التعاقد الإلكتروني والمسائل القانونية المتعلقة به

د. بن داود حسين – جامعة محمد البشير الإبراهيمي– برج بوعريريج.

أ. عاشوري وهيبة– جامعة محمد لمين دباغين– سطيف 2

ملخص: يشهد هذا العصر ثورة معلوماتية لم يسبق لها مثيل في التكنولوجيا وما صاحبها من تطور بشكل كبير ومتسارع في شبكة الاتصالات الرقمية، قرّبت المكان واختصرت الزمان وألغت الحدود الجغرافية بين الدول وهذه الوسيلة ألقت بظلالها على كافة جوانب الحياة بعد أن كانت مقتصرة على أغراض عسكرية وأكاديمية في الولايات المتحدة الأمريكية عام 1969، ثم تحولت لتستخدم لأغراض مدنية واقتصادية، وفتحت المجال واسعا لإبرام العقود بمختلف أنواعها، ممّا أدى إلى ظهور نوع جديد من التبادل التجاري يسمى بالتجارة الإلكترونية عبر شبكة الأنترنت " تجارة العصر والمستقبل" وكان ذلك عام 1993، وأصبحت السلعة والخدمة معروضة بطريقة منظورة غير ملموسة، حيث يتفاوض الأطراف المتعاقدون عن بعد فيتبادلون المعلومات وسائر البيانات بسرعة فائقة في مجلس عقد افتراضي، ويثير التعامل عبر الأنترنت العديد من التساؤلات حول هذه الوسيلة التي لا تعترف بالكثير من المسلمات التقليدية كالسلطة المالكة لها والحدود الجغرافية والكتابة على الورق.

الكلمات المفتاحية: التعاقد الإلكتروني، العقد الالكتروني، التجارة الإلكترونية، التطور التكنولوجي

مقدمة

بات من الضروري البحث عن وسائل لمعالجتها وضبطها في إطارها المشروع، ممّا خلق تحديا أمام النظم القانونية، ومن أبرزها التعاقد عن بعد عبر شبكة الأنترنت وقانونية المعاملات الإلكترونية، كالتعبير عن الإرادة وتطابقها عن طريق تبادل رسائل البيانات، نظام الوفاء، الإثبات، وقد أدت أشكال الانتهاكات والجرائم اليومية في بيئة التجارة الإلكترونية إلى تزايد المنازعات الناجمة عن هذه المعاملات، ممّا يستدعي البحث عن القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة للنظر في النزاع، ومدى ملائمة النصوص القانونية القائمة مع ما أفرزته وسائل الاتصال الحديثة من إشكاليات وتحديات، ممّا يتطلب دراسة مسحية لكافة التشريعات دون استثناء لضمان عدم تناقض أحكامها.

لذا برزت العديد من المحاولات القانونية على الصعيد الفقهي والقضائي والتشريعي، للوقوف على مشكلات هذا التعامل وأشكال النزاعات التي تثار بسبب التعامل بالوسائط الإلكترونية، واقتراح الحلول المناسبة بشأنها من أجل تنظيمها.

وأدى ازدياد معاملات التجارة الإلكترونية التي أصبحت واقعا عمليا، فرض نفسه على المؤسسات الدولية والداخلية المهتمة بتسهيل وتوحيد القواعد القانونية، التي تطبق على التجارة الإلكترونية في جميع دول العالم، والاهتمام بمختلف الجوانب المتعلقة بالتبادل الالكتروني للمعاملات.

إشكالية البحث:

إن الإشكالية الرئيسية للبحث تتمثل في الإجابة عن التساؤل التالي: **إلى أي مدى يمكن القول بكفاية ومسايرة النصوص القانونية التقليدية لتحديد ماهية التعاقد الإلكتروني ونظامه القانوني؟**

تمهيد:

إن التطور التكنولوجي الرهيب الذي شهده العالم في وسائل الاتصالات والمعلومات المستخدمة في التعاقد عن بعد لم يكن معهودا من قبل، نتيجة ظهور الأقمار الصناعية ودخولها مجال الاتصالات والإعلام، مما أدى إلى زيادة الترابط بين الأسواق الخارجية وأضفى على المعاملات التجارية صفة العالمية. كما ترتكز هذه الثورة التكنولوجية على العديد من المقومات منها؛ استحداث طرق لتخزين البيانات، الصور والأصوات وبسط قدرات الإرسال عبر الفضاء عن طريق الأقمار الصناعية. نتج عن هذا الاندماج بين تكنولوجيا الحاسبات الآلية وتكنولوجيا الاتصالات، تكوين شبكة اتصال مركبة تسمى بشبكة الأنترنت التي أدت إلى ظهور التجارة الالكترونية، وذلك عن طريق الإعلانات عن المنتجات والتسويق أو التفاوض على إبرام العقود بالأساليب الحديثة، بدلا من المستندات الورقية والوسائل التقليدية.

أولا: مفهوم العقد الإلكتروني

إن تحديد ماهية العقد الإلكتروني يتطلب توضيح ما المقصود به، أي بمجرد وصفه عقدا فيخضع لأحد مصادر الالتزام، لكنه يتمتع بخصوصية تميزه عن بقية العقود الأخرى، لذا سنوضح ذلك في مايلي:

1- تعريف العقد الإلكتروني

من الأمور التي أثارت الجدل واختلفت عندها وجهات النظر، محاولة وضع تعريف التجارة الالكترونية بصفة عامة، والعقود الإلكترونية بصفة خاصة، ولعّل مرّد ذلك الخلاف تشعب هذه التجارة وتنوع العقود التي تبرم من خلالها الأمر الذي أدى إلى اختلاف المفاهيم والتعريفات[1].

سوف نتطرق إلى التعريفات بشأن العقد الإلكتروني في التشريع المقارن والتعريفات الخاصة ببعض الفقهاء[2].

أ- التعريف التشريعي للعقد الإلكتروني في القانون المقارن

حرصت بعض التشريعات الأوروبية والعربية التي تنظم المعاملات الإلكترونية على تعريف العقد الإلكتروني باعتباره أحد تطبيقات التعاقد.

بالرجوع إلى نصوص القانون النموذجي الصادر عن الأمم المتحدة بشأن التجارة الإلكترونية، نجد أنه عرف العقد الإلكتروني من خلال تعريفه لرسالة البيانات، في المادة 2/أ بأنها: " المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها وإستيلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني أو التلكس"[3]. وعرفت المادة 2/ب، تبادل البيانات الإلكترونية " يراد بمصطلح تبادل البيانات الإلكترونية نقل المعلومات من حاسوب إلى حاسوب آخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات".

وعليه فإن العقد الإلكتروني حسب هذا القانون هو العقد الذي يتم التعبير عن الإرادة فيه بين المتعاقدين باستخدام الوسائل المحددة في المادة 2/ أ- ب وهي :

- نقل المعطيات من كمبيوتر إلى كمبيوتر آخر وفقا لنظام عرض موحد.
- نقل الرسائل الإلكترونية باستعمال قواعد عامة أو قواعد قياسية.
- النقل للنصوص باستخدام الأنترنت، أو تقنيات أخرى كالتلكس أو الفاكس.

يتضح مما سبق أن الأنترنت حسب هذا القانون ليست الوسيلة الوحيدة لتمام عملية التعاقد في التجارة الإلكترونية، بل تشاركها وسائل أخرى مثل جهازي التيلكس والفاكس.

أما القانون الأمريكي فقد أورد تعريفا للسجل الإلكتروني الذي هو بمثابة العقد الإلكتروني الذي يتم إبرامه بين الأطراف بأنه: " عقد أو أي سجل آخر يتم تخليقه، تكوينه، إرساله، نقله، استقباله أو تخزينه بأي وسيلة إلكترونية".

أما قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85 سنة 2001 فقد عرف العقد الإلكتروني في المادة الثانية منه بشكل صريح بأنه: " الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل إلكترونية أو جزئيا". وأضافت نفس المادة إلى ذلك تعريفا خاصا للوسائل الإلكترونية التي يبرم بواسطتها العقد على أنه: " أية تقنية لاستخدام وسائل كهربائية، مغناطيسية، ضوئية أو أية وسائل مشابهة في تبادل المعلومات وتخزينها".

أما عن الجزائر فيلاحظ أن القانون المدني الجزائري لم يتعرض للنظم القانونية التي تحكم العقد الإلكتروني ولم يتناول تعريفه[4].

مما سبق يتضح أن المشرع الأردني، أكثر اهتماما على عكس غيره من المشرعين في البلدان العربية بوضع تعريف صريح ومباشر وشامل للعقد الإلكتروني، حيث لم يحصره في نوع محدد من العقود جاء هذا التعميم المطلق لهذا التعريف سعيا لاحتوائه كافة التصرفات، التي يتم إبرامها عبر الأنترنت وترك المجال مفتوحا لإدراج تصرفات جديدة، تتم بالصفة الإلكترونية التي قد توجد مستقبلا. فحدد المقصود بالعقد الإلكتروني، بأنه

العقد المبرم عبر شبكة الأنترنت فهو عقد كغيره من العقود التقليدية، لكنه يكسب الطابع الإلكتروني من خلال الطريقة التي ينعقد بها، أو الوسيلة التي يتم إبرامه من خلالها، هذا العقد يظم إلى طائفة العقود التي تتم عن بعد وينشأ من تلاقي القبول بالإيجاب بفضل التواصل بين الأطراف بوسيلة مسموعة مرئية عبر شبكة دولية مفتوحة ومعدة للاتصال عن بعد[5].

ب- التعريف الفقهي للعقد الإلكتروني

عرف جانب من الفقه الأمريكي العقد الإلكتروني بأنه[6] " ذلك العقد الذي ينطوي على تبادل للرسائل بين البائع والمشتري والتي كانت قائمة على صيغ معدة سلفا ومعالجة إلكترونيا، تنشئ التزامات تعاقدية".

كما عرف العقد الإلكتروني من جانب الفقه الفرنسي أنه" اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول بشأن الأموال والخدمات، عبر شبكة دولية للاتصال عن بعد، بوسيلة مسموعة ومرئية، تتيح التفاعل الحواري بين الموجب والقابل[7]. هذا التعريف اقتصر على المعاملات التي تبرم عبر الأنترنت فقط، ما يتعرض مع مفهوم تقنيات الاتصال المختلفة، وتعريف التجارة الإلكترونية، كما أنه من الخطأ أن تربط مفهوم العقد الإلكتروني بوسيلة اتصال معينة، لاسيما وأن وسائل الاتصال عن بعد تعتمد على تقنيات إلكترونية تفوق في تطورها الدراسات القانونية، التي تلاحقها كما أن الأنترنت سوف تصبح خلال عشر سنوات وسيلة قديمة لتظهر وسيلة جديدة يطلق عليها اسم الفضاء المصطنع، الذي سوف يؤدي إلى وجود عالم ذهني مصطنع[8].

من التعاريف ما يكتفي بأن يكون العقد مبرما ولو جزئيا بوسيلة إلكترونية فيعرف بأنه" الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسيلة إلكترونية كليا أو جزئيا أصالة أو نيابة"[9].

ومن التعاريف ما شمل جميع الوسائل الإلكترونية، لكنه اشترط لكي يعتبر العقد إلكترونيا أن تكتمل كافة عناصره عبر الوسيلة الإلكترونية حتى إتمامه، معتبرا أنه " كل عقد يتم عن بعد باستعمال وسيلة إلكترونية ذلك حتى إتمام العقد"10 وأنه عبارة عن " تقابل لعرض مبيعات أو خدمات يعبر عنه بوسيلة اتصال سمعية ومرئية من خلال شبكة دولية للاتصالات عن بعد مع قبول، والذي يكون قابلا لأن يظهر باستعمال النشاط الحواري بين الإنسان والمعلومة التي تقدمها الآلة"11. هناك من عرفه بأنه" التفاوض الذي انتهى بالاتفاق التام بين إرادتين صحيحتين باستخدام وسيلة اتصال حديثة"12. وقد استند جانب من الفقه إلى صفة أطراف العلاقة القانونية في تعريفه لعقود التجارة الإلكترونية، وعرفها بأنها تنفيذ بعض أو كل المعاملات التجارية للسلع والخدمات التي تتم بين مشروع تجاري وآخر، أو بين تاجر ومستهلك، ذلك باستخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات13".

العقد الإلكتروني من العقود المبرمة عن بعد، حسب ما أقره الفقه ونصوص القانون، فيعرف العقد الإلكتروني الدولي بأنه العقد الذي تتلاقى فيه عروض السلع والخدمات بقبول من أشخاص في دول أخرى ذلك من خلال الوسائط التكنولوجية المتعددة، منها شبكة المعلومات الدولية، الأنترنت، بهدف إتمام العقد14.

إن تنوع التعريفات السابقة لعقود التجارة الإلكترونية يضفي قدرا من المرونة في تحديد مفهوم تلك العقود، كما يتيح للمشتغلين تطبيق القانون بالملائمة بين تلك المفاهيم المستحدثة، وبين ما ستجد من ظروف. لذا نعتقد أنه من الصعب وضع تعريف عام لعقود التجارة الإلكترونية يتجاوز مستوى النقد، غير أن الإقرار بهذه الصعوبة لا يمنعنا من الاجتهاد في هذا الصدد.

بناء على ما سبق يمكننا أن نعرف العقد الإلكتروني بأنه" العقد الذي يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول عبر شبكة اتصالات دولية باستخدام التبادل الإلكتروني للبيانات، وبقصد إنشاء التزامات تعاقدية". يعتبر هذا التعريف أكثر انسجاما وتناسقا مع هذا العقد، لأنه يضع تحديدا لعقود التجارة الإلكترونية من الجوانب التالية (من حيث النطاق والوسيلة، من حيث المحل، من حيث طريقة التعبير عن الإرادة).

ثانيا: خصائص العقد الإلكتروني

من خلال تعريفات العقد الإلكتروني السابقة الذكر تبين لنا وهي كمايلي:

1- العقد الإلكتروني هو تعاقد عن بعد

إن التعاقد التقليدي بين حاضرين يتطلب لانعقاده وجود طرفيه في مجلس العقد، من أجل الاتفاق على تفاصيل العقد المزمع إبرامه، أما السمة الأساسية للتعاقد الإلكتروني أنه يتم بين متعاقدين لا يجمعهما مجلس عقد حقيقي؛ حيث يتم التعاقد عن بعد بوسائل اتصال تكنولوجية مختلفة، فتبادل التراضي يكون إلكترونيا عبر شبكة الانترنيت من خلال مجلس عقد حكمي افتراضي15، ولذلك فهو ينتمي إلى طائفة العقود عن بعد، حيث يتم تبادل الإيجاب والقبول الإلكتروني عبر الأنترنت، فيجمعهم بذلك مجلس عقد حكمي افتراضي، ولذلك فهو عقد فوري معاصر رغم أنه يتم عن بعد16، وقد يكون العقد الإلكتروني غير معاصر، أي أن الإيجاب غير معاصر للقبول، وهذا نتيجة صفة التفاعلية فيما بين أطراف العقد17.

2- استخدام الوسائط الالكترونية في إبرام العقد :

يتم استخدام الوسائط الإلكترونية في إبرام التعاقد، ويعد ذلك من أهم مظاهر الخصوصية في العقد الإلكتروني، بل إنها أساس هذا العقد حيث يتم إبرامه عبر شبكة اتصالات إلكترونية، فالعقد الإلكتروني لا يختلف من حيث الموضوع أو الأطراف عن سائر العقود التقليدية، ولكنه يختلف فقط من حيث طريقة

إبرامه وكونه يتم باستخدام وسائط إلكترونية، وتلك الوسائط هي التي دفعت إلى اختفاء الكتابة التقليدية التي تقوم على الدعائم الورقية، لتحل محلها الكتابة الإلكترونية التي تقوم على دعائم إلكترونية.

3- العقد الالكتروني عقد تجاري

يتصف العقد الإلكتروني غالباً بالطابع التجاري والاستهلاكي، لذلك يطلق عليه عقد التجارة الإلكترونية، وقد جاءت تلك الصفة من السمة الغالبة، لذلك العقد حيث أن عقود البيع الإلكترونية تستحوذ على الجانب الأعظم من مجمل العقود.

ويترتب على ذلك أن العقد الإلكتروني يتسم بطابع الاستهلاك؛ لأنه غالباً ما يتم بين تاجر أو مهني ومستهلك، ومن ثم فإنه يعتبر من قبيل عقود الاستهلاك[18]، ولذلك يخضع العقد الإلكتروني عادة للقواعد الخاصة بحماية المستهلك، لما جاء به التوجيه الأوروبي بشأن حماية المستهلك رقم 7-97، و كذا قانون الاستهلاك الفرنسي والذي يفرض على المهني التاجر، باعتباره الطرف القوي في العقد العديد من الالتزامات القانونية اتجاه المستهلك ، باعتباره الطرف الضعيف في العقد، من أهم هذه الالتزامات الالتزام العام بالإعلام، ويستفاد ذلك من نص المادة 113-3 من قانون الاستهلاك الفرنسي الذي أوجب على كل شخص محترف أن يحيط علما المستهلك بكافة جوانب العقد، لأن التعاقد يتم عن بعد لذا يجب أن تكون البيانات و المعلومات صحيحة حول المنتوج أو السلعة التي يسعى المستهلك للحصول عليها، وعدم التأثير على سلامة رضاه بالإشهار الكاذب[19]،...الخ

4- العقد الالكتروني عقد عابر للحدود (دولي)

تكمن أهمية تقنيات الاتصال الإلكترونية أنها بددت فرقة العالم، ألغت الحدود الجغرافية بين الدول حيث أصبحت المعلومات تناسب بحرية، الأمر الذي ينبغي وضعه في اعتبار المشرع عند تنظيمه لمثل هذه المعاملات، ذلك حتى يضمن للقواعد القانونية فعاليتها وإحاطتها بضمانات تضفي عليها الثقة والطمأنينة في التعامل[20]. كما أن العلاقات القانونية الناشئة عن المعاملات الإلكترونية ليست حبيسة قطر معين، فهي تنساب عبر الحدود لتشمل كافة أرجاء المعمورة، فالبائع والمشتري والمنتج قد يكونون في ثلاثة بلدان مختلفة[21].

العقد الإلكتروني قد يكون عقدا داخليا، إذا ما انعقد داخل إقليم الدولة وبين متعاقدين ينتمون إليها كما قد يكون عقدا دوليا وفقا لأحد المعيارين، القانوني والاقتصادي: فوفقا للمعيار القانوني يكون للعقد طابع دولي إذا كان المتعاقدون يتواجدون وينتمون إلى دول مختلفة[22]، أما وفقا للمعيار الاقتصادي فيكون

للعقد طابع دولي إذا تعلق بمصالح التجارة الدولية، وذلك بأن يترتب عليه تدفق السلع والمنتجات والخدمات عبر الحدود[23].

ثالثا: الطبيعة القانونية للتعاقد الإلكتروني

يمر عبر شبكة الأنترنت يوميا الآلاف من العقود التي تبرمها الأطراف المتعاقدة، من بيع وشراء واستئجار لمختلف السلع والخدمات، الأمر الذي يدعونا إلى تحليل هذه العقود وإمعان النظر في طبيعتها وتصنيفها كعقود رضائية، تخضع لمبدأ سلطان الإرادة والتراضي بين الأطراف المتعاقدة أو عقود إذعان لا يكون لأحد الأطراف فيها حرية الإرادة، التي تمكنه من التفاوض حول شروط العقد؛ ولا يكون له إلا الاستجابة للشروط الموضوعية من الطرف الآخر، دون أن يملك مناقشتها أو التعديل فيها أو الاعتراض عليها مما يقربها إلى عقود الإذعان مثل عقود الغاز والكهرباء، والنقل وهناك نظريتان في هذا الموضوع:

العقود الإلكترونية من طبيعة عقود الإذعان

يوجد في القانون الإنجليزي أن عقود التجارة الإلكترونية هي بمثابة عقود إذعان، وإن لم يصرح بذلك صراحة عليها اعتبار أن المتعاقد لا يملك إلا أن يضغط في عدد من الخانات المفتوحة أمامه في موقع البائع أو المشتري، على المواصفات التي يرغب فيها من السلعة وعلى الثمن المحدد سلفا، الذي لا يملك مناقشته أو المفاوضة عليه مع المتعاقد الآخر، وكل ما يتاح له هو إما قبول العقد برمته أو رفضه كلية.

العقود الإلكترونية عقود رضائية

يذهب جانب من الفقه إلى اعتبار أن العقد الإلكتروني عقد مساومة، والذي يعرف على أن العقد الذي يقوم التراضي فيه على أساس المساومة الفعلية والقانونية بين أطرافه، حيث يستطيع كل منهم مناقشة شروطه، فيتم الاتفاق بينهم بعد التفاوض والمساومة.

وعيه يمكن القول أن العقد الإلكتروني يتم باستخدام الوسائل الإلكترونية والمعاملات التي تتم من خلالها، ليست كلها تتعلق بسلع ضرورية فتختلف حالة الضرورة من مستهلك إلى آخر، فما يراه الأول ضرورة لا يراه الثاني كذلك، كما أن التجارة الإلكترونية توفر البدائل اللازمة، حيث تجد نفس السلع معروضة في أكثر من محل تجاري افتراضي والاحتكار أمر نادر، لأن الأنترنت شبكة عالمية لا تعترف بالحدود الجغرافية24، مما سهل على المتعاملين إلكترونيا الترجيح والمفاضلة في ما بين العروض المطروحة قبل الإقدام على التعامل، والانتقال من موقع إلى آخر بحرية، إذ يكفي وجود عقد نموذجي سابق الإعداد لإصباغ الحماية المقررة بموجب القانون في مواجهة عقود الإذعان، ومن ثم فإن العقد الإلكتروني هو من

عقود المساومة، إلا أن عقد البيع الإلكتروني قد يختلط مع بعض العلاقات المبرمة أيضا عن طريق الأنترنت وهو ما يدعونا إلى التمييز بين العقد الإلكتروني وباقي العقود25.

رابعا: تمييز العقد الإلكتروني عن غيره من العقود

إن العقد الإلكتروني ينتمي إلى العقود التي تبرم عن بعد، فتعتبر من أهم أوجه الخصوصية التي تميزه عن غيره من العقود الحديثة على الوسط القانوني والتي يصعب حصرها، كذلك ليس هو الوحيد الذي يتم إبرامه في محيط البيئة الإلكترونية، فهناك عقود أخرى متلازمة معه، لأنه من الممكن أن تكون هي الأساس الذي يرتكز عليه العقد الإلكتروني، ولولاها لما تمت المعاملات الإلكترونية، من هنا سنعرض الاختلاف للعقد عن غيره بحسب طريقة التعاقد من جهة، وعن العقود المرتبطة به من جهة أخرى.

تمييز العقد الإلكتروني عن غيره من العقود بحسب طريقة التعاقد

إذا كان العقد الإلكتروني يتفق مع العقود التقليدية من نواحي عديدة، ولكنه يختلف عنها في وسيلة إبرامه، قد يتشابه مع سبل التعاقد الحديثة عن بعد، إلا أنه يتميز بأنه يتم من خلال شبكة اتصال دولية.

التعاقد الإلكتروني والتعاقد التقليدي

يعرف العقد بأنه: " توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام نقله، تعديله، أو إنهائه26، ولا شك في ضرورة توافر أركان العقد وهي الرضا، المحل، السبب، والشكلية فهذه العناصر لا مناص من توافرها في كل عقد. فأولى العقود التي سنقوم بدراستها هي عقد البيع الذي عرفه المشرع الجزائري في المادة 351 من القانون المدني بقوله: " البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر مقابل ثمن نقدي27".

يستخلص من هذه التعاريف أن عقد البيع التقليدي من عقود المعاوضة، وناقل للملكية وهو من العقود الرضائية، يتفق مع العقد الإلكتروني في أنهما ينعقدان بتوافق إرادتي المتعاقدين؛ أي تطابق الإيجاب والقبول، إلا أن خصوصية العقد الإلكتروني تتجلى في الوسيلة التي تستخدم في نقل إرادة كل طرف للآخر أو التفاوض بشأن بنود العقد28، وفي العقد التقليدي وبسبب توافر عناصر مجلس العقد الحقيقي الذي يتلاقى فيه الطرفان أثناء التفاوض وتطابق الإيجاب مع القبول، بين شخصين حاضرين من حيث الزمان والمكان، يستطيع كل طرف أن يتأكد من شخصية الطرف الأخر، ويتعرف على مدى جديته في التعاقد كما يتيح التعاقد التقليدي أيضا التعرف على محل التعاقد بسهولة، بينما قد لا تتوافر هذه الإمكانية بذات الدرجة في التعاقد الإلكتروني، الذي يعد وجود المتعاقدين في مكانيين منفصلين بل قد يفصل بينهما مئات

أو آلاف الأميال، ومن ثم يعد مجلس العقد الإلكتروني مجلسا حكميا كونه من العقود التي تبرم عن بعد ومن طبيعة خاصة29.

التعاقد الإلكتروني والتعاقد عن طريق التليفون

قد يتفق التعاقد الالكتروني مع التعاقد بالتليفون في أن كل منهما تعاقد فوري ومباشر، حيث يتلاشى عنصر الزمن فهي جميعا عقود تبرم بين غائبين من حيث المكان على الأقل، على أن العقد الالكتروني يضل متميزا عن التعاقد بالتليفون من نواحي عديدة، حيث أن ما يميز التعاقد بالتليفون، أنه تعاقد شفوي قد يتطلب صدور تأكيد كتابي من الموجب البائع في حالة عقد البيع، مثلا يرسله إلى الطرف الآخر المتعاقد (المشتري) في موطنه نظرا لصعوبة إثبات التعاقد بالتليفون ولا ينعقد العقد، إلا بتوقيع المشتري وفقا للقانون الفرنسي الصادر في 23 جويلية 1989، أما في التعاقد الإلكتروني المبرم عن طريق شبكة الأنترنت، قد يتفاعل الموجب مع الموجب له فلا يحتاج الموجب إلى إصدار كتابي، بل يعتبر العقد قد تم بمجرد تعبير الطرف الآخر عن إرادته بقبول التعاقد، بواسطة الضغط على عبارة موافق عن طريق لوحة المفاتيح المتصلة بالكمبيوتر30، كما أنه في التعاقد الإلكتروني يمكن رؤية الرسالة الإلكترونية المرسلة على جهاز الحاسوب كما يمكن طباعتها والحصول على نسخة منها وخزن الرسائل والاحتفاظ بها في الجهاز، بينما في التعاقد عن طريق الهاتف تكون الرسالة شفوية31.

التعاقد الإلكتروني والتعاقد عن طريق التليفزيون

يتفق العقد الالكتروني مع التعاقد عن طريق التلفزيون في أن الإيجاب يكون غالبا موجها للجمهور، الذي يرغب في التعاقد بشأن إحدى السلع أو الخدمات إذ تتم بالصورة والصوت32، على أنهما يتمايزان في مدة العرض وأسلوب التعاقد فتختلف بشأن كل منهما، ففي التعاقد بواسطة التلفزيون قد تكون مدة عرض الإيجاب هي عدة ثواني، وهي مدة الإعلان التجاري الخاص بمحل الإيجاب، أما الإعلام في التعاقد الإلكتروني فإن الموجب له يستطيع أن يتعرف على كافة معلومات التعاقد وبنوده من خلال الموقع الإلكتروني للموجب، كذلك في التعاقد الالكتروني التعبير عن القبول يتم عبر التبادل الإلكتروني للبيانات أو البريد الإلكتروني أو بأية وسيلة من وسائل التعبير الإلكتروني عن القبول. من ناحية أخرى فإن الفارق الجوهري يكمن في أن البث يتم من جانب واحد في حالة التعاقد عن طريق التليفزيون، فلا توجد إمكانية للتجاوب أو لأية مبادرة من جانب العميل، ذلك على عكس العقد الإلكتروني، الذي يتيح التفاعل والتفاوض مباشرة بين طرفي العقد، مما يسمح بحضور افتراضي معاصر بين أطراف التعاقد، كما يمكن أيضا

تنفيذه إلكترونيا إذا كان محله يسمح بذلك، فضلا عن ذلك فإن الوفاء في التعاقد الإلكتروني يمكن أيضا أن يتم من خلال وسائل الدفع الإلكترونية؛ كبطاقات الائتمان، التحويل، القيد المصرفي الإلكتروني33،...الخ

تمييز العقد الإلكتروني عن غيره من العقود المرتبطة به في البيئة الإلكترونية

يعد العقد الإلكتروني أهم آليات التجارة الإلكترونية ويكتسب الطابع الإلكتروني من الطريقة التي ينعقد بها، إلا أن التطور المستمر في مجال نظم المعلومات والاتصالات، أدى إلى ظهور العديد من العقود الحديثة على الوسط القانوني والتي يصعب حصرها، وهناك طائفة من العقود التجارية التي تبرم إلكترونيا34.

لتمييز العقد الإلكتروني عن غيره من العقود المرتبطة به في البيئة الإلكترونية يطلق على هذه العقود عقود الخدمات الإلكترونية، وهي العقود الخاصة بتجهيز وتقديم خدمات الأنترنت وكيفية الاستفادة منها أي التي تبرم بين القائمين على تقديم خدمات الشبكة والمستفيدين منها35، سنتناول هذه الطائفة من العقود فيما يلي:

عقد الدخول إلى شبكة الأنترنت (عقد الاشتراك في الأنترنت)

يعد عقد الدخول إلى شبكة الأنترنت من الناحية الفنية من أهم العقود الإلكترونية، تطلبها مباشرة المعاملات الإلكترونية وتعتبر خطوة مبدئية لازمة لإبرام أو تنفيذ العقد الإلكتروني، بمقتضى هذا العقد يتيح مقدم خدمة الدخول إلى الأنترنت إلى العميل الوسائل التي تمكنه من الدخول إلى الشبكة، أهمها برامج الاتصال الذي يحقق الاتصال بين جهاز الكمبيوتر والأقمار الصناعية التي من خلالها يتم بث إشارات رقمية يتم تحويلها إلى الشكل الذي نجد شبكة الأنترنت عليه، كما يتوجب على المزود توفير كافة البرامج الأساسية لتشغيل خدمة الأنترنت36.

يتضح لنا أن عقد الدخول إلى شبكة الأنترنت وإن كان يتفق مع العقد الإلكتروني من حيث كونهما من عقود التجارة الإلكترونية، إلا أن الأول يظل متميزا ومستقلا عن الثاني ويمثل آلة لازمة لإبرامه أو تنفيذه.

عقد الإعلان الإلكتروني

إن الإعلانات عبر تقنيات الاتصال الحديثة أصبحت تمثل سوقا تنافسيا بإمكاناتها الضخمة وتكاليفها المنخفضة عن الإعلانات التقليدية، حيث ازدحمت الشبكات المفتوحة بمواقع كبيرة للإعلان عن السلع والخدمات وغيرها من القيم المادية التي يدعو أصحابها عامة الناس إلى التعامل بشأنها من خلال العديد من العقود37.

للإعلان عدة تعارف مختلفة باختلاف معاييره حسب الوسيلة المستخدمة، حيث يعرفه جانب من الفقه " بأنه كل وسيلة تهدف إلى التأثير نفسيا على الجمهور تحقيقا لغايات تجارية38، وعرفه البعض الآخر على أنه " تلك العقود التي تبرم بقصد بث إعلانات معينة ذات طبيعة تجارية أو مهنية عبر قنوات الإرسال أو الأنترنت إذ يتم تقديم مواقع على الأنترنت، وتقوم بعض إعلانات التجار على هذه المواقع بحيث يطّلع عليها كل مستخدم لهذه الشبكة39.

من خلال هذه التعاريف يتضح لنا أن الإعلان يفترض لقيامه التكرار والإلحاح بهدف تنشيط الطلب على المنتجات والخدمات، ويظم الإعلان عنصرين؛ العنصر المادي ويقصد به كافة أشكال الإعلان المصورة منها الصحف والمجلات ،.....الخ، والعنصر المعنوي وهو تحقيق الربح، أما محل الإعلان فقد يكون منتوج أو خدمة، وللإعلانات بأنواع عديدة وما يهمنا في هذا المجال هو الإعلان التجاري40.

يعتبر عقد الإعلان الإلكتروني من طائفة العقود التي تبرم وتنفذ عبر شبكة الأنترنت، فهو عقد رضائي ينشأ بتبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين لطرفيه المعلن ووكالة الإعلان، وهو من العقود غير المسماة، ينقضي وفقا لأسباب انقضاء العقد طبقا للقواعد العامة41.

ج– عقد إنشاء المتجر الافتراضي

يعرف عقد إنشاء المتجر الافتراضي بأنه " عقد يلتزم بمقتضاه مقدم الخدمة بأن يمكن التاجر من عرض بضاعته من خلال موقع إلكتروني أو مركز تجاري افتراضي، ذلك في مقابل أجر متفق عليه42، يكتسب هذا العقد أهمية بالغة في المعاملات الإلكترونية، فلكي يتمكن التاجر من إجراء الصفقات عبر الأنترنت والتعاقد مع عملائه فإنه لا بد وأن ينشئ له موقعا تجاريا على الشبكة، وهو بذلك قد يعهد بهذه المهمة إلى أحد المهنيين المختصين في مجال المعلومات الذي يتولى بدوره تصميم هذا الموقع وفقا للشروط المتفق عليها وغالبا ما تتعلق هذه الشروط ببعض المواصفات التي ينبغي توافرها في الموقع مثل؛ جمال التصميم وفعاليته سهولة الاستخدام، سرعة تحميل الصفحات،....الخ. إن الفكرة الأساسية للتجارة الإلكترونية تدور حول تجميع البائعين والمستهلكين في معارض أو مراكز تجارية افتراضية، تنقسم هذه المراكز إلى قسمين:

أولهما: يمكن الدخول إليه دون حاجة إلى إجراءات معينة، لكنه يسمح بالإطلاع والتجول والإبحار فقط من أجل التعرف على السلع والخدمات المعروضة فقط دون الشراء.

ثانيهما: لكي يتم الشراء ينبغي الدخول إلى القسم الثاني ولا يمكن ذلك إلا بعد إتباع إجراءات معينة تستهدف التحقق من شخصية الزائر، وتسجيله وتتلخص هذه الإجراءات في أن يذكر الزائر، رقم بطاقته

الائتمانية أو استخدام حافظة النقود الإلكترونية من أجل تيسير الوفاء، وأن يكون للشخص توقيع رقمي ذو شفرة خاص بهدف أن يعتمد التصرفات التي يبرمها43.

خاتمة

إن استعمال الأنترنت في مختلف المجالات في تزايد مستمر وخاصة في المجال الاقتصادي والتجاري كإبرام العقود على مختلف السلع والاحتياجات، لذا تطرقنا في هذه الدراسة لماهية التعاقد الإلكتروني الذي عد من أهم الموضوعات الحديثة وركزنا على المسائل القانونية المتعلقة به.

وفي نهاية هذه الدراسة لا نريد أن نجعل من الخاتمة تلخيصا لما ورد في المتن، وإنما يتطلب منا التطرق إلى ما توصلنا إليه من نتائج و اقتراحات نذكر أهمها فيما يلي:

الهوامش:

1. بشار طلال أحمد مومني: مشكلات التعاقد عبر الأنترنت، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، عين شمس، 2005، ص36.
2. محمد حسين منصور: أحكام البيع، الانتصار، الإسكندرية، 2002، ص9.
3. المادة الثانية فقرة أ من قانون اليونيسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية 1996.
4. ناجي الزهراء: مداخلة بعنوان " التجربة التشريعية الجزائرية في تنظيم المعاملات الإلكترونية المدنية والتجارية"، أكاديمية الدراسات العليا، طرابلس، المؤتمر العلمي المغاربي الأول حول المعلوماتية والقانون، ليبيا. المنعقد في الفترة من 28 إلى 29 أكتوبر 2009، ص6.
5. خالد الصباحين: انعقاد العقد الإلكتروني، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والحاسوب، جامعة اليرموك، الأردن، 13/12 جويلية 2004،.

7- Michal S .B aim Heny pellit, electronic contracting, pubishing And EDI Lawpuck 4Bilocation's fans 1991,p6.

8- OLIVINE TENU, internet, et le durit Aspects juridiques du commerce électronique éditions eyalets, 1996, p23.

9- وبمقتضى هذه الوسيلة سوف تستبدل شاشة الحاسوب بنظارات حساسة للحركة تدور في كل الاتجاهات، وتستبدل بكرة صغيرة متحركة بما يتيح للمستعمل التحرك بسهولة في فضاء حقيقي، أو خيالي دون فأرة الحاسوب.

10- أحمد خالد العجلوني: التعاقد عن طريق الأنترنت، دراسة مقارنة، المكتبة القانونية، عمان، الأردن، طبعة 2002، ص 132.

11- عبد الفتاح بيومي حجازي: النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002، ص 49.

12- ITEANU OLIVIER, internet et le droit, aspects juridiques du commerce électronique éd, Ey rallec, Avril 1996, p27.

13- محمد حسين منصور: المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003، ص18.

14- محمد شكري سرور: التجارة الإلكترونية ومقتضيات حماية المستهلك، بحث مقدم للمؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانوني والأمنية للعمليات الإلكترونية لمركز البحوث والدراسات بأكاديمية شرطة دبي، الإمارات العربية المتحدة، المجلد الثاني، 22 أفريل 2003، ص214.

15- أحمد عبد الكريم سلامة: التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، 2006، ص 68.

16- محمد سعد خليفة: مشكلات البيع عبر الأنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002، ص3.

17- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص23.

18- تعرف صفة التفاعلية بأنها: الاحتمالات المخولة لمستخدم البرنامج المعلوماتي ليتحكم بنفسه في التدفق المعلوماتي المقدم والمعروض عليه، من خلال محتوى ثري من معلومات مضغوطة في شكل رقمي بواسطة قدرات لا محدودة للوسائط الإلكترونية.

19- محمد حسين منصور: المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009، ص19.

20- مصطفى أبو مندور موسى: دور العلم بالبيانات عند تكوين العلاقة العقدية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية،2000، ص290.

21 HUET JEROME, Hebert Mails :Dirait de l'informatique et des télécommunication, liées, (53) paris, 1989, p28.

22 عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص22.

23- VERBIESTCT (T) Dirait international privé et commerce électronique : état des lieux http:// www.Jours com. net ? pro/ 2/ ce 200/ p1.

24- أشرف وفاء محمد: عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، المؤتمر الدولي الثالث عن الاتجاهات الحديثة في معاملات التجارة الإلكترونية، مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي بالاشتراك مع لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي ووزارة الاتصالات والمعلومات المصرية، المنعقد بجامعة الدول العربية، القاهرة، يومي 18/17 جانفي 2004، ص197.

25- رمزي فريد محمد مبروك: حماية المستهلك في إطار مفهوم جديد لعقد الإذعان، مكتبة الجلاء الجديدة المنصورة، مصر، 2002، ص38.

26- حسام الدين الأهواني، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، المصادر الإرادية للالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص124.

27- عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الطبعة 2006، ص118.

28- باعتبارها تستحوذ على الجانب الأعظم من مجمل العقود خاصة في العقود الإلكترونية.

29- مصطفى أحمد أبو عمرو: مجلس العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، طبعة 2011، ص 44.

30- إبراهيم الدسوقي أبو الليل: الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، 2003، ص72.

31- خالد ممدوح إبراهيم: إبرام العقد الإلكتروني، الدار الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2007، ص93.

32- مصطفى احمد أبو عمرو: مرجع سابق ص46 .

33- ممدوح السيد عبد المعطى: خيال التعاقد عن طريق التليفزيون، مطبعة النسر الذهبي، مصر، 2000، ص10.

34- أسامة أبو الحسن المجاهد، خصوصية التعاقد عبر الأنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2001، ص140.

35- أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص55.

36- محمد حسن منصور، المرجع السابق، ص26.

37- محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2006، ص37.

38- أحمد شرف الدين: الإيجاب والقبول في التعاقد الإلكتروني وتسوية المنازعات، المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، مركز البحوث والدراسات بأكاديمية شرطة دبي، الإمارات العربية المتحدة، المنعقد في 26/ 28 أفريل 2003، الجزء الثاني، ص7.

39- حسين فتحي، حدود مشروعية الإعلانات التجارية لحماية المتجر والمستهلك، بدون ناشر، 1991، ص14 .

40- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص42.

41- حسين فتحي، ص17.

42- عبد الفضيل محمد أحمد، الإعلان عن المنتجات والخدمات من الوجهة القانونية، مكتبة الجلاء الجديدة، بدون سنة، ص110.

43- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص28.

44- محمد نور شحاتة: الوفاء الإلكتروني، بحث مقدم لمؤتمر التجارة الإلكترونية والمنعقد بالقاهرة، المركز القومي للدراسات القضائية بوزارة العدل 18-19 ماي 2002، ص3.