التنظيم القانوني للتعاقد الالكتروني

م.ابتهال زيد علي(*)

الخلاصة

استخدام التشريعات الخاصة بالتعاقد الالكتروني وذلك من خلال اتباع اسلوب سن التشريع والتدخل التشريعي,وتوخي الدقة والحذر في اصدار النصوص التشريعية التي لا تؤثر سلبا على النشاط التجاري الذي تدب خطواته لاول مرة على مسار التجارة الالكترونية في هذا العالم الرحب الجديد وذلك من خلال الالمام بالموضوع نظريا وعمليا,و بالاستعانة الضرورية بالخبرة القانونية حتى لاتكون التشريعات حواجز ومعوقات امام تطور التجارة الالكترونية.

Abstract

The use of legislation related to electronic contracting, through the adoption of the method of enactment of legislation and legislative intervention, and to be careful and cautious in the issuance of legislative texts that do not adversely affect the business activity, which is taking its steps for the first time on the path of electronic commerce in this new world by the new knowledge of the subject theoretically and practically , With the necessary assistance of legal expertise so that legislation does not constitute barriers and obstacles to the development of electronic commerce.

المقدمة

(*) كلية العلوم السياسية جامعة بغداد.

تشكل ثورة الاتصالات والمعلومات أحد التطورات البارزة التي شهدها النظام الدولي المعاصر ، فبعد الثورة الزراعية، والثورة الصناعية بدأت هذه الثورة تفرض نفسها كمحرك جديد لسلوك الدول حتى أصبحت وسائل الاتصال الحديثة وعلى رأسها الانترنيت وسائل لا يمكن الاستغناء عنها، فبعد أن كانت الاتصالات تعتمد على التلفون والفاكس والتلكس، ظهر الإنترنيت وأصبح الوسيلة المثلى في الاتصال ونقل المعلومات وتقديمها، ويرجع ذلك إلى التقدم العلمي الهائل في شبكات الاتصالات الرقمية، وبفضل هذه الشبكات اصبحت الحدود الجغرافية مرنة سهلة الاختراق، واتجهت اغلب التعاملات الى الاختصار في الوقت وتقريب المسافات بين الوحدات الدولية حتى أصبح العالم يوصف بأنه قرية صغيرة أو كما يطلق عليها البعض قرية واحدة إلكترونية.

ولقد انعكس هذا التطور المعلوماتي حتى على التصرفات القانونية حتى ازدهرت بنتيجة العولمة عقود كثيرة تتم عبر الإنترنيت وتعرف بالعقود الإلكترونية.

وقد شهد هذا الوليد الجديد في الأسرة العقدية –العقد الإلكتروني– نموا متزايدا حيث بات يمثل نسبة هائلة من حجم التجارة الدولية والداخلية، ولذا فإننا سنحاول بيان هذه الأحكام ونختار منها ما يناسب طبيعة هذه المعاملات الإلكترونية ، في القانون المدني .

اولا– مفهوم التعاقد الالكتروني

عرف المشرع العراقي العقد بانه:" ارتباط الايجاب الصادر من احد العاقدين بقبول الاخر على وجه يثبت اثره في المعقود عليه "(1).

إن العقد الإلكتروني، في الواقع، لا يخرج في بنائه وتركيبه وأنواعه ومضمونه عن هذا السياق، ومن ثم فهو يخضع في تنظيمه للأحكام الواردة في النظرية العامة للعقد، وهو من العقود غير المسماة حيث لم يضع المشرع تنظيماً خاصاً له. و يتميز العقد الالكتروني بصفته الالكترونية لكونه يتم بواسطة اجهزة و برامج الكترونية تنقل ارادة المتعاقدين بعضهم الى بعض دون حضور مادي معاصر

لهم,وبالتالي فهو عقد ينتمي الى طائفة العقود عن بعد.وقد عرف التوجيه الأوربي الصادر في 20مايو1997والمتعلق بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد بأنه:" أي عقد متعلق بالسلع والخدمات يتم بين مورد ومستهلك من خلال الإطار التنظيمي الخاص بالبيع عن بعد أو تقديم الخدمات التي ينظمها المورد ، والذي يتم باستخدام واحدة او اكثر من وسائل الاتصال الإلكترونية، حتى إتمام التعاقد " (2).وقد عرفه المشرع الاردني بأنه: (الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل الكترونية كليا او جزئيا)(3).كما عرف المشرع العراقي العقد الالكتروني بانه:" ارتباط الايجاب الصادر من احد المتعاقدين بقبول الاخرعلى وجه يثبت اثره في المعقود عليه والذي يتم بوسيلة الكترونية "(4).

اما الفقه القانوني فأنه يعرف العقد الإلكتروني بأنه " اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد وذلك بوسيلة مسموعة مرئية، وبفضل التفاعل بين الموجب والقابل " (5). و يأخذ بعض الفقه على هذا التعريف أنه جاء ناقصا حيث لم يبين النتيجة المترتبة على التقاء الايجاب بالقبول، وهى إحداث أثر قانوني وإنشاء التزامات تعاقدية .

و يتميز العقد الالكتروني في الغالب انه يكون على المستوى الدولي,لذلك فقد ذهب البعض الى تعريفه بانه (العقد الذي تتلاقى فيه عروض السلع والخدمات بقبول من اشخاص في دول اخرى وذلك من خلال الوسائط الالكترونية المتعددة و منها شبكة الانترنت بهدف اتمام العقد)(6). كذلك أن العقد الإلكتروني عرف بأنه " العقد الذي يتلاقي فيه الإيجاب بالقبول عبر شبكة اتصالات دولية باستخدام التبادل الإلكتروني للبيانات ، وبقصد إنشاء التزامات تعاقدية "(7).

فالعقد الإلكتروني إذن، هو التقاء إيجاب صادر من الموجب بشأن عرض مطروح بطريقة إلكترونية ، سمعية أو مرئية أو كليهما على شبكة للاتصالات والمعلومات ، بقبول مطابقله صادر من الطرف القابل بذات الطرق بهدف تحقيق عملية أو صفقة معينة يرغب الطرفان في إنجازه.

ثانيا– مفهوم التراضي في التعاقد الالكتروني

لا تختلف عقود التجارة الالكترونية في جوهرها عن أي عقد آخر، فهي لا تعدو كونها ارتباط الإيجاب الصادر من احد العاقدين بقبول الأخر و توافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه . لذا فأن إبرامها يستلزم توافر الأركان اللازمة لإبرام أي عقد من رضا ومحل وسبب. وقد بينا أيضا أن ما يميز هذه العقود هو الوسيلة التي تتم بها . فإبرام هذه العقود يتم في بيئة الكترونية,وهذا ما يدفع إلى التساؤل عما إذا كأن الاختلاف في الوسيلة التي تبرم بها هذه العقود من شأنه أن يولد اختلافا في الأحكام القانونية التي تحكم أركانها .

ويقصد بالتراضي في العقود بشكل عام توافق إرادتين على إحداث اثر قانوني . والتراضي هو الركن الأول اللازم توافره في العقد . ولكي يعد ركن الرضا متوافرا لابد من أن يكون التراضي موجودا أولا وأن يكون صحيحا ثانيا. ويتحقق وجود الرضا بشكل عام بالتعبير عن إرادة كل من الطرفين ومن ثم تبادل التعبيرين وتوافقهما, ولما كأن إبرام عقود التجارة الالكترونية يتم عبر وسيط الكتروني فأن يتم تبادل التعبير عن الإرادة يكون من خلال هذا الوسيط الالكتروني

حيث يتم توجيه الإيجاب من خلاله ويتم كذلك تلقي القبول عبره.وهنا يثار التساؤل عن الكيفية التي تستخدم فيها وسيلة الكترونية للتعبيرعن الإرادة, فإذا كانت هذه الوسيلة صالحة لتبادل التعبير عن الإرادة فهل يختلف مفهوم الإيجاب والقبول الالكترونيين عن مفهوم الإيجاب والقبول التقليديين؟

ويتفق الفقه على أنه ليس في القواعد العامة ما يحول دون أن يتم التعبير عن الإرادة بالوسيلة الالكترونية. فالقواعد العامة تتيح للتعبير عن الإرادة وسائل عدة. فالتعبير عن الإرادة يمكن أن يكون باللفظ ويمكن أن يكون بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا ولو من غير الأخرس أو باتخاذ أي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على التراضي.

ويـنص قـانون التجـارة الالكترونيـة النمـوذجي (الاونسـيترال) علـى أنـه " في سـياق تكـوين العقـود , ومـا لم يتفـق الطرفـان علـى خـلاف ذلـك , يجـوز اسـتخدام رسـائل البيـانات للتعبـير عـن العـرض وقبـول العـرض . وعنـد اسـتخدام رسـالة بيـانات في تكـوين العقـد , لا يفقـد ذلـك العقـد صـحته أو قابليتـه للتنفيـذ لمجـرد اسـتخدام رسـالة بيـانات لـذلك الغـرض."(8)ويتفـق الفقـه علـى أن الرضـا يعـد متحققـا في هـذه الحالـة.إلا أنهـم اختلفـوا في تبريـر رأيهـم القاضـي بإمكانيـة صـدور التعبـير عـن الإرادة من الوسيلة الالكترونية والاعتداد به للقول بوجود الرضا.

فـالرأي الأول: يـذهب إلى مـنح الشخصـية القانونيـة ومـا ينـتج عـن ذلـك مـن أهليـة قانونيـة وصـلاحية للتعبـير عـن الإرادة إلى الوسـيلة الالكترونيـة (بـرنامج الحاسـب) الـذي تم بواسطته إبـرام العقـد. وقـد سـاق أنصـار هـذا الاتجـاه لتأييـد رأيهـم عـددا مـن الحجج والأسانيد (9). يتمثل أهمها بالاتي:

1- مـن الناحيـة الاجتماعيـة أي كيـان يكـون مسـتقلا في تفكـيره ولـه وعـي خـاص بـه بحيـث يسـتطيع أن يتخـذ القـرارات مؤهـل مـن الناحيـة الافتراضـية لكـي يعامـل كشـخص قـانوني متمتـع بالشخصـية القانونيـة المسـتقلة , وأجهـزة الكومبيـوتر والـبرامج المتطـورة صـار لهـا نـوع مـن الاسـتقلال في التصـرف عـن الشـخص الـذي يقوم بتشغيلها.

2- مـن الناحيـة القانونيـة المشـرع يعـترف بالشخصـية القانونيـة لكيـانات معينـة ويعـترف لهـا بالأهليـة القانونيـة علـى الـرغم مـن أنهـا لا تعـد شخصـا بمفهـوم الشـخص الطبيعـي ولا يمكـن القـول بأن لهـا إرادة بالشـكل الـذي يمكـن معـه منحهـا الشخصـية القانونيـة ، مثـل الأشـخاص المعنويـة أو الاعتباريـة علـى اخـتلاف صـورها كالشـركة مـثلا فالشـركة تتكـون مـن مجموعـة مـن الأشـخاص ويعـترف لهـا المشـرع بالشخصـية القانونيـة المسـتقلة عـن شخصـية الشـركاء المكـونين لهـا بحيـث أنهـا تبقـى محتفظـة بالشخصـية القانونيـة حـتى لـو تغـير الشـركاء فيهـا أو تغـير الأشـخاص القـائمون علـى إرادتهـا . ولا تـزول شخصـيتها القانونيـة الا إذا تمـت تصـفيتها بشـكل نهـائي . لـذا فـلا يوجـد مـا يمنـع مـن الناحيـة القانونيـة مـن أن تمـنح بـرامج الحاسـب الالكـتروني

الشخصـــية القانونيـــة الاعتباريـــة حالـــه في ذلـــك حـــال الأشـــخاص المعنويـــة أو الاعتبارية الأخرى.

3- أن بعـض الأنظمـة القانونيـة تمـنح أحيـانا عناصـر مـن الشخصـية القانونيـة إلى أشـياء ماديـة لـيس لهـا إرادة أو وعـي ولـيس لهـا شخصـية قانونيـة مسـتقلة مثـل السـفن . فـإذا كـأن لأحـد الأشـخاص مصـلحة معينـة في تجـارة سـفينة معينـة فأنـه يسـتطيع أن يقاضـي السـفينة مباشـرة كمـدعى عليهـا والحكـم الـذي يصـدر ينفـذ مباشـرة علـى السـفينة . فيكـون مـنح بـرامج الكومبيـوتر الشخصـية القانونيـة مـن باب أولى لأن لديـه نوعـا مـن الإرادة والاسـتقلال في التفكـير بخـلاف السـفينة الـتي ليس لها إرادة من أي نوع .

إلا أن هـذا الـرأي لم يسـلم مـن النقـد. فـلا يمكـن التسـليم بالاسـتقلال التـام لـبرامج الكومبيـوتر عـن أي شـخص آخـر. لأن هـذا الـبرنامج يـتم إعـداده مـن قبـل شـخص معين كما تـتم صيانته مـن قبـل شـخص معين. والواقـع العملـي يفيـد ارتبـاط الـبرنامج بالشـخص الـذي يقـوم باسـتخدامه. فالشـركات الـتي تـوفر هـذه الـبرامج في التجـارة الالكترونيـة تقـوم بـبعض إجـراءات التسـجيل والتعريـف. فـأي شـخص يرغـب باسـتخدام هـذه الـبرامج في التجـارة الالكترونيـة عليـه أن يقـوم بتسـجيل هـذه الـبرامج، كمـا أن عليـه أن يعـرف نفسـه باعتبـاره طـرف التعاقـد الـذي يقـف وراء البرنامج.

والاهـم مـن هـذا كلـه أن العقـد إلي يـتم إبرامـه عـن طريـق هـذه الـبرامج ينسـب إلى الشـخص الـذي اسـتخدم الـبرنامج وكـأن الرضـا صـادر عنـه هـو ، ولا ينسـب إلى الجهـاز الـذي صـدر عنـه النعبـير. بمـا يؤكـد وجـود الارتبـاط بـين الـبرنامج وشـخص مستخدمه .

أمـا الـرأي الثـأني، فيـذهب إلى أن هـذه الـبرامج لا تعـدو كونهـا وسـيلة اتصـال ، بحيث أن كـل مـا يصـدر عنـه يعـد صـادرا مباشـرة عـن الشـخص الـذي يسـيطر عليـه ويقـف خلفـه . فالحاسـب الالكـتروني والـبرامج الملحقـة بـه لا تختلـف عـن أي آلـة اخـرى يمكـن أن تسـتخدم في التعاقـد كالهـاتف والفاكس.وبنـاء علـى ذلـك لا يمكـن

القـول بأن التعبـير عـن الإرادة صـدر عـن جهـاز الحاسـب الالكـتروني وأنـه يقـوم بإبـرام العقـد تلقائيـا. بـل إن الشـخص الـذي يسـيطر علـى الجهـاز هـو الـذي قـام بإبـرام العقـد مـن خـلال هـذه الوسـيلة مـن وسـائل الاتصـال ، الـتي يقتصـر دورهـا على نقل الإرادة من متعاقد إلى اخر.

ويترتـب علـى ذلـك أن الشـخص الـذي يسـتخدم بـرامج الحاسـب الالكـتروني في التجـارة الالكترونيـة لإبـرام العقـود قـد يواجـه التزامـات غـير متوقعـة في حـال حـدوث أي خلـل في نظـام الحاسـب الالكـتروني. وهـذا قـد يحقـق بعـض المـزايا لأنـه سـيحمل ذلـك الشـخص علـى بـذل المزيـد مـن الحـرص مـن اجـل التأكـد مـن أن الوكيـل الالكـتروني يعمـل بصـورة صـحيحة .إلا أن هـذا الـرأي بـدوره لم يسـلم مـن النقـد ، لأنـه يتسـم بالمغـالاة غـير المـبررة . فلـيس مـن المنطقـي و لا مـن العـدل أن يتحمـل المتعاقـد تبعـة التزامـات غـير عاديـة وغـير متوقعـة لمجـرد أنهـا نشـأت عـن الحاسـب الالي الـذي يسـتخدمه ، فمـثلا قـد يكـون الطـرف الثـاني عالمـا أو ينبغـي عليـه أن يعلـم بأن هـذا الاتصـال تم بواسـطة بـرنامج مـن بـرامج الحاسـب الاكـتروني وهـو لا يمثـل نيـة الطـرف الأول في العقـد . ففـي مثـل هـذا الفـرض مـن العـدل أن لا يتحمـل الطـرف الأول في العقـد الـذي يسـتخدم الـبرنامج تبعـة الالتزامـات غـير المتوقعـة في حـين أنـه بموجـب هـذا الـرأي القـانوني يجـب علـى مـن يسـتخدم هـذا الـبرنامج أن يتحمـل جميـع النتـائج الـتي تترتـب علـى الفيروسـات الـتي تصـيب الالكترونيـات أو حـتى مـن خطـأ في البرمجة.

ويـذهب رأي ثالـث إلى التوفيـق بـين الـرأيين السـابقين . فيقـر بعـدم وجـود شخصـية قانونيـة لـبرامج الحاسـب، ولكنـه لا ينفـي أنهـا قـادرة علـى التعبـير عـن الإرادة بشـكل مسـتقل عـن المتعاقـد الـذي اسـتخدمها ولـيس مجـرد اداة اتصـال . ويـذهب بنـاء علـى ذلـك إلى أن هـذا الـبرنامج هـو عبـارة عـن وكيـل عـن المتعاقـد يقـوم بإبـرام العقـد باسم ولحساب المتعاقد الذي يستخدمه(10). ويستند في رأيه إلى حجتين:

الأولى: أن الوكيل الالكتروني يقوم بإبرام تصرف قانوني باسم ولحساب المتعاقد بدون تدخل من هذا الاخير وهذا هو عين ما يقوم به الوكيل . فالوكالة عقد يقيم الموكل بمقتضاه شخصا اخر مقام نفسه في تصرف جائز معلوم.

والثانية : أن المشرع لا يشترط في الوكيل أهلية التصرف. إذ يكفي في الوكيل أن يكون مميزا ، تأسيسا على أنه لا يتصرف لمصلحته وأن آثار هذا التصرف تضاف إلى ذمة الموكل لذا فأن اهلية التصرف تستلزم في الموكل فقط دون الوكيل . ويكفي أن يكون الوكيل قادرا على أن يفهم مإذا يفعل . بناء على ذلك فأن من ليس لديه الاهلية يمكن أن يكون وكيلا طالما لديه القدرة على الفهم والاستيعاب ، بعبارة اخرى يمكن أن يكون الوكيل بموجب احكام الوكالة عبارة عن برنامج الكتروني.

إلا أن هذا الرأي بدوره غير دقيق. واهم ما يؤخذ عليه ما يلي:

1. صحيح أن الوكالة هي عقد يقيم الموكل بمقتضاه شخصا اخر مقام نفسه في تصرف جائز معلوم . وأن هذا المفهوم من حيث الظاهر يمكن أن ينطبق على برنامج الحاسب الالكتروني ، الا أن الوكالة كأي عقد اخر تفترض وجود طرفين . وهذأن الطرفان لا بد من أن يعبرا عن ارادتهما بإبرام عقد الوكالة . إذ أن الرضا يعد ركنا في عقد الوكالة ولا وجود لها بدونه . فهل ابرم المتعاقد مع برنامج الحاسب الالكتروني عقد وكالة؟

2. أن هذا الرأي يخلط بين الاهلية والشخصية القانونية ، وهذا غير جائز ، إذ أنه يستند إلى أن احكام عقد الوكالة لا تستلزم في الوكيل كمال الاهلية . وهذا الاستناد في غير محله . لأن السماح بموجب احكام القانون لشخص ناقص الاهلية بأن يكون وكيلا لا يعني السماح لمن لم تكن له شخصية قانونية بأن يكون وكيلا ، لأن الشخصية شئ والاهلية شئ اخر.

ثالثا– العقود من حيث مدى ارتباط العقد و تنفيذه من خلال شبكة الانترنت:

ان العقـد الالكـتروني ممكـن ان يأتي بعـد مرحلـة المفاوضـات او دونهـا,وهو مـا ينسـجم مـع طبيعـة العقـود الـتي تـبرم مـع مواقـع البيـع الافتراضـية, والـتي يقتصـر فيهـا دور القابـل علـى قبـول العقـد او رفضـه دون اتاحـة المجـال امامـه لطلـب تعـديل العقد.هـذا مـن جانـب,و مـن جـاني اخـر ,قـد يكـون ابـرام العقـد خـارج شـبكة الانترنـت الا ان المفاوضـات الـتي ادت الى ابـرام العقـد قـد تمـت عـبر وسـيط الكـتروني(11). وتنقسـم العقـود مـن حيـث مـدى ارتبـاط العقـد و تنفيـذه مـن خـلال شبكة الانترنت ,الى قسمين:

1- عقـود تـبرم وتنفـذ بواسـطة شـبكة الانترنـت مباشـرة,وهي العقـود الـتي يكـون محلهـا غـير ملمـوس, والـتي امـا ان تكـون مسـموعة او مرئيـة دون امكـان لمسـها باليد.مثال ذلك الحصول على معلومات اوبرامج حاسوب(12).
2- عقـود يـتم ابرامهـا مـن خـلال شـبكة الانترنـت وتنفـذ خارجهـا في العـالم المـادي ,و هـذه العقـود يكـون محلهـا الاشـياء الماديـة الـتي تقتضـي طبيعتهـا التسـليم في بيئـة ماديـة .مثـال ذلـك السـلع والخـدمات(13).ففـي الحالـة الاولى,يـتم ابـرام العقـد وتنفيـذه كـاملا عـبر شـبكة الانترنـت, و خصوصـا اذا تم مقابـل البيـع مـن خلالهـا ايضـا. امـا في الحالـة الثانيـة لم تكـن شـبكة الانترنـت سـوى وسـيلة للتعاقد.

رابعا– محل التعاقد الإلكـتروني :

يسـتخدم العقـد الإلكـتروني لكافـة التصـرفات محـل الاتفاقـات علـى الشـبكة ، وبشـكل رئيسـي إنـزال الـبرامج أو الملفـات عـن الشـبكة ، الـدخول إلي خـدمات الموقـع وتحديـدا الـتي تتطلـب اشـتراكا خاصـا في بعـض الأحيـان أو مقابـل مـالي أو لغـايات الحصـول علـى الخدمـة (كالمحادثـة ومجموعـات الأخبـار أو الإعـلان والأدلـة) أو لغـايات التسـجيل والالتـزام العقـدي بإنفـاذ الخدمـة المعـروضة مجـانا بشـروط المـوقع كخـدمات البريـد المجـاني والاستضـافة المجانيـة وغيرها،وكـذلك لإبـرام التصـرفات القانـونية علـى الخـط كالبيـع والشـراء ،والاستئجار،وطلـب

القرض،وإجـراء عمليـة حـوالة مصـرفية وإبـرام بـوالص التـأمين ، ودفـع الـثمن ، وغيره (14).

خامسا– اراء الفقهاء في طبيعة التعاقد الإلكتروني

إن تقنيـة العقـود الإلكترونيـة تـوفر قـدرة التعاقـد علـى الشـبكة وفي بيئتهـا، والحصـول علـى الخـدمات والبضـائع والمصـنفات بأرخـص الأسـعار،ومن خـلال قـوائم اختيـار معروفـة وواسـعة ،ومـن أي موقـع أو مصـدر للمـوردين علـى الخـط ، كمـا تتـيح للمـورد تحديـد التزاماتـه بوضـوح وتحديـد نطـاق المسـؤولية عـن الخطـأ والأضـرار جـراء التعاقـد أو بسـبب محـل التعاقـد كأخطاءالبرمجيـات ومشـاكلها ، وتسـاهم في تسـهيل المقاضـاة بـين الطـرفين لمـا تقـرره مـن قواعـد شـاملة بالنسـبة للحقـوق والالتزامـات(15). يثـور التسـاؤل عنـد دراسـة التعاقـد الإلكـتروني هـل هـو تعاقـد بـين حاضـرين،أم تعاقـد بـين غـائبين ؟ ذلـك أن أحكـام التعاقـد بـين حاضـرين تختلـف عـن أحكـام التعاقـد بـين غـائبين ، فمعرفـة طبيعـة هـذا التعاقـد تجعلنـا نعـرف أي مـن هـذه الأحكـام يمكـن أن نطبقهـا علـى مجلـس العقـد الإلكـتروني .وفي هـذا الصـدد يقـدم فقهـاء القـانون اكثـر مـن رأي فالصـورة الـتي نحـن بصـددها وهـي أن شخصـين يتعاقـدان عـن طريـق شـبكة الإنترنـت علـى سـلعة معينـة تجعـل العقـد ؛ هـو تعاقـد بـين غـائبين ، وذلـك لعـدم وجـود الشخصـين في مكـان واحـد وقـت التعاقـد ، غـير أن العلمـاء ليسـوا متفقـين علـى هـذا القـول ، ولكـنهم اختلفـوا في طبيعة هذا التعاقد على النحو التالي :

– ذهـب اتجـاه فقهـي : إلى أن التعاقـد الإلكـتروني هـو تعاقـد بـين غـائبين زمـانا ومكـانا شـأنه في ذلـك شـأن التعاقـد بطريـق المراسـلة أو التعاقـد بطريـق التليفـون ، ولا يختلـف عـنهم إلا في الوسـيلة الـتي يـتم بهـا ؛ حيـث أصـبحت وسـيلة التعاقـد إلكترونيـة(16)ويـذهب أصـحاب هـذا الاتجـاه إلى أن مـا يـبرر أن التعاقـد الإلكـتروني هـو تعاقـد بـين غـائبين هـو أن ثمـة فاصـلا زمنيـا بـين صـدور القبـول وعلـم الموجـب به(17).

– وذهب اتجاه آخر: إلى أن التعاقد الإلكتروني هو تعاقد بين حاضرين ؛ حيث يكون العاقدان على اتصال مباشر فيما بينهما ، فليس هناك فاصلا فيما بين صدور القبول من الطرف الموجه إليه الإيجاب والعلم به ، ويكون مجلس العقد حينئذ مجلسا حكميا ، تطبق عليه قواعد التعاقد بين حاضرين(18).

وذهب اتجاه ثالث : إلى أن التعاقد الإلكتروني هو تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وبين غائبين من حيث المكان(19). ويذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى أن التعاقد عبر شبكة الإنترنت يتم بوسيلة سمعية بصرية كما هو الحال في استخدام الشبكة الرقمية للخدمات المتكاملة ، مما يسمح بالتفاعل بين طرفين يضمهما مجلس واحد حكمي افتراضي ، ولذا فإن التعاقد الإلكتروني يعتبر تعاقدا بين حاضرين من حيث الزمان ، ولأن طرفي التعاقد يتواجدان في أماكن مختلفة سواء داخل الدولة أو خارجها فإن التعاقد حينئذ يكون بين غائبين.

اضافة الى أن هذا التكييف يسري إذا كان الاتصال بين مقدم العرض والمتلقي في حالة القبول عن طريق الضغط أو ملامسة زر الموافقة أو عن طريق غرف المحادثة والوسائل المرئية ، بعكس ما إذا كان القبول عن طريق البريد الإلكتروني فقد لا يتحقق فيه الاتصال اللحظي ؛ نظرا لأن جهاز الكمبيوتر الموجب قد يكون مغلقا وقت بث الرسالة القابل مثلا ، أو أن يكون هناك عطلا في الشبكة يعوق وصول القبول فيحول دون الاتصال اللحظي ، ولذا فإنه إذا تم التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني ففي هذه الحال إذا لم يوجد فاصل زمني بين الإيجاب والقبول يكون التعاقد بين حاضرين من حيث الزمان غائبين من حيث المكان ، أما إذا وجد فاصلا بينهما فيكون التعاقد بين غائبين زمانا ومكان(20) .

وذهب اتجاه آخر: إلى أن التعاقد الإلكتروني هو تعاقد بين غائبين ذو طبيعة خاصة؛ ذلك أنه لا يمكن إعطاء وصف التعاقد بين حاضرين للعقد الإلكتروني، لأن أطراف التعاقد لا يتبادلون عملية الإيجاب والقبول من خلال الوسائل المادية التقليدية كالخطابات والتي تستغرق فترة زمنية بين إرسال القبول ووصوله إلى من وجه إليه ، إنما يكون من خلال تبادل الرسائل إلكترونيا عبر شبكة

الإنترنـت ، حيـث يتحقـق لهـم الاتصـال المباشـر ، فـإن غـاب الالتقـاء المـادي للمتعاقـدين إلا أن هنـاك نوعـا مـن الالتقـاء الافتراضـي المتـزامن ، كمـا لا ينطبـق أيضـا علـى التعاقـد الإلكـتروني وصـف التعاقـد بـين غـائبين ؛ لأن التعاقـد بـين غـائبين يقـوم علـى فكـرة تفـاوت المسـافات والـزمن معـا ، في حـين أن التفـاوت الـزمني غـير موجـود بالنسـبة للتعاقـد الإلكـتروني ، حيـث يكـون طرفـا العقـد علـى اتصـال في وقت واحد(21) .

ويمكـن ان نخلـص القـول, إنـه لـيس هنـاك اتفاقـا علـى كـون التعاقـد الإلكـتروني تعاقـدا بـين حاضـرين أم تعاقـدا بـين غـائبين ؛ نظـرا لعـدم وجـود طـرفي العقـد في مكـان واحـد عنـد التعاقـد ، ولأن قبـول التعاقـد يشـبه إلى حـد كبـير القبـول في التعاقـد بالرسـالة . والأقـرب إلى القبـول هـو القـول بأن التعاقـد عـن طريـق شـبكة الإنترنـت تعاقـدا بـين غـائبين ، كالتعاقـد بالرسـالة ، ويكـون جهـاز الحاسـب الآلي وسـيلة لإرسـال الرسـالة . ويمكـن القـول بأن التعاقـد التجـاري الـذي يـتم مـن خـلال شـبكة الإنترنـت هـو تعاقـد بـين غـائبين ، تنطبـق عليـه أحكـام التعاقـد بـين غـائبين فيالقـانون المدني .

الخاتمة

إن التعاقـد الإلكـتروني أقـرب إلى التعاقـد بـين الغـائبين بالكتابـة أو الرسـالة ؛ باعتبـار أن المتعاقدين لا يجمعهما مكان واحد ، وكان من الصعب القول بأنه تعاقد بين غائبين من حيث المكـان ، وبين حاضـرين مـن حيث الزمـان ؛ إذ في ذلـك خلـط بـين أحكـام مجلـس العقد في التعاقد بين حاضرين وبين مجلس العقد في التعاقد بين غائبين ,كذلك إن التعاقد قـد يكـون عـن طريـق البريـد الإلكـتروني لكـلا المتعاقـدين ، بحيـث يرسـل أحـدهما رسـالة إلى الآخـر تتضـمن العقـد المتفـق علـى تفاصـيله مسـبقا ، ولا يطلـع عليهـا الموجـه إليـه هـذه الرسـالة إلا بعـد يـوم أو يـومين ونحـو ذلـك ، وذلـك عنـدما يقـوم بفـتح بريـده الإلكـتروني للاطلاع على ما فيه من رسائل .

وان التكنلوجيا الالكترونية تجعل التحديات دائما قائمة في مواجهة القواعد القانونية لذلك يجب اتخاذ الاجراءات اللازمة لتحديد الحقوق و الواجبات وتحديد المسؤولية وتأمين مناخ قانوني امن وفعال يلاحق الاعتداءات والقرصنات في العالم الالكتروني وتنظيم وسائل حماية للافراد والمواقع والدول, لذلك نرى اهمية اعادة النظر في القواعد التقليدية التي لاتزال تقوم عليها تشريعاتنا لاسيما القانون المدني و ضرورة تنظيم العقود بشكل يكفل عدم سيطرة المجهز على اقتصاديات العقد. كذلك ضرورة تطوير القوانين التجارية لتواكب المتطلبات الالكترونية وذلك من خلال ايجاد بنية قانونية تسمح باجراءات وضع العقود الالكترونية موضع التنفيذ و وضع تصورات لما قد ينشأ عنها من منازعات والحلول المتوقعة لها.

ولا خلاف على ان العقود الالكترونية تمثل فعليا عصب التجارة الالكترونية,و بالتالي العالمية حيث تتخطى الحدود الضيقة للدول و تزداد انتشارا و توسعا في شتى ارجاء المعمورة .لذلك يجب تنظيم التجارة الالكترونية و رسم حدود الامان لها وبالتالي احالة المشاكل والتعقيدات الى القانون.

الهوامش:

(1)المادة 73 من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة1951.

(2)المادة الثانية من التوجيه الاوربي

http://isper.escwa.un.org/FocusAreas/CyberLegislation/Template/ProtectionofConsumersinRespectofDistanceCon/tabid/202/language/en-US/Default.aspx#A4 2

(3) انظر المادة (2) من قانون المعاملات الالكترونية الاردني رقم 85 لسنة 2001

(4) قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية

العراقي. http://www.parliament.iq/Iraqi_Council_of_Representatives.php?name=articles_ajsdyawqwqdjasdba46s7a98das6dasda7das4da6sd8asdsawewqeqw465e4qweq4wq6e4qw8eqwe4qw6eqwe4sadkj&file=showdetails&sid=790

(5)د.اسامة ابو الحسن مجاهد,خصوصية التعاقد عبر الانترنت,دار النهضة العربية,2000,ص39.

(6)الصالحين محمد أبو بكر العيش ، الشكلية في عقود الانترنيت والتجارة الالكترونية بحث منشور على الموقع الالكتروني :

http://www.tashreaat.com/LegalStudies/Pages/LegalStudiesView.aspx?studId=66

–كذلك انظر د.سمير دندون,العقود الالكترونية في اطار تنظيم التجارة الالكترونية,المؤسسة الحديثة للكتاب,لبنان,الطبعة الاولى,2012,ص119.

(7)فتحـــي عبـــد الـــرحيم عبـــد الله,العناصـــر المكونـــة للعقـــد كمصـــدر للالتـــزام في القـــانونين المصـــري والانكليزي,القاهرة,1999,ص220.

(8)وتنص المادة (11) من قانون التجارة الالكترونية النموذجي (الاونسيترال).

(9) د.سمير دندون,المصدر السابق,ص110.

(10)المصدر نفسه,ص113.

(11)د.محمد ابو الهيجاء,عقود التجارة الالكترونية,عمان–الاردن,دار الثقافة,الطبعة الثانية,2011,ص74.

(12)Electronic Commerce:jurisdiction and Applicable Law-1999 events\ ec – hearings- stmt. Htm.http://www.IIpf.org\

(13)د.خالد ممدوح ابراهيم,ابرام العقد الالكتروني,دار الفكر الجامعي,الاسكندرية,مصر,2005,ص72.

(14)يونس عرب, التعاقد والدفع الإلكتروني ، تحديات النظامين الضريبي والجمركي ، جزء من أوراق عمل برنامج الندوات المتخصصة حول التجارة الإلكترونية، تنظيممعهد التدريب والإصلاح القانوني,الخرطوم ,2002 م,ص.77

(15)المصدر نفسه,ص80.

(16) د. مدحت عبد الحليم رمضان , الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية – دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، عام 2001 ، ص 20 .كذلك د. سمير عبد السميع الأودن, العقد الإلكتروني ، منشأة المعارف ، 2005م ، ص 63 .

(17)أسامة أحمد بدر, حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، مرجع سابق ، ص 225 .

(18) محمد السعيد رشدي , التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة ، مرجع سابق ،ص 39 .

(19) د. أحمد عبد الكريم سلامة , القانون الدولي الخاص النوعي ، (الإلكتروني – السياحي – البيئي) دار النهضة العربية ، عام 2002 م ، ص 69. د. ممدوح محمد خيري هاشم , مشكلات البيع الإلكتروني عن طري الإنترنت في القانون المدني ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، عام 2000 م ،ص ص19 ، 20.

(20) خالد ممدوح , المصدرالسابق ، ص292 0

(21)د.فاروق الأباصيري,عقد الاشتراك في قواعد المعلومات الإلكترونية ، دراسة تطبيقية لعقود الإنترنت ، دار النهضة العربية ، عام 2003 م ، ص 61.