التعاقد بين حاضرين وخصوصيته في عقود التجارة الالكترونية
(دراسة قانونية تحليلية مقارنة)*

محمد جمال محمد طاهر
مدرس القانون التجاري المساعد
كلية الحقوق / جامعة الموصل

المستخلص:

لم يكن اختيار هذا الموضوع من الترف الفكري بل كانت هناك أسباب عديدة دعتنا إلى اختياره، وتتركز إشكالية البحث حول التباين في موقف الفقه الإسلامي والتشريع العراقي بخصوص بعض المسائل التي تخص هذا الموضوع، فضلاً عن عدم وضوح الطبيعة الخاصة للتعاقد بين حاضرين (مجلس العقد) في عقود التجارة الإلكترونية، فضلا عن الإشكاليات الناتجة عن الخصوصية التي تتمتع بها مثل هذه العقود. وتقوم فرضية البحث على أساس: هل أن هذه العقود تعدّ من التعاقد بين حاضرين أم أنها تعدّ من التعاقد بين غائبين، خاصةً وأن المشرّع العراقي لم يعالج هذه المسألة، ويتطلب هذا الأمر منا مقارنتها وقياسها بالتعاقد التقليدي لإقتراح الطبيعة الخاصة بها بالنظر للطريقة التي تتم بها ومن ثم حثّ المشرع العراقي على النص على هذه الطبيعة الخاصة لما إستجد من تطور ولتدارك النقص التشريعي في مجال عقود التجارة الإلكترونية. ويهدف هذا البحث إلى إبراز الدور الذي يؤديه مجلس العقد ولاسيما التعاقد بين حاضرين في عقود التجارة الإلكترونية، هذا فضلاً عن أن البحث يهدف إلى التوصل إلى المعيار الذي يمكن الإهتداء به لتحديد ما يعدّ تعاقداً بين حاضرين وما يعدّ تعاقداً بين غائبين فيما يخص عقود التجارة الإلكترونية. وتبيان المشاكل التي يثيرها مثل هذا التعاقد وكيفية حلها. وتوصلنا إلى أن هذا التعاقد قد يتخذ شكل التعاقد بين حاضرين إذا كان

(*) **استلم البحث في ٢٠١١/١٠/٢٣ *** وقبل للنشر في ٢٠١١/١١/٣**

المتعاقدان على إتصالٍ مباشرٍ أو تعاقداً بين غائبين إذا لم يكونا على إتصالٍ مباشرٍ كما هي الحال في التعاقد عبر البريد الالكتروني.

Abstract:

The choice of this subject, such as the luxury of intellectual, but there were several reasons we've gone to his choice, and focus the problem of research on the variation in the position of Islamic theology and Iraqi legislation on certain issues pertaining to the subject, as well as the lack of clarity of the specific nature of the contract between the present (Council of the contract) in contracts of e-commerce, is added to the problems resulting from the privacy enjoyed by such contracts. The hypothesis-based research on: Is that the contracts are such as the contract between the present or whether it is of such contracts between absent, especially since the Iraqi legislature did not address this issue, and this requires us to compare and measure contract traditional to suggest the special nature of the consideration for the way that are and then urged the Iraqi legislature to provide for the special nature and that an update of the development and to remedy deficiencies in the legislative field of e-commerce contracts. This research aims to highlight the role played by the contract and in particular the agreement between present at the contracts of e-commerce, not to mention that the research aims to reach a standard that can be guided by it to determine what is a contract between present and what is a contract between absent with respect to contracts of e-commerce. And illustrate the problems raised by such a contract and how to solve them. And we determined that this contract may take the form of contract between the contracting parties were present if the

direct contact or contract between absent if they are not in direct contact as in the contract via e-mail.

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على رسولنا الكريم محمد وعلى آله وأصحابه أجمعين وبعد:-

أولاً/ مدخل تعريفي بموضوع البحث

أمام واقع عصر التقنية الذي نما فيه إستخدام وسائل التقنية المختلفة وتزايد الاقتناع بإعتمادها نمطاً لتنفيذ الأعمال ومرتكزاً للتطور، وفي ظل متطلبات التجارة الدولية المتمثلة بتحرير التجارة ودخول الشركات الأجنبية إلى الأسواق العربية كمنافس حقيقي، ونظراً لما توفره التجارة الإلكترونية من تسهيل عمليات التنافس" فإن تجاهلها يعدُّ مغالاةً في المحافظة على الأنماط التقليدية التي يرى الكثيرون أنها لن تصمد طويلاً، فالأنماط التقليدية للتجارة وإن كانت لا تزال هي القائمة، فان آليات تنفيذها تحولت شيئاً فشيئاً نحو إستخدام الوسائل الإلكترونية، فالتُجّار على سبيل المثال وإن كانوا لا يزالون يعتمدون الوسائل العادية في الغالب في إبرام العقود إلا أنهم يعتمدون على منظومة من التقنيات التي تحل فيها التكنولوجيا يوماً بعد يوم في كافة نواحي النشاط التجاري" فعمليات البيع والشراء في الوقت الحاضر وإن كانت تتم بالوسائل العادية غالباً إلا أن للوسائل الإلكترونية دوراً مهماً في تنفيذها، مما يجعل تجاهل التجارة الالكترونية عائقاً أمام التعامل مع الواقع الذي نعيشه.

وقد تزايد أثر التقنية في الأنشطة الإقتصادية والإجتماعية والإدارية والسياسية والأمنية إلى المدى الذي يصعب معه تصور نماء المجتمع والدولة دون الإعتماد على التقنية، وقد إمتد تأثير التقنية إلى قواعد النظام القانوني بسبب ما نشأ عن التقنية من آثار في طبيعة وشكل التصرفات القانونية والحقوق محل الحماية في ميدان التصرفات والأعمال الإلكترونية ضمن نطاق التجارة الإلكترونية.

من هنا كانت أهمية هذا البحث والدراسات الأخرى في ميدان العلاقة المتبادلة بين التقنية والأنظمة القانونية.

لقد انتشر في الوقت الحاضر وبسبب التطورات الكبيرة في عالم الاتصالات أسلوب جديد للتعاقد ألا وهو التعاقد الإلكتروني وذلك لما يوفره هذا الأسلوب من سهولة الاتصال بين الطرفين وغيرها من المزايا. ولا ينبغي لمن يتحدث عن عقود التجارة الإلكترونية أن يتعب نفسه في كتابة مطول حقيقي للعقود يتناول فيه إنعقاد جميع هذه العقود عبر الإنترنيت، إذ لن يكون لذلك سوى فائدة محدودة، إلا أن ما ينبغي أن نتناوله هنا هو بعض أوجه الخصوصية التي يتعين على أطراف العقد أخذها في الإعتبار عند إبرام مثل هذه العقود فعقود التجارة الإلكترونية تخضع بصورة عامة لأحكام القواعد القانونية العامة مع مراعاة الخصوصية التي تتمتع بها هذه العقود والتي تكون في الغالب بحاجة لقواعد خاصة تعالج هذه الخصوصية.

ثانياً/ مشكلة البحث

لم يكن اختيار هذا الموضوع من الترف الفكري بل كانت هناك أسباب عديدة دعتنا إلى اختياره، وتتركز إشكالية البحث حول التباين في موقف الفقه الإسلامي والتشريع العراقي بخصوص بعض المسائل التي تخص هذا الموضوع، فضلاً عن عدم وضوح الطبيعة الخاصة للتعاقد بين حاضرين (مجلس العقد) في عقود التجارة الإلكترونية، فضلا عن الإشكاليات الناتجة عن الخصوصية التي تتمتع بها مثل هذه العقود.

ثالثاً/ فرضية البحث

تقوم فرضية البحث على أساس خصوصية التعاقد بين حاضرين (مجلس العقد) في عقود التجارة الإلكترونية، وهل أن هذه العقود تعدّ من التعاقد بين حاضرين أم أنها تعدّ من التعاقد بين غائبين، ولاسيما وأن المشرّع العراقي لم يعالج هذه المسألة، ويتطلب هذا الأمر منا مقارنتها وقياسها بالتعاقد التقليدي لإقتراح الطبيعة الخاصة بها للطريقة التي تتم بها ومن ثم حثّ المشرع العراقي على النص على هذه الطبيعة الخاصة لما إستجد من تطور النقص التشريعي وتداركه في مجال عقود التجارة الإلكترونية.

رابعاً/ هدف البحث

يهدف هذا البحث إلى إبراز الدور الذي يؤديه مجلس العقد ولاسيما التعاقد بين حاضرين في عقود التجارة الإلكترونية، هذا فضلاً عن أن البحث يهدف إلى الإجابة عن بعض التساؤلات التي يمكن إجمالها فيما يأتي:-

١. ما هو موقف الفقه الإسلامي والقانون العراقي من التعاقد بين حاضرين وما الذي يمكن ملاحظته على موقفهما من هذه المسألة ومن مسألة عقود التجارة الإلكترونية.
٢. بالنظر للطبيعة الخاصة لعقود التجارة الإلكترونية والطريقة التي تتم بها ما هو المعيار الذي يمكن الإهتداء به لتحديد ما يعدّ تعاقداً بين حاضرين وما يعدّ تعاقداً بين غائبين فيما يخص عقود التجارة الإلكترونية.

خامساً/ منهج البحث

لتشعب المسائل التي يتطرق لها موضوع البحث، فقد اعتمدنا على مناهج علمية عديدة تتكامل فيما بينها بقصد الوصول إلى مادة البحث ومحاولة الإلمام بدقائقها وتفصيلاتها والإجابة عن التساؤلات المطروحة. ولتحقيق هذه الغاية فقد اتبعنا المنهج التحليلي والمقارن.

١. **المنهج التحليلي**: وقد اعتمدنا هذا المنهج من لاستعراض الآراء المتعلقة بموضوع البحث وتحليلها والمقارنة بينها وترجيح احدها على الآخر مع بيان الأسباب والمسوغات التي دفعتنا إلى ذلك.
٢. **المنهج المقارن**: إذ أن يبرز لتباين في موقف الفقه الإسلامي والتشريع العراقي بخصوص بعض المسائل التي تخص مجلس العقد وقد حتم علينا هذا التباين البحث في موقف الفقه الإسلامي والقانون العراقي وإجراء المقارنة بينهما للتعرف على موقفهما وصولاً إلى أفضل الحلول التشريعية لمعالجة الإشكاليات التي يطرحها التعاقد في عقود التجارة الإلكترونية.

سادساً/ هيكلية البحث

تناولنا موضوع البحث على وفق الهيكلية الآتية:-

المبحث الأول/ التعريف بمجلس العقد.

المطلب الأول:- مجلس العقد في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني:- مجلس العقد في القانون.

المبحث الثاني/ تعريف التجارة الإلكترونية وعقد التجارة الإلكترونية ووسائل إبرامه.

المطلب الأول:- تعريف التجارة الإلكترونية وعقد التجارة الإلكترونية.

المطلب الثاني:- وسائل إبرام عقود التجارة الإلكترونية.

المبحث الثالث/ مكونات مجلس العقد في عقود التجارة الإلكترونية والإشكاليات التي تطرحها.

المطلب الأول:- مكونات مجلس العقد في عقود التجارة الإلكترونية.

الفرع الأول: الإيجاب في عقود التجارة الإلكترونية (الإيجاب الإلكتروني).

الفرع الثاني: القبول في عقود التجارة الإلكترونية (القبول الإلكتروني).

المطلب الثاني:- أهم الإشكاليات التي تطرحها خصوصية عقود التجارة الإلكترونية.

المبحث الرابع/ إنعقاد مجلس العقد في عقود التجارة الإلكترونية والطبيعة القانونية له.

المطلب الأول:- العقود التي تتم عن طريق (صفحات الويب، وغرف وبرامج المحادثة، والتلفاز، وهواتف الإنترنيت) وطبيعتها القانونية.

المطلب الثاني:- العقود التي تتم عن طريق (البريد الإلكتروني) وطبيعتها القانونية.

المطلب الثالث:- موقف الفقه الإسلامي من التعاقد بالوسائل الإلكترونية.

الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي من العقود التي تتم باللفظ كعقود (غرف وبرامج المحادثة، والتلفاز، وهواتف الإنترنيت).

الفرع الثاني: موقف الفقه الإسلامي من العقود التي تتم بالكتابة كعقود (صفحات الويب، البريد الإلكتروني).

الخاتمة/ وتتضمن جملة من النتائج التي توصلنا إليها فضلاً عن توصياتنا.

المبحث الأول

التعريف بمجلس العقد

يعد مصطلح مجلس العقد هو في الأصل إصطلاحا فقهيا وليس قانونيا إذ إهتم بتنظيمه وبيان أحكامه الفقهاء المسلمون، إلا أن بعض القوانين الوضعية ومنها القانون المدني العراقي إقتبسوا هذا المصطلح ونظموه بمواد قانونية مسايرين في ذلك ما هو ثابت في الفقه الإسلامي. ولأجل التعريف بهذا المصطلح وفهمه كان لا بد من ان نقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في الأول مجلس العقد في الفقه الإسلامي، ونتناول في الثاني مجلس العقد في القانون.

المطلب الأول

مجلس العقد في الفقه الإسلامي

مجلس العقد هو اصطلاح فقهي وشرعي وليس قانونيا فقد عنى الفقهاء المسلمون عناية كبيرة بمجلس العقد وتشددوا في شروطه ويعرف مجلس العقد في الفقه الإسلامي بأنه اجتماع العاقدين في المكان والزمان وانصرافهما إلى التعاقد بحيث لا يشغلهما عنه شاغل آخر.[١]

ويبدأ مجلس العقد بتقديم الإيجاب وينتهي إما بقبول الإيجاب وإنعقاد العقد أو ببطلان الإيجاب وسقوطه ويكون ذلك في حالات عديدة هي:[٢]

(١) د.بدران أبو العينين بدران، الشريعة الإسلامية (تاريخها ونظرية الملكية والعقود)، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، بدون تاريخ نشر، ص٣٧٣.

(٢) لمزيد من التفصيل حول هذه الحالات ينظر د.بدران أبو العينين بدران، المصدر السابق، ص٣٧٥ وما بعدها. د.أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، شركة الطباعة الفنية المتحدة، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، بدون تاريخ نشر، ص١٥٤ وما بعدها.

١. رجوع الموجب عن الإيجاب قبل قبول الطرف الآخر سواء كان ذلك صراحة أو ضمناً (دلالة)، ففي هذه الحالة لا ينعقد العقد إذا صدر القبول بعد الرجوع عن الإيجاب وهذا رأي الجمهور وبعض المالكية، وذهب أكثر المالكية إلى ان الموجب لا يملك الرجوع عن إيجابه ويبقى الإيجاب قائماً ممن أصدره حتى يقابله إعراض عنه من الطرف الآخر أو ينتهي المجلس، ما لم يكن محدداً له مدة أكثر منه يقبل فيها العقد أو يرفضه، وعلى هذا إذا رجع الموجب عن إيجابه قبل صدور القبول من الطرف الآخر ثم صدر القبول بعد الرجوع تم العقد.

٢. فقد الموجب لأهليته قبل القبول، فإذا صدر الإيجاب من احد العاقدين وهو أهل للتعاقد ثم قبل القبول أو الإعراض فقد الموجب أهليته للتعاقد بان مات أو عرض له جنون فان إيجابه يبطل حينئذ حتى إذا صدر القبول من الطرف الآخر بعد ذلك لا ينعقد العقد لان العقد لا يتم إلا بارتباط الإيجاب والقبول وبفقد الموجب لأهليته صار الإيجاب الصادر منه كأن لم يكن فإذا جاء القبول من الطرف الآخر لا يكون هناك إيجاب يرتبط به، وتجدر الإشارة إلى أن هذا الحكم يتفق مع الرأي القائل أن للموجب أن يرجع عن إيجابه قبل قبول الطرف الآخر لكن لا يستقيم مع الرأي الآخر الذي لا يجيز له الرجوع وهم المالكية.

٣. رفض الإيجاب ممن وجه إليه صراحة أو ضمناً بإعراضه عنه لأنه موجه إليه ليقبله أو يرفضه فإذا رفضه بصريح العبارة أو اعرض عنه كان إبطالاً له.

٤. هلاك المعقود عليه المعين بالإشارة ونحوها بعد صدور الإيجاب وقبل القبول فضلا عن تغير المعقود عليه تغيراً يصيره شيئاً آخر.

٥. انتهاء مجلس العقد باتفاق المتعاقدين على عدم انعقاد العقد أو بافتراق الطرفين أو إعراض احدهما لان الإيجاب يعد موجودا ما دام المجلس قائماً فلما انتهى زال ذلك الاعتبار. وقد يكون الإنهاء المبطل من الموجب إذا أتى بشيء ينهي المجلس وقد يكون من الموجه إليه الإيجاب بالإعراض ونحوه كما قدمنا.

وقد اشترط جمهور الفقهاء لكي يكون القبول متلاقياً مع الإيجاب مبنياً عليه ثلاثة شروط هي:

أولها: أن يكونا في مجلس واحد، وثانيها: ألا يصدر من العاقد الثاني ما يدل على إعراضه بان يفصل بينهما بكلام أجنبي لا صلة له بموضوع العقد، وثالثها: ألا يرجع الموجب عن إيجابه قبل قبول القابل.(١)

فيشترط لاتصال القبول بالإيجاب ان يصدرا في مجلس واحد أما إذا صدر الإيجاب في مجلس والقبول في مجلس آخر فان العقد لا ينعقد لعدم اتحاد المجلس إذ انه لا اتصال بين الإيجاب والقبول مع تعدد المجالس إذ يسقط الإيجاب بانتهاء المجلس ويبطل.

ويطرح هنا سؤال مفاده إذا كان يشترط في المجلس أن يكون جامعاً للإيجاب والقبول فهل تعد الفورية شرطاً في القبول أم لا؟ ذهب الشافعية إلى ان الفورية شرط فإذا لم يصدر القبول عقب الإيجاب فوراً بل امتد إلى آخر المجلس لم ينعقد العقد لان الموجب يطلب جواباً من القابل فيجب لكي يتلاقى معه ان يصدر هذا القبول عقب الإيجاب مباشرة.

فإذا صدر القبول فور الإيجاب انعقد العقد وثبت للعاقد موجباً أو قابلاً خيار الفسخ ما دام في المجلس حتى لا يضار في فورية إظهار الرأي. وذهب الحنفية إلى ان الفورية ليست شرطاً فالقبول يكون صحيحاً ما دام يصدر في مجلس العقد لان القابل يحتاج بعد الإيجاب إلى فترة يختار فيها بين القبول أو الرفض حتى لا يندم أو يلحقه ضرر لتسرعه وتمتد هذه الفترة ما دام المجلس قائماً للحاجة إلى التفكير والتروي تحقيقاً لليسر.(٢)

ويذكر ان الحنفية لا يأخذون بخيار الفسخ (المجلس) وخيار المجلس معناه ان يكون للعاقدين كليهما ما دام العاقدان لم يتفرقا بالأبدان فحق الفسخ ثابت لكل من العاقدين ما دام المجلس قائماً لم ينفض فإذا تفرّق المجلس وتباعدت الأبدان سقط حق الفسخ بهذا السبب، وهذا الحق موضع خلاف بين الأئمة في ثبوته فالشافعي واحمد بن حنبل (رحمهم الله تعالى) قد أثبتا خيار المجلس وجعلا لكل واحد من العاقدين الحق في الفسخ ما دام المجلس قائماً فإذا

(١) الإمام محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الاتحاد العربي للطباعة، دار الفكر العربي، بدون مكان نشر، ١٩٧٧، ص٢٠٤.

(٢) د.أحمد فراج حسين، مصدر سابق، ص١٦٢-١٦٣.

تفرق المجلس لم يثبت غير إنهما لم يثبتا ذلك الخيار في العقود كلها بل في بعضها فقط، لان العقود تنقسم إلى ثلاثة أقسام:[١]

القسم الأول: عقود غير لازمة من الجانبين كالعارية، أو لازمة من جانب وغير لازمة من جانب آخر كالرهن، وهذه لا يدخلها خيار المجلس لان فسخها جائز من الوجوه كلها أو في الجملة من غير حاجة إلى خيار مجلس أو غيره

القسم الثاني: عقود لازمة غير قابلة للفسخ من الجانبين أو من جانب واحد كالنكاح، وهذه لا يدخلها ايضا خيار المجلس لان آثارها لا تنفصل عن أسبابها

القسم الثالث: العقود اللازمة القابلة للفسخ ويشمل هذا القسم كل عقود المعاوضات اللازمة كالبيع بكل أنواعه، وهذه يثبت فيها خيار المجلس عند الشافعي واحمد بن حنبل (رحمهم الله تعالى) للتروي في شأنها وليكون الرضا بها كاملاً ولذا يعد خيار المجلس لتمام الرضا وتقريره وتثبيته وهذا منطقي لأنهم إشترطوا أن يكون القبول فور الإيجاب لذا جعل زمن التروية للعاقدين إلى آخر المجلس. أما أبو حنيفة وأصحابه ومالك (رحمهم الله تعالى) فقد منعوا خيار المجلس في العقود كلها سواء أكانت لازمة أم غير لازمة، مع ملاحظة أنهم لا يشترطون الفورية في القبول.

لذا أصبح الفرق بين المذهب الشافعي والمذهب الحنفي محدود المدى من الناحية العملية. فالحنفية يقولون ان الموجب له يستطيع ان يؤخر قبوله إلى ما قبل انفضاض المجلس والشافعية يقولون بل يجب ان يقبل فوراً ولكنه يستطيع الرجوع في قبوله إلى ما قبل انفضاض المجلس. ولا نجاري المذهب الحنفي في تصويره لمجلس العقد تصويراً مادياً ضيقاً يخرج به عن مقتضيات الحياة ففقهاء الحنفية يشترطون اتحاد المجلس الحقيقي ثم يقلبون المسألة على وجوهها المنطقية فيخلص لهم انه إذا اختلف المجلس بالتنقل الاختياري (المشي

(١) لمزيد من التفصيل حول إختلاف الفقهاء والأدلة التي ساقوها لدعم آرائهم ينظر الإمام محمد أبو زهرة، مصدر سابق، ص٢٠٥ وما بعدها.

أو السير على الدابة) لا ينعقد العقد أما إذا اختلف بالتنقل غير الاختياري (جريان السفينة) ينعقد.[١]

وعلى النقيض من هذا الموقف نجد موقفاً مخالفاً وهو موقف الفقه الحنبلي والمالكي فمجلس العقد يبقى قائماً حتى ينفض بالمفارقة الجسدية أو بأي فعل يقوم مقامها.

وقد ذهب بعض الفقهاء الفرنسيين إلى ان الفقه الإسلامي كالقانون الروماني يهتم بالشكلية لتشدده في شروط مجلس العقد وهذا الكلام غير دقيق لان القانون الروماني يشترط الشكلية تماشياً مع الشكلية أما الفقه الإسلامي فقد تشدد في شروط مجلس العقد تماشياً مع الرضائية.

إن اتصال القبول بالإيجاب في مجلس العقد شرطاً في العقود جميعها لان بعض العقود لا يشترط لها اتحاد المجلس وهذه العقود هي الوصية والايصاء والوكالة ، لان الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت ومن ثم كان أوان القبول هو بعد موت الموصي مصراً على وصيته حتى لو قبل الموصى له الوصية في حياة الموصي كان قبوله لغواً ولا حكم له لان للموصي ما دام حياً أن يرجع عن وصيته، والإيصاء هو جعل الغير وصياً على أولاده ليرعى شؤونهم بعد موته فان الوصي لا يلزمه القبول عقب الإيجاب بل هو مخير بين القبول وعدمه وقبوله يكون صحيحاً سواء صدر منه في مجلس العقد أو في غيره، في حياة الموصي أو بعد وفاته، لأنه ليس للموصي ولاية إلزامه التصرف فيبقى مخيراً، والوكالة هي إقامة الغير مقام نفسه في التصرف ويصح أن يصدر القبول فيها في غير مجلس العقد لان تبنى على التيسير ورفع الحرج.[٢]

(١) د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول (نظرية الإلتزام بوجهٍ عام)، المجلد الأول (مصادر الالتزام)، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩، ص٢٢٩-٢٣٠.

(٢) د.أحمد فراج حسين، مصدر سابق، ص١٦٥.

المطلب الثاني

مجلس العقد في القانون

مجلس العقد في التعاقد بين حاضرين هو المكان الذي يضم المتعاقدين. وليس المقصود فيه المعنى المادي للمكان بل المقصود هو الوقت الذي يبقى فيه المتعاقدان منشغلين بالتعاقد من دون ان يصرفهما عن ذلك شاغل آخر فإذا اجتمع شخصان في مجلس واحد واصدر احدهما إيجابا للآخر فليس من الضروري ان يكون القبول فوراً بل يجوز ان يبقى الموجب له يتدبر الأمر شيئاً من الوقت حتى إذا عقد العزم على القبول فعل ذلك ويكون قبوله صحيحاً بشرطين:(١)

الشرط الأول: أن يبقى كل من المتعاقدين منشغلا بالتعاقد فإذا انصرف أي منهما إلى شيء غيره اعتبر مجلس العقد قد انفض وسقط الإيجاب.

والشرط الثاني: أن يبقى الموجب على إيجابه فلا يرجع فيه أثناء المدة التي يبقى فيها مجلس العقد قائماً. وقد نصت على هذه الأحكام المادة (٨٢) من القانون المدني العراقي.

وواضح من هذا الحكم ان تمام العقد يتحدد بظروف الحال وملابساته فهو مسألة تتعلق بالوقائع يفصل فيها القاضي من دون معقب عليه.(٢)

ومجلس العقد قد يكون حقيقياً إذا اتحد المتعاقدان زماناً ومكاناً وقد يكون حكمياً إذا اتحدا زماناً واختلفا مكاناً كالتعاقد بالتليفون وما شابهه من وسائل الاتصال الأخرى.

والغرض من نظرية مجلس العقد هو تحديد المدة التي يصح أن تفصل القبول عن الإيجاب حتى يتمكن من عرض عليه الإيجاب من المتعاقدين ان يتدبر أمره فيقبل الإيجاب أو يرفضه فلو بدا إعراض من احدهما انفض مجلس العقد.(٣)

---

(١) د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصدر سابق، ص٢٢٩.

(٢) د.شمس الدين الوكيل، دروس في الالتزامات، منشأة المعارف الإسكندرية، بدون تاريخ نشر، ص٦٨.

(٣) د.منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، الجزء الأول (مصادر الالتزام)، الطبعة الأولى، بغداد، ١٩٩١، ص١٢٠-١٢١.

ويبدأ المجلس بتقديم الإيجاب. والقاعدة أن الإيجاب غير ملزم بمعنى ان للموجب ان يعدل عن إيجابه قبل ان يقترن به قبول واستثناءً من ذلك يكون الإيجاب ملزما للموجب بالبقاء عليه إذا اقترن الإيجاب بموعد صريح أو ضمني ومصدر التزام الموجب بالبقاء على إيجابه في الموعد الصريح أو الضمني هو الإرادة المنفردة للموجب.(١)

ويذكر ان فكرة الإيجاب الملزم ليست غريبة عن الفقه الإسلامي فمع ان جمهور الفقهاء يذهبون إلى انه ليس للإيجاب قوة ملزمة حتى ولو قيد الموجب نفسه بوقت محدد إلا ان المالكية منهم يذهبون إلى انه إذا قيد الموجب نفسه بمدة محددة تقيد بها ولا يجوز له الرجوع قبل انقضائها بل انهم ذهبوا إلى ابعد من هذا فأقروا كما اقر المشرعان المصري والسوري أن الموعد قد يستخلص من ظروف الحال أو من طبيعة التعامل.(٢) وقد نصت على أحكام الإيجاب الملزم وغير الملزم المادة (٨٤) من القانون المدني العراقي والمادة (٩٣) من القانون المدني المصري.(٣)

وتقر المادة (٨٣) من القانون المدني العراقي ان تكرار الإيجاب قبل القبول يبطل الإيجاب الأول ويعتبر فيه الإيجاب الثاني والحكم الذي تقرره هذه المادة من البديهيات القانونية التي لم يكن المشرع في حاجة إلى إثباتها لولا رغبته الشديدة في النقل أو الاقتباس من مجلة الأحكام العدلية إلى أقصى حد.(٤)

---

(١) د.محمد حسين عباس، العقد والإرادة المنفردة، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، ١٩٥٩، ص٧٩. د.حسن الذنون، محاضرات في القانون المدني العراقي (نظرية العقد)، نهضة مصر، دار الطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٥٦، ص٢٦.

(٢) د.حسن الذنون، المصدر السابق، ص٢٧. أنور العمروسي، التعليق على نصوص القانون المدني المعدل، الجزء الأول، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٣، ص٢٠٧. أنظر أيضاً نص المادة (٢/٩٣) من القانون المدني المصري المرقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ المعدّل، والمادة (٢/٩٤) من القانون المدني السوري المرقم (٨٤) لسنة ١٩٤٩ المعدّل.

(٣) القانون المدني العراقي المرقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدّل، والقانون المدني المصري المرقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ المعدّل.

(٤) د.حسن الذنون، المصدر السابق، ص٢٦. أنظر أيضاً المادة (١٨٥) من مجلة الأحكام العدلية.

لايستمر الإيجاب قائماً إلى ما لا نهاية فهو إما أن يقترن بقبول فينعقد العقد أو يسقط ويسقط الإيجاب الملزم برفض الموجب له للإيجاب قبل انقضاء الموعد او انقضائه من دون قبول أما الإيجاب غير الملزم فيسقط بعدول الموجب عنه أو برفض الإيجاب من الموجب له أو بتعديل شروط الإيجاب إذ يعد هذا التعديل إيجابا جديداً كذلك إذا انفض مجلس العقد من دون ان يعبر الموجب له عن قبوله للإيجاب.(١) على أن الموجب قد يبقى ملتزماً بإيجابه حتى ما بعد إنتهاء مجلس العقد إذا وجد ما يدل على بقائه على هذا الإيجاب على الرغم من ان القاعدة تقضي سقوط الإيجاب عند عدم اقتران القبول به فوراً.(٢)

أما وقت صدور القبول فيجب الرجوع في شأنه إلى ما يقره الفقهاء المسلمون في هذا الصدد فمنهم من يشترط القبول الفوري وهؤلاء هم الشافعية والمالكية ومنهم من لا يشترط القبول الفوري فيجوز القبول إلى آخر المجلس ما دام لم يصدر من احد المتعاقدين ما يدل على الأعراض ولم يفترقا وهؤلاء هم فقهاء الحنفية والحنابلة والشيعة وقد اخذ القانون المدني العراقي بالرأي الأخير لأنه أكثر منطقية من الرأي الأول ولا يؤدي إلى ضيق في المعاملات.(٣) والمشرع العراقي كمجلة الأحكام العدلية لم يأخذ بخيار المجلس الذي يعطي للمتعاقدين حق الرجوع ما داما في مجلس العقد حتى بعد صدور القبول.(٤)

ويذكر انه إذا مات الموجب أو فقد أهليته بعد التعبير عن إرادته فان الإيجاب لا يسقط بسبب انعدام إرادة الموجب لان الإيجاب تعبير عن الإرادة وليست الإرادة ذاتها ومتى وصل الإيجاب إلى علم الموجب له كان منتجاً لأثره أي انه يكون إيجابا قائماً غير ان العقد لا ينعقد في هذه الحالة بتعبير الطرف الآخر بالقبول لان تعبير هذا الأخير بالقبول لن ينتج آثره لأنه لن يصل إلى علم الموجب لوفاته أو فقد أهليته. أما إذا كان القابل هو الذي انعدمت إرادته بعد

(١) د.محمد حسين عباس، مصدر سابق، ص٧٩-٨٠. د.حسن الذنون، مصدر سابق، ص٢٥-٢٦. أنظر أيضاً نص المادة (٨٢) من القانون المدني العراقي.

(٢) د.منذر الفضل، مصدر سابق، ص١٢١.

(٣) د.عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، الجزء الأول في انعقاد العقد (أركان العقد)، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٧، ص١٤٦-١٤٧. أنظر أيضاً المادة (٨٢) من القانون المدني العراقي.

(٤) د.حسن الذنون، مصدر سابق، ص٢٦.

تعبيره بالقبول فان تعبيره عن إرادته بالقبول ينتج آثره عندما يصل إلى علم الموجب والعقد ينعقد إلا ان هذه القاعدة غير مطلقة فهي لا تسري إذا تبين عكسها من التعبير أو من طبيعة التعامل، وذلك إذا اشترط من عبر عن إرادته سقوط تعبيره حال وفاته أو فقد أهليته قبل تمام العقد فيعمل بهذا الشرط، وقد يستفاد ذلك من طبيعة المعاملة كما لو كانت شخصية المتعاقد محل اعتبار في العقد.(١)

وقد يأخذ مجلس العقد في الأوضاع القانونية شكلاً آخر كما في المزايدات ولاسيما الحكومية التي يكون العطاء فيها كتابة ولو كان المزايد حاضراً وقد تدوم المزايدة في الشيء الواحد أياماً أو أسابيعاً أو شهوراً بانتظار أصحاب الرغبة حتى انقضاء المدة المحددة والظاهر ان يعد هذا كله مجلس عقد واحد.(٢)

أما التعاقد بالهاتف فهو كما ذكرنا احد صور مجلس العقد الحكمي وهو يجمع بين حالتي التعاقد بين حاضرين والتعاقد بين غائبين فهو من حيث الزمان يخضع لأحكام التعاقد بين حاضرين أما من حيث المكان فيخضع لأحكام التعاقد بين غائبين.(٣)

والتعاقد بالتليفون أو بأية وسيلة مماثلة لا يثير صعوبة إلا فيما يتعلق بتعيين مكان انعقاد العقد وهو يأخذ من هذه الناحية حكم التعاقد بين الغائبين الذين يفرقهم المكان لذا تسري عليه أحكام المادة الخاصة بتعيين مكان انعقاد العقد بين غائبين أما فيما يتعلق بزمان انعقاد العقد فالتعاقد بالتليفون لا يفترق عن التعاقد بين الحاضرين فيعد التعاقد بالتليفون تاما في الوقت الذي يعلن فيه من وجه إليه الإيجاب قبوله ويترتب على إعطاء التعاقد بالتليفون حكم التعاقد بين حاضرين فيما يتعلق بزمان انعقاد العقد أن الإيجاب إذا وجه من دون تحديد موعد لقبوله ولم يصدر القبول في المجلس سقط الإيجاب.(٤)

---

(١) د.محمد حسين عباس، مصدر سابق، ص٨٠-٨١.

(٢) أ.مصطفى الزرقا، محاضرات في القانون المدني السوري، مطبعة دار الهنا، مصر، ١٩٥٤، ص٥١. أنور العمروسي، مصدر سابق، ص٢١٥.

(٣) أنظر نص المادة (٨٨) من القانون المدني العراقي.

(٤) د.عمر السيد احمد عبد الله، إبرام العقد في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥، ص٤٦.

المبحث الثاني

تعريف التجارة الإلكترونية وعقد التجارة الإلكترونية ووسائل إبرامه

للإلمام بمتطلبات هذا المبحث فقد قسمناه إلى مطلبين نتناول في الأول تعريف التجارة الإلكترونية وعقد التجارة الإلكترونية ثم نتناول في الثاني وسائل إبرام عقود التجارة الإلكترونية.

المطلب الأول

تعريف التجارة الإلكترونية وعقد التجارة الإلكترونية

قبل الخوض في موضوع هذا المبحث لابد لنا من تعريف التجارة الإلكترونية وعقد التجارة الإلكترونية لكي يكون الطريق ممهداً أمامنا للسير وفق خطوات واضحة وجلية في معالجة خصوصية الموضوع.

ونبدأ بالقول **بأننا نتفق** مع الرأي القائل[1] بأنه ليس من السهل وضع تعريف محدد **للتجارة الإلكترونية**، لاسيما إذا أخذنا في الإعتبار تنوع التقنية المستخدمة في هذا النوع من التجارة فيشمل مصطلح التجارة الدولية الإلكترونية جميع العمليات التجارية التي تعتمد على المعالجة الإلكترونية ونقل البيانات والنص والصورة والصوت والتي تتم بين الأفراد والشركات عبر الحدود والقارات. ويمكن القول كذلك بأنها عبارة عن "تبادل المعلومات بطريقة آلية ترتكز على التكنولوجيا الحديثة، بإستخدام وسائل حديثة كالبريد الإلكتروني، عبر أو بدون الاستعانة

(١) د.محمد السيد عرفة، التجارة الدولية الإلكترونية عبر الإنترنيت (مفهومها والقاعدة القانونية التي تحكمها ومدى حجية المخرجات في الإثبات)، بحث مقدم إلى (مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت) الذي أقامته كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة بالتعاون مع مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية ومركز تقنية المعلومات بالجامعة، الإمارات، ١-٣/مايو/٢٠٠٠، ص٥.

بالانترنيت، والنقل أو التحويل الإلكتروني للأموال لدى البنوك والنقود الرقمية والبطاقات الذكية، وإستخدام التكلس والفاكس في عمليات التجارة المختلفة".

بينما عرّفها البعض[١] بصورة مبسطة بأنها: "ممارسة الأعمال التجارية التي نص عليها القانون بوسيلة إلكترونية على سبيل الإعتياد".

أما عقد التجارة الإلكترونية فقد عرّفه البعض[٢] بأنه: "إتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للإتصال عن بعد وذلك بوسيلة مسموعة مرئية بفضل التفاعل بين الموجب والقابل ويتم هذا العقد ببعد الطرفين وانفصالهما عن بعضهما".

ونتفق مع الرأي القائل[٣] بأن "هذا التعريف هو تعريف مبتور أو ناقص حيث أنه لم يبين النتيجة المترتبة على إلتقاء الإيجاب بالقبول، وهى إحداث أثر قانوني وإنشاء التزامات تعاقدية".

وتجدر الإشارة إلى أن أفضل التعاريف التي قيلت في هذا الصدد هو إنه "إتفاق يبرم ويُنَفَّذ كلياً أو جزئياً عبر تقنية الإتصال عن بعد، بدون حضور مادي متزامن للمتعاقدين، بإيجاب وقبول يمكن التعبير عنهما عبر ذات الوسائط، وذلك بالتفاعل فيما بينهم لإشباع حاجاتهم المتبادلة بإتمام العقد".[٤] لأن هذا التعريف شبه كامل إذ أنه بيّن الآلية التي يتم فيها إبرام وتنفيذ هذه العقود والكيفية التي يتم بها التعبير عن الإيجاب والقبول كما أنه بيّن النتيجة المترتبة على إلتقاء الإيجاب بالقبول.

---

(١) د.أسامة أبو الحسن مجاهد وآخرون، الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية، المجلس الأعلى للثقافة، القاهرة، ٢٠٠٣، ص٢١.

(٢) د.أسامة أبو الحسن مجاهد وآخرون، المصدر السابق، ص٢١-٢٣.

(٣) د.خالد ممدوح إبراهيم، عقود التجارة الإلكترونية، بحث مقدّم إلى مؤتمر التجارة الإلكترونية وأمن المعلومات (الفرص والتحديات)، الذي أقامه مركز العدالة للتحكيم والاستشارات القانونية، القاهرة، ١٦-٢٠/نوفمبر/٢٠٠٨، ص١. د.صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص١٣-١٤.

(٤) د.صالح المنزلاوي، المصدر السابق، ص١٤-١٥.

ولما كان العقد الإلكتروني عبر شبكة الإنترنت يتميز بأنه يتم، في الغالب، على المستوى الدولي، فقد ذهب البعض[١] إلى تعريف عقد التجارة الإلكتروني الدولي بأنه "هو العقد الذي تتلاقى فيه عروض السلع والخدمات والتي يعبر عنها بالوسائط التكنولوجية المتعددة خصوصاً شبكة المعلومات الدولية الإنترنيت من جانب أشخاص متواجدين في دولة أو دول مختلفة، بقبول يمكن التعبير عنه عبر ذات الوسائط من أشخاص في دول أخرى، وذلك بالتفاعل بينهم من أجل إشباع حاجاتهم المتبادلة بإتمام العقد".

يتضح مما تقدّم بأن التجارة الإلكترونية وعقد التجارة الإلكترونية لا يختلفان كثيراً عن التجارة التقليدية وعقودها سوى بالوسيلة التي يتم فيها هذا النوع من التعاقد، وهذه الوسيلة هي التي تبرز الخصوصية التي تتمتع بها التجارة الإلكترونية وعقودها وما تتطلبها من أحكام وقواعد قانونية خاصة بها. ويؤيد رأينا هذا ما ذهب إليه البعض[٢] بأن الإيجاب في التعاقد الإلكتروني لا يختلف عن الإيجاب التقليدي إلا في الوسيلة المستخدمة فقط مع بقاء الجوهر نفسه فهو يتميز ببعض الخصائص التي تتعلق بطبيعته وكونه يتم عبر شبكة عالمية للمعلومات والإتصالات.

المطلب الثاني

وسائل إبرام عقود التجارة الإلكترونية

لحظنا فيما تقدّم أن عقود التجارة الإلكترونية لا تختلف كثيراً عن عقود التجارة التقليدية سوى بالوسيلة التي تتم فيها هذه العقود، لذا كان لزاماً علينا أن نبين ونعرّف بهذه الوسائل.

---

(١) د.أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي (الإلكتروني، السياحي، البيئي)، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص٦٨.

(٢) المحامي فادي محمد عماد الدين توكل، عقد التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠، ص٨٤. د.محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٦، ص٣٦. فراس فاضل الشطي، إبرام العقد الإلكتروني، معهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية، ص٤، بحث منشور على موقع الإنترنيت:
http://www.e-kutub.ru/كتب/القانون/إبرام-العقد-الإلكتروني

وتتم عقود التجارة الإلكترونية بصورة عامة بوسائل تقنية حديثة كالإنترنيت والتلفاز والهاتف والفاكس والتلكس وغيرها، وستتركز دراستنا هنا على العقود التي تتم عن طريق الإنترنيت والتلفاز فقط ولن نتطرق للوسائل الأخرى (الفاكس والتلكس والهاتف) إلا بقدر إرتباطها بموضوعنا لأنها أضحت من المواضيع التي طرحت ونوقشت سابقاً في عديد من الكتب والأبحاث التي بيّنت إشكالياتها والحلول المقترحة لحلها.

والإنترنيت ببساطة هو شبكة عالمية من أجهزة الحاسوب المتصلة ببعضها البعض عبر العالم، وتقدّم شبكة الإنترنيت عديد من الخدمات المختلفة، وستقتصر دراستنا هنا على الخدمات التي تدخل في صلب موضوعنا فقط من دون الخدمات الأخرى، والخدمات التي تهمنا هنا هي: خدمة شبكة الويب (World Wide Web)، وخدمة البريد الإلكتروني (E-Mail)، وخدمة برامج وغرف المحادثة (Chatting Rooms & Programs)، وخدمة هواتف الإنترنيت (Internet Telephones).

ويمكن تعريف **شبكة الويب العالمية** بأنها "كم هائل من المستندات المحفوظة على شبكة الإنترنيت التي تتيح لأي شخص أو جهة الإطلاع على معلومات تخص جهات أخرى أو أشخاص آخرين قاموا بوضعها بشكل متاح للعامة عن طريق أسلوب تكنولوجي الذي يقوم بتنظيم البيانات والمعلومات واستدعائها".[١]

ويرتكز عمل شبكة الويب على فكرة تخزين المعلومات مع القدرة على إقامة صلات وعلاقات ترابطية مباشرة فيما بينها على غرار الترابط الحاصل في نسيج الشبكة التي يصنعها العنكبوت.[٢]

أما **البريد الإلكتروني** فهو " إحدى الخدمات المتاحة على شبكة الإنترنيت التي تسمح للمستخدم بإرسال رسائله الإلكترونية إلى مستخدم آخر أو مجموعة من المستخدمين، وتحفظ

(١) د.حسام الدين الأهواني، حماية حقوق الملكية الفكرية في مجال الإنترنيت، بحث مقدّم إلى المؤتمر العالمي الأول حول الملكية الفكرية الذي أقامته جامعة اليرموك، الأردن، للفترة ١٠-١١/تموز/٢٠٠٠، ص٢-٣.

(٢) د.طوني ميشال عيسى، التنظيم القانوني لشبكة الإنترنيت، أطروحة دكتوراه مقدّمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية في الجامعة اللبنانية، بيروت، ٢٠٠٠، ص٦٠.

الرسالة إلكترونياً في الصندوق البريدي للمستخدم. ويمكن لهذا الأخير أن يقرأ الرسالة الإلكترونية حين وصولها فوراً أو أن يؤجل ذلك إلى وقت آخر قد يرتئيه مناسباً.[١]

وبعبارة أخرى فالبريد الإلكتروني إذن هو إستخدام شبكة الإنترنيت كصندوق بريدي بحيث يستطيع المستخدم إرسال الرسائل الإلكترونية واستقبالها من شخص واليه او اشخاص عديدين من مستخدمي الإنترنيت في ثوانٍ. ويعد البريد الإلكتروني من أهم الخدمات التي يقدّمها الإنترنيت حيث أنه يوفر للشركات التجارية وسيلة إتصال خارجية وخاصة لإعلام الزبائن بالمنتجات المختلفة والعروض الجديدة لأن عملية إرسال الرسالة الإلكترونية لا تحتاج إلى متطلباتٍ كثيرةٍ مقارنة بالبريد العادي.[٢]

وأما **خدمة برامج وغرف المحادثة أو الدردشة** "فهي عبارة عن ساحات معروفة في الفضاء الإلكتروني تتيح لمستخدميها الإشتراك في محادثات بين بعضهم البعض بإرسال الرسالة التي يمكن قراءتها من قبل كل شخص في غرف المحادثة".[٣]

وتجدر الإشارة أيضاً إلى أنه توجد برامج للمحادثة تتيح للشخص تبادل الحديث صوتياً مع الآخرين بشكل مباشر، سواء أكان واحداً أم أكثر، و توجد أيضاً برامجاً يمكن فيها نقل الصوت والصورة على شكل فيديو.[٤]

أما **خدمة هواتف الإنترنيت** فهي خدمة تؤمنها شبكة الإنترنيت عبر برامج وأجهزة خاصة تسمح لمستخدميها بالإتصال الصوتي والمرئي أحياناً بأشخاص آخرين. ومن المتوقع

(١) رامي محمد علوان، التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنيت وإثبات التعاقد الإلكتروني، بحث منشور في مجلة الحقوق الصادرة عن مجلس النشر العلمي في جامعة الكويت، السنة السادسة والعشرون، العدد الرابع، الكويت، ديسمبر ٢٠٠٢، ص٢٣٦.

(٢) المحامي فادي محمد عماد الدين توكل، مصدر سابق، ص٩.

(٣) رامي محمد علوان، مصدر سابق، ص٢٣٦.

(٤) د.أشرف عبد الرزاق ويح، التعاقد بوسائل الإتصال الحديثة (التليفون، المحمول، الفاكس، الإنترنيت)، بدون مكان وتاريخ نشر، ص٢٨. د.عبد الله بن إبراهيم بن عبد الله الناصر، العقود الإلكترونية، ص٧، بحث منشور على موقع الإنترنيت:

dc129.4shared.com/download/N1-EHwsM/__online.do

أن تحدث هذه الخدمة تغييرات جوهرية في إقتصاد الشبكات وفي إستراتيجيات مشغلي الإتصالات، لأنها تسمح بإرساء نظام جديد للتخابر الدولي المجاني أو شبه المجاني بوساطة شبكة الإنترنيت بمعزل عن الإمتيازات العائدة إلى الدول ووزاراتها في هذا المجال.(١)

ونتفق مع البعض(٢) على أن وضع قواعد خاصة بحماية المستهلك في العقود التي تبرم عن بعد تنبع من طبيعة هذه العقود التي تؤدي بالبداهة إلى اختلاف أحكامها عن تلك العقود التي تبرم بين حاضرين فالأمر يكون بسيطاً عندما يكون التعاقد بين حاضرين ولا يكون كذلك بالنسبة للتعاملات عن بعد ومن بينها العقود الالكترونية فعندما يتم التعاقد تحت أعين المتعاقدين فان ذلك يذلل الكثير من الصعاب، فالحضور المادي للأطراف يسمح لكل منهم بالتحقق من شخصية الآخر وتاريخ وساعة التعاقد ومن سلامة المستندات وبأن التراضي قد تم بتلقي كل منهما للتعبير عن الإرادة الصادر من الآخر و يسمح هذا الحضور المادي بضمان بعض المسائل القانونية وأهمها أن كل من الطرفين يستطيع:

١. التحقق من أهلية المتعاقد الآخر وصفته في التعاقد.
٢. التحقق من تلاقي الإرادتين إذ يتم ذلك بشكل متعاصر إذ يصدر الإيجاب من احدهما يتبعه القبول من الآخر.
٣. التحقق من تاريخ التصرفات والمستندات.
٤. الإعداد المسبق لأدلة الإثبات.
٥. التحقق من مكان إبرام التصرفات وتحرير المستندات.
٦. اعتماد مجموع هذه العناصر وذلك بتوقيع المتعاقدين.

أما تبادل التعبير عن الإرادتين عن طريق الانترنيت فهو يتم عن بعد أي مع الغياب المادي للمتعاقدين لذا فانه يثير الشك بالنسبة للعناصر السابقة

(١) د.طوني ميشال عيسى، مصدر سابق، ص٦١-٦٢.

(٢) د.أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنيت، بحث مقدم إلى (مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت) الذي أقامته كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة بالتعاون مع مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية ومركز تقنية المعلومات بالجامعة، الإمارات، ١-٣/مايو/٢٠٠٠، ص٤١-٤٣. د.أسامة أبو الحسن مجاهد وآخرون، مصدر سابق، ص٢٣-٢٥.

ونحن وان كنا نتفق مع الدكتور أسامة أبو الحسن مجاهد في مسألة خصوصية التعاقد عبر الانترنيت وضرورة حماية المستهلك إلا أننا لا نتفق معه في إطلاقه لمسألة الاختلاف بين أحكام هذا التعاقد والعقود التي تبرم بين حاضرين، وسنجد ذلك لاحقاً.

المبحث الثالث

مكونات مجلس العقد في عقود التجارة الإلكترونية والإشكاليات التي تطرحها

يتضح مما تقدّم أن عقود التجارة الإلكترونية لا تختلف كثيراً عن عقود التجارة التقليدية سوى بالوسائل والطريقة التي تتم عبرها، وهذه الوسائل هي التي تميزها عن عقود التجارة التقليدية وتمنحها خصوصية معينة تتطلب البحث عن بعض القواعد القانونية الخاصة لمعالجة ما قد ينجم عنها من إشكاليات. من هنا ولفهم الخصوصية التي يتميز بها مجلس العقد في عقود التجارة الإلكترونية كان لزاماً علينا أن نقسّم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في الأول مكونات مجلس العقد في عقود التجارة الإلكترونية ونتناول في الثاني أهم الإشكاليات التي تطرحها خصوصية عقود التجارة الإلكترونية.

المطلب الأول

مكونات مجلس العقد في عقود التجارة الإلكترونية

إن المكونات الرئيسة لمجلس العقد هي الإيجاب والقبول وتطابقهما تماماً وهي لا تختلف كثيراً عمّا هو موجود في عقود التجارة التقليدية لذا فإننا لن نركز كثيراً على الناحية التقليدية بل سيكون جلّ إهتمامنا منصباً على أوجه الخصوصية التي تتمتع بها هذه المكونات في ما يخص عقود التجارة الإلكترونية. من هنا فقد آثرنا أن نقسّم هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الأول الإيجاب في عقود التجارة الإلكترونية، ونتناول في الثاني القبول في عقود التجارة الإلكترونية.

الفرع الأول

الإيجاب في عقود التجارة الإلكترونية (الإيجاب الإلكتروني)

يعرف التوجيه الأوربي الخاص بحماية المستهلكين في العقود المبرمة عن بعد، **الإيجاب** بأنه "كل إتصال عن بعد يتضمن العناصر اللازمة كلها بحيث يستطيع المرسل إليه أن يقبل التعاقد مباشرة، ويستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان".[١]

وغني عن البيان أن الإيجاب الإلكتروني ما هو إلا تعبير عن إرادة شخص أو جهة معينة في التعاقد بوسيلة إلكترونية وهذا التعبير عن الإرادة إذا ما واجه قبولاً مطابقاً من طرف آخر إنعقد العقد.

وتجدر الإشارة إلى أن هذا التعبير عن الإرادة تتنوع صوره وأشكاله بالنظر لما أفرزته التكنولوجيا الحديثة في مجال الإتصالات، فقد نجد التعبير عن الإرادة واضحاً على صفحات مواقع الإنترنيت الإلكترونية، أو قد نجده على شاشات التلفاز[٢]، أو قد يكون عن طريق المحادثة المباشرة عبر برامج غرف المحادثة عبر الشبكة، أو قد يكون عبر هواتف الإنترنيت، وأخيراً قد يكون عبر البريد الإلكتروني.

وتجدر الإشارة أيضاً إلى أنه يكفي للتعبير عن الإيجاب الإلكتروني أن يتم بأية وسيلة لا تدع مجالاً للشك في إرادة الموجب للتعاقد سواء أكانت الوسيلة تقليدية أم غير تقليدية (إلكترونية). وفي هذا الصدد ينص[٣] قانون الأونسيترال النموذجي على "في سياق تكوين العقود، ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك يجوز إستخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض وعند إستخدام رسالة بيانات في تكوين العقد، لا يفقد ذلك العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد استخدام رسالة بيانات لذلك الغرض".

---

(١) د.أسامة أبو الحسن مجاهد وآخرون، مصدر سابق، ص٣٧.

(٢) محمد خالد جمال رستم، التنظيم القانوني للتجارة والإثبات الإلكتروني في العالم، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٦، ص٨-٩.

(٣) الفقرة (١) من المادة (١١) من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لعام ١٩٩٦ الذي إعتمدته لجنة الأمم المتّحدة للقانون التجاري الدولي والصادر عن الجمعية العامة للأمم المتّحدة بقرارها المرقم (١٦٢/٥١) عام ١٩٩٦.

والإيجاب إذا تمّ عبر التلفاز أو صفحات الويب أو البريد الإلكتروني يعدّ إيجاباً مفتوحاً ويمكن للطرف الآخر القبول في أي وقت شاء" إلا إذا حدد الموجب مدّة لإيجابه كأن يقول: (هذا العرض ساري لمدّة ثلاثين يوماً) فإذا تأخر القبول بعد هذا التاريخ فإن العقد لا ينعقد لإنتهاء الإيجاب أما إذا كان القبول ضمن تلك المدّة فينعقد، وأما إذا كان الإيجاب قد تمّ عبر غرف المحادثة أو هاتف الإنترنيت فيجب أن يكون القبول فورياً قبل الإنتهاء من المحادثة وإلا عدّ الإيجاب منتهياً بمجرد إنهاء المحادثة ولا يمكن القبول بعد ذلك" بل يكون هناك إيجاباً جديداً إذا تم إجراء محادثة جديدة.[١]

الفرع الثاني

القبول في عقود التجارة الإلكترونية (القبول الإلكتروني)

يقال بصدد القبول في عقود التجارة الإلكترونية بالكلام نفسه الذي قيل بصدد الإيجاب الإلكتروني.

فالقبول على وفق القواعد العامة وبصورة مبسطة هو تعبير عن إرادة من وجِّه إليه الإيجاب بقبول ذلك الإيجاب وينعقد العقد بناءً على هذا التعبير عن الإرادة.

أما القبول في عقود التجارة الإلكترونية فإنه لا يخرج عن السياق المتقدّم سوى أنه يتم التعبير عنه بوسائل إلكترونية، لذا فإنه يخضع للقواعد العامة من حيث المبدأ إلا في ما يتعلق بأوجه الخصوصية التي تفرزها الوسيلة التي يتم بوساطتها.

ويطرح هنا سؤال مفاده هل يمكن أن يعدّ السكوت قبولاً في عقود التجارة الإلكترونية؟

بالرجوع إلى القواعد العامة نرى أن المادة (٨١) من القانون المدني العراقي نصت على: (١– لا ينسب إلى ساكت قول ولكن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان يعد قبولاً).

يتضح من نص المادة في أعلاه أنه على وفق القواعد العامة لا يعدّ قبولاً مجرد سكوت من وجِّه إليه الإيجاب. وهذا يجرنا للقول بأن من يتسلم رسالة إلكترونية عبر الشبكة

(١) رامي محمد علوان، مصدر سابق، ص٢٥١.

تتضمن إيجاباً ونص فيها على أنه إذا لم يتم الرد على هذا الإيجاب عبر مدّة معينة عُدَّ ذلك قبولاً فإنه يستطيع أن لا يعير إهتماماً لمثل تلك الرسالة.(١)

وعلى سبيل الإستثناء فقد نصت الفقرة الثانية من المادة (٨١) في أعلاه على: (٢- ويعتبر السكوت قبولا بوجه خاص إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل أو إذا تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه...).

وهنا تتجسد خطورة الأمر إذ ينبغي أن تواجه هذه الحالات الإستثنائية بالحذر الشديد فيما يخص القبول في عقود التجارة الإلكترونية ففيما يخص حالة تمخض الإيجاب لمصلحة من وجه إليه فهي حالة تتضمن عملاً من أعمال التبرع من دون أي إلتزام يقع على عاتق من وجه إليه الإيجاب وهي حالة غير مألوفة في مثل هذه العقود،أما عن حالة التعامل السابق بين المتعاقدين فهي الحالة التي تصادفنا كثيراً في عقود التجارة الإلكترونية، كحالة إعتياد أحد الأشخاص شراء بعض السلع من أحد المتاجر الإفتراضية سواء بالبريد الإلكتروني أم عن طريق صفحات الويب أم غيرها، وتعد هذه الحالة من الحالات النموذجية لوجود التعامل السابق، ولكن ينبغي عدم إغفال حقيقة مهمة ألا وهي سهولة إرسال الإيجاب بوساطة البريد الإلكتروني في الوقت الحاضر وهذا ما قد يؤدي إلى فرض التعاقد على المستهلك الذي إعتاد التعامل مع متجر إفتراضي معين وبمجرد أن يرسل له المتجر الإيجاب برسالة إلكترونية تتضمن إعتبار عدم الرد خلال مدة معينة بمثابة القبول، لذلك **فإننا نتفق مع البعض** بأنه لا يجوز إستنتاج قبول العميل من مجرد سكوته وإن كان هناك تعامل سابق بين الطرفين في عقود التجارة الإلكترونية للخصوصية التي تتمتع بها هذه الأنواع من العقود فينبغي أن يقترن بهذا السكوت الملابس وبهذا التعامل السابق ظرف آخر يرجح دلالة السكوت على قبول العميل للتعاقد.(٢)

---

(١) لمزيد من التفصيل ينظر د.أسامة أبو الحسن مجاهد وآخرون، مصدر سابق، ص٤٢.

(٢) لمزيد من التفصيل ينظر د.أسامة أبو الحسن مجاهد وآخرون، المصدر السابق، ص٤٢-٤٥. المحامي فادي محمد عماد الدين توكل، مصدر سابق، ص٩١-٩٣. لما عبد الله صادق سلهب، مجلس العقد الإلكتروني، رسالة ماجستير مقدّمة إلى كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس - فلسطين، ٢٠٠٨،==

ولا نتفق مع البعض[١] الذي يذهب إلى خلاف هذا الرأي إذ يرى أن السكوت في العقود الإلكترونية يمكن أن يستخلص منه القبول مثله في ذلك مثل العقود التقليدية ويرى أن إستعمال الوسيلة الإلكترونية لا يعدّ مسوغاً للخروج على القواعد العامة، وذلك للأسباب التي تقدّم ذكرها أعلاه.

المطلب الثاني

أهم الإشكاليات التي تطرحها خصوصية عقود التجارة الإلكترونية

إن الخصوصية التي تتمتع بها عقود التجارة الإلكترونية تطرح العديد من الإشكاليات التي يتعلق بعضها بالمرحلة السابقة للتعاقد ويظهر بعضها الآخر أثناء التعاقد وهذه الإشكاليات لا بد من بحثها عن الحلول القانونية الناجعة لمواجهتها ومعالجتها والتي يمكن أن نجملها بالتساؤلات الآتية:-

١. ما هو معيار التمييز بين الإيجاب الإلكتروني ومجرد الدعوة للتعاقد؟
٢. ما هي الخصوصية التي يتميز بها العرض في الإيجاب الإلكتروني؟
٣. كيف يمكن التحقق من هوية المتعاقد وأهليته؟
٤. ما هو الحل لتلافي مشكلة نفاد المخزون لدى الموجب (البائع) في حالة ما إذا كان الإيجاب عاماً وقبل العرض العديد من الأشخاص؟
٥. ما هو الحل لتلافي مشكلة عدم يسار العميل (المشتري)؟
٦. كيف سيتمكن المستهلك من الحكم الدقيق على المنتج الذي يتعاقد عليه.
٧. ما هو الوقت الذي ينعقد فيه العقد؟
٨. ما هو المكان الذي يعد ينعقد فيه؟

==ص١٠٠-١٠٢. أ.د.أحمد شرف الدين، الإيجاب والقبول في التعاقد الإلكتروني وتسوية منازعاته، ص١٤، بحث منشور على موقع الإنترنيت: www.arablawinfo.com

(١) سمير برهان، إبرام العقد في التجارة الإلكترونية، المجلس الأعلى للثقافة، القاهرة، ٢٠٠٣، ص١١٨. د.محمد فواز المطالقة، مصدر سابق، ص٦٧-٦٨.

فضلاً عن بعض المسائل الأخرى التي تبرز فيها خصوصية عقود التجارة الإلكترونية بعضها يتعلق بالإلتزام بالإعلام الإلكتروني والآخر يتعلق بحماية المستهلك الإلكتروني وغير ذلك.

وبما أنه لا توجد قواعد قانونية خاصة للإجابة عن معظم الأسئلة المطروحة المقدمة في أعلاه فقد كان لزاماً علينا أن نرجع للقواعد القانونية العامة للإجابة على كل سؤال منها للوصول كما قلنا سابقاً للحلول القانونية الناجعة لمعالجتها بعون الله (سبحانه وتعالى).

وعند الرجوع للقواعد العامة نجد أن العرض إذا تضمن الإشارة إلى العناصر الأساسية للعقد كافة من وصف دقيق للمبيع وتحديد للثمن وما إلى ذلك فهذا يعد إيجاباً كاملاً بحيث إذا وافقه قبول من طرف آخر إنعقد العقد، أما إذا لم يكن كذلك فيعد مجرد دعوة للتعاقد فقط. وهذا ينطبق تماماً على عقود التجارة الإلكترونية[1]. فعلى سبيل المثال إذا كان موقعاً إلكترونياً ما يعرض جهاز حاسوب للبيع بسعر معين من دون بيان مواصفات هذا الجهاز فهذا يعد دعوة للتعاقد أما إذا تم تحديد سعر الجهاز ومواصفاته بالتفصيل في العرض فإن هذا يعد إيجاباً كاملاً وجاهزاً لأن يقترن به قبول مطابق له فينعقد العقد مباشرةً. وتجدر الإشارة إلى أن المشرّع العراقي قد نص على ذلك في المادة (٨٠) من القانون المدني إذ جاء فيها: (١- يعد عرض البضائع مع بيان ثمنها إيجاباً. ٢- أما النشر والإعلان وبيان الأسعار الجاري التعامل بها وكل بيان آخر متعلق بعروض أو بطلبات موجهة للجمهور أو للأفراد فلا يعد عند الشك إيجاباً وإنما يكون دعوة إلى التفاوض).

أما فيما يخص الخصوصية التي يتميز بها العرض في الإيجاب الإلكتروني؟ فيرى البعض[2] أن العرض يصدر عبر وسائل إتصال مرئية ومسموعة، وتسمح هذه الوسائل لمن صدر عنه العرض بإستخدام الإيضاح البياني الأكثر ملاءمة بالنسبة لأنواع معينة من العقود،

(١) لمزيد من التفصيل ينظر رامي محمد علوان، مصدر سابق، ص٢٤٣-٢٤٥. محمد خالد جمال رستم، مصدر سابق، ص٩-١٠. د.محمد فواز المطالقة، المصدر السابق، ص٦١-٦٢.

(٢) د.أسامة أبو الحسن مجاهد، مصدر سابق، ص٦٩-٧٠. د.أسامة أبو الحسن مجاهد وآخرون، مصدر سابق، ص٣٧-٣٨.

فينبغي على سبيل المثال أن تعبّر صورة الشيء المعروض للبيع تعبيراً أميناً عن هذا الشيء، وهو الشرط الذي تسمح بتحقيقه في الوقت الحالي تقنية الصور ثلاثية الأبعاد (3D) دون أية صعوبة.

وأما فيما يخص مشكلة كيفية التحقق من هوية المتعاقد وأهليته فنحن نتفق مع البعض[١] بأنه يؤخذ على التجارة الإلكترونية أنها يتاح فيها لناقص الأهلية التعاقد عبر الإنترنيت، ومن ثم يمكن أن يدفع فيما بعد ببطلان العقد حسب القانون الذي يحكم الأهلية، إلا أن هذا الأمر يمكن تداركه عبر إلتزام المشتري بتسجيل جميع بياناته الشخصية وغيرها اللازمة للتعاقد، ومنها تاريخ ميلاده، وهو ما يتيح للبائع التحقق من بلوغ المشتري سن الرشد من عدمه. ومع ذلك تبقى مسألة الأمانة وحسن النية في تقديم المعلومات ضرورية لسلامة التعاقد.

فمن الممكن أن يصمم موقع الإنترنيت بشكل يلزم الطرف الذي يرغب بالتعاقد بالكشف عن هويته والإفصاح عن سنّه وفي حالة إغفال ذلك فلن يسمح له بالمضي قُدُماً وإبرام العقد الذي يريده.[٢]

فضلاً عن ذلك فقد إقترح البعض[٣]، **ونحن نؤيدهم**، اللجوء إلى سلطات التوثيق أو الإشهار لحل هذه المشكلة، وتعبر السلطات عن طرف ثالث محايد سواء أكانت هيئة عامة أم خاصة تنظم العلاقة بين الطرفين على الخط، فتقوم بتحديد هوية الطرفين وأهليتهما القانونية عن طريق إصدار شهادات تثبت حقائق معينة متعلقة بالتعاقد الذي يجري عبر الإنترنيت.

في حين يرى البعض[٤] أن من أهم الطرائق غير المباشرة التي يعول عليها المنتجون أو المزودون نماذج العقود التي توضع على الإنترنيت والتي يمكن أن تحول صياغتها بشكل

(١) د.محمد السيد عرفة، مصدر سابق، ص٣٤.

(٢) المحامي فادي محمد عماد الدين توكل، مصدر سابق، ص٩٦.

(٣) لمزيد من التفصيل ينظر عايض راشد عايض المري، مدى حجية التكنولوجيا الحديثة في إثبات العقود التجارية، أطروحة دكتوراه مقدّمة إلى كلية الحقوق – جامعة القاهرة، القاهرة، ١٩٩٨، ص١٠٠-١٠١. د.محمد فواز المطالقة، مصدر سابق، ص٤٥. فراس فاضل الشطي، مصدر سابق، ص١٤.

(٤) رامي محمد علوان، مصدر سابق، ص٢٤٢.

ملائم وبلغة سلسة ومبسطة ومفهومة من دون تعاقد الفئات غير المرغوب فيها على الخط، ولكن يجب أن يلفت المزود أو المنتج إنتباه الزبون أو المستخدم إلى ضرورة قراءة هذه النماذج قبل إبداء رغبته في التعاقد فإذا لم يقرأها فلن يتحمل المزود أو المنتج مسؤولية ذلك. **ونرى** أن هذا الرأي أتى بوجهة نظر واجبة التقدير ولاسيما وأن لها تطبيقات عملية واضحة وكثيرة جداً في التعاقدات الإلكترونية وخاصة تلك التي تتم على موقع الإنترنيت بصورة عامة ومواقع المتاجر الإفتراضية بصورة خاصة.

أما في خصوص مشكلة نفاد المخزون وتحدث هذه المشكلة في الغالب في حالة الإيجاب العام إذا قبل العرض عدد كبير من مستعملي الشبكة" ومشكلة مدى يسار العميل الذي يكون مجهولاً في الغالب عند صدور الإيجاب، فالأفضل في هاتين الحالتين لمصلحة التاجر أن يحتفظ بإمكانية الرجوع عن العرض بحيث لا يكون التاجر ملتزماً بموجب هذا العرض الذي كان سيكفي مجرد قبوله لإنعقاد العقد لو لم يحتفظ التاجر بمكنة الرجوع فيه. وينصح الموجب بأن ينص في إيجابه على أن العرض الصادر منه ليس إلا دعوة للدخول في مفاوضات أو دعوة للتعاقد، وذلك بأن يوضح على سبيل المثال أن هذه الشروط التجارية ليست إيجاباً بالمعنى القانوني بطريقة واضحة لا يمكن الإلتفاف حولها، بإستخدام بعض العبارات مثل (دون إلتزام) أو (بعد التأكيد)، وعندئذ فإن إجابة مستخدم الشبكة تجعل منه هو الموجب.[١] فإذا لم يفعل الموجب ذلك ولم يستطع الوفاء بإلتزامه فستنهض حينئذ مسؤوليته العقدية.

أما بالنسبة لمشكلة كيفية تمكن المستهلك من الحكم على المنتج الذي يتعاقد عليه، فالمستهلك لن يكون بوسعه الحكم الدقيق على المنتج الذي يتعاقد عليه مهما بلغ وصف البائع له من دقة وأمانة **ونحن نؤيد** الرأي[٢] الذي يذهب إلى أن هذا ما يسوغ التركيز على إعطاء المستهلك رخصة الرجوع في العقد مدة معينة تحتسب عادة من تاريخ تسلمه للمنتج الذي تعاقد عليه.

(١) د.أسامة أبو الحسن مجاهد، مصدر سابق، ص٧٢-٧٣. د.أسامة أبو الحسن مجاهد وآخرون، مصدر سابق، ص٣٩.

(٢) د.أسامة أبو الحسن مجاهد، مصدر سابق، ص٤٣.

وتجدر الإشارة إلى أننا سنترك معالجة الإشكاليتين الأخيرتين المتعلقتين بتحديد الوقت والمكان الذي تنعقد فيه عقود التجارة الإلكترونية لأهميتهما لنتناولهما بصورة مستقلّة وبشيء من التفصيل في المبحث الرابع من بحثنا هذا.

المبحث الرابع

إنعقاد مجلس العقد في عقود التجارة الإلكترونية والطبيعة القانونية له

يثير موضوع إلتقاء الإرادتين في عقود التجارة الإلكترونية مسألتين غاية في الأهمية تتعلقان بالوقت والمكان الذي ينعقد فيه العقد أي زمان إنعقاد العقد ومكانه وينبع ذلك من الخصوصية التي تتمتع بها هذه العقود.

فتحديد مكان إنعقاد العقد له أهمية في تحديد المحكمة المختصّة والقانون الواجب التطبيق على هذا العقد، أما تحديد زمان إنعقاد العقد له أهمية بالغة في قيام مبدأ إلزامية العقود وعدم إستطاعة أي من أطرافه التحلل منه بإرادته المنفردة ولتحديد زمان إنعقاد العقد أهمية بالغة في تحديد اللحظة التي سيبدأ منها العقد بترتيب آثاره المختلفة.

وتعدّ مسألة توطين العقد أي تحديد مكان إنعقاده من المسائل المهمة إلا أن هذا الأمر محل خلاف بين التشريعات ففي حين يربط بعضها بين مكان إنعقاد العقد وزمان إنعقاده" نلاحظ أن بعضها الآخر يجيز لطرفي العقد الإتفاق على مكان معين بإرادتهما وعدم ترك ذلك للقواعد العامة.[1]

ويدفعنا هذا الأمر للتساؤل عن موطن عقد التجارة الإلكترونية؟ إذا أردنا الإجابة عن هذا التساؤل فسنرى أن تحديد مكان إنعقاد عقد التجارة الإلكترونية محل خلاف أيضاً ففي حين يرى البعض أنه يتم في محل أو مقر الموجب، يرى آخرون أنه يتم في محل أو مقر القابل،

(١) لمزيد من التفصيل ينظر محمد خالد جمال رستم، مصدر سابق، ص١٦-١٧.

ومهما يكن من الأمر ففي رأينا أنه من الأفضل الأخذ بالمكان الذي إتفق عليه طرفا العقد لتحديد مكان إنعقاد عقد التجارة الإلكترونية أما إذا لم يتفقا على مكان معين فمن الأفضل الأخذ بمعيار مقر الموجب وفي حالة تعدد مقرات الموجب، وهو فرض نادراً ما نجده في المجال الإلكتروني، فيتم الإعتماد على المقر الرئيس للموجب لتحديد مكان إنعقاد عقد التجارة الإلكترونية.

ونعتقد بأن رأينا هذا له ما يؤيده في نصوص القانون المدني العراقي[١] إذ جاء في المادة (٨٧) منه: (١- يعد 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 مفروضا أن الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل إليه فيهما.).

كما أن هذا الرأي ينسجم مع نصوص قانون الأونسيترال النموذجي الذي إعتمد (مقر عمل منشئ الرسالة ومستلمها)[٢]، أي الموجب، مكاناً لإنعقاد العقد إذا لم يتفق الأطراف على تحديد مكان لإبرام العقد.[٣]

أما فيما يخص تحديد لحظة إنعقاد العقد، وهذا الأمر محل خلاف أيضاً، ولأجل الإجابة على هذه المسألة لا بد من الرجوع للقواعد العامة وتحديداً قواعد التعاقد بين حاضرين والنظريات الخاصة التي قيلت بصدد التعاقد بين غائبين، ثم نتطرق إلى أي مدى تنطبق هذه النظريات على عقود التجارة الإلكترونية.

وبالرجوع للقواعد العامة، فقد طرح الفقه التقليدي أربع نظريات لتحديد لحظة ومكان إنعقاد العقد بين غائبين، على وفق الاتي[٤]:-

(١) القانون المدني العراقي المرقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدّل.

(٢) أنظر المادة (١٥) من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لعام ١٩٩٦.

(٣) د.محمد فواز المطالقة، مصدر سابق، ص٧٤.

(٤) لمزيد من التفصيل حول هذه النظريات والآراء التي قيلت بصددها ينظر د.أسامة أبو الحسن مجاهد وآخرون، مصدر سابق، ص٤٧. محمد خالد جمال رستم، مصدر سابق، ص١٤. رامي محمد علوان، مصدر سابق، ص٢٥٥. المحامي فادي محمد عماد الدين توكل، مصدر سابق، ص١١٦-١١٩.

أ- **نظرية إعلان القبول:** وفقاً لهذه النظرية يعد العقد منعقداً بمجرد إعلان من وُجِّه إليه الإيجاب لقبوله دون الحاجة إلى علم الموجب بالقبول. فعلى وفق هذه النظرية فإن عقد التجارة الإلكترونية يتم منذ اللحظة التي يعلن فيها القابل قبوله حتى قبل إرساله بالبريد الإلكتروني أو غيره من الوسائل.

ب- **نظرية تصدير القبول:** فعلى وفق هذه النظرية يعد العقد منعقداً عندما يقوم من وُجِّه إليه الإيجاب بتصدير (بإرسال) قبوله للموجب ولو لم يصل للموجب ولو لم يعلم به. وعلى وفق هذه النظرية فإن عقد التجارة الإلكترونية يتم منذ اللحظة التي يرسل فيها القابل قبوله للموجب بالبريد الإلكتروني أو غيره من الوسائل حتى قبل إستلام الموجب للقبول أو علمه به.

ج- **نظرية إستلام القبول:** فعلى وفق هذه النظرية يعد العقد منعقداً منذ اللحظة التي يتسلم فيها الموجب لقبول الطرف الآخر (القابل) ولو لم يطّلع عليه. وعلى وفق هذه النظرية فإن عقد التجارة الإلكترونية يتم منذ اللحظة التي يتسلّم فيها الموجب القبول بأن تدخل رسالة القبول المرسلة بالبريد الإلكتروني أو غيره من الوسائل إلى صندوق بريده حتى قبل إطلاعه عليها وعلمه بمضمونها أو قراءتها.

د- **نظرية العلم القبول:** فعلى وفق هذه النظرية يعد العقد منعقداً منذ اللحظة التي يعلم فيها الموجب بقبول الطرف الآخر (القابل). وعلى وفق هذه النظرية فإن عقد التجارة الإلكترونية يتم منذ اللحظة التي يطّلع فيها الموجب على رسالة القبول وعلمه بمضمونها أو قراءتها.

وليس من الصعب تبني أي من النظريات السابقة على مستوى التشريعات الوطنية إذ يلحظ أن التشريعات متباينة في موقفها من الأخذ بهذه النظريات ففي حين يأخذ بعضها بنظرية إعلان القبول كالمشرع اللبناني والأردني فقد أخذ البعض الآخر بنظرية العلم بالقبول كالمشرع العراقي والمصري وهكذا.

ولكن المشكلة التي تثار هنا هي أن عقود التجارة الإلكترونية كثيراً ما تتم على النطاق الدولي وهذا سيؤدي إلى تداخل العديد من القوانين الوطنية، وهنا لم نتمكن من توقع

حل واحد لهذه المشكلة. ولا يوجد سوى نصين دوليين يمكن أن يطبّقا على هذه المسألة: أولهما إتفاقية فيينا الخاصة بالبيع الدولي للبضائع في ١١/أبريل/١٩٨٠ والتي تنطبق على عقود البيع الصفة الدولية للأموال المنقولة ذاتها فقط وتتبنّى هذه الإتفاقية نظرية إستلام القبول، ويترتب على ذلك أن عقود البيع الإلكترونية الدولية تنعقد في اللحظة التي يتسلم فيها الموجب القبول، أما العقود التي تتم على المستوى الوطني فتخضع للقانون الوطني، ولكن تبقى مشكلة العقود التي تتم على المستوى الدولي بين دولتين لم تنظم إحداهما أو كلتاهما لهذه الإتفاقية.(١) أما النص الثاني فهو قانون الأونسيترال النموذجي وهذا أيضاً يتبنّى نظرية إستلام القبول.(٢)

وتجدر الإشارة إلى أنه وعلى الرغم مما تقدّم فإن الجهود الدولية تسعى لإخراج التعاقد عن بعد من تحت مظلّة النظريات التقليدية بشأن التعاقد بين غائبين، بغية الوصول لنظرية مستقلة خاصة به تتمكن من معالجة الفروض المختلفة التي قد تثور بشأنه.(٣)

لذا فإننا لا نتفق مع البعض(٤) في إطلاقهم لوصف "إنها نوع من عقود المسافة أو العقود التي تبرم عن بعد ما بين غائبين" على عقود التجارة الإلكترونية. فالمسألة فيها تفصيل ولتحديد اللحظة التي تنعقد فيها عقود التجارة الإلكترونية لا بد من التمييز بين العقود التي تتم عن طريق (صفحات الويب، وغرف وبرامج المحادثة، والتلفاز، وهواتف الإنترنيت) من جهة والعقود التي تتم عن طريق (البريد الإلكتروني) من جهة أخرى، ومن ثم نتعرض لموقف الفقه الإسلامي من التعاقد بهذه الوسائل. ويتطلب هذا الامر تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب.

---

(١) د.أسامة أبو الحسن مجاهد وآخرون، مصدر سابق، ص٤٧.

(٢) المادة (١٥) من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لعام ١٩٩٦.

(٣) محمد خالد جمال رستم، مصدر سابق، ص١٦.

(٤) فؤاد العلواني و د.عبد جمعة موسى الربيعي، الأحكام العامة في التفاوض والتعاقد عبر الإنترنيت، الطبعة الأولى، بيت الحكمة، بغداد، ٢٠٠٣، ص٧٦. محمد خالد جمال رستم، المصدر السابق، ص٦. د.محمد السيد عرفة، مصدر سابق، ص٣٤.

المطلب الأول

العقود التي تتم عن طريق (صفحات الويب، وغرف وبرامج المحادثة، والتلفاز، وهواتف الإنترنيت) وطبيعتها القانونية

يبدأ مجلس العقد في هذه العقود بإعلان الإيجاب على صفحة الموقع أو التلفاز، أو بعرضه مباشرة على شخص أو مجموعة أشخاص في غرف وبرامج المحادثة وهواتف الإنترنيت. والإيجاب كما قلنا سابقاً إذا تمّ عبر التلفاز أو صفحات الويب يعدّ إيجاباً مفتوحاً ويمكن للطرف الآخر القبول في أي وقت شاء" إلا إذا حدد الموجب مدّة لإيجابه، وأما إذا كان الإيجاب قد تمّ عبر غرف المحادثة أو هاتف الإنترنيت فيجب أن يكون القبول فورياً قبل الإنتهاء من المحادثة وإلا عدّ الإيجاب منتهياً بمجرد إنهاء المحادثة.

وتعمد كثير من الشركات إلى عرض سلعها وخدماتها على موقعها على شبكة الإنترنيت مع تحديد سعرها ومواصفاتها، وتقوم بتصوير السلع بطريقة ثلاثية الأبعاد. وفي المقابل يقوم من يرغب بتلك السلعة أو الخدمة بالتعاقد عليها بالنقر على مفتاح الموافقة فيظهر العقد المتعلق بالشراء والمعدّ من الشركة، وتتضمن هذه العقود في الغالب آلية الدفع وشروط التعاقد ومكانه وكيفية التسليم والقانون الذي يحكم العقد وغير ذلك من الشروط والمعلومات الجوهرية التي تختلف بحسب المعقود عليه وبحسب الشركات.[١]

ويتم التعاقد عن طريق هذه الوسائل بموافقة الزبون على الإيجاب ويكون ذلك إما عن طريق الضغط على أيقونة خاصة للقبول أو بطباعة عبارة القبول وإرسالها في عقود الويب أو بالتلفظ بعبارة القبول في عقود غرف وبرامج المحادثة للتلفاز وهواتف الإنترنيت.

ويذكر انه في حالة القبول بالضغط على الأيقونة الخاصة بالقبول، قد يشترط الموجب أن يتم القبول بالنقر مرتين (Double Click) على هذه الأيقونة، وغالباً ما يلجأ الموجب لهذه الطريقة لغرض التأكد من صحة وجدّية القبول أولاً" وحتى لا يدّعي القابل بأن النقرة

(١) د.أشرف عبد الرزاق ويح، مصدر سابق، ص٢٧. د.عبد الله بن إبراهيم بن عبد الله الناصر، مصدر سابق، ص٦.

كانت عن طريق السهو أو الخطأ ثانياً، إذ يدل النقر مرتين على موافقة القابل على إبرام العقد.[١]

ويثار التساؤل هنا عن وقت إنعقاد العقد عن طريق هذه الوسائل هل هو لحظة قيام القابل بالضغط على الأيقونة الخاصة بالقبول؟ أم لحظة طباعته لعبارة القبول وإرسالها؟ أم لحظة وصول القبول إلى الموجب؟ أم لحظة تلفظ القابل بعبارة القبول؟.

في رأينا أن التعاقد عن طريق هذه الوسائل يعدّ تعاقداً بين حاضرين في مجلس عقد حكمي لوجود تعاصر زماني بين المتعاقدين، وإن لم يكن هناك تعاصر مكاني، إذ أن العبرة في تحديد مجلس العقد هو التعاصر الزماني وليس المكاني فالموجب يقوم بعرض إيجابه مباشرة على صفحات موقعه الإلكتروني أو في غرف المحادثة أو على التلفاز أو عبر هاتف الإنترنيت وينتظر رد الزبائن المحتملين في نفس الوقت أو وقت قريب جداً في مدّة الإيجاب، لذا فإن وقت إنعقاد العقد عن طريق هذه الوسائل يتحدد باللحظة التي يوافق فيها القابل على العقد.

وقد سبقنا البعض[٢] إلى هذا الرأي بصورة مباشرة، في حين سبقنا إليه آخرون[٣] بصورة غير مباشرة حينما تكلّم عن طبيعة التعاقد بالتليفون والوسائل المماثلة له.

ونؤيد ما يراه البعض[٤] بأن هذه العقود تنعقد من اللحظة التي يوافق فيها القابل على العقد أياً كانت وسيلة التعبير عن هذا القبول سواء أكانت بالضغط على أيقونة الموافقة أم بطباعة عبارة القبول أم بتلفظ عبارة القبول، ذلك إن هذا الوسائل في التعاقد تظهر تواصلاً فورياً وآنياً بين المتعاقدين.

---

(١) المحامي فادي محمد عماد الدين توكل، مصدر سابق، ص٩١. د.محمد فواز المطالقة، مصدر سابق، ص٦٩. لما عبد الله صادق سلهب، مصدر سابق، ص١٠٤-١٠٥.

(٢) د.محمد فواز المطالقة، المصدر السابق، ص٣٤. فراس فاضل الشطي، مصدر سابق، ص٤.

(٣) د.أشرف عبد الرزاق ويح، مصدر سابق، ص٦٢-٦٦.

(٤) رامي محمد علوان، مصدر سابق، ص٢٦٢. د.خالد الصباحين، إنعقاد العقد الإلكتروني، بحث مقدّم إلى مؤتمر القانون والحاسوب الذي أقامته جامعة اليرموك، الأردن، للفترة ١٢-١٤/تموز/٢٠٠٤، ص٧.

المطلب الثاني

العقود التي تتم عن طريق (البريد الإلكتروني) وطبيعتها القانونية

"البريد الإلكتروني هو طريقة لإرسال الرسائل إلكترونياً وإستقبالها بين الحواسيب بإستخدام شبكة الإنترنيت"[1].

ويشبه البريد الإلكتروني إلى حد بعيد البريد العادي إلا أنه يختلف عنه في بعض التفاصيل التي تنبع من الطبيعة الخاصة له.

يبدأ مجلس العقد في هذه العقود بإرسال الموجب لإيجابه عن طريق رسالة بالبريد إلى شخص أو مجموعة أشخاص. والإيجاب كما قلنا سابقاً إذا تمّ عبر البريد الإلكتروني يعدّ إيجاباً مفتوحاً ويمكن للطرف الآخر القبول في أي وقت شاء" إلا إذا حدد الموجب مدّة لإيجابه.

ويحقق الإيجاب الذي يتم بوساطة البريد الإلكتروني ميزة إستهداف العرض لأشخاص معينين في الحالة التي يرغب فيها التاجر أن يخص بالإيجاب الأشخاص الذين يرى أنهم قد يهتمون بمنتجه من دون غيرهم من أفراد الجمهور، فيجوز أن نشبههه إذن بالسعي لإبرام العقود بواسطة البريد. أما المرسل إليه فسيعلم بهذا العرض عندما يفتح صندوق بريده الإلكتروني وتكون له الحرية في قبول العرض أو رفضه برسالة إلكترونية من جانبه. وهكذا تسمح تقنية البريد الإلكتروني بالعلم بسهولة بالعروض التعاقدية، كما تسمح بتحقيق الشروط التي تتطلبها التشريعات المختلفة في الإيجاب من دون صعوبة كبيرة، لذا ينبغي أن تحرر الرسالة الإلكترونية على النحو الذي يجعلها بمثابة الإيجاب وهو ما لن يتحقق إلا إذا تضمنت الإلتزامات جميعها التي سيتم الإلتزام بها، أياً كان عدد من سيقبلون هذا الإيجاب، ولكن وعلى العكس من ذلك، يلحظ من الناحية العملية أن التاجر يحرص على ألا يلتزم إلى حد بعيد وذلك لكي يعد العرض المقدم منه مجرد إعلان لا يكفي لإنعقاد العقد إذا قبله من وجه إليه وهو ما يعطيه فرصة للتراجع تحسباً لظروف معينة مثل نفاد مخزونه في وقت معين والذي يحتمل أن يصيبه ببعض الضرر. أما في حالة الإيجاب الإلكتروني العام وهو الإيجاب الذي لا يحدد فيه العميل المحتمل بعينه بل يوجه للكل، إذ كثيراً ما يصادفنا بعض المواقع التي تعرض

(١) رامي محمد علوان، المصدر السابق، ص٢٥٦.

منتجات وخدمات على صفحات الإنترنيت الخاصة بها ويكون لمستعمل الشبكة الحرية في الرد على الإيجاب وفي التعاقد وذلك بإرسال بعض البيانات التي تحدد شخصيته فضلا على بعض البيانات المصرفية.(١)

والذي يهمنا هنا هو تحديد اللحظة التي ينعقد فيها العقد. هل ينعقد لحظة إعلان القابل لرغبته وكتابته لرسالة القبول للإيجاب حتى قبل إرسالها؟ أم لحظة إرسال الرسالة الإلكترونية حتى قبل وصولها لصندوق البريد الإلكتروني للموجب؟ أم لحظة وصول الرسالة الإلكترونية إلى صندوق البريد الإلكتروني للموجب حتى قبل قراءته لها؟ أم لحظة علم الموجب برسالة القبول بفتح لصندوق البريد الإلكتروني وقراءته للرسالة.

في رأينا أن التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني يعدّ تعاقداً بين غائبين لعدم وجود تعاصر مكاني وزماني بين المتعاقدين إذا أن الموجب يقوم بإرسال رسالة إلكترونية بالإيجاب للزبائن المحتملين وينتظر منهم الرد على هذه الرسالة في وقت لاحق، ونرى أنه لا يمكن ان يعدّ هذا الأمر من التعاقد بين حاضرين في مجلس عقد حكمي. لذا فإن وقت إنعقاد العقد عن طريق هذه الوسيلة يتحدد باللحظة التي يتسلّم فيها الموجب القبول.

وقد سبقنا البعض(٢) إلى هذا الرأي بصورة مباشرة، في حين سبقنا إليه آخرون(٣) بصورة غير مباشرة حينما تكلّم عن طبيعة التعاقد بالفاكس والوسائل المماثلة له. وفضلاً عمّا تقدّم فأن قانون الأونسيترال النموذجي قد أخذ بهذا الرأي.(٤)

وبناءً على ما تقدّم **فنحن نؤيد** ما يراه البعض(٥) بأن نظرية تسلم القبول هي النظرية المثلى للتطبيق على البريد الإلكتروني. لأننا إذا أخذنا بنظرية إعلان القبول فلن يعلم الموجب بقبول القابل لأنه لم يرسل الرسالة بعد، أما إذا أخذنا بنظرية تصدير القبول فلن يعلم الموجب بقبول القابل أيضاً لأنه ومع أن القابل قد أرسل الرسالة إلا أن الرسالة قد تضيع أو

(١) لمزيد من التفصيل ينظر د.أسامة أبو الحسن مجاهد وآخرون، مصدر سابق، ص٣٨-٣٩.

(٢) فراس فاضل الشطي، مصدر سابق، ص١٢.

(٣) د.أشرف عبد الرزاق ويح، مصدر سابق، ص٧٧-٧٩.

(٤) المادة (١٥) من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لعام ١٩٩٦.

(٥) رامي محمد علوان، مصدر سابق، ص٢٥٩-٢٦٠.

تصل محرفة أو أن لا تصل لرفضها من جدران الحماية، أما إذا أخذنا بنظرية تسلم القبول فلن يستطيع الموجب التذرع بأنه لم تصل رسالة القبول إلى صندوق بريده الإلكتروني أو أنه لم يقم بفتح بريده الإلكتروني. ويمكن إفتراض تسلم رسالة القابل قرينة قابلة لإثبات العكس على علم الموجب بالقبول فإذا لم يعلم الموجب بتسلمه لرسالة القبول وفحواها عُدّ مهملاً ولا يجوز أن يتحمل القابل نتيجة هذا الإهمال. أم لو أخذنا بنظرية العلم بالقبول لكان في ذلك تأخيراً للمعاملات التي تتطلب السرعة وغبناً للمتعاقد الذي يرجو إبرام العقد بسرعة لغرض الاستفادة من آثاره بما أننا في عصر السرعة.

المطلب الثالث

موقف الفقه الإسلامي من التعاقد بالوسائل الإلكترونية

تنشأ عقود التجارة الإلكترونية تنشأ كما تقدّم أعلاه بقبول الإيجاب، والقبول إما يتم بالتلفظ بعبارة القبول أو عبر الضغط على أيقونة القبول أو عبر الكتابة ثم الضغط على أيقونة القبول.

ولتوضيح موقف الفقه الإسلامي مما تقدّم فلا بد من تقسم هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الأول موقف الفقه الإسلامي من العقود التي تتم باللفظ كعقود (غرف وبرامج المحادثة، والتلفاز، وهواتف الإنترنيت)، ونتناول في الثاني موقف الفقه الإسلامي من العقود التي تتم بالكتابة كعقود (صفحات الويب، البريد الإلكتروني).

الفرع الأول

موقف الفقه الإسلامي من العقود التي تتم باللفظ

كعقود (غرف وبرامج المحادثة، والتلفاز، وهواتف الإنترنيت)

بالنظر إلى عدم وجود مثل هذه الوسائل في عصرهم لذا فإن الفقهاء المسلمين لم يتعرضوا لهذه المسائل قديماً، ولكننا إذا رجعنا إلى أقوال الفقهاء المسلمين لوجدنا أساساً لفكرة التعاقد بهذه الوسائل.

فالإمام النووي يقول: "لو تناديا وهما متباعدان وتبايعا، صح البيع بلا خلاف"، فالعقد بهذه الوسائل كالعقد بين شخصين متباعدين لا يرى أحدهما الآخر ولكنه يسمعه. و أن القاعدة الأساس في العقود هي تحقق رضا الطرفين والتعبير عنه بأية وسيلة مفهومة.(١)

فضلاً عن ما تقدّم فإن مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي قرر صحة التعاقد عن طريق هذه الوسائل بقوله: "٢- إذا تم التعاقد بين طرفين في وقت واحد، وهما في مكانين متباعدين، وينطبق هذا على الهاتف واللاسلكي، فإن التعاقد بينهما يعد تعاقداً بين حاضرين، وتطبق على هذه الحالة الأحكام الأصلية المقررة لدى الفقهاء...".(٢)

الفرع الثاني

موقف الفقه الإسلامي من العقود التي تتم بالكتابة

كعقود (صفحات الويب، البريد الإلكتروني)

بداية لا بد من الإشارة إلى أن الفقهاء المسلمين إختلفوا أصلاً في مدى الإعتداد بالكتابة كوسيلة للتعبير عن الإرادة، سواء أكانت بين حاضرين أم بين غائبين، على ثلاثة

(١) لمزيد من التفصيل ينظر د.أشرف عبد الرزاق ويح، مصدر سابق، ص٣٠-٣٦. ربحي الجديلي، حكم إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة، ٢٠٠٤، ص٢٣، بحث منشور على موقع الإنترنيت:
www.ao-academy.org/docs/hokom27072010.doc

(٢) هذا الحكم مشار إليه لدى د.أشرف عبد الرزاق ويح، المصدر السابق، ص٣٨.

مذاهب: **المذهب الأول** وهو مذهب جمهور الفقهاء، من المالكية والشافعية والحنابلة، ويرون أن الكتابة كالخطاب، فالتعاقد بها جائز سواء أكان بين حاضرين أم بين غائبين، وسواء قدر المتعاقدان على النطق أم عجزا عنه غير أنهم إستثنوا من هذا الحكم عقد النكاح. أما **المذهب الثاني** فهو مذهب بعض الشافعية وبعض الزيدية وأغلب الإمامية، ويرون أنه لا يصح التعاقد بالكتابة إلا لمن كان عاجزاً عن النطق والكلام فقط. وأما **المذهب الثالث** فهو مذهب الحنفية، ويرون أن الكتابة كالخطاب للغائب فقط، ولم يستثنوا حتى عقد النكاح. وقد إستدل أصحاب كل مذهب بمجموعة من الحجج والأدلة لتأييد مذهبه.[١]

ويذكر أن الرأي الراجح من بين هذه المذاهب هي رأي جمهور الفقهاء وذلك لقوة الأدلّة التي إستدلوا بها لرأيهم، ولأن رأيهم يتفق مع القاعدة الأساس في العقود ألا وهي تحقق رضا الطرفين والتعبير عنه بأية وسيلة مفهومة ولا يخفى على أحد بأن الكتابة من الوسائل التي تحقق ذلك الغرض، وأن رأيهم يتماشى مع روح الشريعة الإسلامية في التيسير على الناس وتسهل معاملاتهم. إذن فعقود التجارة الإلكترونية التي تتم بالكتابة كعقود (صفحات الويب، البريد الإلكتروني) تكشف بصورة واضحة من دون شك عن رضا المتعاقدين فتكون هذه الوسائل معتبرة شرعاً لعدم تضمنها محذوراً شرعياً.[٢]

ويذكر أيضاً أن المشرّع العراقي قد أخذ برأي جمهور الفقهاء فيما يخص هذه المسألة فنص في المادة (٧٩) من القانون المدني على: (كما يكون الإيجاب أو القبول بالمشافهة يكون بالمكاتبة وبالإشارة الشائعة الاستعمال ولو من غير الأخرس وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي وباتخاذ أي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكا دلالته على التراضي.)

(١) لمزيد من التفصيل حول هذه المذاهب وحججها وأدلتها والردود عليها ينظر د.أشرف عبد الرزاق ويح، المصدر السابق، ص٣٩-٤٦.

(٢) لمزيد من التفصيل ينظر د.أشرف عبد الرزاق ويح، المصدر السابق، ص٤٦-٤٨.

الخاتمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على رسول الله الكريم محمد وعلى آله وأصحابه أجمعين وبعد:-

فبعد إنتهائنا من دراسة موضوع البحث لا بد من أن نورد بعض النتائج والتوصيات التي توصلنا إليها على وفق الاتي:

أولاً/ النتائج

١. إن مجلس العقد في المزايدات قد يأخذ شكلاً آخر ولاسيما الحكومية التي يكون العطاء فيها كتابة ولو كان المزايد حاضراً وقد تدوم المزايدة في الشيء الواحد أياماً أو أسابيعاً أو شهوراً بانتظار أصحاب الرغبة حتى انقضاء المدة المحددة ويعدّ هذا كله مجلس عقد واحد.

٢. إن التعاقد بالهاتف يعدّ إحدى صور مجلس العقد الحكمي وهو يجمع بين حالتي التعاقد بين حاضرين والتعاقد بين غائبين فهو من حيث الزمان يخضع لأحكام التعاقد بين حاضرين أما من حيث المكان فيخضع لأحكام التعاقد بين غائبين.

٣. إن التجارة الإلكترونية وعقد التجارة الإلكترونية لا يختلفان كثيراً عن التجارة التقليدية وعقودها سوى بالوسيلة التي يتم فيها هذا النوع من التعاقد، وهذه الوسيلة هي التي تبرز الخصوصية التي تتمتع بها التجارة الإلكترونية وعقودها وما تتطلبها من أحكام وقواعد قانونية خاصة بها.

٤. لا يجوز في عقود التجارة الإلكترونية إستنتاج قبول العميل من مجرد سكوته وإن كان هناك تعامل سابق بين الطرفين وذلك للخصوصية التي تتمتع بها هذه الأنواع من العقود فينبغي أن يقترن بهذا السكوت الملابس وبهذا التعامل السابق ظرف آخر لا يدع مجالاً للشك في دلالته على القبول.

٥. إن العرض إذا تضمن الإشارة إلى كافة العناصر الأساسية والجوهرية للعقد من وصف دقيق للمبيع وتحديد للثمن وما إلى ذلك فهذا يعد إيجاباً كاملاً بحيث إذا وافقه قبول من

طرف آخر إنعقد العقد، أما إذا لم يكن كذلك فيعد مجرد دعوة للتعاقد فقط وهذا ينطبق تماماً على عقود التجارة الإلكترونية

٦. يؤخذ على التجارة الإلكترونية أنها يتاح فيها لناقص الأهلية التعاقد عبر الإنترنيت، ومن ثم يمكن أن يدفع فيما بعد ببطلان العقد حسب القانون الذي يحكم الأهلية، إلا أن هذا الأمر يمكن تداركه عبر إلتزام المشتري بتسجيل جميع بياناته الشخصية وغيرها اللازمة للتعاقد، ومنها تاريخ ميلاده، وهو ما يتيح للبائع التحقق من بلوغ المشتري سن الرشد من عدمه. ومع ذلك تبقى مسألة الأمانة وحسن النية في تقديم المعلومات ضرورية لسلامة التعاقد.

٧. تثور فيما يخص عقود التجارة الإلكترونية مشكلة نفاد المخزون ومشكلة مدى يسار العميل، وتوصلنا إلى أنه من الأفضل للتاجر في هاتين الحالتين أن ينص في العرض الصادر منه بأنه ليس إلا دعوة للتعاقد ليتجنّب هذه الإشكاليات.

٨. كما تثور فيما يخص عقود التجارة الإلكترونية مشكلة حماية المستهلك وهذا ما يبرر التركيز على إعطاء المستهلك رخصة الرجوع في العقد خلال مدة معينة تحتسب عادة من تاريخ تسلمه للمنتج الذي تعاقد عليه.

٩. فيما يخص تحديد مكان إنعقاد عقد التجارة الإلكترونية يذهب أغلب الشرّاح وأغلب التشريعات المقارنة وبضمنها قانون الأونسيترال النموذجي إلى الأخذ بمعيار المكان الذي إتفق عليه طرفا العقد أما إذا لم يتفقا على مكان معين فيؤخذ بمعيار مقر الموجب وفي حالة تعدد مقرات الموجب يتم الإعتماد على المقر الرئيس للموجب لتحديد مكان إنعقاد عقد التجارة الإلكترونية.

١٠. أما فيما يخص تحديد لحظة إنعقاد العقد فيذهب أغلب الشرّاح وأغلب التشريعات المقارنة وبضمنها قانون الأونسيترال النموذجي وإتفاقية فيينا للعام ١٩٨٠ إلى الأخذ بنظرية إستلام القبول، ويترتب على ذلك أن عقود البيع الإلكترونية الدولية تنعقد في اللحظة التي يتسلم فيها الموجب القبول.

١١. إن الإيجاب في العقود التي تتم عن طريق (صفحات الويب، وغرف وبرامج المحادثة، والتلفاز، وهواتف الإنترنيت) يعدّ إيجاباً مفتوحاً إلا إذا حدد الموجب مدّة لإيجابه، ويتم التعاقد عن طريق هذه الوسائل إما عن طريق الضغط على أيقونة خاصة للقبول أو بطباعة عبارة القبول وإرسالها في عقود الويب أو بالتلفظ بعبارة القبول في عقود غرف وبرامج المحادثة والتلفاز وهواتف الإنترنيت، وتنعقد هذه العقود منذ اللحظة التي يوافق فيها القابل على العقد أياً كانت وسيلة التعبير عن هذا القبول، ويعدّ التعاقد هنا قد تمّ بين حاضرين.

١٢. إن الإيجاب في العقود التي تتم عن طريق (البريد الإلكتروني) يعدّ إيجاباً مفتوحاً إلا إذا حدد الموجب مدّة لإيجابه، ويتم التعاقد عن طريق هذه الوسيلة بإرسال رسالة بالبريد الإلكتروني، أما الوقت الذي يعد فيه هذا النوع من العقود منعقداً فهو وقت وصول رسالة القبول إلى البريد الإلكتروني للموجب، ويعدّ التعاقد هنا قد تمّ بين غائبين.

ثانياً/ التوصيات

١. نوصي المشرّع العراقي بالبدء بإعادة النظر في قواعد القانونين المدني والتجاري وتعديلهما بما ينسجم مع التطور الحاصل في عديد من المجالات ومنها المجال الإلكتروني، ونوصيه بإصدار تشريع قانوني إلكتروني يعالج الطبيعة الخاصة للتجارة الإلكترونية ولعقود التجارة الإلكترونية وإشكالياتها.

٢. فيما يخص تحديد مكان إنعقاد عقد التجارة الإلكترونية أقترح على المشرّع العراقي الأخذ بالمعيار الذي أيّده أغلب الشرّاح وأخذت به أغلب التشريعات المقارنة وبضمنها قانون الأونسيترال النموذجي، ألا وهو معيار (المكان الذي إتفق عليه طرفا العقد أما إذا لم يتفقا على مكان معين فيؤخذ بمعيار مقر الموجب وفي حالة تعدد مقرات الموجب يتم الإعتماد على المقر الرئيس للموجب لتحديد مكان إنعقاد عقد التجارة الإلكترونية).

٣. فيما يخص تحديد لحظة إنعقاد عقد التجارة الإلكترونية أقترح على المشرّع العراقي الأخذ بالمعيار الذي أيّده أغلب الشرّاح وأخذت به أغلب التشريعات المقارنة وبضمنها قانون

الأونسيترال النموذجي وإتفاقية فيينا للعام ١٩٨٠، ألا وهو معيار (وصول أو تسلّم القبول) لأنه أكثر توافقاً مع طبيعة التجارة الإلكترونية التي تمتاز بالسرعة وأكثر ضماناً لحقوق المتعاقد.

٤. أقترح على المشرّع العراقي النص على عدم إعتبار السكوت كقبول في عقود التجارة الإلكترونية، وإن كان هناك تعامل سابق بين الطرفين وذلك للخصوصية التي تتمتع بها هذه الأنواع من العقود، إلا إذا إقترن بهذا السكوت الملابس أو التعامل السابق ظرف آخر لا يدع مجالاً للشك في دلالته على القبول.

٥. أقترح على المشرّع العراقي النص على منح المستهلك رخصة الرجوع عن العقد في عقود التجارة الإلكترونية خلال مدة معينة تحتسب من تاريخ تسلمه للمنتج الذي تعاقد عليه.

٦. أقترح على المشرّع العراقي النص على أن العقود التي تتم عن طريق (صفحات الويب، وغرف وبرامج المحادثة، والتلفاز، وهواتف الإنترنيت) تعدّ عقوداً بين حاضرين. أما العقود التي تتم عن طريق (البريد الإلكتروني) فأقترح عليه النص على إعتبارها عقوداً بين غائبين.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً/ الكتب

١. د.أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي (الإلكتروني، السياحي، البيئي)، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢.

٢. د.أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، شركة الطباعة الفنية المتحدة، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، بدون تاريخ نشر.

٣. د.أسامة أبو الحسن مجاهد وآخرون، الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية، المجلس الأعلى للثقافة، القاهرة، ٢٠٠٣.

٤. د.أشرف عبد الرزاق ويح، التعاقد بوسائل الإتصال الحديثة (التليفون، المحمول، الفاكس، الإنترنيت)، بدون مكان وتاريخ نشر.

٥. أنور العمروسي، التعليق على نصوص القانون المدني المعدل، الجزء الأول، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٣.

٦. د.بدران أبو العينين بدران، الشريعة الإسلامية (تاريخها ونظرية الملكية والعقود)، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، بدون تاريخ نشر.

٧. د.حسن الذنون، محاضرات في القانون المدني العراقي (نظرية العقد)، نهضة مصر، دار الطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٥٦.

٨. سمير برهان، إبرام العقد في التجارة الإلكترونية، المجلس الأعلى للثقافة، القاهرة، ٢٠٠٣.

٩. د.شمس الدين الوكيل، دروس في الالتزامات، منشأة المعارف بالإسكندرية، الإسكندرية، بدون تاريخ نشر.

١٠. د.صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٦.

١١. د.طوني ميشال عيسى، التنظيم القانوني لشبكة الإنترنيت، أطروحة دكتوراه مقدّمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية في الجامعة اللبنانية، بيروت، ٢٠٠٠.

١٢. د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول (نظرية الإلتزام بوجهٍ عام)، المجلد الأول (مصادر الالتزام)، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩.

١٣. د.عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، الجزء الأول في انعقاد العقد (أركان العقد)، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٧.

١٤. د.عمر السيد احمد عبد الله، إبرام العقد في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥.

١٥. فؤاد العلواني و د.عبد جمعة موسى الربيعي، الأحكام العامة في التفاوض والتعاقد عبر الإنترنيت، الطبعة الأولى، بيت الحكمة، بغداد، ٢٠٠٣.

١٦. المحامي فادي محمد عماد الدين توكل، عقد التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠.

١٧. الإمام محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الاتحاد العربي للطباعة، دار الفكر العربي، بدون مكان نشر، ١٩٧٧.

١٨. د.محمد حسين عباس، العقد والإرادة المنفردة، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، ١٩٥٩.

١٩. محمد خالد جمال رستم، التنظيم القانوني للتجارة والإثبات الإلكتروني في العالم، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٦.

٢٠. د.محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٦.

٢١. أ.مصطفى الزرقا، محاضرات في القانون المدني السوري، مطبعة دار الهنا، مصر، ١٩٥٤.

٢٢. د.منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، الجزء الأول (مصادر الالتزام)، الطبعة الأولى، بغداد، ١٩٩١.

ثانياً/ المجلات والدوريات

١. رامي محمد علوان، التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنيت وإثبات التعاقد الإلكتروني، بحث منشور في مجلة الحقوق الصادرة عن مجلس النشر العلمي في جامعة الكويت، السنة السادسة والعشرون، العدد الرابع، الكويت، ديسمبر ٢٠٠٢.

ثالثاً/ بحوث المؤتمرات

١. د.أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنيت، بحث مقدم إلى (مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت) الذي أقامته كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة بالتعاون مع مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية ومركز تقنية المعلومات بالجامعة، الإمارات، ١-٣/مايو/٢٠٠٠.

٢. د.حسام الدين الأهواني، حماية حقوق الملكية الفكرية في مجال الإنترنيت، بحث مقدّم إلى المؤتمر العالمي الأول حول الملكية الفكرية الذي أقامته جامعة اليرموك، الأردن، للفترة ١٠-١١/تموز/٢٠٠٠.

٣. د.خالد الصباحين، إنعقاد العقد الإلكتروني، بحث مقدّم إلى مؤتمر القانون والحاسوب الذي أقامته جامعة اليرموك، الأردن، للفترة ١٢-١٤/تموز/٢٠٠٤.

٤. د.خالد ممدوح إبراهيم، عقود التجارة الإلكترونية، بحث مقدّم إلى مؤتمر التجارة الإلكترونية وأمن المعلومات (الفرص والتحديات)، الذي أقامه مركز العدالة للتحكيم والاستشارات القانونية، القاهرة، ١٦-٢٠/نوفمبر/٢٠٠٨.

٥. د.محمد السيد عرفة، التجارة الدولية الإلكترونية عبر الإنترنيت (مفهومها والقاعدة القانونية التي تحكمها ومدى حجية المخرجات في الإثبات)، بحث مقدم إلى (مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت) الذي أقامته كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة بالتعاون مع مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية ومركز تقنية المعلومات بالجامعة، الإمارات، ١-٣/مايو/٢٠٠٠.

رابعاً/ الرسائل والأطاريح الجامعية

١. عايض راشد عايض المري، مدى حجية التكنولوجيا الحديثة في إثبات العقود التجارية، أطروحة دكتوراه مقدّمة إلى كلية الحقوق – جامعة القاهرة، القاهرة، ١٩٩٨.

٢. لما عبد الله صادق سلهب، مجلس العقد الإلكتروني، رسالة ماجستير مقدّمة إلى كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس – فلسطين، ٢٠٠٨.

خامساً/ القوانين

١. القانون المدني العراقي المرقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدّل.

٢. القانون المدني المصري المرقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ المعدّل.

٣. القانون المدني السوري المرقم (٨٤) لسنة ١٩٤٩ المعدّل.

٤. قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لعام ١٩٩٦ الذي إعتمدته لجنة الأمم المتّحدة للقانون التجاري الدولي والصادر عن الجمعية العامة للأمم المتّحدة بقرارها المرقم (١٦٢/٥١) عام ١٩٩٦.

سادساً/ بحوث الإنترنيت

١. أ.د.أحمد شرف الدين، الإيجاب والقبول في التعاقد الإلكتروني وتسوية منازعاته، بحث منشور على موقع الإنترنيت: www.arablawinfo.com

٢. ربحي الجديلي، حكم إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة، ٢٠٠٤، بحث منشور على موقع الإنترنيت:
www.ao-academy.org/docs/hokom27072010.doc

٣. د.عبد الله بن إبراهيم بن عبد الله الناصر، العقود الإلكترونية، بحث منشور على موقع الإنترنيت: dc129.4shared.com/download/N1-EHwsM/__online.do

٤. فراس فاضل الشطي، إبرام العقد الإلكتروني، معهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية، بحث منشور على موقع الإنترنيت:
http://www.e-kutub.ru/كتب/القانون/إبرام–العقد–الإلكتروني/