



جامعة المنصورة

كلية الحقوق

قسم القانون التجاري والبحري

مدى توفر اليقين في عقود التجارة الإلكترونية

بحث مستخلص من رسالة الماجستير مقدمة من الباحث

حسين أكرم علي

تحت إشراف

الأستاذ الدكتور

أحمد السيد لبيب

أستاذ القانون التجاري والبحري المساعد

١٤٤٢هـ / ٢٠٢١م

المقدّمة

المقدمة

أولاً: موضوع البحث:

تعدُّ مسألة عدم اليقين من أبرز المعوقات التي تواجه التجارة الإلكترونية وعليه سيتم التركيز في هذا البحث على تلك المسألة، إذ تتطلب التجارة الإلكترونية، إنشاء بنية تحتية كاملة - قانونية واجتماعية واقتصادية وسياسية - تستند إلى الممارسة التي تعترف بالتجارة الإلكترونية وتثبت صحتها وتدعمها، وعلى سبيل المثال يشعر الكثير منا بالأمان في منازلهم هذا الأمان لا ينبع بالضرورة من وجود الأجهزة التكنولوجية للحفاظ عليه من التدخلات غير المبررة فجميع وسائل توفير الأمان المتمثلة بالأسوار، وأجهزة الإنذار ضد السرقة، والأقفال، جميعها، تقلل من احتمالية شعور السكان بعدم "الأمان". وبالرغم من أن بعض الأقفال قد تكون ضرورية، لكن في المقابل أقوى شعور في الأمان ينتج من معرفة أن الأقفال ليست ضرورية، وأنه يمكن للمرء أن يترك المنزل مفتوحاً مع توقع أنه عند العودة، ستكون الأمور كما كانت عند المغادرة، وفيما يتعلق بمسألة عدم اليقين فإن التعاقد الإلكتروني يتم عبر شبكات الإنترنت، فهو من العقود التي تتم عن بعد أي دون التواجد المادي للأطراف المتعاقدة، فتبادل التراضي يكون عبر شبكة الإنترنت من خلال مجلس عقد حكومي افتراضي، فأطراف العقد من الناحية المادية غائبون، فلا يوجد حضور مادي للأطراف فهؤلاء موجودون على الموقع الإلكتروني لكن غير موجودين في نفس الموقع الجغرافي، فالتعاقد الإلكتروني عبر شبكات الإنترنت يعتبر بين غائبين من حيث المكان وبين حاضرين من حيث الزمان^(١). هذه الخاصية التي يتصف بها التعاقد الإلكتروني نتج عنها شعور بعدم يقين للأطراف المتعاقدة في مجال التجارة الإلكترونية.

ويقصد بعدم اليقين في هذا الإطار، هي عدم تيقن الطرف المتعاقد بحقيقة مركزه القانوني، وكذلك عدم تيقنه من مركز الطرف الآخر، في العلاقة التعاقدية الناشئة عبر تبادل رسائل البيانات إلكترونياً، ففي الأصل يتم التعاقد بين حاضرين، وعندئذ تتم المفاوضات ومناقشة بنود العقد بكافة تفاصيلها، ويتم طرح كل الأمور التي ينبغي لطرفي التعاقد معرفتها، وذلك كله يعمل على تذليل الصعوبات التي قد تعيق إتمام العقد، والذي يجري في إبرام العقود،

(١) حنان عبده علي أبو شام، التكيف القانوني للعقود الإلكترونية، المجلة الإلكترونية الشاملة متعددة التخصصات،

يكون أطراف العقد متواجدين مَادِيًا بحيث يسمح ذلك لكل منهما بالتحقق من شخصية الآخر كذلك التحقق من سلامة المستندات والتيقن من أن التراضي قد تم نظراً لارتباط الإيجاب بالقبول الذي يثبت أثره في المعقود عليه. أما في الحالة التي يكون فيها التعاقد باستخدام التبادل الإلكتروني للبيانات المتعلقة بالسلعة أو الخدمة محل التعاقد، فإن هذه الحالة معرضة للكثير من الصعوبات التي تعيق تأكيد الأطراف والتيقن من مراكزهم القانونية، سواء أكانت تلك الصعوبات تعيق التعاقد عن بعد بصورة عامة أو تعيق التبادل الإلكتروني للبيانات بصورة خاصة^(٢).

يضاف إلى ذلك أن المستهلك لن يكون بوسعه الحكم الدقيق على المنتج محل التعاقد، ومدى ملائمة المنتج لاحتياجاته الخاصة وذلك مهما بلغ وصف البائع لها من دقة وأمانة وهو ما يبرر بصفة خاصة التركيز على إعطاء المستهلك رخصة الرجوع في العقد خلال مدة معينة تحسب عادة من تاريخ تسلمه للمنتج الذي تعاقد عليه^(٣).

وتتوثر الصعوبة لدى طالب الخدمة، أو الراغب في الشراء، في مدى مصداقية العرض الإلكتروني ومشروعيته، من حيث وجود السلعة أو الخدمة التي عرضها شخص ما عبر موقعه، فيما يعرف بالمتجر الافتراضي عبر شبكة الإنترنت، وإذا كانت السلعة أو الخدمة موجودة، فتتوثر مسألة التأكد من ملكيتها للعارض أو مقدم الخدمة، حتى يكون عرضاً مشروعاً، وذلك لحماية المستهلك من الاحتيال والأنشطة الوهمية، وهنا تكمن الصعوبة والحاجة للمفاوضات^(٤).

إلى جانب ذلك يتم التفاوض في إطار التعاقد الإلكتروني، بين طرفين متواجدين في مكانين مختلفين، عن طريق إحدى وسائل الاتصال المباشر الفوري، التي تترك أثراً مَادِيًا مكتوباً لإثبات التفاوض، وذلك بدلاً من تحمل مشقة الانتقال والسفر، وما يستتبع ذلك من

(٢) حسين الماحي، نظرات قانونية في التجارة الإلكترونية_دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٩م، ص ٤٣-٤٤.

(٣) أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣م، ص ٤٣.

(٤) مصطفى خضير نشمي، النظام القانوني للمفاوضات التمهيدية للتعاقد، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، ٢٠١٣-٢٠١٤، ص ١٥.

إضاعة للجهد والوقت والمال. يضاف إلى ذلك أن المفاوضات الإلكترونية، لا تختلف عن المفاوضات التقليدية، إلا في الوسيلة الإلكترونية المستخدمة، فهي كما هو الحال في المفاوضات التقليدية، مرحلة سابقة على التعاقد وإبرام العقد الإلكتروني^(٥)، يتم بموجبها تبادل المقترحات والآراء بين الطرفين، عبر الوسائل الإلكترونية، لتحديد تفاصيل العقد، وعناصره الجوهرية، وكذلك أساليب صياغته القانونية، دون إغفال أن المفاوضات لا تعدو أن تكون مجرد أعمال مادية، لا تشكل تعبيراً جازماً عن الإرادة، الذي تتحقق به مقومات التصرف القانوني المنشئ للالتزام الإرادي^(٦).

ثانياً: أهمية البحث:

تبرز أهمية هذا البحث من خلال تسليط الضوء على أبرز المسائل التي تولد عدم يقين لدى المتعاملين الفعليين أو المحتملين بالتجارة الإلكترونية والعمل على تحجم تلك المسائل من خلال عرض مبسط للآليات المتبعة لمواجهة عدم اليقين، وفي الغالب ينتج عن عدم اليقين شعور بعدم الأمان نظراً لوجود علاقة طردية بين اليقين والأمان حيث ينبع الأمان في جزء كبير منه من القدرة على التنبؤ، بدرجة معقولة من اليقين، بما ينتظرنا في المستقبل في حياتنا اليومية، والقدرة على التحكم فيه، والقدرة على تحديد المخاطر التي نواجهها مرة أخرى بدرجة معقولة من اليقين، تمكنا من اتخاذ تدابير وقائية. كما يتأتى من معرفة أن هناك نظاماً اجتماعياً وسياسياً واقتصادياً وقانونياً يحمينا ويعترف بحقوقنا. إن الهيكل العام (وليس مجرد تقنية أو قانون معين)، هو الذي يخلق ذلك الأمان.

ثالثاً: أسئلة البحث:

(٥) عرفت المادة (١٠/١) من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٢م، العقد الإلكتروني بأنه "ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه والذي يتم بوسيلة إلكترونية".

(٦) جهاد محمود عبد المبدي، التراضي في تكوين عقود التجارة الإلكترونية دراسة مقارنة، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، الطبعة الأولى، ٢٠١٦م، ص ٥٥-٥٦.

نظراً لانعقاد العقد الإلكتروني عبر شبكة إلكتروني افتراضية تتسم بانعدام الوجود المادي للأطراف، الأمر الذي يثير العديد من الشكوك حول إمكانية استخدام الوسائط الإلكترونية وبمدى اعتراف المشرع بمشروعية هذه الوسائط.

وعلى هذا الأساس تبرز عدة تساؤلات سنحاول معالجتها من خلال هذا البحث وهي:

- أ_ كيف يتم تحديد مصدر أو مرسل الرسالة والتأكد من أنها جاءت بالفعل من ذلك المرسل؟
- ب_ مدى إثبات اكتمال الرسالة ولم يتم تغييرها منذ إرسالها؟ وماهي المخاطر التي يمكن أن تحدث عند قيام المرسل بالتوصل بعد الاستلام؟
- د- مدى مصداقية العرض الإلكتروني ومشروعيته، من حيث وجود السلعة أو الخدمة التي عرضها شخص ما عبر موقعه الإلكتروني؟

رابعاً: منهج البحث:

سوف نعتمد في دراستنا لهذا الموضوع على المنهج التحليلي، حيث سيتم تحليل النصوص التشريعية، والتي ترد عليها دراستنا لاستنباط الأحكام القانونية وتطبيقها على الوقائع المعروضة، كما سيتم اتباع المنهج المقارن بين كلاً من القانون العراقي والقانون المصري، وذلك من أجل بيان الملاحظات التي ترد عليهما، والمعالجات التي ينبغي الأخذ بها.

خامساً: خطة البحث:

نظراً لتعدد المسائل التي تخلق عند المتعاقد في التجارة الإلكترونية عدم يقين اقتضى الأمر تسليط الضوء على أهم تلك المسائل، وبناءً على ما تقدم سيتم تقسيم هذه الدراسة إلى المطالب الآتية:

المطلب الأول: التعبير عن الإرادة وهوية الأطراف.

المطلب الثاني: افتراضية مجلس العقد وكيفية تحديد زمان ومكان انعقاده.

المطلب الثالث: إثبات العقد الإلكتروني.

المطلب الرابع: آلية الوفاء بعقود التجارة الإلكترونية.

المطلب الخامس: المحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق.

المطلب الأول

التعبير عن الإرادة وهوية الأطراف

إن الغموض وعدم اليقين اللذان يكتسيان العقود المبرمة عبر شبكة الإنترنت سواء فيما يخص التعبير عن الإرادة، أو فيما يخص هوية وشخصية الطرف المتعاقد معه، حيث تمثلان هاتين المسألتين ضرورة ملحة لإبرام العقد الإلكتروني على وجه العموم، وإبرام عقود التجارة الإلكترونية على وجه الخصوص.

حيث لا شك في أن الإرادة هي جوهر العقود عموماً إلكترونياً كانت أم تقليدية، ومن هنا تبدو أهمية التعبير عن الإرادة باعتبارها دليلاً على تراضي الطرفين على العقد المبرم بينهما^(٧).

وبالتالي فإن وضع الشخص توقيعاً على أي مستند سواء كان هذا المستند كتابي أم إلكتروني، فإنه يفترض موافقته على ما ورد في السند^(٨). وعندما يقوم المتعاقد إلكترونياً باستخدام شبكة الإنترنت فإنه يستخدم هويته الرقمية الخاصة باسمه كمستخدم رقمي ورمزه السري (الباسورد، password) بحيث يلجأ إلى وسيلة الإلكترونيّة كاستخدام البريد الإلكتروني أو بالنفاذ إلى موقع إلكتروني على شبكة الإنترنت خاص بالمهني أو التاجر أو المتعاقد الآخر، حيث يقوم هذا الأخير بترويج وعرض سلعه وخدماته من خلال هذا الموقع لتقديم المنتجات والخدمات^(٩).

(٧) محمد المرسي زهرة، الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية (العقد الإلكتروني، الإثبات الإلكتروني، المستهلك الإلكتروني)، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨م، ص ٣١.

(٨) عادل عبد الحميد الفجال، الجوانب السلبية للعقود الإلكترونية، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني، ٢٠١٥، ص ٢٢٢.

(٩) إلياس ناصيف، العقود الدولية-العقد الإلكتروني في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩م، ص ٣٠.

ومن المعلوم أن العقد الإلكتروني يتطلب رضا الأطراف كغيره من العقود، بحيث يلزم لانعقاده التعبير عن إرادة التعاقد ويعتبر الرضا الركن الأساسي والبديهي لقيام العقد، ومن خلاله يتبلور مبدأ الحرية التعاقدية وإرادة الالتزام. حيث إن القاعدة العامة لانعقاد العقد التقليدي تلزم وجود إرادة تعاقدية، وضرورة التعبير عنها بأية وسيلة تدل على وجودها، أما في حالة العقد الإلكتروني فإنه يبرم عبر شبكة الإلكترونيات افتراضية تتسم بانعدام الوجود المادي، الأمر الذي يثير العديد من الشكوك حول إمكانية استخدام الوسائط الإلكترونية للتعبير عن الإرادة بغرض إبرام العقد وبمدى اعتراف المشرع بمشروعية هذه الوسائط. ومما لا شك فيه أن وجود هذه الإرادة لا يكفي لانعقاد العقد، بل ينبغي التعبير عنها، وبما أن العقد الإلكتروني يبرم بين غائبين عبر وسيط إلكتروني فإنه يصعب معرفة كل طرف بشخصية الطرف الآخر كما يحتمل حدوث أخطاء أو تحريف للإرادة عند نقلها عبر هذه الوسائط الأمر الذي يثير العديد من المشاكل القانونية^(١٠).

والتعبير عن هذه الإرادة في ما يتعلق بالتعاقد الإلكتروني على النحو السابق بيانه قد يكون صريحاً باللفظ أو الكتابة -بوسيلة إلكترونية- أو بالإشارة الإلكترونية وقد يكون ضمناً، إضافة إلى ذلك يجب أن تكون الإرادة سليمة غير معيبة بأي عيب من العيوب^(١١).

وفي هذا الخصوص أجاز القانون النموذجي التعبير عن الإرادة عن طريق ما يعرف "برسالة بيانات" حيث شملت المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها عن طريق وسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة لذلك، على سبيل المثال تبادل البيانات الإلكترونية، أو البريد الإلكتروني، أو البرق، أو التلكس، أو النسخ البرقي^(١٢). بالإضافة إلى ذلك نصت المادة (١٢) على أن "في العلاقة بين منشئ رسالة البيانات والمرسل إليه، لا

(١٠) إكرام مختاري، التراضي في العقود الإلكترونية (أوجه الحماية والقصور التشريعي)، مجلة الفقه والقانون، عدد خاص، ٢٠١٤م، ص ٢٦.

(١١) عبدالله عبدالكريم عبدالله، أثر التغيرات التكنو- قانونية في إبرام العقد-دراسة في القانون القطري وبعض العقود الإلكترونية النموذجية، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد الثالث، ٢٠١٨م، ص ١٧١.

(١٢) المادة (٢/أ) من قانون الأونسيتال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية.

يفقد التعبير عن الإرادة أو غيره من أوجه التعبير مفعوله القانوني أو صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد أنه على شكل رسالة بيانات^(١٣).

إن البحث في صحة إرادة المتعاقدين في عقود التجارة الإلكترونية تدفعنا إلى البحث في أهلية المتعاقدين عبر وسائل الاتصال الإلكترونية، حيث تكمن مسألة عدم اليقين عند التعبير عن الإرادة، في مدى درجة الثقة في الوسائل المستخدمة للتعبير عنها، وفي التعرف على هوية الطرف الآخر وشخصية، حيث يمثل تحديد هوية الأطراف المتعاقدة، عنصر جوهري وركيزة أساسية يرتكز عليها قانون العقود، إذ لا يمكن الحديث عن رابطة عقدية، ما لم يتم تحديد الشخصية القانونية لأطرافها، والتيقن من مدى أهلية الأطراف للتعاقد وللالتزام، وقد يحصل ويتسلم أحد العاملين لدى الشخص رسالة بريد إلكتروني تتضمن إيجاباً أو قبولاً لأجراء صفقة معينة لصالح الشخص ذاته، مما يولد عدم يقين لدى المرسل، من مدى السلطة التي يتمتع بها متسلم الرسالة في تمثيل الشخص المقصود، والتعبير عن أرادته^(١٤).

ذكرنا من قبل أن العقد الإلكتروني ينعقد بين أطراف قد لا يعرف بعضهم بعضاً ومن ثم، قد لا يتيسر لكل من الطرفين التأكد من أهلية المتعاقد الآخر، وما إذا كان قد بلغ سن الرشد أم لا، أو اعتراه عارض من عوارض الأهلية، أو يتعاقد لحسابه الخاص أم بصفته وكيلاً عن غيره وغير ذلك من الأمور التي قد تؤثر على صحة العقد أو بطلانه ولا شك أن مصلحة كل من الطرفين تقتضي التأكد من كافة البيانات التي تتعلق بالطرف الآخر قبل إتمام عملية التعاقد وحتى لا يفاجئ مثلاً ببطلان العقد لأن العميل طفل لم يتجاوز السابعة من عمره^(١٥).

وفي هذا الخصوص نشير إلى الآلية التي أتبعها القانون النموذجي للتعرف على شخصية أطراف العقد الإلكتروني، وذلك من خلال الوظائف التي أنيطت بالتوقيع الإلكتروني وهي: (تحديد هوية المتعاقدين؛ التيقن من مشاركة ذلك الشخص بذاته في إجراء التوقيع؛ توفير ما يؤكد الربط بين ذلك الشخص بالذات ومضمون المستند الإلكتروني)^(١٦). إذاً المركز القانوني

(١٣) المادة (١٢) من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية.

(١٤) حسين الماحي، مرجع سابق، ص ٤٧.

(١٥) محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص ٣٣-٣٤.

(١٦) المادة (٧) من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية.

لأطراف العلاقة العقدية يتم تحديد تخومه، بناءً على تحديد هوية الشخصية القانونية لهذه الأطراف^(١٧).

المطلب الثاني

افتراضية مجلس العقد وكيفية تحديد زمان ومكان انعقاده

حظيت مسألة تحديد زمان ومكان انعقاد العقد بأهمية كبيرة في العقود بصفة عامة، وبالرغم من أن هذه المسألة لا تثير أية صعوبة في العقود المبرمة بين حاضرين، إلا أن الصعوبة تثور في مجال العقود الإلكترونية، حيث أصبحت هذه المسألة من المشكلات القانونية التي يثيرها هذا النوع من العقود. وإن تحديد وقت ومكان إبرام العقد الإلكتروني يثير العديد من المسائل القانونية، يأتي في مقدمتها، تحديد وقت بدء تنفيذ التزامات التي يفرضها العقد المبرم بين الطرفين، وتحديد المحكمة المختصة بنظر المنازعات، التي يمكن أن تنشأ على إثر إبرام العقد الإلكتروني وتنفيذ التزاماته، وكذلك تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع القائم. ولكن قبل التطرق لمسألة تحديد زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني، نجد أنه لازماً علينا التطرق لمسألة مجلس العقد الإلكتروني وتحديد طبيعته^(١٨).

إن مجلس العقد إما أن يكون حقيقياً، وهو الذي يتم فيه التعاقد بين حاضرين، وإما أن يكون حكماً هو المجلس الذي يكون فيه أحد المتعاقدين غير موجود، حيث تظهر في العقود الإلكترونية التي تتم عن بعد أو التي تجري عبر وسائل اتصال حديثة مشكلة عدم اليقين اتجاه مجلس العقد هل هو حقيقي أم حكمي؟ وما يترتب على تكييفه من تحديد الأحكام المتعلقة به.

(١٧) حسين الماحي، المرجع السابق، ص ٤٧.

(١٨) جهاد محمود عبد المبدى، مرجع سابق، ص ١٢٣.

وفي هذا الإطار يقصد بمجلس العقد الإلكتروني: "ذلك المجلس الذي يجمع بين متعاقدين لا يجمعهما مكان واحد من خلال شبكة الإنترنت والذي يبدأ من وقت الاطلاع على الإيجاب المرسل من خلال هذه الشبكة"^(١٩).

أجاز الفقهاء التعاقد بين غائبين، وبما أن مجلس العقد الحكمي هو المجلس الذي لا يتم فيه اجتماع المتعاقدين حقيقةً، أي بالأبدان؛ فإن التكليف الفقهي لمجلس العقد في العقود التي يتم إجراؤها عن طريق وسائل الاتصال الحديثة هو أنه مجلس حكمي، على اعتبار أن أطراف العقد الإلكتروني لا يجمعهم حضور مادي^(٢٠).

تكمن الغاية من مجلس العقد الإلكتروني في منح الأطراف المتعاقدة مهلة كافية للتفكير والتدبر في أمر التعاقد، حتى يتسنى لهم اختيار ما يتلاءم مع احتياجاتهم ومطالبهم، وتفادي الوقوع في أخطاء فادحة، إذ إن فكرة مجلس العقد يظل فيها الإيجاب والقبول غير ملزمين، طالما لم يتم التلاقي بينهما، فيثبت للموجب خيار الرجوع عن إيجابه، ويثبت لمن وجه إليه الإيجاب خيار القبول أو الرفض، طالما لم ينفذ مجلس العقد وينقضي، وهو ما يعرف بخيار المجلس. فالغاية إذاً من مجلس العقد الإلكتروني هي تحقيق مصلحة المتعاقدين عن طريق جلب المصالح ودرء المفاسد. علاوة على حماية العقد ذاته، وضمان استقرار العقود والمعاملات الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت، وذلك من خلال تحديد مكان إبرام العقد وزمانه، وكذلك تحديد القانون الواجب التطبيق^(٢١).

إن التعاقد بين غائبين كان موضع نقاش في الفقه القانوني، غير أن هذا النقاش ازداد بظهور العقد الإلكتروني، فبعد أن كان إرسال الرسالة من مكان إلى آخر يتطلب مدة لوصول هذه الرسالة تغير الحال عند التعاقد عن طريق الإنترنت، الذي يكفي أن يضغط المتعاقدان على زر في الحاسب الآلي أو أي وسيلة إلكترونية أخرى ليتلقى الإيجاب والقبول في ثواني وفي أي

(١٩) أسامة عبد العليم الشيخ، مجلس العقد وإثره في عقود التجارة الإلكترونية_دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، ٢٠١٣م، ص ٣٧.

(٢٠) نبيل إبراهيم سعد، النظرية العالمية للالتزام- مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٧م، ص ١٢٥.

(٢١) جهاد محمود عبد المبدى، مرجع سابق، ص ١٣٠.

بقعة من العالم، ولذلك فإن بيان الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني بوصفه من العقود المبرمة بين غائبين أو حاضرين كان محل نقاش في الفقه^(٢٢).

حيث تباينت الآراء والاتجاهات في سبيل بيان طبيعة العقد الإلكتروني هل هو عقد بين غائبين أم بين حاضرين، لكننا نرجح الاتجاه القائل إن العقد الإلكتروني عقد بين حاضرين زماناً ومكاناً؛ وأستناداً على ذلك هو أن العقد الإلكتروني يتم عن طريق وسيلة إلكترونية وهي الإنترنت، إذ يكون الطرفان المتعاقدان على اتصال دائم ليس بالكتابة، بل بالصورة والصوت وهو ما يتحقق معه الحضور في مجلس العقد، فهو تعاقد بين حاضرين حتى ولو كان الحضور اعتبارياً أو افتراضياً، حيث إن وسيلة الإنترنت التي يبرم بواسطتها التعاقد الإلكتروني تسمح من خلالها بنوع من الحضور الافتراضي المتعاصر بين الطرفين المتعاقدين على الرغم من أن التعاقد يتم مادياً بين غائبين^(٢٣)، وهذا هو الحاصل في العقود التي تبرم من خلال غرف إلكترونية خاصة إذ تمثل هذه الغرف مجلس العقد.

أما في شأن تحديد زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني، فقد عالج قانون الأونسيترال النموذجي للتجارة الإلكترونية، مسألة تحديد زمان إرسال واستلام رسائل البيانات حيث نص على الآتي^(٢٤):

١- "ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على خلاف ذلك، يقع إرسال رسالة البيانات عندما تدخل الرسالة نظام للمعلومات 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 البيانات على النحو التالي: إذا كان المرسل إليه قد عين نظام معلومات بغرض استلام رسائل البيانات، يقع الاستلام: وقت دخول رسالة البيانات نظام المعلومات المعين.

(٢٢) عباس العبودي، شرح أحكام قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم ٧٨ لسنة ٢٠١٢م، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٨م، ص ٧٠.

(٢٣) محمد المرسى زهرة، مرجع سابق، ص ٨٠.

(٢٤) المادة (١٥) من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية.

وقت استرجاع المرسل إليه لرسالة البيانات، إذا أرسلت رسالة البيانات إلى نظام معلومات تابع للمرسل إليه، ولكن ليس هو النظام الذي تم تعيينه. إذا لم يعين المرسل إليه نظام معلومات، يقع الاستلام عندما تدخل رسالة البيانات نظام معلومات تابعاً للمرسل إليه".

والواضح من هذا النص أن إرسال رسالة البيانات من المرسل إلى المرسل إليه يتحدد بدخول الرسالة نظام معلومات لا يخضع لسيطرة المرسل أو سيطرة من أرسل نيابة عنه، وذلك في حالة كون نظام المعلومات تابع للمرسل إليه أو لوسيط، أما إذا كان نظام المعلومات لم يعينه المرسل إليه، فإن وقت استلام رسالة البيانات يتحدد بوقت دخول الرسالة نظام المعلومات أو بوقت استرجاع المرسل إليه لرسالة البيانات. ولقد أخذ القانون النموذجي (الأونسيترال)، كما هو واضح بنظرية تسلم القبول، فوقت وزمان انعقاد العقد يتحدد بال لحظة التي يتم فيها تسلم القبول، ولا يتحدد بإعلان القبول أو تصديره إنما بتسلمه أي بدخول رسالة البيانات لنظام المعلومات ومعالجتها بعد ذلك.

أما فيما يخص تحديد مكان إرسال واستلام رسائل البيانات فقد نصت المادة (١٥) على أنه:

٣- "تطبق الفقرة (٢) ولو كان المكان الذي يوجد فيه نظام المعلومات مختلفا عن المكان الذي يعتبر أن رسالة البيانات استلمت فيه بموجب الفقرة (٤).

٤- ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على غير ذلك يعتبر أن رسالة البيانات أرسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ ويعتبر أنها استلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه ولأغراض هذه الفقرة: إذا كان للمنشئ أو المرسل إليه أكثر من مقر عمل وأحد، كان مقر العمل هو المقر الذي له أوثق علاقة بالمعاملة المعينة، أو مقر العمل الرئيسي إذا لم توجد مثل تلك المعاملة. إذا لم يكن للمنشئ أو المرسل إليه مقر عمل، يشار من ثم إلى محل إقامته المعتاد."

الواضح من هذا النص أن القانون النموذجي، فيما يتعلق بتحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني قد اعتد بالمكان الذي يوجد فيه عمل المرسل أو المرسل إليه، دون الاعتداد بمكان وجود نظام المعلومات سواء بالنسبة للإرسال أو بالنسبة للاستلام.

أما موقف المشروع المصري، فقد نصت المادة (١٥) من قانون التوقيع الإلكتروني رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٤م، على أن "الكتابة الإلكترونية والمحركات الإلكترونية، في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية، ذات الحجية المقررة للكتابة والمحركات الرسمية والعرفية في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، متى استوفت الشروط.....". ففي هذه الحالة التي تساوت فيها الكتابة والمحركات الإلكترونية، مع نصيراتها التقليدية ونظراً لعدم وجود نص صريح في قانون التوقيع الإلكتروني يحدد زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني، لذلك لا سبيل سوى العودة إلى القواعد العامة في القانون المدني، حيث إن المشرع المصري أخذ بنظرية العلم بالقبول لتحديد زمان ومكان انعقاد العقد كما هو واضح من نص المادة (٩٧) من القانون المدني المصري^(٢٥).

أما في التشريع العراقي نجد أن المشرع قد نص في المادة (١٠٢،٣/٢٠) من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية على آلية تحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني بنصها

(٢٥) المادة (٩٧) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨م.

على الآتي: "تعد المستندات الإلكترونية رسالة، من وقت دخولها نظام معالجة معلومات لا يخضع لسيطرة الموقع أو الشخص الذي أرسلها نيابة عنه ما لم يتفق الموقع والمرسل إليه على غير ذلك". "إذا كان المرسل إليه قد حدد نظاما لمعالجة المعلومات لتسلم المستندات فتعد متسلمة عند دخولها إلى ذلك النظام، فإذا أرسلت إلى نظام غير الذي تم تحديده فيعد إرسالها قد تم منذ قيام المرسل إليه بإعادتها إلى النظام المحدد منه لتسلم المعلومات". "إذا لم يحدد المرسل إليه نظاما لمعالجة معلومات لتسلم المستندات الإلكترونية فيعد وقت تسلمها هو وقت دخولها لأي نظام لمعالجة المعلومات تابع للمرسل إليه".

إما المادة (٢٠١/٢١) من نفس القانون فقد حددت الآلية التي يتم من خلالها تحديد مكان انعقاد العقد حيث نصت على الآتي: "تعد المستندات الإلكترونية قد أرسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل الموقع وأنها استلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه وإذا لم يكن لأي منهما مقر عمل يعد محل الإقامة مقراً للعمل ما لم يكن الموقع والمرسل إليه قد اتفقا على غير ذلك". "أما إذا كان للموقع أو المرسل إليه أكثر من مقر عمل فيعد المقر الأقرب صلة بالمعاملة هو مكان الإرسال أو التسلم وعند تعذر التحديد يعد مقر العمل الرئيس هو مكان الإرسال أو التسلم".

المطلب الثالث

إثبات العقد الإلكتروني

يعرف الإثبات، بأنه "إقامة الدليل على وجود واقعة قانونية، أي على وجود واقعة تلعب دور المصدر المسبب لأثر قانوني معين يراد من القضاء الحكم به أو على أساس مقتضاه"^(٢٦).

(٢٦) عصام أنور سليم، نظرية الحق، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٨، ص ١٧٢.

أما بالنسبة للإثبات في العقود التي تجري عبر الإنترنت فإنها لا تقوم على دعامة مادية ثابتة، يمكن الرجوع إليها كلما اقتضى الأمر، بل هي مثبتة على دعائم إلكترونية غير مادية، وهو الأمر الذي أدى إلى ظهور ما يسمى بالإثبات الإلكتروني^(٢٧).

ولتجاوز هذا التحديات والصعوبات الناشئة عن إثبات العقود الإلكترونية، فإن الأمر يقتضي إجراء تعديل تشريعي على قوانين الإثبات من أجل جعل هذه القوانين قادرة على مواكبة التطور التقني في مجال إبرام العقود وإثباتها بالطرق الإلكترونية، على أن تتضمن هذه التعديلات التشريعية بيان مفهوم الإثبات الإلكتروني ومدى جواز استعمال المحررات الإلكترونية كدليل في الإثبات مع الإشارة إلى جواز الإثبات بالوسائل أو الدعائم الإلكترونية، وذلك أسوة بقانون الأونسيترال النموذجي.

في هذا الصدد نشير إلى موقف قانون الأونسيترال النموذجي، فمن خلال النظر إلى نص المادة (٩) نجد إن الغرض منها هو إقرار مقبولية رسائل البيانات كدليل إثبات في الإجراءات القانونية، والقيمة الإثباتية كليهما معا لتلك الرسائل، أما فيما يتعلق بالمقبولية، فإن الفقرة (١) التي تبين أنه لا يمنع قبول رسائل البيانات كدليل إثبات في الإجراءات القانونية لا لسبب إلا لأنها في شكل إلكتروني، تركز على المبدأ العام الوارد في المادة ٤، وهي ضرورة للنص صراحة على انطباقها على مقبولية أدلة الإثبات، وهذا مجال قد تنشأ فيه، في بعض الاختصاصات القضائية، مسائل بالغة التعقيد، وتعبير "أفضل دليل" تعبیر مفهوم وضروري في اختصاصات قضائية تطبق القانون العام. بيد أن مفهوم "أفضل دليل" يمكن أن يثير قدراً كبيراً من الغموض في النظم القانونية التي لا تعرف فيها هذه القاعدة، والدول التي سيعتبر فيها هذا التعبير غير ذي معنى ويحتمل أن يكون مضللاً، وقد ترغب في تشريع القانون النموذجي دون الإشارة إلى قاعدة "أفضل دليل" الواردة في الفقرة (١)^(٢٨).

(٢٧) إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص ١٩٠.

(٢٨) الفقرة (٧٠) من دليل تشريع قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية ١٩٩٦ م.

وأما بشأن تقييم حجية الإثبات لرسالة البيانات، فإن الفقرة (٢) تقدم توجيهها مفيداً بشأن كيفية تقدير القيمة الإثباتية لرسائل البيانات (أي تبعاً لما إذا كانت قد أنشئت أو خزنت أو أبلغت بطريقة يعول عليها)^(٢٩).

أما موقف المشرع المصري فقد أصدر قانون التوقيع الإلكتروني رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٤م، حيث أعتبر ذلك منه مواكبة للتطورات الحديثة التي يشهدها العالم في المجال التكنولوجي والمعلوماتي وما ترتبه من آثار، وذلك من خلال التحول من وسائل الكتابة التقليدية، إلى المحررات الإلكترونية والشكل الرقمي، حيث ذهب المشرع من خلال هذا القانون إلى إعطاء الكتابة الإلكترونية والمحررات الإلكترونية، ذات الحجية المقررة للكتابة والمحررات الرسمية والعرفية في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية^(٣٠). متى ما توافرت الضوابط الفنية والتقنية الآتية:

"(أ) أن يكون متاحاً فنياً تحديد وقت وتاريخ إنشاء الكتابة الإلكترونية أو المحررات الإلكترونية الرسمية أو العرفية، وأن تتم هذه الإتاحة من خلال نظام حفظ إلكتروني مستقل وغير خاضع لسيطرة منشئ هذه الكتابة أو تلك المحررات، أو لسيطرة المعني بها؛

(ب) أن يكون متاحاً فنياً تحديد مصدر إنشاء الكتابة الإلكترونية أو المحررات الإلكترونية الرسمية أو العرفية ودرجة سيطرة منشئها على هذا المصدر وعلى الوسائط المستخدمة في إنشائها؛

(ج) في حالة إنشاء وصدور الكتابة الإلكترونية أو المحررات الإلكترونية الرسمية أو العرفية دون تدخل بشري، جزئي أو كلي، فإن حجيتها تكون متحققة متى أمكن التحقق من وقت وتاريخ إنشائها ومن عدم العبث بهذه الكتابة أو تلك المحررات"^(٣١).

^(٢٩) الفقرة (٧١) من دليل تشريع قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية ١٩٩٦م.

^(٣٠) المادة (١٥) من قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٤م.

^(٣١) المادة (٩) من اللائحة التنفيذية لقانون رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٤م، نشر في جريدة الوقائع المصرية، العدد ٩٥،

ولمواكبة التطور التكنولوجي العالمي في المعاملات القانونية وما ترتبه من آثار قضت محكمة النقض المصرية على "عدم اقتصار المحرر على ما هو مكتوب على نوع معين من الدعامات فلا يُشترط فيه الكتابة على ورق بالمفهوم التقليدي وتذيله بتوقيع بخط اليد، وقبول كل الدعامات ورقية كانت أو إلكترونية أو أيًا كانت مادة صنعها في الإثبات"^(٣٢).

أما المشرع العراقي فقد أعطى للمستندات الإلكترونية، والكتابة الإلكترونية، والعقود الإلكترونية، ذات الحجية القانونية المقررة لمثيلاتها الورقية، إذا توافرت فيها الشروط الآتية:

"(أ) أن تكون المعلومات الواردة فيها قابلة للحفظ والتخزين بحيث يمكن استرجاعها في أي وقت؛

(ب) إمكانية الاحتفاظ بها بالشكل الذي تم إنشاؤها أو إرسالها أو تسلمها به أو بأي شكل يسهل به إثبات دقة المعلومات التي وردت فيها عند إنشائها أو إرسالها أو تسلمها بما لا يقبل التعديل بالإضافة أو الحذف؛

(ج) أن تكون المعلومات الواردة فيها دالة على من ينشئها أو يتسلمها وتاريخ ووقت إرسالها وتسلمها"^(٣٣).

استثنى القانون المعلومات المرافقة للمستندات التي يكون القصد منها تسهيل إرسالها وتسلمها، من هذه الشروط، كما أجاز للموقع أو المرسل إليه إثبات صحة المستند الإلكتروني بجميع طرق الإثبات المقررة قانوناً.

ومما تجدر الإشارة إليه: فإن رصانة نظام المعلومات، تؤدي إلى قبول جميع المستندات الإلكترونية في الإثبات، لأن المشكلة في قبول المستند الإلكتروني، ليست مشكلة

(٣٢) الطعن رقم ١٧٦٨٩ لسنة ٨٩ قضائية، الصادر بجلسة ١٠/٣/٢٠٢٠م، نشر على الموقع الإلكتروني لمحكمة النقض المصرية،

https://www.cc.gov.eg/judgment_single?id=111398859&&ja=276141,

تاريخ الزيارة ٢٩/١١/٢٠٢١م.

(٣٣) المادة (١٣/أولاً) من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٢م.

قانونية بقدر ما تكون مشكلة تقنية، فإذا توافرت البيئة الأمنية، سيصبح بالإمكان تجاوز مشكلات الإثبات بالمستندات الإلكترونية^(٣٤).

المطلب الرابع

آلية الوفاء بعقود التجارة الإلكترونية

تعد مسألة الوفاء بالتعاقد الإلكتروني، أحد الأسباب التي تترك انطباعاً بعدم اليقين لدى المستخدم، نظراً لاعتياد الأخير بالوفاء عن طريق النقود التقليدية، وحظوها بشعبية تفتقر إليها

(٣٤) عباس العبودي، مرجع سابق، ص ١٧٣.

النقود الإلكترونية^(٣٥)، حيث إن النقود الإلكترونية يشيع التداول بها في أوساط التجار، بالإضافة إلى ذلك فإن الشعبية التي تحظى بها النقود التقليدية يدعمها ويقويها القانون، أما في النقود الإلكترونية فمصدر الإلزام هو اتفاق المتعاقدين، الأمر الذي يلقي على عاتق البنك زيادة التعاقد مع أكبر عدد من التجار، من أجل توسيع رقعة قبول هذه النقود في الوفاء، مما يؤدي إلى جذب المزيد من العملاء^(٣٦).

يترتب على الالتزام المنتج أو المورد بتسليم السلعة أو تقديم الخدمة، التزام المشتري أو الزبون بأداء ثمن مقابل السلعة أو مقابل الخدمة، وتكون وسائل الدفع التي يعتمد عليها هذا الأخير هي النقود الورقية والمعدنية أو التي تحل محلها من وسائل أخرى كالشيكات، غير أن الطابع المادي لهذه الوسائل لا يصلح لتسهيل التعامل الذي يتم في بيئة غير مادية، كالنقود الإلكترونية التي تتم في شبكة الإنترنت حيث تزول المعاملات الورقية، ومن هنا كان لا بد من البحث عن وسيلة سداد تتفق وطبيعة التجارة الإلكترونية التي تتم عبر الإنترنت، ومن هنا ظهر ما يسمى بأنظمة الدفع والسداد الإلكتروني^(٣٧).

يتميز الدفع الإلكتروني بأنه وسيلة وفاء تتم عن بعد، ويتم ذلك من خلال إعطاء أمر الدفع عبر شبكة الإنترنت وفقاً لمعطيات إلكترونية تسمح بالاتصال المباشر بين طرفي العقد، وبهذه الصفة يعد الدفع الإلكتروني وسيلة فعالة لتنفيذ الالتزام بالوفاء في العقود الإلكترونية التي يكون فيها تباعد أطراف العقد هو الغالب، حيث يغيب التقائهم المادي^(٣٨).

(٣٥) النقود الإلكترونية: "قيمة نقدية مقومة بالجنه المصري أو بإحدى العملات المصدرة من سلطات إصدار النقد الرسمية مستحقة على المرخص له بإصدارها، وتكون مخزنة إلكترونياً ومقبولة كوسيلة دفع". المادة (١) من قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي المصري، رقم (١٩٤) لسنة ٢٠٢٠م نشر في جريدة الوقائع المصرية، العدد ٣٧ مكرر، ٢٠٢٠/٩/١٥م.

(٣٦) علاء التميمي، التنظيم القانوني للبنك الإلكتروني على شبكة الانترنت، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٢م، ص ٤٦٤.

(٣٧) فاروق محمد أحمد الأباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات الإلكترونية_دراسة تطبيقية لعقود الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣م، ص ٩٧-٩٨؛ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص ١٠١؛ عباس العبودي، مرجع سابق، ص ٦٢.

(٣٨) فاروق محمد أحمد الأباصيري، المرجع السابق، ص ١٠٠.

وبما أن الدفع الإلكتروني يتم من خلال فضاء معلومات مفتوح، فإن فرصة السطو على رقم البطاقة أثناء الدفع الإلكتروني تكون قائمة، وهذا الخطر متواجد عند الدفع الإلكتروني بغير الإنترنت، لكنه أكثر حدوثاً على شبكة الإنترنت باعتبارها فضاء مفتوح لكل الأشخاص ومن كافة البلدان، إذ يكون ذلك من خلال اختراق البيانات المتواجدة في الشبكة واستخدامها للأضرار بصاحب البطاقة، ومن أجل تفادي هذا الخطر فإن الدفع الإلكتروني يكون مصحوباً بوسائل أمان فنية من شأنها أن تحدد المدين الذي يقوم بالدفع، والدائن الذي يستفيد منه، فيتم ذلك بطريقة مشفرة باستعمال برنامج معد لهذا الغرض بحيث لا يظهر الرقم البنكي على شبكة الويب، كما يتم عمل أرشيف للمبالغ التي يتم السحب عليها، مما يسهل الرجوع إليه، ولتفادي تداول البيانات على الشبكة تم ابتكار نظام للوفاء يقوم على فكرة الأجهزة الوسيطة بإدارة عمليات الدفع لحساب المتعاقدين، وذلك من خلال إجراء عملية تسوية للديون والحقوق الناشئة عن التصرفات المختلفة التي تبرم بين أطراف العلاقة العقدية الإلكترونية^(٣٩).

على مستوى المشرع العراقي نجد المادة (٢٤) من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٢م قد نصت على "يجوز تحويل الاموال بوسائل إلكترونية".

المطلب الخامس

المحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق

(٣٩) ضاري تمران طلاق الشمري، الجوانب القانونية لتنفيذ وإثبات العقد الإلكتروني، مجلة كلية القانون الكويتية

العالمية، المجلد الخامس، العدد ٢٠، ٢٠١٧م، ص ٨٦.

لما كانت العقود الإلكترونية يتم إجراؤها بين أطراف من دول مختلفة في الغالب، فإن ذلك يثير مشكلة، المحكمة المختصة بنظر النزاع والقانون الواجب التطبيق.

إذا لا تثار أي مشكلة في العقد الإلكتروني من حيث القانون الواجب التطبيق إذا كان أطراف التعاقد في بلد واحد إذ سوف يطبق قانون هذا البلد، ولكن نظراً لأن المعاملات الإلكترونية تنسم في الغالب بالطابع الدولي نظراً لعالمية شبكة الإنترنت والطابع الطليق لها، ومن ثم فهي تشتمل في أغلب الأحوال على طرف أجنبي، ولذلك تثار مسألة مهمة وهي مشكلة تحديد المحكمة المختصة بنظر النزاع والقانون الواجب التطبيق^(٤٠). حيث إن منازعات العقود الإلكترونية تعد منازعات دولية غالباً نظراً لصفاتها الدولية، ولهذا تختلف القواعد التشريعية والنظم القانونية التي تحكم هذه المنازعات مما يصعب حل تلك المنازعات، في الحالات التي لم يتفق أطراف العقد على القانون الواجب التطبيق على منازعتهم والمحكمة المختصة بنظر النزاع.

فالأصل أن يحدد القانون الواجب التطبيق لحظة إبرام العقد، ويجوز أن يكون تحديده لاحقاً لإبرام العقد وقبل وقوع النزاع، فالأولى أن يقوم أطراف التعاقد باختيار القانون الواجب التطبيق على نزاعهما إن وقع، والمحكمة المختصة بفض النزاع، أو أية آلية أخرى كالتحكيم والتوفيق^(٤١).

وفي هذا الخصوص نشير إلى موقف القانون النموذجي، حيث تصدى القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية الصادر عام ١٩٩٦م، لمحاولة تحديد أماكن أطراف التجارة الإلكترونية وذلك عند تنظيمه لمسألة زمان ومكان إرسال رسائل البيانات الإلكترونية، فنص على أنه "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؛ أما إذا لم يكن للمنشئ أو المرسل إليه مقر عمل، يشار من ثم إلى محل إقامته المعتاد"^(٤٢).

(٤٠) ماجد محمد سليمان أبا الخيل، العقد الإلكتروني، مكتبة الرشد ناشرون، الرياض، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩م، ص ١١٥.

(٤١) عادل عبد الحميد الفجال، مرجع سابق، ص ٢٢٧.

(٤٢) المادة (١٥/ف ٤) من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية.

يتضح لنا من النص السابق، أن اتفاقية الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية ٢٠٠٥م^(٤٣)، كانت متأثرة إلى حد كبير بالقانون النموذجي للتجارة الإلكترونية الصادر عام ١٩٩٦م، حيث استخدم هذا القانون معيار "المقر الأوثق صلة بالمعاملة" وهو نفس المعيار الذي تبنته الاتفاقية فيما بعد. ولكن يلاحظ أن نصوص اتفاقية الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية جاءت أكثر وضوحاً وتحديداً بخصوص المعيار السابق، حيث حددت وسيلة الكشف عن "المقر الأوثق صلة بالعقد"، وذلك من خلال قيام القاضي في كل حالة على حدة بتحديد هذا المقر، أخذاً في اعتباره الظروف والملابسات التي كان يعلمها الأطراف أو توقعوها عند أو قبل التعاقد، علاوة على ذلك إن مجرد استخدام الطرف اسم نطاق أو عنوان بريد إلكتروني ذا صلة ببلد معين لا ينشئ قرينة على أن مقر عمله يوجد في ذلك البلد.

نستخلص مما تقدم أن اتفاقية الخطابات الإلكترونية ٢٠٠٥م، وقانون التجارة الإلكترونية النموذجي ١٩٩٦م، كليهما قد حاول وضع معايير يسترشد بها القضاء لتحديد موطن الأطراف على الإنترنت وإن كانت اتفاقية الخطابات الإلكترونية قد جاءت أكثر تحديداً ووضوحاً من القانون النموذجي من خلال معيارها "المقر الأوثق صلة بالعقد" الذي يقترن تحديده بالظروف والملابسات التي حدثت عند أو قبل التعاقد، وهذا التمييز بالاتفاقية ليس بغريب، وذلك بالنظر إلى تاريخ وضع الاتفاقية وتاريخ وضع القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية على اعتبار أن القانون النموذجي هو نسخه خام يتم تطويره باستمرار ليواكب العصر. وفي جميع الأحوال يقع على القضاء عبء تحديد موطن الأطراف في منازعات التجارة الإلكترونية.

الخاتمة

(٤٣) المادة (٦) من اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية ٢٠٠٥م، متاح على الموقع الرسمي لوثائق الأمم المتحدة،

<https://undocs.org/pdf?symbol=ar/A/RES/60/21>.

بعد أن وصلنا إلى خاتمة دراستنا لا بد لنا أن نوضح أهم النتائج والتوصيات التي تم التوصل إليها.

أولاً_ النتائج:

١- إن وجود الإرادة واتجاهها نحو ترتيب أثر، لا يعتد بها طالما لم تترجم إلى تعبير خارجي محسوس، وبالتالي فإن وضع الشخص توقيعاً على أي مستند سواء كان هذا المستند كتابي أم إلكتروني، فإنه يفترض موافقته على ما ورد في السند.

٢- إن رصانة نظام المعلومات، تؤدي إلى قبول جميع المستندات الإلكترونية في الإثبات، لأن المشكلة في قبول المستند الإلكتروني، ليست مشكلة قانونية بقدر ما تكون مشكلة تقنية، فإذا توافرت البيئة الآمنة، سيصبح بالإمكان تجاوز مشكلات الإثبات بالمستندات الإلكترونية.

ثانياً_ التوصيات:

١- نأمل من المشرع العراقي والمشرع المصري مواكبة التطورات الحاصلة في المجال التقني وذلك من خلال تشكيل لجان مهمتها رصد التطورات التقنية وعلى إثر ذلك يتم تشريع نصوص قانونية تجابه التطور التقني.

٢- التعاون الدولي لتوأمة القوانين التي تنظم التجارة الإلكترونية، وهذا ما نصت عليه لجنة الأمم المتحدة وقانونها المعروف، بقانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية.

٣- نأمل من وزارة الداخلية والبنك المركزي التعاون على إصدار بطاقات شخصية مزودة برقاقة إلكترونية مع فتح حساب مصرفي، تتيح للأفراد (تجار ومستهلكين) بيع وشراء السلع والخدمات، وهذا الإجراء سيعمل على تقليل معوقات التجارة الإلكترونية، من خلال تعزيز اليقين القانونية، بالإضافة إلى ذلك توثيق المواقع الإلكترونية الخاصة بالتجار من خلال وضع علامة أو إشارة معينة.

قائمة المصادر والمراجع

مع حفظ الألقاب العلمية

- ١- أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣م.
- ٢- أسامة عبد العليم الشيخ، مجلس العقد وإثره في عقود التجارة الإلكترونية_دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، ٢٠١٣م.
- ٣- إكرام مختاري، التراضي في العقود الإلكترونية (أوجه الحماية والقصور التشريعي)، مجلة الفقه والقانون، عدد خاص، ٢٠١٤م.
- ٤- إلياس ناصيف، العقود الدولية-العقد الإلكتروني في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩م.
- ٥- جهاد محمود عبد المبدي، التراضي في تكوين عقود التجارة الإلكترونية_دراسة مقارنة، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، الطبعة الأولى، ٢٠١٦م.
- ٦- حسين الماحي، نظرات قانونية في التجارة الإلكترونية_دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٩م.
- ٧- حنان عبده علي أبو شام، التكيف القانوني للعقود الإلكترونية، المجلة الإلكترونية الشاملة متعددة التخصصات، العدد الثاني والعشرين، ٢٠٢٠م.
- ٨- ضاري تمران طلاق الشمري، الجوانب القانونية لتنفيذ وإثبات العقد الإلكتروني، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، المجلد الخامس، العدد ٢٠، ٢٠١٧م.
- ٩- عادل عبد الحميد الفجال، الجوانب السلبية للعقود الإلكترونية، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني، ٢٠١٥م.
- ١٠- عباس العبودي، شرح أحكام قانون التوقيع إلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم ٧٨ لسنة ٢٠١٢م، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٨م.

- ١١- عبدالله عبدالكريم عبدالله، أثر التغيرات التكنو- قانونية في إبرام العقد-دراسة في القانون القطري وبعض العقود الإلكترونية النموذجية، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد الثالث، ٢٠١٨م.
- ١٢- عصام أنور سليم، نظرية الحق، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٨م.
- ١٣- علاء التميمي، التنظيم القانوني للبنك الإلكتروني على شبكة الانترنت، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٢م.
- ١٤- فاروق محمد أحمد الأباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات الإلكترونية_دراسة تطبيقية لعقود الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣م.
- ١٥- ماجد محمد سليمان أبا الخيل، العقد الإلكتروني، مكتبة الرشد ناشرون، الرياض، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩م.
- ١٦- محمد المرسي زهرة، الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية (العقد الإلكتروني، الإثبات الإلكتروني، المستهلك الإلكتروني)، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨م.
- ١٧- مصطفى خضير نشمي، النظام القانوني للمفاوضات التمهيديّة للتعاقد، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، ٢٠١٣-٢٠١٤.
- ١٨- نبيل إبراهيم سعد، النظرية العالمية للالتزام- مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٧م.

فهرس المحتويات

المقدمة:..... ٢

المطلب الأول: التعبير عن الإرادة وهوية

الأطراف..... ٦

المطلب الثاني: افتراضية مجلس العقد وكيفية تحديد زمان ومكان

انعقاده..... ٩

المطلب الثالث: إثبات العقد الإلكتروني..... ١٤

المطلب الرابع: آلية الوفاء بعقود التجارة

الإلكترونية..... ١٨

المطلب الخامس: المحكمة المختصة والقانون الواجب

التطبيق..... ٢٠

الخاتمة:..... ٢٢

قائمة المصادر

والمراجع:..... ٢٣

فهرس المحتويات:..... ٢٥