثامنة من اتفاقية لاهاي ١٩٨٦ على تطبيق قانون الدولة التي يوجد بها المركز التجاري للمشتري وقت إبرام العقد وذلك في ثلاثة حالات :

آ. إذا تمت المفاوضات وأبرم العقد بحضور الطرفين في الدولة المذكورة.

ب. إذا تضمن العقد نصاً صريحاً يلزم البائع بتنفيذ التزامه بتسليم المبيع في الدولة المذكورة.

ج. إذا أبرم العقد وفقاً لشروط حددها المشتري استجابةً إلى دعوة للتعاقد موجهة من البائع.

غير أن الفقرة الثالثة من نفس المادة وضعت استثناء على هذه القاعدة جاء فيه إذا تبين من مجموع الظروف (مثل العلاقات التجارية بين الطرفين) أن العقد يرتبط بشكل واضح بقانون آخر فإن هذا القانون هو الذي يجب تطبيقه على العقد بدلاً من قانون دولة المشتري.

(١) ليس من المهم بحث سلطان النائب أو الوكيل ، فالمسألة هنا ليست قانونية دائماً وإنما واقعية يقصد بها التعرف على المكان الذي يوجد فيه النائب أو الوكيل وقت تلقيه الطلب ، فإذا كان قائما في بلد المشتري أو منشأته يكون قانون بلد المشتري هو الواجب التطبيق. نقلاً عن : ثروت حبيب ، المصدر السابق ، ص٢١٠.

المبحث الثالث
قواعد الإسناد (الارتباط) في التعاقد الإلكتروني

المطلب الأول: خصوصية عقود التجارة الإلكترونية

في معرض مقدمة هذا المبحث بيّنا أن خصوصية عقود التجارة الإلكترونية إنها قد تبرم وقد تنفذ في بيئة إلكترونية غير ملموسة تجعل من العسير تركيز العقد تركيزاً مكانياً وذلك بسبب افتقار هذا النوع من العقود إلى مجلس العقد بالمفهوم المادي للعقد حيث إن المتعاقدين لا يجمعهما مجلس عقد واحد بصورة مادية وحقيقية. لا بل على العكس فإن التعامل يجري بين نظم ومعلومات ومواقع ليس من السهل تحديد مكانها وبالتالي يصعب تحديد مكان انعقاد العقد ، كما أن التعامل على وفق هذه النظم تجعل من الصعب الالتزام بالمعايير التقليدية التي تتخذ من الطرف الذي يقع عليه تنفيذ الالتزام الجوهري أو الرئيس في العقد معياراً أساسياً لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد وهو موطن المدين بهذا الالتزام ، لذلك فإن عوامل الارتباط التقليدية لا يمكن تطبيقها لتسوية مسائل التنازع إذ ينبغي أن تأخذ بنظر الاعتبار أن إبرام عقود التجارة الإلكترونية وما يستلزمه من عرض وقبول وتنفيذ يجري بطريقة غير محسوسة وفي فضاء إلكتروني مما يصعب معه تركيز العقد في مكان دون آخر إلاّ على أساس افتراضي وهو لا يعدو أن يكون من ضروب الافتراض القانوني.

فمثلاً عند التعاقد على شراء برامج الحواسب الآلية أو استخدامها واستغلالها فانه يجري التعاقد عبر شبكة الانترنيت وقد يتم تنفيذ العقد أيضاً عبر هذه الشبكة وذلك بعد إنزال المعلومات ونقل البرامج المتعاقد عليها من موقع البائع إلى عنوان موقع المشتري دون الحاجة إلى التسليم المادي للبرنامج وحتى في الحالات التي يتطلب الأمر فيها التسليم المادي للشيء المتعاقد عليه ، فإن انعقاد العقد بصدور القبول أو وصوله لا يتطلب معرفة مكان وجود الموجب (صاحب الشيء المتعاقد عليه) طالما قام الدليل على وصول القبول إلى موقع نظام المعلومات الذي يتعامل الموجب من خلاله أو عن طريقه.

المطلب الثاني: قواعد الإسناد في التعاقد على المواقع الشبكية

عندما يطرح نزاع أمام القاضي أياً كانت صفته ، فإن القاضي يبحث عن القانون الواجب

التطبيق على النزاع المطروح أمامه ، عليه يلجأ القاضي إلى عبارات العقد وما يلابسه من ظروف ليستدل على الإرادة الصريحة أو الضمنية للمتعاقدين. فإن عجز في البحث فإنه يلجأ أولا إلى قواعد الإسناد الخاصة. فإن لم يجد طبق قواعد الإسناد التقليدية. وكلا النوعين لا تعدو أن تكون عوامل ارتباط مكانية. فإذا جرى استخدام المواقع الشبكية في إبرام العقد فإن الرأي قد انقسم في تحديد زمان ومكان انعقاد العقد حيث توزع الاختيار بين قاعدة الإرسال وقاعدة الاستقبال فزمان انعقاد العقد ومكانه يتحدد إما بالنظر إلى وقت ومكان إرسال رسالة القبول وإما بالنظر إلى وقت ومكان استقبالها. لذا فإن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد في مثل هذه الحالات يمكن أن يتراوح بين مكان إرسال رسالة القبول ومكان استقبالها.

إن هذا الاختيار الذي يفترض أن قاعدة التنازع تقوم على أساس الارتباط المكاني المذكور لا يعبر عن حقيقة الواقع ويتجاهل الصعوبات التي تواجه تركيز عقود التجارة الإلكترونية تركيزاً مكانياً ، فضلاً عن ذلك ، فإن ارتباط العقد بمكان إبرامه قد لا يكون مؤثراً إذا اختلف هذا المكان عن مكان تنفيذ العقد ، كما أن هناك صعوبة تواجه تحديد مكان تنفيذ العقد إذا كانت طبيعة محله مثل التعامل على برامج الحواسب الآلية مما يسمح بتنفيذه آلياً على الشبكة التي تربط بين الحاسب المورد والحاسب المتلقي ، فوجود أجهزة الحواسب الآلية لا يساعد في معرفة موقع المتعاملين[1]، لهذا فإن الرأي الغالب يتفق على أن أفضل وسيلة لحسم مسألة القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية هو اتفاق الأطراف المتعاقدة على تحديده بنص صريح في العقد. وهذا ما نؤيده ، وقد أخذت به نماذج اتفاقات التبادل الإلكتروني للبيانات التجارية.

أما إذا لم يتضمن العقد اتفاقاً صريحاً حول تحديد القانون الواجب التطبيق عليه فليس من سبيل إلاّ الرجوع إلى أسلوب المؤشرات أو عوامل الارتباط المتعارف عليها أو التي ينص عليها قانون القاضي المطروح عليه النزاع.إلاّ أن التساؤل الذي يثار بهذا الصدد هو هل إن مجرد قيام شخص ما بإنشاء موقع شبكي لعرض منتجاته أو خدماته يعتبر بحد ذاته قبولاً منه لخضوع التعاقد المطروح للقواعد السارية في كل مكان يمكن الدخول أو النفاذ منه إلى هذا الموقع

(١) كما أن الأشخاص المتعاملين قد لا يمكن تحديد أماكنهم جغرافياً ، فالأمر هنا يتعلق بعالم رقمي لا يعرف غير الأرقام والبيانات ولا أهمية لمن وراء هذه الأخيرة وأماكنهم ، وللمزيد من التفصيل أنظر :

HOLED (ch) HOW to martet services, Advertising consumer protection and personal data,in Rev Dr.affint,1998,n,3.p283-p289..

وذلك بغض النظر عن موطن المتعاقدين؟

إن الإجابة عن هذا التساؤل بشكل قطعي أمر بالغ الصعوبة وذلك لأن المكان الذي يوجد فيه موطن المتعاقد قد يختلف عن المكان الذي يوجد فيه مقر نظم المعلومات الذي سوف يتم التعامل من خلاله ، فمثلاً في عقود الامتياز التجاري ، فإن قيام صاحبه بإنشاء موقع على شبكة الانترنيت مثلاً يطرح عليه بنفسه أم من خلال وسيط التعاقد الذي يتيح لكل شخص يريد التعاقد الاتصال بهذا الموقع بغض النظر عن أماكن وجود المتعاقدين.

أما عن موقف قانون الاونسترال من مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية ، فإن هذا القانون قد عالج المسألة المذكورة من خلال نص المادتين (١٤-١٥) منه :

تنص المادة (١٤) من قانون الاونسترال الخاصة بعقود التجارة الإلكترونية على أنه :

١. تنطبق الفقرات من (٢) (٤) من هذه المادة عندما يكون المنشئ قد طلب من المرسل إليه وقت أو قبل توجيه رسالة البيانات أو بواسطة تلك الرسالة توجيه إقرار باستلام رسالة البيانات أو اتفق معه على ذلك.

٢. إذ لم يكن المنشئ قد اتفق مع المرسل إليه على أن يكون الإقرار بالاستلام وفق شكل معين أو على أن يتم بطريقة معينة يجوز الإقرار بالاستلام عن طريق :

آ. أي إبلا غ من جانب المرسل إليه سواءً أكان بوسيلة آلية أو بأية وسيلة أخرى.

ب.أي سلوك من جانب المرسل إليه وذلك بما يكون كافياً لإعلام المنشئ بوقوع استلام رسالة البيانات.

٣. إذا كان المنشئ قد ذكر أن رسالة البيانات مشروطة بتلقي ذلك الإقرار بالاستلام تعامل رسالة البيانات وكأنها لم ترسل أصلاً إلى حين ورود الإقرار.

٤. إذا لم يكن المنشئ قد ذكر أن رسالة البيانات مشروطة بتلقي الإقرار بالاستلام ولم يتلقَ المنشئ ذلك الإقرار في غضون الوقت المحدد أو المتفق عليه أو في غضون وقت معقول إذا لم يكن قد تم تحديد وقت معين أو الاتفاق عليه فإن المنشئ.

آ. يجوز له أن يوجه إلى المرسل إليه إشعاراً يذكر فيه أنه لم يتلق أي إقرار بالاستلام ويحدد فيه وقتا معقولاً يتعين في غضونه تلقي ذلك الإقرار.

ب.ويجوز له إذا لم يرد الإقرار بالاستلام في غضون الوقت المحدد في الفقرة الفرعية (آ) بعد توجيه إشعار إلى المرسل إليه أن يعامل رسالة البيانات كأنها لم ترسل أصلاً ، أو يلجأ إلى

التمسك بما قد يكون له من حقوق أخرى.

٥. إذا لم يتلق المنشئ إقراراً بالاستلام من المرسل إليه ، يفترض أن المرسل إليه قد استلم رسالة البيانات ذات الصلة ولا ينطوي هذا الافتراض ضمناً على أن رسالة البيانات التي أرسلت تتطابق مع الرسالة التي وردت.

٦. عندما يذكر الإقرار بالاستلام الذي يرد أن رسالة البيانات ذات الصلة قد استوفت الشروط الفنية سواءً المتفق عليها ، أو المحددة في المعايير المعمول بها. يفترض أن تلك الشروط قد استوفيت.

٧. لا تتعلق هذه المادة إلاّ بإرسال رسالة البيانات أو استلامها ولا يقصد منها أن تعالج العواقب القانونية التي قد تترتب سواء على رسالة البيانات ، أو على الإقرار باستلامها.

أما المادة (١٥) من ذات القانون فإنها تنص على أنه :

١. ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على خلاف ذلك يقع إرسال رسالة البيانات عندما تدخل الرسالة نظام معلومات لا يخضع لسيطرة المنشئ أو سيطرة الشخص الذي أرسل رسالة البيانات نيابة عن المنشئ.

٢. ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على غير ذلك يتحدد وقت استلام رسالة البيانات على النحو الآتي :

آ. إذا كان المرسل إليه قد عين نظام معلومات لغرض استلام رسائل البيانات يقع الاستلام :

١. وقت دخول رسالة البيانات نظام المعلومات المعين.

٢. وقت استرجاع المرسل إليه لرسالة البيانات ، إذا أرسلت رسالة البيانات إلى نظام معلومات تابع للمرسل إليه ، ولكن ليس هو النظام الذي تم تعيينه.

ب. إذا لم يعين المرسل إليه نظام معلومات يقع الاستلام عندما تدخل رسالة البيانات نظام معلومات تابعا للمرسل إليه.

٣. تنطبق الفقرة (٢) ولو كان المكان الذي يوجد فيه نظام المعلومات مختلفاً عن المكان الذي يعتبر أن رسالة البيانات استلمت فيه بموجب الفقرة (٤).

٤. إذا أرسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ ويعتبر أنها استلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه ولأغراض هذه الفقرة.

آ. إذا كان للمنشئ أو المرسل إليه أكثر من مقر عمل واحد. كان مقر العمل هو المقر الذي له أوثق علاقة بالمعاملة المعنية أو مقر العمل الرئيسي إذا لم توجد مثل تلك المعاملة.

ب. إذا لم يكن للمنشئ أو المرسل مقر عمل ، يشار من ثم إلى محل إقامته المعتادة.

٥. لا تنطبق أحكام هذه المادة على ما يأتي ، والذي نصت عليه المواد ٦ و ٧ و ٨ و ١١ و ١٢ أنظر الملحق في نهاية الأطروحة للتعرف على نص هذه المواد.

فإذا أمعنا النظر في نصوص المادتين (١٤-١٥) من قانون الأونسترال لاحظنا أنها تعالج موضوعين أساسيين هما :

١. الإقرار بالاستلام.

٢. زمان ومكان إرسال وتلقي رسائل البيانات.

فالمادة (١٤) نتيجة من الاعتراف بأن من المهم لأعمال العديد من الأحكام القانونية القائمة تقدير زمان ومكان استلام المعلومات وقد جعل استخدام تقنيات الاتصال الإلكتروني من الصعب التيقن من ذلك فمن الشائع أن يتصل مستعملو تقنيات التجارة الإلكترونية من دولة إلى أخرى دون معرفة موقع نظم المعلومات التي تم الاتصال عن طريقها ، فضلاً عن ذلك قد يتغير موقع بعض نظم الاتصال دون معرفة الموقع الجغرافي للمتصلين.

وفي العموم ، فإنه من تمعن الفقرات القانونية الواردة في المواد السابقة ، يلاحظ أن الفقرة (٤) من المادة (١٥) تتناول مكان تلقي رسالة البيانات والسبب الرئيس في إدراج قاعدة تتعلق بمكان تلقي رسالة البيانات ، هو تناول ظرف تتميز به التجارة الإلكترونية قد لا تتناوله على نحو ملائم القوانين القائمة. أي أن نظام المعلومات الخاص بالمرسل إليه والذي يتم تلقي رسالة البيانات فيه أو استرجاعها منه ، كثيراً ما يكون موجوداً في مكان أو اختصاص قضائي غير المكان الذي يوجد فيه المرسل إليه نفسه. وتعليل هذا الحكم هو بالتالي التأكد من أن لا يكون مكان وجود نظام للمعلومات، هو العنصر الفاصل بل أن تكون هناك صلة معقولة بين المرسل إليه والمكان الذي يعتبر مكان التلقي ، وإن يتسنى للمنشئ التحقق من ذلك المكان بسهولة ، وجدير بالملاحظة ، أن قانون الاونسترال لا يحتوي على أحكام محددة بخصوص كيفية تعيين نظام للمعلومات أو ما إذا كان من المستطاع إجراء تغيير بعد هذا التعيين من جانب المرسل إليه وجدير بالذكر أيضاً أن الفقرة (٤) من المادة (١٥) التي تتضمن الإشارة إلى ((المعاملة الأصلية)) يقصد منها أن تشير إلى المعاملات الأصلية الفعلية والمتوقعة على السواء. أما الإشارات إلى ((مكان العمل)) ((ومكان العمل الرئيس)) ((مكان الإقامة المعتادة)). فقد اعتمدت كمعيار للارتباط المكاني في عقود التجارة الإلكترونية ، فضلاً عن جعل النص متماشيا مع أحكام المادة (١٠) من اتفاقية

الأمم المتحدة لعقود البيع الدولي للبضائع[١].

فمن خلال العرض المتقدم ، يتضح لنا ، أن القاعدة العامة في قانون الأونسترال هي تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية هو الاتفاق الصريح للمتعاقدين وهذا ما أكدته المادة (١٥) من قانون الأونسترال في الفقرة الأولى بنصها ((١. ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على خلاف ذلك .....)) إلاّ أنه في حالة غياب الاتفاق الصريح أو الضمني للمتعاقدين فإن القاضي أين كانت صفته يلجأ إلى تركيز العقد مكانيا في مكان العمل أو مكان العمل الرئيس أو مكان الإقامة المعتادة. بمعنى آخر إن القاضي المعروض عليه النزاع يلجأ إلى البحث عن المكان الذي يرتبط به العقد الروابط الأوثق. وهو ذات المعيار الذي أخذت به اتفاقية روما ، إذ جاء في المادة (٤) الفقرة الأولى منها ما يأتي :

١. إذا كان القانون الواجب التطبيق على العقد لم يتم اختياره وفقاً للمادة (٣) فإن العقد سيكون محكوماً بقانون الدولة التي يرتبط بها العقد الارتباط الأوثق ومع ذلك إذا كان جزء من العقد الذي يمكن فصله عن بقية الأجزاء أوثق اتصالا ببلد آخر فيطبق قانون هذا البلد الآخر على هذا الجزء)) وذات المعيار اخذ به القانون الدولي الخاص لسنة ١٩٨٧ والنافذ في عام ١٩٨٩ للاتحاد السويسري.

إذ تنص المادة (١١٧) في الفقرتين (٢،٣) على أنه ((٢. يعتبر العقد أوثق ارتباطا بدولة ما ،حيث يقوم الملتزم فيها بتنفيذ الالتزام الرئيسي والمميز إذا كان في هذه الدولة محل إقامته الاعتيادية أو محل عمله إذا كان العقد قد عقد في مجال النشاط التجاري أو النشاط المهني لهذا المتعاقد ٣. بصورة خاصة يعتبر التنفيذ التالي مميزا :-آ. تنفيذ التزام الملتزم بنقل الملكية في عقود نقل الملكية ب. تنفيذ التزام المالك (مانح المنفعة) في عقود الانتفاع بحق أو شيء ج. تنفيذ التزام تقديم الخدمات في عقود الوكالة وعقود المقاولة وغيرها من عقود تقديم الخدمات د. تنفيذ التزام المودع لديه في عقود الوديعة ز. تنفيذ التزام الضامن أو الكفيل في عقود الضمان أو الكفالة)).

---

(١) في حكم هذه الاتفاقية :

آ. إذا كان لأحد الطرفين أكثر من مكان عمل واحد ، فيقصد بمكان العمل المكان الذي له صلة وثيقة بالعقد وبتنفيذه ، مع مراعاة الظروف التي يعلمها الطرفان أو التي كانا يتوقعانها قبل انعقاد العقد أو وقت انعقاده.

ب. إذا لم يكن لأحد الطرفين مكان عمل وجب الأخذ بمكان إقامته المعتاد.

إلاّ أن التساؤل الوارد في هذا الصدد ، ما هو موقف القانون المدني العراقي، إزاء غياب الاتفاق الصريح للمتعاقدين على تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية. جواباً على ذلك ، إن القانون المدني العراقي قد خلا من التنظيم التشريعي لعقود التجارة الإلكترونية، إلاّ أنه بصدد المسالة موضوع التساؤل فإنه يمكن الأخذ بالأحكام القانونية الواردة في قانون الاونسترال باعتباره اتجاهاً فقهياً عاماً. وسندنا في ذلك هو نص المادة (٣٠) من القانون المدني العراقي ، إذ جاء فيها ((يتبع في ما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبدأ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً)) فالمبادئ القانونية التي احتواها قانون الاونسترال بين دفتيه تشكل مبادئ شائعة في مجال تنازع القوانين.

وفي هذا الصدد نقترح على المشرع العراقي إضافة نص صريح وآمر ضمن قواعد القانون المدني العراقي الخاصة بتنازع القوانين يقضي على المتعاقدين بعقود التجارة الإلكترونية إيراد بند صريح يحدد القانون الواجب التطبيق ، وفي حالة خلو العقد من هذا الاتفاق الصريح أو الضمني فإنه يتعين الرجوع إلى أسلوب المؤشرات أو عوامل الارتباط المتعارف عليها أو التي ينص عليها قانون القاضي المطروح عليه النزاع. كما نقترح على المشرع العراقي إصدار تنظيم قانوني خاص ومتكامل من جميع الجوانب بصدد عقود التجارة الإلكترونية وذلك على غرار قانون الأونسترال هذا من جانب ، ومن جانب آخر نرى أن تكون مادة التجارة الإلكترونية بما في ذلك العقود الإلكترونية مادة منهجية مستقلة تلقى على طلبة كلية القانون في جميع المراحل الدراسية.

الخاتمة

نظراً إلى شيوع استخدام شبكة الاتصالات الدولية في مجال التجارة الإلكترونية وما صاحب ذلك من وجود خصائص فريدة للتجارة الإلكترونية كما يطلق عليها الآن ، فقد ظهرت الحاجة إلى ضرورة وضع تنظيم قانوني للمحافظة على حقوق الأطراف المتعاملين بالتجارة الإلكترونية ، وذلك كله بهدف دعم الثقة والسرعة التي تمثل حجر الزاوية والأساسي في التجارة الإلكترونية ، من هذا المنطلق ، فإننا في خاتمة هذه الدراسة نسجل أهم النتائج والتوصيات المتعلقة بموضوع البحث :

أولاً. النتائج

١. تعرف التجارة الإلكترونية بأنها عبارة عن عمليات الإعلان والتعريف بالبضائع والخدمات وإبرام العقود ثم سداد الأثمان الشرائية عبر شبكات الاتصال المختلفة سواءً الإنترنت أو غيرها من الشبكات التي تربط بين البائع والمشتري.

٢. تتميز التجارة الإلكترونية بجملة من الخصائص في مقدمتها السرعة في إنجاز العمليات التجارية ، فضلاً عن توسيع نطاق الأسواق التجارية بفضل وجود الوسط الإلكتروني ، وتوفير خيارات التسوق الأفضل لاستحداث أنماط جديدة من التعامل التجاري ودعم العمليات المالية المصرفية المتعلقة بهذا المجال.

٣. يعرف عقد التجارة الإلكترونية بأنه العقد الذي ينشأ وينعقد في البيئة التجارية الإلكترونية ، الذي يتم فيه التعبير عن الإيجاب والقبول وتلاقيهما كلياً على سبيل التطابق بوساطة أجهزة إلكترونية قابلة للبرمجة تربط بينها شبكة اتصالات دولية عن بعد ، متعددة الوسائط قد تكون مفتوحة أو مغلقة.

٤. تبين من خلال البحث أن التعبير عن الإرادة لا يشترط أن يتم على وفق السياق التقليدي، وإنما أجازت التشريعات ولا سيما قانون الأونسترال أن التعبير عن الإرادة يمكن أن يكون بصورة إلكترونية ، إذ وجد مبدأ الرضائية تطبيقاً حديثاً في عصر المعلوماتية، بحيث يكون التقاء الإرادات إلكترونياً كافياً لإبرام العقد على الرغم من انعدام مجلس العقد مادياً.

٥. تبين من خلال الدراسة أن عرض البضائع على المواقع الشبكية العالمية (الإنترنت)،

لا يمكن أن يعدّ إيجاباً موجهاً إلى الجمهور وإن تضمن السعر المحدد ، وهذا وضع خاص يختلف عن الحكم العام الذي أورده القانون المدني العراقي في نص المادة (٨٠) منه ، وإنما يعتبر من قبيل الدعوة إلى التفاوض وذلك لخصوصية عقود التجارة الإلكترونية.

٦. إن إبرام عقود التجارة الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت لا يمكن أن تعدّ من قبيل التعاقد بين حاضرين أو بين غائبين بصورة مطلقة فهي تعدّ من النوع الأول في بعض الحالات وذلك عندما لا يكون هناك فارق زمني بين صدور الإيجاب وقبول القابل ، وهي تعدّ من قبيل التعاقد بين غائبين عندما لا يكون الإيجاب موجهاً إلى القابل مباشرةً ، أو عندما تكون هناك فترة زمنية بين صدور الإيجاب وعلم القابل ، فهي والحالة هذه تعدّ من قبيل التعاقد بين غائبين ، فعقود التجارة الإلكترونية من المرونة بمكان بحيث أنها لا تخضع لمعيار ثابت ومحدد ، ومعيار الفصل في كل ذلك هو السلطة التقديرية للقاضي الذي ينظر في النزاع.

٧. تبين من خلال دراسة الاتفاقيات الدولية المنظمة لعقود التجارة الإلكترونية ولا سيما اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ (الاتحاد الأوربي – السوق الأوربية المشتركة) وقانون الأونسترال الصادر عن الهيئة العامة للأمم المتحدة الخاصة بشؤون التجارة الدولية لعام ١٩٩٦ ، أنه تم تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية وذلك على أساسين هما :

أولهما : اتفاق المتعاقدين بنص صريح أو ضمني على تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد التجارة الإلكترونية.

ثانيهما : في حالة انعدام الاتفاق الصريح أو الضمني للمتعاقدين على تحديد القانون الواجب التطبيق على عقدهم ، فإنه ينبغي أن نأخذ بقاعدة الإرسال وقاعدة الاستقبال ، فزمان انعقاد العقد ومكانه يتحدد إما بالنظر إلى وقت ومكان إرسال رسالة القبول ، وإما بالنظر إلى وقت ومكان استقبالها ، بتعبير آخر، يتحدد القانون الواجب التطبيق على أساس تركز العقد مكانياً ، وهو المكان الذي يرتبط به العقد بالارتباط الأوثق.

٨. إن تحديد زمان ومكان انعقاد العقد ، بما في ذلك عقد التجارة الإلكترونية يؤدي دوراً فاعلاً في تحديد القانون الواجب التطبيق ، فعلى الرغم من أن المشرع العراقي قد أخذ بمعيار الموطن المشترك للمتعاقدين إن اتحدا موطناً ، ومعيار الدولة التي تم فيها التصرف القانوني (العقد) ، إلاّ إذا وجد اتفاق على خلاف ذلك. إلاّ أن هذه المعايير قد لا تتوافق بشكلٍ تام مع عقد التجارة الإلكترونية لذلك والحالة هذه يتعين على القاضي العراقي الذي ينظر في النزاع أن يركز العقد تركيزاً مكانياً ، ثم يطبق القانون الذي يرتبط به العقد بالارتباط

الأوثق أو الرابطة الفعلية.

٩. إن السندات الإلكترونية يمكن أن تكون سندات كتابية إذا توافر فيها شرطان أساسيان هما : الكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني ، ويلاحظ بالنسبة إلى لكتابة الإلكترونية أنها لا تكون محل اعتبار إلاّ إذا توافر فيها شرطان أساسيان هما الثبات والجدية. أما بالنسبة إلى التوقيع الإلكتروني فيمكن أن يكون محل اعتبار إذا كان بالإمكان حفظه على دعامة إلكترونية ، وهذا ما عليه الحال في اتفاقية روما (الاتحاد الأوربي) وقانون الأونسترال ، إذ أجاز الأخذ بالسندات الإلكترونية إذا تحقق فيها الشرطان السابقان.

١٠. من خلال بحث حجية السندات الإلكترونية المستخرجة من الأجهزة الحديثة ، وفي مقدمتها الفاكس والتلكس والحاسب الآلي والإنترنت ، تبين أنها جميعاً تندرج تحت حكم المادة (١٠٤) من قانون الإثبات النافذ ، فهي بموجب هذا النص كلها تعدّ من قبيل القرائن القضائية ، وهذه الأخيرة مقيدة حجيتها في الإثبات وذلك لسببين ، أولهما : أن القرينة القضائية مصدرها هو سلطة القاضي التقديرية وله في سبيل ذلك إعمالها من عدمه. ثانيهما: أن حجيتها في الإثبات مقيدة بحدود ما يجوز إثباته بالشهادة ، وهذا يضعف من حجية السندات الإلكترونية.

١١. أما بصدد تحديد القانون الواجب التطبيق في إثبات عقود التجارة الإلكترونية ، فإنه ينبغي تركيز العقد مكانياً ، ومن ثمّ تطبيق القانون الذي يحكم موضوع العقد بهذا الصدد بدلاً من القانون الذي يحكم شكل العقد. أما عن موقف قانون الإثبات العراقي فهو صريح بهذا الصدد ، فقد عالجت المادة (١٣) من هذا القانون مع المادة (٢٨) من القانون المدني العراقي هذه المسألة بشكلٍ متكامل ، إذ أخضعت دليل الإثبات المطلوب لإثبات العقد الدولي لقانون الدولة التي تم فيها التصرف القانوني وأورد النص استثناءً لمصلحة القانون العراقي مراعياً في ذلك مسألتين هما ، الأولى: التيسير على المتعاقدين بقدر المستطاع. والثانية : تغليب القانون الوطني على القانون الأجنبي. إذ أجاز النص تطبيق القانون العراقي إذا كان دليل الإثبات فيه أيسر من الدليل الذي يشترطه القانون الواجب التطبيق.

ثانياً. المقترحات

١. نقترح على المشرع العراقي إصدار تنظيم قانوني خاص ومتكامل من جميع الجوانب بصدد عقود التجارة الإلكترونية وذلك على غرار قانون الأونسترال هذا من جانب ، ومن جانب

آخر نرى أن تكون مادة التجارة الإلكترونية بما في ذلك العقود الإلكترونية مادة منهجية مستقلة تطرح على طلبة كلية القانون في مرحلة الدراسات العليا.

٢. نقترح على المشرع العراقي إضافة نص صريح وآمر ضمن قواعد القانون المدني العراقي الخاصة بتنازع القوانين يقضي على المتعاقدين بعقود التجارة الإلكترونية إيراد بند صريح يحدد القانون الواجب التطبيق ، وفي حالة خلو العقد من هذا الاتفاق الصريح أو الضمني فإنه يتعين الرجوع إلى أسلوب المؤشرات أو عوامل الارتباط المتعارف عليها أو التي ينص عليها قانون القاضي المطروح عليه النزاع.

٣. نقترح على القضاء العراقي عند عرض نزاع عليه متعلق بعقود التجارة الإلكترونية وفي ظل غياب التنظيم التشريعي المحلي الخاص بعقود التجارة الإلكترونية تفعيل تطبيق نص المادة (٣٠) من القانون المدني العراقي القاضية باتباع مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً ، وفي هذا المجال يمكن الاستفادة والاقتباس من الأحكام القانونية الواردة في اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ (الاتحاد الأوربي) وقانون الأونسترال لعام ١٩٩٦.

٤. نقترح على المشرع العراقي صياغة قواعد جديدة للإثبات تتلاءم مع خصوصيات التجارة الإلكترونية مع الأخذ بنظر الاعتبار إعادة صياغة بعض نصوص قانون الإثبات على النحو الاتي :

آ. إعادة صياغة نص المادة (٢٥) من قانون الإثبات العراقي المرقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل بحيث تكون صياغة النص مواكبة للتطور الذي وصلت إليه التشريعات على أن تكون صياغة النص على النحو الآتي :

« أولاً. يعدّ السند العادي صادراً عمن وقعه ما لم ينكر صراحةً ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء عادي أو إلكتروني».

ب. تعديل نص المادة (٢٧) من قانون الإثبات النافذ ، بحيث تضاف إليها فقرة رابعة تعالج حجية السندات الإلكترونية المستخرجة عن طريق جهاز التلكس أو ما شابه على أن تكون صياغة النص على النحو الآتي :

جـ.استحداث وسائل أمنية خاصة بالسندات الإلكترونية تضمن لهذه السندات الثبات والجدية ، حتى يمكن إعطاؤها حجية السندات العادية في الإثبات ، ومن الأمثلة على وسائل الأمن التي تمنع عدم اختراقها أو إحداث أي تغير في مضمونها هو استخدام وسائط أو دعامات يتعذر محو البيانات المحملة عليها أو تغييرها بحيث إن أية محاولة في التلاعب فيها

يترتب عليها إعدام الدعامة مادياً أو فقدان صلاحيتها لاسترجاع الكتابة كأقراص التسجيل باستخدام تقنية الليزر أو البطاقات ذات الذاكرة.

٥. نقترح على القضاء العراقي في حالة عدم إعطاء السندات الإلكترونية المستخرجة عن طريق جهاز التلكس أو الفاكس أو الحاسب الآلي أو الإنترنت حجية السندات العادية من قبل المشرع العراقي اعتبارها مبدأ ثبوت قانوني وذلك على غرار مبدأ الثبوت بالكتابة.

٦. وضع نصوص تجريم خاصة تطال الأفعال الجرمية التي تستهدف المعلومات التقنية المخزنة والمعالجة والمنقولة من نظم الكومبيوتر وعبر الشبكات ، بحيث تجرم الدخول غير المصرح به إلى نظم المعلومات وأنشطة الغش المعلوماتي والتجسس وتدمير المعطيات.

٧. وضع قواعد حماية للمعلومات والبيانات الخاصة تضبط جمعها ومعالجتها وتداولها ونقلها داخلياً وخارجياً حفاظاً على الخصوصية وتحقيقاً لمبادئ حماية البيانات الخاصة المقررة دولياً.

٨. وضع قواعد قانونية لحماية استخدام البطاقات المالية من وجهتي القواعد التجارية والجزائية باعتبار أن هذه البطاقات أدوات رئيسة لتنفيذ أنشطة التجارة الإلكترونية والبنوك الإلكترونية والخدمات المقدمة على الإنترنت.

٩. تطوير تشريعات التجارة والشركات لمواكبة المستجدات في ميدان الدفع النقدي ونقل الأموال بالطرق الإلكترونية وأوراق الدفع والمشاريع الاستثمارية والاندماج والاكتساب واتفاقيات التجارة الدولية ونقل التكنولوجيا وأجازت الأنشطة المصرفية الإلكترونية وغيرها والعمل على إعطاء حرية أكبر للطرف المذعن (مستورد التكنولوجيا) في وضع الشروط التقييدية مقابل تلك التي يضعها الطرف (المحتكر للتكنولوجيا) وذلك لتحقيق درجة من التعاون والمصلحة المشتركة والتكافؤ بينهما وبالتالي تحقيق رسالة إنسانية نبيلة تنعم بها كافة المجتمعات.

١٠. تطوير تشريعات الخدمات الحيوية في ميدان الاتصالات لمواكبة التطورات الناشئة عن الاتفاقيات الدولية أو القواعد الدولية الجديدة للاتحادات النوعية في هذه القطاعات.

١١. تطوير التشريعات القضائية الإجرائية التي تستوعب التطورات الحاصلة في ميدان قواعد التحكيم التجاري والدولي وقواعد فض المنازعات البديلة وقواعد التقاضي المدنية والجزائية.

١٢. إصدار تشريع خاص للبنوك يجيز للبنك المركزي أن يضع نظاماً للمدفوعات ووسائل الإثبات الإلكترونية لتحويل الأموال بالتنسيق من البنوك على أن تكون للبنك المركزي الحرية في إجراء الدفع والقبض بوساطة هذا النظام وإعلام البنوك المعنية بذلك ، وإجازة الإثبات في القضايا المصرفية بجميع طرق الإثبات بما في ذلك البيانات الإلكترونية والبيانات الصادرة عن أجهزة الحاسب أو مراسلات أجهزة التلكس وغيرها.

المصادر والمراجع

اولا : العربية

١. أبو ألوفا فهمي شلش ، الجوانب التطبيقية للتجارة الالكترونية، النشرة الاقتصادية لبنك مصر، العدد الأول ، ٢٠٠٠،.

٢. باسيل يوسف ، الجوانب القانونية للعقود التجارية عبر الحواسيب وشبكة الانترنيت والبريد الإلكتروني، مجلة دراسات قانونية، بيت الحكمة، بغداد، العدد ٤، السنة ٢، ٢٠٠٠.

٣. جابر عبدالرحمن ، القانون الدولي الخاص العربي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٠.

٤. د. محمود السيد عبد المعطي خيال ، الانترنيت وبعض الجوانب القانونية ، مكتبة دار النهضة ، القاهرة ، ١٩٩٨ ،.

٥. د. أسامة أبو الحسن مجاهد ، خصوصية التعاقد عبر الانترنيت ، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنيت ، جامعة الإمارات العربية المتحدة من ١-٣ أيار ٢٠٠٠.

٦. د. حمزه حداد ، قانون التجارة الدولي ، الدار المتحدة للنشر ، بيروت ، ١٩٨٠.

٧. د. رأفت عبد العزيز غنيم ، دور جامعة الدول العربية في تنمية وتيسير التجارة الإلكترونية بين الدول العربية، ملحق أول، الأمانة العامة إدارة قطاعات الخدمات الأساسية، نوفمبر ، منشورات الجامعة العربية ، ٢٠٠٢.

٨. د. سامي بديع منصور و د. عكاشة عبدالعال ، المنازعات الدولية والحلول الوسط لتنازع القوانين ، الدار الجامعية ، بيروت ، ١٩٩٥.

٩. د. صلاح محمد المقدم ، تنازع القوانين في سندات الشحن ومشارطات إيجار السفينة ، دراسة مقارنة ، بيروت ، ١٩٨١.

١٠.د. طوني ميشال عيسى ، التنظيم القانوني لشبكة الانترنيت ، ط١ ، دار صادر ، لبنان ، ٢٠٠١..

١١.د. عزالدين عبدالله ، القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٩.

١٢.د. عكاشة عبدالعال ، طرق حل المنازعات الدولية الخاصة والحلول الوضعية لتنازع القوانين ، الدار الجامعية ، ١٩٩٥.

١٣.د. علي علي سليمان ، شرح القانون الدولي الخاص الليبي ، منشورات جامعة بنغازي ، ١٩٦٩.

١٤.د. عوني الفخري ، المسؤولية المدنية الناشئة عن استخدام الحاسوب ، بحث مقدم إلى ندوة (القانون والحاسوب) التي نظمها بيت الحكمة والمنعقدة في آب ١٩٩٨ ، منشور في مطبوع (القانون والحاسوب ، مطبعة اليرموك، بغداد ، ١٩٩٩. د. فائق الشماع ، المصدر السابق ، ص ٣٨ وما بعدها.

١٥.د. محمد عبدالخالق عمر ، القانون الدولي الليبي الخاص ، القاهرة ، ١٩٧١.

١٦.د. محمد عبد السميع ، مفهوم التجارة الإلكترونية وواقعها العربي ، مجلة التجارة ، تصدرها غرفة التجارة وصناعة الشارقة ، المجلد الثلاثون ، العدد الثالث ، آذار ، ٢٠٠١.

١٧.د. محمد كمال فهمي ، أصول القانون الدولي الخاص ، الطبعة الأولى ، الإسكندرية ، ١٩٥٥.

١٨.د. محمود محمد ياقوت ، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٠، ص٧٣.

١٩.د. ممدوح عبدالكريم ، القانون الدولي الخاص ، عمان ، الأردن ، ١٩٩٩ ، ص١٦٧.

٢٠.هادي مسلم ، التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية : دراسة مقارنة ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون في جامعة الموصل ، ٢٠٠٢.

٢١.د. هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، الإسكندرية ، ١٩٩٥.

٢٢.د. هشام علي صادق ، تنازع القوانين ، ط٣ ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٧٤.

٢٣.د.عباس العبودي الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات المدني الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع عمان - الأردن ٢٠٠٢.

٢٤.الطبيب الزروتي ، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن ، أطروحة دكتوراه ، معهد الحقوق والعلوم الإدارية ، جامعة الجزائر لسنة ١٩٩٠-١٩٩١ ، ص٤٨٥.

٢٥.فيليب كهن البيع التجاري الدولي ، المجلة الأمريكية للقانون المقارن ، العددان ٢-٣ ، ١٩٧٩.

٢٦.محمد عبد السميع ، مفهوم التجارة الإلكترونية وواقعها العربي ، مجلة التجارة ، تصدرها غرفة التجارة وصناعة الشارقة ، المجلد الثلاثون ، العدد الثالث ، آذار ، ٢٠٠١.

٢٧.هادي مسلم ، التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية : دراسة مقارنة ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون في جامعة الموصل ، ٢٠٠٢.

٢٨.يونس عرب ، الدراسة الشاملة حول التجارة الإلكترونية ، الجزء الأول ، مجلة البنوك الأردنية ، تصدر عن جمعية البنوك الأردنية ، العدد ٨ ، المجلد ١٨ تشرين الأول وتشرين ثاني ، ١٩٩٩.

ثانيا : الاجنبية

1. Batiffol-subjective same et obectivsme dans le droit into prive des contracts in melenges mamy Dalloz ,1960 p47.

2. Batifoll –aspects philosophiques,du droit international rive,paris,dalloz,1956,p99.

3. Doind, Contracts, International Encyclopedia of Comparative Law Vol. 3 The Hage, Paris.

4. Goopprch conflict of law –3ed west publishinkco.1949.p330.

5. HOLED (ch) HOW to martet services, Advertising consumer protection and personal data,in Rev Dr.affint,1998,n,3.p283-p289..

a. http// www.FOecd. org / Publication polbrief / 970-http://www.ociped.com/ Arabic/ihorizon-jan 2004

6. P. Aramingon Preces Droit International Prive.12 ed Paris.D.1985, P.253-258.

7. Ranouil L'autonomie de volonte, naissauce, et evolution d'un concept, presse universitalre de, France,1980, P. 29

8. Ranouil. I'autonomie de la volonte.op.cit. p29: www. Gn 4me. Com/2004

ثالثا : مواقع الكترونية

١. راجع العنوان الآتي على شبكة الانترنيت ويتضمن الموقع. النص الكامل لهذا التشريع على العنوان التالي:

i. www. Gn 4me2004. Com/

٢. راجع العنوان الآتي على شبكة الانترنيت ويتضمن الموقع النص الكامل لمشروع الاتفاقية

بشأن التعاقد الإلكتروني والعنوان هو :

i. www. gn 4me2004.com /

٣. راجع العنوان الآتي على شبكة الانترنيت ويتضمن الموقع النص الكامل للمشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري والموقع هو (بوابة التكنولوجيا والاتصالات) :

٤. راجع بشأن ذلك دراسة المنظمة حول التجارة الإلكترونية ، على شبكة الانترنيت على العنوان الآتي:

http// www.wto.Org

٥. مفهوم التجارة الإلكترونية ، نقطة النيل الأزرق التجارية ، بحث منشور على شبكة الانترنيت ، على الموقع التالي:

i. http://www.blueniletradepoint.com/arabicsite/jan2004

رابعا : القوانين

١. القانون المدني العراقي.

٢. القانون الدولي الخاص للاتحاد السويدي لسنة ١٩٨٩.

٣. القانون المدني المصري.

٤. القانون المدني السوري.

٥. المركز العربي للقانون والتقنية العالمية ، التجارة الإلكترونية المفهوم والأنماط ، بحث منشور على شبكة الانترنيت على الموقع التالي:

http://www.arablay.org/main.htm /jan 2004.

References:

1. Abu Al-Wafa, Fahmi Shalash. «Applied Aspects of Electronic Commerce.» Economic Bulletin of Bank Misr, Issue 1, 2000

2. Al-Zarouti, Al-Tabib. «The Legal System for International Contracts in Comparative Algerian Law.» PhD thesis, Institute of Law and Administrative Sciences, University of Algiers, 1990-1991.

3. Basil Youssef. «Legal Aspects of Computer-Based Trade Contracts and Internet and Email.» Journal of Legal Studies, Bayt Al-Hikma, Baghdad, Issue 4, Vol. 2, 2000.

4. Abdul Rahman, Jaber. «Arab Private International Law.» Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Cairo, 1970.

5. Haddad, Hamza. «International Trade Law.» United Publishing House, Beirut, 1980.

6. Ghanim, Raafat Abdel Aziz. «The Role of the League of Arab States in Developing and Facilitating Electronic Commerce between Arab Countries.» First Supplement, General Secretariat, Basic Services Sector Management, November, Arab League Publications, 2002.

7. Mansour, Sami Badi›, and Abdul-Aal Akasha. «International Disputes and Mid-Solutions for Conflict of Laws.» University Publishing House, Beirut, 1995.

8. Al-Muqaddam, Salah Muhammad. «Conflict of Laws in Shipping Documents and Charter Parties.» Comparative Study, Beirut, 1981.

9. Tony, Michel Issa. «The Legal Regulation of the Internet.» Vol. 1, Dar Saader, Lebanon, 2001.

10. Abbas Al-Abboudi. «The Legal Authority of Scientific Progress Means in Civil Evidence.» International Scientific Publishing House and Dar Al-Thaqafa for Publishing and Distribution, Amman, Jordan, 2002.