

التعاقد بين غائبين في ظل القانون 05.53

المختار بن أحمد عطار

أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بمراكش

محام لدى محكمة النقض

تعتبر التصرفات القانونية وتوثيقها أساس تحقيق الثقة في المعاملات، لأنها تسهم في لدورة الاقتصادية وتشجع الاستثمارات وتضمنها لأنها بمثابة القيمة في العلوم الاقتصادية.

ووسائل الاتصال الحديثة إذا اعتمدت في مجال التصرفات القانونية وتوثيقها تثير إشكالات قانونية لا منتهية منها : الأمان القانوني في مجال التفاوض وإبرام العقود، ذلك أن انتشار وسائل الاتصال الحديثة جعلت المجتمعات التي نعيشها سوقا حرة، وازدهرت نتيجة العولمة عقود كثيرة تم عبر الأنترنيت كالشراء المخطط والشراء العفوبي والعقد الإلكتروني، وغدت الكتابة مع وسائل الاتصال تتخطى المكتوب لتعانق المنطوق والمسموع والمسمى، الأمر الذي يطرح التساؤل التالي: هل بإمكان القواعد العامة في نظرية للتزامات مواجهة المستجدات العلمية أو الظاهرة القانونية الجديدة، لأن إنسان الإنترنيت قد يكون بمقدوره الحضور عن بعد في أية لحظة، ذلك أن وسائل الاتصال الحديثة تتميز بأسلوب الاقتصاد في الوقت لإبرام التصرفات القانونية.

ودرسة موضوع التعاقد بين غائبين في ظل القانون 05.53 (المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية) تتطلب بحث مسألتين: الأولى تتعلق باستعراض إشكالية التعاقد بين غائبين في ضوء وسائل الاتصال الحديثة (الفصل الأول)، والثانية تتناول المذاهب الفقهية والتشريعية لحل المسألة (الفصل الثاني).

المبحث الأول

عرض مسألة التعاقد بين غائبين في ضوء وسائل الاتصال الحديثة

إن السؤال الملحق الذي يتعين الإجابة عليه هو كيفية توثيق التصرفات القانونية بوسائل الاتصال الحديثة، وقبلها كيفية تصور انعقاد العقد الإلكتروني وزمانه، سؤال ثالث يكمن في كيفية تصور هذه الوسائل من الناحية القانونية^١.

إن الوسائل التقنية تؤثر كثيراً في الوسائل القانونية لأن الثانية انتظمتها التشريعات والأولى ما زالت تتأتى إلى حد ما عن التنظيم القانوني على الأقل في الدول المتنامية، الأمر الذي يطرح في باب توثيق التصرفات القانونية إشكالية وكيفية الحكم في وسائل التقنية، كما يطرح تساؤل خامس : هل النصوص القانونية في قانون الالتزامات والعقود تستطيع استيعاب وسائل الاتصال الحديثة؟

إن الفلسفة العامة لظهور الالتزامات والعقود تمكن من ميلاد المبادئ القانونية لاتصافها بصفة التجريد والعموم بسبب منطق قواعدها وهذا راجع لوحدة مدلولها؛ ولذلك فهي في تغير مستمر تبعاً للظروف الاقتصادية والاجتماعية ومبادئ النظام العام والأداب العامة، وإن كان يلاحظ أن قانون الالتزامات والعقود من أكثر النظريات تمعناً بالبيان والاستقرار لما تتوفر عليه من التجريد.

ونعتقد أن النظرية العامة للالتزامات تقبل التعايش مع ظروف العولمة لأنها من أكثر النظريات تقبلاً للمبادئ القانونية المستجدة وقابلية للتوجيد، ذلك أن الهاتف المحمول على سبيل المثال رسم للإنسان ما يسمى بجغرافية الاتصال الدائم، وأصبح الإنسان أكثر رغبة في أن يكون مرتبطاً دائماً وباستمرار نتيجة الخوصصة عبر التنقل، وازدهرت وبالتالي الحركة دون خط، وبتطور وسائل الاتصال الحديثة توسيع دائره المدن

^١ المختار بن أحمد عطاء، العقد الإلكتروني، مطبعة التجاج الجديد، شهر ديسمبر ٢٠١٠، ص ٩٥٨.

لتجعل من الأماكن المعزلة أماكن قابلة للسكن، وجعلت الرأسمالية الذكية الأجيال الشابة تستريح إلى خدمة هذه الوسائل وأصبح من الامفکر فيه العيش دون هاتف محمول.

ولقد أدى تطور وسائل الاتصال الحديثة وبناء شبكة المعلومات إلى جعل العالم مدينة صغيرة وتجاوزت المعارف القانونية التقليدية والتي أوجدت لنا ظاهرة المعلومات القانونية، الأمر الذي أدى إلى نشوء معارف جديدة ومشاكل مستحدثة.

ومن المفاهيم التي تأثرت بنظام المعلومات مفهوم العقد ونظام المسؤولية المدنية في ظل العقود الإلكترونية وطرق الإثبات.

ويلاحظ أنه منذ ستينيات القرن الماضي ظهر إلى مسرح العقود قانون الفضاء الإلكتروني الذي يستغني عن الكتابة الورقية التي سبقت ظهور المدنية وعاصرتها، هذا القانون الذي لم يستطع التخلص من الضوابط التي تحكم الكتابة الورقية؛ ذلك أن التعبير عن مبدأ سلطان إرادة المتعاقد يتطلب منه أن يكون قادراً على استعمال الأجهزة التي تسخر لهذا التعاقد، وأن يكون بمقدوره تأمين سلامتها وتواصلها؛ هذه الوسائل التي قلصت عنصر الزمان والمكان في هذا النوع من التعاقد الذي يغيب فيه التواجد المادي لأطراف العقد لأن الوسيط الإلكتروني يقوم بنقل التعبير عن الإرادة مسماً ومرئياً.

والقوانين التي تناولت العقد الإلكتروني لم تفرده بأركان وشروط خاصة، مما يطرح التساؤل التالي : هل يظل العقد الإلكتروني خاضعا للنظرية العامة للعقود أو نحكمه القواعد الخاصة لإبرام العقد الإلكتروني؟ ومن هنا يخطر على عديم الأهلية وقادتها على سبيل المثال إبرام أي عقد ينظم الخدمات التي يسخرها الانترنيت كعقد لقانون الفضاء الإلكتروني بامتياز والذي أصبح وسيلة اتصال وسلطة اتصال جديد وجمع بين الإعلام والكتاب¹.

¹ المؤسس محمد عبيات، ثبت المعرف الإلكتروني 2005، ص 24.

ومنه عن هذه في العقود الحديثة تعدد اليوم من اهم
دوراته واعتمادها مبدأ سلطان الإرادة الفاعل في الاتصال
وهي مكتوبة ولي كانت الدعامة الإلكترونية أزالت العدود العصرافية
وأمر ولسرية المضافة وتنم في إطار افتراضي واقعي.
ويلاحظ أن وسائل الاتصال الحديثة فرضت أنواعاً كثيرة من
بواسطها أصبحنا نعيش عصر المعرفة العابرة للقارات، ونجد
إنسار مشاهدة الحركة بشكل يفوق مشاهدته للموضوعات النابضة
وعيه، فإن العولمة التي تزحف علينا تتناول مجال القانون وغير
العقد جزء من هذه المنظومة، لتواكب المبادئ القانونية المعاصرة
المعلوماتية، فلى عهد قريب لم نكن نحلم بإختراع جهاز يمكن
الناس عن بعد، واليوم بإمكاننا أن نلمس عن بعد بواسطة قفازات
للمعطيات أي قفازين لتبادل الإشارات بين شخصين على بعد آلاف
الكيلومترات، كما اخترعت أجهزة تمكن من اللمس عن بعد، الشيء
الوحيد الذي يمتنع علينا اليوم هو التذوق عن بعد، إذ يستحيل علينا
شرب عن بعد لأن التذوق هو الحاسة الوحيدة التي لا تزال تقاوم النقل
الخارجي عن بعد؛ وسيكون إنسان الأنترنت بمقدوره الحضور عن بعد في
أية لحظة.

المبحث الثاني

المذاهب الفقهية والتشريعية لحل إشكالية التعاقد بين غائبين

إن التصرفات القانونية التي تم بوسائل الاتصال الحديثة هي نوع
خاص من التعاقد، فهي لا تشبه تماماً التعاقد بين حاضرين ولا التعاقد
بين غائبين، ذلك أنه يلتقي مع التعاقد بين حاضرين لأنه لا يفصل أجل
مسار بين صدور الإيجاب وقبوله، فالمتعاقد الموجه إليه الإيجاب يتغير
عليه التعبير عن إرادته فوراً وكأنهما في مجلس واحد، ومثل هذا التعاقد

أ. د. سعيد عواد: تغير عن الإرادة عن طريق الانترنت وأشكال التعاقد الإلكتروني، مجلة الحقوق، 2002، عدد 265.

حيث الرغب هو تعاقد يمس حاضرهم ولكل منهما الطر في هدفه
تعاقدهما مكان تواجدهما يختلف أحدهما عن الآخر وتحدد بهما
نقطة، ولذلك يسمى التعاقد بين عالمين^١

والنظريّة الإسلاميّة في التعاقد بين عالمين تشرط أن يتم بين
شخصين متبعدين وأن لا يقطع بينهما دوام الصلة وأن لا يقطع حبل
التعاقد حيث إذا لم تتوفر هذه الضوابط انصر التعبير عن الإرادة كان لم
يكن.

ولذا، فإن هذا النوع من التعاقد ليس غريباً عن الفقه الإسلامي،
وفي هذا الباب يقول الإمام أبو إسحاق الشاطبي رحمه الله : "لو تناديا
وهما متبعدان وتباعيا صحي البَيْعُ بِلَا خِلَافٍ".

والواقع أن العقد الإلكتروني يوصف بأنه من عقود الغائبين ويتميز
بأن طرفيه يفترقان مكاناً ويجتمعان زماناً بواسطة المشاهدة أو المحادثة
الكتابية.

وتتحكم في العقد الإلكتروني بين غائبين عدة مذاهب أشهرها
مذهب إعلان القبول، ومذهب تصدير القبول، ومذهب تسلمه القبول،
ومذهب إعلان القبول^٢.

المطلب الأول: مذهب إعلان القبول

إن زمان انعقاد العقد الإلكتروني حسب مذهب الإعلان يُرد إلى
الوقت الذي يعلن القابل عن قبوله بتحريره إياه وإرساله إلكترونياً وذلك
بالضغط على المكان المحدد للقبول وعندما يتحدد زمن القبول أمام مكان
القبول فهو محل وجود القابل.

^١ المرتضى بن أحمد عطاء: "توثيق العقود والعقود"، بحث منشور في كتاب توثيق التصرفات الفقهية
المطبعة والوراثة الوطنية، مراكش، 2005 ص 41.

^٢ مر عبد الحميد مصود البغوي: الطبيعة المميزة لعقود وضوابطها في الفقه الإسلامي والتقويم المنشئ
الجزء الأول، مكتبة وهبة المطبعة الأردنية 1413 هـ 1992 م ص 148-149.

ومن تبعنا لآراء فقهاء الشريعة الإسلامية نجد أن العقد يبرر غائبين بمجرد القبول^١، وتبينوا نظرية إعلان القبول مع بعض الاختلاف فيما يتعلق بخيار المجلس، لذا نتعلق آملاً كبيرة على أول بعثة تناح للمشرع أن ينص صراحة فيما يتعلق بانعقاد العقد بين غائبين فرصة مبدأ إعلان القبول، وأن العقد ينعقد بمجرد القبول اعتماداً على مبدأ غائز على القبول في التعاقد بين غائبين وهو المذهب الذي كان معتمداً قبل إعلان قانون الالتزامات والعقود حيز التطبيق.

المطلب الثاني: مذهب تصدير القبول

إن العقد الإلكتروني ينعقد وفق هذا المذهب بمجرد أن يتخلل القابل عن قبوله، لأن بفعله هذا يغدو التعبير عن إرادته ظاهرة اجتماعية انفصلت عنه^٢، وإرسال القبول يستوي أن يتم بأية طريقة، لكن إذا قام حادث إلكتروني كما لو تعطل الجهاز المعتمد في التعبير عن إرادة القابل فإن انعقاد العقد يكون مسرحاً لتأويلات تستقر على ذمة من يتحمل مسؤولية انعقاد العقد أو عدم انعقاده.

ويرى بعض الفقه أن مذهب تصدير القبول يجاري التصرفات القانونية في عصر العولمة وإن كانت بعض التشريعات تختلف في هذا الموضوع بين مذهب إعلان القبول ومذهب تسلم القبول ومذهب العلم بالقبول ومذهب تصدير القبول.

ونعتقد أن مذهب تصدير القبول يحقق الاستقرار والطمأنينة والعدالة في مجال التصرفات القانونية وتحقق به سرعة التصرف ويطمئن المتعاقدون على تصرفاتهم القانونية.

^١ قرارات وتصصيات مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي للدورات 1-14. والقرارات

1404-1423هـ 198-2003م ص 182.

^٢ د. المختار عطار النظيرية العلامة للالتزامات في ضوء القتون المغربي، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى 1432هـ 2011م ص 126 و 127.

المطلب الثالث: مذهب تسلم القبول

وفق هذا المذهب، ينعقد العقد الإلكتروني إذا تسلم الموجب رسالة القبول، ويستوي أن يطلع عليها بواسطة النقر أو غيره وسيان أن يطلع على مضمون القبول أو لم يعلم به¹.

ولقد أقر مجمع الفقه الإسلامي أن العقد ينعقد بمجرد وصول الرسالة أي رسالة القبول.

ويرى بعض الفقه أن مذهب تسلم القبول هو الأسلوب الذي يتعين إعتماده في انعقاد عقود الويب لأن القابل تتفق وإرادة الموجب الذي يعلن عن عنوانه الإلكتروني ليكون بمقدور المتعامل معه التواصل بهذا الأسلوب.

ويمقتضى القانون 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، يشترط لصحة إبرام العقد أن يكون من أرسل العرض إليه قد تمكن من التتحقق من تفاصيل الإذن الصادر عنه ومن السعر الإجمالي ومن تصحيح الأخطاء المحتملة وذلك قبل تأكيد الإذن المذكور لأجل التعبير عن إرادته.

وعلى الموجب إشعار القابل بطريقة إلكترونية ودون تأخير غير مبرر بتسلمه قبول العرض الموجه إليه، ويصبح المرسل إليه فور تسلم العرض ملزماً به بشكل لا رجعة فيه. ويعتبر قبول العرض وتأكيده والإشعار بالتسلم متوصلاً به إذا كان بإمكان الأطراف المرسلة إليهم الولوج إليه ومعنى هذا أن المشرع في حفل العقد الإلكتروني ينهج مذهب تسلم القبول².

وفي هذا الباب، تنص الفقرة الثانية من المادة 12 من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع لسنة 1980 على هذا المذهب بقولها: "يحدث قبول الإيجاب أثره من اللحظة التي يصل إلى الموجب ما

¹ د. المختار عطار، النظرية العامة للالتزامات م.س. ص 134-135.
² د. المختار عطار، م.س ص 135.

يفيد الموافقة، ولا يحدث القبول أثراه إذا لم يصل إلى الموجب خلال المدة المتفق عليها أو خلال مدة معقولة في حالة عدم وجود هذا الشرط.¹

المطلب الرابع: مذهب العلم بالقبول

في فلسفة هذا المذهب إذا قورن بغيره يستوي علم الموجب على برهان القابل، والعقد يتراخي انعقاده إلى لحظة إطلاع الموجب على علامة الإلكترونية.

ويرى بعض الباحثين¹ أن موقع النشاط التجاري يحتوي على شروط التعاقد، ويعتبر مجرد طلب البضاعة في حد ذاته قبول، لأنّه في هذه الفرضية ليس هناك قبول سبقه بإيجاب ولو لم يتدارس المتعاقدون بنص العقد ومع ذلك يعتبر العقد منعقد.

ولقد اعتمد قانون التجارة الإلكترونية الأردني قواعد غایة في الدقة لتحديد مكان وزمان إبرام العقد الإلكتروني؛ وهكذا قررت المادة 13 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2001 أن رسالة المعلومات تعتبر وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة المقبولة قانوناً لإبداء الإيجاب أو القبول بقصد إنشاء التزام تعاقدي.

وتذهب المادة 17 من القانون المذكور أن رسالة المعلومات تعتبر أرسلت من وقت دخولها نظام معالجة المعلومات إذا كان لا يخضع لسيطرة المنشئ أو الشخص الذي أرسل الرسالة نيابة عنه ما لم يتفق المنشئ أو المرسل إليه على غير ذلك.

وإذا كان المرسل إليه قد حدد نظام معالجة معلومات لتسليم رسائل المعلومات، تعتبر الرسالة قد تم عند دخولها إلى ذلك النظام، فإذا أرسلت الرسالة إلى نظام غير الذي تم تحديده فيعتبر إرسالها قد تم منذ قيام

¹ المحامي يونس عرب، البنوك الإلكترونية، الجزء الثاني، مجلة البنوك، العدد 19 - العدد 4 أيار 2009 ص 16.
د. لورنس محمد عبيات، م.س ص 44.

المرسل إليه بالإطلاع عليها لأول مرة (المادة 17 من قانون التجارة الإلكتروني الأردني).

وإذا لم يحدد المرسل إليه نظام معالجة معلومات لتسليم رسائل المعلومات فيعتبر وقت تسلم الرسالة عند دخولها إلى أي نظام معالجة مع معلومات تابع للمرسل إليه.

وتعتبر رسالة المعلومات قد أرسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ وأنها استلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه، وإذا لم يكن لأي منها مقر عمل يعتبر مقر إقامته مقرًا لعمله ما لم يكن منشئ الرسالة والمرسل إليه قد اتفقا على غير ذلك.

وإذا كان للمنشئ أو المرسل إليه أكثر من مقر لأعماله فيعتبر المقر الأقرب صلة بالمعاملة هو مكان الإرسال أو التسلّم، وعند تعذر الترجيح يعتبر مقر العمل الرئيسي هو مكان الإرسال أو التسلّم (المادة 18 من القانون 85 لسنة 2001).

خاتمة

نرى في الختام أن العولمة اكتسحت فضاءات تصرفاتنا القانونية وأن القانون والعقد جزء منه سيغدو لا جنسية له، وأصبحت ديمقراطية النصوص القانونية عالمية نتيجة انفجار برkan المعلومات باستمرار، وأعتقد أنأخذ الحلول للعقد الإلكتروني من القوانين الأجنبية سيعطل تطورنا القانوني، ولذا يجب أن ننتج حداثتنا القانونية بمعزل عنها لأننا نستطيع أن نفكر وأن نشارك بهذا التفكير وأن لا نحتضن الماضي، بل نجعل منه جزءاً من ثقافتنا وذلك لنعيش حياة كريمة في إطار أنسنة العولمة.