تاريخ الإرسال: 2018/03/29 تاريخ القبول:2018/10/01

الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني

The legal Nature of Electronic Contract

د/ بن السيحمو محمد المهدي د/ مهداوي عبد القادر
B_med_elmehdi@yahoo.com amksaa@yahoo.fr
جامعة العقيد احمد دراية أدرار

الملخص:

يعد العقد الإلكتروني أهم وسيلة من وسائل التجارة الإلكترونية، وذلك لتميزه بمجموعة من السمات والخصائص التي تميزه عن غيره من العقود التقليدية، لكونه مبرم في بيئة افتراضية غير مادية، وعبر شبكة اتصال لا تعترف بالحدود الجغرافية للدول.

والتجارة الإلكترونية قد فرضت نفسها على المستوى العالمي؛ حيث أصبحت واقعا عملياً لما لها من أهمية في توفير الوقت والجهد والتقليل من النفقات، الأمر الذي يستدعي ضرورة إيجاد تنظيم تشريعي لهذا النوع من العقود، يعمل على حماية المستهلك من الغش والاحتيال الذي قد يتعرض له بمناسبة إبرام مثل هذا النوع من العقود، وعن أهمية هذه الدراسة فإنها تكمن في كون التعامل بها قد أصبح يزداد يوما بعد يوم، حيث أضحى التعاقد الإلكتروني من الأمور المفروضة على الأفراد وحتى الدول، وهذا لما يحققه من توفير للوقت والجهد والمال.

الكلمات المفتاحية: العقد، الإلكتروني، المستهلك، الإبرام، التنفيذ، المنتج.

Abstract

Electronic contract is the most important means of electronic commerce because it has a set of characteristics that distinguish it from the traditional contracts and because it is concluded in a non-physical virtual environment and through a network which doesn't recognize the geographical borders of countries. Electronic commerce has imposed itself globally; it has become a practical reality because of its importance in saving time and efforts and reducing expenditure, which necessitates the need to create a legislative regulation for this type of contract. That legislative regulation would protect the consumer from the fraud that he may

suffer from when concluding such a contract. The importance of the current study lies in the fact that dealing with electronic contract is so increasing that it has become a reality imposed on individuals as well as countries as it saves time, efforts and money.
Key words: electronic contract, consumer, conclusion, execution, product

مقدمة:

إن التطور التكنولوجي السريع والمذهل الذي نعيشه الآن، قد أدى إلى ظهور أساليب جديدة لإبرام العقود لم تكن معروفة من قبل، وقد تطورت هذه الأساليب وما زالت تتطور، ومن أهم هذه الأساليب التعاقد الإلكتروني الذي ظهر بميلاد التجارة الإلكترونية؛ من أجل تسهيل عمليات التبادل التجاري، وانسياب حركة التجارة في سهولة ويسر، دونما تعقيد أو تأجيل حتى يلتقي طرفي التعاقد من دون بذل ادني جهد أو وقت أو مصاريف مالية، لذا فإنه لا مناص من التعاقد الإلكتروني.

وبالنسبة لهذا العقد فإنه يثير مجموعة من المشكلات فيما يخص تنفيذ المتعاقدين لالتزاماتهما، مثل التخلف عن التسليم أو تأخره، أو تسليم محل تتخلف فيه المواصفات المتفق عليها، وإذا كان المستهلك أحد الأطراف الأساسية في هذا النوع من العقود، يجب أن توفر له حماية قانونية خاصة، باعتبار أنه الطرف الضعيف، كما أن المستهلك ليست لديه الفرصة الكافية لمعاينة المنتوج، ضف إلى ذلك الحاجة الماسة في بعض الأحيان إلى السلع والخدمات التي يعرضها البائع، مما دفع بالبعض إلى تصنيف العقد الإلكتروني على أنه عقد إذعان[1]، من كل ما سبق فإن الحماية القانونية التي يجب أن يحظى بها الطرف الضعيف في مثل هذه العقود لن تتأتى إلا من خلال معرفة طبيعتها القانونية، لذا كان من الواجب علينا في البداية أن نتطرق إلى مفهوم هذا العقد، **(مطلب أول)**، ثم بعد ذلك نصل إلى تكييفه هل هو عقد مساومة أو إذعان**(مطلب ثاني)**.

المطلب الأول: مفهوم العقد الإلكتروني

إن أهم استخدام لشبكة الانترنت نقل المعلومات الكترونيا، الأمر الذي استغل من أجل إبرام العقود الإلكترونية، وإجراء مختلف المعاملات التجارية بين أشخاص متواجدين في أماكن مختلفة جغرافياً عن بعضها البعض، وعلى هذا فإن دراستنا لهذا المطلب

ستكون من خلال الوقوف على تعريف هذا العقد (**فرع أول**)، ثم بيان خصائصه(**فرع ثاني**).

الفرع الأول: تعريف العقد الإلكتروني

إذا كان العقد الإلكتروني يختلف عن غيره من العقود التقليدية، لارتكازه على العنصر الإلكتروني فإنه في الإطار العام لا يخرج عن كونه عقد يخضع للأحكام العامة للالتزامات، ومن هذا المنطلق سيتم التطرق إلى أهم التعاريف الواردة بشأنه في الفقه(**أولا**)، والتشريعات المقارنة (**ثانياً**).

اولاً: التعريف الفقهي للعقد الإلكتروني

لقد قدم الفقه مجموعة من التعريفات للعقد الإلكتروني، حيث ذهب جانب من الفقه[2] إلى تعريف العقد الإلكتروني بأنه:" اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب والقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد، وذلك بوسيلة مسموعة ومرئية بفضل التفاعل بين الموجب والقابل". ومما يلاحظ على هذا التعريف هو تحديد شكل الوسيلة الإلكترونية وذلك بأن تكون مسموعة ومرئية، لما يمكن أن يبعثه من طمأنينة وارتياحية في نفس المستهلك باعتباره الطرف الضعيف في هذا العقد. ومما يؤخذ على هذا التعريف هو اقتصاره للعقد الإلكتروني على العقد الدولي، وإهماله للعقود المحلية والتي يمكن أن نكون هي الأخرى عبر شبكة الانترنت، إضافة إلى ذلك فإنه لم يبين لنا النتيجة المترتبة على التقاء الإيجاب بالقبول، وهي إحداث اثر قانوني وإنشاء التزامات تعاقدية.

وقد تم تعريف العقد الإلكتروني[3] كذلك بأنه:" كل عقد تصدر فيه إرادة أحد الطرفين أو كليهما، أو يتم التفاوض بشأنه، أو تبادل وثائقه كلياً أو جزئياً عبر وسيط إلكتروني". لقد أنصب اهتمام هذا التعريف على الوسيلة التي يتم من خلالها التعاقد، وأهمل التطرق لمحل العقد.

ويعرف العقد الإلكتروني بأنه "عقد يبرم بمجرد تطابق الإيجاب والقبول عن طريق استخدام إحدى الوسائل الإلكترونية المعدة لذلك على إحداث أثر قانوني لإنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه"[4].

كما عرف العقد الإلكتروني كذلك بأنه:" عبارة عن عقد يتم إبرامه عبر وسائل الكترونية، أو هو ذلك العقد الذي يتم عبر شبكة الانترنيت وعن بعد، مع تمتعه بخصائص مختلفة عن التي تتمتع بها العقود التقليدية"[5].

ثانياً: التعريف التشريعي للعقد الإلكتروني لقد عرف المشرع الأردني العقد الإلكتروني من خلال المادة 02 من قانون المعاملات الإلكترونية رقم85 لسنة 2001 بنص صريح وواضح، على خلاف غيره من التشريعات العربية؛ حيث نص على أن العقد الإلكتروني هو ذلك:" الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائط إلكترونية كلياً أو جزئياً". من خلال هذا التعريف الذي تقدم به المشرع الأردني، يتضح أنه حدد المقصود بالعقد الإلكتروني من عدة أوجه، أنه عقد كغيره من العقود التقليدية، إلا أنه يكتسب الطابع الإلكتروني، وذلك من خلال الوسيلة التي يتم إبرامه بها، كما أن هذا العقد ينضم إلى طائفة العقود التي تتم عن بعد، حيث أن الإيجاب والقبول يتم بفضل التواصل بين الأطراف، بوسيلة مسموعة مرئية عبر شبكة دولية مفتوحة ومعدة للاتصال عن بعد، وبالتالي فإن تبادل الإيجاب والقبول لا يتم وجها لوجه وإنما عن طريق الشبكة[6].

وعرفته المادة 02 من قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي بما يلي:" المبادلات الإلكترونية هي المبادلات التي تتم باستعمال الوثائق الإلكترونية"، كما عرف ذات القانون التجارة الإلكترونية على أنها:" العمليات التجارية التي تتم عبر المبادلات الإلكترونية"[7]. من خلال هذا التعريف يتبين أن المشرع التونسي لم يقدم تعريف دقيق وواضح للعقد الإلكتروني، وإنما نجده قد اكتفى بتعريف التجارة الإلكترونية والمبادلات الإلكترونية.

وأيضا عرف المشرع المصري هو الأخر العقد الإلكتروني من خلال نص المادة01 من مشروع قانون التجارة الإلكترونية، بأنه:" كل عقد تصدر منه إرادة أحد الطرفين أو كليهما، أو يتم التفاوض بشأنه، أو قبول وثائقه كلياً أو جزئياً عبر وسيط إلكتروني"[8]. من خلال هذا التعريف يتضح أن المشرع المصري قد أسبغ وصف العقد الإلكتروني على مجرد المفاوضات إن تمت عبر وسيط إلكتروني[9].

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد عرف هو أيضا العقد الإلكتروني من خلال نص المادة 2/6 من قانون التجارة الإلكترونية[10] على أنه:" العقد الذي يتم إبرامه عن بعد، دون الحصول الفعلي والمتزامن لأطرافه باللجوء حصرياً لتقنية الاتصال الإلكتروني".

إذاً من خلال هذا التعريف الذي أورده المشرع الجزائري يتضح لنا أنه يقر بأن العقد الإلكتروني عقد كغيره من العقود التقليدية، إلا أنه يكتسب الطابع الإلكتروني، وانه ينضم إلى طائفة العقود التي تتم عن بعد.

ومن خلال كل تلك التعاريف السابقة نجد أن العقود الإلكترونية لم تقتصر على العقود التي تبرم عبر شبكة الانترنت، وإنما تتعداها إلى التعاقد الذي يتم عبر وسائل الاتصالات الإلكترونية الأخرى كالفاكس والتلكس، زيادة على هذا فإن العقد الإلكتروني يمكن أن يرد على كل أنواع السلع والخدمات التي لم يرد نص قانوني يمنع التعامل بها[11].

الفرع الثاني: مميزات العقد الإلكتروني

من خلال تلك التعاريف السابقة نجد أن للعقد الإلكتروني مجموعة من الخصائص والمميزات، التي تميزه عن غيره من العقود الأخرى، مع إمكانية اشتراكه في بعض الخصائص الموجودة في العقود التقليدية، وعلى هذا سنتطرق إلى أهم تلك الخصائص المميزة له، مثل خاصية الإبرام عن بعد**(اولاً)**، بالإضافة إلى السمة التجارية التي يتمتع بها**(ثانياً)**، وأخيرا فإن هذا العقد يكون في أغلب الأحيان دولياً**(ثالثاً)**.

اولاً: العقد الإلكتروني عقد يبرم عن بعد بما أن العقد الإلكتروني يبرم عبر شبكة الإنترنت، إذاً فهو من العقود التي تتم عن بعد أي من دون التواجد المادي للأطراف المتعاقدة، كأن يكون البائع في الولايات المتحدة الأمريكية والمشتري في الجزائر أو العكس، وبالتالي فإن التجارة الإلكترونية ليست حبيسة مكان أو بلد معين وإنما تتجاوز حدود الدول، وقد أكد على هذا التوجه الأوربي في تعريفه للاتصال عن بعد، بأنه" كل وسيلة يمكن استخدامها تتيح إبرام العقد بين أطرافه دون الحضور المادي لكل من المورد والمستهلك[12].

ويتم هذا باستعمال وسيلة أو أكثر من وسائل الاتصال عن بعد، لذا نجد أن العقد الإلكتروني يتميز بسمات معينة تميزه عن غيره من العقود الأخرى، مثل عدم الحضور المادي لأطرافه في لحظة تبادل الرضا بينهم، وهو ما يعني عدم حضور البائع والمشتري وجهاً لوجه، في ذلك الوقت الذي تتطابق فيه الإرادتين معا.

إضافة إلى ما سبق فإن التعاقد عن بعد يعمل على توفير الوقت والجهد للعميل؛ حيث يمكنه الاطلاع على السلع والخدمات من دون أن يتكبد مشقة الانتقال أو الانتظار للحصول على منتج معين، زيادة على ذلك فإنه يتيح للعميل سهولة التعرف على الأصناف المتعددة للسلعة الواحدة، ومعرفة الأسعار المختلفة التي تعرف بشكل موحد ومدروس(13).

ومما تجدر الإشارة إليه أن خاصية البعد في العقد الإلكتروني لا تقتصر على الإبرام فقط، وإنما قد يتعدى ذلك حتى إلى تنفيذه أيضا، وإذا كان من مزايا هذا التعاقد كما سبق وأن اشرنا توفير الوقت والجهد والمال، نظراً لعدم ضرورة حضور الأطرف وجها لوجه في زمن التعاقد، كما أن هذه الميزة نجدها كذلك بالنسبة لعملية تنفيذ بعض العقود مثل عقود الخدمات المصرفية، والاستشارات القانونية، وغيرها فمثل هذه العقود يمكن تنفيذها عن بعد دون التواجد المادي لأطراف هذا التعاقد، حيث أنه عندما يتم عقد بين طرفين ويكون لأحدهما تقديم خدمة الاستشارة القانونية عن بعد، ففي هذه الحالة يمكن ببساطة تقديم هذه الاستشارة عن بعد، وبهذا يكون الإبرام عن بعد والتنفيذ هو الآخر عن بعد، وهذا على عكس بعض العقود الأخرى التي تقتضي التواجد المادي عند التنفيذ، مثل عقد بيع أجهزة إلكترونية أو أدوية معينة عن طريق الشبكة العنكبوتية، ومن هذا المنطلق فإنه إذا كان الإبرام قد تم عن بعد، فالتنفيذ لا يمكن أن يتم أو يتحقق بتلك الكيفية التي تم بها التعاقد(14).

ثانياً: العقد الإلكتروني عقد تجاري إن التجارة الإلكترونية لا يقصد منها التجارة في الأجهزة الإلكترونية، بل يقصد منها المعاملات التجارية التي تتم من خلال استخدام أجهزة ووسائل إلكترونية مثل الانترنت(15).

ووصف العقد الإلكتروني بالطابع التجاري يعود في الأساس إلى السمة الغالبة لهذا العقد، لأن عقود البيوع الإلكترونية تستحوذ على الجانب الأعظم من هذه العقود، زيادة على ذلك فإنه غالبا ما يكون مقدم السلعة أو الخدمة تاجراً؛ أي يتمتع بالصفة التجارية[16]، ولذلك فإن أطرافه هم التجار والمستهلكين وهو عقد يرد على السلع أو أداء الخدمات بمختلف أنواعها، ويتسم غالباً بأن التاجر هو الذي ينظم طريق إبرامه[17]. إذاً فالبيع التجاري يستأثر الجانب الأكبر في مجمل العقود التي تبرم عبر الانترنت[18].

كما أن العقد الإلكتروني يتسم كذلك بالطابع الاستهلاكي؛ لأنه غالباً ما يتم بين تاجر أو مهني ومستهلك، فهو من عقود الاستهلاك، وبهذا يخضع عادة للقواعد الخاصة بحماية المستهلك[19].

ثالثاً: العقد الإلكتروني عقد دولي غالباً إن إجراء التعاملات الإلكترونية عبر شبكة الانترنت، إنما يعود إلى الانتشار الواسع للانترنت في أغلب دول العالم وربط هذه الدول بشبكة واحدة، وعلى هذا فإن العلاقة القانونية الناشئة عن المعاملات الإلكترونية ليست حبيسة قطر معين، فالمنتج للسلعة والبائع والمشتري قد يكون تواجدهما في دول مختلفة، وذلك كأن يكون مكان إنتاج السلعة في الصين وبائعها في الإمارات العربية المتحدة ، والمشتري مثلاً في الجزائر، أو العكس، وبالتالي فإنه إذا كان يفترض في العقد الإلكتروني انعدام الاتصال المادي بين طرفيه، فإنه بالمقابل يرفض الخضوع لأي سيطرة سياسية أو التقيد بحدود معينة[20].

تأسيساً على ما سبق فإن تقنية الاتصال الإلكترونية قد عملت على إلغاء الحدود الجغرافية بين الدول، وهو ما ينبغي أن يراعيه المشرع عند تنظيمه لمثل هذه المعاملات، من أجل أن يضمن للقواعد القانونية فعاليتها، وإحاطتها بضمانات تضفي عليها الثقة والطمأنينة في التعامل.

وتجدر الإشارة إلى أن العقد الإلكتروني قد يكون عقد دولي، كما يمكن أن يكون عقداً وطنيا(محلياً)، وذلك في حال ما إذا تم إبرامه داخل إقليم الدولة، أو بين متعاقدين ينتمون إليها[21]، وعن البعد المكاني بين أطراف العقد الالكتروني؛ فإنه لا يشكل أي عائقا في إبرام العقد وتنفيذه من خلال تبادل الرضا اللازم لذلك[22].

المطلب الثاني: العقد الإلكتروني بين المساومة ولإذعان

إن ما بين الإرادة الحرة المتبصرة والرضا المعيب، تقابلنا مجموعة من الأوضاع التي يملي فيها أحد طرفي العقد نظرا لقوته الاقتصادية مثلا، أو لدرايته بأعمال معينة، شروطه على الطرف الآخر الذي يبدو أقل منه، ويمكننا في هذا الصدد أن نميز بين نوعين من العقود، عقد المساومة(أولا)، وعقد الإذعان(**ثانياً**).

الفرع الأول: العقد الإلكتروني عقد مساومة

عقد المساومة: (contrat de gré à gré) "هو العقد الذي يملك كل من طرفيه حرية مناقشة شروطه قبل إبرامه على قدم المساواة مع الطرف الآخر"، ففي مثل هذا النوع من العقود يكون الطرفان في نفس المركز[23]، ويقصد بعقد المساومة كذلك أنه ذلك النوع من العقود التي يمكن التفاوض في شروطها ومناقشتها والتوقيع عليها بحرية الطرفين وإرادتهما، بحيث يضع كل منهما ما يحقق مصلحته من شروط، وتكون الإرادتان فيها غالبا متساويتين ومتكافئتين[24]. وهو ما يمكن أن نلمسه في هذا النوع من العقود، وذلك من خلال إمكانية السماح للمستهلك بمعاينة المنتج، كطلب المستهلك من المورد تصوير المنتج تصويراً ثلاثيا الأبعاد، والذي من خلاله تتضح مواصفات المنتج وأبعاده، وإذا كان تحديد جودة بعض السلع لا يتفق وطبيعة التصوير الثلاثي الأبعاد، هنا يمكن للمستهلك أن يلجأ إلى وسيط المراقبة والجودة للتأكد من مواصفات هذا المنتج، وما مدى مطابقتها لما هو موجود من المواصفات على شبكة الانترنت[25].

ومما يؤكد كذلك على أن العقد الإلكتروني هو عقد مساومة، عدم وجود ما يمنع من لجوء المستهلك إلى مفاوضات ومناقشات مع المورد، إذ له حرية قبول أو رفض الشروط المعروضة على شاشة الانترنت كما في العقد التقليدي تماماً، إضافة إلى حرية التنقل من موقع إلى آخر، من أجل المفاضلة بين العروض المعروضة في شاشة الكومبيوتر أمامه، هذا إن دل على شيء إنما يدل على الرضائية التي تسود في العقود الإلكترونية[26]، كما أن المهني عندما يضع شروط التعاقد ليس بالضرورة أن يضعها تعسفية وإنما يراعي فيها قدر الإمكان مصلحة المستهلك ومصلحته، التي لا يمكن أن تتحقق إلا من خلال جذب

المستهلك وقبوله شروط التعاقد، هذه الشروط التي يجب أن تكون في متناول جمهور المستهلكين.

زيادة على ما سبق فإن شبكة الانترنت هي شبكة عالمية تتجاهل الحدود الجغرافية بين الدول، وأنها شبكة مفتوحة لكل مورد، وهو ما يؤكد عدم إمكانية وجود احتكار لسلعة ما على مستوى العالم، وهو ما يؤكد على أن العقود الإلكترونية من عقود المساومة وليست من عقود الإذعان[27]. إضافة إلى ما سبق فإنه ليس كل الشروط التي يضعها المهني تعد شروط تعسفية فقد يضع المهني شروطه إلا أنه يراعي فيها قدر الإمكان ظروف وإمكانيات المستهلك، وبالنسبة لعملية التفاوض على شروط التعاقد فقد يتقدم بها احد طرفي العقد، وتلقى استحسان وقبول من الطرف الأخر، دون أدنى تغيير في شروط التعاقد، نرى من جانبنا أنه لا يمكن القول دائما أن العقد الإلكتروني هو عقد إذعان ما دام المستهلك يتمتع بكامل الحرية في الموافقة أو عدم الموافقة على شروط التعاقد.

ومما تجب الإشارة إليه أنه حتى لو تم التسليم أن العقود الإلكترونية هي عقود إذعان فإن هذا القول ليس على إطلاقه وإنما هناك قيود وضوابط يجب مراعاتها مثل الوسيلة الإلكترونية المستعملة، فإذا تم التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني أو بوسائل سمعية مرئية فهنا نكون أمام عقد رضائي لأننا في هذه الحالة نكون أمام حضور افتراضي لطرفي العقد في مجلس عقد واحد، باعتبار أن طرفي العقد يتبادلان وجهات النظر حيث أن الموجه إليه الإيجاب يستطيع التفاوض بحرية حول شروط التعاقد، لكن إذا تم التعاقد عبر مواقع الانترنت أين تكون شروط التعاقد معد مسبقاً من طرف المهني، وما على المستهلك إلا القبول بها، نكون هنا أمام عقد إذعان[28].

الفرع الثاني: العقد الإلكتروني عقد إذعان

بالنسبة لعقد الإذعان فإنه يختلف تماماً عن عقد المساومة، وذلك لأن أحد طرفي العقد يستأثر بوضع شروط العقد، ولا ينتظر من الطرف الأخر سوى قبول العقد جملة أو رفضه جملة[29]، وهو ما يعني أن عقد الإذعان تتم صياغته عن طريق وضع شروطه بطريقة مسبقة، ولا يكون للمستهلك أي تأثير على محتواه[30].

وقد عرف الفقه التقليدي عقد الإذعان بأنه العقد الذي يسلم فيه أحد الطرفين بشروط مقررة، يضعها الطرف الآخر ولا يسمح بمناقشتها، وذلك فيما يتعلق بسلع أو مرافق ضرورية، تكون محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المنافسة محدودة النطاق بشأنها. أما الفقه الحديث فيعرف عقد الإذعان بأنه عقد يحدد محتواه كلياً أو جزئيا، وبطريقة مجردة وعامة قبل الفترة التعاقدية[31].

ويعرف عقد الإذعان[32]: (contrat d'adhésion) بأنه العقد الذي يستأثر فيه أحد المتعاقدين بوضع شروط العقد في حين لا يبقى للطرف الآخر إلا قبولها جملة دون أن يكون له الحق في مناقشتها أو طلب تعديلها وذلك لأن المتعاقد الآخر يكون في مركز أعلى منه يجعله يفرض شروطه. [33]

إذاً من خلال هذه التعاريف نلمس أن هناك اختلاف واضح بينها، ذلك أنه حتى نكون أمام عقد إذعان في الفقه التقليدي لا بد من توفر شرط الاحتكار، وضرورية السلعة، أما بالنسبة لتعريف الفقه الحديث فإنه يشترط انفراد أحد الطرفين بوضع شروط التعاقد وفرضها على المتعاملين معه.

لقد نص المشرع الجزائري على مصطلح الإذعان في المواد 70 و110 من القانون المدني الجزائري والمادة 04/03 من القانون 02/04[34] التي تنص على ما يلي:" عقد: كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة حرر مسبقاً من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه، يمكن أن ينجز العقد على شكل طلبية أو فاتورة أو سند ضمان أو جدول أو وصل تسليم أو سند أو أي وثيقة أخرى مهما كان شكلها أو سندها تتضمن الخصوصيات أو المراجع المطابقة لشروط البيع العامة المقررة سلفاً".

المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

من خلال المفهوم الموسع للإذعان ذهب بعض الفقهاء إلى اعتبار العقد الإلكتروني عقد إذعان بالنسبة للمستهلك، وهذا لأنه الطرف الضعيف دائماً وأنه بحاجة إلى الحماية، وقد استند هذا الاتجاه إلى نص المادة 1/132 من قانون الاستهلاك الفرنسي، والتي

اعتبرت الشروط التي تنشئ من حيث موضوعها أو الآثار المترتبة عليها اختلالاً عقدياً، قائماً على عدم توازن الحقوق والالتزامات ضد مصلحة المستهلك، وبما يحقق مصلحة المهني[35].

ومما يؤكد أن هذا العقد هو عقد إذعان، العقود التي تبرم على الشبكة، والتي غالبا ما تكون عقوداً نموذجية تظهر في الموقع الإلكتروني للبائع، على شكل استمارة إلكترونية تتضمن تفاصيل التعاقد، وتوجه بشروط مماثلة إلى الجمهور على وجه العموم، ويكون الإيجاب فيه ملزماً لفترة طويلة لا يقبل المناقشة أو التعديل[36]. كما أن على المستهلك في أغلب الأحيان تتبع كل شروط العقد وقراءتها وفي بعض الحالات حتى لو قرأها فإنه لا يستطيع فهم كل آثارها وأبعادها على التزاماته وحقوقه، إضافة إلى الحاجز اللغوي الذي قد يكون عائقاً في تحصيل التوافق بين الطرفين، أو في تفسير عبارات العقد وشروطه.

زيادة على ما سبق فإن عدم التساوي بين طرفي هذا العقد في المعلومات، قد يؤدي بالضرورة إلى عدم التوازن العقدي لاختلاف المراكز القانونية، باعتبار أن الطرف الضعيف معرض للاستغلال والتعسف دائماً من قبل الطرف القوي الذي يعد صاحب الخبرة، الأمر الذي يستدعي تدخل القانون من أجل حماية الطرف الضعيف، كما أن المستهلك في هذا النوع من العقود ليس لديه خيار المفاضلة بين تلك الشروط التي يضعها المحترف، وإنما عليه أن يقبلها جملة واحدة أو أن يرفضها، وعلى هذا فإن قبوله لهذه الشروط إنما يكون عبارة عن إذعان، بسبب حاجة المستهلك الاضطرارية للتعاقد[37].

ومما تجدر الإشارة إليه، أن البعض قد اتجه إلى القول أن عقد الإذعان ليس قاصرا على حالة أن المشتري ليس أمامه سوى القبول دون المناقشة، لكن يجب أن تتوفر في العقد خصائص معينة كي يوصف بأنه عقد إذعان، حيث يجب أن يكون هناك احتكار لسلعة معينة، وأن تكون هذه السلعة من الضروريات الأولية، وأن يوجه الإيجاب إلى الكافة، وعلى هذا الأساس لا يمكننا تكييف العقد الإلكتروني في كل الأحوال على أنه عقد إذعان، ذلك أن المعاملات التي تتم على شبكة الإنترنت ليست كلها تتعلق بسلع ضرورية[38].

وإذا ما سلمنا بأن الاحتكار في عقود الإذعان بالمفهوم الكلاسيكي غير وارد في جميع عقود التجارة الإلكترونية، وهذا لوجود شركات كثيرة يتعرف عليها المستهلك عبر الشبكة، إلا أن هذا لا يعني نفي الاحتكار في مثل هذه العقود مطلقاً، لأن هناك مجموعة من الشركات قد تكون محتكرة لسلع وخدمات، والمستهلك في حاجة ماسة إليها[39].

كما أن التفرقة بين عقود الإذعان وعقود المساومة تبدو ذات أهمية بالغة؛ حيث تسري قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، إذا ما تعلق الأمر بأحد عقود المساومة بينما تسري قاعدة أن للقاضي أن يعدل الشروط التعسفية أو أن يعفي المذعن منها وفقاً لما تقضي به العدالة[40]، كما أن الشك يفسر لصالح المدين حال الخلاف حول التفسير إلا إذا كنا بصدد طرف مذعن فلا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة ضاراً بمصلحة الطرف المذعن، ونحن لا نتفق مع الرأي القائل بأن عقود التجارة الإلكترونية تعتبر من عقود الإذعان كقاعدة وتعتبر من العقود الرضائية [41].

إذا كان العقد الإلكتروني عبارة عن عقد إذعان فإن التشريعات المقارنة قد تدخلت من أجل التلطيف من حدته حماية للمستهلك المذعن، وذلك من خلال إجازتها للقاضي بالتدخل في تعديل الشروط التعسفية[42] في عقود الإذعان، كما أجازت كذلك للقاضي حق إعفاء الطرف المذعن من هذه الشروط التعسفية، زيادة على ما سبق فإنه يجوز تفسير هذا النوع من العقود لمصلحة المستهلك، وكذلك يجوز إبطال ما يرد فيها من شروط تعسفية[43].

من خلال استعراضنا للاتجاهين السابقين نجد أن المستهلك الطرف الضعيف من الناحيتين الاقتصادية والتقنية، تدفعه حاجته لإشباع رغباته، وإلى قبول شروط العقد والتوقيع عليها، لعدم امتلاكه إمكانية اختيار شروط العقد، وعلى هذا فإن ضرورة حماية المستهلك تقتضي منا التوسع في فكرة الإذعان، والميل نحو الاتجاه الذي يرى أن العقد الإلكتروني هو عقد إذعان.

خاتمة:

وقد خلصنا من خلال هذه الدراسة إلى أن الخطر الذي يتعرض له المستهلك في إطار العقود الإلكترونية أكبر من الخطر الذي يتعرض له المستهلك في العقود التقليدية.

والعقد الإلكتروني لا يخرج في تركيبه عن القواعد المترتبة عن العقد التقليدي؛ حيث أن العقد الإلكتروني يخضع لمجمل الأركان والشروط اللازمة لصحة وتمام العقد، رغم ذلك إلا أن العقد الإلكتروني تبقى له خصوصياته ومميزاته، التي تميزه عن غيره من العقود الأخرى.

كما أن المستهلك في إطار عقود التجارة الإلكترونية الطرف الضعيف، وهذا راجع لإذعانه لمجمل الشروط الواردة بالعقد الإلكتروني، والتي لا يستطيع المفاوضة بشأنها، ومن ثم فإن حاجة المستهلك إلى الحماية القانونية تعد ضرورة ملحة، وعلى هذا فإن أهمية العقود الإلكترونية، نجدها تتوقف على مدى توفير الحماية القانونية للمتعاقدين بصفة عامة والمستهلك بصفة خاصة.

وقد خلصنا كذلك إلى أن الإنترنت هي ذلك الوسيط الالكتروني الذي يلزم توافره في التجارة الإلكترونية التي تتم من خلاله، حيث أن نمو وانتشار هذه التجارة يعتمد بصورة رئيسية على الإنترنت.

إن العناية بحماية المستهلك في العقود الإلكترونية بالرغم من تقدمها في الدول الغربية وبعض الدول العربية لكنها تكاد تكون ضعيفة في الجزائر، وهذا بسبب الغموض الذي يكتنف قانون التجارة الإلكترونية رقم 05/18 الأمر الذي نرى معه ضرورة تدخل المشرع الجزائري بشكل أكثر جدية لمواكبة التطورات الجارية في مجال حماية المستهلك الإلكتروني في الدول المتقدمة.

الهوامش والمراجع المعتمدة:

(1) انظر، سحر بهجت جرادات، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في العقود الإلكترونية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة اليرموك، 2011، ص 03.

(2) انظر، علاء محمد الفواعير، العقود الإلكترونية التراضي التعبير عن الإرادة دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان – الأردن– ، الطبعة1، 2014، ص 44.

(3) انظر، كوثر سعيد عدنان خالد، حماية المستهلك الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012، ص 393.

(4) انظر، أناس شكري(وآخرون)، ماهية العقد الإلكتروني وتكوينه، بحث لنيل شهادة الإجازة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض، 2014– 2015، ص 08.

(5) انظر، زروق يوسف، حماية المستهلك مدنياً من مخاطر التعاقد الإلكتروني(دراسة مقارنة)، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح ورقلة العدد09، جوان 2013 ص 135.

(6) انظر، شحاته غريب شلقامي، التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، 2015، ص 36.

(7) انظر، عبد الرحمان خليفي، حماية المستهلك الإلكتروني في القانون الجزائري(دراسة مقارنة)، مجلة جامعة النجاح للأبحاث، المجلد 2013/27،01، ص 03.

(8) انظر، علاء محمد الفواعير، المرجع السابق، ص46.

(9) انظر، محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة، الأردن، ط2، 2011، ص 74.

(10) انظر، القانون رقم 05/18 المؤرخ في 10 مايو 2018 يتعلق بالتجارة الإلكترونية،ج ر، عدد28، 16مايو 2018.

(11) انظر، رباحي أحمد، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني،الاكادمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، العدد 10، جوان 2013، ص 99.

(12) انظر، كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص 394.

(13) انظر، أناس شكري(وآخرون)، المرجع السابق، ص 10.

(14) انظر، شحاتة غريب شلقامي، المرجع السابق، ص 46.

(15) http :// sciencesjuridiques.ahlamontada.net

(16) انظر، أناس شكري(وآخرون)، المرجع السابق، ص 10.

(17) انظر، كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق،ص 394.

(18) انظر، عبد الرحمان خلفي، المرجع السابق، ص 05.

(19) انظر، بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2014– 2015، ص 32.

(20) انظر، مخلوفي عبد الوهاب، التجارة الإلكترونية عبر الانترنت، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باثنة، 2011 – 2012، ص 59.

(21) انظر، بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص 31.

(22) انظر، مخلوفي عبد الوهاب، المرجع نفسه، ص 59.

(23) https://www.mohamah.net/law/

(24) انظر، علاء محمد الفواعير، المرجع السابق، ص 62.

(25) انظر، مخلوفي عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 60

(26) انظر، علاء محمد الفواعير، المرجع السابق، ص 62.

(27) انظر، مخلوفي عبد الوهاب، المرجع نفسه، ص 61.

(28) انظر، خلوي عنان نصيرة، الحماية القانونية للمستهلك عبر الانترنت(دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير في القانون، فرع المؤسسات المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري– تيزي وزو، 2013/09/25، ص 36.

(29) انظر، رباحي احمد، المرجع السابق، ص 10.

(30) انظر، كوثر، سعيد عدنان خالد، المرجع السابق،ص 497.

(31) انظر، كوثر، سعيد عدنان خالد، المرجع نفسه،ص 497 – 498.

(32) نشير إلى وجوب عدم الخلط بين العقد النموذجي وعقد الإذعان فالعقد النموذجي ليس بالضرورة من عقود الإذعان إلا أنه يمكن اعتباره وسيلة من الوسائل لإبرام عقود الإذعان لاسيما في المعاملات الإلكترونية عبر الانترنت. انظر، خلوي عنان نصيرة، المرجع السابق، ص 36.

(33) https://www.mohamah.net/law/

(34) انظر، القانون رقم 02/04 المؤرخ في 23 يونيو2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية،ج ر، عدد41، الصادرة بتاريخ 27 يونيو2004.

(35) انظر، بلقاسم حمدي، المرجع السابق، ص 33.

(36) انظر، علاء محمد الفواعير، المرجع السابق، ص 61.

(37) انظر، رباحي احمد، المرجع السابق، ص 102.

(38) انظر، شحاتة غريب شلقامي، المرجع السابق، ص 41. وانظر كذلك خلوي عنان نصيرة، المرجع السابق، ص 35.

(39) انظر، رباحي احمد، المرجع نفسه، ص 102.

(40) انظر، نص المادة 110 من القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20/06/ 2005 المعدل والمتمم للأمر رقم58/75 المؤرخ في 1975/02/26 المتضمن القانون المدني جريدة رسمية رقم 44 المؤرخة في 2005/07/26.

(41) انظر، احمد السيد طه كردي، إطار مقترح لحماية حقوق المستهلك من مخاطر التجارة الإلكترونية، قسم إدارة الأعمال، كلية التجارة، جامعة بنها.

(42) نشير إلى أنه يعتبر شرط تعسفي "كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بندا واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد". انظر، نص المادة 05/03 من القانون 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

(43) انظر، خلوي عنان نصيرة، المرجع السابق، ص 37.