جامعة الأنبار

كلية القانون / الرمادي

الإطار القانوني للتجارة الإلكترونية

المدرس: محمد إقبال ياسين المشهداني

كلية القانون / جامعة الأنبار

٢٠٠٩ م

الإطار القانوني للتجارة الإلكترونية

م. محمد إقبال ياسين المشهداني

كلية القانون ـ جامعة الأنبار

مقدمة:

يُعدُّ مَوضوع التجارة الإلكترونية واحداً مِن أكثرِ المواضيع التي استأثرت بإهتمامِ المُشرّعِ والفقهِ القانونيين، وترجع بعض تلكَ الأسباب إلى (أنَّ المعاملات والأنشطة التجارية لم تكن بمنأى عن ثورة الإتصالات التي كانَ مِن نتيجتها زوال الحدود الزمانيةِ والمكانيةِ[1])، وهو أمرٌ يَطرحُ التساؤلَ عَن مَكانِ العقدِ وزمانهِ، والمحكمةِ المُختصةِ بنظرِ النزاعِ، والقانون الواجب التطبيق، وغيرها مِنَ المسائل التي تَبحثُ عَنْ موقفِ القانون منها، ويُضاف إلى ذلكَ (أنَّنا لا نغلو في القولِ أنَّ العقود التي أبرمت بهذهِ الطريقة تُشكّلُ ثقلاً لايُستهانُ بهِ في اقتصاديات العديدِ مِنَ الدول، بل إنَّ النمو الاقتصادي الذي يُؤمل تحقيقه خلال السنين الأولى من القرنِ الحادي والعشرين سيرجع في المقام الأول إلى التجارة الإلكترونية وتقنية المعلومات، فكانَ من الطبيعي أن تتطور قواعد القانون لتلبي حاجة هذهِ التجارة التي يُعدُّ من أبرزِ سماتها تحررها من المستندات الورقية التي هي إحدى السمات التي درجت عليها العمليات التجارية[2]).

لقد بقيت القواعد التي تُنظمُ النشاط التجاري قادرة على الإحاطةِ بمتطلبات تنظيم التجارة على الرغمِ من تطور نشاط الخدمات التجارية والفنية واتصال الأنشطة التجارية بعلاقات العمل والإلتزامات المتعلقة بالتوريد ونقل المعرفة أو التقنية، وأمكنها أن تظل حاضرة وقادرة على محاكاة الواقع المتطور والمتغير في عالم التجارة، لكنَّ الأمر يختلف بالنسبةِ للتجارةِ الإلكترونية، فالتغير، ليسَ بمفهوم النشاط التجاري، وإنَّما بأدوات ممارسته وطبيعة العلاقات الناشئة في ظلهِ، حيثُ يتوسط كل نشاطٍ من أنشطة التجارة الإلكترونية الحاسوب وشبكة المعلومات، لذا مِنَ المنطقي القول: إنَّ أثر وجود التقنية وهيمنتها على آلية انفاذ النشاط التجاري في ميدانِ التجارة الإلكترونية، بل ضرورتها لوجودِ التجارة الإلكترونية لابدَّ أن يوجد تحدياً جديداً أمام النظم القانونية القائمة. وَيُثير التحديات القانونية في حقلِ التجارة الإلكترونية[3]). وكانَ لذلكَ نتائج أهمها مايأتي:

١. صدور قانون الاونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية[4]).

٢. صدور قانون الاونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية[5]).

---

(١) د. محمود نجيب حسني في مقدمة كتاب الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية ـ مجموعة باحثين ـ مطبعة الهيأة العامة لشؤون المطابع الأميرية ـ القاهرة ـ الطبعة الأولى ـ ٢٠٠٣ ـ ص١.

(٢) د.أسامة أبو الحسن مجاهد ـ خصوصية التعاقد عبر الانترنت ـ أحد بحوث كتاب الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية ـ المصدر نفسه ـ ص١٣.

(٣) المحامي يونس عرب ـ التحديات القانونية للتجارة الإلكترونية ـ بحث متاح على شبكة الانترنت ـ p1of10.

(٤) صيغ هذا القانون من قبل (لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي) المعروفة بـ(الاونسترال Unicitral) في دورتها التاسعة والعشرين عام ١٩٩٥، واعتمدته (الجمعية العامة للأمم المتحدة) بقرارها (١٦٢/٥١) في ١٩٩٦/١٢/١٦. وبالجلسة (٨٥) بناءً على تقرير اللجنة السادسة (A/51/628) ١٦٢/٥١، وقد اشتمل على (١٧) مادة موزعة على فصول ثلاثة.

(٥) صيغ هذا القانون من (لجنة الاونسترال)، واعتمدته (الجمعية العامة للأمم المتحدة) في ٥/تموز/٢٠٠١، وَتُعدُّ ولاية (يوتا) الأمريكية أول من اصدر قانوناً للتوقيع الالكتروني وذلكَ عام ١٩٩٥، كما تضم تشريعات العديد من الدول قوانين خاصة بالتوقيع الالكتروني. ومنها قانون التوقيع الرقمي الألماني لسنة ١٩٩٧، والمرسوم البرتغالي الصادر في ١٢/آب/١٩٩٩، والقانون البلجيكي الصادر في٢٠/ تشرين الثاني/٢٠٠٠، والتشريع الأمريكي الخاص بالتوقيع الالكتروني (E.Sign) لسنة٢٠٠٠، وقانون التوقيع المصري رقم (١٥ لسنة ٢٠٠٢). والقانون البريطاني لسنة ٢٠٠٢. راجع د.علي سيد قاسم ـ بعض الجوانب القانونية للتوقيع الرقمي ـ أحد بحوث كتاب الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية ـ المصدر نفسه ـ ص٢٧٣. د.عايض راشد المري ـ تأملات في مشروع قانون التجارة الإلكترونية الكويتي ـ مجلة الحقوق ـ جامعة الكويت ـ العدد الرابع ـ السنة ٣٠ ـ ذو الحجة ١٤٢٧ هـ ـ ديسمبر ـ ٢٠٠٦ ـ ص١٣٠.

٣. سن القوانين الوطنية الخاصة بالتجارة الإلكترونية[١]).
٤. إصدار العقود النموذجية الخاصة بالتجارة الإلكترونية بين التجار والمستهلكين[٢]).
٥. سَن العقود الخاصة بالمراكزِ التجارية الافتراضية.

أهمية البحث ومبرراته:

لحداثةِ ظاهرة التجارة الإلكترونية وانتشارها، ولأنَّها تشهدُ توسّعاً مضطرداً في عالم اليوم، ولأثرها في المعاملات والأنشطة التجارية حيث أخذت تتوارى وسائل التجارة التقليدية من سجلات ودفاتر أمام الوسائل والدعامات الإلكترونية، وبالنظر لما تطرحه تلكَ الوسائل من مفاهيم جديدة ومشاكل قانونية بحاجةٍ إلى إطارٍ قانوني يُنظمُ أعمالها، وَيحكم تعاملاتها، ذلكَ أنَّ التجارة الالكترونية لايُمكنُ أن تجدَ طريقها إلّا إذا وجدتْ تشريعات تنظمها وقوانين تحكمها خاصة في وقت تتزايد فيه أهمية هذه التجارة وثقلها، ولاعتقادنا بأهمية موضوع التجارة الإلكترونية ودورها المتنامي فقد وجدت أهمية معالجة ذلكَ الموضوع، وبسبب من هذه الأهمية كانَ اختيارنا لموضوع الإطار القانوني للتجارة الإلكترونية بحثاً[٣]).

مُشكلة البحث:

لمَّا كانَ استخدام المعالجة الآلية للبيانات أوشكَ أن يصبح أمراً مستقراً في العالمِ كلهِ، وفي كثيرٍ من المعاملات التجارية عِبر الانترنت، وأنَّ القواعد القانونية القائمة على استخدام الوسائل الورقية في توثيق المعاملات التجارية والتي تشترط الكتابة والتوقيع لاتتوائم وطبيعة هذه التجارة الحديثة، مما يُشكّل عقبةً أمام استخدام المعالجة الآلية للبيانات، وبالتالي قد يحول دونَ استخدام هذه المعالجة استخداماً فعّالاً في الحالات التي يكون استخدامها مبرراً لولا تلك القواعد، ولضرورة وجود قواعد قانونية من شأنها أن تكفل معالجة مسألة الإثبات والقيمة القانونية للبيانات وغيرها من المسائل وتذليل الصعوبات التي يُمكن أن تنشأ عندَ التطبيق، ولغرض استخدام وسائل المعالجة الآلية للبيانات على أوسعِ نطاقٍ مُمكنٍ في التجارة الدولية، ولضرورة إيجادِ نظامٍ قانوني يكفل قيام هذه التجارة على أكملِ وجهٍ ـ كما جاءَ ذلكَ في تقرير لجنة (الاونسترال) الخاص بـ (القيمة القانونية للسجلاتِ الإلكترونية) وذلكَ في الدورةِ الثامنة عشر عام ١٩٨٥، لذا كانَ من الواجب مايأتي:

١ ـ تطويع بعض القواعد العامة بما يتناسب وطبيعة التجارة الإلكترونية.
٢ ـ استحداث القواعد القانونية الملائمة لواقع التجارة الإلكترونية والتي من شأنها توفير الثقة والأمان والضمانات القانونية للمتعاملين معها، وتسهيل استخدام الوسائل الإلكترونية في إجراء المعاملات التجارية بصورةٍ وطريقةٍ تكفل استخدام تلكَ الوسائل استخداماً فعّالاً.
٣ ـ منح المعاملات التجارية المبرمة عبر الانترنت القوة القانونية والحجية الإثباتية المكافئة للمعاملاتِ التجارية العادية.
٤ ـ منح التواقيع الإلكترونية الحجية القانونية الممنوحة للتواقيع اليدوية.

---

(٦) من هذهِ القوانين: قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية الفرنسي رقم (٢٣٠) الصادر في ١٣/آذار/٢٠٠٠، وقانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي رقم (٨٣) الصادر في ٢٠٠٠/٨/٩. وقانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم (٨٥ لسنة٢٠٠١). وقانون التجارة الإلكترونية البحريني لسنة ٢٠٠٢ م. وقانون إمارة دبي رقم (٢ لسنة ٢٠٠٢) والخاص بالمعاملات والتجارة الإلكترونية. وقانون المبادلات والتجارة الإلكترونية الفرنسي رقم (٢٣٠) الصادر في ١٣/آذار/٢٠٠٠.

(١) منها (العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية بين التجار والمستهلكين) والذي اعتمدته غرفة التجارة والصناعة في (باريس) بتأريخ ٣٠/ نيسان/١٩٩٨، واللجنة القانونية للجمعية الفرنسية للتجارة والمبادلات الإلكترونية في٤/مايس/ ١٩٩٨.

(٢) للتدليل على أهمية التجارة الإلكترونية في وقتنا الحاضر يقول (بيل جيتس) صاحب شركة (مايكروسوفت العالمية) أنَّهُ: (في سياقِ شرحِ (آدم سميث) لمفهومِ الأسواق في كتابهِ (ثروة الأمم) الصادر عام ١٧٧٦م، طرحَ الفكرة القائلة: (أنَّه لو كانَ كل مشترٍ يَعرفُ سعر كل بائعٍ، وكلَ بائع يَعرفُ ماالذي يرغبُ كل مُشترٍ في شرائه، لأصبحَ كل فردٍ في السوق قادراً على إتخاذ قرارات مبنية على معرفةٍ كافيةٍ، ولجرى توزيع موارد المجتمع بكفاءة، ومازلنا حتى وقتنا هذا لم نصل بعد إلى تحقيق (المثل الأعلى) الذي قال بهِ (آدم سميث)، فنادراً ما تتوافر لدى أطراف العقد المحتملين معلومات كاملة عن بعضهم البعض. بيل جيتس ـ المعلوماتية بعد الانترنت طريق المستقبل ـ ترجمة د.عبد السلام رضوان ـ سلسلة عالم المعرفة ـ المجلس الوطني للثقافةِ والفنون والآداب ـ الكويت ـ العدد٢٣١. وكذلكَ فرانك كليش ـ ثورة الإنفوميديا ـ الوسائط المعلوماتية وكيف تُغير عالمنا وحياتك ـ ترجمة ومراجعة حسام الدين زكريا وعبد السلام رضوان ـ سلسلة عالم المعرفة ـ العدد ٢٥٣. د.عبد الفتاح بيومي حجازي ـ التجارة الإلكترونية في القانون العربي النموذجي لمكافحة جرائم الكومبيوتر والانترنت ـ دار الفكر الجامعي ـ الطبعة الأولى ـ الاسكندرية ـ ٢٠٠٦ ـ ص١٢ـ١٣.

هيكلية البحث:

إشتمل موضوع البحث على مبحثين هما:

المبحث الأول: المداخل الأساسية للتجارة الالكترونية.

المبحث الثاني: التنظيم القانوني للتجارة الالكترونية ومشاكلها العملية.

المبحث الأول: المداخل الأساسية للتجارة الإلكترونية.

يتناول هذا المبحث مدى العلاقة بين التجارة الدولية والتجارة الإلكترونية، ثمَّ يتناول بعد ذلكَ مفهوم هذهِ التجارة وسماتها، ولمَّا كانَ العقد الإلكتروني وسيلة هذهِ التجارة، وجب الوقوف على خصائصه، وطبيعتهِ القانونية، لذا انقسم هذا المبحث إلى مطالب ثلاثة هي:

المطلب الأول: التجارة الدولية والتجارة الإلكترونية.

المطلب الثاني: مفهوم التجارة الإلكترونية وسماتها.

المطلب الثالث: خصائص العقد الإلكتروني وطبيعته القانونية.

المطلب الأول: التجارة الدولية والتجارة الإلكترونية.

يُقصدُ بقانون التجارة الدولية ـ كما جاءَ في تقريرِ الأمين العام للأمم المتحدة سنة ١٩٦٥ـ بأنَّهُ: (مجموعة القواعد التي تسري على العلاقات التجارية المتصلة بالقانونِ الخاص والتي تجري بين دولتينِ أو أكثر). فيشمل هذا التعريف مجموعة القواعد المتصلة بالبيع الدولي للمنقولات والاعتمادات المصرفية، والنقل والتأمين وحقوق المؤلف والملكية الصناعية والتحكيم التجاري وعقود الاستثمارات ونقل التكنلوجيا[١]).

لقد دفعت أهمية التجارة الالكترونية وما تمثله من دورٍ إلى أن تسعى الدول والمنظمات الدولية منها والإقليمية واللجان ذات العلاقة إلى بحثِ العديدِ من الجوانبِ القانونية ذات الصلةِ بهذهِ التجارة، ودراستها بغية الوقوف على المعوقات وإيجاد الحلول، خاصة وأنَّ هذه الأهمية لا تقتصر على الجانب الوطني وهو ما يمثل التجارة الداخلية، بل تتعداها إلى الجانب الدولي وهو ما يمثل التجارة الدولية، لذا بادرت (لجنة الأمم المتحدة الإقتصادية) بتشكيل فريقِ عملٍ لتنشيطِ إجراءات التجارة الدولية من خلالِ:

١. إصدار ورقة العمل **(WP4)** بتأريخ ١٩٧٦/٧/٢٤ والخاصة بوثائق النقل البحري للبضاعة[٢]).
٢. إصدار وثيقة (القانون والمعلوماتية في التجارة) بتأريخ ١٩٧٨/٧/٢٤[٣]).
٣. إصدار التوصيات المتعلقة بموضوع (استخدام المعلوماتية في النقل البحري) بتاريخ ١٩٧٩/٦/١٥[٤]).
٤. توصية لجنة الأمم المتحدة الاقتصادية لأوربا رقم (١٤) والتي اعتمدت في الدورةِ التاسعةِ عام ١٩٧٩ حولَ (صحة الصكوك التجارية الصادرة بغيرِ صيغة التوقيع المتعارف عليها لنظامِ تبادل البيانات المحوسبة **(E.D.I)**. وكانَ من نتيجة ذلكَ وضع عددٍ من المشاريع القانونية. كما انتهى برنامج تطبيق هذا النظام في المجموعة الأوربية والدراسات التي اعدّت بهذا الخصوص إلى وجودِ ثلاث صعوبات قانونية لتطبيق هذا النظام وتتعلق بـ:
   أ ـ مدى صلاحية الوثائق غير الورقية وقبولها من الناحية القانونية.
   ب ـ قوة الإثبات والبيانات الإلكترونية.
   ج ـ صياغة العقود الإلكترونية [٥]).

كما جرى سنُّ بعض النصوص القانونية، وتعديل الآخر بما يتوائم ووسائل هذه التجارة ومنها:

---

(١) د. محسن شفيق ـ نقل التكنلوجيا من الناحية القانونية ـ مركز الدراسات القانونية والتدريب المهني ـ كلية الحقوق ـ الجيزة ـ ١٩٨٤ـ ص٧.

(2) Doc TRADE/WP.4/GE.2/R.103.24 Juillet 1976.

(3) Doc TRADE/WP.4/GE.2/R.1.23.24 Juillet 1978.

(4) Recommendation no/12/, UN/ECE/TRADE/WP.4/INF.6.June15,1979.

(٥) باسيل يوسف ـ الجوانب القانونية للعقود التجارية عبر الحواسيب وشبكة الانترنت والبريد الإلكتروني ـ دراسات قانونية ـ مجلة فصلية تصدر عن قسم الدراسات القانونية في بيت الحكمة ـ بغداد ـ العدد الرابع ـ السنة الثانية ـ كانون الأول ٢٠٠٠/ شوال ـ١٤٢١هـ ـ ص٤٩ ـ٥١.

١. تعديل المادة (٢/٥) من اتفاقية (فارسوفيا) الخاصة بالنقل الجوي لسنة ١٩٢٩ بالنص على: (إنَّ استخدام [أي وسيلة] لإثبات المؤشرات المتعلقة بالنقل يُمكن أن تُستبدل بموافقة المُرسل إليه بصدورِ رسالة النقل الجوي) وذلكَ بتاريخ ١٩٧٥/٩/٢٥.
٢. النص في المادة (٣/١٤) من اتفاقية (هامبورج) لسنة ١٩٧٨على: (إنَّ التوقيع على وثيقة الشحن يُمكن أن يكونَ برمزٍ أو أن يُعبر عنه [بأي وسيلة] ميكانيكية أو [الكترونية] إذا كانت هذهِ الوسيلة غير متعارضة مع قانون البلد الذي صدرت عنهُ وثيقة الشحن[١]).
٣. النص في المادة (١١) من (اتفاقية فيينا الخاصة بالبيع الدولي للمنقولات) بأنَّهُ: (لا يُشترط أن يتمَ انعقاد عقد البيع أو إثباته كتابة، ولا يخضع لأي شروطٍ شكليةٍ، ويجوز إثباته [بأي وسيلة] بما في ذلكَ الإثبات بالبينة).

ومن جانبٍ آخر، جاءت العديد من التوصيات والإجراءات لتحقيقِ ذات الهدف، ومنها:

١. توصية (المجلس الأوربي) والخاصة بموضوع (قبول الوسائل غير الورقية في الحاسوب) بأن تمتد تشريعات دول المجلس التي تشترط الكتابة إلى قبولِ الوثائق والبيانات المعلوماتية. وعلى الدول أن تُشير بأنَ الأوراق والوثائق والبيانات يُمكن أن تكون [مسجلة على الحاسوب]، وأن تُعدّل على الأقل كل خمس سنوات المبلغ الذي يشترطه لإثباته بالكتابة.
٢. توصية (مجلس التعاون الجمركي) عام ١٩٨١بأن: يُبين للمُصرحين في البيانات الجمركية ضمن الشروط المحددة من السلطات الجمركية إمكانية أن تُحال تلكَ التصريحات إلى الجمارك بوسائل [الكترونية] أو أي وسيلة آلية.
٣. التوجه الأوربي الصادر في ٢٠/مايس/١٩٩٧ وكذلكَ التوجه رقم (٦٦ لسنة ١٩٩٧) والخاص بـ(معاملة البيانات ذات الطابع الشخصي وحماية الحياة الخاصة في قطاع الإتصالات).
٤. التوجيه الصادر من غرفة التجارة الدولية بشأن (الدعاية والإعلان والتسويق على الانترنت[٢]).

ومن جانب آخر فقد تناولت (لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري ـ اليونسترال) العديد من المسائل القانونية الخاصة بالتجارة الإلكترونية منها:

١. التوصية المتعلقة بمناقشة (الجوانب القانونية المتعلقة بالحوالات الإلكترونية) وذلكَ في الدورة الخامسة عشرة عام ١٩٨٢.
٢. التوصية الخاصة بـ(مناقشة الجوانب القانونية المتعلقة بالحوالات الإلكترونية) وذلكَ في الدورة الخامسة عشرة التي عقدت عام ١٩٨٢.
٣. التقرير الخاص بـ (الجوانب القانونية للتجهيز الآلي للبيانات) وذلكَ في الدورة السابعة عشر في عام ١٩٨٤ حيثُ حدد العديد من المسائل القانونية للسجلات الحاسوبية واشتراط الكتابة وغيرها.
٤. التقرير الخاص بـ (القيمة القانونية للبيانات الإلكترونية) وذلكَ في الدورة الثامنة عشر عام ١٩٨٥.
٥. التقرير الخاص بـ (التبادل الإلكتروني للبيانات) وذلكَ في الدورة الرابعة والعشرين عام١٩٨٥[٣]).
٦. التقرير الخاص عن (الدراسة الأولية للمسائل القانونية المتصلة بتكوين العقود بالوسائل الإلكترونية) وذلكَ في الدورة الثالثة والعشرين عام ١٩٩٠. والذي أبان عن الحاجة إلى إيجاد إطار يتضمن مجموعة من المبادىء القانونية الموحدة، فكانَ من شأنهِ تبلور فكرة إيجاد قانون نموذجي في إطارِ بيئةٍ قانونيةٍ توفر إنشاء علاقة قانونية مأمونة، وهو ماانتهى بصدورِ (قانون الاونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية عن لجنة الأمم المتحدة[٤]).

---

(٦) وعلى هذا نصت المادة (١٤٢/ رابعاً) من قانون النقل العراقي رقم (٨٠ لسنة ١٩٨٣) على أن (يكون سند الشحن بخطِ اليدِ أو بأية طريقةٍ أخرى مقبولة). وجاءَ هذا النص ـ كما ورد في الأسباب الموجبةِ لهُ ـ بالنظر لأهميةِ هذهِ المرافق في عملية التطور الإقتصادي والإجتماعي للقطر، وتطبيقاً لما تضمنه من ضرورة وضع تشريعاتٍ حديثةٍ متفاعلةٍ معَ الواقع والطموح لتسهمَ في عملية البناء الحضاري للمجتمع.

(١) باسيل يوسف ـ الجوانب القانونية ـ المصدر نفسه ـ ص٥١.

(٢) باسيل يوسف ـ الجوانب القانونية ـ المصدر نفسه ـ ص٥١.

(٣) أشارت (الجمعية العامة) في ديباجة هذا القانون إلى قرارها ٢٢٥ (د ـ٢١) المؤرخ في١٧/كانون الأول/١٩٦٦، الذي أنشأت بموجبهِ (لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي ـ الأونسترال) مسندةً إليها ولاية تشجيع التنسيق والتوحيد التدريجيين للقانون التجاري الدولي، آخذةً في حُسبانها مصالح جميع الشعوب وبخاصة شعوب البلدان النامية في تنمية التجارة الدولية تنمية شاملة. كما أشارت إلى التوصية التي اعتمدتها اللجنة في دورتها الثامنة عشرة عام ١٩٨٥ بشأن (القيمة القانونية للسجلاتِ الحاسوبية)، والفقرة (٥/ب) من قرار الجمعية العامة ٧١/٤٠ المؤرخ في١١ كانون الأول/ديسمبر

لقد جاء (قانون الاونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية) ـ كما أوضحته الديباجة ـ بعد أن لوحظ أنَّ عدداً متزايداً من المعاملات في التجارة الدولية يتم عن طريق التبادل الإلكتروني للبيانات وغير ذلكَ من وسائل الإتصال، والتي يُشار إليها عادة باسم (التجارة الإلكترونية)، والتي تنطوي على استخدام بدائل للأشكال الورقية للاتصال وتخزين المعلومات. واقتناعاً منها بأنَّ وضع قانون نموذجي يُيسر استخدام التجارة الإلكترونية، ويكون مقبولاً لدى الدول ذات الأنظمة القانونية والإجتماعية والإقتصادية المختلفة، يُمكنُ أن يُساهمَ على نحوٍ مهم في تنميةِ علاقات إقتصاديةٍ دوليةٍ مُنسجمة، وايماناً منها بأنَّ اعتماد اللجنة للقانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية سيُساعدُ على نحوٍ مهم جميع الدول في تعزيزِ تشريعاتها التي تُنظم استخدام بدائل للأشكال الورقية للإتصال وتخزين المعلومات، وعلى صياغةِ هذهِ التشريعات في حالِ عدمِ وجودها. (وأصبحَ هذا القانون يُمثلُ في وقتنا الراهن الإطار التشريعي الأساس للتشريعات الوطنية في حقلِ التجارة الإلكترونية وما يتفرع عنها كتشريعات التواقيع الإلكترونية، وتشريعات شهادات التوثيق، وحجية الإثبات بالبياناتِ ذات الطبيعة الإلكترونية وغيرها[1]).

أمَّا في جمهورية العراق فلم يجر إصدار قانون ينظم المعاملات التجارية الإلكترونية لحد الآن، وهو نقص على المشرع تلافيه.

وبعد أن وقفنا على علاقة التجارة الدولية بالتجارة الالكترونية، ننتقل لبحث ماهية التجارة الإلكترونية، ونطاقها، وسماتها، وهو مدارالمطلب الآتي:

المطلب الثاني: مفهوم التجارة الإلكترونية وسماتها.

يشتمل هذا المطلب على:

أولاً: مفهوم التجارة الإلكترونية.

ثانياً: نطاق قانون الاونسترال للتجارة الإلكترونية.

ثالثاً: سمات التجارة الإلكترونية.

وهو ما سنتناولهُ على مدارِ ثلاثةِ فروع.

الفرع الأول: مفهوم التجارة الإلكترونية[2].

لم يرد في (قانون الاونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية) تعريفاً لتعبير التجارة الإلكترونية. غير أنَّه يُفهم من ديباجة ذلكَ القانون أنَّ (التجارة الإلكترونية) تعبير يُقصد بهِ: (المعاملات الخاصة بالتجارةِ الدولية والتي تتمُّ عن طريق التبادل الإلكتروني للبيانات وغير ذلكَ من وسائل الإتصال، التي تنطوي على استخدام بدائل للأشكال الورقية للإتصال وتخزين المعلومات). وبهذا فهو تعبيرٌ ينظوي تحتهُ جميع المعاملات المالية التي تتمُ عبر شبكة الانترنت ووسائل الإتصال الحديثة.

وَيُقصدُ بالتجارةِ الإلكترونية طبقاً لأحكام (الفصل ٢) من قانون المبادلات التجارية الإلكترونية التونسي رقم (٨٣ لسنة٢٠٠٠) بأنَّها: (العمليات التجارية التي تتم عبر الوثائق الإلكترونية)، فيما قصد (بالمبادلات الإلكترونية) طبقاً لذات المادة بأنَّها:(المبادلات التي تتم باستعمال الوثائق الإلكترونية).

وطبقاً لأحكام المادة (٢) من (قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم (٨٥ لسنة ٢٠٠١) فإنَّهُ يُقصدُ بالمعاملات الإلكترونية: (المعاملات التي تُنفّذ بوسائل الكترونية). بينما يُقصدُ بتعبير (المعاملات) بأنَّها:

١٩٨٥ التي طلبت فيها الجمعية العامة إلى الحكومات والمنظمات الدولية أن تتخذَ حيثُ يكون ذلكَ مُناسباً إجراءات تتمشى مع توصية اللجنة وذلكَ بُغية تأمين الضمان القانوني في سياقِ استخدام التجهيز الآلي للبيانات في التجارة الدولية على أوسعِ نطاقٍ مُمكن.

(١) المحامي يونس عرب ـ منازعات التجارة الإلكترونية ـ الاختصاص والقانون الواجب التطبيق وطرق التقاضي البديلة Jurisdiction, Applicable law & ADR ـ المركز العربي للقانون والتقنية العالية ـ ورقة عمل مقدمة إلى مؤتمر التجارة الإلكترونية التي أقامته منظمة الاسكوا/الأمم المتحدة للمدة ٨ ـ١٠ / تشرين الثاني/ ٢٠٠٠ ـ بيروت ـ ص٤. متاح على شبكة الانترنت.

(٢) أثار تعبير (التجارة الإلكترونية) جدلاً فقهياً لدى العديد من الكتاب ومنهم الدكتور (يوسف العلي) حيث يرى: إنَّ تعبير (التجارة الإلكترونية) خطأ شائعاً ولكنَّهُ المُستقرُ حالياً، أمَّا المعبر والدقيق من الناحية القانونية عنه ـ ولكنَّه لايصلح للاستخدام ـ فهو على سبيل المثال: (قانون التعاملات التي تتم على شبكة الانترنت)، وهو الذي استخدمته كثير من الدول كمسمى للتشريعات المتعلقة بهذهِ التعاملات في التجارة الإلكترونية. انظر مجلة الحقوق ـ مشروع قانون التجارة الإلكترونية الكويتي ـ حلقة نقاشية عقدتها المجلة بتأريخ ٢٠٠٥/٤/٥ ـ ملحق العدد الثالث ـ السنة ٢٩ ـ شعبان ـ ١٤٢٦ هـ ـ سبتمبر ـ ٢٠٠٥ ـ ص١٣-١٤.

(إجراء، أو مجموعة من الإجراءات، يتمُّ بين طرفينِ أو أكثر لإنشاء التزاماتٍ على طرفٍ واحدٍ أو التزامات تبادلية بين أكثر من طرفٍ ويتعلق بعملٍ تجاري أو التزام مدني أو بعلاقةٍ مع أي دائرةٍ حكومية). فيما يُقصدُ بتعبير (الإلكتروني) طبقاً للمادةِ ذاتها بأنَّهُ: (تقنية استخدام وسائل كهربائية أو مغناطيسية أو ضوئية أو الكترومغناطيسية أو أي وسائل مشابهة في تبادل المعلومات وتخزينها).

وَيُلاحظ على هذا التعريف مايأتي:

١ـ إتساع نطاق هذا القانون ليشمل بالإضافة إلى المعاملات التجارية كل التزام مدني أو علاقةٍ مع أي دائرةٍ حكومية.

٢ـ شموله للمعاملات التي تستخدم وسائل الإتصال، أيا كانت تلك الوسيلة.

ومعنى هذا أنَّ تلك المعاملات لاتقتصر على شبكة الانترنت لإتمامها، بل تُشاركها وسائلَ أخرى، كالتلكس والفاكس، والوسائل الكهربائية والمغناطيسية والضوئية، وأي وسائل مشابهة في تبادل المعلومات وتخزينها. ولذلكَ فنحنُ نرى أنَّ هذهِ المادة لم تُعرّف التجارة الالكترونية، بل أبانت عن نطاقها والوسائل المستخدمة في إبرامها.

واستناداً لنص المادة (٢) من قانون (إمارة دبي) رقم (٢ لسنة٢٠٠٠) بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية فإنّهُ يُقصد بتعبير (التجارة الإلكترونية): (المعاملات التجارية التي تتم بواسطة المراسلات الإلكترونية). كما يُقصدُ بتعبير (المعاملات الإلكترونية) طبقاً لذات المادة: (أي تعاملٍ أو عقدٍ أو اتفاقية يتم إبرامها أو تنفيذها بشكلٍ كُلي أو جزئي بواسطة المراسلات الإلكترونية).

وطبقاً لنص المادة (١) من قانون التجارة الإلكترونية البحريني لسنة ٢٠٠٢ فإنَّ تعبير (المعلومات) يعنى: (البيانات والنصوص والصور والأشكال والأصوات والرموز وبرامج الحاسب والبرمجيات وقواعد البيانات والكلام وما شابه ذلكَ). بينما يقصد بتعبير (نظام المعلومات) طبقاً لتلك المادة: (نظام إلكتروني لإنشاء أو إرسال أو بث أو تسلّم أو حفظ أو عرض أو تقديم المعلومات).

ويلاحظ على هذه التعاريف الآتي:

١ـ أنَّ تعبير (المعلومات) و(نظام المعلومات) الواردة في قانون التجارة الإلكترونية البحريني لسنة ٢٠٠٢ تعابير واسعة النطاق، وإن كانت تستوعب من جهةٍ أخرى مايمكن أن ينبؤ عنه التطور العلمي مستقبلاً.

٢ـ تقاربها في مضمون تعريف (التجارة الالكترونية) مع التعاريف الأخرى وإن اختلفت في التعابير.

واستناداً لأحكام المادة (الثامنة) من قانون الإتصالات السلكية العراقي رقم (١٠٩ لسنة ١٩٨٠) فإنَّ (الإتصال عن بعد) تعبير يُقصدُ بهِ لأغراض هذا القانون: (إرسال واستلام الأمواج اللاسلكية بكافةِ أنواعها واتصالاتها، سواء كانت بوساطة إشارة أو علامة أو كتابة أو صورة أو صوت أو أية معلومات أخرى مهما كان نوعها، ولأي غرضٍ كانت).

ونرى في ملاحظات على هذا التعريف الآتي:

١ـ اتساعه نطاقه للوسائل التي تستخدم في التجارة الإلكترونية ومعاملاتها، فهو تعريف واسع يشمل (الأمواج اللاسلكية بكافةِ أنواعها واتصالاتها).

٢ـ اتساع نطاقه وشموله لـ (أية معلومات أخرى مهما كان نوعها).

٣ـ اتساعه: (لأي غرضٍ كانت). ويفهم من الجزء الأخير شموله لكافة الأغراض، ومنها الأغراض والأعمال التجارية.

وعرّفت م(١/٢) من (قانون حرية الإتصالات الفرنسي) الصادر بتاريخ ٣٠/كانون الأول/١٩٨٦ (الإتصال عن بُعد) بأنَّهُ: (كل انتقال أو إرسال أو استقبال لرموز أو إشارات أو كتابة أو صور أو أصوات أو معلومات، أياً كانت طبيعتها، بواسطة أليافٍ بصرية أو كهرباء لاسلكية أو أية أنظمة الكترومغناطيسية أخرى). بينما يقصد (بالإتصال المسموع المرئي) كما جاء في (الفقرة الثانية) من المادة ذاتها بأنَّهُ: (كل مايوضع في متناول الجمهور أو بعض طوائفه من رموزٍ أو إشاراتٍ أو كتاباتٍ أو صورٍ أو أصواتٍ أو رسائل من أي نوعٍ دونَ أن يكونَ لها صفة المراسلة الخاصة وذلكَ بوسيلة من وسائل الإتصال عن بُعد) وعرّف قانون الاتحاد الدولي للمواصلات السلكية لسنة ١٩٨٦، الإتصالات بصورةٍ عامةٍ بأنَّها: (نقل أو بث أو التقاط العلامات والإشارات والكتابات والصّور والأصوات، أو التخابر بإي شكلٍ من الأشكال سواء كانَ سلكياً أو مرئياً أو بوساطة أي من الأنظمة المغناطيسية الكهربائية الاخرى[1]).

---

(١) د. عباس زبون عبيد العبودي ـ التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني ـ دراسة مقارنة ـ أطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة بغداد ـ ١٤١٤هـ ـ ١٩٩٤م ـ ص٦.

وطبقاً لأحكام المادة (٤) من قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤، فإنَّ (التجارة: نشاط اقتصادي)، لذا يُمكن تعريف التجارة الإلكترونية ـ حسب تقديرنا ـ وعلى ضوء ذلكَ بأنَّها: (نشاط اقتصادي يتمّ بوسائل الإتصال الإلكترونية)، كما يُمكن تعريفها بتعبير أكثر توسّعاً بأنَّها: (ممارسة الأعمال التجارية باستخدام وسائل الإتصالات الحديثة)، ومن هنا فإنَّ الوسائل الإلكترونية المستخدمة في هذا النوع من التجارة ماهو إلّا توصيفٌ لمجالِ هذا النشاط الذي يقومُ على استخدام وسائل التقنية الحديثة. وعلى هذا ذهبَ جانبٌ من الفقهِ بأنَّ التجارة الإلكترونية تعبيرٌ يشمل: جميع المعاملات التي تتم عبر الانترنت حتى لو لم تتمتع بالصفة التجارية، وإن كانَ الغالب أن تتمتعَ بهذهِ الصفة من جانبِ مُقدم السلعةِ أو الخدمةِ على الأقل، والذي غالباً مايكون تاجراً[1]).

الفرع الثاني: نطاق قانون الاونسترال للتجارة الإلكترونية.

بغية الوقوف على نطاق قانون التجارة الإلكترونية فإنّنا سنتناول في مقصدين كلاً من:
أولاً: النطاق القانوني لقانون الاونسترال للتجارة الإلكترونية.
ثانياً: النطاق العملي لقانون الاونسترال للتجارة الإلكترونية.

المقصد الأول: النطاق القانوني لقانون الاونسترال للتجارة الإلكترونية.

إذا كانَ (قانون الاونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية) قد خلا من تعريفٍ للتجارة الإلكترونية فإنَّ المادة (١) من ذلكَ القانون أشارت إلى نطاق تطبيقهِ حيثُ نصّت على أنَّه: (ينطبقُ هذا القانون على أي نوعٍ من المعلومات يكون في شكلِ رسالة بيانات مستخدمة في سياق أنشطة تجارية). وعليهِ فإنَّ هذا التعريف يُشيرُ إلى أنَّ نطاق هذا القانون قد تحدد بمسالتين هما:
١ـ المعلومات التي تكون في شكلِ رسالة البيانات.
٢ـ رسالة البيانات المستخدمة في الأنشطة التجارية[2]).
وهذا ماسنتناوله في نقطتين:

أولاً: رسالة البيانات.

ويراد بمصطلح (رسالة بيانات) طبقاً لأحكام المادة (٢/أ) منهُ ولأغراض هذا القانون: (المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل الكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلكَ على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية، أو البريد الإلكتروني، أو البرق، أو التلكس، أو النسخ البرقي). بينما يُراد بمصطلح (تبادل البيانات الإلكترونية) طبقاً لأحكام الفقرة (ب) منها: (نقل المعلومات الكترونياً من حاسوبٍ إلى حاسوبٍ آخر باستخدام معيارٍ مُتفقٍ عليهِ لتكوين المعلومات).
ومن هنا نستنتج أن نطاق تطبيق هذا القانون يتحدّد بالمعايير الآتية:
١ـ على أي نوع من المعلومات يكون في شكلِ رسالة بيانات.
٢ـ على رسائل البيانات المستخدمة في سياقِ أنشطة تجارية.
٣ـ على المعلومات التي تشمل الإنشاء والإرسال والإستلام والتخزين.
٤ـ على الأعمال والأنشطة التجارية التي حددها قانون التجارة.

---

(١) د. أسامة أبو الحسن مجاهد ـ المصدر نفسه ـ ص٣٥. مع الهوامش المشار إليها. ويرى جانب من الفقه أنَّهُ يتنازع تحديد مفهوم التجارة الإلكترونية اتجاهان: أحدهما مُضيّق، ويرى أنَّ التجارة الإلكترونية: هي التجارة التي تتمّ من خلال الانترنت، ومفهوم آخر موسع، ويرى أنَّ التجارة الإلكترونية :هي التجارة التي تتم من خلال وسيط الكتروني سواء تمثل ذلكَ في الانترنت أو في غيرهِ من الوسائط الإلكترونية. ويبدو أنَّ المفهوم الموسع للتجارة الإلكترونية هو المفهوم السائد الذي تعتنقه التشريعات المختلفة، ونظرة عاجلة على هذه التشريعات تؤكد صدق كلامنا، والمادة الأولى من قانون الاونسترال شاهدٌ على ذلك. د. مصطفى كمال طه و وائل أنور بندق ـ الأوراق التجارية ووسائل الدفع الإلكترونية الحديثة ـ دار الفكر الجامعي ـ الاسكندرية ـ ٢٠٠٩ـ ص٣٢٤ـ٢٢٥.

(٢) جاء في هوامش (قانون الاونسترال النموذجي للتوقيعات الإلكترونية لسنة ٢٠٠١) أنَّه: ينبغي تفسير مصطلح (تجاري) تفسيراً واسعاً بحيث يشمل المسائل الناشئة عن جميع العلاقات ذات الطابع التجاري، سواء أكانت تعاقدية أم غير تعاقدية، وتشمل العلاقات ذات الطابع التجاري للمعاملات التالية على سبيل المثال لا الحصر أي معاملات تجارية لتوريد أو تبادل البضائع أو الخدمات، اتفاق التوزيع، التمثيل التجاري أو الوكالة التجارية، البيع الإيجاري والمقاولات، الخدمات الهندسية، الأعمال التجارية، منح الرخص، الاستثمار، التمويل، الأعمال المصرفية، التأمين، اتفاق أو امتياز الإستغلال، المشاريع المشتركة وغيرها من أشكال التعاون الصناعي أو الأعمال، نقل البضائع أو الركاب جواً أو بحراً أو بالسكك الحديدية أو بالطرق البرية.

٥ـ من حيث الوسيلة: فإنهُ يشمل جميع المعلومات التي تستخدم الوسائل الإلكترونية أو الضوئية أو أي وسائل مشابهة. مما يعني أنهُ يتسع للتقنيات التي يُمكن أن ينبؤ عنه التطور المستقبلي. (فمن المؤكد أن المشكلة الحقيقية للقانون والمعلوماتية لاترتبط باستعمال وسائل الحاسوب فحسب، وإنما تمتد إلى كل وسائل الإتصال عن بُعد[١]).

٦ـ من حيث نطاق الوسيلة: فإنَّهُ لايقتصر على ما يقدم على شبكة الانرنيت المفتوحة بل ويشمل نقل المعلومات الكترونياً من حاسوب لآخر باستخدامِ معيارٍ مُتفقٍ عليه لتكوين المعلومات. وهو ما يكون على نطاقٍ محدودٍ بينَ شبكات محدودة كالمؤسسات المصرفية. حيث تنص المادة (٢/ب) منهُ على أنَّهُ يُراد بمصطلح (تبادل البيانات الإلكترونية): نقل المعلومات الكترونياً من حاسوبٍ إلى حاسوبٍ آخر باستخدام معيارٍ مُتفق عليه لتكوين المعلومات.

ثانياً:الأنشطة التجارية.

وتثير هذه المسألة نقطة أساسية هي أنَّ نطاق هذا القانون قاصر على المعاملات التجارية. وهذا هو توجه واضعي قانون الاونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لعام ١٩٩٦، ولو رجعنا إلى فلسفة وضع هذا القانون النموذجي لعرفنا أنَّ (لجنة الاونسترال) مختصة بالقانون التجاري فقط، وأنَّ هذه اللجنة عندما نظّمت التجارة الإلكترونية بقانون نموذجي كانت تقصد أن تسترشد دول العالم بهذا القانون، وتُعدّلهُ حسبما يتفقُ مع متطلباتها التشريعية، ويظهر ذلكَ واضحاً في إشارات متعددة في القانون، كما أنَّها نصّت في هامش المادة الأولى من القانون على نص مقترحات يُمكن للدول أن تسترشدَ بها إذا أرادت توسيع نطاق تطبيق هذا القانون[٢]. لهذا فإنَّ هذا النطاق ليسَ قاعدة في القوانين الوطنية كقانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم (٨٥ لسنة ٢٠٠١) حيث تمد المادة (٢) منهُ ذلكَ النطاق لتشمل كل مايتعلق بعمل تجاري أو التزام مدني أو بعلاقةٍ مع أي دائرة حكومية[٣]). وكذلكَ قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي والذي عرّف (المبادلات التجارية) في المادة (الثانية) منهُ بأنَّها: المبادلات التي تتم باستعمال الوثائق الإلكترونية.

وطبقاً للمادة (٥) من قانون (إمارة دبي) الخاص بالمعاملات والتجارة الإلكترونية رقم (٢) لسنة ٢٠٠٢) بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية فإنَّهُ:

(١) يسري هذا القانون على السجلات والتواقيع الإلكترونية ذات العلاقة بالمعاملات والتجارة الإلكترونية، ويستثنى من أحكام هذا القانون ما يلي:

(أ) المعاملات والأمور المتعلقة بالأحوال الشخصية كالزواجِ والطلاقِ والوصايا.

(ب) سندات ملكية الأموال غير المنقولة.

(ج) السندات القابلة للتداول.

(د) المعاملات التي تتعلق ببيع وشراء الأموال غير المنقولة والتصرّف فيها وتأجيرها لمددٍ تزيد على عشر سنوات وتسجيل أية حقوق أخرى متعلقة بها.

(هـ) أي مستندٍ يتطلب القانون تصديقه أمام الكاتب العدل.

(٢) للرئيس بقرارٍ يصدره أن يضيف أية معاملات أو أمور أخرى لما هو وارد في الفقرة (١) من هذه المادة، أو أن يحذف منها أو يُعدّلَ فيها.

وطبقاً لنصِ المادة (١/٢) من قانون التجارة الإلكترونية البحريني لسنة ٢٠٠٢) فإنَّهُ: تسري أحكام هذا القانون على السجلات والتوقيعات الإلكترونية[٤]). بينما ذهبَ قانون إمارة دبي رقم (٢) لسنة ٢٠٠٢) إلى أبعد

---

(٣) باسيل يوسف ـ المصدر نفسه ـ ص ٤٨.

(١) د. عايض راشد المري ـ تأملات في مشروع قانون التجارة الإلكترونية الكويتي ـ المصدر نفسه ـ ص١٣٢.

(٢) نصّت المادة (٢) منهُ: يكون للكلمات والعبارات التالية حيثما وردت في هذا القانون المعاني المخصصة لها أدناه ما لم تدل القرينة على غيرِ ذلكَ: المعاملات: إجراء، أو مجموعة من الإجراءات، يتم بين طرفين أو أكثر لإنشاء التزامات على طرفٍ واحدٍ أو التزامات تبادلية بينَ أكثر من طرفٍ ويتعلق بعملٍ تجاري أو التزام مدني أو بعلاقةٍ مع أي دائرة حكومية.

(٣) طبقاً لأحكام الفقرة (٢) من المادة ذاتها فإنَّهُ: يستثني من أحكام هذا القانون ما يأتي:

أ ـ كافة المسائل التي ينعقد الإختصاص بشأنها للمحاكم الشرعية طبقاً لأحكام المرسوم بقانون رقم (١٣) لسنة ١٩٧١ بشأن تنظيم القضاء وتعديلاته .

ب ـ مسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين مثل الزواج والطلاق والحضانة والتبني والميراث وإنشاء الوصايا وتعديلها.

ج ـ المعاملات والتصرفات التي يشترط القانون للاعتداد بها أن تكون مثبتة في محررات رسمية.

د ـ السندات القابلة للتداول.

من ذلكَ ليشمل الإستخدام الحكومي للسجلات والتوقيعات الإلكترونية، وقبول الإيداع وتقديم المستندات وإنشائها والإحتفاظ بها في شكل سجلّات الكترونية، وإصدار أي إذن أو ترخيص أو قرار أو موافقة، وقبول الرسوم أو أية مدفوعات أخرى في شكلٍ الكتروني، وطرح العطاءات، واستلام المناقصات المتعلقة بالمشتريات الحكومية بطريقة الكترونية. وجوّزت المادة المذكورة للدائرة الحكومية عندئذ أن تُحدّد الطريقة أو الشكل الذي سيتم بواسطته إنشاء أو إيداع أو حفظ أو تقديم أو إصدار تلك السجلات الالكترونية. والطريقة والاسلوب والكيفية والإجراءات التي يتمُ بها طرح العطاءات واستلام المناقصات، وانجاز المشتريات الحكومية. ونوع التوقيع الإلكتروني المطلوب، والطريقة التي سيتم بها تثبيت ذلكَ التوقيع على السجل الإلكتروني وشكله، والمعيار الذي يجب أن يستوفيهِ مزود خدمات التصديق الذي يقدم لهُ المستند للحفظ أو الإيداع. وعمليات وإجراءات الرقابة المناسبة للتأكد من سلامة وأمن وسرية السجلات الإلكترونية أو المدفوعات أو الرسوم.

المقصد الثاني: النطاق العملي لقانون الاونسترال للتجارة الإلكترونية.

إنَّ من أسباب عدم إيراد مشرع قانون الاونسترال النموذجي تعريفاً للتجارة الإلكترونية ـ رغم أهميته ـ مرده الصعوبات التي تكتنف هذه المسائل، فليسَ من السهلِ وضع تعريفٍ جامعٍ مانعٍ للتجارة الإلكترونية، وقد يرجع السبب في ذلكَ إلى نطاق تلكَ التجارة وطبيعتها ووسيلتها، وكثرة التصرفات والعمليات التي تدخل ضمن ذلكَ التعبير، وشدة تنوعها وقابليتها على التطور في الوقت ذاته، لذا ترك مشرع القانون أمر ذلكَ للمشرع الوطني والفقه. ويشمل نطاق هذه التجارة على الكثير من العمليات والتي منها:

١. عرض البضائع والخدمات والإعلان عنها.
٢. استخدام الوسائل المختلفة في مجال البيع والتسويق والإعلان.
٣. تبادل الإيجاب والقبول وإجراء البيع بالوصف وإبرام العقود.
٤. تقديم المعلومات وممارسة الوكالات التجارية والتمثيل التجاري وخدمات النقل.
٥. تقديم الخدمات المالية عبر المصارف الالكترونية وتنفيذ عمليات الدفع المالي عبر وسائل النقل الإلكتروني للأموال كالبطاقات الإلكترونية والحوالة الإلكترونية.
٦. إيجاد المصارف الإلكترونية وتدخلها كوسيط لضمان مصداقية التعامل وسريته بين المتعاقدين[1].

الفرع الثالث: سمات التجارة الإلكترونية.

ترتبط سمات التجارة الإلكترونية بنمو التجارة الإلكترونية وبالعوامل المساعدة عليها والتي أهمها:

١. انتشار استعمال النقود البلاستيكية وبطاقات الائتمان.

إنَّ ابتكار (بطاقات الائتمان) التي تصدرها المصارف والمؤسسات المالية من شأنها:

أ ـ اغناء الحامل عن استخدام النقود الورقية والمعدنية.
ب ـ تسهيل عملية التداول.
ج ـ مساعدة المصارف على زيادة الائتمان والتوسع في القروض.
د ـ إقبال الأفراد على هذا النوع من النقود والتعامل.
هـ ـ توفير الحماية للحامل في حالة ضياعها وفقدها وذلكَ بإبلاغ المصرف بواقعة الفقدان، مما يحفظ للحامل حقه وبالتالي تعرض من استحوذ عليها بطريق غير مشروع أو بسوء نية للمسؤولية الجنائية.
و ـ منح البطاقات للحامل مدة ائتمان يمكن من خلالها تسديد مسحوباته.

٢. التطور الكبير في استخدام الحاسبات وبرامجها.
٣. اتساع نمو شبكة الاتصالات الدولية (الانترنت[1]).

هـ ـ سندات الملكية، فيما عدا تلكَ المنصوص عليها في المادة (٢٠) من هذا القانون.
ونسجل تحفظاً على إيراد هذه الاستثناءات في القانون، ونرى أنَّ المستحسن أن ترد تلكَ الاستثناءات بقرارٍ يصدر عن الوزير المختص، استقراراً للتعاملات، ومنعاً من عملية التعديل التي ترد على القانون، فضلاً عن سهولة عمليّة التعديل لو صدر بقرارٍ وزاري.

(١) د.فائق محمود الشماع ـ التجارة الإلكترونية ـ دراسات قانونية ـ مجلة فصلية تصدر عن قسم الدراسات القانونية في بيت الحكمة ـ بغداد ـ العدد الرابع ـ السنة الثانية ـ كانون الأول٢٠٠٠/ شوال ١٤٢١ـ ص٣٨. المحامي يونس عرب ـ المصدر نفسه ـ ص٣. د. مصطفى كمال طه و وائل بندق ـ المصدر نفسه ـ ص٣٢٧.

تأسيساً على هذا فإنَّ للتجارة الإلكترونية العديد من السمات أهمها:
١. تميزها بخصوصية الطريقة التي تنعقد بها. واستخدام الوسائل التقنية الحديثة والمعلوماتية بدل الوسائل التقليدية.
٢. تخفيفها من الطابع المادي الورقي للبيانات والوثائق والمستندات.
٣. سرعتها في إنجاز العمليات التجارية بأقل جهد وأدنى تكاليف وأقصر وقت.
٤. توسيع نطاق الأسواق التجارية واستحداث أنماط جديدة من الأعمال التجارية من خلال:
أ ـ ظهور المتاجر الافتراضية وايجاد اسواق جديدة.
ب ـ ظهور المصارف الإلكترونية التي تعتمد وسائل الوفاء الالكتروني كالصك الالكتروني والحوالة الإلكترونية وإنتشار إستعمال النقود البلاستيكية وبطاقات الائتمان، ومباشرة النقل المصرفي للأموال والتحويل الحسابي.
ج ـ بيع الأسهم وتداولها وشراء الأوراق المالية من خلال أسواق المال وعبر الانترنت.
٥. تعمل على تطوير معايير المنافسة التجارية والأداء التجاري.
٦. تسهم في دعم وتطوير تقنيات الأعمال المالية والمصرفية من خلال توفير آلية الوفاء السريعة في التعامل والتنفيذ والأداء المالي والتي تنسجم وخصوصية هذه التجارة والغاية التي وجدت من أجلها[٢]).

المطلب الثالث: خصائص العقد الإلكتروني وطبيعته القانونية.

إذا كانت التجارة الإلكترونية (مزاولة الأعمال التجارية عبرَ الوسائل الحديثة على وجهِ الإعتياد). فإنَّ العقدَ الإلكتروني هو وسيلة هذه التجارة[٣])، لذا اشتمل هذا المطلب على:
أولاً: خصائص العقد الإلكتروني.
ثانياً: الطبيعة القانونية لعقد التجارة الإلكترونية.
وهو ماسنتناوله في فرعينِ مستقلين هما:

الفرع الأول: خصائص العقد الإلكتروني.

على الرغمِ من انتماء العقد المبرم عبر الانترنت لطائفة العقود، فإنَّ لهُ من السمات الخاصة التي تترتب عليها بالبداهة بعض النتائج القانونية ومنها:
أولاً- استخدامه وسائل تقنية الإتصالات والعنصر الإلكتروني طريقاً لانعقاده وتنفيذه.
ثانياً- انَّهُ ينتمي إلى طائفة العقود التي تُبرمُ عن بُعد. ويترتب على ذلكَ من أثر:
١. تمتع المستهلك في هذه العقود بحقِ الرجوع في العقد، وذلكَ طبقاً لتوجه المشرع الفرنسي والتوجه الأوربي لسنة (١٩٩٧) والخاص بحماية المستهلكين في العقود المبرمة عن بُعد، والمادة **L.121-16)** من (تقنين الإستهلاك) والتي تنص على أنَّه: (يجوز للمشتري في كل عمليات البيع عن بُعد إرجاع المنتج إلى البائع من أجل استبداله أو استرداد ثمنه في مدة سبعة أيام كاملة محسوبة من تاريخ تسليم طلبه، وذلكَ دونَ أي جزاءات باستثناء نفقات الإرجاع. فإذا صادف أن كانَ اليوم الأخير منها السبت أو الأحد أو يوم عطلة أو إضراب عن العمل، فإنَّهُا تمتد إلى أول يوم عملٍ يليه). وتبدأ المهلة المذكورة على النحو الآتي:
أ ـ من تأريخ تسليم الطلب بالنسبة إلى السلع.
ب ـ من تأريخ توقيع العقد بالنسبةِ إلى الخدمات.
ج ـ امتداد المدة المذكورة إلى أول يوم عمل يليه إذا صادف أن كان اليوم الأخير منها السبت أو الأحد أو يوم عطلة أو إضراب عن العمل[٤]).
٢. رد الثمن أو الاستبدال: وذلكَ طبقا للمادة (٦) من الشروط العامة للمركز التجاري الافتراضي **(INFONIE)** حيث: (يكون للمستهلك وفقاً للمادة **(L.121-16)** من تقنين الاستهلاك مدة سبعة أيام

---

(٢) سمير برهان ـ إبرام العقد في التجارة الإلكترونية ـ بحث في كتاب الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية ـ المصدر نفسه ـ ص١٠١.
(١) د.فائق محمود الشماع ـ المصدر نفسه ـ ص٣٨، ٤٠.
(٢) عبد الباسط جاسم محمد ـ انعقاد العقد عبر الانترنت ـ رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون/جامعة بغداد ـ ١٤٢٧ هـ ـ ٢٠٠٦م ـ ص٥.
(٣) د.أسامة أبو الحسن ـ المصدر نفسه ـ ص٥٥.

كاملة محسوبة من تاريخ التسليم لإعادة القطعة لنا من أجل استبدالها أو استرداد الثمن، وذلكَ دون أي مقابل باستثناء نفقات النقل).

٣. حق المستهلك في الضمان: حيثُ يتمتع المستهلك (بضمان اتفاقي) إلى جانب (الضمان القانوني)، وهو ما نصت عليه شروط المركز التجاري (**INFONIE**) في البند العاشر وبعنوان (الضمانات الاتفاقية): (يتمتع المستهلك بالضمانات التي ارتضاها المنتج وذلكَ وفقاً للشروط الأساسية لهذا الضمان والتي تُذكر على الشبكة مصاحبة لوصف المنتج). كما حرص البند (الحادي عشر) منهُ والذي ورد بعنوان (الضمان القانوني) على النص على أنَّهُ: (لا يجوز للشروط الخاصة بالضمانات الاتفاقية أن تُخفّض أو أن تُلغي الضمان المقرر قانوناً بشأن العيوب الخفية).

ثالثاً: أنَّهُ من العقود غير المسماة، وذلكَ لخلو أحكام القانون من تنظيمٍ خاصٍ لهذا النوع من العقود، ويترتبُ على ذلكَ من أثر ضرورة الاسترشاد بالأحكام العامة للعقدً، وبالأحكام الخاصة بالعقود المسماة والمشابهة على وجه الخصوص، إضافة إلى الاستعانة بالمبادئ العامة في نظرية الالتزام[١].

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لعقد التجارة الإلكترونية.

أثار تكييف عقد التجارة الإلكترونية وطبيعته القانونية في الفقه إتّجاهات عدة منها:

أولاً: العقود الإلكترونية من جهة عقود الإذعان. حيثُ ذهبَ الفقهاء في ذلكَ إلى اتّجاهين هما:

الأول: ويرى أنَّ العقود الإلكترونية من عقود الإذعان. لأنَّ المتعاقد لا يملكُ مناقشة المتعاقد الآخر في شروطهِ، وليسَ لهُ إلّا قبول العرض برمتهِ أو رفضه بكليتهِ. (فقد ذهب بعض الفقه الفرنسي إلى عدّ العقود المبرمة مع البائعين عبر الانترنت من قبيل عقود الإذعان إذا كانت (الشروط العامة للبيع مذكورة بموقع التاجر بحيث لا يكون أمام زائر الموقع (المشتري المحتمل) إلّا أن يقبلها أو ألّا يتعاقد مُطلقاً[٢]). ويرى الدكتور (أسامة أبو الحسن مجاهد): إنَّ هذه السمة من سمات عقود الإذعان وإن كانت ضرورية لعدّ العقد من عقود الإذعان إلّا أنَّها ليست كافية لعدّها كذلكَ، إذ يتبقى شرطان آخران هما: أن تكون السلعة أو الخدمة من الضروريات وشرط الإحتكار. فقد استقر الفقه على تعريف عقد الإذعان بأنَّه: (العقد الذي يُسلم فيهِ أحد الطرفين لشروطٍ مُقررة يضعها الطرف الآخر ولا يسمح بمناقشتها وذلكَ فيما يتعلق بسلع أو مرافق ضرورية تكون محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المناقشة محدودة النطاق بشأنها[٣]).

ومع هذا فإنَّنا نشير إلى إنَّ المادة (م١٠٠مدني مصري،١٦٧مدني عراقي) قد وضعت تحديداً عاماً لعقد الإذعان، مما يجعل فكرته تتسع لما قد يُسفرُ عنهُ التطور الإقتصادي، فالعقود النمطية المعدّة مقدماً والتي لا يقبل في شأنها الموجب مناقشة قد أصبحت ظاهرة واسعة الإنتشار، ومما ساعدَ على ذلكَ ضخامة الإنتاج الحديث، وظهور الشركات الضخمة عبرَ الدول، وانتشار التعاقد عبر الحاسوب والأجهزة الحديثة، ولذلكَ فإنَّ الإتجاه الذي يتطلب هذه الشروط اتجاه تقليدي، كانَ يتفق مع النظرية القديمة التي كانت تتحفظ في كل مايقيده من مبدأ سلطان الإرادة، ولكنها اليوم أضحت شاذة في وقوفها في وجهِ حماية المستهلك وفق مفهوم واسعٍ لنظرية الإذعان[٤]). بينما يرى آخرون أنَّه يُمكن عدُّ العقود النمطية المبرمة الكترونياً عقود إذعان في مفهوم القانون المدني من حيث تفسيرها لمصلحة الطرف المُذعنِ وجواز إبطال مايرد فيها من شروط تعسفية[٥]).

الثاني: حيث يرى أنَّ العقود الإلكترونية عقود رضائية.

---

(١) د.جمال الكناس ـ إبرام العقود الإلكترونية في ضوء أحكام القانون الكويتي والمقارن ـ ورقة عمل مقدمة في ندوة وزارة العدل حول الجوانب التنظيمية والقانونية للاتصال الالكتروني ـ نوفمبر ٢٠٠١ ـ ص١٧. د.عايض راشد المري ـ تأملات ـ المصدر نفسه ـ ص١٣٥.

(2) Olivier Hance et Suzan DIONNE- BALZ: Business et droit d Internet, 1977- p33.
نقلاً عن د. أسامة أبو الحسن مجاهد ـ المصدر نفسه ـ ص٢٦.

(٣) د. أسامة أبو الحسن مجاهد ـ المصدر نفسه ـ ص٢٧ مع الإشارة إلى د.عبد المنعم فرج الصدة ـ عقود الإذعان في القانون المصري ـ أطروحة دكتوراه ـ القاهرة ـ ١٩٤٦ـ ص٧٧، د. عبد الرزاق السنهوري ـ الوسيط في شرح القانون المدني ـ الجزء الأول ـ العقد ـ ١٩٨١ـ ص٢٩٣.

(٤) د.حمدي عبد الرحمن ـ الوسيط في النظرية العامة للالتزامات ـ الكتاب الأول ـ المصادر الإرادية للإلتزام والإرادة المنفردة ـ دار النهظة العربية ـ الطبعة الأولى ـ ١٩٩٩ـ ص٥٨ ومابعدها.

(٥) انظر د. محمد سعد خليفة ـ مشكلات البيع عبر الانترنت ـ دار النهضة العربية ـ القاهرة ـ ٢٠٠٢ ـ ص٢٧. مع الهوامش المشار إليها.

ثانياً: من حيث طبيعة ومحل عقد التجارة الإلكترونية.

بالنظر لاتساع النطاق العملي للتجارة الإلكترونية فقد ذهبَ الفقه والقضاء إلى اتجاهات عدة:

الأول ـ العقد الإلكتروني عقد بيع سلعة.

الثاني ـ العقد الإلكتروني أمَّا أن يكونَ عقد بيع سلعة أو عقد بيع خدمة.

الثالث ـ العقد الإلكتروني من طبيعة خاصة. يجمع فيها بين كونهِ عقد بيع منتج وبرنامج تتمثل فيهِ حقوق الملكية الفكرية للمؤلف.

الرابع: التجارة الإلكترونية اتجار بالخدمةِ لا بالبضائع. ويستند هذا الاتجاه إلى أنَّ التجارة الإلكترونية قد جرى تصنيفها عالمياً في إطار مسعى منظمة التجارة العالمية (**WTO**) والخاص بإيضاح طبيعتها وإطارها القانوني ضمنَ مفهوم (الخدمات)، وقد تقرر ذلكَ في التقرير الصادر عن مجلس منظمة التجارة الدولية الخاص بالتجارة في الخدمات بتاريخ ١٩٩٩/٣/١٧، والمقدم إلى المجلس العام لمنظمة التجارة الدولية (**WTO**) حيثُ ذهبَ هذا التقرير إلى: (إنَّ تزويد الخدمات بالطرق التقنية يقعُ ضمن نطاق الاتفاقية العامة للتجارة في الخدمات (جاتس – **GATS**) على أساس أنَّ الاتفاقية تُطبق على كافة الخدمات بغض النظر عن طريقة تقديمها، ولأنَّ العوامل المؤثرة على التزويد الإلكتروني للخدمات هي نفسها التي تؤثر على تجارة الخدمات، ومن هنا تخضع عمليات تزويد الخدمة بالطرق التقنية إلى كافة نصوص اتفاقية التجارة العامة في الخدمات (الجاتس) سواء في ميدان المتطلبات أو الالتزامات، بما فيها الإلتزام بالشفافية، التنظيم الداخلي، المنافسة، الدفع والتحويلات النقدية، دخول الأسواق، المعاملة الوطنية، والإلتزامات الإضافية) هذا مع مراعاة (أنَّ هناكَ حاجة لتحديدِ الموقف من عملية تسليم البضائع المنتجة بطرقٍ تقنية، وهناكَ حاجة لتصنيفِ البضائع وذلكَ لتحديد ما إذا كانت هذه الأنشطة تخضع للإتفاقيةً العامة للتجارة في (البضائع ـ السلع) (جات ـ **GAAT**) أم اتفاقية التجارة في الخدمات (جاتس **GATS**[1]).

المبحث الثاني: التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية ومشاكلها العملية.

يقوم التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية اليوم على أساسين هما:

١. التنظيم القانوني الدولي المتمثل بقوانين الاونسترال وغيرها.
٢. التنظيم القانوني الوطني المتمثل بالتشريعات الوطنية.

ويمكن القول أنَّ موقف الدول من التنظيم القانوني للتعاملات الإلكترونية ـ عموماً ـ لم يخرج عن واحدٍ من النظم الآتية:

١. السكوت التام وترك تنظيم هذه التعاملات لإجتهاد القاضي في ضوء القواعد العامة وغيرها من القواعد الخاصة مثل قانون الإثبات.
٢. الاكتفاء بتعديل قواعد الإثبات القائمة بالفعل بما يسمح باستيعابها لهذهِ التعاملات، وهذا ما استنهُ المشرع الفرنسي.
٣. إصدار تشريعات خاصة تنظم التعاملات الإلكترونية([2]).

وقد تحققت جهود تشريعية متميزة في العديد من الدول متخذة أنماطاً ثلاثة:

الأول: وضع تشريعات شاملة لتنظيم التجارة الإلكترونية بمختلف تحدياتها القانونية.

الثاني: وضع تشريعات جزئية في مواضيع تتصل بالتجارة الإلكترونية كالتواقيع الإلكترونية أو حجية مستخرجات الحاسوب أو حجية الرسائل الإلكترونية، وتشمل التدابير الجزئية أيضا تعديل بعض تشريعات الإثبات والإجراءات.

الثالث: إقرار استراتيجيات أو سياسات وطنية في حقل التجارة الإلكترونية ويندرج ضمن هذا المحور وضع الأدلة الإرشادية والتوجيهية[1]).

---

(١) اتفاقية (الجات) هي الاتفاقية العالمية للتجارة والتعرفة والمتعلقة بتحرير التجارة بالبضائع، أمَّا (الجاتس) فإنَّهُا الاتفاقية العالمية للتجارة بالخدمات، وقد أضيفت الأخيرة إلى اتفاقيات التجارة الدولية ضمن جولة (الاورغواي) الخاصة بالمفاوضات العالمية المتعلقة بتحرير التجارة الدولية والتي نتج عنها تأسيس منظمة التجارة العالمية (WTO) في ١٩٩٤/٤/١٥ لتبدأ العمل في ١٩٩٥/١/١، وتُعدُّ (الجات والجاتس) إضافة إلى اتفاقية (تربس) الخاصة بالملكية الفكرية، واتفاق فض المنازعات، الاتفاقيات الأربعة الرئيسة من بين اتفاقيات منظمة التجارة الدولية مضافاً إليها مجموعة ملاحق واتفاقيات يبلغ مجموعها الكلي (٢٨) اتفاقية. المحامي يونس عرب ـ منازعات التجارة الإلكترونية ـ المصدر نفسه ـ p3of 10.

(٢) د. ابراهيم الدسوقي أبو الليل ـ مجلة الحقوق الكويتية ـ ملحق العدد الثالث ـ المصدر نفسه ـ ص١٢.

أمَّا النظام القانوني للعقود الإلكترونية فإنّهُ يقوم اليوم على أساسين مختلفين هما:

١. الإبقاء على أحكام القواعد العامة في التعاقد.
٢. خضوع عقود التجارة الإلكترونية لقواعد خاصة تتوائم وطبيعة المعاملات الإلكترونية[٢]).

وعلى هذا فإنّنا سنتناول هذا المبحث في مطالب ثلاثة هي:

أولاً ـ المشاكل العملية للتجارة الإلكترونية والتعاقد عبر الانترنت.
ثانياً ـ التجارة الإلكترونية والقواعد العامة.
ثالثاً ـ النظام القانوني لقانون الاونسترال النموذجي.

المطلب الأول: المشاكل العملية للتجارة الإلكترونية والتعاقد عبر الانترنت.

تطرح عملية إنشاء العقود والصفقات من خلالِ شبكة الانترنت جملة إشكاليات على الصعيد القانوني، ويرجع أحد أسباب ذلكَ إلى تلكَ الشبكة بوصفها وسيلة تلكَ العقود وانفتاحها دولياً. حيثُ تتركز بعض تلكَ الإشكاليات بشكلٍ خاصٍ على:

١. مدى اعتراف القوانين التقليدية بقانونية إبرام هذه العقود، ومعيار انعقادها، وطريقة التعبير عن الإرادة، ومفهومي الإيجاب والقبول وكيفية تبادلهما.
٢. صعوبة تعيين هوية الأطراف المتعاقدة ومدى تمتعهم بأهلية التعاقد.
٣. تحديد زمان توقيع العقد ومكانه، وصعوبة تحديد الزمان والمكان الذي تمَّ فيهِ العرض والقبول. ويُثير اختلاف مكان المتعاقدين مسألة زمان انعقاد العقد خصوصاً إذا بعد مكان المتعاقد عن مكان الآخر أو تأخَّر وصول الرسالة لأي سببٍ كان.
٤. مسألة القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة.
٥. مشكلة الإثبات. وقانونية الدليل وقيمته (**Evidential Value**).
٦. طريقة الوفاء. وهذه تثير المشاكل المتعلقة بالثمن ومقابل الخدمة، وتتصل هذه التحديات بمفهوم النقود الإلكترونية، والحوالات الإلكترونية، وآليات الدفع النقدي الإلكتروني، وما يتعلق بذلكَ من مسائل الاعتراف بهذه الوسائل وتحديد مسؤوليات الأطراف ذات العلاقة.
٧. المسائل المتعلقة بالملكية الفكرية.
٨. عجز التشريعات القانونية التي تنظم أحكام العقود عموماً وقوانين الاستهلاك خصوصاً عن حماية المستهلك من الشروط التعسفية، وكذلك المتعاقدين الذينَ يُبرمونَ عقوداً وصفقات مع موردين متمركزين في دولٍ أخرى لا توفر إلا الحد الأدنى من الحماية لمواطنيها، أو لاتوفر أي حمايةٍ خاصة أصلاً[٣]).
٩. إمكانية اختراق المواقع الإلكترونية وشبكة الإتصالات وإجراء عمليات النقل المصرفي وتحويل الأرصدة وعمليات القرصنة[٤]).

---

(١) المحامي يونس عرب ـ منازعات التجارة الإلكترونية ـ المصدر نفسه -p3of 10.

(٢) فؤاد العلواني ود. عبد جمعة موسى الربيعي ـ الأحكام العامة في التفاوض والتعاقد ـ التعاقد عبر الانترنت ـ عقود البيوع الدولية ـ بغداد ـ ٢٠٠٣ ـ ص٧١.

(٣) د. طوني ميشال عيسى ـ التنظيم القانوني لشبكة الانترنت ـ الطبعة الأولى ـ ص٢٩ـ ٣٠، ٢٥٧.د. أسامة أبو الحسن مجاهد ـ المصدر نفسه ـ ص١٥ مع الهوامش المشار إليها. د. محمد سعيد خليفة ـ المصدر نفسه ـ ص٩. د.إبراهيم الدسوقي أبو الليل ـ مجلة الحقوق الكويتية ـ ملحق العدد الثالث ـ المصدر نفسه ـ ص١٠.

(٤) أدت الآلاف من أوامر البحث عن المعلومات في شباط عام ٢٠٠٠ على موقع (الياهو) إلى شلّهِ وانهياره عندما استخدم قراصنة الحاسوب (الهكرز)(٥٠) جهاز حاسوب في إصدار تلكَ الأوامر، وطالَ ذلكَ الهجوم أيضاً موقع شبكة (C.N.N) الإخبارية وشركتي (أمازون) و(باي) وهما من كبريات شركات التجارة على الانترنت مما تسبب في خسائر اقتصادية ضخمة. ندى علي عبد اللطيف ـ النظام القانوني الدولي للاتصالات ـ رسالة ماجستير من جامعة بغداد ـ ٢٠٠١ ـ ١٤٢١هـ ـ ص١٢١مع الإشارة إلى جريدة القدس العربي ـ السنة الحادية عشر ـ العدد ٣٣٤٥ ـ الجمعة ـ ١١ شباط ٢٠٠٠ ـ لندن ـ ص١. كما نوه الأستاذ (باسيل يوسف) برأي لأحد خبراء المعلوماتية لدى محكمة (باريس) أشار فيهِ إلى أنَّ الأمان يجب أن يكونَ شاغلنا الأكبر في كلِ الأوقات، كما يجب أن يكونَ شاغل كل المستعملين للأنظمة المعلوماتية على كل المستويات، وأنَّ الكوارث المعلوماتية نتيجة الغش لاتُعلن عادة، ويتأكد لنا ذلكَ إذا طالعنا إحصاء فرنسياً أشارَ إلى ازدياد قيمة هذه الكوارث في عام ١٩٨٦ على (٧) مليارات فرنك، وتجاوزها عام ١٩٨٧ على (٨ مليارات فرنك)، أما على الصعيد العالمي فقد أشارَ الأستاذان (Anoury&Poulet) عام ١٩٨٥ إلى أنَّ الغش المعلوماتي كلف (اليابان)(٣٠ مليون دولار) وكلف الولايات

إنَّ هذه التحديات وغيرها يُمكن أن تتحدَّد في ضوء مراحل هذه التجارة بالآتي:

أولاً: التحديات العملية: حيثُ تشمل:

١. المرحلة السابقة على التعاقد الفعلي: وتُرافق هذه التحديات سائر المراحل اللاحقة لأنشطة التجارة الإلكترونية، والتي منها الموثوقية وحماية المستهلك[١]).

٢. مرحلة إبرام العقد. حيثُ يتلاقى فيها الإيجاب والقبول، وهنا تظهر مشكلتان رئيستان:

أ ـ توثق كل طرفٍ من صفةِ الطرف الآخر وشخصهِ ووجودهِ، ومن بين وسائل حل هذا التحدي إيجاد جهاتٍ محايدةٍ تتوسط بين المتعاقدين (سلطات الشهادات الوسيطة) لجهةِ ضمان التوثق من وجود كل منهما وضمان أنَّ المعلومات تتبادل بينهما حقيقية، من خلالِ إرسال رسائل التأكيد أو شهادات التوثيق لكلِ طرفٍ تؤكد فيها صفة الطرف الآخر.

ب ـ حجية العقد الإلكتروني أو القوة القانونية الإلزامية لوسيلة التعاقد، وهذه يضمنها في التجارة التقليدية توقيع الشخص على العقد المكتوب أو على طلب البضاعة أو نحوه، أو البينة الشخصية (الشهادة) في حالة العقود غير المكتوبة لمن شهد الوقائع المادية المتصلة بالتعاقد سواء أكان في مجلس العقد، أو فيما يتصل بانفاذ الأطراف للإلتزامات بعد إبرام العقد. غير أنَّ بيئة التجارة الإلكترونية أوجدت وسائل تتفق وطبيعتها، ومن هنا وجدت وسيلة التوقيع الرقمي (**Digital Signature**) لتحقيق وظيفة التوقيع العادي.

٣. مرحلة تنفيذ العقد. وتتمثل بتنفيذ المتعاقدين لالتزاماتهما، فيُلزم البائع أو مورد الخدمة بتسليم المبيع أو تنفيذ الخدمة، كما يُلزم المشتري بالوفاء بالثمن، ولكلِ التزام منهما تحدّ خاص بهِ، فالإلتزام بالتسليم يُثير مشكلات التخلف عن التسليم أو تأخره، أو تسليم محلٍ تختلفُ فيهِ مواصفات الإتفاق، وهي تحديات مشابهة لتلكَ الحاصلة في ميدانِ الأنشطة التجارية التقليدية، أما دفع البدل أو الثمن، فإنّهُ يُثير مشاكل عدة منها وسائل الدفع التقنية، كالدفع بموجب بطاقات الإئتمان، أو تزويد رقم البطاقة على الخط، وهو تحدٍ نشأ في بيئة التقنية ووليد لها، إذ يُثير اسلوب الدفع هذا مشاكل منها:

أ ـ أمن المعلومات المنقولة.

ب ـ شهادات الجهات التي تتوسط عملية الوفاء من الغير الخارج عن علاقة التعاقد أصلاً.

ج ـ تحديات الأنشطة الإجرامية في ميدان إساءة استخدام بطاقات الإئتمان وأنشطة الاستيلاء على رقمها وإعادة إستخدامها لغرضٍ غير مشروع.

ثانياً: التحديات العامة: وهي التحديات التي تتعلق بالنشاط ككل لا بمراحل تنفيذهِ. وتشمل:

١. تحدي خصوصية العلاقة بين المتعاقدين وخصوصية المعلومات المتداولة بينهما.

٢. تحد حماية النشاط ككل من الأنشطة الجرمية لمخترقي نُظم الحاسبات والشبكات، أو ما يعرف عموماً بجرائم الحاسوب.

٣. تحدي مشكلات الاختصاص القضائي في نظر المنازعات التي تظهر بين أطراف العلاقة التعاقدية، ففي بيئة الانترنت، تزول الحدود والفواصل الجغرافية، وتزول معها الإختصاصات المكانية لجهات القضاء، ومن هنا يثور التساؤل والنزاع في أي قضاء يحكم المنازعة وأي قانون يُطبق عليها عند اختلاف جنسية المتعاقدين، وهو الوضع الشائع في حقل التجارة الإلكترونية[٢]).

ومن بين أهم تلك المشاكل هي:

أولاً: حماية الاسم التجاري.

ثانياً: العنوان التجاري.

ثالثاً: الملكية الفكرية.

وهو ما سنتناوله على مدار فروعٍ ثلاثة.

المتحدة الأمريكية (١٠٠ مليون دولار) د. باسيل يوسف ـ المصدر نفسه ـ ص٦٦. د. محمد حسام محمود لطفي ـ استخدام وسائل الاتصالات الحديثة في التفاوض على العقود وإبرامها ـ القاهرة ـ١٩٩٣ـ ص٤١.

(١) من هذه التحديات ١ـ توثق المستخدم أو المستهلك من حقيقة وجود الموقع أو البضاعة أو الخدمة.٢ـ مشروعية ما يقدم في الموقع من حيث ملكية مواده ذات الطبيعة المعنوية (مشكلات الملكية الفكرية).٣ـ حماية المستهلك من أنشطة الاحتيال على الخط والمواقع الوهمية.٤ـ الضرائب المقررة على عائدات التجارة الإلكترونية عبر الخط، ومعايير حسابها. المحامي يونس عرب ـ منازعات التجارة الإلكترونية ـ المصدر نفسه ـ ص٥.

(١) المحامي يونس عرب ـ التحديات القانونية للتجارة الإلكترونية ـ المصدر نفسه ـ p1of10. منازعات التجارة الإلكترونية ـ المصدر نفسه ـ ص٤ـ٥.

الفرع الأول: حماية الاسم التجاري.

يُقصد بالاسم التجاري: كل تسمية يزاول النشاط التجاري بموجبها أي شخص طبيعي أو معنوي. ويتألف الإسم التجاري من كل مصطلح مُبتكر يعني بالنسبةِ للجمهور أي منشأة تجارية يديرها شخص طبيعي أو شركة يُمكن التأثير بهِ واستقطابه للتعاملِ معها[١]. ويُعدُّ الاسم التجاري عنصراً موضوعياً يتعلق أساساً بالمنشأة التجارية لغرضِ تمييزها عن غيرها من المنشات الأخرى[٢]. ويُضفي قانون التجارة على الاسم التجاري المُسجّل وفقاً لأحكام القانون حماية تتمثل بحقِ معارضة من يُسجل الاسم للغير في استعمالهِ في النشاط التجاري الذي يمارسه. إذ تنص (الفقرة الأولى من المادة ٢٤) من قانون التجارة العراقي رقم (٣٠ لسنة ١٩٨٤) على أنّه: (من قيّد في السجل التجاري أسماً تجارياً وفقاً لأحكام هذا القانون فلا يجوز استعماله من قِبَلِ شخصٍ آخر في نوع التجارة الذي يزاوله صاحب الإسم ضمن حدود المحافظة أو المحافظات التي تمَّ قيده فيها). ويؤخذ بنفس الحكم، حسب تقديرنا ـ كما يقول أستاذنا الدكتور باسم محمد صالح ـ عند استعمال الغير لاسمٍ مشابهٍ للاسم التجاري المسجّل قبلاً بحيث يؤدي ذلكَ التشابهِ إلى الخلطِ بينهما[٣].

ولاتقتصر مشكلات الملكية الفكرية التي تثور بمناسبة استعمال المعلومات عبر الانترنت على المشاكل التقليدية الرئيسة التي تُنظمها أغلب منازعات الملكية الفكرية وهي حماية صاحب الفكر المبتكر، بل طرح العمل مشكلات لايُتصور حدوثها إلّا على شبكة الانترنت، ومن ذلكَ ماجرى عليهِ العمل من أنَّ من يسبق في تسمية موقع على الشبكة فإنّهُ يكون صاحب الحق في هذه التسمية، وقد ثارت المشكلة عندما تبيّن أنَّ تسمية الموقع تُماثل الاسم التجاري لإحدى الشركات، ولكنَّ الاتجاه العام للمحاكم الأمريكية قد رجّح مصلحة صاحب الاسم التجاري. وهو ذات الاتجاه الذي سارت فيهِ المحاكم الفرنسية في حُكمين حديثين لها حيثُ قضت محكمة (باريس) الإبتدائية بأنَّ استخدام تسمية **(Galeries Lafayette)** الخاصة بسلسلة المحلات الفرنسية الشهيرة كتسمية لموقع لا يخصّها على شبكة الانترنت يُعدُّ من قبيل الاعتداء على اسم هذه الشركة التجاري المعروفة بهِ في كلِ أنحاء العالم، وهو ما قضت به أيضاً محكمة (نانتير) الابتدائية لمصلحة شركة **(Lancome)** لمستحضرات التجميل، بل أنّهُ يلاحظ في هذه الدعوى الأخيرة قد بالغت بحماية الاسم التجاري للشركة إذ أنَّ اسم الموقع على شبكة الانترنت كانَ **(Lancome)** وليسَ **(Lankome**[٤]).

الفرع الثاني: العنوان الإلكتروني (Domain Name)

عندما انتقلت المعاملات من أرضِ الواقع الى شبكة الانترنت، وظهرت (التجارية الإلكترونية)، أصبح الانترنت بالنسبة للشركات والمشاريع وسيلة لإعلانِ منتجاتها وخدماتها، مع بيانٍ للمعلومات المتعلقة ببلدِ الإنتاج، والمواصفات، والثمن، وطريقة التسليم، وغيرها. ومع انتشار المواقع الإلكترونية إتجهت الأنظار إلى (العنوان الإلكتروني). ولسهولة الوصول إلى تلكَ المواقع اتّخذت الشركات عنوانها الإلكتروني من (اسمها التجاري) أو (علامتها التجارية) حتى تُميّز موقعها عن موقع الشركات المنافسة لها. فصارَ (العنوان الإلكتروني) دالة الشركات على الشبكة. فقامَ العنوان بالدور الذي تقومُ بهِ عناصر الملكية الصناعية على أرض الواقع. وأصبحَ هذا هو الدور الجديد للعنوان التجاري. ومن هنا صار العنوان التجاري مطمعاً للمشاريع المتنافسة التي سارعت فاتخذت عناوين لاتمتلك عليها أي حقٍ أو مصلحةٍ مشروعة، وصار بيع العناوين الإلكترونية لاصحابها من جديد تشكل (سوقاً) فاعتدت بذلكَ على حقوق الشركات الاخرى، فشكّلت تلكَ السلوكيّات في الواقع الجديد نوعاً من الاعتداء والسطو على حقوق الآخرين[٥].

---

(1) Ripert et Roblot:thaite elementaire de droit commercial 1972.p 487.De Juglart et Ippolito: Traite de droit commercial 1953.F2 ets. Tahler et percereau: traite elementaire de droit commercial .p38 ets.

(2) Houin et R.Rodiere: droit commercial.1970. p76.

(٤) استاذنا الدكتور باسم محمد صالح ـ القانون التجاري ـ القسم الأول ـ منشورات دار الحكمة ـ مطبعة جامعة بغداد ـ بغداد ـ ١٩٨٧ ـ ص١٤٤.

(4) T.G.I Paris, 25 mai 1999 ; T.G.I Nanterre ordonnance de refere, 16 septembre 1999;Bertrand NOUEL ,Olivier COUSI et Jean GASNAULT: Au fil du net, Actualies Juridiques des reseaux de communication , Gazette du palais , Vendredi 7 , samedi 8 Janvier 2000 p.10.

د. أسامة أبو الحسن مجاهد ـ المصدر نفسه ـ ص١٧. مع الهوامش المشار إليها.

(١) هناك العديد من المواقع عبر شبكة الانترنت المختصة ببيع العناوين الإلكترونية ملحقاً بهِ ثمنه، وتسجل المجلات المختصة بالإنترنت والعناوين الإلكترونية ارتفاعاً ملحوظاً في أثمان هذه العناوين، بخاصة إذا كانت تمثل علامات دولية مشهورة. فعلى

الفرع الثالث: الملكية الفكرية.

تخضع حقوق الملكية الفكرية اليوم إلى العديد من الاتفاقيات الدولية والتي منها:

١. اتفاقية (برن) الخاصة بحماية المصنفات الأدبية لسنة ١٨٨٦ (المعدلة).
٢. اتفاقية (جنيف) الخاصة بالملكية الفكرية لسنة ١٩٩٣(تربس[١]).
٣. اتفاقية حقوق التأليف التي تبنتها المنظمة العالمية للملكية الفكرية **(WIPO)** في جنيف بتاريخ ٢٠/كانون الأول/ ١٩٩٦ حيث تهدف إلى حماية حقوق المؤلف من الاستعمال غير المشروع بوصفهِ من المصنّفات الفكرية.

لقد أظهرت الدراسات البحثية أنَّ دولاً كثيرة قد سنت تشريعات شاملة في حقل حماية البيانات **(Data Protection)**، كما أنَّ دولاً أخرى تبذل جهوداً تشريعية لوضعِ قوانين في ذات الحقل أو تعديل قواعدها القانونية القائمة لتحقيق حماية البيانات وتحديداً البيانات الشخصية والأسرار من مخاطر المعالجة الآلية للبيانات، ويرجع هذا النشاط التشريعي إلى عوامل عدة منها:

١. رغبة الدول في التؤائم مع متطلبات عصر العولمة وخشيتها من المخاطر المتزايدة لوسائل معالجة ونقل البيانات.
٢. الرغبة في تشجيع التجارة الإلكترونية وتنظيمها والتي يُعدُّ من بين أهم موضوعاتها مسائل الخصوصية[٢]).

المطلب الثاني: التجارة الالكترونية والقواعد العامة.

وهنا يجب التأكيد على نقطتين، تتعلق الأولى بطبيعة التجارة الإلكترونية، وتتعلق الثانية بطبيعة العقد الإلكتروني، فنشير إلى:

أولاً: إنَّ التجارة الإلكترونية ليست بالبداهة إلّا نمطاً من أنماط التجارة، لذا يُلاحظ أنَّ القانون الفرنسي لم يُعرف هذا النشاط، ولكنهُ عرف العمل التجاري فقط، فالتجارة هي: (ممارسة العمل التجاري على وجه الاعتياد).

سبيل المثال وصل ثمن العنوان الإلكتروني (altavista.com) إلى (٣,٣ ملايين) دفعتها شركة Compaq لتحصل عليه لنفسها، ووصل ثمن العنوان الالكتروني (business.com) إلى (٥و٧ مليون دولار) الذي اشترته شركة E-Companies. ووصل ثمن العنوان الإكتروني "mp3 audiobooks.com" إلى (٨ ملايين دولار)، وثمن العنوان الإلكتروني ("drugs.com) إلى ٨٠٠ ألف دولار انظر .د. شريف محمد غنام ـ حماية العلامات التجارية عبر الانترنت في علاقتها بالعنوان الإلكتروني ـ القسم الأول ـ مجلة الحقوق ـ العدد الثالث ـ السنة الثامنة والعشرون ـ مجلس النشر العلمي ـ الكويت ـ شعبان ١٤٢٥هـ ـ سبتمبر ـ٢٠٠٤ـ ص٣١٥ ـ٣١٧، ٤٠٥. مع الهوامش المشار اليها.

(٢) تولدت هذه الاتفاقية عن مفاوضات اتفاقية التجارة الحرة (Gatt) والتي تضمنت حماية الملكية الفكرية بوصفها إحدى المسائل المهمة المتعلقة بالتجارة. وقد عالجت الاتفاقية المبادىء الأساسية (للجات) واتفاقيات الملكية الفكرية، وتناول القسم الثاني منها مسائل عدة منها حقوق الطباعة والعلامات التجارية والتصاميم الصناعية وبراءات الاختراع والأسرار التجارية.

(٣) الخصوصية وحماية البيانات الشخصية ـ بحث من الانترنت ـ الشبكة القانونية العربية. ARAB L@W NET _Law Subjects_ P1of 1. ومن التطبيقات النادرة مجموعة أحكام ضمها كتاب (Cent Mille Milliardes de poemes) لمؤلفه (Raymond Quenean) حيث قام طالب متخصص في فن الاتصالات بإعادة عرض صفحات خاصة من أحد المصنفات، كما قامَ بعرضهِ كثير من مواقع الانترنت، وعندما علم ورثة المؤلف بذلك سارعوا إلى حماية المصنف وأثاروا غيابَ الإذنِ المسبق بإعادةِ الطرح، وكانَ المُصنف ذاته محل حكمٍ آخر من قاضي الأمور الوقتية لمحكمة (باريس) في ١٩٩٧/٧/١٠، وكانت الدعوى مرفوعة من قبل وكالة حماية البرامج الفرنسية (A.P.P) وقد أثار هذا الحكم المسائل الآتية:

١. أنَّ عرض المصنف من جانب أحد الباحثين على شبكة الانترنت يُعدّ إعادة طرح للمصنف بدونِ إذنِ صاحبه.
٢. أثار المدعى عليه في هذه الدعوى أنَّ إعادة الطرح أو العرض قد تمت في نطاقٍ ضيق مما يُعدّ استعمالاً خاصاً للمصنف، ويدخل في الاستثناءات التي قررها قانون الملكية الفكرية على حماية حق المؤلف، وبخاصةٍ عندَ غياب اتصال الجمهور بهذا المؤلف، مما يُبرر غياب قصد نشر محتوى المصنف على الجمهور، كما تمسك المدعى عليه بانتفاء المقابل لإعادة الطرح للإعفاء من المسؤولية.
٣. أثار الحكم والتعليق عليهِ مدى تمسك تأثير التقدم العلمي والتقني على مضمون الحق الأدبي للمؤلف، وهل يُمكنُ أن يبرر هذا التقدم على التعديلات والتحويرات التي يمكن إدخالها على المصنف مادام روح المصنف أو الفكرة الأساسية التي قامَ عليها قد تمَّ احترامها.
٤. أثار الحكم أخيراً مدى إمكانية عدّ إعادة طرح المصنف من جانب المدعي أو المدعى عليهم أو القضاة في ساحات المحاكم من قبيلِ الاستعمال الشخصي أو العائلي للمصنف، وبالتالي لا اعتداء فيهِ على حق المؤلف، وإن كانَ التعليق على الحكم قد رأى أنَّ في ذلكَ توسيعاً خطيراً لفكرة الاستعمال العائلي. د. محمد عبد الظاهر حسين ـ المسؤولية القانونية في مجال شبكات الانترنت ـ المصدر نفسه ـ ص٢٣ـ٢٥.

ومن هنا فلن تكون التجارة الالكترونية سوى ممارسة الأعمال التجارية التي نصت المادة (٦٢٢) من تقنين التجارة الفرنسي بوسيلة الكترونية على سبيل الاعتياد، ومن ثمَّ يُمكن القول: إنَّ التجارة الإلكترونية لاتختلف كثيراً عن التجارة بصفة عامة من حيث مضمونها ومحترفيها، أما وجه الخصوصية فيها فيتمثل في الحقيقة في وسائل مباشرتها[١]).

ثانياً: إنَّ العقد الإلكتروني من العقود غير المسماة ـ كما سبقَ الإشارة إليهِ ـ ويُبنى على هذا ضرورة الاسترشاد بالأحكام العامة للعقد، وبالأحكام الخاصة بالعقود المسماة والمشابهة على وجه الخصوص، إضافة إلى الاستعانة بالمبادئ العامة في نظرية الالتزام. ويتفرع على هذا:

١ ـ أنَّ العقد الالكتروني ليسَ إلَّا توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني، سواء كانَ هذا الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهاءه، ولذا لم يتوان قانون التجارة الكويتي عن الإشارة في المادة (٨) منهُ على أنَّه: (يجوز استخدام المستند الإلكتروني للتعبير عن الإيجاب والقبول في إبرام العقود ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك). وقد نصَّ قانون التجارة الإلكترونية البحريني في المادة (١٠) منه/ إبرام العقود على أنَّهُ: (في سياق إبرام العقود يجوز التعبير كلياً أو جزئيًا عن الإيجاب والقبول وكافة الأمور المتعلقة بإبرام العقد والعمل بموجبه، بما في ذلك أي تعديلٍ أو عدولٍ أو إبطالٍ للإيجابِ أو القبول عن طريق السجلات الإلكترونية ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك. وهذا الإتّجاه يتسق مع توجه القانون المدني في إمكانية التعبير عن الإرادة باللفظ والكتابة أو الإشارة الشائعة الاستعمال أو المبادلة الفعلية الدالة على التراضي أو باتخاذ أي موقف آخر لاتدع ظروف الحال شكاً في دلالته على حقيقة المقصود منه.

٢ ـ يُشترط لانعقاد العقد في عقود المعلومات والعقود الإلكترونية الأركان المطلوبة في القواعد العامة، فلا بد من تراضٍ ومحلٍ وسبب، وقد تتميز عقود المعلوماتية بخاصيةٍ تتعلق بالحقوقِ الأدبية والفنية الواردة على أحد عناصر نظام المعلوماتية، فقوانين حق المؤلف تشترط الكتابة إذا كانَ العقد وارداً على حقٍ من حقوق المؤلف المالية، وعدّت بعض قوانين الدول العربية الكتابة ركناً من أركان العقد في هذه العقود، وأنَّ الشكلية جاءت لحماية حقوق المؤلف من الاعتداء عليها وحماية حقهِ في الإثبات. ويرى الإتجاه السائد أنَّ وظيفة الشكلية هنا هي أداة إثبات لا غير.

٣ ـ لا جديدَ في ركن (السبب)، فالنظرية العامة للعقد كافية لحل مشاكل السبب في هذه العقود[٢]). كما أنَّها تشترط في محل العقد على الأشياء أو الأموال والحقوق والخدمات أن لاتخرج عن التعامل بطبيعتها أو بنص القانون[٣]).

٤ ـ لا يختلف العقد الإلكتروني عن العقد التقليدي إلّا في طريقة الانعقاد أو وسيلته التي تتم باستخدام أجهزة الإتصال الحديثة ذات التقنية العالية ومنها شبكة الانترنت، وفي خاصية الانعقاد ـ عبر تلك الوسائل ـ عن بعد من ناحية المكان، مع وجود نوع من (المعاصرة) من ناحية الزمان[٤]).

٥ ـ لا يتميز العقد الإلكتروني عن العقد التقليدي من حيث التكوين، إذ يبقى ارتباط الإيجاب بالقبول كافياً لانعقادهِ استناداً إلى مبدأ الرضائية متى استوفى العقد شرائط صحتهِ دونَ أن يمنع ذلكَ من أن تكون وسيلة التعبير عن تلك الإرادات أو الوصول إليها لالتقائها الكترونية حديثة[٥]).

٦ ـ طبقاً لأحكام البند السابع من العقد النموذجي الفرنسي فإنَّ موافقة المشتري يجب أن تتضمن تحديداً لبعض العناصر، وهي الشيء أو الخدمة المتعاقد عليها والثمن وطريقة التسليم والطريقة التي تتم بها خدمة مابعد البيع. وهذا الحكم هو مايتفق وحكم القواعد العامة (١٢٨) مدني عراقي/(٨٩) مدني مصري. وفيهما يتم التعبير عن الإرادة بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن ارادتين متطابقتين يتجهان إلى إحداثِ أثرٍ قانوني.

---

(١) د. أسامة أبو الحسن مجاهد ـ المصدر نفسه ـ ص٢١، ٣٥.

(٢) د. نوري حمد الخاطر عقود المعلوماتية ـ دراسة في المبادئ العامة في القانون المدني ـ دراسة موازنة ـ ص٨. وانظر تقييد حرية التعاقد في نطاق التصرفات الواردة على حقوق المؤلف المالية ـ دراسة مقارنة ـ الجامعة الأردنية ـ مجلة دراسات ـ مجلد ٢٦ ـ عدد ٢ ـ ١٩٩٩.

(٣) د. محمد سعيد خليفة ـ مشكلات البيع عبر الانترنت ـ دار النهضة العربية ـ القاهرة ـ ٢٠٠٢ ـ ص٤٨.

(١) عبد الباسط جاسم محمد ـ المصدر نفسه ـ ص١٤.

(٢) نافع بحر سلطان ـ المصدر نفسه ـ ص١٤ـ ١٥. عبد الباسط جاسم ـ المصدر نفسه ـ ص٢٤.

٧ ـ اعتماد عقود التجارة الإلكترونية على الأحكام والآليات التعاقدية التي تسري على العقود بوجهٍ عام، فضلاً عن الأحكام التعاقدية التي شرّعتها بعض الدول خصيصاً إلى عقود المسافة أو المعقودة بواسطة إحدى وسائل أو تقنيات عن بُعد، لاسيما القواعد التي تهدف إلى حماية المستهلكين بعد أن ثبتت جدية المخاطر التي يتعرض إليها هؤلاء من هذا النوع من العقود[١].

٨ ـ إذا كانت نظرية الالتزام والقانون المدني يتسعان للعقود الإلكترونية فإنَّ ذلكَ يجب أن لايؤخذ على إطلاقه، وذلكَ لاختلافِ الوسيلة في العقد الإلكتروني، مما يتطلب معالجة قانونية تتوائم وطبيعة تلك الوسائل وطبيعة هذه التجارة. ومن ذلك:

أ ـ ما أشارت إليهِ المادة (٢/١٠ كويتي) من منح المنشئ فرصة التخلص من الإيجاب الذي قد يعتقد المرسل إليه أنَّهُ مُرسل من المنشئ، فنص على: (إذا تسلّم المُرسل إليهِ إشعاراً من المنشئ يُفيدُ بأنَّ المُستند الإلكتروني لم يصدر عنه، وذلكَ بشرط أن يصل الإشعار إليهِ في مدةٍ معقولة بالنسبةِ للمُرسل إليهِ فلا يُعدُّ قد قام بتنفيذ ما تم الاتفاق عليه، أو يكون قد مضى فترة طويلة قبل وصول ذلكَ الإشعار. وهذه حالة تتسق وطبيعة التعامل على شبكة مفتوحة، فتحتمل حالة الاحتيال، وتوجب على المتعامل الاحتياط والتأكد. ونرى أن يستثنيها المشرع من الإيجاب من تمامه ـ إذا كانَ المرسل إليهِ قد علم، أو كانَ عليهِ أن يعلم إذا بذل العناية المعقولة أو استخدم أي إجراء معقولٍ متفقٍ عليهِ أنَّ المستند الإلكتروني لم يصدر عن المنشئ ـ وبالتالي من أن يُعدُّ إيجاباً قد يقابله قبولٌ فينعقد العقد، وهذا أمرٌ يُقصدُ بهِ حماية الشخص حسن النية الذي يبذل العناية الكافية في أنّ هذا الإيجاب الذي تمَّ عن طريق المستند الإلكتروني كافٍ لعدّهِ إيجاباً ينعقد بهِ العقد في حال ارتبط بقبول منه[٢].

ب ـ حالة وصول أكثر من رسالة الكترونية من المنشئ، والتساؤل فيما إذا عدت كل منها رسالة مستقلة أو أنَّها نسخة ثانية من الرسالة الأولى، حيث عَدّت المادة (٥/١٠) منه أنَّ كل مستند الكتروني يتسلمه المرسل إليهِ يُعدُّ مُستنداً مُستقلاً، وأنَّ عليه أن يتصرف على هذا الأساس إلّا إذا كانت نسخة ثانية منه، وعلم المرسل إليهِ، أو كانَ عليهِ أن يعلم إذا بذلَ العناية المعقولة، أو استخدم أي إجراء مُتفقٍ عليه أنَّ المستند إنَّما هو نسخة ثانية.

وإزاء هذه الحالات وغيرها فقد ذهب الفقه إلى اتجاهين هما:

الأول: ويرى (ضرورة التدخل التشريعي الفوري وإحداث ثورة تشريعية)، لأنَّ التطور التقني كشف عن (قصور) القواعد التقليدية في نظرية العقد، مما يجعلها غير صالحة لحكمِ المعاملات الجديدة كالبيع عبر الانترنت بوجه خاص، والتجارة الإلكترونية بوجهٍ عام.

الثاني: ويرى أنّهُ لاحاجة لإحداث مثل هذه الثورة التشريعية، فَالقانون المدني غنيٌ بقواعدهِ، كلُ ما في الأمر نحنُ بحاجةٍ إلى (تطويع) هذه القواعد بعض الشيء كي لاتصطدم مع التقنية الحديثة، ومن ثمَّ يجبُ إضافة بعض القواعد الخاصة وذلكَ لتحقيقِ الأمن لهذه المعاملات، فتكون البيئة القانونية بماضيها وحاضرها صالحة لحكمِ المعاملات المدنية والتجارية، التقليدية والحديثة).

الثالث: ويرى: أنَّنا لسنا بحاجةٍ إذا ماتَحدثنا عن التعاقد عن طريق شبكة الانترنت إلى نصوصٍ مُستقلةٍ في قانون خاصٍ بالتجارة الإلكترونية على أساس أنَّ النصوص الموجودة حالياً في القانون المدني (تكفي) لاستيعاب التعاقد عبر شبكة الانترنت، وأيضاً أي تعاقد عن طريق الإتصال عن بُعد[٣].

الرابع: ويذهب اليهِ ـ الدكتور محمد سعيد خليفة ـ حيث يرى: أنَّ القواعد التقليدية في نظرية العقد إنَّما تقف عند حد التعامل بين حاضرين وهذه هي القاعدة، أو بين غائبين ولكن بوسائل اتصال عادية، كالبريد والهاتف، ولأنَّ التعاقد عبر الانترنت قد انتشر انتشاراً واسعاً فقد أوجد مشكلات عملية تحتاجُ بلا شكٍ إلى حلولٍ قانونية تتناسب معها[٤].

ومعَ هذا فإنّهُ يجب أن يلاحظ:

١. إنَّ التجارة الإلكترونية تتضمن من المسائل مالاتسعف في علاجه القواعد العامة بشأن العقود على المستوى الوطني. وهنا تحتاج التجارة الالكترونية إلى عدد من القواعد الخاصة.

---

(٣) طوني ميشال ـ المصدر نفسه ـ ص٢٩ ـ٣٠.

(٤) د. عايض راشد المري ـ تأملات ـ المصدر نفسه ـ ص١٤٠.

(١) د. فايز الكندري ـ مجلة الحقوق الكويتية ـ ملحق العدد الثالث ـ المصدر نفسه ـ ص١٦.

(٢) د. محمد سعيد خليفة ـ المصدر نفسه ـ ص٧ـ٩.

٢. حاجة التجارة الإلكترونية إلى قواعد من شأنها مايلي:
أ ـ أن تُحقق نوعاً من التنسيق على المستوى الدولي.
ب ـ أن توفّر الثقة والأمان لعقود هذه التجارة وأطراف العلاقة.
ج ـ أن تُعالج القصور في مسألة حماية المستهلك تجاه المهنيين بصفة عامة).
د ـ أن تتفق والتطورات الحديثة في مجال التقنية.
هـ ـ أن تستجيب لحاجاتِ هذه التجارةِ المفتوحة والتي من خصائصها تحررها من المستندات الورقية.
وـ أن توفر الوسائل الملائمة لتمكين المحاكم من تقييم مصداقية البيانات الواردة في السجلات الحاسوبية.

وينبغي الإشارة إلى أنَّه إذا كانت القواعد العامة للعقد قابلة للتطبيق على هذا العقد فإنَّ هذه القواعد يجب أن تطوع بعض الشيء لكي لاتتصادم مع التقنية الحديثة، فاللجوء إلى الأدوات المعلوماتية والوسائل الإلكترونية في التعاقد لابدَّ أن يؤدي إلى استحداث بعض القواعد الخاصة التي يجب أن تحضى بالاهتمامات الكبيرة في هذا الشأن، هذا بالإضافة إلى تطبيق بعض القواعد الخاصة الموجودة سلفاً والتي قد تنطبق على هذا التعاقد[١]. ومن ذلكَ ما أشار القانون المدني في (م٨١) إلى إحدى الصور الخاصة بالقبول، وهي (السكوت الملابس) حيث تنص على:

١ ـ لايُنسب إلى ساكتٍ قول، ولكنَّ السكوت في معرض الحاجةِ إلى بيانٍ يُعدّ قبولاً.
٢ ـ ويعتبر السكوت قبولاً بوجهٍ خاصٍ إذا كانَ هناكَ تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل. أو إذا تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه، وكذلكَ يكون سكوت المشتري بعد أن يتسلم البضائع التي اشتراها قبولاً لما ورد في قائمة الثمن من شروط.

ويرى جانب من الفقه، أنَّ هذه الحالات الاستثنائية لابد أن تواجه بمنتهى الحذر في خصوص القبول عبر الانترنت، فلا يُمكن القول بأنَّ العرف يلعب دوراً فعلياً في التعاقد عبر الانترنت حتى وقتنا هذا، وذلكَ لحداثة هذا الشكل من أشكال التعاقد، وأنَّه لايجوز استنتاج قبول المتعامل من مجرد سكوتهِ لمجرد وجود حالة التعامل السابق، بمعنى آخر، إنَّ ظرف التعامل السابق لايكفي في التعاقد عبر الانترنت لعدّ هذه الحالة من حالات السكوت الملابس، بل يجبُ أن يقترن بهذا السكوت وبهذا التعامل السابق ظرف آخر يرجح دلالة السكوت على قبول المتعامل للتعاقد[٢].

بعد هذا، لابد من الوقوف النظام القانوني لقانون الاونسترال النموذجي بوصفهِ القانون الذي يسترشد بهِ المشرع الوطني عند وضعه القانون. وهوماسنتناوله في المطلب الآتي:

المطلب الثالث: النظام القانوني لقانون الاونسترال النموذجي.

يُقصد بالنظام القانوني هنا: الأحكام التي تخضع لها التجارة الإلكترونية في هذا القانون. وبُغية الوقوف على النظام القانوني لقانون الاونسترال النموذجي فإنّ من أهم تلكَ الأحكام هي:

أولاً: وظائف قانون الاونسترال وأهدافه.
ثانياً: المبادئ التي يقوم عليها قانون الاونسترال.
ثالثاً: الأسس التي يقوم عليها قانون الاونسترال.
رابعاً: التفسير.
خامساً: الطبيعة القانونية لقواعد قانون الاونسترال.
سادساً: الأثر العملي للغياب المادي للمتعاقدين.
سابعاً : تحديد زمان توقيع العقد ومكانه.
ثامناً: المحكمة المختصة والاختصاص القضائي.
وهو ماسنتناوله كلاً في فرعٍ مُستقل.

الفرع الأول: وظائف قانون الاونسترال وأهدافه.

تتمثل أهمية وظائف قانون الاونسترال وأهدافه كما جاء في ديباجته بالآتي:
١. تشجيع التنسيق والتوحيد التدريجيين للقانون التجاري الدولي وتنمية التجارة الدولية تنمية شاملة.
٢. تأمين الضمان القانوني في سياق استخدام التجهيز الآلي للبيانات في التجارة الدولية على أوسع نطاق ممكن.

---

(٣) د. أسامة أبو الحسن مجاهد ـ المصدر نفسه ـ ص ١٥،١٧، ٢٩.
(٤) د. أسامة أبو الحسن مجاهد ـ المصدر نفسه ـ ص٨٢ ـ٨٣.

٣. يساعد على نحو مهم جميع الدول في تعزيز تشريعاتها التي تنظم استخدام بدائل للأشكال الورقية للاتصال وتخزين المعلومات.
٤. يساعد على صياغة هذه التشريعات في حال عدم وجودها[١]).

الفرع الثاني: المبادئ التي يقوم عليها قانون الاونسترال.

يقوم قانون الاونسترال لتحقيق أهدافه على مجموعةٍ من المبادئ أهمها:
١. تيسير التجارة الإلكترونية بين الدول وداخلها.
٢. إقرار صحة المعاملات التي تجري بواسطة تقنية المعلومات الجديدة.
٣. ترويج وتشجيع استخدام تقنية المعلومات الجديدة عموماً، والتوقيعات الإلكترونية خصوصاً، وذلك بطريقةٍ محايدة إزاء التقنية.
٤. تعزيز توحيد القانون.
٥. دعم الأنشطة والممارسات التجارية.

الفرع الثالث: الأسس التي يقوم عليها قانون الاونسترال.

يرى الأستاذ (باسيل يوسف): ضرورة القراءة الشاملة والمترابطة لكافة أحكام القانون النموذجي وعدم معالجة أحكامه بصورة مجتزئة،لأنَّ القانون بُني على مرتكزين مترابطين هما:
١. المساواة في القيمة القانونية للبيانات الإلكترونية مع الدعامات الورقية.
٢. قيام نظام معلومات لاستيعاب البيانات الإلكترونية ومعالجتها. وبدون نظام المعلومات لايُمكن تطبيق قاعدة المساواة في القيمة القانونية للبيانات الإلكترونية مع الدعامات الورقية[٢]).

الفرع الرابع : التفسير.

طبقاً لأحكام المادة (٣) من قانون الاونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، والمادة (١/٣) من القانون النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية فإنّهُ:
١. يولى الاعتبار في تفسير هذا القانون لمصدره الدولي ولضرورة تشجيع توحيد تطبيقه وتوفر حسن النية.
٢. المسائل المتعلقة بالأمور التي ينظمها هذا القانون ولا يكون قاطعاً صراحة في شأنها تسوى وفقاً للمبادئ العامة التي يقوم عليها هذا القانون.

وهذه المادة مستوحاة من المادة (٧) من (اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع)، ويقصد بها تقديم إرشاد لهيئات التحكيم، والمحاكم، والسلطات الإدارية الأخرى دولية كانت أو محلية، وبإدراج تلك القواعد في التشريع الوطني فإنَّ تفسيرها يكون وفقاً لذلك التشريع.

فالفقرة الأولى: وضعت في حالة تطبيق القانون النموذجي في التشريع الداخلي للدول، فهي داخلية في طبيعتها، خارجية في توحيدها للمبادىء بحيث يجب مراعاة منشأها الدولي حتى تكون تلك القواعد متسقة في جميع البلدان. أمَّا الفقرة الثانية فقد قررت أنَّ هناك مبادئ عامة يستند إليها القانون النموذجي وهي ليست على سبيل الحصر ولكنها قابلة للانطباق. وهذا الأمر ينطبق على قانون الأونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية، فالغرض العام للقانون النموذجي هو تيسير استخدام التوقيعات الإلكترونية، ولا يُعدُّ أنَّه يفرض استخدام التوقيعات الإلكترونية فرضاً.

الفرع الخامس: الطبيعة القانونية لقواعد قانون الاونسترال.

نصت المادة (٤) من قانون الاونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية على أنَّه:
(١) في العلاقة بين الأطراف المشتركة في إنشاء رسائل البيانات أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها أو تجهيزها على أي وجه آخر، وما لم ينص على غير ذلك، يجوز تغيير أحكام الفصل الثالث بالاتفاق. بينما نصت الفقرة (٢) منها على أنَّهُ لا تخل الفقرة (١) بأي حق قد يكون قائماً في أن تعدل بالاتفاق أي قاعدة قانونية مشار إليها في الفصل الثاني).

---

(١) أشارت المادة (٣) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١ إلى أهدف القانون حيثُ نصت على:
أ. يهدف هذا القانون إلى تسهيل استعمال الوسائل الإلكترونية في إجراء المعاملات وذلكَ مع مراعاة أحكام أي قوانين أخرى ودون تعديل أو إلغاء لأي من هذه الأحكام.
ب. يُراعى عند تطبيق أحكام هذا القانون قواعد العرف التجاري الدولي ذات العلاقة بالمعاملات الإلكترونية ودرجة التقدم في تقنية تبادلها.
(٢) باسيل يوسف ـ المصدر نفسه ـ ص٦١.

وهذا يعني أنَّ القواعد الواردة في الفصل الثالث أي من المواد (١١ـ١٦) منهُ لاتُشكّل قواعد آمرة، ويجوز الاتفاق على مايخالفها، بينما تُعدّ أحكام الفصل الثاني، أي من المواد (٥ـ١٠) منهُ من القواعد الموجهة للاشتراطات القانونية لرسائل البيانات وتشكل جوهر القانون النموذجي، ولا يجوز الاتفاق على مايخالفه لأنَّ ذلكَ يَقودُ إلى نسفِ الأسس التي يُبنى عليها هذا القانون[١].

وهذا هو ماذهبت إليه المادة (٢/٦) من قانون (إمارة دبي) حيث نصت على أنَّهُ: (يجوز أن يتفق الأطراف الذين لهم علاقة بإنشاء أو إرسال أو استلام أو تخزين أو معالجة أية سجلات الكترونية على التعاقد بصورةٍ مغايرةٍ لأيٍّ من الأحكام الواردة في الفصل الثاني حتى الفصل الرابع من هذا القانون.

الفرع السادس: الأثر العملي للغياب المادي للمتعاقدين.

لما كانت العقود الإلكترونية مبرمة عن طريق الانترنت أو الوسائل الآلية الأخرى هي عقود بين غائبين، فإنَّ زمان إرسال الرسائل الإلكترونية ومكانها أمرٌ لهُ أهميتهُ، فالغياب المادي للمتعاقدين يُثيرُ العديد من المسائل القانونية منها:

أولاً: وقت انعقاد العقد. وهذا يثير عدد من المسائل في القانون المدني، منها:

١ـ الوقت الذي يجوز للموجب أن يعدل عن ايجابهِ إذا كانَ الايجاب غير ملزم، وكذلكَ الوقت الذي يجوز فيهِ للقابل أن يعدل عن قبولهِ.

٢ ـ في الدعوى البولصية لا يجوز للدائن أن يطعن في العقد الصادر من مدينه إلّا إذا كانَ دينه سابقاً على هذا العقد.

٣ ـ في حالة إفلاس التاجر فإنَّ العقود التي أبرمت في فترة الريبة لا تنفذ في حق الدائن.

٤ ـ تترتب آثار العقد من تاريخ إبرام العقد كانتقال الملكية في منقولٍ مُعينٍ بالذات أو حق المشتري في الثمار[٢].

٥ ـ الحالات التي يسقط فيها الإيجاب. ومنها إذا كانت المهلة المحددة للقبول قد انتهت، أو كانَ القابل قد علم برجوع الموجب عن إيجابه.

٦ ـ معرفة أهلية المتعاقدين.

٧ـ معرفة الوقت الذي تترتب فيه الالتزامات على طرفي العقد. ومن ثمَّ تحديد الطرف الذي يتحمل تبعة الهلاك.

ثانياً: مكان انعقاد العقد، وفيما إذا كانَ قد انعقد في موطن الموجب أو موطن القابل، وهذا يثير معهُ عدداً من المسائل منها:

١ـ تحديد قواعد التنازع التي ينظمها القانون الدولي الخاص لمعرفة القانون الواجب التطبيق على العقد.

٢ـ المحكمة المختصة للفصل في النزاع.

وعلى هذا سنتناول في مقصدين مستقلين كلاً من:

١ـ تحديد زمان انعقاد العقد.

٢ـ تحديد مكان انعقاد العقد.

المقصد الأول: زمان انعقاد العقد.

نصت المادة (١٥) من قانون الاونسترال، والتي جاءت تحتَ عنوان: (زمان ومكان إرسال واستلام رسائل البيانات)، لتضع قواعد تحدد بموجبها زمان إنعقادِ العقدِ ومكانهِ، وعلى النحو الآتي:

(١) ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليهِ 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 التالي:

(أ) إذا كانَ المرسل إليه قد عيّن نظام معلومات لغرض استلام رسائل البيانات يقع الاستلام:

(١) وقت دخول رسالة البيانات نظام المعلومات المعين. أو

(٢) وقت استرجاع المرسل إليه لرسالة البيانات، إذا أرسلت رسالة البيانات إلى نظام معلومات تابع للمرسل إليه ولكن ليسَ هو النظام الذي تمَّ تعينه .

---

(١) باسيل يوسف ـ المصدر نفسه ـ ص ٥٦.

(٢) عبد المجيد الحكيم ود. عبد الباقي البكري والاستاذ محمد طه البشير ـ الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ـ الجزء الأول ـ مصادر الالتزام ـ مطابع مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر ـ جامعة الموصل ـ ١٩٨٠ـ ص٤٨ـ ٤٩.

(ب) إذا لم يعين المرسل إليه نظام معلومات، يقع الاستلام عندما تدخل رسالة البيانات نظام معلومات تابعاً للمرسل إليه.
(٣) تنطبق الفقرة (٢) ولو كان المكان الذي يوجد فيه نظام المعلومات مختلفاً عن المكان الذي يعتبر أنَّ رسالة البيانات استلمت فيه بموجب الفقرة (٤).

أمَّا تحديد زمان العقد ومكانهِ طبقاً للقانون المدني قد نصت المادة (٨٧) من القانون المدني العراقي على:
١ـ يعتبر التعاقد مابين الغائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق صريح أو ضمني أو نص قانوني يقضي بغير ذلك.
٢ـ ويكون مفروضاً أنَّ الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل إليه فيهما.

كما نصت المادة (٨٨) منه على أنّهُ: يُعتبر التعاقد بالتلفون أو بأي طريقة مماثلة كأنّهُ تمَّ بين حاضرين فيما يتعلق بالزمان. وبين غائبين فيما يتعلق بالمكان.

وطبقا لأحكام المادة (١/٢٥) من القانون المذكور على: (يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا مالم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أنَّ قانوناً آخر يراد تطبيقه).

وطبقاً لأحكام المادة (٢) من قانون المعاملات الإلكترونية المصري فإنَّهُ: (تسري على الالتزامات التعاقدية في مفهوم أحكام هذا القانون، قانون الدولة التي يوجد بها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإذا اختلفا موطناً يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا مالم يتفق المتعاقدان على غير ذلك، ويعتبر العقد قد تمَّ بمجرد تصدير القبول). ويلاحظ:

١ـ أنَّ نص المادة (١/٢٥) يكاد يتطابق والمادة (٨٧) مدني عراقي، اذا استثنينا الشطر الأخير منها.
٢ـ أنَّ القانون المدني العراقي قد أخذ بنظرية (العلم) في المادة (٨٧) منه بينما أخذ المشرع المصري في قانون المعاملات الإلكترونية بنظرية (تصدير القبول).

وقد نصَّت المادة (١٧) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم (٨٥ لسنة ٢٠٠١) على مايأتي:
أ . تعتبر رسالة المعلومات قد أرسلت من وقت دخولها إلى نظام معالجة معلومات لا يخضع لسيطرة المنشئ أو الشخص الذي أرسل الرسالة نيابة عنه ما لم يتفق المنشئ أو المرسل إليه على غير ذلك.
ب. إذا كان المرسل إليه قد حدد نظام معالجة معلومات لتسلم رسائل المعلومات فتعتبر الرسالة قد تم تسلمها عند دخولها إلى ذلك النظام، فإذا أرسلت الرسالة إلى نظامٍ غير الذي تمَّ تحديده فيعتبر إرسالها قد تم منذ قيام المرسل إليه بالاطلاع عليها لأول مرة.
ج. إذا لم يحدد المرسل إليه نظام معالجة معلومات لتسلم رسائل المعلومات فيعتبر وقت تسلم الرسالة عند دخولها لأي أي نظام معالجة معلومات تابع للمرسل إليه.

وعلى هذا فإنَّ وقت الإرسال كقاعدة عامة هو:
١ ـ ما يتفق عليه الأطراف المتعاقدة.
٢ـ وقت دخول الرسالة إلى نظام معالجة معلومات لا يخضع لسيطرة المنشئ أو الذي أرسل الرسالة نيابة عنه.
٣ ـ دخول الرسالة الى نظام معالجة المعلومات إذا حدّدَ المرسل إليهِ نظام معالجة معين.
٤ـ وقت اطلاع المرسل إليه لأول مرة على الرسالة إذا ارسلت إلى نظام غير النظام الذي تم تحديده.
٥ـ عند دخولها لأي أي نظام معالجة معلومات تابع للمرسل إليه إذا لم يُحدد المرسل إليهِ نظام معالجة معلومات لتسلم رسائل المعلومات.

وهذه الصور المتعددة لتعيين وقت دخول رسالة المعلومات وبالتالي تسلمها يتوقف الأولى منها على مدى اتفاق الأطراف المتعاقدة على ذلك، بينما تتوقف غيرها على عوامل اخرى، وفيما إذا حدّدَ المرسل إليهِ نظام معالجة معينٍ أم لا، ومدى خضوع نظام معالجة المعلومات للسيطرة. وتعيين وقت تسلم رسالة المعلومات (موضوع مهم، حيث أنَّ المنشئ يُقيد نفسهُ بمضمون الرسالة التي صدرت عنهُ في مدةٍ زمنيةٍ مُعينةٍ من تاريخ تسليم من وجهت إليهِ تلكَ الرسالة، لذا فإنَّ تحديد وقت التسليم يعود عليهِ، لأنَّ المدة المذكورة سوفَ تحسب من هذا التاريخ، وخلالها يجب على المرسل إليه إبداء قبوله للرسالة، ومن ثمَّ انعقاد العقد أو رفضه، أو يلتزم الصمت فتنقضي المدة، ومن ثمَّ يسقط الإيجاب لعدم اقتران القبول به[1]).

(١) د. عبد الفتاح بيومي حجازي ـ النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في دولة الإمارات العربية المتحدة ـ مقدمة في التجارة الإلكترونية العربية ـ الكتاب الثاني ـ دار الفكر الجامعي ـ ٢٠٠٣ ـ ١٨٦.

ومن جانب آخر، فإنَّهُ نتيجة لخطأ آلي، أو بسببِ مُشكلةٍ فنية، فقد يحدث وصول أكثر من رسالة من المرسل إليه، وحماية للوضع الظاهر من أنَّهُ قد وصلت أكثر من رسالة فقد عدَّ المشرع كلاً منهما رسالة مستقلة إلّا في حالة كون المرسل إليهِ يعلم أو كانَ سيعلم لو بذل جهداً معقولاً أنَّ الرسالة الثانية ماهي إلّا تكراراً للرسالة الأولى، وأنَّ هذا التكرار حصل بسببِ حدوثِ خطأ أو مشكلةٍ فنية في أثناء الإرسال، فهنا فقط لايُمكن عَدُّ النسخة الثانية نسخة مستقلة عن الرسالة الأولى، ويستطيع المرسل إليهِ من خلال ملاحظته للرسالتين أن يعلم أنَّ هاتين الرسالتين هي لموضوع واحد، كما يُمكنهُ أن يُرسل رسالة إلى المُرسل إليهِ ليتأكد من الرسالة الثانية[1]).

وفي الوقت ذاته فإنَّ المادة (١٥) من قانون الاونسترال جاءت بقواعد تتعلق بتحديد (مكان إرسال رسائل البيانات واستلامها)، وهو مدار المقصد الآتي:

المقصد الثاني: مكان انعقاد العقد.

لارتباط مكان العقد بالقانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة مالم يتفق الأطراف المتعاقدة على غير ذلك، فقد نصت المادة (١٥/٤) من قانون الاونسترال النموذجي على: (ما لم يَتفق المنشئ والمرسل إليهِ على غير ذلكَ يعتبر أنَّ رسالة البيانات أُرسلت من المكانِ الذي يَقعُ فيهِ مقر عمل المنشئ، ويعتبر أنَّها استلمت في المكان الذي يَقعُ فيهِ مقر عمل المُرسل إليه). ولأغراض هذه الفقرة:

(أ) إذا كانَ للمنشئ أو المرسل إليهِ أكثر من مقر عملٍ واحد، كانَ مقر العمل هو المقر الذي لهُ أوثق علاقة بالمعاملةِ المعنية، أو مقراً للعملِ الرئيس إذا لم توجد مثل تلكَ المعاملة.

(ب) إذا لم يكن للمنشئ أو المرسل إليه مقر عمل، يُشار من ثمَّ إلى محل إقامته المعتاد.

وقد نصت المادة (١٨) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم (٨٥ لسنة ٢٠٠١) على:

أ . تعتبر رسالة المعلومات قد أرسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ، وأنَّها استلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه، وإذا لم يكن لأي منهما مقر عمل يعتبر مكان إقامته مقراً لعملهِ، ما لم يكن منشئ الرسالة والمرسل إليه قد اتفقا على غير ذلك.

ب. إذا كان للمنشئ أو المرسل إليه أكثر من مقر لأعماله فيُعتبر المقر الأقرب صلة بالمعاملة هو مكان الإرسال أو التسلم، وعند تعذر الترجيع يُعتبر مقر العمل الرئيس هو مكان الإرسال أو التسلم.

ولارتباط زمان العقد ومكانه بالمحكمة المختصة عندَ النزاع، فإنّنا سنتناول ذلكَ على مدار الفرع الآتي:

الفرع السابع: المحكمة المختصة والاختصاص القضائي.

تُثير التجارة الإلكترونيةِ بوصفها تجارة بلا حدود مشكلة الاختصاص القضائي، بسببِ حقيقة أنَّ القوانين الداخلية ذات نطاق إقليمي مُحددٍ بحدود الدولة المعنية، ويتصل بالاختصاص مسالة تحديد القانون الواجب الانطباق على العقد ومشكلات تنازع القوانين إلى جانب مشكلات تنفيذ قرارات القضاء والتحكيم الأجنبية[2]).

ومن جانب آخر، فإنَّهُ لايستطيع عقد ـ أياً كانت العناية التي بُذلت في تحريرهِ ـ أن يُحيط بكلِ المسائل التي تُثير الخلاف بين الطرفين. ولهذا ينبغي أن يُعيّن المتعاقدون القانون الذي يرجع بهِ القاضي عندما يخلو العقد من الحلول. ويكفي في حالة الاتفاق على عرض النزاع على القضاء تعيين القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، لأنَّ الإجراءات تخضع لقانون القاضي وإذا اتفق على عرض النزاع إلى القضاء أو التحكيم وجب تعيين القانون الذي يسري على الموضوع[3]).

(ومن الملائم من أجل تحقيق استقرار التصرفات الاتفاق على تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد مع ملاحظة أنَّ ذلكَ قد لا يكفي لاحتياطات بشأن القوانين الأجنبية المتعلقة بالنظام العام، وبصفة خاصة قوانين حماية المستهلك. ومن الناحية العملية تحرص العقود الخاصة بالمراكز التجارية الافتراضية وبصفةٍ خاصةٍ في العقود الأمريكية على تنظيم هذه المسؤولية. فالعقد الذي ينص أحد شروطه العامة على أن: تخضع كل عقود البيع المبرمة لقانون (كاليفورنيا). فإنَّهُ من أجل تجنب التعقيدات التي قد تنشأ عن طرح نظرية (الإحالة) فقد أضاف ذات العقد عبارة (دون أي آثار لنصوص التنازع الواردة به). كما نصَّ أحد الشروط العامة للمركز التجاري الفرنسي على أن (يخضع هذا العقد للقانون الفرنسي[4]).

---

(٢) د. عايض راشد المري ـ تأملات ـ المصدر نفسه ـ ص١٤١.

(١) المحامي يونس عرب ـ منازعات ـ المصدر نفسه ـ ص٦.

(٢) د. محسن شفيق ـ المصدر نفسه ـ ص١٠٠-١٠١.

(٣) د. أسامة أبو الحسن مجاهد ـ المصدر نفسه ـ ص١٩. مع الهوامش المشار اليها.

الاستنتاجات

بعد اكتمال البحث، نثبت الآتي:

١ـ ضرورة سعي المشرع العراقي لإصدار قانون خاصٍ بالتجارة الإلكترونية من خلال تطويع بعض القواعد العامة بما يتناسب وطبيعة التجارة الإلكترونية، واستحداث القواعد القانونية الملائمة لواقع التجارة الإلكترونية والتي من شأنها توفير الثقة والأمان والضمانات القانونية للمتعاملين معها، وتسهيل استخدام الوسائل الإلكترونية في إجراء المعاملات التجارية بصورةٍ وطريقةٍ تكفل استخدام تلكَ الوسائل استخداماً فعّالاً، إذ لايمكن لهذه التجارة أن تقوم دون أن يسبقها تشريعات أو قوانين تحكمها. فعدم وجود قانون خاص بالتجارة الإلكترونية في العراق نقص على المشرع تلافيهِ مسترشداً بقانون الاونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية وقوانين الدول التي سنت قانونها.

٢ـ نرى أن يمتد نطاق هذا القانون ليشمل في تطبيقه كافة أنواع المعاملات الإلكترونية التي تتخذ شكل مستند الكتروني إلَّا ما يستثنى منها بنص خاص يخول الوزير المختص اصدار تلك الاستثناءات بقرار منه، وذلكَ لاستقرار التعامل وسرعة مواكبة التطورات الجديدة وعدم الحاجة إلى إصدار أكثر من قانون ينظم المعاملات الأخرى.

٣ـ حث المشرع على تطوير قواعد قانون الإثبات لتتوائم مع حاجة التجارة الإلكترونية، والاعتراف بالمستخرجات الإلكترونية كأدلة في الإثبات، ومنح المعاملات التجارية المبرمة عبر الانترنت القوة القانونية والحجية الإثباتية المكافئة للمعاملاتِ التجارية العادية اتساقاً مع قوانين الاونسترال والتشريعات الحديثة.

٤ـ تطوير قانون التجارة بما يتوائم والتطور الحديث للأوراق التجارية الإلكترونية كالحوالة والصك الإلكتروني والبطاقات البلاستيكية وانظمة الإئتمان.

٥ـ تطوير قانون العقوبات وسن المواد العقابية التي تدخل فيها جرائم الحاسوب والانترنت وإسباغ الحماية القانونية على المتعاملين بها.

٦ـ أن يتخذ المشرع حيث يكون ذلكَ مناسباً إجراءات تتمشى وتوصية اللجان المختصة، بغية تأمين الضمان القانوني في سياق استخدام التجهيز الآلي للبيانات في التجارة الدولية على أوسع نطاق ممكن.

المصادر

الكتب القانونية:

١. د. أسامة أبو الحسن مجاهد ـ خصوصية التعاقد عبر الانترنت ـ مطبعة الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية ـ الطبعة الأولى ـ القاهرة ـ ٢٠٠٣.
٢. د.باسم محمد صالح ـ القانون التجاري ـ القسم الأول ـ منشورات دار الحكمة ـ الطبعة الثانية ـ مطبعة جامعة بغداد ـ بغداد ـ ١٩٩٢.
٣. د.حمدي عبد الرحمن ـ الوسيط في النظرية العامة للالتزامات ـ الكتاب الأول ـ المصادر الإرادية للالتزام والإرادة المنفردة ـ دار النهظة العربية ـ الطبعة الاولى ـ ١٩٩٩.
٤. طوني ميشال عيسى ـ التنظيم القانوني لشبكة الانترنت ـ المنشورات الحقوقية ـ الطبعة الأولى ـ٢٠٠١.
٥. عبد الرزاق السنهوري ـ الوسيط في شرح القانون المدني ـ الجزء الأول ـ العقد ـ١٩٨١.
٦. د. عبد المجيد الحكيم ود. عبد الباقي البكري والاستاذ محمد طه البشير ـ الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ـ الجزء الأول ـ مصادر الالتزام ـ مطابع مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر ـ جامعة الموصل ـ ١٩٨٠.
٧. د.عبد المنعم فرج الصدة ـ عقود الإذعان في القانون المصري ـ أطروحة دكتوراه ـ القاهرة ـ ١٩٤٦.
٨. فؤاد العلواني ود. عبد جمعة موسى الربيعي ـ الأحكام العامة في التفاوض والتعاقد ـ التعاقد عبر الانترنت ـ عقود البيوع الدولية ـ بغداد ـ٢٠٠٣.
٩. د. محمد حسام محمود لطفي ـ استخدام وسائل الاتصالات الحديثة في التفاوض على العقود وإبرامها ـ القاهرة ـ ١٩٩٣.
١٠. د. محمد سعد خليفة ـ مشكلات البيع عبر الانترنت ـ دار النهظة العربية ـ القاهرة ـ ٢٠٠٢.
١١. د. مصطفى كمال طه و وائل أنور بندق ـ الأوراق التجارية ووسائل الدفع الالكترونية الحديثة ـ دار الفكر الجامعي ـ الاسكندرية ـ ٢٠٠٩.
١٢. د. نوري حمد الخاطر عقود المعلوماتية ـ دراسة في المبادىء العامة في القانون المدني ـ دراسة موازنة.

البحوث القانونية العربية:

١. باسيل يوسف ـ الجوانب القانونية للعقود التجارية عبر الحواسيب وشبكة الانترنت والبريد الالكتروني ـ دراسات قانونية ـ مجلة فصلية تصدر عن قسم الدراسات القانونية في بيت الحكمة ـ بغداد ـ العدد الرابع ـ السنة الثانية ـ كانون الأول٢٠٠٠/ شوال ١٤٢١.
٢. د.جمال الكناس ـ إبرام العقود الالكترونية في ضوء أحكام القانون الكويتي والمقارن ـ ورقة عمل مقدمة في ندوة وزارة العدل حول الجوانب التنظيمية والقانونية للاتصال الالكتروني ـ نوفمبر ٢٠٠١.
٣. سمير برهان ـ إبرام العقد في التجارة الإلكترونية ـ بحث في كتاب الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية.
٤. د. شريف محمد غنام ـ حماية العلامات التجارية عبر الانترنت في علاقتها بالعنوان الإلكتروني ـ القسم الأول ـ مجلة الحقوق ـ العدد الثالث ـ السنة الثامنة والعشرون ـ مجلس النشر العلمي ـ الكويت ـ شعبان ١٤٢٥هـ ـ سبتمبر ـ ٢٠٠٤.
٥. د.فائق محمود الشماع ـ التجارة الإلكترونية ـ دراسات قانونية ـ مجلة فصلية تصدر عن قسم الدراسات القانونية في بيت الحكمة ـ بغداد ـ العدد الرابع ـ السنة الثانية ـ كانون الأول٢٠٠٠/ شوال ١٤٢١.
٦. د. محسن شفيق ـ نقل التكنلوجيا من الناحية القانونية ـ مركز الدراسات القانونية والتدريب المهني ـ كلية الحقوق ـ الجيزة ـ ١٩٨٤.
٧. د.عايض راشد المري ـ تأملات في مشروع قانون التجارة الإلكترونية الكويتي ـ مجلة الحقوق ـ جامعة الكويت ـ العدد ٤ ـ السنة ٣٠ ـ ذو الحجة ١٤٢٧ هـ ـ ديسمبر ٢٠٠٦.
٨. د.علي سيد قاسم ـ بعض الجوانب القانونية للتوقيع الرقمي ـ أحد بحوث كتاب الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية.
٩. فؤاد العلواني ود. عبد جمعة موسى الربيعي ـ الأحكام العامة في التفاوض والتعاقد ـ التعاقد عبر الانترنت ـ عقود البيوع الدولية ـ بغداد ـ ٢٠٠٣.
١٠. د. عبد الفتاح بيومي حجازي ـ النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في دولة الإمارات العربية المتحدة ـ مقدمة في التجارة الإلكترونية العربية ـ الكتاب الثاني ـ دار الفكر الجامعي ـ ٢٠٠٣.
١١. د. عبد الفتاح بيومي حجازي ـ التجارة الإلكترونية في القانون العربي النموذجي لمكافحة جرائم الكومبيوتر والانترنت ـ دار الفكر الجامعي ـ الطبعة الأولى ـ الاسكندرية ـ٢٠٠٦.
١٢. د. عبد المنعم فرج الصدة ـ عقود الإذعان في القانون المصري ـ أطروحة دكتوراه ـ القاهرة ـ١٩٤٦.
١٣. د. محمد عبد الظاهر حسين ـ المسؤولية القانونية في مجال شبكات الانترنت ـ القاهرة ـ ٢٠٠٣ـ٢٠٠٤.
١٤. د. نوري حمد الخاطر عقود المعلوماتية ـ تقييد حرية التعاقد في نطاق التصرفات الواردة على حقوق المؤلف المالية ـ دراسة مقارنة ـ الجامعة الأردنية ـ مجلة دراسات ـ مجلد ٢٦ ـ عدد٢.

الأطاريح والرسائل الجامعية:

١. د. عباس زبون عبيد العبودي ـ التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني ـ دراسة مقارنة ـ أطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة بغداد ـ ١٤١٤هـ ـ ١٩٩٤.
٢. عبد الباسط جاسم محمد ـ انعقاد العقد عبر الانترنت ـ رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون/جامعة بغداد ـ ١٤٢٧ هـ ـ ٢٠٠٦م.
٣. نافع بحر سلطان الباني ـ تنازع القوانين في منازعات التجارة الإلكترونية ـ رسالة ماجستير من جامعة بغداد ـ ٢٠٠١.
٤. ندى عبد الطيف ـ النظام القانوني الدولي للاتصالات ـ رسالة ماجستير من جامعة بغداد ـ ١٤٢١هـ ـ٢٠٠١.

بحوث الانترنت:

١. المحامي يونس عرب ـ منازعات التجارة الإلكترونية ـ الاختصاص والقانون الواجب التطبيق وطرق التقاضي البديلة ـ المركز العربي للقانون والتقنية العالية ـ ورقة عمل مقدمة إلى مؤتمر التجارة الإلكترونية التي أقامته منظمة (اسكوا) /الأمم المتحدة للمدة ٨ـ١٠ تشرين الثاني عام ٢٠٠٠ في (لبنان).
٢. المحامي يونس عرب ـ التحديات القانونية للتجارة الإلكترونية.

القوانين:

١. القانون المدني العراقي رقم (٤٠ لسنة ١٩٥١).
٢. قانون الاونسترال النموذجي.
٣. قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي رقم (لسنة٢٠٠٠).
٤. قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم (٨٥ لسنة٢٠٠١).
٥. قانون التجارة الإلكترونية البحريني لسنة ٢٠٠٢.
٦. قانون إمارة دبي الخاص بالمعاملات والتجارة الإلكترونية رقم (٢ لسنة ٢٠٠٢).
٧. قانون التوقيع المصري رقم (١٥ لسنة ٢٠٠٢)

المصادر والبحوث القانونية الأجنبية:

(1) Ripert et Roblot:thaite elementaire de droit commercial 1972.
(2) Ripert De Juglart et Ippolito:Traite de droit commercial 1953.F2 ets. Tahler et percereau: traite elementaire de droit commercial .
(3) Houin et R.Rodiere: droit commercial. 1970.

الوثائق القانونية:

(1) Doc TRADE/WP.4/GE.2/R.103.24 Juillet 1976.
(2) Doc TRADE/WP.4/GE.2/R.1.23.24 Juillet 1978.
(3) Recommendation no/12/, UN/ECE/TRADE/WP.4/INF.6.June 15, 1979.

المجلات والجرئد:

١. مجلة الحقوق الكويتية ـ ملحق العدد الثالث ـ السنة ٢٩ ـ شعبان ـ ١٤٢٦ـ سبتمبر ٢٠٠٥.
٢. جريدة القدس العربي ـ السنة الحادية عشر ـ العدد ٣٣٤٥ ـ الجمعة ـ ١١ شباط ٢٠٠٠ ـ لندن.

الاصدارات غير القانونية:

١. بيل جيتس ـ المعلوماتية بعد الانترنت- طريق المستقبل ـ ترجمة د. عبد السلام رضوان ـ سلسلة عالم المعرفة ـ المجلس الوطني للثقافة والفنون والاداب ـ الكويت ـ العدد٢٣١.
٢. فرانك كليش ـ ثورة الإنفوميديا- الوسائط المعلوماتية وكيف تغير عالمنا وحياتك ـ ترجمة ومراجعة حسام الدين زكريا وعبد السلام رضوان ـ سلسلة عالم المعرفة ـ العدد ٢٥٣.