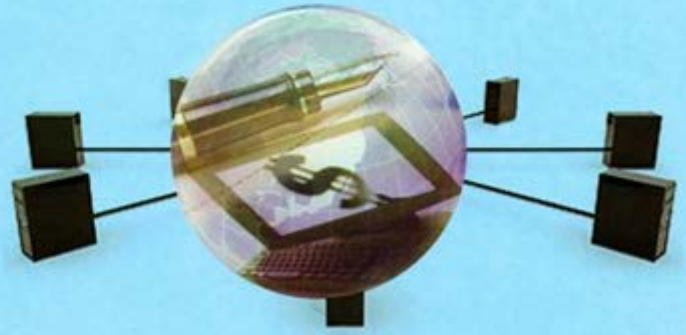
الدكتور
سلطان عبدالله محمود الجواري

عقود التجارة الإلكترونية والقانون الواجب التطبيق

دراسة قانونية مقارنة



منشورات الحلبي الحقوقية

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

جمعداری اموال

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

ش اموال: ۵۳۱۷۰

عقودُ التجارة الإلكترونيّة
والقانونُ الواجبُ التطبيق
دِراسة قانونيّة مُقارنة

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

عقود التجارة الإلكترونية والقانون الواجب التطبيق

دراسة قانونية مقارنة

کتابخانه
مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی
شماره ثبت: ۳۶۹۳۶
تاریخ ثبت :

الدكتور
سلطان عبدالله محمود الجواري

منشورات الحلبي الحقوقية

منشورات الحلبي الحقوقية

AL - HALABI

LEGAL - PUBLICATIONS

ISBN 978-9953-524-86-3

9 789953 524863

جميع الحقوق محفوظة

الطبعة الأولى

2010 ©

All rights reserved

تنضيد وإخراج

MECA

P.O. BOX 113-5096 BEIRUT - LEBANON

Tel. & Fax 961-1-362370, Cellular 961-3-918120

E - mail meca@cyberia.net.lb

منشورات الحلبي الحقوقية

فرع اول: بناية الزين – شارع القنطاري

مقابل السفارة الهندية

هاتف: 364561 (1-961+)

هاتف خليوي: 640821 - 640544 (3-961+)

فرع ثانٍ: سوديكو سكوير

هاتف: 612632 (1-961+)

فاكس: 612633 (1-961+)

ص.ب. 11/0475 بيروت - لبنان

E - mail elhalabi@terra.net.lb

www.halabilawbooks.com

لا يجوز نسخ أو استعمال أي جزء من هذا الكتاب في أي شكل من الأشكال أو بأية وسيلة من الوسائل – سواء التصويرية أم الإلكترونية أم الميكانيكية، بما في ذلك النسخ الفوتوغرافي والتسجيل على أشرطة أو سواها وحفظ المعلومات واسترجاعها – دون إذن خطي من الناشر.

ان جميع ما ورد في هذا الكتاب من ابحاث فقهية وآراء وتعليقات وقرارات قضائية وخلاصاتها، هي من عمل المؤلف ويتحمل وحده مسؤوليتها ولا يتحمل الناشر أية مسؤولية لهذه الجهة. كما ان الناشر غير مسؤول عن الأخطاء المادية التي قد ترد في هذا المؤلف ولا عن الآراء المقدمة في هذا الإطار.

All rights reserved ©

AL - HALABI Legal Publications

No part of this publication may be translated, reproduced, distributed in any form or by any means, or stored in a data base or retrieval system, without the prior written permission of the publisher.

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلاَ تَقْتُلُوا أَنفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيماً﴾.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

سورة النساء
(الآية/٢٩)

﴿لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمْ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ﴾.

سورة الحديد
(الآية/٢٥)

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

إهداء

إلى شريكتي في السراء والضراء... زوجتي المخلصة.

إلى أولادي الأعزاء

إليهم أهدي هذا الجهد.

سلطان عبد الله محمود الجواري

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

المقدمة

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

هذا التطور الجديد في استخدام القنوات الإلكترونية في إنجاز

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

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

أسباب اختيار الموضوع:

أثارت التجارة الإلكترونية جملةً من التحديات والمشكلات القانونية التي تتطلب قوانين جديدة تعالج تلك الجوانب التي لم تتعرض لها القوانين النافذة، أو تتطلب إعادة النظر في القوانين القائمة لغرض مواكبة الطبيعة الخاصة للتجارة الإلكترونية، إذ تواجه التجارة الإلكترونية صعوبات من حيث اعتراف القوانين التقليدية بقانون إبرام العقد بالوسائل الإلكترونية، ومسألة الإيجاب والقبول الإلكتروني بين الأطراف المتعاقدة، ووقت انعقاد العقد وطريقة

التعبير عن الإرادة وما يرتبط بذلك من مسائل تتعلق بزمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني هذا من جانب، ومن جانب آخر، يلاحظ أن الدافع الأساس لهذه الدراسة يدور حول تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد التجارة الإلكترونية، إذ لا يخفى أن هذا النوع من العقود يصدر فيه الإيجاب ويلتقي به القبول في ظل فضاءات الكترونية متباعدة، فضلاً عن انعدام المجلس المادي للعقد، فكيف يمكن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني؟ هل يصار إلى تطبيق قواعد الإسناد التقليدية المتمثلة بمعيار الموطن المشترك للمتعاقدين أو قانون البلد الذي تمّ فيه التصرف القانوني؟ أم أن اتفاق المتعاقدين هو الذي يكون محل اعتبار في هذه الحالة؟ فضلاً عن صعوبة تركيز العقد الإلكتروني تركيزاً مكانياً، فيا ترى كيف يصار إلى تحديد القانون الواجب التطبيق؟

فضلاً عما تقدم، فإن عقد التجارة الإلكترونية هل يعتبر من قبيل التعاقد بين غائبين أم بين حاضرين أم ماذا؟ يضاف إلى ذلك، إن عقود التجارة الإلكترونية تثير تحديات تتعلق بحجية الدليل المستخرج من وسائل الإتصالات الحديثة، ومدى إمكانية اعتماد التواقيع الإلكترونية في إبرام هذه العقود. وضمن هذا المجال يظهر الموضوع الأهم، وهو التواقيع الرقمية ويرتبط به موضوع التشفير. كما يتصل بموضوع الإثبات مسألة الموقف القانوني من الأعتراف بالرسائل الإلكترونية وذلك على أساس أن عدم الأعتراف بقانونية هذا النمط من الرسائل يضعف إمكانية الأعتراف القانوني المكاني لعقود التجارة الإلكترونية على نحوٍ يماثل ما تتمتع به التجارة الورقية التقليدية، فضلاً عن المسائل المتعلقة بأمن المعلومات وطرق حماية هذه الأنظمة المتعلقة بعقود التجارة الإلكترونية.

صعوبات موضوع البحث:

تشكل ظاهرة عقود التجارة الإلكترونية ظاهرة حضارية فريدة من نوعها، إذ أنها ظهرت وانتشرت في فترة زمنية قياسية، ولا يهدف الباحث في هذا البحث إلى معالجة التجارة الإلكترونية، وما إذا كانت القواعد التقليدية كافية لحكمها من عدمه بالدرجة الأساس، وإنما كان هدف الباحث بالدرجة الأساس هو تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، إذ تتميز هذه العقود بانعدام المجلس المادي أو الشخصي للأطراف المتعاقدة، فضلاً عن انعدام الفارق الزمني بين صدور الإيجاب وقبول القابل، فهل تكفي القواعد القانونية التقليدية الواردة في القانون المدني والخاصة بأحكام تنازع القوانين في تركيز هذا النمط الحديث من العقود الدولية، أم أنه ثمة قواعد إسناد تتلاءم مع الطبيعة الخاصة بعقود التجارة الإلكترونية. بتعبير آخر، هل أن تركيز عقد التجارة الإلكترونية مكانياً لغرض تحديد القانون الواجب التطبيق تشكل معضلة كبيرة جداً ولا سيما في غياب التنظيم التشريعي المحلي بهذا الصدد. إذ يتعين على القاضي الذي ينظر النزاع المتعلق بعقود التجارة الإلكترونية أن يلجأ إلى تركيز العقد مكانياً، ومن ثم تحديد القانون الواجب التطبيق عليه، ففي ظل غياب التنظيم التشريعي المحلي الخاص بهذه العقود، ليس من سبيل إلاّ اتباع أحكام الإتفاقيات الدولية التي قطعت شوطاً كبيراً في هذا المجال لغرض حل المعضلة المذكورة آنفاً.

منهجية البحث:

نظراً إلى انعدام النصوص القانونية التي تعالج موضوع القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، ولكون هذا الموضوع

من المواضيع حديثة العهد في مجال القانون الدولي الخاص، فقد انتهج الباحث أسلوب الدراسة المقارنة والمناقشة التحليلية معززة بالقرارات القضائية، وقد كانت المقارنة على مستوى القوانين المنفردة، وفي مقدمة هذه القوانين القانون المدني الفرنسي، الذي يمثل أعلى القوانين في الشريع اللاتينية، ثم القانون المدني المصري والقانون المدني العراقي، فضلاً عن القانون الإنكليزي وقانون الإتحاد السويسري والقانون الأنكلو أمريكي، وتعزيز موضوع البحث بموقف الإتفاقيات الدولية، وفي مقدمة هذه الإتفاقيات اتفاقية لاهاي لعام ١٩٥٥ واتفاقية لاهاي لعام ١٩٨٦ واتفاقية فيينا واتفاقية روما لعام ١٩٨٠ وهي ما تسمى حالياً باتفاقية الإتحاد الأوروبي أو اتفاقية السوق الأوربية المشتركة وقانون الأونسترال لعام ١٩٩٦ الصادر عن لجنة الأمم المتحدة الخاصة بعقود التجارة الدولية وهو يمثل أحدث اتجاه تشريعي في المجالين التجاري والدولي الخاص، فضلاً عن الإشارات العرضية لبعض القوانين والإتفاقيات الدولية الأخرى.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

خطة البحث:

لكل موضوع حدوده ومداه، ونظراً إلى خصوصية هذا الموضوع من حيث أنه يتناول تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، لذلك فإن خطة البحث تقع في ثلاثة فصول، في مقدمتها مبحث تمهيدي يتناول التطور التاريخي للتجارة الإلكترونية، ثم توزعت خطة البحث إلى ثلاثة فصول، كان الفصل الأول منها تحت عنوان ماهية التجارة الإلكترونية، وقد تضمن هذا الفصل ثلاثة مباحث أساسية، تناول المبحث الأول التعريف بالتجارة الإلكترونية وذلك من حيث التعريف والخصائص والأنماط، في حين تناول المبحث الثاني تكوين عقد التجارة الإلكترونية من حيث الانعقاد وإمكانية التعبير عن الإرادة الكترونياً وشروط صحة هذا التعبير،

أما المبحث الثالث فإنه تناول زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني. فيما خصص الفصل الثاني لتناول موضوع القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، وقد تضمن هذا الفصل ثلاثة مباحث، تناول الأول قاعدة الإسناد الأصلية وذلك في ضوء النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية، في حين تناول المبحث الثالث قواعد الإسناد الأحتياطية وذلك في القوانين الوطنية والأجنبية، فضلاً عن الإتفاقيات الدولية، وأخيراً تناول المبحث الثالث قواعد الإسناد الخاصة بالعقود الإلكترونية وذلك في ضوء خصوصية عقد التجارة الإلكترونية، أو طبيعة هذه القواعد في التعاقد على المواقع الشبكية. أما الفصل الثالث فقد خصص لدراسة القانون المطبق في إثبات عقود التجارة الإلكترونية على غرار الفصلين السابقين، وقد شمل هذا الفصل ثلاثة مباحث، كُرس المبحث الأول لماهية السندات الإلكترونية وذلك من حيث التعريف وشروط هذه السندات والوسائل التقنية اللازمة لحماية السندات الإلكترونية. أما المبحث الثاني فقد تناول حجية السندات الإلكترونية وذلك في ضوء عينات منتخبة تمثلت بالسندات المستخرجة من جهاز الفاكس والتلكس والحاسب الآلي والإنترنت. أما المبحث الأخير فقد بحث في القانون الواجب التطبيق في إثبات عقود التجارة الإلكترونية، فضلاً عن خاتمة تضمنت أهم النتائج والمقترحات المتعلقة بموضوع البحث.

المفاهيم الرئيسة في البحث:

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

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

٢ - **المصادر القانونية للتجارة الإلكترونية:** وهي القواعد والتدابير القانونية على الصعيدين الوطني والدولي ووضعت لتحكم المعاملات في بيئة التجارة الإلكترونية.

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

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

٥ - **منشئ رسالة البيانات Originator of Data Massage:** يراد به الشخص الذي يعتبر أن إرسال أو إنتاج رسالة البيانات قبل تخزينها إن حدث قد تم على يديه أو نيابةً عنه، ولكنه لا يشمل الذي يتصرف وسيطاً فيما يتعلق بهذه الرسالة.

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

٧ - **الوسيط - فيما يتعلق برسالة بيانات معينة Intermediary with Respected to A particular Data**

Massage: وهو الشخص الذي يقوم نيابةً عن شخص آخر بإرسال أو استلام أو تخزين رسالة البيانات أو بتقديم خدمات أخرى فيها برسالة البيانات.

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

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

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

١١ - **وسيلة الدفع أو الأداء الإلكتروني**: وهي الوسيلة التي تمكن صاحبها من القيام بعملية الوفاء المباشر عن بعد عبر شبكات المعلومات.

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

المبحث التمهيدي

التطور التاريخي للتجارة الإلكترونية

عرفت التجارة في العصور الماضية تطوراً هائلاً، فقد بدأ بنظام المقايضة، ثم اقترنت بنظام البيع والشراء، وتنوعت أساليب تنفيذ عمليات التجارة في أطر قانونية تميزت باعتماد الوسائل والظواهر المادية أساساً لتنظيم التجارة وجوداً وتنفيذاً، وعلى وجه التحديد المستند الكتابي، والتسليم المادي للأموال محل التعامل التجاري[1].

وإذا كان التسليم المادي من مستلزمات التجارة فإنه في نفس الوقت مؤشر على أن التعامل التجاري في الماضي ما كان ليتم إلا بالتسليم المادي بين المتعاقدين الحاضرين في إطار قانوني، إلا أن المستند الكتابي له مزايا عديدة، خاصة في وسط يفصل بين المتعاملين فاصل مكاني، فضلاً عن آثار أخرى تظهر أهميتها في زمن تالي لإبرام العقد[2].

ومع التطور الجديد لأسلوب التجارة في عصرنا الحاضر أصبحت هذه المزايا صعبة المنال، فشاع التطور التقني في العالم

---

(١) د. فائق الشماع، التجارة الإلكترونية، دراسات قانونية، مجلة تصدر عن قسم الدراسات القانونية في بيت الحكمة، السنة الثانية، العدد الرابع، كانون الأول، بغداد، ٢٠٠٠، ص ٣٧.

(٢) المصدر السابق نفسه، الصفحة نفسها، وللمزيد عن أهمية السند المكتوب راجع د. عباس العبودي، التنظيم القانوني للسندات الإلكترونية المستخرجة عن طريق الانترنيت في الإثبات المدني، بحث مقدم إلى المؤتمر القطري لكليات القانون، بغداد، آذار، ٢٠٠٠.

وظهر ما يسمى بوسائل الإتصال الحديثة، إذ يشهد العالم الآن تطوراً هائلاً في عالم الإتصالات بشكل لم يكن معهوداً من قبل، حيث تعدّ وسائل الإتصال الحديثة من أبرز وسائل الإتصالات المعاصرة التي أصبح استخدامها يتزايد في معاملات الأفراد بشكل كبير، فالكثير من الصفقات الكبيرة تجري عن طريق هذه الوسائل، مثل جهاز التلكس وجهاز نقل الصورة بالهاتف (الفاكسيمل) وجهاز الكمبيوتر إلى أن وصل إلى الوسيلة المتطورة وهو الانترنيت.

وقد صار لهذا التطور التقني لعالم الحاسوبية أثر واضح في علاقات التجارة الدولية، وأصبح التنافس الحالي في العالم هو من أجل الوصول السريع إلى المعلومات واستخدام الطرق السريعة في التداول والتحليل من أجل اتخاذ قرار سليم مبني على الدقة وهكذا أصبح على الساحة العالمية ثورة جديدة تسمى ثورة تقنية المعلومات والإتصالات التي تسهم بقدر كبير في تكوين التيار الجارف لمفهوم العولمة والتي اتسعت لتشمل اقتصاديات العالم خلال العقدين السابقين، ومن المنتظر أن تستمر بالإتساع لتشمل كل قطاعات الحياة[1].

وقد أعطى التقدم التقني المحرز على مستوى المعلومات والإتصالات أبعاداً جديدة لبيئة الأعمال وأتاح للمتعاملين وسائل متطورة للإعلان عن السلع والخدمات ومن ثم التعاقد عبر شبكات الحواسيب الآلية للإعلان وتنفيذ التعاقدات أيضاً عبر النقل الآلي للبيانات المجسدة للأداءات، محل الإلتزام، وهكذا فالتطور الحادث في مجال الإتصالات الإلكترونية يؤثر تأثيراً جذرياً في الطريقة

(١) د. رأفت عبد العزيز غنيم، دور جامعة الدول العربية في تنمية وتيسير التجارة الإلكترونية بين الدول العربية، ملحق أول، الأمانة العامة إدارة قطاعات الخدمات الأساسية، نوفمبر، منشورات الجامعة العربية، ٢٠٠٢، ص ٣ – ٤.

التي تتم بها المعاملات التجارية أو الإقتصادية بصفة عامة.

ونظراً إلى كل هذه التحولات التي ظهرت في عالمنا المعاصر، برزت تغييرات حديثة تنطوي على أساليب وتقنيات جديدة تضمنها ما يسمى اليوم بالتجارة الإلكترونية (ELECTRONIC TRADE)[١]، بوصفها أحد أهم الأساليب للتعرف بالتقنيات الحديثة في مجال تبادل المعلومات التجارية سواء عن طريق الشبكات الخاصة أو شبكة الانترنيت[٢].

وقد شاع استعمال الوسائل الإلكترونية أسلوباً لعرض البضائع والخدمات، وصار أجراء البيع والشراء يتم بالوصف من خلال الشبكة العالمية العملاقة لتبادل المعلومات عبر أجهزة الكمبيوتر والإنترنت[٣] مع تنفيذ عمليات الدفع المالي بالبطاقات الإلكترونية[٤] أو بغيرها من وسائل النقل الإلكتروني للأموال، وظهرت المتاجر

---

(١) شونار، التجارية الإلكترونية مجلة البنوك باريس العدد ٢٧٥ نيسان ١٩٩٠، ص ٦٨.

(٢) د. رأفت عبد العزيز غنيم، المصدر السابق، ص ٤.

(٣) الكومبيوتر جهاز أو وسيلة أما الانترنيت فهو نظام نقل اتصالات أو نقل معلومات فهما ليستا بمرادفين أو بمعنى واحد ويتم ذلك من خلال أدوات وتقنيات عددية مثل البريد الإلكتروني وبرنامج تبادل الملفات وبرنامج الاتصال بكمبيوتر آخر والصفحات الإلكترونية، ويبرز دور الشبكة بشكل كبير في الأنشطة التجارية والمصرفية والعلمية والبحثية والتعليمية، للمزيد راجع محمد عبد السميع، مفهوم التجارة الإلكترونية وواقعها العربي، التجارة، مجلة شهرية تصدرها غرفة تجارة وصناعة الشارقة، المجلد الثلاثون، العدد الثالث مارس، ٢٠٠١، ص ٢٤.

(٤) هناك عدة تعاريف للبطاقة ولكننا سنذكر تعريفاً قانونياً لبطاقة الائتمان المصرفية ورد ذكره في التشريع الفرنسي، حيث يعرف القانون المرقم ١٩١/١٣٨٢ النافذ بتاريخ ١٩٩١/١١/٣٠ المعدل للقانون التجاري الفرنسي في المادة ١/٥٧ بطاقة الائتمان المصرفية بأنها بطاقة مصدرة من قبل مؤسسة تسليف أو من قبل المؤسسات أو المصالح المشار إليها في المادة (٨) من القانون المرقم ٨٤/٤٦ وهي (الخزينة الفرنسية، البنك المركزي، دوائر البريد المالية) وتعطي لصاحبها حق سحب أو تحويل الأموال).

الإفتراضية أو ما يسمى بحال البيع على الانترنيت وظهرت أنشطة التزويد بالمعلومات والوكالات التجارية عبر الانترنيت، وأصبحت ممارسة الخدمات المالية وخدمات الطيران والنقل والشحن تجري عبر الإنترنت، فظهرت البنوك الإلكترونية وخدمات الانترنيت للحجز والإستقبال والسياحة والنقل، كل ذلك عبر الخط الضوئي أو الشاشة الضوئية وقد أدى النمو الجذري في التجارة الإلكترونية بين الإقتصادات الصناعية إلى تنامي استخدام شبكة الانترنيت في عمليات التجارة الدولية فبلغ عدد مستخدمي شبكة الانترنيت (٢٨ مليوناً) في عام ١٩٩٦ و(٥٠ مليوناً) عام ١٩٩٧[١].

وقد قدرت مؤسسة البيانات الدولية (International Data Corporation) عدد مستعملي شبكة الانترنيت في الوقت الراهن بـ (٥٠٠ مليون شخص)، وتتوقع أن يأتي معظم النمو في استخدام الشبكة من خارج الولايات المتحدة، إذ سيتبنى المزيد من الأشخاص في البلدان النامية تكنولوجيا المعلومات[٢]. والملاحظ أن التجارة الإلكترونية نمت بصورة مطردة خلال التسعينات من القرن الماضي، فتشير الإحصاءات الصادرة عن شركة Active Media Research Croup، أن التطور الكبير في حجم التجارة الإلكترونية المحقق فعلياً في عام ١٩٩٦ بلغ حوالي من ٢،٦ بليون دولار وفي عام ١٩٩٨ بلغ حوالي ٨٤ بليون دولار ويبلغ تقديرها لعام ٢٠٠٢ م إلى ١٢٣٤ بليون دولار[٣].

---

(١) ناصر علي حضاونة، الأهمية الاقتصادية لمكافحة قرصنة برامج الكمبيوتر بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي العالمي حول الملكية الفكرية، جامعة اليرموك، أربد، ٢٠٠٢.

(٢) الأمم المتحدة، مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية (الانكتاد) التجارة الإلكترونية، قضايا السياسة العامة المتصلة بإمكانية المشاركة في التجارة الإلكترونية، ٢٧/ تموز/ ١٩٩٩، ص ٥١ منشورات الأمم المتحدة.

(٣) د. رأفت عبد العزيز غنيم، المصدر السابق، ص ٩.

وتجدر الإشارة إلى أن عدد الدول المشتركة في شبكة الانترنيت بلغ (١٤٨) دولة، وفي عام ١٩٩٥ من مجموع دول الأمم المتحدة البالغ (١٨٥) دولة[١] وتوقع تقرير اقتصادي أعدته شركة IDC للأبحاث ونشر موقع techwep.com أن يبلغ حجم التجارة الإلكترونية بحلول عام ٢٠٠٥ نحو (٥) تريليونات دولار وأكد بأن ذلك الرقم سيتحقق فعلاً ما دامت نسبة الزيادة السنوية في عدد المستخدمين حول العالم تسير بالوتيرة المسجلة في العام ٢٠٠١ م البالغة مليون مستخدم سنوياً ليصل عدد المستخدمين في غضون الأعوام المقبلة بحلول عام ٢٠٠٥ م إلى مليار مستخدم[٢].

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

---

(١) د. عباس العبودي، الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات المدني، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠٠٢، ص ١٤٠.

(٢) أنور عمار، التجارة الإلكترونية، بحث منشور على شبطة الإنترنت، مجلة المصرفي/ الموقع التالي:

Hlld:IIWWW.bank of sudan.org larabic-jan.2004.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

الفصل الأول

ماهية التجارة الإلكترونية

يشهد العالم الآن تغييرات وتطورات لم يشهدها من قبل في العقود السابقة، شملت هذه التطورات تغيرات في أسلوب الحياة بالعمق والشمول والسرعة التي تشهدها الدول نتيجة ثورة تكنولوجيا الإتصالات الحديثة وتفاعلها في القطاعات والمؤسسات كافة، فظهر ما يسمى بالتجارة الإلكترونية التي أثارت جملة من التحديات والمشكلات القانونية التي تتطلب قوانين جديدة تعالج تلك الجوانب التي لم تتعرض لها القوانين القائمة أو تتطلب إعادة تقييم للقواعد القانونية القائمة للتواؤم مع الطبيعة الخاصة للتجارة الإلكترونية وتشمل هذه التحديات التعاقد بالطرق الإلكترونية إذ تواجه التجارة الإلكترونية صعوبات من حيث مدى اعتراف القوانين التقليدية بإبرام العقود بالوسائل الإلكترونية، ووسائل الإيجاب والقبول بين الأطراف المتعاقدة ومعيار انعقاد العقد وطريقة التعبير عن الإرادة وما يتصل بذلك من مسائل تحديد زمان ومكان إبرام العقد لذلك سوف نتطرق في هذا الفصل إلى بيان المقصود بالتجارة الإلكترونية وذلك في المبحث الأول وتكوين عقد التجارة الإلكترونية (الإنعقاد)

في المبحث الثاني ثم نتناول في المبحث الثالث زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني.

المبحث الأول

المقصود بالتجارة الإلكترونية

إن التجارة الإلكترونية واحدة من الأنشطة الإقتصادية المرتبطة بثورة تكنولوجيا الإتصالات والمعلومات، فهي تولي اهتماماً بتنفيذ كل ما يتصل بعمليات شراء وبيع البضائع والخدمات والمعلومات عبر شبكة الانترنيت والشبكات التجارية العالمية الأخرى.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

وقد أضحى إبرام العقود التجارية إلكترونياً أسلوباً مميزاً لعقد الصفقات التجارية وتوفير فرص الاستثمار وتجنب العديد من معوقات التجارة التقليدية ومن بينها مشاكل النقل ورسوم الجمارك وغيرها من المشكلات البيروقراطية.

ومن منطلق هذا المفهوم فإن للتجارة الإلكترونية خصائص تتميز بها، ومجموعة من الأنماط تدور حولها ولاستكمال التعرف على التجارة الإلكترونية فقد قسمنا هذا المبحث على ثلاثة مطالب نبين في المطلب الأول تعريف التجارة الإلكترونية ونوضح في المطلب الثاني خصائص التجارة الإلكترونية أما المطلب الثالث فنتناول فيه أنماط التجارة الإلكترونية.

المطلب الأول

تعريف التجارة الإلكترونية

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

ولقد تباينت التعاريف التي قيلت بصدد التجارة الإلكترونية فقد ذهبت منظمة التعاون الاقتصادي التنمية[1] أن مصطلح التجارة الإلكترونية يشير بصفة عامة إلى جميع أشكال المعاملات التجارية التي تتم من قبل الأفراد والهيئات التي تعتمد على معالجة ونقل البيانات الرقمية شاملة النصوص والصوت والصورة من خلال شبكات مفتوحة مثل الانترنيت أو مغلقة مثل المينيتال التي يكون لها اتصال بشبكة مفتوحة[2] ويتسع مفهوم التجارة الإلكترونية ليشمل فضلاً عن المفاوضات والتعاقد عدداً من الإجراءات المرتبطة بها مثل الإعلان والتسويق والترويج وخدمات ما بعد التعاقد.

أما منظمة التجار العالمية فتعرف التجارة الإلكترونية بأنها «مجموعة متكاملة من عمليات إنتاج وتوزيع وتسويق وبيع المنتجات

---

(١) وتعرف اختصاراً OECD.

(٢) ورد تعريف التجارة الإلكترونية في دراسة أعدتها منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية ينظر الموقع الإلكتروني على شبكة الانترنيت:

Hhh// www.FOecd. Org/ Publication polbrief/ 970-100.1.htm.

بوسائل إلكترونية» [1] وتعود بداية نشاط التجارة العالمية إلى الستينات من القرن الماضي. وكانت تعرف باسم التبادل الإلكتروني للبيانات EDI ويذهب جانب من الفقه إلى تعريف التجارة الإلكترونية بأنها «تنفيذ وإدارة الأنشطة التجارية بواسطة تحويل المعطيات عبر شبكة الانترنيت والأنظمة التقنية الشبيهة، كأنظمة الدفع الإلكتروني، ووسائل الحوسبة المدمجة بالاتصالات والشبكات.. وغيرها»[2].

في حين يذهب جانب آخر إلى تعريفها بأنها تعني بصورة أولية تبادل المعلومات الإلكترونية المبني على التقنيات التي ستخدم المعلوماتية عن بعد كالبيانات المحوسبة E.D.I بالبريد الإلكتروني المرسل عبر الانترنيت أو بدونها والفاكس والتلكس[3].

وتجدر الإشارة إلى أن مجال التجارة الإلكترونية يشمل تبادل السلع والخدمات فيما بين المنتجين والمستهلكين ويطلق عليها Business To Consumer والتبادل فيما بين (المصدرين والمستوردين) Bussan to Business في مجال صناعة أو تجارة معنية.

واستناداً إلى ذلك فإن التجارة الإلكترونية تعني النفاذ إلى قناة إلكترونية تقوم بإنجاز المعاملات التجارية المتنوعة بأقل التكاليف

---

(١) راجع بشأن ذلك دراسة للنظمة حول التجارة الإلكترونية، على شبكة الانترنيت على العنوان الآتي: http//www.wto.Org.

(٢) يونس عرب، الدراسة الشاملة حول التجارة الإلكترونية، الجزء الأول، مجلة البنوك الأردنية، تصدر عن جمعية البنوك الأردنية، العدد ٨، المجلد ١٨ تشرين الأول وتشرين ثاني، ١٩٩٩، ص ٤٨.

(٣) باسيل يوسف، الجوانب القانونية للعقود التجارية عبر الحواسيب وشبكة الانترنيت والبريد الإلكتروني، مجلة دراسات قانونية، بيت الحكمة، بغداد، العدد ٤، السنة ٢، ٢٠٠٠، ص ٤٨.

دون التقيد بحدود الزمان والمكان[1].

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

ولغرض تعريف المصطلح فإنه يجب علينا أن نعرف أن مفهوم التجارة الإلكترونية يتكون من مقطعين[2]:

الأول: التجارة Commerce، وهذا المقطع يعبر عن نشاط تجاري واقتصادي معروف لدينا ويتم من خلاله تبادل السلع والخدمات باستعمال الوسائل التكنولوجية الحديثة عبر الانترنيت وخدمات ما بعد البيع والإعلان والتسويق والتعامل في الأصول المالية والأعمال المصرفية مثل تحويل النقود والمزايدات والمناقصات وأنواع عديدة أخرى من المعاملات الاقتصادية، وفقاً لقواعد ونظم متبعة ومتفق عليها.

الثاني: إلكترونية Electronic، وتعني القيام بأداء النشاط الإقتصادي التجاري باستخدام تكنولوجيا الاتصال الحديثة مثل شبكة الانترنيت والشبكات والأساليب الإلكترونية وآليات الاتصال عن بعد Tele Communication مثل التلفون والفاكس وشبكات تربط بين أعضائها في مجالات محددة وهي شبكات الاتصال. ويتبين مما تقدم أن تعريف التجارة الإلكترونية يفترض تضافر عوامل عديدة بعضٌ

---

(١) أبو الوفا فهمي شلش، الجوانب التطبيقية للتجارة الإلكترونية، النشرة الاقتصادية لبنك مصر، العدد الأول، ٢٠٠٠، ص ٢.

(٢) رأفت عبد العزيز غنيم، المصدر السابق، ص ٥.

منها ذو طابع قانوني وبعضها الآخر ذو طابع تقني وذلك في سبيل تهيئة البيئة اللازمة لإنجاز المعاملات التجارية. واستناداً إلى ذلك يمكن تعريف التجارة الإلكترونية بأنها: عمليات الإعلان والتعريف للبضائع والخدمات ثم تنفيذ عمليات عقد الصفقات التجارية مثل عمليات البيع والشراء للبضائع والخدمات وإبرام العقود ثم سداد الأثمان الشرائية عبر شبكات الاتصال المختلفة سواء الانترنيت أو غيرها من الشبكات التي تربط بين البائع والمشتري.

وبذلك تعدّ التجارة الإلكترونية نشاطاً أساساً من الأنشطة التي تمارس من خلال الانترنيت وما يتبعها من الوسائل الخاصة بالبنية التحتية كالحواسيب أو الشبكات الدولية، وتشمل أنشطة مختلفة كالإعلان والترويج والتسويق وتبادل رسائل البيانات الخاصة بعقد الصفقات وغيرها[1]. ولعل هذا المفهوم هو ما ذهبت إليه منظمة التجارة العالمية من أن هذه التجارة تغطي الإنتاج والترويج والبيع والتوزيع للمنتجات من خلال شبكة الاتصالات وأدواتها مثل التلفون والفاكس والتلفزيون والتبادل الإلكتروني للمعلومات والبريد الإلكتروني والانترنيت[2]، وقد عرفتها منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية OECD بأنها (المعاملات التجارية التي تتم من قبل الأفراد والهيئات والتي تعتمد على معالجة ونقل البيانات الرقمية بما فيها الصوت والصورة من خلال شبكات مفتوحة مثل الانترنيت أو مغلقة مثل (Minte/AOL) والتي تسمح بالدخول إلى شبكات مفتوحة).

---

(١) كامل أبو صقر، العلومة التجارية والإدارية والقانونية، مكتبة دار الهلال، الجزء الثاني – الأساليب والآليات والنظم، ط١، ٢٠٠١، بيروت، ص ١٨٦.

(٢) وذلك من خلال (world wide web) .www.

المطلب الثاني

خصائص التجارة الإلكترونية

أن وصل أي كمبيوتر إلى شبكة الانترنيت لم يعد صعباً، لأن هذه العملية لم تعد تتطلب خبرة كبيرة، وأن الشركات التي تقوم بتزويد خدمات الانترنيت تقدم إرشادات وتعليمات مفصلة عن كيفية تركيب وإعداد برامج الاتصال على وفق نظم التشغيل الموجودة[1].

وعموماً تتميز التجارة الإلكترونية بعدة خصائص وتتميز عن التجارة التقليدية ويمكن بيان هذه الخصائص من خلال توضيح المزايا التي وفرتها وسائل الإتصال الحديثة (الانترنيت) في ميدان التجارة الإلكترونية وهذه المزايا هي كالآتي[2]:

١ - السرعة في إنجاز العملية التجارية:

إن الأمر المهم في التجارة الإلكترونية هو السرعة في إنجاز عملية البيع والشراء والتنافس العالمي مما يدفع ذلك نحو تجويد الإنتاج[3]، حيث تؤمن شبكة الانترنيت السرعة في التعاقد، إذ أصبح

---

(١) بحث منشور مجلة الكمبيوتر والاتصالات والإلكترونيات، بيروت، ١٩٨٨، ص ٩٩، نقلاً عن د. عباس العبودي الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات المدني الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الأردن ٢٠٠٢، ص ١٤٠.

(٢) د. فائق الشماع، المصدر السابق، ص ٣٨ وما بعدها.

(٣) التجارة الإلكترونية، بحث منشور في مجلة آفاق استثمارية، ٢٠٠٢، على شبكة الانترنيت على العنوان التالي:

http://www.ociped.com/Arabic/ihorizon-jan 100 .

بإمكان المتعاملين عبر شبكة الانترنيت تأمين تبادل الإيجاب والقبول بأسرع زمن ممكن، فالشخص الذي يرغب بالتعاقد عن طريق هذه الشبكة يستطيع تأمين وصول إجابة المتعاقد الآخر الذي يروم التعاقد معه وفي أي بلد كان[1].

وفي حالة توافق الإيجاب والقبول يمكن تصور التنفيذ الإلكتروني الفوري للعقد وخاصة فيما يتعلق بالوفاء، حيث أن أجراء التعاقد يتم بالبيع والشراء بشيك إلكتروني أو التحويل الإلكتروني للأموال، ويتم ذلك بتحويل الشيك عبر حسابات مختلفة وإصدار قوائم الثمن وإتمام عملية البيع والشراء[2]، ولقد خفف التعامل الإلكتروني إلى حد كبير من أهم مشكلة من مشكلات العصر، وهي خزن الأوراق المكتوبة التي تظهر في ميدان السندات التقليدية حيث بلغت كمية الوثائق حداً مرهقاً في ظل النظام الحالي لدرجة أن كمية الوثائق توزن وزناً ولا تعد عدداً، وهذا الأمر أدى إلى الأستغناء عن استخدام السندات التقليدية واستبدالها بسندات إلكترونية[3].

---

(١) أستاذنا د. عباس العبودي، الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات المدني، مصدر سابق، ص ١٤٠.

(٢) المصدر السابق نفسه، ص ١٤١.

(٣) د. عبد القادر حسين العطير، الحاويات وأثرها في تنفيذ عقد النقل البحري لعام ٢٠٠١، ص ٢٠٨، والسندات الإلكترونية اصطلاح حديث يطلق على كل الوسائل الإلكترونية التي تستخرج من التقنيات العلمية الحديثة التي يطلق عليها وسائل الاتصال الفوري الحديثة كالتلكس والحاسب الإلكتروني والانترنيت، للمزيد راجع أستاذنا د. عباس العبودي وأستاذنا د. جعفر الفضلي، حجية السندات الإلكترونية في الإثبات المدني في ضوء التعديل الجديد للقانون المدني الفرنسي المرقم ٢٣٠ لعام ٢٠٠٠، مجلة الرافدين للحقوق، عدد ١١، ٢٠٠١، ص ١.

٢ - توسيع نطاق الأسواق التجارية:

إن التجارة الإلكترونية أصبحت أعجوبة أواخر القرن العشرين، وصار لها عالمها الخاص الذي فتح آفاقاً واسعة، منها ما يمكن أن يفوق الخيال[١]، حيث تميزت بإلغاء الحدود أمام دخول الأسواق التجارية، إذ أصبحت جميع أسواق العالم، بفضل شبكة الانترنيت، وبغض النظر عن الموقع الجغرافي للبائع والمشتري "سوقاً مفتوحاً" تتيح مجالات متعددة للمنتجين ورجال المال والأعمال والمستهلكين فتسمح للمنتجين فرص عرض كل منتجاتهم وتتيح للمستهلكين والعملاء فرصاً سهلة وسريعة للحصول على السلع والخدمات المعروضة أمام المستهلك[٢].

٣ - وجود الوسيط الإلكتروني[٣]:

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

٤ - توفير خيارات التسوق الأفضل:

إن طبيعة نشاط التجارة الإلكترونية تمكن الشركات المنتجة من عرض أفضل المنتجات وبذل الجهود لإشباع رغبات المشترين

---

(١) أستاذنا د. عباس العبودي، الحجية القانونية...، المصدر السابق، ص ١٣٨.

(٢) مفهوم التجارة الإلكترونية، نقطة النيل الأزرق التجارية، بحث منشور على شبكة الانترنيت، على الموقع التالي: http://www.blueniletradepoint.com/arabicsite/jan2004

(٣) المرجع السابق.

من خلال عرض خيارات متنوعة للتسوق على وفق تفاصيل دقيقة وصادقة تحقق رضا العملاء[1].

فالتجارة الإلكترونية تمكن المتسوق من الحصول على المعلومات الدقيقة والتفصلية بسهولة فيما يتعلق بمواصفات السلع والبضائع المراد التعامل عليها من خلال البيانات[2]، بحيث يسهل معرفة أصناف السلع والأسعار ومبررات تنوع الأصناف والمفاضلة بأسلوب يوفر تقييماً كافياً لمزاج المنتج وتؤدي إلى إشباع رغبة المشتري في تحقيق الاختيار الملائم من التسوق.

٥ - استحداث أنماط جديدة من الأعمال التجارية:

أمام واقع ومفرزات عصر التقنية العالية ونماء استخدام وسائل التقنية فقد فرزت التجارة عبر الشبكات الإلكتروني أنواعاً جديدة من الأعمل التجارية لم تكن معروفة قبل استخدام التجارة الإلكترونية[3] ولكي تنفذ عمليات التجارة الإلكترونية يتطلب وجود عدد من الأطراف المتداخلين ضمن العملية التقنية وهؤلاء الأطراف يمكن تمثيلهم على شكل هرمي في أعلاه بناة الشبكة الذين يؤدون وظائف تمويل وتنظيم وتشغيل البيئة التحتية للشبكة كالدول والسلطات الرسمية ثم يأتي دور مشغلي شبكات الاتصال العامة والخاصة وناقلي رزم البينات والمعلومات في الشبكة الدولية

---

(١) يونس عرب، المصدر السابق، ص ٢٨.

(٢) هادي مسلم، التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية: دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون في جامعة الموصل، ٢٠٠٢، ص ٢٩ - ٣١.

(٣) المركز العربي للقانون والتقنية العالمية، التجارة الإلكترونية المفهوم والأنماط، بحث منشور على شبكة الانترنيت على الموقع التالي:

http://www.arablay.org/main.htm/jan2004

فيؤمنون الخطوط لموردي خدمات الاتصال[1]، حيث يؤدون مهام سياسية أكثر مما هي قانونية بالمعنى المقصود بالوقت الحاضر.

ثم يأتي دور مصممي المواقع على الشبكة وعادة ما تستعين بهم المؤسسات التجارية لبناء وتصميم مواقع لها على شبكة الانترنيت[2].

ثم يأتي دور موردي خدمات الانترنيت وهي عبارة عن هيئات تتولى توريد خدمات الاتصال بالشبكة، حيث يقومون بتقديم خدمة للمشتركين وهي وصلهم بشبكة الانترنيت بموجب عقود اشتراك منفصلة تعرف بعقود الاتصال أو (الاشتراك) بشبكة الانترنيت وفي الوقت يقدمون خدمات تقنية أخرى تكميلية كاستيداع الرسائل الإلكترونية المرسلة وحفظ المواقع التي يكثر الطلب عليها من قبل المشتركين، ووصل هؤلاء مع منتديات المناقشة والمجموعات الإخبارية[3].

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

فظهرت المتاجر الافتراضية التي أتاحت المجال للتسوق منها من خلال موقع مفترض على الخط الضوئي، وهذه المتاجر ليس لها وجود إلا في فضاء شبكة الانترنيت العالمية، فضلاً عن ظهور البنوك الإلكترونية بدلاً من البنوك التقليدية حيث تتميز البنوك الإلكترونية باعتمادها وسائل الوفاء الإلكتروني كالصك الإلكتروني والنقل الإلكتروني للأموال.

---

(١) د. طوني ميشال عيسى، التنظيم القانوني لشبكة الانترنيت، ط١، دار صادر، لبنان، ٢٠٠١، ص ٣٩٥.

(٢) هادي مسلم، مصدر سابق، ص ٣٩.

(٣) د. طوني ميشال عيسى، المصدر السابق، ص ٣٩٥.

وإلى جانب ذلك ظهرت نشاطات جديدة وأخذت هذه النشاطات بالازدهار في ظل أساليب وتقنيات التجارة الإلكترونية مثل بيع وشراء الأوراق المالية من البورصات الدولية عبر شبكات الانترنيت.

٦ - دعم وتطوير تقنيات الأعمال المالية والمصرفية:

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

فالتجارة الإلكترونية يجب أن تعني بالإضافة إلى إنشاء العقود إلكترونياً، بإمكانية دفع الثمن في هذه العقود بذات الأسلوب، وهو ما يعبر عنه بالدفع الإلكتروني. نظراً لما توفره من تسهيل عمليات التنافس إذا ما توافرت المكنة لتأديتها[1].

وفي هذا المجال ظهرت الحاجة إلى الاستعانة بالأساليب التقنية للوفاء السريع مثل بطاقات السحب الإلكترونية والبطاقات الذكية والصكوك الإلكترونية وغيرها[2] وتساعد هذه الوسائل في تطوير التعامل المصرفي التقني.

لذا أصبح من الواجب على معظم المؤسسات المالية والمصرفية خصوصاً، ومعظم الشركات التجارية عموماً أن توحد وتطور أساليبها وأن تطور تقنيات تساعدها على تقديم خدماتها المختلفة

---

(١) المركز العربي للقانون والتقنية العالمية: المصدر السابق.

(٢) د. فائق الشماع، المصدر السابق، ص ٣٩ - ٤٠.

لأن هذه التقنيات تمثل أهمية رئيسة في تنفيذ العقود ويتم ذلك بطرق إلكترونية تتسجم مع التجارة الإلكترونية[1].

٧ - تطوير معايير المنافسة التجارية والأداء التجاري:

إن التجارة الإلكترونية توفر أمام المستهلك أو المشتري خيارات غير متناهية عند تسويقه للسلع من خلال عرض المنتوج الأجود وبالسعر الأفضل. فالمهم في تعاطي التجارة الإلكتروني هو إيجاد طرق مقنعة للعملاء لضمان استمرار تعاملهم مع المؤسسة من خلال تقديم الأفضل. فإن للتجارة الإلكترونية دوراً إيجابياً حيث تهيء للمؤسسات الصغيرة فرصة المنافسة مع المؤسسات الكبيرة بغية الوصول إلى الأسواق المحلية والعالمية ببساطة لما تتيحه هذه الأساليب من أسس متعادلة وفرص متكافئة للجميع، ومن ثم يكون لزاماً على المؤسسات المنتجة أن يهيء بنى تحتية تقنية بأسلوب يتيح لها السيطرة على سوق المنافسة التجارية، في ظل متطلبات التجارة الدولية المتمثلة بتحرير التجارة في السلع والخدمات ودخول الشركات الأجنبية الأسواق الوطنية بوصفها جهات منافسة حقيقية تكون التجارة الإلكترونية[2] سبيلاً لإيجاد معايير جديدة ومتطورة للمنافسة التجارية باتجاه جذب العملاء، وسبيلاً لتطوير الأداء التجاري في آن واحد[3].

---

(١) هادي مسلم، المصدر السابق، ص ٣٤.

(٢) المحامي يونس عرب، المصدر السابق، ص ٣٨.

(٣) المركز العربي للقانون والتقنية العالمية، المصدر السابق.

المطلب الثالث

أنماط التجارة الإلكترونية

لقد تعددت أنماط ومستويات التجارة الإلكترونية طبقاً لاتجاهات وغايات المستفيدين من هذا النشاط، حيث أن هناك مجموعة من الأنماط التي تدور حولها التجارة الإلكترونية، وإذا ما حاولنا الوقوف عند هذه المستويات نجدها تنحصر في أربعة أنماط[1]:

النمط الأول: وحدة أعمال - وحدة أعمال Business To Business:

وهذا النمط يتم بين وحدة أعمال وأخرى أي بمعنى 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 عمليات الدفع، وهذا النمط من التجارة الإلكترونية موجود منذ سنوات عديدة خاصة في تبادل البيانات إلكترونياً من خلال الشبكات الخاصة[2]. يُعدّ هذا النمط وهو التعامل بين التجار بعضهم مع بعض من أقدم أنماط التجارة الإلكترونية[3].

---

(١) محمد عبد السميع، مفهوم التجارة الإلكترونية وواقعها العربي، مجلة التجارة، تصدرها غرفة التجارة وصناعة الشارقة، المجلد الثلاثون، العدد الثالث، آذار، ٢٠٠١، ص ٢٤ - ٢٥.

(٢) د. رأفت عبد العزيز غنيم، المصدر السابق، ص ٦.

(٣) أنور عمار، المصدر السابق.

النمط الثاني: وحدة أعمال - مستهلك Business To Consumer:

هذا النمط من التجارة الإلكترونية يمثل البيع بالتجزئة في التبادل التجاري الحالي وهذا النوع قد توسع بشكل كبير مع ظهور شبكة الانترنيت، وقد ظهر الآن ما يسمى بمراكز التجارة للتسوق Shopping Malls، وهذه المراكز تقدم خدماتها من خلال عرض السلع والخدمات المتاحة لمصالح المؤسسات[1]، وتقوم بتنفيذ الصفقات التجارية ويتم الدفع بطرق مختلفة أكثرها شيوعاً عن طريق استخدام بطاقات الائتمان أو الشيكات الإلكترونية أو نقداً عند التسليم.

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

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

أما النمط الثالث من أنماط التعامل في التجارة الإلكترونية فهو التعامل بين التاجر والحكومة ويشمل المزايدات والمناقصات الحكومية والتوريدات الحكومية الخ[2]. ويعني هذا النمط تغطية كل المعاملات بين الشركات والهيئات الحكومية، مثل دفع الضرائب والتعاملات بين الشركات وهيئات الإدارة الحكومية (المحلية)[3]، فعلى سبيل المثال، يتم في الولايات المتحدة الإعلان عن المشتريات الحكومية من خلال شبكة الإنترنت، ويمكن للشركات أن تتبادل الردود معها إلكترونياً، وفي الوقت الحاضر يُعدّ هذا النمط في

---

(١) د. رأفت عبد العيز غنيم، المصدر السابق، ص ٦.

(٢) أنور عمان، المصدر السابق.

(٣) د. محمد عبد السميع، المصدر السابق، ص ٢٥ - ٢٦.

مرحلة وليدة، لكنه سوف يتوسع بسرعة كبيرة إذا قامت الحكومات باستخدام عملياتها بأسلوب التجارة الإلكترونية[1].

النمط الرابع: مستهلك - إدارة حكومية Consumer To Administration:

وهذا النمط يكون في المجالات التي تستلزم التعامل بين الحكومات ويرمز له (GTOG)[2]. وهذا النمط لم يظهر بعد، ولكنه ربما ينتشر مع انتشار التعامل الإلكتروني ونمو كل من نمط الشركة إلى المستهلك والشركة إلى الهيئة الحكومية (المحلية)[3]، ويتضمن هذا النمط العديد من الأنشطة مثل دفع الضرائب الإلكترونية أو تسديد مخالفات المرور وما شابه ذلك[4].

المبحث الثاني

تكوين عقد التجارة الإلكترونية (الانعقاد)

تشكل الجوانب القانونية العمود الفقري للتجارة سواء أكانت تقليدية أم إلكترونية، لذا سعت الكثير من الدول والمؤسسات الخاصة والحكومية لإيجاد القواعد والنظم التي تحكمها، ونظراً

(١) أنور عمار، المصدر السابق.
(٢) أنور عمار، المصدر السابق.
(٣) رأفت عبد العزيز غنيم، المصدر السابق، ص ٦.
(٤) د. محمد عبد السميع، المصدر السابق، ص ٣٦.

للطبيعة الخاصة التي تتسم بها التجارة الإلكترونية من حيث انعدام الحدود الجغرافية وسرعة التطور وما تحتاجه من تغييرات سريعة في النظم مما يتناقض تماماً مع طبيعة استحداث وصياغة القوانين بسبب ما تتسم به التجارة الإلكترونية لكونها صيغة محددة للتعامل التجاري يتم بطريقة إلكترونية بين مجموعة من الأطراف المستفيدة بعيداً عن استخدام المستندات والوثائق الورقية، بما يضمن التنفيذ الفعال والكفء لإتمام الصفقات والعمليات التجارية وتسديد أثمانها إلكترونياً، فالتجارة الإلكترونية تغطي العلاقات المباشرة بين الشركات للحصول على البيانات عبر الشبكة الإلكترونية[1] وكذلك بين الأفراد. ويمكن القول إن عقد التجارة لإلكترونية يختلف عن عقود التجارة التقليدية من حيث القاعدة المستخدمة في عمليات التبادل الإلكتروني، وليس في الطبيعة القانونية للعلاقات والأعمال التجارية، فعقد التجارة الإلكترونية نوع من العقود التي تنشأ بين غائبين[2]، وتطبيقاً لذلك فإن هذا النوع من العقود يعتمد على الأحكام والقواعد التعاقدية المطبقة على العقود ذاتها بوجه عام، وانطلاقاً من ذلك ينبغي أن نوضح في هذا المبحث تعريف عقد التجارة الإلكتروني في الفقه وفي التشريع في المطلب الأول، ثم نبين التعبير عن الإرادة وشروط صحتها في المطلب الثاني، ونتناول الإيجاب والقبول في التعاقد الإلكتروني في المطلب الثالث.

---

(١) فهد الخطيب، فلاح الحسين، التجارة الإلكترونية واثرها في المركز الاستراتيجي للشركات، دراسة تطبيقية، مجلة الدراسات، العلوم الإدارية، العدد ١، كانون الثاني، ٢٠٠٢، ص ١٦٦.

(٢) التعاقد بين غائبين، هو ذلك التعاقد بين طرفين لا يجمعهما مجلس عقد واحد. للمزيد أنظر: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج ١، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٦٤، ص ٣٠٤. وكذلك: د. عبد المنعم فرج، مصادر الالتزام، مصادر النهضة العربية ١٩٦٩، ص ١٢٢. د. عبد المجيد الحكيم ود. عبد الباقي البكري ود. محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون العراقي، ج ١، مصادر الالتزام، جامعة بغداد، ١٩٨٦، ص ٤٠.

المطلب الأول

تعريف عقد التجارة الإلكترونية

الفرع الأول

فقهاً

لقد وضع الفقه عدداً من التعريفات لعقد التجارة الإلكترونية، فقد ذهب بعض الفقهاء إلى تعريفه بأنه: (اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب والقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد وذلك بوسيلة مسموعة ومرئية، بفضل التفاعل بين الموجب والقابل)[1] في حين يذهب اتجاه آخر إلى إيراد تعريف آخر لعقد التجارة الإلكترونية فيقول بأنه (اتفاق فيه الإيجاب ببيع أشياء أو تقديم خدمات، يعبر عنه على طريقة الإذاعة المرئية المسموعة أو وسط شبكة دولية للاتصالات عن بعد، ويلاقيه القبول عن طريق اتصال الأنظمة المعلوماتية ببعضها)[2].

وثمة انتقادات وجهت إلى هذه التعاريف في مقدمتها عدم

---

(١) د. أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنيت، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنيت، جامعة الإمارات العربية المتحدة من ١ - ٣ أيار ٢٠٠٠، ص ٣٩.

(٢) د. محمود السيد عبد المعطي خيال، الانترنيت وبعض الجوانب القانونية، مكتبة دار النهضة، القاهرة، ١٩٩٨، ص ١٠٨.

تمييزه بين كل من العقد الإلكتروني وعقد التجارة الإلكترونية[1]، على الرغم من الفارق الموجود بينهما، فالعقد الإلكتروني يشمل جميع صور التعاقد من خلال الوسائط الإلكترونية بغض النظر عن موضوع العقد وأطرافه، في حين أن عقد التجارة الإلكترونية يشمل بالإضافة إلى العقد الإلكتروني الذي يقع في مجال التجارة من حيث الموضوع أو الأطراف، بعض صور الاتفاقات المتداولة في أوساط التجارة الإلكترونية، كاتفاق التبادل الإلكتروني للبيانات وبذلك ترى هذه الانتقادات أن عقد التجارة الإلكترونية هو ذلك العقد الذي يبرم في بيئة التجارية ويتم فيه التعبير عن الإيجاب والقبول وتلاقيهما كلياً أو جزئياً من خلال أجهزة إلكترونية قابلة للبرمجة تربط بينها شبكة اتصالات متعددة الوسائط قد تكون مفتوحة أو مغلقة[2].

ويلاحظ أن هذا التعريف منتقد من حيث أنه يشير إلى أن التلاقي ما بين الإيجاب والقبول يكون كلياً أو جزئياً، في حين أن التلاقي ما بين الإيجاب والقبول لا يمكن أن يكون إلاّ على سبيل التطابق كي يتحقق مفهوم العقد بالمعنى الدقيق الوارد في القانون المدني العراقي[3]، وعلى هذا الأساس يمكن تعريف عقد التجارة الإلكتروني بأنه العقد الذي ينشئ وينعقد في البيئة التجارية

---

(١) هادي مسلم، المصدر السابق، ص ٨٨.

(٢) د. هادي مسلم، المصدر السابق، ص ٨٨ - ٩٨، وتجدر الإشارة في هذا المجال أنه شاع في الأوساط التجارية الخاصة استخدام وسائل الاتصال عن بعد لإنشاء شبكات خاصة مغلقة تقتصر على المشتركين فيها حيث يتولون تنظيمها من خلال اتفاقات تبادل البيانات إلكترونياً وفي المقابل توجد الشبكات المفتوحة التي تسمح لنوعيات عديدة من المتعاملين بالدخول إليها وأشهرها شبكة الانترنيت.

(٣) المادة (٧٣) مدني عراقي التي تنص على أن: (العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر وعلى وجه يثبت أثره في المعقود عليه).

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

الفرع الثاني

تشريعاً

تباينت التعريفات لعقد التجارة الإلكترونية في التشريعات المختلفة كالتشريع المصري والأردني[1].

ولم يرد في التشريع العراقي تعريف لهذا العقد نظراً إلى عدم وجود تشريع خاص بالتجارة الإلكترونية، ويعتقد أن الرأي الذي ذهب إليه البعض من أن التعريف الوارد في المادة (٧٣) من القانون المدني العراقي ينطبق على العقد الإلكتروني أمر جدير بالتأييد، ويبرر هذا الرأي للصياغة العامة والعبارات المستخدمة في هذا النص. الذي ينص على أن «العقد هو ارتباط الإيجاب

(١) تجدر الإشارة إلى أنه لم يرد تعريف للعقد الإلكتروني في قانون الاونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لعام ١٩٩٦، الذي صدر عن لجنة الأمم المتحدة بشأن القانون التجاري الدولي، التابعة للجمعية العامة وذلك في وثيقة رسمية للجمعية العامة، الدورة الأربعين الملحق المرقم ١٧ متبوعاً بدليل تشريعي لهذا القانون، راجع النسخة العربية من هذا القانون بدليل تشريعي، منشورات الأمم المتحدة، نيويورك، ١٩٩٦، رقم الوثيقة (A/40/17).

الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه». ولقد أسفرت جهود لجنة الاونسترال عن وضع مشروع اتفاقية بشأن التعاقد الإلكتروني الذي اكتملت نصوصه والذي قدم على شكل توصيات من قبل فريق عامل كلف بصياغته إلى اللجنة المذكورة في الدورة الخامسة والثلاثين عام ٢٠٠١ وسمى المشروع بالمشروع الأولي للأتفاقية بشأن التعاقد الإلكتروني، ولكن لم يضع الفريق العامل المكلف بصياغة المشروع تعريفاً لعقد التجارة الإلكترونية[١].

أما المشروع المصري الذي أعدته لجنة التسمية التكنولوجية التابعة لمركز المعلومات ودعم القرار برئاسة مجلس الوزراء في مصر، فهو مشروع يتضمن تشريعاً خاصاً بالتجارة الإلكترونية أي أنه قانون مشروع التجارة الإلكتروني المصري[٢].

فقد عرف العقد الإلكتروني في المادة الأولى منه التي تنص على (كل عقد تصدر فيه إرادة أحد الطرفين أو كليهما أو يتم التفاوض بشأنه أو تبادل وثائقه كلياً أو جزئياً عبر وسط إلكتروني) ويعني ذلك أن العقد الإلكتروني هو ذلك العقد الذي تكون المفاوضات السابقة له تمت إلكترونياً، أو تم تبادل الوثائق بين الأطراف إلكترونياً كلياً أو جزئياً[٣]. أما التشريع الأردني بهذا الخصوص ويسمى بقانون

---

(١) راجع العنوان الآتي على شبكة الانترنيت ويتضمن الموقع النص الكامل لمشروع الاتفاقية بشأن التعاقد الإلكتروني والعنوان هو:

www.gn.4me.com/2004

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

www.gn4me.com/2004

(٣) د. هادي مسلم، المصدر السابق، ص ٨٧.

المعاملات الإلكترونية وهو قانون مؤقت بالرقم (٨٥) لسنة ٢٠٠١[١]، فقد أورد تعريفاً للعقد الإلكتروني بالمادة الثانية منه بالنص على إن العقد الإلكتروني هو «الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل إلكترونية كلياً أو جزئياً».

وبذلك يتضح مفهوم العقد الإلكتروني في ظل التشريع الأردني هو ذلك العقد الذي ينعقد بوسائل إلكترونية كلياً أو جزئياً، وبذلك نلاحظ انفراد التشريع الأردني والمشروع المصري عن باقي التشريعات الأخرى[٢] المنظمة للتجارة الإلكترونية بوضع تعريف لعقد التجارة الإلكترونية.

---

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

www.gn4me. Com/2004

(٢) كالتشريع التونسي الذي يسمى بقانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي المرقم ٨٣ لسنة ٢٠٠٠ والصادر في ٩ آب عام ٢٠٠٠، وبشأن النص الكامل للتشريع التونسي، راجع بوابة التكنولوجيا والاتصالات على العنوان الآتي على شبكة الانترنيت:

www.gn4me.commay2002.

وكذلك تشريع دبي أيضاً لم يتضمن تعريفاً للعقد الإلكتروني والذي أطلقت عليه المادة الأولى تسمية (قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية المرقم ٢ لسنة (٢٠٠٢) وصدر هذا التشريع في ١٢ شباط عام ٢٠٠٢، وعلى الرغم من عدم إيراده تعريفاً إلا أنه أشار إليه ضمنياً في المادة ١٣ منه بالفقرة الأولى وتنص الفقرة إلى أنه (لأغراض التعاقد يجوز التعبير عن الإيجاب والقبول كلياً أو جزئياً بواسطة المراسلة الإلكترونية)، وبشأن النص الكامل لتشريع دبي راجع بوابة التكنولوجيا والاتصالات على شبكة الانترنيت على العنوان التالي:

http://www.gn4me.com,2002

المطلب الثاني

التعبير عن الإرادة وشروط صحتها

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

إلاّ أن توفير الأمن للتعاقدات التي تجري عبر شبكة الاتصالات الحديثة لها شروط يجب أن تتوافر حتى يكون التعاقد سليماً وصحيحاً وهذه الشروط تقنية وقانونية بنفس الوقت وهذا ما سنبينه في الفرعين الآتيين حيث نتناول في الفرع الأول إمكانية التعبير عن الإرادة إلكترونياً، ونتناول صحة الإرادة والتعبير عنها إلكترونياً في الفرع الثاني.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

الفرع الأول

إمكانية التعبير عن الإرادة إلكترونياً

القاعدة العامة في معظم قوانين الدول، إن العقد ينعقد متى ما توصل طرفاه إلى اتفاق بشأن أحكامه الأساسية وهو ما يعبر عنه عادة بانطباق الإرادتين بشأن عملية معينة لم ينص القانون

الساري على شكلية معينة في تكوين العقد لإتباعها، كأن يلزم أن يكون التعبير عن الإرادة التعاقدية مكتوبة أو موقعة بخط اليد على مستند العقد[١]، مثال ذلك القانون الإنكليزي الذي يتطلب في تكوين بعض العقود التوقيع عليها من قبل أطرافها أو أحد طرفيها كما في عقود وثيقة التأمين البحري من المؤمن له، كذلك التوقيع مطلوب بالكمبيالات وائتمان الاستهلاك[٢]، لذلك فقد كان من المحتمل إلى ما قبل إقرار التوقيع الإلكتروني[٣] أن لا تعتبر المحاكم الإنكليزية مثل هذا التوقيع محققاً لشرط التوقيع المطلوب، لكن التطور الذي لحق بوسائل الاتصال ووسائط خزن المعلومات واستخدامها من قبل رجال الأعمال بموجب اتفاقات التبادل الإلكتروني للبيانات التجارية ألزم العديد من مشرعي الدول بالتدخل لإقرار الواقع، الذي فرض استخدام شبكات الاتصال في إبرام الصفقات والعقود مما يعني إمكانية التعبير عن الإرادة الكترونياً دون استخدام الوسائل التقليدية في التعبير عن الإرادة، لكن التعبير عن الإرادة عبر قنوات إلكترونية يفرض الحد الأدنى من الشروط اللازمة للتحقق من صحة الإرادة ونسبتها إلى صاحبها. وهكذا وجد مبدأ الرضائية تطبيقاً حديثاً في عصر المعلومات والاتصالات بحيث يكون التقاء الإرادات الكترونياً كافياً لإبرام العقد، بغض النظر عن وسيلة الاتفاق عليه[٤].

---

(١) فقانون الشركات العراقي المرقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ لا يعتبر الكتابة شرطاً وإنما هو من مستلزمات التأسيس أو المسائل الشكلية. أما القانون المدني المصري في المادة (١/٥٠٧) يعتبر الكتابة شركاً لانعقاد الشركة.

(٢) H.ROWE Electronic Commerce and Consumers, International Business, Lowyer, Aprel 1998, P. 172.

(٣) سنتكلم عن التوقيع الإلكتروني في الفصل الثالث بالتفصيل.

(٤) Thorup Consumer Protection in E-commerce From a European Perspective International Sales. June 1999, P. 27.

إذ جاء في المادة ١١ من اتفاقية فينا لسنة ١٩٨٠ ما يأتي «يجوز التعبير عن الإرادة إيجاباً وقبولاً بأي وسيلة أو طريقة كالتلفون أو التلكس»[١]، وقد حذت بعض القوانين الوطنية[٢] حذو تلك الاتفاقية كما اعتمدت لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي قانوناً نموذجياً بشأن التجارة الإلكترونية في سنة (١٩٩٦) يجيز تبادل التعبير عن الإرادات من خلال رسائل بيانات[٣].

الفرع الثاني

شروط صحة الإرادة والتعبير عنها إلكترونياً

لا يرتبط أي شخص بعقد ما لم تتجه إرادته إلى إبرامه طبقاً للشروط العامة. بحيث يكون المحل الذي تلتقي عليه الإرادات العقدية والسبب الدافع للتعاقد مشروعين لكن الغاية من هذه الدراسة ليس البحث في الأركان والشروط التقليدية لالتقاء الإرادات اللازمة لتكوين العقد لذلك لن نتطرق إلى شروط صحة الإرادة طبقاً للقواعد

---

(١) كذلك للمادة/١٣ من الاتفاقية نصت على (إن مصطلح الكتابة يشمل في حكمها الرسائل والبرقية والتلكس).

(٢) المادة /٢ من قانون التجارة الموحد الأمريكي إذ نصت (يجيز انعقاد عقد بيع البضائع بأي وسيلة ما دامت تظهر تراضي طرفيه.

(٣) المادة /١ من القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية نصت على أن (ينطبق هذا القانون على أي نوع من المعلومات يكون على شكل رسالة بيانات مستخدمة في سياق أنشطة تجارية، ويراد بمصطلح (رسالة بيانات) المعلومات التي يتم إنتاجها أو إرسالها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو بصرية أو بوسائل مماثلة مثل البريد الإلكتروني أو البرق، (التلكس أو النسخ الورقي).

العامة من حيث صدورها ممن يملك أهلية التعاقد وخلو الإرادة من العيوب[1] التي تؤثر في صحتها إلاّ بالقدر الضروري الذي يستوجبه إيضاح الموضوع، وإنما الذي نريد أن نبينه هو الكشف عن تأثير البيئة الإلكترونية التي تلتقي فيها الإرادات العقدية على صحتها خصوصاً فيما يتعلق أولاً بتوافر أهلية التعاقد لدى صاحب العرض أو القبول وثانيها لنسبه الإرادة إلى صاحبها.

أولاً: أهلية التعاقد لدى صاحب العرض أو القبول:

تعرف الأهلية بأنها صلاحية الشخص لأن تكون له حقوق وعليه التزامات وصلاحيته لاستعمال هذه الحقوق والالتزامات[2].

إذن الأهلية نوعان أهلية أداء وأهلية وجوب، فأهلية الأداء تتدرج مع تدرج الإدراك والتمييز فتدور معه وجوداً وعدماً ونقصاً[3]، فالصغير عديم التمييز لصغر سنه[4] أو لعارض من عوارض الأهلية (الجنون، العته) تنعدم أهلية الأداء لديه فلا يصلح لإبرام التصرفات القانونية، فتكون تصرفاته باطلة بطلاناً مطلقاً. لكن هنالك بعض القوانين قد منحت القاصر غير المميز الحق في إجراء بعض التصرفات القانونية ضمن الاحتياجات اليومية للأفراد من

---

(١) د. حسن علي الذنون، مصادر الالتزام، دار الحرية للطباعة والنشر، بغداد، ١٩٧٦، ص ٧٢.

(٢) د. حسن الهداوي، د. غالب علي الداؤدي، القانون الدولي الخاص، القسم الثاني، تنازع القوانين، الطبعة الأولى، الموصل، ١٩٨٢، ص ٩١.

(٣) د. عدنان إبراهيم السرحان ود. نوري حمد خاطر، مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات)، عمان، ٢٠٠١، ص ١٠٧.

(٤) المادة ٩٦ مدني عراقي جاء فيها (تصرفات الصغير غير المميز باطلة وإن أذن له وليه). كما أخذت به المادة (١١٠) مدني عراقي والمادة (١١٧) مدني أردني والمادة (١١١) مدني سوري والمادة (١١٠) مدني ليبي.

شراء البضائع والمواد قليلة الأسعار ومن هذه مشروع القانون المدني العراقي لعام ١٩٨٦ حيث نصت المادة (٣٣٨) منه على أنه (العقود التي يبرمها عديم الأهلية باطلة، ومع ذلك فإن ما يبرمه من عقود في حدود ما يسلم له من مصروفات يومية تعتبر صحيحة). كذلك القانون المدني الفنرسي فقد أجاز للقاصرين الغير مميزين التعاقد على شراء الأشياء التي تدخل في مجال الحياة اليومية فقد أجازت المادة (٤٨١) من القنون المدني للقاصر الغير مميز القيام ببعض أعمال الحياة اليومية فعدّه مثل البالغ قدراً على القيام بجميع الأعمال التي تدخل في الحياة اليومية كما تجيز المادة (٣٨٩ -٣) حول الولاية الجبرية والمادة (٤٥٠) حول الوصية من القانون المدني الفرنسي صراحة بأن هنالك حالات يجيز فيها العرض للقاصرين التصريف بمفردهم ببعض الأمور اليومية، إذن يتضح لنا أن موقف المشرع الفرنسي هو السماح للقاصر بالتعاقد عن طريق شبكات الحواسيب الآلية فتكون العقود التي يبرمها صحيحة بشرط أن يكون محل العقد داخلاً ضمن الاحتياجات اليومية للأفراد مثل الكتب والبرامج والألعاب وغيرها[١]. كما تجيز المادة (٩٨) من القانون المدني العراقي للولي بترخيص من المحكمة أن يسلم الصغير المميز إذا أكمل الخامسة عشر مقداراً من ماله ويأذن له بالتجارة تجربةً له ويكون الأذن مطلقاً أو مقيداً[٢].

إن البحث في صحة إرادة المتعاقدين في عقود التجارة الإلكترونية تدفعنا إلى البحث في أهلية المتعاقدين عبر وسائل

---

(١) د. طوني ميشال عيسى، المصدر السابق، ص ٢٨٠ - ٢٨١.

(٢) تنص المادة (٩٨) من القانون المدني العراقي: ١ - للولي بترخيص من المحكمة أن يسلم الصغير المميز إذا أكمل الخامسة عشرة مقداراً من ماله ويأذن له بالتجارة تجربةً له. ويكون الأذن مطلقاً أو مقيداً. ٢ - إذا توفي الولي الذي أذن للصغير أو انعزل عن ولايته لا يبطل أذنه.

الاتصال الإلكترونية التي تعني تعاقداً بين غائبين، إذ من المحتمل أن يجري التعاقد بين شخصين لا يتوافر لأحدهما أو كلاهما الأهلية المطلوبة للتعاقد وفقاً للقانون المحتمل تطبيقه عليه، لذلك يجب أن يتأكد الطرفان المتعاقدان من مسألة الأهلية بأية وسيلة متاحة لكي ينشأ العقد صحيحاً، صحيح أن القانون يفرض على طرفي التعاقد خصوصاً إذا كان بين غائبين أن يبين كل للطرف الآخر بياناته الشخصية[1]. لكن المشكلة أن البيانات المطروحة على شبكات الاتصال الإلكترونية قد لا تكون صحيحة ولا يستطيع أحد المتعاقدين التحقق من صحة بيانات التعريف المقدمة من المتعاقد الآخر وهو ما يؤثر بالتأكيد في صحة التعاقد إذا اتضح فعلاً أن أحد العاقدين لا تتوافر لديه أهلية التعاقد.

ثانياً: التحقق من نسبة الإرادة إلى صاحبها:

إن انتقال البيانات عبر وسائل الاتصال المفتوحة معرضة للخطأ غير المتعمد والتدخل العمدي فيها أيضاً سواءً من أصحابها أو غيرهم لغرض التلاعب بحق من الحقوق وإظهارها بعيداً عن حقيقتها من مصدرها، مثلاً قيام شخص بإرسال رسالة باسم شخص آخر غير مأذون له بذلك.

---

(١) يفرض تقنين الاستهلاك الفرنسي في (م/١٢/١٨) بالنسبة إلى كل عرض لبيع سلعة أو تقديم خدمة عن بعد، على المورد أن يضمن عرضه بيانات تسمح بتحديد شخصيته مثل (اسم المنشأة وعنوانها ووضعها القانوني)، كذلك الأمر بالنسبة إلى المستهلك يجب عليه أن يقدم بيانات التعريف لشخصيته، ومما يذكر أن قانون العقوبات الفرنسي م/٢٣٧/٢٤ رصد عقوبات قصد بها حماية القصر ومن وسائل البيانات التي تحمل طابع العنف أو الإباحية عندما يجري عرض هذه البيانات بطريقة تتيح للقصر رؤيتها نقلاً عن بابتيست:

Mj Baptiste cree ret explointen un commeree clectoni que paris 1998. P 46.

ولغرض تأمين عقود التجارة الإلكترونية من القرصنة وهجماتها وحمايتها من الذين عاثوا فيها فساداً والذين شملت جرائمهم تحريف الرسائل وإدخال تعديلات عليها بحيث تصل الرسالة إلى متلقيها متضمنة بيانات مثل شروط التعاقد غير صحيحة[1]، لذلك يجب التأكد والتحقق من نسبة الإرادة إلى صاحبها حتى يمكن الاعتراف بقدرة الإرادة على إنشاء العقد إلكترونياً، وكان للقانون النموذجي للتجارة الإلكترونية التصدي لمثل هذه الحالات وخصص لتنظيمه نص المادة (١٣) منه حيث عالج فيها إسناد رسائل البيانات. ولفهم حكم نص المادة (١٣) من القانون النموذجي لا بد من الوقوف على معنى بعض المصطلحات المستخدمة في بنائه، فالنص حين يضاع قاعدة ويورد عليها استثناء يفترض وجود طرفين لرسالة البيانات الأول هو المنشئ لها والثاني هو المرسل إليه، ويقصد بالمنشئ الشخص الذي يعتبر أن إرسال أو إنشاء رسالة البيانات قبل تخزينها قد تم على يديه أو نيابةً عنه، ويقصد بالمرسل إليه رسالة بيانات الشخص الذي قصد المنشئ أن يتسلم رسالة البيانات[2]، أما القاعدة التي تحكم إسناد رسائل البيانات الحاملة للإرادة العقدية، فإنها تُعتبر رسالة صادرة عن المنشئ، إذن هو الذي أرسلها[3]، كما جاء في النص حيث يفترض نسبة الرسالة إلى المنشئ في ظروف معينة[4]، والقصد منها هو التأكد من أن الرسالة أرسلت مثلاً من الشخص المنشئ أم لا.

---

(١) هنالك استخدام تقنيات تأمين مثل تقنية حائط النار (fair wall) وهو نظام أو برنامج ينشأ خط دفاع حول البيانات المنقولة إلكترونياً بحيث يصدر رسالة أنظر أو تحذير لدى تدخل القراصنة واعتراضهم لمجرى انتقال البيانات، نقلاً عن: د. أحمد شرف الدين، عقود التجارة الإلكترونية (تكوين العقد وإثباته)، جامعة عين شمس، ٢٠٠١، ص ١٢٦.

(٢) م ٢/د من القانون النموذجي.

(٣) م/١٣/١ من القانون النموذجي.

(٤) م/١٣/٢ من القانون النموذجي.

فكما هو معلومات بالنسبة إلى الإخطار أو الإبلاغ بالرسائل الورقية فقد يدعي المرسل بأنه توقيعه مزور، كذلك في الإرسال بطرق إلكترونية يحتمل أن يقوم شخص غير مأذون بإرسال رسالة موثقة بعلامة أو رمز صحيح نتيجة معرفته المفاتيح السرية للمنسوبة إليه الرسالة.

لذلك بينت المادة (١٣) من القانون النموذجي الحالات الاستثنائية التي لا يحتج فيها بالرسالة إلى ما هو منسوب إليه.

فالنسبة إلى الحالات التي يحق فيها للمرسل إليه أن يعتبر الرسالة صادرة عن المنشئ فإنها تظهر في حالات عديدة نذكر منها، فضلاً عن حالة إرسال الرسالة من نظام معلومات مبرمج على يد المنشئ أو نيابة عنه للعمل تلقائياً[١] قيام المرسل إليه بتطبيق نظام أو إجراء توثيق سبق أن وافق عليه المنشئ[٢] للتأكد من صدور الرسالة عن المنشئ متى أدى التطبيق السليم للإجراء إلى التحقق من أن المنشئ هو المصدر الذي وردت منه الرسالة. وبالمثل يحق للمرسل إليه أن يعدّ رسالة البيانات صادرة عن المنشئ إذا كانت الرسالة كما تسلمها المرسل إليه قد نتجت عن تصرفات شخص كانت له بحكم علاقته بالمنشئ إمكانية الوصول إلى إجراءات التوثيق التي يطبقها المنشئ لإثبات أن رسائل البيانات صادرة عنه فعلاً[٣].

إلاّ أن قاعدة افتراض نسبة رسالة البيانات إلى المنشئ (المرسل المفترض) تتوقف عن العمل منذ الوقت الذي يتلقى فيه المرسل إليه

---

(١) م/١٣/ ٢ ب من القانون النموذجي.

(٢) ويشمل أيضاً حالة اتفاق المرسل إليه مع وسيط مأذون (مثل مقدمي خدمات الاتصال) على تطبيق إجراء التوثيق دليل القانون النموذجي، ص ٤٦.

(٣) م/١٣ ٢ ب من القانون النموذجي.

إشعاراً من المنشئ بأن رسالة البيانات لم تصدر عنه[1] آخذاً بعين الاعتبار أن إعفاء المنشئ من الأثر الإلزامي للرسالة لا يسري بأثر رجعي فلا يحتج عليه بها إلاّ منذ إرساله الإشعار إلى المرسل إليه، كما أن إعفاء المنشئ من ارتباطه برسالة أنكر صدورها عنه لا يعني التضحية بمصالح المرسل إليه حسن النية، فالقانون النموذجي لا يوقف أثر رسالة البيانات في حاله وجود علاقات فورية مستمرة بين طرفيها إلاّ بعد فترة معقولة من وصول الإشعار من المنشئ يتاح فيها للمرسل إليه أن يدبر أموره[2].

كما تتوقف من الوقت الذي يعرف فيه المرسل إليه أو كا يجب عليه أن يعرف فيه إذا بذل العناية المعقولة أن رسالة البيانات لم تصدر عن المنشئ[3].

وأخيراً يمكن القول بأنه في الحالات التي تكون فيها رسالة البيانات صادرة عن المنشئ ويحق للمرسل إليه في علاقته بالمنشئ أن يعتبر الرسالة كما تسلمها هي الرسالة التي قصد المنشئ إرسالها وأن يتصرف على أساس هذا الافتراض. لكن لا يكون للمرسل إليه هذا الحق متى عرف أو تبين له أنه لو بذل العناية المعقولة أو استخدم أي إجراء متفق عليه، إن بث الرسال أسفر عن خطأ فيها كما تسلمها المرسل إليه[4]، ففي هذه الحالة لا يجوز للمرسل إليه أن يحتج بالأخطاء التي أصابت الرسالة على منشئها.

غير أن التساؤل حول ما إذا كانت صياغة النص الذي ورد

---

(١) م/١٣/٤.أ من القانون النموذجي.

(٢) دليل القانون النموذجي (ص ٤٧).

(٣) م/١٣/٤.ب من القانون النموذجي.

(٤) م/١٣/٥ من القانون النموذجي.

بشأن إحدى حالات الاستثناء من القاعدة العامة التي يتيح للمنشئ أن يتراجع في أي وقت من عرضه بأن يرسل للمرسل إليه إشعاراً يبلغه فيه أن الرسالة لم تصدر عنه، إن هذا غير ممكن إذا ثبت أن الرسالة صادرة بالفعل عن المنشئ ففي هذه الحالة لا يمكن التخلص من أثر الرسالة الإلزامي[1]، هذا إذا كان القانون الواجب التطبيق يجعل للرسالة بوصفها حامله لعرض إيجاباً ملزماً لمن هو منسوب إليه[2].

المطلب الثالث

الإيجاب والقبول في التعاقد الإلكتروني

لإنشاء أي عقد لا بد من توافر العناصر المكونة له (الأركان) وأهم هذه الأركان هو التراضي لإنشاء العقد والمتمثل بالإيجاب والقبول Offer & Acceptance، إذ يعدّ الركن الأول لإنشاء العقد ويصدر الإيجاب عن الموجب Offeror، وهذا الإيجاب يجب أن يقبل بصورة صحيحة من قبل القابل offere لكن الذي يهمنا هنا هو الإيجاب والقبول في التعاقد الإلكتروني، إذ ليس القصد من هذا البحث إعادة بحث الشروط التي يتطلبها القانون في التعبير عن الإرادة العقدية لتكون صالحة لتكوين العقد ولكن الغاية من هذه

(١) دليل القانون النموذجي، ص ٤٦.

(٢) دليل القانون النموذجي، ص ٤٧، حيث ترك القانون النموذجي هذه المسألة للقوانين الوطنية.

الدراسة تتوجه إلى العقد الإلكتروني على شروط صحته كما حددتها القواعد العامة للعقود في التعبير عن الإرادة لذلك سنبين طبيعة الإعلان على شبكات الحواسيب الآلية وخاصة الانترنيت بوصفها أشهرها ثم سنتناول تفاصيل الايجاب والقبول التي ينبغي تحليلها بصورة مستقلة دون التطرق إلى الشرط الأول لهذا الاقتران وهو اتحاد المجلس حقيقة أو حكماً، إذ لا جديد يقال فيه هو الآخر، ونركز على الشرط الثاني وهو مطابقة القبول للإيجاب، ونتناول الفرع الأول الإيجاب، وفي الفرع الثاني القبول في العقود الإلكترونية.

طبيعة الإعلان عن طريق الإنترنت:

إن شبكات الحواسب الآلية وأشهرها الإنترنت أصبحت سوقاً يتنافس بإمكانياته الضخمة وتكاليفه المنخفضة في الأسواق التقليدية لذلك ليس مفاجئاً ان ازدحمت الشبكات المفتوحة بمواقع الإعلان على السلع والخدمات وغيرها التي يدعو أصحابها عامة الناس إلى التعامل بشأنها معهم من خلال العديد من العقود، وبالرغم من أن الغالب من العروض على شبكات الحواسب الآلية هو مجرد دعوة إلى التعاقد إذ الغالب أن العقود لا تبرم في البيوع الدولية عادة بإيجاب وقبول فوريين وإنما تسبقها مرحلة تمهيدية تبدأ بدعوة يوجهها أحد المتعاقدين إلى الآخر للدخول معه في مفاوضات بشأن الصفقة، إذ يراعى فيما إذا كان العرض موجهاً إلى الناس كافة دون تعيين لأن التشريعات الوطنية تختلف في مدى اعتبار هذا العرض

إيجاباً صالحاً لترتيب أثره[1] لذلك أن معظم الوثائق القانونية تضع التزاماً على عاتق الموجب تلزمه بأن تكون بيانات العرض المطروح على صفحات المواقع الشبكية كافية بذاتها للكشف عن طبيعته، من ناحية وصحيحة وواضحة بحيث يستطيع المستهلكون قراءتها والتعامل معها على حسب طبيعتها من ناحية أخرى[2] إذ يجب على الموجب في التعاقد عن بعد أن يقوم بتقصير المستهلكين أو المستهلك لكي يصدر قبوله وهو على بينة من أمره فالقاعدة أن الإيجاب يجب أن يكون جازماً ومحدداً وواضحاً لا يشوبه غموض بحيث يكفي قبوله لانعقاد العقد[3]، ومثال ذلك أن ينشر الراغب في التعامل في سلعة ينتجها أو يوزعها إعلاناً في الإنترنت مثلاً يبين فيه خصائصها وكيفية استعمالها وثمنها ويعلن عن استعداده لإرسالها إلى كل من يطلب شراءها بالشروط المعلنة، خذ مثلاً عرضاً بشراء آلة ضخمة من مصنع ينتجها، فإن العرض التمهيدي لا يعتبر إيجاباً معبراً عن إرادة قاطعة لإبرام العقد، وإنما هو مجرد دعوة إلى مفاوضات يتخللها تبادل مراسلات ورسومات وتصاميم فنية، فإذا ما أسفرت المفاوضة عن تقارب وجهتي النظر بشأن هذه الناحية الفنية بدأت مرحلة المفاوضة على الناحية القانونية أي على شروط العقد كتعيين الثمن وكيفية أدائه وميعاد التسليم ومكان وجزاء التخلف عن التنفيذ وكيفية تسوية المنازعات التي قد تنشأ عن العقد وتعيين

---

(١) هذا ما نصت عليه المادة ٢/١٤ من اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع إذ جاء فيها (العرض الذي لا يوجه إلى شخص أو أشخاص معينين يعتبر مجرد دعوة إلى الإيجاب ما لم يكن الشخص الذي صدر عنه العرض قد أبان بوضوح عن اتجاه قصده إلى خلاف ذلك).

(٢) م/ ١/١٢١ تقنين الاستهلاك الفرنسي جاء فيه (يجب أن تكون بيانات العرض صحيحة تحت طائلة العقوبات المنصوص عليها في تنظيم الإعلان).

(٣) Ghestin la notisnde contrat. Dalloz 1990, chron, P. 147.

القانون الواجب التطبيق[1] وقد لا تؤدي المفاوضة إلى تقابل وجهتي النظر فيفشل المشروع أو الصفقة وقد تتطابق وجهتا النظر فتنجح الصفقة فيعقبها الطرف الذي بدأها بالتعبير عن إرادته في إبرام العقد بالشروط التي تم الاتفاق التمهيدي عليها فيعتبر ذلك من جانبه إيجاباً تؤدي إلى انعقاد العقد إذا صادفه قبولاً من الجانب الآخر[2]. وعليه تم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، تناولنا في الأول الإيجاب في العقود الإلكترونية، فيما انصرف الفرع الثاني ليتناول وضوع القبول في العقود الإلكترونية.

الفرع الأول

الإيجاب في العقود الإلكترونية

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

لم تورد معظم التشريعات الوطنية الخاصة تعريفاً محدداً للإيجاب في عقود التجارة الإلكترونية[3] على الرغم من اعترافها بجواز التعبير عن الإيجاب بالرسائل الإلكترونية، إلاّ أن هنالك تعريفات من قبل الفقه، حيث يعرف الإيجاب بأنه (التعبير البات عن إرادة شخص يتجه به إلى شخص آخر يعرض عليه التعاقد

(١) د. محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، ١٩٨٨، ص ٩٢.

(٢) د. محسن شفيق، المرجع السابق، ص ٩٢.

(٣) منها القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري رغم إيرادها الأحكام القانونية للإيجاب.

بأسس وشروط معينة)[1].

كما عرف الفقه الإنكليزي الإيجاب The offer بأنه بيان لرغبة الشخص الذي أصدره في التعاقد على وفق الشروط المذكورة فيه[2].

An offer is astatement that the person making it is willing to contract on the terms stated [3].

كما عرفه الاتحاد الأوربي بأنه (كل اتصال عن بعد يتضمن كل العناصر اللازمة بحيث يستطيع المرسل إليه أن يقبل التعاقد مباشرة، ويستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان)[4]. فإذا كان الإيجاب قد وجه إلى شخص معين أو أشخاص معينين ترتب عليه الأثر، والسبب هو تعيين الشخص المقصود بالإيجاب، ولكن إذا تم توجيه الإعلان عن السلعة أو البضاعة إلى الناس كافة فهذا العرض لا يعدّ إيجاباً وإنما هو دعوة للتفاوض لأنه يقصد بعمله هذا التعريف والترويج لتلك البضاعة، ولهذا تنص المادة (٢/٨٠) من القانون المدني العراقي على أن: «أما النشر والإعلان وبيان الأسعار الجاري التعامل بها وكل بيان آخر متعلق بعروض أو بطلبات موجهة للجمهور أو للأفراد فلا يعتبر عند الشك إيجاباً، وإنما يكون دعوة إلى التفاوض».

---

(١) عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام، ج ١، مصادر الالتزام، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ١٩٨٠، ص ٣٨.

(٢) د. مجيد حميد العنبكي، إنشاء العقد في القانون الإنكليزي، مجلة جامعة صدام للحقوق، العدد ٣، ١٩٩٩، ص ٧٠.

(٣) Treitel the law of contract, 3 edition 1970, p-7.

(٤) وفقاً لتعليمات الاتحاد الأوربي المرقمة ١٩٩٧/٧ حيز النفاذ في أقاليم أعضائه في ٢٠٠٠/٦/٤ إذ جاء توجيهاً لحماية حقوق المستهلكين في العقود التي تبرم عن بعد. نقلاً عن: أسامة عبد الحسن مجاهد، المصدر السابق، ص ٦٩.

ويعتبر الإيجاب الإرادة الأولى[1] التي تظهر في العقد ولذلك يمتاز بناحيتين هما:

١ - أن يكون باتاً، أي أن يكون صادراً عن نية باتة في التعاقد.

٢ - أن يكون متضمناً لجميع العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه بحيث يتم العقد بمجرد أن يقترن به قبول مطابق له[2].

كما أنه لا يشترط في الإيجاب الإلكتروني شكلاً معيناً، إذ تنص المادة (١٢) فقرة (١) من القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية (الاونسترال) بأنه (في العلاقة بين منشئ رسالة البيانات والمرسل إليه، لا يفقد التعبير عن الإرادة أو غيره من أوجه التعبير مفعوله القانوني أو صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد أنه على شكل بيانات). ويسقط الإيجاب في حالتين:

الأولى: أن يرفض القابل هذا الإيجاب.

الثانية: أن تنقضي المدة التي يلزم خلالها الإيجاب.

وقد يقوم الإيجاب دون أن يكون ملزماً كالإيجاب القائم الصادر

---

(١) تنص المادة (٧٧) ف ١ من القانون المدني العراقي على أن (الإيجاب والقبول كل لفظين مستعملين عرفاً لإنشاء العقد وأي لفظ صدر أولاً فهو إيجاب والثاني قبول) وتعمد المشرع العراقي تأكيد على أن الإيجاب هو الإرادة التي يعلن عنها أولاً. كما أخذ القانون الأردني بنفس الاتجاه. المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ج١، ص ٩٨، نقلاً عن: د. حسن علي الذنون ود. محمد سعيد الرحو، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ج ١، ط ١، دار وائل للطباعة والنشر، عمان - الأردن، ٢٠٢، ص ٦٣.

(٢) محمد لبيب شنب، مصادر الالتزام، بيروت، ١٩٧٦، ص ١٠٤.

في مجلس العقد، وهو يقابل الإيجاب غير محدد المدة بين غائبين، في هذه الصورة لا يسقط الإيجاب إلاّ في ثلاث حالات، هي:

١ - أن يعدل عنه الموجب قبل انفضاض المجلس.

٢ - أن يصدر من أحد المتعاقدين في المجلس قول أو فعل يدل على الإعراض عنه[١].

٣ - أن ينفض المجلس دون أن يقترن الإيجاب بالقبول ولا عبره بالقبول بعد العدول أو الإعراض أو انفضاض المجلس.

أما عن بيانات الإيجاب في القوانين الأجنبية فنذكر منها القانون الإنكليزي والفرنسي.

إذا كان القانون الإنكليزي، يتضمن قبل نفاذ تعليمات الاتحاد الأوربي المذكورة سابقاً، تنظيماً قانونياً للإعلانات المتعلقة بالبيوع عن بعد[٢] يتشرط في الإعلان أن يكون قانونياً ورقيقاً وقريباً وصادقاً، كما يجب أن يتضمن الإعلان الاسم الكامل للمعلن وعنوانه والخصائص الأساسية للسلعة أو الخدمة ومقدار تكاليف النقل ورسم القيمة المضافة وبيان أي قيود أو شروط للعرض يمكن أن

---

(١) المادة (٨٢) من القانون المدني العراقي، والتي تنص على: «المتعاقدان بالخيار بعد الإيجاب إلى آخر المجلس. فلو رجع الموجب بعد الإيجاب وقبل القبول أو صدر من أحد المتعاقدين قول أو فعل يدل على الإعتراض يبطل الإيجاب ولا عبرة بالقبول الواقع بعد ذلك».

(٢) تضمنه كل من تقنين الإعلانات وتقنين تنمية البيوع Sales Promotion طبقاً للطبعة السادسة لعام ١٩٩٥، وعلى الرغم من أن التقنين الأول ليس له قوة القانون بالمعنى الدقيق إلاّ أن مخالفة الإعلان لقواعده يسمح باستصدار أمر من السلطات المختصة بمنعهم وهو ما يمكن انطباقه على الإنترنت، رو، مجلة محامي الأعمال الدولي، ١٩٩٨، ص ١٦٥.

تؤثر في صحته والميعاد المتوقع للتسليم وبيان إمكانية رد السلعة وإذا تضمن الإعلان شرطاً يستلزم اتصال المستهلك شخصياً بالمعلن فيجب أن يظهر هذا الشرط بوضوح في الإعلان.

وقد سار تقنين الاستهلاك الفرنسي على نفس النهج الإنكليزي فهو يوجب على المورد (المعلن) إعلام المستهلك بالخصائص الأساسية للسلعة أو الخدمة محل التعامل وبالثمن والشروط العامة للبيع والتاريخ المحدد لتسليم السلعة أو تقديم الخدمة، ولذلك فإن العرض الذي يتضمن أن الإيجاب يسري لحين نفاذ المخزون، هذا العرض لا يستجيب للاشتراطات القانونية ما دام العرض على شبكة اتصال إلكترونية لا يقوم على دعائم مادية وبالتالي لا يمكن تحديد تاريخ بداية ونهاية هذا العرض على نحو دقيق[1]. إذ يجب على المعلن أن يبلغ المستهلك بمدة سريان العرض بطريقة واضحة.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

الفرع الثاني

القبول في العقود الإلكترونية

القبول The Acceptance بصورة عامة هو موافقة القابل على الإيجاب المعروض عليه من قبل الموجب وهذا القبول قد يكون شفهياً أو كتابياً أو سلوكياً. وفي جميع الأحوال يجب أن يكون القبول مطلقاً

(١) Heau, Inter net et le droit: Aspects Juridrique du commerce electronique, Ed, Exrolles, Paris, 1998, P. 4.

ومطابقاً تماماً لشروط الموجب[1] ففي القضية[2] Neale V. Merrett (١٩٣٠) عرض المدعى عليه على المدعي أرضاً للبيع مبلغ (٢٨٠) باوند، فأجاب المدعي قاصداً القبول وأرفق (٨٠) باوند ملتزماً بدفع المتبقي من ثمن الأرض (٢٠٠) باوند بأقساط شهرية بمعدل (٥٠) باوند شهرياً حكم بأن ذلك القبول لم يكن مطلقاً Unqualified.

القاعدة إن القابل للعرض لا يلتزم بقبوله وأن العقد لا ينعقد إلاّ إذا عبر القابل عن قبوله للشروط الواردة في عرض الإيجاب دون تعديل فإذا أرسل الموجب إيجاباً بواسطة برقية وطلب فيها من القابل أن يكون قبوله ببرقية Advice By Cable فعلى الموجه إليه أن يلتزم بذلك فإذا أرسل القابل قبوله برسالة مسجلة بالبريد الجوي فلا يُعدّ بقبوله[3] إذن يجب لكي ينتج القبول أثره، فضلاً عن تطابقه مع الإيجاب وإبلاغه للقابل أن يكون حراً وصادراً عن المنسوب إليه وهو على بينة من أمره بما يؤكد نيته في الارتباط بالعقد[4].

فضلاً عن ذلك فإنه يجب في حالة التعاقد بين حاضرين أن يصدر القبول فور علم الموجه إليه الإيجاب[5]، وفي التعاقد

---

(١) Cheshire and Fifoot, the law of contract, London 1969 qt P 31.

(٢) W. n. 189.
نقلاً عن الدكتور مجيد حميد العنبكي، بحث منشور في مجلة صدام للحقوق، العدد (٣)، ١٩٩٩، ص ٧٣.

(٣) د. مجيد حميد العنبكي، المصدر السابق، ص ٧٣.

(٤) ستارك وأينيس القانون المدني (الالتزامات)، باريس ١٩٩٩، ص ٢١٦، المادة ١/٩٤ مدني مصري.

(٥) المادة (١/٩٤) من القانون المدني المصري والتي تنص على: «إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد دون أن يعين ميعاد القبول فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً، وكذلك الحال إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق التلفون أو بأي طريق مماثل.

بين غائبين يجب أن يصل إعلان القبول للموجب خلال المدة التي يحددها هذا الأخير فإذا لم يحدد مدة ففي مدة معقولة يستخدمها الموجب[1] وقضت محمة النقض المصرية[2] بأن قاضي الموضوع في حالة صدور الإيجاب لغائب دون تحديد صريح لميعاد القبول أن يستخلص من ظروف الحال وطبيعة المعاملة وقصد الموجب الميعاد الذي التزم بإبقاء إيجابه فيه، وقد حددت اتفاقية فيينا ميعاد بدء المدة التي حددها الموجب لوصول القبول إليه على أساس طبيعة وسيلة الاتصال التي يستعملها في إرسال إيجابه، ونذكر من هذا التحديد ذلك الذي يطبق على وسائل الاتصال الفوري فإذا أرسل الإيجاب بالتلفون أو التلكس أو غير ذلك من وسائل الاتصال الفوري، فإن الميعاد يسري من لحظة وصول الإيجاب الموجه إليه[3] وقد قصد من هذه الحالة أن تشمل استخدام وسائل الاتصال الإلكترونية في إرسال التعبير عن الإرادة[4] والسؤال المهم الآن هل تتحقق هذه الاشتراطات في القبول الذي يجري عبر أجهزة الحواسب الآلية عن طريق الضغط على المفتاح الذي يسجل الموافقة[5] ما قيمة استخدام هذه التقنية على صعيد القانون؟ وهل يجوز للقابل بعد استخدام هذه الطريقة أن يسحب قبوله إذا كان هناك قبول؟

الواقع في القاعدة العامة أنه ما لم يستلزم القانون طريقة أو إجراءاً معيناً فإن التعبير عن الإرادة يمكن أن يجري بأية طريقة

---

(١) اتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع م ٢/١٨، كذلك المادة (١/٩٣٢) من القانون المدني المصري.

(٢) نقض مدني ١٩٦٢/٧/٢ س ١٥ ص ٨٩٥.

(٣) م (١/٢٠) اتفاقية فيينا.

(٤) محسن شفيق، المرجع السابق، ص ١١٠.

(٥) أو الضغط على فأرة (Mouse) الكومبيوتر بتحريك السهم على شاشته نحو خانة الموافقة (OK).

ولذلك يستوي أن يكون التعبير عن الإرادة صريحاً أو ضمنياً، فإذا اتخذ (القابل) سلوكاً لا تدفع ظروف الحال شكاً في دلالته على القبول[1]، فإنه يعامل على هذا الأساس وبالتطبيق على ذلك فإنه لا يوجد ما يمنع من اعتبار الضغط على مفتاح الموافقة على جهاز الحاسب الآلي الذي تلقى عرض الإيجاب كتعبير عن إرادة (القابل) عن قبول العرض ما دام القابل قد قرأ محتويات العرض وقله كما ورد إليه لكننا نرى أن الطابع الإلكتروني للاتصال عبر شبكات الحواسب الآلية خصوصاً المفتوحة التي تطرح عليها الكثير من العروض العامة على الناس، لا يمكن أن تسمح باعتبار سكوت من تصل إليه رسالة العرض المبثوثة عبر هذه الشبكات قبولاً، صحيح أن القانون المدني العراقي في المادة (٨١)[2]، وكذلك القانون المدني المصري في المادة (٢/٩٨)، قد جعل السكوت عن الرد قبولاً استثناءً، خصوصاً إذا 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، وهو ما يفيد بأن هذا العرض مثل العروض السابقة كان موجهاً إلى شخص أو أشخاص معينين وهو ما لا يمكن أن يحدث على شبكات الاتصال المغلقة أو على الشبكات المفتوحة أما عن حق القابل في سحب قبوله فهناك بعض التنظيمات القانونية المتعلقة بالمعاملات مع المستهلكين حيث للموجه إليه عرض الإيجاب بعد قبوله الرجوع فيه وهو يعني تخويل القابل حق نقض العقد بعد انعقاده، وهذا

---

(١) بابيتست، المرجع السابق، ص ١٠٢.

(٢) تنص المادة (٨١) مدني عراقي (١ - لا ينسب إل ساكت قول ولكن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان يعتبر قبولاً. ٢ - ويعتبر السكوت قبولاً بوجه خاص إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل أو إذا تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه. وكذلك يكون سكوت المشتري بعد أن يتسلم البضائع التي اشتراها قبولاً لما ورد في قائمة الثمن من شروط).

مخالف لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، لكن حق الرجوع مقرر في تعليمات الاتحاد الأوربي وفي كل من القانون الإنكليزي والقانون الفرنسي أيضاً بشأن العقود المبرمة عن بعد مع المستهلكين، فوفقاً للتعليمات المذكورة[1] يكون للمستهلك خلال سبعة ايام عمل تبدأ من تاريخ تسلم السلعة أو بالنسبة إلى الخدمات من تاريخ انعقاد العقد[2] أن يرجع في التعاقد سواءً تعلق بسلع أو بخدمات[3] بدون بيان الأسباب كما تصبح المدة ثلاثة أشهر إذا لم يكن المورد قد زوده بالمعلومات المطلوبة الذي ذكرناها سابقاً.

المبحث الثالث

زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

يتميز العقد الإلكتروني بغياب الحضور المادي للأطراف وقت إنشاء العقد، لذلك فإن تحديد زمان إنشاء العقد له انعكاسات عملية إذ تُعدّ من أهم المسائل القانونية التي يثيرها التعاقد عبر شبكات الاتصال الحديثة لما لها من أثر في تحديد الاختصاص القضائي وإخضاع العقد لنظام قانوني معين وخاصة في مجال عقود التجارة الإلكترونية لكون عقودها تدخل ضمن طائفة عقود المسافات التي تعقد بين غائبين لا يجمعهما مجلس عقد واحد بالمفهوم التقليدي

---

(١) بابيتست، المرجع السابق، ص ١٠٤.

(٢) م/١١ تعليمات الاتحاد الأوربي، رقم ١٩٩٧/٧.

(٣) م/١١، تعليمات الاتحاد الأوربي، رقم ١٩٩٧/٧.

المتعارف عليه، ولذلك نقسم هذا البحث إلى مطلبين نتناول في المطلب الأول ما إذا كان التعاقد الإلكتروني تعاقداً بين حاضرين أم تعاقداً بين غائبين ثم نتناول في المطلب الثاني اختلاف القوانين حول تحديد زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني.

المطلب الأول

التعاقد الإلكتروني تعاقد بين حاضرين أم بين غائبين

نتناول في هذا المطلب فرعين، نبين في الفرع الأول زمان انعقاد العقد الإلكتروني، ثم نتناول في الفرع الثاني مكان انعقاد العقد الإلكتروني.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

الفرع الأول

زمان انعقاد العقد الإلكتروني

أثيرت في النظرية العامة للعقود مسألة تقليدية تتمثل في تحديد زمان ومكان انعقاد العقد، والشائع في تلك النظرية التفرقة في التعاقد فيما إذا كان بين حاضرين أم بين غائبين. ويتمثل بالفاصل الزمني بين صدور القبول وعلم الموجب فإذا لم يكن هناك فاصل

زمني بينهما كان التعاقد بين حاضرين حيث يعلم الموجب بالقبول فور صدوره وبذلك فإن العقد ينعقد بالزمان والمكان الذي يعلم فيهما الموجب بالقبول[1] وينتج العقد أثره اعتباراً من هذا الوقت فالحكم لا يتغير في التعاقد بين حاضرين سواءً نظرنا إلى صدور القبول أو علم الموجب به ما دامت الواقعتان تحدثان في نفس الوقت والمكان في هذا التعاقد.

وعلى العكس من ذلك فإن التعاقد بين غائبين يتميز بوجود فاصل زمني بين صدور القبول وعلم الموجب به وذلك لعدم وجود العاقدين في نفس المكان.

أما فيما يخص التعاقد عبر وسائل الاتصال الحديثة مثل التلفون والفاكس وشبكات الحواسب الآلية كالإنترنت فقد يبدو تعاقداً بين غائبين نظراً إلى عدم وجود العاقدين في مكان واحد[2] إلاّ أن عدمُ وجود العاقدين في نفس المكان لا يعني أن التعاقد يكون بين غائبين فيما يتعلق بتحديد وقت تكوين العقد[3] فعدم وجود العاقدين في مجلس واحد ليس هو الذي يميز التعاقد بين غائبين وإما الذي يميزه هو أن تفصل فترة من الزمن بين صدور القبول وعلم الموجب به، فالتعاقد عبر التلفون مثلاً يُعدّ تعاقداً بين

---

(١) قد أخذ المشرع العراقي بنظرية العلم بالقبول في المادة (٨٧) من القانون المدني المصري التي تنص: ١ - التي تنص (يعتبر التعاقد بين غائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم بهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق صريح أو ضمني أو نص قانوني يقضي بغير ذلك. ٢ - ويكون مفروضاً أن الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل إليه فيهما) كما أخذ القانون المدني المصري بهذه النظرية في المادة (٩٧) منه.

(٢) بابتيست المرجع السابق ص ١٠٥.

(٣) عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص ٣٠٥؛ المستشار مصطفى الفتحي، نظرية الالتزام، ط٢، بغداد، ١٩٩٧، ص ٨٤.

حاضرين فيما يتعلق بالزمان[1] ما دام التعبير عن الإرادة إيجاباً كان أو قبولاً يصل لى علم الموجب إليه فور صدوره كما لو كان العاقدان في مجلس واحد، حتى لو كان المتعاقدان متباعدين.

أما التعاقد عبر شبكات الحواسب الآلية التي يجري من خلالها التعبير عن الإرادات في التعاقد بين الأطراف المتواجدين في أماكن مختلفة فهل يعتبر تعاقداً بين غائبين أم بين حاضرين فإنه لا فرق وذلك لأن الطرفين يتصلان في شبكة الاتصال اتصالاً مباشراً مثله في ذلك مثل الاتصال بالتلفون[2].

إذ من المفروض أنه بمجرد إدخال القبول أو تصديره في الجهاز المرسل فإنه يصل في نفس اللحظة عبر الشبكة إلى الجهاز المستقبل. لكن هناك حالات قد لا يكون متلقي رسالة القبول مباشرة هو المتعاقد الآخر فقد توجه إلى وسيط من مقدمي خدمات الكومبيوتر التي يبلغها فيما بعد إلى الطرف الآخر المتعاقد، ومن المحتمل أن لا يقوم الطرف الآخر بقراءة الرسالة في وقتها أو لحظة وصولها فقد يكون جهاز الحاسب الآلي للمرسل إليه مغلقاً في هذا الوقت، وفي هاتين الحالتين هناك فاصل زمني بين إرسال رسالة القبول وعلم المرسل إليه بمحتواها.

وعلى هذا الأساس لا يصح اعتبار التعاقد عبر شبكة الحواسب الآلية تعاقداً بين حاضرين أو حتى بين غائبين في جميع الحالات على الأقل فيما يتعلق بتحديد لحظة التقاء القبول بالإيجاب:

---

(١) المادة (٨٨) مدني عراقي حيث تنص «يعتبر التعاقد (بالتلفون) أو بأية طريقة مماثلة كأنه تم بين حاضرين فيما يتعلق بالزمان وبين غائبين فيما يتعلق بالمكان».

(٢) تنص المادة (٨٨) من القانون المدني العراقي على «يعتبر التعاقد بالتلفون أو بأية طريقة مماثلة كأن تمّ بين حاضرين فيما يتعلق بالزمان، وبين غائبين فيما يتعلق بالمكان».

الفرع الثاني

مكان انعقاد العقد الإلكتروني

أما فيما يتعلق بمكان التعاقد عبر شبكات الحواسب الآلية فتلك مسألة معقدة وذلك لعدة عوامل نذكر منها:

أولاً: الطابع الإلكتروني للاتصال ووجود تقنيات تتيح للمتراسلين التخاطب مباشرة بالصوت والصورة كما هو الحال في الشبكات الرقمية للخدمات المتكاملة[1].

ثانياً: الصفقات عبر الشبكات المفتوحة مثل الانترنيت قد تجري بين أشخاص لا يعرف بعضهم بعضاً 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 إيجاب أم رسالة قبول، عليه فإن طبيعة التعاقد الإلكتروني توجب مسألة زمان ومكان انعقاد العقد إذ ترتبط ارتباطاً وثيقاً بمسألة تحديد الواجب التطبيق.

إذ أن مكان العقد يعتبر من المؤشرات أو نقاط الإسناد التي

---

(١) (Isdn) Integrated Services Digital net works.

إذ تتيح هذه الشبكة لمستخدميها عقد عدة اجتماعات عن بعد من خلال مؤتمر فيديو حيث يستطيع الأشخاص الذين يقع بينهم الاتصال رؤية صورة الآخر دون حضور مادي في نفس المكان وإذا كان من الممكن أن يترتب على استخدام الشبكات الرقمية في التعبير عن الإرادة وصوله لحظة صدوره إلاّ أنها لا تلغي حقيقة وجود العاقدين في مكانين مختلفين.

يلجأ إليها في تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة تنازع القوانين.

أما فيما يتعلق بتحديد وقت انعقاد العقد فإنه يفيد في تحديد وقت ترتيب العقد لآثاره كانتقال ملكية المبيع إذا كان منقولاً معيناً بالذات[1]، كذلك فإن الوقت يفيد في مدى استكمال الإرادات العقدية شروط صحتها خصوصاً أهلية التعاقد لدى العاقد وقت انعقاد العقد[2] كذلك يفيد في حالة تبادل الإيجاب بالقبول إلكترونياً.

المطلب الثاني

اختلاف القوانين في تحديد زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني

بيّنا في الفرع الأول أن مكان العقد يُعدّ أحد المؤشرات أو نقاط الإسناد التي يلجأ إليها في تحديد القانون الاجب التطبيق عليه في حالة تنازع القوانين وهو ما أخذ به القانون المدني العراقي في المادة (٢٥) في حالة عدم وجود اتفاق على تحديد ذلك القانون

---

(١) المادة (٢٠٤) من القانون المدني المصري التي تنص على «الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل.

(٢) د. محسن شفيق، المصدر السابق، ص ١١٣.

أو اختلاف موطن طرفي التعاقد[1].

ومن هذا يتبين أن القاضي المعروض عليه نزاع يتعلق بتعاقد جرى من خلال الحواسب الآلية يتعين عليه لتحديد القانون الواجب التطبيق تحديد مكان انعقاده، أما فيما يتعلق بتحديد وقت انعقاد العقد فإن هذا التحديد يفيد في تحديد وقت ترتيب العقد لآثاره كانتقال ملكية المبيع إذا كان منقولاً معيناً بذاته[2].

كما أن الوقت يفيد في مدى استكمال الإرادات العقدية لشروط صحتها خصوصاً أهلية التعاقد لدى العاقد وهو وقت انعقاد العقد[3].

لذلك من المفيد أن نستعرض الحلول القائمة حالياً في تلك القوانين وفي اتفاقيات التبادل الإلكتروني للبيانات. إذ تم تقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع، تناولنا في الأول تحديد زمان ومكان انعقاد العقد في القانون المصري والفرنسي والإنكليزي، أما في الثاني فقد تناولنا تحديد زمان ومكان انعقاد العقد في اتفاقية الأمم المتحدة لبيع البضائع الدولي والقانون النموذجي للتجارة الإلكترونية، وفي الفرع الثالث تناولنا موقف القانون العراقي حول تحديد زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني.

---

(١) كذلك القانون المدني المصري، المادة (١٩) منه.

(٢) نص المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي التي تنص على: «يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو تبين من الظروف أن قانوناً آخر يراد تطبيقه). كذلك: المادة (١٩) من القانون المدني المصري.

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري، الوجيز في نظرية الالتزام، ط٢، ١٩٩٧، ص ٨٦؛ كذلك محسن شفيق، المصدر السابق، ص ١١٣.

الفرع الأول

تحديد زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني في القانون المصري والفرنسي والإنكليزي

المبدأ السائد في معظم القوانين وتطبيقات القضاء أنه يجوز للمتعاقدين باتفاق بينهما، أو بموجب شروط عامة أو نموذجية، تحديد الوقت والمكان اللذين ينعقد فيهما العقد، إذ يجد هذا المبدأ تطبيقاً في الاتفاقات التي ينظم بها العاملون في حقول عديدة للأنشطة الاقتصادية في التعامل المستقبلي بينهم بأساليب التبادل الإلكتروني للبيانات التجارية التي يبرمها أطرافها لتحكم علاقتهم المستقبلية بموجب عقود تطبيقية، للعديد من المسائل التي يثيرها هذا الصنف من التعاقدات[1] ومن بينهما مسالة زمان ومكان إنشاء العقد. من ذلك مثلاً أن الاتفاق الأوربي النموذجي للتبادل الإلكتروني للبيانات ينصب على أن العقد يعتبر مبرماً (عند استخدام هذا التبادل) في الوقت والمكان اللذين تصل فيهما الرسالة التي تشكل قبولاً لعرض بواسطة التبادل الإلكتروني للبيانات إلى نظام حاسوب (حاسب آلي) مقدم العرض.

فهذه إذن نظرية وصول التعبير عن القبول إلى الموجب التي يتحدد بها زمان ومكان انعقاد العقد[2] لكن التعليق الرسمي على

---

(١) ينص اتفاق التبادل النموذجي لجمعية المحامين الأمريكية على أن الطرفين أبرما الاتفاق للدلالة على نيتهما في إنشاء التزامات وشراء وبيع بطريقة النقل الإلكتروني ولاستلام المستندات التي تحدد الشروط اللواجب انطباقها، دراسة الأونكتاد، ص ١٦٩.

(٢) في حين يعتبر اتفاق التبادل النموذجي للجنة الاقتصادية لأوروبا أن العقد المنشأ باستخدام التبادل الإلكتروني للبيانات بموجب هذا الاتفاق قد أبرم متى استلمت رسالة قبول العرض، دراسة الأونكتاد، البند ١٧.

الاتفاق النموذجي المذكور يحدد المقصود بوصول رسالة القبول على معنى ينطبق مع قاعدة التسلم أي تسلم صاحب العرض لرسالة القبول عليه وهو ما يتماشى مع أحكام اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع، كما أن هذه القاعدة تتجنب إلى حدٍ كبير مخاطر تنازع القوانين فيما يتعلق باستخدام التبادل الإلكترونّي للبيانات.

أما فيما يتعلق باتجاهات القوانين في المسألة محل البحث فإن غالبيتها تتفق على أن المسألة تخضع لما يجري على الاتفاق بين طرفي التعاقد كان يحدد الموجب في رسالة العرض ميعاد انعقاد العقد ويوافق القابل على ذلك التحديد وفي غياب الاتفاق المذكور فإن القوانين تختلف في الاختيار بين الحلول المتاحة.

فالقانون المدني المصري في المادة (١/٩٧) يعتبر التعاقد بين غائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول[١] ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك، فالعبرة إذن بزمان ومكان علم الموجب بالقبول في حالة عدم وجود بغير ذلك، فالعبرة إذن بزمان ومكان علم الموجب بالقبول في حالة عدم وجود اتفاق أو نص قانوني في حالات خاصة بزمان ومكان علم الموجب بالقبول.

ولكن القانون المصري في المادة (٢/٩٧) يفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل إليهما فيه ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك أي ما لم يقم الدليل على أنه لم يعلم بالقبول على الرغم من وصوله إليه[٢].

---

(١) أخذ بها القانون المدني العراقي بالمادة (٨٧) الذي أشرنا إليه سابقاً.

(٢) حسام الأهواني النظرية العامة للالتزام ط١ مصادر الالتزام ١٩٩٥، ص ٧٣٤. =

وانعقاد العقد في مكان علم الموجب بالقبول أو افتراض علمه به، يُعدّ تطبيقاً للمبدأ العام الذي أوردته المادة (٩١) مدني مصري التي تقضي بأن التعبير عن الإرادة ينتج أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك[١].

نفهم من ذلك أنه إذا كان التعبير عن الإرادة قبولاً فإن اثره، وهو قيام العقد، لا يتحقق إلا بوصوله إلى علم الموجب[٢].

فالقانون المصري يأخذ بقاعدة وصول القبول إلى الموجب على أساس أن هذا يدل على علمه به فإذا ثبت غير ذلك وجب الأخذ بقاعدة علم الموجب بالقبول[٣].

وفي مقابلة نظريتي أو قاعدتي الوصول (أو تسلم الموجب القبول) أو العلم توجد نظريتا أو قاعدتا الإعلان والتصدير، وهي

= حيث ورد في قرار محكمة النقض المصرية المرقم ٥٤/٥/٦ جاء فيه أن الأحكام المشار إليها في المتن تنطبق على التعاقد بطريقة الفاكس والتلكس. ومع ذلك يجب مراعاة أن المفروض في الاتصال بهذين الطرفين أن يصل التعبير عن الإرادة المرسل من طرف صاحب الجهاز المرسل إلى صاحب الجهاز المستقبل في نفس اللحظة، ولكن هذا لا يعني بالضرورة أن هذا الأخير قد علم بمضمون الرسالة لحظة وصولها.

(١) قرار محكمة النقض المصرية ١٩٧٢/١/١٩، مجموعة أحكام النقض المرقم/١٢، ص ٦٧، (بأن التعبير عن الإرادة لا ينتج أثره إذا أثبت من وجه إليه أنه لم يعلم به وقت وصوله وكان عدم العلم لا يرجع إلى خطأ منه).

(٢) جمال زكي، الوجيز في نظرية الالتزام (العقد)، ١٩٨١، ص ٢٢٨.

(٣) ورد في المذكرة الإيضاحية للمادة (٩٧) مدني أن الحكم الوارد بها هو أنسب المذاهب في المسائل التجارية وبررت هذا الحكم بأن الموجب هو يبتدئ التعاقد فهو الذي يحدد مضمونه ويعين شروطه فمن الطبيعي أن يتولى تحديد زمان العقد ومكانه، ومن العدل أن لم يفعل أن تكون الإرادة المفروضة مطابقة لمصلحته عند عدم الاتفاق على ما يخالف ذلك. مجموعة الأعمال التحضيرية، ط٢، ص ٥٣ – ٥٤.

تعني على التوالي فيما يتعلق بالقبول إعلان الرسالة الحاملة له، أي مجرد تعبير القابل عن قبوله أو تصدير تلك الرسالة بخروجها من حوزة القابل[1].

أما عن موقف القضاء الفرنسي[2] بالنسبة إلى التعاقد عبر شبكات الحواسب الآلية فيمكن القول بأنه يتم إما وقت إرسال القبول وإما وقت تأكيد وصولها متضمنة تاريخ الوصول، وفي الحالة الثانية فإنه إذا كان اتصال متلقي الرسالة بالشبكة يجري عن طريق أحد موردي الخدمات عليها فإن وقت إرسال تأكيد وصول الرسالة يتوقف على أولويات الإرسال التي يتحكم فيها المورد. ومن هذا يتبين أن ضبط أو تحديد زمان انعقاد العقد عبر شبكة الانترنيت مثلاً، يعتمد على نظام ضبط الوقت على الأجهزة المستخدمة في الاتصال على الشبكة والخادمة لها ولذلك فإنه إذا لم يوضع مثل هذا الاتصال لرقابة مشددة فإنه من المتصور حدوث عمليات غش يترتب عليها استلاب الحقوق بدون قانون، مثلاً، ذلك الشخص الذي يتعاقد مع شركة تأمين في وقت يعلم فيه أن الحادث المؤمن ضده قد حصل من قبل، وفي هذه الحالة يحدث النزاع في مدى استحقاق المؤمن لمبلغ التأمين. وكما هو معلوم فإن تسوية هذا النزاع يعتمد على تحديد وقت إبرام عقد التأمين مقارنة بوقت حصول الحادث المؤمن ضده، ومن هنا فأياً كان نوع العقد أو محله فإن تحديد وقت انعقاده يكتسب أهمية خاصة في شأن تحديد بدأ سريان الالتزامات والحقوق المتولدة عنه، ولذلك فإنه من الضروري وحفظاً لحقوق طرفي التعاقد التأكد من حقيقة وقت استقبال الرسائل

---

(١) محسن شفيق، المرجع السابق، ص ١١٤.

(٢) نقلاً عن: د. أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص ١٦٤، والأحكام القضائية المشار إليها لدى د. هشام علي صادق، المرجع السابق، ص ٥٦٧.

المسجل في أجهزة شبكة الاتصال، وهو الوقت الذي يعتمد عليه في تحديد وقت انعقاد العقد وهذه مسألة تتعلق بالإثبات وسوف نوضحها في الفصل الثالث من هذه الأطروحة.

وأخيراً فإن كلمة القضاء الفرنسي قد تفرقت بين قاعدتي تصدير القبول وقاعدة وصوله[١].

وفي القانون الإنكليزي وتطبيقاً للأصول المتبعة فيه فإنه في غياب قاعدة عامة منصوص عليها في القانون بشأن تحديد زمان ومكان انعقاد العقد فإنه يرجع إلى السوابق القضائية، وتسير المحاكم على أنه يجوز للمتعاقدين خصوصاً الموجب[٢] تحديد ما يُعدّ قبولاً وتحديد الوقت الذي ينتج فيه القبول أثره[٣]، وبالتطبيق لذلك يجوز للعاقدين في التعاقد الإلكتروني بموجب نص المادة (١٥) من اتفاقيات التبادل الإلكتروني، تحديد الوقت والمكان الذي تتكون فيها العلاقة العقدية وفيما عدا ذلك لا توجد في القانون الإنكليزي قواعد خاصة بشأن المسألة المذكورة.

لذلك يلجأ الشراح إلى القياس على الحلول المتبعة بشأن التعاقد بالبريد أو التلكس أو التلفون[٤]. ووثمة اتجاهات يشار

---

(١) بابتيست، المرجع السابق، ص ١٠٥ . أما بالنسبة للبيع عن طريق التلفون ينعقد العقد وقت تبادل الرضاء وفي موطن البائع.

(٢) Rene David, le Contrat et droit anglais 1973, P. 99.

(٣) يكون للمتعاقدين أيضاً تحديد القانون الذي يخضع له العقد في تنفيذه وقد عرضت المسائل المذكورة في المتن في قضية: Hoig well services Limited v. Huglus 1984.

(٤) ستارك وأينيس، القانون المدني (الالتزامات)، باريس، ١٩٩٠، ص ٢١٦ .
المرجع على شبكة الإنترنت:
www.barkerinf.com/apcc/ukeuapec.1E.commerce/legalguide.uk/eu.byg.allon.
m.hart.P2.

إليها في تحديد زمان ومكان التعاقد بطريق البريد ففي اتجاه يمثل الاتجاه العام للمحاكم، لا يحدث القبول أثره إلا إذا سلم أو وصل غلى الموجب، وتدل السوابق القضائية على أن هذه تنطبق على رسائل الاتصال المباشر مثل التلكس والفاكس بشرط أن ترسل رسالة القبول خلال ساعات العمل[1] فإذا أرسل فاكس مثلاً في غير ساعات العمل فإنه من المقرر أن المرسل إليه لا يعتبر قد تلقاه إلاّ في بداية يوم العمل التالي.

وهذا يعني أن العقد لا ينعقد إلاّ إذا وصل القبول إلى الموجب، ومن ثم فإن العقد ينعقد في الزمان والمكان اللذين يتلقى فيهما الموجب القبول[2].

إلاّ أن هناك اتجاهاً آخر يميل إلى الأخذ بالقاعدة التي طورتها المحاكم في بدايات القرن التاسع عشر وتسمى بقاعدة البريد، وتعني بأنه إذا وافق الموجب على استخدام البريد في إرسال رسالة القبول فإن العقد ينعقد بمجرد إيداع تلك الرسالة بمكتب البريد وبالقياس على ذلك فإنه إذا أجاز الموجب إرسال رسالة القبول بطريق البريد الإلكتروني فإنه بمجرد بثها، فإن العقد يتكون حتى لو أدعى الموجب أنه لم يتلق الرسالة، إذن طالما أن أمر تحديد زمان ومكان التعاقد الإلكتروني يقوم على منهج القياس المذكور، مما يحيط الموضوع بالغموض، فإنه من الأفضل بصاحب العرض (المورد) أن يبني في

---

(١) قضت بعض المحاكم الإنكليزية أن العقد، في التعاقد بطريقة التلكس، يعدّ منعقداً في مكان تلقي القبول، وهو ما يمكن قياس التعاقد بالبريد الإلكتروني عليه:
www.parkerinf-comlapectukeuapec.1 E commeree legal guide-uk,by G Allon-M.Hart,P2.

(٢) كليف شميتهوف، القانون والتطبيق في التجارة الدولية، ط٢، لندن، ١٩٨٦، ص ٨٠ – ٨١.

عرضه وقت إحداث القبول أثره.

لكن التساؤل هنا عما إذا كان يتعين التمييز عند الاختيار بين قاعدتي التصدير والوصول، في رسائل القبول بين تلك التي يكون الاتصال بها مباشرة بين طرفيها (الموجب والقابل) وتلك التي يكون فيها هذا الاتصال غير مباشر، وذلك في حالة وجود وسيط بين طرفي التعاقد وهو ما يحدث إذا أرسلت رسالة القبول لا إلى عنوان موقع أحد موردي الطرف لآخر (صاحب رسالة العرض) بل إلى عنوان أحد موردي خدمات شبكة الانترنيت[1] الذي يقوم بعد أن يتلقاها بإرسالها إلى العاقد الآخر (المرسل إليه) تماماً كما يحدث عند استخدام طريق البريد، مما يترتب عليه ما يأتي:

أولاً: اختلاف الوقت الذي تلقى فيه المرسل إليه الرسالة عن الوقت الذي توقعه المرسل.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

ثانياً: وجود فاصل زمني بين إرسال القبول وتلقيه من ناحية وبين إرسال القبول وعلم الموجب به من ناحية أخرى، لذلك نرى أن بعض الشرّاح وعدداً من أعضاء مجلس العموم[2] يميزون بين الاتصال الشبكي المباشر بين العاقدين والاتصال غير المباشر عند تحديد نطاق تطبيق قاعدتي التصدير (البريد) والوصول بالنسبة إلى رسالة القبول، فقد قيل إن قاعدة تلقي القبول تنطبق في كل حالة يوجد فيها اتصال مباشر بين الطرفين (مثل الاتصال بالتلفون) باعتبار أنه يفترض أن بمجرد إرسال رسالة القبول فإنها تصل في

---

(١) خادم أو مشغل نظام المعلومات Internet Service Provider.

(٢) لورد ويلبر فورس أحد أعضاء مجلس العموم البريطاني، أشار إليه: رو، المرجع السابق، ص ١٧٢.

نفس اللحظة إلى الطرف الآخر الذي يمكنه قراءتها[1]. أما إذا كان الاتصال بين طرفي رسالة القبول غير مباشر، حالة تدخل وسيط بين طرفيها فقد قيل أن قاعدة البريد (التصدير) هي الأكثر ملاءمة للتطور التقني في مجل رسائل الاتصال والأكثر استجابة للسرعة التي تقضيها المعاملات التجارية، ويكون على الطرف الآخر أن يتخذ احتياطاته لضمان العلم بمضمون الرسالة لحظة وصولها إلى موقع الوسيط[2].

لكننا نرى أن مقتضيات التور التقني وإن كانت تقضي الأخذ بقاعدة التصدير إلاّ أن الاستجابة لها يجب أن لا يلغي ضرورة تلاقي إرادتي العاقدين[3] فقد قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها ذي الرقم (٩٢٢/١٩٨٨/٣/٣٠ – ٩٤٣) جاء فيه (أن التعاقد لا يُعتبر ملزماً بمجرد تدوين نصوصه كتابةً ولو حصل التوقيع عليها بل أنه لا بد من قيام الدليل على تلاقي إرادة المتعاقدين على قيام الالتزام ونفاذه) وهذا ما يقتضي تسليم السند المثبت له لصاحب الحق فيه بحيث لو تبين أنه لم يسلم إليه مطلقاً لما صلح هذا دليلاً على الالتزام، وكذلك إذا تبين أنه قد حرر مكتوباً بالتعاقد ولكنه سلم لأمين فإنه يتعين البحث في ظروف وشروط تسليم ذلك المكتوب للأمين.

وجاء في حكم آخر بأن بيان التعاقد لا يعتبر تاماً وملزماً إلاّ بقيام الدليل على تلاقي إرادة المتعاقدين على قيام الالتزام ونفاذه[4].

---

(١) إلا أنه من المحتمل إذا جرى إرسال الرسالة بطريق البريد الإلكتروني عبر شبكة الحواسب الآلية ألاّ يقرأها المرسل إليه لحظة وصولها، فقد يكون جهازه مغلقاً في هذا الوقت ثم لا يعلم بمضمون الرسالة إلاّ في وقت لاحق.

(٢) لورد دبلير فورس، أحد أعضاء مجلس العموم البريطاني، نقلاً عن: رو، ص ١٧٢.

(٣) المستشار عبد المنعم الدسوقي، قضاء النقض في المواد المدنية، ج٢، ١٩٩٤، ص ١١٦.

(٤) المستشار عبد المنعم الدسوقي، المرجع السابق، ط٧، ص ١٢٥.

إن تلاقي إرادة العاقدين يُعدّ ركناً أصيلاً من أركان التعاقد ومن غير المعقول أن يتحقق هنا الركن بمجرد وصول رسالة القبول إلى موقع الوسيط على شبكة الاتصال قبل أن تصل موقع الموجب، لكن هناك حل بأن يشترط صاحب رسالة العرض التي تحمل إيجابه عدم تمام العقد إلاّ منذ وقت تلقيه هو شخصياً رسالة القبول، ولكن يبقى على الطرفين الاتفاق على تنظيم كيفية تحديد هذا الوقت.

ومن هذا نرى أن الأمر مرجعه في المسألة محل البحث في القانون الإنكليزي كما في غيره من قوانين الدول والتنظيمات الأخرى إلى إرادة أطراف التعاقد وإلى ما جرى عليه العمل من قواعد تحدد كيفية توزيع مخاطر التعاقد بين غائبين.

الفرع الثاني

تحديد زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني في اتفاقية الأمم المتحدة لبيع البضائع الدولي والقانون النموذجي للتجارة الإلكترونية

أولاً: تحديد زمان ومكان انعقاد العقد في اتفاقية الأمم المتحدة لبيع البضائع الدولي:

لقد جرت محاولات لوضع قواعد بموجب اتفاقيات دولية وقوانين نموذجية لتوحيد حلول مسألة تحديد زمان ومكان انعقاد العقد بصفة عامة والعقد الإلكتروني بصفة خاصة ونذكر من تلك

المحاولات التنظيم الذي وضعته اتفاقية فينا لعام ١٩٨٠ بشأن البيع الدولي للبضائع فيما يتعلق بوقت انعقاد هذا العقد، ويتبين من نصوص هذه الاتفاقية إنها أخذت بمذهب وصول القبول فقد نصت المادة (٢٣) منها على أن العقد ينعقد في اللحظة التي يحدث فيها قبول الإيجاب أثره وهو (انعقاد العقد) وفقاً لأحكام هذه الاتفاقية، وهو ما يتحقق طبقاً للمادة ٢/١٨ في اللحظة التي يصل فيها إلى الموجب إعلان يفيد الموافقة على إيجابه[١].

وفيما يتعلق بالمقصود بوصول إعلان القبول إلى الموجب فقد حددته المادة (٢٤) بقولها إن هذا الإعلان يُعدّ قد وصل إلى الموجب إذا إبلغ إليه شفوياً أو سُلّم إليه بأية وسيلة للاتصال شخصياً أو في منشأته أو في عنوانه البريدي أو في محل إقامته المعتادة إذا لم يكن له منشأة أو عنوان بريدي.

وعلى هذا الأساس فإن عقد البيع الدولي للبضائع ينعقد إذا جرى التعاقد عن بعد وفقاً لاتفاقية فيينا[٢] عند وصول رسالة القبول إلى الموجب سواءٌ تسلمها شخصياً أو أرسلت في منشأته أو في عنوانه البريدي[٣] وذلك سواء علم الموجب بمضمون رسالة

---

(١) وأخذت أيضاً مبادئ العقود التجارية الدولية التي وضعها المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص بنظرية وصول القبول فقد نصت (م٢/٦) على أن ينتج القبول أثره الأقدر على اتخاذ تدابير لضمان وصول القبول إلى غايته فمن ثم تقع عليه تبعة مخاطر وسيلة النقل التي اختارها.

(٢) هناك بيوع استبعدتها اتفاقية فينا من نطاق تطبيقها حددتها المادة الثانية منها وهي البيوع للمستهلكين وبيوع المزاد العلني والبيوع الجبرية وبيع الصكوك والأوراق المالية والتجاري والنقود وبيع السفن والمراكب والطائرات وبيع الكهرباء، ومن ثم تبقى هذه البيوع خاضعة للقوانين الوطنية، محسن شفيق، المرجع السابق، ص ٧٦ – ٨٠.

(٣) تبين المادة ٢٤ من اتفاقية فيينا أن التعبير عن الإرادة إيجاباً كان أو قبولاً يعتبر قد وصل إلى المخاطب به وقت تسليمه في مكان عمله أو في عنوانه البريدي ولو لم يعلم به في هذا الوقت إذ العبرة بوصول التعبير لا العلم به. =

القبول أو لم يعلم بها[1].

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

إن القانون النموذجي لم يتعرض مباشرة لمسألة زمان ومكان انعقاد العقد وإنه استعاض عن ذلك بتنظيم مسألة زمان ومكان إرسال رسائل البيانات واستلامها، ونظراً إلى أهمية هذه المسالة في تطبيق قواعد أخرى ولدقتها عند استخدام تقنيات الاتصال الإلكتروني، في ظروف يجري استخدامها دون معرفة موقع نظم المعلومات التي تم الاتصال عن طريقها[2] لذلك لم يعتمد القانون النموذجي على موقع نظم المعلومات في تحديد زمان ومكان إرسال رسائل البيانات واستلامها وإنما اعتمد على معيار أكثر موضوعية مثل مكان موطن الأعمال التجارية للأطراف.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

وبالنسبة إلى وقت إرسال رسالة البيانات فقد حدده القانون النموذجي[3] بأنه وقت دخول الرسالة نظاماً للمعلومات (موقع على الشبكة) خارج سيطرة المنشئ (المرسل) مثل النظام التابع (الوسيط)

= محسن شفيق، المرجع السابق، ص ٧٩. وطبقاً لمبادئ العقود التجارية الدولية (م٩/١ - ٣) تعدّ المراسلات والإخطارات قد وصلت إلى المرسل إليه لمجرد تسلمه لها شخصياً أو في موطن أعماله أو في عنوانه البريدي ولا يلزم أن تصل إلى يد المرسل إليه، فيكفي أن توضع في صندوق بريد المرسل إليه أو يستقبلها جهاز الفاكس أو التلكس أو الحاسب الآلي التابع له.

(١) محسن شفيق المرجع السابق، ص ١١٧.

(٢) الدليل المرافق للقانون النموذجي، ص ٥٠.

(٣) وذلك في حالة عدم وجود اتفاق بين طرفي الرسالة (المرسل والمرسل إليه)، مادة ١/١٥.

أو النظام التابع للمرسل[1]. أما وقت استلام رسالة البيانات فإن القانون النموذجي[2] يفرق بين وضعين:

الأول: حيث يعين المرسل إليه نظام معلومات لتلقي الرسائل ففي هذه الحالة يتحدد وقت الاستلام (التلقي) بوقت دخول الرسالة موقع نظام المعلومات المعين[3].

أما الوضع الثاني [4] فهو يقع إذا لم يعين المرسل إليه نظام معلومات لتلقي الرسالة، ففي هذه الحالة يتحدد وقت استلامها بوقت دخولها نظام معلومات تابع للمرسل إليه. من هذا نرى أن القانون النموذجي قد احتاط لحالة عدم إرسال رسالة البيانات كرسالة القبول مباشرة إلى موقع الطرف الآخر في التعاقد (موقع الموجب) كان ترسل رسالة إلى وسيط يتولى إرسالها بدوره للعاقد الآخر. في هذه الحالة نص القانون النموذجي على أن وصول الرسالة لا يتحقق إلاّ من وقت دخولها نظام المعلومات التابع للمرسل إليه، كما أن القانون النموذجي لا يبطل أحكام القانون الوطني الذي يحدد وقت تلقي الرسالة بوقت وصولها إلى محال المرسل إليه بصرف النظر عما إذا كانت مفهومة له أو قابلة للإستعمال من جانبه. كما أن القواعد التي وضعها القانون النموذجي بشأن تحديد وقت إرسال رسائل البيانات ووقت تلقيها تعتمد على فكرة دخولها

---

(١) في هذه الحالة الأخيرة يكون إرسال الرسالة والتلقي متزامنين وذلك على خلاف المقرر في القانون النموذجي لمكان الإرسال والتلقي.

(٢) في حالة عدم وجود اتفاق بين طرفي الرسالة م/١٥/٢.

(٣) كما إذا حدد مرسل العرض عنوان الموقع (عنوان بريد إلكتروني مثلاً) الذي يجب أن يرسل إليه القبول. فإذا أرسلت الرسالة إلى غير الموقع المعين فإن وقت استلامها يتحدد بوقت استخراج المرسل إليه الرسالة من ذلك الموقع م/١٥/٢ - آ.

(٤) الدليل المرافق للقانون النموذجي، ص ٥١.

نظام المعلومات، حيث تخضع الرسالة للمعالجة داخل هذا النظام سواءً كانت الرسالة وقت دخولها هذا مفهومة أو قابل للاستعمال من جانب المرسل إليه أم لا، ويبرر هذا الاختيار بأن واضعي هذا القانون لم يقصدوا مخالفة ما جرت عليه الأعراف التجارية التي لا تدخل في اعتبارها عند تحديد وقت تلقي الرسالة المرمزة لكونها غير مفهومة للمرسل إليه أو غير قابلة للاستعمال من جانبه، كما أن أحكام القانون النموذجي تعتمد على دخول الرسالة نظام معلومات معين وليس مجرد وصولها، إذ يمكن وصول الرسالة لنظام معلومات (حاسب آلي) يكون مغلقاً في هذا الوقت وبالتالي لا يتعالم معها وفي هذه الحال لا تكون الرسالة قد دخلت النظام، والغاية من ذلك حتى لا يكون المرسل ملزماً بأن يجعل نظامه عاملاً في جميع الأوقات[1]. أما بالنسبة إلى مكان إرسال رسالة البيانات ومكان تلقيها (استلامها) فإن ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على القانون الواجب تطبيقه فإن المقرر في القانون النموذجي في م/١٥/٤ أن مكان الرسالة يتحدد بالمكان الذي يقع فيه موطن أعمال المنشئ، في حين أن مكان استلامها هو موطن أعمال المرسل إليه ونلاحظ هنا أن القانون النموذجي لم يأخذ بمكان وجود نظام المعلومات، سواءً بالنسبة إلى إرسال أو الوصول، وإنما أخذ بمقر أعمال المرسل أو المرسل إليه، الذي يجري تلقي الرسائل فيه أو استرجاعها منه فكثيراً ما يكون موجوداً في مكان غير المكان الذي يوجد فيه المرسل إليه نفسه. وبذلك يكون القانون النموذجي قد وضع في اعتباره خصوصاً في شأن تحديد مكان الاستلام وهو المكان الذي يتسنى للمرسل (المنشئ) التحقق منه بسهولة، وهو ما يتحقق بالنسبة إلى مكان وجود نظام المعلومات التابع للمرسل إليه أو غيره، لذلك أخذ القانون النموذجي بالمكان الذي يقع فيه مقر أعمال منشئ الرسالة

---

(١) الدليل المرافق للقانون النموذجي، ص ٥٢.

بالنسبة إلى تحديد مكان إرسال الرسالة من جهة وبالمكان الذي يقع فيه مقر أعمال المرسل إليه بالنسبة إلى متلقي الرسالة من جهة أخرى[1]، كما اهتم القانون النموذجي بمواجهة حال تعدد موطن أعمال طرفي الرسالة فنص على أن المقصود بمقر العمل في حالة تعدده، هو الذي يكون له علاقة أوثق بالمعاملة المعنية أو مقر العمل الرئيس، فإذا لم يوجد مقر لطرف الرسالة كانت العبرة بمحل الإقامة المعتاد.

يتبين من خلال مقارنة المعايير التي يتبناها القانون النموذجي فيما يتعلق بتحديد وقت استلام رسالة البيانات ومكانه أنها معايير مختلفة فهو بالنسبة إلى وقت الاستلام يأخذ بوقت دخولها في نظام معلومات معين أو غير معين أياً كان مكان وجوده في هذا الوقت[2] (م/١٥/٢). أما بالنسبة إلى مكان تلقي الرسالة فإن القانون النموذجي يحدده بمقر أعمال المتلقي (المرسل إليه) بغض النظر عن مكان نظام المعلومات الذي وصلت إليه الرسالة، وبهذا يميز القانون النموذجي بين مكان المتلقي المعتبر (مقر الأعمال الحقيقي) وبين المكان الذي تصل إليه بالفعل رسالة البيانات وقت تلقيها، فالعبرة بالمكان الأول في تحديد مكان إرسال الرسالة، وهذا التحديد هو الذي يؤخذ به حيثما يكون مطلوباً، بموجب قواعد تنازع القوانين، مثلاً، تعيين مكان تلقي رسالة البيانات، غير أن هذا التحديد في ضوء التمييز المشار إليه بين مكان متلقي الرسالة (أو استلامها)

---

(١) بموجب قواعد التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (١٩٧٦ – م١٢/١) يعتبر أي إخطار قد تم في المكان الذي تسلمه فيه المرسل إليه شخصياً أو في محل إقامته المعتادة أو في مقر عمله أو في عنوانه البريدي، كما يعتبر وقت تسلم الإخطار هو يوم تسليمه على أي نحو مما ذكر.

(٢) المادة ١٥/٤ ب من القانون النموذجي وسوف نتكلم على هذه المادة بشيء من التفصيل بالفصل الثاني من هذه الأطروحة.

ومكان وصولها ووقت تلقيها بالفعل لا يعمل به إلاّ في حالات بث الرسائل عبر الحواسب الآلية[1].

الفرع الثالث

موقف القانون العراقي في تحديد زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني

لغرض بيان موقف المشرع العراقي حول زمان ومكان العقود المبرمة بالوسائل الإلكترونية نبيّن ما جاء بالقانون المدني العراقي الذي لا تتعارض أحكامه العامة مع القانون النموذجي من خلال نص المادتين ٨٧ و٨٨ من القانون المدني العراقي[2]، حيث أن أحكام هاتين المادتين لا تتعارض من حيث المبدأ مع المادتين ١٤ و١٥ من القانون النموذجي من حيث قواعد تسلم البيانات الإلكترونية وآثارها في انعقاد العقد، أما من ناحية القانون الواجب التطبيق فإن القانون النموذجي لم يتطرق إلى تنازع القوانين التي تطبق على العقود التي تبرم بواسطة الوسائل الإلكترونية، فإنه يتعين الرجوع إلى القوانين

---

(١) هو مما لا يدخل فيه حالات البث غير المحوسب، حسب تعبير الدليل المرافق للقانون النموذجي ص ٥٣ مثل البرقيات والتلكس.

(٢) تنص المادة (٨٧) على أن: ١ - يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق صريح أو ضمني أو نص قانوني يقضي بغير ذلك. ٢ - ويكون مفروضاً أن الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل إليه فيهما.

الوطنية التي تنظم التنازع التشريعي بين القوانين، فبالنسبة إلى القانون العراقي فإن نص المادة ١٧[١] من القانون المدني بيّن أن القانون العراقي هو المرجع في تكييف العلاقات عندما تطلب تحديد نوع هذه العلاقات في قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القاون الواجب تطبيقه من بينها.

كذلك عالجت المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية إذ بناءً على هذا النص يتعين تحديد الدولة التي تم فيها العقد بناءً على القانون النموذجي والقوانين الوطنية، فإذا أرسل تاجر عراقي عرضاً إلى تاجر أجنبي عبر البريد الإلكتروني أو الفاكس لبيعه بضاعة، أي أن التاجر العراقي هو الموجب ومرسل رسالة البيانات وتسلم التاجر العراقي رسالة بيانات بالقبول بالبريد الإلكتروني أو الفاكس أيضاً فإن العقد يعتبر قد أبرم لحظة تسلم التاجر العراقي قبول التاجر الأجنبي وبموجب المادة (٨٧) من القانون المدني العراقي فإن العقد يعتبر عقداً في العراق ويخضع للقانون العراقي بموجب المادة (٢٥) مدني عراقي[٢]، هذا ما لم يتفق المتعاقدان على خلاف ذلك.

وعلى العكس من ذلك، إذا تسلم التاجر العراقي عرضاً من تاجر أجنبي بالبريد الإلكتروني أو الفاكس وأرسل إليه رسالة قبول، فإن العقد يعتبر عقداً في بلد التاجر الأجنبي الذي تلقى إشعاراً بالقبول من التاجر العراقي منذ لحظة تسلم البريد الإلكتروني أو الفاكس، وبالتالي يخضع العقد للقانون الأجنبي الناظم للعقد.

---

(١) تنص الفقرة (١) من المادة (١٧) مدني عراقي على: (القانون العراقي هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يتطلق تحديد نوع هذه العلاقات في قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون تطبيقه من بينها).

(٢) يلاحظ نص المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي في ص (٤٨) من هذه الأطروحة.

إن أي عقد ينعقد في العراق فإن القضاء العراقي يختص بالنظر في المنازعات الناجمة عنه، إذ تضمن القانون العراقي نصوصاً صريحة تحدد اختصاص المحاكم العراقية في المنازعات التي يدخل فيها عنصر أجنبي، حيث بينت المادة الثالثة من قانون السلطة القضائية المرقم (٢٦) لسنة ١٩٦٢ الولاية العامة للمحاكم العراقية في الدعاوى والأمور المدنية والجزائية التي تقام في العراق بقولها (تسري ولاية المحاكم على جميع الأشخاص الطبيعية والمعنوية بما في ذلك الحكومة وتختص بالفصل في المنازعات والجرائم كافة إلاّ ما استثني بنصٍ خاص).

وأكدت ولاية المحاكم العراقية في المنازعات كافة إلاّ ما استثني منها بنص خاص، وذلك في المادة (٢٩) من قانون المرافعات المدنية المرقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ بقولها (تسري ولاية المحاكم المدنية على جميع الأشخاص الطبيعية والمعنوية بما في ذلك الحكومة، وتختص بالفصل في كافة المنازعات إلاّ ما استثني منها بنصٍ خاص.

فضلاً عن ذلك، فإن القانون العراقي عالج مسألة التنازع الدولي من حيث الاختصاص القضائي في المواد ١٤ و١٥ و١٦ من القانون المدني العراقي[١].

---

(١) أ. فؤاد عبد العلواني، دراسات في القانون البحري، بغداد، ط١، ٢٠٠٤، ص ١٣٧، وتنص المادة (١٤) من القانون المدني العراقي على (يقاضى العراقي أمام محاكم العراق عما ترتب في ذمته من حقوق حتى ما نشأ منها في الخارج).
كما تنص المادة (١٥) من القانون المدني العراقي: يقاضى الأجنبي أمام محاكم العراق في الأحوال الآتية:
أ - إذا وجد في العراق.
ب - إذا كانت المقاضاة في حق متعلق بعقار موجود في العراق أو بمنقول موجود فيه وقت رفع الدعوى. =

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

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

= ج - إذا كان موضوع التقاضي عقداً تم إبرامه في العراق أو كان واجب التنفيذ فيه أو كان التقاضي عن حادثة وقعت في العراق.

تنص المادة (١٦) من القانون المدني العراقي على ما يأتي:

لا تكون الأحكام الصادرة عن محاكم أجنبية قابلة للتنفيذ في العراق إلاّ إذا اعتبرت كذلك وفقاً للقواعد التي قررها القانون الصادر في هذا الشأن.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

الفصل الثاني

القانون الواجب التطبيق على عقد التجارة الإلكترونية

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

تمهيد وتقسيم:

يؤدي العقد بصفة خاصة دوراً مهماً على صعيد المبادلات الاقتصادية والتجارية سواء أكانت هذه المبادلات ذات طابع وطني أم ذات طابع دولي صرف، وذلك باعتباره الوسيلة الفنية اللازمة لإتمام مختلف العلاقات الاقتصادية والتجارية أياً كانت صفة هذه العلاقات. من هذا المنطلق حددت كل دولة في قانونها الداخلي القواعد التي يتعين على القضاة اتباعها لحسم المنازعات ذات العنصر الأجنبي ويطبق القاضي المعروض عليه النزاع هذه القواعد، ما لم تكن ثمة معاهدة دولية مرتبطة بها دولة القاضي، تتضمن قواعد لحسم النزاع في العلاقات القانونية والاقتصادية ذات العنصر الأجنبي، فإذا ما عرض على القاضي الوطني نزاع يتضمن عنصراً أجنبياً، فإن قواعد القانون الداخلي المتعلقة بتنازع القوانين قد دلته

وأرشدته على القانون الواجب التطبيق على النزاع.

وتختلف قواعد الإسناد (قواعد حل تنازع القوانين) التي تعالج التنازع ما بين قوانين الدول المختلفة باختلاف نوع النزاع المطروح أو طبيعة مضمونه، ومن ثم تتعدد عوامل أو ضوابط الإسناد التي يجري على أساسها تحديد القانون الواجب التطبيق عليها، وهذه القواعد وضعت للمسائل الأكثر شيوعاً في المعاملات أو الوقائع ذات الطابع الدولي مثل تلك المتعلقة بالعقود الدولية وحالة الأشخاص والمسؤولية المترتبة على الفعل الضار. إلاّ أن الذي يهمنا بهذا الصدد هو أن قواعد التنزع التقليدية المتعلقة بالعقود خصوصاً، لم تضع نصب عينيها إمكانية إنجازها عبر القنوات الإلكترونية، التي قد تفتقر إلى عوامل الإسناد أو الارتباط التقليدية، فعوامل الارتباط المادية مثل مكان الإبرام للعقد أو مكان تنفيذه، هو مما يصعب تطبيقه في حالة إبرام العقد أو تنفيذه عبر الفضاء أو القنوات الإلكترونية، ولهذا إذا كان من السهل إسناد معاملة دولية تتم على وفق السياقات التقليدية وتكون مرتبطة في انعقادها وتنفيذها في أماكن محددة، فإن إسناد العقود الإلكترونية التي تتم في بيئة إلكترونية يصعب تحديد مكان إبرامها أو تنفيذها، لأن العقد يرتبط بأكثر من مكان وهي مسألة يكتنفها الغموض لصعوبة تركيز العلاقة التعاقدية في مكان محدد، وهذا الأمر يزيد من تنازع القوانين في شأن تلك العقود.

لذلك فإن تسوية حقوق أطرافها والتزاماتهم يقتضي تحديد أيٍّ من القوانين المتنازع بينها على حكمها هو الواجب التطبيق، فيرد تساؤل وهو هل نطبق قواعد الإسناد التقليدية على عقود التجارة الإلكترونية أم أننا بحاجة إلى تطوير هذه القواعد لكي يلائم تطبيقها على هذه العقود؟ لذا اقتضى هذا الفصل تقسيمه إلى مباحث ثلاث.

يبحث الأول في قواعد الإسناد الأصلية في حين يتناول المبحث الثاني قواعد الإسناد الاحتياطية، أما المبحث الثالث فإنه يتطرق إلى قواعد الإسناد في التعاقد الإلكتروني مبيناً في ضوء كل ذلك، موقف قانون الأونسترال من المسألة موضوع البحث والمعالجة المقترح. وعلى النحو الآتي:

المبحث الأول

قواعد الإسناد الأصلية

استقرت في معظم بلدان العالم فقهاً وقضاءً قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة، أي خضوعه للقانون الذي يختاره الأطراف المتعاقدة، وقد أخذت بها العديد من التشريعات في الدول بوصفها قاعد الإسناد الأصلية الأولى، فيما يتعلق بالعقد من الناحية الموضوعية[1]، وتستند قواعد التنازع في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد - في حالة غياب الاتفاق الصريح أو الضمني بين أطرافه على تحديده على عدة معايير أو عوامل ارتباط بين العقد والقوانين المتنازعة، إلا أن هذه العوامل تختلف من دولة إلى أخرى كما في حالة غياب الاتفاق الصريح بين الأطراف، فإن القاضي يحدد القانون الواجب التطبيق وذلك من خلال بذل جهد كبير للبحث عن مؤشرات تساعد على تركيز العقد في مكان محدد مثل مكان إبرمه أو مكان تنفيذه، ومن المستساغ أن ينظر القاضي

(١) سيأتي بحث هذه المسألة لاحقاً بالتفصيل وعلى مستوى القوانين المقارنة.

إلى لغة العقد أو جنسية المتعاقدين أو موطنهما بوصفها عوامل أو مؤشرات تساعد على تحديد القانون الواجب التطبيق.

إلاّ أن الاتجاه الحديث يعطي الأهمية القصوى إلى الارتباط الحقيقي أو الجوهري المؤثر الذي يربط العقد بقانون معين، والذي انصرفت إليه الإرادة الضمنية للمتعاقدين (أطراف العقد)، لذلك يذهب الرأي الراجح في شأن العقود الدولية في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد بأنه القانون الذي يرتبط به العقد برابطة وثيقة خصوصاً عندما يختلف مكان أو تنفيذ الالتزام الجوهري أو الرئيس في العقد عن مكان إبرامه[1]، عليه فإن هذا المبحث يتوزع إلى مطلبين - يتناول المطلب الأول قانون الإرادة في حين يتناول المطلب الثاني قيود تطبيق قانون الإرادة.

المطلب الأول

قانون الإرادة

تتفق غالبية القوانين[2] في الوقت الحاضر على قاعدة خضوع العقد ذي العنصر الأجنبي أساساً لقانون الإرادة. وترجع هذه القاعدة في أصلها إلى فقهاء المدرسة الإيطالية القديمة في ظل

---

(١) أنظر: هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، الإسكندرية، ١٩٩٥، ص ٧٨٧.

(٢) المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي، المادة (١٩) من القانون المدني المصري، المادة (٢٠) من القانون المدني السوري.

نظرية الأحوال[1]. حيث أخضعوا العقد في شكله وموضوعه لقانون بلد إبرامه. ولكن التطور الذي طرأ على هذه القاعدة أدى إلى بقاء الشكل محكوماً بقانون بلد الإبرام وخضوع العقد موضوعاً لقانون الإرادة[2] وقد علل أحد الفقهاء قاعدة خضوع العقد لقانون بلد الإبرام بفكرة الرضا الضمني لطرفي العقد لطبيق هذا القانون. ثم قال الفقيه الفرنسي (ديمولان) في القرن السادس عشر بتطبيق القانون الذي يختاره المتعاقدان على عقديهما. وكان ذلك لمناسبة الفتوى التي تقدم بها الفقيه (ديجاني)، حيث أفتى بإخضاع النظام المالي للزوجين إلى قانون موطن الزوجين وقت الزواج معللاً ذلك بأن هذا النظام يُعدّ عقداً ضمنياً، وإن إرادة الزوجين الضمنية قد اتجهت إلى إخضاعه لقانون الموطن[3].

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

١ - كفاية الإرادة لإنشاء التصرف القانوني.

٢ - وقدرة الإرادة على تعيين أثار التصرف القانوني. هذا المبدأ الذي نما وراجَ في ظل المذاهب الفردية التي

---

(١) إذا أطلق تعبير الأحوال على الأعراف والعادات الخاصة التي تمسكت بها المدن الإيطالية المستقلة على العلاقات التجارية إلى جانب أحكام القانون الروماني، يراجع في ذلك: د. غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص الأردني، الكتاب الأول، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة، ط٢، عمان، ١٩٩٨، ص ٦٤.

(٢) د. ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن، مكتبة دار الثقافة والنشر عمان، ١٩٩٨، ص ٣٥.

(٣) حميد فيصل محمد الدليمي، خضوع القعد لقانون الإرادة، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية صدام للحقوق، جامعة صدام، بغداد، ١٩٩٨، ص ٤.

راجت في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر إذ كان من اهتمامهما في مجال القانون نظرية القانون الطبيعي، وفي مجال الاقتصاد، نظام الاقتصاد الحر.

إلاّ أن هذا المبدأ ورد عليه فيما بعد في أوائل القرن العشرين عدة قيود أسهمت في تعيين حدوده، وذلك بفعل الاتجاهات الاجتماعية والاشتراكية وتدخل الدولة في مجالات عديدة في النشاط لم تكن ترتادها من قبل، وتبعاً لذلك خضع قاعدة (خضوع العقد لقانون الإرادة)، لبعض القيود ولكنها ما زالت هي القاعدة التقليدية بل الأساسية في تعيين القانون الذي يحكم موضوع العقد ويأخذ بها الفقه والقضاء والتشريع في معظم الدول[1] ورغم رسوخ هذه القاعدة إلاّ أنها قد تعرضت لثلةٌ من الانتقادات، نوجزها بما يأتي:

١ - إن التسليم بحرية المتعاقدين في اختيار القانون والذي يحكم العقد، يعني الاعتراف لهما بحل تنازع القوانين، مع أن هذه المسألة تعتبر من صميم عمل المشرع، لأنها عبارة عن عملية تحديد لنطاق سلطان القانون.

٢ - إذا كان قانون الإرادة هو الذي يحكم العقد ويمنحه بذلك قوته الملزمة، فما هو القانون الذي يحكم اتفاق المتعاقدين على اختيار هذا القانون؟ إن قيل إنه القانون الذي اختاره المتعاقدان، فإن من شأن ذلك الوقوع في حلقة مفرغة. إذ يستمد القانون المختار اختصاصه من سلطان الإرادة، في حين تستمد الإرادة قوتها الملزمة

---

(١) الأستاذ عوني الفخري، مجموعة المحاضرات التي ألقيت على طلبة الدكتوراه للعام الدراسي ٢٠٠٠ - ٢٠٠١، جامعة ما بين النهرين للحقوق.

من هذا القانون المختار. وفضلاً عن ذلك، فإن العقد لا يكون ملزماً إلاّ بمقتضى قانون يضع جزاءً على مخالفته فكيف يستقيم ذلك مع القول بأن العقد هو الذي يحدد القانون الذي يحكمه. وإذا كان الأمر كذلك، فمعنى هذا أن الاتفاق الذي يتم بموجبه تحديد القانون الذي يحكم العقد هو نفسه غير خاضع لقانون يحكمه.

٣ - إن قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة، إذا طبقت على علاتها فإنها قد تؤدي إلى نتائج غير مقبولة، عندما يقضي هذا القانون ببطلان العقد الذي اختار المتعاقدان وضع العقد تحت حكمه سواء كان هذا البطلان كلياً أم جزئياً، إذ لا يعقل أن يختار المتعاقدان قانوناً يبطل عقدهما كلاً أو جزءاً[1] ويدفع أنصار قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة هذه الانتقادات بما يأتي:

١ - إن اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد لا يقوم على مبدأ سلطان الإرادة مباشرة، لأن هذا الاختيار متسمد من قاعدة الإسناد التي تترك للمتعاقدين حرية الاختيار. وهي قاعدة موجودة في قوانين أكثر الدول، فكأن ختيار الإرادة للقانون الواجب التطبيق يرتد في النهاية إلى سيادة القانون، كما أنه يجب عدم الخلط بين سلطان الإرادة في ختيار القانون الذي يحكم العقد المستمد من قاعدة

---

(١) toubiana (Annie) Le Domaine Dela loi du Contract en Droit it Private, these Paris, Dalloz 1972.

نقلاً عن: هشام علي صادق، المصدر السابق، ص ١٦.

الإسناد، وسلطان الإرادة في تنظيم شروط العقد حيث تكون خارج نطاق مشكلة تنازع القوانين[1].

٢ - إن الاتفاق على اختيار القانون الذي يحكم العقد، يعدّ عقداً مستقلاً عن العقد الذي يحكمه القانون المختار، فموضوع العقد الأول هو مجرد اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الثاني، وهو العقد الأصلي. وبموجب هذا الرأي، يستمد الاتفاق على القانون الواجب التطبيق، قوته الملزمة من قاعدة الإسناد في قانون القاضي، التي خولت الأفراد حرية اختيار القانون الذي يحكم الالتزامات التعاقدية[2].

٣ - إن المتعاقدين لا يقومان تماماً بتحديد القانون الذي يحكم عقدهما. ويرى (باتيفول) أن إرادة المتعاقدين لا تقوم بتعيين القانون المختص وإنما هي تقوم بتركيز العقد في مكان معين. فإذا ما تم تركيز العقد على هذا النحو، فإن قانون المكان الذي اختاره المتعاقدان هو الذي يسري على العقد، وعلى هذا يمكن القول أن دور الإرادة ينحصر في تركيز العقد في مكان معين، ولا شأن لها في اختيار القانون الواجب التطبق على العقد وإذا كان الأمر كذلك، فليس من الغريب أن يقضي القانون الأجنبي

---

(١) د. هشام علي صادق، المصدر السابق، ص ١٧.

(٢) Jean Christophe Pommier, Prineipe Dautaonomie Et Loi Ducontrat En Droit Inter National Drive Conventionnel, P. 130.

ببطلان العقد في بعض الفروض، فهذا البطلان ليس نتيجة لتطبيق القانون الذي اختاره الطرفان، بل هو نتيجة لاعمال حكم القواعد الآمرة في قانون المكان الذي تركزت فيه العلاقة التعاقدية[1].

إن هذه الانتقادات والرد عليها في نطاق الخلاف الفقهي حول قاعدة خضوع العقد لقانون لإرادة والدور الذي تقوم به الإرادة يرجع في معظمه إلى عدم وجود نص صريح في قوانين بعض الدول على هذه القاعدة وخاصة في فرنسا إذ ما زال الخلاف الفقهي والقضائي قائماً فيهما بشأن هذه القاعدة وأياً كانت قيمة الانتقادات الموجه، فإن ذلك لن يمنع من استقرار القاعدة في أكثر القوانين الوضعية، وأحكام القضاء في الدول التي يكون القضاء فيها مصدراً رسمياً للقانون وخاصة في بلاد القانون العام، إلاّ أنه ثمة تساؤل يطرح نفسه في هذا المجال، وهو كيفية التعبير عن الإرادة؟

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

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

---

(١) د. هشام علي صادق، المصدر السابق، ص ٣١٠ - ١٩٩٥.

الفرع الأول

الإرادة الصريحة

تقرّ معظم الأنظمة القانونية مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم[١] فإذا تبين أن طرفي العقد الأولي وقع اختيارهما صراحة على قانون معين ليحكم العقد المبرم بينهما، فإن ذلك يتفق مع قاعدة الإسناد المجمع عليها عموماً في الفقه والقضاء، ونظمتها أغلب التشريعات والاتفاقيات الدولية الحديثة[٢] هي خضوع العقد أو الالتزامات التعاقدية لقانون إرادة المتعاقدين. إذ يعطي القانون للأطراف الحق في اختيار قانون معين لأن يحكم عقدهم، ويحق لهم تعديل هذا الاتفاق في أي وقت. كما يحق لهم أيضاً الاتفاق على تطبيق أي قانون كان ولو كان هذا القانون المتفق عليه عديم الصلة ما بين الأطراف أو موضوع التعاقد[٣]، إذ أصبح من المألوف في عقود التجارة الدولية، ومن بينها عقد البيع أن يتضمن العقد مادة خاصة تحدد القانون الذي يحكم العقد. حيث يشار إلى هذه المادة في الفقه الأنكلوسكسوني بعبارة (Choice of Law Clause) وذلك لأن من يتعاقد على المستوى العالمي لا بد أن يكون ذا ثقافة قانونية تجعله يعرف مدى أهمية التصرف

---

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

(٢) أنظر: د. ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص، عمان، الأردن، ١٩٩٩، ص ١٦٧.

(٣) وقد تبنت هذا الاتجاه العديد من التشريعات المقارنة موضوع الدراسة من ذلك المادة (٢٥) القانون المدني العراقي والمادة (١/١٩) من القانون المدني المصري، والمادة (١١٦) من القانون الدولي الخاص للاتحاد السويدي لسنة ١٩٨٩ والمادة (١/٣) من اتفاقية روما السوق الأوربية المشتركة الاتحاد الأوربي حالياً.

الذي أقدم عليه.

كما أن هناك العديد من عقود البيع النموذجية التي تتضمن مادة خاصة تبين القانون الواجب التطبيق، مثال ذلك عقود البيع التي وضعها اتحاد المطاط وجمعية تجارة الحبوب في لندن. كما أكد القضاء في كل من فرنسا وبلجيكا على مبدأ خضوع العقد لقانون الإرادة[1] وكان القضاء الإنكليزي في أحكامه السابقة قبل عام ١٩٤٩ يؤيد حرية المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد بشرط أن يكون هذا الاختيار عن نية وغير مخالف للنظام العام وأن لا يمنع هذا الاختيار نص في القانون[2].

---

(١) وقد طبق القضاء الفرنسي هذا المبدأ، حيث أنه لم يشترط وجود الصلة بين العقد والدولة التي تم اختيار قانونها ومن أحكام محكمة النقض الفرنسية في هذا الشأن حكمها الصادر في سنة ١٩٥٤ في قضية الباخرة (جيراردمير) حيث قالت المحكمة «إن لطرفي العقد الذي يكون خارجاً عن نطاق معاهدة بروكسل لسندات الشحن، أن يختاروا القانون الذي يفضلانه لحكم العقد» وقالت في معرض تسبيبها للحكم «أن القاضي لا يستطيع أن يغفل إرادة المعاقدين فيطبق قانون معين والتي أعربا عنها عند تحرير سند الشحن».

(٢) ومن القضايا المعروف في القضاء الإنكليزي في هذا المجال هي قضية (NETA FOOD) التي طبقت فيها الحرية المطلقة باختيار القانون وملخصها أن قانون (نيوفاولند) ينص على أن قواعد لاهاي يجب أن تحكم أي عقد نقل من ذلك البلد، وإن كل سند شحن يحكم هذا النقل يجب أن يتضن شرطاً صريحاً بتطبيق هذه القواعد وقامت شركة تجارية مركزها نيويورك بالتعاقد في نيوفاولند على نقل بضائع منها إلى نيويورك وكانت البضاعة (سمك رنجا) فأصدرت الشركة الناقلة سند الشحن خالياً من هذا الشرط ولكن السند كان يتضمن نصاً صريحاً لتطبيق القانون الإنكليزي ونص آخر يقضي بإعفاء الشركة من المسؤولية من أخطاء التابعين، وفي أثناء عملية النقل أصيبت البضاعة بأضرار نتيجة إهمال الربّان، وبما أن سند الشحن كان باطلاً وفقاً لقانون نيوفاولند، لعدم انضوائه على نص يشير إلى تطبيق قواعد لاهاي، إلاّ أن المحكمة (مجلس الملك) اعتبرت السند صحيحاً وفقاً للقانون الإنكليزي المختار الواجب التطبيق وفي ردها على الحجة القائلة بوجوب الصلة بين القانون الإنكليزي والعقد قالت: «إن هذه الصلة ليست ضرورية بتطبيق القانون الإنكليزي، لأنه قد يرغب الأطراف في تطبيق قواعد القانون التجاري =

وهكذا يمكن القول أن مبدأ سلطان الإرادة في مجال العقود أصبح معترفاً به عالمياً مع ملاحظة أن العقود التي تخص العقار، تستثنى من هذه المبدأ حيث تخضع كقاعدة عامة لقانون موقع العقار[1]، فضلاً عن ذلك، هناك عقود ومسائل أخرى تخرج من نطاق هذا المبدأ منها ما يتعلق بالقواعد الامرة أو الناهية المتعلقة بالنظام العام، لأن مجال تطبيق الإرادة هو ما يتعلق بالقواعد المكملة أو المفسرة أو المقررة لإرادة الأفراد التي تنظم العلاقات الخاصة بينهم، وكذلك يخرج من نطاقه تحديد أهلية أطراف العلاقة لأنها محكومة بقانون الجنسية، وتخرج من نطاقه أيضاً عقود العلاقات التي ينظمها المشرع لأسباب اقتصادية أو اجتماعية مثل علاقات العمل والضمان الاجتماعي، وكذلك المسائل المتعلقة بالميراث والوصية، إضافةً إلى مسائل الأحوال الشخصية وعقود التأمين المتعلقة بالعقار والأموال المنقولة التي يحكمها قانون الدولة التي يوجد فيها هذا المنقول وقت وقوع الأمر الذي ترتب عليه كسب الحق أو فقدانه. إلاّ أن هذا لم يمنع بعض الفقهاء من إنتقاد هذا المبدأ والمطالبة بوضع بعض القيود على تطبيقه، والذي يهمنا هو سريان قاعدة قانون الإرادة على العقود التجارية الدولية التي تتم

= الإنكليزي لشهرتها وأن قانون العقد طبقاً لأحكام القانون الإنكليزي هو القانون الذي اختاره المتعاقدان صراحةً أو ضمناً، حسبما تكشف عنه شروط العقد وظروفه وملابساته»، نقلاً عن: د. ممدوح عبد الكريم، المرجع السابق، ص ٣٢٥.

(١) وهذا ما أخذت به المادة (٢/٢٥) من القانون المدني العراقي والمادة ٢/١٩) من القانون المدني المصري والمادة (٢/١٩) من القانون المدني الليبي وكذلك المادة (٦/٩) من اتفاقية روما بنصها، «العقد الذي يكون موضوعه حقاً في مال غير منقول أو حقاً في استعماله يكون خاضعاً من حيث الشكل (المتطلبات الشكلية) إلى القواعد الآمرة لقانون البلد الذي يقع فيه هذا المال، إذا كان تطبيقها ملزماً بصرف النظر عن القانون الذي يحكم العقد ممن حيث الموضوع»، وكذلك المادة (١٢٤) من القانون الدولي الخاص للاتحاد السويسري ١٩٨٩.

عبر شبكة المعلومات، أياً كان نوعها مثل العقود الي تبرم بين التجار والمستهلكين حيث تسري قاعدة قانون الإرادة على العقود التجارية التي تتم إلكترونياً إذ يقرّ البعض أنه يجب أن يتفق الطرفان على القانون المطبق على صفحة الشاشة المستقبلة والأصل أن يتم الاتفاق على اختيار قانون العقد الدولي لحظة إبرام العقد، كما يمكن أن يتم بعد ذلك، وحتى بعد نشوب النزاع بين أطرافه.

وبعد كل ما تقدم، بخصوص حرية الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، يتبين لنا سريان هذا المبدأ على الأعمال التجارية في كل من التجارة العادية والتجارة الإلكترونية، إلاّ أن هناك خصوصية مميزة للتجارة الإلكترونية على الرغم من أنها تتساوى مع التجارة العادية من ناحية تبادل السلع والخدمات مقابل مبلغ نقدي أو عيني، حيث تشمل التجارة الإلكترونية سواءً من حيث تكوين العقد أو تنفيذه أو إنجازه على تقنيات نقل حديثة لبيانات التعاقد في إطار فضاء إلكتروني عن طريق شبكات المعلومات والاتصال مثل الإنترنت[1].

وبهذا يمكن التصور بأن هناك التقاء لإرادات عقدية بهدف تكوين عقد من العقود، إلاّ إنّ الاختلاف هنا أن العقد الإلكتروني إيجاب صادر عن طرف محله، عرض مطروح إما بطرق سمعية أو بصرية أو كلاهما على شبكة للاتصالات ويقبول صادر بنفس الطريقة لتحقيق ما يرغب به الطرفان في إنجازه، والمشكلة هنا أن التعاقد يتم عبر شبكة المعلومات، وبين طرفين متباعدين لا يعرف أحدهما الآخر وهذا يمكن أن يؤثر في النظام القانوني المتعلق

---

(١) يراجع موقع نقطة النيل الأرزق على الإنترنت، المصدر السابق.
http:11www.bluenilet\ rade Boint.com/arabicsitel.jan 2004.

بتكوينها خصوصاً فيما يتعلق بشروط صحة التعبير عن الإرادات العقدية.

الفرع الثاني

الإرادة الضمنية

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

أما إذا لم يكن ثمة إرادة صريحة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد ولم يمكن معرفة ذلك من نصوصه فإن القاضي أو المحكم يبحث عن الإرادة الضمنية في نصوص العقد والظروف المحيطة به عن اتجاه هذه الإرادة فإن تعذر عليه ذلك لجأ إلى مؤشرات أو توطين العقد، أي وضعه في مكان يخضع لقانون باعتباره الأنسب لحكم المنازعة المترتبة عليه، إذ يفترض أن طرفي العقد كانا سيختارانه لو عرضت لهم مسألة اختيار قانون يحكم عقدهم بأنه أكثر ارتباطاً بالعقد[1]. ومن المؤشرات الدالة على إراد طرفي العقد

---

(١) وهذا الإتجاه أخذت به غالبية التشريعات المقارنة وفي مقدمتها القانون المدني العراقي في المادة (١/٢٥) منه والقانون المدني المصري في المادة (١/١٩) منه والقانون المدني الليبي في المادة (١٩) منه والقانون المدني السوري في المادة (٢٠) منه، =

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

ومن رأي بعض الفقه[1]، إن اتفاق الطرفين على إخضاع المنازعة في العقد إلى اختصاص محاكم دولة معينة أو للتحكيم في هذه الدولة مما يعد دلالة على رغبة الطرفين الضمنية في تطبيق قانون هذه الدولة وكذلك فإن إدماج نصوص قانون معين في العقد أو استخدام الاصطلاحات والأشكال القانونية لهذا القانون في تنظيم العقد أو كتابته، قد يستفاد منه، أن إرادة الطرفين قد اختارت هذا القانون لحكم العقد[2]. إلاّ أن هذه المؤشرات يراعى فيها أمران:

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

٢ - إنه متى حدد طرفا العقد صراحة القانون الواجب التطبيق عليه فلا محل للأخذ بمؤشرات أخرى للبحث

= هنا على صعيد التشريعات العربية، كما تأخذ بذلك تشريعات أجنبية عديدة منها القانون الدولي الخاص الجيكوسلوفاكي لسنة ١٩٦٣ في المادتين (٩ و١٠) منه حيث نصتا على تطبيق قانون الموطن المشترك للمتعاقدين، وإلا فقانون بلد الإبرام وذلك فيما لو لم تعين الإرادة قانوناً آخر صراحة أو ضمنياً. وكذلك القانون المدني الإيطالي، إذ نصت المادة (١٥) منه على أنه (يحكم الالتزامات التعاقدية قانون جنسية المتعاقدين المشتركة، فإن لم تكن لهما جنسية مشتركة يصار إلى قانون محل إبرام العقد، ما لم يتبين من إرادة المتعاقدين عكس ذلك).

(١) د. هشام علي صادق، المرجع السابق، ص ٣٢٢.

(٢) د. عوني الفخري، المصدر السابق.

عن الإرادة الضمنية[1].

ومن أحكام القضاء العربي في استخلاص الإرادة الضمنية، حكم أصدرته محكمة الرباط لسنة ١٩٢٠ جاء فيه «لو كان العقد يتصل بقانون دولتين في نفس الوقت وكان قانون إحداهما يتضمن أحكام لتنظيم هذا النوع من العقود خلافاً لقانون الدولة الأخرى والذي لا يتضمن مثل هذه الأحكام فقد يبدو من المنطق تطبيق الدولة الأولى بوصفه قانون الإرادة»[2].

أما القضاء الفرنسي فقد حكم بأنه إذا اتصل العقد بقانون دولتين في نفس الوقت وكان قانون أحدهما يقضي ببطلانه خلافاً لقانون الدولة الأخرى فإنه الأقرب إلى طبيعة الأمور هو تطبيق قانون هذه الأخيرة، كما أن القضاء المختلط في مصر كان قد حكم بأن اتفاق المتعاقدين على تنفيذ العقد في دولة معينة قد يستنبط منه رغبتهما في إخضاع العقد لقانون هذه الدولة[3].

غير أن محكمة النقض الفرنسية توجهت في حكم قديم لها إلى أن عقود القانون الخاص التي تكون الدولة طرفاً فيها لا تخضع بالضرورة لقانون تلك الدولة، في حين قررت محكمة العدل الدولية خلاف ذلك، إذ ذهبت إلى أن هناك قرينة بسيطة في مثل هذه الحالة، على اختيار قانون تلك الدولة وهي قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس، ويبدو ذلك واضحاً في اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية المنازعات

---

(١) حكم التحكيم الصادر عن غرفة التجارة الدولية في القضية المرقمة ١٥١٢/١٩٧١ قرار منشور في مجموعة أحكام التحكيم، ص ٤.

(٢) حكم محكمة الرباط في ١٣/٤/١٩٢٠، أورده: د. هشام علي صادق، المصدر السابق، ص ٦٥٥.

(٣) د. هشام علي صادق، المصدر السابق، ص ٢٩٥.

المتعلقة بالاستثمارات بين الدول المتعاقدة ورعايا الدول الأخرى فقد نصت المادة (٤٢) منها على أنه (في غياب اتفاق الأطراف يطبق قانون الدولة المتعاقدة أي المضيفة للاستثمارات)[١].

وفي حقيقة الأمر إذا لم يتحدد القانون الواجب التطبيق على العقد باختيار صريح أو ضمني بين أطرافه فإن القاضي يقوم بتحديد هذا القانون عن طريق توطين أو تركيز العقد في المكان الذي يرتبط به العقد موضوعياً وينتج فيه غالبية آثاره[٢]، وبهذا الصدد قضت إحدى هيئات التحكيم المُشكّلة في إطار غرفة التجارة الدولية أن تطبيق القانون الذي تدل عليه قواعد تنازع القوانين يقتضي اختيار القانون الذي يرتبط به العقد أكثر من غيره برابطة قوية[٣].

أما بصدد عقود التجارة الإلكترونية، فإنه إذا كان العقد يتصل بدولتين أو أكثر في نفس الوقت (قانون مكان الإبرام وقانون محل التنفيذ مثلاً) وكان قانون أحدهما يتضمن أحكاماً لتنظيم هذا النوع من العقود مثل العقود الإلكترونية خلافاً لقانون الدولة الأخرى، الذي لا يتضمن مثل هذه الأحكام. فمن المنطقي والطبيعي تطبيق قانون الدولة التي يتضمن قانونها أحكاماً لمثل تلك العقود بوصفه

---

(١) د. أبو زيد رضوان، الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، بيروت، ١٩٨٨، ص ١٤٢.

(٢) أنظر: د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج٢، تنازع القوانين، ١٩٧٤، ص ٤٣١.

(٣) حكم غرفة التجارة الدولية في القضية المرقمة ٣٣١٦ في ١٩٧٩/١٠/٢٣، قرار منشور في مجموعة أحكام التحكيم، المصدر السابق، ص ٨٨. وأنظر أيضاً الحكم الصادر في القضية المرقمة ١٩٨٤/٤٢٣٧، إذ حدد الحكم البلد الذي يرتبط به العقد برابطة وثيقة بأنه البلد الذي يتخذ فيه المدين مركزه الرئيس حيث ينفذ فيه التزامه الرئيس أو الجوهري، ص ١٧٠.

قانون الإرادة[1]. أما إذا انعدمت الإرادة الصريحة للمتعاقدين حول اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم إلكترونياً عبر شبكة الانترنيت وتعذر الكشف عن نيتهم الضمنية فإنه لا يحق للقاضي أن يختصر الطريق ويطبق قانونه الوطني أو يرفض الفصل في النزاع وإنما يتعين عليه أن يجتهد للوصول إلى تحديد قانون العقد. إذ يتعين على القاضي البحث عن القانون الذي يرتبط به العقد الإلكتروني بالارتباط الأوثق أو الرابطة الجدية.

وبهذا الاتجاه أخذت اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ إذ جاء فيها (فإنه في الحدود التي يتم فيها اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد فيسري على العقد قانون البلد الذي يرتبط به العقد الرباط الأوثق[2] والحكم ذاته نقله القانون الدولي الخاص الألماني لسنة ١٩٨٦ في المادة (١/٢٨) منه والقانون الدولي الخاص للاتحاد السويسري لعام ١٩٨٧ في المادة (١/١١٧) منه وعلى هذا الأساس يلجأ القاضي إلى توطين أو تركيز العقد في دولة معينة ينتج فيها أغلبية آثاره أو كلها لينتهي إلى اعتبار قانون تلك الدولة هو قانون العقد، وهذه الأحكام تنطبق سواءً كان العقد من العقود التي تتم مباشرة بين الطرفين أو من عقود التجارة الإلكترونية التي تتم من خلال الفضاء الإلكتروني.

---

(١) الأحكام القضائية المشار إليها في د. هشام صادق، المصدر السابق، ص ٥٦٧.

(٢) إذ تنص المادة (٤) في الفقرة (١) من اتفاقية روما على: «١ - إذا كان القانون الواجب التطبيق على العقد لم يتم اختياره وفقاً للمادة (٣) فإن العقد سيكون محكوماً بقانون الدولة التي يرتبط بها العقد الارتباط الأوثق. ومع ذلك إذا كان جزء من العقد الذي يمكن فصله عن بقية الأجزاء أوثق اتصالاً بلد آخر فيطبق قانون هذا البلد على هذا الجزء».

المطلب الثاني

قيود تطبيق قانون الإرادة

بيّنا أن إرادة الفرد في التعاقد والاعتراف من حق المتعاقدين ليس في إبرام العقد وتحديد مختلف شروطه بل أيضاً في اختيار القانون الذي يرونه أكثر تعبيراً عن مصالحهم المشتركة لتنظيم العقد المبرم بينهم. إذ يترتب على ذلك اندماج القانون المختار في العقد وتنزل أحكامه منزلة الشروط التعاقدية، أي يستطيع المتعاقدون الاتفاق على ما يخالفها حتى لو كانت قواعد آمرة[1]، والمهم هنا هل أن الإرادة حرة في اختيارها لقانون العقد أم أن هناك قيوداً تحد من قدرتها على هذا الاختيار بحيث تسمو إرادة المتعاقدين فوق القانون الذي يستمد قوته الملزمة من اتفاق الأطراف على اختيار أحكامه لتنظيم الرابطة العقدية؟ إن الإجابة عن هذا التساؤل تقتضي بحث الدور المخول للإرادة في اختيار قانون العقد في إطار النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية، من هذا المبدأ فإن هذا المطلب ينقسم إلى فرعين، يتناول الفرع الأول قانون الإرادة بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية، في حين يتناول الفرع الثاني أثر النظرية الشخصية والموضوعية في قانون الإرادة. وهذا الأخير بدوره ينقسم إلى فقرتين الأولى تبحث في أثر النظرية الشخصية في قانون الإرادة، في حين تبحث الثانية أثر الموضوعية في قانون الإرادة، على النحو الآتي:

---

(١) Batiffol-subjective same et obectivsme dans le droit into prive des contracts in melenges mamy Dalloz, 1960, P 47.

الفرع الأول

قانون الإرادة بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية

إن قانون الإرادة أصبح بعد تطور طول ضابطاً للإسناد في مسائل الالتزامات التعاقدية، إذ يستمد ضابط الإسناد في مسائل العقد من عنصر السبب أو الواقعة المنشئة للعلاقة باعتبار هذا العنصر هو أحد عناصر العلاقة القانونية، باعتباره مركز الثقل في العلاقات المتعلقة بالعقود، ومن هنا جاء التركيز على إرادة المتعاقدين كضابط للإسناد في الروابط التعاقدية على أساس كونه معياراً أكثر ارتباطاً بهذا العنصر من غيره من المعايير الأخرى[1].

وإن قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة إذا كانت قد لاقت ترحاب واتفاق الفقه والقضاء بعد ذلك في مختلف بلدان العالم، فإن هذا الاتفاق لم يكن إلاّ ظاهرياً حيث إن واقع الأمر أسفر عن اختلافات عميقة في الرأي ترجع إلى النظر إلى الدور الذي تقوم به الإرادة عند اختيارها لقانون العقد[2].

وترجم هذا الاختلاف في الرأي من خلال نظرتين هما:

---

(١) د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، ط٣، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٤، ص ١٥، وكذلك: د. سامي راشد، د. فؤاد عبد المنعم رياض، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ج٢، ١٩٩٢، ص ٢٥.

(٢) د. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٠، ص ٧٣.

١ - النظرية الشخصية.

٢ - النظرية الموضوعية.

فالنظرية الشخصية تذهب إلى أن اتفاق إرادة الأطراف المتعاقدة كاف بذاته مجردٌ بوصفه مصدر الالتزام، فلا يمكن القول معه بإلزام الأطراف إخضاع عقدهم أي قانون آخر غير القانون الذي اختاروه[١]، فإن اختيار قانون تخضع له تلك العلاقة هو اندماج ذلك القانون بالعقد بوصفه بنداً من بنوده فالمسألة هنا هي مسألة خيار للإرادة، إذا شاءت فالعقد لا يخضع لأي قانون وإذا شاءت كان القانون المختار بنداً كبقية البنود في العقد – فالقانون الذي عينته إرادة المتعاقدين ليست له قوة الإلزام إلاّ في الحدود التي رسمته له تلك الإرادة[٢] (إرادة الأطراف المتعاقدة).

ومن هنا استقر مبدأ سلطان الإرادة في نطاق الروابط التعاقدية بحيث إن إرادة المتعاقدين تتمتع بالحرية الكاملة في إبرام العقود وتنظيمها وتحديد شروطها بصرف النظر عن صلة هذا القانون بالعقد[٣].

وبذلك فإن أنصار النظرية الشخصية ردوا قدرة المتعاقدين على اختيار قانون العقد إلى مطلق مبدأ سلطان الإرادة هو ما يخول

---

(١) P. Aramingon Preces Droit International Prive. 12 ed Paris. D. 1985. P. 253-258.

(٢) د. سامي بديع منصور ود. عكاشة عبد العال، طرق حل المنازعات الدولية الخاصة والحلول الوضعية لتنازع القوانين، الدار الجامعية، ١٩٩٥، ص ٣٦.

(٣) د. صلاح محمد المقدم، تنازع القوانين في سندات الشحن ومشارطات إيجار السفينة، دراسة مقارنة، بيروت، ١٩٨١، ص ٧٧.

للمتعاقدين حرية مطلقة في اختيار قانون العقد نفسه[1] بحيث تندمج أحكامه في العقد وتنزل معه منزلة باقي شروطه التعاقدية التي يملك المتعاقدون الاتفاق على ما يخالفها حتى لو اتسمت باطابع الأمر.

أما النظرية الموضوعية التي ترجع في أصولها إلى الفقيه الألماني (سافيني) فهو أول من نادى بضرورة تحليل العلاقات القانونية موضوع النزاع تحليلاً دقيقاً حتى يتسنى تركيزها في مكان معين، فإذا ما عرف هذا المركز أمكن إسنادها إلى القانون السائد في هذا المركز بوصفه أكثر القوانين المتنازعة ملاءمة لحكمه، فقد اعتمد أنصار هذه النظرية على عدة معايير لتعيين القانون الواجب التطبيق، إلاّ أنهم قد اتفقوا على ضرورة الأخذ بالإرادة الصريحة والضمنية واعتبارها المعيار الأول الذي يرجع إليه بشرط توافر الصلة بين القانون الذي أشارت الإرادة بتطبيقه والعقد الدولي[2].

وبذلك تذهب هذه النظرية إلى إرجاع سلطان المتعاقدين في الاختيار إلى قوة القانون الذي منح الإرادة، المقدرة على هذا الاختيار بمقتضى قاعدة من قواعد تنازع القوانين في دولة القاضي وليس إلى مطلق مبدأ سلطان الإرادة، وهذا المر يؤدي إلى خضوع العقد للقواعد الآمرة في القانون الذي اختارته إرادة المتعاقدين[3].

واستناداً إلى مطلق سلطان الإرادة للمتعاقدين فإن الإرادة تملك وفقاً للاتجاه الأول حق الاختيار المادي للأحكام التي تنظم الرابطة العقدية والتي تفلت على هذا النحو من سلطان القانون،

---

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

(٢) Goopprch conflict of law - 3ed west publishinkco. 1949, P 330.

(٣) د. محمود محمد ياقوت، المصدر السابق، ص ٧٤.

في حين لا تملك هذه الإرادة بمقتضى قاعدة الإسناد إلاّ الاختيار التنازعي للقانون، الذي لا يستطيع المتعاقدون مخالفة قواعده الامرة وفقاً للاتجاه الثاني[1]. وبالتالي يترتب على الأخذ بهذه النظرية أو بالأخرى نتائج مختلفة تنعكس آثارها بالذات على مدى قدر الإرادة على استبعاد الأحكام الامرة في القانون المختار.

إن الفقه انقسم إلى اتجاهين، يذهب الأول منهما إلى الأخذ بالنظرية الشخصية بما تخوله للمتعاقدين من حرية واسعة في اختيار قانون العقد يسمو بها على القانون المختار ذاته، في حين ذهب الاتجاه الآخر إلى الأخذ بالنظرية الموضوعية بما تفرضه من قيود على اختيار قانون العقد تؤدي إلى خضوع العقد نفسه للقواعد الآمرة في القانون المختار.

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

الفرع الثاني

أثر النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية في قانون الإرادة

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

---

(١) Pommier- principe d'autonomie loi du contract en droit int, prive. Conventionnel, these, paris, 1992, P. 72.

الفقرة الأولى

أثر النظرية الشخصية في دور الإرادة

في اختيار قانون العقد

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

وإن استقرار مبدأ سلطان الإرادة ليس مجرد تبرير لحل مسبق في تنازع القوانين في العقود بل أصبح هذا المبدأ هو الحل نفسه بما يكفله للإرادة في ذاتها من حق في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد بصفة مستقلة عن أي حل سابق[1] وإن أهم النتائج المترتبة على سلطان الإرادة في مجال القانون الدولي الخاص هي قدرة المتعاقدين على اختيار قانون العقد حيث يرد أنصار هذه النظرية قدرة المتعاقدين هذه إلى مبدأ حرية التعاقد الذي يخول للإرادة سلطاناً مطلقاً في هذا الشأن يرتفع بها فوق القانون الذي يستمد قوته الملزمة على هذا النحو من اتفاق الأطراف على اختيار أحكامه لتنظيم الرابطة العقدية[2].

وتجدر الإشارة إلى أن اختيار المتعاقدين لقانون العقد لا يتم بناءً على قاعدة من قواعد تنازع القوانين، وإنما يستند إلى مطلق سلطان الإرادة، وبهذه المثابة يندمج القانون المختار في العقد لتصبح

---

(١) Ranouil. L'autonomie de la volonte. Op.Cit. P 29.

(٢) د. محمود محمد ياقوت، المصدر السابق، ص ٧٩.

أحكامه مجرد شروط أو بود عقدية يستطيع المتعاقدان الاتفاق على ما يخالفها حتى لو اتسمت بالطابع الآمر[1].

وعلى هذا الأساس، كانت أحكام القضاء الفرنسي تذهب إلى تخويل المحكمة للمتعاقدين في اختيار قانون العقد وهو ما يؤدي إلى اندماج أحكام القانون المختار في العقد ونزولها منزلة باقي شروطه التعاقدية حين قررت المحكمة[2] في قرارها (أن القانون الواجب التطبيق على العقود سواءً فيما يتعلق بتكوينها وآثارها وشروطها هو القانون الذي تبنته إرادة المتعاقدين) وانتهت بذلك إلى إنزال أحكام القانون الأمريكي المختار منزلة شروط العقد التعاقدية حين رفضت الاستناد إليه في إبطال شرط الإعفاء من المسؤولية المنصوص عليه صراحة في العقد[3].

وهكذا يمكن القول أن العقد هنا لا يخضع إلى أي قانون وهو ما يعني بالنهاية إخراجه من مجال تنازع القوانين وإخضاعه إلى مطلق سلطان الإرادة.

وفي إطار هذه النظرية تكون لإرادة المتعاقدين الصريحة القدرة على التنظيم الذاتي للرابطة العقدية. أما في حالة عدم قيام المتعاقدين بتعيين قانون العقد صراحة فعلى القاضي أن يستظهر في هذه الحالة إرادتهم الضمنية في ذلك فإن لم يستطع الكشف عنها فهو يملك تحديد إرادتهم المفترضة في اختيار قانون العقد،

---

(١) Ranouil. L'autonomie de la volonte. Op.cit. P 29.

(٢) محكمة النقض الفرنسية في حكمها الشهير الصادر في (٥) ديسمبر ١٩١٠، نقلاً عن: د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، ص ١٠٥.

(٣) Cass 5/12/1910 s. 1911-1-129 note lyon caen. Rev. crit. 353, Clunet. 1912 - 1156.

مشار إليه في: محمود محمد ياقوت، مصدر سابق، ص ٨٠.

ما لم يكن المشرع قد حدد بنفسه هذه الإرادة من خلال قرائن تختلف بحسب الأحوال، فالإرادة المفترضة هنا تبدو باعتبارها إرادة المتعاقدين كما يتصورها القاضي أو المشرع[١].

ويذهب الفقهاء أنصار النظرية الشخصية إلى عدم تصور اندماج القانون المختار في العقد إلاّ في حالة اختيار المتعاقدين لقانون العقد صراحة أو ضمناً. وفي حالة سكوت الإرادة عن تعيين قانون العقد فيصعب تصور الاندماج لأننا في هذه الحالة نكون أمام قانون عينه المشرع أو حدده القاضي ليحكم الرابطة العقدية وليس أمام قانون اختارته إرادة المتعاقدين، بحيث تستطيع الإفلات من أحكامه وإنزالها منزلة الشروط العقدية[٢]، مما يترتب على اندماج القانون المختار في العقد النتائج الآتية:

١ - إن النصوص القانونية التي يختارها أطراف العقد تبقى هي ذاتها دون أن تتأثر بأي تعديل لها في قانون دولتها فتلك النصوص قد أدمجت بالعقد بإدخالها فيه بوصفه بنداً من بنوده، فالنص القانوني في العقد هو ذلك النص الذي كان نافذاً لحظة الاختيار[٣]، وأصبحت بهذه المثابة مجرد شروط عقدية تعامل معاملة الواقع أمام القضاء الوطني[٤].

٢ - كما يترتب على اندماج القانون الأجنبي المختار في العقد

---

(١) Deby-gerard. Le role de la regle de conflict dans le reglement des rappoits intrnationaux. These. Paris. Dalloz, 1973, Bibledr. Int Pr. Vol. xvi N° 287.

(٢) د. هشام علي صادق، المصدر السابق، ص ١٠٩.

(٣) د. سامي بديع منصور ود. عكاشة عبد العال، المنازعات الدولية والحلول الوسط لتنازع القوانين، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٩٥، ص ٣٦١.

(٤) Aspects philosphiquse cludroit international prive, paris, Dalloz, 1956, N° 55.

أنه يجوز للخصوم استبعاد أحكامه الآمرة وو ما يعني أن يبقى العقد طليقاً لا يخضع لأي قانون، في حين أنه لا يحق لهم أن يأخذوا بنصوصه التي تتعارض مع القواعد الآمرة في قانون القاضي حتى لو لم تصطدم بالنظام العام الوطني على المعنى المحدد له في القانون الدولي الخاص[1].

٣ - كذلك يترتب على اندماج القانون الأجنبي المختار في العقد أنه لا يتقيد اختيار المتعاقدين للقانون الذي يحكم العقد باقتضاء توافر صلة بين هذا القانون وبين هذا العقد حيث إن اشتراط مثل هذه الصلة من شأنه أن يجعل هذا الاختيار خاضعاً لنظام قانوني وضعي قد لا يقر صحة هذا الاختيار نفسه إلاّ في الحدود التي يرسمها أو ينص عليها وهو الأمر الذي يتعارض مع مبدأ سلطان الإرادة، أي بمعنى آخر مع فكرة حرية الاختيار نفسها[2]. ووفقاً لهذا الاتجاه يجوز للمتعاقدين اختيار قانون اشتهر بوضع شروط نموذجية موحدة لنوع معين من العقود مثل القانون الإنكليزي الذي ينظم بعض عقود النقل وتجارة الحبوب حتى لم تكن هناك صلة بين العقد وبين هذا القانون على أساس أن هذه الصلة أتت من حاجة التجارة الدولية[3].

٤ - استناداً إلى مبدأ سلطان الإرادة يؤدي اختيار المتعاقدين لقانون أجنبي معين إلى اندماجه في العقد لتصبح

---

(١) د. هشام علي صادق، مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٦٨، ص ٩٧ وما بعدها.

(٢) Deby Gerard, Op, Cit. N° 314.

(٣) د. فؤاد رياض ود. سامية راشد، المصدر السابق، ص ٣٧٤.

أحكامه مجرد شروط تعاقدية وهذا الاندماج يتنافى وفكرة الإحالة التي يفترض إعمالها أن اختصاص القانون المختار قد يتم بمقتضى قاعدة من قواعد التنازع وليس استناداً إلى مبدأ سلطان الإرادة المطلق[1].

٥ - يؤدي اندماج القانون المختار في العقد إلى فقدان هذا القانون لصفته القانونية ويصبح مجرد عنصر من عناصر الواقع وتتحول أحكامه إلى مجرد شروط عقدية تكون واجبة التطبيق بصرف النظر عن إرادة القانون المختار في الانطباق على العلاقة العقدية المطروحة ومن ناحية ثانية فإن مشكلة إرادة الانطباق في مجال قانون الإرادة لا يثار عادة من الوجهة العملية لأن غالبية القوانين المنضمة للعقود لا تحدد العقود التي يختارها قانون الإرادة مجالاً لانطباقه[2].

٦ - أنصار النظرية الشخصية يرفضون ما قد تؤدي إليه أحكام القانون المختار من إبطال للعقد، إذ باندماج هذا القانون في العقد يتجرد من عنصره، وهذا الأمر يؤدي إلى بطلان العقد ويصير شرطاً من شروطه التعاقدية التي لا يتصور عقلاً أن تؤدي إلى بطلان العقد وإلى نقض الهدف الذي يسعى إليه المتعاقدان وهذا ما أخذت به المحكمة العليا الهولندية حيث رفضت المحكمة إبطال العقد طبقاً لما قضى به القانون المختار على أساس تعارض هذه النتيجة وإرادة المتعاقدين التي لا يعقل أن

---

(١) Deby Gerard, Op. Cit, No. 335.

(٢) د. هشام علي صادق، عقود التجارة الدولية، المصدر السابق، ص ١١٢.

تسعى إلى إبرام عقد باطل[1].

٧ - كذلك قد يذهب المتعاقدون استكمالاً لحرية الاختيار الواسعة التي تتيحها النظرية الشخصية إلى الحد الذي يشترطون فيه عدم الخضوع لأي تعديلات تشريعية لاحقة قد تطرأ على القانون المختار بعد إبرام العقد بحيث لا تندمج هذه التعديلات في العقد ولا تعد جزءاً من شروطه التعاقدية حتى لو كانت ذات صيغة آمرة ما لم ينص المتعاقدون على خلاف ذلك[2].

وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ١٩٥٠/٦/٢١ حين أقرّت بحق الخصوم في استبعاد تطبيق القواعد المعدلة حتى لو كانت متعلقة بالنظام العام[3].

واستناداً إلى ما تقدم، فإن النظرية الشخصية تؤدي إلى تأييد حرية المتعاقدين المطلقة في اختيار قانون العقد ومثل هذا الاختيار هو اختيار مادي يبيح للمتعاقدين إخراج العقد من سلطان العقد استناداً إلى مبدأ سلطان الإرادة المطلق وهو ما يؤدي إلى خضوع العقد على هذا النحو لإرادة المتعاقدين الذي اختاروه باختيارهم لمختلف الشروط التعاقدية الأخرى المنصوص عليها في

---

(١) حكم المحكمة العليا الهولندية الصادرة في ١٩٢٤/٦/١٣ . Pommier, op. cit, P 113.

(٢) Mayer-lemythede l'order Juridiquede puse: ou (grundiegung) in melanges cold man, paris, 1983, P 206.

(٣) Cass. 21/6/1950-749 note hamel.

كما قرر البعض إنما ذهبت إليه المحكمة في حكمها المشار إليه يتعارض مع ما قررته المحكمة في نفس الحكم من ضرورة خضوع العقد الدولي للقانون السائد في دولة معينة، راجع بشأن ذلك:

Patiffol - contrats et conventions, op. cit, P 56, N° 3 et 37.

العقد فاندماج القاون المختار في العقد ونزوله منزلة باقي شروطه التعاقدية يؤدي إلى أن تصبح قواعد تنازع القوانين لا قيمة لها في هذه الحالة ما دام قانون الإرادة خارج دائرة التنازع[1].

في حين يذهب الفقه الحديث والقضاء الغالب إلى رفض ذلك حين أرجع جانباً منه إلى قدرة الإرادة على الاختيار إلى قاعدة من قواعد تنازع القوانين في دولة القاضي وليس إلى مطلق مبدأ سلطان الإرادة وبالتالي ينحصر دور الإرادة على هذا النحو بإخضاع العقد لحكم القانون المختار لا تقوى الإرادة على الخروج عن قواعده الامرة لأن دورها ينحصر في الاختيار التنازعي للقانون الذي سيخضع العقد لأحكامه الامرة وليس اختيارها المادي لأحكام القانون التي تندمج في العقد ويصبح جزءاً من شروطه التعاقدية، يملك المتعاقدون مخالفتها حتى لو كانت تتسم بالطابع الآمر[2].

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

الفقرة الثانية

أثر النظرية الموضعية في دور الإرادة

في اختيار قانون العقد

إن مغالاة فقه النظرية الشخصية في تقديس مبدأ سلطان الإرادة أدت إلى إفلات العقد من حكم القانون حيث انكمش دور

(١) Deby Gerard, Op. Cit., N° 288.

(٢) Deby Gerard, Op. Cit., P. 228.

القاعدة القانونية وتضاءل تدخل الدولة سواء لحماية الطرف الضعيف أو لتحقيق المصلحة العامة، وأصبحت إرادة الفرد هي روح القاعدة القانونية وجوهرها حيث سمت فوق القانون الذي استمد منها قوته الملزمة واقتصر دوره على حمايتها[1].

وهذه الأفكار التي ودلت في ظل تعاليم المذاهب الفردية لم تستمر وذلك بتدخل المشرع بفرضه العديد من القواعد الآمرة التي لا يجوز الخروج عنها وذلك بهدف حماية المصالح العامة في حدود القانون الذي تستمد منه سلطانها وذلك على أساس أن العقد ليس مسألة خاصة بأطرافه فقط وإنما هو حلقة في نظام قانوني متكامل وهو لا يرتب آثاراً قانونية بوصفها هذا إلاّ باستناده إلى هذا النظام الذي يمنحه الوجود والحماية[2].

وإن فقه القانون الدولي الخاص الحدث إذا كان قد اعترف بدور الإرادة في اختيار قانون اعقد فإن هذا الحق يستند إلى حكم القانون الذي سمح للإرادة بهذا الاختيار وليس إلى سلطان الإرادة وينحصر دور الإرادة على هذا الأساس في تعيين القانون الذي يحكم العقد لا في تحريره من سلطان هذا القانون[3].

وهذا ما دفع جانباً من أنصار النظرية الشخصية إلى رد قدرة الإرادة على اختيار قانون العقد إلى قاعدة مادية من قواعد القانون الدولي الخاص في دولة القاضي تستند إلى مبدأ حرية التعاقد الذي يخول المتعاقدين القدرة على وضع الشروط العقدية

---

(١) د. محمود محمد ياقوت، المصدر السابق، ص ٩٥.

(٢) Batifoll - aspects philosophiques, du droit international rive, paris, dalloz, 1956, P. 99.

(٣) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق، المصدر السابق، ص ٢٨٦.

التي يلتزمون بأحكامها أسوةً بما يجري عليه الأمر في القانون الداخلي ويستمد المتعاقدون قدرتهم على التنظيم الذاتي للعقد من سلطان القانون الذي منحهم هذه القدرة وهذا ما أخذ به في المادة (١١٣٤) من القانون المدني الفرنسي[١] في حين رفض فقه النظرية الموضوعية الغالب ما ذهب إليه أنصار النظرية الشخصية سواء أرتدّ حق الاختيار الإرادي لقانون العقد إلى مطلق سلطان الإرادة أو استند هذا الحق إلى قاعدة مادية من قواعد القانون الدولي الخاص حيث ارجع جانب من هذا الفقه دور الإرادة في اختيار قانون العقد إلى قاعدة من قواعد تنازع القوانين في دولة القاضي تخضع بمقتضاها الرابطة العقدية لسلطان القانون المختار[٢].

وبالتالي يمكن القول، أن فقه النظرية الموضوعية يفرض قيوداً على حرية الاختيار ويترتب على ذلك نتائج تختلف عما انتهى إليه فقه النظرية الشخصية سواء من حيث احتفاظ القانون المختار بصفته القانونية هذه أمام القضاء الوطني وعدم اندماجه في العقد وخضوع المتعاقدين لأحكامه الآمرة وما تؤدي إليه مخالفة هذه الأحكام من إبطال للعقد أو من حيث إمكان التجميد الزمني لأحكامه عند إبرام العقد واقتضاء توافر الصلة بين العقد وأحكام القانون المختار وما يقيد حرية المتعاقدين في اختيار أكثر من قانون في إطار التصرف القانوني الواحد وحتى لا تؤدي هذه التجزئة إلى إفلات العقد من أحكام القانون، في حين يذهب جانب فقهي آخر إلى اعتبار إرادة المتعاقدين مجرد ضابط للإسناد يقتصر دوره على التركيز الموضوعي للرابطة العقدية في إطار نظام قانوني معين

---

(١) Deby Gerard, Op. Cit., N° 231.

(٢) Pommier, Op. Cit,, N° 52.

يرتبط بها مما يخضعها بالتالي للأحكام الآمرة في هذا النظام[1].

وهذا الأمر يتحتم معه تناول فكرة التركيز الموضوعي للرابطة العقدية بما يقتضيه من إسناد العقد للقانون الأكثر صلة بالعقد بمقتضى قاعدة من قواعد تنازع القوانين في دولة القاضي يؤدي إلى اختصاص القانون السائد في مقر الرابطة العقدية والذي يشكل على هذا النحو مركز الثقل فيها[2]، وهكذا استقر فقه النظرية الموضوعية الغالب في جميع الأحوال على ضرورة خضوع العقد للقانون الداخلي لدولة معينة عملاً بقواعد تنازع القوانين في دولة القاضي[3].

المطلب الثالث

موقف التشريعات المقارنة موضوع البحث

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

سبق أن قلنا إن العديد من التشريعات الوطنية[4] لمختلف الدول اتخذت من قانون الإرادة قاعدة إسناد أصلية في مجال العقود، وكذلك اتخذت العديد من الاتفاقيات الدولية الموحدة لقواعد التنازع وعلى ذلك سوف نبين في هذا المطلب تطبيقات قاعدة قانونية الإرادة في القوانين الوطنية في الفرع الأول وفي الاتفاقيات الدولية في الفرع الثاني.

---

(١) Pommier (s.ch) principe dautonomie et 10: du contnat en droit international prive convetionnel. These paris 1992 P 167.

(٢) Pommier, Op. Cit., N° 324.

(٣) Pommier, OP. Cit., N° 21.

(٤) كالقانون المدني العراقي، والقانون المدني المصري، والقانون المدني السوري وغيرها.

الفرع الأول

في القوانين الوطنية

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

أولاً: في القانون العراقي:

أخذ القانون العراقي مثل غيره من القوانين العربية مبدأ سلطان الإرادة في مجال العقود وتبنى قاعدة قانون الإرادة كقاعدة إسناد عامة في نطاق الالتزامات التعاقدية حيث نصت الفقرة الأولى من المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي على أنه «يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذ اتحدا موطناً، فإن اختلفا موطنا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو تبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه»، وهذه المادة منقولة من المادة (١٩) من القانون المدني المصري وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري تعليقاً على هذه المادة أنها تتضمن حكماً عاماً لسلطان الإرادة ويضمن وحدة القانون الواجب التطبيق على العقد وهي وحدة لا يكفلها فكرة تحليل عناصر العقد واختيار

القانون الذي يتلاءم مع طبيعة كل منها[1] وقد ثار خلاف في الفقه المصري بخصوص المادة (١٩) حيث استعمل المشرع عبارة الالتزامات التعاقدية ولم يستعمل مصطلح العقد والالتزامات التعاقدية يقصد بها آثار العقد، ورتب البعض على أن قاعدة قانون الإرادة الواردة في المادة (١٩) تنطبق فقط على آثار العقد، أما فيما يتعلق في القانون الواجب التطبيق على تكوين العقد فهي مسألة يجب تركها لاجتهاد الفقه والقضاء[2].

أما القسم الآخر من الفقه فيقول إن المادة (١٩) مدني مصري جاء نصها مصرحاً بالقانون الواجب التطبيق في الالتزامات التعاقدية إلاّ أنه ليس هناك أية شبهة في سريان هذه القاعدة على العقد بوصفه مصدراً لهذه الالتزامات[3].

ويؤيد الفقه الراجح وجهة النظر هذه متأثراً بمبدأ وحدة القانون الواجب التطبيق على العقد مسترشداً بما ورد في المذكرة الإيضاحية للقانون الذي تؤيد هذا المبدأ وتكشف عن قصد المشرع في التعبير باصطلاح الالتزامات العاقدية عن كل ما يتعلق بالرابطة التعاقدية من حيث تكوينها وآثارها[4].

وقد أطلق المشرع العراقي نص المادة (٢٥) من القانون المدني الذي لم تقيد اختيار المتعاقدين لقانون أجنبي بأي قيد، غير أن الفقه يميل إلى تقييد حرية هذا الاختيار بوجود صلة بين القانون

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج١، ص ٢٨٩.

(٢) د. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، الإسكندرية، ١٩٥٥، ص ٥٨٤.

(٣) د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٩، ص ٤٢٢.

(٤) د. هشام علي صادق، المصدر السابق، ص ٦٦٤.

المختار والعقد أو المتعاقدين[1] وهناك قسم من الفقهاء ينتقد عدم تقييد الإرادة الصريحة ويرى أن المشرع تكلم عن الإرادة الضمنية بطريقة مبهمة فلم يبين ما هي العناصر التي يمكن الاستناد إليها لاستخلاص هذه الإرادة الضمنية[2].

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

ثانياً: في القانون الفرنسي:

لا يوجد نص تشريعي في فرنسا مكتوب بتبنى قاعدة قانون

---

(١) المصدر نفسه، ص ٦٥٢. د. علي علي سليمان، شرح القانون الدولي الخاص الليبي، منشورات جامعة بنغازي، ١٩٦٩، ص ٩٨.

(٢) د. محمد عبد الخالق عمر، القانون الدولي الليبي الخاص، ١٩٧١، القاهرة، علماً أن القانون الليبي والقانون المدني العراقي والقانون المدني المصري نصوص المواد (١٩) مدني ليبي و(٢٥) مدني عراقي و(١٩) مدني مصري و(٢٧) مدني سوداني و(٢٠) مدني سوري متشابهة وليس بينها فرق.

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

وبذلك يُعد النظام القضائي الفرنسي من أوسع النظم فيما يتعلق بمبدأ سلطان الإرادة حيث ليست هناك أية قيود على حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم العقد إذا استثنينا القيد المعروف المتعلق بعدم مخالفة النظام العام سوى أن ينصب الاختيار على قانون وطني معين[١]، وفيما يتعلق بعدم مخالفة النظام العام يرى بعض الفقه في فرنسا ومنهم (باتيفول) إن إرادة المتعاقدين لا تقوم بتعيين القانون الخاص، وإنما تقوم بتركيز العقد في مكان معين فإذا تم تركيز العقد على هذا النحو فإن قانون المكان الذي اختاره المتعاقدان هو الذي يطبق على العقد[٢]، وفي حكم لمحكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ ١٩٣٥/٦/٤ رفضت فكرة تجزئة العقد وتطبيق عدة قوانين مختلفة على أجزاء العقد وقررت تطبيق قانون الإرادة على عناصر العقد كافة بما فيها الآمرة والناهية وعلى أساس عدم قابلية العقد للتجزئة[٣]، هذا في حالة اتفاق الطرفين صراحة على اختيار قانون معين، أما عند غياب مثل

---

(١) جاء في قرار لمحكمة النقض الفرنسية عام ١٩٥٠ حيث نقل عن فيليب كهن، عقد البيع الدولي، ص ٢٣٦، دي لا كوليت، ص ٩٨.

(٢) د. هشام علي صادق، المرجع السابق، ص ٦٥٤.

(٣) جابر عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص العربي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٠، ص ٥٤٢.

هذا الاتفاق فاستخلاص الإرادة الضمنية يكون من مهمة القاضي وهذا ما قررته محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٥٩/٧/٦ والذي كررت فيه الإشارة إلى قاعدة قانون الإرادة على أن القانون الواجب التطبيق على العقود من حيث تكوينها وشروطها وآثارها هو القانون الذي يختاره الأطراف وفي حالة سكوت هؤلاء عن تحديد هذا القانون صراحة فإنه يجب على قاضي الموضوع التصدي بتحديده وفقاً لظروف وملابسات الحال[١].

حيث يستخلص الفقيه (باتيفول) من هذا الحكم أن المحكمة قد خولت لقضاة الموضوع عند عدم وجود إرادة صريحة للتعاقدين أن يكشفوا عن القانون الواجب التطبق على العقد من خلال الظروف الملابسة للتعاقد دون الحاجة إلى البحث عن الإرادة الضمنية، فكأن المحكمة بذلك قد اعترفت بأن تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية يتم أساساً وفقاً لفكرة التركيز المكاني للعقد في ضوء الظروف الملابسة للتعاقد[٢]، وبذلك فإن المحكمة قد أخذت بالنظرية الموضوعية.

ما بيّناه كان يتعلق بتطبيقات القضاء الفرنسي لقاعدة قانون الإرادة كقاعدة إسناد في مجال العقود الدولية بصفة عامة، وذلك في حالة غياب النصوص القانونية المكتوبة.

أما فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على عقود البيع الدولي فإنه بعد انضمام فرنسا إلى اتفاقية لاهاي لسنة ١٩٥٥ الخاصة بعقود البيع الدولي للمنقولات المادية أصبحت هناك

---

(١) ورد هذا الحكم في مؤلف باتينول عن القانون الدولي الخاص وأشار إليه هشام علي صادق، المرجع السابق، ص ٦٥٢.

(٢) د. هشام علي صادق، المرجع السابق، ص ٦٥٢.

نصوص مكتوبة يتقيد بها القضاء الفرنسي، إذ تعتبر بمثابة تشريع داخلي يحكم مسألة تنازع القوانين في مجال عقود البيع الدولي للمنقولات المادية حيث جاء في حكم لمحكمة استئناف ليون في ١٩٧٩/٢/٢٨ أن أحكام اتفاقية لاهاي لعام ١٩٥٥ بعد أن صدقتها فرنسا بتاريخ ١٩٦٣/٧/٣٠ حيث عينت المحكمة القانون الواجب التطبيق على عقد البيع موضوع النزاع بين بائع فرنسي ومشترٍ ألماني طبقاً لأحكام هذه الاتفاقية[1].

الفرع الثاني

في الاتفاقيات الدولية

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

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

---

(١) هذا الحكم منشور في كتاب الدكتور:

Mathilde Sumam Pouw Les Nouvelles Conventions de la Haye Leur Application Partes Juge Nation aux Tom II, P. 27.

أولاً: اتفاقية لاهاي لعام ١٩٥٥:

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

«يخضع البيع لقانون البلد التي يعينه المتعاقدان، ويتم هذا التعيين إما صراحة في إحدى بنود العقد أو يستنتج بصورة مؤكدة من أحكام العقد: وتخضع لنفس القانون الأحكام المتعلقة برضاء الطرفين فيما يخص القانون الواجب للتطبيق»[١].

إذ يتضح من نص هذه المادة: إن اتفاقية لاهاي أخذت بقاعدة قانون الإرادة كقاعدة إسناد أصلية لعقد البيع الدولي وهي دون شك القاعدة الأكثر ملاءمة لحاجات التجارة الدولية حيث أعطت هذه المادة للمتعاقدين الحرية الكاملة لاختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهما دون اشتراط أي صلة بين العقد والقانون المختار، وفي حالة غياب الإرادة الصريحة، فإن البحث يدور حول استخلاص الإرادة الضمنية للمتعاقدين من الأحكام العامة للعقد بشرط أن يتم هذا الاستخلاص بصورة مؤكدة ودون أ شك ونلاحظ أن المادة الثالثة من اتفاقية لاهاي في الخامس عشر من حزيران ١٩٥٥ الخاصة بالبيوع الدولية للمنقولات المادية تنص على (إذا لم يتفق الأطراف على اختيار القانون الواجب التطبيق فإن البيع يحكمه من حيث المبدأ قانون الدولة التي يوجد عليها محل الإقامة المعتاد للبائع)[٢] وفضلاً عن ذلك، فإن انصراف إرادة طرفي العقد

---

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

(٢) نقلاً عن: د. عكاشة عبد العال، قانون العمليات المصرفية، الإسكندرية، ١٩٩٤، ص ١٢٧.

إلى تعيين القانون المختص يعتبر في ذاته تصرفاً قانونياً أو اتفاقاً وحتى لا يثار خلاف حول تطبيق هذا القانون الذي يحكم التصرف قضت الفقرة الثالثة من المادة الثانية من هذه الاتفاقية بأن هذا التصرف يخضع لنفس القانون الذي اختاره الطرفان[1]، في حين بينت الاتفاقية في المادة الخامسة أن الاتفاقية (لا تسري على أهلية الأطراف ولا شكل العقد ولا انتقال الملكية)، وهذا هو الاتجاه السائد فقهاً وقضاء على نطاق دولي في استبعاد الأهلية وشكل العقد من نطاق قانون الإرادة وأخضاع الأهلية لقانون الجنسية وإخضاع شكل العقد لقانون مكان إبرامه، أما استبعاد مسألة انتقال الملكية فهذا يعود إلى الرغبة في تفادي الاختلافات المعروفة بين التشريعات الوطنية بخصوص هذه المسألة.

ثانياً: اتفاقية لاهاي لعام ١٩٨٦:

إن القصد من إبرام هذه الاتفاقية هو أن تكون بديلاً للإتفاقية السابقة حيث أخذت هذه الإتفاقية الجديدة بعين الاعتبار التطورات الحديثة في مجال التجارة الدولية عموماً، ومن أهم هذه التطورات إبرام اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ بخصوص توحيد الأحكام الموضوعية لعقد البيع الدولي للبضائع وقد تبنت هذه الاتفاقية قاعدة قانون الإرادة كقاعدة إسناد في المادة السابعة منها، وتنص على الآتي:

١ - يخضع عقد البيع للقانون الذي يختاره الطرفان ويجب أن يكون اتفاق الطرفين بخصوص هذا الاختيار صريحاً أو يمكن استنتاجه بوضوح من شروط العقد وظروف

---

(١) د. ثروت حبيب، دراسة في قانون التجارة الدولية، القاهرة، ١٩٧٥، ص ٢٠٩.

الحال منظوراً إليها مجتمعة ويمكن أن يقتصر الاختيار على جزء من العقد فقط.

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

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

منها بصورة منطقية ومؤكدة لا يداخلها أي شك.

ب - أقرّت فكرة تجزئة العقد وتعدد القوانين المطبقة عليه بشكل صريح بل أن للطرفين مطلق الحرية في تغيير القانون الذي سبق الاتفاق عليه ليحكم العقد دون الإخلال بحقوق الغير أو بصحة وسريان العقد من حيث الشكل[1] بما في ذلك مبادئ قانون التجارة الدولية المنفصل عن القوانين الوطنية، وهكذا يبدو أن واضعي هذه الاتفاقية يؤيدون فكرة العقد الطليق أو العقد الذي يحكم نفسه ذاتياً دون الارتباط بأي قانون داخلي، وهذا الاتجاه الذي اتجهت إليه الاتفاقية الجديدة سوف يؤدي إلى إزالة أحد العوائق التي يعتقد البعض إنها تحول دون نمو وتطور قانون التجارة الدولية، وكان هذا من أهم الانتقادات التي وجهت إلى اتفاقية لاهاي لعام ١٩٥٥.

ج - رفضت فكرة الإحالة بشكل صريح في المادة (١٥) التي بينت أن كلمة (القانون) كما وردت في الاتفاقية تعني القانون النافذ في دولة معينة دون قواعد الإسناد الخاصة بها، مع ملاحظة أن تعريف القانون على هذا النحو قد يعيدنا مجدداً إلى الفكرة المنتقدة وهي تقييد إرادة المتعاقدين

---

(١) الطبيب الزروتي، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، أطروحة دكتوراه، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر لسنة ١٩٩٠ - ١٩٩١، ص ٤٨٥.

في الاختيار بقانون داخلي في دولة معينة، ولا نعتقد أن هذا هو الهدف المنشود من وراء نص المادة (١٥) التي خصصت لاستبعاد فكرة الإحالة بشكل صريح، ولعله كان من الأفضل أن تصاغ المادة (١٥) على النحو الآتي تلافياً لأي إشكال أو خلاف في التفسير (إذا اتفق المتعاقدان على تطبيق قانون دولة معينة فإن قواعده الداخلية هي التي تطبق دون قواعد الإسناد الواردة فيه) ومثل سابقتها بينت الاتفاقية الجديدة في المادة (٥) منها إنها لا تختص بالقانون الواجب التطبيق على أهلية المتعاقدين أو على انتقال ملكية المبيع كذلك نصت المادة (٦) على أن القانون الذي بينه الاتفاقية يكون واجب التطبيق بصرف النظر عن كونه قانون إحدى الدول المتعاقدة.

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

المبحث الثاني

قواعد الإسناد الاحتياطية

بسبب عاملي السرعة والمنافسة وغيرها من العوامل التي تحيط بالمعاملات التجارية فقد تبرم بعض عقود التجارة الدولية خاصة عقود البيع الدولي ومنها عقود التجارة الإلكترونية دون الإفصاح عن إرادة المتعاقدين الصريحة في اختيار قانون معين ليحكم العقد وقد يتعذر استخلاص الإرادة الضمنية من ظروف التعاقد وشروط العقد وهنا يثار التساؤل عن القانون الواجب التطبيق في حالة حدوث نزاع بين المتعاقدين حيث لا مشكلة بالنسبة إلى المتعاقدين في حالة الاتفاق صراحة على القانون الذي يحكم العقد، إذ إن هناك إجماعاً بين القوانين الوطنية والاتفاقيات والقضاء في مختلف الدول على احترام مبدأ سلطان الإرادة وإعمال قاعدة قانون الإرادة بوصفها قاعدة الإسناد الأصلية الملائمة للعقود الدولية ومن بنيها عقود التجارة الإلكترونية. وكل ذلك مرهون بأن يكون التعبير عن إرادة المتعاقدين قد تم صراحةً في بنود العقد أو يمكن استخلاص هذه الإرادة من ظروف التعاقد. أما بالنسبة إلى الحالات التي تنعدم فيها الإرادة الصريحة وكذلك الضمنية فقد نشأ خلاف كبير بين الفقه والقضاء والتشريع بخصوص حل هذه المشكلة وتحديد قاعدة الإسناد الاحتياطية التي يسترشد بها في مثل هذه الأحوال لتعيين القانون الواجب التطبيق على العقد.

كذلك تختلف هذه القواعد الاحتياطية في القوانين عن القواعد المقررة في الاتفاقيات الدولية وعلى ذلك سوف نقسم هذا

المبحث إلى مطلبين، نتناول في المطلب الأول القواعد المقررة في القوانين الأجنبية والوطنية، ثم نبين في المطلب الثاني القواعد المقررة في الاتفاقيات الدولية.

المطلب الأول

القواعد المقررة في القوانين الأجنبية والوطنية

سنتعرف على قواعد الإسناد في القوانين الأجنبية وذلك في الفرع الأول ثم نبين قواعد الإسناد الاحتياطية في القانون العراقي في الفرع الثاني.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

الفرع الأول

في القوانين الأجنبية

أخذ القضاء في العديد من الدول التي لم تنص تشريعاتها على ضابط الإسناد عند غياب الإرادة على تعيين القانون الواجب التطبيق باتباع المنهج الذاتي الذي يقوم على محاولة استكشاف ما كان يقصده المتعاقدان فيما لو صرفا إرادتهما إلى تحديد القانون الذي يحكم العقد.

فالقاضي في هذه الحالة لا يفسر العقد للتعرف على ما قصده المتعاقدان وإنما هو يعين ما كان يقصده المتعاقدان، وبعبارة أخرى هو لا يبحث عن إن كانت إرادة المتعاقدين موجودة فعلاً أو كانت ضمنية، بل يفرض عليهما إرادة غير موجودة فعلاً ويقيمها على قرائن مستمدة من ظروف العقد، ولذلك يطلق عليها الإرادة المفترضة[1].

والبعض الآخر يرى أنها إرادة مفترضة على اعتبار أن القضاء في غياب الإرادة الصريحة أو الضمنية يضطر إلى تطبيق القانون الذي يفترض أن إرادة المتعاقدين قد قصدت إعمال أحكامه[2].

أو كما عبرت عن ذلك المحكمة الفدرالية السويسرية بقولها (القانون الذي كان يمكن أن يختاره المتعاقدان ليحكم عقدهما لو أنهما فكرا في إدراج نص في العقد بهذا الخصوص)[3].

وهذا هو المنهج الثاني، وقد كان موضع انتقاد العديد من الفقهاء على اعتبار أن الإرادة إما أن توجد أو لا توجد، أما الإرادة المفروضة فهي مجرد وهم وهي تتنافى مع فكرة الإرادة بذاتها. فضلاً عن ذلك، فإن إرادة القاضي هي التي تحدد في النهاية القانون الواجب التطبيق.

وقد نشأ في السنوات الأخيرة منهج ثالث جديد يمكن أن نسميه المنهج الموضوعي ويتأسس على فكرة الاعتراف للقاضي باستعمال سلطته التقديرية في القيام بالبحث مباشرة وبشكل موضوعي عن

---

(١) د. عز الدين عبد الله، المصدر السابق، ص ٤٢٤.

(٢) د. هشام علي صادق، المصدر السابق، ص ٦٥٨.

(٣) فيليب كهن، المصدر السابق، ص ٢٥٥.

القانون الوطني الذي له بالعقد موضوع النزاع أوثق الروابط ومن ثم يقرر أن هذا القانون هو القانون الواجب التطبيق على ذلك العقد دون أي اهتمام بمسألة الإرادة المفروضة[1].

ويرى الأستاذ (شيمتهوف) أن المنهجين الذاتي والموضوعي ليسا متناقضين، بل يكملان بعضهما البعض، وهذا هو جوهر المنهج الثالث الحديث الذي يعطي الاعتبار في المقام الأول لإرادة الأطراف عند تقرير القانون الواجب التطبيق وفي حالة غياب هذه الإرادة يجري البحث عن القانون ذي العلاقة الأقرب والأوثق[2].

وقد تبنى الفقيهان (Morris, Dicey) هذا المنهج الحديث في الطبعة الثامنة من موسوعتهما القانونية تنازع القوانين، حيث ورد في المادة (١٢٧) تعريف مصطلح Proper Law of Contract القانون الواجب التطبيق على العقد بأنه «النظام القانوني الذي يختاره المتعاقدان ليحكم العقد وفي حالة عدم التعبير صراحة عن الإرادة واستحالة استخلاصها من الظروف، يكون النظام القانوني الذي تربطه بالصفقة أكثر العلاقات قرباً وواقعية»[3].

---

(١) د. هشام علي صادق، المصدر السابق، ص ٦٥٨، فيليب كهن، المصدر السابق، ص ٢٥٥.

(٢) يراجع: بحوث شميتوهوف، المصدر السابق، ص ٥٦٨.

(٣) حيث نصت المادة (١٢٧) على الآتي:

In this degets the term proper law, 5th. Ed., O. 961

Dicey and morris Conflict of laws' 5 th ed-P 691 of contact' means the system of law which the parties intend ed the contract to P goverened or, where their intenion is neither expressed non to pinferred from the circunstances has its clasect and most are the proper law of contract

ويختلف الفقهاء العرب في ترجمة مصطلح eal connection فقد ترجمها د. محمد عبد الخالق عمر، بعبارة القانون المناسب للعقد، يراجع: كتابه القانون الدولي الخاص الليبي ص ٤٠٠، بينما ترجمها د. عز الدين عبد الله، بعبارة القانون الخاص بالعقد ص ٤٣٩، المرجع السابق، وهذه أقرب إلى المقصود وهو في رأينا القانون الواجب التطبيق على العقد طبقاً لتعريف هذا المصطلح في المتن الوارد في موسوعة Morris = Dicey.

أما في الولايات المتحدة الأمريكية والدول الاسكندنافية فيجري البحث عن القانون الواجب التطبيق من خلال منهج يطلقون عليه مركز الثقل[1] وهو كذلك يعترف بسلطة القاضي التقديرية في أن يختار من بين نقاط الاتصال المتعددة تلك النقطة التي تبدو في نظره أكثر ارتباطاً ومن ثم يقوم بتركيز العقد في الدولة التي يتم اختيارها وبالتالي يطبق قانونها[2] ومهما تعددت وتباينت الأسس الفقهية التي تستند إليها الحلول القضائية لمسألة القانون الواجب التطبيق على العقد في غياب الإرادة الصريحة والضمنية، فإن هناك أمراً واحداً متفقاً عليه وهو أن القضاء من حقه، بل من واجبه، أن يتصدى للمسألة، وأن يضع لها الحلول المناسبة عندما يخلو التشريع من مثل هذا الحل - ومما لا شك فيه أن ترك مسألة تعيين القانون الذي يحكم العقد لاجتهادات القضاء يلقى على القاضي عبئاً ثقيلاً قد ينحرف به نحو التحكم.

ولذلك أقدمت التشريعات في بعض الدول على تحديد ضوابط إسناد إضافية أو احتياطية لمواجهة الحالات التي تنعدم فيها إرادة المتعاقدين صراحة أو ضمناً[3]، وذلك من خلال النص على قرائن معينة من بين تلك القرائن التي عرفها الفقه والقضاء ويتعين على القاضي أن يتقيد بها[4] وأن يحدد على أساسها القانون الواجب

---

(١) Center of Gravity Method.

(٢) شميتهوف، المصدر السابق، ص ٥٧٠.

(٣) د. يوسف عبد الهادي خليل الأكيابي، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا في مجال القانون الدولي الخاص، ١٩٨٩، ص ٣٢٥.

(٤) إذا كان النزاع مطروحاً على هيئة تحكيم دولية فإن المحكم الدولي خلافاً للقاضي الوطني ليس له قانون وطني معين بحيث يتقيد بقواعد الإسناد الواردة فيه، وإنما يتمتع المحكم الدولي بحرية اختيار قاعدة الإسناد التي يراها ملائمة وقد نصت على ذلك المادة (١٣/٣) من قواعد التحكيم والمصالحة لغرفة التجارة الدولية.

التطبيق على العقد. وأهم القرائن أو قواعد الإسناد الاحتياطية التي ابتكرها الفقه أو طبقها القضاء أو نصت عليها بعض التشريعات هي مكان إبرام العقد أو مكان انعقاد العقد، مكان تنفيذ العقد الجنسية المشتركة للمتعاقدين، الموطن المشترك للمتعاقدين، فالقاعدتان الأولى والثانية (مكان إبرام العقد ومكان تنفيذه) ترتبطان بالعقد ذاته، في حين ترتبط القاعدتان الثالثة والرابعة (الجنسية المشتركة للمتعاقدين أو الموطن المشترك للمتعاقدين) مباشرةً بأشخاص المتعاقدين، وفيما يأتي نبين هذه القرائن أو القواعد.

أولاً: قواعد الإسناد المرتبطة بالعقد:

أ - مكان انعقاد العقد:

تعطي أحكام القضاء أهمية خاصة لهذه القاعدة التي يجب فيها تنفيذ العقد في نفس مكان انعقاده ففي هذه الحالة يخضع تكوين العقد وصحته لقانون مكان انعقاده[1]، أي لقانون الدولة التي أبرم العقد فيها ويتبنى التشريع والقضاء في كثير من الدول هذه القاعدة ومثال ذلك القضاء في الولايات المتحدة الأمريكية، بريطانيا، فرنسا، أسبانيا وبلجيكا.

كما أن هناك من الفقهاء من يدافع عن هذه القاعدة أمثال (سافيني) و(بنوابيه) بوصفها أفضل القواعد وأسهلها في التطبيق العملي، فمكان إبرام العقد لا يتعدد وهو دائماً موجود ومعروف

---

(١) أحكام القضاء الإنكليزي المذكورة في شيمتهوف، قانون التجارة الدولية ص ١٧٩، قرار التحكيم الصادر في إطار غرفة التجارة الدولية بخصوص نزاع نشأ بشأن تنفيذ عقد وكالة عامة في البيع حيث جرى في هذه القضية تطبيق القانون الإيطالي واستندت الهيئة في هذا إلى أن العقد أبرم ونفذ في إيطاليا رقم القضية ١٤٢٢/١٩٦٦، مجموعة أحكام تحكيم غرفة التجارة الدولية، ص ١٨٥.

لدى المتعاقدين، في حين يعارض فقهاء آخرون هذا الاتجاه ويقولون إنه ليس من السهل تحديد مكان إبرام العقد وخاصة عندما يكون التعاقد بالمراسلة والمتعاقدون غائبين وهو الأسلوب الغالب في انعقاد العقود الدولية[1]، ولا سيّما العقود التي تبرم عن طريق الانترنيت مثلاً كما أن العقود الدولية قد يتم إبرامها عن طريق وسيط أو ممثل أو وكيل تجاري يكون وجوده في مكان معين وقت توقيع العقد مؤقتاً وعارضاً وليس له أي مدلول عملي أو قانوني، مثال ذلك أن يلتقي تاجر عراقي في أثناء زيارته للأردن بمندوب يتجول لشركة فرنسية ويبرم معه عقداً لشراء معدات طبية فرنسية، ففي مثل هذه الحالة لا توجد علاقة بين العقد والقانون الأردني بوصفه قانون الدولة أو المكان الذي انعقد فيه العقد، فلا يمكن القول إن نية الطرفين قد اتجهت إلى تطبيق القانون الأردني، كما أن العديد من العقود الدولية يتم إبرامها في المعارض والأسواق الدولية أو بمناسبة مؤتمر أو لقاء مهني دون أن يكون لمثل هذا المكان العابر أي دلالة أو علاقة بالعقد أو المتعاقدين.

إن صعوبة تحديد مكان انعقاد العقد في كثير من الأحيان وخاصة إذا تم بين غائبين أدت إلى تقليل أهمية هذه القاعدة.

كما أنه قد يكون أحد المتعاقدين غير ملم بقانون الدولة التي يتم فيها انعقاد العقد[2] وفضلاً عن ذلك قد يكون مكان انعقاد العقد مختلقاً من قبل المتعاقدين بهدف التحايل أو التهرب من القواعد الآمرة في القانون الواجب التطبيق.

---

(١) د. علي علي سليمان، المصدر السابق، ص ١٥٣.

(٢) فيليب كهن، المصدر السابق، ص ٢٥٩.

ب - مكان تنفيذ العقد:

تعدّ هذه الظاهرة من أقرب القواعد الدالة على توطين العقد في مكان محدد بحيث يرتبط العقد في هذه الحالة بقانون هذا المكان برابطة موضوعية. وبهذا فإن لمكان التنفيذ دلالة قوية خصوصاً إذا اختلف عن مكان إبرام العقد[1]، وهناك اتجاه آخر يدعو إلى أنه في حالة اختلاف مكان التنفيذ عن مكان إبرام العقد فإنه يعطي للقاضي الحق في اختيار أحدهما مستعيناً بقواعد أخرى مثل جنسية المتعاقدين أو محل إقامتهما.

ويرى جانب من الفقه والقضاء في بعض الدول ومنها ألمانيا وسويسرا أن العقد يجب أن يخضع لقانون الدولة أو المكان الذي يتم فيه تنفيذ العقد، ذلك أن هدف المتعاقدين أو غايتهم النهائية هي تنفيذ الالتزامات المتولدة عن العقد، وبذلك يكون مكان التنفيذ هو العنصر الأهم من بين كل العناصر التعاقدية[2]. وهو محل اعتبار المتعاقدين وقت التعاقد ولذلك من المنطقي أن يخضع موضوع العقد لقانون مكان التنفيذ وهذا ما يؤيده الفقيه (باتيفول) ويراه أفضل القوانين لحكم العقد، فيما يعترض البعض على هذا بحجة أن مكان التنفيذ قد يتعدد تبعاً لتعدد الالتزامات المتولدة عن العقد التبادلي.

إلاّ إنّ أنصار قانون مكان التنفيذ يقولون إن العبرة تكون في هذه الأحوال بمثابة التنفيذ الرئيس للعقد ويخضع لقانون هذا

---

(١) شميتهوف، المصدر السابق، ص ١٧٩.

(٢) تأكيداً لهذه الأهمية فإن قانون محل الوفاء هو المعمول به في الأوراق التجارية وقانون محل وقوع الفعل هو المعمول به في الالتزامات غير العقدية، يراجع: علي علي سليمان، المصدر السابق، ص ١٥٣).

المكان[1]، ويضيف أنصار هذه القاعدة بأن هذه القاعدة تمتاز بالموضوعية والواقعية، إذ ليس من المتصور اختلاق مكان وهمي للتنفيذ لا علاقة له مطلقاً بالعقد كما هو الحال بالنسبة إلى مكان الانعقاد، وفي جميع الأحوال لا يتوقف مكان التنفيذ على مجرد الصدفة، أو يتأثر بأي عوامل طارئة أو عرضية[2]، كما أنه يستفاد من أحكام القضاء المقارن إذا كان العقد يتصل بقانون دولتين في نفس الوقت (قانون مكان التنفيذ محل الإبرام مثلاً) وكان أحدهما يتضمن قانوناً لتنظيم هذا النوع من العقود مثل العقود الإلكترونية خلافاً لقانون الدولة الأخرى الذي لا يتضمن مثل هذه الأحكام فمن المنطقي تطبيق قانون الدولة الأولى بوصفه قانون الإرادة[3].

ثانياً: قواعد الإسناد المرتبطة بالمتعاقدين:

١ - الجنسية المشتركة:

تأثر البعض بآراء الفقيه الإيطالي (مانشيني) حيث يعتقدون بأن الجنسية المشتركة للمتعاقدين يمكن أن يكون لها دور في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد إذا كان المتعاقدان من جنسية واحدة فيمكن افتراض أن قصدهما إخضاع العقد المبرم بينهما لقانون الدولة التي ينتميان إليها بجنسيتهما وقد قررت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ١٩١٠/١٢/٥ بأن قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين له الأفضلية[4] إلاّ أن قاعدة إخضاع

---

(١) د. عز الدين عبد الله، المصدر السابق، ص ٤٢٨.

(٢) فيليب كهن، المصدر السابق، ص ٢٦٠.

(٣) الأحكام القضائية المشار إليها في كتاب هشام علي صادق، المصدر السابق، ص ٥٦٧.

(٤) فيليب كهن، المصدر السابق ص ٢٦٣، جاء فيه أن قانون الجنسية المشتركة للطرفين المتعاقدين هو الواجب التطبيق.

العقد لقانون الدولة التي ينتمي إليها المتعاقدان بجنسيتهما لم تتطور ولم تنتشر وقد واجهت العديد من الانتقادات ومن أهمها الشك في كون المتعاقدين يعطيان أي دور لجنسيتهما فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق، بل أن هذا قد يؤدي إلى نتائج معاكسة لغرض وقصد المتعاقدين اللذان يرغبان قبل كل شيء في أن تكون تصرفاتهما القانونية منسجمة مع القواعد القانونية السائدة في المكان الذي يعيشان فيه ولذلك طالب بعض الفقهاء بإعطاء الأهمية لهذا المكان، أي الموطن المشترك للمتعاقدين.

٢ - الموطن المشترك للمتعاقدين:

مثلما سبق تبرير قاعدة قانون الجنسية المشتركة يرى البعض أنه إذا كان المتعاقدان يقيمان في نفس الدولة، فإن هذا قد يعني رغبتهما في إخضاع العقد لقانون تلك الدولة، وخاصة إنه من الطبيعي أن يحترم المتعاقدان قانون الدولة التي يعيشان فوق أرضها. وطبقاً لهذه القاعدة يجب أن يطبق على العقد قانون الدولة التي يعيش فيها المتعاقدان أو يوجد فيها مركز الأعمال المشترك للمتعاقدين[1] وقد أخذت بهذه القاعدة بعض التشريعات الوطنية، مثال ذلك القانون الدولي الخاص التشيكي الصادر عام ١٩٦٣ حيث نصت المادة التاسعة منه على تطبيق قانون الموطن المشترك للمتعاقدين في حالة غياب الإرادة الصريحة أو الضمنية.

كذلك ورد النص على قانون الموطن المشترك في القانون الدولي الخاص البولوني الصادر سنة ١٩٦٥، وكذلك القانون الدولي الخاص للاتحاد السويسري ١٩٨٩.

---

(١) د. عز الدين عبد الله، المصدر السابق، ص ٤٢٩.

الفرع الثاني

قواعد الإسناد الاحتياطية في القانون العراقي

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

يتبين من هذا النص وهو مطابق لنص المادة ١٩ مدني مصري أن المشرع العراقي قد فرق بين حالتين تنعدم فيهما إرادة المتعاقدين صراحةً أو ضمناً (حالة اتحاد موطن المتعاقدين وحالة اختلاف هذا الموطن) وضع لكل حالة من هاتين الحالتين قاعدة إسناد احتياطية يلتزم القاضي باتباعها لتعيين القانون الواجب التطبيق على العقد أو على حد تعبير المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني المصري قرائن قانونية مفيدة يعمل بها في حالة انعدام إرادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية[1].

---

(١) يراجع مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الجزء الأول، ص ٢٩١.

وطبقاً لنص المادة (٢٥) مدني عراقي تكون الأولوية في التطبيق لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين إذا توافر ذلك، أما إذا كان موطن المتعاقدين مختلفاً فإن قاعدة الإسناد الاحتياطية في مثل هذه الحالة هي قانون مكان إبرام أو انعقاد العقد ويبدو أن المشرع العراقي استعان في هذا النص بقاعدة إسناد احتياطية من بين القاعدتين المرتبطتين بأشخاص المتعاقدين وهي الموطن المشترك، وقاعدة أخرى من القاعدتين المرتبطتين مباشرة بالعقد وهي مكان الانعقاد[١].

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

---

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

(٢) المادة (٨٧) من القانون المدني العراقي التي سبق ذكرها لمزيد من المعلومات حول النظريات والآراء المختلفة بخصوص زمان ومكان انعقاد العقد الدولي، راجع في ذلك: د. حمزة حداد قانون التجارة الدولية، الدار المتحدة للنشر، بيروت، ١٩٨٠، ص ١٣٣؛ فيليب كهن البيع التجاري الدولي، المجلة الأمريكية للقانون المقارن، العددان ٢ – ٣، ١٩٧٩، ص ٣١١.

المطلب الثاني

قواعد الإسناد الاحتياطية في الاتفاقيات الدولية

من البديهي أن يقتصر اهتمام التشريعات الوطنية والقضاء في مختلف الدول على وضع قرائن وضوابط للإسناد تطبق على الالتزامات التعاقدية أو العقود الدولية عموماً ومن بينها عقد البيع، لكن الأمر مختلف بالنسبة إلى التشريعات الدولية أو الاتفاقيات الدولية الخاصة بتوحيد قواعد الإسناد فقد اهتمت هذه الاتفاقيات في الدرجة الأولى بتوحيد قواعد الإسناد بخصوص عقد البيع الدولي ومنها اتفاقية روما ١٩٨٠ حيث وضعت قواعد إسناد احتياطية تطبق على العقود عموماً خلاصتها (إن العقد يخضع في غياب الاتفاق لقانون الدولة الأكثر ارتباطاً بالعقد، ويفترض أن العقد أكثر ارتباطاً بالدولة التي يوجد فيها وقت إبرام العقد محل الإقامة المعتاد للمتعاقد الذي يعدّ أداؤه جوهر للعقد أو الدولة التي يوجد بها المقر الرئيس للنشاط التجاري بالنسبة للعقود التجارية، أو الدولة التي توجد بها الأموال غير المنقولة إذا كان موضوع العقد يتعلق بأموال غير منقولة) وهي وإن اتفقت مع القوانين الوطنية في تبنيها لقاعدة قانون الإرادة كقاعدة إسناد أصلية تطبق على عقد البيع الدولي مثل غيره من العقود الدولية، ما دام التعبير عن الإرادة يتم صراحة أو ضمناً، إلاّ أنها وضعت قواعد وضوابط إسناد احتياطية خاصة كي تطبق على بيع العقد الدولي عند انعدام الإرادة تختلف جذرياً عن تلك القرائن والضوابط العامة التي يتبناها القانون أو القضاء في مختلف الدول كي تطبق على العقود الدولية بشكل عام التي سبق التحدث عنها، كما تبنت اتفاقيتا لاهاي لعام ١٩٥٥ وعام

١٩٨٦ بشأن القانون الواجب التطبيق على عقود البيع الدولية من حيث المبدأ قاعدة إسناد احتياطية أساسية لمواجهة هذا الموقف هي قانون دولة البائع وقاعدة إسناد فرعية هي قانون دولة المشتري مع الاختلاف في التفاصيل وسوف نبينها في فرعين، نتناول في الفرع الأول قاعدة الإسناد الأساسية (قانون دولة البائع)، ونبين قاعدة الإسناد الفرعية (قانون دولة المشتري) في الفرع الثاني، كما يأتي:

الفرع الأول

قاعدة الإسناد الأساسية (قانون دولة البائع)

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

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

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

الأولى: أخذت اتفاقية ١٩٥٥ بمحل الإقامة المعتاد للبائع عموماً دون مركز التجارة إلاّ إذا استلم الطلب من قبل إحدى المنشآت التابعة للبائع وهنا تكون العبرة بمكان هذه المنشأة (أو المركز التجاري) ويطبق قانون البلد الذي توجد فيه هذه المنشأة - في حين أخذت اتفاقية ١٩٨٦ بالمركز التجاري للبائع كقاعدة عامة.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

أما نقطة الخلاف **الثانية:** فهي أن العبرة في الاتفاقية الأولى بالوقت الذي يستلم فيه الأمر أو الطلب لتعيين موطن البائع، في حين العبرة في الاتفاقية الثانية بالوقت الذي يتم فيه إبرام العقد. وهذا يعني أن الاتفاقية الأولى تفادت المشكلة الصعبة وهي تحديد زمان انعقاد العقد واكتفت بوقت استلام طلب الشراء.

وبناءً على ذلك لو تلقى أحد التجار في فرنسا مثلاً طلباً من منشأة عراقية لشراء بعض السلع الفرنسية وثار نزاع بين الطرفين فيما يتعلق بتنفيذ العقد، فيكون القانون الفرنسي هو

---

(١) حمزه حداد، المصدر السابق، ص ٢٢٠.

الواجب التطبيق على فرض أن للتاجر الفرنسي فرعاً في دولة أخرى (إيطالياً مثلاً) وتم استلام طلب الشراء في هذا الفرع فيكون القانون الإيطالي هو الواجب التطبيق في هذه الحالة.

أما الاتفاقية الثانية لاهاي ١٩٨٦ فقد أخذت بالوقت الذي يتم فيه إبرام العقد لتحديد موطن البائع دون بيان للمعيار الذي بموجبه يعتبر العقد منعقداً، أي أنها تركت مسألة زمان انعقاد العقد دون تحديد وهي مسألة صعبة خاصة في البيوع الدولية، وهذا من شأنه أن يفتح الباب واسعاً أمام الاجتهاد والاختلاف في الفقه والقضاء[١]، وعموماً فإن الاتجاه الغالب في الفقه المعاصر هو تطبيق قانون دولة البائع، وهذا يعدّ أمراً معقولاً وله مبرراته العملية في مجال التجارة الدولية، حيث يؤدي البائع الدور الأساسي في البيوع الدولية وبشكل خاص في بيوع المنتجات المصنعة وهي كثير جداً. ويقوم البائع فيهما بتنفيذ الجزء الجوهري من التزاماته في منشأته بينما تكون لعملية التسليم أو الاستلام بعد ذلك أهمية ثانوية. وهكذا يمكن القول إن منشأة البائع هي في نفس الوقت المكان الرئيس لتنفيذ العقد[٢]، وعليه فإن الرجوع إلى قانون دولة البائع يعتبر أمراً لازماً لضمان تنفيذ البائع لالتزاماته على أكمل وجه[٣].

---

(١) في شروط الكوميكون، وكذلك القانون الموحد للانعقاد ثم تبنى فكرة استلام القبول لإتمام انعقاد العقد. حمزه حداد، المصدر السابق، ص ١٤٦.

(٢) لوسران وبريدان، المصدر السابق، ص ٦٦٧ - ٦٦٨.

(٣) أصدرت محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية عدة أحكام في منازعات تتعلق بعقود بيع دولي طبقت فيهما قانون دولة البائع استناداً إلى نص المادة الثالثة من اتفاقية لاهاي ١٩٥٥. نقلاً عن كتاب اتفاقيات لاهاي الجديدة المذكورة سابقاً.

الفرع الثاني

القاعدة الفرعية (قانون دولة المشتري)

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

أ - إذا تمت المفاوضات وأبرم العقد بحضور الطرفين في الدولة المذكورة.

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

ج - إذا أبرم العقد وفقاً لشروط حددها المشتري استجابةً إلى دعوة للتعاقد موجهة من البائع. غير أن الفقرة الثالثة من نفس

---

(١) ليس من المهم بحث سلطان النائب أو الوكيل، فالمسألة هنا ليست قانونية دائماً وإنما واقعية يقصد بها التعرف على المكان الذي يوجد فيه النائب أو الوكيل وقت تلقيه الطلب، فإذا كان قائماً في بلد المشتري أو منشأته يكون قانون بلد المشتري هو الواجب التطبيق. نقلاً عن: ثروت حبيب، المصدر السابق، ص ٢١٠.

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

المبحث الثالث

قواعد الإسناد (الارتباط) في التعاقد الإلكتروني

بيّنا فيما تقدم أن الحلول التقليدية لمسائل تنازع القوانين في العقود تقوم على تركيز العقد تركيزاً مكانياً في دائرة اختصاص إحدى القوانين المتنازعة وبالتالي تطبيق قانون المكان أو البلد الذي يرتبط به العقد بأوثق الروابط مكانياً مثل مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذ الجانب الجوهري من العقد والمكان الذي يوحد فيه موطن المدين في الالتزام الرئيس هذا في حالة عدم وجود اتفاق صريح بين المتعاقدين حول تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد. إلاّ أن خصوصية عقود التجارة الإلكترونية أنها تبرم وقد تنفذ أيضاً في فضاء إلكتروني غير ملموس يجعل من الصعب تركيز العقد تركيزاً مكانياً. من هذا المنطلق فإن هذا المبحث يتوزع إلى مطلبين يتناول المطلب الأول خصوصية عقود التجارة الإلكترونية، في حين يتناول المطلب الثاني قواعد الإسناد في التعاقد على المواقع الشبكية.

المطلب الأول

خصوصية عقود التجارة الإلكترونية

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

فمثلاً عند التعاقد على شراء برامج الحواسب الآلية أو استخدامها واستغلالها فإنه يجري التعاقد عبر شبكة الانترنيت وقد يتم تنفيذ العقد أيضاً عبر هذه الشبكة وذلك بعد إنزال

المعلومات ونقل البرامج المتعاقد عليها من موقع البائع إلى عنوان موقع المشتري دون الحاجة إلى التسليم المادي للبرنامج وحتى في الحالات التي يتطلب الأمر فيها التسليم المادي للشيء المتعاقد عليه، فإن انعقاد العقد بصدور القبول أو وصوله لا يتطلب معرفة مكان وجود الموجب (صاحب الشيء المتعاقد عليه) طالما قام الدليل على وصول القبول إلى موقع نظام المعلومات الذي يتعامل الموجب من خلاله أو عن طريقه.

كذلك من يقوم بعرض منتجاته أو خدماته عبر شبكة الانترنيت مثلاً، فإنه لا يكون معيناً تعييناً دقيقاً عند التعاقد بمكان أو مصدر الطلب، ففي هذه الحالات ليس هناك نقاط ارتباط محددة بين التعاقد وبين مكان معين مما يمكن أن ينعقد له دون غيره الاختصاص التشريعي والقضائي بحكم العقد ومنازعته، فضلاً عن ذلك، فإنه في البيوع التي تبرم عبر شبكة الانترنيت فقد تدل مقارنة حجم تدخل المشتري بحجم تدخل البائع في عملية إبرام العقد على أن الدور الذي يقوم به المشتري في هذه العملية هو أكثر أهمية من دور البائع إلى حد أن البائع قد لا يعرف على وجه التحديد وقت الاتصالات التي جرت بين حاسبه الآلي والحاسب الآلي للمشتري ذلك لأن العمل المطروح على موقع البائع وإن كان ينطلق تلقائياً في الفضاء الإلكتروني، إلاّ أنه لا ينفذ إلى الحواسب الآلية الأخرى بدون دخل من مستخدميها، يضاف إلى ذلك أن الحاسب الآلي الخاص بالمشتري هو الذي يتولى فحص العروض والاختيار من بينها وتوجيه أمر الشراء إلى الحاسب الآلي الصادر عنه العرض المختار[1]. فلو أخذنا بنظرية العلم بالقبول فإنه من الجائر القول إن

(١) Meyer, Houser, consumer transaction in other space, on line contracting intemational sale. 1997, P. 607.

المكان الذي تلقى فيه البائع رسالة القبول هو أنسب الأماكن لاختيار قانونه ومحاكمه، لحكم منازعات العقد باعتباره المكان الذي أبرم فيه العقد. إلاّ أن هذا القول يعتمد على إحدى القواعد التقليدية وهو مكان إبرام العقد، أن هذا القول لا يكون مقبولاً. إذا أخذنا بالتطور الذي لحق معايير الارتباط يعطي الأفضلية لعوامل الارتباط المؤثرة التي ترتبط بتنفيذ الجانب الجوهري للعقد أو بعبارة أخرى المكان الذي يقيم فيه المدين بالالتزام الرئيس في العقد وقت إبرامه كما أن خصوصية العقود التي يجري تنفيذها عبر الشبكات مثل العقود الواردة على حقوق الملكية الفكرية (الفردية) كإنزال برامج الحواسب الآلية أو تبادلها بينها لا يحل الإشكال في مثل هذه الحالات، حيث لا يعرف على وجه التحديد مكان التنفيذ الذي قد يتراوح بين المكان الكائن فيه نظام المعلومات الذي جرى إرسال البرامج منه أو مكان نظام المعلومات الذي أرسل إليه البرنامج، وهي أماكن لا يمكن تحديدها مقدماً لأن طرفا المعاملة لا يكونان مُعينين.

ومما يزيد من صعوبة مسائل تنازع القوانين التي تثيرها الشبكات الرقمية في إنجاز العقود، ذلك الموقف الذي تتخذه بعض الدول من ناحية صلاحية العقود الإلكترونية لإنتاج آثارها، فضلاً عن طبيعة أو حدود الحماية التي تسبغها على الأعمال المطروحة على الشبكات، فالدول تختلف خصوص الاعتراف بالعقود الإلكترونية أو بصلاحيتها لإنتاج آثارها في أقاليمها. كما أن بعض الدول تتجه في حماية حقوق الملكية الفكرية اتجاهاً إقليمياً لا يتناسب مع الطابع العالمي لشبكة الاتصال الإلكترونية.

فالمشكلة لا تكون قائمة إذا كانت قاعدة الإسناد في قانون القاضي المطروح عليه النزاع المتعلق بالتجارة الإلكترونية تشير إلى تطبيق قانون يعترف بصحة عقود تلك التجارة، إلاّ أن المشكلة تثار

في الموضوع عندما لا يعترف القانون الواجب التطبيق بصحة العقود الإلكترونية التي يجري إبرامها بدون مستندات ورقية وموقعة خطياً من طرفيها. ولهذا السبب فإن معظم الاتفاقات التي تجري بواسطة التبادل الإلكتروني للبيانات تحرص على تحديد القانون الواجب التطبيق على منازعاتها تفادياً للمشاكل[1] لذلك فإن الأطراف المتعاقدة يختارون من القوانين ذات الصلة بالتعاقد ذلك القانون الذي تستجيب أحكامه لمتطلبات التجارة الإلكترونية.

المطلب الثاني

قواعد الإسناد في التعاقد على المواقع الشبكية

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

عندما يطرح نزاع أمام القاضي أياً كانت صفته، فإن القاضي يبحث عن القانون الواجب التطبيق على النزاع المطروح أمامه، عليه يلجأ القاضي إلى عبارات العقد وما يلابسه من ظروف ليستدل على الإرادة الصريحة أو الضمنية للمتعاقدين. فإن عجز في البحث فإنه يلجأ أولاً إلى قواعد الإسناد الخاصة. فإن لم يجد طبق قواعد الإسناد التقليدية. وكلا النوعين لا تعدو أن تكون عوامل ارتباط مكانية. فإذا جرى استخدام المواقع الشبكية في إبرام العقد فإن الرأي قد انقسم في تحديد زمان ومكان انعقاد العقد حيث توزع

---

(1) د. محمد السيد عرفه، التجارة الدولية الإلكترونية عبر الانترنيت، بحث مقدم لمؤتمر القانون والكومبيوتر والانترنيت، كلية الشريعة والقانون (العين) دولة الإمارات العربية المتحدة، ٢٠٠٠، ص ٢٦.

الاختيار بين قاعدة الإرسال وقاعدة الاستقبال فزمان انعقاد العقد ومكانه يتحدد إما بالنظر إلى وقت ومكان إرسال رسالة القبول وإما بالنظر إلى وقت ومكان استقبالها. لذا فإن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد في مثل هذه الحالات يمكن أن يتراوح بين مكان إرسال رسالة القبول ومكان استقبالها.

إن هذا الاختيار الذي يفترض أن قاعدة التنازع تقوم على أساس الارتباط المكاني المذكور لا يعبر عن حقيقة الواقع ويتجاهل الصعوبات التي تواجه تركيز عقود التجارة الإلكترونية تركيزاً مكانياً، فضلاً عن ذلك، فإن ارتباط العقد بمكان إبرامه قد لا يكون مؤثراً إذا اختلف هذا المكان عن مكان تنفيذ العقد، كما أن هناك صعوبة تواجه تحديد مكان تنفيذ العقد إذا كانت طبيعة محله مثل التعامل على برامج الحواسب الآلية مما يسمح بتنفيذه آلياً على الشبكة التي تربط بين الحاسب المورد والحاسب المتلقي، فوجود أجهزة الحواسب الآلية لا يساعد في معرفة موقع المتعاملين[1]، لهذا فإن الرأي الغالب يتفق على أن أفضل وسيلة لحسم مسألة القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية هو اتفاق الأطراف المتعاقدة على تحديده بنص صريح في العقد. وهذا ما نؤيده، وقد أخذت به نماذج اتفاقات التبادل الإلكتروني للبيانات التجارية[2].

أما إذا لم يتضمن العقد اتفاقاً صريحاً حول تحديد القانون

---

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

HOLED (ch) HOW to martet services, Advertising consumer protection and personal data, in Rev Dr. affint, 1998, N° 3. P 283 - P 289.

(٢) دراسة الوايبو، ص ١٧.

الواجب التطبيق عليه فليس من سبيل إلاّ الرجوع إلى أسلوب المؤشرات أو عوامل الارتباط المتعارف عليها أو التي ينص عليها قانون القاضي المطروح عليه النزاع. إلاّ أن التساؤل الذي يثار بهذا الصدد هو هل إن مجرد قيام شخص ما بإنشاء موقع شبكي لعرض منتجاته أو خدماته يعتبر بحد ذاته قبولاً منه لخضوع التعاقد المطروح للقواعد السارية في كل مكان يمكن الدخول أو النفاذ منه إلى هذا الموقع وذلك بغض النظر عن موطن المتعاقدين؟

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

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

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

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

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

أ - أي إبلاغ من جانب المرسل إليه سواءً أكان بوسيلة آلية أو بأية وسيلة أخرى.

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

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

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

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

ب - ويجوز له إذا لم يرد الإقرار بالاستلام في غضون الوقت المحدد في الفقرة الفرعية (أ) بعد توجيه إشعار إلى المرسل إليه أن يعامل رسالة البيانات كأنها لم ترسل أصلاً، أو يلجأ إلى التمسك بما قد يكون له من حقوق أخرى.

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

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

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

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

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

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

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

١ - وقت دخول رسالة البيانات نظام المعلومات المعين.

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

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

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

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

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

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

٥ - لا تنطبق أحكام هذه المادة على ما يأتي: والذي نصت عليه المواد ٦ و٧ و٨ و١١ و١٢ أنظر الملحق في نهاية الأطروحة للتعرف على نص هذه المواد.

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

١ - الإقرار بالاستلام.

٢ - زمان ومكان إرسال وتلقي رسائل البيانات.

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

وفي العموم، فإنه من تمعن الفقرات القانونية الواردة في المواد السابقة، يلاحظ أن الفقرة (٤) من المادة (١٥) تناول مكان تلقي رسالة البيانات والسبب الرئيس في إدراج قاعدة تتعلق بمكان تلقي رسالة البيانات، هو تناول ظرف تتميز به التجارة الإلكترونية قد لا تتناوله على نحو ملائم القوانين القائمة. أي أن نظام المعلومات الخاص بالمرسل إليه والذي يتم تلقي رسالة البيانات فيه أو استرجاعها منه، كثيراً ما يكون موجوداً في مكان أو اختصاص قضائي غير المكان الذي يوجد فيه المرسل إليه نفسه. وتعليل هذا الحكم هو بالتالي التأكد من أن لا يكون مكان وجود نظام للمعلومات،

هو العنصر الفاصل بل أن تكون هناك صلة معقولة بين المرسل إليه والمكان الذي يعتبر مكان التلقي، وإن يتسنى للمنشئ التحقق من ذلك المكان بسهولة، وجدير بالملاحظة، أن قانون الأونسترال لا يحتوي على أحكام محددة بخصوص كيفية تعيين نظام للمعلومات أو ما إذا كان من المستطاع إجراء تغيير بعد هذا التعيين من جانب المرسل إليه وجدير بالذكر أيضاً أن الفقرة (٤) من المادة (١٥) التي تتضمن الإشارة إلى «المعاملة الأصلية» يقصد منها أن تشير إلى المعاملات الأصلية الفعلية والمتوقعة على السواء. أما الإشارات إلى «مكان العمل» «ومكان العمل الرئيس» «مكان الإقامة المعتادة». فقد اعتمدت كمعيار للارتباط المكاني في عقود التجارة الإلكترونية، فضلاً عن جعل النص متماشياً مع أحكام المادة (١٠) من اتفاقية الأمم المتحدة لعقود البيع الدولي للبضائع[1].

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

---

(١) في حكم هذه الاتفاقية:

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

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

العقد الروابط الأوثق. وهو ذات المعيار الذي أخذت به اتفاقية روما، إذ جاء في المادة (٤) الفقرة الأولى منها ما يأتي:

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

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

إلاّ أن التساؤل الوارد في هذا الصدد، ما هو موقف القانون المدني العراقي، إزاء غياب الاتفاق الصريح للمتعاقدين على تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية. جواباً على ذلك، إن القانون المدني العراقي قد خلا من التنظيم التشريعي

لعقود التجارة الإلكترونية، إلاّ أنه بصدد المسألة موضوع التساؤل فإنه يمكن الأخذ بالأحكام القانونية الواردة في قانون الأونسترال باعتباره اتجاهاً فقهياً عاماً. وسندنا في ذلك هو نص المادة (٣٠) من القانون المدني العراقي، إذ جاء فيها «يتبع في ما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبدأ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً» فالمبادئ القانونية التي احتواها قانون الأونسترال بين دفتيه تشكل مبادئ شائعة في مجال تنازع القوانين.

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

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

الفصل الثالث

القانون المطبق في اثبات عقود التجارة الإلكترونية

تمهيد :

إن التنظيم القانوني للإثبات في مجال التجارة الإلكترونية يكتسب أهمية كبيرة إذ تعدّ مسألة الإثبات من المستلزمات المهمة لوجود التجارة الإلكترونية ونجاحها، فالاثبات في التجارة الإلكترونية يفتقد إلى المرتكزات المادية أو الورقية التي تعتمد عادة كطرق أساسية في الإثبات، وهذا الأمر أعطى للإثبات الإلكتروني أبعاداً نفسية وتقنية فضلاً عن الأبعاد القانونية، فالإثبات هنا لا ينصرف إلى وجود تصرف أو واقعة ما من عدمها فحسب، وإنما يتعلق بآليات انشاء هذا التصرف الذي يتم بين أطراف متباعدين لا يتبادلون فيما بينهم التعابير أو البيانات إلاّ بأساليب الكترونية ومن خلال أجهزة ونظم لمعالجة المعلومات التي لا تترك أثراً على الورق

يعتمد أو يعوّل عليه، بل عبارة عن أثر الكتروني قد يحفظ أو يخزن في تلك الأجهزة[1] لذلك يثير الاعتماد عليه في الإثبات جدلاً فقهياً واسعاً وخلافاً عميقاً ينصب على مدى حجية مثل هذه الوسيلة في الإثبات. وبالرغم من كل ما تحققه التجارة الإلكترونية من سرعة إلاّ أنها تثير العديد من المشاكل على صعيد القانون بسبب استخدام تقنيات المعلومات والاتصال في إنجاز المعاملات، كما أن التصور الذي وضع القانن على أساسه قواعد الإثبات بالأدلة الكتابية لم يكن محسوباً ليشمل الكتابة المحملة على دعامات غير ورقية لذلك فإن استجابة هذه القواعد لمتطلبات التعامل الإلكتروني يقتضي تطويرها جذرياً في ضوء التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية الذي شهدته بعض الدول.

لذلك فإن البحث في اثبات العقود الإلكترونية يقتضي أن نقسم هذا الفصل على ثلاثة مباحث، نتناول في الأول ماهية السندات الإلكترونية، أما المبحث الثاني فنخصصه لبيان حجية السندات الإلكترونية في الإثبات ونتناول القانون الواجب التطبيق في إثبات عقود التجارة الإلكترونية في المبحث الثالث.

---

(١) هادي مسلم يونس، المصدر السابق، ص ٢٥٣.

المبحث الأول

ماهية السندات الإلكترونية

إن السندات الإلكترونية فرضت نفسها في التعامل بين الأفراد وتتجه معظم التشريعات المعاصرة إلى العدول عن الأدلة التقليدية في الإثبات إلى أدلة أكثر تقدماً منها وتهدف إلى استبدالها بهذه السندات الإلكترونية التي أثرت تأثيراً واضحاً في طبيعة المعاملات المدنية والتجارية ووسائل اثباتها[1].

ومن أجل الاحاطة بماهية السندا الإلكترونية يقتضي الأمر بنا أن نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب نتناول في المطلب الأول التعريف بالمستندات الإلكترونية، ونتطرق في المطلب الثاني إلى شروط السندات الإلكترونية ونخصص المطلب الثالث لبيان الوسائل التقنية اللازمة لحماية السندات الإلكترونية.

المطلب الأول

التعريف بالسندات الإلكترونية

السندات الإلكترونية اصطلاح حديث يطلق على كل السندات الإلكترونية التي تستخرج من وسائل الاتصال العلمي الحديثة

(١) د. عباس العبودي، ود. جعفر الفضلي، المصدر السابق، ص ١.

كالتلكس والفاكس والحاسب الآلي والانترنيت[1] التي أثبت العلم كفاءة هذه الوسائل فهي وسائل حديثة في الإثبات تترك أثراً مادياً مكتوباً على ورق خاص كما في التلكس أو يستنسخ المستند طبقاً لأصله كما في الفاكسميل وهذا الأثر يصلح لاثبات مختلف التصرفات القانونية[2].

تتكون هذه السندات من مادة قابلة للتمغنط، وسبب وجوب توافر قابلية التمغنط في مادتها هو أن تضمين المعلومات فيها يتم بمغنطة كل نقطة من نقاط مادة المحرر عن طريق إمرار تيار كهربائي فيها[3].

ويتجدد السند الإلكتروني بالأقراص التي تحتوي الكتابة[4]، وهذه الأقراص هي قرص الكتروني صلب (Hard Disk) وهو الذي يشكل الذاكرة الرئيسة الموجودة داخل الحاسوب.

أو قرص الكتروني مرن ويسمى (Soft Disk) وهو الذي يشكل الذاكرة المساعدة التي تحفظ خارج الحاسوب ويمكن الاطلاع عليه أو تضمين المعلومات فيه عن طريق ادخاله في مكان مخصص له في جهاز الحاسوب[5].

---

(١) نفس المصدر والصفحة.

(٢) د. عباس العبودي، التعاقد ع طريق الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٤، ص ١٨٠.

(٣) البرت بول مالفينو ودونالد بي ليج، الالكترونيك الرقمي، ترجمة نبيل خليل عمر ود. رياض الحكيم، الطبعة المعربة الأولى، مطبعة جامعة الموصل، ١٩٨١، ص ٣١٨.

(٤) أما الأقراص التي تحوي غير الكتابة، كالتسجيل السمعي والسمعبصري فلا تشمله هذه الأقراص ولا تدخل في نطاقه.

(٥) عوني الفخري، المسؤولية المدنية الناشئة عن استخدام الحاسوب، بحث مقدم إلى ندوة (القانون والحاسوب) التي نظمها بيت الحكمة والمنعقدة في آب ١٩٩٨، منشور في مطبوع (القانون والحاسوب، مطبعة اليرموك، بغداد، ١٩٩٩، ص ٧٤.

ومهما يكن من أمر، فإنه يمكن تعريف السندات الإلكترونية بأنها أقراص إلكترونية تسجل فيها المعلومات من خلال كتابة غير تقليدية للمعلومات مستخرجة من وسائط خزن لتقنيات علمية تعمل على تحويل الحروف المكتوبة والسندات المرسلة عن طريقها إلى نبضات كهربائية فيتحول الضغط على الحروف إلى إشارة كهربائية تؤدي إلى طبع هذه الحروف أو استنساخها عن بعد بسرعة قياسية لا تزيد عن دقيقة واحدو مهما طالت المسافة[1].

لكن مسألة الاعتراف بهذه السندات تستلزم توافر شروط معينة سيرد الكلام عليها في المطلب الثاني من هذا المبحث. لكن الأمر يقتضي قبل البدء ببيان هذه الشروط أن نضع تعريفات للأفكار الأساسية الثلاثة في مجال الإثبات، وهي:

١ - المحرر.

٢ - الكتابة.

٣ - التوقيع.

١ - المحرر:

بالرجوع إلى أصل كلمة محرر لا نجد ما يقتصر معناه على ما هو مكتوب على نوع معين من الدعامات سواء كان ورقاً أم غير ذلك وبذلك تستطيع القول أن كلمة محرر تشمل السند سواءٌ الكتابي أو الإلكتروني. وبذلك نرى من الضروري أن يغير رجال القانون

(١) د. عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٧، ص ٦.

نظرتهم نحو المحرر فهو لا يقتصر على ما هو مكتوب على الورق وحده[1].

٢ - الكتابة:

المقصود بالكتابة هي رموز تعبر عن الفكر والقول. ولا يوجد في القانون أو اللغة ما يلزم أن تكون إلاّ فوق الورق.

فمن الجائز الكتابة الورق أو الخشب أو الحجر وغيرها[2]. كما أن الكتابة من الجائز أن تكون على صورة مخطوطات يدوية أو أي شكل آخر[3].

والجدير بالذكر أن الكثير من الاتفاقيات تتبنى هذا الرأي ومنها اتفاقية روما عام ١٩٨٠ الخاصة بالاعتراف بأحكام المادة (٣) في الفقرة الثانية منها[4].

كما أن اتفاقية الأمم المتحدة بشأن النقل الدولي للبضائع لعام ١٩٨٠ (فيينا) لا تشترط أن تكون الكتابة على ورق موقع بالمفهوم التقليدي[5].

---

(١) A. A. Martino, les solutions pour demean in les transactions internationais assisstees par ortinatenr. Op. Cit., P. 162.

لذا يمكننا القول بأن هناك محرراً مكتوباً ومحرر غير مكتوب كالمحرر الإلكتروني مثلاً.

(٢) Le petit robert, Diotionnaire (I) de la language francaise, Edition Le robert; P. 603.

(٣) Le Edition Review et Augmentee, Edition PUF, 1990, P. 298.

(٤) المادة (٣) من اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ تنص على: إن شرط التحكيم يمكن أن يرد في عقد أو اتفاق موقع عليه أو في تبادل خطابات أو برقيات.

(٥) تنص المادة (١٣) من هذه الاتفاقية الموقعة في فينا على أنه «تشمل مصطلح كتابة» في حكم هذه الاتفاقية، الرسائل البرقية التلكس».

٣ - التوقيع:

يشترط في التوقيع أن يكون دالاً على صاحبه، فهذا وحده يسمح بعبور المحرر من مرحلة الإعداد إلى مرحلة الإنجاز، وهذا يعني أن المحرر الموقع وحده هو الذي يعدّ أصلاً في نظر القانون[١]. وقد عبّر البعض عن التوقيع بأن الالتزام بالتوقيع بخط اليد لا يفرضه القانون إلاّ في حالات خاصة ولكنه يعتبر بمثابة قاعدة قضائية أو عرفية[٢].

أما فيما يتعلق بالختم فيعتبره القانون المصري توقيعاً وذلك في المادة (٦٩٤) من القانون المدني المصري[٣] والمادة (١٠٥) و(١٣٤) من القانون التجاري المصري لسنة ١٩٩٩، أما المشرع والقضاء الفرنسي لم يتبناه أو لم يعتمده.

وبذلك فإن كل وسيلة تقوم بوظيفتي التوقيع، وهما تعيين صاحبها وانصراف إرادته إلى الالتزام بمضمون ما وقع عليه تعد بمثابة توقيع. ومن هنا تبدو الحاجة لتحديد الوسائل الحديثة التي تستوفي هاتين الوظيفتين.

ونؤيد ما يذهب إليه البعض من أن هذه المشكلة لا تدخل في نطاق القانون بل في مجال التقنية فلا يستطيع رجل القانون المنصف أن يحرم أي وسيلة مضمونة من الوجهة التقنية من الحجية

---

(١) Larriev. Identification et authentification in une society sans paper, P. 217.

(٢) د. محمد حسام محمود لطفي، استخدام وسائل الاتصال الحديثة في التفاوض على العقود وإبرامها، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٣، ص ١٠.

(٣) د. علي جمال الدين عوض، القانون التجاري العقود التجارية والأوراق التجارية وعمليات البنوك، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٩، ص ٢٦٣.

القانونية[1]. وبذلك لا توجد عقبة تعترض تشبيه التوقيع الإلكتروني بالتوقيع العادي.

ولم يحدد القانون النموذجي معياراً معيناً لمسألة التوقيع الإلكتروني، بل اكتفى بالمبادئ العامة القائمة على فكرة ايجاد وسيلة تكنولوجية تحقق نفس المفهوم والغرض الذي يحققه التوقيع العادي. إن أي وسيلة تقوم بوظائف التوقيع التقليدي وترتكز كما ذكرنا سابقاً حول تعيين هوية صاحب رسالة البيانات وانصراف ارادته نهائياً إلى الالتزام بمضمون ما وقع عليه تكون بمثابة توقيع[2].

وتعددت أشكال التوقيعات الإلكترونية المستخدمة حالياً بهدف أداء وظيفة أو عدد من الوظائف التي تؤديها التوقيعات الخطية كالتي تعتمد التوثيق المبني على الاحصاء كاستخدام قلم خاص يتم به التوقيع يدوياً على شاشة الكومبيوتر أو على اللوح الرقمي وعندها يتم تحليل التوقيع الخطي عن طريق الكمبيوتر وتخزينه كمجموعة من القيم الرقمية التي يمكن أن تضاف إلى رسالة البيانات كما يمكن للمتلقي عرضها على شاشة الحاسوب للتوثيق والتي من المفروض أن يكون عينات من التوقيع الخطي قد سبق تحليلها وتخزينها بواسطة الإرادات الإحصائية[3].

---

(١) Larriev. Identification et authentification in une society sans paper, P. 217.

(٢) المحمي باسيل يوسف، المصدر السابق، ص ٦٥ وما بعدها.

(٣) أنظر موقع منتدى عربيات على العنوان الآتي: www.Arabey at.com

المطلب الثاني

شروط السندات الإلكترونية

أصبحت للسندات الإلكترونية شروط معينة في ظل المفاهيم الحديثة. ويقصد بتلك الشروط هنا: الكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني. ويتطلب الأمر هنا أن نسلط الضوء على مفهوم الكتابة والتوقيع في ظل التبادل الإلكتروني وما يجابه ذلك من اشكاليات، لذا سيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين: نتناول في الأول الكتابة الإلكترونية، فيما نبين في الثاني التوقيع الإلكتروني.

الفرع الأول

الكتابة الإلكترونية (الكتابة في ظل الثورة التكنلوجية)

تفرض معظم الدول الكتابة كموصل للاثبات العقدي الذي هو العنصر الأساسي في العلاقة التعاقدية التي تكرس تفوق مبدأ الصيغة الخطية الغائبة في المستندات المعلوماتية وهي الركيزة الأساسية في الإثبات ولها حجية أعلى من سواها بين وسائل الإثبات.

فالكتابة أصبحت في ظل المفاهيم الحديثة لا تنصرف إلى تلك الكتابات التي يتم وضعها على الورق أو على مادة أخرى غير

الورق كالمقوى والخشب والقماش كما في السندات العادية[1] وإنما أصبح للكتابة مفهوم واسع ليشمل الكتابات المستخرجة من الوسائل الحديثة كالانترنيت مثلاً[2].

ولكن الكتابة على الورق بدأت بالتراجع أمام نوع آخر من الكتابة وهي الكتابة الواردة في المحررات الإلكترونية وقد حملت هذه الحقيقة لجنة قانون التجارة الدولي التابعة للأمم المتحدة على أن تترك معنى الكتابة من غير تحديد بغية إتاحة المجال لتفسير الكتابة وفقاً للممارسات المتطورة والابتكارات التقنية[3].

ويذهب غالبية الفقه إلى أن توفير قوة إثباتية للسندات الإلكترونية، تقوم على توسيع مفهوم الكتابة ليشمل كل كتابة سواء أكانت كتابة ورقية أم الإلكترونية[4].

وهناك اتجاه تشريعي حديث تبناه المشرع الفرنسي في هذا الاتجاه، فبعد أن أشار في المادة (١٣١٦) من القانون المدني الفرنسي على أن الدليل الكتابي يتكون من رسائل أو صور أو أرقام أو أية

---

(١) د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات المدني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان الأردن، ١٩٩٩، ص ١٣٦.

(٢) اختلفت التشريعات المقارنة بشأن التسميات الواردة فيها والمتعلقة بالكتابة الإلكترونية فقد أطلق عليها قانون الأونسنترال النموذجي مصطلح الكتابة وذلك في م (٦) منه. في حين أطلق عليه المشرع المصري المحرر الإلكتروني وذلك في مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري وذلك في م (١) منه أما تشريع دبي للمعاملات والتجارة الإلكترونية فقد أطلق عليه في م (٢) منه مصطلح السجل أو المستند الإلكتروني، أما القانون المدني الفرنسي، فقد أطلق عليه في المادة (١٣١٦) مصطلح الكتاب على الدعامة الإلكترونية. راجع: هادي مسلم، المصدر السابق، ص ٢٧٢.

(٣) د. فائق الشماع، الشكلية في الأوراق التجارية، مجلة القانون المقارن، العدد (٢)، السنة ١٣، ١٩٨٧، ص ١٣٥.

(٤) د. عباس العبودي، شرح قانون الإثبات، الطبعة الثانية، الموصل، ١٩٩٧، ص ٣٠٣.

إشارات أو رموز تتمتع بدلالة واضحة مهما كانت دعامتها أو وسيلة تداولها[1] فإنه أعاد صياغة هذه المادة وذلك في الفقرة الثانية منها المعدلة بموجب القانون المرقم ٢٣٠ لسنة ٢٠٠٠ الصادر في ١٣ آذار ٢٠٠٠ ونصت على مساواة الكتابة التي تحفظ بشكل الكتروني بالكتابة على الدعامات الورقية من حيث قبولها في الإثبات.

وبذلك جاءت هذه المادة لتستوعب كل صور الكتابة سواءٌ أكانت بالأساليب التقليدية أم بالأساليب الإلكترونية[2].

وبالرغم من أن غالبية قواعد الإثبات وثيقة الارتباط بالصيغة الخطية المكتوبة فإن ذلك لا ينفي وجود مبادئ مصدرها القانون العام والحرية في التعاقد تسمح في أوضاع معينة بقبول إثبات الأعمال القانونية الحاصلة إلكترونياً، ففي أوروبا مثلاً ومع أن تفوق الصيغة الخطية هو السائد، فإن هذا المبدأ يجد شيئاً من المرونة بموجب تعديلات تشريعية أو تفسيرية لقوانين الإثبات والبعض من هذه الدول هي في طريقها إلى اعتماد أحكام تنظيمية تراعي نواحي المعلوماتية وتأثيرها المتزايد.

أما في الدول الأنكلو - أمريكية التي تعتمد قانون العادات والأعراف ومنها إنكلترا والولايات المتحدة الأمريكية وكندا فجرى تعديل هذه القواعد بالنسبة إلى المستندات الرقمية فقد عرفت قواعد الإثبات الاتحادية الأمريكية الكتابة بأنها حروف أو كلمات أو

---

(١) د. عباس العبودي، ود. جعفر الفضلي، المصدر السابق، ص ٧. فقد عرف المشرع الفرنسي الكتابة (الدليل الكتابي) بالمادة ١٣١٦ بحيث تشمل كل تدوين للحروف أو العلامات أو الأرقام أو أي إشارات أو رموز أخرى ذات دلالة تعبيرية مفهومة للآخرين أياً كان نوع الوسيط أو الحامل الذي تقع عليه وأياً كانت طريقة نقلها.

(٢) هادي مسلم، المصدر السابق، ص ٢٧٣.

أرقام موضوعة بشكل يدوي أو مطبوع أو بشكل تسجيل مغناطيسي أو الكتروني أو بأية طريقة أخرى لتمثيل البيانات[1]. وقد أيّد قانون التجارة الإلكترونية الكندي هذا التوجه حين نص على أن الكتابة في السندات الإلكترونية تعني شرط وجود الكتابة في حال اشتراط القانون وجود معلومات معينة بشكل مكتوب[2]. أما في لبنان[3] فيما يخص الأحكام التطبيقية للمرسوم ٤٦٦٥ بتاريخ ١٩٨١/١٢/٢٦ حول وضع التصميم المحاسبي العام فقد أقرّ صراحة بصحة المستندات المعلوماتية المكونة للدفاتر التجارية.

وفي الولايات المتحدة الأمريكية وعلى الرغم من أن مصادر وقواعد الإثبات مستقاة من القانون المكتوب الذي يوجب التقيد بقاعدة الإثبات الأفضل أو قاعدة الأصل فإن هناك استثناءات على هاتين القاعدتين تبدية المحاكم لجهة منح قواعد الإثبات تفسيراً أوسع يراعي تكنولوجيا المعلوماتية المستجدة ومحاولة من القانون النموذجي المتعلق بالتجارة الدولية للتكيف مع تطور العقود بما لا يتعارض مع القوانين الداخلية للدول حيث يشير هذا القانون إلى الشروط الأساسية[4] التي يجب أن تتوافر في العقد الإلكتروني كي يعتبر الإثبات متحققاً وهي تيسر الاطلاع على البيانات بطريقة الاحتفاظ بها ويرجع إليها في وقت لاحق واستخدامها ورقياً عندما يشترط القانون أن تكون المعلومات ورقية.

---

(١) القاعدة المرقمة ١/١٠٠١.

(٢) المادة (٨) من قانون التجارة الإلكترونية الكندي المرقم ٦١ لسنة ٢٠٠٠.

(٣) البند الثالث الوارد في الملحق (٤) من القرار التطبيقي المرقم (١١١) بتاريخ ١٩٨٢/٢/٢٢ م. والبرلمان اللبناني بصدد دراسة مشروع قانون التوقيع الإلكتروني.

(٤) المادة (٦) من القانون النموذجي المتعلق بالتجارة الدولية.

إن نصاً كهذا يدل دلالة واضحة على أن البيانات الإلكترونية لا تعتبر معادلة لوثيقة خطية وهو لا يتضمن شرطاً بأن تكون البيانات الإلكترونية بجميع ما يمكن تصوره من وظائف الكتابة بل يركز على ضرورة أن يتيسر الاطلاع على البيانات بحيث يمكن استخدامها بالرجوع إليها لاحقاً وهذا يعني وجوب أن تكون البيانات والمعلومات قابلة للقراءة والتغيير وضرورة الاحتفاظ ببرنامج الحاسوب كي تكون القراءة ممكنة.

وإذا كان الرجوع إلى البيانات وقراءتها يمكن أن يرقى إلى صف الكتابة فإن القانون النموذجي[1] أباح للدول المشرعة بعض الاستثناءات كما هو حال اجراءات الكتابة اللازمة وفقاً للالتزامات التعاهدية الدولية للدولة المشرعة ومجالات القانون الأخرى التي تقع خارج سلطتها.

وتأخذ الكتابة الإلكترونية أساليب وأشكالاً متعددة، إلا أنها لكي تصلح أساساً للاثبات يفترض أن تتوافر فيها شروط وضوابط معينة، وهذه الضوابط هي:

أ - أن تكون المعلومات الواردة فيها سليمة أو صحيحة في الأساس.

ب - أن تكون هذه المعلومات قابلة للاحتفاظ بها وتخزينها بحيث يمكن في أي وقت الرجوع إليها ويتم حفظ الوثيقة الإلكترونية هذه على حامل الكتروني لتمكين الإطلاع على محتواها بصورة تضمن سلامتها وسلامة محتواها.

---

(١) المادة (٣/٦) من القانون النموذجي.

وكذلك حفظ المعلومات الخاصة بمصدرها وجهتها وتاريخ ومكان الإرسال والاستلام.

ج - أن تدل المعلومات الواردة فيها على من أنشأها وتحدد هويته بدقة، فضلاً عن دلالتها على من يتسلمها وتاريخ ووقت الإرسال والاستلام[1].

وتجدر الإشارة إلى أن هذه الكتابة يجب أن تنطوي على ما تشمله الكتابة بمعناها التقليدي من شروط وهي الثبات والجدية، وهو ما يعطيها قوة اثباتية كاملة للسندات التي تحوي تلك الكتابة[2]، فإذا توافرت هذه الشروط يمكن أن تعدّ الكتابة الإلكترونية دليلاً للإثبات كالكتابة المادية على المستندات الورقية.

وبذلك فالعبرة في الكتابة الإلكترونية لا تكون بقدرتها على الاستنساخ منها على الورق وإنما في قدرتها على التخزين والحفظ الإلكتروني وإمكانية قراءتها والاطلاع عليها في وقت لاحق دون أن يطرأ تغيير في مضمونها ويتم الخزن والحفظ والاسترجاع والاطلاع والقراءة اللاحقة كلما دعت الحاجة إلى ذلك بواسطة وسائل إلكترونية[3].

---

(١) هادي مسلم، المصدر السابق، ص ٢٧٣.

(٢) د. عباس العبودي، المستندات العادية ودورها في الإثبات المدني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، ٢٠٠١، ص ٢٨.

(٣) هادي مسلم، المصدر السابق، ص ٢٧٣ وما بعدها.

الفرع الثاني

التوقيع الإلكتروني

ان التوقيع على السند العادي يشكل العنصر المهم والجوهري لجعله دليلاً كاملاً في الإثبات[1] حيث يجسد السند الموقع بخط اليد والخط البياني الشخصي رضا صاحبه ويعبر عن ارادته في التعاقد ويخدم في إثبات حضوره المادي.

والتوقيع تصرف إرادي يقصد منه التعبير عن موافقة الموقع على ما ورد بالسند[2]. وللتوقيع الإلكتروني صور عديدة، هي[3]:

الصورة الأولى: وهي نقل توقيع الشخص المحرر بخط اليد عن طريق تصوير الماسح الضوئي Scanner، ثم نقل هذه الصورة إلى الملف الذي يراد إضافة التوقيع إليه عبر شبكات الاتصال الإلكتروني لإعطائه الحجية اللازمة، إلا أنه على الرغم من كون هذه الصورة مرنة وسهلة الاستعمال من حيث يتم خلالها تحويل التوقيع التقليدي إلى الشكل الإلكتروني عبر أنظمة معالجة المعلومات إلا أن استعمالها يتسبب في العديد من المشاكل أبرزها مسألة إثبات الصلة بين التوقيع ورسالة البيانات أو المحرر، إذ بإمكان المرسل إليه التوقيع الاحتفاظ بنسخة من صورة التوقيع ووضعها إلى أي وثيقة

---

(١) د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات العراقي، الطبعة الثانية منقحة ومزيدة، دار الكتب للطباعة والنشر، ١٩٩٧، ص ١١٤.

(٢) د. عباس العبودي، المصدر السابق والصفحة نفسها.

(٣) د. ثروت عبد الحميد، التوقيع الإلكتروني، دار النيل للطباعة والنشر، المنصورة، ٢٠٠١، ص ٥٥.

محررة عبر وسيط إلكتروني ويدعي أن واضعها هو صاحب التوقيع الفعلي، وهو ما يخل بشروط الاعتراف بالحجية للتوقيع في الشكل الإلكتروني.

الصورة الثانية: استخدام البطاقات الممغنطة المقترن بالرقم السري، تقوم البنوك ومؤسسات الائتمان بإصدار هذه البطاقات، إذ لا يتطلب استخدامها خبرة معينة، بل يمكن لكل شخص أن يستخدمها حتى لو كان لم يملك جهاز حاسب آلي أو لم يكن جهازه متصلاً بشبكة الإنترنت، وهي أنواع، منها ما يكون ثنائي الطرف (العميل والبنك)، ومنها ما يكون ثلاثي الطرف (العميل والبنك وطرف ثالث)، ويتم استخدامها بإدخال البطاقة التي تحتوي على البيانات الخاصة بالعميل في فتحة خاصة في جهاز الصراف الآلي، وإدخال الرقم السري المخصص له، فإذا كان الرقم السري صحيحاً، فإن بيانات الجهاز توجه للعميل إلى تحديد المبلغ المطلوب سحبه، ويتمتع هذا النوع من التوقيع بالشكل الإلكتروني بوصفه بمثابة دليل إثبات لما يتمتع به ن وسائل تأمين هامة تؤكد الثقة في التوقيع وانتسابه إلى مصدره.

الصورة الثالثة: التوقيع باستخدام الخواص الذاتية (Biometriques Biometries) وهو القائم على استعمال خواص بيولوجية أو فسيولوجية مميزة للشخص المتعامل والتي تتضمن:

- البصمة الشخصية Empreinte Digital, Finger Printing
- مسح العين البشرية Iris de I'oeil, Iris & Retina Scanning
- التحقق من نبرة الصوت Voice Recognition

- خواص اليد البشرية Hand Gesmetry
- التعرف على الوجه البشري Facial Recognition
- التوقيع الشخصي Handwritten Signatures

حيث تتم عملية تخزين الصورة من خلال مجموعة أرقام أو خانات رقمية في ذاكرة جهاز الحاسب الآلي، أو في البطاقات الذكية التي يستخدمها العملاء في جهاز الصراف الآلي (ATM)، وبواسطة كاميرا خاصة تلتقط لهذا الشخص صورة لحظية بحيث يتم مطابقة ذلك مع الجل الرقمي الموجود في البطاقة أو الحاسب الآلي، ويتم تنفيذ العملية في حالة التطابق، وإلاّ فإن الجهاز يصدر الأمر بعدم التنفيذ.

الصورة الرابعة: التوقيع الرقمي (البصمة الرقمية) Signature Numerique: ويقصد به بيان أو معلومة يتصل بمنظومة بيانات أخرى أو صياغة منظومة في صورة شفرة (Cod) والذي يسمح للمرسل إليه إثبات مصدرها والاستيثاق من سلامة مضمونها وتأمينها ضد أي تعديل أو تحريف، وحتى يتم التوقيع الإلكتروني رقمياً يتم أولاً تحويل المحرر المكتوب من الكتابة العادية إلى معادلة رياضية وتحول التوقيع إلىٰ أرقام ويحفظ بجهاز الحاسب الآلي، ولا يستطيع أحد أن يعيد المحرر إلى صيغته المقروءة إلاّ الشخص الذي لديه المعادلة الخاصة بذلك والتي تقوم بدور المفتاح.

وقانون الإثبات العراقي والقوانين العربية لم تضع تعريفاً دقيقاً ومحدداً للتوقيع، وكذلك لم يضع القانون الفرنسي تعريفاً للتوقيع، ولكن القضاء الفرنسي استقر في هذا الصدد على أنه يكفي لصحة التوقيع وجود علامة مميزة خاصة بالشخص الموقع تسمح بتحديد

شخصيته والتعرف عليها بسهولة بشكل يظهر إرادته الصريحة في الرضا بالعقد[1]، في حين منحت التشريعات التي وضعت تعريفاً للتوقيع تفسيراً واسعاً يمكن برأي البعض أن يشمل التوقيع غير المادي والإلكتروني أيضاً، ومن الأمثلة على هذه القوانين القانون المدني في الكوبك الذي عرف التوقيع بأن يضع شخص على عمل ما أسمه أو علامة شخصية له وإن يستعمل ذلك بشكل اعتيادي للتعبير عن رضاه[2]. والأصل هو أن يعتبر السند العادي صادراً عمن وقعه، وبالتالي حجة عليه ما دام لم ينكر ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة[3].

ويتضح من ذلك أن التوقيع أياً كانت صورته هو علامة أو إشارة خاصة مميزة للشخص الموقع يضعها على مستند أو وثيقة تعبيراً عن ارادته في الالتزام بمضمون المستند وإقراراً لمحتواه وبصدوره منه[4].

فالتوقيع هو وسيلة للتعرف على الموقع وتحديد هويته أو تمييز شخصيته وبذلك فإن أهمية التوقيع على المحرر العرفي ترجع إلى قيامه بوظائف تؤكد نسبة مضمون الكتابة الموقع عليها إلى صاحب التوقيع مع ما يترتب على ذلك من آثار قانونية، فالتوقيع بوصفه علامة مميزة للموقع متى كان توقيعاً صحيحاً يعتبر وسيلة لتحديد شخصية الموقع من ناحية ويؤكد بالنتيجة انصراف ارادته إلى

---

(١) د. عباس العبودي، المصدر السابق الصفحة نفسها.

(٢) التحديات القانونية في عالم التجارة الإلكترونية ص ٦.

(٣) المادة (٢٥) من قانون الإثبات العراقي وتقابلها المادة (١٤ فقرة ١) للمذكرة الإيضاحية لقانون الإثبات المصري.

(٤) د. محمد المرسي زهرة، مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات في المسائل المدنية والتجارية، بحث في مؤتمر حول الكومبيوتر والقانون، المفهوم، نظمته كلية الحقوق - جامعة عين شمس، ١٩٩٤، ص ٥٣ - ٥٩.

الالتزام لمحتوى ما وقع عليه من ناحية أخرى[1]. وقد قضى بأن ثبوت صحة التوقيع يكفي لإعطاء السند العادي حجيته في أن صاحب التوقيع ارتضى مضمون الورقة والتزم به[2]، وتجدر الإشارة إلى أنه لم يعد ينصرف التوقيع في ظل المفاهيم الحديثة إلى تلك الأساليب المعروفة عن التوقيع كالإمضاء الكتابي وبصمة الإبهام كما في السندات العادية[3]، وإنما أصبح للتوقيع مفهوم واسع يشمل أساليب جديدة في التوقيع تتلاءم مع الوسائل التقنية الحديثة فبرز التوقيع الإلكتروني أو التوقيع الرقمي.

وفي هذا الصدد يثار التساؤل، هل يكتمل شرط اعتبار الكتابة دليلاً كاملاً في الإثبات إذا كان التوقيع عليها توقيعاً إلكترونياً؟ وللإجابة عن هذا التساؤل نقول إنه ظهر أول اعتراف قانوني بالتوقيع الإلكتروني في مجال البطاقات الائتمانية، وقد أقرت محكمة التمييز الفرنسية بقرارها الصادر بتاريخ ١٩٨٩/١١/٨ بصحة التوقيع الإلكتروني في هذا المجال معلنة أن في هذه الوسيلة الضمانات ذاتها الموجودة في التوقيع اليدوي لا بل يمكن تقليد التوقيع بخط اليد في حين إن الرمز السري لا يعرفه سوى حامل البطاقة لذلك فإن استكشاف حكم التوقيع الإلكتروني يتطلب تحديد معناه وطريقة إجرائه فهناك عدة تعريفات واردة لذلك في أعمال لجان الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية، فقد ورد في مشروع قواعد موحدة بشأن التوقيعات الإلكترونية، أن التوقيع الإلكتروني[4]، هو

---

(١) د. حسام لطفي، المصدر السابق، ص ١٢.

(٢) نقض مدني فرنسي ١٩٨٢/٢/٢٨ نقلاً عن: د. يحيى إسماعيل، المرشد في قانون الإثبات، القاهرة، ١٩٩٤ ص ١٣٦.

(٣) د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات المدني، المصدر السابق، ص ١٣٦.

(٤) أعمال لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية (مشروع قواعد موحدة بشأن التوقيع الإلكتروني) الوثيقة المرقمة A/CN.9/W6-IV/WP. 24

بيانات مدرجة بشكل الكتروني في رسالة البيانات تستخدم لتعيين هوية الموقع عليها ولبيان موافقته عليها[1].

كما وردت عدة تعاريف للتوقيع الرقمي على صعيد الفقه وكذلك عن طريق مشروع الأمم المتحدة الخاص بتوحيد قواعد بشأن التوقيع الإلكتروني حيث جاء في المادة الرابعة من المشروع أنه عبارة عن قيمة عددية تصمم بها رسالة البيانات وتجعل من الممكن استخدام اجراء رياضي معروف يقترن بمفتاح الترميز الخاص بمنشأ الرسالة[2].

كما عرف البعض أيضاً التوقيع الرقمي بأنه عبارة عن إشارات خاصة تصدر عن صاحبه بطريقة التشفير مما يمكن لمن يتلقاها التعرف على مرسلها إذا أفصح له عن مفتاح تلك الشفرة[3].

وبذلك يتضح أن التوقيع الإلكتروني يستغني عن أسلوب التوقيع التقليدي على المستند الورقي والذي يقوم على استخدام حركة اليد استخداماً كتابياً، في حين إن التوقيع الإلكتروني يعتمد فضلاً عن حركة اليد على لوغاريتمات الترقيم أو التشفير أو نظام الكود في إخفاء معنى الرمز أو الرقم.

فالتوقيع التقليدي أياً كان شكله هو نتاج لحركة اليد ويستوي أن يكون بعد ذلك بالإمضاء أو ببصمة الإبهام. فالإمضاء يكون باليد في شكل تعبير خطي والبصمة تكون بإبهام اليد. وكذلك

---

(١) المادة (١/٦) مشروع قواعد موحدة بشأن التوقيع الإلكتروني.

(٢) المادة (٤) من المشروع المرقم (الوثيقة A/CN.9/WG-IV/WP.73).

(٣) لوكيربي، المشاكل القانونية غير التعاقدية، مجلة محامي الأعمال الدولي، ١٩٩٩، ص ٢٤٨.

إجراءات التوقيع على السندات الإلكترونية هو نتاج حركة اليد كما أن المهم ليس شكل التوقيع، وإنما جوهره والدور الذي يحتله والحكمة منه. ويؤدي التوقيع الإلكتروني نفس وظيفة الدور الذي يهدف إليه التوقيع التقليدي[1].

كما أن استخدام التوقيع الإلكتروني في تنسيب البيانات المتبادلة إلكترونياً إلى طرفين يتطلب التوصل إلى اتفاق بينهما بشأن الوسائل التي تستخدم في إجراء التوقيع وطرق التحقق من صحته فضلاً عن أن اتخاذ البيانات المتبادلة بين طرفين والموقع عليها إلكترونياً تعدّ دليلاً في الإثبات يتطلب في حالة عدم نص القانون على ذلك أو اتفاق الطرفين على القيام بالتوقيع الإلكتروني مقام التوقيع الخطي[2]. وخير دليل على ذلك الاتفاق الذي يبرم بين المؤسسات المالية المصدرة لبطاقات الائتمان وحامليها لتنظيم العلاقة بينهما وطرق إثباتها[3].

إن استخدام التوقيع الإلكتروني الذي يقوم على تقنيات متقدمة تكفل تفرده وسريته وتأمينه، ويمكن أن يقوم بذات الوظائف التي يقوم بها التوقيع الخطي من حيث تحديد شخصية صاحبه وإقراره لمضمون التعامل الذي استخدم هذا التوقيع في إنجازه ما دام التوقيع عبارة عن شفرة خاصة أو رقم سري لا يعرفه إلا صاحبه.

وتجدر الإشارة إلى أن من أنظمة التوقيع الإلكتروني نظام النداء العكسي أو شفرة التحقق من صحة التوقيع فضلاً عن أن

---

(١) د. عباس العبودي، الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات المدني، مصدر سابق، ص ١٣٥.

(٢) نقض مدني فرنسي ١٩٨٩/٧/٢٨ - دالوز ١٩٩٠ - ٢٦٩.

(٣) د. محمد المرسي زهرة، المصدر السابق، ص ٦٧ بند ١٦.

هناك نظاماً آخر يعرف بنظام المعاملات الإلكترونية الآمنة (SET) يستخدم في تأمين سرية بطاقات الدفع عند استخدامها في السداد عبر شبكات الكومبيوتر حيث إن هذا النظام يكفل لمتلقي رسالة السداد صلاحية البطاقة للدفع كما أنه يكفل حجب رقم البطاقة عن متلقي هذه الرسالة[1].

إن التوقيع الإلكتروني إذا ثبت أنه يمكن أو يؤدي وظائف التوقيع التقليدي فهل يمكن القول بإمكانية إعطاء السندات الإلكترونية حجية مساوية لحجية الأدلة الكتابية الكاملة؟

نلاحظ في هذا المجال أن القانون وإن ذكر صور التوقيع التي تعتمد على حركة اليد، فإنه حدد شكلاً لا يتوافر بالضرورة في التوقيع الإلكتروني الذي يتركب من رقم أو شفرة مما لا علاقة له باسم الشخص أو لقبه أو ملامح بصمته.

فالتوقيع الإلكتروني لا يستوفي اذن الشكل الذي يتطلبه القانون في التوقيع وهو ما يحتمل أن يؤدي إلى جعل حجيته في الإثبات مشكوكاً بها[2].

وهذه النتيجة سوف تؤثر في فرص الاستفادة من الامكانيات التي تتيحها نظم معالجة البيانات المنقولة إلكترونياً في إنجاز المعاملات في أقل وقت وبإجراءات آمنة. حيث ستقلل من تلك الامكانيات إن لم تلغها.

لذلك فقد عمدت منظمات الأعمال إلى تنظيم وضع مخرجات

---

(١) فاروق ملش، المصدر السابق، ص ٤٥٤.

(٢) د. محمد المرسي زهرة، المصدر السابق، ص ٧٤.

الحاسب الآلي تنظيماً اتفاقياً مما يتيح قبول هذه المخرجات كأدلة اثبات[1].

ولكن إذا كان يجوز للمتعاملين عبر شبكات الكومبيوتر الاتفاق على اعتبار رسائل البيانات الموقعة إلكترونياً أدلة إثبات على خلاف مقتضى قواعد القانون باعتبار إن هذه القواعد مكملة فيما يتعلق بشروط قبول الدليل، إلاّ أن حجية الدليل الاتفاقي هذا تبقى خاضعة لقناعة القاضي في الفصل بها من حيث كونها دليلاً كاملاً أو ناقصاً.

وفي ضوء ما يدل عليه تفسير قواعد القانون القائمة بشأن حجية الأدلة فقواعد حجية الأدلة الكتابية تتعلق بالنظام العام باعتبار أن هذه القواعد ترتبط بأداء القضاء لوظيفته[2].

إن هذا التأصيل يرتكز على شكلية إلكترونية أوجدها التعاقد وليس التشريع، وهذا يتطلب صدور تشريعات تعترف صراحة بصحة التوقيع الإلكتروني ومنحه قوة ثبوتية مماثلة للتوقيع اليدوي.

وقد أصدر الاتحاد الأوربي في ١٩٩٩/١٢/١٣ ارشادات وتوجيهات حول اطار مشترك لتواقيع الإلكترونية في الدول الأعضاء حيث عرفت م (٢) منه التوقيع الإلكتروني بأنه (التوقيع الحاصل في شكل رقمي والمندمج أو الملتصق أو المرتبط منطقياً ببيانات الكترونية أخرى تستخدم كوسيلة في المصادقة).

---

(١) قضت محكمة النقض الفرنسية بصحة مثل هذا الاتفاق انطلاقاً من قواعد الإثبات غير المتعلقة بالنظام العام مما يجوز الاتفاق على خلافها، نقض مدني فرنسي ١٩٨٩/١١/٨، دالوز ١٩٩٠ - ٣٦٩، الأسبوع القانوني ١٩٩٠ - ٢ - ٢١٥٧٦.

(٢) د. محمد المرسي زهرة، المصدر السابق، ص ٩٨ - ١٠٠.

كما تجدر الإشارة إلى أن فرنسا في ٢٠٠٠/٣/١٢ م أصدرت قانوناً تضمن أحكاماً تقرّ بصحة التوقيع الإلكتروني[١]، حيث عرف بهوية الموقع وعبر عن رضاه وهذا الاعتراف يستقى أيضاً من تعديل المادة (١٣١٦) من القانون المدني الفرنسي حيث استبدل عبارة التوقيع بخط اليد بعبارة التوقيع الصادر عن الشخص دون تحديد شكل هذا التوقيع[٢].

كما أضيفت إلى نص م (١٣١٦) فقرة جديدة تخص مجالات التوقيع الإلكتروني[٣] بحيث تستخدم في هكذا توقيع وسائل تقنية موثقة بهوية الموقع وتضمن صلة الموقع بالعقد أو بالسند.

لذلك فإن استجابة القانون للتطور التكنلوجي في وسائل التقدم العلمي في مجال المعلومات والاتصالات الذي يستفاد منه في إنجاز المعاملات بسرعة وأمن، نعتقد بأنه يقتضي ذلك معاملة السندات الإلكترونية والمؤمنة تأميناً جيداً معاملة الدليل الكتابي الكامل.

ونعتقد أن أفضل طريق لإسباغ حجية الدليل الكتابي على السندات الإلكترونية هو أن ينص المشرع على الاعتراف بذلك صراحة في القانون. فالمادة (٧) من القانون النموذجي للتجارة الدولية عالجت الموضوع واعتبرت التوقيع الإلكتروني يكون مستوفياً إذا استخدم أسلوباً لتحديد هوية الشخص وإذا كان الأسلوب موثوقاً

---

(١) د. عاس العبودي ود. جعفر الفضلي، المصدر السابق، ص ٨ – ٩.

(٢) من أبرز الأحكام التي تضمنها القانون المدني الفرنسي هي إضافة فقرة جديدة لكي تعطي التوقيع تعريفاً واسعاً من منطلق التركيز على وظيفته وليس على شكله.

(٣) Boris starck paz henrie roland laurent boyer, introduction audroit, edition, Hetez, 1988.

أي أن الهدف الذي تسعى إليه هذه المادة هو ضمان عدم انكار الصحة. وهذا التطور أخذ به المشرع الفرنسي في القانون الفرنسي الجديد المرقم ٢٣٠ في ١٣ آذار عام ٢٠٠٠، حيث تضمن هذا القانون أحكاماً تقر بصحة التواقيع الإلكترونية[١]، حيث عرف بهوية الموقع وعبر عن رضاه، وهذا الاعتراف يستقى أيضاً من تعديل نص المادة ١٣١٦ من القانون المدني الفرنسي كما ذكرنا ساقاً وهي استبدال عبارة التوقيع بخط اليد بعبارة التوقيع الصادر عن الشخص دون تحديد شكل هذا التوقيع.

وتجدر الإشارة إلى أن القانون الفرنسي الجديد أخذ بنظر الاعتبار التطور الكبير الذي حصل في مفاهيم السندات الإلكترونية فمنحها وضعاً قانونياً، وتنص المادة (١٣١٦) المعدلة على أن: «الأدلة الكتابية هي الأدلة التي تتخذ شكلاً كتابياً سواءٌ كانت من حروف أو من أرقام أو من أي شكل من الإشارات والرموز المخصصة لمعنى واضح مهما كان مصدرها أو صور تحولها وذلك حسب التفصيل الآتي:

١ - السندات الإلكترونية تكون مقبولة لوصفها دليلاً كاملاً في الإثبات ولها نفس حجية الأدلة الكتابية الورقية بشرط تحديد الشخص الذي صدر منه السند قانوناً وأن يكون السند الإلكتروني متضمناً لكامل السند الأصلي[٢].

٢ - في حالة عدم تحديد القانون لشروط السند الإلكتروني أو عدم وجود اتفاق صحيح بين الأطراف فإن للقاضي أن يفصل بالنزاعات المتعلقة بالأدلة الكتابية بكافة طرق الإثبات أياً كان مصدر السند.

---

(١) د. عباس العبودي ود. جعفر الفضلي، المصدر السابق، ص ٨ - ٩.

(٢) يفترض بالسند الرسمي أن يكون موقعاً أمام موظف عام من قبل أطرافه.

٣ - تكون السندات الإلكترونية حجية الأداة الكتابية الورقية في الإثبات.

٤ - يعكس التوقيع اللازم لاتمام التصرف القانوني شخصية من صدر منه وهو يعبر عن رضا الموقع بالالتزامات الناجمة عن هذا التصرف وعندما يصدر التوقيع من موظف حكومي فإنه يعطي الصفة الشرعية لهذا التصرف، أما إذا كان التوقيع إلكترونياً فإن القانون يفترض إلتزام الموقع بهذا التوقيع[١].

وبذلك نجد المشرع الفرنسي، أحدث تعديلاً على نصوص القانون المدني[٢] المتعلقة بالإثبات الكتابي ليدخل في نطاق الأدلة الكتابية هذه الأدلة، أي المحررات الإلكترونية.

ونظراً إلى كون التعديل المذكور يدخل تعديلاً جذرياً في الأفكار التقليدية التي كانت تقوم عليها قواعد الإثبات وتمثل نموذجاً فريداً في تطويرها استجابة لحاجات العمل فقد حدد المشرع شروط اعتبار المحررات الإلكترونية دليلاً كتابياً كاملاً في الإثبات.

كما أنه أزال بعض العقبات التي كانت تحول دون قبول الكتابة والتوقيعات الإلكترونية في الإثبات[٣]. وبهذا التعديل الذي انصرف إلى القواعد العامة في الإثبات الكتابي، يكون الفرنسي قد استجاب

---

(١) د. عباس العبودي، الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات المدني، مصدر سابق، ص ١٣٥ - ١٣٦.

(٢) القانون الفرنسي المرقم ٢٣٠ لسنة ٢٠٠٠ في ١٣ مارس ٢٠٠٠ بشأن تطوير قانون الإثبات.

(٣) J. Huet, Vers une consecration de la preuve et la signature eiectroinque Dalloz 2000, chr, 95, D. Moreno, la reforune du droit dc la preuve et les nouvelles, j.c.p (G) 2000, act. N° 3, P 55.

كغيره من الدول الأوربية للتوجهيات الأوربية كالتوجيه الأوربي المرقم ٣١/٢٠٠٠ في ٨ يونيه ٢٠٠٠ بشأن بعض الجوانب القانونية لخدمات مجتمع المعلومات والتوجيه الأوروبي المرقم ٩٣/١٩٩٩ في ١٣ ديسيمبر ١٩٩٩ بشأن النظام المشترك للتوقيعات الإلكترونية وقد أخذ على التعديل التشريعي الفرنسي أنه لم يعط عناية كافية للجوانب القانونية الدولية للتجارة الإلكترونية بما فيها التوقيعات الإلكترونية على الرغم من النص على التزام الدول الأعضاء بتطبيقها في التوجيه الأوربي المرقم ٩٣/٩٩٩، المادة (١٧)[١].

وإذا كان التطور القضائي بشأن استجماع الوسائط الإلكترونية لشروط الدليل الكتابي الامل قد مهد الطريق للارتفاع تشريعاً بقواعد الأدلة الإلكترونية إلى مستوى القواعد العامة إلاّ أن ذلك التدخل التشريعي كان ضرورياً إزاء ارتباط مدى قبول المحرر الإلكتروني وتقدير حجيته في الإثبات بالسلطة التقديرية لقضاء الموضوع التي تجري أعمالها في ضوء نصوص القانون المدني القديمة اتجهت محكمة النقض الفرنسية في بعض أحكامها إلى تمتع المحررات الإلكترونية بحجية الدليل الكتابي الكامل المقررة للسندات العادية وذلك إذا اكتملت عناصر الدليل واستوفى التوقيع عليه شروط صحته من حيث نسبته على قبوله بما وضع التوقيع عليه وما دام لم ينكر المدعى عليه شيئاً من ذلك[٢].

ولذلك صادف قبول الكتابة الموقعة الكترونياً كدليل اثبات

---

(١) Ph. Bataf. J lightbum la loi portant adaptation, du droit de la preuve aux techonologies du l'information, la semaine juridique (E.A) 25 mai 2000, P. 838.

(٢) نقض مدني فرنسي ١٩٩٨/١/٢ دالوز ١٩٩٨ – ٢ – ١٩٢ تعليق مرتان، الأسبوع القانوني (E) ١٩٩٨ – ٥ – ١٧٨.

صعوبات ترجع إلى الشك في استيفائها لوظائف التوقع في الإثبات ومن ثم تبنى المشرع الفرنسي ما رأى أنه أوفى بأهداف تعديل القوعد العامة للإثبات في القانون المدني على الرغم من اتصال القواعد التي طور بها المشرع الفرنسي نصوص القانون المدني المتعلقة بالإثبات بالعديد من الموضوعات إلاّ أنه يمكن رد تلك القواعد إلى مبدأين مهمين:

المبدأ الأول: يقضي بالأعتراف بالكتابة الموقعة الكترونياً: دليل إثبات واعطائها الحجية نفسها التي تتمتع بها المحررات الكتابية الورقية وذلك إذا استوفت عدة شروط تؤكد قيامها بالوظائف الرئيسة للكتابة والتوقيع.

وقد كرس القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية مبدأ التكافؤ المذكور في المتن[1].

المبدأ الثاني: هو الاعتراف بصحة الاتفاقات الخاصة حول الإثبات.

وهكذا نجد أن الاتجاه الذي تبناه المشرع الفرنسي جاء ليواكب التطور الذي وصلت إليه تكنلوجيا وسائل التطور العلمي في الإثبات المدني ونؤيد ما يذهب إليه الأستاذ الدكتور عباس العبودي من اقتراح جعل السندات الإلكترونية مساوية للأدلة الكتابية من حيث الحجية.

وإن التعديل الذي جاء به المشرع الفرنسي يعدّ أيضاً جيداً قياساً إلى التشريعات العربية التي لم يرد بشأنها نص يسمح بذلك.

---

(١) المادة (٥) من القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية.

وندعو المشرع العراقي إلى تنظيم السندات الإلكترونية وذلك لدقة البيانات التي تتضمنها السندات الإلكترونية لأنها تؤدي إلى تعيين لا يقل قوة عن الاحتمال الذي تؤديه السندات الورقية.

وتجدر الإشارة إلى أن تعديل نصوص الإثبات في القانون المدني الفرنسي وإن بني على اساس المساواة الكاملة بين المحررات المكتوبة دون تمييز بين طرق الكتابة أو رموزها أو شكلها أياً كانت طبيعة الوسيط الذي يجري التدوين عليه إلاّ أن المشرع الفرنسي حرص على الالتزام بمبدأ الحياد التقني، على أن يذكر الكتابة على دعامات الكترونية، حيث استخدم المشرع الفرنسي في التعبير عن الكتابة الإلكترونية تعبير الكتابة على حامل الكتروني أو الكتابة على شكل إلكتروني، فضلاً عن الدعامات الإلكترونية أيضاً التوقيعات الإلكترونية بوصفها عناصر في الدليل الكتابي المقبول في الإثبات لذلك أصدر المشرع الفرنسي نصوصاً لتعديل القانون المدني المتعلقة بالإثبات بالمادة (١٣١٦ مدني) كرس فيها إمكانية وجود كتابة غير ورقية على وسائط غير ورقية فكما يمكن تدوين الكتابة على الورق فإنه يمكن وضع البيانات وحفظها على وسائط الكترونية مثل الأقراص والشرائط.

حيث رتب المشرع الفرنسي على ذلك قبول الكتابة في شكل إلكتروني كدليل إثبات ومثل شروطه في ذلك مثل الدليل الكتابي الورقي، وفي حالة تحديد القانون لشروط السند الإلكتروني أو عدم وجود اتفاق صحيح بين الأفراد، فإن للقاضي سلطة فصل التنازع بين الأدلة الكتابية بطرق الإثبات كافة مهما كان مصدر السند[1].

فضلاً عن أنه أجاز وقوع المحرر الرسمي على دعامة إلكترونية

---

(١) المادة (١/١٣١٦) مدني.

بضوابط معينة[1] ومنح الكتابة على حامل إلكتروني ذات الحجية المقررة للكتابة على حامل ورقي[2].

وفي هذا المجال نؤيد ما يذهب إليه الفقه[3] في أنه لو قارنا هذا التعديل مع قانون الإثبات العراقي لوجدنا أن هناك قصوراً في التشريع العراقي يجدر بالمشرع اعادة النظر فيه حيث نلاحظ أن المشرع العراقي على الرغم من أنه قد أشار إلى أنه يمكن للمحكمة الاستفادة من وسائل التقدم العلمي[4] في استنباط القرائن القضائية، إلاّ أنه كان بإمكان المشرع العراقي أن يتدخل لتحديد حجيتها في الإثبات ولكنه ترك الأمر المشرع العراقي أن يتدخل لتحديد حجيتها في الإثبات ولكنه ترك الأمر للقضاء وجعلها مجرد قرائن قضائية والقاعدة في الإثبات بالقرائن القضائية مقيد إلا فيما يجوز أثباته بالشهادة فلا يجوز الإثبات بالقرائن القضائية في التصرفات القانونية التي يتجاوز قيمها خمسة آلاف دينار أو في التصرفات التي تخالف الثابت بالأدلة أو ما يجاوزها[5] وفي لبنان هناك مشروع قانون تعديل قانون أصول المحاكمات المدنية يتعلق بالإثبات الذي يشمل السند والتوقيع المنظمين بوسائط الكترونية وقد أقرّ مجلس الوزراء هذا القانون في جلسته المنعقدة بتاريخ ٢٠٠٠/٧/١٢ م وأحاله إلى المجلس النيابي لتشريعه.

ولبنان يُعد أول دولة عربية بادرت إلى إعداد مشروع قانون

---

(١) المادة (٣/١٣١٧) مدني.

(٢) المادة (٣/١٣١٦) مدني.

(٣) د. آدم وهيب النداوي، الموجز في شرح قانون الإثبات، بغداد، ١٩٩٠، ص ١٧٠.

(٤) المادة (١٠٤) من قانون الإثبات العراقي التي تنص على أن: «للقاضي أن يستفيد من وسائل التقدم العلمي في استنباط القرائن القضائية».

(٥) د. عباس العبودي ود. جعفر الفضلي، المصدر السابق، ص ٩.

يتعلق بالتوقيع الإلكتروني ومشروع هذا القانون يتضمن أحكاماً مماثلة للقانون الفرنسي وبالأخص في تعريف التوقيع والاعتراف بالتوقيع الإلكتروني وبصحة الأساليب والوسائل المستخدمة للتوقيع وموثق فيها حتى اثبات العكس كلما استوفت هذه الوسائل الشروط التي سوف تحددها مراسيم تصدر عن مجلس الوزراء. ومن الضروري وجود تنظيم قانوني أو تشريعي للتجارة الإلكترونية بحيث تعتمد صلاحية العقود والتواقيع الإلكترونية ويكون لها القيمة القانونية للامضاءات التقليدية. وفي هذا الصدد نقترح على المشرع العراقي إعادة صياغة نص المادة (٢٥) من قانون الإثبات العراقي المرقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل، بحيث تكون صياغة النص مواكباً للتطور الذي وصلت إليه التشريعات، على أن تكون صياغة النص على النحو الآتي: «أولاً: يعد السند العادي صادراً عمن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء عادي أو إلكتروني».

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

المطلب الثالث

الوسائل التقنية اللازمة لحماية السندات الإلكترونية

تؤكد غالبية التشريعات المقارنة[1]، ضرورة وجود ضمانات تقنية مترابطة مع الاعتراف القانوني بالسندات الإلكترونية، وتشكل

(١) من هذه التشريعات المادة (٧) من القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية والمادة (١٣١٦) فقرة (٤) المعدلة من القانون المدني الفرنسي المعدل والمادة (٥) من التوجيه الأوربي وقانو ولاية يوتا الأمريكية المعروف باسم UTAH SIGNATURE ACT ١٩٩٦ وهو أول قانون صادر في الولايات المتحدة الأمريكية خاص بالتوقيع الإلكتروني والصادر عام ١٩٩٦.

هذه الضمانات الوسيلة التقنية التي تضمن عدم إساءة استخدام التقنيات الإلكترونية أو تزويرها، وتساعد على تأمين وظائف الأمن والسرية والإثبات المطلوبة من أجل تبادل المعلومات عبر الإنترنت[1] وأن المنظمات المعنية بالتجارة الإلكترونية، وبشكل خاص لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، أصدرت تقريراً عام ١٩٩٧ يشجع الدول التي ترغب بإصدار تشريعات تسهل عقد الصفقات التجارية حيث صرحت هذه المنظمات بإعطاء موثوقية النظام المعلوماتي أهمية استثنائية، فقد أشارت المادة الثامنة من هذا التقرير على مبدأ حجية البيانات المعلوماتية، حيث منحت المعلومات المعروضة في شكل رسالة بيانات القوة الثبوتية المطلوبة، عند تقييم القوة الثبوتية لرسالة البيانات، يؤخذ في الاعتبار عند منح القوة الثبوتية كل من موثوقية طريقة وضع رسالة البيانات أو تخزينها أو نقلها وموثوقية طريقة حفظ المعلومات وسلامتها والشكل الذي يجري تعريف المستعمل به[2].

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

كما أن التشريعات صرحت بمنح البيانات المعلوماتية المزيد من القوة الثبوتية، من هذه التشريعات المشرع الكندي الذي أضاف نصوصاً عديدة إلى القانون المدني الكندي المعمول به في ولاية QUIBEC تناولت هذه النصوص التسجيلات المعلوماتية ومن أهم هذه النصوص نص المادة (٢٨٣٧) الذي أشار إلى أن المستند المعلوماتي يجب أن يكون مفهوماً (مقروءاً) ويتوافر فيه قدر كاف من الضمانات الجدية تكفي للوثوق به من أجل تقدير نوعية المستند، ويجب أن تأخذ المحكمة في الحسبان الظروف التي سجلت فيها

---

(١) باسيل يوسف، الإعتراف القانوني بالمستندات والتواقيع الإلكترونية في التشريعات المقارنة دراسات قانونية – العدد ٢، السنة الثالثة، ٢٠٠١ م – ١٤٢٢ هـ، ص ٢١.

(٢) د. طوني ميشال عيسى، المصدر السابق، ص ٣٥٧.

البيانات ونسخ المستند في ظلها ومن النصوص أيضاً نص المادة (٢٨٣٨) من القانون المدني الكندي الذي أشار إلى أن الوثوق يكون حين يحصل التسجيل بطريقة منهجية وخالية من الهفوات وحين تكون البيانات المسجلة محمية من العيوب أو التبعيات وتمنح هذه الموثوقية بمجرد أن يكون التسجيل حاصلاً من قبل مؤسسة أو شركة[١]، واستناداً إلى ما تقدم فإنه يتبين من هذه النصوص أن الأشكال في الإثبات يتحول أكثر فأكثر من أشكال قانونية إلى أشكال تقنية ترتبط بحضور النظام المعلوماتي المثالي، فأي نظام معلوماتي يكون مثالياً من وجهة نظر الإثبات؟ للإجابة عن هذه التساؤل، فإننا نؤيد الرأي الذي نقله الدكتور (طوني ميشال)[٢] عن الفقيهة الفرنسية SEDAILIAN القائل بأنه لا وجود في التطبيق لأي نظام معلوماتي يؤمن جميع الإجراءات والمواصفات المطلوبة[٣] وحتى مع الأخذ بالإجراءات فإنه لا تنتفي احتمالات مواجهة الاختلالات والعيوب كلياً، وأن درجة الظفر في مستوى الأمان هي غير موجودة على الاطلاق في كل الأنظمة المعلوماتية، ويمكن الاحتجاج دائماً

---

(١) نص التقرير في موقع لجنة القانون التجاري الدولي ضمن شبكة الأمم المتحدة للانترنيت على العنوان التالي: www.un.org.at/unicitral.

(٢) د. طوني ميشال عيسى، المصدر السابق، ص ٣٥٨، وكذلك: باسيل يوسف، المصدر السابق، ص ٢٢.

(٣) والشروط والإجراءات المطلوبة حول تصميم النظام المعلوماتي تكون في الدرجة الأولى هي السماح بتوفير الضمانات اللازمة حول حسن أدائه بحيث يحمل القضاة على منح ثقة أكبر للتسجيلات المعلوماتية والمستندات المسحوبة من الحاسب الآلي، وفي الدرجة الثانية يجب تصور نظام يضمن حفظ وحماية منهجية ومنظمة لجميع العمليات المعلوماتية وفي الدرجة الثالثة يجب إيجاد نظام قادر على جعل وسائط التخزين حيث البيانات المعلوماتية مسجلة، تبين عدد المرات التي يجري فيها معاينة هذه البيانات، وفي الدرجة الرابعة يجب أن يسمح النظام المعلوماتي باجراء تحديد دقيق لتاريخ ارسال واستلام المستندات المعلوماتية والتأكد من كونها قد استلمت ممن أرسلت إليه بدون تعديل أو تغير بسلامتها.

باختلال النظام المعلوماتي أو تعيبه[1]، فقد رفضت محكمة استئناف باريس مثلاً أن تلزم زبون أحد المصارف بمسحوبات نقدية تمت من صراف آلي بواسطة بطاقة مصرفية نسبت أنها عائدة إلى هذا الزبون، وذلك بعد أن تبين للمحكمة أن خللاً كان قد طرأ في تلك المرحلة على نظام الأمن في ذلك الصراف الآلي، وكان يسمح بسحب أموال نقدية بواسطة البطاقة دون إدخال الرقم السري لحامليها[2].

وفي مجال القوائم الهاتفية قبلت محكمة التمييز الفرنسية في قرار لها بتاريخ ٢٨ آذار ١٩٩٥ بإثبات قدمه أحد المشتركين في الشبكة حول وجود إمكانية تقنية لاستعمال خطه الهاتفي من قبل الغير بشكل غير مرخص به، وإجراء مخابرات هاتفية تسجل قيمتها على اسمه، وقد اعتبرت محكمة التمييز أن ذلك يؤلف قرينة مقبولة على عدم صحة القوائم الصادرة باسم هذا المشترك[3] واستناداً لذلك فإن الفقرة الثبوتية للمستندات الإلكترونية تعتمد إلى حد بعيد على موثوقية النظام المعلوماتي الذي يمنح قوة ثبوتية إضافية ومصداقية أعلى لهذه المستندات يكون من شأنها إذا ما ترافقت برامج تكميلية ذو أهمية مثل أدوات ووسائل التشفير وآلية مصادقة الشخص الثالث أن تساعد مجتمعه في تأكيد الإثبات المعلوماتي، لذلك سنتناولها في فرعين، الأول تناول نظام التشغيل والثاني تناول نظام مصادقة الشخص الثالث.

---

(١) د. طوني ميشال، المصدر السابق، ص ٣٥٩.

(٢) Pau 15 Octobre 1984, d. 1984.i.r 343 Paris 15 Emech. 1327 mans 1985 d. 1926. ir. 327.

نقلاً عن: د. طوني ميشال، المصدر السابق.

(٣) Civ, Lere Ste France Telecom Cilberthe Jcped, G 1995, 11, 22539.

الفرع الأول

نظام التشفير

يهدف نظام التشفير إلى توفير أمن التبادل والمتبادلين في شبكة الانترنيت. وهو لا يقوم بوظائف الحماية والأمن والسرية في المعلومات والعقود المتبادلة عن بعد في شبكة الانترنيت فحسب، وإنما يقوم فضلاً عن ذلك بوظائف أخرى من أهمها التحقق من هوية مطلق الرسائل، والمصادقة على مضمونها وعلى توقيع أصحابها إلكترونياً عليها، والتأكد من سلامتها، أي التثبت من عدم تعيبها في أثناء عبورها داخل الشبكة.

كما أن استخدام أدوات التشفير في عصر المعلوماتية جعل من الدول أن تقيّم توازناً بين هدفين إستراتيجيين هما: توفير حماية السرية والأمن للمعلومات، ومواكبة تقنيات أساليب التشفير وتحريرها من القيود، هذا من جهة ومن جهة ثانية عليها مواجهة مخاطر التقنيات المعلوماتية المتطورة في مجال التشفير، ويُعدّ من قبيل أدوات التشفير برامج الحاسب الآلي والمعدات وسائر الأجهزة المتخصصة في التشفير بواسطة المفاتيح أو الرموز السرية بمجرد أن يكون لها دور فاعل في تحقيق وظائف التشفير[1].

ولا يعدّ نظام التشفير حديث العهد بل هو نظام موجود منذ القدم، فالتشفير والترميز استخدم منذ القدم في مجال الاستخبارات العسكرية والسياسية والدبلوماسية بحيث تعتبر أدواتها ضمن لائحة

---

(١) د. طوني ميشال، المصدر السابق، ص ١٩٧ - ١٩٨ - ٢٠٠.

المعدات الحربية التي يخضع التعامل بها من قبل غالبية الدول إلى الحظر الكلي أو التقييد الشديد[١].

ولكن مع نمو وانتشار تقنية شبكة الانترنيت بدأت الكتابة المشفرة تفرض نفسها بوصفها وسيلة مهمة لا غنى عنها في توفير أمن وسرية وسلامة العقود الجارية من قبل جمهور المستهلكين[٢].

وقد وردت العديد من التعاريف لأدوات التشفير من قبل الفقه والتشريعات المقارنة، فقد ذهب البعض إلى إيراد تعريف لها من الناحية التقنية وهو أن التشفير أو الترميز أو الكتابة المشفرة هو تقنية قوامها خوارزمية رياضية ذكية، تسمح لمن يمتلك مفتاحاً سرياً، بأن يحول رسال مقروءة إلى رسالة غير مقروءة وبالعكس أي أن يستخدم المفتاح السري لفك الشيفرة وإعادة الرسالة المشفرة إلى وضعيتها الأصلية[٣]، وحتى يكون النظام التشفيري موثوقاً به، يجب أن تكون اتفاقات التشفير المستخدمة فيه فعالة بشكل كاف أي أن تكون مصممة بشكل يتعذر معه فك تشفير الرسالة من دون حيازة المفتاح أو الرمز السري[٤].

ولا تخلو التشريعات المقارنة من إيراد تعريف لأنظمة التشفير ومن بين هذه التشريعات القانون الفرنسي المرقم (٩٠ - ١١٧٠) الصادر في ١٩٩٠/١٢/٢٩ حول تنظيم الاتصالات عن بعد فقد عرفت المادة ٢٨ منه أدوات التشفير بأنها جميع التقديمات التي

---

(١) د. باسيل يوسف، المصدر السابق، ص ٢٣.

(٢) د. طوني ميشال عيسى، المصدر السابق، ص ١٩٨.

(٣) Hance (O.), business et Droit d'internet, the best of McGraw-Hill, 1996, P. 170.

(٤) د. باسيل يوسف، المصدر السابق، ص ٢٤.

ترمي بفضل بروتوكولات سرية إلى تحويل معلومات أو اشارات مقروءة إلى معلومات وإشارات غير قابلة للقراءة من الغير أو القيام بالعملية المعاكسة وذلك بفضل استخدام معدات أو برامج من نوع برامج الحاسوب الآلي مصممة لهذه الغاية[1].

ويضاف إلى ذلك، أن أدوات التشفير يجب أن تواكب التطور السريع للتطورات التكنولوجية، وإن ما يبدو مستحيلاً اليوم من احتمالات اختراق التشفير قد لا يبقى على حالته هذه بعد بضع سنوات، فضلاً عن أن برامج التشفير في تصميمها قد تحتوي على ثغرات يمكن استثمارها في كشف الرسائل المشفرة[2].

وفي مجال المعلوماتية، يمكن تصنيف تقنيات التشفير إلى فئتين رئيستين وذلك تبعاً لنوعية المفتاح المستخدم في التشفير فتقنيات التشفير هي كالآتي[3]:

١ - المفتاح الخصوصي أو ما يسمى (تقنية التشفير المتماثل):

ويستخدم هذا الصنف من تقنية التشفير المفتاح أو الرمز السري ذاته في تشفير الرسائل وفي فك تشفيرها أي بمعنى آخر أن نظام الكتابة المشفرة بالمفتاح الخصوصي يعمل بواسطة مفتاح واحد يعرف بالخصوصي يمتلكه كل من مرسل الرسالة ومتلقيها.

وتكمن مساوئ هذه التقنية ليس فقط في أن متلقي الرسائل المشفرة القادمة من مصادر مختلفة عليه أن يقتني عدداً من المفاتيح

---

(١) د. طوني ميشال، المصدر السابق، ص ١٩٩.

(٢) د. باسيل يوسف، المصدر السابق، ص ٤.

(٣) د. طوني ميشال، المصدر السابق، ص ٢٠١ وما بعدها.

الخصوصية يوازي عدد الرسائل الواردة من هذه الصادر بل أيضاً في استعمال المفتاح ذاته من قبل شخصين مختلفين (المرسل والمرسل إليه) يضعف من حجية المستندات الرقمية ومن قوتها الثبوتية وذلك بالنظر إلى الخطر الدائم في أن يكون المفتاح الخصوصي قد تسرب أو انتقل بشكل غير مشروع وإلى الصعوبة في تحديد مصدر التسرب أو حصول الانتقال[1].

٢ - المفتاح العمومي أو ما يسمى (تقنية التشفير غير المتماثل):

أما تقنية التشفير في هذا الصنف وخلافاً للمفتاح الخصوصي فإنه لا يستخدم المفتاح أو الرمز ذاته من أجل تشفير الرسائل، ومن أجل فك تشفيرها يستعمل مفتاحين أو رمزين سريين مختلفين الأول خصوصي يعرفه مستخدم معين لشبكة الانترنيت ويبقيه سرياً وخاصاً به، والثاني عمومي يوزعه أو يبلغه إلى المستخدمين الآخرين الذي يود تلقي رسائل مشفرة منهم.

وعلى هذا الأساس فإن بإمكان جميع الحائزين على المفتاح العمومي استخدامه في تشفير الرسائل وإرسالها إلى المستخدم الحائز على المفتاح الخصوصي. ومقابل ذلك فإن المستخدم الحائز على المفتاح الخصوصي بإمكانه حده فك تشفير الرسائل الواردة إليه من المستخدمين الآخرين الحائزين على المفتاح العمومي وبالتالي التفرد بقراءتها.

ومن البرامج الأكثر شيوعاً وأماناً بشهادة الاختصاصيين هو برنامج (الحاسب الآلي Logiciel) الذي يسمى اختصاراً PGP أي

---

(١) د. باسيل يوسف، المصدر السابق، ص ٢٥.

(Petty Good Privacy) صممه الأمريكي Phil Zimmerman عام ١٩٩١ ويعتبره البعض برنامجاً يكاد يستحيل خرقه.

وعلى الرغم من الإيجابيات العملية والقانونية التي تمنحها تقنية التشفير بالمفتاح العمومي ومن أهمها أن كل مستخدم لشبكة الانترنيت لا يستعمل سوى مفتاح أو رمز سري واحد في تشفير الرسائل التي يرغب بإراسلها أو في فك تشفير الرسالة التي تلقاها، فمقابل ذلك هناك صعوبات تواجه هذا النوع وتكمن هذه الصعوبات في مسألة ضمان المفتاح العمومي أي ضمان أن المفتاح العمومي عائد فعلي إلى المستخدم الحائز على المفتاح الخصوصي وتعالج هذه الصعوبة بتدخل جهة ثالثة محايدة ومستقلة تسمى «الشخص الثالث المصادق» وتسمى أيضاً (بسلطة المصادقة) وهذا ما سوف نوضحه في الفرع الثاني.

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

الفرع الثاني

نظام مصادقة الشخص الثالث

إن تقنية التشفير بالمفتاح العمومي تتطلب تدخل طرف ثالث محايد ومستقل بين الحائز على المفتاح الخصوصي وبين الحائز على المفتاح العمومي ويطلق على هذا الشخص بـ «الشخص الثالث المصادق» ويطلق عليه بالإنكليزية Trusted or Relaible Third Parties وبالفرنسية يطلق عليها بـ Tiers Certifi Cateur ويتولى مهمة المصادقة على هوية الحائز على المفاتيح العمومية ويصدر شهادات الكترونية

بشأنها تضمن هذه الشهادات أن المفتاح العمومي عائد إلى المستخدم الحائز على المفتاح الخصوصي[1].

ونقصد بالشخص الثالث المصادق أية هيئة أو جهة عامة أو خاصة تصدر شهادات الكترونية وهي عبارة عن سجل معلوماتي يحتوي على مجموعة تعريفية من المعلومات من هذه المعلومات اسم المستخدم طالب الشهادة واسم سلطة المصادقة المانحة لها وتاريخ صلاحية الشهادة الممنوحة وهذه الشهادات تقوم بوظيفة تشبه بطاقة الهوية التي يصدرها الشخص الثالث المستقل والمحايد، وهي التعريف عن الشخص الذي يحملها وعن سلطاته وتصادق على توقيعه إلكترونياً وعلى المبادلات (الصفقات) التي يجريها عبر شبكة الانترنيت[2].

ويساهم تدخل الشخص الثالث المصادق الذي يضمن أمن المبادلات الإلكترونية عبر الانترنيت على مغالبة نظام الإثبات القانوني الذي يقوم به الشخص الثالث[3].

وفي الحقيقة إن مصادقة الشخص الثالث هي وظيفة جديدة ظهرت نتيجة ظهور شبكة الانترنيت ترمي إلى تأمين أمن المبادلات الإلكترونية المبرمة بواسطة الانترنيت واثباتها وتختلف هذه المهنة عن مهنة المصرفي حيث لا يدير الشخص الثالث المصادق أية أموال[4].

---

(١) د. باسيل يوسف، المصدر السابق، ص ٢٦.

(٢) د. طوني ميشال، المصدر السابق، ص ٢٠٥.

(٣) د. باسيل يوسف، المصدر السابق، ص ٢٦.

(٤) د. طوني ميشال عيسى، المصدر السابق، ص ٢٠٦ وما بعدها.

كما تختلف وظيفة مصادقة الشخص الثالث عن وظيفة الكاتب العدل العادي (التقليدي) الذي يقوم باحتكار بعض العقود التي يلزم القانون إبرامها أمامه وذلك على أساس أن وظيفة الشخص الثالث المصادق فرضت نفسها نتيجة الانقلاب الذي أحدثته الصفقات غير المادية في نظام الإثبات التقليدي الذي يستند على الدعامة الورقية وقد أطلق على الشخص الثالث المصادق عبارة الكاتب العدل الإلكتروني Notaire Electronique(١).

أما عن موقف التشريعات المقارنة في مجال مصادقة الشخص الثالث فقد صدر في الولايات المتحدة الأمريكية أول قانون منح نظام مصادقة الشخص الثالث إطاراً قانونياً خاصاً في ولاية Utha (يوتا) الأمريكية ولك بموجب قانون صدر عام ١٩٩٥ وتم تعديله عام ١٩٩٦(٢).

وقد أصدر الاتحاد الأوربي بتاريخ ١٩٩٩/١٢/١٣ توجيهاً حول إطار مشترك للتوقيع الإلكتروني يتضمن مجموعة من المواد المهمة للشخص الثالث المصادق(٣).

تتناول مهماته وطبيعة الشهادات الإلكترونية التي يصدرها، وقد عرّف التوجيه الأوربي الشخص الثالث المصادق بأنه (كيان أو شخص طبيعي أو اعتيادي يقوم بتقديم شهادات أو خدمات أخرى مرتبطة بالتواقيع الإلكترونية)، ويوجد نوعان من الإجراءات لمنح

---

(١) د. باسيل يوسف، المصدر السابق، ص ٢٦، وكذلك:
Lioutil juridique due - business - LA SIGNATURE ELECT RONIQLE - Patricia Volo - legalis. Net 2001 - P. 10.

(٢) راجع هذا القانون على شبكة الإنترنت على العنوان الآتي:
www.gor.state.ut.us/ccjj/digsig.

(٣) راجع النص الكامل للإرشاد الأوربي على موقع الاتحاد الأوربي على شبكة الانترنيت على الموقع الآتي: www.eiropa.eu.int.

الشهادات التي تصدر عن الشخص الثالث.

النوع الأول من الاجراءات يقتصر على اصدار شهادة الكترونية بسيطة ترتبط بمعطيات ومعلومات تتعلق بالتحقق من توقيع شخص معين وتؤكد هوية هذا الشخص. أما النوع الثاني من الاجراءات فإنه يرتبط باصدار الشهادة النوعية[1].

وتطبيقاً لمضمون التوجيه الصادر عن الاتحاد الأوربي أصدرت فرنسا في ٢٠٠٠/٣/١٣ القانون المرقم ٢٠٠٠/٢٣٠ حول تكييف قانون الإثبات مع التقنيات لتكنولوجيا المعلومات المتعلقة بالتواقيع الإلكترونية[2]، وأهم ما جاء فيه هو تعديل المادة (١٣١٦) فقرة/٤ منه.

المبحث الثاني

حجية السندات الإلكترونية في الإثبات

مع غياب الصيغة الخطية في التعامل عن طريق وسائل الاتصال الحديثة ظهر ما يعرف «بالمستندات الإلكترونية» ولقد كان للجنة الأمم المتحدة لقوانين التجارة الدولية السبق في وضع إطار قانوني في هذا المجال إذ وضعت قانون الأونسترال النموذجي بشأن

---

(١) L. Outil juridique, opcit, P. 11.

(٢) راجع النص الكامل للقانون الفرنسي ٢٣٠ - ٢٠٠٠ والمنشور على شبكة الانترنيت على العنوان التالي: www.Justice.gour.fr.

التجارة الإلكترونية عام ١٩٩٦[١].

وقد أشارت المادة (٦) من هذا القانون إلى أنه «عندما يشترط القانون أن تكون المعلومات مكتوبة تستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط إذ تيسر الاطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليها لاحقاً».

والمقصود برسالة البيانات لأغراض هذا القانون المعلومات التي يتم إنشاؤها أم إرسالها أو تخزينها بوسائل الكترونية ضوئية أو بوسائل مشابهة لما في ذلك مثلاً التبادل الإلكتروني للبيانات أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس أو الفاكس وشبكة الانترنيت[٢].

ونقصد بحجية السندات الإلكترونية القوة القانونية للبيانات والمعلومات المستخرجة عن طريق وسائل الاتصال الفوري في اثبات التعاقد الذي يجري عن طريقها حيث يطلق على هذه المستخرجات بالسندات الإلكترونية[٣].

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

والمشكلة الأساسية في مجال استخدام الطرق المعلوماتية بالمعنى الواسع في مجال التفاوض على العقود وابرامها هي مشكلة الإثبات. وسوف نتناول حجية السندات الإلكترونية في الإثبات على مطلبين كالآتي:

المطلب الأول: حجية السندات الإلكترونية المستخرجة عن طريق الفاكس والتلكس في الإثبات.

---

(١) قانون الأونسترال النموذجي مع دلل تشريعه، منشورات الأمم المتحدة نيويورك ١٩٩٦.

(٢) المادة (٢) من قانون الأونسترال.

(٣) د. عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري...، أطروحة دكتوراه، المصدر السابق، ص ١٨٠.

المطلب الثاني: حجية السندات الإلكترونية والمستخرجة عن طريق الحاسب الآلي والإنترنت في الإثبات.

المطلب الأول

حجية السندات الإلكترونية المستخرجة عن طريق الفاكس والتلكس في الإثبات

لبيان ذلك سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين، يخصص أولهما لبيان حجية السندات الإلكترونية المستخرجة عن طريق الفاكس، والثاني لبيان حجية السندات الإلكترونية المستخرجة عن طريق التلكس.

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

الفرع الأول

حجية السندات الإلكترونية المستخرجة عن طريق الفاكس في الإثبات

يعرف الفاكس بأنه جهاز استنساخ بالهاتف يمكن به نقل الرسائل والمستندات المخصوطة باليد والمطبوعة بكامل محتوياتها كأصلها، وتسلمها عن طريق شبكة الهاتف المركزية أو عن طريق الأقمار الصناعية، ويمكن استخدامه داخل المدينة أو خارجها أو بين

دول العالم، ويتم إرسال المستندات وتسلمها عن طريق تزويد رقم هاتف المستلم المرسل إليه (المحلي أو الدولي) الذي لديه حيازة الجهاز نفسه، فتظهر هذه المستندات نسخة كأصلها، فتأتي نغمة خاصة تشبه إشارة الجرس، يقوم الجهاز بإرسالها عند استعداده لتسلم الوثائق، ونغمة أخرى عند الانتهاء من تسلمها، ويتم تسلم الرسائل والمستندات بنسخة (أو صورة كأصلها) بسرعة قياسية لا تزيد عن (٢٠) ثانية مهما كان المرسل إليه بعيداً بشرط أن يكون جهاز المرسل من وع جهاز المستلم[١].

يتميز الفاكس بسرعة في تبادل المعلومات والبيانات المطبوعة في شتى أشكالها[٢] ويستخدم الفاكس في التفاوض على العقود وإبرامها كما يستخدم في انجاز العديد من الأعمال الإجرائية مثل إنذار المدين بتوقيع حجز تحفظي[٣].

إلاّ أن المسألة تتغير عندما تثار منازعات بين أطراف العمل القانوني تتعلق لمدى استجماع رسائل الفاكس للاشترطات القانونية للدليل على وقوع العمل في الشكل المطلوب كما تتعلق بمدى حجيتها في الإثبات.

وتجدر الإشارة إلى أنه لا يمكن التعامل مع المشاكل التي تثيرها رسائل الفاكس إلاّ بعد معرفة المعطيات التقنية التي تتحكم في إخراجها من الجهاز المستقبل في صورتها النهائية. فإذا كانت

---

(١) د. عباس العبودي، الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات المدني، دار الثقافة والتوزيع، عمان – الأردن، ٢٠٠٣، ص ٩٥.

(٢) د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات المدني،، المصدر السابق، ص ٢٥٦.

(٣) أجاز القانون المدني المصري في المادة (٥٨) منه أن يكون إعذار المدين أو إخطاره في المواد التجارية في أحوال الاستعجال ببرقية أو تلكس أو فاكس أو غير ذلك من وسائل الاتصال السريعة.

الرسالة المخرجة من جهاز الفاكس المستقبل هي رسالة ورقية إلاّ أنه يسبق هذه المرحلة مراحل أخرى تتعامل أو تتحكم خلالها عوامل تقنية في المادة المرسلة عبر أجهزة الفاكس حيث تبدأ عملية نقل المعلومات عبر الفاكس بإدخال المحرر في جهاز الإرسال الذي يقوم بالتقاط صورته وتحويلها إلى ذبذبات ترسل عبر خطوط الهاتف إلى جهاز الاستقبال الذي يحفظها على أجزائه الداخلية ثم تحويلها إلى كتابة مطبوعة على ورقة[1].

وهناك عوامل تقنية يجب أن تدخل في الاعتبار عند تحديد حجية رسائل الفاكس يضاف إليها عوامل أخرى ذات طبيعة قانونية تتعلق بمدى استيفاء رسالة الفاكس للاشتراطات القانونية للمحررات الكتابية وبالتمييز بين الأصل والصور فيما يتعلق بقوته في الإثبات.

وتجدر الإشارة إلى أن تحديد مدى استيفاء رسالة الفاكس كدليل كتابي لشروط قبولها في الإثبات يتوقف على شكل الدعامة التي تحمل عليها عندما يتلقاها الجهاز المستقبل ثم يخرجها في شكلها النهائي.

ويثار التساؤل عن طبيعة رسالة الفاكس في مراحل إدخالها ونقلها وتخزينها واسترجاعها؟

إن الاختلاف في طبيعة رسالة الفاكس يترتب عليه الاختلاف في مدى حجيتها.

---

(١) عبد الحميد عثمان، دور التقنيات الحديثة في الإثبات، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ١٤١٩ هـ - ١٩٩٩ م، ص ١٥.

وفي الواقع إذا كانت رسالة الفاكس يجري استرجاعها من الجهاز المستقبل على ورق لتكون مخرجات الفاكس هكذا من قبيل المحررات المكتوبة، إلاّ أنه قد يرى أن النسخة المستخرجة لا تعتبر أصلاً للرسالة الذي يوجد في مرحلة الادخال لدى المرسل وفي مرحلة النقل والتخزين محملاً على الجهاز المستقبل. وفي ضوء هذه الرؤية لا تعدو مخرجات الفاكس أن تكون صورة لأصل الرسالة ما دام التوقيع عليها ليس توقيعاً أصلياً. ومع ذلك من الجائز اعتبار المستخرج الورقي للرسالة نسخة من أصلها المكتوب على الأجزاء الداخلية للجهاز على اعتبار أن نقل الرسالة من دعامة غير ورقية إلى أخرى ورقية لا يغير من طبيعتها من حيث كونها أصلاً[1].

إذا كانت رسالة الفاكس التي يستلمها المرسل إليه من قبيل المحررات (العادية)، التي يمكن الاتفاق على اعتبارها دليلاً في الإثبات إلا أن تحديد حجيتها على الصعيد القانوني يتطلب التحقق من الاشتراطات التي يتطلبها القانون في المحرر العادي (الكتابة والتوقيع) ليكون له قيمة الدليل الكامل.

وإن حجية الدليل الكتابي تتوقف على وجود توقيع أصلي عليه ممن هو منسوب إليه وإذا كانت رسالة الفاكس كما استقبلها المرسل إليه تستوفي شرط الكتابة إلا أن الظاهر أن التوقيع عليها ليس إلاّ توقيعاً مصوراً لتكون تلك الرسالة صورة لأصلها الموقع عليه.

وقد اختلف الفقه بشأن حجية السند المرسل عن طريق الفاكس، فقد ذهب البعض إلى أن رسالة الفاكس ليست إلاّ صورة لا تثبت لها قوة الدليل الكتابي في الإثبات ولا تعتبر إلاّ مجرد مؤشر

---

(١) عبد الحميد عثمان، المصدر السابق، ص ١٧ - ٢٧.

أو قرينة واقعية[1]. وهي في جميع الأحوال صورة لا تصلح دليلاً في الإثبات إذا أنكرها المرسل ويرجع عدم الاعتراف لرسالة الفاكس بقوة الدليل الكامل إلى أن احتمال التحريف والتغيير فيها حتى اصطناعياً هو احتمال وارد سواءٌ من قبل المرسل أو المرسل إليه لتكون هكذا محلاً للمنازعة أو الإنكار فيما يتعلق باصل وجودها ذاته وذلك بأن يدعي المرسل أنه لم يبعث بالرسالة أو يدعي المرسل إليه أنه لم يتلق الرسالة، هذا فضلاً عن أن عملية الإرسال يمكن أن تكون محلاً للتلاعب ما دام الأصل تحت يد المرسل، حيث يتصور أن يكتب رسالة أخرى غير تلك التي أرسلها بالفعل ويحتفظ بالأولى على أنها هي لأصل. وذهب البعض إلى نفي أي حجية قانونية للفاكس ما دام استخدامه لا يقترن بضمانات للأمن التقني[2].

وذهب بعض شرّاح القانون الفرنسي إلى أنه إزاء إمكانية التحريف في رسالة الفاكس وبقاء أصلها لدى المرسل مع إمكانية نسخ صور أخرى منها فإن هذه الرسالة لا تستفيد من التعديل التشريعي في فرنسا الذي أجاز قبول صور المحررات العرفية في الإثبات إذا استوفت شرطي المطابقة والدوام، وفي هذه الحالة لا يكون للصورة قيمة الأصل ولكن مجرد دليل ناقص يمكن تكملته بالبينة والقرائن[3].

كما برز اتجاه آخر بالفقه يذهب إلى اعتبار رسالة الفاكس لها حجية الدليل الكتابي الكامل باعتبارها متى استوفت عدة شروط، حيث اتجه أنصار هذا الرأي إلى إعطاء رسائل الفاكس

---

(١) أنظر بشأن ذلك/ تعلق ديديه مارتان على نقض مجازي فرنسي ١٩٩٧/١٢/٢، دالوز ١٩٩٨، ص ١٩٣.

(٢) د. حسام لطفي، المصدر السابق، ص ٣٥.

(٣) تيرية، بند ٥٤٩، ص ٤٣٧.

والتلكس نفس حكم حجية البرقيات المنصوص عليها في م (٢٧) إثبات عراقي[١].

ونؤيد ما يذهب إليه جانب من الفقه في أنه في ظل المفهوم التقليدي للسندات يمكن أن تطبق أحكام البرقيات على السندات الإلكترونية المرسلة عن طريق البريد الإلكتروني وذلك لوجود تشابه بين السند الإلكتروني والبرقية[٢]، ولكن مع ذلك يبقى فارق كبير بين البرقية والفاكس، فالأولى يتم توثيقها من قبل جهة هي دائرة البرق وتحتفظ بأصلها لدى الدائرة، في حين أن الثاني (الفاكس) يمكن أن يرسل عن طريق جهاز الشخص دون تدخل أية جهة بذلك.

أما في ضوء المفاهيم الحديثة في ظل التطور المهم الذي يستجيب لمعطيات التعامل باستخدام أجهزة الاتصال الحديثة برز اتجاه قضائي يعطي لرسائل الفاكس حجية الدليل الكتابي الكامل باعتبارها سندات كتابية استوفت شروط قبولها في الإثبات وبذلك يكون للسندات الإلكترونية المرسلة عن طريق جهاز الفاكس حجية متميزة في اثبات التعاقد[٣]. وهذا الاتجاه هو ما تبنته الاتفاقيات الدولية المعاصرة وغالبية تشريعات دول أوروبا ومن هذه الاتفاقيات اتفاقية الأمم المتحدة الخاصةبنقل البضائع بحراً لسنة ١٩٧٨ (قواعد هامبورغ) وكذلك اتفاقية الأمم المتحدة بشأن النقل الدولي للبضائع لسنة ١٩٨٠، فضلاً عن أنه يوجد في الولايات المتحدة الأمريكية العديد من التشريعات تسمح باستخدام السندات الإلكترونية

---

(١) د. يحيى إسماعيل، المصدر السابق، ص ١٥٦.

(٢) د. عباس العبودي، الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات المدني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٢، ص ١٠٦.

(٣) د. عباس العبودي، الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات المدني، المصدر السابق، ص ١٠٧.

المستخرجة من الفاكس وتمنحها حجية قانونية في الإثبات منها تشريعات القانون التجاري الموحد والقواعد الخاصة بالسجل الموحد (تصوير السندات) والقواعد الموحدة بشأن حجية السجلات التجارية في الإثبات، والقواعد الموجودة في قانون الإثبات[1].

وتجدر الإشارة إلى أن المشروع الفرنسي أجاز استخدام السندات الإلكترونية المرسلة عن طريق الفاكس في القانون الصادر بتاريخ ١٩٦٦/٦/١٦ وعده من ضمن السندات الإلكترونية المكتوبة في المعلومات التجارية.

وقد أصدرت محكمة النقض الفرنسية حكماً اعتبره البعض انقلاباً على الأفكار التقليدية في الإثبات وتحريراً للإثبات في المواد العقدية حيث قضت المحكمة في هذا الحكم بأن: القبول الكتابي في التصرف القانوني يمكن أن يقع ويحفظ على أي دعامة بما في ذلك الفاكس ما دام جرى التحقق من سلامته ونسبته إلى مرسله ولم يكن محلاً للمنازعة[2]، وكان التصرف الذ جرى قبوله من المدين بواسطة رسالة فاكس هو حوالة حق في المجال المهني وقالت المحكمة أنه يجوز لقاضي الموضوع أن يعتبر رسالة الفاكس دليلاً كتابياً على القبول ما دام فحصه للظروف التي صدرت فيها الرسالة دل على عدم إنكار المدين (المرسل) صدورها منه.

وهكذا تكون محكمة النقض قد اعتبرت رسالة الفاكس التي لم ينكرها مرسلها دليلاً كتابياً وليس كما زعم مرسلها مجرد صورة لأصلها مما لا تعتبر على صعيد الإثبات إلا مجرد مؤشر أو مرتبة، إذا كانت صادرة عمن يراد الاحتجاج بها عليه وهو المرسل. وبذلك

---

(١) المصدر السابق نفسه، ص ١٠٧ – ١٠٨.

(٢) نقض تجاري فرنسي ١٩٩٧/١٢/٢، دالوز ١٩٩٨، ص ١٩٢.

فقد أخذت محكمة النقض الفرنسية بالمفهوم الحديث للدليل الكتابي بحيث يشمل فضلاً عن الكتابة الورقية الكتابة على أي دعامة مما أنتجته التقنيات الحديثة ما دامت تسمح بحفظ الكتابة وقراءتها كما هو الشأن في الكتابة الإلكترونية على دعامات أو حوامل المعلومات داخل أجهزة الاتصال أو خارجها[1].

وبذلك فإن محكمة النقض اعتبرت الدعامات المحملة عليها الكتابة قد استوفت متطلبات الدليل الكتابي وفقاً لقواعد الإثبات، فإنها لم تتوقف عند الادعاء بأن رسالة الفاكس المستخرجة من جهاز الفاكس المرسل إليه تعتبر مجرد صورة، ويعتبر التطور الذي أتت به محكمة النقض في شأن تحديد معنى الدليل الكتابي استجابة للتقنيات الحديثة ثورة أو تحولاً جذرياً في المفهوم التقليدي للإثبات الكتابي، فطبقاً لقضاء محكمة النقض الحديث فإن الدليل الكتابي يصدق أو يتحقق في شأنه كل دعامة يمكن أن يطبق عليها الكتابة وتحفظها وتتيح من ثم قراءتها، ولو كانت الكتابة غير ملموسة عند وقوعها ما دام بالإمكان قراءتها بأجهزة خاصة، بصرف النظر عن طريقة الكتابة، وهذا هو التطور التقني في مفهوم الدليل الكتابي الذي جاءت به محكمة النقض الفرنسية في مجال الإثبات.

وإن الوسائل التكنولوجية الحديثة التي أتاحت الكتابة الإلكترونية، كما في الفاكس مثلاً والتلكس والحاسبات وغيرها تدفع رجال القانون إلى تطوير المفهوم التقليدي للدليل الكتابي بحيث يشمل هذا المفهوم الكتابة على دعامات غير ورقية تكون لها نفس الحجية في الإثبات، ما دام استخدام هذه الدعامات كان

---

(١) ونقصد بداخل أجهزة الاتصال مثل أقراص تخزين المعلومات Hardware داخل الحواسب الآلية. أما خارج أجهزة الاتصال يقصد بها الأقراص المرنة Floppy Disk أو المدمجة (Compact Disk).

مصحوباً بآليات تكفل التحقق من هوية مرسل الرسالة ونسبتها إليها كاستخدام التشفير أو نظام الكود في التوقيع[1].

وبذلك يتضح أن التقنيات الحديثة في مجال الاتصالات عن بعد يمكن أن تشكل أدلة مقبولة في ظل النصوص التشريعية الحالية في مصر وفرنسا. وإن مصداقية هذه الوسائل تتجلى في الدقة التقنية للنظام وما يقدمه من أمن لمستعمليه[2].

وبذلك يتبين أن التحقق من نسبة الكتابة لمن هي منسوبة إليه يفيدنا في أن التطور الذي لحق الكتابة وبالتالي الأدلة الكتابية لا يمكن تبنيها إلاّ إذا أحيطت بقيود تكفل التحقق من سلامة الرسالة أولاً، ومن ثم التأكد من نسبة مضمونها إلى صاحبها الظاهر أو على الأقل إن شيئاً من ذلك لم يكن محلاً للمنازعة.

إذن فالمناط في اعتبار القوة الثبوتية لرسائل الفاكس يكمن في التأكد من أن الكتابة صدرت ممن يراد الاحتجاج بها عليه أي خلوها من أي تلاعب في مصدرها ومضمونها وهو ما عبر عنه حكم النقض الفرنسي بالتحقق من سلامة الرسالة ونسبتها لمصدرها[3].

ويعدّ من أنجح الطرق التي تكفل الأمن التقني لرسائل البيانات مثل الفاكس هي تلك الطرق التي تقوم على تدخل وسيط محايد بين طرفي الرسالة يتولى مهمة التحقق من تبادل الرسائل وضمان سلامتها وحفظ البيانات المتداولة وغيرها لمدة معينة. وهو ما يجري

---

(١) أريك كابريولي، الأمن والثقة في التجارة الإلكترونية (التوقيع الرقمي وجهات التصدير) الأسبوع القانوني ١٩٩٨/١/٢٣.

(٢) د. محمد حسام محمود لطفي، المصدر السابق، ص ٤٠.

(٣) P. catala, P. Cautier, L'Audace technologique a la cour de cassation: vers la libration de la preuve contractuelle, la semaine juridique (E) 1998, P. 884.

عليه العمل في بعض دول أوروبا مثل خدمات شبكة السويفت في فرنسا[1].

وإن التجارب أو النماذج التي تبنتها بعض الدول أفادت ضمانات الأمن التقني للمستندات المنقولة الكترونياً يمكن أن يعهد بها إلى جهة تسمى جهة التصديق توفر خدمات تكفل سلامة البيانات المنقولة وتضمن صدورها عمن هي منسوبة إليه.

وإن اصطحاب استخدام وسائل الاتصال الحديثة في تبادل البيانات باستخدام وسائل الأمن التقني سوف يمهد الطريق للاعتراف بحجية الرسائل، وهذا ما أخذ به قانون التجارة المصري[2] بشأن إسباغ حجية الأصل على الصور المصغرة للمرسلات والبرقيات في المواد التجارية وهو ما تبناه أيضاً المشرع الفرنسي[3] بشأن الايضاحات المنقولة بواسطة طرق معلوماتية جعل لها المشرع الفرنسي حجية الأصل متى جرى التقيد بإجراءات وشروط تكفل سلامة الرسالة.

وبذلك يتضح أن الاعتراف بالحجية القانونية الكاملة للكتابة الإلكترونية يتطلب النظر في المدى الذي يمكن أن يقوم فيه التوقيع الإلكتروني مقام التوقيع الخطي وهذا ما سنوضحه في دراسة حجية رسائل الحواسب الآلية في الإثبات.

---

(١) J. Huet, la valeur juridique de la telecopie (ou fax) comparee avec telex, D. 1992, P. 35.

(٢) قانون التجارة المصري م (٢/٢٦) منه.

(٣) المرسوم الفرنسي رقم ٥٧٩/٩١ في ٢٠ يونيه ١٩٩١، الأسبوع القانوني، عام ١٩٩١، محمد حسام لطفي، المصدر السابق، ص ٣٩.

الفرع الثاني

حجية السندات الإلكترونية المستخرجة عن طريق التلكس في الإثبات

يعدّ التلكس[1] من الوسائل الحديثة في الاتصالات حيث يتسم بسمات مميزة يوفرها لمن يروم التعاقد به. أبرزها أنه يترك أثراً مادياً مكتوباً بآلة الطابعة على سند ورقي يدخل ضمن السندات الإلكترونية[2] لذلك يكون أفضل من المخاطبة عن طريق الهاتف مما يرضي كلا الطرفين اللذين يرومان التعاقد به وكلمة Telex مكونة من مقطعين هما Tele برقية وX تبادل ويعني التبادل البرقي[3].

وعلى الرغم من أن الدليل الكتابي بالمفهوم التقليدي يعدّ من أفضل الأدلة على الاطلاق في التشريع العراقي الذي يتشرط الكتابة في اثبات التصرفات القانونية سواء كانت تجارية أم مدنية ولكن عند تطبيق ضوابط الدليل الكتابي بهذا المفهوم الضيق وهي الكتابة والتوقيع على المستند الإلكتروني المستخرج من التلكس، فإن هذا المستند يفقد قيمته بالإثبات.

---

(١) التلكس: عبارة عن جهاز طباعة الكتروني مبرق متصل ببدالة يطبع البيانات الصادرة من المرسل بلون أحمر والبيانات الصادرة عن المرسل إليه باللون الأسود فيستطيع المشترك بواسطتها الاتصال مباشرة مع أي مشترك آخر يمتلك نفس الجهاز وارسال رده سواء داخل أو خارج القطر، للمزيد راجع د. عباس العبودي، التعاقد عن طريق الاتصال الفوري وحجتها في الإثبات المدني، رسالة دكتوراه، جامعة الموصل، ١٩٩٩، ص ١٢.

(٢) د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات المدني، المصدر السابق، ص ٢٥٢.

(٣) أدور جورج حنا، التلكس وكومبيوتر الاتصالات الدولية والآلية، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٧، ص ٢١.

ويلجأ الأشخاص إلى التعاقد بواسطة التلكس لأن اللجوء إلى إعداد الدليل الكتابي والمفهوم التقليدي تتخلله صعوبة تعترض التعاملات التجارية التي تتم ولا سيما بين التجار وتتسم بالسرعة في إبرام العقود وفي تنفيذ الالتزامات المترتبة عليها، وهذا الأمر يؤدي إلى تفضيل التعاقد عن طريق التلكس لتأمين السرعة في التعاقد خلال دقائق معدودة[1] ولتكفل حداً أدنى من الأمان فيما يتعلق بعمليتي الإرسال والإستقبال، إذ أن استخدام التلكس يجري من خلال شبكة خاصة يتحكم في ادارتها ومراقبتها شخص وسيط وهو (مركز الاتصالات) يقوم بدور شبيه بدور مكاتب البريد، فالمركز الوسيط يحدد هوية طرفي الرسالة ويتحقق من تلقي جهاز المرسل إليه للرسالة ويؤرخ عملية الإرسال، والوسيط بدوره يحتفظ بما يدل على تبادل الرسائل خلال مدة معينة، وعلى العكس من ذلك جهاز الفاكس الذي لا يوفر مثل هذه الضمانات.

ولبيان حجية السندات الإلكترونية المستخرجة عن طريق التلكس يقتضي الأمر بيان القوة القانونية لها في الإثبات.

إن الإثبات بالتلكس لا يدخل ضمن الأدلة التقليدية المكتوبة[2]. ولقد حددت التشريعات العربية ومن ضمنها قانون الإثبات العراقي النافذ. الأدلة القانونية المكتوبة بالسندات الرسمية والعادية وسائر السندات الأخرى المعدة في الإثبات كالرسائل والبرقيات والدفاتر

---

(١) د. عباس العبودي، الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي...، المصدر السابق، ٢٠٠٢، ص ٦٢ وما بعدها.

(٢) د. أحمد مسلم، أصول المرافعات، القاهرة، ١٩٧١، ص ٦٠٣؛ منير القاضي، شرح أحكام قانون أصول المرافعات المدنية والتجارية، ط١، بغداد، ١٩٥٧، ص ٧٧؛ د. عباس العبودي، السندات العادية ودورها في الإثبات المدني، الدار العلمية الدولية ومكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠٠١، ص ١٨.

التجارية والأوراق الخاصة بالتأشير على السندات ولم تذكر التلكس ضمن الدليل الكتابي.

ويعدّ الدليل الكتابي من إحدى الوسائل في الإثبات التي تضمنها قانون الإثبات العراقي، وتعرف بأنها (كل كتابة يمكن أن يستند عليها أحد الطرفين في إثبات حقه أو نفيه ويعوّل عليها في الإثبات باعتبارها دليلاً كاملاً)[1].

ويمكن تقسيمها إلى نوعين رئيسين هما: السندات الرسمية والسندات العادية.

فالسند المستخرج من التلكس لا يمكن أن نعتبره سنداً رسمياً لأن هذا السند يثبت فيه موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه أو ما أدلى به ذوو الشأن في حضوره طبقاً للأوضاع القانونية وفي حدود اختصاصه. في حين السند المستخرج من التلكس لا يراعي في إصداره هذه الشروط. ولا يمكن أن نعدّه سنداً عادياً لأن السند العادي لكي يكون دليلاً كامل بالإثبات يجب أن يتضمن شرطي الكتابة والتوقيع عليه من قبل الشخص المنسوب إليه السند العادي[2]. أما السند المستخرج من التلكس فلا يتضمن سوى كتابة مطبوعة على ورق خاص، فينعدم فيه شرط أساسي من شروط قبول السندات العادية في الإثبات وهي كونها موقعة من مرسلها لأن هذا السند لا يمكن اعتماده في الإثبات ما لم يوقع عليه ممن نسب إليه فلا يوجد أصل للرسالة موقع عليه عند ادخالها

---

(١) للمزيد راجع: د: عباس العبودي، أهمية السندات العادية في الإثبات القضائي، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، ١٩٨٤، ص ٤ وما بعدها.

(٢) د. عباس العبودي، حجية التقنيات العلمية في الإثبات المدني، مجلة الرافدين للحقوق، تصدر عن كلية القانون جامعة الموصل، العدد ١٣، ٢٠٠٢، ص ٢٥.

الجهاز وصورة منها تحمل نفس التوقيع يتلقاها الجهاز المستقبل. وعلى هذا الأساس فإنه من الصعب عدّها سنداً عادياً.

كما أنه لا يمكن أن نعدّ السند المستخرج من التلكس من قبيل الرسائل العادية لأن الرسائل لكي تكون لها حجية السندات العادية يقتضي أن يتوافر فيها شروط السندات العادية من حيث الكتابة والتوقيع. ولا يمكن أن نطبق على التلكس الأحكام المطبقة على البرقية، حتى لو أرسلت عن طريق التلكس لأن البرقية لكي تكون لها قوة السند العادي في الإثبات يجب أن تكون أصلها المودع في مكتب الاصدار موقعاً عليه من المرسل وأن لا يكون هذا الأصل قد أتلف من قبل دائرة البريد استناداً إلى المادة (٢٧) من قانون الإثبات العراقي وهذا غير متوافر في التلكس لأن منح السند المستخرج من التلكس حجية البرقية مشروط بأن يكون أصل البرقية الورقي المودع في مكتب التصدير (النسخة الثانية للبرقية) موقعاً عليه من مرسلها[1].

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

ويرى جانب من الفقه أنه من السابق لأوانه الخوض في مثل هذه المشكلات في الوقت الحاضر لما يواجهها من صعوبات فيقول أن على الفقه أن يتريث ويراقب نوعية المشاكل القانونية التي تنجم من قبل الأنظمة الجديدة التي وجدها التطور الحديث في الاتصالات[2].

وأمام الصعوبات التي تعترض قوة التلكس في الإثبات فإن

---

(١) د. عباس العبودي، حجية التلكس والرسائل المرسلة عن طريق البريد الإلكتروني في الإثبات، مجلة آداب الرافدين، تصدر عن كلية الآداب جامعة الموصل، العدد ١٦، تشرين الثاني ١٩٨٦، ص ٥٦٠.

(٢) د. صلاح محمد المقدم، المصدر السابق، ص ٣٤ - ٢٠٦.

المشرع العراقي أجاز للقاضي في المادة (١٠٤) من قانون الإثبات أن يستفيد من وسائل التقدم العلمي في استنباط القرائن القضائية، قياساً إلى التشريعات العربية التي لم يرد بها أي نص يسمح فيه القانون بالاستفادة من وسائل التقدم العلمي، فيمكن القول إنه من الممكن بموجب هذه المادة للقاضي أن يعتمد على التلكس كدليل في الإثبات، فهذا النص عام يشمل كل وسائل التقدم العلمي الجديدة، ومن ضمنها التلكس. ولكن دور القاضي في هذه المادة مقيد لأن القاعدة تقضي بأن الإثبات بالقرائن القضائية مقيد بما يجوز إثباته بالشهادة[١].

فالسند المستخرج من التلكس وإن اعتبر دليلاً في الإثبات فإن قبوله مشروط بجواز إثبات الواقعة المتنازع فيها بالشهادة[٢]، فالمشرع العراقي يشترط وجوب الدليل الكتابي متى زادت قيمة التصرف القانوني على خمسة آلاف دينار[٣].

فلا يجوز الإثبات بالقرائن القضائية في التصرفات القانونية التي تتجاوز قيمتها هذا المبلغ، وهو ما يقيد تطبيق هذا النص ويجعل من هذا السند لا قيمة له في الإثبات، فضلاً عن ذلك فإن سلطة القاضي في الأخذ بالإثبات بالقرائن القضائية سلطة جوازية فللقاضي الحرية في الاعتماد عليها أو عدم الاعتماد عليها[٤].

ونؤيد الرأي الذي يذهب إلى جعل السند المستخرج من التلكس

---

(١) المادة /٢/١٠٢) من قانون الإثبات العراقي الناقد.

(٢) المادة (٧٧) من قانون الإثبات العراقي الناقد.

(٣) المحامي حسين المؤمن، نظرية الإثبات، الجزء الرابع، القرائن وحجية الأحكام والكشف والمعاينة والخبرة مطبعة الفجر، بيروت، ١٩٧٧، ص ٣٧.

(٤) المحامي حسين المؤمن، المصدر السابق، ص ٢٥.

في حكم القرائن القضائية «قصوراً في التشريع يجدر بالمشرع تلافيه» فالقرائن القضائية المستمدة من وسائل التقدم العلمي تدخل ضمن القرائن القانونية لأنها تؤدي إلى يقين لا يقل قوة عن الاحتمال الذي تقوم عليه القرائن القانونية ونعتقد أن الاقتراح الذي يذهب إليه البعض من جعل هذه الوسائل في الأقل قرائن قانونية بحسب الأحوال لكي تكون بذلك مسايرة لركب التطور الذي وصلت إليه تكنولوجيا هذه الوسائل الحديثة[1] ونعتقد أن هذا الاقتراح أمر جدير بالتأييد.

واستناداً إلى ذلك يعتقد بأن السند المستخرج من التلكس يمكن اعتباره سنداً عادياً من نوع خاص على الرغم من عدم توافر شروط السند العادي فيه ذلك أن شرط الكتابة يمكن تذليله بمفهوم واسع للكتابة في ظل المفهوم الحديث بحيث يشمل الكتابة التلكس لأنه يترك أثراً مادياً مكتوباً[2]، والكتابة بالمعنى الواسع يقصد بها الكتابة التي لا تشمل السندات التقليدية فحسب، وإنما تشمل أيضاً السندات المرسلة عن طريق وسائل الاتصال الحديثة كالتلكس.

أما بالنسبة إلى التوقيع بالمعنى الواسع المتطور هو الذي لا يقتصر على التوقيع التقليدي بخط اليد فحسب وإنما يشمل التوقيع الإلكتروني بالتنقيب أو الختم أو بالرموز أو بأية طريقة الكترونية أخرى[3].

---

(١) د. عباس العبودي، الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات المدني، المصدر السابق، ص ٧٦.

(٢) تجدر الإشارة إلى أن المفهوم الواسع للكتابة أخذت به اتفاقية الأمم المتحدة بشأن النقل الدولي متعدد الوسائل للبضائع لسنة ١٩٨٠ في المادة (٥/فقرة ٢) منها كما أخذت به شروط الكوميكون لسنة ١٩٥٨ ولسنة ١٩٦٨ . د. حمزه حداد، قانون الحماية الدولية الدار المتحدة للنشر بيروت اتفاقية فيينا ١٩٨٠ في المادة (١٣) أخذت بهذا المفهوم.

(٣) د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات المدني، فضلاً عن المصدر السابق، ص ٣٥٤ وما بعدها.

كما تجدر الإشارة إلى أن هناك سندات عادية قد تكون لها قوة في الإثبات بدون توقيع ومن ذلك ما أشارت إليه المادة (٣٣) من قانون الإثبات في حالة التأشير على سند من يد المدين، فالقانون في هذه الحالة جعل من سند صادر عن شخص معين دليلاً كاملاً، على هذا الشخص مع أن السند غير موقع منه[١] وقد أخذت العديد من التشريعات والاتفاقيات بالمعنى الواسع للتوقيع[٢]. واستناداً إلى المفهوم الواسع لشرطي الكتابة والتوقيع.

فنقترح على المشرع العراقي ضرورة إيجاد تنظيم قانوني للتلكس في قانون الإثبات واعتبار السند المستخرج من التلكس سنداً عادياً من نوع خاص على الرغم من عدم توافر شروط السند العادي فيه، وبصدد ذلك نقترح على المشرع العراقي تعديل نص المادة (٢٧) من قانون الإثبات النافذ، بحيث تضاف إليها فقرة رابعة تعالج حجية السندات الإلكترونية المستخرجة عن طريق جهاز التلكس أو ما شابه على أن تكون صياغة النص على النحو الآتي:

«رابعاً: تكون السندات الإلكترونية المرسلة عن طريق جهاز التلكس أو أي جهاز مشابهة لحجية السندات العادية في الإثبات".

كما نقترح على المشرع العراقي استحداث وسائل أمنية خاصة بالسندات الإلكترونية تضمن لهذه السندات الثبات والجدية، حتى

---

(١) د. عباس العبودي، أهمية السندات العادية في الإثبات القضائي، (رسالة ماجستير)، المصدر السابق، ص ٢٤٧.

(٢) ومن الأمثلة على ذلك مشروع قانون التجارة البحرية في جمهورية مصر العربية لسنة ١٩٧٨ يقضي في المادة (٢/٢٤٦) مجواز التوقيع بالكتابة أو بأية وسيلة ميكانيكية أو إلكترونية أخرى تقوم مقام الكتابة، د. عبد القادر حسين العطيرة، الحاويات وأثرها في تنفيذ عقد النقل البحري ١٩٨٤ ص ٢١٢، فضلاً عن أن قواعد هامبورج لسنة ١٩٧٨ أجازت ذلك في المادة (١٤ فقرة ٢) منها.

يمكن إعطاؤها حجية السندات العادية في الإثبات، ومن الأمثلة على وسائل الأمن التي تمنع عدم اختراقها أو إحداث أي تغيير في مضمونها، هو استخدام وسائط أو دعامات يتعذر محو البيانات المحملة عليها أو تغييرها، بحيث أن أية محاولة للتلاعب فيها يترتب عليها إعدام الدعامة مادياً أو فقدان صلاحيتها لاستراجاع الكتابة كأقراص التسجيل باستخدام تقنية الليزر والبطاقات ذات الذاكرة.

فالأصل هو اعتماد التوقيع بالامضاء، واستثناءً يجوز اعتماد السند المستخرج من التلكس بوصفه سنداً عادياً بشرط أن يتوافر فيه الضمانات القانونية كافة التي تؤكد بأن السند صدر عمن نسب إليه[1].

واستناداً إلى ذلك نقترح إعطاء السند المستخرج من التلكس حجية السندات العادية في الإثبات بشرط توافر شرطي الكتابة والتوقيع بالمفهوم الحديث.

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

المطلب الثاني

حجية السندات الإلكترونية المستخرجة عن طريق الحاسب الآلي والانترنيت في الإثبات

لبيان ذلك قسم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الفرع الأول السندات المستخرجة عن طريق الحاسب الآلي في الإثبات،

(١) د. عباس العبودي، الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات المدني، المصدر السابق، ص ٩٣.

ثم نتناول في الفرع الثاني حجية السندات الإلكترونية المستخرجة عن طريق الإنترنت.

الفرع الأول

حجية السندات الإلكترونية المستخرجة عن طريق الحاسب الآلي في الإثبات

إن عالمنا المعاصر يشهد تطوراً هائلاً في مجال المعلومات والاتصالات[1] مما أتاح استخدام الحاسب الآلي (الكومبيوتر) في انجاز العديد من الأعمال عن طريق نظام تبادل رسائل البيانات الموقعة توقيعاً إلكترونياً عبرها وتحميلها على دعامات غير ورقية ومن ثم استرجاعها على ورق مكتوب[2].

وتتلخص عملية نقل البيانات الكترونياً عبر أجهزة الحاسب الآلي في إدخال المادة المراد إرسالها على ملفات الجهاز المرسل بالوسيلة المناسبة مثل الكتابة على لوحة المفاتيح أو وضع المادة على جهاز تصوير البيانات ونقله إلى الحاسب (الماسح الضوئي) وعندما يتلقى الجهاز أمراً بالإرسال فإنه يحول المادة المرسلة إلى ذبذبات رقمية تنتقل عبر خطوط الهاتف إلى الاسب المستقبل الذي يقوم

---

(١) في نفس المعنى: د. عباس العبودي، الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات المدني، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، ٢٠٠٢، ص ١٢٩.

(٢) د. عبد الحميد عثمان، دور التقنيات الحديثة في الإثبات، ١٤١٩ هـ، ص ١٦.

بتخزينها في ملفاته بحيث يمكن استرجاع المادة المرسلة وقت الحاجة، وذلك باستخدام أحد أشكال المخرجات كالأوراق والأقراص المرنة واسطوانات الفيديو والكتابة المطبوعة على شاشة الحاسب[1].

ويراعي أن التشغيل التلقائي لنظام نقل البيانات إلكترونياً عبر شبكات الكومبيوتر دون تلاعب في محتواه يترتب عليه وصول نفس المادة المرسلة إلى المستقبل ولذلك فإن ما يتلقاه هذا الجهاز على ملفاته هو نسخة أخرى من الأصل المرسل وليس صورة منه[2].

وبذلك فإن اختراع الحاسب الآلي فتح آفاقاً جديدة أمام الفكر الانساني لدوره المهم في عالم التخزين والاسترجاع فأصبح الاعتماد عليه أساسياً في جميع القطاعات ولا سيما في المؤسسات المصرفية وترك بصمات مؤكدة على طبيعة المعاملات المدنية والتجارية ووسائل إثباتها[3].

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

ومن ثم فقد ثار التساؤل حول مدى حجية مدخلات ومخرجات أجهزة الحاسب الآلي في الإثبات؟

والجدير بالذكر أن إرسال ونقل البيانات إلكترونياً يجري من خلال سلسلة من الرموز والأرقام محملة على دعامات غير ورقية وإنه يمكن استرجاع الكتابة الإلكترونية على دعامات ورقية مما قد يبرر اعتبارها من قبيل المحررات المكتوبة.

وفي ضوء هذه المعطيات يتركز التساؤل فيما يتعلق برسائل

---

(١) د. عباس العبودي، الحجية القانونية...، ٢٠٠٢، ص ٢٩.

(٢) د. عبد الحميد عثمان، المصدر السابق، ص ١٦.

(٣) د. عباس العبودي، الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات المدني، المصدر السابق، ص ١٢٩.

البيانات المنقولة عبر شبكات الكومبيوتر حول مدى حجيتها في الإثبات. وسوف نتخذ من البريد الإلكتروني نموذجاً للبيانات المكتوبة والموقعة والمخزونة والمنقولة الكترونياً عبر شبكات الكومبيوتر.

إن التعامل يقع على هذه النماذج أو يتم من خلالها دون استخدام أدوات الكتابة الورقية التقليدية حيث إن الرسالة الإلكترونية تتم كتابتها وتوقيعها وإرسالها وحفظها في بيئة الكترونية مما لا تتدخل الكتابة الورقية في إنجازها إلاّ في حالة رغبة المستخدم في تحويل الكتابة الإلكترونية إلى كتابة ورقية كما قد تكون مخرجات أجهزة الحاسب الآلي غير ورقية كما لو خطت الكتابة المنقولة عبرها على أجزائه الداخلية او على أقراص إسطوانات منفصلة.

ونظراً إلى التطور العلمي السريع في مجال الحاسبات الإلكترونية ولعدم وجود تنظيم قانوني لمعطياتها وللسندات المستخرجة عنها ولا سيما في البلاد العربية فإننا نتفق مع غالبية الفقهاء وذلك على ضرورة وضع قواعد عربية ودولية في هذا المجال حيث يؤدي ذلك إلى تفادي القصور في تنظيم هذه المعطيات ولا سيما في حالة صدور تشريعات تختلف في أسسها عن المفاهيم الجديدة[1].

إن الحاسب الآلي هو آلة حاسبة الكترونية وليس عقلاً الكترونياً بالمعنى الدارج حيث أنه من سمات العقل المقدرة على

---

(١) د. عباس العبودي، الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات المدني، المصدر السابق نفسه، ص ١٣٠.

وكذلك: د. حسام الدين كامل الأهواني، الحماية القانونية للحياة الخاصة في مواجهة الحاسب الآلي، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والحاسب الآلي المنعقد في الكويت، ١٩٨٩، ص ٣٢.

التفكير والتخيل والابتكار وهذه الملكات لا يقوم الحاسب الآلي بها لعدم إمكانه ذلك[1].

ويطلق عليه بالانكليزية مصطلح (Computer) وبالفرنسية (Ordinateur) وتعني العربية ناظمة آلية أو حاسباً إلكترونياً[2].

وقد أطلقت المنظمة العربية للمواصفات مصطلح (الحاسب الآلي) لمعنى المصطلح الانكليزي Computer[3].

ونؤيد ما يذهب إليه غالبية الفقه[4] من أن التعريف الذي جاءت به موسوعة دلتا كومبيوتر هو جدير بالتأييد وذلك لشموله جميع الوظائف التي يؤديها الحاسب في الحياة العملية حيث عرفته بأنه جهاز إلكتروني يستطيع ترجمة أومر مكتوبة بتسلسل منطقي، لتنفيذ عمليات إدخال بيانات Date Input أو إخراج معلومات Information Output وإجراء عمليات حسابية أو منطقية هو يقوم بالكتابة على أجهزة الاخراج Output Devices أو التخزين[5].

وبذلك أصبح استخدام الحاسب الآلي ضرورة لا غنى عنها وبات استخدامه لازماً بين جميع الأفراد وإن معطيات الحاسب

---

(١) د. أحمد محمد أسعد، نحو إرساء نظام قانوني لعقد المشورة المعلوماتية، دار النهضة العربية، ط١، ١٩٩٥، ص ٤٢.

(٢) المصدر السابق نفسه ٤٣.

(٣) د. علاء الدين محمد فهي، الموسوعة الشاملة لمصطلحات الحاسب الإلكتروني، موسوعة دلتا كومبيوتر، مطبعة المكتب المصري الحديث، ١٩٩١، ص ١٠٨.

(٤) د. أحمد محمد أسعد، المصدر السابق، ص ٤٤، وكذلك: د. عزة محمود أحمد خليل، مشكلات المسؤولية المدنية في مواجهة فيروس الحاسب الآلي، أطروحة دكتوراه حقوق، القاهرة، ١٩٩٤، ص ٨.

(٥) للمزيد أنظر: د. أحمد محمد أسعد، المصدر السابق، ص ٤٣ وما بعدها.

الآلي تتمثل بالسندات الإلكترونية وهي كتابة غير تقليدية، وفي ضوء المفاهيم التقليدية، فإن أدلة إثبات التعاقد التي تتم عن طريق الحاسوب لا تنسجم مع القواعد التقليدية في الإثبات ولا سيما من حيث توافر الدليل الكتابي ومفهوم الصورة المستنسخة وحجيتها وتخزين المعلومات واسترجاعها وحفظها. فإن هذه الضوابط إذا ما طبقناها على السندات الإلكترونية نجدها تفقد قيمتها في الإثبات[1]. ذلك أن الوسيلة الوحيدة التي أقرّت بها التشريعات لإثبات التصرفات القانونية هي الدليل الكتابي الورقي[2].

وإن قواعد الإثبات القائمة شيدت أحكامها فيما يتعلق بالأدلة الكتابية على اساس أن للدليل الكتابي الكامل عنصرين مهمين لا قيام له بدونهم وهما: الكتابة والتوقيع.

فإذا كان من السهل قانوناً تطوير مفهوم العنصر الأول (الكتابة) للدليل الكتابي إلاّ أن النتائج التي يرتبها القانون على توافر العنصر الثاني وهو التوقيع يقتضي التشدد في قبول التطور التقني الحادث في شأنه.

ومن الجدير بالذكر أن قانون المعاملات التجارية المرقم ١٨ لسنة ١٩٩٣ لدولة الامارات العربية المتحدة قد أخذ بالمفهوم الحديث للكتابة[3] وذلك في المادة (٢٨) منه.

---

(١) د. عباس العبودي، الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات المدني، المصدر السابق، ص ١٣٢.

(٢) المصدر السابق نفسه والصفحة نفسها.

(٣) حيث يقصد بالكتابة بالمفهوم الحديث هي الكتابة بالمعنى الواسع التي لا تشمل السندات الكتابية الورقية فحسب وإنما تشمل السندات الأخرى المرسلة عن طريق التلكس والفاكسميل والحاسب الآلي للمزيد من المعلومات، راجع: د. عباس العبودي، الحجية القانونية لوسائل...، المصدر السابق، ص ١٣٣.

وإذا كان التوقيع على السندات الورقية هو علامة خطية خاصة ومميزة يصنعها الموقع بأي وسيلة ويقصد التعبير عن موافقته على مضمون السند، فإن وجود هذه السندات يعدّ شرطاً جوهرياً لأن التوقيع يتضمن إقرار الموقع لما هو مدون في السند ودليل مادي مباشر على حصول الرضا في إنشائه[1].

وبذلك فإن التوقيع على الكتابة يشكل العنصر الحاسم والضروري لجعلها دليلاً كامل للاثبات.

وتجدر الإشارة إلى أن الرسالة المرسلة والموقع عليها إلكترونياً لا تحمل توقيعاً ملموساً حيث لا يوجد على هذه الرسالة توقيع يدوي سواء بالإمضاء الخطي أو ببصمة الأصبع أو ببصمة الختم مما قد يدفع المحاكم إلى التردد في قبولا في مجال الإثبات.

وإن قواعد الإثبات القائمة شيدت أحكامها فيما يتعلق بالأدلة الكتابية على أساس أن للدليل الكتاب الكامل عنصرين لا قيام له بدونهما وهما الكتابة والتوقيع.

ولم تعتمد التشريعات في أغلبها ومنها قانون الإثبات العراقي تعريفاً محدداً للتوقيع وإنما أقرت هذه التشريعات لتصديق وإقرار المعلومات التي يتضمنها السند. غير أن تأثير الواقع على فكرة التوقيع كان واضحاً ذلك أن هناك وسائل عديدة تقوم بذات الدور الذي يقوم به التوقيع ومن هذه الوسائل تذاكر النقل في وسائل المواصلات التي تزيد قيمتها عن الحد الذي نص عليه القانون[2].

---

(١) د. عباس العبودي، الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي، المصدر السابق، ص ١٣٣ .

(٢) د. عباس العبودي، الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات المدني، المصدر السابق، ص ١٣٠ - ١٣٤ .

لذلك يثار التساؤل عن إمكانية اعتبار معطيات الحاسب الآلي دليلاً للاثبات؟

فإذا كان من السهولة بإمكانية القانون تطوير مفهوم العنصر الأول للدليل الكتابي وهو الكتابة إلا أن النتائج التي يرتبها القانون على توافر عنصر التوقيع وهو العنصر الثاني للدليل الكتابي الكامل يقتضي التشدد في قبول التطور التقني الحادث في شأنه.

فالتطور التقني وإن كان قد أمكن قبول الكتابة الإلكترونية على رسائل البيانات إلاّ أن التوقيع الإلكتروني عليها يجري في شكل يختلف عن الأشكال المنصوص عليها في القانون للتوقيع. مما يؤدي إلى احتمال فقدان عنصر من عناصر قيام الدليل الكتابي الكامل وهو الكتابة، فضلاً عن احتمال التلاعب في رسائل البيانات والتزوير في التوقيع الذي يرد عليها. مما يبرر كل ذلك التردد في قبولها دليلاً للإثبات، لذلك يذهب (الدكتور عبد الحميد عثمان) إلى نفي حجيتها إلى الحد الذي يذهب إلى عدم اعتبارها مما يشكل مبدأ ثبوت بالكتابة[1].

وعلى خلاف ذلك، فإن اصطحاب استخدام الكتابة الإلكترونية بوسائل أمن تمنع إحداث أي تغيير في مضمونها قد يبرر النظر في اعتبارها دليلاً للإثبات مما يعترف له بحجية معينة إذا ما استوفى الشرط الثاني من شروط الأدلة الكتابية وهو التوقيع عليها ممن هو منسوب إليه ومن الأمثلة على وسائل الأمن التي تمنع عدم اختراقها أو إحداث أي تغيير في مضمونها، هو استخدام وسائط أو دعامات يتعذر محو البيانات المحملة عليها أو تغييرها، بحيث إن

(١) د. عبد الحميد عثمان، دور التقنيات الحديثة في الإثبات، ١٤١٩ هـ، ص ٤٢، بند ٢٥.

أية محاولة في للتلاعب فيها يترتب عليها إعدام الدعامة أو فقدان صلاحيتها لاسترجاع الكتابة كأقراص التسجيل باستخدام تقنية الليزر والبطاقات ذات الذاكرة[1].

فضلاً عن أنه يمكن ضمان أمن نظام رسائل البيانات المنقولة إلكترونياً عن طريق تعيين مشرف خاص يتولى متابعة عمل النظام والتأكد من صحة البيانات المنقولة[2].

وقد أشارت قواعد السلوك الموحدة لتبادل البيانات التجارية إلى مثل هذه الوسائل بكفالة أم في رسائل البيانات التجارية عبر أجهزة الحاسب الآلي[3].

وأمام الزيادة الهائلة للتطور التقني في مجال استخدام السندات الإلكترونية فإن الأخذ بالمفهوم المعاصر للتوقيع يعطي قدراً من المرونة على فكرة لتوقيع على السندات الورقية والمقصود بالتوقيع المعاصر هو التوقيع بالمعنى الواسع الذي لا يقتصر على التوقيع بخط اليد وإنما يشمل التوقيع الإلكتروني بالرموز أو بأية طريقة إلكترونية أخرى[4].

---

(١) د. محمد السعيد رشدي، حجية وسائل الاتصال الحديثة في الإثبات، ١٩٩٨، ص ٣١ – ٣٢.

(٢) د. فاروق ملش، النقل متعدد الوسائط، الإسكندرية، ١٩٩٦، ص ٤٥٧.

(٣) المصدر نفسه والصحة نفسها.

(٤) د. عباس العبودي، الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات المدني، المصدر السابق، ص ١٣٤.

الفرع الثاني

حجية السندات الإلكترونية المستخرجة عن طريق الانترنيت في الإثبات

لقد ظهرت التجارة الإلكترونية على شبكة الانترنيت[1] لتعلن عن تغيرات جذرية كبيرة في المجال التجاري والسوقي[2]. وإن الفضل في ابتكار شبكة الإنترنت يرجع إلى بروفيسور أمريكي معروف وهو (نيكولاس ينجربوند) الذي ابتكر الإنترنت وأبدع النظام الرقمي[3] وذلك في أواخر العقد السادس من القرن العشرين، إذ صممت هذه الشبكة لأول مرة عام ١٩٦٨ تحت اسم Apranet التابعة لوكالة أبحاث الفضاء الأمريكية Darpa وقد أجرت محاولات وتجارب عديدة لرفع كفاءة هذه الشبكة لخدم الهدف الاستخباراتي العسكري بشكل خاص[4]. ثم بدأ استعمال شبكة الانترنيت كمشروع بحث تم إنشاؤه من طرف قسم الدفاع الأمريكي عام ١٩٦٩ وكان الهدف الأول هو ربط

---

(١) إن مصطلح الإنترنت internet مشتق من مصطلح انكليزي International Network ومعنى الاصطلاح باللغة العربية (شبكة ادخال المعلومات العالمية) للمزيد راجع مجلة الكومبيوتر والاتصالات والالكترونيات بيروت ١٩٩٨، ص ٩٩.

(٢) زايري بلقاسم، طوباش علي، طبيعة التجارة الإلكترونية وتطبيقاتها المتعددة، مجلة المستقبل العربي، يصدرها مركز دراسات الوحدة العربية، العدد (٨٨)، بيروت ٢/٢٠٠٣، ص ٦٩.

(٣) مجلة انترنيت العالم العربي، بيروت، لبنان، السنة الثالثة، العدد ٣، ديسمبر - كانون الأول ١٩٩٩، ص ١٢.

(٤) أستاذنا د. عباس العبودي، التنظيم القانوني للسندات الإلكترونية المستخرجة عن طريق الانترنيت في الإثبات المدني، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، جامعة الموصل، العدد ١١، ٢٠٠٠، ص ١٣٨.

الحواسيب الأمريكية للإدارة الأمريكية مع الشبكة الأساسية[1].

لذلك أصبح بالإمكان ربط أي كومبيوتر إلى شبكة الانترنيت، إذ تقوم الشركات المزودة لخدمات الإنترنت بتقديم الارشادات والتعليمات بشكل مفصل عن كيفية تركيب وإعداد برنامج الاتصال على وفق نظم التشغيل الموجودة[2].

لذلك يثار التساؤل عن قوة السند المستخرج من الانترنيت في الإثبات؟

إن قانون الإثبات العراقي النافذ[3] لم يضع تفرقة في الإثبات بين التصرفات المدنية والتجارية، كما أن القضاء العراقي يؤكد ذلك[4] وبذلك فإن أحكامه تسري على القضايا المدنية والتجارية جميعاً خلافاً للتشريعات الأخرى[5]، ومنها المصري التي تميز بين

---

(١) أما المراحل الأساسية لتطور الانترنيت فكانت عام ١٩٧٦ ثم عام ١٩٨٣ ظهرت الشبكة الخاص بقسم الدفاع والتي كانت تمثل أولى التطورات للانترنيت كما هو موجود حالياً، أما عن الاستقلال التجاري للشبكة فكان في الثمانينات للمزيد راجع:
Christine Bitou zet, le commerce elecronique, Creation de raleur pour lintreprise (paris), 1999, P. 29 - 30.

(٢) مجلة الكومبيوتر والاتصالات والالكترونيات، بيروت، ١٩٩٨، ص ٩٩.

(٣) المادة (١١) من قانون الإثبات العراقي.

(٤) وهذا ما أكدته محكمة التمييز في العراق، إذ قضت بأنه لا يجوز اثبات ما يخالف الدليل الكتابي ببينة شخصية ولو كان الطرفان من التجار وذلك في قرارها ذي الرقم ٣٧/م٤/١٩٧٦ الصادر في ١٩٧٧/١/٣٠ والمنشور في مجلة الأحكام العدلية، العدد ٣، لسنة ٧٧، ص ٧. ابراهيم للشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، القسم المدني، وزارة العدل، بغداد، ١٩٨٨، ص ١٨.

(٥) من هذه التشريعات قانون التجارة المصري الجديد ذو الرقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ وقانون التجارة الفرنسي المعدل بالقانون ذي الرقم ٢٥ لعام ١٩٨٠ وقانون التجارة الأردني ذو الرقم ١٢ لسنة ١٩٦٦.

القضايا المدنية والتجارية، فتخضع القضايا المدنية لقواعد الإثبات المقيد بالأدلة والطرق المحددة قانوناً، في حين تخضع القضايا التجارية لقواعد الإثبات الحر التي تتيح الإثبات بالطرق كافة[1].

وإذا كان قانون الإثبات العراقي النافذ قد حدد ضوابط معينة في ظل مفهوم ضيق للدليل الكتابي لكي يعدّ المستند دليلاً كتابياً، وهي وجوب كون المستند مادياً أو ورقياً، وهذا يعدّ الشرط الأول من شروط الدليل الكتابي، أما الشرط الثاني وهو التوقيع وهو شرط أساسي وجوهري في إنشاء السند العادي، حيث يشترط المشرع العراقي للأخذ بالسند دليلاً أن يكون صادراً عمن وقعه. ويمكن تعرف التوقيع بموجب أحكام قانون الإثبات العراقي أنه كل كتابة ممضاة بخط اليد أو بصمة الإبهام، يضعها الشخص على السند للتعبير عن موافقته بما ورد فيه[2]. وقد حدد القانون صورة التوقيع في المادة (٢٥/أولاً) منه، وهي الإمضاء ببصمة الإبهام[3]. واشترطت المادة (٤٢/أولاً) من هذا القانون عند الانكار للاعتداد ببصمة الابهام أن تكون معززة بحضور موظف عام مختص أو بحضور شاهدين وقعا على السند، أما الامضاء فيكفي وحده دون حاجة إلى تعزيزه بالشهادة أو التصديق من موظف عام ويشترط القانون أن يرد التوقيع على السند العادي نفسه، أما التوقيع بالكاربون فقد اختلف

---

(١) أنظر: المادة ١/٦٩ من قانون التجارة المصري الجديد التي يقضي بأنه يجوز اثبات الالتزامات التجارية أياً كانت قيمتها بطرق الإثبات كافة ما لم ينص القانون على غير ذلك.

(٢) استاذنا د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات المدني، ١٩٩٩، المصدر السابق، ص ١٣٨.

(٣) تنص المادة (٢٥/ أولاً) من قانون الإثبات العراقي رقم (١٥٧) لسنة ١٩٧٩: «يعتبر السند العادي صادراً ممن وقعه ما لم ينكر صراحةً ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو بصمة إبهام».

الشراح في حجيته ويذهب الرأي الراجح إلى أن التوقيع بالكربون هو صورة منقولة عن الأصل كما يخشى أن يؤخذ من صاحبه بطريق الغش والخداع بوضع ورقة تحت كاربون تتضمن بيانات تختلف عن الأصل دون علم الموقع لذلك فليس له حجية في الإثبات[1] لقد حدد القانون صورة السندات الإلكترونية المستخرجة من الإنترنت في ظل المفهوم الضيق لكي تعدّ دليلاً كاملاً في الإثبات، إذ يجب توافر شرطي الكتابة والتوقيع بدونهما تفقد هذه السندات قيمتها بوصفها سنداً في الإثبات، غير أن المشرع العراقي أشار بوضوح في المادة (١٠٤) من قانون الإثبات العراقي إلى أن للقاضي أن يستفيد من وسائل التطور العلمي الحديثة للحكم في المنازعات المعروضة عليه، ومن المعروف أن السندات المستخرجة من الانترنيت تعدّ من أهم هذه الوسائل الحديثة، ومن ثم تعدّ دليلاً في إثبات العقد، ومن الواضح أن المشرع العراقي تبنى هذا الموقف محاولة منه لمجاراة معطيات التقدم العلمي وتطور وسائله[2].

ونعتقد أن الرأي الذي يذهب إلى أن نص المادة (١٠٤) من قانون الإثبات العراقي يبدو متطوراً قياساً إلى الكثير من التشريعات العربية التي لم يرد فيها نص يسمح بإعطاء أية حجية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات[3]. إلاّ أن هذا النص لا يكفي لقبول السندات الإلكترونية المستخرجة من الإنترنت كدليل في إثبات

---

(١) د. سامي الخوالدة، التوقيع المنفذ الشرعي لأرصدة العملاء في المصادر (الحلقة الخامسة)، مقال منشور في مجلة الدراسات المالية والمصرفية، المعهد العربي للدراسات المالية والمصرفية، العدد الرابع، السنة الثانية، المجلد الثاني، ديسمبر، ١٩٩٤.

(٢) د. آدم وهيب النداوي، الموجز في قانون الإثبات، جامعة بغداد، بيت الحكمة، ١٩٩٠، ص ١٦٩ - ١٧٠.

(٣) أستاذنا: عباس العبودي، التعاقد عن طريق...، أطروحة دكتوراه، المصدر السابق، ص ٢٢٧.

التعاقد بطريق الإنترنت، فنطاق تطبيق هذا النص محدود ومقيد، فالسندات الإلكترونية وإن قبلت بموجب هذا النص، فإن قبولها مشروط بجواز إثبات الواقعة المتنازع فيها بالشهادة[1]. ولهذا لا يجوز إثبات التصرفات القانونية التي تزيد على نصاب المبلغ المقرر للإثبات بالشهادة هو خمسة آلاف دينار عن طريق القرائن، علماً أن أبسط تعامل عن طريق أجهزة الإنترنت تزيد قيمته عن هذا المبلغ مما لا تكون معه لهذه الأدلة قيمة في الإثبات، وهذا الأمر يقود إلى عدم جواز إثبات التعاقد التي تزيد قيمته عن خمسة آلاف دينار بالوسائل الإلكترونية كمبدأ عام وهو ما يقيد تطبيق هذا النص، فضلاً ع أن هذه القرائن لا تكفي وحدها للاستناد إليها في الحكم وإنما يجب تعزيزها بأدلة أخرى للإثبات.

وفي حالة جواز إثبات هذه السندات الإلكترونية المستخرجة من الانترنيت بالقرائن القضائية، فإن الأخذ بالقرينة القضائية أمر جوازي[2] وبذلك سوف تخضع للسلطة التقديرية للمحكمة وهو أمر لا يؤدي إلى إعطاء موقف قانوني مستقر وأحكام القضاء مختلفة لأنها خاضعة لاجتهاد القاضي وتقديره وأحكام القضاء العراقي تميل في الغالب إلى اعتبار وسائل التقدم العلمي قرينةً قضائية وذلك عند نظرها في الحجية القانونية لشريط التسجيل السمعي حين قضت بأن (الشريط المسجل لا يعتبر من سوائل الإثبات القانونية[3].

---

(١) المحامي حسين المؤمن، نظرية الإثبات، ج ٤، القرائن وحجية الأحكام ولكشف والمعاينة والخبرة، مطبعة الفجر، الأردن، ١٩٧٧، ص ٣٧.

(٢) المصدر نفسه، ص ٢٥.

(٣) رقم القرار ١٢ الصادر ١٩٨٤/٨/٢٩ هيئة موسعة منشور في المجلة العربية للفقه والقضاء، تصدر عن الأمانة العامة لمجلس وزراء العدل العرب، العدد الثالث، نيسان، ١٩٨٦، ص ٣٧٤.

وعلى الرغم من أن العلم قد توصل إلى أن لكل شخص صوتاً خاصاً له تردد خاص به يختلف عن تردد غيره من الأصوات[1]. لذلك نرى أنه جعل شريط التسجيل قرينة قضائية، هو أمر جدير بالتأييد.

وإن التطور التقني في مجال المعلومات والاتصالات أتاح استخدام شبكة الإنترنت في إنجاز العديد من الأعمال عن طريق نظام تبادل رسائل البيانات الموقعة توقيعاً إلكترونياً عبرها وتحميلها على دعامات غير ورقية ومن ثم استرجاعها على ورق مكتوب[2]. وأمام التطور الحاصل في التقنيات العلمية الذي أدى إلى الكشف عن أدلة جديدة في الإثبات أهمها الإنترنت، لذلك أصبح من الضروري على المشرع العراقي إيجاد تنظيم قانوني يتلاءم مع التطور الذي طرأ على السندات الإلكترونية. فإنه أمر تستلزمه الضرورة ويقتضيه التعامل.

واستناداً إلى ذلك نؤيد الاقتراح الذي يذهب إليه جانب من الفقهاء[3] من عد هذه السندات الإلكترونية المستخرجة من الإنترنت مبدأ ثبوت قانوني مثل مبدأ الثبوت بالكتابة[4] وهو ما يؤيده جانب من الفقه الفرنسي[5].

---

(١) د. محمد فالح حسن، مشروعية استخدام الوسائل العلمية في الإثبات الجنائي، مطبعة الشرطة، بغداد، ١٩٨٧، ص ١٣٥.

(٢) د. عبد الحميد عثمان. ص ١٣.

(٣) أستاذنا د. عباس العبودي، حجية التقنيات العلمية في الإثبات المدني، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، جامعة الموصل، العدد ١٣، تنوز ٢٠٠٢، ص ٣٣.

(٤) مبدأ الثبوت القانوني هو كل دليل ناقص يجعل الحق المدعي به قريب الاحتمال ولكنه يصل إلى درجة اقتناع القاضي مثل مبدأ الثبوت بالكتابة وشهادة الشخص الواحد والقرائن القضائية واليمين المتممة. د. عباس العبودي، المصدر السابق، ص ٣٤.

(٥) ومنهم Lestanc, Vivant وغيرهم أشار إليه، د. محمد حسام محمود لطفي، التفاوض على العقد وإبرامها عبر وسائل الاتصال الحديثة، القاهرة، ١٩٩٣، ص ٢٣.

وبهذا الصدد نقترح على القضاء العراقي في حالة عدم إعطاء السندات الإلكترونية المستخرجة عن طريق جهاز التلكس أو الفاكس أو الحاسب الآلي أو الإنترنت حجية السندات العادية من قبل المشرع العراقي أسوةً بقانون الإثبات الأردني.

المبحث الثالث

القانون الواجب التطبيق في إثبات عقود التجارة الإلكترونية

إن تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص في شبكة الانترنيت يصطدم بصعوبات عملية وبمعوقات قانونية من شأنها أن تؤدي إلى خلق أوضاع قانونية مربكة، ونظراً إلى الطابع الدولي لشبكة الانترنيت ونتيجة حجم المنازعات ذات الطابع الخارجي، وذات الحجم المتزايد فأصبحت تشريعات وأنظمة قانونية مختلفة محتملة التطبيق عليها[1]. ونظراً إلى تعددية الارتباطات الخارجية لهذه الشبكة الدولية فإن ذلك يؤدي إلى تنازع إيجابي بين القوانين، إذ يثير ذلك تنازعاً ما بين القوانين ذات العلاقة بعقود التجارة الإلكترونية عموماً، وفيما يتعلق بإثبات هذه العقود بشكل خاص ومن ثمّ اختيار قانون مناسب من بينها لكي يكون القانون الواجب تطبيقه على عقود التجارة الإلكترونية عموماً وعلى الإثبات في هذه العقود خصوصاً. ولهذا سيتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين،

(١) طوني ميشال عيسى، مصدر سابق، ص ٤٣٢ - ٤٣٣.

نتناول في الأول وسائل البيانات الإلكترونية وحواملها في الإثبات في التجارب التشريعية الفرنسية والأمريكية، ونتناول في المطلب الثاني قبول الدليل المقدم في إثبات عقد التجارة الإلكترونية وقوته في الإثبات.

المطلب الأول

وسائل البيانات الإلكترونية وحواملها في الإثبات في التجارب التشريعية الفرنسية والأمريكية

سبق أن بيّنا المستندات الإلكترونية منها الكتابة والتوقيع الإلكتروني في بداية هذا الفصل، ولضرورات البحث الحالي سيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، تناول في الأول التجربة التشريعية الفرنسية، فيما نتناول في المبحث الثاني التجربة التشريعية الأمريكية.

الفرع الأول

التجربة التشريعية الفرنسية

بعد أن نظّم المشرع الفرنسي استخدام المحررات (الوسائط) الإلكترونية في إثبات قطاعات محددة من التصرفات والأعمال

القانونية مثل منح المحررات الإلكترونية الحجية المقررة للدفاتر التجارية في القانون المرقم (٣٥٢/٨٥) وقبول المحررات المدونة على الوسائط الإلكترونية في الإثبات في مواجهة الربط الضريبي ومنحها ذات الحجية المقررة للمحررات الورقية في القانون المرقم (٣٣٧/٩٩) والاعتراف بالتوقيع الإلكتروني الناتج عن استخدام البطاقات الإلكترونية للتأمين الصحي في مجل الإثبات في اللائحة المرقمة (٢٧١/٩٨) بشأن تنظيم المعاملات والتصرفات القانونية في مجال التأمين الصحي، تنظيم الإثبات بالمحررات الإلكترونية أيضاً في معاملات الأفراد مع جهات الإدارة الحكومية في القانون المرقم (١٢٦/٩٤)، حيث اعترف المشرع لهذه المحررات لقوة المحرر العرفي في الإثبات واعتبرها صحيحة ما لم يثبت حدوث تلاعب أو تعديل في بياناتها[١]، فقد أحدث المشرع تعديلاً[٢] على نصوص القانون المدني المتعلقة بالإثبات الكتابي (الأدلة الكتابية) ليدخل في نطاق هذه الأدلة المحررات الإلكترونية، لكن المشرع حدد شروطاً لاعتبار المحررات الإلكترونية دليلاً كتابياً كاملاً في الإثبات التي سنذكرها لاحقاً، إلاّ أن المشرع بهذا التعديل قد أزال بعض العقبات التي كانت تقف دون قبول الكتابة والتوقيعات الإلكترونية في الإثبات[٣]، وبهذا التعديل يكون المشرع الفرنسي قد استجاب مثل غيره من الدول الأوربية للتوجيهات الأوربية التي تدعو الاتحاد الأوربي إلى استكمال المنظومة التشريعية الوطنية على وجه يستوعب الوسائط غير الورقية في إثبات المعاملات الإلكترونية في الحدود التي تكفل

---

(١) د. حسن جميعي، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ١٠١ وما بعدها.

(٢) القانون (٢٣٠/٢٠٠٠) في ١٣ مارس ٢٠٠٠ بشأن تطوير قانون الإثبات.

(٣) Huet, Versune Consecration de la pre'uve et la Signature Electronique Dalfoz 2000, chr. 95.

التنسيق بين التشريعات الإقليمية والتنظيمات الدولية[1]، على الرغم من أنه أُخذ على التعديل التشريعي الفرنسي أنه لم يعط عناية كافية للجوانب القانونية الدولية للتجارة الإلكترونية بما فيها التوقيعات الإلكترونية، وذلك على الرغم من النص على التزام الدول الأعضاء بتطبيقها في التوجيه الأوربي المرقم (١٩٩٩/٩٣) في المادة (١٧) منه[2].

ومع كل هذا، نلاحظ أن محكمة النقض الفرنسية اتجهت في بعض أحكامها إلى إعطاء المحررات الإلكترونية حجية الدليل الكتابي المقررة للمحررات العرفية وذلك إذا اكتملت عناصر الدليل واستوفى التوقيع عليه شروط صحته من حيث نسبته إلى صاحبه وارتباط التوقيع بالمحرر على نحو يدل على قبوله بما وضع التوقيع عليه وطالما لم ينكر المدعى عليه شيئاً من ذلك. كما قضت محكمة النقض الفرنسية أيضاً بالنسبة إلى رسائل الفاكس جاء فيه أن الكتابة يمكن أن تقع على أي حامل ويعترف بها كدليل متى جرى التحقق من خلوها من العيوب ومن نسبتها إلى صاحبها أو لم يحدث إنكار الشيء من ذلك[3].

والآن، بعد أن بيّنا استخدام المحررات الإلكترونية في بعض التصرفات والأعمال القانونية نأتي إلى الشروط التي تحدد نطاق

---

(١) التوجيه الأوربي المرقم (٢٠٠٠/٣١) في ٨ يونيه ٢٠٠٠، بشأن بعض الجوانب القانونية لخدمات مجتمع المعلومات، والتوجيه الأوربي المرقم (١٩٩٩/٩٣) في ديسمبر ١٩٩٩ بشأن النظام المشترك للتوقيعات الإلكترونية.

(٢) Nataf, J. Lightburn La Loi Portant Adaptation, du. Droit de La Pre'uve aux Technologies du I Information La Semaine Juridique (E. Al 25 Mai, 2000), P. 838.

(٣) نقض مدني ١٩٩٨/١/٢ دالوز ١٩٩٨ - ٢ - ١٩٢، كذلك نقض فرنسي تجاري (٩٧/١٢/٢) دالوز ١٩٩٨ - ١٩٢ أخذت نقلاً عن مارتان الأسبوع القانوني E ١٩٩٨، ص ١٧٨.

الاعتراف بالمحررات الإلكترونية، فعلى الرغم من أن القانون الفرنسي أقام التكافؤ بين المحررات الإلكترونية والمحررات الورقية سواءً فيما يتعلق بقبولها كدليل إثبات، أو فيما يتعلق بحجيتها كمبدأ عام، إلاّ أن هذا القانون وضع شروطاً للاعتراف بالمحررات الإلكترونية في الإثبات، وهذه الشروط هي:

١ - أن يجري تقديم الدليل الكتابي الإلكتروني إلى القاضي بلغة يفهمها، وذلك عن طريق معالجتها بالوسائل التقنية المعروفة لهذا الغرض كإدخال الوسيط الإلكتروني (اسطوانة) في جهاز حاسب آلي تحول لغة الأرقام إلى لغد يفهمها القاضي مثلاً.

٢ - أن تكون طبيعة حامل الكتابة الإلكترونية بما يسمح باستمرارها عليه، ومن ثم يمكن الدخول عليه لغرض استرجاع الكتابة المحملة عليه[1] حتى يمكن التأكد من وجود التوقيع الإلكتروني عليها، وإن التوقيع استوفى الشروط التي تجعله مستوفياً لشروط التوقيع بصفة عامة، وكذلك لكي يمكن الكشف عن أي تلاعب في الكتابة.

٣ - قيّد المشرع قبول الدليل الكتابي الإلكتروني في الإثبات بقيدين هما:

أ - التحقق من هوية الشخص المنسوبة إليه الكتابة.

---

(١) E. Caproil, E. Crit et (re'uve Electronique dans La Loi N° 2000, 230 du 13 Mars 2000 Lasemaine Juridique (E.A) N° 2000, P. 7.

ب - عدم حدوث تعديل أو تغيير في أصلها ومحتواها، لكن رُبّ سائل يسأل ماذا لو حدث تعارض بين المحررات الإلكترونية والمحررات الورقية في نفس المسألة المطروح على القاضي، فكيف يتم الفصل بينهما، وما هو أساس التمييز بينهما؟

إن الجواب على ذلك يكمن فيما اتخذه المشرع الفرنسي من أن المحرر الإلكتروني يتساوى من حيث قبوله كدليل كتابي واكتساب حجيته في الإثبات متى اكتملت الشروط التي نص عليها القانون فيه، فإنه يتساوى مع المحرر الورقي، كما أن القانون الفرنسي أعطى القاضي السلطة في تحديد الدليل الكتابي الأكثر قبولاً أو صحة أياً كانت الدعامة التي يقع عليها، هذا إذا لم يكن هناك نص أو اتفاق يقضي بغير ذلك[1].

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

الفرع الثاني

التجربة التشريعية الأمريكية

تميزت المعالجة القانونية الأمريكية لجوانب التجارة الإلكترونية بتراكمها العددي والنوعي الذي انتهى إلى إيجاد منظومة تشريعية مترابطة ولكنها معقدة في الوقت نفسه بسبب طبيعة التركيب الفيدرالي للنظام القانوني الأمريكي، إذ ترتب على الطابع الفيدرالي

(١) المادة (٢/١٣١٦) من القانون المدني الفرنسي.

للاتحاد القائم في الولايات الأمريكية وجود تشريعات متعددة على مستوى الولايات تعالج بعض جوانب التجارة الإلكترونية في الوقت الذي توجد فيه قوانين فيدرالية تعالج معاملات تلك التجارة فيما بين أطراف مقيمة في ولايات مختلفة أو فيما بينهم وبين أطراف مقيمة في دول أجنبية.

وعلى الرغم مما تضمنته القانونية الأمريكية من العديد من التشريعات ذات الصلة بالتجارة الإلكترونية، إلاّ أن التوقيع الإلكتروني أو الرقمي حظي بأهمية كبيرة وذلك بتنظيمه تشريعياً سواءً على مستوى الولايات أو على مستوى الاتحاد، إذ أصدرت بعض الولايات قانوناً يعتمد التوقيع الرقمي الموضوع على البيانات واعتبارها كتابة موثقة، وذلك إذا تم اعتماده من سلطة تصديق مختصة، وهذا يعني أن البيانات الموقعة إلكترونياً والموضوعة على دعامات غير ورقية أو سجلات إلكترونية (اسطوانة مدمجة) تعتبر قانوناً إذا استوفت شروط الأمان بمثابة كتابة موقعة لها حجيتها في الإثبات[1].

وبعد صدور القانون الفيدرالي بشأن التوقيعات الإلكترونية في التجارة الداخلية والخارجية عام ٢٠٠٠[2] الذي وضع قواعد عامة تفرعت منها قواعد تفصيلية تلزم سلطات الاتحاد والولايات بقبول المستندات أو السجلات الإلكترونية وحجيتها في الإثبات الموقعة توقيعاً إلكترونياً، إذ عرّف هذا القانون التوقيع الإلكتروني بأنه (صوت أو رمز أو إجراء يقع في شكل إلكتروني يلحق أو يرتبط منطقياً بعقد أو سجل آخر (وثيقة) ينفذ أو يصدر من شخص بقصد

---

(١) M. Lockerby. Non Cout Rectual Legal Problem 1 International Business Lawyer, June 1999, P. 248.

(٢) Ibid., P. 249.

التوقيع على سجل[1] هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن القانون جاء بعدة مبادئ نذكر منها ما يأتي:

١ - إزالة عوائق التجارة الإلكترونية: التي تعدّ أهم العقبات التي تحول دون ازدهار التجارة الإلكترونية وهي التكافؤ بين العقود والتوقيعات الإلكترونية والسجلات الحافظة لها، وبين نظائرها الورقية، ومن ثم الاعتراف بصحة وفعالية الأولى، كما أعطى القانون لأطراف معاملات التجارة الإلكترونية سلطة تنظيم تقينات التوثيق ووضع نماذج تلك المعاملات ومن ثم الاعتراف بها وإنفاذها[2] وتمكينهم من إثبات صحتها أمام المحاكم[3].

٢ - شروط حفظ العقود في السجلات الإلكترونية واستكمالها لشكل الأصل الكتابي وتتلخص فيما يأتي:

أ - أن يعكس السجل بأمانة المعلومات التي يتضمنها العقد.

ب - أن يسمح لأي شخص مصرح له بالدخول قانوناً على السجل واستخراج المعلومات المحفوظة فيه.

ج - إذا اشترط أي قانون أو لائحة أو قواعد قانونية أخرى تقديم العقد في نسخته الأصلية، فإن السجل الإلكتروني المحفوظ فيه العقد يستوفي الشروط، أي يعدّ مستنداً أصلياً.

---

(١) القسم ١٠٦/٥.

(٢) القسم ٣٠١/ آ - ٢/ب.

(٣) القسم ٣٠١/أ- ٢/ ج.

د - أجاز القانون للسلطات الفيدرالية وسلطات الولايات أن تحدد الشروط القياسية لصحة السجلات الإلكترونية.

هـ - فرض القانون على الإدارات الحكومية مبدأ التكافؤ بين السجلات الإلكترونية أو السجلات الورقية أي أنه لا يجوز لها أن تفرض للاعتراف بالأولى شروطاً أكثر شدة أو تعقيداً من تلك التي تسري على السجلات غير الإلكترونية.

و - فرضت على الوكالات الحكومية الفيدرالية الالتزام بمقتضيات استبعاد استخدام المستندات الورقية في المعاملات الحكومية لعام ١٩٩٨، وهو القانون الذي نظم على المستوى الفيدرالي التعامل بالوثائق الإلكترونية الحكومية محدداً نماذجها وبصمها بالتوقيع الإلكتروني والتحقق من صحة محتواها.

ز - التزام وزارة التجارة بأن ترفع من مستوى قبول التوقيعات الإلكترونية واستخدامها على المستوى الدولي، واستثنى القانون بعض التصرفات والأعمال القانونية مثل الوصايا والتبني والطلاق وغيرها من مسائل قانون الأسرة (الأحوال الشخصية)، كما لا تنطبق أحكام القانون على أوامر المحاكم وأوراق التقاضي، كما أعطى القانون الحق للمستهلكين في كيفية التعبير عن الإرادة وكذلك كل ما يتصل بشروط صحتها، كما أعطى للمستهلك حق الرجوع في قبوله فيما يتعلق بالتعامل معه بالوسائل الإلكترونية.

المطلب الثاني

قبول الدليل المقدم في اثبات عقد التجارة الإلكترونية وقوته في الإثبات

إن الأمر هنا يتعلق بأدلة الإثبات بالنسبة إلى عقود التجارة الإلكترونية ولا سيما الأدلة المعدة سلفاً تحوطاً لما قد ينشأ من نزاع يتعلق بالعقد.

فبالنسبة إلى الدليل الكتابي وهو دليل معد سلفاً، فإنه وفقاً لأحكام الفقه والقضاء الفرنسي ثمة اتجاهان أساسيان في هذا الشأن هما:

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

الاتجاه الأول:

يخضع الدليل الكتابي من حيث لزومه أو عدم لزومه وقوته في الإثبات (أي حجيته القانونية) للقانون الذي يحكم شكل العقد. وهذا ما يقول به غالبية الفقهاء المصريين[1]. ويترتب على هذا الرأي أنه إذا كان القانون الذي يحكم شكل العقد لا يتطلب الدليل الكتابي، في حين كان قانون القاضي يستلزم هذا الدليل فإنه يجوز إثبات العقد بدون دليل كتابي لكن إذا كان قانون القاضي لا يقتضيه بينما كان القانون الذي يحكم شكل العقد يقتضي الدليل الكتابي ففي هذه الحالة لا يجوز إثبات العقد إلا بالدليل الكتابي ونظراً إلى كون هذه النتيجة غير منطقية. وذلك لأنها لا تتفق وقاعدة خضوع

---

(١) حسام الأهوائي، مقدم في الحاسب الآلي، ٢٠٠٠، ص ٢٧، وكذلك: هشام علي صادق، مرجع سابق، ص ١٦.

شكل التصرف إلى قانون بلد الإبرام. هو التيسير على المتعاقدين ولغرض تلافي هذه النتيجة، يرى جانب من الفقه الفرنسي والمصري بحق عدم استلزام الدليل الكتابي الذي يتطلبه القانون الذي يحكم الشكل. إذا كا قانون القاضي يسمح باثبات التصرف بغير هذا الدليل.

الاتجاه الثاني:

وهو الاتجاه الراجح في الفقه الفرنسي، يعارض خضوع لزوم الدليل الكتابي من عدمه للقانون الذي يحكم الشكل، ويرى خضوعه لقانون القاضي أي لقانون المحكمة التي تنظر النزاع وتبريرهم لهذا الرأي، أن المسائل المتعلق بقبول الإدلة في الإثبات مسألة الغرض منها تحقيق عدالة سريعة مؤكدة. وهذا الأمر يضفي عليها الصفة الاجرائية، وهو أن الاجراءات تخضع لقانون القاضي، هذا من جانب، ومن جانب آخر، فإن المسألة تتعلق بدرجة الاقتناع التي يخلقها هذا الدليل المطروح في نفس القاضي، وهذا الأمر لا يتم إلا في ظل أحكام قانون القاضي، لذا فإن هذا القانون الأخير هو الذي يحدد طرق الإثبات المقبولة.

أما عن موقف الفقه والقضاء الإنكليزي فيلاحظ أن الاتجاه القائل بتطبيق قانون القاضي، هو الذي يسود في الفقه الانكليزي وتأخذ به المحاكم الإنكليزية وذلك على اعتبار أن الإثبات في عقود التجارة الإلكترونية والعقود عامة يعدّ من القواعد المتعلقة بالاجراءات، ومن القضايا التي قررت أن مسألة لزوم الدليل الكتابي من عدم لزومه، تخضع لقانون القاضي، قضيتان بارزتان في القضاء الانكليزي. وهما قضية بأن ضد وايت هافنت سنة ١٨٥٠، وقضية

ليركوسن ضد براون سنة ١٨٥٢[١].

أما عن موقف اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على العقود في نطاق المجموعة الاقتصادية الأوربية (السوق الأوربية المشتركة سابقاً) والاتحاد الأوربي حالياً. التي دخلت حيز التنفيذ بتاريخ ١٩٩١/٤/١. فإن مسائل الإثبات والاجراءات المتعلقة به مستثناة من أحكام الاتفاقية وفقاً لما نصت عليه الفقرة (٣) من المادة الأولى منها[٢].

---

(١) د. عوني الفخري، مصدر سابق، نقلاً عن: Dicey & Morris, Op. Cit.

(٢) تنص المادة الأولى من اتفاقية روما على ما يأتي: «قواعد هذه الاتفاقية تطبق على الالتزامات التعاقدية في أي حالة تستوجب اختيار قانون من بين قوانين متعددة». أما الاستثناءات فقد نصت عليها الفقرات (١، ٢، ٣) من ذات المادة:

١ - المسائل التي تتضمن حالة وأهلية الأشخاص الطبيعيين دون إخلال بالمادة (١١) من الاتفاقية.

٢ - الالتزامات التعاقدية المتعلقة:

أ - بالوصايا والميراث.

ب - حقوق الملكية الناتجة من النظام المالي للزوجين.

ج - الحقوق والواجبات الناتجة عن العلاقات العائلية والقرابة والزواج والمصاهرة بما في ذلك الالتزام بنفقة الأطفال غير الشرعيين.

د - الالتزامات الناشئة عن الأوراق التجارية (السفلتج والصكوك والسندات الأذنية) وغيرها من الأوراق القابلة للتداول إذا كانت الالتزامات الناشئة بموجب هذه الأوراق ناتجة عن قابليتها للتداول.

هـ - اتفاقيات التحكيم واختيار المحكمة المختصة.

و - المسائل المحكومة بقانون الشركات والجمعيات.

ز - المسائل الخاصة لمعرفة فيما إذا كان يمكن الوكيل أن يلزم الأصل أو إن لعضو يلزم الشركة أو الجمعية أو الشخص المعنوي تجاه الغير.

ح - تأسيس الانترنيت وما تشابه الانترست من علاقة بين المؤسسين والأمناء والمستفيدين.

٣ - الإثبات والاجراءات مع مراعاة المادة (١٤) من الاتفاقية».

غير أنه بالنسبة إلى الإثبات فإن الاستثناء الذي نصت عليه الفقرة (٣) من المادة الأولى ليس مطلقاً، بل تقضي الاتفاقية بمراعاة المادة (١٤) منها في هذا الشأن هي التي تخضع اثبات العقد والقرائن القانونية وعبء الإثبات عندما يتعلق بالمسائل الموضوعية منه، لقانون القاضي أو أي قانون آخر يحكم العقد من الناحية الشكلية حسب ما هو منصوص عليه في المادة (٩) من الاتفاقية كلما كان اجراء ذلك ممكناً بموجب قوانين دولة القاضي.

أما عن موقف قانون الأونستيرال النموذجي لعام ١٩٩٦ من هذه المسألة فإنه لم يبحث هذه المسألة بشكل مفصل من حيث أدلة الإثبات وطرق الإثبات والإجراءات المتبعة في ذلك، وإنما عالجت المادة (٩) مسألة قبول رسائل البيانات وحجيتها في الإثبات[1] فهذا النص يعالج مسألة حجية رسائل البيانات الإلكترونية في الإثبات ولم يبين قانون الأونسترال القانون المطبق في هذه المسألة الاجرائية، في حين إن المادة (١١) من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع لعام ١٩٨٠ التي تسمى باتفاقية فيينا كان موقفها أفضل

---

(١) تنص المادة (٩) من قانون الأونستيرال على ما يأتي:

١ - في أية اجراءات قانونية لا يطبق أي حكم من أحكام قواعد الإثبات من أجل الحيلولة دون قبول رسالة البيانات كدليل إثبات:

أ - لمجرد أنها رسالة بيانات أو؛

ب - بدعوى أنها ليست في شكلها الأصلي إذا كانت هي أفضل دليل يتوقع بدرجة مقبولة من الشخص الذي يجتهد بما أن يحصل عليه.

٢ - يعطى للمعلومات التي تكون على شكل رسالة بيانات ما تستحقه من حجية وفي تقدير حجية رسالة البيانات في الإثبات يولى الاعتبار بجدارة الطريقة التي استخدمت في انشاء أو تخزين أو ابلاغ رسالة البيانات بالتعويل عليها ولجدارة الطريقة التي استخدمت في المحافظة على سلامة المعلومات بالتعويل عليها وللطريقة التي حددت بها هوية منشئها ولأي عامل آخر يتصل بالأمر.

من موقف قانون الأونسترال، إذ تنص على أنه «لا يشترط أن يتم انعقاد العقد أو إثباته كتابةً، ولا يخضع لأي شروط شكلية، ويجوز إثباته بأية وسيلة بما في ذلك الإثبات بالبينة: فهذا النص في هذه الاتفاقية صريح حول دليل الإثبات، وطريق تكوين العقد، فهي ذات موقف محدد بأن تكوين وصحة وإثبات أي عقد خاضع للاتفاقية غير مقيد بأي اشتراط شكلي، ومن ثمّ يمكن إبرامه بأية وسيلة كتابةً أو شفهياً.

أما موقف قانون الإثبات العراقي المرقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل فقد نصت المادة (١٣) منه على أنه «يسري في شأن أدلة الإثبات قانون الدول التي تم فيها التصرف القانوني، ومع ذلك يجوز للمحكمة أن تطبق القانون العراقي إذا كان دليل الإثبات فيه أيسر من الدليل الذي يشترطه القانون الأجنبي، أن النص المذكور يتعلق بما يسمى بالتنازع الدولي من حيث الاختصاص القانوني فالقاعدة العامة التي أشار إليها النص تقضي بتطبيق أدلة الإثبات لقانون الدولة التي أبرم فيها التصرف القانوني وهذه القاعدة تشكل الرأي الراجح في فقه القانون الدولي الخاص[1] وإذا كان المبدأ الذي تضمنه النص أعلاه يشكل قاعدة عامة، فإن الاستثناء الذي أورده النص الذي يقضي بجواز تطبيق قانون الإثبات العراقي من قبل القاضي إذا وجد أن أدلة الإثبات أيسر وأسهل من الدليل الذي يشترطه القانون الأجنبي الواجب التطبيق قد ثار جدل بين فقهاء القانون الدولي الخاص وكان الأجدر بالمشرع عدم الأخذ بهذا الاستثناء لأنه قد يصبح وسيلة للتحايل على أحكام القانون الواجب التطبيق من

(١) د. رمضان أبو السعود، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية النظرية في الإثبات، الدار الجامعية للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٨٥، ص ٣٧.

قبل الخصوم[1]. إلاّ أن البعض من الفقه يبرر هذا الاستثناء على أساس إن غاية المشرع العراقي من ذلك هو (تأكيد المبدأ المعروف في القانون الدولي الخاص هو تفضيل القانون الوطني على القانون الأجنبي عند الاختلاف في الأحكام[2] وبموجب النص المتقدم فإن المشرع العراقي أخضع أدلة الإثبات لقانون الدولة التي تم فيها التصرف القانوني دون التفرقة بين الشكل والموضوع. فإذا كان القانون الواجب التطبيق يستلزم لغرض الإثبات تقديم دليل كتابي، فإن هذا الدليل يخضع شكلاً وموضوعاً لقانون البلد الذي تم فيه العقد، لكن إذا كان هذا القانون يستلزم الدليل الكتابي والقانون العراقي لا يشترطه. فإن القاضي العراقي الذي ينظر في النزاع سيطبق القانون العراقي ويستغني عن الإثبات بالدليل الكتابي الذي يطلبه قانون البلد الذي تم فيه العقد أو التصرف القانوني، أما بصدد إجراءات الإثبات فقد نصت الفقرة الثانية من المادة (١٣) من قانون الإثبات العراقي على أنه «أ - يسري في شأن إجراءات الإثبات قانون الدولة التي تقام فيها الدعوى» وبمقتضى هذا النص فإن اجراءات الإثبات تخضع لقانون القاضي الذي ينظر النزاع فإذا تقاضى الأجنبي أمام القضاء العراقي فإن قانون الإثبات العراقي هو الذي يجب أن يسري بشأن إجراءات الإثبات لتلك الدعوى[3].

وجدير بالذكر أن النص المذكور سلفاً يعتبر متكاملاً مع

---

(١) د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات العراقي، ط٢، مطبعة جامعة الموصل، ١٩٩٧، ص ٧١ - ٧٢، د. سعدون العامري، طاولة مستديرة حول قانون الإثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩، مجلة العدالة، ع ٢، ١٩٨٠، ص ٣٤٢.

(٢) د. آدم وهيب النداوي، الموجز في قانون الإثبات، المصدر السابق، ص ٦٣؛ د. سعدون العامري، المصدر السابق، ص ٢٣٧.

(٣) د. عباس العبودي، المصدر السابق، ص ٧٢؛ د. آدم وهيب النداوي، المصدر السابق، ص ٦٣.

نص المادة (٢٨) من القانون المدني العراقي إذ جاء فيها «قواعد الاختصاص وجميع الاجراءات يسري عليها قانون الدولة التي تقام فيها الدعوى أو تباشر فيها الاجراءات» وبمقتضى هذا النص فإن قانون القاضي هو الذي يحدد الصيغة الاجرائية لإقامة الدعوى، فضلاً عن بيان كيفية دعوة الشهود والادلاء بشهادتهم أو إجراءات الخبرة أو الاجراءات المتبعة في التحقق من صحة السندات.

نخلص مما تقدم أنه لغرض تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، فإنه يتعين أولاً بيان المكان الذي يرتبط به العقد الارتباط الأوثق، فإذا ما تم ذلك فإنه في هذه الحالة يصار إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على إثبات عقد التجارة الإلكترونية.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

الخاتمة

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

أولاً: النتائج:

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

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

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

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

٥ - تبين من خلال الدراسة أن عرض البضائع على المواقع الشبكية العالمية (الإنترنت)، لا يمكن أن يعدّ إيجاباً موجهاً إلى الجمهور وإن تضمن السعر المحدد، وهذا وضع خاص يختلف عن الحكم العام الذي أورده القانون المدني العراقي في نص المادة (٨٠) منه، وإنا يعتبر من

قبيل الدعو إلى التفاوض وذلك لخصوصية عقود التجارة الإلكترونية.

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

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

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

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

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

٩ - إن السندات الإلكترونية يمكن أن تكون سندات كتابية إذا توافر فيها شرطان أساسيان هما: الكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني، ويلاحظ بالنسبة إلى الكتابة الإلكترونية أنها لا تكون حل اعتبار إلا إذا توافر فيها شرطان أساسيان هما الثبات والجدية. أما بالنسبة

إلى التوقيع الإلكتروني فيمكن أن يكون محل اعتبار إذا كان بالإمكان حفظه على دعامة إلكترونية، وهذا ا عليه الحال في اتفاقية روما (الاتحاد الأوربي) وقانون الأونسترال، إذ أجاز الأخذ بالسندات الإلكترونية إذا تحقق فيها الشرطان السابقان.

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

١١ - أما بصدد تحديد القانون الواجب التطبيق في إثبات عقود التجارة الإلكترونية، فإنه ينبغي تركيز العقد مكانياً، ومن ثم تطبيق القانون الذي يحكم موضوع العقد بهذا الصدد بدلاً من القانون الذي يحكم شكل العقد. أما عن موقف قانون الإثبات العراقي فهو صريح بهذا الصدد، فقد عالجت المادة (١٣) من هذا القانون مع المادة (٢٨) من القانون المدني العراقي هذه المسألة بشكل متكامل، إذ أخضعت دليل الإثبات المطلوب لإثبات العقد الدولي لقانون الدولة التي تم فيها التصرف القانوني وأورد النص استثناءً لمصلحة القانون العراقي مراعياً في

ذلك مسألتين هما، الأولى: التيسير على المتعاقدين بقدر المستطاع. والثانية: تغليب القانون الوطني على القانون الأجنبي. إذ أجاز النص تطبيق القانون العراقي إذا كان دليل الإثبات فيه أيسر من الدليل الذي يشترطه القانون الواجب التطبيق.

ثانياً: المقترحات:

١ - نقترح على المشرع العراقي إصدار تنظيم قانوني خاص ومتكامل من جميع الجوانب بصدد عقود التجارة الإلكترونية وذلك على غرار قانون الأونسترال هذا من جانب، ومن جانب آخر نرى أن تكون مادة التجارة الإلكترونية بما في ذلك العقود الإلكترونية مادة منهجية مستقلة تطرح على طلبة كلية القانون في مرحلة الدراسات العليا.

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

٣ - نقترح على القضاء العراقي عند عرض نزاع عليه متعلق بعقود التجارة الإلكترونية وفي ظل غياب التنظيم

التشريعي المحلي الخاص بعقود التجارة الإلكترونية تفعيل تطبيق نص المادة (٣٠) من القانون المدني العراقي القاضية باتباع مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً، وفي هذا المجال يمكن الاستفادة والاقتباس من الأحكام القانونية الواردة في اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ (الاتحاد الأوربي) وقانون الأونسترال لعام ١٩٩٦.

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

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

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

ب - تعديل نص المادة ١٠٢٧ من قاون الإثبات النافذ، بحيث تضاف إليها فقرة رابعة تعالج حجية السندات الإلكترونية المستخرجة عن طريق جهاز التلكس أو ما شابه على أن تكون صياغة النص على النحو الآتي:

ج - استحداث وسائل أمنية خاصة بالسندات الإلكترونية تضمن لهذه السندات الثبات والجدية، حتى يمكن إعطاؤها حجية السندات العادية في الإثبات، ومن الأمثلة على وسائل الأمن التي تمنع عدم اختراقها أو إحداث أي تغير في مضمونها هو استخدام وسائط أو دعامات يتعذر محو البيانات المحملة عليها أو تغييرها بحيث إن أية محاولة في التلاعب فيها يترتب عليها إعدام الدعامة مادياً أو فقدان صلاحيتها لاسترجاع الكتابة كأقراص التسجيل باستخدام تقنية الليزر أو البطاقات ذات الذاكرة.

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

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

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

الخاصة المقررة دولياً.

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

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

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

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

المدنية والجزائية.

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

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

الملخص

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

بمعنى، أن عقد التجارة الإلكترونية، فيه الإيجاب يعبر عنه في إطار خدمات، أي خدمة الاتصال الآلي عن بعد بين أنظمة المعلومات، وهي خدمة ذات طبيعة خاصة أو ذات أصل معلوم تقدم وسط شبكة اتصالات عن بعد، وهذا الأخير يعني كل نقل أو تحويل

أو بث أو استقبال علامات أو إشارات أو كتابة أو صور أو أصوات أو تعليمات من أية طبيعة كانت سلكية أو بصرية أو بالراديو الكهربائي أو أي نظام آخر، وكذلك حال القبول في عقود التجارة الإلكترونية، ولا غبار في أن عقود التجارة الإلكترونية هي ضرب من ضروب عقود التجارة الدولية، لذلك فقد كان وما زال تنازع القوانين من أهم موضوعات القانون الدولي الخاص، إذ لا يخفى على أحد أهمية التحديد المسبق للقانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية عامةً، والتجارة الإلكترونية خاصةً، إذ تختلف قواعد الإسناد وتتنوع وذلك تبعاً لتنوع موضوع النزاع المطروح أو حسب طبيعة مضمونه.

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

بعد كل ما تقدم، يهدف موضوع هذا البحث إلى معالجة مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، ولغرض الإحاطة بالموضوع من جميع الجوانب، فقد توزعت خطة

البحث، مبحث تمهيدي وثلاثة فصول وخاتمة.

تناول المبحث التمهيدي التطور التاريخي للتجارة الإلكترونية، فيما خصص الفصل الأول لماهية التجارة الإلكترونية وذلك في إطار تعريفها، وتعريف عقد التجارة الإلكترونية، وأنماطها، وذلك كله من حيث مدى إمكانية انعقاد هذا العقد، أي إمكانية التعبير عن الإيجاب والقبول إلكترونياً، ومن حيث زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني. وفي مدى إمكانية تركيز العقد الإلكتروني مكانياً من عدمه، فضلاً عن بيان موقف الاتفاقيات الدولية من المسألة المذكورة.

وأفرد الفصل الثاني الذي يمثل فحوى البحث المتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، فيلاحظ قصور قواعد الإسناد التقليدية الواردة في القوانين الداخلية، لغرض إسناد هذا النوع من العقود الإلكترونية، وذلك لأنه يتعين لأغراض تحديد القانون الواجب التطبيق، تركيز العقد الإلكتروني مكانياً أولاً، ثم تحديد القانون المنطبق عليه ثانياً، وهذا ليس بالأمر السهل في هذا النمط من العقود الإلكترونية، وذلك بسبب انعدام المجلس المادي والشخصي للمتعاقدين، إذ يتم إرسال واستقبال الإيجاب والقبول في فضاءات إلكترونية متباعدة. من هذا المنطلق قد تبدو النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية قاصرة عن معالجة مثل هذا الوضع الجديد في إطار قواعد الإسناد التقليدية. لذا لا بد من البحث عن بديل معتبر ومدى إمكانية اعتماد قواعد الإسناد الحديثة على المواقع الشبكية ولا سيما تلك الواردة في الاتفاقيات الدولية الحديثة المنظمة لهذا النمط من العقود.

وجاء الفصل الثالث والأخير فتركز على بحث القانون المطبق في إثبات عقود التجارة الإلكترونية ونظام الأمن المعتمد في حماية

مستخرجات وسائل الاتصال الحديثة وفي مقدمتها الفاكس والتلكس والحاسب الآلي والإنترنت. كما تضمن هذا الفصل تركيزاً على التجربة التشريعية الفرنسية والأمريكية في هذا المجال، والإشارة بدرجة رئيسة إلى موقف قانون الإثبات العراقي من المسألة موضوع البحث وذلك في ظل أحكام القانون الدولي الخاص.

وانتهت الأطروحة بخاتمة تضمنت أهم ما توصل إليه الباحث من استنتاجات، فضلاً عن المقترحات التي من شأنها توجيه المشرعين نحو القوانين الواجب تطبيقها على عقود التجارة الإلكترونية.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

الملاحق

الملحق (١) - قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية.

الملحق (٢) - تعريف ببعض المصطلحات المهمة.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

الملحق (١)

قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية

الأصل: بالإسبانية والإنكليزية والروسية والصينية والعربية والفرنسية

الجزء الأول: التجارة الإلكترونية عموماً

الفصل الأول

أحكام عامة

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

المادة ١ - نطاق التطبيق:

ينطبق هذا القانون على أي نوع من المعلومات يكون في شكل رسالة بيانات مستخدمة في سياق أنشطة تجارية.

المادة ٢ - تعريف المصطلحات:

لأغراض هذا القانون:

أ - يراد بمصطلح «رسالة بيانات» المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو برسائل مشابهة، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية، أو البريد

الإلكتروني، أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي.

ب - يراد بمصطلح «تبادل البايانات الإلكترونية» نقل المعلومات إلكترونياً من حاسوب إلى حاسوب آخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات.

ج - يراد بمصطلح «منشئ» رسال البيانات الشخص الذي يعتبر أن إرسال أو إنشاء رسالة البيانات قبل تخزينها، إن حدث قد تم على يديه أو نيابةً عنه، ولكنه لا يشمل الشخص الذي يتصرف كوسيط فيما يتعلق بهذه الرسالة.

د - يراد بمصطلح «المرسل إليه» رسالة البيانات الشخص الذي قصد المنشئ أن يتسلم رسالة البيانات، ولكنه لا يشمل الشخص الذي يتصرف كوسيط فيما يتعلق بهذه الرسالة.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

هـ - يراد بمصطلح «الوسيط» فيما يتعلق برسالة بيانات معينة الشخص الذي يقوم نيابةً عن شخص آخر بإرسال أو استلام أو تخزين رسالة البيانات أو بتقديم خدمات خرى فيما يتعلق برسالة البيانات هذه.

و - يراد بمصطلح «نظام معلومات» النظام الذي يستخدم لإنشاء رسائل البيانات أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها أو لتجهيزها على أي وجه آخر.

المادة ٣ - التفسير:

١ - يولى الاعتبار في تفسير هذا القانون لمصدره الدولي

ولضرورة تشجيع توحيد تطبيقه وتوفر حسن النية.

٢ - المسائل المتعلقة بالأمور التي ينظمها هذا القانون ولا يكون قاطعاً صراحةً في شأنها تسوى وفقاً للمبادئ العامة التي يقوم عليها هذا القانون.

المادة ٤ - التغيير بالاتفاق:

١ - في العلاقة بين الأطراف المشتركة في إنشاء رسائل البيانات أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها أو تجهيزها على أي وجه آخر، وما لم ينص على غير ذلك. يجوز تغيير أحكام الفصل الثالث بالاتفاق.

٢ - لا تخل الفقرة (١) بأي حق قد يكون قائماً في أن تعدل بالاتفاق أية قاعدة قانونية مشار إليها في الفصل الثاني.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

الفصل الثاني

تطبيق الاشتراطات القانونية على رسائل البيانات

المادة ٥ - الاعتراف القانوني برسائل البيانات:

لا تفقد المعلومات مفعولها القانوني أو صحتها أو قابليتها للتنفيذ لمجرد أنها في شكل رسالة بيانات.

المادة ٦ - الكتابة:

١ - عندما يشترط القانون أن تكون المعلومات مكتوبة، تستوفي

رسالة البيانات ذلك الشرط إذا تيسر الإطلاع على البيانات الواردة فيها على نحوٍ يتيح استخدامها بالرجوع إليه لاحقاً.

٢ - تسري أحكام الفقرة (١) سواءً اتخذ الشرط المنصوص عليه فيها شكل التزام أو اكتفى القانون بمجرد النص على العواقب التي تترتب إذا لم تكن المعلومات مكتوبة.

٣ - لا تسري أحكام هذه المادة على ما يلي: (...).

المادة ٧ - التوقيع:

١ - عندما يشترط القانون وجود توقيع من شخص، يستوفى ذلك الشرط بالنسبة إلى رسالة البيانات إذا:

أ - استخدمت طريقة لتعيين هوية ذلك الشخص والتدليل على موافقة ذلك الشخص على المعلومات الواردة في رسالة البيانات. و

ب - كانت تلك الطريقة جديرة بالتعويل عليها بالقدر المناسب للغرض الذي أنشأت أو أبلغت من أجله رسالة البيانات. في ضوء كل الظروف، بما في ذلك أي اتفاق متصل بالأمر.

٢ - تسري الفقرة (١) سواء اتخذ الشرط المنصوص عليه فيها شكل التزام أو اكتفى في القانون بمجرد النص على العواقب التي تترتب على عدم وجود توقيع.

٣ - لا تسري أحكام هذه المادة على ما يلي: (...).

المادة ٨ - الأصل:

١ - عندم يشترط القانون تقديم المعلومات أو الاحتفاظ بها في شكلها الأصلي، تستوفي رسالة البيانات هذا الشرط إذا:

أ - وجد ما يعول عليه لتأكيد سلامة المعلومات منذ الوقت الذي أنشأت فيه المرة الأولى في شكلها النهائي، بوصفها رسالة بيانات أو غير ذلك. و

ب - كانت تلك المعلومات مما يمكن عرضه على الشخص المقرر أن تقدم إليه وذلك عندما يشترط تقديم تلك المعلومات.

٢ - تسري الفقرة (١) سواء اتخذ الشرط المنصوص عليه فيها شكل التزام أو اكتفى في القانون بمجرد النص على العواقب التي تترتب على عدم تقديم البيانات أو عدم الاحتفاظ بها في شكلها الأصلي.

٣ - لأغراض الفقرة الفرعية (أ) من الفقرة (١):

أ - يكون معيار تقدير سلامة المعلومات هو تحديد ما إذا كانت قد بقيت مكتملة ودون تغيير باستثناء إضافة أي تظهير وأي تغيير يطرأ أثناء المجرى العادي للإبلاغ والتخزين والعرض. و

ب - تقدر درجة التعويل المطلوب على ضوء الغرض الذي أنشئت من أجله المعلومات وعلى ضوء جميع الظروف ذات الصلة.

٤ - لا تسري أحكام هذه المادة على ما يلي: (...).

المادة ٩ - قبول رسائل البيانات وحجيتها في الإثبات:

١ - في أية إجراءات قانونية، لا يطبق أي حكم من أحكام قواعد الإثبات من أجل الحيلولة دون قبول رسالة البيانات كدليل إثبات:

أ - لمجرد إنها رسالة بيانات. أو:

ب - بدعوى أنها ليست في شكلها الأصلي، إذا كانت هي أفضل دليل يوقع بدرجة معقولة من الشخص الذي يستشهد بها أن يحصل عليه.

٢ - يعطى للمعلومات التي تكون على شكل رسالة بيانات ما تستحقه من حجية في الإثبات. وفي تقدير حجية رسالة البيانات في الإثبات، يولى الاعتبار لجدارة الطريقة التي استخدمت في إنشاء أو تخزين أو إبلاغ رسالة البيانات بالتعويل عليها، ولجدارة الطريقة التي استخدمت في المحافظة على سلامة المعلومات بالتعويل عليها، وللطريقة لتي حددت بها هوية منشئها، ولأي عامل آخر يتصل بالأمر.

المادة ١٠ - الاحتفاظ برسائل البيانات:

١ - عندما يقضي القانون بالاحتفاظ بمستندات أو سجلات أو معلومات بعينها يتحقق الوفاء بهذا المقتضى إذا تم الاحتفاظ برسائل البيانات، شريطة مراعاة الشروط التالية:

أ - تيسر الإطلاع على المعلومات الواردة فيها على نحوٍ يتيح استخدامها في الرجوع إليها لاحقاً. و

ب - الاحتفاظ برسالة البيانات بالشكل الذي أنشئت أو أرسلت أو استلمت به أو بشكلٍ يمكن إثبات أنه ليس بدقة البيانات التي أنشئت أو أرسلت أو استلمت. و

ج - الاحتفاظ بالمعلومات، إن وجدت، التي تمكن من استبانة منشأ رسالة البيانات وجهة وصولها وتاريخ ووقت إرسالها واستلامها.

٢ - لا ينسحب الالتزام بالاحتفاظ بالمستندات أو السجلات أو المعلومات وفقاً للفقرة (١) على أية معلومات يكون الغرض الوحيد منها هو التمكين من إرسال الرسالة أو استلامها.

٣ - يجوز للشخص أن يستوفي المقتضى المشار إليه في الفقرة (١) بالاستعانة بخدمات أي شخص آخر شريطة مراعاة الشروط المنصوص عليها في الفقرات الفرعية (أ) و(ب) و(ج) من الفقرة (١).

الفصل الثالث

إبلاغ رسائل البيانات

المادة ١١ - تكوين العقود وصحتها:

١ - في سياق تكوين العقود، وما لم يتفق الطرفان على غير

ذلك، يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض. وعند استخدام رسالة بيانات في تكوين العقد، لا يفقد ذلك العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد استخدام رسالة بيانات لذلك الغرض.

٢ - لا تسري أحكام هذه المادة على ما يلي: (...).

المادة ١٢ - اعتراف الأطراف برسائل البيانات:

١ - في العلاقة بين منشئ رسالة البيانات والمرسل إليه، لا يفقد التعبير عن الإرادة أو غيره من أوجه التعبير مفعوله القانوني أو صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد أنه على شكل رسالة بيانات.

٢ - لا تسري أحكام هذه المادة على ما يلي: (...).

المادة ١٣ - إسناد رسائل البيانات:

١ - تعتبر رسالة البيانات صادرة عن المنشئ إذا كان المنشئ هو الذي أرسلها بنفسه.

٢ - في العلاقة بين المنشئ والمرسل إليه، تعتبر رسالة البيانات أنها صادرة عن:

أ - من شخص له صلاحية التصرف نيابةً عن المنشئ فيما يتعلق برسالة البيانات. أو

ب - من نظام معلومات مبرمج على يد المنشئ أو نيابةً عنه للعمل تلقائياً.

٣ - في العلاقة بين المنشئ والمرسل إليه، يحق للمرسل إليه أن يعتبر رسالة البيانات أنها صادرة عن المنشئ، وأن يتصرف على أساس هذا الافتراض، إذا:

أ - طبق المرسل إليه تطبيقاً سليماً، من أجل التأكد من أن رسالة البيانات قد صدرت عن المنشئ، إجراء سبق أن وافق عليه المنشئ لهذا الغرض، أو

ب - كانت رسالة البيانات كما تسلمها المرسل إليه ناتجة عن تصرفات شخص تمكن بحكم علاقته المنشئ أو بأي وكيل للمنشئ من الوصول إلى طريقة يستخدمها المنشئ لإثبات أن رسائل البيانات صادرة عنه فعلاً.

٤ - لا تنطبق الفقرة (٣):

أ - اعتباراً من الوقت الذي تسلم فيه المرسل إليه إشعاراً من المنشئ يفيد بأن رسالة البيانات لم تصدر عن المنشئ، وتكون قد أتيحت فيه أيضاً للمرسل إليه فترة معقولة للتصرف على هذا الأساس، أو

ب - بالنسبة لحالة تخضع للفقرة (٣) (ب)، في أي وقت عرف فيه المرسل إليه أو كان عليه أن يعرف، إذا بذل العناية المعقولة أو استخدم أي إجراء متفق عليه، إن رسالة البيانات لم تصدر عن المنشئ.

٥ - عندما تكون رسالة البيانات صادرة عن المنشئ أو عندما تعتبر أنها صادرة عن المنشئ، أو عندما يكون من حق

المرسل إليه أن يتصرف على أساس هذا الافتراض، يحق عندئذٍ للمرسل إليه، وفي إطار العلاقة بين المنشئ والمرسل إليه، أن يعتبر أن رسالة البيانات كما تسلمها هي الرسالة التي قصد المنشئ إرسالها وأن يتصرف على أساس هذا الافتراض، ولا يكون للمرسل إليه ذلك الحق متى عرف، أو كان عليه أن يعرف، إذا بذل العناية المعقولة أو استخدام أي إجراء متفق عليه، إن البث أسفر عن أي خطأ في رسالة البيانات كما تسلمها.

٦ - يحق للمرسل إليه أن يعامل كل رسالة بيانات يتسلمها على أنها رسالة بيانات منفصلة عن الرسائل السابقة إلاّ إذا كانت نسخة ثانية من رسالة بيانات أخرى. ويعرف المرسل إليه أو كان عليه أن يعرف أنه بذل العناية المعقولة لو استخدم أي إجراء متفق عليه، إن رسالة البيانات كانت نسخة ثانية.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

المادة (١٤): الإقرار بالاستلام:

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

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

أ - أي إبلاغ من جانب المرسل إليه سواءً أكان بوسيلة

آلية أو بأية وسيلة أخرى. أو

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

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

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

أ - يجوز له أن يوجه إلى المرسل إليه إشعاراً يذكر فيه أنه لم يتلق أي إقرار بالاستلام ويحدد فيه وقتاً معقولاً يتعين في غضونه تلقي ذلك الإقرار، أو

ب - يجوز له إذا لم يرد الإقرار بالاستلام في غضون الوقت المحدد في الفقرة الفرعية (أ)، بعد توجيه إشعاراً إلى المرسل إليه، أن يعامل رسالة البيانات كأنها لم ترسل أصلاً، أو يلجأ إلى التمسك بما قد يكون له من حقوق أخرى.

٥ - عندما يتلقى المنشئ إقراراً بالاستلام من المرسل إليه يفترض أن المرسل إليه قد استلم رسالة البيانات ذات الصلة، ولا ينطوي هذا الافتراض ضمناً على أن رسالة

البيانات التي أرسلت تتطابق مع الرسالة التي وردت.

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

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

المادة ١٥ - زمان ومكان إرسال واستلام رسائل البيانات:

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

٢ - ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على غير ذلك، يتحدد وقت استلام رسالة البيانات على النحو التالي:

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

١ - وقت دخول رسالة البيانات نظام المعلومات المعين، أو

٢ - وقت استرجاع المرسل إليه لرسالة البيانات،

إذا أرسلت رسالة البيانات إلى نظام معلومات اتابع للمرسل إليه، ولكن ليس هو النظام الذي تم تعيينه.

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

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

٤ - إذا أرسلت رسالة البيانات من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ، ويعتبر أنها استلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه، ولأغراض هذه الفقرة:

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

ب - إذا لم يكن للمنشئ أو للمرسل إليه مقر عمل، يشار من ثمّ إلى محل إقامته المعتاد.

٥ - لا تنطبق أحكام هذه المادة على ما يلي: (...).

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

الملحق (٢)

تعريف ببعض المصطلحات المهمة

اتفاقيات التبادل الإلكتروني للبيانات:

يترافق نظام التبادل الإلكتروني للبيانات EDI من الوجهة القانونية، مع إبرام عقود بين المعنيين تسمى «اتفاقيات التبادل» مهمتها تنظيم كيفية استخدام نظام تبادل المستندات الرقمية بشقيه التقني والقانوني. وقد نشرت هيئات ومراجع داخلية ودولية اتفاقيات وعقوداً نموذجية في ميدان التبادل الإلكتروني للبيانات، يمكن أن نحصي أكثر من عشرين نموذجاً منها لغاية اليوم.

من بين النماذج الموضوعة، اتفاقية التبادل التي وضعها الاتحاد الأوربي في العام ١٩٩٤ تحت تسمية «الاتفاقية النموذجية الأوربية للتبادل الإلكتروني للبيانات». ونذكر أيضاً نموذج اتفاقية التبادل المرفقة بتقرير لجنة القانون الدولي لدى الأمم المتحدة بتاريخ ١٢ حزيران ١٩٩٧. ونخص بالذكر أخيراً اتفاقية التبادل المسماة Electronic Terms الملحقة بها، اللتين وضعتهما غرفة التجارة الدولية بهدف توحيد النماذج المختلفة، وذلك على غرار مستند Incoterms الذي وضعته هذه الغرفة حول تقنين الأعراف التجارية الدولية وإعطائها تفسيراً موحداً. وهناك العديد من الهيئات في العالم، تهتم بالتنميط التقني منها على سبيل المثال مؤسسة التنميط الدولية ISO أو أيضاً الأمم المتحدة التي ترعى وضع لغات ومصطلحات

تقنية نمطية في هذا المجال كلغة EDIFACT للتبادل الإلكتروني على صعيد الإدارات.. الخ.

برنامج الحاسب الآلي:

عرّف القانون الملكية الأدبية والفنية في لبنان برنامج الحاسب الآلي على أنه مجموعة من الأوامر والتعليمات معبر عنها بتسلسل كلمات أو رموز أو بأي شكل آخر بإمكانها حين تدخل إلى الحاسب الآلي أن تجعله قادراً أن يؤدي مهمة ما أو وظيفة ما أو أن يقدم نتيجة معينة.

يؤلف برنامج الحاسب الآلي المكونات غير المادية للأنظمة المعلوماتية، وهي من إحدى الترجمات الموضوعة لمصطلح «لوجيسيال» Logiciel في اللغة الفرنسية، المنقول بدوره عن مصطلح «سوفت وير» Software بالغة الإنكليزية وهو في الأصل مصطلح مركب يجمع بين كلمتي «سوفت» Soft و«وير» Ware دون أن يكون لهذا الجمع أي مدلول خاص. وهو يقابل مصطلح «هارد وير» Hardware أي المعدات، ويدل على المكونات المادية للأنظمة المعلوماتية، ويشمل الحاسبات الآلية بحد ذاتها أي أجهزة الكومبيوتر المادية والأجهزة الإلكترونية الداعمة والمساعدة، مثل المودم والآلة الطابعة والآلة الناسخة ومزود الطاقة الاحتياطي UPS وغيرها.

التبادل الإلكتروني للبيانات Electronic Date Interchange (EDI):

إنه نظام تحويل ونقل إلكتروني للبيانات التجارية في شكل رسائل منمطة أو نمطية بواسطة حاسبات آلية تعمل بلغة مشتركة فيما بينها وموصولة بشبكة اتصالات معلوماتية عن بعد. الهدف

من هذا النظام الذي يمتاز بالسرعة وبالنوعية والفعالية هو تأمين خدمات التبادل الداخلي والدولي للبيانات التجارية، ولا سيما بين الشركات التجارية والمالية والمصرفية العالمية الكبرى. وقد تنبه المتهنون بسرعة لأهمية هذا النوع الجديد من التبادل، فسارعوا إلى خلق شبكات معلوماتية قطاعية، كشبكة Odette في قطاع صناعة السيارات مثلاً، أو شبكة سويفت Swift بين المصارف، وشبكات أخرى مماثلة في قطاع النقل الجوي وفي قطاع الزراعة.. الخ. كما تم لاحقاً خلق شبكات متعددة القطاعات، علماً أن معظم هذه الشبكات متخصصة ومغلقة، وتقدم قسطاً كبيراً من الأمان والموثوقية في أثناء عمليات تبادل المعلومات. يترافق نظام التبادل الإلكتروني للبيانات، من الوجهة القانونية، مع إبرام عقود بين المعنيين تسمى «اتفاقيات التبادل» مهمتها تنظيم كيفية استخدام نظام تبادل المستندات الرقمية شقيه التقني والقانوني.

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

تقنية التشفير:

إنها آلية يتم بمقتضاها ترجمة معلومة مفهومة إلى معلومة غير مفهومة، عبر تطبيق بروتوكولات سري قابلة للانعكاس، أي يمكن إرجاعها إلى حالتها الأصلية. إن هذه التقنية قوامها خوارزمية رياضية ذكية، تسمح لمن يمتلك مفتاحاً سرياً بأن يحول رسالة مقروءة إلى رسالة غير مقروءة، وبالعكس. أي أن يستخدم المفتاح السري لفك الشيفرة، وإعادة الرسالة المشفرة إلى وضعيتها الأصلية.

يمكن تصنيف تقنيات التشفير في ميدان المعلوماتية إلى فئتين رئيسيتين. هناك، أولاً، تلك التي تستخدم المفتاح الخصوصي وتسمى: تقنية التشفير المتماثل. وهناك، ثانياً، تلك التي تستخدم المفتاح العمومي، وتسمى: تقنية التشفير غير المتماثل.

في تقنية التشفير التي تستخدم المفتاح الخصوصي أو التشفير المتماثل، يستخدم المفتاح أو الرمز السري ذاته في تشفير (أو ترميز) الرسائل وفي فك تشفيرها (أو ترميزها). بمعنى أن نظام الكتابة المشفرة بالمفتاح الخصوصي، يعمل بواسطة مفتاح واحد، يعرف بالخصوصي، يمتلكه كل من مرسل الرسالة متلقيها.

الشخص الثالث المصادق:

تدخل وظيفة هذا الشخص الثالث ضمن مفهوم تقنية التشفير في التوقيع الإلكتروني. حيث أن فعالية تقنية التشفير غير المتماثل أو التشفير بالمفاتيح العمومية الأكثر شيوعاً اليوم في شبكة الإنترنت، استلزمت تدخل جهة ثالثة، أو كيان أو طرف ثالث محايد ومستقل، بين الحائز على المفتاح الخصوصي وبين الحائزين على المفاتيح العمومية، ويصدر «شهادات إلكترونية» تصادق على هوية الحائزين على المفاتيح الخصوصية وتؤكد توقيع أصحابها إلكترونياً على عمليات التوقيع الإلكتروني الحاصلة.

مورد خدمة الاتصال بالإنترنت:

إنه مورد خدمات يقدم للمشتركين خدمة وصلهم بشبكة الإنترنت بموجب عقود اشتراك منفصلة تعرف بعقود الاتصال بشبكة الإنترنت. مورد خدمة الاتصال بالإنترنت، بالمعنى الواسع للكلمة، يقدم للمشتركين بالإضافة إلى وظيفه الأصلية، أي خدمة الوصل بالشبكة، وظائف تقنية إضافية مكملة لخدمة الوصل بالشبكة، أبرزها:

- استيداع أو تخزين الرسائل الإلكترونية المرسلة و/أو الواصلةمن وإلى المستعملين المشتركين داخل ملقمات

خاصة لديهم Servers تسمى ملقمات البريد الإلكتروني.

- إيواء مواقع الوب العائدة للمشتركين داخل ملقمات خاصة لديه، وهي تعني بلغة الإنترنت أن يضع مورد خدمة الاتصال الوسائل التقنية والمعدات المعلوماتية المطلوبة بتصرف المشتركين لإيواء المواقع العائدة إليهم (ولا سيما مواقع الوب) ووصلها بالشبكة بشكلٍ مباشر بما يمكن مستخدمي الشبكة المنتشرين حول العالم من الاتصال بهذه المواقع ومعاينة محتواها. ويعني لإيواء، من الناحية التقنية، توفير مساحة محددة من ذاكرة تخزين المعلومات داخل ملقم مضيف خاص لدى مورد خدمة الاتصال يخصصه لإيواء (أو تخزين) المعلومات و/أو الخدمات التي ينشرها المشتركون معه عبر مواقع الوب.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

- كما يقتني موردو خدمات الاتصال غالباً ملقمات واصلة، تحفظ أو تخزن بداخلها مجموعة من مواقع الوب (أو الخدمات) التي يكثر الطلب عليها من قبل المشتركين. الغاية من ذلك وصول هؤلاء إلى المواقع إذا طلبوا رؤيتها أو معاينتها مجدداً في خلال وقت أقصر نسبياً. كما يحسن في مستوى الاتصال وفي نوعيته، ويحول دون إحداث حشر وازدحام في الشبكة. كما أنه يمكن لهذه الملقمات أن تكون عائدة إلى مشغلي خدمات الاتصال العمومية، إذ كان هؤلاء يؤمنون أيضاً خدمات الإيواء. ويمكن لهذه الملقمات أن تكون تابع إلى المؤسسات الجامعية مثلاً، إذا كانت تسمح لطلابها بأن يكون لكل منهم صفحته أو

عنوانه البريدي أو موقعه الوب الخاص. أو أن تكون تابعة ايضاً إلى الشركات والمؤسسات الخاصة إذا كانت تضع بتصرف إجرائها ومستخدميها مثل هذه الإمكانيات... الخ.

- ويؤمن موردو خدمات الاتصال أخيراً وظيفة وصل المشتركين مع منتديات المناقشة والمجموعات الإخبارية المنتشرة حول العالم، التي يقدر عددها بأكثر من عشرين ألف، تنهمر صوبها يومياً مئات الألوف من الرسائل. ونادراً ما يؤمن المورد وصل المشتركين بكل هذه المنتديات والمجموعات، بل هو يختار الأكثر شهرة وانتشاراً منها.

النقود الإلكترونية:

إنها من بين الوسائل والأساليب المبتكرة التي أوجدتها شبكة الإنترنت، التي تسمح بالقيام بأعمال دفع في شبكة الإنترنت، تماماً كما يحصل بشأن المال النقدي العادي في المحلات والمخازن. منطلق فكرة «النقود الإلكترونية» وتسمى أيضاً بتسميات أخرى منها المال الإلكتروني أو الافتراضي أو العملة الإلكترونية أو الافتراضية... الخ، هو تطوير نظام جديد في الدفع عن بعد، يرتدي شكل عملة إلكترونية توازي العملة النقدية أو تعادلها، كما يحصل تقريباً بالنسبة إلى الفيش المستعملة في الكازينوهات مثلاً، ويكون لها سعر صرف خاص بالنسبة إلى العملات النقدية الكلاسيكية. علماً أنه يخلط التطبيق بين تسمية النقود الإلكترونية وبين تسمية محفظة النقود الإلكترونية أحياناً.

قوام العملة الإلكترونية من الوجهتين الحسابية والرياضية،

برنامج من نوع برامج الحاسب الآلي مؤلف من سلسلة أرقام متتابعة تديرها خوارزميات معقدة تعالج في آنٍ واحد القيمة النقدية التي تمثلها هذه العملة، ومصادقة الجهة المُصدرة لها وتحريك حساب حاملها، على أن يكون كل ذلك مشفراً، ويجري احتساب الأرقام المكونة للعملة الإلكترونية بشكلٍ لا يسح بإصدار مثيل لها سوى مرة واحدة فقط تجنباً لمحاولات الغش والخداع في هذا المجال. توجد حالياً أنظمة دفع عديدة تعتمد على فكرة النقود الإلكترونية مثل نظام Cyber Cash ونظام Net Cash ونظام Mondex، لكن النظام الأكثر شهرة اليوم هو نظام Digi cash.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

المصورات التوضيحية اللاحقة مأخذوة عن: طوني ميشال عيسى، مرجع سابق.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

المصادر

أولاً: المراجع العربية:

الكتب:

١ - د. إبراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، القسم المدني، وزارة العدل، بغداد، ١٩٨٨.

٢ - د. أبو زيد رضوان، الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهر، ١٩٩٨.

٣ - د. أحمد محمد أسعد، نحو إرساء نظام قانوني لعقد المشورة المعلوماتية، دار النهضة لعربية، ط١، ١٩٩٥.

٤ - د. أدور جورج حنا، التلكس وكومبيوتر الاتصالات الدولية والآلية، ١٩٨٧.

٥ - د. آدم وهيب النداوي، الموجز في قانون الإثبات، مطابع وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة بغداد، ١٩٩٠.

٦ - د. أحمد مسلم، أصول المرافعات، القاهرة، ١٩٧١.

٧ - الأمم المتحدة، مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية (الأونكتاد) التجارة الإلكترونية، قضايا السياسة العامة المتصلة بإمكانية المشاركة في التجارة الإلكترونية، ٢٧/تموز/ ١٩٩٩.

٨ - البرت بول مالفينو ودونالد بي ليج، الالكترونيك الرقمي، ترجمة نبيل خليل عمر ود. رياض الحكيم، الطبعة المعربة الأولى، مطبعة جامع الموصل، ١٩٨١.

٩ - الحامي حسين المؤمن، نظرية الإثبات، ج٤، القرائن وحجية الأحكام والكشف والمعاينة والخبرة مطبعةالفجر، بيروت، ١٩٧٧.

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

١٠ - المستشار مصطفى الفتحي، نظرية الالتزام، ط٢، ١٩٩٧.

١١ - د. ثروت حبيب، دراسة في قانون التجارة الدولية، القاهرة، ١٩٧٥.

١٢ - جابر عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص العربي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٠.

١٣ - د. جمال زكي، الوجيز في نظرية الالتزام (العقد)، ١٩٨١.

١٤ - جيرس كلاسير، القانون التجاري، العقود التجارية الدولية، ١٩٨٦.

١٥ - د. حسن الهداوي، د. غالب علي الداؤدي، القانون الدولي الخاص، القسم الثاني، تنازع القوانين، الطبعة الأولى، الموصل، ١٩٨٢.

١٦ - د. حسن جميعي، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت، دار النهضة العربي، القاهرة، ٢٠٠٠.

١٧ - د. حسن علي الذنون، مصادر الإلتزام، دار الحرية للطباعة والنشر، بغداد، ١٨٧٦.

١٨ - د. حسن علي الذنون ود. محمد سعيد الرحو، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ج ١، ط١، دار وائل للبطاعة والنشر، عمان - الأردن، ٢٠٠٢.

١٩ - د. حسين المؤمن، نظرية الإثبات، ج ٤، القرائن وحجية الأحكام ولكشف والمعاينة والحدة، مطبعة الفجر، الأردن، ١٩٧٧.

٢٠ - د. حمزه حداد، قانون التجارة الدولي، الدار المتحد للنشر ١٩٨٠.

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

٢٢ - د. سامي بديع منصور ود. عكاشة عبد العال، المنازعات الدولية والحلول الوسط لتنازع القوانين، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٩٥.

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

٢٣ - د. سامي بديع منصور ود. عكاشة عبد العال، طرق حل المنازعات الدولية الخاصة والحلول الوضعية لتنازع القوانين، الدار الجامعية، ١٩٩٥.

٢٤ - د. سامية راشد، د. فؤاد عبد المنعم رياض، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ج ٢، ١٩٩٢.

٢٥ - د. سعدون العامري، طاولة مستديرة حول قانون الإثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩، مجلة العدالة، ع٢، ١٩٨٠.

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

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

٢٨ - د. عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٧.

٢٩ - د. عباس العبودي، شرح أحكام القانون الإثبات المدني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان - الأردن، ١٩٩٩.

٣٠ - د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات العراقي، الطبعة الثانية منقحة ومزيدة، دار الكتب للطباعة والنشر، ١٩٩٧.

٣١ - د. عباس العبودي، المستندات العادية ودورها في الإثبات المدني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، ٢٠٠١.

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

٣٣ - د. عبد الحميد عثمان، دور التقنيات الحديثة في الإثبات ١٤١٩ هـ - ١٩٩٩ م.

٣٤ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج١، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٦٤.

٣٥ - عبد الرزاق السنهوري، الوجيز في نظرية الالتزام، ط٢، ١٩٩٧.

٣٦ - د. عبد القادر حسين العطير، الحاويات وأثرها في تنفيذ عقد النقل البحري، ٢٠٠١.

٣٧ - د. عبد القادر حسين العطير، الحاويات وأثرها في تنفيذ عقد النقل البحري، ١٩٨٤.

٣٨ - د. عبد المجيد الحكيم، د. عبد الباقي البكري، د. محمد طه البشير، الوجيز ي نظرية الالتزام، ج١، صادر الالتزام، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ١٩٨٠.

٣٩ - د. عبد المجيد الحكيم ود. عبد الباقي البكري ود. محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون العراقي، ج١، مصادر الالتزام، جامعة بغداد، ١٩٨٦.

٤٠ - د. عبد المنعم الدسوقي، قضاء النقض في المواد المدنية، ج٢، ١٩٩٤.

٤١ - د. عبد المنعم فرج، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٦٩.

٤٢ - د. عدنان إبراهيم السرحان ود. نوري حمد خاطر، مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات)، عمان، ٢٠٠١.

٤٣ - د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج٢، تنازع القوانين، ١٩٧٤.

٤٤ - د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٩.

٤٥ - د. عكاشة عبد العال، قانون العمليات المصرفية، الإسكندرية، ١٩٩٤.

٤٦ - د. علاء الدين محمد فهمي، الموسوعة الشاملة لمصطلحات الحاسب الإلكتروني، موسوعة دلتا كومبيوتر، مطبعة المكتب المصري الحديث، ١٩٩١.

٤٧ - د. علي جمال الدين عوض، القانون التجاري العقود التجارية والأوراق التجارية وعمليات البنوك، دار النهضة العربية، ١٩٨٩.

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

٤٩ - د. غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص الأردني، الكتاب الأول، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة، ط٢، عمان، ١٩٩٨.

٥٠ - د. فاروق ملش، النقل متعدد الوسائط، الإسكندرية، ١٩٩٦.

٥١ - فيليب كهن، عقد البيع الدولي.

٥٢ - د. فؤاد عبد العلوان، دراسات في القانون البحري، ط١، بغداد، ٢٠٠٤.

٥٣ - كامل أبو صقر، العولمة التجارية والإدارية والقانونية، مكتبة دار الهلال، الجزء الثاني - الأساليب وآاليات والنظم، ط١، ٢٠٠١، بيروت.

٥٤ - كليف شميتهوف، القانون والتطبيق في التجارة الدولية، ط٢، لندن، ١٩٨٦.

٥٥ - د. محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، ١٩٨٨.

٥٦ - د. محمد السعيد رشدي، حجية وسائل الاتصال الحديثة في الإثبات، ١٩٩٨.

٥٧ - د. محمد حسام محمود لطفي، استخدام وسائل الاتصال الحديثة في التفاوض على العقود وإبرامها، كلية القوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٣.

٥٨ - د. محمد عبد الخالق عمر، القانون الدولي الليبي الخاص، القاهرة، ١٩٧١.

٥٩ - د. محمد فالح حسن، مشروعية استخدام الوسائل العلمية في الإثبات الجنائي، مطبعة الشرطة، بغداد، ١٩٨٧.

٦٠ - د. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، الإسكندرية، مصر، ١٩٩٥.

١٦ - د. محمد لبيب شنب، مصادر الالتزام، بدون مكان طبع، ١٩٧٦.

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

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

٦٤ - د. ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص، عمان، ١٩٩٩.

٦٥ - د. ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن، مكتبة دار الثقافة والنشر عمان، ١٩٩٨.

٦٦ - منير القاضي شرح أحكام قانون أصول المرافعات المدنية والتجارية، ط١، بغداد، ١٩٥٧.

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

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

٦٩ - د. هشام علي صادق، مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٦٨.

٧٠ - د. يحيى إسماعيل المرشد في قانون الإثبات، القاهرة، ١٩٩٤.

٧١ - د. يوسف عبد الهادي خليل الأكيابي، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا في مجال القانون الدولي الخاص، ١٩٨٩.

الدوريات والبحوث والمقالات:

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

٧٢ - د. أبو الوفا فهمي شلش، الجوانب التطبيقية للتجارة الإلكترونية، النشرة الاقتصادية لبنك مصر، ٢٠٠٠، العدد الأول.

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

٧٤ - المجلة الأمريكية للقانون المقارن، العددان ٢ - ٣ لسنة ١٩٧٩.

٧٥ - باسيل يوسف، الاعتراف القانوني بالمستندات والتواقيع الإلكترونية في التشريعات المقارنة دراسات قانونية - العدد ٢ السنة الثالثة، ٢٠٠١ م - ١٤٢٢ هـ.

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

٧٧ - د. حسام الدين كامل الأهواني، الحماية القانونية للحياة الخاصة في مواجهة الحاسب الآلي، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والحاسب الآلي المنعقد في الكويت، ١٩٨٩.

٧٨ - رو، مجلة محامي الأعمال الدولي، ١٩٩٨، ص ١٦٥.

٧٩ - د. زايري بلقاسم، د. طوباش علي، طبيعة التجارة الإلكترونية وتطبيقاتها المتعددة، مجلة المستقبل العربي، يصدرها مركز دراسات الوحدة العربية، العدد (٨٨)، بيروت ٢/٢٠٠٣.

٨٠ - د. سامي الخوالدة، التوقيع المنفذ الشرعي لأرصدة العملاء في المصادر (الحلقة الخامسة)، مقال منشور في مجلة الدراسات المالية والمصرفية، المعهد العربي للدراسات المالية والمصرفية، العدد الرابع، السنة الثانية، المجلد الثاني، ديسمبر، ١٩٩٤، الأمانة العامة لمجلس وزراء العرب، العدد الثالث، نيسان، ١٩٨٦.

٨١ - شونار، التجارية الإلكترونية، مجلة البنوك، باريس، العدد ٢٧٥، نيسان، ١٩٩٠.

٨٢ - د. عباس العبودي، التنظيم القانوني للسندات الإلكترونية المستخرجة عن طريق الانترنيت في الإثبات المدني، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، جامعة الموصل، العدد ١١، ٢٠٠٠.

٨٣ - د. عباس العبودي، التنظيم القانوني للسندات الإلكترونية المستخرجة عن طريق الانترنيت في الإثبات المدني، بحث مقدم إلى المؤتمر القطري لكليات القانون، بغداد، آذار، ٢٠٠٠.

٨٤ - د. عباس العبودي، حجية التقنيات العلمية في الإثبات المدني، مجلة الرافدين للحقوق، تصدر عن كلية القانون جاعة الموصل، العدد ١٣، ٢٠٠٢.

٨٥ - د. عباس العبودي، حجية التلكس والرسائل المرسلة عن طريق البريد الإلكتروني في الإثبات، مجلة آداب الرافدين، تصدر عن كلية الآداب جامعة الموصل، العدد ١٦، تشرين الثاني ١٩٨٦.

٨٦ - د. عباس العبودي ود. جعفر الفضلي، حجية السندات الإلكترونية في الإثبات المدني في ضوء التعديل الجديد للقانون المدني الفرنسي المرقم ٢٣٠ لعام ٢٠٠٠، مجلة الرافدين للحقوق، العدد ١١، ٢٠٠١.

٨٧ - د. عوني الفخري، المسؤولية المدنية الناشئة عن استخدام الحاسوب، بحث مقدم إلى ندوة (القانون والحاسوب) التي نظمها بيت الحكمة والمنعقدة في آب ١٩٩٨، منشور في مطبوع (القانون والحاسوب، مطبعة اليرموك، بغداد، ١٩٩٩.

٨٨ - د. فائق الشماع، الشكلية في الأوراق التجارية، مجلة القانون المقارن، العدد (٢)، السنة ١٣، ١٩٨٧.

٨٩ - د. فائق الشماع، التجارة الإلكترونية، دراسات قانونية مجلة تصدر عن قسم الدراسات القانونية في بيت الحكمة، السنة الثانية، العدد الرابع، كانون الأول، بغداد، ٢٠٠٠.

٩٠ - د. فهد الخطيب، د. فلاح الحسين، التجارة الإلكترونية وأثرها في المركز الاستراتيجي للشركات، دراسة تطبيقية، مجلة الدراسات، العلوم الإدارية، العدد ١، ك٢، ٢٠٠٢.

٩١ - لوكيريي، المشاكل القانونية غير التعاقدية، مجلة محامي الأعمال الدولي، ١٩٩٩.

٩٢ - مجلة الكمبيوتر والاتصالات والإلكترونيات، بيروت، ١٩٨٨.

٩٣ - مجلة الكومبيوتر والاتصالات والإلكترونيات، بيروت ١٩٩٨.

٩٤ - مجلة انترنيت العالم العربي، بيروت، لبنان، السنة الثالثة، العدد ٣، ديسمبر كانون الأول ١٩٩٩.

٩٥ - د. مجيد حميد العنبكي، إنشاء العقد في القانون الإنكليزي، مجلة جامعة صدام للحقوق، العدد ٣، ١٩٩٩.

٩٦ - د. محمد السيد عرفه، التجارة الدولية الإلكترونية عبر الانترنيت، بحث مقدم لمؤتمر القانون والكومبيوتر والانترنيت، كلية الشريعة والقانون (العين) دولة الإمارات العربية المتحدة، ٢٠٠٠.

٩٧ - د. محمد المرسي زهرة، مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات في المسائل المدنية والتجارية، بحث في مؤتمر حول الكومبيوتر والقانون، الفيوم، نظمته كلية الحقوق - جامعة عين شمس، ١٩٩٤.

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

٩٩ - د. ناصر علي حضاونة، الأهمية الاقتصادية لمكافحة قرصنة برامج الكمبيوتر بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي العالمي حول الملكية الفكرية، جامعة اليرموك، أربد، ٢٠٠٢.

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

الرسائل الجامعية:

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

١٠٢ - حميد فيصل محمد الدليمي، خضوع العقد لقانون الإرادة، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية صدام للحقوق، جامعة صدام، بغداد، ١٩٩٨.

١٠٣ - عباس العبودي، أهمية السندات العادية في الإثبات القضائي، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، ١٩٨٤.

١٠٤ - عباس العبودي، التعاقد عن طريق الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني، كلية القانون، جامعة الموصل، أطروحة دكتوراه، ١٩٩٤.

١٠٥ - عزة محمود أحمد خليل، مشكلات المسؤولية المدنية في مواجهة فيروس الحاسب الآلي، أطروحة دكتوراه (حقوق) غير منشورة، جامعة القاهرة، ١٩٩٤.

١٠٦ - نزار حازم محمد حسين، التعاقد عن طريق شبكة المعلومات العالمية (الإنترنت)، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة الموصل، ٢٠٠٢.

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

المحاضرات:

١٠٨ - د. عوني الفخري، مجموعة المحاضرات التي ألقيت على طلبة الدكتوراه للعام الدراسي ٢٠٠٠ - ٢٠٠١، كلية ما بين النهرين للحقوق.

القوانين العربية والأجنبية:

أ- القوانين العربية:

١٠٩ - الدستور العراقي النافذ في ١٦ تموز ١٩٧٠.

١١٠ - القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

١١ - قانون السلطة القضائية رقم (٢٦) لسنة ١٩٦٢.

١١٢ - قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩.

١١٣ - قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٢٨.

١١٤ - قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩.

١١٥ - قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤.

١١٦ - قانون الشركات العراقي رقم (٢١) لسنة ١٩٩٧.

١١٧ - القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨.

١١٨ - قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩.

١١٩ - القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦.

١٢٠ - قانون التجارة الأردني رقم (١٢) لسنة ١٩٦٦.

١٢١ - قانون المعاملات الإلكترونية الأردني المؤقت رقم (٨٥) لسنة ٢٠٠١.

١٢٢ - قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي رقم (٨٣) لسنة ٢٠٠٠.

١٢٣ - قانون دبي لمعاملات التجارة الإلكترونية رقم (٢) لسنة ٢٠٠٢.

ب - القوانين الأجنبية:

١٢٤ - قانون الأونسترال بشأن التجارة الإلكترونية لعام ١٩٩٦ مع دليله التشريعي النسخة العربية، منشورات الأمم المتحدة.

١٢٥ - منشورات الأمم المتحدة (نيويورك) ١٩٩٦ رقم الوثيقة (A/٤٠/١٧).

١٢٦ - القانون الفرنسي رقم (١٩١/١٣٨٢) النافذ بتاريخ ١٩٩١/١١/٣ المعدل للقانون التجاري الفرنسي.

١٢٧ - القانون المدني الفرنسي رقم (١١٧٠/٩٠) الصادر في ١٩٩٠/١٢/٢٩.

١٢٨ - القانون المدني الفرنسي رقم (٢٣٠) لسنة ٢٠٠٠.

١٢٩ - قانون التجارة الفرنسي رقم (٤٦) لسنة ١٩٨٤.

١٣٠ - قانون التجارة الموحد الأمريكي لسنة ٢٠٠٠.

١٣١ - قانون ولاية يوتا الأمريكية الخاص لسنة ١٩٩٥.

١٣٢ - قانون ولاية يوتا الأمريكية الخاص بها المعدل لسنة ١٩٩٦.

١٣٣ - القانون الفيدرالي الأمريكي الخاص بالتوقيعات الإلكترونية لسنة ٢٠٠٠.

١٣٤ - تعليمات الاحاد الأوربي رقم (٧) لسنة ١٩٩٧ النافذ في ٢٠٠٠/٦/٤ الخاص بحماية حقوق المستهلكين.

١٣٥ - التوجيه الأوربي رقم (٩٣/١٩٩٩) لسنة ١٩٩٩.

١٣٦ - التوجيه الأوربي رقم (٣١/٢٠٠٠) لسنة ٢٠٠٠.

١٣٧ - القانون الدولي الخاص للاتحاد السويسري لسنة ١٩٨٩.

١٣٨ - القانون الدولي الخاص الجيكوسلوفاكي سابقاً لسنة ١٩٦٣.

١٣٩ - قانون التجارة الكندي رقم (٦١) لسنة ٢٠٠٠.

١٤٠ - القانون الدولي الخاص الألماني ١٩٨٦.

١٤١ - القانون الدولي الخاص البولوني ١٩٦٥.

القرارات القضائية:

أ - العراقية والعربية:

١٤٢ - قرار محكمة تمييز العراق رقم ٣٧/م/١٩٧٦/٤ في ١٩٧٧/١/٣٠.

١٤٣ - قرار محكمة النقض المصرية المرقم (٥٤/٥/٦).

١٤٤ - قرار محكمة النقض المصرية ١٩٧٢/١/٩.

١٤٥ - قرار محكمة الرباط ١٩٢٠/٤/١٣.

ب - الأجنبية:

١٤٦ - محكمة النقض الفرنسية، نقض مدني فرنسي ١٩٨٩/١١/٨، دالوز، ١٩٩٠ - ٣٦٩، الأسبوع القانوني ١٩٩٠ - ٢ - ٢١٥٧٦.

١٤٧ نقض مجازي فرنسي ١٩٩٧/١٢/٢، دالوز ١٩٩٨.

١٤٨ - قرار محكمة النقض الفرنسية ١٩٩٨/١/٢ دالوز ١٩٩٨ - ٢ - ١٩٢.

١٤٩ - قرار محكمة النقض الفرنسية (٩٧/١٢/٢) دالوز ١٩٩٨ - ١٩٢.

١٥٠ - قرار محكمة النقض الفرنسية ١٩٥٤.

١٥١ - قرار محكمة النقض الفرنسية ١٩٥٠.

١٥٢ - قرار محكمة النقض الفرنسية ١٩٥٩/٧/٦.

١٥٣ - قرار محكمة استئناف ليون ١٩٧٩/٢/٢٨.

١٥٤ - قرار المحكمة العليا الهولندية ١٩٢٤/٦/١٣.

١٥٥ - حكم غرفة التجارة الدولية في القضية (٣٣١٦) في ١٩٧٩/١٠/٢٣.

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

١٥٦ - حكم غرفة التجارة الدولية في القضية (٤٢٣٧) لسنة ١٩٨٤.

١٥٧ - حكم غرفة التجارة الدولية في القضية (١٤٢٢) لسنة ١٩٦٦.

١٥٨ - حكم التحكيم الصادر عن غرفة التجارة الدولية في القضية (١٥١٢) لسنة ١٩٧١.

الاتفاقيات الدولية:

١٥٩ - اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بنقل البضائع بحراً لسنة ١٩٧٨.

١٦٠ - اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بشأن النقل الدولي للبضائع (فيينا) لسنة ١٩٨٠.

١٦١ - اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول المتعاقدة ورعايا الدول الأخرى.

١٦٢ - اتفاقية روما ١٩٨٠ (السوق الأوربية المشتركة - الاتحاد الأوربي حالياً).

١٦٣ - اتفاقية لاهاي ١٩٥٥.

١٦٤ اتفاقية لاهاي ١٩٨٦.

مواقع الإنترنت:

١٦٥ - أنور عمار التجارة الإلكترونية منشور على موقع مجلة المصرفي:

hIId:IIH WWW. Bank of sudan. Org larabic-jan.2004.

١٦٦ - الموقع الإلكتروني على شبكة الانترنيت:

http// www. Foecd. Org/Publication polbrief1970-100.1.htm

http//www.wto.Org.

١٦٧ - مجلة آفاق استثمارية في ٢٠٠٢/١/١٤ على شبكة الانترنيت على العنوان التالي:

http://www.ociped.com/Arabic/ihorizon-jan2004.

١٦٨ - نقطة النيل الأزرق التجارية، بحث منشور على شبكة الانترنيت، على الموقع التالي:

http://www.blueniletradepint.com/arabicsite/jan2004.

١٦٩ - المركز العربي للقانون والتقنية العالية عنوان البحث: التجارة الإلكترونية المفهوم والأنماط، بحث منشور على شبكة الانترنيت على الموقع التالي:

١٧٠ - .http://www.arablay.org/main.htm/jan2004

١٧١ - .www.gn 4me. Com/2004

١٧٢ - www.Gn 4me. Com/2004.

١٧٣ - www.Gn 4me. Com/2004.

١٧٣ - www. Gn 4me. Com/2004.

١٧٤ - http:// www. Gn 4me com, 2002.

١٧٥ - http: 11 www.bluenilet rade Boint.com/arabicsitel.jan 2004.

١٧٦ - www.Arabey at. Com.

١٧٧ - www.europa.eu.int.

١٧٨ - www.gor.state.ut.us/ccjj/digsig.

١٧٩ - www.Justice.gour.fr.

١٨٠ - www.Parkerinf-com lapectukeuapec.1.

١٨١ - www.un.org.at/unicitral.

ثانياً: المراجع الأجنبية:

182 - A. A. Martino, les solutions pour demean in les transactions internationais assisstees par rotinatenr.

183 - ARRIVE. Identification et authentIfication in une society sans paper.

184 - Aspects philosphiquse cludroit international prive, paris, Dalloz, 1956, N° 55.

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

186 - Batifoll - aspects philosophiques, du droit international rive, paris, Dalloz, 1956.

187 - Boris starck paz henrie roland laurent boyer, introduction audroit, ------ edition, Hetez, 1988.

188 - Cass 5/12/1910 s. 1911 - 1 - 129 note lyon caen. Rev. crit. 353, Clunet.

189 - Cheshire and Fifoot, the law of contract, London 1969.

190 - Deby-gerard. Le role de la regle de conflict dans le reglement des rappoits intrnationaux. These. Paris. Dalloz, 1973, Bibledr. Int Pr. Vol. xvI N° 287.

191 - Doing, Contracts, International Encyclopedia of Comparative Law Vol. 3 The Hage, Paris.

192 - E commeree legal guide-uk, by G. Allon-M.Hart.

193 - Edition rever et augmentee, Edition PUF, 1990.

194 - Ghestin la notisnde contrat. Dalloz 1990, chron.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

195 - Goopprch coffiet of low - 3ed west publishinkco. 1949.

196 - H. ROWE Electronic Commerce and Consumers, International Business, Lowyer, Aprel 1998.

197 - Hance (O.), Business et Droit d'internet, the best of McGraw-Hill, 1996.

198 - Heau, Inter net et le droit:aspects juridrique du commere electronique, Ed, Exrolles, Paris, 1998.

199 - HOLED (ch) HOW to martet services, Advertising consumer protection and personal data, in Rev Dr. affint, 1998, N° 3.

200 - J. Juet, la valeur juridi que de la telecopie (ou fax) comparee avec telex, D. 1992.

201 - J.Juet, vers une consecration de la preuve et la signature eiectronique Dalloz, 2000, chr, 95, D. Moreno, la reforune du droit de la preuve et les nouvelles, j.c.p (G) 2000, act. N° 3, P 55.

202 - Jean Christophe Pommier, Principe Dautaonomie Et Loi ducontrat En Droit Inter National Drive Conventionnel.

203 - LARRIEV. Identification et authentfication in une society sans paper.

204 - Le petit robert, Diotionnaire (1) de la language francaise,

Edition Le robert.

206 - Mathilde Sumam Pouw Les Nouvelles Conventions de la Haye Leur Application Partesjuge Nation aux Tom II.

207 - Mayer-lemythede l'order Juridiquede puse: ou (grundiegung) in melanges cold man, Paris, 1983.

208 - Meyer, Houser, consumer transaction in other space, on line contracting intemational sale. 1997.

209 - Mj Baptiste cree ret exploiten un commeree clectoni que paris 1998.

210 - P. Aramingon Preces Droit International Prive. 12 ed Paris. D. 1985.

211 - P. Catala, P. Cautier, L'Audace technologique a la cour de cassation: vers la libration de la preuve contractuelle, la semaine juridigue (E) 1998.

212 - Pau 17 octobre 1984, d. 1985. ir. R 343 paris 15 emech. 1327 mans 1985 d. 1926. ir. 327. Civ, lere ste france telecom cilberthe jcped, g 1995, 11, 22539.

213 - Ph. Bataf. J lightbum la lio portant adaptation, du droit de la preuve aux technologies du l'information, la semaine juridique (E.A) 25 mai 2000.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

214 - Pommier (s.ch) principe dautonomie et 10:du contnat endroit international prive convetionnel. These paris 1992.

215 - Pommier- principe d'autonomiet loi du contract en droit int, prive conveentionnel, these, Paris, 1992.

216 - Ranouil L'autonomie de volonte, naissauce, et evolution d'un concept, presse universitalre de, France, 1980.

217 - Rene David, le Contrat er droit anglais 1973.

218 - Thorup Consumer Protection en E-commerce From a European Perspective International Sales. June 1999.

219 - Toubiana (Annie) Le Domaine Dela loi du Contract en Droit it Private, these Paris, Dalloz 1972.

220 - Treitel the law of contract, 3 edition 1970.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

الفهرس

الموضوع	الصفحة
المقدمة	٩
المبحث التمهيدي: التطور التاريخي للتجارة الإلكترونية	١٧
الفصل الأول: ماهية التجارة الإلكترونية	٢٣
المبحث الأول: المقصود بالتجارة الإلكترونية	٢٤
المطلب الأول: تعريف التجارة الإلكترونية	٢٥
المطلب الثاني: خصائص التجارة الإلكترونية	٢٩
المطلب الثالث: أنماط التجارة الإلكترونية	٣٦
المبحث الثاني: تكوين عقد التجارة الإلكترونية (الانعقاد)	٣٨
المطلب الأول: تعريف عقد التجارة الإلكترونية	٤٠
الفرع الأول: فقهاً	٤٠
الفرع الثاني: تشريعاً	٤٢
المطلب الثاني: التعبير عن الإرادة وشروط صحتها	٤٥
الفرع الأول: إمكانية التعبير عن الإرادة إلكترونياً	٤٥
الفرع الثاني: شروط صحة الإرادة والتعبير عنها إلكترونياً...	٤٧

الموضوع	الصفحة
المطلب الثالث: الإيجاب والقبول في التعاقد الإلكتروني	٥٤
الفرع الأول: الإيجاب في العقود الإلكتروني	٥٧
الفرع الثاني: القبول في العقود الإلكترونية	٦١
المبحث الثالث: زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني	٦٥
المطلب الأول: التعاقد الإلكتروني تعاقد بين حاضرين أم بين غائبين	٦٦
الفرع الأول: زمان انعقاد العقد الإلكتروني	٦٦
الفرع الثاني: مكان انعقاد العقد الإلكتروني	٦٩
المطلب الثاني: اختلاف القوانين في تحديد زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني	٧٠
الفرع الأول: تحديد زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني في القانون المصري والفرنسي والإنكليزي	٧٢
الفرع الثاني: تحديد زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني في اتفاقية الأمم المتحدة لبيع البضائع الدولي والقانون النموذجي للتجارة الإلكترونية	٨٠
الفرع الثالث: موقف القانون العراقي في تحديد زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني	٨٦
الفصل الثاني: القانون الواجب التطبيق على عقد التجارة الإلكترونية	٩١
المبحث الأول: قواعد الإسناد الأصلية	٩٣
المطلب الأول: قانون الإرادة	٩٤
الفرع الأول: الإرادة الصريحة	١٠٠
الفرع الثاني: الإرادة الضمنية	١٠٤
المطلب الثاني: قيود تطبيق قانون الإرادة	١٠٩

الموضوع	الصفحة
الفرع الأول: قانون الإرادة بين النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية	١١٠
الفرع الثاني: أثر النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية في قانون الإرادة	١١٣
المطلب الثالث: موقف التشريعات المقارنة موضوع البحث	١٢٣
الفرع الأول: في القوانين الوطنية	١٢٤
الفرع الثاني: في الاتفاقيات الدولية	١٢٩
المبحث الثاني: قواعد الإسناد الاحتياطية	١٣٥
المطلب الأول: القواعد المقررة في القوانين الأجنبية والوطنية..	١٣٦
الفرع الأول: في القوانين الأجنبية	١٣٦
الفرع الثاني: قواعد الإسناد الاحتياطية في القانون العراقي	١٤٥
المطلب الثاني: قواعد الإسناد الاحتياطية في الاتفاقيات الدولية	١٤٧
الفرع الأول: قاعدة الإسناد الأساسية (قانون دولة البائع)...	١٤٨
الفرع الثاني: القاعدة الفرعية (قانون دولة المشتري)	١٥١
المبحث الثالث: قواعد الإسناد (الارتباط) في التعاقد الإلكتروني	١٥٢
المطلب الأول: خصوصية عقود التجارة الإلكترونية	١٥٣
المطلب الثاني: قواعد الإسناد في التعاقد على المواقع الشبكية	١٥٦
الفصل الثالث: القانون المطبق في إثبات عقود التجارة الإلكترونية	١٦٧
المبحث الأول: ماهية السندات الإلكترونية	١٦٩
المطلب الأول: التعريف بالسندات الإلكترونية	١٦٩

الموضوع	الصفحة
المطلب الثاني: شروط السندات الإلكترونية	١٧٥
الفرع الأول: الكتابة الإلكترونية (الكتابة في ظل الثورة التكنولوجية)	١٧٥
الفرع الثاني: التوقيع الإلكتروني	١٨١
المطلب الثالث: الوسائل التقنية اللازمة لحماية السندات الإلكترونية	١٩٧
الفرع الأول: نظام التشفير	٢٠١
الفرع الثاني: نظام مصادقة الشخص الثالث	٢٠٥
المبحث الثاني: حجية السندات الإلكترونية في الإثبات	٢٠٨
المطلب الأول: حجية السندات الإلكترونية المستخرجة عن طريق الفاكس والتلكس في الإثبات	٢١٠
الفرع الأول: حجية السندات الإلكترونية المستخرجة عن طريق الفاسك في الإثبات	٢١٠
الفرع الثاني: حجية السندات الإلكترونية المستخرجة عن طريق التلكس في الإثبات	٢٢٠
المطلب الثاني: حجية السندات المستخرجة عن طريق الحاسب الآلي والإنترنت في الإثبات	٢٢٧
الفرع الأول: حجية السندات الإلكترونية المستخرجة عن طريق الحاسب الآلي في الإثبات	٢٢٨
الفرع الثاني: حجية السندات الإلكترونية المستخرجة عن طريق الإنترنت في الإثبات	٢٣٦
المبحث الثالث: القانون الواجب التطبيق في إثبات عقود التجارة الإلكترونية	٢٤٢
المطلب الأول: وسائل البيانات الإلكترونية وحواملها في الإثبات في التجارب التشريعية الفرنسية والأمريكية	٢٤٣

الموضوع	الصفحة
الفرع الأول: التجربة التشريعية الفرنسية	٢٤٣
الفرع الثاني: التجربة التشريعية الأمريكية	٢٤٧
المطلب الثاني: قبول الدليل المقدم في إثبات عقد التجارة الإلكتروني وقوته في الإثبات	٢٥١
الخاتمة	٢٥٩
الملخص	٢٦٩
الملاحق	٢٧٣
١ – قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية	٢٧٥
٢ – تعريف بعض المصطلحات المهمة	٢٨٩
المصادر	٢٩٧
الفهرس	٣٢٣

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی