

مظاهر الإخلال بمبدأ حسن النية في الإيجاب والقبول للعقد الإلكتروني
**Manifestations of breach of the principle of good faith
 in the offer and acceptance of the electronic contract**

أمال بن قدور* صباح عسالي

مخبر التنمية الديمقراطية وحقوق الإنسان

كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور الجلفة (الجزائر)

assalyassaly84@gmail.com

amel.bkaddour@gmail.com

تاريخ الإرسال: 2020 / 09/05 * تاريخ القبول 2021 /05/28 * تاريخ النشر: 2021/ 06 /21

ملخص:

إن الهدف من هذا البحث ليس النظر في الشروط التي يتطلبها القانون في التعبير عن الإرادة العقدية الإلكترونية، إذ أن الهدف من هذه الدراسة يتمثل في النظر في مظاهر الإخلال بمبدأ حسن النية في العنصر الجديد الوليد في أنواع العقود وهو العقد الإلكتروني، ومنه البحث في مدى تأثير خصوصية وطبيعة التعاقد الإلكتروني على الإيجاب والقبول الإلكترونيين وكذا مبدأ حسن النية في هذا النوع من العقود ومدى إيجاد حلول مناسبة لذلك، خصوصا وأن مبدأ حسن النية من المبادئ القانونية التي لا يمكن إنكارها أو التغافل عن وجودها لما لها من أهمية في القانون ، حيث يترتب على مراعاتها تطبيق أحكام القانون وعلى معارضتها مخالفة القانون.
الكلمات المفتاحية: ، حسن النية، الإيجاب، القبول، التعاقد الإلكتروني ، الإخلال.

Abstract:

The aim of this study is not to consider the requirements that the law requires in expressing the electronic contractual will , as the goal is to look at the manifestations of the breach of the principle of good feith in the new element emerging in the types of contracts which is the electronic contract. It includes research on the extent of the privacy and nature of the electronic contract on the electronic offer and acceptance, as well as the principle of good feith in this type of contract and the extent of finding appropriate solution for that, especially since the principle of good feith is one of the legal principles that cannot be denied or overlooked due to its importance in law, as their observance of the provosions of the law shall apply and their opposition is aggainst the law .

Keywords:

good faith ,agreement, acceptance, electronic contracting, breach

مقدمة:

يشهد العالم اليوم تطور كبير في مجال الاتصالات وتكنولوجيا الإعلام الآلي ونظم المعلومات، وهذا ما أسفر بالنتيجة عن ظهور شبكة المعلومات العالمية الأنترنت (أمانج ، 2006 ، ص15)، وأدى لوجود تأثير واضح في تعديل وإصدار العديد من القوانين التي تحكم المعاملات الإلكترونية المتنوعة.

والعقد الإلكتروني يعتبر من أهم المعاملات الإلكترونية والذي يمكن تعريفه على أنه ذلك العقد الذي يتلاقى فيه الإيجاب والقبول عبر شبكة اتصالات دولية باستخدام التبادل الإلكتروني للبيانات وبقصد إنشاء التزامات تعاقدية (جميعي، 2015، ص 5) ، وهو يخضع في تكوينه مبدئياً لذات الأحكام القانونية التي يخضع لها العقد التقليدي وفقاً للقواعد العامة، مع وجود إختلاف جوهري في وسيلة إنعقاده حيث يتم عبر وسائل الإتصال الإلكترونية الحديثة مع ضرورة تطويع بعض القواعد القانونية حتى لا تتعارض والطبيعة الخاصة لعقود التجارة الإلكترونية (بن سعيد، 2012، ص 78-79) .

و يعتبر التراضي أحد أهم أركان العقد الإلكتروني حيث لا يرتبط الشخص بأي عقد ما لم تتجه إرادته لإبرامه، هاته الأخيرة والتي يمر التعبير عنها عن طريق الأنترنت بمرحلتين الأولى تمهيدية والثانية تعاقدية (علوان، دون سنة النشر، ص237) وبإتجاه الإرادة المشتركة للطرفين المتكونة من الإيجاب والقبول إلى إحداث أثر قانوني يتشكل ركن التراضي هذا الأخير والذي يجب أن يكون التعبير عنه موافقاً لمقتضيات مبدأ حسن النية الذي يقتضي الحرص على مراعاة مصالح الأطراف ، خاصة أن هذا المبدأ يعتبر أساس إلزامية التعبير عن الإرادة سواء كان إيجاباً أو قبولاً (جبار ، 2018/2017، ص 104)، و أن النص على مبدأ حسن النية في العقد العادي أو الإلكتروني في المادة 107 ق م ج غير كافي ، إذ أن المسؤولية عن الفعل الضار تستوجب وجود التزام يفرضه القانون في حالة الإخلال بمبادئ العقد سواء كان عادياً أو إلكترونياً.

كما أن طبيعة المعاملات الإلكترونية وخصوصيتها تطرح سلسلة من الإشكالات حول هذا المبدأ الشيء الذي دفعنا للبحث عنها وعن مدى إنعكاسه على طبيعة كل من الإيجاب والقبول الإلكترونيين اللذان يقتضيان توافر الحماية القانونية اللازمة وحل جميع الإشكالات التعاقدية بإستخدام الأنترنت خصوصاً ما إرتبط منها بمبدأ حسن النية، ومنه:

ما هي الإشكالات القانونية التي تملئها طبيعة مبدأ حسن النية في التعاقد الإلكتروني عبر التعبير عن الإرادة من خلال الإيجاب والقبول؟

للإجابة على هاته الإشكالية والإمام بهاته الدراسة إعتدنا المنهج التحليلي، وحاولنا أن نسلط الضوء على بعض العناصر، ونجيب عنها من خلال تطرقنا إلى طبيعة كل من الإيجاب والقبول في التعاقد الإلكتروني، أو ما يميز التراضي إن صح التعبير من خلال تطابق الإيجاب والقبول في هذا النوع من العقود ومدى الإلتزام بمبدأ حسن النية والذي يعد عنصراً داخلياً، يستدل عليه بطريقة غير مباشرة خصوصاً في هذا النوع من العقود لما لها من خصائص مميزة تتطلب بذل عناية لخرجها في طابع قانوني سليم، فتم تقسيم الدراسة إلى محورين وفق الآتي:

1. مظاهر الإخلال بمبدأ حسن النية في الإيجاب الإلكتروني ،

2. مظاهر الإخلال بمبدأ حسن النية في القبول الإلكتروني.

1. مظاهر الإخلال بمبدأ حسن النية في الإيجاب الإلكتروني:

إن التراضي عموماً هو تبادل إرادتين متطابقتين لإحداث أثر قانوني، حيث يستوجب ذلك وجود ثلاثة حالات أولها صدور تعبير عن أحد الطرفين يدل على الرضا وهو الإيجاب(أمانج ، ص 140) والعقود الإلكترونية المبرمة عبر شبكة الأنترنت لا تخرج عن هذه القواعد، إلا أن الإيجاب يتم التعبير عنه بوسائل إلكترونية وهذا ما

يطرح العديد من الإشكاليات تتمثل لنا في مظاهر الإخلال بمبدأ حسن النية ، هاته المظاهر التي تقتضي منا ضرورة التطرق إلى تقديم نظرة عامة حول الإيجاب الإلكتروني من خلال تحديد مفهومه وكذا وجوب التطرق إلى الإشكالات الناجمة عن الإخلال بمبدأ حسن النية في الإيجاب الإلكتروني وأثارها .

1.1. مفهوم الإيجاب في التعاقد الإلكتروني :

يعتبر الإيجاب الخطوة الأولى في إبرام كافة العقود، فلكي يتم العقد ينبغي أن يكون هناك عرض من طرف أحد الأشخاص إلى آخر أو آخرين بقصد إبرام عقد ما للحصول على قبول لهذا العرض.

1.1.1 . تعريف الإيجاب في التعاقد الإلكتروني وخصائصه:

لا شك أن للإيجاب عبر شبكة الأنترنت تعريفا خاصا يميزه عن الإيجاب في العقد التقليدي بإعتبار الأنترنت شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد ومنه إنفراده بمجموعة من الخصائص.

أولا - تعريف الإيجاب الإلكتروني:

- الإيجاب عموما هو العرض الذي يتقدم به الشخص ليعبر به على وجه الجزم عن إرادته في إبرام عقد معين بحيث ينعقد هذا العقد بمجرد صدور القبول(فيلاي، 2013، ص113) ، أما بالنسبة للإيجاب الإلكتروني فقد خلت التشريعات العربية من تعريف هذا الأخير، وقد عرفه المشرع الفرنسي في الفصل السابع من القانون المدني في المادة 1396-1 المعدلة بالمرسوم 674 لسنة 2005 على أنه " استخدام الوسائل الإلكترونية لوضع شروط العقد أو المعلومات عن السلع أو الخدمات" وذلك وفقا للمادة 369، ومن ثم يكون المشرع الفرنسي قد ساوى المحرر الإلكتروني بالمحرر التقليدي في الإرادة (جميعي، ص 166).

- وقد عرف التوجيه الأوروبي 97-07 الصادر بتاريخ 20 ماي 1997 المتعلق بحماية المستهلك في العقود التي يتم إبرامها عن بعد الإيجاب عن بعد بأنه كل اتصال عن بعد يتضمن كل العناصر اللازمة بحيث يستطيع المرسل إليه أن يقبل التعاقد مباشرة ويستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان (جميعي ، ص 167).

- أما بالنسبة للمشرع الجزائري فلم يعرف الإيجاب لا بصورته التقليدية أو الإلكترونية وإنما اكتفى بتوضيح وسائل التعبير عن الإرادة المادة 60 ق م ج ، والتي تنص على أن التعبير بالإرادة يكون باللفظ أو بالإشارة المتداولة عرفا، كما يكون بإتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالة على مقصود صاحبه، يفهم من ذلك أن المشرع الجزائري أقر إمكانية التعبير عن الإرادة عن طريق وسائل الاتصال الحديثة بمختلف أنواعها، وما يؤكد ذلك نص المادة 323 مكرر 1 من ق م ج.

- كما كرس التعديل الدستوري لسنة 2020 المستفتى والموافق عليه من طرف الشعب بتاريخ 2020/11/01 (مشروع دستور مرفق بالمرسوم الرئاسي رقم 20-251 المؤرخ في 2020/09/15) بموجب نص المادة 61 حرية التجارة بنصه على أن " حرية التجارة و الاستثمار والمقاوله مضمونة "، ومن هذا المنطلق يدخل ضمن هذا المفهوم حرية التجارة بجميع أنواعها بما في ذلك التجارة الإلكترونية والتي يندرج ضمنها التعاقد الإلكتروني..

- وعلى خلاف المشرع الجزائري هناك العديد من التشريعات نظمت في قوانينها الداخلية قواعد خاصة تنظم التجارة الإلكترونية فنجد منها قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي، فقد نص على أن العقود الإلكترونية يجري عليها نظام العقود الكتابية من حيث التعبير عن الإرادة ومفعولها القانوني وصحتها وقابليتها للتنفيذ فيما لا يتعارض مع أحكام هذا القانون (حجازي، 2003، ص189).

- ومنه يمكن تعريف الإيجاب الإلكتروني على أنه: " تعبير عن إرادة الراغب في التعاقد عن بعد، حيث يتم من خلال شبكة دولية للإتصالات بوسيلة مسموعة مرئية ويتضمن كل العناصر اللازمة لإبرام العقد بحيث يستطيع من وجه إليه أن يقبل التعاقد مباشرة" (جميعي، ص 167)

- وهناك من الفقه من يرى أنه " خطاب إلكتروني يعبر به الشخص عن إرادته الجازمة في إبرام عقد معين" (جميعي، ص 169).

- وفي الأخير فإن الإيجاب الإلكتروني لا ينفرد بتعريف خاص في مضمونه عن تعريف الإيجاب في العالم المادي **offline** إلا في الوسيلة المستخدمة للتعبير عنه (أمانج ، ص 144).

ثانيا- خصائص الإيجاب في التعاقد الإلكتروني:

لا يختلف الإيجاب الإلكتروني عن الإيجاب التقليدي عموما، وإنما يمتاز الأول بمجموعة خصائص وهي: (جميعي، ص 170)

- مصدر الإيجاب الإلكتروني يطلق عليه منشيء رسالة البيانات أو المرسل، وهو الطرف الذي ينشيء الخطاب الإلكتروني،

- كما أن التعبير عنه يكون إلكترونيا بواسطة رسالة البيانات وذلك عن طريق وسيلة إتصال معينة (شبكة انترنت، برق، تلكس)،

- يجب أن يحفظ الإيجاب الإلكتروني على دعامة إلكترونية مكتوبة بصرية أو صوتية،

- بالإضافة إلى أن الإيجاب الإلكتروني يتم عن بعد،

- في الغالب ما يكون إيجابا دوليا .

- يتم عبر وسيط إلكتروني.

2.1.1. طرق عرض الإيجاب الإلكتروني:

يتم عرض الإيجاب في العقد الإلكتروني بعدة طرق أهمها :

أولا- الإيجاب من خلال البريد الإلكتروني:

يقصد بالبريد الإلكتروني إستخدام شبكة الأنترنت في نقل الرسائل بدلا من الوسائل التقليدية، حيث يسمح بتبادل المراسلات ويتم ذلك بتخصيص صندوق بريد إلكتروني (بن سعيد ، ص63) .

ويطرح الإيجاب الإلكتروني في شكل رسالة بريدية إلكترونية تصدر من الموجب لتستقر في الصندوق البريدي للطرف الآخر، وإعتبارا من هذه اللحظة تبدأ فعالية هذه الرسالة بالإيجاب(نجاعي ، موساوي ، 2013، ص 14)

ثانيا- الإيجاب من خلال صفحات الواب:

يقصد بها شبكة المواقع وهي مجموعة ضخمة من المواقع على شبكة الأنترنت ترتبط بعضها ببعض اعتمادا على تقنية الوسائط المتعددة، ويتم عبر هذه الشبكة تبادل كافة أنواع المعلومات ومع إنطلاق التجارة الإلكترونية عبر شبكة الأنترنت تحولت هذه المواقع إلى مواقع لعرض السلع والخدمات (عنادل ، 2009، ص 220).

والإيجاب هنا لا يختلف كثيرا عن الإيجاب الصادر عبر الصحف والمجلات والقنوات الفضائية المخصصة لعرض السلع والخدمات، ويتميز بأنه إيجاب مستمر على مدار الساعة وموجه لكافة الجمهور (نجاعي ، موساوي ، ص 15)

ثالثا- الإيجاب عبر المحادثة والمشاهدة:

يقصد بها الإتصال المسموع المرئي الذي يتم عبر هذه الشبكة، حيث يستطيع طرف الإتصال أن يرى المتصل معه على الشبكة أو يتحدث معه عن طريق كاميرا(الرومي، 2004، ص 93)

والتعاقد من خلال المحادثة يتم عن طريق التخاطب عبر شبكة الأنترنت، فيفتح كل من الطرفين الصفحة الخاصة به على جهازه في ذات التوقيت ويتم الاتصال بينهما.
أما المشاهدة فيتم ذلك بربط الحاسوب بوسائل الإتصال الصوتية والمرئية عبر مكرفون وكاميرا فيديو مثبتة (الرومي، ص 93).

2.1. إشكالات الإخلال بمبدأ حسن النية المرتبطة بشروط الإيجاب الإلكتروني وآثارها :

على ضوء النصوص القانونية ورأي الفقهاء يمكن تقسيم الشروط الواجب توافرها في الإيجاب الإلكتروني إلى شروط شكلية متعلقة بمنشئ رسالة البيانات وبرسالة البيانات ذاتها، وشروط موضوعية متعلقة بالشيء المراد التعاقد عليه (جميبي، ص 173)، وكل هاته الشروط يعتبر مبدأ حسن النية أساسا لها، إلا أن الإخلال به يتمخض عنه مجموعة من الإشكالات هاته الأخيرة والتي ينشأ عنها مجموعة من الآثار.

1.2.1. إشكالات مبدأ حسن النية المرتبطة بالشروط الشكلية للإيجاب الإلكتروني وآثارها :

أولا- مبدأ حسن النية ووجوب أن يتضمن الإيجاب الإلكتروني تحديدا لشخص مصدره والبيانات الدالة عليه (خليفة، 2004، ص 53)

إن مبدأ حسن النية يقتضي الوضوح في التعبير عن الإرادة والذي يجب أن يتضمن جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه (جبار ، ص 107)، ويرتبط هذا الشرط بشهادة التصديق الإلكتروني والتي تضمنها القانون رقم 04-15 الخاص بالتصديق والتوقيع الإلكترونيين ، ويمكن تعريفها على أنها الشهادة التي تصدر من الجهة المرخص لها بالتصديق وتثبت الإرتباط بين الموقع وبيانات إنشاء التوقيع (جميبي، ص 179)، وينصب عن هذا الشرط مجموعة من الإشكالات الناجمة عن الإخلال بمبدأ حسن النية أهمها:

- إشكالية الخلط بين مصطلح التوقيع الرقمي والتوقيع الرقمي المشفر.
- خلو رسالة البيانات التي تحوي الإيجاب الإلكتروني من توقيع إلكتروني لمنشئها، ويكون من قام بإنشائها قد إكتفى بكتابة بياناته الشخصية أو كانت رسالة صوتية أو مرئية (جميبي، ص 184)
- كيفية نسبة المحرر الإلكتروني لصاحبه ومن ثم التأكد من وجوده وصحة هذا المحرر وعدم العبث به (جميبي، ص 181)

- الرسالة المرسلة بطريق الفاكس تفتقد إلى ضمانات تكفل سلامة مضمونها ونسبتها لصاحبها، إذ أن أصلها لدى الراسل ويجوز للقاضي إعتبار رسالة الفاكس مثل الصورة الضوئية للمحرر العرفي (جميبي، ص 186)
- والمشرع الجزائري على غرار التشريع المقارن إعتد التوقيع الإلكتروني، وإعتبر الكتابة الإلكترونية في مجال الإثبات كالكتابة على الورق (المادتين 327، 333 مكرر 1 ق م ج) (فيلاي، ص 316-317)

ثانيا - مبدأ حسن النية ووجوب أن يوجه الإيجاب الإلكتروني إلى شخص آخر يسمى المرسل إليه، وهو الطرف الذي أراد منشئ رسالة البيانات أن يتلقى خطابه الإلكتروني (جميبي، ص 202):

وهنا تظهر إشكالية العروض الموجهة لأشخاص غير معينين، وفي هذا الشأن وردت نصوص إتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولية للبضائع فينا 1980، وإتفاقية الأمم المتحدة بشأن إستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية، على أن العروض الموجهة لأشخاص غير معينين تعد من قبيل الدعوة للتعاقد مالم يفصح المصدر على أنه ينوي الإلتزام به.

ثالثا- مبدأ حسن النية ووجوب أن يتم حفظ رسالة البيانات - الإيجاب الإلكتروني - سواء على الحاسوب الخاص بالمرسل إليه أو في دعامة إلكترونية أخرى منفصلة عنه، مثل الأقراص المدمجة وذلك لحفظ رسالة البيانات سواء كانت خطية أو بصرية أو سمعية أو طبع تلك الرسالة على دعامة ورقية إذا كانت مكتوبة : (جميبي، ص

وهنا تظهر إشكالية ضرورة حفظ التوقيع الإلكتروني أو الكتابة الإلكترونية أو المحرر الإلكتروني ليكون له الحجية في الإثبات في حالة العبث أو إنكارها أو الطعن فيها فمخالفة هذا الشرط يعتبر إخلالاً بمبدأ حسن النية، ولقد وضعت المادة 8 من قانون الأونسترال و9 من إتفاقية الأمم المتحدة ضوابط لحفظ رسالة البيانات في شكلها الأصلي، وخطورة المشكلة تكمن في أن المحرر الإلكتروني قد يفقد حجيته في الإثبات إذا فقد أحد شرائطه وهو حفظه وإمكانية قراءته (جميعي، ص 210).

رابعاً - مبدأ حسن النية ووجوب أن تكون رسالة البيانات صريحة الدلالة وواضحة وخالية من أي غموض :
إن مبدأ حسن النية يقتضي وجوب أن تكون رسالة البيانات صريحة الدلالة وواضحة وخالية من أي غموض وإلا اعتبرت إخلالاً بمبدأ حسن النية، وهنا تظهر إشكالية لغة الإيجاب الإلكتروني فهناك من إشتراط أن يكون الإيجاب الإلكتروني باللغة الوطنية مستندا إلى نصوص الدستور، كنص المادة 02 من الدستور المصري (جميعي، ص 216) والمادة 03 من الدستور الجزائري و المعدل بموجب التعديل الدستوري لسنة 2020 و المستفتى عليه من طرف الشعب بتاريخ 2020/11/01 والتي تنص على أن اللغة العربية هي اللغة الوطنية والرسمية، وتظل العربية اللغة الرسمية للدولة، والإيجاب الإلكتروني قد يكون له طابع دولي، ومن ثم تختلف اللغة باختلاف الدولة التي ينتمي إليها المتعاقدون، ومع تمسك كل دولة بلغتها تكمن المشكلة، و باعتبار اللغة الإنجليزية السائدة كان لا بد أن يكون المتعامل على دراية بتلك اللغة وهو من الصعوبة بمكان إذ قد تحتوي برامج الحاسوب على مصطلحات فنية وقانونية تستعصي على المتعامل بلغة غير لغة البرنامج ولو كان على دراية بتلك اللغة (جميعي، 1998، ص 116) كما أن المشكلة الأخرى تكمن في عملية الترجمة التي قد يشوبها بعض الأخطاء اللغوية (جميعي، ص 217)

2.2.1. إشكالات مبدأ حسن النية المرتبطة بالشروط الموضوعية للإيجاب الإلكتروني وآثارها :

- مبدأ حسن النية ووجوب أن يكون الإيجاب الإلكتروني مشتملا على العناصر الجوهرية للتعاقد ووصف دقيق ومحدد للمواصفات الجوهرية للشئ المراد التعاقد عليه:

إن مبدأ حسن النية يقتضي ضرورة ذكر جميع التفاصيل إلا أن هنا تثار مشكلة متعلقة بكون الإيجاب الإلكتروني الذي يتم عرضه على الموقع الإلكتروني قد يكون متضمنا الشروط العامة على الصفحة الرئيسية بينما تكون الشروط التفصيلية مخفية بحيث لا يتم عرضها على الشاشة إلا إذا قام الطرف المتلقي بالضغط على الأيقونة الخاصة بعرضها (جميعي، 225).

إذا كان الموجب قد ضمن الإيجاب الشروط التي يستلزم تحققها لإبرام العقد، فيجب أن يتضمن الإيجاب الإلكتروني بيانا لهذه الشروط، وفي هذه الحالة يكون الإيجاب معلقا على شرط (جميعي، ص 226)، وقد يظهر الإشكال هنا كما في حالة تحديد عرض الإيجاب بمدة معينة فإنه يكون ملتزما به طوال تلك المدة أو أن يعرض التعاقد بثمن معين بشرط عدم تغير الأسعار فهنا يكون معلقا على المدة أو على عدم تغير الأسعار، والمشرع الفرنسي في القانون المدني المادة 1369-5 نص على أنه من حق المستفيد من الإيجاب الإطلاع على سعره الإجمالي قبل قبوله (جميعي، ص 226).

ومنه جميع هاته المظاهر والإشكالات قد تكون مقصودة وبالتالي تعتبر مساساً بمبدأ حسن النية.

2. مظاهر الإخلال بمبدأ حسن النية في القبول الإلكتروني :

يعتبر القبول الإرادة الثانية اللازمة لتحقيق ركن التراضي، فبعدما مكنت الانترنت من التعبير عن الإيجاب بالطرق الإلكترونية، فلا يكفي ذلك لإبرام العقد بل يجب توافر القبول أيضا والذي يطرح العديد من الإشكالات تتمثل في مظاهر الإخلال بمبدأ حسن النية في القبول الإلكتروني، هاته الأخيرة التي تقتضي منا في البداية التطرق

لتقديم نظرة عامة حول القبول الإلكتروني من خلال توضيح مفهومه ليتم التطرق لإشكالات الإخلال بمبدأ حسن النية في القبول الإلكتروني وأثارها .

1.2. مفهوم القبول في التعاقد الإلكتروني :

للقبول أيضا تعريفا خاصا يميزه عن تعريف القبول في العقد التقليدي وبالتالي ينفرد بمجموعة خصائص تميزه عن هذا الأخير.

1.1.2. تعريف القبول في التعاقد الإلكتروني وخصائصه :

لا شك أن للقبول عبر شبكة الأنترنت تعريفا خاصا يميزه عن القبول في العقد التقليدي باعتبار الأنترنت شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد ومنه إنفراده بمجموعة من الخصائص التي تميزه عن خصائص القبول في العقد التقليدي.

أولا - تعريف القبول في التعاقد الإلكتروني:

يعتبر القبول هو التعبير البات عن إرادة الطرف الذي وجه إليه الإيجاب، يفيد موافقته على الإيجاب فهو الإرادة الثانية في العقد، بحيث لا يمكن أن ينعقد العقد إلا بإتفاق إرادتين (عقوني، 2017، ص100).

- أما فيما يخص تعريف القبول الإلكتروني من الناحية القانونية نجد أن المشرع الجزائري قد أغفل عن وضع تعريف للقبول وهذا ما فعله مع الإيجاب، حيث اكتفى بذكر الطرق التي يتم بها التعبير عن الإرادة وذلك في نص المادة 60 من ق م.

- أما بالنسبة للاتفاقيات الدولية فنجد أن المادة 18-1 من اتفاقية فيينا لسنة 1986 للبيع الدولي للبضائع عرفت القبول " يعتبر قبولاً أي بيان أو أي تصرف آخر صادر من المخاطب يفيد الموافقة على الإيجاب."

- وقد نصت المادة 11-1 من قانون الأونسترال النموذجي على جواز أن يكون قبول العرض برسالة البيانات (نجاعي ، موساوي ، ص 28)، ولقد أضافت المادة 14-1 من القانون أنه تنسب إرادة القبول إلى المتعاقد إذا كان هو الذي أرسلها عبر تقنيات الإتصال الحديثة سواء بنفسه أو بواسطة نائب عنه (نجاعي ، موساوي ، ص 28) .

- أما بالنسبة للقوانين المقارنة نجد قانون المبادلات الإلكتروني التونسي يعرف القبول في عقد التجارة الإلكترونية بأنه التعبير عن الإرادة إزاء الموجب الذي وجه للقابل تعبيراً معيناً عن إرادته قصد إحداث أثر قانوني معين، بحيث ينشأ القبول إذا قبل من وجه إليه هذا التعبير (عقوني ، ص101).

ثانياً- خصائص القبول الإلكتروني :

من خلال تعريف القبول الإلكتروني تظهر الخصائص التالية (جميبي، ص243):

- بما أن القبول الإلكتروني يتم من خلال خطاب إلكتروني فإنه يطلق على القابل المنشيء أو المرسل،
- كما أن التعبير عنه يتم عن بعد وذلك إلكترونياً بواسطة رسالة بيانات صادرة من المنشيء القابل من خلال نظم المعلومات،

- ويتطلب القبول أن يتم بواسطة إتصال لإرسال رسالة البيانات سواء كانت شبكة الأنترنت، برق أو تلكس،
- وهو أيضا كالإيجاب الإلكتروني يتم التعبير عنه من خلال خطاب إلكتروني يوجهه أحد الأطراف بواسطة رسالة بيانات.

- القبول الإلكتروني يقترب من عقود الإذعان وهو ذو صفة دولية . (لزعر وسيلة، دون ذكر السنة، ص 373).

2.1.2. طرق القبول في العقد الإلكتروني وإشكالاتها :

يتم التعبير عن القبول صراحة أو ضمناً سواء بالكتابة أو اللفظ أو الإشارة التي لا تدع شكاً على دلالتها على القبول وفي ذلك لا تشترط القواعد العامة شكلاً معيناً للتعبير عن القبول (لزعر وسيلة، 2018، ص 375) إلا

أن القبول في التعاقد الإلكتروني ونظرا لخصوصيته يتم بالعديد من الطرق، هاته الأخيرة والتي تطرح العديد من الإشكالات ، كما تطرح إشكالية السكوت كتعبير عن القبول الإلكتروني ومدى إرتباطه بمبدأ حسن النية.

أولا- طرق القبول في التعاقد الإلكتروني:

سبق الذكر في المحور السابق بأن طرق عرض الإيجاب الإلكتروني تكون إما عن طريق البريد الإلكتروني، من خلال صفحات الويب، أو عن طريق المحادثة أو المشاهدة عن طريق الفيديو ومن ثم يمكن القول بأن القبول الإلكتروني يكون بتلك الطرق أيضا ، والتعبير عن القبول الإلكتروني يكون من خلال الموقع الإلكتروني الذي عرض به الإيجاب الإلكتروني، وذلك باستخدام تطبيقات تفاعلية وهي برامج إلكترونية تعمل بشكل آلي وتلقائي في تلقي العروض، والقابل إذا قبل الإيجاب الإلكتروني فإن عليه الإستجابة للإجراءات والتفاعل مع هذا البرنامج مثل دخول القابل على أحد مواقع التسوق الإلكتروني.(جميعي، ص 246).

ثانيا- إشكالات طرق القبول في التعاقد الإلكتروني :

- ويثار بهذا الشأن العديد من الإشكالات أهمها:
- الحالة التي يتطلب البرنامج النقر لمرّة ثانية غايتها تأكيد القبول منعا لأي خطأ فيكون على القابل النقر لمرّة ثانية لإتمام العقد، فهناك خلاف بين الفقهاء حول أي من النقرتين تعد موافقة(جميعي، ص 274).
- وقد أثار رأي من الفقه مشكلة تتعلق بإثبات القبول بالنقر على الأيقونة المخصصة للموافقة للإعتداد بتلك النقرة كدليل كتابي كامل، والإعتداد بتلك المحررات التي يتم توقيعها بواسطة الحاسوب التي تحوي على خانة يضع المتعاقد الرقم السري الخاص ببطاقته الإثنتمانية فيها، بالإضافة إلى إستخدام التوقيع الإلكتروني الذي تصدره الجهات المختصة (جميعي، 2000، ص 39).

ثالثا- إشكالية السكوت للتعبير الإلكتروني عن القبول ومبدأ حسن النية:

- كما تثار إشكالية مدى صلاحية السكوت للتعبير الإلكتروني عن القبول، فالأصل أن السكوت في حد ذاته مجردا من أي ظرف ملابس له، لا يصلح أن يكون تعبيرا عن الإرادة طبقا لقاعدة لا ينسب لساكت قول.(عقوني ، ص 105)

ووفقا للقواعد العامة التي تضمنها القانون المدني في نص المادة 68 منه إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن ينتظر تصريحاً بالقبول فإن العقد الإلكتروني يعتبر قد تم، إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب، ويعتبر السكوت في الرد قبولا إذا إتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه.

ومن خلال نص المادة نجد أن الفرضين غير مألوفين في العقود الإلكترونية لحدائتها، حيث لا مجال هناك للعرف في التعاقد الإلكتروني، أما في حالة إذا كان الإيجاب تمخض لمنفعة من وجه إليه ، كما لو كان عقد تبرع فلا يكون هناك أي إلتزام على عاتق من وجه إليه الإيجاب، أما الفرضية الثالثة فنجد لها حضور في مثل هذه العقود بحيث يعتاد المستهلك التعامل مع متجر إفتراضي عن طريق البريد الإلكتروني أو مواقع الويب.(عقوني ، ص 105، 106)

وعند الرجوع إلى جل التشريعات الدولية أو الوطنية المتضمنة المعاملات الإلكترونية لا نجد أي نص يشير إلى إعتبار السكوت وسيلة يعتد بها للتعبير عن القبول(عقوني ، ص 106)، إلا أن من مستلزمات مبدأ حسن النية إعتبار السكوت قبولا إذا أحاطت به ظروف ترجح دلالاته على القبول (جبار ، ص109)، غير أنه يصعب تطبيق أحكام السكوت الملايس في العقد الإلكتروني ، نظر لكون العروض توجه إلى كافة المستهلكين ، فيكون من المستحيل القول أن سكوت كل من وصلت إليه يعتبر قبولا(جبار ،ص110)، كما أن مبدأ حسن النية يتطلب

الإعتداد بالإرادة الحقيقية في حالة عدم توافقها مع التعبير لغلط فيه، وبناء على ذلك أخذ المشرع بنظرية الإرادة الباطنة كقاعدة عامة وبنظرية الإرادة الظاهرة كاستثناء بالحد الذي يقتضيه إستقرار المعاملات .

2.2. إشكالات الإخلال بمبدأ حسن النية المرتبطة بشروط القبول الإلكتروني وآثارها :

يجب أن يتوفر في القبول الإلكتروني عدة شروط وكل شرط منها يتمخض عنه العديد من الإشكالات المرتبطة بمبدأ حسن النية ، أهمها:

1.2.2 مبدأ حسن النية ووجوب أن يكون الإيجاب الإلكتروني مازال ساريا:

حيث أكد المشرع الجزائري بأنه إذا عين أجل للقبول إلترزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الأجل ويحدد الأجل من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة(عقوني ، ص102)، والإيجاب يبقى قائما في المعاملات الإلكترونية في العديد من الحالات وهذا ما قضى به مشروع العقد النموذجي الإلكتروني الذي أعدته لجنة اليونيسترال وذلك في البند 3-2-4 بالقول على أنه يعتبر القبول مقبولا إذا تسلم مرسل هذا الإيجاب قبولا غير مشروط للإيجاب خلال التوقيت المحدد.(عقوني ، ص102)

ويرتبط هذا الشرط بالعديد من الإشكالات المتمخضة عن الإخلال بمبدأ حسن النية منها :

- إشكالية صدور القبول في غير الميعاد الذي يحدده الموجب أو في حالة عدم تحديد ميعاد أصلا، فيجب أن يصدر قبل فوات فترة معقولة تستخلص مدتها من ظروف الحال وطبيعة المعاملة.

- إشكالية عدول الموجب عن إيجابه في الفترة بين صدور الإيجاب وصدور القبول.(جميعي، ص 255)

- إشكالية الإيجاب بالمراسلة، وهو ما عالجه المادة 20 من إتفاقية فينا 1980 والذي يبدأ سريان مدته من لحظة تسليم البرقية للإرسال أو من التاريخ المبين بالرسالة أو إذا لم يكن التاريخ مبينا بها فمن التاريخ المبين على الغلاف.

- كما تطرقت الإتفاقية إلى إشكالية القبول المتأخر في إنتاج أثره ، مالم يخطر الموجب الموجه إليه الإيجاب بأن إيجابه غير قائم وذلك لعدم تفويت فرصة الموجب في التعاقد، وتطرقت لها في نص المادة 21 منها .

-إذا تبين من الرسالة أو الوثيقة المتضمنة قبولا متأخرا أنها قد أرسلت في ظروف ظهر معها أنه لو كان إيصالها قد جرى بشكل اعتيادي لوصلت إلى الموجب في الوقت المناسب، فإن هذا القبول المتأخر لا ينتج آثاره إلا إذا قام الموجب دون تأخير بإخبار المخاطب شفويا بأن الإيجاب قد إعتبر ملغيا أو أرسل إليه إخطارا بهذا المعنى.(جميعي، ص 256).

2.2.2 مبدأ حسن النية ووجوب تطابق القبول الإلكتروني بالإيجاب الإلكتروني دون أي تحفظ أو شروط من القابل:

حيث تنص المادة 66 ق م ج على أن القبول الذي يغير من الإيجاب يعتبر إيجابا جديدا وبالتالي لا ينعقد العقد إلا إذا كان القبول مطابق للإيجاب، وحتى يعتبر الإيجاب مطابق للقبول يجب أن يتضمن أي تعديل فيه سواء زيادة أو نقصان، وهو ما سارت عليه جل التشريعات المقارنة وما أكدته إتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع المادة19-1.(عقوني ، ص102)

ونص المادة 19 المذكور أعلاه يثير مشكلة تفيد أن البيانات التي عدتها المادة على سبيل الحصر تدل على أن تلك العناصر على سبيل المثال وليس الحصر.(جميعي، ص 257 .)

إشكالية التعبير الضمني للقبول الإلكتروني الذي يتم عن طريق أجهزة وبرامج إلكترونية تعمل آليا وأسس استيعاده مقارنة بالقبول الإلكتروني الصريح.

3.2.2 مبدأ حسن النية ووجوب أن يكون القبول باتا جازما:

الأصل أن تطابق القبول مع الإيجاب كفيلاً بحد ذاته لإبرام العقد، إلا أن بعض التشريعات في العقود الإلكترونية وبغية حماية المستهلك درجت على إعطاء الحق للمستهلك في العدول عن قبوله وإعادة السلعة إلى البائع وهو ما قضى به قانون حماية المستهلك الفرنسي (العقوني ، ص 103، 102) وإشكالية العدول عن القبول الإلكتروني عالجتها أيضاً المادة 22 من إتفاقية فيينا 1980 " يجوز سحب القبول إذا وصل طلب السحب إلى الموجب قبل الوقت الذي يحدث فيه القبول أثره أو في نفس الوقت" (جميعي، ص 266 .) إلا أنه وعلى الرغم من تلك القواعد لا يجوز العدول عن القبول الإلكتروني حال استخدام نظام تفاعلي إذ بمجرد الضغط على الأيقونة الخاصة بالموافقة ينعقد العقد بالشكل الذي تطلبه الموجب.

الخاتمة:

في الأخير ومن خلال ما سبق ذكره فإن خصوصية التعاقد الإلكتروني تقتضي أن يبرم العقد عن بعد بين متعاقدين غير متكافئين أحدهما قوي وهو المنتج أو المهني وآخر ضعيف وهو المستهلك والذي وجد حمايته وكل ذلك بناء على مبدأ حسن النية والذي يعتبر أساس إلزامية التعبير عن الإرادة سواء كان إيجاباً أو قبولاً، وبالتالي فإن طبيعة هذا التعاقد الإلكتروني وكذا طبيعة مبدأ حسن النية هي التي تطرح العديد من الإشكالات خصوصاً ما تعلق منها بوجود التراضي أهمها:

مشكلة اللغة باعتبار أن هذا النوع من التعاقد دولي، صعوبة التأكد من شخصية المتعاقد وهويته، مشكل القبول والضغط على الأيقونة مرتين، مشكلة مدى اعتبار السكوت في التعاقد الإلكتروني قبولاً بناء على حداثة المعاملات الإلكترونية وبالتالي لا وجود للعرف إلخ.

ومبدأ حسن النية كسلوك تنظيمي يقتضي إلزام صاحب التعبير عن الإرادة ، وذلك لحماية الثقة المتبادلة للطرفين ومراعاة لإستقرار المعاملات الإلكترونية ، إلا أن المشرع الجزائري لم يهتم بمبدأ حسن النية في المرحلة التمهيدية للتعاقد الإلكتروني وإنما أخذ به بمفهومه الموضوعي بنصه على ضرورة تنفيذ العقد بحسن نية ، أي يقتصر تطبيقه على مرحلة تنفيذ العقد، وهذا ما يعاب عليه .

ومنه فإنه على الرغم من ارتباط الأحكام العامة للتعاقد التقليدي بالتعاقد الإلكتروني وكفالة المشرع لحماية مصالح المتعاقدين خاصة المستهلكين الإلكترونيين بإعتماده على فكرة الرضا الواضح إلا أن هذا غير كافي لتنظيم المعاملات الإلكترونية بسبب خصوصية هذه الأخيرة وما تستلزمه من ضرورة توافر مقتضيات الشفافية التي إذا لم تراعى تعتبر إخلالاً بمبدأ حسن النية، مما يجعل المشرع مطالباً بتوفير بيئة مناسبة لهذا النوع من التعاقد بإصدار ترسانة من القوانين الخاصة ومسايرة تطور القوانين الإلكترونية الأجنبية بإصدار قانون كامل ومستقل ينظم المعاملات الإلكترونية بجميع أبعادها مع تأكيده على ضرورة توافر مبدأ حسن النية في جميع التصرفات والمعاملات التي تبرم، وليس مواد متفرقة وغير منسجمة ولا متكاملة.

قائمة المراجع:

المؤلفات :

- أمانج رحيم أحمد، 2006، التراضي في العقود الإلكترونية عبر شبكة الأنترنت، دراسة تحليلية مقارنة، الأردن: دار وائل للنشر والتوزيع.
- بن سعيد لزه ، 2012، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، الجزائر : دار هومة للطبع والنشر والتوزيع.
- جميعي حسن عبد الباسط، 1998، عقود الحاسب الآلي، مصر : دار النهضة العربية القاهرة .

- جميعي حسن عبد الباسط، 2000، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الأنترنت، القاهرة : دار النهضة العربية .
- حجازي عبد الفتاح بيومي ، 2003، مقدمة التجارة الإلكترونية العربية ، مصر : دار الفكر الجامعي .
- خليفة محمد سعد ، 2005، مشكلات البيع عبر الأنترنت، مصر : دار النهضة العربية .
- الرومي محمد أمين ، 2005، التعاقد الإلكتروني عبر الأنترنت، مصر : دار المطبوعات الجامعية.
- فيلاللي علي ، 2013، الإلتزامات النظرية العامة للعقد، الجزائر : موفم للنشر.

الرسائل الجامعية:

- جبار سماح، 2018، القيمة القانونية للعنصر الأخلاقي في العقود الخاصة، رسالة علمية للحصول على درجة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان.
- جميعي حسن عبد الباسط ، 2015، المشكلات المتعلقة بالتعاقد الإلكتروني في المراحل السابقة على العقد ومراحل إبرام العقد، رسالة علمية للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة .
- عنادل عبد الحميد المطر، 2009، التراضي في العقد الإلكتروني، رسالة للحصول على دكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس مصر.
- نجاعي آمال و موساوي لامية، التراضي في العقد الإلكتروني، 2013، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، جامعة بجاية .

المقالات :

- علوان رامي محمد ، 2010، التعبير عن الإرادة عن طريق الأنترنت وإثبات العقد الإلكتروني، مجلة المحامي ، المملكة العربية السعودية.
- عقوني محمد، الإيجاب والقبول في العقد الإلكتروني، 2017، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد 07، ص 90-110.
- لزعر وسيلة، القبول في التعاقد الإلكتروني، 2018 ، مجلة العلوم القانونية والإجتماعية، جامعة زيان عاشور الجلفة، العدد 09، ص 370-391 .

النصوص القانونية:

القوانين الأساسية:

- التعديل الدستوري لسنة 1996 الصادر بالمرسوم الرئاسي رقم 438-96 بتاريخ 1996/12/07، المنشور بالجريدة الرسمية رقم 76 بتاريخ 1996/12/08.

المراسيم الرئاسية :

- المرسوم الرئاسي رقم 20-251 المؤرخ في 15 سبتمبر 2020، والمتضمن إستدعاء الهيئة الانتخابية للإستفتاء المتعلق بمشروع تعديل الدستور والمرفوق بنص مشروع تعديل الدستور / الجريدة الرسمية عدد 54 لسنة 2020.

النصوص التشريعية:

- الأمر 75-58 المؤرخ في 16 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، منشور بالجريدة الرسمية عدد 78 لسنة 1975.
- قانون 15-04 المؤرخ في 01 فيفري 2015 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، الجريدة الرسمية عدد 6 لسنة 2015.

قوانين مختلفة:

- القانون النموذجي حول التجارة الإلكترونية الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للتجارة الأونسترال بتاريخ 1996/01/16.