أهمية المُفاوضات في ابرام اتفاق المعلوماتية الاطاري والعقود التطبيقية المنضوية تحته

دراسة تحليلية في المفاوضات العقدية واتفاق الاطارالمعلوماتي والعقود التطبيقية المنضوية تحته

د. طالب محمد جواد عباس

د. اكرم فاضل سعيد القصير

كلية الحقوق / جامعة النهرين

Abstract

The general rules for concluding the contract are not raised all at once, but the legal rules of the contract itself did not raise also all at once, and it was not possible for the jurisprudence to Judge on the contracts of sales, contracts and supplies with unified legal tests and the contract which is not named in the Roman law did not appear in its obligatory form, all at once.

As for the contractual negotiations, it was looked upon even recently, as being a materialistic works in which no legal responsibility is arranged in entering or withdrawing from it. And this is the case in the informatics contracts, it is difficult to imagine the existence of especial legal system which is specialized by its negotiations and agreements (Preliminary, framework and applicable) and this situation remained to the near time.

But the informatics and the programs of the computer in precise, become controlling on many from the aspects of our contemporary life in its economical cultural and social ranges and which had caused to the existence of new kinds from the laws and all legal obligations arranged on it two parties, and which are

called by the contracts of the informatics and which include the provision of the informatics equipments with the programs of its computer operations, this is beside the remaining informatics complementary services included within the informatics tools and this happen in the frame of the sale contracts (as the contracts of selling the equipments and computers) or within the informatics systems contracts and the maintenance contracts.

But, because of the development of the technical systems and its inclusion in the fields of life, the need to the informatics which requires to obtain them the contracting with the supplier to supply for what is received had appeared. And if these contracts are intended on one kind of contracts as the contract of selling the computer or the provision of one program or more to the receiver, or of was intended on one operation as the supply or training or maintenance, the contract is simple and its conclusion requires that the receiver should be bound with the conditions of the foreign supplier and to accept it.

But the large contracts which the notional companies who are receiving the informatics and consisting more than one contract and consisting for more than operation in which the supplier carries out by himself or through the participation with another number of suppliers, so its conclusion requires the negotiations and to arrive in its concern to the frame work agreement and the applicable contracts with a obligatory characteristic which joined under its scope.

المقدمة

لم تنشأ القواعد العامة لإبرام العقد دفعةً واحدة ولم يكن باستطاعة الفقه أن يحكم على عقود البيع والمقاولة والتجهيز بنصوص قانونية موحدة ولم يظهر العقد غير المسمى في القانون الروماني بمظهره الملزم مرةً واحدة[1].

أما المفاوضات العقدية، فكان ينظر إليها وحتى وقت قريب، بكونها أعمالاً مادية لا يترتب على الدخول فيها أو الانسحاب منها أية مسؤُولية قانونية[٢]. وهكذا هو الحال في عقود المعلوماتية فمن الصعب تصور وجود نظام قانوني خاص يختص بمفاوضاتها واتفاقاتها (المبدئية والإطارية والتطبيقية) واستمر هذا الوضع إلى وقت قريب.

ولكن المعلوماتية وبرامج الحاسوب منها بوجه خاص أصبحت تهيمن على كثير من جوانب حياتنا المعاصرة في أبعادها الاقتصادية والثقافية والاجتماعية وأدت إلى ظهور أنواع جديدة من العقود وسائر الالتزامات القانونية المترتبة على طرفيه[٣] والتي يطلق عليها بعقود المعلوماتية والتي تشمل تزويد المعدات المعلوماتية مع برامج تشغيلها الحاسوبية هذا فضلاً عن بقية الخدمات المعلوماتية المكملة والداخلة ضمن الأدوات المعلوماتية وهذا يحدث في إطار عقود بيع (كعقود بيع المعدات والحاسبات) أو ضمن عقود الأنظمة المعلوماتية وعقود الصيانة.

إلا انه بسبب تطور النظم التكنولوجية وتدخلها في مجالات الحياة ظهرت الحاجة إلى المعلوماتية التي يتطلب الحصول عليها التعاقد مع المجهز لتجهيز المتلقي بها. وإذا انصبت هذه العقود على نوع واحد من العقود كعقد بيع الحاسوب أو التزويد ببرنامج واحد أو أكثر إلى المتلقي أو إذا انصبت على عملية واحدة كالتجهيز أو التدريب أو الصيانة كان العقد بسيطاً ويتطلب انعقاده أن يذعن المتلقي لشروط المجهز الأجنبي ويرضى بها.

ولكن العقود الكبيرة التي تبرمها الشركات الوطنية المتلقية للمعلوماتية والمتضمنة أكثر من عقد والمشتملة على أكثر من عملية يقوم بها المجهز نفسه أو من خلال الاشتراك مع عدد آخر من المجهزين فيحتاج إبرامها إلى مفاوضات والتوصل بشأنها إلى اتفاق إطاري وعقود تطبيقية ذات صفة إلزامية تنضوي تحت نطاقه.

<u>مشكلة البحث وخطته</u>

لا يمكن أن نجمع شتات المعلوماتية ذات الطابع الاستثماري أو الانتاجي في عملية واحدة يضمها عقد واحد ولو كان عقد التجهيز المتعلق بها (صغيراً)، إن جاز لنا استعمال هذا الاصطلاح. فكيف الحال مع إبرام عقد (كبير) للمعلوماتية؟

فهل يحتاج إبرامه إلى مجرد إذعان من المتلقي لشروط المجهز؟ أم يحتاج إلى مفاوضات عقدية سابقة عليه؟ وهل العقد المتمخض من هذه المفاوضات يعدَّ عقداً بسيطاً قابلاً للتنفيذ أم يحتاج إلى عقود تطبيقية تنضوي تحته؟ وهل يجد (الإيجاب) قبولاً مطابقاً له في عناصره الجوهرية ومخالفاً له في عناصره غير الجوهرية؟ وهل من الممكن إبرام العقد من خلال تبادل وثائق عقدية يقوم كل طرف بإعدادها والتوقيع عليها وإرسالها إلى الطرف الآخر

الذي يقوم بالتوقيع على وثيقة أخرى مطابقة لعناصر الجوهرية ومخالفة لعناصرها الثانوية (غير الجوهرية) ؟ وهل يلزم العقد المذكور أنفاً القاضي أو المحكم على تفسيره دون اللجوء إلى الوثائق المتبادلة خلال المفاوضات العقدية؟ وهل يعد المتلقي للمعلوماتية مستهلكاً لها أم مهنياً لا يمكن إخضاعه لقانون حماية المستهلك (العراقي) رقم (١) لسنة ٢٠١٠؟ لذا نرى أن الإجابة عن هذه الأسئلة تعتبرُ حلاً لمشكلة البحث التي لم نجد جواباً شافياً بشأنها والتي نهدف لحلها، وهذا ما دفعنا إلى الكتابة في هذا الموضوع.

ومن ثم نرى أن نبحث هذا الموضوع في ثلاثة مباحث أولهما: مبحثُ تمهيدي يهدف إلى توفير مدخل موضوعي لموضوع الدراسة، إذ هناك حاجة لمعرفة غير المتخصص تقنياً حول ماهية المعلوماتية وماهية تطبيقاتها، وثانيهما:دور المفاوضات في إبرام عقود المعلوماتية وثالثهما:الاتفاق النهائي لإبرام عقد المعلوماتية. وذلك على النحو الأتي:

المبحث التمهيدي

ماهية المعلوماتية وما سبب أهميتها ووظائفها

المعلومات[٤] مورد لا يقل ولا ينضب، تتزايد دوما ولا تتناقص بالاستخدام أو تستهلك، وترتبط بالزمان والمكان وتتفاعل مع التطور، وعلى متلقيها ومدى علاقتها بحاجته تتوقف، إلى حد كبير قيمتها. وهي في الحقبة المعاصرة مفتاح للموارد الأخرى، و خدمه تباع وتشترى، ومصدر قوة اقتصادية وسياسية لمن يحسن جمعها وتنسيقها واستخدامها. المعلومات مصطلح واسع يستخدم لعدة معانٍ حسب سياق الحديث، وهو بشكل عام يرتبط بمصطلحات مثل: المعنى، المعرفة، التعليمات، التواصل. ويمكن أن نستعرض الخصائص الأساسية للمعلومات وعلى النحو الآتي[٥]:-

١. خاصية التميع والسيولة، فالمعلومات ذات قدرة هائلة على التشكيل (إعادة الصياغة)، فعلى سبيل المثال يمكن تمثيل المعلومات نفسها في صورة قوائم أو أشكال بيانية أو رسوم متحركة أو أصوات ناطقة.
٢. قابلية نقلها عبر مسارات محددة (الانتقال الموجه) أو بثها على المشاع لمن يرغب في استقبالها.
٣. قابلية الاندماج العالية للعناصر المعلوماتية، فيمكن بسهولة تامة ضم عدة قوائم في قائمة أو تكوين نص جديد من فقرات يتم استخلاصها من نصوص سابقة.
٤. بينما تتسم العناصر المادية بالندرة وهو أساس اقتصادياتها، تتميز المعلومات بالوفرة، لذا يسعى منتجوها إلى وضع القيود على انسيابها لخلق نوع من (الندرة المصطنعة)

حتى تصبح المعلومة سلعة(تجارة المعلومات)[٦] تخضع لقوانين العرض والطلب، وهكذا ظهر للمعلومات أغنياؤها وفقراؤها وأباطرتها وخدامها وسماسرتها ولصوصها.

٥. خلافا للموارد المادية التي تنفد مع الاستهلاك، لاتتأثر موارد المعلومات بالاستهلاك بل على العكس فهي عادة ما تنمو مع زيادة استهلاكها لهذا السبب فهناك ارتباط وثيق بين معدل استهلاك المجتمعات للمعلومات وقدرتها على توليد المعارف الجديدة.

٦. سهولة النسخ، حيث يستطيع مستقبل المعلومة نسخ ما يتلقاه من معلومات بوسائل يسيرة للغاية ويشكل ذلك عقبة كبيرة أمام تشريعات الملكية الخاصة للمعلومات.

٧. إمكان استنتاج معلومات صحيحة من معلومات غير صحيحة أو مشوشة، وذلك من خلال تتبع مسارات عدم الاتساق والتعويض عن نقص المعلومات غير المكتملة وتخليصها من الضوضاء.

٨. يشوب معظم المعلومات درجة من عدم اليقين، إذ لا يمكن الحكم إلا على قدر ضئيل منها بأنه قاطع بصفة نهائية.

بدأت المعلومات تتزايد بمتوالية هندسية واسعة وبقفزات بدت الطرق التقليدية عاجزة على جمعها وتنظيمها، لذا ظهرت مساعٍ للتغلب على هذه المشكلة بمسارين رئيسين: تمثل (أولهما) على تحسين وتطوير عملية الفهم لطبيعة المعلومات ومكوناتها وتجميعها وتحليلها بهدف الاستفادة منها بفاعلية. وتبدو (ثانيهما) في ظهور تقنية متقدمة للتحكم في المعلومات وتجميعها ومعالجتها و اختزانها واسترجاعها كالحاسبات والوسائط المتنوعة ووسائط الاتصال، والتي تشكل باندماجها معا، ما يعرف بتقنية المعلومات (Information Technology(IT)) أو المعلوماتية (Informatics)[٧].

إن بيان مبحث ماهية المعلوماتية و ما سبب أهميتها؟ وكيف يتم تصنيفها؟ يستلزم تناوله في مطلبين:

المطلب الأول – ماهية المعلوماتية و ما سبب أهميتها؟

المعلوماتية (تقنية المعلومات) تتعامل مع الحواسيب الإلكترونية وبرمجيات الحاسوب لتحويل وتخزين وحماية ومعالجة المعلومات وأيضا نقل واستعادة المعلومات.لهذا السبب، يدعى غالبا أخصائيو الحواسيب والحوسبة بأخصائية تقنية المعلومات. القسم الذي يهتم بتقنيات التشبيك والبرمجيات في شركة معينة يدعى قسم تقنية المعلومات. من الأسماء التي تطلق على هذا القسم أيضا، مثل : قسم خدمات المعلومات (IS) أو نظم المعلومات الإدارية (MIS)، أو مزود الخدمة المنظمة (Managed Service Provider (MSP)).

وبناءً على ما تقدم أصبح ألان بالإمكان تعريف المعلوماتية بأنها: ((مجموعة من الأدوات التي تساعد المستفيد للعمل مع المعلومات ولإنجاز الواجب المتعلق بمعالجتها)) والمعلوماتية في معناها الواسع تعني التعامل الفوري مع المعلومة، وهي علم التعامل المنطقي مع المعلومات باعتبارها ناقلة المعارف الإنسانية، والعلاقة وثيقة بين القانون والمعلوماتية، فالقانون يحدد القواعد التي تحكم أنماط السلوك المختلفة والكثير من أنماط السلوك تتعامل ألان مع المعلوماتية كظاهرة تفرض نفسها على الواقع الاقتصادي والسياسي والاجتماعي والحربي[٨].

أشرنا في تعريفنا أنفاً أن المعلوماتية لها أدوات تعمل بها وهذه يمكن تقسيمها إلى سبع ركائز أساسية[٩] (Seven building blocks) وهي:

١. أجهزة الإدخال والإخراج: لإدخال المعلومات والأوامر والحصول على النتائج (مثل: الفأرة، لوحة المفاتيح، الشاشة، والطابعة).
٢. البرمجيات: هي مجموعة من الإيعازت التي تسيطر على الحاسوب أو على شبكات الاتصالات لإنجاز واجبات محدده كالطباعة والميزانيات المالية والرواتب والاتصالات وغبرها من النظم التشغيلية والتطبيقية.
٣. أجهزة المواصلات الالكترونية[١٠]: وهي أجهزة تعمل على ربط نظام المعلوماتية مع الناس حول العالم وتتضمن (الأقمار الصناعية، مودم، أسلاك ضوئية ومحورية).
٤. أجهزة المعالجات والتي تحوي وحدة المعالجة ألمركزيه والذاكرة الداخلية:وحدة المعالجة المركزية تعمل على تنفيذ البرمجيات لانجاز الواجبات، بينما الذاكرة تعتبر مساحة خزنيه مؤقتة للبرمجيات والمعلومات (البيانات).
٥. المعلومات: التي تتعامل معها مثل النصوص المكتوبة، الصوت، الصور، وحتى الحركة.
٦. أجهزة خزن المعلومات الدائمة: وهي الوسائط التي تعمل عل الخزن ألدائمي للبرمجيات والمعلومات مثل (الأقراص المدمجة، الشريط، والأقراص).
٧. وأخيرا الناس[١١] الذين يهيئون ويتعاملون مع المعلوماتية: عندما يفكر الناس في المعلوماتية، فهم يفكرون في الحاسبة، الطابعة، لوحة المفاتيح، والأقراص التي تعمل على خزن المعلومات، الشاشة، وربما بمودم الهاتف لغرض الاتصال والتي تستعمل في السيطرة على العمليات الانتاجية والخدمية. وعلى الرغم أن كل ما ذكر هي مكونات لنظام المعلوماتية. لكن أنت يجب أن تنظر إلى نفسك والآخرين وتدرك بأن الناس هم المكون المهم ضمن الركائز السبع. حقاً فأن النظام بدونك هو لاشيء،

فهي مجرد قطعة معدنية الكترونية، أو قطعة لمعدة الكترونية غالية تشغل مجال من المكان ويغطيها الغبار.

لماذا المعلوماتية مهمة؟

كما نتج عن التحكم البشري في القدرة الميكانيكية وإحلالها بدرجة كبيرة مكان القوة العضلية للإنسان والحيوان ما يسمى (بالثورة الصناعية)، كذلك يقف التحكم في المعلومات من خلال التطوير المتواصل للمعلوماتية كمساعد للقدرات التنظيمية للعقل البشري وراء ثورة كلية شاملة تجتاح العالم ألآن، وهي الثورة المعلوماتية الموسومة أيضاً (بالثورة الصناعية الثالثة)، التي تعزز الإمكانات الفكرية والقدرة المنطقية للإنسان وتنقل الحضارة الإنسانية من عصر الصناعة إلى عصر، أو مجتمع، المعلومات[١٢]. ونستطيع أن نستخلص لأهمية المعلوماتية باستعراض النقاط الاتية[١٣]:-

١. هي في كل مكان تستخدم لإنجاز الأعمال كافة: نظم المعلوماتية تتعامل بمستويات مختلفة من الإعمال البسيطة إلى الإعمال غير القابلة للتصديق مثل (مصرفية[١٤]، مساعدة الطبيب لتشخيص الإمراض وعلاجها، والتصميم).
٢. تساعد المنتج ليكون أكثر إنتاجيه[١٥]: باستخدام نظم المعلوماتية تستطيع أن تحصل على كل المعلومات و الادوات لانجاز الواجبات المطلوبة وبسرعة وكفاءة عالية. فعلى سبيل المثال، برمجيات معالجات النصوص تعمل على تدقيق قواعد المدخلات وتصحيح التهجي اثناء الطباعة، اما برمجيات الجداول الالكترونية (Spreadsheet) فهي نافعة جداً في إنجاز الواجبات المالية والميزانية.
٣. دائمة التغيير ومواضيعها مثيره للغاية:هو نظام هائل في قدراتة الطباعية، وتهيئة الميزانيات، وجدولة المواعيد وأي عمل يريده المستفيد، ويعرض معلومات محدثة عن النشاطات الرياضية والاخبار وحالة الطقس، عندما تنظر إلى ذلك الحاسوب أمامك أطلق العنان لخيالك، فكر بأن نظام معلوماتك هو بوابة إلى الإمكانيات التي أنت أبداً ما رأيت مثلهُ قبل ذلك.
٤. تغني مهنة المستفيد بالخبرات:قدرتك ستستثمر في مهارة الشغل، وتلك المهارة يبحث عنها أرباب الأعمال. تشبة المهارات المتكونة من أستخدام المعلوماتية، بمهارات القراءة، الرياضيات، والاتصال والتي اصبحت المعيار في التوصيف الوظيفي لمن يرغب بالحصول على العمل الجيد.
٥. وأخيرا، المعلوماتية تفتح أمام المستفيد عالماً من الفرص، فهو يستطيع أن يأخذ ذلك التوجة لمقصدين،الأول: إمكانية أن تفتح الكثير من الابواب لك وسيفتح العالم إليك.

أدوات المعلوماتية مثل الإنترنت والشبكة العالمية اللذان يجعلان إمكانية التجوال حول العالم الافتراضي، إتّصل مع الناس في جميع أنحاء العالم، إحصل على المعلومات في جميع أنحاء العالم وتعلم ثقافات الشعوب المثيرة والمتنوعة.

المطلب الثاني – المعلوماتية ووظائفها ومُعوقات تنفيذها

أسلفنا أن المعلوماتية (تقنية المعلومات) يمكن أن يطلق عليها بالثورة الصناعية الثالثة ومع هذه الثورة، وما نجم عنها من تحولات اقتصادية واجتماعية تشهد ببزوغ فجر مجتمع المعلومات، وتزايد استخدام الحواسيب كأداة لتخزين ومعالجة واسترجاع المعلومات وكمعاون مهم في عمليات التصميم والتصنيع والتحكم والإدارة، وتطورت تطبيقاته من أداء بعض العمليات الحسابية إلى أداء الخدمات في مجالات عديدة كما أشرنا إليها أنفا. ولكن الذي يحقق كل هذه النشاطات والفعاليات ست وظائف أساسية تقوم بها المعلوماتية وهي على النحو الآتي[١٦]:-

١. عملية جمع (Data Capture) تفاصيل قيود أو سجلات النشاطات عندما يتوقع أن تلك البيانات سوف تكون مفيدة لاحقاً.
٢. عملية تحويل (Processing) وتحليل وحساب وتركيب جميع إشكال البيانات أو المعلومات.
٣. عملية التوليد (Generation) هي تنظيم للمعلومات في أشكال مفيدة، سواء كأعداد، نصوص أم صوت، أم صور.
٤. يُمكّنُ الخزنُ (Storage) الحاسب لإبْقاء البياناتِ والمعلوماتِ للاستعمال التاليِ.
٥. هي عملية استرجاع (Retrieval) المعلومات للانجاز أو للمعالجة الأخرى أو إرسالها إلى مستفيد آخر.
٦. هي عملية نقل (Transmission) معالجة الحاسوب حول شبكة الاتصالات.

تحدثنا أن الغرض من المعلوماتية هو الاستفادة من التقنيات في حل المشاكل المستعصية، وتجعل الناس أكثر فعالية في انجاز أعمالهم المختلفة، كالتعليم والتشخيص الطبي والخدمات التمريضية وتسهيل المعاملات والخدمات المصرفية والحجز الآلي لنقل الأشخاص والبضائع وإدارة المكاتب وقيادة المعارك. هذه المنافع المتعددة والواسعة أوجدت عدداً من الطرق المختلفة الممكن أن يصنف عليها نظام المعلوماتية. وهذا التنوع في التصنيف نابع من الوسائل والأدوات والاختيارات المتاحة لهذا النظام والحاجة لنوع التطبيق المستخدم والمستويات التي تستخدمه أن كانت فنية أو إدارية وطريقة الدعم.

معوقات تنفيذ المعلوماتية

لقد فرضت المعلوماتية عدة تحديات على المؤسسات والشركات العامة والخاصة وكل من يتعامل مع هذه التكنولوجيات الحديثة للمعلومات والاتصالات التي تلعب دوراً في تحقيق التكامل بين المتغيرات الخارجية وبين احتياجات وإمكانيات وقدرات تلك الجهات، وهو ماجعل هذه الأخيرة تعرف عدة مشكلات وصعوبات في هذا المجال والتي يمكن حصرها بخمسة معوقات مع التركيز على المعوق الأخير لانه يرتبط بموضوع بحثنا:

١. **معوقات العمل هي طريقة العمل المتوارثة[١٧]: فكما نعرف ان الزمن ذو قيمة فالناس نتيجة الفجوة التي حدثت تحتاج الى اوقات اضافية للتعرف على هذه التقنية فعندما نتحدث عن التقنية المعلوماتية نتحدث عن جهاز الحاسوب وذلك يتطلب معرفة اولية بالحاسبات فهناك كما هو معروف في العالم أُمَّيتان أُمَّية القراءة والكتابة والامية الثانية هي أُمَّية الحاسبة (الامية التقنية).**
٢. **عدم اكتمال البنية التحتية للمعلوماتية في بعض دول العالم الثالث: على الرغم من الجهود الحثيثة من قبل أدارات المؤسسات لمواكبة التطور التقني فإن البينة التحتية للإتصالات والمعلومات تعد غير مرضية، ويمكن في هذا الصدد الإشارة إلى غياب إكتمال الشبكات المعلوماتية بالإضافة إلى عدم تعميم التطبيقات والبرمجيات بصورة شاملة على كافة النشاطات والمستويات.**
٣. **معوقات تنظيمية وإدارية: إن أهم العراقيل المرتبطة باستخدام التقنيات الحديثة للمعلوماتية تتمثل في انعدام التخطيط والتنسيق والرقابة على الأنشطة المتعلقة باستخدام هذه التقنيات، وذلك كنتيجة لعدم وجود سياسة عامة فنية موحدة على مستوى الدولة في هذا المجال.**
٤. **معوقات بشرية: يعتبر العنصر البشري هو أهم العناصر في أي نظام، إذ بدون هذا العنصر لا يمكن لأي نظام أن يحقق أهدافه المرجوة، فالمعدات والآلات والأجهزة وكل وسائل التقنية الحديثة ما هي إلا عناصر خاملة بدون العنصر البشري، وتعد الفجوة الكبيرة الفاصلة بين العاملين في مجال نظم المعلومات وبين المستفيدين من هذه التكنولوجيا مما يجعل الاتصال والتفاهم بين هاتين الفئتين ضعيفا، ونتيجة لذلك يتم تصميم أنظمة لا تلبي حاجة المستفيدين في معظم الحالات، وهذا يعني هدر المزيد من الوقت والموارد.**

٥. معوقات تقنية وفنية : تتمثل المعوقات التقنية والفنية في ضعف انتشار تقنية المعلومات(المعلوماتية) ، وتعود أسباب ذلك إلى قلة الوعي العام بما توفره هذه التقنيات من خدمات، بالإضافة إلى أن عدم توفر البنية التحتية المناسبة التي تضمن تقديم تلك الخدمات المعلوماتية بالشكل الجيد والتي تغطي جميع أنحاء الدولة وبتكلفة مناسبة هو أيضا من الأسباب التي تعيق انتشار هذه التقنيات، ويمكن إجمال أهم المعوقات التقنية والفنية التي تواجه عملية الاستخدام الأمثل للتقنيات الحديثة في المؤسسات فيما يلي:

أ. صعوبة اختيار الأجهزة المناسبة، نظرا للتعدد الكبير في الأنواع والنظم المختلفة، وعدم وجود أسس واضحة للمفاضلة بينهما، بالإضافة إلى سرعة تطور هذه التجهيزات، ومما يزيد الأمر تعقيدا شدة المنافسة في سوق الحواسيب مما يجعل الاختيار صعبا، وقد تفرض أحيانا بعض الأنواع والأنظمة نفسها في السوق على عكس ما يرغب المستخدم (المتلقي) في الحصول عليه.

ب. السرعة الكبيرة لتطور أجهزة الحواسيب والبرمجيات، مما يؤدي في معظم الحالات إلى تغييرات كبيرة في الأنظمة القائمة، حيث يتطلب ذلك موارد مالية كثيرة وفترة زمنية كبيرة، الأمر الذي يؤدي إلى صعوبة إجراء تقييم صحيح أو دراسة حقيقية للجدوى أو غير ذلك من القرارات المهمة.

ج. عدم إتباع الطرق العلمية لتحديد الاحتياجات اللازمة لمختلف وحدات وتجهيزات الالكترونية، وهذا لا يمكن أن يتم إلا عن طريق القيام بدراسة الجدوى من الاحتياجات اللازمة لمختلف النواحي الفنية والاقتصادية والتشغيلية، مما يؤدي في النهاية إلى عدم التطابق بين الإمكانيات المتوفرة والاحتياجات الفعلية.

وقبل أن نختم مبحثنا التمهيدي هذا لابد أن نقول أن المعلومات أصبحت أحد الموارد الاستراتيجية في أي تنظيم، حيث لا يمكن أداء العديد من العمليات الأساسية أو اتخاذ أي قرار دون الاعتماد على المعلومات، كما تعد المعلومات لتلك التنظيمات استثمارا يمكن استغلاله استراتيجيا للحصول على ميزة تنافسية، ولذلك أصبحت تنظر إلى ميدان المعلوماتية كمجال يمكن من خلاله خلق الفرص أو إضافة قيمة لديها، وسوف يتوقف نجاح تلك المؤسسات على نحو أكثر من ذي قبل على فهم طبيعة التغير واستباق التكنولوجيا واستخدامها على نحو يوظف مزاياها.

ويترتب على هذه التقنية الجديده الحاجة ألى وسائل قانونية جديدة في إبرام إتفاق المعلوماتية منه سبق التفاوض على إبرام العقد وضرورة الاتفاق المبدئي على مضمونه والحاجة إلى إبرام اتفاق اطاري للمعلوماتية–موضوع العقد– وضرورة الرجوع إلى الوثائق

المتضمنة للصيغة النهائية للعقد المتفق علية بين طرفية واعتماد اداةً لتفسيرهِ أو لتحديد التزامات طرفية وغيرها من الوسائل التي استلزمت المعلوماتية الحاجه اليها.

المبحث الأول

دور المفاوضات في إبرام عقود المعلوماتية

لما كان محل عقد المعلوماتية كثير التفاصيل شديد الغموض والالتباس ولايمكن تحديده او جمعه او وصفه بكلمة واحدة مثل البيع او الايجار التقليدي (لذا يصعب تحديد (الايجاب) الصادر من احد المتعاقدين والموجه إلى المتعاقد الاخركما يصعب تحديد (القبول) المطابق له الصادر من الشخص الموجه هذا الايجاب له). وهذا يعني بالنسبة لإبرامه والتزامات اطرافه لها طبيعة قانونية خاصة.

ويترتب على صعوبة تحديد (المحل) الحاجة الفعلية والعملية الى المفاوضات لابرام عقد المعلوماتية ، لا بل لتحديد حاجة المتعاقد نفسه اليها ولاسيما انه يتفاوض على امور مجهولة بالنسبة اليه وان كان يدرك اهميتها العملية والعلمية ويدرك حاجتهُ اليها، او حاجة مؤُسسته او شركته منها. وغالباً ما يكون المتلقي او المحتاج اليها بحاجة الى اجراء مفاوضات معمقة مع المزود الاجنبي لها لابل بالحقيقة هو بحاجة الى اجراء جولات تفاوضية معمقة معه، في بعض الاحيان، لتحديد أَفضل احتياج له منها بأَفضل شروط يحصل عليها من المزود.

لكن المزود، وعلى الرغم من احتياجه الى دخول السوق المحلية للمتلقي، إلا انه لايرغب في الافصاح عن معلوماته السرية ولا الكشف عن اسراره التجارية او الصناعية كما انه لايرغب في الدخول بمفاوضات متعلقة بعقود التجهيز ، بمعناها الدقيق ، لذا يميل الى فرض شروطه على الطرف الاخر ويجعله بين اختيارين اما الرضوخ الى شروطه التعاقدية او رفض الصفقة جميعاً.

لذلك نرى ان نقسم هذا المبحث الى مطلبين نخصص اولهما: لبيان أهمية المفاوضات في إبرام عقود المعلوماتية ونكرسُ ثانيهما: لبيان الطبيعة القانونية لقطع المفواضات والاستغناء عنها.

المطلب الأول – أهمية المفاوضات في إبرام عقود المعلوماتية

(للمفاوضات دور مزدوج: احدهما يتعلق باتفاق الاطار وثانيهما يتعلق بمحل العقد)

تكمن أَهمية المفاوضات في عقود نقل التكنولوجيا عموماً وعقود المعلوماتية خصوصاً الى تحديد العقود التطبيقية التي تنضوي تحت نطاق اتفاق الاطار كعقد التجهيز وعقد التدريب وعقد التوريد وعقد الترخيص وعقد الامتياز التجاري. وشروط هذه العقود وان كان الطرف المجهز لها (اي الطرف الاجنبي) ينفرد بوضعها وفرضها على الطرف المتلقي لها (اي الطرف الوطني) إلاَّ ان تنظيمها بموجب اتفاق بشأنها يدعى اتفاق الاطار فهي مسأَلة تستوجب التفاوض. إذ تكشف المفاوضات عن حاجة المتلقي للمعلوماتية وتحديدها تحديداً دقيقاً ولاسيما ان المتلقي يجهل وقت التفاوض معرفة مستوى التطور التكنولوجي الذي بلغه الطرف المجهز له لكونه اقل درايةً علمية واقتصادية منه[١٨] ومن أجل تحقيق غاية التفاوض يجب على الطرف المتفاوض ان لايهمل تركيب فريقه التفاوضي ورفده بالعناصر الكفوءَُة بما فيها العنصر القانوني الذي لو تم استبعاده لاي سبب من الاسباب فأَن اتفاق الاطار الذي يتوصل اليه الطرفان، مهما بلغ من الدقة، فلا يتلائم كليةً مع ظروف الطرف الذي استبعده من مراحل المفاوضات[١٩].

ولا يخفى على احد أَهمية المفاوضات التي يجريها الطرفان المتعاقدان لتحقيق اهداف المتفاوضين وفق افضل الشروط التي تتلائم مع امكانياتهما المادية والبشرية والعلمية ووفق ما يتناسب مع خبراتهما العلمية والعملية[٢٠]. لذلك نرى ان أَغلب المحدثين يتجهون الى إسباغ العمل القانوني على هذه المفاوضات لانها تعكسُ رغبات المتفاوضين اكثر مما يمكن اعتبارها اعمالاً مادية لا يهتم القانون بتنظيمها[٢١] وذلك لأنها تهدف إلى التوصل إلى إبرام عقد يكون عقداً اطارياً مركباً[٢٢]. يصعبُ معرفة الطرف الذي صدر منه (الايجاب) والطرف الاخر الذي صدر منه (القبول).

ولكن إبرام عقود المعلوماتية البسيطة التي لاتحتاج الى اتفاق اطار يجمع العقود التطبيقية الداخلة فيها ومنها بوجه خاص عقود الاتمتة او المكننة[٢٣] وكذلك إبرام العقود التطبيقية التي تنضوي تحت اتفاق الاطار يتم من خلال فرض المجهز شروطه – غير القابلة للتفاوض – على المتلقي. وهذه الصورة (ومنها بوجه خاص العقود التطبيقية) شبيهة بعقد الاذعان. لابل ان اغلب الشروط التي يفرضها المجهز على المتلقي تعد شروطاً تعسفية بما فيها شروطه التجارية والتسويقية التي تبرم في عقد الترخيص او في عقد الامتياز التجاري[٢٤].

<u>مراحل المفاوضات على تزويد نظم المعلومات[٢٥] (أو الأموال المعلوماتية)[٢٦]</u>

تجتاز مفاوضات نقل التكنولوجيا عموماً والمعرفة المعلوماتية خصوصاً مراحل ثلاث لتصل الى درجة النضوج، وهي:

(١) مرحلة الدخول في المفاوضات.
(٢) مرحلة التوصل الى اتفاق مبدئي.
(٣) مرحلة ابرام العقد النهائي.

وتعد مرحلة الدخول في المفاوضات مرحلة تمهيدية سابقة ومهمة لابرام العقد الاطاري النهائي لنقل نظم المعلومات وذلك لان ابرام العقد يتوقف عليها كليةً. فلو افشى المفاوض عن خطأٍ أو عمد الغاية التي يسعى للوصول اليها لاستكمال منظومته المعلوماتية المجهز بها من قبل مجهز آخر او بقصد استعمالها الخفي لغير الاغراض المتفق عليها او غير المعلن عنها، فأَن المزود قد يتمكن من الاتفاق او التحالف مع نظرائه ومنافسيه من المزودين على توحيد مواقفهم تجاه المفاوض الوطني بقصد الاضرار به أو فرض شروطه عليه أو اضعاف دوره التفاوضي معه، ولذلك يفضل ان تكون بداية المفوضات محاورات وليست مناقشات. ففي الحوار يحصل البحث عن التنوع في الاراء وعرض الموضوعات المعقدة والجوانب الخفية منها، بينما في المناقشة يتم أَصدار القرارات ولاسيما القرارات المؤُثرة على ابرام العقد النهائي نفسه[٢٧].

وعندما يستكمل المتفاوضون اجراء الدراسات التمهيدية لتحديد محل العقد المزمع ابرامه وذلك مثل تحديد نوع اجهزة الحاسوب وبرامجه وطريقة التشغيل وتحديد العمليات الناتجة منه كترخيص المجهز الاجنبي اختراعه للمتلقي الوطني أو تخويله بتوزيع المعرفة المعلوماتية داخل دولته (دولة المتلقي) أو أن يقوم بمنحه امتياز استعمال علامة المجهز التجارية العائدة له فأَن الغاية من عملية اجراء المفاوضات تكون قد تبلورت وتكون فرصة التوصل الى اتفاق مبدئي قد نضجت. ولاسيما ان التوصل الى اتفاق نهائي ليس بالامر الهين ان لم يكن يسبقهُ اتفاق مبدئي لابل ان الاتفاق المبدئي نفسه ليس بالأمر الهين أيضاً وذلك لأنه غالباً ما تتغير الدراسات التمهيدية وفق احتياجات المتلقي لها وقدرة المزود الاجنبي على تجهيزها ونصبها وتشغيلها جزءاً او كلاً.

ولكن غالباً ما يسبقُ مرحلة الاتفاق المبدئي لجوء كلا الطرفين او احدهما ولاسيما الطرف المتلقي إلى مراكز القرار بغية اجراء دراسات تقوم بها مكاتب استشارية متخصصة بهذا الشأَن للتاكد من صلاحية النظم المعلوماتية من تحقيق الغاية المقصودة[٢٨]. ونلاحظ انه كلما اقترب المتفاوضان من مرحلة التوصل الى اتفاق مبدئي كلما وضح الجانب القانوني في تحديد مسؤولية الفريق المتفاوض عن قطع المفاوضات او الانسحاب المفاجئ منها او فرض الشروط التعسفية على الفريق الاخر غير المتفقة مع مبادئ المفاوضات الاولى وقت الدخول فيها. ويصل المتفاوضان إلى اتفاق مبدئي بعد اطمأنانهم على حسن نواياهم ونضوج افكارهما

وتبلور الموضوع الذي يراد ان يكون محلاً للعقد المزمع ابرامه بينهما وذلك مثل توصل الملتزم بنقل التكنولوجيا (او المورد لها) بنقل ما يستحدث عنده من تكنولوجيا الى الطرف المتلقي لها ورغبة الطرف الاخير في الاستفادة منها وكمثل حالة رغبة المتعاقد على تركيب شبكة حاسبات آلية تؤُدي الى توسيع شبكته وتعديلها[٢٩].

ان وجود اتفاق المبدأ، كما يعبر الدكتور مصطفى محمد الجَّمال بحق عنه، هو رهين بالالتزام بالتفاوض وليس العكس. فلولا الاتفاق على التزام احد الطرفين بالاستمرار بالتفاوض للوصول الى اتفاق مبدئي او على تعديل ما سبق الاتفاق عليه او على العقد البديل لما امكن قيام اتفاق المبدأ[٣٠]. ولاسيما ان محل اتفاق المبدأ هو السعي الى ابرام العقد المنشود ذاته – وان كان عقداً مركباً او عقداً اطارياً او مزيجاً منهما – وليس التفاوض عليه[٣١].

المطلب الثاني – الطبيعة القانونية لقطع المفاوضات والاستغناء عنها

نقصدُ بالطبيعة القانونية، بصورة عامة، اسباغ حكم القانون الاكثر انطباقاً من غيره من القوانين – عندما تتعدد – على الواقعة بغية اخضاعه لاحكامه ومهما كان نوع هذه الواقعة (جريمة او معاملة او عقد او عمل مشروع او عمل غير مشروع) ومهما كان مصدرها (نصاً شرعياً مقدساً أو نصاً قانونياً وضعياً او اجراءً قضائياً او عملاً ادارياً او حتى مجرد عمل مادي)[٣٢].

ونقصدُ بالطبيعة القانونية لقطع المفاوضات تحديد القانون الاكثر انطباقاً من غيره[٣٣] –كالقانون الذي يحكم المسؤُولية العقدية او المسؤُولية التقصيرية– على واقعة قطع المفاوضات (وهي واقعة مادية) بغية اخضاعها لاحكام القانون الاصلح منهما.

وأياً كانت طبيعة قطع المفاوضات (عقديةً ام تقصرية)[٣٤] فهي لا تنشأ الا بسبب الرغبة في التوصل إلى ابرام عقد يحتاجُ الفريقان قبل ابرامه الى التفاوض بشأنه كاتفاق الاطار على نقل المعلوماتية وتدريب العاملين عليها واعداد برامج الاتمتة وتجهيز (المتلقي) بالخبراء ومحللي النظم[٣٥] ومخططي بحوث العمليات وعلى تسويق المنتجات وتقديم الخدمات وحماية المستهلك الوطني من خلال اطمئنانه على علامة المجهز التجارية وان منح المجهز الاجنبي المتلقي الوطني امتياز استعمالها ووضعهاعلى منتجاته أو تخويله بالتعاقد نيابةً عنه.

والأصل في المفاوضات بموجب إحكام القانون المدني العراقي انها غير ملزمة ولا يترتب على قطعها اية مسؤُولية ما دام المنسحب عنها يستعمل حقاً مباحاً له[٣٦]. فمن استعمل حقه استعمالاً جائزاً لم يضمن ماينشأ عن ذاك من ضرر (المادة ٦ مدني عراقيّ). ولاسيما اذا كان هذا الانسحاب قبل التوصل الى اتفاق مبدئي. بينما يعتبر الانسحاب المفاجئ من

المفاوضات(بموجب اتفاقيات التجارة وعقود البيوع الدولية وإحكام المحكمين في القضايا التجارية) وخصوصاً بعد التوصل الى اتفاق مبدئي بشأَن الاستمرار او التواصل فيها او استئناف السير فيها بعد قطع مفاجئ لها او بشأَن تعديل عقد سابق بمثابة الاخلال بالتزام إرادي يستوجب التعويض تحت طائلة المسؤولية العقدية، باعتبار ان للمفاوضات فائدة سلبية في مجال الفصل في النزاع على إبرام العقد المنشود[٣٧].

ولكن العمل بالاستنتاج المذكور انفاً يتعذر تطبيقه على عقود المعلوماتية المحكومة بالقانون العراقي وذلك لأنهُ يتطلب اقرار المشرع له بوجه عام واقراره لمشروعية الاتفاق السلبي ودوره – ولو كان محدوداً – في ابرام العقد او في التوصل الى ابرامه بوجه خاص. وهذا كله من قبيل التمني والتوقع لا الثبوت او التحقق. ومن ثم فأَن الطبيعة التعاقدية لوقوع المسؤُولية عن الفريق المنسحب عن المفاوضات – وان كانت اصلح لواقعة قطع المفاوضات – إلا انه يتعذر تطبيقها واعمالها في العراق مما يؤُدي ذلك الى اعمال المسؤُولية التقصيرية على هذه الواقعة باعتبار ان الفريق التفاوضي المنسحب قد أَخل بواجب قانوني مفروض عليه بأَن لايلحق ضرراً بمن تفاوض معه او بحق من اطمأَن عليه وكشف له جانباً من اسراره اعتماداً على مبدأَ حسن النية وافتراض الثقة في الطرف الاخر المتفاوض معه. وهذا هو مدلول المسؤُولية التقصيرية على من قطع المفاوضات والحق ضرراً بالطرف الاخر المتفاوض معه[٣٨].

فالمدعي وهو الطرف المضرور او الذي يدعي الضرر يستند بدعواه على مطالبة المسؤُول بتعويضه عمَّا تكبده من نفقات ما كان ليتكبدها لولا امله في الوصول الى الاتفاق المنشود ولاسيما لو اضاع عليه المسؤُول فرصة التعاقد مع غيره. وهذه هي الفرصة الضائعة. والفرصة الضائعة قد تكون فرصة التعاقد مع الطرف المسؤُول نفسه او قد تكون فرصة التعاقد مع شخص آخر. وفي كلتا الحالتين يتعين ان يكون المتفاوض قد وصل الى حد قريب من ابرام العقد النهائي وذلك قبل ان يقطع احد الطرفين المفاوضات او قد يفرض المجهز الاجنبي شروطاً تعسفية على المتلقي الوطني لا تتفق مع شروطه الاولى كما اشرنا الى ذلك أنفاً[٣٩].

والحقيقة لو أراد المشرع العراقي ان يتدخل، فيجعل مسؤُولية الفريق المنسحب ذات طبيعة عقدية لكان ذلك افضل بالنسبة للمتفاوضين باعتبار ان الاستمرار بالحوار جزء من عملية التفاوض. أما سكوت المشرع العراقي عن تنظيم المفاوضات التجارية بقانون يترتب عليه صعوبة تقرير اي مسؤولية ناشئة بسبب قطعها عملياً. ولكن يمكن ان يثير ذلك من جهةٍ أخرى مسؤُولية العراق الدولية نتيجة الاخلال بالتزاماته الدولية ولاسيما اذا لحقت بالمستثمرين الاجانب اضراراً من جراء قطع هذه المفاوضات إذ أن الدولة العراقية مسؤُولة عن

التزاماتها الدولية بموجب المادة (٨) من الدستور العراقيَّ الدائم لسنة ٢٠٠٥ بوجه عام وعن التزاماتها التجارية التي تتخذ شكل مشاريع الاستثمار المجازة في العراق بموجب المادة (١٢) من قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ المعدل بوجه خاص.

ويترتب على اسباغ احدى الطبيعتين (العقدية او التقصيرية) على تحديد نوع المسؤُولية من جراء الانسحاب غير المشروع من المفاوضات ثلاث نتائج:

- **<u>النتيجة الاولى:</u> لايحق للمدعي المضرور مطالبة المدعى عليه المسؤُول بالتعويض إلاَّ عن الضرر المادي المباشر المتوقع اذا كانت طبيعة مسؤُوليته <u>عقدية</u>[٤٠] بينما يطالبه المدعي عن التعويض عن الاضرار المادية او المعنوية المباشرة سواء اكانت متوقعة ام غير متوقعة اذا كانت طبيعة مسؤُوليته <u>تقصيرية</u> (المادتين ١٦٩ و ٢٠٧ مدني عراقيَّ).**
- **<u>النتيجة الثانية:</u> لايحق للمدعي المضرور مطالبة المدعى عليه المسؤُول بالتعويض إلاَّ بعد اعذاره اعذاراً صحيحاً إذا كانت طبيعة مسؤُوليته <u>عقدية</u>، بينما يحقُ للمدعي المضرور مطالبة المدعى عليه المسؤول بالتعويض عن الاضرار التي لحقت به من جراء قطع المفاوضات دون حاجة الى الاعذار اذا كانت طبيعة مسؤُوليته <u>تقصيرية</u> (المادتين ٢٥٦ و ٢٥٨/ب مدني عراقي).**
- **<u>النتيجة الثالثة:</u> يتحمل المدعي عبء اثبات وجود الضرر اذا كانت المسؤُولية الناشئة عن قطع المفاوضات <u>عقدية</u>، بينما يتحمل المدعى عليه هذا العبء اذا كانت المسؤُولية الناشئة عليه من جراء قطعه للمفاوضات <u>تقصيرية</u>.**

<u>الاستغناء عن المفاوضات</u>

لا يدخل المجهز الاجنبي مع الطرف المتلقي المحلي في مفاوضات متعلقة بطبيعة شروطه التي يمليها في عقوده التطبيقية (مثل عقد التجهيز وعقد الصيانة وعقد التدريب وعقد الترخيص وعقد الامتياز ....) التي يبرمها في نطاق اتفاق الاطار. كما لايقبل ان يتفاوض على تقديم خبرته الفنية او اسراره التكنولوجية على نوع واحد من انواع المعلوماتية كانشاء فرن للصمون متكون من خطوط انتاجية كثيرة يكفي لسد حاجة بلد او مدينة صغيرة او كراج لغسل السيارات يدار بصورة مؤُتمتة(متكون من وحدات عديدة ويقدم خدمات كثيرة يعجز عدد كبير من العمال تقديمها) من قبل نظام معلوماتي[٤١] عالي الجودة.

لا بل العكس، نجد ان المجهز الاجنبي يفرض شروطه التعسفية بشأَنها[٤٢] على الطرف المتلقي ويترك له خيار التعاقد معه. ويلاحظ بشأَن هذه الحالات خمسُ ملاحظات وهي:

- **الملاحظة الأولى: إن إبرام العقد لا يحتاج إلى تفاوض بشأن التكنولوجيا الموردة (وهذه التكنولوجيا تمثل موضوع العقد) (وموضوع العقد هو ما انصب الاداء عليه[٤٣]) بينما تحتاج التزامات الطرفين الى التفاوض على الشحن والنقل والتأمين والتغليف وتحديد القانون واجب التطبيق (وهذه الالتزامات يُشكل بعضها محل الالتزام)[٤٤].**
- **الملاحظة الثانية: يفرض المتعاقد الاجنبي شروطه على الطرف الوطني فيما يتصل بموضوع العقد (اي التكنولوجيا المتعاقد عليها) بينما يتفاوض على تحديد التزاماته وحقوقه تجاه الطرف الاخر.**
- **الملاحظة الثالثة: يصعب تكييف[٤٥] هذا العقد، بحسب ماهو متعارف عليه، بانه عقد اذعان كما يصعب تكييفه بانه عقد مبرم بين طرفين متكافئين وقت ابرامه. وهذا يعني انه يقعُ في منطقة وسطى بين عقود الاذعان من جهة والعقود المبرمة بين طرفين متكافئين من جهةٍ أُخرى[٤٦]. ومع ذلك يتجه فريقاً من الفقه الى تكييف هذا العقد بكونه عقد اذعان وليس بعقد مبرم بين طرفين متكافئين باعتبار ان المتعاقد الضعيف لايمكنه مقاومة الطرف القوي وهذا هو المفهوم الجديد لإبرام عقد الإذعان[٤٧].**

ولنا على الملاحظة الاخيرة وقفة تأمل خاصة بها. فمزود المعلوماتية غالباً ما لا ينفردُ باحتكاره لها بمفرده دون غيره وذلك لان تعدد مقدمي المعلوماتية يجعل من موضوع العقد الذي يلتزم المجهز بتقديمه الى المتلقي غير محتكر من لدنه احتكاراً فعلياً او قانونياً، وهذا يعني فقدانه لاهم شرط من شروط عقد الاذعان (شرط الاحتكار)، وعلى الرغم من كون المتعاقد غير متمكن من التفاوض مع المجهز (على الاغلب) على موضوع العقد وسائر الالتزامات الجوهرية فيه وانما يفرضها المجهز عليه فرضاً، ومن ثم فهو يعَّد وفق الاتجاه التقليدي السائد عقداً من عقود المنطقة الوسطى بين العقود التي تبرم بعد مفاوضات وبين عقود الاذعان. ومع ذلك يجب على المحكمة او هيئة التحكيم التي تفصل في هذا الموضوع ان تحدد درجة التكافؤ بين المتعاقدين او خضوع احدهما لمشيئة الاخر فاذا وجدت ان احدهما كان خاضعاً لمشيئة الاخر كان العقد عقد اذعان والا فهو عقد متكافئ بين طرفيه.

ولا يؤُدي إسباغ (الإذعان) إلى العقد التخفيف من شروط العقد إلاَّ اذا رأَت المحكمة او هيئة التحكيم المختصة ضرورة اعمال سلطتها التقديرية في تخفيف بعض الشروط او ان تعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة (المادة ٢/١٦٧ مدني عراقي).

- **الملاحظة الرابعة: يعتبر المتعاقد مع المجهز الاجنبي مستهلكاً تجاه المزود الأجنبي إذا أذعن لشروطه وابرم عقده معه دون أن يكون له دوراً فيه ومن ثم يشمل بقواعد قانون حماية المستهلك رقم (١) لسنة ٢٠١٠ وان كان شخصاً معنوياً عاماً كالدولة.**
- **الملاحظة الخامسة: اما اذا انصرفت نية المتلقي الى تجهيز معارف النظام المعلوماتي الى الجمهور وهذه الحالة ليست نادرة التطبيق –مادامت تتم بموافقة المجهز– فيعتبرُ المتلقي، في حدود هذه الحالة، مهنياً وليس مستهلكاً للمعلوماتية ومن ثم يستبعد هذا (المتلقي) من نطاق حماية المستهلك المقررة لهُ بموجب قانون حماية المستهلك العراقي رقم (١) لسنة ٢٠١٠ .**

المبحث الثاني

الاتفاق النهائي لابرام عقد المعلوماتية

اياً كانت المفاوضات عميقة ومستفيضة فهي لن تنتهي الى تحديد دقيق لمحل العقد وشروطه ولاسيما شروط النصب والتشغيل والتدريب والتجهيز وغيرها. لذا فالعقد المعلوماتي يبرمُ اما نتيجة مخاض عسير، وهذا الفرض يستلزم تكافؤ المتفاوضين أَو ان يسلم احدهما للاخر بشروطه، أي يذعن له ويخضع لإرادته (عقد إذعان) وهذا الفرض يستلزم حاجة احدهما لتكنولوجيا الاخر.

وأياً كانت نتيجة المفاوضات فانها اما ان تنتهي الى ابرام العقد او الى عدم ابرامه. فاذا اتجهت ارادة المتعاقدين الى ابرامه، فأَن الوثيقة الاخيرة المتضمنة للشروط النهائية المتفاوض عليها، هي بحد ذاتها مشكلة وذلك لانها عاجزة عن حل مشاكل العقد المبرم بينهما[٤٨].

اذاً فالوثيقة النهائية لإبرام العقد لا تحل مشاكل المتعاقدين بصورة نهائية، ولو تفاوض الطرفان بشأَنها، وانما تساهم هذه الوثيقة مع الوثائق المتبادلة خلال المفاوضات في حل بعض او معظم مشاكل المعلوماتية. ومن اهم مشاكل ابرام عقد المعلوماتية المشاكل الثلاث الاتية:

- **المشكلة الاولى: التوقيع على وثيقة العقد المبرم وتبادلها بين المتفاوضين.**
- **المشكلة الثانية: محتوى العقد المبرم وتحديد محله.**
- **المشكلة الثالثة: محدودية العقد عن تحديد التزامات أطرافه بكل دقة وعن تفسير نيتهما المشتركة. وسنفرد لكل واحدة منها مطلباً خاصاً ومستقلاً بها.**

المطلب الأول – التوقيع على وثيقة العقد المبرم وتبادلها بين الطرفين

فاذا تكافئت مراكز المتفاوضين علمياً واقتصادياً وفنياً، فأَن الجهة القانونية لكل متفاوض هي التي تتولى ابرام وثيقة العقد وتقوم بارساله، في بعض الاحوال، موقعاً الى الطرف الاخر لتضعه في موقف حرج من عملية ابرامه ولاسيما اذا كان النظام القانوني الذي يحكمُ هذا العقد متحرراً من قاعدة "mirror image" والذي اعملنا جهدنا في ترجمته ترجمة اكاديمية بـ (التصور المتطابق)[٤٩].

فلو ابرم عقد التزويد بالمعلوماتية سواء اكان اتفاقاً اطارياً ام عقداً تطبيقياً منضوياً تحته في الولايات المتحدة الامريكية وكان قانونها التجاري الموحد هو القانون الحاكم لهذا العقد وكان مزود المعلوماتية امريكياً او اي شخص آخر يخضع لولاية القانون الامريكي من حيث النتيجة واعد وثيقة عقد تزويد المعلوماتية وامضاها (اي وقع عليها) وارسلها الى الطرف الاخر للتوقيع عليها ايضاً فيعتبر هذا ايجاباً صادراً من لدنه يتطابق مع القبول الذي يتخذ شكل وثيقة إبرام عقد أخرى (لا علاقة لها بالوثيقة الاولى الموقعة من الموجب) اذا كانت صادرة من الموجب له وموقعة ايضاً من لدنه ولو تضمنت الوثيقة النهائية تعديلاً غير جوهري على بنود الوثيقة الاولى او ادرج فيها بنداً غير متفاوض عليه او غير متفق عليه بشأَنها بشرط ان يكون كلا الطرفين تاجراً وان لا يمس البند المضاف او المعدل او غير المتفاوض عليه جوهر العقد[٥٠]. ومتى لم يعترض عليها الموجب او متى لم يصدر منه اعتراض باي طريق من الطرق وفي غضون مدة معقولة، وفي هذه الحالة بالذات، تقضي المادة (٢-٢٠٧) (٣) من القانون التجاري الموحد للولايات المتحدة الامريكية بحتمية انعقاد العقد بينهما، اذ جاء فيها ان العقد المتبادل فيما بينهما: ((ينعقدُ على البنود المتفق عليها بموجب كتابات الطرفين، اضافةً الى البنود التكميلية التي يتم دمجها في العقد وفقاً لاي نص آخر في هذا القانون)).

" ... A in such case the terms of the particular contract consist of those terms on which the writings of the parties agree, together with any supplementary terms incorporated under other provisions of this Act."

وكذلك لو ابرم عقد التزويد بالنظم المعلوماتية (اطارياً كان او تطبيقياً) وفق اتفاقية الامم المتحدة بشأَن البيوع الدولية لسنة ١٩٨٠ (مع ملاحظة ان نطاق انطباقها لا يشمل إلاَّ الحاسبات وملحقاتها ومختبراتها او كل ما له محل مادي يرد اليه حصراً)[٥١] ، فأَن العقد ينعقد ولو انفرد كل طرف متفاوض باعداد وثيقة العقد الخاصة به لا بل ولو ارسلها مشفوعةً

بتوقيعه الى الطرف الاخر حتى ولو كانت الوثيقة الاخيرة للعقد الصادرة عن الموجب له والموقعة من قبله مخالفة للوثيقة الاولى المرسلة من (الموجب) إليه مخالفةً غير جوهرية في المسائل المختلف بشأنها (المادة ٢/١٩ و٣ من اتفاقية فينا).

ولدى التمعن في القانون التجاري الموحد للولايات المتحدة الامريكية واتفاقية فينا للبيوع الدولية لسنة ١٩٨٠ نجد ان التعبير عن الايجاب والقبول يتم من خلال تبادل وثائق العقد ولاحاجة للاتفاق على صيغة نهائية بشأنها متى ما صدر القبول في الوثيقة الثانية على وجه مطابق لما جاء في الوثيقة الاولى او مخالفاً لها في مسائلها التفصيلية لا الجوهرية دون اعتراض من الموجب.

وهذا يعني ان الرد على الايجاب، بما يخالفه في غير العناصر الجوهرية، متى كان منظماً بقانون أو باتفاقية لا تأخذ بنظرية التصور المتطابق يمكن ان يعد قبولاً له ينعقدُ به العقد، مادام الموجب لم يعترض على هذا القبول او يرفضه في غضون مدة معقولة يترك تقدير البت فيها الى القضاء عادةً. ولاسيما اذا كان هذا القبول متطابقاً مع العناصر الجوهرية للايجاب ولم يؤُدْ الى احداث تعديلات جوهرية او غير اساسية فيه.

المطلب الثاني – مشكلة محتوى العقد المبرم وتحديد محله

عندما يحل الطرفان مشكلة ابرام العقد من خلال تبادل وثائقه بينهما تظهر مشكلة اخرى هي مشكلة محتوى العقد وتحديد محله. اذ لايمكن للمتعاقدان ان يحددوا بالضبط محل هذا العقد ولاسيما اذا كان المتلقي بحاجة الى اجراء تعديلات فيه تتلائم مع طبيعة مجتمعه كحاجته الى الاتمتة في جانب وحاجته الى تشغيل العمال في جانب آخر. كما لا يمكن للمتفاوضين ان يبرموا عقداً واحداً يجمع بدقة بين كل خصائص عقد الترخيص والامتياز والتشغيل والتدريب في وثيقة واحدة. لذلك يسعى المتفاوضان اذا ما اتفقوا على العناصر الرئيسة في العقد إلى إبرام اتفاق الإطار الذي يمكننا ان نتبنى تعريف الاستاذ الدكتور مصطفى محمد الجَّمال له بانه: ((اتفاق يهدف الى اقامة تنظيم نموذجي لعلاقة مستمرة، تتعدد تطبيقاتها وتتلاحق عبر الزمن بحيث يصبح كل تطبيق منها محكوماً بالقواعد المتفق عليها في التنظيم الاطاري، ويكون هناك دائماً مستويان من الروابط الاتفاقية التي تحكم علاقة الطرفين. مستوى اعلى حاكم يمثله اتفاق الاطار، ومستوى ادنى تمثله كثرة من العقود التي تبرم وتنعقدُ في اطار هذا الاتفاق الحاكم، والتي تعرف في المصطلح القانوني بالعقود التطبيقية))[٥٢].

ويلجأ المتفاوضون، عقب انتهاء المفاوضات الى ابرام اتفاق اطاري لمواجهة الاحتياجات المستقبلية للمتلقي من الاجهزة والبرامج وسائر عناصر الملكية الفكرية بما فيها عقود الترخيص والامتياز والوكالة التجارية ان خوله ذلك لان يكون وكيلاً تجارياً في اقليم الدولة التي يعمل فيها ويقوم بتمثيل المزود وتقديم خدماته الى الجمهور مباشرةً من خلاله بشرط ان يستوفي هذا الوكيل الشروط المنصوص عليها في قانون تنظيم الوكالة التجارية رقم (٥١) لسنة ٢٠٠٠ (المادة ٥ منه) ان كان الوكيل عراقياً وكان العراق او جزءاً منه تشكل منطقة عمله التجاري. وبموجب هذه الوكالة يحق للمزود ان يشترط على وكيله التجاري بالا يشتري اي سلعة تكون موضوعاً لهذا العقد إلاَّ من خلال المجهز او احدى شركاته التابعة له او احدى الشركات التي يخصصها المجهز بنفسه للقيام بهذا العمل (اي التزويد بنظم المعلوماتية). وهذا ما يعرفُ بشرط المورد الوحيد[٥٣]. والمشكلة الجوهرية التي تواجه طرفي العقد عند ابرام الاتفاق الإطاري بينهما هي إزدواج الرضاء. فلو احتاج المتلقي الى معدات خاصة يستطيع المجهز ان يقوم بتصنيعها إلاَّ انه قد يرفض تزويده بها إلاَّ بشروط باهضة قد تكون مخالفة لما ورد بشأنها في اتفاق الاطار فقد لايستطيع المتلقي دائماً ان يلزم مجهزه على التنفيذ العيني الجبري ولاسيما اذا اكتنفَ اتفاق الاطاري المبرم بينهما غموض في عباراته –وهذا متوقع حدوثه– او عدم كفاية الشروط الواردة فيه على الزام المجهز بابرام عقد تطبيقي آخر يكون محله تزويد المتلقي بما يحتاجُ اليه او عدم صياغة بنوده صياغة قانونية ملزمة لطرفيه.

وكذلك يجوز للمتلقي ان يتفق مع المزود على ان يقصر تزويده بالنظم المعلوماتية في نطاق الدولة او الاقليم او المحافظة التي يعمل فيها دون غيره من الاشخاص. وهذا ما يعرف بشرط التجهيز الحصري[٥٤] فيحتج المتلقي عليه به. وغالباً ما يكون شرط المورد الوحيد وشرط التجهيز الحصري من الموضوع بحيث لايشكل اتفاق الاطار بينهما مشكلةً عليه. وانما قد تحدث المشاكل في التفاصيل والعمليات الانتاجية والتجارية اكثر مما تحدث في الافكار الاساسية المتفق عليها. والغاية من ازدواج الرضاء في اتفاق الاطار هي بقصد اضفاء قدر كبير من البساطة والمرونة على التزامات طرفيه، ومنها بوجه خاص ابرام العقود التطبيقية المندرجة ضمنه، ولاسيما إذا كان طرفيه يجهلان احتياجاتهما او رغباتهما المستقبلية. لذا نجد من تحقيق الرضاء على الأسس المتفق عليها أو المتوافق بشأنها بين طرفيه على اتفاق الإطار، وان كان في غاية الاهمية بمكان، إلاَّ انه ليس بديلاً عن ضرورة توافر الرضاء (بمعناه الخاص) بشأن كل عقد له صفة تطبيقية على حدة[٥٥]. مالم يكن البند او الشرط المدرج في عقد الاطار من الوضوح مما يجعلُ الرضاء في ابرام العقد التطبيقي اللاحق لابرامه مسألة

مفروغ منها باعتبار العقد الاول (اتفاق الاطار) وعداً بالتعاقد والعقد الثاني (الاتفاق اللاحق) حكماً مفروغاً منه. وفي هذه الحالة، حالة وضوح العقد الاول، نكون في حالة وعد بالتعاقد[٥٦] وليس في حالة اتفاق اطار. والوعد بالتعاقد شيئ واتفاق الاطار شيئ اخر تماماً.

وخلاصة ماتقدم نرى ان اتفاق الاطار يتطلب رضاءً مستقلاً لانعقاده كما يتطلب في وقت لاحق على ابرامه تحقق رضاءً جديداً بشأن كل عقد تطبيقي يبرم تنفيذاً له. وهذا هو الرضاء المزدوج في اتفاق الاطار[٥٧] والذي يترتب عليه نتيجة اخرى مهمة مفادها ان العبرة تكون للعقد التطبيقي لا للاتفاق الاطاري عندما لا يتطابق العقدان او عندما يتنافر العقد التطبيقي مع اتفاق الاطار في محله او سببه او احد اوصافه (كالشرط والاجل والتضامن وعدم قابلية محله للانقسام والقانون الواجب التطبيق وتحديد هيئة التحكيم المختصة للفصل في المنازعات الناشئة عنه وغير ذلك)[٥٨].

وغالباً ما يمزج المتعاقدان في الاتفاق الإطاري المبرم بينهما بشأن النظم المعلوماتية عناصر اكثر من عقد واحد وذلك مثل تجهيز المجهز الأجنبي لمعمل السيارات بالإنسان الآلي والحاسبات الألكترونية التي تديره[٥٩] الذي يحتاج إليه مشروعه وتزويده بالبرامج التي يتم الاتفاق عليها بعقد تطبيقي له ولاحق عليه وتدريب عماله خارج اقليم الدولة المجهز اليها بهذه النظم بموجب عقد تطبيقي آخر والترخيص للمتلقي باستغلال براءة الاختراع بموجب عقد ترخيص يبرم بينهما في اطار الاتفاق الإطاري ومنحه امتيازاً باستعمال الاسم التجاري والعلامة التجارية الخاصة بالمجهز ووضعها على بعض أجزاء السيارة التي يأذن المجهز بوضعها فيها بموجب عقد تطبيقي اخر وهكذا. وهذا ما يعرف بالعقد المركب (compound contract).

فعقد التزويد بالمعلوماتية كما قد تتعدد العقود التطبيقية المبرمة بموجبه كذلك قد تتعدد العمليات التي ينصبُ عليها محل هذا العقد. ومثال ذلك عقد الترخيص، وبموجبه يرخص المجهز للمتلقي باستغلال براءة اختراع له ثم يعقبها التزام المرخص بتدريب عمال المتلقي على تشغيل هذا المخترع والاستفادة من تطبيقاته الصناعية المختلفة وتنمية قابلياتهم العقلية وزيادة قدراتهم الذهنية على التعامل مع أجهزة القياس والتحكُم والسيطرة الاجنبية عالية الجودة[٦٠]. وفي هذه الحالة يطبقُ على هذا العقد، وهو عقد مركب من عقود عديدة كعقد الترخيص وعقد التدريب، احكام العقود الداخلة في تكوينه اذ ينطبقُ على بيع الحواسيب والاجهزة والمعدات الحاسوبية ومختبراتها ومعاملها القواعد القانونية المتعلقة بالبيع المنصوص عليها في التقنين المدني العراقيَّ (على فرض الاتفاق على اختياره قانوناً حاكماً لهذا النوع من العقود الدولية) (وهذا اتفاق مشروع بمقتضى مبادئ القانون الدولي الخاص) كما ينطبق على التنازل عن حقوق المؤُلف احكام قانون حماية حق المؤُلف رقم (٣) لسنة ١٩٧١ المعدل

وينطبقُ على عقد الترخيص قانون براءات الاختراع والنماذج الصناعية والمعلومات غير المفصح عنها والدوائر المتكاملة والاصناف النباتية رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٠ (للاسباب المذكورة انفاً) وهكذا يحكمُ كل عقد من العقود بالقانون الذي يتلائم معه. فأَن تعذر التوفيق بين احكام تلك العقود الداخلة فيه فتطبق عليه أحكام العقد الرئيس في تكوينه وتتبعه بقية العقود الاخرى في الحكم استناداً لقاعدة الاقل يتبع الاكثر[٦١].

المطلب الثالث – محدودية العقد عن تحديد التزامات أطرافه وعن تفسير نيتهما المشتركة

حتى على فرض تمكن الطرفان المتعاقدين من تجاوز العقبات او المشاكل التي تواجههما اثناء ابرام العقد وتحديد محله فأَن هناك مشكلة اخرى، هي ايضاً تعُّد مشكلة مهمة، مشكلة صعوبة فصل العقد المتفق عليه كوثيقة نهائية والتي أتخذت شكل (إتفاق أطاري مركب) من سائر الوثائق المتعددة التي تبادلها الطرفين اثناء المفاوضات. ومع ذلك لايكفي هذا العقد لسد احتياجات المحكِّم او القاضي لتحديد مضمونه او لتفسيره وتحديد التزامات أطرافه. فعقد التزويد بالمعلوماتية تعبير واضح وصريح عن تراجع فكرة تجارية العمل أمام رأسماليتهِ. ولعل قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩ يُقدم لنا المثال الواضح على هذا التراجع إذ إنهُ يُعالج مجموعة مُتنوعة من الأعمال التجارية والتكنولوجية والصناعية والزراعية[٦٢]. ومايهمنا منها في حدود هذا البحث هي الأعمال التكنولوجية التي تستلزم من القاضي او المُحكم أن يكون مُتحرراً في تفسير الالتزامات التعاقدية المُترتبة عليها من هيمنة الوثيقة العقدية الأخيرة المُتضمنة لأحكامها وقواعدها النهائية بين المُتعاقدين. فالمحكم او القاضي لايتقيد بمضمون الوثيقة النهائية للعقد المبرم بين الطرفين عندما يجدها عاجزةً عن تقديم كل الاجوبة التي يتطلب منه الفصل فيها اثناء نظره الدعوى المقامة بين المتخاصمين. وانما له ان يرجع بحق الى الوثائق المتبادلة بينهما خلال المفاوضات وله ان يقف عند المخاطبات والاتصالات وله ان يطلب منهما بتقديم كل ما تبادلوه من رسائل ووثائق تقليدية او الكترونية ويعتبرها جزءاً من العقد نفسه ومن ثم يقوم بتفسيرها او ربما يقوم بتغليبها على العقد نفسه مالم تستبعد بشرط الاركان الأربعة[٦٣] (entire agreement clause).

واذا لم يدرج المتعاقدان هذا الشرط في عقدهم الذي توصلوا اليه او في الوثيقة العقدية التي اعتبرتها هيئة التحكيم او المحكمة بانها الوثيقة النهائية المتضمنة للعقد النهائي، سرَّتْ عليهم فضلاً عن وثيقة العقد النهائية كل وثيقة اخرى متبادلة بينهما تقليدياً او الكترونياً. وهذا ما يضعف القوة الملزمة للوثيقة الاخيرة للعقد النهائي. والغاية من ادراج شرط

الاركان الاربعة هي لاستبعاد دور الوثائق التي تم تبادلها اثناء المفاوضات الجارية على ابرام العقد في تفسيره او في تحديد التزامات طرفيه. ويمكن ان يدرج هذا الشرط باوصاف مختلفة مثل ((يتضمن هذا العقد الاتفاق الكامل والتعديلات المعلنة صراحةً من المجهز والمتلقي والمتعلقة بالمعدات والخدمات التي يجب تزويدها. ويحل هذا العقد محل الاتصالات السابقة بما فيها العروض الشفهية او غيرها))[٦٤]. ويمكن ان يرد بصورة اخرى مثل ((يعترف المستفيد بانه على علم تام بهذا العقد وبملحقاته وكل فقراته المكتوبة او المطبوعة ويصرح بقبوله لكل المحتويات والشروط الواردة فيه، ويقر ايضاً ان الوثائق التي تتضمن هذا الاتفاق الذي تم بين الطرفين تحل محل كل المقترحات والالتزامات المكتوبة او الشفهية السابقة كما تحل ايضا محل كل الاتصالات الاخرى المتعلقة بهذا العقد[٦٥])).

ومع ذلك لايجرد هذا الشرط على الرغم من اهميته دور المحكم او القاضي من تفسير العقد او تحديد التزامات أطرافه بالرجوع إلى الوثائق المتبادلة بين أطرافه أثناء إجراء المفاوضات بينهما في حالة عدم تمكن هيئة التحكيم او المحكمة من حل الخلاف في تفسيره او في تحديد التزامات طرفيه. وهذا ما ذهبت اليه احدى المحاكم الابتدائية في باريس عندما فسر القضاة العقد بالاعتماد على المراسلات والمخاطبات التي وردت بين الاطراف المتعاقدة على الرغم من ادراج شرط الاركان الاربعة بينهما. وقد حرصت المحكمة المذكورة بهذه المناسبة على تأكيد ان وجود شرط الاركان الاربعة لايؤدي دائما الى حرمان المحكمة من الدور التفسيري الذي تلعبه الوثائق والمخاطبات[٦٦] كما اقرت ايضاً هذا المبدأ ايضاً اللجنة التحكيمية التي انعقدت في موسكو والتي ذكرت بانه على الرغم من وجود شرط الاركان الاربعة الا ان هذا الشرط لايتعارض مع رجوع هيئة التحكيم الى الوثائق المتبادلة قبل ابرام العقد لغرض تفسيره[٦٧].

ولكن اذا اراد المتعاقدان ان يتشددوا على استبعاد اي دور تفسيري للوثائق المتبادلة بينهما قبل ابرام العقد بصورة نهائية فلهم ذلك بشرط ان يقوموا بصياغة شرط الاركان الاربعة بشكل اكثر وضوحاً. ومثال ذلك ان يتفقوا على ادراج الشرط الاتي: ((ولغرض تفسير هذا العقد لايمكن الرجوع والاعتماد على الوثائق التي تم تبادلها خلال فترة المفاوضات[٦٨])).

وهذا النوع من الشروط، قليل التطبيق في مجال ابرام العقود الداخلية والدولية منها. وبموجب هذا النوع من الشروط يمنع صراحةً تفسير العقد او جانب من جوانبه على ضوء أطرافه الوثائق المتبادلة بين طرفيه قبل ابرام العقد بين[٦٩]. واخيراً يمكن اعمال شرط الاركان الاربعة مع الالتزام بتقديم المعلومات التي تتمييز بها عقود المعلوماتية باعتباره اعفاءً – من

نوع خاص – من المسؤُولية العقدية وهو من حيث المبدأ اتفاق مشروع إلاَّ اذا ارتكب المتعاقد غشاً او خطأً جسيماً[٧٠].

موقف المشرع العراقي من ابرام عقود المعلوماتية:

لا يمكن لاي شركة مجهزة لنظم المعلوماتية او متلقية لها ان تطمئن على مركزها القانوني اثناء المفاوضات عند ابرام العقد او تفسيره بالاعتماد على احكام القانون العراقيَّ كما لايمكنها ان تحصن تصرفاتها التي قامت بها حسن نية على ضوء احكام التقنيين المدني العراقيَّ الذي اغفل تنظيم المباحثات وتبادل الوثائق التعاقدية واهمل تنظيم الاتفاقات الاطارية والاختلاف فيما بينهما وبوجه خاص تطابق القبول مع الايجاب ولاسيما اذا لم يطابق القبول الايجاب في العناصر غير الجوهرية والتي لم يعترض الموجب عليها في غضون مدة معقولة عليها. ولاتكفي النظم القانونية العراقية القائمة على تقديم المرونة اللازمة للمتعاقدين ولاسيما اذا كانت اتفاقاتهم اطارية مركبة. فليس عيباً أن نعترف بحقيقة نظامنا القانوني فقواعدهِ القانونية غير ملائمة لتسوية المنازعات التي تثيرها المسائل المختلفة للعقود الدولية بصورة عامة واتفاقيات نقل المعلوماتية بصورة خاصة[٧١] والحقيقة ان النظم التعاقدية في القانون العراقيَّ اغلبها نظم تقليدية صممت من اجل ابرام عقود بسيطة مثل البيع او الايجار او الوكالة او المقاولة او العمل وتستندُ على المواد (٧٧-٨٦) من التقنيين المدني العراقيَّ.

ومع ذلك، ومادام لايوجد اي بديل عن التقنيين المدني العراقي (مع ضرورة مراعاة احكام الاتفاقيات الدولية التي صادق العراق عليها او التي انضم اليها)، لذا يقتضي ان نطوع قواعده ونحاول اخضاعه الى المتطلبات الحديثة في ابرام العقود ذات الطبيعة الاطارية او التركيبية. ولقد تبين لنا من خلال التعمق بدراسة القانون المدني العراقيَّ، ان الجزاء المترتب على قطع المفاوضات او فرض الشروط التعسفية غير المألَوفة والمختلفة عن الشروط الاولى وقت بدء التفاوض يمكن ان تثير المسؤُولية التقصيرية لا العقدية. وهذه المسؤُولية وان كانت انفع للمضرور الا ان فرصة اثباتها او تطويع نصوصها على وقائع المباحثات الثنائية والمفاوضات العقدية يجعلها صعبة عملياً ممّا تجعل المُدعين المضرورين في موقف حرج من اللجوء الى القضاء العراقي وهو قضاء خضوع للنص أكثر ممّا هو قضاء اجتهاد وملائمة لأحكام الواقع الوطني او الدولي الذي نحيا فيهِ. لذا لم نتمكن من الحصول على اي قرار حكم قضائي عراقيَّ بشأَن موضوع بحثنا.

وكذلك نجد ان ابرام العقد في القانون المدني العراقي يتطلب ان يطابق القبول الايجاب مطابقة كاملة في جميع جوانبه. وهذا مانصت عليه المادة (٨٥) من التقنيين المدني العراقيَّ، بقولها: ((واذا اوجب احد المتعاقدين يلزم الانعقاد للعقد قبول العاقد الاخر على الوجه المطابق

للايجاب)). مما يعني تبني المشروع لنظرية (التصور المتطابق) المعروفة في القانون الانكلوامريكي والتي تبدو اكثر وضوحاً من نظرية انعقاد العقد على المسائل الجوهرية وان تنافر مضمون (القبول) عن مضمون (الايجاب) في المسائل غير الجوهرية والمعروفة (بنظرية التصور غير المتطابق). ولكن للعمل التجاري خصوصيته فيجب اخضاعه قدر الامكان الى القانون الاكثر مناسبةً له. وهذا يتطلب ادخال نظرية (التصور غير المتطابق) الى القانون العراقيَّ ومن ثم استحداث نظرية خاصة بالالتزامات التجارية لاهميتها في جذب الاستثمارات الاجنبية في الاسواق العراقية. ولبلوغ هذه الغاية يجب الغاء قانون التجارة رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ الذي عفا عليه الزمن واحلال قانون عصري يحل محله على غرار قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩.

الخاتمة

لقد تبين لنا من خلال هذا البحث ان عقود المعلوماتية (الكبيرة) ان جاز لنا استخدام مثل هذا الاصطلاح تختزل مراحل صناعية كبيرة وكثيرة التفاصيل بمرحلة واحدة او اكثر وبشكل دقيق جداً. وتقوم الشركات المهنية، وهي غالباً ما تكون شركات معلوماتية، باستغلال هذه التكنولوجيا وتوريدها الى المستهلكين المحليين (طبعاً بموافقة المجهز الاجنبي ورضاه). ومن ثم يستلزم وضع نظام قانوني يتلائم مع هذه الواقعة وينسجم معها بدلاً من تطويع المعلوماتية الى احكام النظام القانوني القائم المتمثل بالتقنين المدني العراقي.

وهذا يستوجب تأسيس نظام قانوني تجاري يعالج المفاوضات واتفاق المبدأ واتفاق الاطار وسائر العقود الاخرى المنضوية تحته ومراجعة فكرة عقد الاذعان وتطويرها بما ينسجم مع الظروف الاقتنصادية الراهنة التي تحول من جعل شخص واحد محتكر لسلعة او خدمة لوحده احتكاراً قانونياً او فعلياً (مادياً) .

والحقيقة ان الاتفاقات التجارية التي يبرمها مجهزوا المعلوماتية مع متلقيها، ولاسيما عندما تكون كثيرة التفاصيل ومتعددة الانواع، تتخذ شكل اتفاق الاطار الذي يتطلب ابرامه جهود كبيرة يبذل فيها المتفاوضون وقتهم ويفصحون عن جزء من خبراتهم ومهاراتهم وما يرون الافصاح عنه من مخترعاتهم ومعلوماتهم السرية، بقصد ابرام الاتفاق الشامل المعروف باتفاق الاطار.

واتفاق الاطار يتكون من مستويين من الاتفاقات . اولهما الاتفاق الشامل الجامع، وهو غالباً ما يصاغ بعبارات عامة، نادراً ماتلزم المجهز الاجنبي وثانيهما العقود التطبيقية المنضوية تحت الاتفاق الاطاري. اذ تجري المفاوضات على المستوى الأول (اتفاق الإطار)

بينما يفرض المجهز الاجنبي شروطه على الطرف المتلقي (فرضاً تعسفياً في بعض الاحوال) على المستوى الثاني(العقود التطبيقية المنضوية تحت اتفاق الإطار).

ففي المستوى الاول (الاتفاق الاطاري) يتفاوض الطرفان على تحديد العقود التي سوف يبرمها مع المتلقي والاجهزة والخدمات التي يعد المجهز بتقديمها اليه والتي تعرف بالتزامات المجهز (تجوزاً) مادامت صياغتها تتسم بالعمومية وتتجنب تحديد الالتزام تحديداً دقيقاً. ومع ذلك اذا تضمنت الوثيقة العقدية الموقع عليها او المتفق عليها التزامات محددة على المجهز فتثبت عليه قانوناً وتلزمه اما بابرام العقود التطبيقية المنضوية تحتها او تحمل المسؤولية الناشئة عنها وهي غالباً ما تكون مسؤولية عقدية.

اما على صعيد المستوى الثاني (العقود التطبيقية المنضوية تحت اتفاق الاطار) فينفرد المجهز الاجنبي باعدادها وفرض شروطه على المتلقي الوطني ولاسيما ان المجهز يجد في نفسه الكفاءة والخبرة والتكنولوجيا الحديثة التي يفتقد اليها هذا المتلقي . ومن ثم تكون هذه الشروط مفروضة عليه ولا يقبل المجهز الاجنبي التفاوض بشأنها معه.

وان من يتفحص النظام القانوني العراقيّ فسيجدهُ مصمماً لمصلحة المجهز الأجنبي وضاراً بالمتلقي الوطني، بسبب عدم اهتمام المشرع بأداء الفقه العراقي ونتاجه، فجاءَ مدافعاً لمتطلبات المجهز الأجنبي من الناحية القانونية ولاسيما عندما حظرَ على الموجب له قبول الايجاب المعروض عليه بعناصره الجوهرية مع تعديل في عناصر الايجاب غير الجوهرية المعروضة عليه. فقد نصت المادة (٨٥) من التقنين المدني العراقي على ما يأتي: ((اذا اوجب احد العاقدين يلزم لانعقاد العقد قبول العاقد الاخر على الوجه المطابق للايجاب)). وهذا يعني تمسك المشرع العراقيّ بنظرية (التصوير المتطابق) التي تجعل المفاوض العراقيّ في مركز الطرف الضعيف قانونياً، عندما يتسلم وثيقة الاطار موقعه من قبل المجهز الأجنبي، هذا فضلاً عن ضعفه العلمي والتكنولوجي مما يدفعه اضطراراً إلى الموافقة، ولو على مضض، على قبول هذا العقد بشروطه.

<u>مقترحاتنا:</u>

ولكي يستكمل المشرع العراقي بعض متطلبات حماية الصناعية التكنولوجية وتشجيع رجال الاعمال العراقيين على ابرام الصفقات التجارية عامة والصفقات المعلوماتية خاصة فعليه أن يقوم، بما يأتي:

١. يستحدث نظرية جديدة للالتزامات التجارية لا تأخذ بنظرية التصور المتطابق عند ابرام العقد. وهذا يتطلب إلغاء قانون التجارة (العراقي) رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ (القائم) وتشريع

قانون تجاري عصري جديد على غرار قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩ يتضمن أحكاماً خاصة بالالتزامات التجارية.

٢. يشرع قانون لحماية متلقي المعلوماتية اما باعتباره مستهلكاً في عقود المعلوماتية (الصغيرة) (اي التي تنصب على محل واحد او عملية تجارية واحدة)، او ان يلزمه بالدخول في مفاوضات جدية مع المجهز الاجنبي على ان يكون احد اطراف الفريق المتفاوض حقوقياً.

٣. يعيد النظر بمفهوم عقد الاذعان، فليس من الضروري ان يكون الطرف القوي (المذعن) (بكسر الميم) هو المحتكر الفعلي او القانوني للسلعة او الخدمة التي يتعاقد بشأنها وانما يمكن ان يكون فضلاً عنه كل من يفرض ارادته على الغير نتيجة تفوقه المهني او العلمي او التكنولوجي.

٤. يستحدث نظام لفض المنازعات بين المجهز والمتلقي. ويفضل ان يكون هذا النظام اتفاقياً (كالتحكيم) الذي يلجأ اليه المتعاقدين عند الخصومة بينهما.

٥. يجيز تقديم التكنولوجيا عامةً والمعلوماتية خاصةً كجزء من راس مال الشركة عند تأسيسها او زيادة راس مالها دون الاضرار بدائني الشركة، وبعد اخذ موافقة سوق العراق للاوراق المالية وسائر مرافق الدولة التي تهتم بالنشاط التجاري كالغرف التجارية ومسجل الشركات وهيئة الاستثمار الوطنية بغية الحفاظ على حقوق دائني الشركة وعدم الحاق الضرر بصغار المساهمين .

٦. يجيز اعتبار المعلوماتية والتقنيات قطاعاً من قطاعات الاستثمار المهمة. وهذا يتطلب تعديل قانون الاستثمار العراقيَّ رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ تعديلاً آخرا واعتبار المادة (٢٢) فقرة (اولآ) واستحداث فقرة جديدة على النحو الآتي:

ثانياً.((يسري هذا القانون على الاستثمارات العائدة للمستثمرين العراقيين والأجانب المجازين وفق إحكام هذا القانون وبوجه خاص في قطاعات الاعمار والاسكان والصناعة والزراعة والتصنيع الزراعي والسياحة والمعلومات والمعلوماتية والتكنولوجيا والاتصالات والاعلام)).

المراجع

أولاً: الكتب

١. جواد كاظم الهنداوي، بحوث في القانون والسياسة ، دون الاشارة الى الطبعة ومكان الطبع وجهة النشر، ٢٠٠٤.

٢. د. السيد مصطفى احمد أبو الخير ، عقود نقل التكنولوجيا، ط١، القاهرة: ايتراك للنشر والتوزيع، ٢٠٠٧.
٣. د.علاء عبدالرزاق السلمي، "تكنولوجيا المعلومات"، جامعة العلوم التطبيقية، كحلون-عمان، الطبعة الأولى، ١٩٩٧.
٤. عبد الباقي البكري، شرح القانون المدني، ج٣ (تنفيذ الالتزام)، بغداد: مطبعة الزهراء، ١٣٩١ هـ، ١٩٧١.
٥. د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، ج١ (الالتزام في ذاته)، مصر: مطبعة نهضة مصر ، ١٩٥٤.
٦. د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١، (مصادر الالتزام) ، ط٢، القاهرة : دار النهضة العربية ، ١٩٦٤.
٧. د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد (مع المقارنة والموازنة بين نظريات الفقه الغربي وما يقابلها في الفقه الاسلامي والقانون المدني العراقي)، ج١، (انعقاد العقد)، بغداد: شركة الطبع والنشر الاهلية، ١٣٨٧هـ، ١٩٦٧م.
٨. د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج١ (مصادر الالتزام)، بغداد: توزيع المكتبة القانونية، ٢٠٠٧.
٩. د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني، ج٢ (احكام الالتزام)، بغداد: مكتبة السنهوري، بدون سنة طبع.
١٠. المستشار فاروق علي الحفناوي، موسوعة قانون الكومبيوتر ونظم المعلومات، الكتاب الثاني (عقود الكومبيوتر)، ج١ (عقود البرمجيات) (دراسة في الجوانب التعاقدية لبرمجيات الكومبيوتر)، الكويت: دار الكتاب الحديث، ١٤٢٣هـ، ٢٠٠٣م.
١١. فانسان هوزيه، المطول في العقود (بيع السلع الدولي)، باشراف جاك غستان، ترجمة منصور القاضي، ط١، بيروت: المؤسسة الجامعية الدراسات والنشر والتوزيع (مجد)، ١٤٢٥هـ، ٢٠٠٥م.
١٢. فريدريك و جيروم بانسييه وكريم غيلاتي، شركات تأمين خدمات الهندسة المعلوماتية (العقود، الاجراء، الاختراعات)، بيروت: منشورات صادر الحقوقية، (طبع هذا الكتاب بدعم من السفارة الفرنسية في لبنان)، بدون سنة طبع.
١٣. د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، بغداد: دار الحكمة للطباعة والنشر، ١٤١٢هـ، ١٩٩٢م.
١٤. د. محمد ابراهيم موسى، انعكاسات العولمة على عقود التجارة الدولية، الاسكندرية: دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٧.
١٥. د. محمد حسين منصور، السؤولية الالكترونية، الاسكندرية: دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٣.

١٦. محمد طه البشير، د. هاشم الحافظ، القانون الروماني (الاموال والالتزام) بغداد: وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بدون سنة طبع.
١٧. د. مصطفى ابراهيم الزلمي، الصلة بين علم المنطق والقانون، بغداد: مطبعة شفيق، ١٤٠٦هـ، ١٩٨٦.
١٨. د. مصطفى محمد الجمال، السعي الى التعاقد في القانون المقارن، ط١، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٢.
١٩. المعجم العربي الموحد لمصطلحات الحاسبات، عمان-المملكة الأردنية الهاشمية، ١٩٨١.
٢٠. د. منير عبد المجيد، الاسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، الاسكندرية: منشأة المعارف، ٢٠٠٠.
٢١. د. نعيم مغبغب، مخاطر المعلوماتية والانترنت، ط٢، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٨.
٢٢. د. نوري حمد خاطر، عقود المعلوماتية (دراسة في المبادئ العامة في القانون المدني) (دراسة موازنة)، ط١، عمان: الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠١.
٢٣. ويكيبيديا الموسوعة الحرة، www.ar.wikipedia.org

ثانياً: البحوث

١. د. امين دواس، اندماج نماذج البنود في العقد، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة البحرين، المجلد الرابع، العدد الاول، ١٤٢٨هـ ، ٢٠٠٧م .
٢. د. حسام الدين الاهواني، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ومراحل اعداد العقد الدولي، تقرير مقدم الى ندوة الانظمة التعاقدية للقانون المدني ومقتضيات التجارة الدولية، معهد قانون الاعمال الدولي، ١٩٩٣.
٣. المحامي حسام القباني، الانواع الشائعة لعقود المعلوماتية، مقالة الكترونية منشورة على الموقع الاتي: www.alsarab-law.own0.com .
٤. د. سليمان دايح الجميلي، وظيفة التعويض في المسؤولية العقدية، المؤتمر القانوني السنوي الاول لكلية الحقوق جامعة النهرين للفترة من ٣٠ الى ٣١ اذار سنة ٢٠٠٩ والمنشور بمجلة كلية الحقوق المذكورة، العدد الخاص ببحوث المؤتمر.
٥. د.صبري حمد خاطر و أ.د.فائق محمود الشماع، دور الحيازة الشخصية في حماية المعرفة التقنية (بحث القي في المؤتمر العلمي للملكية الفكرية المنعقدة في جامعة اليرموك-كلية القانون-اربد-المملكة الاردنية الهاشمية (١٠-١١)/تموز/٢٠٠٠، منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، المجلد (٥)، العدد (٧)، ١٤٢١هـ، ٢٠٠١م.
٦. د. صدام فيصل المحمدي، التفاوض على العقود بين الحرية والتقييد (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة المؤتمر القانوني السنوي لكلية الحقوق بجامعة النهرين المنعقد من ٣٠ الى ٣١ اذار سنة ٢٠٠٩.

٧. د. طالب محمد جواد عباس و م.م. اكرم فاضل سعيد، حماية المستهلك في عقود الخدمة الالكترونية، بحث منشور في مجلة المؤتمر القانوني السنوي الاول لكلية الحقوق، جامعة النهرين للفترة من ٣٠ الى ٣١ آذار سنة ٢٠٠٩.
٨. د. عبد المطلب الهاشمي، مهارات التفاوض وكيفية اعداد العاملين في مجال العقود، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، العدد (١٨)، المجلد (١٠)، ١٤٢٨هـ، ٢٠٠٧م.
٩. علي محمود الفكيكي، قانون الاستثمار الصناعي الجديد في العراق التطلعات والتحديات، بحث مقدم الى المؤتمر العلمي الثاني لقسم الدراسات الاقتصادية، دراسات في الاقتصاد العراقي، بغداد: بيت الحكمة، ٢٠٠١.
١٠. د. غني ريسان جادر الساعدي، الضوابط القانونية للعقد المركب، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، المجلد (١٠)، العدد (١٩)، ١٤٢٨هـ، ٢٠٠٧م.
١١. د. محمد حسين عبد العال، ابرام العقد تطبيقاً لعقد اخر في ظل فكرة اتفاق الاطار، مجلة كلية الحقوق، جامعة البحرين، المجلد الثالث، العدد الاول، ١٤٢٦هـ، ٢٠٠٦م.
١٢. د. محمد حسين منصور، المسؤولية العقدية الالكترونية (الخطأ العقدي الالكتروني)، المؤتمر العلمي الاول حول الجوانب القانونية والامنية للعمليات الالكترونية، دبي- الامارات العربية المتحدة للفترة من ٢٦-٢٨ ابريل سنة ٢٠٠٣، منشور ضمن مقررات المؤتمر، ج ٢، (محور المعاملات المدنية).
١٣. د. محمد سليمان الاحمد، اهمية الفرق بين التكييف القانوني والطبيعة القانونية في تحديد نطاق تطبيق القانون المختص، مجلة الرافدين للحقوق، كلية القانون، جامعة الموصل، المجلد (١)، العدد (٢٠)، السنة (٩)، ١٤٢٥هـ، ٢٠٠٤م.
١٤. د. مصطفى ابراهيم الزلمي، المنطق القانوني/القسم القانوني-مقاصد التصورات المنطقية والتعريفات القانونية، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، المجلد ٤، العدد ٦، ١٤٢١هـ، ٢٠٠٠م.
١٥. د. هالة مقداد احمد الجليلي ، مشكلات نقل المعرفة الفنية في عقد الامتياز التجاري ، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد (٢)، السنة العاشرة ، العدد (٢٥) ، ١٤٢٦ هـ ، ٢٠٠٥ م.
١٦. كمال بطوش/جامعة منتوري، "المكتبة الجامعية العربية في ظل مجتمع المعلومات حتمية مواكبة ثورة التكنولوجيا الرقمية"، النادي العربي للمعلومات، www.arabcin.net
١٧. د.فايز بن عبدالله الشهري، "التنمية المعلوماتية: كما ينبغي أن نفكر"، Arab Librarians، ٢١-٢-٢٠٠٧، www.arablibrarians.blogspot.com.
١٨. هال إبلسون،" -برنامج المنهج المفتوح- يرفض تجارة الملكية الفكرية وينشر المعرفة عبر الانترنت" ، ٢٥٠ جامعة بقيادة «معهد ماساشوستس للتكنولوجيا، www.siironline.org.
١٩. د. سلمان العودة، " التفجيرات في العالم الاسلامي اعظم عائق ضد التنمية"، ٢٠٠٨/٩/٢٣، www.islamtoday.net.

٢٠. نظام مكافحة جرائم المعلوماتية بحث منشور ضمن محتويات الموقع الآتي: www.ar.jurispedia.org.
٢١. أ.د.هدى حامد قشقوش،"الإتلاف غير ألعمدي لبرامج وبيانات الحاسب الالكتروني"، بحوث مؤتمر القانون والكمبيوتر و الإنترنت، جامعة الإمارات العربية المتحدة –كلية الشريعة والقانون، المجلد الثاني، الطبعة الثالثة ٢٠٠٤م.
٢٢. أ.د.هشام محمد فريد رستم، "الجرائم المعلوماتية أصول التحقيق الجنائي الفني واقتراح إنشاء آلية عربية موحدة للتدريب، التخصصي"، بحوث مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت، جامعة الإمارات العربية المتحدة –كلية الشريعة والقانون، المجلد الثاني، الطبعة الثالثة ٢٠٠٤م.

ثالثاً: الرسائل

١. حسن فضالة موسى حسن التميمي، عقد التزويد بالمعلومات، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين، ١٤٢٧هـ، ٢٠٠٦م.
٢. درع حماد عبد ، عقد الامتياز (دراسة في القانون الخاص)، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة النهرين، ٢٠٠٣).
٣. سليمان براك دايح الجميلي، المفاوضات العقدية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة النهرين ، ١٤١٩ هـ ، ١٩٩٨.

رابعاً: القوانين

١. القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل القائم .
٢. قانون الشركات الهندي لسنة ١٩١٣ المطبق في العراق بموجب بيان المحاكم لسنة ١٩١٩ (الملغى).
٣. قانون الشركات رقم (٢١) لسنة ١٩٩٧.
٤. قانون حماية حق المؤلف رقم (٣) لسنة ١٩٧١ المعدل .
٥. قانون براءات الاختراع والنماذج الصناعية والمعلومات غير المفصح عنها والدوائر المتكاملة والاصناف النباتية رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٠ المعدل .
٦. قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ وتعديله بالقانون رقم (٢) لسنة ٢٠١٠.
٧. قانون تنظيم الوكالة التجارية العراقي رقم (٥١) لسنة ٢٠٠٠.
٨. قانون العلامات التجارية والمؤشرات الجغرافية رقم (٢١) لسنة ١٩٥٧ المعدل.
٩. قانون حماية المستهلك رقم (١) لسنة ٢٠١٠.
١٠. القانون المدني المصري رقم (١٤٨) لسنة ١٩٤٨ المعدل.
١١. القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤.

خامساً: المصادر الأجنبية

1. Tony Rackham, "Information Technology", British Library Cataloguing in Publication Data, 1997.
2. James A. Senn, "Information Technology in Business", Prentice Hall, 1995.
3. Dr. Charles Ray, Dr Janet Palmer," Office Automation: A systems Approach", South-Western Publishing Co, 1987.
4. Jeffrey A. Hoffer, "Modern Systems Analysis and Design", Benjamin/Cummings Publishing Company Inc,1996.
5. Laudon C Kenneth, "Management Information Systems-Manage the Digital Firm", Prentice Hall, 9th edition 2006.
6. Stephen Haag, Peter Keen, "Information Technology Tomorrow's Advantage Today", McGraw-Hill Companies Inc, 1996.

هوامش البحث

(١) يراجع محمد طه البشير ود.هاشم الحافظ ، القانون الروماني (الاموال والالتزام) ، بغداد: وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، ص ص (١٨٨-١٨٩).

(٢) للتفاصيل حول هذا الموضوع يراجع سليمان براك دايح الجميلي ، المفاوضات العقدية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق ، جامعة النهرين ، ١٤١٩هـ، ١٩٩٨م، ص٥٣٧ وما بعدها.

(٣) د. محمد حسين منصور، المسؤُولية العقدية الالكترونية (الخطأ العقدي الالكتروني) ، بحث مقدم الى المؤُتمر العلمي الاول حول الجوانب القانونية والامنية للعمليات الالكترونية ج٢(محور المعاملات المدنية) ، دبي – الامارات العربية المتحدة المنعقد للفترة من ٢٦-٢٨ ابريل ٢٠٠٣م، ص٢٣٠

(٤) يقصد بالمعلومات: بأنها البيانات التي تمت معالجتها لتحقيق هدف معين أو لاستعمال محدد، لإغراض اتخاذ القرارات، راجع المصدر، المعجم العربي الموحد لمصطلحات الحاسبات،عمان-المملكة الأردنية الهاشمية، ١٩٨١،ص ١٤٩. هناك عدد من المصطلحات والمفاهيم التي يسمعها ويقرأ عنها مثل بنوك المعلومات وشبكات المعلومات ...ويمكن الإشارة إلى ما تعنيه هذه المصطلحات باختصار وكما يلي:بنك المعلومات، عبارة عن كمية وفيرة وخزين من البيانات المأخوذة من مجموعة المصادر والأوعية الناقلة المعلومات والمحفوضة في جهاز أو أجهة التخزين والمعالجة. ويمكن استرجاع هذه البيانات المخزونة والاستفادة منها عند الطلب. شبكة المعلومات: تمثل مجموعة من مراكز المعلومات والمؤسسات التوثيقية والبحثية في مواقع جغرافية

متعددة عبر وسائل الاتصال المناسبة والمختلفة كالمحطات الطرفية المتصلة بواسطة الهاتف والموزعة وكمثال الانترنت.

(٥) ويكيبيديا الموسوعة الحرة، www.ar.wikipedia.org.

(٦) تعتبر المعلومات سلعة قيد التداول شأنها شأن باقي الموارد الطبيعية الأخرى، مع تسجيل الاختلاف الذي يميزها كونها لا تفنى بالاستخدام و إنما تزداد نماءً و تطوراً. راجع المصدر، كمال بطوش/جامعة منتوري، "المكتبة الجامعية العربية في ظل مجتمع المعلومات حتمية مواكبة ثورة التكنولوجيا الرقمية"، النادي العربي للمعلومات، www.arabcin.net، تجارة المعلومات والصناعات المرتبطة تجاوزت أرقامها ثلاثة تريليون دولار سنوياً. وهذا كلّه يعني أن الانضمام لنادي المعلومات وعصر المعرفة لم يعد خياراً وأن السباق على المضمار التقني لم يعد "برستيجا" الكترونيّا يقتضيه "اتيكيت "العولمة، فالدلائل كلّها تشير إلى أن الخيار التقني بات (الطريق) الذي منه واليه تتفرّع الدروب الموصلة إلى التنمية الاقتصاديّة والتعليم العصري التحديث الاجتماعي. وما على المراقب إلا أن يتأمل ويقارن تجربة ماليزيا والصين والهند كأمثلة نجاح ناصعة لمن سلك طريق التقنية. ولو نظرنا إلى التجربة الهندية – على سبيل المثال – لوجدنا أنّه على الرغم من أنّ حوالي ٤٠٠ مليون إنسان يعيشون بدخل يوميّ يقل عن دولار واحد إلا أن عائدات صناعة تقنية المعلومات في الهند زادت بمعدل عشرة أضعاف خلال العقد الماضي لتصل إلى نحو ٤٧.٨ مليار دولار بين عامي ٢٠٠٦-- ٢٠٠٧م مع تَوَقُّع تحقيق عائد يتجاوز ٦٠مليار دولار من صناعة تقنية المعلومات وحدها بعد ثلاث سنوات. إن نجاح التجربة الهندية يكمن بشكل أساس في صلابة الإرادة، وكفاءة الإدارة التي خططت ونفذت بالمراهنة على "الإنسان "الذي يعدّ المكون الأساس لهذه الصناعة الذكية ، ويكفي أن نعرف أن عدد المبرمجين المحترفين في الهند تجاوز ٣٤٠.٠٠٠مبرمج عام ٢٠٠٠م ثم ارتفع العدد إلى ما يزيد على مليون ومائتي ألف بنهاية عام ٢٠٠٦م، وتوفر الهند أكثر من ٦٠.٠٠٠ مبرمجا سنويا لمقابلة الطلب العالمي المتزايد، راجع المصدر،د.فايز بن عبدالله الشهري، "التنمية المعلوماتية: كما ينبغي أن نفكر"، Arab Librarians، ٢١-٢-٢٠٠٧، www.arablibrarians.blogspot.com.

(٧) أ.د.هشام محمد فريد رستم،"الجرائم المعلوماتية أصول التحقيق الجنائي الفني واقتراح إنشاء آلية عربية موحدة للتدريب، التخصصي"، بحوث مؤتمر القانون والكمبيوتر و الإنترنت، جامعة الإمارات العربية المتحدة –كلية الشريعة والقانون، المجلد الثاني، الطبعة الثالثة ٢٠٠٤م، ص ص (٤٠١-٤٠٢).

(٨) أ.د.هدى حامد قشقوش،"الإتلاف غير ألعمدي لبرامج وبيانات الحاسب الالكتروني"، بحوث مؤتمر القانون والكمبيوتر و الإنترنت، جامعة الإمارات العربية المتحدة –كلية الشريعة والقانون، المجلد الثاني، الطبعة الثالثة ٢٠٠٤م، ص٨٨٧.

(٩) تتضمن المعلوماتية (تقنية المعلومات) مكونات ثلاثة هي: الحاسبات، شبكة الاتصالات، والمهارة (know-how)، راجع المصدر، James A. Senn, "Information Technology in Business", Prentice Hall, 1995,p14

(١٠)لقد توسع الاستثمار الرأسمالي للمعلوماتية من ١٩% إلى ٣٥% من استثمارات العمل الكلية خلال الفترة من ١٩٨٠ لغاية ٢٠٠٣، وشملت الأجهزة (hardware)، البرمجيات، وأجهزة الاتصالات. كما أن الشركات الأمريكية أنفقت في عام ٢٠٠٥ لوحدها ما يقارب (1,8) تريليون دولار على المعلوماتية والبرمجيات وأجهزة الاتصالات، راجع المصدر، Laudon C Kenneth, "Management Information Systems-Manage the Digital Firm", Prentice Hall, 9th edition 2006, p5(sec 1.1 ch1)

(١١)الناس العنصرَ الأكثر أهميةً في أيّ نظام حاسوب، وبدونهم لَنْ يكون هناك حاجة للحاسباتِ. يصنف الناس المرتبطين بالمعلوماتية إلى المستفيدون(Users) العاديين واختصاصي المعلوماتية (تقنية المعلومات) ويمكن توضيح كل صنف وكما يلي:-

١. المستفيدون: الناس الذين يَستخدمونَ المعلوماتية في وظائفِهم أَو حياتِهم الشخصيةِ يَدْعونِ المستعملين (المستفيدين) (End Users)، وهناك أربعة أنواع وهم:

أ. المستخدمون المباشرون(Hand-on Users). هؤلاء الناسَ الذين يَستعملونَ أنظمةَ الإتصالات أَو الحاسباتَ مباشرة، لأجل إدخال البيانات، عمل معالجة، خزن واسترجاع المعلومات، تحويل التفاصيل، أو إنتاج مخرجات.

ب. المستخدمون الغير المباشرين(Indirect End-Users). هؤلاء الأفرادِ لا يَشتغلونَ مباشرة على حاسوب لكن يَستفيدُ من تقنيةِ المعلومات كمستلمي تقاريرِ، رسائل الكترونية، أو العروض المتعددة الأوساط.

ج. المدراء المستخدمون. هم الناس الذين يكونوا مسئولي الإشراف على النشاطات التي تتضمنها أو التي تكون المعلوماتية لها تأثير فاعل على تلك النشاطات وكأمثلة(مدراء الإدارة، مدراء المصانع، إدارات المستشفيات)، هؤلاء لا يستخدموا أو يتعاملوا مع المعلوماتية بأنفسهم، بل يقوموا بالتأكد بأن العاملون معهم يستخدموا المعلوماتية بشكل واسع وفعال ومؤثر.

د. د. المدراء الأعلى(Senior Managers). يَدْمجُ هؤلاء المدراءِ إمكانيات تقنيةِ المعلومات في منتجات وخدمات المؤسسة وكل عمل يحقق إستراتيجية المنافسة. وهم أيضاً يعملوا على تقييم مؤسساتهم التي تعتمد المعلوماتية ويحددوا المشاكل التي تبرز عندما لا تنفذ الإجراءات المطلوبة بصورة صحيحة.

(١٢)أ.د.هشام محمد فريد رستم، المرجع السابق، ص٤٠٢.

(13) Stephen Haag, Peter Keen, "Information Technology Tomorrow's Advantage Today", McGraw-Hill Companies Inc, 1996, p(5,6,7).

(١٤)تعمل هيئات المصارف الحديثة بالاستفادة من المعلوماتية من خلال استخدام التقنيات التالية:

أ. اعتماد تقنية MICR (جهاز تمييز حروف الحبر المغناطيسي). وهو جهاز يقرأ مجموعه من الرموز ألمعرفه مسبقا والمستخدم في كتابتها الحبر المغناطيسي وتستخدم عادة في الشيكات ألمصرفيه حيث يمثل هذا الرمز رقم الحساب ورقم فرع المصرف.

ب. إرسال رسالة SMS فورية على الهاتف النقال للعميل عند استعمال بطاقته المصرفية على أجهزة الصراف الآلي ATM او على أجهزة نقاط البيعPOS .

ج. نظام مقاصة المدفوعات الآلية ACH – Automated Clearing House سيتيح هذا النظام بإجراء المقاصة الآلية لوسائل الدفع المحلية الاتية:مقاصة الشيكات، مقاصة البطاقات المصرفية ATM ومقاصة البطاقات المصرفية POS وغيرها من أدوات الدفع، بحيث يتم تحويل كل نتائج المقاصات إلى نظام المدفوعات الفورية RTGS لإتمام التسويات.

د. اعتماد البطاقة الذكية.

للتفاصيل أكثر راجع المصدر، www.fananews.com

(١٥)كان للمعلوماتية عامل رئيس في انبعاث نمو الإنتاج في الولايات المتحدة، الذي بدأ في ١٩٩٥ وأستمر حتى اليوم بمعدل متوسط (2,7%)، مقارنة بنسبة (1,4%) للفترة ١٩٧٣ لغاية ١٩٩٥، راجع المصدر السابق،(Laudon C Kenneth, p5(sec 1.1 ch1 .

(١٦) James A. Senn, المرجع السابق.

(١٧)راجع للتفاصيل أكثر، "أتمتة التقارير في وزارة العلوم والتكنولوجيا.. نظام علمي دقيق بأيد عراقية"، مصطفى ابراهيم، www.alsabaah.com.

(١٨)د. صدام فيصل المحمدي، التفاوض على العقود بين الحرية والتقييد (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة المؤتمر القانوني السنوي الاول لكلية الحقوق في جامعة النهرين للفترة من ٣٠ الى ٣١ اذار سنة ٢٠٠٩، ص٢١٦.

(١٩)يراجع المرحوم د. عبد المطلب الهاشمي ، مهارات التفاوض وكيفية اعداد العاملين في مجال العقود، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، العدد (١٨)، المجلد (١٠) ، ١٤٢٨هـ، ٢٠٠٧م، ص ص(٣٢-٣٣).

(٢٠)د. صدام فيصل المحمدي، المرجع السابق، ص٢٦٢.

(٢١)ينظر د. السيد مصطفى احمد ابو الخير، عقود نقل التكنولوجيا، ط١، القاهرة: ايتراك للنشر والتوزيع، ٢٠٠٧،ص٧٨ ود. صدام فيصل المحمدي، المرجع السابق، ص٢٦٧. اما الاستاذ الدكتور مصطفى محمد الجَّمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، ط١، بيروت :منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٢ ، بند ١٤، ص٣٢ فنراه يميز بوضوح بين الفارق الوظيفي للدعوة إلى

التفاوض والإيجاب. فوظيفة الدعوة إلى التفاوض هي مجرد الإعلان من صاحبها عن رغبة مجردة في التعاقد بقصد اكتشاف من تكون لديه رغبة مقابلة أو بقصد استدراج من توجه إليه الدعوة لتقديم عرض محدد للتعاقد أو إيجاب به وليس لها من وظيفة أخرى في تحقيق التعاقد. أما الإيجاب فوظيفته صياغة مشروع محدد المعالم، قابل للتحول إلى اتفاق بمجرد إعلان من يوجه إليه عن قبوله له. والتعبير عن الإرادة لا يعتبرُ إيجابا إلاَّ أذا كان مستجمعاً للمقومات التي تؤُهله لأداء هذه الوظيفة.

(٢٢)العقد الإطاري هو العقد الجامع لعقود كثيرة يجمعها غرض واحد. فمثلاً عقود البيع والتدريب والصيانة وتوزيع المعرفة المعلوماتية في دولة المتلقي عقود يمكن أن تنضوي تحت عقد المعلوماتية، وهو عقدُ إطاري بالنسبة لها. أما العقد المركب فهو العقد الذي يتكون من مزيج مختلف من العقود الداخلة فيه، فمثلاً أذا تضمن عقد المعلوماتية، أحكاماً خاصة بالبيع والتدريب والصيانة وتوزيع المعرفة المعلوماتية في دولة المتلقي وامتزجت نصوصه بنصوص هذه العقود المختلفة وصار مزيجاً منها، فهو عقدُ مركب. ومن الجائز أن يكون عقد المعلوماتية عقداً إطارياً ومركباً في الوقت نفسه.ولنا على هذا الموضوع شرح مبسوط في إطار هذا البحث.

(٢٣)يقصد بـ(الأتمتة) بأنها: مجموعة الأساليب التي تسمح بإلغاء التدخل البشري في سلسلة من العمليات، قد تكون في الأصل مجرد عمليات مادية أو عمليات ذهنية أو تتألَّف من اتحادهما. وتستعمل (الأتمتة) مثلاً في صناعة السيارات من خلال ((روبوتات)) (إنسان آلي) يُقاد للعمل بواسطة حواسيب متقدمة ومزودة بعدد من عناصر التحسس المختلفة للتأكد من صحة العمل المطلوب ودقته. ويختزن الحاسوب في ذاكرته المواقع النسبية لجميع مكونات (الروبوت) ويجبر الحاسوب (الروبوت) على تكرار هذه الحركات في عمليات الإنتاج بتنفيذ البرنامج الذي اختزن.

(٢٤)للتفاصيل يراجع د. هالة مقداد احمد الجليلي، إشكالات نقل المعرفة الفنية في عقد الامتياز التجاري، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق ، المجلد ٢، السنة العاشرة، العدد (٢٥)، ١٤٢٦هـ، ٢٠٠٥م، ص٥٠.

(٢٥)يقصد بنظام المعلومات: هو النظام الذي فيه تتدفق البيانات والمعلومات من شخص واحد أو قسم إلى آخر، المراجع السابق James A. Senn,p19. ،ويعرف ايضاً: هو النظام الذي يحقق خلق وايصال وخزن واسترجاع المعلومات، راجع المصدر، Dr. Charles Ray, Dr Janet Palmer," Office Automation: A systems Approach", South-Western Publishing Co,1987,p55.

(٢٦)والأموال المعلوماتية تتكون من أموال مادية مثل أجهزة الحاسوب كما تتكون من أموال غير مادية كالبرامج والمعلومات والمُخططات. للتفاصيل يُراجع حسن فضالة موسى حسن التميمي، عقد التزويد بالمعلومات، رسالة ماجستير، كُلية الحقوق، جامعة النهرين، ١٤٢٧هـ، ٢٠٠٦م، ص٤٣.

(٢٧)المرحوم د.عبد المطلب الهاشمي، المرجع السابق، ص١٢. والحقيقية ان ((عقود المعلوماتية لايجمعها عقد واحد ويمكن النظر اليها من زوايا قانونية مختلفة فتجمع بين طياتها عقود البيع والايجار والمقاولة فتدخل ضمنها هذه التصرفات القانونية دون ان تختلط فيما بينها)). وهذا مايؤكد الحاجة على التفاوض بشأنها قبلَ اتخاذ أيّ قرار. يُراجع الاستاذ حسن فضالة التميمي، المرجع السابق، ص٤٣.

(٢٨)السيد مصطفى احمد ابو الخير، المرجع السابق، ص٧٩.

(٢٩)د. مصطفى محمد الجَّمال، المرجع السابق، بند (١٦١)، ص٢٤٤.

(٣٠)المرجع السابق، بند (١٨٤)، ص٢٧٣.

(٣١)المرجع السابق، بند (١٨٦)، ص٢٧٧.

(٣٢)للتفاصيل يراجع د.محمد سليمان الأحمد، أهمية الفرق بين التكييف القانوني والطبيعة القانونية في تحديد نطاق تطبيق القانون المختص، بحث منشور في مجلة الرافدين، كلية القانون، جامعة الموصل، العدد (٢٠)، المجلد (١)، السنة التاسعة، ١٤٢٥هـ، ٢٠٠٤م، ص١٠٠ ومايليها.

(٣٣)ومن أشهر أمثلته (التحكيم) إذ يتجه الفقه إلى إسباغ طبيعة الاستقلال على (شرط التحكيم التجاري الدولي) عن العقد الذي نشأَ منه شرط التحكيم انما يكون صحيحاً ولو ورد في عقد تجهيز باطل أو بيع غير مشروع أو مقاولة تجارية غير صحيحة أو إي عمل تجاري آخر لذا باطل استبعد الفقهاء طبيعة (التبعية) منه. للتفاصيل يراجع د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، بغداد: دار الحكمة للطباعة والنشر، ١٤١٢هـ، ١٩٩٢م، ص٢٠٩ ود.منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، الاسكندرية: منشأة المعارف، ٢٠٠٠، بند (٧٧)، ص١٤٢.

(٣٤)بينما انفرد د. سليمان براك الجميلي، المفاوضات العقدية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين، ١٤١٩هـ، ١٩٩٨م، ص٨٩ إلى إسباغ نظام قانوني خاص ينطبق على الإخلال بالمفاوضات.

(٣٥)ويقصد بمحللي النظم (محلل النظام): هو الشخص الذي يقوم بجمع الحقائق ويشخص المشاكل ويضع الحلول لها لتطوير النظام، أو هو الشخص الأكثر مسؤولية في الدور التنظيمي لعملية التحليل والتصميم لنظام المعلومات، راجع المصدر، Jeffrey A. Hoffer, "Modern Systems Analysis and Design", Benjamin/Cummings Publishing Company Inc,1996, p8.

(٣٦)يراجع المرحوم د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج١ (مصادر الالتزام)، بغداد: توزيع المكتبة القانونية، ٢٠٠٧، بند (١٢٠)، ص٧٠.

(٣٧)د. مصطفى الجَّمال، المرجع السابق، بند (١٨٧)، ص٢٧٩.

(٣٨)يراجع د. عبد المجيد الحكيم، ج١ (مصادر الالتزام)، المرجع السابق، بند (١٢٠)، ص٧٠.

(٣٩)د. مصطفى محمد الجَّمال، المرجع السابق، بند (١٦٦)، ص٢٥٠.

(٤٠)أما إذا نشأَ الضرر عن غش المدين أو عن خطئه الجسيم فقد انقسم الكتاب العراقيون والعرب بشأنهِ إلى اتجاهين:

- الاتجاه الأول: يرى بان الضرر الناشئ عن الغش أو الخطأَ الجسيم الذي ارتكبه المتعاقد أثناء تنفيذه للعقد يخرج عن دائرة المسؤُولية العقدية، ومن ثم تكون مسؤُولية المدعى مسؤُولية تقصيرية عن كل ضرر مادي أو معنوي مباشر متوقعاً كان أم غير متوقع (المادة ٢/٢٥٩ مدني عراقي). يراجع بشأنه المرحومين كل من د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج٢(أحكام الالتزام)، بغداد: مكتبة السنهوري، بدون سنة الطبع، بند(٥٧)، ص٥٨.
- الاتجاه الثاني: يرى بأن الضرر الناشئ عن الغش أو الخطأَ الجسيم الذي يقترفه احد المتعاقدين لا يخرجه عن نطاق المسؤُولية العقدية وإنما يبقيه فيها، إذ تبقى المسؤُولية في هذه الحالة مسؤُولية عقدية ويسأَل المدعى عليه عن تعويض كل ضرر مباشر سواء أكان متوقعاً أم غير متوقع على الرغم من إسباغ المسؤولية العقدية على فاعله. يراجع بشأَن هذا الرأَي د. سليمان براك دايح، وظيفة التعويض في المسؤُولية العقدية، بحث مقدم المؤُتمر القانوني السنوي الأول لكلية الحقوق المنعقد في الفترة من ٣٠ إلى ٣١ آذار سنة ٢٠٠٩ والمنشور بمجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، العدد الخاص ببحوث المؤُتمر المذكور ص ص (٧٠-٧١) و ص٧٢منه أيضاً. وكذلك يراجع بشأنه د.سامي بديع منصور، المسؤولية المدنية{في} القانون المدني الفرنسي وقانون الموجبات والعقود تقارب أم تباعد، بحث مقدم في المؤتمر العلمي الذي عقدته كلية الحقوق في جامعة بيروت العربية بمناسبة مرور مائتي عام على إصدار القانون المدني الفرنسي في بيروت في ٢٢/أذار/٢٠٠٤، ص١٨٠، وبدورنا نعتقد أن حصر المسؤولية في نطاقها (العقدي) أو (التقصيري) أنما هو تمييز شديد بينهما لاتقتضيه الضرورة دائماً ولا سيما أن الاتجاه السائد والرائج هو الخيرة بينهما (مبدأ الخيرة بين المسؤوليتين).

(٤١)يقصد بالنظام المعلوماتي: هو مجموعة برامج وأدوات معدة لمعالجة البيانات وإدارتها، وتشمل الحاسبات الآلية. راجع المصدر، نظام مكافحة جرائم المعلوماتية www.ar.jurispedia.org

(٤٢)وفي هذا المعنى كتبت د. هالة مقداد احمد الجليلي، المرجع السابق، ص٨٠ مايأَتي: ((وفي ضوء هذه الحقيقة التي ذكرناها اعلاه وهي حاجة المشروع المتلقي للحصول على هذه المعارف كان لابد من خضوع المتلقي لسيطرة وهيمنة المانح بموجب قيود يفرضها الثاني على الاول هدفها احكام سيطرة المانح على المعرفة الفنية ..... ولكن بعض هذه الشروط كما اتضح لنا من خلال البحث تجاوزت هذا الهدف الى حد الاخلال بالتوازن العقدي بين اطراف عقد الامتياز فجعلت من المتلقي مجرد آلة يحركها المانح دون ان يكون له الحق في الاستقلال بمشروعه او حتى تلبية الحاجات المحلية في الدولة التي يتم فيها استخدام هذه المعارف)).

(٤٣)و (٤٤) ومحل الالتزام هو ما التزم المدين بأدائه، يراجع د. مصطفى ابراهيم الزلمي، أُصول الفقه في نسيجه الجديد، ط١١، بغداد: شركة الخنساء للطباعة المحدودة، بدون سنة طبع، ص ص(٢٢٥-٢٢٦) وكذلك يراجع بحثه الموسوم : المنطق القانوني /القسم القانوني – مقاصد التصورات المنطقية والتعريفات القانونية، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق جامعة النهرين، المجلد ٤، العدد٦، ١٤٢١هـ، ٢٠٠٠م، ص٢٤.

(٤٥) يقصدُ من (التكييف القانوني) إعطاء الوصف القانوني الصحيح للواقعة المعروضة على النزاع. يراجع بشأنها د.محمد سليمان الاحمد، المرجع السابق، ص١١٠.

(٤٦) فقد سبق لنا الاشارة الى هذه المنطقة. يراجع بحثنا الموسوم حماية المستهلك في عقود الخدمة الالكترونية، بحث منشور في المؤتمر القانوني السنوي الاول لكلية الحقوق جامعة النهرين للفترة من (٣٠) الى (٣١) اذار لسنة ٢٠٠٩، في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، العدد الخاص ببحوث المؤتمر، ص ص (١٩٦-١٩٧).

(٤٧) أ.د. مصطفى محمد الجَّمال المرجع السابق، بند (٦٧)، ص١٠٤، بقوله: ((وفي تقديرنا انه يتعيين الاخذ بهذا المفهوم الجديد في القانون المصري باعتباره المفهوم القادر على تحقيق الحماية التي اراد المشرع توفيرها للطرف الضعيف في عقود الاذعان ..... .وعلى هذا النحو فتعتبر من قبيل عقود الاذعان انواع عديدة من العقود كعقود التأَمين وعقود النقل والعقود المتعلقة بعمليات البنوك، اضافةً الى عقود الاذعان بالمفهوم التقليدي كالعقود مع مؤسسات الماء والكهرباء والهاتف)). وينظر كذلك د. حسام الدين الاهواني، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ومراحل اعداد العقد الدولي، تقرير مقدم الى ندوة الانظمة التعاقدية للقانون المدني ومقتضيات التجارة الدولية، القاهرة: معهد قانون الاعمال الدولي،١٩٩٣ من ص٧٩ الى ص٨١.

(٤٨) يقول المرحوم عبد الرزاق السنهوري في وسيطه، الجزء الاول، بند (١١١)، ص٢٣٢، بانه: ((ليس من الضروري لابرام العقد ان يتم الاتفاق على جميع المسائل مسأَلة مسأَلة)). وهذا ما نصت عليه المادة (٢/٧٧) من التقنين المدني العراقيَّ بقولها : ((واذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا ان العقد يكون غير منعقد عند عدم الاتفاق على هذه المسائل التي يتم الاتفاق عليها فأَن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة الموضوع ولاحكام القانون والعرف والعدالة)). ولكن المسأَلة التي طرحناها في هذا الموضوع هي أَعقد بكثير مما جاء في التقنين المدني، فالمسائل الجوهرية هي نفسها المسائل المختلف عليها او المختلف على تفسيرها ولم يحسم العقد الخلاف فيها او لم يحسم تنظيم وسيلة لتفسيرها. وفي هذه الحالة يخرج القاضي او المحكم عن المأَلوف في عمله ويساهم، بكل معنى الكلمة ، في صنع العقد او على الاقل في تفسيره بالاعتماد على الوثائق المتبادلة بين الطرفين اثناء المفاوضات او اثناء ابرام العقد بينهما.

(٤٩) والامانة العلمية تقتضي ان نشير بوضوح الى ان هذا المصطلح ((التصور المتطابق)) الذي ترجمناه اصطلاحياً قد تلقيناه من الدكتور أَمين دواس استاذ القانون الخاص المشارك وعميد كلية الحقوق بالجامعة العربية في جنين (فلسطين) في بحثه الموسوم: اندماج نماذج البنود في العقد والمنشور في مجلة كلية الحقوق بجامعة البحرين، المجلد الرابع، العدد الاول، ١٤٢٨هـ، ٢٠٠٧م، ص١٣٨ اذ كتب بشأَنه مايأَتي: ((تسود نظام (الكومن لو) قاعدة (mirror image) التي بموجبها لايمكن ان ينعقد العقد، إلاَّ اذا كان القبول مطابقاً تماماً للايجاب، فالرد على الايجاب الذي قصد منه ان يكون قبولاً، لكنه تضمن تعديلاً او بنوداً اضافية تختلف عمَّا تضمنه الايجاب، لايمكن ان يكون قبولاً وانما هو رفض للايجاب يشكل في ذاته ايجاباً جديداً (Counter- Offer) ولانه رفض للايجاب الاصلي فانه يجوز لمن وجه الايجاب [اي للموجب له] ان يقبله بعد ذلك، ولانه يشكل ايجاباً جديداً يجوز للطرف الاول (الموجب) ان يقبله او يرفضه)).

(٥٠) وفي هذا الشأَن كتب الدكتور أَمين دواس، المرجع السابق،ص١٤٢ بشأَنها مايأَتي: ((اي ان البنود الاضافية او المختلفة التي تضمنها القبول لاتصيرُ جزءاً من العقد طالما ان احد الطرفين او كليهما ليس تاجراً. ويستثنى من ذلك ان يكون الذي وجه اليه الايجاب، قد قصد تعليق انعقاد العقد على موافقة الموجب على البنود الاضافية او المختلفة عن ايجابه، وفي هذه الحالة يكون رد من وجه اليه الايجاب رفضاً يشكلُ في ذاته ايجاباً جديداً..... غير ان هذا القبول يجب ان يكون صريحاً، خصوصاً ان المحاكم درجت على عدم اعتبار تنفيذ الموجب لالتزامه بمثابة قبول في هذه الحالة)).

(٥١) يراجع فانسان هوزيه، المطول في العقود (بيع السلع الدولي)، باشراف جاك غستان، ترجمة منصور القاض، ط١، بيروت: المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع (مجد)، ١٤٢٥هـ، ٢٠٠٥م، بند (٨٣)، ص٩٥ وبند (٨٤)، ص٩٧ اذ يقول: ((وبالمقابل لايبدو ان اتفاقية بيع السلع الدولي يجب ان يعلى، من حيث المبدأ، انها غير قابلة للتطبيق على برامج الحاسوب، حتى ولو كان هناك تفريق يفرض نفسه هنا)) (بند ٨٤، ص٩٧).

(٥٢) د.مصطفى الجَّمال، المرجع السابق، بند (١٨٩)، ص ص(٢٨١-٢٨٢).

(٥٣) ينظر د. محمد حسين عبد العال، إبرام العقد تطبيقاً لعقد آخر في ظل فكرة اتفاق الإطار، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة البحرين، المجلد الثالث، العدد الأول، ١٤٢٦هـ، ٢٠٠٦م، بند (٢٤)، ص٢٥.

(٥٤) المرجع السابق، بند (٢٤)، ص٢٥.

(٥٥) د. محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، بند (٦٧)، ص٦١.

(٥٦) ولاسيما اذا حدد الطرفان ميعاداً لتنفيذهِ. يراجع د. عبد المجيد الحكيم، ج١(مصادر الالتزام)، المرجع السابق، بند (١٩٥)، ص١١١. السنهوري، الوسيط، ج١، بند (١٣٤)، ص٢٦٩.

(٥٧) د. محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، بند (٦٩)،ص٦٢.

(٥٨) المرجع السابق، بند (٦٨)، ص٦٢.

(٥٩) د.نعيم مغبغب، "مخاطر المعلوماتية والانترنت"، ط٢ ، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٨، ص ص(١٦٨-١٦٩).

(٦٠) يُراجع فريديريك وجيروم بانسييه وكريم غيلاتي، شركات تأمين خدمات الهندسة المعلوماتية (العقود، الاجراء، الاختراعات)، بيروت: منشورات صادر الحقوقية، (طبع هذا الكتاب بدعم من السفارة الفرنسية في لبنان)، بدون سنة طبع، بند (١٤٠)، ٩٧.

(٦١) للتفاصيل يراجع د. غني ريسان جادر الساعدي، الضوابط القانونية للعقد المركب، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، المجلد (١٠)، العدد (١٩)، ١٤٢٨هـ، ٢٠٠٧م، ص٢١٨.

(٦٢) يُراجع د.محمد ابراهيم موسى، انعكاسات العولمة على عقود التجارة الدولية، الاسكندرية: دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٧، ص٢٩.

(٦٣) والحقيقة العلمية تقتضي ان نشير الى اننا قد استفدنا من بحث الدكتور جواد كاظم الهنداوي الذي يعملُ سفيراً في ديوان وزارة الخارجية وعميداً لمعهدها الدبلوماسي ضمن مؤُلفه الموسوم (بحوث في القانون والسياسة)، دون الاشارة الى طبيعته ومكان وجهة نشره، ٢٠٠٤، ص١١٢ وكذلك استفدنا من جهود الدكتور نوري حمد خاطر، عقود المعلوماتية (دراسة في المبادئ العامة في القانون المدني) (دراسة موازنة)، عمان: الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠١ (بند ٧٧، ص٨٢) و(بند ٧٨، ص٨٢). واخيراً لقد توقفنا على نتاج المستشار فاروق علي الحفناوي، موسوعة قانون الكومبيوتر ونظم المعلومات، الكتاب الثاني (عقود الكومبيوتر)، ج١(عقود البرمجيات) (دراسة في الجوانب التعاقدية لبرمجيات الكمبيوتر)، الكويت: دار الكتاب الحديث، ١٤٢٣هـ، ٢٠٠٣م، ص٣٩.

(٦٤) يراجع د. نوري حمد خاطر، عقود المعلوماتية، المرجع السابق، بند(٧٧)، ص٨٠.

(٦٥) المرجع السابق.

(٦٦) نقلاً عن د. جواد كاظم الهنداوي، المرجع السابق، ص١٢٦.

(٦٧) المرجع السابق، ص١٢٦.

(٦٨) المرجع السابق، ص١١٩.

(٦٩) المرجع السابق، ص١٢٧.

(٧٠) د. نوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص٨٢.

(٧١) د.محمد ابراهيم موسى، المرجع السابق، ص٦٦.