العقد الالكتروني كآلية اساسية في التجارة الالكترونية.

Electronic contract as a basic mechanism in e-commerce

د معداوي نجية.
كلية الحقوق جامعة لونيسي علي – البليدة – الجزائر –

الملخص:

ان اقتران تكنولوجيا الاتصالات بتكنولوجيا تقنيات المعلومات، ساهم في إلغاء الحدود الجغرافية والحواجز السياسية التي تفصل بين الدول وساهم في الربط بين الشعوب المتباعدة فتحول العالم إلى قرية صغيرة، و نتيجة ذلك أيضا ظهرت عقود جديدة تبرم في عالم افتراضي عبر تقنيات الإتصال الحديثة وبشكل خاص شبكة الأنترنت أًلا وهي" العقود الإلكترونية"، والذي هو أساس المعاملات التجارية الإلكترونية، و هذا يجعل من الأنظمة التقليدية غير قادرة على مواكبة و احتواء ما يعيشه العالم من حداثة في المعاملات، ومن تطور تكنولوجي، ومن هنا ظهرت الحاجة إلى أنظمة قانونية تحتوي وتنظم هذه المعاملات والتعاقدات الجديدة، والبحث عن خصوصيات و طبيعة هذه العقوبات صار امرا ضروريا.

الكلمات المفتاحية : العقد الالكتروني، التجارة الالكترونية، الاذعان، الرضائية.

Abstract:

The combination of communication technology and information technology technology, contributed to the abolition of geographical borders and political barriers that separate countries and contributed to the connection between distant peoples, turning the world into a small village. As a result of this, new contracts have also appeared to be concluded in a virtual world through modern communication technologies, especially the Internet, namely "electronic contracts", which is the basis for electronic commercial transactions, and this makes the traditional systems unable to keep pace with and contain the modernity the world is experiencing. In transactions and technological development, and

from this emerged the need for legal systems that contain and regulate these new transactions and contracts. The search for the specifics and nature of these contracts has become a necessity.

Key words :Electronic contract, electronic commerce, compliance, consensual.

مقدمة:

تعتبر التجارة الإلكترونية إحدى صور نظم المعلومات و الاتصالات، و التي وفرت وسائل مستحدثة في تبادل السلع والخدمات وتبادل البيانات بصورة لم تكن معروفة من قبل، و تتميز بالسرعة والسهولة في الاستخدام وكذا بعدها عن الصورة التقليدية المعروفة في القيام بالعمليات التجارية عن طريق تبادل الإيجاب و القبول وتراضي الأطراف بشأنها، واتفاقهم على كل بنود الصفقة التجارية عبر شاشات الكمبيوتر المتصلة بشبكة الأنترنت، بحيث لا يبقى من إنهاء الصفقة إلا التسليم المادي للشيء محل التعامل بوسائل النقل البرية، البحرية أو الجوية.

حيث ترتبط التجارة الالكترونية بمستوى متطور من التقنيات الخاصة بالحاسب الآلي وملحقاته، وبقدر تقدم الدول في المجال التقني يكون دورها في هذه التجارة بوصفها منتجا أو بائعا، ولهذا فهي ترتبط بالتقدم العلمي ارتباطا وثيقا، وتحتاج إلى قواعد قانونية خاصة لحماية كافة معاملاتها، وضمان تطورها وازدهارها على المستويات الدولية والإقليمية والوطنية.

وتستمد هذه الدراسة أهميتها من أهمية الموضوع الذي تطرقنا إليه، ففي هذا العصر الرقمي الذي تنتشر فيه الإنترنت، شاع مفهوم التجارة الإلكترونية التي تعددت مفاهيمها، كما تعددت أنواعها وأهدافها العامة، وقصد قيام التجارة الإلكترونية لابد من توفر مبادئ ومتطلبات أساسية من أهمها كلبنة اساسية العقد الالكتروني.[1]

و باعتبار ان التجارة الالكترونية تتم بين متعاقدين لا يجمعهما مجلس واحد للعقد، الأمر الذي يدعونا إلى تحليل هذه العقود، وعليه تطرح الاشكالية المتمثلة في تحديد الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني. ؟

1 بشار محمود الدودين، الاطار القانون للعقد المبرم عبر شبكة الانترنت دار الثقافة للنشر، الأردن، 2006، ص 75.

و قصد الاجابة على هذه الاشكالية اعتمدت الدراسة على المنهج الوصفي، و المنهج التحليلي، والمنهج المقارن، ويعود السبب في ذلك أن التجارة الإلكترونية و العقد الالكتروني بالتحديد أثار جدلا كبيرا الدى رجال القانون.

و في محاولتنا تقديم اجابة عن السؤال المطروح قسم هيكل الدراسة الى محورين العقد الالكتروني بين الإذعان و المساومة (اولا).

و محور ثاني حول اعتبار العقد الالكتروني تجاري دولي و عقد شكلي(ثانيا).

المبحث الاول- العقد الالكتروني بين الإذعان و المساومة.

لم يقتصر تعريف العقد الإلكتروني على المستوى الدولي بل امتد إلى المستوى الداخلي، فالعديد من الدول نظمت هذا التعاقد الجديد في أنظمتها القانونية، فقد نص المشرع الجزائري على تعريف العقد الالكتروني باه العقد الذي يتم ابرامه دون الحضور الفعلي و المتزامن لأطرافه باللجوء حصريا لتقنية الاتصال الالكتروني."[1]

في حين نص المشرع التونسي في الفصل الأول من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية على "العقود . الالكترونية يجري عليها نظام العقود الكتابية فيما لا يتعارض مع أحكام هذا القانون. [2]

اما التعريف الفقهي للعقد الإلكتروني فقد عرف بأنه: " كل اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد، وذلك بوسيلة مسموعة مرئية، وذلك بفضل التفاعل بين الموجب والقابل."[3]

و عرفه الفقه الأمريكي بأنه ذلك العقد الذي ينطوي على تبادل للرسائل بين البائع والمشتري، والتي تكون قائمة على صيغ معدة سلفا و معالجة إلكترونية، وتنشأ التزامات تعاقدية".[4]

وبعيداً عن الانتقادات الموجهة للتعريفات السالفة يمكن أن نعرف العقد الإلكتروني أنه الاتفاق المبرم بوسيلة إلكترونية قصد إحداث أثار قانونية و إنشاء التزامات تعاقدية بين الأطراف المتعاقدة، وغالبا

1 قانون 04/18 المتعلق بالتجارة الالكترونية الجزائري الصادر بتاريخ 2018/05/16، ج ر عدد 28، المادة 06.

2 قانون المبادلات و التجارة التونسي، الصادر في 11 أوت 2000.

3 حجيط حبيبة، جعودي مريم، النظام القانوني للعقد الالكتروني", مذكرة ماستر في القانون، جامعة بجاية، الجزائر: 2013.

4 مناني فراح، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 24

ما يكون محررا على دعامات غير ورقية مخزنة داخل الأنظمة المعلوماتية، وهذا من شانه ان يدفعنا الى التساؤل حول الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني.

قبل الخوض في بيان الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني من حيث مدى اعتباره من تطبيقات عقود الاذعان أو من عقود المساومة، وجب بيان مفهوم عقود الاذعان وبيان خصائصها في ضوء القواعد العامة.

المطلب الاول- العقد الالكتروني عقد إذعان.

ان عقود الاذعان هي العقود التي يقتصر فيها القبول على مجرد التسليم بشروط الموجب دون مناقشة [1]، وأن محل العقد يكون متعلقا بسلعة أو خدمة ضرورية تكون مل احتكار أو يسيطر عليها الموجب سيطرة تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق، ويكون الموجب في مركز اقتصادي قوي، ومن الامثلة على هذه العقود تلك التي تبرم مع شركات الكهرباء أو الغاز.

إن التفرقة بين عقود الاذعان وعقود المساومة تبدو ذات أهمية بالغة، حيث نجد أن عقود المساومة تتم برضا كل التعاقدين وهي تضع للقواعد العامة، ولا يجوز للقاضي أن يعدل شروطها أو أن يعفي أحدها لان العقد شريعة المتعاقدين كما يؤول تفسير الشك لمصلحة المدين .[2]

- الخصائص المميزة لعقد الاذعان و دور القاضي فيها:

عقد الاذعان هو عقد يسلم فيه القابل بالشروط المقررة بصفتها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها[3] ويكون ذلك متعلقا بسلعة او موفق ضروري محل احتكار قانوني او فعلي وموضع مناقشة محدود النطاق اذ ان القابل لمثل هذه العقود لا يصدر قبوله بعد مناقشة مفاوضة بل هو في موقف من الموجب لا عليك الا ان يأخذ او يدع .[4]

1 زردازي عبد العزيز،" الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، جامعة باجي مختار، عنابة، عدد 38، جوان 2014، ص 266.

2 محمد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الأنترنيت، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، الطبعة1، 2004، ص 20.

3 رباحي احمد، " الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني"، الأكاديمية للدراسات الإجتماعية والإنسانية أ /قسم العلوم الإقتصادية و القانونية العدد– 10 جوان 2013، ص 100 – 105.

4 عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري، نظرية الالتزام، ج1، لسنة 1990، ص 44.

او هو العقد الذي يضع احد طرفي العقد بنوده وما يتحمله كل من طرفي العقد من التزامات وما لها من حقوق دون ان يكون للطرف الاخر حق في المناقشة القيود او الالتزامات او الحقوق. [1]

و تسري على عقود الاذعان قاعدة أن للقاضي أن يعدل الشروط التعسفية، وله أن يعفي الطرف المذعن سواء كان الدائن أو المدين [2]، كما أن الشك يفسر لمصلحة الطرف المذعن.

يذهب البعض إلى اعتبار العقود الالكترونية من تطبيقات عقود الاذعان، ويتمثل هذا الاتجاه من جانب الفقه الانجليزي والفرنسي الحديث وكذلك اتجاه بعض التشريعات المنظمة للتجارة الالكترونية كالمشروع المصري لقانون التجارة الالكترونية الذي نص في المادة 18 منه على أنه تعتبر العقود النمطية المبرمة إلكترونيا من عقود الاذعان في مفهوم القانون من حيث تفسيرها لمصلحة الطرف المذعن وجواز إبطال ما يرد فيها من شروط تعسفية ويعد شرطا تعسفيا كل شرط يتضمن حكما لم يجر به العرف"، ويستند أنصار هذا الاتجاه إلا أن أغلبية العقود الالكترونية المبرمة عبر شبكة الانترنت تتم عادة من خلال عقود نموذجية تظهر على الموقع الالكتروني للبائع على شكل استمارة نموذجية إلكترونية تتضمن تفاصيل العقد، وفي رأي هذا الاتجاه يتوافر ضعف الطرف المذعن بمجرد إعداد العقد مسبقا من قبل الطرف الاخر، الذي يكون عادة منتجا محترفا متمتعا بالخبرة في تحديد الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد بالصفة التي تحقق مصلحته دون أن يسمح للطرف المذعن بالمناقشة فيها، ولا يبقى أمام الطرف الاخر إلا أن يقبلها أو لا يتعاقد أصلا. [3]

يبدو مما سبق ذكره ان العقد الإلكتروني طالما كان بين المستهلك لسلعة ضرورية لا يمكن الاستغناء عنها ومحتكر توزيع تلك السلعة، والمستهلك لم يكن بمقدوره مناقشة بنود العقد بينه وبين الطرف القوي في العقد المحتكر لتلك السلعة، فإن هذا العقد هو عقد إذعان سواءً تم بطريقة تقليدية أم بطريقة إلكترونية طالما أن العناصر السابقة وجدت.[4]

1 منير محمد الجهيني، وممدوح محمد الجهيني، المرجع السابق، ص 179.

2 المادة 1/112 من القانون المدني الجزائري.

3 كما يرون أنه لا محل لاشتراط توافر الاحتكار القانون أو الفعلي لسلعة ضرورية لاعتبار العقود الالكترونية من تطبيقات عقود الاذعان، بل يعتمد أنصار هذا الاتجاه على تغليب المعيار الاقتصادي على غيره من المعايير، إذ ينشأ بالتفاوت الاقتصادي الشديد بين الطرفين.

[4] – الجنبيهي، منير وممدوح محمد، مرجع سابق، ص 181.

وبرر هذا الاتجاه رؤيته بالنسبة للعقد الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، لاعتباره بمثابة عقد إذعان لكون القابل" الموجب له "لا يملك إلا أن يضغط على عدد من الخانات المتاحة أمامه والخاصة بموقع الموجب على الإنترنت، موافقًا على المواصفات التي يرغب بها والخاصة بالسلعة والثمن المحدد سلفًا، فهنا القابل لا يملك خيار الموافقة أو الرفض، ولا حتى مناقشة الموجب أو طلب تعديل أي من المواصفات المذكورة أو حتى المفاوضة عليها، فالمتاح له قبول العقد برمته أو رفضه كليًا [1]، ولكن أُخِذ على هذا الرأي أنه تجاهل أمرًا هامًا، وهو التفاوض القائم وخاصة في حالة التعاقد عبر البريد الإلكتروني[2]، فيمكن للموجب أن يرسل عرضه المتضمن للسلعة وثمنها عبر البريد الإلكتروني، فيرد عليه القابل ببريد إلكتروني آخر يرفض العرض أو يفاوضه على ثمن السلع ومن هنا يبدأ التفاوض بين الطرفين[3] ، كما أشار هذا الاتجاه وما يتشابه معه من آراء إلى أن العقد الإلكتروني عبر الإنترنت يقترب من عقود الإذعان وذلك؛ لأن طابع النمطية للعقد هو الغالب، إذ يعده أحد طرفيه مسبقًا منفردًا بالشروط والبنود المناسبة له .وبذلك يقتصر دور الطرف الآخر على مجرد قبول هذه الشروط كما هي دون تغيير أو تعديل ودون إمكانية المناقشة وبالتالي تنعدم المفاوضة بين الطرفين وأُخِذ على هذا الاتجاه كونه .لم يبين طريقة التعاقد هل تمت عن طريق البريد الإلكتروني أم المحادثة أو غيرها.

و ما نقوله نحن أن مفهوم الاذعان قد تغير فلا يعني ان احد اطراف العقد قد قام بصياغته بصفة منفردة انه عقد مجحف بالنسبة للآخرين، و هذا ينطبق ايضا على الشروط العامة الواردة في العقود، حيث يتم صياغتها و اعدادها طبقا لما الف المتعاقدان على العمل به و ما يسهل عملية التعاقد بينهما و عليه فإنها تحقق مصلحة الطرفين معا و تم تداولها مرارا و تكرارا حتى كادت تصبح عرفا معمول به في مجال تعاقدي معين، حتى ان مفهوم الاحتكار و الحاجة قد تغير عما هو معروف في النظرية التقليدية للعقد.

و بناء عليه لا يمكن اعتبار كل عقد الكتروني عقد اذعان و لا بد من الرجوع الى ملابسات ابرامه. و على المشرع تحيين قواعد الاذعان التي اصبحت غبر ملائمة لمستجدات العصر.

1 إبراهيم، خالد ممدوح، مرجع سابق، ص 63، والمومني، عمر حسن، مرجع .سابق، ص 35.

2 عبد العزيز زرداني، " الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني". مجلة التواصل في الاقتصاد و الادارة و القانون, عدد 38، جوان 2014، 265.

3 إبراهيم خالد ممدوح، مرجع نفسه، ص 63.

المطلب الثاني– العقود الالكترونية من عقود المساومة.

يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى اعتبار العقود الالكترونية عقود رضائية، وأن عملية المساومة تسود هذه العقود على اختلافها، باستثناء العقود التي تعد في الواقع عقود إذعان، وأن الموجب له لا يقتصر دوره على مجرد الموافقة على الشروط المعدة سلفا، بل له مطلق الحرية في التعاقد مع أي منتج وله أن ينتقل من موقع إلى آخر.

وبحسب رأيهم تعتبر العقود الالكترونية هي من تطبيقات عقود المساومة التي يكون التفاوض في شروطها و مناقشتها، وتوضع هذه الشروط بحرية إرادة الطرفين، وحجتهم في ذلك أنه ليس من الضروري أن تكون العقود الالكترونية من عقود الاذعان دائما، على الرغم من أنه قد تكون تفاصيل التعاقد وشروطه العامة مثبته مسبقا في الموقع الالكتروني للتاجر على الشبكة، لان هذا ليس بالخاصية الوحيدة لعقود الاذعان[1] .

ويرى جانب من الفقه أنه حتى نبين طبيعة العقد الالكتروني ما إذا كان عقدا رضائيا أم عقد إذعان فلا يكون إلا بالتمييز بين الوسائل المستخدمة في إبرامه.

– إذا كان التعاقد عن طريق البريد الالكتروني أو من خلال برامج المحادثة فإن العقد يكون رضائي، حيث يتبادل الاطراف وجهات النظر عبر الوسائل الالكترونية، ويمكن للموجه إليه الايجاب التفاوض بحرية حول شروط العقد، حتى يصل على أفضل الشروط.

أما إذا التعاقد عبر مواقع الواب والتي تستخدم غالبا عقود نموذجية تكون شروطها معدة سلفا، فتعد هنا عقود إذعان لانعدام التكافؤ في القدرة التعاقدية، وهي الوسيلة الغالبة في إبرام العقود الالكترونية، وبهذا فإن العقد الالكتروني قد يكون عقد مساومة أو عقد إذعان حسب الوسيلة المستخدمة في إبرامه.

وحسب رأي الاستاذ محمد أمين الرومي [2]:أن العقود الالكترونية يمكن أن تكون عقود إذعان إذا توافرت فيها جميع شروط عقد الاذعان، فلا يكفي أن تكون السلعة هامة وضرورية للمستهلك أو ينعدم التفاوض بشأنها، أو أن تكون السلعة محتكرة من جانب المنتج أو البائع، فلا بد من توافر شروط الاذعان مجتمعة، فإذا توفر شرط أو شرطين مثلا دون باقي الشروط فلا نكون بصدد عقد الاذعان، لذلك فلا

1 رباحي احمد، " الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني"، الأكاديمية للدراسات الإجتماعية والإنسانية أ /قسم العلوم الإقتصادية و القانونية العدد– 10 جوان 2013 .

2 محمد أمين الرومي، "التعاقد الاكتروني عبر الانترنت"، الطبعة الأولى، 2004، دار المطبوعات الامعية، الاسكندرية، ص 52.

يمكن أن تعد العقود الالكترونية من قبيل عقود الاذعان بصفة مطلقة وأنه لا خوف على المستهلك المتعاقد في حالة عدم توافر شروط عقد الاذعان في العقد المبرم إلكترونيا، إذ أن هناك عدة قواعد قررها المشرع لحماية المتعاقد عبر الانترنت أو بأي وسيط إلكتروني آخر، يمكن للقضاء أن يطبقها ويرفع المشقة عن المتعاقد.

و عليه افان الاذعان ليس صفة دائمة في العقد الالكتروني اذ تغيب هذه الخاصية في العقود المبرمة عن طريق البريد الالكتروني و غيره من وسائل التواصل الالكترونية.

المبحث الثاني- اعتبار العقد الالكتروني تجاري دولي و عقد شكلي:

تكمن أهمية التفرقة بين الأنشطة التجارية والمدنية، والعقود الدولية و العقود الداخلية، من عدة نواح، مثل حرية الإثبات في المواد التجارية، و التضامن، والمهل القضائية للمدين، والإفلاس، والتقادم، والقانون الواجب التطبيق.

المطلب الاول- دولية العقود الإلكترونية:

هنالك اختلاف في الآراء الفقهية حول مفهوم الصفة الدولية في عقود التجارة الإلكترونية، [1] ويرجع هذا الاختلاف إلى مدى إمكانية توطين العلاقات القانونية، التي تتم عبر الشبكة الإلكترونية، وتتخطى الحدود الجغرافية للدول، ويمكن تصنيف هذه الاتجاهات إلى اتجاهين، هما: اتجاه يفرق بين نوعين من العقود، التي تتم عبر شبكة الإنترنت.

النوع الأول: العقود التي يكون فيها مستخدم شبكة الإنترنت في دولة، والمورد لخدمات الاشتراك في الشبكة يكون في دولة ثانية، والشركة التي تقوم بمعالجة البيانات، وإدخالها، وتحميلها عبر الشبكة تكون في دولة ثالثة .فهذا لا يدع مجالا للشك في دولية هذا العقد، وبذلك يتوافر المعياران اللازمان لدولية هذا العقد ، وهذا يعني أن العقد لم ينعقد في دولة واحدة وأثرت عملية انعقاده على عدة دول، دون أن تتقلص آثاره في دولة واحدة، وهذا ما يعطي هذا العقد صفة دولية.

و أما المعيار الثاني، فهو المعيار الاقتصادي الذي يعد العقد دوليًا إذا تعلق بعقود التجارة الدولية الخاصة بتدفق السلع، والمنتجات، والخدمات عبر الحدود، ويلزم توافر المعيارين القانوني والاقتصادي لاعتماد دولية العقد، ولا يكفي توافر أحدهما دون الآخر.

1 بن السيحمو محمد المهدي، مهداوي عبد القادر،" الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني" مجلة الاجتهاد للدراسات الاقتصادية و القانونية، المجلد: 07 العدد: 06، 2018، ص 366.

النوع الثاني: وهي العقود التي تستوفي جميع عناصرها في دولة واحدة، كالأطراف، والبضائع، والدفع، والبائع، والمشتري من دولة واحدة، فلا يتصور أن يقال: إن هذا العقد دولي، وبناء على ذلك لا يجوز للأطراف الاتفاق على قانون معين، يطبق على علاقاتهم العقدية.

لكن يضاف إلى ذلك أن المفاهيم التقليدية لهذا الاتجاه في التفرقة بين نوعي التجارة الداخلية والدولية تنص على قيام الشبكات العالمية بتشكيل نظام خاص بها، ولا ينظر إلى الحدود الجغرافية، فالعناوين الإلكترونية لا تنتمي إلى دولة معينة، وإنما هي عناوين عالمية، وهناك اتجاه يرى أن البعد الدولي هو الغالب على العقود الإلكترونية، أيا كان نوعها، وأنه يؤكد على أن الشبكة الإلكترونية تعد تجسيدًا لفكرة العولمة، وما ينتج عن ذلك من صعوبة توطين هذه الشبكة، أو توطين المعاملات القانونية التي تجري من خلالها، ولا خلاف في دولية هذه العلاقات بتوافر المعايير اللازمة بها كما ذكر سابقًا.

ومما سبق يتبين أن شبكة الإنترنت بطبيعتها عابرة للحدود [1]، والعقود التي تبرم من خلالها لا تدخل في حدود دولة معينة، ويتوافر معيار الدولية في ظل العلاقات التي تتم بين وطنيين داخل دولة واحدة عبر الشبكة لوجود أطراف أخرى في العلاقة، كمقدم الخدمة، أو ناقل البيانات، أو معالجتها، إضافة إلى أن المجال الذي تعمل من خلاله الشبكة ذو طبيعة عالمية.[2]

أن دولية العقود الإلكترونية أصبحت مسألة واقع، وهذه الحقيقة أكدتها عقود التجارة الإلكترونية في ظل سماحها للأطراف بالحرية في اختيار القانون الواجب تطبيقه على عقودهم، و ما يسعنا الان إلا ان نبحث في مدى تغليب الطابع التجاري على العقد الإلكتروني.

ويمتد مفهوم عقود التجارة الإلكترونية من حيث أطرافها فيندرج في نطاقها العديد من الصور أبرزها العقود التجارية التي تشمل في علاقاتها جهات الأعمال فيما بينها أي من الأعمال إلى الأعمال (business–to–business) ويرمز لها اختصارا بـ (B2B)، أما الصورة الثانية فهي تلك العلاقات التي تجمع الأعمال بالزبون (business–to–consumer) ويرمز لها اختصارا بـ (B2C) [3].

1 حكيم يامنة،" النظام القانوني للعقد الالكتروني"، مذكرة ماستر في القانون، جامعة مستغانم، الجزائر: 2019، ص 16.

2 مخلوفي عبد الوهاب، "التجارة الالكترونية عبر الأنترنت"، الأطروحة لنيل شهادة الدكتورة في الحقوق العلوم، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والأعمال السياسية، جامعة الحاج الأخضر، باتنة، الجزائر: 2012، ص 45.

3 وبذلك المعنى فإن التجارة الالكترونية تختلف عن الأعمال الإلكترونية E–BUSINESS، التي تعتبر أوسع نطاقا وأشمل من الأولى، حيث تمتد هذه الأخيرة الى سائر الأنشطة الإدارية والإنتاجية والخدماتية والمالية ولا تتعلق فقط =

اذن أصبح واضحًا بأن عقود التجارة الإلكترونية قد تكون مدنية، أو تجارية أو مختلطة، وذلك بحسب طبيعة العلاقة التي تربط المتعاقدين، أي أنها لا تختلف في هذا الشأن عن التصنيف المعتاد للأعمال.

المطلب الثاني– الشكلية في العقود الالكترونية.

الأصل في القانون كما هو في الشريعة الإسلامية [1] أن الأصل في العقود الرضائية ومبدأ الشكلية ما هو إلا استثناء[2] ، وإذا اشترط القانون شكلاً معيناً فإنه يهدف منه تنبيه المتعاقدين الى خطورة ذلك التصرف المقدمين عليه[3].

ومبدأ الشكلية معروف في نطاق العقد، إلا أنه ينبغي عدم الخلط بين الشكل الذي يفرضه القانون لإثبات العقد وبين الشكل الى يفرضه لتكوين العقد، فإذا فرض القانون شكلاً معيناً لإثبات العقد، فإن ذلك لا يمنع من أن ينعقد ذلك العقد رضائياً ويكون صحيحاً ومستوفياً لأركانه إذا انعقد بأية صورة كانت وعليه نستبعد شكلية الإثبات من نطاق البحث ونبقي على شكلية الانعقاد وبعد هذا فهل يتفق العقد الإلكتروني مع الشكلية ؟

ان الشكلية إن كانت مفروضة بنص القانون كركن من أركان الانعقاد ، لا تعدوا أن تكون أما لتنبيه المتعاقدين الى خطورة التصرف الذي يقدمان عليه أو مجرد حماية للغير[4] ولا يهم بعد ذلك نوع الشكلية هل أنها تتجسد بالكتابة فقط من قبل المتعاقدين ، أو وجوب تسجيل ذلك العقد في السجلات الرسمية .

=بعلاقة البائع بالزبون، إذ تمتد لعلاقة المنشأة بوكلائها وموظفيها وعملائها، كما تمتد إلى أنماط أداء العمل وتقييمه والرقابة عليه، وضمن مفهوم الأعمال الإلكترونية يوجد المصنع الإلكتروني المؤتمت، والبنك الإلكتروني، وشركة التأمين الإلكتروني، والخدمات الحكومية المؤتمتة. أ/يونس عرب، التجارة الإلكترونية E-COMMERCE، www.arablaw.org .

1 كقاعدة عامة يمكن القول إن قاعدة الرضائية تسمو على مبدأ الشكلية في ميدان العقود في الشريعة الإسلامية، من خلال صريح القرآن الكريم بقوله تعالى ((يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُبْ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ)).

2 د. عمر السيد أحمد عبد الله (إبرام العقد في قانون المعاملات المدنية الإماراتي)، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة: 1995، ص 10.

3 د. فائق محمود الشماع (الشكلية في الأوراق التجارية)، بحث منشور في مجلة القانون المقارن، العدد العشرون، السنة الثالثة عشر، تصدر عن جمعية القانون المقارن، بغداد، 1987، ص 125.

4 د. عبد المجيد الحكيم "نظرية العقد"، مصدر سابق، ص 93.

وان كنا أمام هذه الشكلية التساؤل الذي يمكن أن يثار هو مدى إمكانية التوصل الى تحقيق تلك الشكلية من خلال العقود الإلكترونية او من خلال أجهزة الحاسوب، ولا سيما وأننا قد عرفنا أن من أهم خصائص تلك العقود هو تباعد الطرفين مكانياً أو اقترابهم زمنياً وتحاورهم من خلال وسائل وأساليب إلكترونية حيث يتم التعاقد من خلال أساليب إلكترونية تتمثل في تبادل رسائل البيانات الكترونياً او عن طريق الوسيط الالكتروني.

و تنص المادة 6: من قانون التوقيع و التصديق الالكتروني الجزائري على أنه : يستعمل التوقيع الإلكتروني لتوثيق هوية الموقّع وإثبات قبوله مضمون الكتابة في الشكل الإلكتروني."

وإذا استعرضنا قانون دبي للمعاملات والتجارة الإلكترونية رقم 2 لسنة 2002 نجد أن المادة (13) منه نصت على (1- لأغراض التعاقد يجوز التعبير عن الإيجاب والقبول جزئياً أو كلياً بواسطة المراسلة الإلكترونية، 2- لا يفقد العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد أنه تم بواسطة مراسلة إلكترونية واحدة أو أكثر)[1].

كما أن نص المادة 9 من قانون دبي للمعاملات قطع كل شك في إمكانية الاحتجاج والتمسك بالشكلية والكتابة وإن كانت إلكترونية، إذ نصت على (إذا اشترط القانون أن يكون خطياً أي بيان أو مستند أو مسجل أو معاملة أو بينة أو نص على ترتيب نتائج معينة في غياب ذلك فإن المسند أو السجل الإلكتروني يستوفي هذا الشرط).

بعد استعراض هذه النصوص نستطيع الجزم بأن الشكلية إن كانت ركناً من أركان العقد وإن كانت مشترطة أن تمثل بالكتابة من المتعاقدين فقط دون أن توثق في دائرة رسمية (سجل رسمي) أو أمام موظف مختص، فإنه يمكن أن تحل الشكلية الإلكترونية محل الشكلية التقليدية، بعد أن اعترفت تلك القوانين بأن التوقيع الإلكتروني وهو أهم شرط من شروط الكتابة يصح الاعتماد عليه ويصح الاحتجاج به في مواجهة من ينكره و منه المادة 8 [2]: "يعتبر التوقيع الإلكتروني الموصوف وحده مماثلا للتوقيع المكتوب سواء كان لشخص طبيعي أو معنوي".

1 وقد عرف تشريع دبي في مادته الثانية المراسلة الإلكترونية بأنها (إرسال أو استلام الرسائل الإلكترونية)، وعرفت ذات المادة الرسالة الإلكترونية بأنها (معلومات إلكترونية ترسل أو تستلم بوسائل إلكترونية أياً كانت وسيلة استخراجها في المكان المستلمة فيه).

2 قانون التوثيق و التصديق الالكتروني الجزائري 04/18.

و تضيف المادة 9 منه على أنه " بغض النظر عن أحكام المادة 08 أعلاه لا يمكن تجريد التوقيع الإلكتروني من فعاليته القانونية أو رفضه كدليل أمام القضاء...".

نقول ان التوقيع الإلكتروني إذا ما ضبط وأحيط بضمانات وتأكيدات وإمكانيات في نسبته الى شخص موقعه، نستطيع بعد ذلك تلافي الصعوبات في تطمين المترددين حول الاعتراف بالشكل الإلكتروني بدلاً من الشكل التقليدي.

وهذا ما حاول فعله قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي رقم 83 لسنة 2000 نلاحظ في هذا الجزئية أن الشكلية في العقد كانت ممكنة التحقيق إن كانت ممثلة بالكتابة فقط (الشكلية العرفية) دون اشتراط تصديقها من دائرة معينة أو وجوب توثيقها في سجل معين، فإذا كانت كذلك هل من الممكن التوفيق بينها (الشكلية الرسمية) وبين إلكترونية العقد.

إذا ما قرأنا نص المادة 15 من القانون الجزائري للتوقيع و التصديق الاكتروني و المادة 6 تشريع القانون التونسي المذكورة آنفاً نجد أنه حاول الاستعانة بجهة ثالثة (محايدة) لضمان التثبيت والتأكد من هوية المتعاقد قبل المتعاقد الأخر، وبالتالي فإن هذه الطريقة توفر تأكيداً بأن العقد قد تم مع الشخص المطلوب المتعاقد معه بعد التأكد من هويته وتوقيعه الإلكتروني الذي نظم أيضاً من خلال تقنية الترميز أو التشفير، ونود أن نشير إلى أن هذين الحلين لم يمثل أحدهما بديلاً عن الآخر بل أن أحدهما كان مكملاً.

وعرفت هيئة التصديق بأنها جهة عامة أو خاصة تصدر شهادة إلكترونية، هي عبارة عن سجل معلوماتي يتضمن مجموعة من المعلومات تتعلق بطلب الشهادة والجهة المانحة لها وتاريخ صلاحية الشهادة،[1] إذن بعد ذلك تصدر شهادة عن مزود خدمات التصديق تسمى بـ (شهادة المصادقة الإلكترونية الموصوفة)، وهذه الشهادة عرفتها المادة 15 [2]: شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة هي شهادة تصديق إلكتروني تتوفر فيها المتطلبات الآتية ...." .

1 ترير نوال، الشكلية في عقود التجارة الاكترونية "، مذكرة ماستر، كلية الحقوق جامعة خميس مليانة، الجزائر: 2014، ص 62 و ما بعدها.

2 قانون 04/15 المتعلق بالتوقيع و التصديق الالكتروني الجزائري.

اما المادة (2) من التشريع التونسي بعرفتها بأنها (الوثيقة الإلكترونية المؤمنة بواسطة الإمضاء الإلكتروني للشخص الذي أصدرها والذي يشهد من خلالها أثر المعاينة على صحة البيانات التي تتضمنها).

وما نذهب إليه هو ترجيح الرأي المنادي بتشبيهه بمركز كاتب العدل خاصة في الدول التي لم تصدر منها تشريعات كافية وافية في إعطاء الوصف القانوني الملائم لهذا المركز، ومن جهة أخرى لما يقوم به من توفير ضمانات وتأكيدات واحتفاظ بنسخة من العقد من هويات المتعاقدين وبصماتهم والشفرات الأخرى للراغبين باستعمالها.

نستطيع أن نجزم بعد ذلك فنقول إن الشكلية التقليدية المتمثلة بالكتابة باتت تعوض عليها الشكلية الإلكترونية فبدلاً من السجلات التقليدية لمختلف الأشخاص والدوائر هناك السجلات الإلكترونية وبدلاً من الكاتب العدل توفر مزود خدمات التصديق وبدلاً من التوقيع التقليدي هناك التوقيع الإلكتروني وهناك الرسالة الإلكترونية، وبالتالي ظهر العقد الإلكتروني ولا يهم بعد ذلك إن كان هذا العقد رضائياً أم شكلياً.

لكنه مع كل تلك البدائل فإن هنالك جملة عقود وتصرفات تأبى بطبيعتها أن تروض وتجند تحت الإلكترونيات وارتضت لنفسها أن تبقى في زاوية الورق والسجلات التقليدية لا لأنها غير راغبة في مسايرة الحياة بل العكس تماماً لخطورتها ومساسها وتحديدها المباشر لمجريات الحياة وأهميتها فيها فآثرت القوانين إبقاءها في الإطار التقليدي.

خاتمة:

في نهاية هذا البحث يجب ان نعرف ان العقد الالكتروني مثل أي عقد اخر يتم بالطرق التقليدية، و انما الفارق الوحيد هو طريقة التعاقد و اتمام العقد فالعقد القديم كان يتم بالطريقة التقليدية على الورق، اما العقد الالكتروني فيتم على الشبكة الانترنيت او على وسائل الاتصال الحديثة ، والتي يتم فيها استيفاء كافة اركان العقد لكن بطريقة الالكترونية.

– ان أطراف العقد الإلكتروني في الغالب يوجدون في دول مختلفة، وبالتالي قد يتخلل العقد عنصر أجنبي أي أن العقد الالكتروني في معظم الاحيان هو عقد دولي لوجود عنصر اجنبي و هو مزود الخدمة، او لتعلقه بصالح التجارة الدولية.

حيث ان العقد الالكتروني يتسم بالطابع الدولي لأن الطابع العالمي لشبكة الانترنت والانفتاحية التي تتميز بها جعل معظم دول العالم في حالة انفصال دائم على الخط مما سهل إبرام عقود بين مختلف الدول أو بين دولة واحدة أو أكثر.

– في العقد الالكتروني شكلية معينة استوجبتها التشريعات كضرورة ان يكون العقد الالكتروني مكتوب، كما هو الشأن في القانون 05/18 المتعلق بالتجارة الالكترونية المادة 10 منه.

و يظهر انه و ان لم يشترط المشرع الشكلية كركن لانعقاد العقد الالكتروني (لأنه و حسب المادة 14 من نفس القانون يمكن للمستهلك طلب تعويض في حال عدم احترام المادة 10 السابقة الذكر و ليس المطالبة ببطلان العقد..) فإن تلك الشكلية عنصر جوهري في التعامل الالكتروني.

– يمكن الاحتجاج بالشكلية الإلكترونية في التصرفات القانونية كافة – إلا ما استثني فيها بنص صريح– التي تشترط الشكلية لانعقادها، سواء كانت الشكلية ممثلة بالكتابة بين الأفراد فقط أو أنها تتطلب ضرورة توثيقها أمام دائرة وموظف مختص على الأقل هذه الشكلية مقبولة في القوانين التي نظمت هذه المسألة ومنها القانون الجزائري.

– في الشكلية الرسمية التي تشترط وجوب تصديقها أمام الكاتب العدل أو الموظف المختص، ظهر ما يسمى بمزود خدمات المصادقة الإلكترونية، وعمله أشبه بعمل الكاتب العدل وهذا ما دفع البعض الى أن يسموه بالكاتب العدل الإلكتروني.

– يشترط لإمكانية الاحتجاج بتلك الشكلية أن تتوافر فيها شروط، مع كل ذلك ما زالت هناك أنواع من العقود استبعدت من نطاق العقود الإلكترونية وأبقاها القانون خاضعة للعقود التقليدية، منها مسائل الأحوال الشخصية والوصايا والوقف.

اهم المراجع :

الكتب:

1 محمد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الأنترنيت، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، الطبعة 01، 2004.

2 عبد الفتاح بيومي، حجازي النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، الكتاب الثاني، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية"، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2002.

3 محمد فؤاد المطالقة، "الوجيز في عقود التجارة الالكترونية "، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، لسنة 2011.

4 منير محمد الجهيني، ممدوح محمد الجهيني، "الطبيعة القانونية للعقد الالكترونية "، دار الفكر الجامعي الإسكندرية،(د.ت).
5 طوني ميشال عيسى، "التنظيم القانوني لشبكة الانترنيت"، ط1، دار صادر، لبنان، 2001.

الرسائل و المذكرات:

1 العيشي عبد الرحمن، " ركن الرضا في العقد الالكتروني"، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة الجزائر، 2017.
2 هادي مسلم، "التنظيم القانون للتجارة الإلكترونية"، دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون، جامعة الموصل، 2002.
3. ترير نوال، الشكلية في عقود التجارة الاكترونية، " مذكرة ماستر، كلية الحقوق جامعة خميس مليانة، الجزائر، 2014.
4. حجيط حبيبة، جعودي مريم، " النظام القانوني للعقد الالكتروني"، مذكرة ماستر في القانون، جامعة بجاية، الجزائر: 2013.
5. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ، نظرية الالتزام ، ج1، لسنة 1990.
6. رباحي احمد، " الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني"، المجلة الأكاديمية للدراسات الإجتماعية والإنسانية و القانونية العدد– 10 جوان 2013.
7. عبد العزيز زرداني، " الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني"، مجلة التواصل في الاقتصاد و الادارة و القانون، عدد38، جوان 2014.
8. بن السيحمو محمد المهدي، مهداوي عبد القادر، " الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني" مجلة الاجتهاد للدراسات الاقتصادية و القانونية، المجلد: 07 العدد 06، 2018.

القوانين:

1 الامر58/75 الصادر في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل و المتمم.
2 القانون 04/18، والصادر بتاريخ 10/ماي 2018 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد و الاتصالات الالكترونية ج ر عدد 27.
3 القانون رقم 05/18 الصادر بتاريخ 16 ماي 2018، و المتعلق بالتجارة الالكترونية، ج ر عدد 28.
4 قانون المعاملات الالكترونية الاماراتي، (امارة دبي)، رقم 02 لسنة 2002.

5 القانون النموذجي للأمم المتحدة حول التجارة الالكترونية المؤرخ في 1996/12/16.
6 قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي، الصادر في 11 أوت 2000.
7 قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2000 المؤرخ في 11 ديسمبر 2001.

المداخلات:

1 عادل شمران الشمري،" التعاقد عبر الانترنيت"، المؤتمر العلمي لكلية القانون جامعة القادسية المنعقد للفترة، 5 – 6 /2008/11.