المجلة العلمية لجامعة جيهان – السليمانية
المجلد (6) – العدد (2)، كانون الأول 2022
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)
ص:150-161

# القانون الواجب التطبيق على التعاقد فيما بين غائبين في عقود التجارة الإلكترونية دراسة تحليلية

اواز سليمان دزةيي

قسم المحاسبة، كلية الادارة والاقتصاد، جامعة صلاح الدين، أربيل، العراق

Email: awazdizaye44@gmail.com

**الملخص:**

نتيجة لتزايد النشاط التجاري الالكتروني داخلياً ودولياً على حد سواء وانسجاما مع التطور الحاصل في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات وانشطة الانترنت، ولتوفير الاسس والاطر القانونية للمعاملات الالكترونية من خلال وسائل الاتصالات الحديثة وتشجيع صناعة الانترنت وتكنولوجيا المعلومات وتنميتها ومواكبة التطورات القانونية في الجوانب الالكترونية وتطويع النظام القانوني التقليدي بما ينسجم مع نظم تقنية المعلومات والاتصالات الحديثة فقد اصدر المشرع العراقي قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم (87) لسنة 2012 والذي حاول تنظيم مسألة العقود الإلكترونية إلا أن هناك مشكلة قد غابت عن المشرع العراقي من حيث معالجتها وهي مسألة تحديد مكان ابرام العقد وبالتالي حل مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق، فلا هو حدد مكان ابرام العقد التجاري الإلكتروني بدقة تمنع الوقوع في إشكالية تنازع القوانين ولا هو أحال بنص صريح الى نص المادة 1/25 من القانون المدني العراقي وبالتالي يتم حل هذه المشكلة، فكان لزاماً علينا ان نتصدى الى إشكالية مكان ابرام العقد وتحديد القانون الواجب التطبيق.

**الكلمات المفتاحية:** العقد التجاري الالكتروني، القانون الواجب التطبيق، التعاقد ما بين غائبين، المسؤولية العقدية، العقد.

**پوختە:**

گرنگی بازرگانی ئەلیکترۆنی لە ڕێگەی ئینتەرنێتەوە و بەکارهێنانەکانی ڕۆژ بە ڕۆژ زیاتر دەبێت و گرێبەستەکان ئامرازی سەرەکین کە فرۆشیاران و کڕیاران لە ڕێگەی ئەم تۆڕەوە بەکاری دەهێنن.

بەڵام قۆناغی گرێبەستکردن و کۆبوونەوەی ئەو دوو وەسیەتنامەیە لە بواری ئەو گرێبەستانەدا کە لە دوورەوە ئەنجام دەدرێن، کێشەی زۆر لەسەر مێزەکە دەوروژێنێت کە دەبێت چارەسەر بکرێن. بۆ ئەوەی بتوانرێت بە ڕوونی تیشک بخەینە سەر ئەو تایبەتمەندییەی کە ئەم گرێبەستانە بەو شێوەیەی کە ئەنجام دەدرێن جیا دەکاتەوە لەو گرێبەستانەی کە بە شێوازی تەقلیدی لە چوارچێوەی ئامادەبوونی فیزیکی بەڵێندەرەکاندا ئەنجام دەدرێن، لە دیارترین کێشەکان کە سەرهەڵدەدەن کێشەی دیاریکردنی کات و شوێنی ئەنجامدانی ئەو گرێبەستانە، بەهۆی گرنگی دیاریکردنی هەریەکێکیانەوە، کە:

1. دیاریکردنی کاتی ئەنجامدانی گرێبەستەکە ئەم بابەتانەی خوارەوە بۆ ئێمە دیاری دەکات:
   أ. گرێبەستی ئیجباری، و بەم شێوەیەش خۆبەدوورگرتن لە هەریەکێک لە لایەنەکان کە تاکلایەنە وازی لێبهێنێت.
   ب. ب. کاریگەرییەکانی گرێبەستەکە - لەم ساتەوەختەوە - لە گواستنەوەی خاوەندارێتیەوە دێت هەر کە گرێبەستەکە ئەنجامدرا، هەروەها دیاریکردنی بەرپرسیارێتی لەدەستدانی موڵک و ماڵی فرۆشراو.
   ت. دەست بکە بە حیسابکردنی یاسای بەسەرچوون.
2. پرسی دیاریکردنی شوێنی گرێبەستەکە لە ژێر ڕۆشنایی خۆیدا دیاری دەکرێت:
   أ. دادگای کارا بۆ ڕەچاوکردنی ئەو ناکۆکییەی کە لە نێوان هەردوو لایەن لە پەیوەندی لەگەڵ گرێبەستەکەدا سەرهەڵدەدات.
   ب. یاسای کارپێکراو بۆ گرێبەستەکە.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/6.2.9

Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

المجلة العلمية لجامعة جيهان – السليمانية
المجلد (6) – العدد (2)، كانون الأول 2022
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)
ص: 150-161

لە ڕاستیدا جێبەجێشتنی پرسی ڕێکخستنی ئەم جۆرە گرێبەستانە بۆ دەسەڵاتی یاسا نیشتمانییەکان و ڕێسا تەقلیدییەکان بێ گومان دەبێتە هۆی نیگەرانی لەسەر ئاستی نێودەوڵەتی و بۆ گەیشتن بە ئامانجی پشت ئەم لێکۆڵینەوەیە هەوڵدەدەین لێدوانێک بدەین:

1. مەبەست لەو گرێبەستانە چییە کە دوای...
2. ئەو تیۆرییانەی فیقهی سەبارەت بەم بابەتە دەیخاتە ڕوو.
3. هەڵوێستی ڕێککەوتننامە نێودەوڵەتییەکان و هەندێ یاسای دەرەکی و عەرەبی لەسەر ئەو بابەتە.

سەبارەت بە بابەتی تایبەت بە هەڵوێستی یاسادانەری عێراق، یاسای بازرگانی عێراق بڕگەکانی گرێبەستی بازرگانی ئەلیکترۆنی ڕێکنەخستووە، بەڵام دەقێکی تایبەت هەیە کە پەیوەندی بە گرێبەستکردن لە نێوان ئامادەنەبووواندا هەیە لە چوارچێوەی یاسای مەدەنی عێراقی ژمارە 40ی ساڵی 1951، 2016. کە دەقی مادەی (87)ە کە تێیدا هاتووە کە:

1. گرێبەستی نێوان ئامادەنەبووان بەو شوێن و کاتە دادەنرێت کە پێشکەشکار ئاگاداری وەرگرتنەکە بێت، مەگەر ڕێکەوتنێکی ڕوون یان ناڕاستەوخۆ یان دەقێکی یاسایی هەبێت کە بە پێچەوانەوە دیاری بکات.
2. وا گریمانە دەکرێت کە پێشکەشکارەکە لە شوێن و کاتەدا کە گەیشتووەتە دەستی، ئەو قبوڵکردنەی زانیبێت.

دەمەوێت ئاماژە بەوە بکەم کە ئێمە لە کاتی لێکۆڵینەوەکەماندا ڕێبازێکی بەراوردکاری و شیکاری لە مامەڵەکردن لەگەڵ بابەتەکەدا دەگرینەبەر، لەسەر بنەمای دەستپێکردن لە واقیعی هەندێک (مۆدێل) یاسای عەرەبی لەگەڵ هەوڵدان بۆ قووڵکردنەوە و دەوڵەمەندکردنی توێژینەوەکە لە ڕێگەی چارەسەرەکانەوە کە لە ناوەوە دەرهێنراون چوارچێوەی یاسای بەراوردکاری.

**کلیلەوشەکان:** گرێبەستی بازرگانی ئەلکترنی، یاسای بە ئەرک جێبەجێکراو، گرێبەستکردن لە نێوان ئامادە نەبووانداء بەرپرسیارێتی گرێبەستی، گرێبەست.

**Abstract:**

As a result of the increase in electronic commercial activity both internally and internationally and in line with the development in the field of information and communication technology and Internet activities, and to provide the legal foundations and frameworks for electronic transactions through modern means of communication, encouraging the Internet and information technology industry and its development, keeping pace with legal developments in electronic aspects and adapting the traditional legal system including In line with modern information and communication technology systems, the Iraqi legislator issued the Electronic Signature and Electronic Transactions Law No. (87) for the year 2012, which tried to regulate the issue of electronic contracts, but there is a problem that has been absent from the Iraqi legislator in terms of addressing it, which is the issue of determining the place of concluding the contract and thus solving the problem of determining The applicable law, neither did it specify the place of concluding the electronic commercial contract accurately to prevent falling into the problem of conflict of laws, nor did it refer explicitly to the text of Article 25/1 of the Iraqi Civil Code and thus this problem is solved, it was necessary for us to address the problem of the place of concluding the contract Determine the applicable law.

**Key words**: Electronic commercial contract, applicable law, contract between absentees, contractual liability, contract.


DOI: http://dx.doi.org/10.25098/6.2.9
Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

المجلة العلمية لجامعة جيهان – السليمانية ص:150-161
المجلد (6) – العدد (2)، كانون الأول 2022
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

**المقدمة:**

إن التطور الهائل الذي حققه الانسان في مجال التكنولوجيا المتعلقة بالمعلومات والاتصالات أسهمت الى حد كبير في ظهور التجارة الالكترونية والتي اصبحت في الآونة الاخيرة تشهد نمواً متصاعداً لما تتميز بها من سرعة في ابرام العقود حيث يمكن للفرد أن يتعاقد على ما يرغبه من خلال الضغط على لوحة المفتاح الموجودة بالحاسب أو حتى جهاز الهاتف المحمول الذي بين يديه، وتعد التجارة الالكترونية واحدة من المتغيرات الجديدة في عصر العولمة والحوسبة التي دخلت حياتنا بقوة وأصبحت شائعة الاستخدام.

إن السعي لإيجاد الحلول اللازمة للمشكلة التي نحن بصددها والتي تتمثل بتحديد لحظة ابرام العقد التجاري الالكتروني وتحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية أمر في غاية الأهمية، فنحن امام تقنية متقدمة تلعب دوراً في محتوى العقد ومناسبة ابرامه من عدمه، فهل يمكن التوفيق بين القواعد المستقرة للالتزامات العقدية، وبين هذه الصور من المعاملات الالكترونية؟

ويلاحظ ان اشكالية الزمان والمكان لا تثار عندما يتعاقد الطرفان عبر وسيلة الكترونية في مجال جغرافي واحد محكوم بقانونٍ واحد، وهذا يصدق بالنسبة للتجارة الداخلية، في حين ان التجارة الدولية لا تتمتع بهذا القدر من التنظيم القانوني، فظهور القصور في هذا المجال ازداد بظهور التجارة الالكترونية والانترنيت.

**أهمية البحث وسبب اختياره**

تتجلى اهمية تحديد زمان ومكان ابرام العقد التجاري الالكتروني وتحديد القانون الواجب التطبيق على هذا النوع من العقود، لما يترتب على هذا التحديد من نتائج قانونية مهمة، حيث ان معرفة زمان ابرام العقد يتحدد بناء عليه وقت انتقال الملكية والوقت الذي يحق فيه للشخص العدول وتحديد الطرف الذي يقع عليه تبعة الهلاك وحساب بداية مواعيد التقادم، كذلك من حيث جواز التمسك بدعوى عدم نفاذ التصرف، كذلك عند صدور قانون جديد يعدل في شروط انعقاد العقد فان القانون الجديد لا يسري على العقود التي تمت قبل نفاذه تطبيقاً لمبدأ عدم سريان القانون على الماضي[1].

وكذلك الحال بالنسبة لمكان ابرام العقد حيت يتحدد بناءً عليه القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة بالفصل في النزاع الناشئ عنه وهذا ما أشارت اليه الفقرة (1) من المادة (25) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 والتي نصت على أنه: ((1. يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فأذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد مالم يتفق المتعاقدان او يتبين من الظروف ان قانونا اخر يراد تطبيقه.)).

وتجدر الملاحظة إلى أن قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية رقم (78) لسنة 2012 قد نظم تحديد زمان ومكان انعقاد العقد الالكتروني بعد أن جوز ابرام العقد بالوسائل الالكترونية وذلك في المادة 18 فقرة أولاً منه[2]، إضافة الى تعريفه للعقد الالكتروني في الفقرة حادي عشر من المادة الأولى من هذا القانون، وسوف نسلط الضوء على هذه المسألة لاحقاً.

**إشكالية البحث**

مما لاشك فيه ان التجارة الالكترونية تثير العديد من المشكلات القانونية والعملية التي تحتاج الى حل، إذ ان العقد هو الوسيلة الاساسية التي من خلالها تتم التجارة الالكترونية، ولا بد من ان يأتي القانون لينظم جميع مراحلها وجوانبها لأنه من احدى اهم المشكلات التي تواجهنا من خلال هذا النوع من التجارة هي مسألة اشكالية زمان ومكان ابرام العقد التجاري الإلكتروني إن تم فيما بين غائبين، ذلك لان العقد تجارياً كان أم مدنياً قد لا يتم ابرامه من خلال اتحاد مجلس العقد حكماً بل قد يكون هناك فاصل زمني ما بين الإيجاب والقبول هذا من جانب، ومن جانب آخر هناك إشكالية أخرى تتعلق بالبحث وتتمثل بتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الالكتروني، يضاف الى ذلك اشكالية معرفة مكان انعقاد العقد التجاري الإلكتروني إن كان الموجب أو القابل هو خارج العراق، لأن المادة 21 من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم (78) لسنة 2012 قد اعتبرت إن مقر عمل الموجب والقابل هو مكان ابرام العقد، فلو فرضنا أن مقر عمل الموجب أو محل اقامته هو في دمشق وإن مقر عمل القابل أو محل اقامته هو في بغداد فكيف يمكن تحديد مكان ابرام العقد؟ وهل إن هذه المادة قد نسخت نص المادة (87) من القانون المدني العراقي التي اخذت بالعلم بالقبول؟ خصوصاً وأن المشرع في قانون التوقيع الإلكتروني لم ينص على الغاء النصوص الاخرى التي نظمت اي مسألة من مسائل القانون.

(1) الدكتور مالك دوهان الحسن، شرح القانون المدني،الجزء الأول، مصادر الألتزام، مطبعة الجامعة، بغداد، 1973، صفحة 187.
(2) حيث نصت على أنه: (يجوز ان يتم الايجاب والقبول في العقد بوسيلة الكترونية).

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/6.2.9

Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

المجلة العلمية لجامعة جيهان – السليمانية ص: 150-161
المجلد (6) – العدد (2)، كانون الأول 2022
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

**منهجية البحث**

اخترنا لغرض الوصول الى النتائج التي نطمح اليها في هذا البحث أن يكون منهج البحث هو المنهج التحليلي من خلال تحليل النصوص القانونية الخاصة ببحثنا وصولاً الى غاية البحث، وهي تحديد لحظة انعقاد العقد ومعرفة القانون الواجب التطبيق على العقود التجارية الإلكترونية.

**خطة البحث**

لغرض تحقيق الهدف من هذا البحث لتسليط الضوء على اشكالية ابرام العقد التجاري الالكتروني نقسم الموضوع الى مبحثين وفقاً للتقسيم التالي:

**المبحث الأول- تحديد لحظة انعقاد العقد التجاري الإلكتروني**
**المطلب الأول- المقصود بالعقد التجاري الإلكتروني وتمييزه عن العقد التجاري التقليدي**
**الفرع الأول- تعريف العقد التجاري الإلكتروني**
**الفرع الثاني- تمييز العقد التجاري الإلكتروني عن العقد التجاري التقليدي**
**المطلب الثاني- تحديد لحظة انعقاد العقد التجاري الالكتروني**
**المبحث الثاني- القانون الواجب التطبيق في عقود التجارة الإلكترونية**
**المطلب الأول- إرادة المتعاقدين وأثرها على تحديد القانون الواجب التطبيق الذي يحكم العقود الإلكترونية**
**المطلب الثاني- المعايير المعتمدة لحل مشكلة تنازع القوانين في العقود الإلكترونية**
**الخاتمة**
**النتائج والتوصيات**

## المبحث الأول- تحديد لحظة انعقاد العقد التجاري الإلكتروني

لمعرفة مدى تشابه العقد التجاري الإلكتروني بالعقد التجاري التقليدي وبالتالي معرفة فيما لو كانت القواعد التي تنظم العقدين تختلف عن الأخرى من جانب، إضافة الى معرفة تحديد لحظة انعقاد العقد التجاري الالكتروني من جانب آخر فقد آثرنا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في المطلب الأول منه تحديد المقصود بالعقد التجاري الإلكتروني وتمييزه عن العقد التجاري التقليدي، أما المطلب الثاني فسوف نسلط فيه الضوء على تحديد لحظة انعقاد العقد من حيث الزمان والمكان، وكما يلي:

### المطلب الأول- المقصود بالعقد التجاري الالكتروني وتمييزه عن العقد التجاري التقليدي

العقود التي تقع في البيئة التجارية لا حصر لها، سواء كانت مسماة أم غير مسماة، وتخضع العقود التجارية لأحكام الالتزامات التجارية كقاعدة عامة، على ان المشرع العراقي في القانون التجاري رقم (30) لسنة 1984 قد انتقى بعضاً من العقود التجارية ووضع لها قواعد تفصيلية خاصة([3]).

ولغرض التعرف الى العقد التجاري الالكتروني وتمييزه عن العقد المدني فسوف نقسم هذا المطلب الى فرعين يكون الفرع الأول موسوماً بعنوان تعريف العقد التجاري الإلكتروني، أما الفرع الثاني فيكون بعنوان تمييز العقد التجاري الإلكتروني عن العقد التجاري التقليدي، نتناولهما بالبحث تباعاً وكما يلي:

#### الفرع الأول- تعريف العقد التجاري الإلكتروني

العقد سواء كان تجارياً أم مدنياً فإنه لا يخرج عن كونه عقداً، وقد عرفه المشرع العراقي في المادة (73) من القانون المدني العراقي بأنه: (العقد هو ارتباط الايجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه). فالعقد التجاري ينطبق عليه ذات التعريف الوارد في القانون المدني([4]).

(3) راجع بالمعنى ذاته: الدكتور باسم محمد صالح، القانون التجاري، القسم الأول، مكتبة السنهوري، بيروت، 2015، صفحة 173.
(4) الدكتورة حورية لشهب، النظام القانوني للعقود التجارية، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، العدد الثاني عشر، نوفمبر، 2007، صفحة 224.


DOI: http://dx.doi.org/10.25098/6.2.9
Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

أما ما يخص العقد الإلكتروني فإن المشرع العراقي قد عرَّفَهُ في قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الالكترونية رقم (78) لسنة 2012 وذلك في المادة 1/عاشراً والتي نصت على أنه: (العقد الإلكتروني- ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه والذي يتم بوسيلة إلكترونية).

نخلص من ذلك بأن الفرق بين العقد التجاري التقليدي والعقد التجاري الإلكتروني يتمثل بالوسيلة الإلكترونية التي تم تنظيم العقد الإلكتروني عن طريقها[5].

**الفرع الثاني- تمييز العقد التجاري الإلكتروني عن العقد التجاري التقليدي**

قبل الدخول في التمييز بين العقد التجاري الإلكتروني والتقليدي نقول إن العقد الإلكتروني هو عقد عادي إلا أنه يكتسب الطابع الإلكتروني من الطريقة التي ينعقد بها أو الوسيلة التي يتم إبرامه من خلالها[6]. واستناداً الى قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية فإن الاختلاف بين كل من العقد التجاري الإلكتروني والعقد التجاري التقليدي يتمثل بما يلي:

1. **من حيث الوسيلة التي ينعقد فيها العقد**: حيث إن العقد التجاري الإلكتروني ينعقد عن طريق الوسائل الإلكترونية فقط وما عداها فنكون أمام عقد تجاري تقليدي.
2. **من حيث ادلة الإثبات**: إذ إن دليل الإثبات للعقد الإلكتروني يتمثل بالمستند الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني لكي نكون أمام دليل اثبات يعتد به قانوناً يساوي من حيث حجيته القانونية السند العادي[7]، في حين إن اثبات العقد التجاري التقليدي يكون بأدلة الإثبات المنصوص عليها في قانون الإثبات رقم (107) لسنة 1979.
3. **من حيث أنواع الأعمال التجارية:** فوفقاً لقانون التوقيع الإلكتروني يخرج العمل التجاري عن اعتباره عقدا إلكترونياً خاضع لقانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية إن كان يتعلق بأموال غير منقولة -باستثناء عقود الإيجار الخاصة بها- وذلك استناداً للمادة 3 ثانياً ج من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية[8]، وبالتالي فتكون محكومة بأحكام قانون التجارة رقم (30) لسنة 1984 كونها اعمالاً تجارية مادامت بقصد الربح استناداً للمادة 5 أولاً منه[9].

**المطلب الثاني- تحديد لحظة انعقاد العقد التجاري الالكتروني**

لتحديد اللحظة التي ينعقد فيها العقد الالكتروني من حيث الزمان والمكان فقد آثرنا تقسيم هذا المطلب الى فرعين، نوضح في الفرع الأول منه زمان انعقاد العقد الالكتروني، أما الفرع الثاني فنسلط الضوء فيه على مكان ابرام العقد الالكتروني، وكما يلي:

**الفرع الأول- تحديد زمان ابرام العقد التجاري الالكتروني**

لغرض تحديد زمان ابرام العقد التجاري الإلكتروني فإننا سوف نسلط الضوء على نقطتين: وهي تحديد زمان ابرام العقد التجاري التقليدي وتحديد زمان ابرام العقد التجاري الإلكتروني وكما يلي:

**أولاً- تحديد زمان ابرام العقد التجاري التقليدي**

لا يختلف ابرام العقد من الناحية المادية التقليدية كثيرا عن ابرام العقد الالكترونية فهناك تشابه بين العقدين من ناحيتي ركني السبب والمحل إلاّ أن الاختلاف يظهر في ركن الرضا من حيث وسيلة التعبير عن ارادتي الايجاب والقبول وتواجه القضاء صعوبات تتمثل في ضبط زمان أبرام العقد ومكانه وكذلك مكان التنفيذ[10].

---

(5) الدكتور لورنس محمد عبيدات، والدكتور محمد فواز مطالقة، العقود الالكترونية والبيئة الإلكترونية في النظام السعودي، مجلة كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، المقالة 4، المجلد 20، العدد 2، 2018، صفحة 70.
وقد عرف قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الالكترونية رقم (78) لسنة 2012 الوسائل الإلكترونية في المادة 1/ سابعا بأنها: (اجهزة او معدات او ادوات كهربائية او مغناطيسية او ضوئية او كهرومغناطيسية او أية وسائل اخرى مشابهة تستخدم في انشاء المعلومات ومعالجتها وتبادلها وتخزينها.).
(6) نواف محمد مفلح الذيابات، الالتزام بالتبصير في العقود الإلكترونية، كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط 2013، صفحة 18.
(7) لتفاصيل أكثر، راجع الأستاذ الدكتور عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات، مكتبة السنهوري، بيروت، 2017، صفحة 341 وما بعدها.
(8) والتي نصت على أنه: " ثانيا لا تسري احكام هذا القانون على ما يأتي: ج المعاملات المتعلقة بالتصرف بالأموال غير المنقولة بما في ذلك الوكالات المتعلقة بها وسندات ملكيتها وانشاء الحقوق العينية عليها باستثناء عقود الايجار الخاصة بهذه الاموال.".
(9) والتي نصت على أنه: "تعتبر الاعمال التالية اعمالاً تجارية اذا كانت بقصد الربح، ويفترض فيها هذا القصد ما لم يثبت العكس:
اولاً : شراء او استئجار الاموال منقولة كانت ام عقاراً لأجل بيعها او ايجارها.".
(10) لتفاصيل اكثر راجع: نجلاء عبد حسن وعبد الرسول عبد الرضا، تطور موقف المشرع العراقي في قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم (78) لسنة 2012، مجلة جامعة بابل/العلوم الإنسانية/المجلد 21/العدد 2، 2013، صفحة 341.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/6.2.9

Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

المجلة العلمية لجامعة جيهان – السليمانية ص: 150-161
المجلد (6) – العدد (2)، كانون الأول 2022
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

ان لتحديد زمان ابرام العقد التجاري الإلكتروني دوراً أساسياً[11] لأن هذا النوع من العقود تبرم غالباً ما بين غائبين[12]، وحتى لو كان التعاقد ما بين الطرفين بمجلس عقد حكمي[13] فإن التعاصر بينهما يكون من خلال وسيلة إلكترونية[14]. أما ما يتعلق بالعقد التجاري التقليدي فيكون خاضعاً للقواعد العامة المنصوص عليها في القانون التجاري والقانون المدني باعتبار إن الأخير هو المرجع في حال غياب النص في القانون التجاري حول مسألة معينة.

هذا من جانب، ومن جانب آخر نقول إنه اذا كانت القاعدة العامة تذهب إلى ان تحديد المكان يتبع تحديد زمان العقد التقليدي، فان الامر يختلف في العقود الالكترونية اذ يختلف مكان العقد عن زمانه، فقد ينعقد العقد التقليدي حقيقة بالتواجد المادي للطرفين في مجلس عقد واحد، فهنا يتحد مجلس العقد حقيقةً، وقد يجمع الطرفين زمان واحد مع اختلاف المكان، كإن يتصل الموجب وهو في محافظة السليمانية بالقابل وهو في تركيا في ذات الوقت، فهنا يعتبر مجلس العقد قد انعقد حكماً، أما إذا لم يتحد لا حقيقة ولا حكماً فهنا نكون أمام تعاقد ما بين غائبين لا يجمعهما لا زمان واحد ولا مكان واحد، ونتيجة لهذا الفرض الأخير –التعاقد ما بين غائبين- فقد ظهرت عدة نظريات لحل هذا المشكلة وهي **نظرية اعلان القبول** [15]، والتي مقتضاها بأن العقد ينعقد في الزمان والمكان الذين يعلن فيهما القابل قبوله للإيجاب ودون الحاجة إلى إرسال القبول إلى الموجب أو حتى علم الأخير به[16]. وقد انتقد الفقه هذه النظرية، ولم يكن لها حظ في التشريعات إلا بعدد قليل من الدول[17]. ثم ظهرت على انقاضها **نظرية تصدير القبول** التي يرى أصحابها أن العقد ينعقد في وقت وفى زمان تصدير القبول اي في الوقت الذي يصبح فيه اعلان هذا القبول نهائياً[18]، وعيب هذه النظرية انه اذا كان اعلان القبول غير كافياً لتمام العقد فكيف يزيده التصدير قيمة قانونية؟[19]. ثم ظهرت **نظرية وصول أو تسليم القبول**، والتي مقتضاها ان وقت وصول الرسالة المتضمنة للقبول الى الموجب هو وقت انعقاد العقد، والمقصود بالوصول هنا السيطرة الفعلية للموجب على الرسالة المتضمنة للقبول بحيث تكون تحت تصرفه ومن ثم يعتبر العقد قد ابرم وذلك سواء أكان الموجب قد علم فعلاً بالقبول أم لم يعلم به[20]، كذلك يذهب انصار هذه النظرية الى ان العقد ينعقد بين الغائبين في الزمان والمكان اللذين يسلم فيهما القبول الى الموجب والحجة في ذلك هي انه اذا كان حقاً من الناحية النظرية ان العقد ينعقد بقبول الايجاب – حيث تلتقي الارادتان فانه يبدو غريباً ان يبرم العقد دون علم أحد اطرافه " لذلك وجب في رأيهم – ان يعود قبول من وجه اليه الايجاب الى الموجب حتى تلتقي الارادتان حقيقة[21] على ان وصول القبول قرينة على علم الاخير به[22]. و يؤخذ على هذا المذهب انه لا يزيد في قيمته عن مذهب التصدير، فإن وصول القبول الى الموجب دون علمه لا يزيد عن اعلان القبول شيئاً من الناحية القانونية[23]. وقد تبنى نظرية الوصول الاتفاق الاوربي النموذجي للتبادل الالكتروني للبيانات[24]، وقد سايره في هذا الموقف العقد النموذجي الاوربي للتبادل الالكتروني، واتفاقية ايديك لسنة ١٩٩٠ التي أعدها مجلس التبادل الالكتروني في كندا.

وبتطبيق هذه النظرية (تسليم القبول) فإن لحظة ابرام العقد هي لحظة تسليم الرسالة المحتوية لقبول القابل الى الموجب، ولا يهم بعد ذلك اذا قام القابل بفتح الرسالة وعلم بمضمونها ام لا[25].

---

(11) المحامي الدكتور محمد فواز المطالقه، الوجيز في عقود التجارة الالكترونية –دراسة مقارنه –، دار الثقافه للنشر والتوزيع الطبعة الأولى، 2006 صفحة 70. وراجع أيضاً: سمير عبد السميع الاودن، العقد الالكتروني – منشأة المعارف – الاسكندرية-2005 - صفحة 59-60
(12) المحامي الدكتور محمد فواز المطالقه، المرجع السابق، صفحة 70.
(12) سمير عبد السميع الاودن، العقد الالكتروني – منشأة المعارف – الاسكندرية-2005 - صفحة 59-60
(13) المحامي الدكتور محمد فواز المطالقة، مرجع سابق، صفحة 70.
(14) سمير عبد السميع الاودن، المرجع السابق، صفحة60.
(15) Frajaville – coure de droit civil- Licece. 2ene Arnlee -T.Ier 1951 – 1952- P.113.
نقلاً عن السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار الجامعات المصرية للنشر، 1952 صفحة241، و د. مالك دوهان الحسن – المرجع السابق صفحة187.
(16) نواف محمد مفلح الذيابات، مرجع سابق، صفحة 32.
(7) السنهوري – المرجع السابق – صفحة241، وراجع ايضاً الدكتور محمد فواز المطالقة – المرجع السابق صفحة70.
(18) السنهوري – المرجع السابق صفحة 241.
(19) فالكتاب في البريد – في فرنسا–يعتبر ملك المرسل مادام لم يتسلمه بعد المرسل اليه (نقلاً عن د. مالك دوهان الحسن)، المرجع السابق، صفحة 188، وراجع أيضاً سمير عبد السميع الاودن – المرجع السابق – صفحة 60. وراجع أيضاً الدكتور محمد فواز المطالقة، المرجع السابق، صفحة 71، والمحامي عدنان غسان برانيو – ابحاث في القانون وتقنية المعلومات – شعاع للنشر والعلوم – سورية – حلب – ط1 2007 صفحة 212.
(20) د.خالد ممدوح ابراهيم، ابرام العقد الالكتروني،دار الفكر الجامعي،الاسكندرية، 2008، صفحة 378.
(21) انظر Frejaville، op .cit .p. 114 نقلاً عن د. مالك دوهان الحسن – المرجع السابق، صفحة 189
(22) السنهوري، المرجع السابق، صفحة ٢٤٢
(23) السنهوري، المرجع السابق، صفحة ٢٤٢
(24) جامعة مولود معمري تيزي وزو – كلية الحقوق والعلوم السياسية تاريخ المناقشة٢٠١٢/٥/٨ متاح على الموقع lib.imamhussain.org
(25) سمير عبد السميع الاودن – المرجع السابق، صفحة 60


DOI: http://dx.doi.org/10.25098/6.2.9
Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

الا ان هذا المذهب قد اخذ عليه بان الوصول لا يعد قرينة على العلم بما ورد في الرسالة المرسلة، فإعطاء التقرير يكون تأييد على وصول البيانات ولكن هل يمكن قراءتها؟ وبالتالي فإن الاخذ بهذا المذهب يكون مجحفا بحق الموجب وقد يؤدي لهدر حقوق الطرفين ويمكن استخدامه ذريعة للهرب من الالتزام العقدي[26] مما يؤدي للبحث عن راي اخر أوسع واشمل يحمي حقوق الاخرين من الهدر.

ونتيجة لتلك الانتقادات فقد ظهرت نظرية العلم بالقبول أي علم الموجب بقبول القابل بشكل واضح وصريح وحسب هذه النظرية فإذا تم ارسال رسالة البيانات متضمنة القبول وتم استلامها من قبل الموجب وعلم بالتعبير عن ارادته بإبرام العقد الذي تم ارسال الايجاب من اجله ضمن هذه اللحظة يعتد بالقبول ويعتبر هذا الوقت هو وقت القبول، وبهذا الرأي قد أخذ المشرع العراقي في المادة (87) من القانون المدني على أن هذا الرأي مقيد بعدم وجود اتفاق أو نص آخر يقضي بخلاف ذلك[27].

**ثانياً- زمان إبرام العقد التجاري الإلكتروني**

استناداً لقانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات المالية فإن زمان ابرام العقد الإلكتروني يحدد من حيث الأصل بالاتفاق بين الطرفين، أياً كانت صيغة ذلك الاتفاق، سواء كان الاتفاق على أن يقوم المرسل اليه (القابل) بإعلام الموقع (الموجب) بتسلم المستند الإلكتروني بأي وسيلة كانت الكترونية أم عادية، أم كان ذلك بالقيام بأي إجراء أو تصرف يشير إلى أنه تسلم المستند استجابة لذلك الطلب أو الاتفاق[28]، فإن علق الموقع (الموجب) اثر العقد على تسلمه اشعار من المرسل اليه (القابل) فعلى الأخير اشعاره سواء حدد له أجل أم لم يحدد، على أن عدم تحديد اجل للإشعار يعطي الحق بعد ذلك للموقع (الموجب) بأن يحدد للمرسل اليه مدة معقولة لغرض اشعاره بالقبول[29].

أما إذا لم يوجد اتفاق بين الطرفين على زمان ابرام العقد الالكتروني فهنا يكون للقانون الدور في حسم هذه المسألة، وبالتالي فإن دخول المستند الإلكتروني الى نظام معالجة معلومات خارج سيطرة الموقع، فإن تم الاتفاق على نظام معالجة معين فإن زمان ابرام العقد الالكتروني يكون هو زمان دخول ذلك النظام، وذلك استناداً لنص المادة 20 من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية[30].

**الفرع الثاني- مكان ابرام العقد الالكتروني**

ان لموضوع تحديد مكان انعقاد العقد الالكتروني اهمية خاصة بالنظر لتعلق المسألة بطبيعة الوسط الالكتروني من ناحية و بالصفة الدولية الغالبة على التعاملات التجارية من ناحية اخرى، مما يترتب على ذلك نتائج قانونية مهمة كمعرفة المحكمة المختصة مكانياً في حالة وجود اي نزاع عن العقد والقانون الواجب التطبيق في حالة التنازع الدولي بين القوانين , ويثير تحديد مكان ابرام العقد الالكتروني صعوبة خاصة وذلك لصعوبة تحديد مكان ارسال واستقبال الرسالة لأنها تتم عبر فضاء الكتروني، وبالتالي يثور التساؤل حول مكان انعقاد العقد هل هو مكان اقامة الموجب ام المكان الذي استلم فيه الموجب القبول او مكان نظام معالجة المعلومات؟[31]

---

(26) د. محمد فواز المطالقة - المرجع السابق، صفحة 71
(27) د. خالد ممدوح ابراهيم - المرجع السابق، صفحة 300
(28) وذلك استناداً لنص المادة 1/19 من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم (78) لسنة 2012، والتي نصت على أنه: (اذا طلب الموقع من المرسل اليه بموجب مستند الكتروني اعلامه بتسلم ذلك المستند او كان متفقاً معه على ذلك فأن قيام المرسل اليه بإعلام الموقع بالوسائل الالكترونية او بأية وسيلة أخرى او قيامه بأي تصرف او اجراء يشير الى انه تسلم المستند يعد استجابة لذلك الطلب او الاتفاق).
(29) وذلك استناداً للفقرة (2و3) من المادة من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم (78) لسنة 2012، والتي نصت على أنه: (ثانيا اذا علق الموقع اثر المستند الالكتروني على تسلمه اشعار من المرسل اليه بالتسلم فيعد المستند غير متسلم لحين تسلم الاشعار. ثالثا اذا طلب الموقع من المرسل اليه اشعاراً بتسلم المستند الالكتروني ولم يحدد اجلا لذلك ولم يعلق اثر المستند على تسلمه ذلك الاشعار فله في حالة عدم تسلم الاشعار خلال مدة معقولة ان يطلب من المرسل اليه ارسال الاشعار خلال مدة محددة، وبخلاف ذلك يكون المستند قابلا للإلغاء).
(30) والتي نصت على أنه: (**أولاً**: تعد المستندات الالكترونية مرسلة، من وقت دخولها نظام معالجة معلومات لا يخضع لسيطرة الموقع او الشخص الذي ارسلها نيابة عنه مالم يتفق الموقع والمرسل اليه على غير ذلك. **ثانياً:** إذا كان المرسل اليه قد حدد نظاماً لمعالجة المعلومات لتسلم المستندات فتعد متسلمة عند دخولها ذلك النظام، فأذا ارسلت الى نظام غير الذي تم تحديده فيعد ارسالها قد تم منذ قيام المرسل اليه بإعادتها الى النظام المحدد منه لتسلم المعلومات. **ثالثاً:** إذا لم يحدد المرسل اليه نظاماً لمعالجة معلومات لتسلم المستندات الالكترونية فيعد وقت تسلمها هو وقت دخولها لأي نظام لمعالجة المعلومات تابع للمرسل اليه). وتجدر الملاحظة الى أن وقت ومكان الارسال و الاستلام).
ويرى بعض الفقه إلى أن النصوص الخاصة بتحديد زمان ومكان ابرام العقد التجاري الالكتروني محل نظر لان هذا الحل ليس حاسماً في حل المنازعات الخاصة بتنازع القوانين والاختصاص القضائي. لتفاصيل اكثر راجع: الدكتور عبد الفتاح بيومي حجازي، مقدمة في التجارة الالكترونية،الكتاب الأول، شرح قانون المبادلات الإلكترونية التونسي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، صفحة 224-225.
(31) بلقاسم حامدي – ابرام العقد الالكتروني – اطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه في العلوم القانونية – تخصص قانون الاعمال جامعة الحاج لخضر باتنه 2014-2015، ص118 thess.un[u-batna.dz

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/6.2.9

Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

للإجابة عن هذا السؤال نقول: إن معظم القوانين المختصة بالمعلومات والتجارة الالكترونية قد وضعت أحكاماً خاصة بتحديد مكان ارسال وتسلم رسائل البيانات باعتبارها وسيلة من وسائل التعبير عن الارادة لأبداء الايجاب او القبول لإنشاء التزام تعاقدي. ولغرض تحديد مكان انعقاد العقد الالكتروني نتعرض للنظريات الفقهية في هذا المجال ثم نتعرض لموقف قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية حول هذه المسألة من خلال نقطتين نتناولهما بالبحث تباعاً:

**أولاً- النظريات الفقهية**

اختلف الفقه بصدد مسألة تحديد مكان انعقاد العقد الالكتروني وذهب البعض الى الاخذ بالنظرية الاحادية التي لا تفصل ما بين الزمان والمكان وذهب البعض الاخر الى النظرية الازدواجية الى وجوب فصل زمان انعقاد العقد عن مكانه؛ إذ إن العقد ليس الا محض فكرة افتراضية لا وجود له في الواقع ككائن مستقل متميز له زمان و مكان واحد فالإرادتان المتوافقتان ليستا شيئاً اخر عن الارادتين غير المتوافقتين، فلا ينشأ عنهما كائن يتولى توليد الالتزامات، واذا قيل ان العقد هو نفسه الارادتان المتوافقتان، لقلنا: ان الالتزام لا ينشأ عن الارادتين سويةً وانما ينشأ عن ارادة واحدة مضافاً اليها الركن المادي[32] وان النظريات الثنائية تمثل الاتجاه الحديث في معالجة مسألة تحديد مكان انعقاد العقد في العالم المادي، ويعتمد هذا الاتجاه الحديث على احكام القضاء الفرنسي الذي يوصف بانه قضاء ذو طابع واقعي ويفصل بين مسألة زمان انعقاد العقد ومسألة مكان انعقاده على اساس انه لا يجوز اجبار المتعاقد الذي لم يصدر عنه الايجاب الى التقاضي بعيداً عن محل اقامته[33].

غير أن الواقع قد فرض على محكمة النقض الفرنسية لاعتبارات عملية الا تخضع مسألة مكان انعقاد العقد الى وقت انعقاده، فرأت محكمة النقض ان من الافضل قبول اختصاص محكمة محل الاقامة حيث يمارس المستخدم عمله.

نافلة القول بأن العقد الالكتروني ينعقد في المكان الذي يصدر فيه القبول الالكتروني، فإذا استخدم القابل رسالة البيانات للتعبير عن قبوله، فهنا ينعقد العقد في المكان الذي ارسلت منه الرسالة المتضمنة للقبول وهو مكان القابل.

**ثانياً- مكان انعقاد العقد الإلكتروني وفقاً لقانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الالكترونية**

ان معظم قوانين المعاملات والتجارة الالكترونية لم تتضمن أحكاماً وقواعد خاصة بتحديد مكان انعقاد العقد الالكتروني بذاته[34]، لكنها وضعت قواعد خاصة بتحديد مكان ارسال واستلام رسالة البيانات باعتبارها وسيلة للتعبير عن الإرادة[35]، وهو ذات المسلك الذي سلكه المشرع العراقي في قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية.

ولقد بينت المادة 21 من هذا القانون مكان انعقاد العقد الإلكتروني[36] فجعلت الأصل للاتفاق فإن لم يكن هناك اتفاق بين المتعاقدين فالمكان الذي يقع فيه مقر عمل الموقع، فإن لم يكن لديه مقر عمل فيحل محل الاقامة بديلاً عن مقر العمل، وفي حال تعدد مقر العمل فيؤخذ بمقر العمل الرئيسي، فإن كان هناك اكثر من مقر عمل رئيسي فيؤخذ بمقر العمل الأوثق صلة بالمعاملة.

---

(32) المحامية مروه ابو العلا / تحديد مكان و زمان انعقاد العقد في مجلس العقد الحكمي، بحث منشور على الموقع الالكتروني التالي: www.mohamah.net

(33) أمانج رحيم احمد، التراضي في العقود الالكترونية، عمان، دار وائل، ط، 2006 صفحة 202

(34) ومنها على سبيل المثال لا الحصر ما نصت عليه الفقرة الرابعة من المادة 15 من **القانون النموذجي للتجارة الالكترونية (اليونسيترال) 1996**، والتي نصت على أنه: (ما لم يتفق المنشئ و المرسل اليه على غير ذلك يعتبر ان رسالة البيانات ارسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ ويعتبر انها استلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل اليه، لاغراض هذه الفقرة: -

-اذا كان للمنشيء أو المرسل اليه اكثر من مقر عمل واحد، كان مقر العمل هو المقر الذي له اوثق علاقة بالمعاملة المعنية، او مقر العمل الرئيسي اذا لم توجد مثل تلك المعاملة.

-اذا لم يكن للمنشيء او المرسل اليه مقر عمل، يشار من ثم الى محل اقامته المعتاد).

وكذلك وبنفس المعنى ذهب **قانون المبادلات والتجارة الالكتروني التونسي رقم 83 لسنة 2000**، وسار بنفس اتجاه القانون النموذجي **قانون الخطابات والمعاملات الالكترونية رقم٥٤ لسنة ٢٠١٨ لمملكة البحرين**، في الفقرة(ج) من المادة (16) والمادة 17 أيضاً .كما تبنى **قانون المعاملات الالكترونية الاردني رقم 85 لسنة 2001** في المادة (18) نفس اتجاه القانون النموذجي (اليونسترال).

(35) للتعرف الى موقف القوانين وآراء الفقهاء راجع: بلقاسم حامدي، المرجع السابق صفحة 121

(36) والتي نصت على أنه: (اولا تعد المستندات الالكترونية قد ارسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل الموقع وانها استلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل اليه واذا لم يكن لأي منهما مقر عمل يعد محل الاقامة مقراً للعمل ما لم يكن الموقع والمرسل اليه قد اتفقا على غير ذلك

**ثانيا** اذا كان للموقع او المرسل اليه اكثر من مقر عمل فيعد المقر الاقرب صلة بالمعاملة هو مكان الارسال او التسلم وعند تعذر التحديد يعد مقر العمل الرئيس هو مكان الارسال او التسلم).


DOI: http://dx.doi.org/10.25098/6.2.9
Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

المجلة العلمية لجامعة جيهان – السليمانية ص:150-161
المجلد (6) – العدد (2)، كانون الأول 2022
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

**المبحث الثاني- القانون الواجب التطبيق في عقود التجارة الإلكترونية**

بعد ان تناولنا في المبحث الأول من هذا البحث تحديد لحظة انعقاد العقد التجاري التقليدي والإلكتروني وسلطنا الضوء على موقف المشرع في قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية، نحاول في هذا المبحث تسليط الضوء على القانون الواجب التطبيق في عقود التجارة الإلكترونية بعد علمنا أن قانون التوقيع الإلكتروني لم يوضح موقفه حول القانون الواجب التطبيق إن كان مكان انعقاد العقد هو في خارج العراق، لذا فلا مناص من الرجوع الى القواعد العامة التي تحكم القانون الواجب التطبيق على العقود التي تبرم خارج العراق وذلك من خلال تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، سيكون المطلب الأول موسوماً بعنوان: إرادة المتعاقدين وأثرها على تحديد القانون الواجب التطبيق الذي يحكم العقود الإلكترونية. أما المطلب الثاني فسوف يكون بعنوان: المعايير المعتمدة لحل مشكلة تنازع القوانين في العقود الإلكترونية، وكما يلي:

**المطلب الأول- إرادة المتعاقدين وأثرها على تحديد القانون الواجب التطبيق الذي يحكم العقود الإلكترونية**

لسلطان الإرادة دوراً كبيراً في اختيار القانون الواجب التطبيق، فللأفراد في العقود التي تستطيع ارادتهم ان تحدد مكان ابرامها الحرية المطلقة في ذلك الاختيار، هذه الحرية مستمدة من نص القانون –وهو ما سوف نراه بعد قليل- نفهم من ذلك إن هناك عقود أخرى لا يمكن للإرادة ان تلعب دوراً فيها وتتمثل هذه العقود بما لا يخرج عن اطار البحث بما يلي:

1. العقود التي تستلزم القوانين أن تبرم وفقاً لشكلية معينة، إذ تكون هذه العقود محكومة بقاعدة خضوع العقد لمحل ابرامه[37]، وذلك استناداً للمادة 26 من القانون المدني العراقي.
2. العقود الواردة على العقار، والعقود المكسبة للحق العيني على المنقول، إذ تخضع الى قانون موقع المال[38].
3. العقود العينية[39] التي لا تنعقد الا بالقبض والتسليم[40] ومنها الرهن التجاري المقرر في المادة 186 من القانون التجاري.
4. ما يتعلق بركن الرضا في العقد إذ أن الأهلية تخضع لقانون جنسية المتعاقد وذلك استناداً للمادة 1/18 من القانون المدني العراقي.

وما عدا تلك العقود التجارية فإن للإرادة دوراً حاسماً في اختيار القانون الواجب التطبيق، استناداً للمادة 1/25 من القانون المدني العراقي، سواء كانت الإرادة صريحة أم ضمنية.

وعلى هذا النهج سار المشرع في قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية حيث اعلى من مبدأ سلطان الإرادة واعتبر الأصل في تحديد مكان ابرام العقد الإلكتروني يحدد تبعاً لإرادة المتعاقدين، حيث نصت الفقرة أولًا من المادة 21 منه على أنه: " اولا تعد المستندات الالكترونية قد ارسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل الموقع وانها استلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل اليه واذا لم يكن لأي منهما مقر عمل يعد محل الاقامة مقراً للعمل **ما لم يكن الموقع والمرسل اليه قد اتفقا على غير ذلك**."

**المطلب الثاني- المعايير المعتمدة لحل مشكلة تنازع القوانين في العقود الإلكترونية**

بتحليل نصوص القانون المدني العراقي وقانون التوقيع الإلكتروني نقول إن الإرادة قد اعتد بها المشرع في المقام الأول، فالمادة 1/25 من القانون المدني العراقي قد جعلت إرادة المتعاقدين هي الأصل في حل مشكلة تنازع القوانين في الالتزامات العقدية، وكذلك

(37) لتفاصيل اكثر، راجع الدكتور عباس العبودي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مكتبة السنهوري، بيروت، 2015، صفحة 183. وراجع ايضاً الدكتور عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، القانون الدولي الخاص، مكتبة السنهوري بيروت، 2015، صفحة 296. وراجع ايضاً الدكتور غالب علي الداوودي والدكتور حسين محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، المكتبة القانونية، بغداد، دون تاريخ، صفحة 151.

(38) لتفاصيل اكثر، راجع الدكتور عباس العبودي، المرجع السابق، صفحة 183. وراجع ايضاً الدكتور عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، المرجع السابق، صفحة 296. وراجع ايضاً الدكتور غالب علي الداوودي والدكتور حسين محمد الهداوي، المرجع السابق، صفحة 151.

(39) تتمثل هذه العقود بعقد **هبة المنقول** استناداً لنص المادة 1/603 من القانون المدني العراقي التي نصت على أنه: (لا تتم الهبة في المنقول الا بالقبض...) **والقرض** وفقاً للمادة 1/686 من القانون المدني والتي نصت على أنه: (يملك المستقرض العين المقترضة بالقبض ويثبت في نمته مثلها) **والعارية** وذلك استناداً للمادة 847 من القانون المدني حيث نصت على أنه: (... ولا تتم الاعارة الا بالقبض). **والوديعة** وذلك استناداً للمادة 951 من القانون المدني والتي نصت على أنه: (الايداع عقد به يحيل المالك او من يقوم مقامه حفظ ماله الى آخر ولا يتم الا بالقبض.) **والرهن الحيازي** وفقاً للمادة 1/1322 من القانون المدني حيث نصت على أنه: (يشترط اتمام الرهن الحيازي ولزومه على الراهن ان يقبض المرتهن المرهون.).

(40) لتفاصيل اكثر، راجع الدكتور عباس العبودي، المرجع السابق، صفحة 183. وراجع ايضاً الدكتور غالب علي الداوودي والدكتور حسين محمد الهداوي، المرجع السابق، صفحة 150.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/6.2.9



Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

الحال للفقرة أولاً من المادة 21 من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الإلكترونية، سواء كانت تلك الإرادة صريحة بإدراج القانون الواجب التطبيق في بند من بنود العقد الإلكتروني أم كانت ضمنية يمكن استخلاصها من ظروف التعاقد(41).

أما المعايير الأخرى التي تم اعتمادها استناداً لنصوص المادة 1/25 من القانون المدني والمادة 21 من قانون التوقيع الإلكتروني فتتمثل بما يلي:

1. قانون الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا: وهو ما قضت به المادة 1/25 من القانون المدني العراقي، ويفهم أيضاً من نص المادة 21 من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية، فالفقرة الأولى من هذه المادة بينت أن مقر عمل الموقع بالنسبة للمرسل والمرسل اليه هو المعتمد، وبالتالي يكون هو القانون الواجب التطبيق فإن كان كلاهما في العراق فيكون القانون العراقي هو الواجب التطبيق، على أن هناك مشكلة تثار فيما لو كان الموجب في دولة والقابل في دولة أخرى فأي من القانونين سوف يكون هو الواجب التطبيق؟ وبالتالي كان الاجدر بالمشرع حل هذه المسألة.

أما الفقرة الثانية من هذه المادة -المادة 21- فقد بينت بأن مقر العمل الأقرب صلة بالمعاملة هو المعتمد فيما لو كان للمرسل والمرسل اليه عدة مقرات للعمل، فإن تعذر ذلك التحديد فيتم اعتماد مقر العمل الرئيسي. ولغرض شرح الفقرة الثانية من المادة 21 من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية نضرب المثال الآتي: لو إن المرسل لديه عدة مقرات عمل احدها في العراق والثاني في سوريا والثالث في لبنان فإن مقر العمل الأقرب صلة بالمعاملة أو العقد هو الذي يطبق قانونه ولنفرض لبنان، فإن تعذر ذلك فيتم اعتماد موقع العمل الرئيسي فلو كان مثلا في العراق فيكون القانون العراقي هو الواجب التطبيق.

2. قانون بلد إبرام العقد: وهو ما نصت عليه المادة 1/25 من القانون المدني العراقي، على أن هذا المعيار لم يعتمد في قانون التجارة الإلكترونية.
3. قانون محل إقامة المرسل والمرسل إليه: وهو ما قضت به الفقرة الأولى من المادة 21 من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية.

**رأينا في مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق**

لغرض عدم الوقوع في مشكلة تنازع القوانين ما بين قانون الموجب والقابل إن كان أحدهما في العراق والآخر في دولة أخرى، إضافة إلى أن قانون التوقيع الإلكتروني لم يبين موقفه فيما يخص المادة 25 من القانون المدني العراقي فهل نسختها المادة 21 أم يتم اللجوء اليها فيما لو كان هناك عنصر أجنبي قد شاب العلاقة القانونية؟ وعليه نقترح ان يتم إضافة فقرة ثالثة الى قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم (78) لسنة 2012 من خلال إضافة فقرة ثالثة له وكما يلي:

(ثالثاً- القانون العراقي هو الواجب التطبيق إن كان العقد قد ابرم في العراق او كان واجب التنفيذ فيه أو كان العراق هو الموطن المشترك للمتعاقدين أو أحداهما أو كان العراق مقراً لعمله).

**الخاتمة:** توصلنا في هذا البحث إلى جملة من الاستنتاجات والتوصيات نعالجها تباعاً وكما يلي:

**أولاً- الاستنتاجات**

1. يعد التعاقد الالكتروني اهم وسيلة من وسائل ممارسة نشاط التجارة الالكترونية، ولهذا السبب جاءت القوانين الحديثة المتعلقة بتنظيم التجارة الالكترونية بصفة عامة، الى وضع نظام قانوني لتنظيم هذا النوع من التعاقد، وقد سار المشرع العراقي على خطى تلك القوانين.
2. يتسم التعاقد الالكتروني بانه تعاقد عابر الحدود بفضل اعتماده على مختلف تقنيات الاتصال الحديثة التي لا تعترف بالحدود الجغرافية، وبهذه الصورة تجعل التعاقد القائم في ظله لا تجسد الالتقاء الفعلي والمادي للمتعاقدين.
3. بينا في هذا البحث موقف المشرع العراقي فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق وزمان ومكان ابرام العقد التجاري الالكتروني فيما يخص العقود الالكترونية التي لا تختلف عن العقود العادية من حيث ركن المحل والسبب بل حتى التراضي إلاّ إن الأخير يختلف فقط في وسيلة التعبير عن الإرادة إذ يجب ان يكون العقد إلكتروني وإلا فإن احكام قانون التجارة رقم (30) لسنة 1984 هي التي تسري.

(41) لتفاصيل اكثر، راجع الدكتور عباس العبودي، المرجع السابق، صفحة 184-185، وراجع ايضاً الدكتور عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، المرجع السابق، صفحة 297-298، وراجع ايضاً الدكتور غالب علي الداوودي والدكتور حسين محمد الهداوي، المرجع السابق، صفحة 153.


DOI: http://dx.doi.org/10.25098/6.2.9
Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

4. أعطى المشرع العراقي للعقود الالكترونية حجية السند العادي في الاثبات ولكنه اشترط عده شروط لاعتبار الاولى ذات حجية وقد نصت عليها المادة 13 من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الإلكترونية وقد ذكرنا ذلك عند التعرض الى تمييز العقد التجاري الإلكتروني عن العقد التجاري التقليدي.

لم يبين المشرع العراقي طبيعة العقد الالكتروني كونه عقد وطني وبالتالي تطبيق القانون العراقي أم دولي وبالتالي بحثنا عن القانون الواجب التطبيق الذي قد يجلب ايضاً الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الأجنبية.

**التوصيات**

1- نوصي المشرع العراقي بتحديد الطبيعة القانونية للعقود الإلكترونية من اجل تحديد الاختصاص القضائي والتشريعي.
2- استكمالاً للنقطة الثانية نقول إنه كان لزاماً على المشرع العراقي ولغرض عدم الوقوع في إشكالية تحديد القانون الواجب التطبيق أن يجعل القانون العراقي هو الواجب التطبيق فيما لو كان هناك صلة بينه وبين العقد الإلكتروني، سواء كانت هذه الصلة هي الموطن المشترك للمتعاقدين أو احداهما أو مكان ابرام العقد أو تنفيذه، أما أن يقتبس نص المادة 21 من المادة 15 من قانون الأونسيترال النموذجي دون أي تعديل على نص المادة فذلك القانون قد حاول ان يوفق بين نظريات تحديد لحظة انعقاد العقد، خصوصاً وأن المشرع العراقي قد اخذ بنظرية وصول القبول والعلم به في ذات الوقت واعتبر وصول القبول قرينة على العلم به وبالتالي سوف تثار مشكلة مقر عمل او محل إقامة المرسل والموقع ما بين النظريتين.
3- نقترح أن يتم تعديل نص المادة 21 من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم (78) لسنة 2012 من خلال إضافة فقرة ثالثة له وكما يلي:

**(ثالثاً-** القانون العراقي هو الواجب التطبيق إن كان العقد قد ابرم في العراق او كان واجب التنفيذ فيه أو كان العراق هو الموطن المشترك للمتعاقدين أو أحداهما أو كان العراق مقراً لعمله).

**قائمة المصادر**

**أولاً- الكتب**

1. أمانج رحيم احمد، التراضي في العقود الالكترونية، دار وائل، عمان، 2006.
2. باسم محمد صالح، القانون التجاري، القسم الأول، مكتبة السنهوري، بيروت، 2015.
3. خالد ممدوح ابراهيم، ابرام العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2008.
4. سمير عبد السميع الاودن، العقد الالكتروني، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005.
5. عباس العبودي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مكتبة السنهوري، بيروت، 2015.
6. عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات، مكتبة السنهوري، بيروت، 2017.
7. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، دار الجامعات المصرية 1952.
8. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، القانون الدولي الخاص، مكتبة السنهوري بيروت، 2015.
9. عبد الفتاح بيومي حجازي، مقدمة في التجارة الالكترونية، الكتاب الأول، شرح قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004.
10. عدنان غسان برانيو، ابحاث في القانون وتقنية المعلومات، شعاع للنشر والعلوم، سورية/حلب الطبعة الأولى 2007.
11. غالب علي الداوودي والدكتور حسين محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، المكتبة القانونية، بغداد، دون تاريخ.
12. مالك دوهان الحسن، شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، مطبعة الجامعة، بغداد، 1973.
13. محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الالكترونية (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان، الطبعة الأولى، 2006.
14. محمود عبد الرحيم شريفات، التراضي في التعاقد عبر الانترنت (دراسة مقارنة) دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، 2005.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/6.2.9
Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

**ثانياً الرسائل والأطاريح**

15. بلقاسم حامدي، ابرام العقد الالكتروني، اطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه في العلوم القانونية تخصص قانون الاعمال، جامعة الحاج لخضر باتنه، 2014-2015 .
16. نواف محمد مفلح الذيابات، الالتزام بالتبصير في العقود الإلكترونية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط 2013.
17. نور الهدى مرزوق، التراضي في العقود الإلكترونية، رسالة ماجستير فرع المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١٢.

**ثالثاً- البحوث**

18. الدكتورة حورية لشهب، النظام القانوني للعقود التجارية، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، العدد الثاني عشر، نوفمبر، 2007.
19. الدكتور لورنس محمد عبيدات، والدكتور محمد فواز مطالقة، العقود الالكترونية والبيئة الإلكترونية في النظام السعودي، مجلة كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، المقالة 4، المجلد 20، العدد 2، 2018.
20. نجلاء عبد حسن وعبد الرسول عبد الرضا، تطور موقف المشرع العراقي في قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم (78) لسنة 2012، مجلة جامعة بابل/العلوم الإنسانية/المجلد 21/العدد 2، 2013.

**رابعاً- القوانين والاتفاقيات**

- اتفاقية فينا للبيوع الدولية لسنة 1986.
- قانون الاونسيترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية 1996.
- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.
- قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم (78) لسنة 2012.

**ثانياً: مواقع الانترنت**

1. https://dip.duba[.gov.ae
2. www.legalaffair.gov.bh
3. www.uncitral.un.org
4. www.mohamah.net


DOI: http://dx.doi.org/10.25098/6.2.9
Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)