في اي وقت من عرضه بأن يرسل للمرسل اليه اشعاراً يبلغه فيه ان الرسالة لم تصدرعنه . ان هذا غير ممكن اذا ثبت ان الرسالة صادرة بالفعل عن المنشئ ففي هذه الحالة لايمكن التخلص من اثر الرسالة الالزامي .

الايجاب والقبول في التعاقد الالكتروني

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

الاعلان عن طريق الانترنيت :

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

ان العقود لاتبرم في البيوع الدولية عادة بايجاب وقبول فوريين وانما تسبقها مرحلة تمهيدية تبدأ بدعوة يوجهها احد المتعاقدين الى الاخر للدخول معه في مفاوضات بشأن الصفقة لذلك ان معظم الوثائق القانونية تضع التزاماً على عاتق الموجب تلزمه بأن تكون بيانات العرض المطروح على صفحات المواقع الشبكية كافية بذاتها للكشف عن طبيعته من ناحية وصحيحة وواضحة بحيث يستطيع المستهلكون قراءتها والتعامل معها على حسب طبيعتها من ناحية اخرى.

ان الايجاب يجب ان يكون جازماً ومحدداً وواضحاً ولا يشوبه غموض بحيث يكفي قبوله لانعقاد العقد .

الايجاب في العقود الالكترونية

لم تورد معظم التشريعات الوطنية الخاصة تعريفاً محدداً للايجاب في عقود التجارة الالكترونية وهناك تعريفات من قبل الفقه حيث يعرف الايجاب بأنه (التعبير البات عن ارادة شخص يتجه به الى شخص اخر يعرض عليه التعاقد بأسس وشروط معينة).

فاذا كان الايجاب قد وجه الى شخص معين او اشخاص معينين ترتب عليه الاثر ، والسبب هو تعيين الشخص المقصود بالايجاب ، ولكن اذا تم توجيه الاعلان عن السلعة او البضاعة الى الناس كافة فهذا العرض لا يعد ايجاباً وانما دعوة للتفاوض لانه يقصد بعمله هذا التعريف والترويج لتلك البضاعة . ويعتبر الايجاب الارادة الاولى التي تظهر في العقد

ويمتاز الايجاب بناحيتين هما :

١- ان يكون باتاً ، اي ان يكون صادراً عن نية باتة في التعاقد .

٢- ان يكون متضمناً لجميع العناصر الاساسية للعقد المراد ابرامه بحيث يتم العقد بمجرد ان يقترن به قبول مطابق له .

وليس هناك خلاف بين الإيجاب التقليدي وبين الإيجاب الإلكتروني إلا في الوسيلة المستخدمة للتعبير عن الإرادة ؛ فلفظة إلكتروني إذا ما أضيفت إلى الإيجاب فلا تنال من أصله المتمثل في المعنى المراد منه وفقا للنظرية التقليدية في الالتزامات وقانون العقد ، فالمسألة مجرد وصف لا أكثر بسبب اختلاف وسيلة التعبير عن الإرادة في عصر رقمي قوامه إلكترونيات تتجسد في وسائل الاتصال الحديثة عن طريق النقر على الحاسب الإلكتروني ليظهر التعبير عن الإرادة على شاشة هذا الحاسب.

وعُرف الإيجاب حسب التوجه الأوربي لحماية المستهلكين في العقود المبرمة عن بعد لعام ١٩٩٧ بأنه" كل اتصال عن بعد يتضمن كل العناصر اللازمة بحيث يستطيع المرسل إليه أن يقبل التعاقد مباشرة، ويستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان.

ويتضح من هذا التعريف وجوب وضوح الرؤية في السوق الإلكترونية بقيام الموجب ببيان كل العناصر اللازمة لإيجابه، حتى يكون القابل على بينة من أمره، عند إصداره القبول بعد التيقن من صحة الإيجاب الصادر من الموجب . والإيجاب عبر الإنترنت له صور متعددة، فإما أن يكون عبر البريد الإلكتروني ، وإما عبر صفحات الوب، والإيجاب الإلكتروني قد يكون موجهاً إلى شخص بالذات أو موجهاً للعامة.

وفي القواعد العامة الإيجاب الموجه إلى شخص معين بالذات عبر الشبكة غير ملزم للموجب، إلا إذا حدد الأخير مدة معينة للإيجاب، فهو ملزم بالإيجاب طوال هذه المدة، والإيجاب غير الملزم يمكن أن يتم به العقد متى كان هذا الايجاب مستوفياً لجميع شروطه، أي محدداً وجازماً وباتاً .

فالإيجاب عبر البريد الإلكتروني يكون لأشخاص محددين، يرى التاجر إمكانية اهتمامهم أكثر من العامة، وتبدأ الفعالية للإيجاب بمجرد علم الموجه إليه هذا الإيجاب، وذلك بعد فتح بريده الإلكتروني، فإما أن يرفض وإما يقبل هذا الإيجاب .لهذا يجب أن يتسم الإيجاب عبر البريد الإلكتروني بالدقة، والوضوح اللازمين.

وأما الإيجاب بوساطة صفحات الويب، فإنه يقدم عرضاً لمنتجات معينة، دون تحديد لشخص معين، فهنا يستطيع أي شخص يستخدم الشبكة التعاقد من خلال

الوب بإرسال المعلومات الشخصية، والبيانات المصرفية التي تحقق الوفاء، ولكنه قد يشتمل على نسبة مخاطر أعلى من تلك التي تتم عبر البريد الإلكتروني.

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

هذا ويسقط الايجاب في حالتين :

الاولى: ان يرفض القابل هذا الايجاب

الثانية : ان تنقضي المدة التي يلزم خلالها الايجاب .

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

١- ان يعدل عنه الموجب قبل انفضاض المجلس.

٢- ان يصدر من احد المتعاقدين في المجلس قول او فعل يدل على الاعراض عنه.

٣- ان ينفض المجلس دون ان يقترن الايجاب بالقبول ولاعبره بالقبول بعد العدول او الاعراض او انفضاض المجلس.

القبول في العقود الالكترونية

القبول بصورة عامة هو موافقة القابل على الايجاب المعروض عليه من قبل الموجب وهذا القبول قد يكون شفهياً او كتابياً او سلوكياً ، وفي جميع الاحوال يجب ان يكون القبول مطلقاً ومطابقاً تماماً لشروط الموجب . والقبول الإلكتروني يتم عادة عن طريق الضغط على الأيقونة المخصصة للموافقة، أو

على الحاسب الآلي، ويمكن أن يتم بواسطة طرق أخرى، مثل غرف المحادثة، أو البريد الإلكتروني أو هاتف الإنترنت.

وهناك احتمال أن يكون الضغط على أيقونة القبول سهوا، أو خطأ من غير قصد، ولمعالجة ذلك هناك برامج إلكترونية تتطلب بعض الإجراءات عند عرضها التعاقد؛ كي تؤكد القبول، وتتيقن من صحة إجراءاته، مثل تكرار الضغط على أيقونة القبول، أو الرد بالقبول برسالة عن طريق البريد الإلكتروني، أو الإجابة عن بعض الأسئلة التي توجه إلى القابل، أو كتابة بعض البيانات الخاصة، التي تظهر على شاشة جهاز الحاسب الآلي.

والقبول الإلكتروني يتميز ببعض المميزات التي ترجع إلى طبيعته الإلكترونية، التي تختلف بعض الشيء عن القبول العادي، الذي يخضع للقواعد العامة.

فالأصل في القبول أنه يتم صراحة أو ضمنا، لكن القبول الإلكتروني يتم صراحة بسبب صعوبة القبول ضمنا، فهو يتم عن طريق برامج وأجهزة إلكترونية، تعمل بشكل آلي، وهذه الأجهزة لا تستطيع استخلاص إرادة المتعاقدين الضمنية. فالسكوت لا يكفي لإبداء القبول في العقود الإلكترونية، فلا بد أن يصدر تصرف إيجابي من الموجه إليه الإيجاب، يبدي من خلاله رغبته في قبول هذا الإيجاب بطريقة إلكترونية، لينعقد العقد بعد ذلك.

القاعدة ان القابل للعرض لايلتزم بقبوله وان العقد لا ينعقد الا اذا عبر القابل عـن قبوله للشروط الواردة في عـرض الايجاب دون تعديل فاذا ارسل الموجب ايجاباً بواسطة برقية وطلب فيها من القابل ان يكون قبولـه ببرقية فعلـى الموجـه اليـه ان يلتزم بذلك فاذا ارسل القابل قبوله برسالة مسجلة

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

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

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

ومنها المادة (٦) من التوجيه الأوربي، التي منحت الحق للمستهلك في إمكانية الرجوع عن القبول خلال سبعة أيام من دون إلزامه بتقديم أية أسباب لذلك، وتبدأ هذه المدة من تاريخ إبرام العقد، أو منذ إقرار المورد الخطي بالنسبة للخدمات، ومن تاريخ استلام المبيع في حالة السلع والبضائع، وتكون المدة ثلاثة أشهر، إذا لم يتم تزويد المستهلك بالبيانات، والمعلومات المطلوبة.

زمان ومكان انعقاد العقد الالكتروني

يتميز العقد الالكتروني بغياب الحضور المادي للاطراف وقت انشاء العقد، لذلك فأن تحديد زمان انشاء العقـــد له انعكاســات عملية اذ تعد من اهم المسائل القانونية التي يثيرها التعاقد عبر شبكات الاتصال الحديثة لما لها من اثر في تحديد الاختصاص القضائي واخضاع العقد لنظام قانوني معين وخاصة في مجال عقود التجارة الالكترونية لكـــون عقـــودها تـــدخل ضمن طائفة عقود المسافات التي تعقد بين غائبين لايجمعهما مجلس عقد واحد بالمفهوم التقليدي المتعارف عليه.

فأطراف العقد يجتمعون من خلال شبكة الإنترنت، سواء أكان ذلك من خلال المحادثة الكتابية أم التحدث ومشاهدة بعضهم بعضا على الشبكة، مما يعد تعاصراً زمنياً بين أطراف العقد، دون أن يجمعهم مكان واحد.

أولاً : زمان انعقاد العقد الالكتروني

اثيرت في النظرية العامة للعقود مسألة تقليدية تتمثل تحديد زمان ومكان انعقاد العقد، والشائـع في تلك النظرية التفرقـــة في التعاقد فيما اذا كان بين حاضرين او بيـــن غائبين ، ويتمثـــل بالفاصل الزمني بين صـــدور القبول وعلم الموجـــب فاذا لم يكـن هناك فاصل زمني بينهما كان التعاقد بين حاضرين حيث يعلم الموجب بالقبول فور صدوره وبذلك فـان العقـد ينعقـــد بالزمان والمكان الذي يعلم فيهما الموجب بالقبول وينتج العقد اثره اعتبارا من هذا الوقت.

وعلى العكس من ذلك فان التعاقد بيـن غائبين يتميز بوجـــود فاصل زمني بيـــن صدورالقبول وعلم الموجـــب بـه وذلـك لعـدم وجود العاقدين في نفـس المكان .

أ- التعاقد بين حاضرين:

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

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

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

ب- التعاقد بين غائبين

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

وينصرف التعاقد بين غائبين في حال وجود الفترة الزمنية بين علم الموجب بالقبول وقبول القابل ويطلق عليه تعاقد بين غائبين في حال وجود المتعاقدين في مكانين مختلفين أي وجود القابل في مكان والموجب في مكان آخر أي لا يجمعهما مجلس واحد وعندها يقال تعاقد بين غائبين من حيث المكان.

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

وما جرى على الحياة من تطورات من وجود وسائل الاتصال الحديثة والمتمثلة بالشبكة الدولية (الانترنت) جعلت من التعاقد بين الأشخاص في كافة إرجاء الكرة الأرضية، دون حضور مادي لإطراف العقد في مجلس واحد حيث نجد إن المعيار الزمني هنا هو الحاكم في تكييف الطبيعة القانونية للتعاقد في كونه بين حاضرين أو تعاقد بين غائبين.

هذا وقد انقسم الفقه في تحديد مكان القبول ووقته بالنسبة للتعاقد الذي يتم بين غائبين، وظهوراتجاهات عده بهذا الشأن .

١- نظرية إعلان القبول

ومقتضى هذه النظرية أنّ العقد ينعقد في الزمان والمكان اللذين يعلن فيهما القابل قبوله للإيجاب. فيكفي أن يقرأ القابل رسالة بريد الكتروني ، تتضمن إيجابا، ويقول : قبلت دون الحاجة للقيام بأي تصرف آخر ودون الحاجة إلى إعلام الطرف الآخر بذلك القبول بأن يرسل رد على الرسالة.

ومن ميزات هذه النظرية أنها تمتاز بالسرعة في التعامل، وهذا يستجيب لمقتضيات الحياة التجارية .ولكن يؤخذ عليها أنها تتعارض مع رؤية المشرع باعتبار

الإرادة منتجة لآثارها من وقت العلم، فإذا تم تحديد الرسالة التي تتضمن القبول دون إرسالها إلى الموجب، فكيف يعلم الموجب بهذا القبول، فلا تعدو في كونها إرادة منفردة، لا تنتج آثاراً قانونية.

٢- نظرية إرسال القبول

في هذه النظرية ينعقد العقد عند إرسال القابل قبوله ولا يكفي لانعقاد العقد أن يعلن القابل القبول، وإنما يجب أن يرسل هذا القبول إلى الموجب، وبذلك يخرج القبول من حيازة القابل بكتابة رسالة إلكترونية، تتضمن القبول وإرسالها إلى الموجب، فتخرج الرسالة من سيطرة القابل، ولا يستطيع بعد ذلك التراجع عن القبول.

ومن عيوب هذه النظرية أنه قد يحدث خلل في أثناء إرسال الرسالة، يؤدي إلى عدم وصولها إلى الموجب، فيعد الموجب أن القابل رفض الإيجاب الموجه إليه في الوقت الذي يرى فيه القابل أن الموجب أخل بالتزامه، ولم يوف بالعقد، والذي حصل بأن الموجب لم يتسلم الرسالة لأمر خارج عن إرادته، وهو عدم وصولها إليه.

٣- نظرية تسلم القبول

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

ولا فرق بين علم الموجب بهذا القبول، أو عدم علمه، فوصول التقرير إلى القابل بتسلم الرسالة يُعَدّ قرينه على علم الموجب بالقبول . وقد تبنت اتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع عام ١٩٨٠ نظرية تسلم القبول بقولها في المادة ٢٤ منها يعتبر الإيجاب أو الإعلان عن القبول أو أي تعبير آخر عن العقد قد وصل إلى

المخاطب عند إبلاغه شفويا أو تسليمه إليه شخصيا بأي وسيلة أخرى أو تسليمه في مكان عمله أو في عنوانه البريدي، أو لدى تسليمه في مكان سكنه المعتمد إذا لم يكن له مكان عمل أو عنوان بريدي.

وقد أخذ قانون اليونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لعام ١٩٩٦ بهذا الاتجاه أيضا في المادة ١٥ منه، ونصّها:

أ .إذا كان المرسل إليه قد عين نظام معلومات لفرض استلام رسائل البيانات، يقع الاستلام:

١- وقت دخول رسالة البيانات نظام المعلومات المعين.

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

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

ويُؤخذ على هذه النظرية عدّها الوصول قرينة على العلم بما تتضمنه رسالة البيانات الإلكترونية، فإذا تم إرسال رسالة بيانات إلكترونية، وأعطى القابل تقريرا بوصولها إلى الموجب، وعند قيام الموجب بفتحها، تبين أنها تحتوي على رموز معينة لا يستطيع فهمها، وقراءة محتوياتها، فهل تعّد هذه الرموز قبولا لها، فالمنطق يقول إنها لا تعّد قبولا، لعدم احتوائها على شيء خاص بالقبول يمكن فهمه.

٤- نظرية العلم بالقبول

تقوم هذه النظرية على علم الموجب بالقبول، فلا يكفي إرسال رسالة ، وإنما على الموجب فتحها، وقراءتها، ومعرفة مطابقتها للإيجاب وهنا ينعقد العقد. وفي هذه النظرية لا يوجد ما يجبر الموجب على فتح الرسالة، وقراءتها والإطلاع على

القبول، طالما أن وصول الرسالة لا يكفي لانعقاد العقد .فهذه النظرية تترك الأمر لحرية الموجب، فمتى أراد قراءة الرسالة انعقد العقد، وإذا لم يقرأ الرسالة لم ينعقد العقد، ففي نظرية إعلان القبول لا يترك الأمر بيد القابل وحده، وأيضا ومن باب أولى في نظرية العلم بالقبول أن لا يترك الأمر للموجب وحده، فهذه النظرية لا تستجيب للمعاملات التي تتم عبر الانترنت.

ولمعرفة ما إذا كان التعاقد عبر الانترنت تعاقد بين حاضرين أو غائبين بمعنى (مجلس العقد حقيقي أم حكمي) لابد من التطرق إلى الصور التي يتم بها هذا التعاقد، سواء كان عن طريق البريد الالكتروني أو من خلال شبكة المواقع (الويب) أو من خلال المحادثة المباشرة مع المشاهدة.

أ- التعاقد عن طريق البريد الالكتروني :

يتميز التعاقد عن طريق البريد الالكتروني بالسرية الفائقة في إرسال واستقبال المعلومات والتعبير عن طريق البريد الالكتروني هو تعبير كتابي من نوع خاص وهو ما يطلق عليه بالتعبير الالكتروني. ويتم ذلك بتوجيه الرسائل الالكترونية أو تبادلها من والى البريد الالكتروني الخاص بكل من المرسل والمرسل إليه فالبريد الالكتروني يسمح بتبادل الرسائل بين مستخدمي شبكة الانترنت. ويتم التعاقد عن طريق البريد الالكتروني بإرسال المورد بريداً الكترونياً بالسلع والخدمات الموجودة لديه ، ويعرضها على المستخدم وبالتالي يكون هناك إيجاب بيع منتج أو تقديم خدمة بعد تبادل وجهات النظر التمهيدية، وبعد اطلاع المستخدم أو المرسل إليه على صندوق بريده الالكتروني وعندما يتصل الايجاب بعلم من وجه إليه. ويستطيع إرسال القبول إلى الموجب فيعقد العقد بعد علم الموجب بالقبول. والتعاقد بهذه الصورة يكون تعاقداً بين غائبين من ناحية المكان والزمان

وهذه الحالة تقترب من حالة التعاقد بالفاكس، لأنه يعتمد على فتح المرسل إليه لبريده الإلكتروني واطلاعه على الرسائل الواردة إليه وعندما يكون قد اطلع على الايجاب الوارد إليه وعندها يكون المرسل غير متحد مع المرسل إليه من ناحية الزمان والمكان.

إما إذا تم الايجاب والقبول في نفس الوقت وكان المتعاقدين على اتصل مباشر دون وجود فترة زمنية فاصلة بين صدور القبول وعلم الموجب له، عندما يكون التعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وبين غائبين من حيث المكان.وهذه الحالة تقترب من حالة التعاقد عبر الهاتف.

ب- التعاقد عبر شبكة المواقع (ويب):

قد يكون التعاقد عن طريق الانترنت عند دخول مستخدم الشبكة على موقع ما على الشبكة يقدم عروض بخصوص سلعة أو خدمة معينة، فيبادر مستخدم الشبكة على وضع اجابتة على العرض. وإما إن ينتظر فترة من الزمن ليتلقى الرد وهنا نكون إمام تعاقد بين غائبين من حيث الزمان والمكان. وإما إن يصل إليه الرد فوراً بعد وضع الإجابة دون وجود فاصل زمني فنكون إمام تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وغائبين من حيث المكان. لذلك فالتعبير عن الإرادة عبر الموقع يكون بالكتابة أو النقر على زر الموافقة فقد يتم التعبير عن الإرادة عن طريق الضغط على زر (موافق) الموجود في لوحة المفاتيح المتصلة بالكمبيوتر لشخص أو بالضغط بالمؤشر (الفأرة) في الجهة المخصصة لذلك في صفة الويب.
إلا إن الضغط أو مجرد الضغط على زر الموافقة أو على العلامة الدالة على الموافقة لايعني دائماً الموافقة حتماً. فغالباً إذ قد يحدث ذلك نتيجة خطأ غير مقصود من القابل لذلك قامت معظم الشركات التجارية بتزويد صفحات الويب ببرنامج

معلوماتي يعبر عن الرغبة الجادة في إبرام التعاقد، كأن يشترط الضغط مرتين على زر الموافقة الموجودة في لوحة المفاتيح أو بث رسالة الكترونية تتضمن القبول أو الرغبة في إتمام التعاقد.

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

ج- التعبير عن الإرادة عن طريق المحادثة:

يكون التعبير بهذه التقنية الحديثة عبر شبكة الانترنت بحيث تجعل كل من المتعاقدين يتحدثون وقد يشاهدون بعضهم البعض في نفس الوقت وبصورة واضحة فيكون التعاقد بين حاضرين من حيث الزمان والمكان عندما يكون هناك مشاهدة بين المرسل والمرسل إليه وان تباعدت أجسادهم لأن هناك نوع من الالتقاء الافتراضي بينهم والذي بدوره يوفر نوع من المناقشات والمفاوضات حول العقد الذي بصدد إبرامه.

إلا انه من الممكن استخدام خدمة الاتصال عن طريق المحادثة لكن بالكتابة فقط دون المشاهدة فعند ذلك إذا لم يكن هناك فاصل زمني بين إرسال الرسالة وعلم الطرف الآخر بها والرد عليها برسالة فورية أو بالاتصال الشفوي فهنا يعتبر تعاقد بين حاضرين زماناً وبين غائبين مكاناً. إما إذا كان هناك فاصل بين إرسال الرسالة والعلم بها والرد عليها فأنه يعتبر تعاقد بين غائبين من حيث الزمان والمكان.

ثانياً : مكان انعقاد العقد الالكتروني

ان تحديد مكان التعاقد عبر شبكات الحواسب الالية مسألة معقدة وذلك لعدة عوامل منها :

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

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

- بفوائد تحديد وقت انعقاد العقد :

١- تحديد وقت ترتيب العقد لاثاره كانتقال ملكية المبيع اذا كان منقولاً معيناً بالذات.

٢- الوقت يفيد في مدى استكمال الارادات العقدية شروط صحتها خصوصاً اهلية التعاقد لدى العاقد وقت انعقاد العقد.

٣- يفيد في حالة تبادل الايجاب والقبول الكترونياً.

اختلاف القوانين في تحديد زمان ومكان انعقاد العقد الالكتروني

بينا ان مكان العقد يعد احد المؤشرات او نقاط الاسناد التي يلجأ اليها في تحديد القانون الواجب التطبيق عليه في حالة تنازع القوانين وهو ما اخذ به القانون المدني العراقي ففي حالة عدم وجود اتفاق على تحديد ذلك القانون او اختلاف موطن طرفي التعاقد .

ومن هذا يتبين ان القاضي المعروض عليه نزاع يتعلق بتعاقد جرى من خلال الحواسيب يتعين عليه لتحديد القانون الواجب التطبيق تحديد مكان

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

تحديد زمان ومكان انعقاد العقد الالكتروني في اتفاقية الامم المتحدة لبيع البضائع الدولي والقانون النوذجي للتجارة الالكترونية

اولاً : تحديد زمان ومكان انعقاد العقد في اتفاقية الامم المتحدة لبيع البضائع الدولي:

ان العقد ينعقد في اللحظة التي يحدث فيها قبول الايجاب اثره وهو (انعقاد العقد) وفي اللحظة التي يصل فيها الى الموجب اعلان يفيد الموافقة على ايجابه ، المقصود بوصول اعلان القبول الى الموجب [نظرية الوصول] ، (ان هذا الاعلان يعد قد وصل الى الموجب اذا ابلغ اليه شفوياً او سلم اليه بأية وسيلة للاتصال شخصياً او في منشأته او في عنوانه البريدي او في محل اقامته المعتادة اذا لم يكن له منشأة او عنوان بريدي) ، وحتى لو لم يعلم بها (نظرية العلم).

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

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

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

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

الاول: حيث يعيـــن المرسل اليه نظام معلومات لتلقي الرسائل ففـــي هـــذه الحالة يتحدد وقت الاستلام (التلقي) بوقـــت دخـول الرسالة موقع نظام المعلومات المعين .

الثاني: اذا لم يعيـــن المرسل اليه نظام معلومات لتلقي الرسالة ففي هـــذه الحالة يتحـــدد وقت استلامها بوقـــت دخولها نظـــام معلومات تابع للمرسل اليه.

واذا لم يتفق المنشئ والمرسل اليه على القانون الواجب تطبيقه (ان مكان الرسالة يتحدد بالمكان الذي يقع فيه موطن اعمال المنشئ في حين ان مكان استلامها هو موطن اعمال المرسل اليه).

كما اهتم القانون النموذجي بمواجهة حالة تعدد موطن اعمال طرفي الرسالة فنص على ان المقصود بمقر العمل فـــي حالـــة تعدده (هو الذي يكون له علاقة اوثق بالمعاملة المعنية او مقر العمل الرئيس ، فاذا لم يوجـــد مقر لطرفي الرسالة فالعبـــرة بمحل الاقامة المعتاد).

موقف القانون العراقي في تحديد زمان ومكان انعقاد العقد الالكتروني

لغرض بيان موقف المشرع العراقي حول زمان ومكان العقـــود المبرمة بالوسائل الالكترونية نبين ملجـــاء بالقانون المدنـــي العراقي الذي لاتتعارض احكامه العامة مع القانون النموذجي . وقد عالجت المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي الواجـــب التطبيق على الالتزامات التعاقدية اذ بناءاً على هذا النص يتعين تحديد الدولة التي فيها العقد بناءً على القانون النموذجي والقوانين الوطنية ، فاذا ارسل تاجر عراقي عرضاً الى تاجر اجنبي عبر البريد الالكتروني او الفاكس لبيعه بضاعة اي ان التاجر العراقي هـــو الموجب ومرسل رسالة البيانات

وتسلـــم التاجر العراقـي رسالة بيانات بالقبول بالبريـد الالكتروني او الفاكس ايضاً فان العقد يعتبر قد ابرم لحظة تسلم التاجر العراقي قبول التاجر الاجنبي وان العقـــد يعتبر عقـداً في العراق ويخضع للقانون العراقي، مالم يتفق المتعاقدان على خلاف ذلك وبالعكس . ان اي عقد ينعقد في العراق فان القضاء العراقي يختص بالنظر في المنازعات الناجمة عنه وبالعكس .

القانون الواجب التطبيق على عقد التجارة الالكترونية

قواعد الاسناد الاصلية

استقرت في معظم بلدان العالم فقها وقضاءً قاعـة خضوع العقـــد لقانـــون الارادة ، اي خضوعـه للقانـون الذي يختـاره الاطراف المتعاقدة ، وقد اخذت بها العديد من التشريعات في الدول بوضعها قاعدة الاسناد الاصلية الاولى، فيما يتعلق بالعقد من الناحية الموضوعية ، وتستند قواعد التنازع في تحديد القانون الواجب التطبيـــق على العقد ، وفي حالـــة غياب الاتفاق الصريح او الضمني بين اطرافه فان القاضي يحـدد القانون الواجـــب التطبيق وذلـــك من خلال بذل جهد كبيـــر للبحث عـــن مؤشرات تساعد في تركيز العقد في مكان محدد مثل مكان ابرامه او مكان تنفيذه ومن المستساغ ان ينظر القاضي الى لغـــة العقد او جنسية المتعاقدين او موطنهما بوصفها عوامل او مؤشرات تساعد على تحديد القانون الواجب التطبيق .

قانون الارادة

تتفق غالبية القوانين في الوقت الحاضر على قاعدة خضوع العقد ذي العنصر الاجنبي اساساً لقانون الارادة وقد علل احـد الفقهاء قاعدة خضوع العقد لقانون بلد الابرام بفكرة الرضا الضمني لطرفي العقـــد لتطبيق هذا القانون.

وازدهـــرت قاعـــدة خضوع العقد لقانون الارادة في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر تعبيراً عـــن الحرية التعاقدية وتطبيقاً لمبدأ سلطـــان الارادة الذي يتكون من عنصرين اساسيين هما :

١- كفاية الارادة لانشاء التصرف القانوني

٢- قدرة الارادة على تعيين اثار التصرف القانوني

الا ان هذا المبدأ ورد عليه فيما بعد في اوائـل القرن العشرين عـــدة قيود اسهمت فـــي تعيين حدوده وذلك بفعـــل الاتجاهات الاجتماعية والاشتراكية وتدخل الدولة في مجالات عديدة وتبعاً لذلك خضع قانـــون (خضوع العقـــد لقانون الارادة لبعض القيود لكنها مازالت القاعدة التقليدية).

١- الارادة الصريحة

تقر معظم الانظمة القانونية مبدأ حرية الاطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهـــم فاذا تبيـن ان طرفي العقـــد الاولي وقع اختيارهما صراحة على قانون معين ليحكم العقد المبرم بينهما فان ذلك يتفـق مع قاعدة الاسناد والمجمـــع عليها عموماً في الفقه والقضاء هي خضوع العقـد او الالتزامات التعاقديـــة لقانون ارادة المتعاقدين . اذ يعطي القانـــون للاطراف الحق في اختيار قانون معين لان يحكم عقدهم ، ويحق لهم تعديل هذا الاتفاق قي اي وقت . اذ اصبح من المألوف في عقـــود التجارة الدولية ومن بينها عقد البيع ان يتضمن العقد مادة خاصة تحدد القانون الذي يحكم العقدوهكذا يمكن القـــول ان مبـدأ سلطان الارادة في مجال العقود اصبح معترفاً به عالمياً مع ملاحظة ان هناك عقود ومسائل اخرى تخرج مـــن نطاق هـذا المبدأ ومنها :

١- العقود التي تخص العقار حيث تخضع كقاعدة عامة لقانون موقع العقار .

٢- القواعد الامرة او الناهية المتعلقة بالنظام العام.

٣- تحديد اهلية اطراف العلاقة لانها محكومة بقانون الجنسية.

٤- عقود العلاقات التي ينظمها المشرع لاسباب اقتصادية او اجتماعية مثل علاقات العمل والضمان الاجتماعي .

٥- مسائل الاحوال الشخصية.

٦- عقود التأمين المتعلقة بالعقار والاموال المنقولة التي يحكمها قانون الدولة .

ان سريان قاعدة قانون الارادة على العقود التجارية الدولية التي تتم عبر شبكة المعلومات اياً كان نوعها مثل العقود التي تبرم بين التجار والمستهلكين حيث تسري قاعدة قانون الارادة على العقود التجارية التي تتم الكترونياً، اذ يقر البعض انه يجب ان يتفق الطرفان على القانون المطبق على صفحة الشاشة المستقبلة، والاصل ان يتم الاتفاق على اختيار قانون العقد الاولي لحظة ابرام العقد ، كما يمكن ان يتم ذلك وحتى بعد نشوب النزاع بين اطرافه،ان حرية الارادة في اختيارالقانون الواجب التطبيق على العقد تسري على كل من التجارة العادية والتجارة الالكترونية الا ان هناك خصوصية مميزة للتجارة الالكترونية بالرغم من انها تتساوى مع التجارة العادية من ناحية تبادل السلع والخدمات مقابل مبلغ نقدي اوعيني حيث تشمل التجارة الالكترونية سواء من حيث تكوين العقد او تنفيذه او انجازه على تقنيات نقل حديثة وبهذا يمكن التصور بأن هناك التقاء لارادات عقدية بهدف تكوين عقد من العقود الا ان الاختلاف هنا ان العقد الالكتروني ايجاب صادرعن طرف محله عرض مطروح اما بطرق سمعية او بصرية او كلاهما على شبكة للاتصالات وبقبول صادر بنفس الطريقة لتحقيق ما يرغب به الطرفان في انجازه والمشكلة هنا ان التعاقد يتم

عبـر شبكة المعلومات وبيـن طرفين متباعدين لايعـرف احدهمـا الاخروهذا يمكن ان يؤثـر في النظام القانوني المتعلـق بتكوينها خصوصاً فيما يتعلـق بشروط صحة التعبيرعـن الارادات العقدية .

٢- الارادة الضمنية

ليست هناك مشكلة في التطبيق اذا كان المتعاقدان متفقين على اختيارقانـون معين ليحكم العقـد بصورة صريحة فـي بند او شرط بالعقـد . اما اذا لم يكـن ثمة ارادة صريحة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقـد ولم يمكـن معرفة ذلـك مـن نصوص فأن القاضي او المحكم يبحث عن الارادةالضمنية في نصوص العقـد والظروف المحيطة بـه عـن اتجاه هذه الارادة فأن تعذر عليه ذلك لجأ الى مؤشرات او توطين العقد .

ومـن المؤشرات الدالة على ارادة طرفـي العقد الضمنية :

١- تحريـرالعقد بلغة معينة فهـذا يصلح ان يكون قرينـة دالـة على ان المتعاقدين يريدان اخضاع عقدهما لقانـون الدولة الناطقـة بتلك اللغة.

٢- اختيار المتعاقديـن لعملة دولـة معينـة للوفاء قرينة على اختيـار قانون هـذه الدولة.

٣- اتفاق الطرفيـن على اخضاع المنازعـة في العقد الـى اختصاص محاكم دولة معينة او للتحكيم في هذه الدولة مما يعـد دلالة على رغبة الطرفين الضمنية في تطبيق قانـون هـذه الدولة.

٤- ادماج نصوص قانون معين في العقد او استخدام الاصطلاحات والاشكال القانونية لهذا القانون في تنظيم العقد او كتابته قـد يستفاد منه ، ان ارادة الطرفيـن قد اختارت هذا القانون لحكم العقد الا ان هـذه المؤشـرات يراعى فيها امران :

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

٢- انه متى حدد طرفا العقد صراحة القانون الواجب التطبيق عليه فلا محل للاخذ بمؤشرات اخرى للبحث عن الارادة الضمنية .

داخل صريح

التوقيع الإلكتروني

اولاً :- مفهوم التوقيع الالكتروني

١- التعريف بالتوقيع الالكتروني

من الأمور التي يتخذها الشخص ليميز بها نفسه عن غيره التوقيع. ويتخذ الانسان في مرحلة من حياته توقيع خاص به ثم يدخل عليه تعديلات من حين لاخر حتى يستقر على توقيع محدد يستعمله في اثبات شخصيته. وللتوقيع اهمية تتضح في أمور منها التأكد من هوية الشخص ومنها موافقة الشخص على ما تضمنه المستند وأهمها التأكد من صحة الوثيقة. ولذا فان الجهات الرسمية والقضائية والبنوك لاتعتمد اية وثيقة الا بعد التأكد من أن التوقيع الموجود على الوثيقة مطابق لتوقيع الشخص صاحب الصلاحية في التصرف ، كما أن أي عقد لا يبدا سريانه ألا إذا وقع عليه طرفيه ، فكل وثيقة ليست مذيله بتوقيع لا يعتد بها.

ومع دخول التجارة الالكترونية أصبحت الحاجة ملحة لإيجاد وسيلة سريعة و أمنة ومقبولة تستخدم في توثيق المعاملات الالكترونية غير الوسائل الورقية التي قد تؤخر او تعيق التعاقد بين الإطراف فتم إدخال التوقيع الالكتروني الذي هو وسيلة الكترونية لتوثيق المعاملات التي تتم عن طريق الانترنت يتم من خلالها التأكد من شخصية صاحب التوقيع وموافقته على الالتزام بها ومن صحة الوثيقة التي تم تبادلها بين الأطراف.

فالتوقيع الالكتروني هو ما يوضع على محرر إلكتروني (شريحة إلكترونية) ويتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها ويكون له طابع متميز ومنفرد يسمح بتحديد شخص الموقع ويميزه عن غيره.

وللتوقيع الالكتروني تعريفات متعددة منها ما اورده الفقـــه بشروحاته ومنها ما جاء بالنصوص التشريعية ومن التعريفات الفقهيـــة تلك التي تمت المحاولة من اصحابها للجمع بين التعريف التقني للتوقيع الالكتروني اي الذي يهتم بالوسائل التقنية والتعريف الوظيفي الذي يهتم بالوظائف التي يقوم بها التوقيع الالكتروني ويفضل التوقيع الذي يركز على الجانب الوظيفي اكثر من التعريف الذي يركز على الجانب التقني لان التعريف الوظيفي يقوم على اساس وظائف التوقيع وهي ثابتة على عكس التعريف التقني الذي يعاب عليه بانه لا يمكن حصر صور التوقيع الالكتروني .

وأيضاً تم بيان مفهوم التوقيع الالكتروني المصدق في التوجيه الاوربي حيث اصدر المجلس الاوربي التوجيه الاوربي رقم ٩٣ لسنه ١٩٩٩ الخاص بالتوقيعات الالكترونية ويهدف لتوحيد قوانين الدول الاعضاء في الاتحاد الاوربي بحيث يجب عليهم ادخال القواعد القانونية التي نص عليها ذلك التوجيه بقوانينها ، وهذا يعني اتخاذ الدول الاعضاء الاجراءات اللازمة لإدماج احكام التوجيه بقوانينها الداخلية بمدة ١٨ شهر كحد اقصى من تاريخ نفاذه .

ونصت مادته (١/٥) بانه يجب على الدول الاعضاء ان تعمل على ان يكون التوقيع الالكتروني المتقدم او المعزز والمبني على شهادة تصديق معتمده وتم انشاؤه بأداة آمنه .

ومادته (٩/٢) "هو شهاده الكترونية تربط بين بيانات التحقق من التوقيع وبين شخص معين وتؤكد هوية الموقع .

ومن هنا تظهر الحاجة الى تصديق التوقيع الالكتروني لان دون هذا التصديق لايمكن للمتعاقدين عبر الانترنيت التأكد من هويه المتعاملين معهم بحيث قد يدعي شخص هوية معينة ومن ثم فأن شهادة التصديق على التوقيع الالكتروني تشهد بصحته ونسبته الى من صدر عنه .

٢- **تمييز التوقيع الالكتروني عن التوقيع العادي**

لكي نميز التوقيع الالكتروني عن التوقيع العادي لابد ان نجد الفرق بينهما فالتوقيع العادي هو عبارة عن رسم يقوم به الشخص ، فهو فن وليس علم ولذا يسهل تزويره او تقليده .

اما التوقيع الالكتروني او الرقمي فهو في حدود امن استخدام برنامجه من قبل صاحب البرنامج فهو علم وليس فن وبالتالي يصعب تزويره وان كان هذا لا يفي انه لا يمكن عند اختلال معايير الامن المعلوماتي قد يتم استخدام توقيع الغير الالكتروني .

وتكمن صعوبة (التزوير) في اختيار أجزاء من الوثيقة المرسلة ذاتها ومن ثم تشفير هذه الاجزاء وهو ما يقوم به برنامج الكمبيوتر وليس الشخص ، وتحصين التوقيع الالكتروني بحمايه سرية ككلمه سر او مفتاح تشفير .

وفي التوقيع العادي على الاوراق او المحررات يمكن اقتطاع الوثيقة عن التوقيع الوارد عنها او اقتطاع جزء منها واستبدالـه ، في حين ذلك ليس متاحـاً في الوثيقة الالكترونية الموقعة رقميـاً ، فالتوقيع الرقمي لا يثبت الشخص موقع الوثيقة فقط بل يثبت بشكل محدد الوثيقة محل هذا التوقيع ، حيث انها مسألة أشبهه بنموذج التثقيب الذي يستخدم لمعرفه صحة الاجابات النموذجية في امتحانات الخيارات المتعددة .اذ إنك تضع الكرت المثقب على الاجابة فتحدد فوراً الصواب والخطأ ، وهنا يتعين ان ينطبق النموذج (التوقيع) على الرسالة فإذا تخلف ذلك كان هناك تلاعب بالمحتوى ، ومن هنا يفضل التوقيع الالكتروني عن التوقيع العادي .