

المقدمة :

تعد المعاملات والتجارة التي تتم عبر الوسائط الالكترونية من اهم السبل التي ينتهجها الاشخاص في عصرنا الحديث سواء اكانوا اشخاص القانون العام ام من اشخاص القانون الخاص ، والسبب ذلك راجع لما تتيحه هذه الوسيلة من اتمام وانجاز سريع وفعال للمعاملة المطلوب ابرامها او الحصول عليها سواء وصفت بانها معاملة مدينة او معاملة تجارية.

والذي ساعد في ازدياد وشيوع التجارة الالكترونية انتشار الوسائط الالكترونية المستخدمة في اتمام هذه التجارة وتحديثها المستمر وسهولة الحصول على تلك الوسائط وسهولة استخدامها حتى وصلت امكانية ذلك عبر التليفون المحمول الذي اصبح القاسم المشترك بين غالبية الافراد في المجتمعات.

وترجع بدايات التجارة الالكترونية الى بداية السبعينات من القرن العشرين باستخدام شركات امريكية شبكات خاصة تربطها بعملائها وشركات اعمالها، وفي اوائل السبعينات بدأت تطبيقات التجارة الالكترونية للتحويلات الالكترونية للأموال (Electronic Fund Transfers) لكن مدى التطبيقات لم يتجاوز المؤسسات التجارية العملاقة وبعض الشركات. وفي نفس فترة السبعينات اتى مفهوم تبادل البيانات الالكترونية (Electronic Data Interchange) الذي وسع تطبيق التجارة الالكترونية من مجرد معاملات مالية الى معاملات اخرى وامتدت التقنية من مؤسسات مالية الى مؤسسات اخرى.

مع تحول الانترنت الى اداة مالية وربحية في تسعينات القرن العشرين وانتشارها ونموها ظهر مصطلح التجارة الالكترونية ثم تطورت تطبيقات التجارة الالكترونية واتسع تطبيقها.

باننتشار شبكة الانترنت ودخولها الخدمة العامة في النصف الاول من التسعينات، تم ظهور شبكة ويب خلال النصف الثاني من التسعينات بدأت الشركات تستخدم البريد الالكتروني مع خدمات استعراض وانشاء مواقع ويب لعرض انشطتها ومنتجاتها ووسائل الاتصال بها وبينها.

وعلى الرغم من ان محور استخدام شبكة الانترنت اساسه تبادل المعلومات ويجاد مساحات للمناقشة العلمية Forums De Discussion الا ان واقع استخدام تلك الشبكة اخذ في السنوات العشرين الاخيرة، يسجل تقدما ملحوظا في النشاط التجاري في العالم على حساب الاساس (اي تبادل المعلومات والمناقشة العلمية). وذلك بعد ان غدت التجارة على الشبكة العنكبوتية واقعا لا مفر منه.

والملاحظ ان عدد الشركات العارضة على الشبكة المعلوماتية اخذ في التزايد بشكل مضطرد وبخاصة من خلال مواقع الويب (WWW) بحيث ظهر الويب كأداة فاعلة عالميا في تسويق المنتجات والخدمات على انواعها (سواء عرضا او ترويجيا او بيعا ...)، وتحولت بالتالي شبكة الانترنت الى واجهة عرض Vitrine عالمية للتجارة.

لقد اصبحت الشبكة العالمية الواسعة (World Wide Web) بوابة التجارة الالكترونية بحق تسهيل جميع عمليات التجارة الالكترونية مثل اختيار البضائع او الخدمات من قائمة الكترونية وارسال الطلبات وأوامر الشراء ومتابعة التسليم وارسال واستلام الفواتير والمدفوعات وسندات الشحن واشعارات ما قبل الشحن والاستلام بالطرق الالكترونية، وان ما يجذب الشركاء التجاريين الى بعضهم البعض عندما يزورون مواقع بعضهم البعض على الشبكة العالمية هي المقدرة الالكترونية على وضع الوثائق التجارية والنماذج الالكترونية على الشبكة مباشرة والمقدرة على انشاء ملفات الكترونية مؤقتة واستطاعة الشرك التجاري في وضع القوائم بطريقة واضحة، لقد استطاعت الشبكة العالمية Internet ان تجتذب الاضواء من نظام التبادل الالكتروني للبيانات وتحيط بظاهرة التجارة الالكترونية لأسباب عديدة منها، ان الشبكة العالمية غير خاضعة لسيطرة شخص واحد او جهة واحدة وانما يتم تبنيتها على اساس تفاوضي عالمي مبني على الفكر والعلم وجود خدمات الدلائل الموزعة لأغراض البحث والاتصال مع اي جهة في العالم، وتلعب الشبكة

العالمية دور الوسيط الحيادي نظرا لتقبلها جميع المقاييس في العالم، والازدياد غير الطبيعي لمقدمي الخدمات على الشبكة، ووجود اعداد هائلة من التجار في العالم والذين يستخدمون الشبكة العالمية كمحيط للتجارة الالكترونية.

مفهوم التجارة الالكترونية :

تتضمن التجارة الالكترونية كمفهوم عام اي شكل للصفقة التجارية يتفاعل فيها الاطراف الكترونيا بدلا من المبادلات المالية او العقود المالية المباشرة ويختلف مفهوم التجارة الالكترونية عن مفهوم الاعمال الالكترونية ، فالأعمال الالكترونية اوسع نطاقا واشمل من التجارة الالكترونية ، فهي تقوم على فكرة الاداء الالكتروني في العلاقة بين اطارين من العمل وتمتد لسائر الانشطة الادارية والانتاجية والمالية والخدمية، ولا تتعلق فقط بعلاقة المورد بالزبون بل تمتد لعلاقة المنشأة بوكلائها وموظفيها وزبائنها والى انماط اداء العمل وتقييمه والرقابة عليه في حين ان التجارة الالكترونية نشاط تجاري يهتم بتعاقدات البيع والشراء وطلب الخدمة وتلقيها باليات تقنية ضمن بيئة تقنية خاصة، وان التجارة الالكترونية هي مجرد وجه رئيسي من اوجه الاعمال الالكترونية مثل التسويق الالكتروني ، والمصارف الالكترونية، والتوريد الالكتروني، وما الى ذلك من أنشطة الاعمال الالكترونية. وبالتالي فإن علاقة الاعمال الالكترونية بالتجارة الالكترونية هي علاقة الكل بالجزء والعام بالخاص والتكنولوجيا المتكاملة وتطبيقاتها.

وفي الواقع إن جمع العناصر التي يحتويها مفهوم التجارة الالكترونية بصورة تعريف جامع امر في غاية الصعوبة لان المصطلح المراد تعريفه متغير باستمرار نتيجة التطورات المتلاحقة التي تطرأ عليه. لذلك فقد عرفت التجارة الالكترونية بأنها : نوع من التجارة يتم من خلال اي وسيط الكتروني بما في ذلك التجارة التي تتم عبر التليفون والفاكس، وكذلك عبر الانترنت، وشبكات الاتصال المخصصة لذلك.

وهناك تعريف ثانٍ للدكتور عماد الحداد وهو اكثر ملائمة للتجارة والتي تعتمد على الانترنت، حيث قيل بأن التجارة الالكترونية : عبارة عن تكامل وسائل الاتصال وادارة البيانات والامكانيات الامنية التي تسهل تبادل المعلومات المتعلقة ببيع السلع والخدمات.

كما عرفت بانها مفهوم جديد يشرح عملية بيع او شراء او تبادل المنتجات والخدمات والمعلومات من خلال شبكة كومبيوترية، ومن ضمنها الانترنت.

ولذا قيل بأن تعريف هذا المصطلح يختلف بحسب وجهة النظر التي تعرفه :

فعالم الاتصال : يعرف التجارة الالكترونية بأنها : وسيلة من اجل ايصال المعلومات او الخدمات او المنتجات عبر خطوط الهاتف او عبر شبكات الكمبيوتر او عبر اي وسيلة تقنية (مادية غير ملموسة).

ومن وجهة نظر الاعمال التجارية : فهي عملية تطبيق التقنية من اجل جعل المعاملات التجارية تجري بصورة تلقائية وسريعة.

وعالم الانترنت يعرفها بالتجارة التي تفتح المجال من اجل بيع وشراء المنتجات والخدمات والمعلومات عبر الانترنت.

وتعرف ايضا بانها مجمل الخدمات التجارية التي تتعامل معها المجموعات (شركات / مؤسسات / افراد) والمعتمدة على المعالجة الالكترونية للبيانات (النصوص/ الصوت/ الصورة) ويتضمن التعريف تأثيرات التبادل الالكتروني للمعلومات التجارية على المؤسسات والتفاوض التجاري والعقود والضرائب والتسويات المالية.

وهناك من يركز على عنصر السوق الالكتروني المفتوح في تعريف التجارة الالكترونية فعلى سبيل المثال تعرف بأنها ((تتضمن وجود سوق عالمي الكتروني يتمكن من خلاله جميع العاملين في الخدمات الانتاجية بالتعامل الفوري الآني مع بعضهم البعض لمصلحتهم المشتركة والمتبادلة)) . وبهذا المعنى فإن التجارة الالكترونية توجد بيئة تمكن الزبائن من التحكم بشكل اكثر فعالية في عملية الشراء وكذلك في الحصول على معلومات خاصة وحسب الطلب. قد يبدو ان هناك تشابها بين السوق التقليدي والسوق الالكتروني باعتبار ان الاساسية للسوق سواء كان سوقا الكترونيا ام غير ذلك. هي تيسير وسائل التعاملات بالسلع والخدمات لكن هذا التشابه يؤدي الى نتائج غير صحيحة حول التجارة الالكترونية فليست هذه الاخيرة مجرد وسيلة اخرى للتسوق تضاف الى الوسائل المعروفة كالتسوق عن طريق الهاتف او طلب السلعة بالبريد

التسوق من المنازل عبر الشبكات الخاصة بذلك (التلفاز والهاتف) كما ان التجارة الالكترونية تتعامل مع منتجات رقمية تختلف اختلافا عن غيرها. فهي منتجات يتم تصنيعها ونقلها وتسليمها واستهلاكها بشكل يختلف تماما عن اي منتج مادي من النوع المألوف. بالإضافة الى ذلك فان المنتجين والمستهلكين يتحاورون بشكل نشط فيما بينهم لتحديد مواصفات المنتجات والتأثير فيها وكذلك لتحديد مستوى جودتها وتحديد اسعارها. الجانب المهم في الموضوع هو ان الوسائل التقنية التي تقوم او تعتمد عليها التجارة الالكترونية منتشرة انتشارا واسعا للغاية وان استخدام تلك الوسائل غير قاصر على المعاملات التجارية بل قد يكون الاستخدام لأغراض العمل والترفيه والاتصالات وغير ذلك.

يلاحظ ان عدم الاتفاق حول تحديد تعريف للتجارة الالكترونية انعكس على المستوى الدولي فقانون الاونسيترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية جاء خاليا من تعريف او تحديد لمعنى التجارة الالكترونية لان لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي كانت قد قررت عند اعداد القانون النموذجي ان تأخذ في الاعتبار (عند التطرق الى الموضوع المعروض عليها) مفهوما موسعا للتبادل الالكتروني للبيانات المتصلة بالتجارة والتي قد يشار اليها عموما تحت عنوان التجارة الالكترونية بالرغم من وجود امكانية استخدام عبارات وصفية اخرى. ومن بين وسائل الابلاغ التي يشتمل عليها مفهوم التجارة الالكترونية هناك اساليب الارسال التالية التي تستند الى استخدام التقنيات الالكترونية ، الابلاغ عن طريق التبادل الالكتروني للبيانات العرف تعريفيا ضيقا بانه ارسال البيانات من حاسوب الى حاسوب بصيغة قياسية موحدة، وبث الرسائل الالكترونية التي تنطوي على استعمال المعايير المتاحة للعموم او المعايير المتعلقة بحقوق الملكية، وارسال نص لا يراعي شكلا محددا بالرسائل الالكترونية عن طريق الانترنت. ومن الجدير بالاهتمام ان تطبيق مبادئ واحكام القانون النموذجي لا ينحصر في نطاق تقنيات الابلاغ الاكثر حداثة (كالتبادل الالكتروني للبيانات والبريد الالكتروني) وانما ينطبق ايضا على تقنيات ابلاغ اقل تطورا كالنسخ الورقي. و لا يجوز من حيث المبدأ استبعاد اية تقنية من تقنيات الابلاغ من نطاق القانون النموذجي حتى يستوعب هذ القانون تقنيات الابلاغ المقبلة.

بالرغم من عدم وجود تعريف متكامل للتجارة الالكترونية الا انه لا يعني غياب صور واضحة تبين معالم الحدث الاقتصادي العلمي بل يمكن ومن خلال امعان النظر فيما سبق من التعريفات، تحديد المسائل الاساسية التي تركز اليها التجارة الالكترونية. إذ لا بد من مباشرة الاعمال التجارية بمفهومها الواسع باستعمال اية وسيلة الكترونية تسمح بمعالجة المعلومات التجارية الى رسائل بيانات وسواء كان تنفيذ الصفقة التجارية بوسيلة الكترونية ام بالطرق المادية المعروفة، ولا يوجد تفريق بين من يقوم بمزاولة المعاملات الالكترونية ان كانت حكومة او منظمة تجارية او فردا وسواء كان هذا الاخير تاجرا او مستهلكا. وهذا يزيل الغموض عن عبارة التجارة الالكترونية بشكل عام ويسهل دراسة المفهوم القانوني لها.

واخيرا يمكن القول بان التجارة الالكترونية هي مجمل العمليات التجارية التي تتم عبر شبكة المعلومات الدولية (الانترنت) او من خلال وسائل الكترونية اخرى. ومعنى هذا انها تتناول الصفقات والاعمال والاتفاقيات التي تعقد بين بائعين ومشتريين ومن على شاكلتهم لمنتج سلعي او خدمي عبر الانترنت، وهذا التعريف يتسق مع تعريف منظمة التجارة العالمية حيث عرفت التجارة الالكترونية بأنها "مجموعة متكاملة من عمليات انتاج وتوزيع وتسويق وبيع المنتجات بوسائل الكترونية" وقد عرفت منظمة التنمية والتعاون الاقتصادي الدولي بأنها " تتمثل بصفة عامة في المعاملات التجارية التي تتم من قبل الافراد والهيئات والتي تعتمد على معالجة ونقل البيانات الرقمية والصوت والصورة من خلال شبكات مفتوحة مثل الانترنت او مغلقة يمكن ان تتصل بالشبكة المفتوحة".

ويتكون مصطلح التجارة الالكترونية من مقطعين:

اولا: التجارة : هذا المقطع يعبر عن نشاط تجاري واقتصادي معروف لدينا ويتم من خلاله تبادل السلع والخدمات باستعمال الوسائل التكنولوجية الحديثة عبر الانترنت وخدمات ما بعد البيع والاعلان والتسويق والتعامل في الاصول المالية والاعمال المصرفية مثل تحويل النقود والمزايدات والمناقصات وفقا لقواعد ونظم متفق عليها.

ثانيا : الكترونية : تعني القيام بأداء النشاط الاقتصادي التجاري باستخدام تكنولوجيا الاتصال الحديثة مثل شبكة الانترنت والشبكات والاساليب الالكترونية واليات الاتصال عن بعد مثل التلفون والفاكس وشبكات تربط بين اعضائها في مجالات محددة وهي شبكات الاتصال.

مقومات التجارة الالكترونية :

كي يمكن للتجارة ان تنمو وتتطور ينبغي توفر عدة مقومات، ومن تلك المقومات:

1. توافر بنية تحتية مناسبة تتمثل بالاتصالات ونشر شبكة الانترنت على نطاق واسع بحيث يمكنها النفاذ لأوسع شريحة في المجتمع وبأسعار تنافسية.
2. نشر الوعي العلمي والثقافي والقضاء على الامية المعلوماتية لدى افراد المجتمع يساهم في اصدار التشريعات والقوانين المناسبة لتوفير الحماية والثقة للمتعاملين.
3. وجود بنية تحتية كافية للخدمات المالية ولا سيما في مجال التعامل المالي المصرفي وتمكينه من دعم عمليات التجارة الالكترونية.

خصائص التجارة الالكترونية :

1. السرعة في انجاز العملية التجارية : ان الامر المهم في التجارة الالكترونية هو السرعة هو السرعة في انجاز عملية البيع والشراء والتنافس العالمي مما يدفع ذلك نحو تجويد الانتاج.
2. توسيع نطاق الاسواق التجارية : ان التجارة الالكترونية اصبحت اعجوبة اواخر القرن العشرين وصار لها عالمها الخاص حيث تميزت بإلغاء الحدود امام دخول الاسواق التجارية . اذ اصبحت جميع اسواق العالم بفضل شبكة الانترنت وبغض النظر عن الموقع الجغرافي للبائع والمشتري (سوقاً مفتوحة).
3. وجود الوسيط الالكتروني : وهو جهاز الحاسوب (الكمبيوتر) لدى كل من الطرفين المتعاقدين الذي يتصل بشبكة الاتصالات الدولية التي تقوم بنقل التعبير عن الارادة لكل من الطرفين المتعاقدين في نفس الوقت بالرغم من تباعد المكان والموطن الذي يقيمون فيه.

4- توفير خيارات التسوق الافضل : ان طبيعة نشاط التجارة الالكترونية يمكن الشركات المنتجة عرض افضل المنتجات وبذل الجهود لإشباع رغبات المشتريين من خلال عرض خيارات متنوعة للتسوق، والتجارة الالكترونية تمكن المتسوق من الحصول على المعلومات الدقيقة والتفصيلية بسهولة فيما يتعلق بمواصفات السلع والبضائع المراد التعامل عليها .

5- استحداث انماط جديدة من الاعمال التجارية : لقد فرزت التجارة عبر الشبكات الالكترونية انواع جديدة من الاعمال التجارية لم تكن معروفة قبل استخدام التجارة الالكترونية ولكي تنفذ عمليات التجارة الالكترونية يتطلب عدد من الاطراف المتداخلين ضمن العملية التقنية ويمكن تمثيلهم على شكل هرمي .

متطلبات نجاح التجارة الالكترونية:-

أ- بناء الشبكة للذين يؤدون وظائف تمويل وتنظيم وتشغيل البنية التحتية للشبكة كالدول والسلطات الرسمية.

ب- مشغلي شبكات الاتصال العامة والخاصة وناقلي رزم البيانات والمعلومات في الشبكة فيؤمنون الخطوط لموردي خدمات الاتصال ، حيث يؤدون مهام سياسية اكثر مما هي قانونية.

ت- دور مصممي المواقع على الشبكة وعادة ما تستعين بهم المؤسسات التجارية لبناء وتصميم مواقع لها على شبكة الانترنت.

ث- موردي خدمات الانترنت وهي عبارة عن هيئات تتول توريد خدمات الاتصال بالشبكة ، حيث يقومون بتقديم خدمة للمشاركين وهي وصلهم بشبكة الانترنت بموجب عقود اشتراك منفصلة تعرف بعقود الاتصال او (الاشترك) بشبكة الانترنت وفي الوقت الذي يقدمون خدمات تقنية اخرى تكميلية كاستيداع الرسائل الالكترونية المرسلة وخطط المواقع التي يكثر الطلب عليها من قبل المشتركين.

6- دعم وتطوير تقنيات الأعمال المالية والمصرفية : من اهم متطلبات التجارة الالكترونية هو توفير الية سريعة في الوفاء والاداء المالي تتسجم مع طبيعة هذه التجارة والغاية التي وجدت من اجلها.

فالتجارة الالكترونية يجب ان تعني بالإضافة الى انشاء العقود الكترونيا بإمكانية دفع الثمن في هذه العقود بذات الاسلوب وهو ما يعبر عنه بالدفع الالكتروني مثل بطاقات السحب الالكتروني والبطاقات الذكية والصكوك الالكترونية وغيرها وتساعد هذه الوسائل في تطوير التعامل المعرفي التقني.

7- تطوير معايير المنافسة التجارية والاداء التجاري : ان التجارة الالكترونية توفر امام المستهلك خيارات غير متناهية عند تسوقه للسلع من خلال عرض المنتج الاجود بالسعر الافضل . فالمهم في تعاطي التجارة الالكترونية هو ايجاد طرق مقنعة للعملاء لضمان استمرار تعاملهم مع المؤسسة من خلال تقديم الافضل وفي ظل متطلبات التجارة الدولية المتمثلة بتحرير التجارة في السلع والخدمات ودخول الشركات الاجنبية الاسواق الوطنية بوصفهم جهات منافسة حقيقية.

4- السهولة في ابرام الصفقات فمن خلال النقر على مفاتيح الحاسوب ينعقد العقد

5- تعمل الاسواق والمتاجر الإلكترونية بشكل مستمر ويمكن للعميل الدخول الى هذه الاسواق من اي مكان وفي اي وقت شاء دون مشقة النزول والذهاب الى المتاجر

6- تخفيض التكلفة اذ ان عملية انشاء موقع الكتروني اقل تكلفة من انشاء المواقع الفعلية التقليدية كما يتم الاعلان عن البضائع بموجب رسائل الكترونية وبالتالي يتم تخفيض تكاليف الاعلان فضلا عن انها تساعد المشروعات الصغيرة والمتوسطة في تسويق منتجاتها من خلال الشبكة بدون حاجة كبيره لاتباع الاساليب التقليدية في التسويق الخارجي .

7- توفير مصاريف عمولات الوسطاء والمصدرين والمستوردين وتجار الجملة والتجزئة والوكلاء التجاريين

8- التسويق الأكثر فعالية والأرباح الأكثر للشركات فاعتماد الشركات على الانترنت في التسويق يتيح عرض منتجاتها وخدماتها في العالم دون انقطاع مما يوفر فرصة أكبر لجني الأرباح إضافة إلى وصولها إلى المزيد من الزبائن

9- التجارة الإلكترونية تسمح أن تباع بعض البضائع بأسعار زهيدة وبذلك يستطيع الأفراد ذوي الدخل المحدود شراء هذه البضائع مما يعني رفع مستوى المعيشة للمجتمع ككل .

10- توسع من نطاق الاختبار بين منتج ومنتج من خلال ما يعرضونه من ميزات عن سلعهم ويكون لدى المستهلك الاختيار بين السلع سعرا وجودة وفي هذا الصدد يمكن للمستهلك الحصول على كافة المعلومات الخاصة بالسلعة المعروضة وبما يتناسب ورغباته بدون الانتقال إلى المتاجر والمعارض وهذا من شأنه توفير الوقت والجهد ويقلل من الزحام والتلوث البيئي كما أنها تمكن المستهلك من التفكير ومراجعة قرارات الشراء.

أ- الفيروسات الرقمية المعروفة بوجود نظام حماية مناسب يستطيع نظام الشركة اصطياد هذه الفيروسات المعروفة له بشكل مسبق والقضاء عليها

ب- قرصنة الانترنت (الهواة) يعتمد قرصنة الانترنت في اختراقاتهم لنظام الشركة على معلومات ورموز دخول معينه وفي حالة وجود أكثر من مستخدم لنظام الشركة قد يستطيع القرصان تتبع عمليات الدخول والحصول من ذاكرة النظام على تلك المعلومات واستخدامها ولهذا فإن كانت الشركة تستخدم إليه تغيير تلك الرموز بشكل دوري ومسح الذاكرة المعنية بواسطة خبائها ستتمكن من تحجيم الاختراقات

2- مخاطر لا يمكن اكتشافها والمقصود هنا بأن بعض الاختراقات تتم دون سابق دراية بها اما لحداثتها او جهل الشركة بها والناعبة من الاسباب التالية :

أ- فيروسات غير معروفه رغم وجود أنظمة حماية من الفيروسات على أنظمة الشركة على انه هنالك فيروسات غير معروفه بعد للنظام قد تتمكن من دخول نظام الشبكة واحداث تلف كبير دون الشعور به الا بعد فوات الاوان

ب- قرصنة الانترنت ذو خبرة عالية وهذه تعد من اكبر المشاكل التي تواجهها شركات قرصنة الانترنت ليس دوما من الهواة فبعضهم يملك خبره ومهاره تفوق كثيرا من المتخصصين تمكنهم وفي الكثير من الاحيان اختراق أنظمة الشركة دون ان يستشعر بهم وقد تتم جريمتهم دون اكتشافهم.

ج . التسارع التكنولوجي: -يصعب في الكثير من الأحيان مواكبة التسارع التكنولوجي على شبكة الأنترنت بشكل عام وعلى التجارة الالكترونية بشكل خاص، مما يجعل التكنولوجيا التي تستخدمها الشركة قديمة جدا والمشكلة تكمن بعدم معرفة التقادم في الوقت المناسب

في حين يذهب جانب من الفقه الى ان مخاطر التجارة الالكترونية تعزي للأسباب التالية:

1- هجمات الانترنت المتعمدة والتي تتم إما بواسطة قرصنة الانترنت أو منافسي الشركة لغرض الوصول الى المعلومات السرية للشركة كأرقام بطاقات اعتماد الزبائن مثلا والمعلومات السرية بالزبائن وحجم المبيعات وأمور كثيرة قد يصعب حصرها وحسب الغاية تكون الوسيلة.

2- خصوصية التعامل: تعتبر التعاملات الالكترونية التي تتم بين الافراد والشركة ذات طابع معلوماتي مهم جدا، من منطلق انها تحفظ على ذاكرة النظام الرقمي وهي معلومات قيمة جدا وبالتالي ان تمكن احد من معرفتها او حتى تتبعها مثل تتبع رقم بطاقة اعتماد العميل ومن هنا سيشعر العميل بأن خصوصيته قد تم اختراقها وبالتالي سيفقد الثقة بالشركة التي تعامل معها من منطلق انها لم تتمكن من حماية خصوصيته

3- فقدان الثقة: المقصود هنا فقدان ثقة الشركة بمعلومات عميلها فمن المتعارف عليه بأن العميل يستخدم ما يسمى التوقيع الرقمي Signature Digital الخاص به لدخول نظام الشركة لإتمام

عمليته المرغوب فيها فكيف هو الحال اذا تمكن الشخص غير الصحيح بالدخول مستخدماً توقيع العميل

4- فشل عملية تحويل: على الرغم من ان عملية الشراء الالكترونية تتم بسرعة كبيرة جداً، الا انها عرضة لخطر فشل عملية التحويل، فمن المتعارف عليه ان عملية الشراء عبر التجارة الالكترونية تتم بواسطة عدة خطوات، كأن يبدأ المستهلك بملء النموذج الابتدائي لعملية الشراء ومن ثم الانتقال لنموذج ملء بيانات بطاقة الاعتماد وخطوات اخرى قد تكون ضرورية وفقاً لسياسات الشركة، وفي كل مرحلة تفتح صفحة جديدة عبر موقع الشركة ولأسباب تقنية او اخرى قد تفشل احدى الخطوات، وهنا ستظهر مشكلة جديدة وهي عدم التأكد من اتمام العملية

5. غياب التوثيق: ففي التجارة التقليدية يتم عادة توثيق الصفقة بأوراق ثبوتية عليها شعار الشركة وموقعة من قبل الشخص المناسب وبواسطة اتصال شخصي ومباشر بين البائع والمشتري، ولكن وفي التجارة الإلكترونية تعد جميع تلك الأمور شبه مفقودة بالكامل، وهذه الحقيقة تزيد من احتمالية التعامل مع الشخص غير الصحيح

6. سرقة الهوية: في غياب التوثيق المناسب كما في التجارة التقليدية يصبح من السهل على المجرمين انتحال شخصية الغير والقيام بالعمليات دون علمه

7. تزوير الحقائق: ستكون خدمات بعض مسوقي ومزودي خدمات الحماية، خدمات ترويجية وتجميلية فقط في غياب آلية معينة تؤكد مصداقيتهم وفاعلية خدماتهم.

8- آثار ضغوط الاقتصاد: مع نمو التجارة الالكترونية المتسارع، اصبح سوقها سوقاً تنافسياً، واصبحت قوة المتنافس الحقيقية تكمن في نجاح آليات الأمان والتوكيدية والموثوقية الخاصة بنظامه المحاسبي، وكل من يستطيع. توفير تلك الآليات يكون نصيبه أكبر في هذا السوق التكنولوجي العالمي.

أسباب صعوبة تعقب الاختراقات التي تتم عبر شبكة الانترنت

يعد نظام التجارة الإلكترونية بيئة مثالية للسرقات والتلاعب وإخفاء آثار الجريمة بشكل متقن منقطع النظير ، ويعود السبب في ذلك للعوامل التالية :

1. إمكانية الدخول من عدة أماكن ، فالمتعامل عبر الانترنت لا يحتاج إلى مكان محدد لدخول الشبكة ، فأى شخص يمكنه الدخول إلى الشبكة من أي مكان يتوفر به جهاز كمبيوتر وخط اتصال ، كمقاهي الانترنت .
2. سرعة العملية : قد لا تحتاج الدخيل (المخترق) الى أكثر من بضع دقائق لاختراق موقع معين والتلاعب به ومغادرة الموقع قبل أن يتم تعقبه .
3. تباعد المسافات : قد يكون المخترق لموقع ما يبعد آلاف الكيلومترات وفي بلد آخر ، فشبكة الانترنت صممت بشكل عالمي .
4. عدم وجود هوية محددة ، لا يمكن معرفه ماهيه المخترق ولا بأي شكل من الأشكال .
5. عدم وجود قوانين دوليه : فشبكة الانترنت شبكه عالمية ذات معايير موحد بالاستخدام فقط ، ولو اننا افترضنا اكتشاف احد المخترقين بدوله مغايره لدوله والشركه التي تم اختراقها ، فإنه ليس بالضرورة وجود قوانين موحد للتعامل مع المخترق ، لا بل ان بعض الدول لا توجد لديها لحد الان قوانين خاصة بالجرائم الإلكترونية والمعلوماتية .
6. عدم وجود ادله مادية : لإثبات اي جريمة لا بد من توفر ادله وقرائن مادية ، ولكن الأمر يكاد يكون صعباً للغاية ان لم يكن مستحيلاً في شبكه الانترنت .
7. إمكانية إتلاف بيانات جهاز الكمبيوتر : في حالة شعور أي مخترق بإمكانية تعقبه يستطيع إتلاف بيانات جهازه بضغطه زر بسيطة ، مما يجعل عمليه تعقبه عديمه الجدوى .
8. حماية الحسابات المصرفية : هناك الكثير من الحسابات المصرفية محمية من اطلاع الغير عليها ، وبالتالي يستطيع المخترق استخدام هذا النوع من الحسابات دون القلق من آليه تعقبه .

9. عدم الإبلاغ عن الاختراقات : هناك الكثير من الشركات لا تبلغ عن الاختراقات التي تعرضت لها أنظمتها ، خوفا من فقدان عملائها وتفضل تحمل خسائر كبيره عوضا عن فقدان الثقة بها .

التجارة الإلكترونية عبر شبكة الانترنت :

وتعتبر التجارة الإلكترونية عبر شبكة الانترنت من أشهر أنواع التجارة الإلكترونية ولقد جرى استخدام مفهوم E. Commerce على المعاملات التجارية التي تتم من خلال شبكة الإنترنت نظرا لشهرتها وإمكانية إنجاز معاملات تجارية متفاوتة القيمة في أي وقت وفي أي مكان وهذا يرجع أيضا إلى أن التجارة الإلكترونية عبر شبكة الانترنت يتوافر بها الإمكانيات التي تمكن من عمليه التعامل بين الشركات من جانب والعملاء من جانب آخر بكفاءة عالية وإمكانية حدوث تفاعل إيجابي بين الشركة وعملائها ، هذا فضلا عن إمكانية قيام الشركات بعرض موصفات منتجاتها بالتفصيل وباستخدام وسائل اعلانية مختلفة متضمنة الصوت والصورة المتحركة .

أشكال التجارة الإلكترونية

النمط الأول : وحدة أعمال _ وحدة أعمال

وهذا النمط يتم بين وحدة أعمال واخرى اي معنى آخر بين وحدات الأعمال بعضها مع بعض من خلال شبكات الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات . حيث تقوم وحدة الأعمال باستخدام هذه الشبكة لتقديم طلبات الشراء للموردين والعارضين وتسليم الفواتير وكذلك تقوم بإتمام عملية عمليات الدفع .

النمط الثاني : وحدة أعمال _ مستهلك

هذا النمط من التجارة الإلكترونية يمثل البيع بالتجزئة في التبادل التجاري الحالي وهذا النوع قد يتوسع بشكل كبير مع ظهور شبكه الانترنت وقد ظهر الآن ما يسمى بمراكز التجارة للتسوق وهذه المراكز تقدم خدمات من خلال عرض السلع والخدمات المتاحة لمصالح المؤسسات .

النمط الثالث : وحدة أعمال _ اداره حكومية (محلبيه)

اما النمط الثالث من أنماط التعامل في التجارة الإلكترونية فهو التعامل بين التاجر والحكومة ويشمل المزايدات والمنافسات الحكومية والتوريدات الحكومية الخ ويعني هذا النمط تغطية كل المعاملات بين الشركات والهيئات الحكومية مثل دفع الضرائب والتعاملات بين الشركات والهيئات الإدارية الحكومية (المحلية) .

النمط الرابع : مستهلك _ اداره حكومية

وهذا النمط يكون في المجالات التي تستلزم التعامل بين الحكومات .

وهذا النمط لم يظهر بعد ولكنه ربما ينتشر مع التعامل الإلكترونية ونمو كل من نمط الشركة الى المستهلك والشركة الى هيئة الحكومية (المحلية) يتضمن العديد من الأنشطة مثل دفع الضرائب الإلكترونية او تسديد مخلفات المرور وما شابه ذلك .

تكوين عقد التجارة الإلكترونية (الانعقاد)

تشكل الجوانب القانونية العمود الفقري للتجارة سواء كانت تقليدية ام الكترونية لذا سعت الكثير من الدول والمؤسسات الخاصة والحكومية لايجاد القواعد والنظم التي تحكمها ونظرا للطبيعة الخاصة التي تتسم بها التجارة الالكترونية من حيث اعداد الحدود الجغرافية وسرعة التطور وما تحتاجه من تغييرات سريعة في النظم مما يتناقض تماما مع طبيعة استحداث وصياغة القوانين بسبب ما تتسم به التجارة الالكترونية لكونها صيغه محددة للتعامل التجاري يتم بطريقة الكترونية بين مجموعه من الاطراف المستفيدة بعيدا عن استخدام المستندات والوثائق الورقية بما يضمن التنفيذ الفعال والكف لإتمام الصفقات والعمليات التجارية وتسديد ائتمائها الكترونيا

فعقد التجارة الالكترونية نوع من العقود التي تعتمد على الاحكام والقواعد التعاقدية المطبقة ذاتها بوجه عام

وعليه فأن تعريف عقد التجارة الإلكترونية

1. فقهاً

لقد وضع الفقه عدداً من التعريفات لعقد التجارة الالكترونية عقد التجارة الالكترونية بأنه العقد الذي ينشئ وينعقد في البيئة التجارية الالكترونية ويتم فيه التعبير عن الايجاب والقبول وتلاقيهما كلياً وعلى سبيل التطابق بواسطة اجهزه الكترونية قابلة للبرمجة تربط بينها شبكة اتصالات دولية عن بعد ومتعدد الوسائط وقد تكون مفتوحة او مغلقة

2. تشريعاً

لم يرد في التشريع العراقي تعريف لهذا العقد نظراً الى عدم وجود تشريع خاص بالتجارة الالكترونية ويعتقد ان الرأي الذي ذهب اليه البعض من ان التعريف الوارد في المادة(73)من القانون المدني العراقي ينطبق على العقد الالكتروني امر جدير بالتأييد والذي ينص على ان (العقد هو ارتباط الايجاب الصادر من احد العاقدين بقبول الاخر على وجه يثبت اثره في المعقود عليه

1.التعبير عن الارادة وشروط صحتها

فرض واقع التجارة الالكترونية على مشرعي الدول والمنظمات الدولية ذات الصلة النظر في اعادة الشروط التقليدية للتعبير عن الارادة العقدية ومن ثم التعاقد عبر وسائل الاتصال الحديثة وذلك نظرا الى احتلاله لمواقع كبيره ومتزايدة من الأنشطة الاقتصادية

2.امكانية التعبير عن الارادة الكترونياً

القاعدة العامة في معظم قوانين الدول ان العقد ينعقد متى ما وصل طرفاه الى اتفاق بشأن احكامه الأساسية وهو ما يعبر عنه عادة بانطباع الارادتين

بشأن عملية معينه لم ينص القانون الساري على شكلية معينه في تكوين العقد لاتباعها كأن يلزم ان يكون التعبير عن الارادة التعاقدية مكتوبة اي موقعة بخط اليد على مستند العقد

وهكذا وجد مبدأ الرضائية تطبيقاً حديثاً في عصر المعلومات والاتصالات بحيث يكون النقاء الارادات الكترونياً كافياً لإبرام العقد بغض النظر عن وسيلة الاتفاق عليه

اذ جاء في المادة 11 من اتفاقية فيينا لسنة 1980 ما يأتي (يجوز التعبير عن الارادة ايجابياً وقبولاً بأي وسيلة او طريقه كالتلفون او التلكس) وقد حدثت بعض القوانين الوطنية حذو تلك الاتفاقية

3شروط صحة الارادة والتعبير عنها الكترونياً

لا يرتبط اي شخص بعقد مالم تتجه ارادته الى ابرامه طبقاً للشروط العامة بحيث يكون المحل الذي تلتقي عليه الارادات التعاقدية والسبب الدافع للتعاقد مشروعين :

اولاً: اهلية التعاقد لدى صاحب العرض او القبول:

تعرف الاهلية بانها صلاحية الشخص لان تكون له حقوق وعليه التزامات وصلاحيته لاستعمال هذه الحقوق والالتزامات.

والاهلية نوعان : 1- أهلية اداء 2- أهلية وجوب

فأهلية الاداء تتدرج مع تدرج الادراك والتمييز فتدور معه وجوداً وعدمياً ونقصاً، فالصغير عديم التمييز لصغر سنه او لعارض من عوارض الاهلية (الجنون، العته) تتعدم أهلية الاداء لديه فلا يصلح لأبرام التصرفات القانونية، فتكون تصرفاته باطلة بطلاناً مطلقاً، لكن هناك بعض القوانين قد منحت القاصر غير المميز الحق في اجراء بعض التصرفات القانونية ضمن الاحتياجات اليومية للأفراد من شراء البضائع والمواد قليلة الاسعار ومن هذه القوانين هو القانون المدني العراقي حيث نص على انه (العقود التي يبرمها عديم الاهلية باطلة ومع ذلك فإن ما يبرمه من عقود في حدود ما يسلم له من مصروفات يومية تعتبر صحيحة) كما تجيز المادة (98) من القانون المدني العراقي للولي بترخيص من المحكمة ان يسلم الصغير المميز اذا اكمل الخامسة عشر مقداراً من ماله ويأذن له بالتجارة تجربة له ويكون الاذن مطلقاً او مقيداً،

ان البحث في أهلية المتعاقدين عبر وسائل الاتصال الالكترونية التي تعني تعاقداً بين غائبين اذ من المحتمل ان يجري التعاقد بين شخصين لا يتوافر لاحدهما او كلاهما الاهلية المطلوبة

للتعاقد يجب ان يتأكد الطرفان المتعاقدان من مسألة الأهلية بأي وسيلة متاحه لكي ينشئ العقد صحيحاً

ثانياً: التحقق من نسبة الارادة الى صاحبها

ان انتقال البيانات عبر وسائل الاتصال المفتوحة معرضة للخطأ غير المعتمد والتدخل العمدي فيها ايضا سواء من اصحابها او غيرهم لغرض التلاعب بحق من الحقوق وازهارها بعيداً عن حقيقتها من مصدرها، مثلاً قيام شخص بإرسال رسالة باسم شخص آخر غير مأذون له بذلك.

ولغرض تأمين عقود التجارة الالكترونية من القرصنة وهجماتها وحمائتها من اللذين عاثوا فيها فساداً والذين شملت جرائمهم تحريف الرسائل وادخال تعديلات عليها بحيث تصل الرسالة الى متلقيها متضمنة بيانات مثل شروط تعاقد غير صحيحة وكان للقانون النموذجي للتجارة الالكترونية التصدي لمثل هذه الحالات يفترض وجود طرفين لرسالة البيانات،

الاول هو المنشئ لها: هو الشخص الذي يعتبر ان ارسال او انشاء رسالة البيانات قبل تخزينها قد تم على يديه أو نيابة عنه.

الثاني هو المرسل اليه: الشخص الذي قصد المنشئ ان يستلم رسالة البيانات لذلك تبين المادة (13) من القانون النموذجي الحالات الاستثنائية التي لا يحتاج فيها الرسالة الا ما هو منسوب اليه.

* اما الحالات التي يحق فيها للمرسل اليه ان يعتبر ان الرسالة صادرة عن المنشئ فأنها تظهر في حالات عديدة نذكر منها:

1- حالة ارسال الرسالة من نظام معلومات مبرمج على يد المنشئ او نيابة عنه للعمل تلقائياً.

2- قيام المرسل اليه بتطبيق نظام او إجراء توثيق سبق ان وافق عليه المنشئ.

3- التأكد من صدور الرسالة عن المنشئ وهو المصدر الذي وردت منه الرسالة.

الا ان قاعدة افتراض نسبة ارسال رسالة البيانات الى المنشئ (المرسل المفترض) تتوقف عن العمل منذ الوقت الذي يتلقى فيه المرسل اليه اشعاراً من المنشئ بأن رسالة البيانات لم تصدر عنه أخذاً بعين الاعتبار ان اعفاء المنشئ من الأثر الالزامي للرسالة لا يسري بأثر رجعي فلا يحتج عليه بها الا منذ ارساله الاشعار الى المرسل اليه.

فالقانون النموذجي لا يوقف أثر رسالة البيانات في حالة وجود علاقات فورية مستمرة بين طرفيها الا بعد فترة معقولة من وصول الاشعار من المنشئ يتاح فيه للمرسل اليه أن يدبر أمره.

غير أن التساؤل حول ما اذا كانت صياغة النص الذي ورد بشأن احدى حالات الاستثناء من القاعدة العامة التي يتيح للمنشئ ان يتراجع في أي وقت من عرضه بأن يرسل للمرسل اليه اشعاراً يبلغه فيه ان الرسالة لم تصدر عنه، ان هذا غير ممكن اذا ثبت ان الرسالة صادرة بالفعل من المنشئ ففي هذه الحالة لا يمكن التخلص من أثر الرسالة الالزامي.

الايجاب والقبول في التعاقد الالكتروني

لأنشاء اي عقد لابد من توافر العناصر المكونة له (الاركان) واهم هذه الاركان هو التراضي لا نشاء العقد والمتمثل بالإيجاب والقبول، اذ يعد الركن الاول لأنشاء العقد ويصدر الايجاب عن الموجب وهذا الايجاب يجب ان يقبل بصورة صحيحة من القابل.

الاعلان عن طريق الانترنت:

ان شبكات الحواسيب الالية واشهرها الانترنت اصبحت سوقاً يتنافس بإمكانياته الضخمة وتكاليفه المنخفضة في الاسواق التقليدية لذلك ليس مفاجئاً ان ازدحمت الشبكات المفتوحة بمواقع الاعلان عن السلع والخدمات وغيرها.

* ان العقود لا تبرم في البيوع الدولية عادة بإيجاب وقبول فوريين وانما تسبقها مرحلة تمهيدية تبدأ بدعوة يوجهها احد المتعاقدين الى الاخر للدخول معه في مفاوضات بشأن الصفقة لذلك ان معظم الوثائق القانونية تضع التزاماً على عاتق الموجب تلزمه بأن تكون بيانات العرض المطروح

على صفحات المواقع الشبكية كافية بذاتها المكشف عن طبيعته من ناحية وصحيحة وواضحة بحيث يستطيع المستهلكون قراءتها والتعامل معها على حسب طبيعتها من ناحية اخرى.

ان الايجاب يجب ان يكون حازماً ومحدداً وواضحاً ولايشوبه غموض بحيث يكفي قبوله لانعقاد العقد

الايجاب في العقود الالكترونية

لم تورد معظم التشريعات الوطنية الخاصة تعريفًا محددًا للإيجاب في عقود التجارة الالكترونية وهناك تعريفات من قبل الفقه حيث يعرف الايجاب بأنه (التعبير آليات عن أرادة شخص يتجه به الى شص آخر يعرض عليه التعاقد بأسس وشروط معينه).

فاذا كان الايجاب قد وجه الى شخص معين او اشخاص معينين تترتب عليه الاثر ، والسبب هو نفس الشخص المقصود بالإيجاب ، ولاكن اذا تم توجيه الاعلام عن السلعة والبضاعة الى الناس كافة وهذا العرض لا يعد ايجابا وانما دعوه للتفاوض لأنه يقصد بعمله هذا التعريف والترويج لتلك البضاعة . ويعتبر الايجاب الارادة الاولى التي تظهر في العقد .

ويمتاز الايجاب بناحيتين هما :

1- ان يكون باتا ، اي ان يكون مبادرا عن نية انه في التعاقد

2- ان يكون متضمنا لجميع العناصر الاساسية للعقد المراد ابرامه

بحيث يتم العقد بمجرد ان يقترن به قبول مطابق له وليس هناك خلاف بين الايجاب التقليدي وبين الايجاب الالكتروني ألا في الوسيلة المستخدمة في التعبير عن الارادة فلفظة الكتروني اذا ما اضيفت الى الايجاب فلا تنال من اصله المتمثل في المعنى المراد منه وفق للنظرية التقليدية في الالتزامات وقانون العقد ، فمسألة مجرد وصف لا اكثر بسبب اختلاف وسيلة التعبير عن الارادة في عصر رقمي قوامه الالكترونيات فنجد في وسائل الاتصال الحديثة عن طريق النقر على الحاسة الالكتروني ليظهر التعبير عن الارادة ليظهر على شاشة هذه الحاسبة .

عرف الايجاب حسب التوجه الاوربي لحماية المستهلكين في العقود المبرمة من بعد عام 1997 بأنه كل اتصال عن بعد يثمن كل العناصر اللازمة بحيث يستطيع المرسل ان يقبل التعاقد مباشرة ويستبعد من هذا النطاق مجرد الاعلان

ويتضح من هذا التعريف وجوب وضوح الرؤية في السوق الالكترونية بقيام الموجب ببيان كل العناصر اللازمة لإيجاده حتى يكون القابل على بيته من أمره عند اصداره القبول بعد التيقن من صحة الايجاب الصادر من الموجب

والايجاب عبر الانترنت له صور متعددة فأما ان يكون عبر البريد الالكتروني واما عبر صفحات الويب والايجاب الالكتروني قد يكون موجها الى شخص بالذات او موجها للعامة .

وفي القواعد العامة الايجاب الموجه الى شخص معين بذات عبر الشبكة غير ملزم للموجه ألا اذا حدد الاخير مدة معينه للإيجاب فهو ملزم بالإيجاب طوال هذه المدة والايجاب غير الملزم يمكن ان يتم به العقد متى كان هذا الايجاب مستوفيا لجميع روطه اي محددًا وجازمًا وباتا .

فالإيجاب عبر البريد الإلكتروني يكون لأشخاص محددين ، يرى التاجر امكانية اهتمامهم اكثر من العامة وتبدأ الفاعلية للإيجاب بمجرد علم الموجه اليه هذا الايجاب وذلك بعد فتح بريده الالكتروني فأما ان يرفض واما يقبل هذا الايجاب وهذا يجب ان يتسم الايجاب عن البريد الالكتروني بالدقة والوضوح اللازمين .

واما الايجاب برسالة صفحات الويب فإنه يقدم عرضا لمنتجات معينه دون تحديد شخص معين فهني يستطيع اي شخص يستخدم الشبكة التعاقد من خلال الويب بأرسال المعلومات الشخصية والبيانات المصرفية التي تحقق الرقابة ولكنه يشمل على نسبة مخاطر اعلى من تلك التي تتم عبر البريد الالكتروني وهذا لا يشترط في الايجاب الالكتروني شكلا معينًا في القانون النموذجي . وهذا يسقط الايجاب في حالتين :

الاولى : ان يرفض القابل هذا الايجاب

الثانية : ان تنقضي المدة التي يلزم خلالها الايجاب

وقد يقوم الايجاب دون ان يكون ملزما كالأعراب القائم والصادر في مجلس العقد وهو يقابل

الايجاب الى في ثلاث حالات وهي :

- 1- ان يعدل عنه الوجوب قبل انفضاض المجلس .
- 2- ان يصدر من احد المتعاقدين في المجلس قول او فعل يدل على الاعراض عنه .
- 3- ان ينقض المجلس دون ان يقترن الايجاب بالقبول ولا غيره بالقبول بعد العدول.

الايجاب بوساطة صفحات الويب يتم بأنه يقدم عرضاً لمنتجات معينة ، دون تحديد لشخص معين ، فهنا يستطيع اي شخص يستخدم الشبكة التعاقد من خلال الويب بأرسال المعلومات الشخصية ، والبيانات المصرفية .

ولا يشترط في الايجاب الالكتروني شكلاً معيناً اذ نص القانون النموذجي للتجارة الالكترونية (الاونسترال) بأنه في العلاقة بين منشئ رسالة البيانات والمرسل اليه لا يفقد التعبير عن الارادة او غيره من اوجه التعبير مفعوله القانوني او صحته او قابلية التنفيذ لمجرد انه على شكل بيانات.

هذا ويسقط الايجاب في حالتين:

الاولى: ان يرفض القابل هذا الايجاب

الثانية : ان تتقضي المدة التي يلزم خلالها الايجاب

وقد يقوم الايجاب دون ان يكون ملزماً كالأيجاب القائم الصادر في مجلس العقد وهو يقابل الايجاب غير محدد المدة بين غائبين في هذه الصورة لا يسقط الايجاب الا في ثلاث حالات وهي:

- 1 . ان يعدل عنه الوجوب قبل انفضاض المجلس
2. ان يصدر من احد المتعاقدين في المجلس قول او فعل يدل على الاعراض عنه

3. ان ينفذ المجلس دون ان يفترن الايجاب بالقبول او غيره بالقبول بعد العدول او الاعراض او انفضاض المجلس.

القبول في العقود الالكترونية

القبول بصوره عامه هو موافقة القابل على الايجاب المعروض عليه من قبل الموجب وهذا القبول قد يكون شفهيًا او كتابيًا او سلوكيًا ، وفي جميع الاحوال يجب ان يكون القبول مطلقًا او مطابقًا تمامًا لشروط الموجب ، والقبول الالكتروني يتم عادة عن طريق الضغط على الايقونة المخصصة للموافقة على الحاسب الالى ، ويمكن ان يتم بواسطة طرق اخرى ، مثل غرف المحادثة او البريد الالكتروني او هاتف الانترنت.

وهناك احتمال ان يكون الضغط على ايقونة القبول سهوا ، او خطأ من غير قصد ، ولمعالجة ذلك هناك برامج الكترونيه تتطلب بعض الاجراءات عند عرضها التعاقد كي تؤكد القبول ، وتتيقن من صحة اجراءاته ، مثل تكرار الضغط على ايقونة القبول او الرد بالقبول برسالة عن طريق البريد الالكتروني ، او الاجابة عن بعض الاسئلة التي توجه الى القابل ، او كتابة بعض البيانات الخاصة ، التي تظهر على شاشة الجهاز الحاسب الالى .

فالأصل في القبول انه يتم صراحة او ضمنا ، لكن القبول الالكتروني يتم بسبب صعوبة القبول ضمنا، فهو يتم عن طريق برامج وأجهزة الكترونيه تعمل بشكل الي ، وهذه الاجهزة لا تستطيع استخلاص ارادة المتعاقدين الضمنية فالكسوت لا يكفي لإبداء القبول في العقود الالكترونية فلا بد ان يصدر تصرف ايجابي من الموجة اليه الايجاب بيدي من خلاله رغبته في قبول هذا الايجاب بطريقه الكترونيه لينعقد العقد بعد ذلك .

القاعدة ان القابل للمرض لا يلتزم قبوله وان العائد لا ينعقد الا اذا عبر القابل عن قبوله لشروط الواردة في عرض الايجاب دون تعديل فإذا ارسل الموجب ايجابا بواسطة برقيه وطلب فيها من القابل ان يكون قبوله برقيه فعلى الوجه اليه ان يلتزم بذلك فإذا ارسل القابل قبوله برسالة

صحيحة بالبريد الجوي فلا يعد بقبوله فضلا عن ذلك فإنه يجب في حالة التعاقد بين حاضرين ان يصدر القبول فور علم الموجه اليه الايجاب

بالبريد الجوي فلا يعد بقبوله فضلا عن ذلك فإنه يجب في حالة التعاقد بين حاضرين ان يصدر القبول فور علم الموجه اليه الايجاب.

وفي التعاقد بين غائبين يجب ان يصل اعلان القبول للموجب خلال المدة التي يحددها الاخير فإذا لم يحدد مدة ففي مدة معقولة يستخدمها الموجب . فإذا ارسل الايجاب بالهاتفون او التلكس او غير ذلك من وسائل الاتصال الفوري فأن الميعاد يسري من لحظة وصول الايجاب الموجه اليه. ولا يوجد ما يمنع من اعتبار الضغط على مفتاح الموافقة على جهاز الحاسب الالي الذي تلقى عرض الايجاب كتعبير من ارادة القابل عن قبول العرض مادام القابل قد قرأ محتويات العرض ولا يمكن ان تسمع باعتبار سكوت من تصل اليه رسالة العرض المبنوثة عبر هذه الشبكات قبولا. صحيح ان القانون المدني العراقي قد جعل السكوت عن الرد قبولا استثناء خصوصا اذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين لكن هذا الاستثناء كما تدل عليه عبارة نص القانون يقتصر عمله على طرفين جرى تعاقد بينهما واتصل العرض الجديد بهذا التعامل .

اما حق القابل في سحب قبوله فهناك بعض التنظيمات القانونية المتعلقة بالمعاملات مع المستهلكين نصت على انه للموجه اليه عرض الايجاب بعد قبوله الرجوع فيه وهو يعني تحويل القابل حتى نقض العقد بعد انعقاده وان كان هذا مخالف لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين .

ومنها المادة (6) من التوجيه الاوري التي منحت الحق للمستهلك في امكانية الرجوع عن القبول خلال سبعة ايام من دون الزامه بتقديم اية اسباب لذلك، وتبدأ هذه المدة من تاريخ ابرام العقد او منذ اقرار المورد الخطي بالنسبة للخدمات، ومن تاريخ استلام المبيع في حالة السلع والبضائع وتكون المدة ثلاثة اشهر، اذا لم يتم تزويد المستهلك بالبيانات والمعلومات المطلوبة

أ- التعاقد بين حاضرين

يعرف التعاقد بين حاضرين بتوافق الإرادتين في مجلس واحد فعندما يجتمع الموجب والقابل في ذات المكان يكونان في مجلس واحد فيعتبر التعاقد بين حاضرين ولبيان التعاقد بين حاضرين يقتضي التعرض لمسألة مجلس العقد حيث لاقت فكرة مجلس العقد عناية كبيرة وذلك بقصد تحديد المدة التي يجب ان تفصل بين الايجاب والقبول ويعرف مجلس العقد بأنه ((اجتماع المتعاقدين في نفس المكان والزمان بحيث يسمع احدهما كلام الاخر مباشرة)) وهذا يعني ان ترك احد اطراف العقد أو كليهما المجلس يعتبر العقد منفضاً.

لذلك فإن مجلس العقد يقوم على وحدة الزمان والمكان لذلك ضروري إن يصدر الايجاب والقبول بنفس المكان ونفس الزمان.

ولمجلس العقد اهمية بالنسبة للعقد تتمثل بما يحمله من تحديد لمكان وزمان التعاقد وكذلك يمكن عن طريقه معرفة المحكمة المختصة اذا ما اثار نزاع بشأن العقد وكذلك القانون الواجب التطبيق ((وعليه يمكن تعريف مجلس العقد بأنه مجلس يتواجد فيه المتعاقدين حقيقة او حكماً ويكون حكماً عند التعاقد بوسيلة الالكترونية))

ب- التعاقد بين غائبين

ان وجه التفرقة بين التعاقد بين حاضرين والتعاقد بين غائبين في العقد بصورة عامة تتمثل في الفترة الزمنية فيما بين صدور القبول وعلم الموجب به ففي التعاقد بين حاضرين لاجود للفترة الزمنية بين علم الموجب بالقبول وقبول القابل، اما في التعاقد بين غائبين فهناك فترة زمنية بين صدور القبول من القابل وعلم الموجب به وهذا هو التعاقد بين غائبين من حيث الزمان.

وينصرف التعاقد بين غائبين في حال وجود الفترة الزمنية بين علم الموجب بالقبول وقبول القابل ويطلق عليه تعاقد بين غائبين في حال وجود المتعاقدين في مجلس واحد وعندها يتم التعاقد بين غائبين من حيث المكان .

وكما يمكن ان يكون هناك تعاقد بين غائبين من حيث المكان وحاضرين من حيث الزمان عندها لا يكون هناك اتحاد في مجلس العقد بين الموجب والقابل وهكذا يكون هناك اتصال مباشر من حيث الزمان الى ان هناك اختلاف في المكان بين مكان الموجب ومكان القابل .

وما جرى على الحياة من تطورات لوجود وسائل الاتصال الحديثة المتمثلة بالشبكة الدولية (الانترنت) جعلت من التعاقد بين الاشخاص في كافة ارجاء الكره الأرضية دون حضور مادي لأطراف العقد في مجلس واحد حيث نجد ان المعيار الزمني هنا هو الحاكم في تكييف الطبيعة القانونية للتعاقد لكونه بين حاضرين او تعاقد بين غائبين .

هذا وقد انقسم الفقه في تحديد مكان القبول ووقته بالنسبة للتعاقد الذي يتم بين غائبين بالظهور اتجاهات عدة بهذا الشأن .

1- نظرية اعلان القبول

ومقتضى هذه النظرية ان العقد ينعقد في الزمان والمكان اللذين يعلن فيهما القابل قبوله بالإيجاب فيكفي ان يقرأ القابل رسالة بريد الكتروني تتضمن ايجابا ويقول قبلت دون الحاجة للقيام باي تصرف اخر ودون الحاجة الى اعلام الطرف الاخر بذلك القبول بان يرسل رد على الرسالة ومن مميزات هذه النظرية انها تمتاز بالسرعة في التعامل وهذا يستجيب لمقتضيات الحياة التجارية ولكن يؤخذ عليها انها تتعارض مع رؤية الشرع باعتبار .

2- نظرية ارسال القبول.

في هذه النظرية ينعقد العقد عند ارسال القابل قبوله ولا يكفي لانعقاد العقد أن يعلن القبول ولكن يجب ان يرسل هذا القبول الى الموجب وبذلك يخرج القبول من حيازة القابل بكتابة الكترونية تتضمن القبول وارسالها الى الموجب فتخرج الرسالة من سيطرة القابل ولا يستطيع بعد ذلك التراجع عن القبول .

ومن عيوب هذه النظرية أنه قد يحدث خلل في اثناء ارسال الرسالة 'يؤدي الى عدم وصولها الى الموجب' فيعد الموجب أن القابل رفض الايجاب الموجه الية في الوقت الذي يرى فيه القابل أن الوجوب أخل بالتزامه ' ولم يفي بالعقد والذي حصل بأن الموجب لم يتسلم الرسالة لأمر خارج عم إرادته ' وهو عدم وصولها اليه

3- نظرية تسلم القبول.

تعد هذه النظرية أن القبول قد تم في حالة تسلمه للموجب' وأن العقد ينعقد سواء من خلال تسلم رسالة البيانات أو النقر على المكان المخصص لذلك.

ولا فرق بين علم الموجب بهذا القبول' أو عدم علمه فوصول التقرير الى القابل يتسلم رسالة يُعد قرينه على علم الموجب بالقبول. وقد نصت اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع عام 1980 نظرية تسلم القبول بقولها في المادة 24 منها يعتبر الإيجاب أو الإعلان عن القبول أو أي تعبير آخر عن العقد قد وصل الى المخاطب عند إبلاغه شفويا أو تسليمه إليه شخصيا بأي وسيلة أخرى أو تسليمه في مكان عمله أو في عنوانه البريدي' أو لدى تسليمه في مكان المعتمد إذا لم يكن له مكان عمل أو عنوان بريدي.

وقد أخذ قانون اليونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لعام 1996 بهذا الاتجاه أيضا في المادة 15 منه' ونصها:

أ- إذا كان المرسل قد عين نظام معلومات لغرض استلام رسائل البيانات' يقع الاستلام:

1- وقت دخول رسالة البيانات نظام المعلومات المبين.

2- أو وقت استرجاع المرسل اليه لرسالة البيانات إذا أرسلت رسالة البيانات الى نظام

معلومات تابعة للمرسل اليه' ولكن ليس هو النظام الذي تم تعبئته .

ب- إذا لم يعين المرسل اليه نظام معلومات ' يقع الاستلام عندما تدخل رسالة البيانات

نظام معلومات تابع للمرسل اليه.

ويؤخذ على هذه النظرية عدم الوصول قرينة على العلم بما تتضمنه رسالة البيانات الالكترونية، فإذا تم إرسال رسالة بيانات الكترونية، وأعطى القابل تقريراً بوصولها الى الموجب، وعند قيام الموجب بفتحها وتبين أنها تحتوي على رموز معينة لا يستطيع فهمها، وقراءة محتوياتها، فهل تعد هذه الرموز قبولا لها ، فلمنطق يقول إنها لا تعد قبولا لعدم احتوائها على شيء خاص بالقبول يمكن فهمه.

4- نظرية العلم بالقبول.

تقوم هذه النظرية على علم الموجب بالقبول، فلا يكفي إرسال رسالة ، وإنما على الموجب فتحها وقراءتها ومعرفة مطابقتها للإيجاب وهنا ينعقد العقد وفي هذه النظرية لا يجبر الموجب على فتح الرسالة وقراءتها والاطلاع على القبول، طالما أن وصول الرسالة لا يكفي لانعقاد العقد لهذه النظرية تترك الأمر لحرية الموجب فمتى أراد قراءة الرسالة انعقاد العقد و اذا لم يقرأ الرسالة لم ينعقد العقد ففي نظرية اعلان القبول لا يترك الأمر بيد القابل وحده و أيضا من باب اولى في نظرية العلم بالقبول ان لا يترك الأمر بالموجب وحده فهذه النظرية لا تستجيب للمعاملات التي تتم عبر الانترنت.

و لمعرفة ما اذا كان التعاقد عبر الانترنت تعاقد بين حاضرين او غائبين بمعنى مجلس العقد حقيقي ام حكمي لا بد من التطرق الى صورة التي يتم بها هذا التعاقد سواء كان عن طريق البريد الالكتروني او من خلال شبكة مواقع الويب او من خلال المحادثة المباشرة مع المشاهدة.

1. التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني: يتميز التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني بالسرية الفائقة في ارسال و استقبال المعلومات و التعبير عن طريق البريد الالكتروني هو تعبير كتابي من نوع خاص و هو ما يطلق عليه بالتعبير الالكتروني ، و يتم ذلك بتوجيه الرسائل الالكترونية او تبادلها من و الى البريد الالكتروني الخاص لكل من المرسل و المرسل اليه ، فالبريد الالكتروني يسمح بتبادل الرسائل بين مستخدمي شبكة الانترنت و يتم التعاقد عن طريق البريد

الالكتروني بأرسال المورد بريدا الكترونيا بالسلع و الخدمات الموجودة لديه و بعرضها عن المستخدم و بالتالي يكون هناك ايجاب بيع منتج او تقديم خدمة بعد تبادل وجهات النظر التمهيدية و بعد اطلاع المستخدم او المرسل اليه على صندوق بريده الالكتروني. و عندما يتصل الايجاب بعلم من وجه اليه و يستطيع ارسال القبول الى الموجب فيعقد العقد بعد علم الموجب بالقبول و التعاقد بهذه الصورة يكون تعاقدًا بين غائبين من ناحية المكان و الزمان.

وهذه الحالة تقترب من حالة التعاقد بالفاكس لأنه يعتمد على فتح المرسل اليه لبريده الالكتروني و اطلاعه على الرسائل الواردة اليه و عندما يكون قد اطلع على الايجاب الوارد اليه و عندها يكون المرسل غير متحد مع المرسل اليه من ناحية الزمان و المكان.

اما اذا تم الايجاب و القبول في نفس الوقت وكان المتعاقدين على اتصال مباشر دون وجود فترة زمنية فاصل بين صدور القبول و علم الموجب له ،عندما يكون التعاقد بين حاضرين من حيث الزمان و بين غائبين من حيث المكان و هذه الحالة تقترب من حالة التعاقد عبر الهاتف.

أ- التعاقد عبر شبكة المواقع(ويب):

قد يكون التعاقد عن طريق الانترنت عند دخول مستخدم الشبكة على موقع ما على الشبكة يقدم عروض بخصوص سلعة او خدمة معينة ، فيبادر مستخدم الشبكة على وضع اجابته على العرض و اما ان ينتظر فترة من الزمن ليتلقى الرد و هنا نكون امام تعاقد بين غائبين من حيث الزمان و المكان و اما ان يصل اليه الرد فوراً بعد وضع الاجابة دون وجود فاصل زمني فتكون امام تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان و غائبين من حيث المكان لذلك فالتعبير عن الارادة عبر الموقع يكون بالكتابة او النقر على زر الموافقة فقد يتم التعبير عن الارادة عن طريق الضغط على زر موافق الموجود على لوحة المفاتيح المتصلة بالكمبيوتر

لشخص او بالضغط بالمؤشر(الفارة) في الجهة المخصصة لذلك في صفة الويب ، الا ان الضغط او مجرد الضغط على زر الموافقة او على العلامة الدالة على الموافقة لا يعني دائما الموافقة حتماً. فغالبا اذا قد يحدث ذلك نتيجة خطأ غير مقصود من قبل القابل ، لذلك قامت معظم الشركات التجارية بتزويد صفحات الويب ببرنامج

اولا: الطابع الالكتروني للاتصال ووجود تقنيات تتيح للمتراسلين التخاطب مباشرة بالصوت والصورة كما هو الحال في الشبكات الرقمية للخدمات المتكاملة

ثانيا: الصفقات عبر الشبكات المفتوحة مثل الانترنت قد تجري بين اشخاص لا يعرف بعضهم بعضا لعدم وجود علاقات تعاقدية سابقة ومن ثم لا يعرف في الشبكة المفتوحة على وجه التحديد مكان وزمان نظام المعلومات التي انطلقت منه الرسائل سواء كانت رسالة ايجاب ام رسالة قبول

فوائد تحديد وقت انعقاد العقد :

- 1- تحديد وقت ترتيب العقد لإثارة كإثارة كانتقال ملكية المبيع اذا كان منقولاً معيناً بالذات
 - 2- الوقت يفيد في مدى استكمال الإيرادات النقدية شروط صحتها خصوصاً الية التعاقد لدى العاقد وقت انعقاد العقد
 - 3- يفيد في حالة تبادل الايجاب والقبول الالكتروني
- اختلاف القوانين في تحديد زمان و مكان انعقاد العقد الالكتروني
- بيننا ان مكان العقد يعد احد المؤشرات او نقاط الاسناد التي يلجا اليها في تحديد القانون الواجب التطبيق عليه في حالة تنازع القوانين وهو ما اخذ به القانون المدني العراقي ففي حالة عدم وجود اتفاق على تحديد ذلك القانون او اختلاف موطن طرفي التعاقد
- ومن هذا يتبين ان القاضي المعروض عليه نزاع يتعلق بتعاقد جرى من خلال الحواسيب يتعين عليه لتحديد القانون الواجب التطبيق تحديد مكان معلوماتي يعبر عن الرقبة الجادة في ابرام التعاقد كان يشترط الضغط مرتين على زر الموافقة الموجودة في لوحة المفاتيح او بث رسالة الكترونية تتضمن القبول او الرغبة في اتمام التعاقد

كما يمكن الاستعانة ببعض الاشكال التي عند اختيارها يمكن ان تعبر عن القبول او الرفض حسب الرمز المختار كان يختار الوجه المبتسم للدلالة على القبول او اختيار الوجه الغاضب للدلالة على الرفض

ج- التعبير عن الإرادة عن طريق المحادثة :

يكون التعبير بهذه التقنية الحديثة عبر شبكة الانترنت بحيث تجعل كل من المتعاقدين يتحدثون وقد يشاهدون بعضهم البعض في نفس الوقت وبصوره واضحة فيكون التعاقد بين حاضرين من حيث الزمان والمكان عندما يكون هناك مشاهدته بين المرسل والمرسل اليه وان تباعدت اجسادهم لان هناك نوع من الالتقاء الافتراضي بينهم والذي بدوره يوفر نوع من المناقشات والمفاوضات حول العقد الذي بصدد ابرامه

الا انه من الممكن استخدام خدمة الاتصال عن طريق المحادثة لكن بالكتابة فقط دون المشاهدة فعند ذلك اذ لم يكن هناك فاصل زمني بين ارسال الرسالة وعلم الطرف الاخر بها والرد عليها برسالة فورية او بالاتصال الشفوي فهنا يعتبر تعاقد بين حاضرين زمانا وبين غائبين مكانا اما اذا كان هناك فاصل بين ارسال رسالة والعلم بها والرد عليها فانه يعتبر تعاقد بين غائبين من حيث الزمان والمكان

ثانيا : مكان انعقاد العقد الالكتروني :

ان تحديد مكان التعاقد بين شبكات الحواسيب الاليه مسألة معقدة وذلك لعدة عوامل منها :

انعقاده، أما فيما يتعلق بتحديد وقت انعقاد العقد فان هذا التحديد يفيد في تحديد وقت ترتيب العقد لأثاره كانتقال ملكية المبيع اذا كان منقولاً معيناً بذاته.

تحديد زمان ومكان انعقاد العقد الالكتروني في اتفاقية الامم المتحدة لبين البضائع الدولي. ان العقد ينعقد في اللحظة التي يحدث فيها قبول الايجاب اثره وهو (انعقاد العقد) وفي اللحظة التي يصل فيها الى الموجب اعلان يفيد الموافقة على إيجابه ، المقصود بوصول اعلان القبول الى الموجب (نظرية الوصول)، (ان هذا الاعلان يعد قد وصل الى الموجب اذا ابلغ اليه شفويًا

او سلم اليه بأية وسيلة للاتصال شخصيا أو في منشأته او في عنوانه البريدي او في محل اقامته المعتادة اذا لم يكن له منشأة او عنوان بريدي)، وحتى لو لم يعلم بها (نظرية العلم).

ثانياً: تحديد زمان ومكان انعقاد العقد في القانون النموذجي للتجارة الالكترونية :

لم يعتمد القانون النموذجي على موقع نظم المعلومات في تحديد زمان ومكان ارسال رسائل البيانات واستلامها وانما اعتمد على معيار اكثر موضوعية مثل مكان موطن الأعمال التجارية للأطراف.

* بالنسبة الى وقت ارسال رسالة البيانات فقد حدده القانون النموذجي (بأنه وقت دخول الرسالة نظام للمعلومات / موقع على الشبكة خارج سيطرة المنشئ(المرسل) مثل النظام التابع الى (الوسيط) او النظام التابع للمرسل).

اما وقت استلام رسالة البيانات فأن القانون النموذجي يفرق بين وضعين:

الاول: حيث يعين المرسل اليه نظام معلومات لتلقي الرسائل ففي هذه الحالة يتحدد وقت الاستلام التلقي وقت دخول الرسالة و وقت نظام لمعلومات المعين
ثانيا: اذا لم يعين المرسل اليه نظام معلومات لتلقي الرسالة ففي الحالة يتحدد وقت استلامها و وقت دخولها نظام معلومات تابع للمرسل اليه .

وإذا لم يتفق المنشئ و المرسل اليه القانون الواجب تطبيقه ان مكان الرسالة يتحدد بالمكان الذي يقع فيه اعمال المنشئ في حين ان مكان استلامها هو موطن اعمال المرسل اليه

كما اتم القانون النموذجي بمواجهة حالة تعدد موطن اعمال طرفي الرسالة و نص على ان المقصود بمقر العمل في حالة تعدده هو الذي يكون له علاقة اوثق بالمعاملة المعنية او مقر العمل الرئيسي فاذا لم يوجد مقر لطرفي الرسالة فالعبرة بمحل الإقامة المعتاد .

موقف القانون العراقي في تحديد زمان ومكان انعقاد العقد الالكتروني:

لغرض بيان موقف القانون العراقي حول زمان ومكان العقود المبرمة بالوسائل الإلكترونية نبين ما جاء بالقانون المدني العراقي الذي لا تتعارض احكامه الهامة مع القانون النموذجي. وقد عالجت المادة (25) من القانون المدني العراقي الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية اذ بناء على هذا النص يتعين تحديد الدولة التي فيها العقد بناء على القانون النموذجي والقوانين

الوطنية ، فاذا ارسل تاجر عراقي عرضا إلى تاجر اجنبي عبر البريد الالكتروني او الفاكس لبيعه بضاعة أي أن التاجر العراقي هو الموجب ومرسل رسالة البيانات.

القانون الواجب التطبيق على عقد التجارة الإلكترونية .

قواعد الاسناد الاصلية

استقر في معظم بلدان العالم فقها و قضائاً قاعدة خضوع العقد بقانون الارادة التي أي خضوعه بالقانون الذي يختاره الاطراف المتعاقدة و قد اخذت بها العديد من التشريعات بوضعها قاعدة الاسناد الاصلية الاولى فيما يتعلق بالعقد من ناحية الموضوعية و في حالة غياب الاتفاق الصريح او الضمني بين اطرافه فان القاضي يحدد القانون الواجب التطبيق و ذلك من خلال بذل جهد كبير للبحث عن مؤشرات في تركيز العقد في مكان محدد مثل مكان ابرامه او مكان تنفيذه او موطنها بوصفها عوامل او مؤشرات تساعد على تحديد القانون الواجب التطبيق

قانون الارادة

تتفق غالبية القوانين في الوقت الحاضر على قاعدة خضوع العقد للعنصر الاجنبي اسما لقانون الارادة و قد احد الفقهاء قاعدة خضوع العقد لقانون بند الابرام بفكرة الرضا الضمني لتطبيق هذا القانون.

وازدهرت قاعدة خضوع العقد لقانون الارادة في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر تعبيراً عن الحرية وتطبيقاً لمبدأ سلطان الارادة الذي يتكون من عنصرين أساسيين هما:

1_ كفاية الارادة لإنشاء التصرف القانوني

2_ قدرة الارادة على تعيين اثار التصرف القانوني

الا ان هذا المبدأ ورد عليه فيما بعد في اوائل القرن العشرين عدة قيود اسهمت في تعيين حدوده وذلك بفعل الاتجاهات الاجتماعية والاشتراكية وتدخل الدولة في مجالات عديدة وتبعاً لذلك خضع القانون (خضوع العقد لقانون الارادة لبعض القيود لكنها مازالت القاعدة التقليدية)

1. الارادة الصريحة

تقرر معظم الانظمة القانونية مبدأ حرية الاطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم فإذا تبين ان طرفي العقد الاولي وقع اختيارهما صراحة على قانون معين ليحكم العقد المبرم بينهما فان ذلك يتفق مع قاعدة الاسناد والمجمع عليها عموماً في الفقه. والقضاء هي خضوع العقد او الالتزامات التعاقدية لقانون ارادة المتعاقدين اذ يعطى القانون للأطراف الحق في

اختيار قانون معين لان يحكم عقدهم ويحق لهم التعديل في هذا الاتفاق في اي وقت. إذ اصبح من المؤلف في عقود التجارة الدولية ومن بينها عقد البيع ان يتضمن العقد مادة خاصة تحدد القانون الذي يحكم العقد وهكذا يمكن القول ان مبدأ سلطان الارادة في مجال العقود اصبح معترفاً به عالمياً مع ملاحظة ان هناك عقود ومسائل اخرى تخرج من نطاق هذا المبدأ ومنها

- 1_ العقود التي تخص العقار حيث تخضع كقاعدة عامة لقانون موقع العقار
- 2_ القواعد الامرة او الناهية المتعلقة بالنظام العام
- 3_ تحديد اهلية اطراف العلاقة لأنها محكومة بقانون الجنسية
- 4_ عقود العلاقات التي ينظمها المشرع لأسباب اقتصادية أو اجتماعية مثل علاقات العمل والضمان الاجتماعي
- 5_ مسائل الاحوال الشخصية
- 6_ عقود التأمين المتعلقة بالعقار والاموال المنقولة التي يحكمها قانون الدولة

ان سريان قاعدة قانون الارادة على العقود التجارية الدولية التي تتم عبر شبكة المعلومات اياً كان نوعها مثل العقود التي تبرم بين التجار والمستهلكين حيث تسري قاعدة قانون الارادة على العقود التجارية التي تتم إلكترونياً اذ يقسم البعض انه يجب ان يتفق الطرفين على القانون المطبق على صفحة الشاشة المستقبلية، والاصل ان يتسم الاتفاق على اختيار قانون العقد الاولي لحظة ابرام العقد كما يمكن ان يتم ذلك حتى بعد نشوب النزاع بين الطرفين حرية الارادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد تسري على كل من التجارة العادية والتجارة الالكترونية الا ان هناك خصوصية مميزة للتجارة الالكترونية بالرغم انها تتساوى مع التجارة العادية من ناحية تبادل السلع والخدمات مقابل مبلغ مادي حيث تشمل التجارة الالكترونية سواء من حيث تكوين العقد او تنفيذه او انجازه على تقنيات حديثة وبهذا يمكن التصور بأن هناك التقاء لإرادات عقديّة بهدف تكوين عقد من العقود الا ان الاختلاف هنا ان العقد الالكتروني ايجاب صادر عن طرف محله عرض مطروح اما بطرق سمعيه او بصريه او كلاهما على شبكة الاتصالات ويقبول صادر بنفس الطريقة لتحقيق ما يرغب به الطرفان في انجازه والمشكلة هنا ان التعاقد يتم عبر شبكة المعلومات وبين طرفين متباعدين لا يعرف احدهما الاخر وهذا يمكن ان يؤثر في النظام القانوني المتعلق بتكوينها خصوصاً فيما يتعلق بشروط صحة التعبير عن الارادات العقدية.

الإرادة الضمنية

ليست هناك مشكلة في التطبيق اذا كان المتعاقدان متفقين على اختيار قانون معين ليحكم العقد بصورة صريحة في بند او شرط في العقد . اما اذا لم يكن له إرادة صريحة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد ولم يمكن معرفة ذلك من نصوص فأن القاضي او المحكم يبحث عن الإرادة الضمنية في نصوص العقد والظروف المحيطة به عن اتجاه هذه الإرادة فان تعذر عليه ذلك لجأ الى مؤشرات او توطين العقد ومن المؤشرات الدالة على إرادة طرفي العقد الضمنية :

- 1- تحرير العقد بلغة معينة فهذا يصلح ان يكون قرينة داله على ان المتعاقدين يريدان اخضاع عقدهما لقانون الدولة الناطقة بتلك اللغة .
- 2- اختيار المتعاقدين لعملة دولة معينة للوفاء قرينة على اختيار قانون هذه الدولة.
- 3- اتفاق الطرفين على اخضاع المنازعة في العقد الى اختصاص محاكم دولة معينة او للتحكيم في هذه الدولة مما يعد دلالة في رغبة الطرفين الضمنية في تطبيق قانون هذه الدولة.
- 4- ادماج نصوص قانون معين في العقد او استخدام الاصطلاحات والاشكال القانونية لهذا القانون في تنظيم العقد او كتابته قد يستفاد منه ، ان إرادة الطرفين قد اختارت هذا القانون لحكم العقد الا ان هذه المؤشرات يراعى فيها امران :
قدرتها على هذا الاختيار بحيث تسمو إرادة المتعاقدين فوق القانون الذي يستمد قوته الملزمة من اتفاق الأطراف على اختيار الحكام لتنظيم الرابطة العقدية الكاملة .

قانون الإرادة بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية

ان قانون الإرادة أصبح بعد تطور طويل ضابطاً للإسناد في مسائل العقد من عنصر السبب او الواقعة المنشئة للعلاقة باعتبار هذا العنصر هو احد عناصر العلاقة القانونية ، باعتباره مركز الثقل في العلاقات المتعلقة بالعقود.

ومن هنا جاء التركيز على إرادة المتعاقدين كضابط للإسناد في الروابط التعاقدية على أساس كونه معياراً أكثر ارتباطاً بهذا العنصر من غيره من المعايير .

ان قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة قد لاقت ترحيب واتفق الفقه والقضاة في مختلف بلدان العالم لكن هذا لم يكن إلا ظاهرياً وان واقع الامر اسفر عن اختلافات عميقة في الرأي ترجع الى الدور الذي تقوم به الإرادة عند اختيارها لقانون العقد وقد ترجم هذا الاختلاف في الرأي من خلال نظريتين هما :

• النظرية الشخصية

• النظرية الموضوعية

فالنظرية الشخصية تذهب الى ان اتفاق إرادة الأطراف المتعاقدة كاف بذاته مجرد بوصفه مصدر الالتزام ، فلا يمكن القول معه بالزام الأطراف اخضاع عقدهم لأي قانون اخر غير القانون الذي اختاروه ،

فالقانون الذي عينته إرادة المتعاقدين ليست له قوة الالتزام إلا في الحدود التي رسمته له تلك الإرادة (إرادة الأطراف المتعاقدة).

وتجدر الاشارة الى ان اختيار المتعاقدين لقانون العقد لا يتم بناء على قاعدة من قواعد تنازع القوانين وانما يستند الى مطلق سلطان الارادة وبهذه المثابة يندمج القانون المختار في العقد لتصبح احكامه مجرد شروط او بنود عقدية يستطيع المتعاقدان الاتفاق على ما يخالفهم حتى لو اتسمت بالطابع الامر.

وهكذا يمكن القول ان العقد هنا لا يخضع الى اي قانون وهو ما يعني بالنهاية إخراج من مجال تنازع القوانين وإخضاعه الى مطلق سلطان الارادة وفي اطار هذه النظرية تكون لإرادة المتعاقدين الصريحة القدرة على التنظيم الذاتي للرابطة العقدية اما في حالة عدم قيام المتعاقدين بتعيين قانون العقد صراحة فعلى القاضي ان يستظهر في هذه الحالة ارادتهم الضمنية فان لم يستطع الكشف عنها فهو يملك تحديد ارادتهم المفترضة في اختيار قانون العقد مالم لم يكن المشرع قد حدد بنفسه هذه الإرادة من خلال قرائن تختلف بحسب الاحوال فالإرادة المفترضة هنا تبدو باعتبارها ارادة المتعاقدين كما يتصورها القاضي او المشرع.

ويذهب الفقهاء انصار النظرية الشخصية الى عدم تصور اندماج القانون المختار في العقد الى في حالة اختيار المتعاقدين لقانون العقد صراحة او ضمناً وفي حالة سكوت الارادة عن تعيين قانون العقد فيصعب تصور الاندماج لأننا في هذه الحالة نكون امام قانون عينه المشرع او حدده القاضي بحكم الرابطة العقدية

اثر النظرية الموضوعية في دور الارادة في اختيار قانون العقد

ان مغالاة فقه النظرية الشخصية في تقديس مبدأ سلطان الارادة ادت الى افلات العقد من حكم القانون حيث انكمش دور القاعدة القانونية وتضاءل تدخل الدولة سواء لحماية الطرف الضعيف او لتحقيق المصلحة العامة.

ومن هنا استقر مبدأ سلطان الارادة في نطاق الروابط التعاقدية بحيث أن ارادة المتعاقدين تتمتع بالحرية الكاملة في ابرام العقود وتنظيمها وتحديد شروطها بصرف النظر عن صلة هذا القانون بالعقد.

اما النظرية الموضوعية التي نرجع في اصولها الى الفقيه الالمانى (سافيني) فهو اول من نادى بضرورة تحليل العلاقات القانونية موضوع النزاع تحليلاً دقيقاً حتى يتسنى تركيزها في مكان معين، فاذا ما عرف هذا المركز امكن اسنادها الى القانون السائد في هذا المركز بوصفه اكثر القوانين المتنازعة ملائمة لحكمه.

وقد اعتمد انصار هذه النظرية على عدة معايير واتفقوا على ضرورة الاخذ بالإرادة الصريحة والضمنية واعتبارها المعيار الاول الذي يرجع اليه بشرط توافر الصلة بين القانون الذي اشارت الارادة بتطبيقه والعقد الدولي.

وبذلك تذهب هذه النظرية الى ارجاع سلطان المتعاقدين في الاختيار الى قوة القانون الذي منح الارادة وليس الى مطلق مبدأ سلطان الارادة.

ان الفقه انقسم الى اتجاهين يذهب الاول منهما الى الاخذ بالنظرية الشخصية بما تخوله للمتعاقدين من حرية واسعة في اختيار قانون العقد يسمو بها على القانون المختار ذاته في حين ذهب الاتجاه الاخر الى الاخذ بالنظرية الموضوعية بما تفرضه من قيود على اختيار قانون العقد تؤدي الى خضوع العقد نفسه للقواعد الامرة في القانون المختار.

أثر النظرية الشخصية في دور الإرادة في اختيار قانون العقد

من اهم مظاهر مبدأ سلطان الإرادة في القرن التاسع عشر مبدأ (نظرية العقد شريعة المتعاقدين) في القانون المدني، وان استقرار مبدأ سلطان الإرادة ليس مجرد تبرير لحل مسبق في تنازع القوانين في العقود بل أصبح هذا المبدأ هو الحل نفسه بما يكفله للإرادة في ذاتها من حق في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد بصفة مستقلة عن اي حل سابق.

واصبحت ارادة الفرد هي روح القاعدة القانونية وجوهرها حيث سمت فوق القانون الذي استمد منها قوته الملزمة واقتصر دوره على حمايتها ان فقه القانون الدولي الخاص اذا كان قد اعترف بدور الإرادة في اختيار قانون العقد وان هذا الحق يستند الى حكم القانون الذي سمح للإرادة بهذا الاختيار وليس الى سلطان الإرادة ويحصر دور الإرادة على هذا الاساس في تعيين القانون الذي يحكم العقد لا في تحريره من سلطان هذا القانون.

وبالتالي يمكن القول ان فقه النظرية الموضوعية يفرض قيوداً على حرية الاختيار ويترتب على ذلك نتائج تختلف عما انتهى عليه فقه النظرية الشخصية سواء من حيث احتفاظ القانون المختار بصفته القانونية هذه امام القضاء الوطني وعدم اندماجه في العقد وخضوع المتعاقدين لأحكامه الآمرة وما تؤدي اليه مخالفة هذه الاحكام من ابطال للعقد او من حيث امكان التجميد الزمني لأحكامه عند ابرام العقد واقتضاء توافر الصلة بين العقد واحكام القانون المختار وما يقيد حرية المتعاقدين في اختيار اكثر من قانون في اطار التصرف القانوني الواحد وحتى لا تؤدي هذه التجزئة الى افلات العقد من احكام القانون.

وهكذا استقر فقه النظرية الموضوعية الغالب في جميع الاحوال على ضرورة خضوع العقد للقانون الداخلي لدولة معينة عملاً بقواعد تنازع القوانين في دولة القاضي.

موقف التشريعات المقارنة

سبق ان قلنا ان العديد من التشريعات الوطنية لمختلف الدول اتخذت قانون الإرادة قاعدة اسناد اصلية في مجال العقود، وكذلك اتخذت العديد من الاتفاقيات الدولية الموحدة لقواعد التنازع ومنها:

1- في القانون العراقي: اخذ القانون العراقي مثل غيره من القوانين العربية بمبدأ سلطان الإرادة في مجال العقود وتبنى قاعدة قانون الإرادة كقاعدة أسناد عامة في نطاق الالتزامات التعاقدية

حيث نصت الفقرة(1) من المادة (25) من القانون المدني العراقي على انه (يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين اذ اتحدا موطناً، فأن اختلفا موطناً سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان او تبين من الظروف ان قانوناً اخر هو الذي يراد تطبيقه).

هذا ولم يقيد الشرع العراقي في القانون المدني اختيار المتعاقدين لقانون اجنبي باي قيد، غير ان الفقه يميل الى تقييد حرية هذا الاختيار بوجود صلة بين القانون المختار والعقد او المتعاقدين، وهناك قسم من الفقهاء ينتقد عدم تقييد الارادة الصريحة ويرى ان المشرع تكلم عن الارادة الضمنية بطريقة مهمة فلم يبين ماهي العناصر التي يمكن الاستناد اليها لاستخلاص هذه الارادة الضمنية.

ويمكن القول ان القضاء العراقي يتمتع بصلاحيه واسعة في اعتماد القرائن لكشف عما توجهت اليه الارادة الضمنية وهي في سبيل ذلك تقوم بتركيز العلاقة الى قانون معين، فاذا ما وجد القاضي من القرائن ما تسمح له بالكشف عن الارادة الضمنية للمتعاقدين في تحديد القانون الذي يحكم العقد توجب عليه تطبيق هذا القانون، اما اذا لم يتوصل القاضي الى هذه الارادة فأن عليه تطبيق قانون الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطناً، وفي حالة اختلاف الموطن تطبق قانون الدولة التي فيها العقد.

- في الاتفاقيات الدولية

أ- اتفاقية لاهاي لعام 1955:

تنص المادة الثانية من اتفاقية لاهاي الصادرة بتاريخ 15/6/1955 بشأن القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية على ما يأتي:

يخضع البيع لقانون البلد التي يعينه المتعاقدين ، ويتم هذا التعيين اما صراحة في أحد بنود العقد او يستنتج بصورة مؤكدة من أحكام العقد، وتخضع لنفس القانون الأحكام المتعلقة برضاء الطرفين فيما يخص القانون الواجب التطبيق اذ يتضح من نص هذه المادة ان اتفاقية لاهاي اخذت بقاعدة قانون الارادة كقاعدة اسناد اصلية لعقد البيع الدولي وهي دون شك القاعدة الأكثر ملائمة لحاجات التجارة الدولية حيث اعطت هذه المادة للمتعاقدين الحرية الكاملة : لاختيار القانون الواجب أن التطبيق على عقدهما دون اشتراط اي صلة بين العقد والقانون

المختار ، وفي حالة غياب الارادة الصريحة فإن البحث يدور حول استخلاص الارادة الضمنية للمتعاقدين من الأحكام العامة للعقد بشرط أن يتم هذا الاستخلاص بصورة مؤكدة و دون أي شك .. "

ونلاحظ أن المادة الثالثة من اتفاقية لاهاي الخاصة بالبيع الدولية للمنقولات المادية تنص على اذا لم يتفق الأطراف على اختيار القانون الواجب التطبيق فإن البيع يحكمه من حيث المبدأ قانون الدولة التي يوجد عليها محل الإقامة المعتاد للبائع . في حين بينت الاتفاقية في المادة الخامسة منها (لا تسري على اهلية الاطراف ولا شكل العقد ولا انتقال الملكية) وهذا هو الاتجاه السائد فقها وقضاء على نطاق دولي في استبعاد الأهلية وشكل العقد من نطاق.

قواعد الاسناد الاحتياطية في القانون العراقي

سار المشرع العراقي على منهج التشريعات التي لم تترك مسألة تعيين القانون الواجب التطبيق على العقد لاجتهادات القضاء في حالة غياب ارادة المتعاقدين الصريحة و الضمنية و بكل فضل تحديد ضوابط او قواعد احتياطية بنص القانون

(يسري الى الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحد موطناً، فإن اختلفا موطناً يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا من لم يتفق المتعاقدان او يتبين من الظروف ان قانون اخر هو الذي يراد تطبيقه) .

أن المشرع العراقي قد فرق بين حالتين تتعدم فيهما ارادة المتعاقدين صراحة او ضمناً(حالة اتحاد موطن المتعاقدين وحالة اختلاف الموطن) وضع لكل حالة من هاتين الحالتين قاعدة اسناد احتياطية يلتزم القاضي باتباعه التعيين القانون الواجب التطبيق على العقد .

وطبقاً لنص المادة (25 مدني عراقي) تكون الأولوية في التطبيق قانون الموطن المشترك للمتعاقدين إذا توافر ذلك اما ان كان موطن المتعاقدين مختلفاً فإن قاعدة الاسناد الاحتياطية في مثل هذه الحالات هي قانون مكان إبرام او انعقاد العقد او تشير قرينته محل إبرام العقد صعوبة كبيرة كما قلنا سابقاً وخاصة اذا لم يكن محل إبرام العقد واحد بعد تمدد الأماكن التي تمت فيها عملية إبرام العقد كما هو الحال في التعاقد بين غائبين او التعاقد بالمراسلة او عن طريق الانترنت و امر مألوف في الوقت الحاضر في برم عقود البيع الدولي

اذ انه في مثل هذه الأحوال يصعب تحديد الزمان والمكان الذي انعقد فيهما العقد ومكان انعقاد العقد يرتبط الى حد كبير بزمان انعقاده ، وتختلف التشريعات الوطنية اختلافاً بيناً

اما القانون المدني العراقي فإنه يعتبر التعاقد بين الغائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول مالم يوجد اتفاق او نص قانوني يقتضي بغير ذلك.

قواعد الاسناد الاحتياطية في الاتفاقيات الدولية

من البديهي ان يقتصر اهتمام التشريعات الوطنية والقضاء في مختلف الدول على وضع قوانين وضوابط للإسناد تطبق على الالتزامات التعاقدية او العقود الدولية عموماً ومن بينها عقد البيع، لكن الامر مختلف بالنسبة الى التشريعات الدولية والاتفاقيات الدولية الخاصة بتوحيد قواعد الاسناد بخصوص عقد البيع الدولي ومنها اتفاقية روما 1980 حيث وضعت قواعد اسناد احتياطية تطبق على العقود عموماً خلاصتها (ان العقد يخضع في غياب الاتفاق لقانون الدولة التي يوجد فيها وقت ابرام العقد محل الإقامة المعتاد للمتعاقد الذي يعد ادائه جوهر للعقد او الدولة التي يوجد بها المقر الرئيسي للنشاط التجاري بالنسبة للعقود التجارية ، او الدولة التي يوجد بها الاموال غير المنقولة اذا كان موضوع العقد يتعلق بأموال غير منقولة)

كما تبنت اتفاقية لاهاي لعام 1955 وعام 1986 بشأن القانون الواجب التطبيق على عقود البيع الدولية من حيث المبدأ قاعدة اسناد احتياطية أساسية لمواجهة هذا الموقف هي قانون دولة البائع وقاعدة أسناد فرعية هي دولة المشتري.