الأكاديمية للدراسات
الإجتماعية والإنسانية

الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني

The Legal Nature of Electronic Contracts

د. رباحي أحمد. أستاذ محاضر «أ»، كلية الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، الجزائر
hrabahi_2007@yahoo.fr

ملخص

يهدف هذا البحث إلى دراسة الطبيعة القانونية للعقود الإلكترونية، تلك العقود التي أفرزتها التقنيات الحديثة في عالم الاتصال، والتي بدأت تعرف انتشارا واسعا في حياتنا؛ نظرا لاستجابتها لمتطلبات الأشخاص على تنوعها، وسرعة إبرامها وتنفيذها رغم ما تحويه من مخاطر معلومة. والذي يعنينا من هذه العقود هو تحديد طبيعتها القانونية، هل هي من عقود المساومة أو من عقود الإذعان؟ والأمر في حقيقته يكتسي أهمية علمية وعملية؛ لأن في تحديد طبيعة العقد الإلكتروني بيانا لنوع الحماية الواجب توفيرها للمتعاقد بالوسائل الحديثة، فقد بات معروفا وفق القواعد العامة أن عقد الإذعان يعطي للمتعاقد الضعيف حق الطعن في الشروط التعسفية التي يتضمنها، كما يجعل الشك يفسر استثناء لمصلحته، أما القواعد الخاصة فهي تعطيه حماية أكبر في مواجهة المحترف باعتباره مستهلكا.

والفقه بخصوص تحديد الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني نلحظه قد اختلف على رأيين، اتجه أولهما إلى اعتبار العقد الإلكتروني عقد مساومة، أما الرأي الثاني فقد رأى فيه أنه عقد إذعان. ولعل الخلاف السابق - حسب رأينا - يرجع أساسا إلى الاختلاف في تحديد خصائص عقد الإذعان في حد ذاته، فمن رأى مثلا أن الاحتكار خاصية لعقد الإذعان، قال بأن العقد الإلكتروني هو عقد مساومة لانتفاء الاحتكار فيه، وأما من رأى بأن الاحتكار ليس شرطا لوصف العقد بأنه عقد إذعان، فقد اعتبر أن العقد الإلكتروني هو أحد أنواعه. ومن خلال هذه الدراسة سنحاول بيان مضمون هذه الآراء، مع عرض أدلتها ومناقشتها.

الكلمات الدالة: التجارة الإلكترونية، العقد الإلكتروني، وسائل الاتصال الحديثة، الإنترنت، عقد المساومة، عقد الإذعان، الطبيعة القانونية، المتعاقد، المستهلك، المحترف، الحماية القانونية.

Abstract

This research aims to study the legal nature of electronic contracts created by the world of communication widely prevelent in our lives, considering their response to different peoples' requirements, the speed of conclusion and implementation despites the risks they represent. What concerns us from these contracts is to determine their legal nature.

Are they bargaining contracts or compliance contracts ? The matter is so important from the scientific as well as the practical points of view, because in doing so, this would determine the type of protection to be provided to the contractor with modern facilities. Following general rules, it is well known that the compliance contract gives the contractor weak right to challenge the conditions of any arbtrary included in the contract. It also makes doubt be interpreted to his advantage whereas specific rules give grater protection against the professional as a consumer.

We notice the legislation regarding determinating the legal nature of electronic contracts be split into two different opinions. The first one regards the latter as a bargaining contract, whereas the second a compliance contract. The dispute is mainly due to the difference in determining the carachteristics of a compliance contract. For instance, those who believe monopoly is the main carchteristic of a compliance contract would consider it a bargaining contract because of the absence of monopoly in it. But those who consider monopoly is not a condition would therefore describe it as a compliance contract, and that the electronic contract is one of its kinds .

We, through this study intend to first define e- commerce, the electronic contract, and the position of the legislation towards them. Then, we'll try to state the different assumptions regarding their legal nature with the presentation of evidence and discussions to finally get to what we deem appropriate weighing in this regard.

Key words: E- commerce; the Elctronic contract; Modern means of communication; the internet; Bargaining contract; Compliance contract; Legal nature of contractor; Consumer; professional; Legal protection.

مقدمة

حرر مبدأ حرية التعاقد الإرادة وأعطاها واسع السلطان في إنشاء ما تراه من العقود في إطار يضمن احترام النظام العام والآداب العامة، ويحافظ في الوقت ذاته على التوازن العقدي. ولا نزال إثر ذلك نلحظ اتجاه الناس إلى ابتكار عقود لا نعرف لها قانونا ينظمها، ولا عرفا يحكمها، لكنها شاعت بيننا، وقبلنا بتداولها، وساعدنا على انتشارها حتى ألقي في أنفسنا أن حياتنا ستشل دونها. ولعل من أبرز هذه العقود انتشارا العقود الإلكترونية، التي كانت نتاج التحول العميق الذي عرفه عالم الاتصال، إذ ظهرت فيه تقنية الإنترنت وغيرها، فاتخذها الناس بداية وسيلة لبث وتبادل المعلومات مجانا، ثم استعملوها في معاملاتهم التجارية تلبية للزيادة الملحوظة في معدل الطلبات؛ إما تكملة لنشاطهم التجاري التقليدي، وإما كنشاط أصيل ووحيد، وأدى ذلك وغيره إلى تغيير أنماط الممارسات التجارية الكلاسيكية، وفرضت التجارة الإلكترونية نفسها.

إن هذا التطور الذي كان بمثابة ثورة في أسلوب التعاقد، جعل الاعتماد على أنماطه التقليدية في مواجهة الحاجات المتجددة للأشخاص أمرا صعبا؛ لأن التعويل عليها بصفة مطلقة فيه من المغالاة والإنكار لحقيقة وواقع الحياة العصرية. وإننا بدراستنا هذه سنلقي الضوء على أحد المواضيع المتعلقة بالعقود الإلكترونية، وذلك من خلال البحث عن طبيعتها القانونية التي اختلف الفقه في تحديدها، وانقسم بشأنها إلى قائل بأنها من عقود المساومة، وقائل بأنها نوع من عقود الإذعان تستوجب حماية خاصة. ويبدو في نظرنا أن منشأ الخلاف حول هذه الطبيعة راجع أساسا إلى الاختلاف الحاصل بين النظرية التقليدية والحديثة في تحديد عناصر عقد الإذعان، وعلى الأخص الخلاف في مدى اشتراط عنصر الاحتكار للسلعة أو الخدمة المقدمة للمتعاقد لوصف العقد بأنه عقد إذعان.

وبقصد تحليل وبحث هذه المسألة سنعمد ابتداء إلى تعريف التجارة الإلكترونية والعقد الإلكتروني، وموقف التشريعات منهما (المبحث الأول)، ثم نحاول بيان مضمون الآراء المتعلقة بالطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، مع عرض أدلتها ومناقشتها، لنصل أخيرا إلى ترجيح ما نراه مناسبا بهذا الصدد (المبحث الثاني).

المبحث الأول: مفاهيم عامة حول التجارة الإلكترونية والعقد الإلكتروني

عرف العالم منذ القرن الماضي تحولا عميقا؛ شمل المجالات الاقتصادية، والسياسية، والثقافية، والقانونية، ومن جملة هذه التحولات الزيادة في معدل الطلبات على السلع والخدمات، الذي أدى في الوقت ذاته إلى اتساع نطاق التوزيع لها، بسبب تطور الوسائل فيما وراء التقليدية لطرق عرض المبيعات، فضلا عن تطور الدعاية والإعلان، مما أدى إلى تغيير أنماط الممارسات التجارية، نتيجة تطور الاتصالات منذ عام 1980، الأمر الذي خول المحترفين وسائل تقنية كالهاتف، والتليفزون وغيرهما. وفي نهاية القرن العشرين وجدت الإنترنت[1]، كأداة تقنية للاتصال، وبدأ ببث المعلومات دون مقابل، إلى أن تعاظم دورها التجاري منذ 1995، وبلغت استثارة المستهلك بذلك ذروتها، فكانت النتيجة أن فرضت التجارة الإلكترونية نفسها لتصبح بمثابة ثورة جديدة في نطاق أنظمة التجارة في التاريخ الإنساني[2].

وسنحاول من خلال هذا المبحث دراسة مفهوم كل من التجارة الإلكترونية (المطلب الأول)، والعقد الإلكتروني (المطلب الثاني) على ضوء القانون والفقه.

المطلب الأول: تعريف التجارة الإلكترونية وبيان مميزاتها:

اهتمت الجهات الدولية، والإقليمية، والوطنية، بشأن المسائل والإشكالات القانونية المتعلقة بالتجارة الإلكترونية، وذلك قصد بحثها وتحديد ما يناسبها من حلول[3]. ومن ذلك مثلا على الصعيد العالمي منظمة التجارة العالمية WOT، ومنظمة التعاون الاقتصادي والتنمية OECD، ولجنة اليونسترال UNICITRAL التابعة للأمم المتحدة. وعلى الصعيد الاقليمي وصعيد الهيئات المتخصصة نذكر مثلا منظمة التعاون الآسيوية لمنطقة الباسيفك APEC(4)، ومنظمة التجارة الحرة الامريكية -نافتا- ، وغرفة التجارة الدولية ICC، والاتحاد الأوروبي. وكل هذه الهيئات وغيرها حاولت أن تصب انشغالها في مختلف أنشطتها على ضرورة إيجاد استراتيجيات وخطط من اللازم إتباعها في ميدان صناعة التقنية والاتصال، وضمان البنية التحتية الآمنة لهذه الأنماط من الأنشطة المستجدة، وكذا محاولة إيجاد تناسق بين قواعد التجارة الإلكترونية والقوانين الداخلية. وفيما يلي سنبحث عن تعريف التجارة الإلكترونية لدى التشريعات الحديثة والفقه(الفرع الأول)، ثم نبين أهم مميزاتها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف التجارة الإلكترونية: قليلة هي التشريعات التي تولت تعريف التجارة الإلكترونية؛ نظرا لحداثة هذا الأسلوب من المعاملات، لذلك سنورد بعض هذه التعريفات، ثم نشفعها بتعريفات فقهية.

أولا- التعريفات التشريعية للتجارة الإلكترونية: عرف المشرع التونسي التجارة الإلكترونية في الفصل الثاني من قانون المبادلات التجارة الإلكترونية، رقم: 83، لسنة 2000 على أنها: « العمليات التي تتم عبر المبادلات الإلكترونية».

كما جاء في قانون إمارة دبي للمعاملات التجارية الإلكترونية رقم: 02 لسنة 2002 في مادته الثانية أن: « التجارة الإلكترونية هي المعاملات التجارية التي تتم بواسطة المراسلات الإلكترونية».

وعرف المشرع الأردني التجارة الإلكترونية في المادة الثانية من قانون المعاملات الإلكترونية، رقم: 85 لسنة 2001 أنها: «المعاملات التي تنفذ بوسائل إلكترونية».

وعرفها المشرع الفرنسي في قانون الثقة في الاقتصاد الرقمي رقم: 575 - 2004 بالمادة 14 الفقرة الأولى، إذ جاء بها: «كل نشاط اقتصادي يعرض بموجبه شخصا أو يضمن عن بعد وبطريقة إلكترونية تأدية خدمة أو سلعة»[5].

وعرفت منظمة التجارة العالمية WTO التجارة الإلكترونية بأنها: «مجموعة متكاملة من عمليات التسويق والإنتاج والتوزيع والبيع للسع والخدمات والأفكار باستخدام الوسائل

عبر شبكة الإنترنت»[6].

ويلاحظ على جملة هذه التعريفات أنها جاءت عامة، تستوعب جميع أشكال المبادلات والمعاملات التجارية، دون أن تستثني أو تقصي أي شكل منها، مما يجعلها تستجيب لمتطلبات التطور الذي يشهده هذا النوع من المعاملة.

ولعل هذا هو الاتجاه الذي تبناه قانون اليونسترال UNICITRAL النموذجي الصادر عن الأمم المتحدة في 16 ديسمبر 1996، رغم أنه لم يعرف التجارة الإلكترونية صراحة، إلا أنه في مادته الأولى أشار إلى أن هذا القانون يطبق على أي نوع من المعلومات يكون في شكل رسالة بيانات مستخدمة في سياق أنشطة تجارية[7]، فيظهر بهذا أن هذا القانون أراد إعطاء مفهوم واسع للتجارة الإلكترونية يشمل مجموعة متنوعة من استخدامات التبادل الإلكتروني للبيانات المتصلة بالتجارة.

والملاحظ أن هذا النهج يتفق مع طبيعة القانون؛ باعتباره قانونا نموذجيا يراد منه الاسترشاد به من قبل مشرعي القوانين الداخلية عند وضعهم لأحكام خاصة بتنظيم التجارة الإلكترونية، هذا فضلا على أن التعريف هو من عمل الفقه لا من عمل المشرع[8].

ثانيا- التعريفات الفقهية للتجارة الإلكترونية: عرف الفقهاء التجارة الإلكترونية بأنها: « كافة الأنشطة التجارية للمنتجات والخدمات التي تتم باستخدام تكنولوجيا المعلومات وعبر شبكة اتصال دولية، وباستخدام التبادل الإلكتروني للبيانات لتنفيذ العمليات التجارية، سواء تمت بين الأفراد أو بين الأفراد والهيئات، وسواء تمت على المستوى المحلي أو الدولي»[9].

كما عرفت التجارة الإلكترونية بأنها: « التي تتم بين المتعاملين فيها عن طريق استخدام أجهزة ووسائل إلكترونية مثل شبكة الإنترنت وغيرها»[10].

وعرفت أيضا بأنها: « جميع المعاملات التي تتم عبر الإنترنت حتى ولو لم تتمتع بالصفة التجارية، وإن كان الغالب أن تتمتع بهذه الصفة من جانب مقدم السلعة أو الخدمة على الأقل والذي غالبا ما يكون تاجرا»[11].

ويمكن القول بأن التجارة الإلكترونية هي طريقة لإدارة وتنفيذ كل ما يرتبط بالنشاط التجاري المتعلق بالبضاعة والخدمات بواسطة تحويل المعطيات، سواء عبر شبكة الإنترنت أو أي نظام تقني مشابه له.

الفرع الثاني: مزايا التجارة الإلكترونية : ليس من العسير على أي مستخدم للإنترنت العثور على مواقع التجارة الإلكترونية؛ إذ لا يكاد يخلو موقع من نشاط استثماري، ومالي، سواء أكان ذلك بشكل مباشر، أو بشكل غير مباشر. ولعل هذا الذي كان سببا في أن تعرف هذه التجارة رواجا عالميا، ويمكن أن نختصر بعض مميزاتها فيما يلي:

أولا- تحقيق الاقتصاد في التكاليف والوقت والجهد عند إنجاز العملية التجارية؛ فمن حيث التخفيف من التكاليف، فإن الممارسة التجارية الإلكترونية تلغي من سلسلة الاستهلاك طائفة الوسطاء التجاريين والسماسرة، أما من حيث الوقت، فجلي أن الصفقات في نطاق التجارة الإلكترونية أصبحت تتم في زمن قياسي، حيث يتبادل المتعاملون عبر شبكة الإنترنت إراداتهم عند إبرامهم للصفقات التجارية بأسرع وقت وقد لا يستغرق ذلك إلا ثوان معدودة[12].

ثانيا- إيجاد وسائل اتجار توافق عصر المعلومات الحديث، عن طريق خلق أنماط مستحدثة من وسائل إدارة النشاط التجاري، كالبيع عبر الوسائل الإلكترونية، والتجارة الإلكترونية بين قطاعات الأعمال.

ثالثا- الدخول إلى الأسواق العالمية وكسر قيود الحدود الجغرافية، وجعل العالم عبارة عن سوق مفتوح أمام المستهلك بغض النظر عن الموقع الجغرافي للبائع أو المشتري[13].

رابعا- تلبية خيارات المستهلك بيسر وسهولة، بتمكينه من معرفة الأصناف والأسعار، وميزات كل صنف والمفاضلة بينها، وتقييم المنتج موضوع الشراء من حيث مدى تلبيته لرغبة وخيارات المشتري، وهذا طبعا يتحقق بفضل إمكانية عرض أفضل الخدمات وأجود البضائع، وتفهم احتياجات العملاء وبذل الجهود لإشباع رغباتهم[14].

خامسا- استحداث أنواع جديدة من الأعمال التجارية، وقد بدأنا نعرف ما يسمى بالمتاجر الافتراضية، والشركات الافتراضية التي أتاحت مجال التسوق والبيع والشراء من خلال موقع إلكتروني مفترض على الشبكة، كما ظهرت البنوك الإلكترونية التي تعتمد على أساليب متنوعة للوفاء الإلكتروني، كالأوراق التجارية الإلكترونية[15].

المطلب الثاني: تعريف العقد الإلكتروني وتمييزه عن العقود التقليدية: لا يختلف العقد الإلكتروني في بنائه ومضمونه عن العقد العادي الذي تحكمه قواعد القانون المدني بوجه عام إلا من حيث الطريقة التي يتم إبرامه من خلالها، وهي الطريقة الإلكترونية[16]، وتبعا لهذه الخاصية وغيرها سنبحث تعريف العقد الإلكتروني تشريعا وفقها (الفرع الأول)، ثم نبين أهم ما يميزه عن سائر العقود التقليدية(الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف العقد الإلكتروني: لا يوصف التصرف بأنه عقد إلا إذا تلاقت فيه إرادتين من أجل إحداث أثر قانوني، يتمثل إما في إنشاء التزام، أو نقله، أو تعديله، أو إنهائه. والعقد الإلكتروني لا يشذ عن هذه القاعدة؛ إذ تتلاقى فيه إرادة كل طرف وتتوافق مع إرادة الطرف الآخر من أجل إحداث أثر قانوني[17]، غاية ما في الأمر أن الوسيلة التي تعتمد في هذا التلاقي تختلف عن الطرق الكلاسيكية - التلاقي في مجلس العقد، أو عن طريق إيفاد رسول، أو عن طريق كتاب - وسنذكر بشيء من الاختصار بعض التعريفات التي وردت بشأن العقد الإلكتروني.

أولا- التعريفات التشريعية للعقد الإلكتروني: عرفه المشرع الأردني في قانون المعاملات الإلكترونية، رقم: 85 لسنة 2001 في مادته الثانية أنه: « الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل إلكترونية كليا أو جزئيا ».

وأشار مشرع إمارة دبي للمعاملات التجارية الإلكترونية،

رقم: 02 لسنة 2002 إلى تعريف العقد الإلكتروني بالمادة 13 في فقرتها الأولى، حيث جاء بها: « لأغراض التعاقد يجوز التعبير عن الإيجاب والقبول جزئيا أو كليا بواسطة المراسلة الإلكترونية ».

وفي السياق نفسه جاءت الفقرة الثانية من المادة التاسعة من قانون مملكة البحرين بشأن المعاملات رقم: 28 لسنة 2002، حيث ورد بها: « في سياق صياغة العقود وما لم يتم الاتفاق على غير ذلك من قبل الطرفين يجوز التعبير عن العرض وقبوله أو أي أمر آخر يكون جوهريا بالنسبة لصياغة أو تطبيق العقد بالكامل أو جزئيا عن طريق السجلات الإلكترونية ».

كما أن التوجيه الأوروبي رقم: 97/ 07 الصادر في 20 ماي 1997 والمتعلق بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد، في المادة الثانية منه عرف التعاقد 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 أو أكثر من وسائل الاتصال الإلكترونية، حتى إتمام التعاقد» .

ثانيا- التعريفات الفقهية للعقد الإلكتروني: عرف الفقهاء العقد الإلكتروني بأنه: « ذلك العقد الذي ينطوي على تبادل للرسائل بين البائع والمشتري والتي تكون قائمة على صيغ معدة سلفا ومعالجة إلكترونيا، وتنشئ التزامات تعاقدية »[18].

وعرف بأنه: « اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد، وذلك بوسيلة مسموعة مرئية، بفضل التفاعل بين الموجب والقابل»[19].

كما عرف بأنه: « اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد وذلك بوسيلة مسموعة مرئية، وبفضل التفاعل بين الموجب والقابل»[20].

وعرفه البعض بأنه: « العقد الذي يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول عبر شبكة اتصالات دولية باستخدام التبادل الإلكتروني للبيانات، وبقصد إنشاء التزامات تعاقدية»[21].

وعرف بأنه: « اتفاق يبرم عن بعد ما بين غائبين مكانيا باستخدام وسيلة من وسائل الاتصال الإلكترونية الحديثة، وفيه يتلاقى الإيجاب والقبول بين الطرفين المتعاقدين من خلال تبادلهم الرسائل الإلكترونية أو عبر استخدام تقنية تبادل الصوت والصورة معا»[22].

والملاحظ على مجمل التعريفات أنها ركزت على طريقة إنشاء العقد الإلكتروني، ولم تقصر العقود الإلكترونية على العقود التي تبرم عبر شبكة الإنترنت، بل جعلتها تشمل أيضا التعاقد الذي يتم عبر وسائل الاتصالات الإلكترونية الأخرى كالفاكس والتلكس والفاكسميل. كما يتضح من التعريفات أن العقد الإلكتروني يمكن أن يرد على كل أنواع السلع والخدمات التي لم يرد نص في القانون يمنع التعامل بها[23].

الفرع الثاني: تمييز العقد الإلكتروني عن سائر العقود التقليدية: لا تعد العقود الإلكترونية عقودا مختلفة بشكل أساسي عن العقود القائمة على الورق، ومع ذلك فإن التجارة الإلكترونية لا تحاكي تماما أنماط التعاقد المستخدمة في تكوين العقود عن طريق الوسائل الأكثر تقليدية[24]، ومع هذا وبالرجوع إلى القوانين الحديثة المنظمة للتجارة الإلكترونية، يتبين أنها في كثير من المسائل الخاصة بالعقد الإلكتروني لم تورد نصوصا خاصة به، مما يدل أنها أرادت أن تحيل أحكامه على القواعد العامة للعقد المنثورة في القوانين المدنية. لكن هذا لا يمنع من القول بأن العقد الإلكتروني له من المميزات ما يجعله يختلف عن سائر العقود التقليدية، نحاول بيان بعضها فيما يلي[25]:

أولا- إن أداء المقابل في العقود الإلكترونية قد يتجاوز الطرق التقليدية؛ إذ يمكن أن يتم تسليم المقابل في العقود الإلكترونية بأحد أساليب الدفع الإلكتروني، كالدفع عن طريق النقود الإلكترونية، والبطاقات البنكية، والأوراق التجارية الإلكترونية. هذا فضلا عن الوسائط الإلكترونية التي ظهرت حديثا مثل الشيك الإلكتروني والذهب الإلكتروني[26].

كما أنه إذا كان محل الالتزام تسليم بضاعة أو تقديم خدمة، فإنه في إطار العقد الإلكتروني يمكن أن يتجاوز الطريقة التقليدية، والمتمثلة في التسليم المادي للمحل إلى طريقة تقديم الخدمة، أو البضاعة إلكترونيا؛ خاصة إذا كان المحل هو من المنتجات الإلكترونية، أو الرقمية، كبرامج الحاسوب والكتب والجرائد التي يمكن السماح للمشتري بتحميلها إلكترونيا، حتى ولو كان الأطراف يتواجدون في مناطق متباعدة.

ثانيا- العقود الإلكترونية لا يتم تحريرها على دعامة ورقية محررة وموقعة أو مبصوم عليها أو مختوم عليها، بل إنها تتم عن طريق دعائم إلكترونية، يكون التوقيع عليها بواسطة ما يسمى بالتوقيع الإلكتروني، الذي له الحجية نفسها مع التوقيع الكلاسيكي. كما أن الطريقة الإلكترونية تلغي ما يعرف تقليديا بالنسخة الأصلية وصورتها؛ لأن الطرق الحديثة تسمح بنسخ عدد هائل من البيانات والمعلومات كلها أصلية.

وبهذا الصدد تجب الملاحظة أن اصطلاح شبكة الاتصالات الإلكترونية له مفهوم واسع في مجال التعاقد الإلكتروني؛ إذ هو ينطبق على جميع أنواع الاتصالات التي يتم التعبير فيها عن الإيجاب بطريق الصورة، أو الصوت، أو الإشارة الدالة على محتواها، وينطبق ذلك على الاتصالات التي تتم من خلال الوسائل السلكية، والاتصالات التي تعرف بالموجات الهرتزية، وعروض الإيجاب التي تنقل عبر الأقمار الصناعية.

ثالثا- لا يعتمد في إبرام العقد الإلكتروني عبر الإنترنت على الحضور المادي للمتعاقدين في المجلس نفسه للعقد؛ إذ يتم الأمر عن طريق التراسل الإلكتروني بصفة تلقائية، ويتم تبادل الإرادتين وفق برامج حاسوبية معدة لهذا الغرض، وهذه الطريقة تختلف تماما عن الأساليب التقليدية التي تتطلب في غالبها حضور المتعاقدين بالمجلس نفسه من أجل إبداء إرادتيهما بصفة مباشرة.

رابعا- العقد الإلكتروني في الغالب ذو طابع استهلاكي، فهو يتم عادة بين محترف ومستهلك، فلذا نجد أن أغلب قواعد حماية المستهلك تطبق على العقد الإلكتروني، كالالتزام بالإعلام ما

قبل التعاقدي، والالتزام بالتحذير...
خامسا- العقد الإلكتروني ذو طابع دولي نتيجة الطابع العالمي للوسيلة التي تساعد على إبرامه، وهي الإنترنت، وهذه الميزة تثير مسائل عديدة منها بيان مدى أهلية المتعاقد لإبرام العقد، وكيفية التحقق من شخصيته، ومعرفة مركزه المالي، وتحديد المحكمة المختصة بنظر المنازعات الناتجة عن إبرام العقد الإلكتروني.

المبحث الثاني: العقد الإلكتروني بين المساومة والإذعان: نعلم أن الفقهاء يقسمون العقود من حيث مدى توافر عنصر مناقشة مضمونها وشروطها إلى عقود مساومة وعقود إذعان. وعقد المساومة هو الذي يتم عن طريق المناقشة بين المتعاقدين، بحيث يضع كل منهما ما يحقق مصلحته من شروط، وتكون الإرادتان فيها غالبا متساويتين ومتكافئتين[27] de gré à gré. أما عقد الإذعان فالوضع فيه مختلف عن عقد المساومة، إذ إن أحد طرفي العقد فيه يستأثر بوضع شروط العقد، ولا ينتظر من الطرف الآخر سوى قبول العقد جملة أو رفضه جملة. فهل العقد الإلكتروني ذو طابع تساومي يقبل المناقشة من حيث مضمونه وشروطه، أم أنه ذو طابع إذعاني، يستلزم الحماية منه؟

اختلف الفقهاء بشأن هذه الطبيعة؛ فمنهم من رأى أن العقد الإلكتروني هو من عقود المساومة (المطلب الأول)، في حين ذهب رأي ثان إلى اعتباره من عقود الإذعان (المطلب الثاني). وفيما يلي نبين مضمون كل توجه وحججه تباعا.

المطلب الأول: العقود الإلكترونية هي من عقود المساومة: اعتبر هذا الفريق أن العقد الإلكتروني هو عقد من عقود المساومة، تتساوى فيه إرادة كل طرف مع إرادة الطرف الآخر، وتتبادل فيه النقاشات بكل حرية، وليس للمتعاقد فيه أن يطالب بأي حماية خاصة، وفيما يلي نبين مضمون هذا الاتجاه وأدلته (الفرع الأول)، ثم نحاول مناقشتها تباعا(الفرع الثاني).

الفرع الأول: عرض الاتجاه وأدلته: قلنا إن أنصار هذا الاتجاه يرون أن العقد الإلكتروني هو عقد مساومة؛ لأنه لا يتوافر على الخصائص التي تميز عقد الإذعان، فالموجب مثلا لا يتمتع بأي احتكار قانوني أو فعلي، نظرا إلى عالمية الشبكة وطبيعتها، والخدمات المعروضة بواسطتها يصعب القول بشأنها إنها تتعلق بعقود تكون المنافسة فيها محدودة النطاق[28]. كما أن عنصر المناقشة لا يزال يسود العقود الإلكترونية على اختلاف أنواعها، فدور المتعاقد الموجب له لا يقتصر على مجرد الموافقة على شروط العقد المعدة سلفا؛ إذ له مطلق الحرية في التعاقد مع أي منتج أو مورد آخر إذا لم تعجبه الشروط المعروضة على شاشة الإنترنت، ويستطيع الانتقال من موقع إلى آخر واختيار ما يشاء وترك ما يشاء[29]، وقد يبدو من الوهلة الأولى أن العقد الإلكتروني ذو طبيعة إذعانية، حيث لا يملك المستهلك سوى الضغط على خانة الموافقة الموجود في موقع الموجب، ولا يملك المناقشة أو التفاوض على شروط العقد[30].

ويخلص هذا الاتجاه إلى القول بأن العقد الإلكتروني ليس بالضرورة من تطبيقات عقود الإذعان، بل هو من عقود المساومة باستثناء العقود الإلكترونية التي تعد في الواقع عقود إذعان، كالعقود المبرمة إلكترونيا للحصول على الخدمات الضرورية كالماء، والكهرباء، والهاتف، وخدمات الاشتراك في شبكة الإنترنت. ويزيد أنصار هذا الرأي أن التشريعات المنظمة للتجارة الإلكترونية ليس فيها ما يدل على اعتبار العقود الإلكترونية من عقود الإذعان[31]، رغم اعترافهم بأن هذه التشريعات توفر حماية خاصة للمتعاقد حينما يكون طرفا ضعيفا في العلاقة التعاقدية.

الفرع الثاني: تقدير الاتجاه: يبدو أن هذا الرأي يعبر فعلا عن تبني أنصاره لفكرة الإذعان الكلاسيكية التي تستند أساسا على ضرورة توافر عنصر الاحتكار لاعتبار العقد بأنه عقد إذعان، مع أن التوجه الحديث - على ما سنرى لاحقا - لم يعد يقصر فكرة الإذعان على شرط الاحتكار؛ إذ لوحظ أنه في ظل الانفتاح الاقتصادي، وانتشار المنافسة الحرة، والعرض المتدفق لكافة أنواع السلع والخدمات، وإتاحة فرص كبيرة للمستهلك في اختيار شريكه في العلاقة التعاقدية، وتتبع ما هو أصلح له من شروط، إلا أن عقد الإذعان استمر في التواجد على الساحة التعاقدية، حتى إننا لا نكون مغالين في القول إن عقد الإذعان قد زاد ذيوعه وانتشاره حتى أضحى معضلة حقيقية تعترض سبيل المستهلكين. فهل يرجع ذلك إلى صفة الاحتكار؟ لا شك أن أسباب الإذعان قد تتغير تبعا لتغير أنماط السياسة الاقتصادية، لقد أصبحنا نصادف جملة من العقود يظهر لنا إمكانية مناقشة شروطها، أو إيجاد بديل عنها لدى عارض آخر، وفي سعينا لذلك نفاجئ بأن شروط المحترف الثاني لا تكاد تختلف عن سابقه والتالي له.

إن المنافسة الحرة قد خلقت إذعانا جديدا، جعلنا نحس بحرية في الاختيار بين المحترفين، ونحس بالعدالة فيما يقدم من منتجات وخدمات لكافة المستهلكين، فالكل سواء من حيث المعاملة، فهل يعقل أن يذعن الكل؟ هذه المعطيات وغيرها أبعدت الفقه والقضاء الحديثين عن المفهوم التقليدي للإذعان من أجل تبني مفهوم أكثر اتساعا ليشمل حتى العقود الإلكترونية، وهو التوجه الذي سندرسه في المطلب التالي.

المطلب الثاني: العقود الإلكترونية هي من عقود الإذعان: على خلاف الرأي الأول، اتجه جانب من الفقه إلى اعتبار العقد الإلكتروني أحد أنواع عقد الإذعان، معتمدين في ذلك على المفهوم الواسع لهذا العقد. ونظرا لجوهرية هذه الفكرة فقد آثرنا أن نعرج على بيانها ابتداء بشيء من الاختصار (الفرع الأول) قبل الحديث عن مضمون هذا الاتجاه وأدلته (الفرع الثاني).

الفرع الأول: عقد الإذعان في المفهومين التقليدي والحديث: إن عقد الإذعان يقوم على خرق مبدأ سلطان الإرادة؛ لأنه لا يقبل المناقشة، ويقوم أساسا على فرض جملة من الشروط إما يؤخذ بها جملة أو تترك جملة، والإيجاب والقبول فيه يختلف تمام الاختلاف عن عقود المساومة، كما أن محله أيضا يتميز بخصائص معينة جعلته ذو مجال ضيق في المفهوم التقليدي إثر ظهور فكرته. وهذه الخصائص هي[32]:

1 – أن يتعلق العقد بسلعة أو خدمة أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة للمستهلكين بصفة عامة، أو المنتفعين، بحيث لا يتصور استغناء هؤلاء عن هذه السلعة أو تلك الخدمة.

2 – أن يكون الموجب محتكرا لتلك السلع أو الخدمات احتكارا قانونيا أو فعليا، أو على الأقل مسيطرا سيطرة تجعل المنافسة على السلع والمرافق المحتكرة محدودة النطاق (كشركات التأمين)، مما تجعله ينفرد بتحرير العقد [33].

3 – أن يصدر الإيجاب إلى الكافة وبشروط واحدة على نحو دائم غير محدد المدة، وغير قابل للنقاش[34].

4 – أن يكون الإيجاب في طائفة عقود الإذعان صادرا عن الطرف الأقوى في التعاقد وحده، بحيث لا يشاركه الطرف الآخر في وضع شروط العقد عن طريق المناقشة، بل الذي عليه فقط إما أن يقبله جملة أو يرفضه جملة.

ويرى أصحاب الاتجاه الحديث لمفهوم عقد الإذعان أنه من السهل في ظل هذه الخصائص القول إن للمستهلك الحق في أن لا يتعاقد. غير أن الواقع يكشف عن أحوال تفرض على الشخص قبول التعاقد، مثل حالة الاستعجال، وحالة العقود التي أضحت في عصرنا ضرورة حقيقية[35]، اللهم إذا استطاع الشخص أن لا يسافر مطلقا، وأن لا يؤمن أبدا، وأن لا يستعمل الماء والغاز والكهرباء، وأن لا يركب في حافلة عمومية، وأن لا يشتغل لدى الغير؛ إنه في ظل هذه الحاجات يستحيل القول إن للشخص أن لا يتعاقد[36].

إن عقد الإذعان في حقيقته يسود في ظل الاحتكار حيث يحل الكفاح ضد الزبائن والمستهلكين محل الكفاح من أجلهم؛ إذ نادرا ما يوجد هذا العقد في ظل المنافسة الحرة. ومن البدهي أن انعدام الاحتكار يتيح فرصة إيجاد منتوج أو خدمة بشروط أفضل، لدى أحد المنافسين الذين تحدوهم الرغبة في جلب أكبر عدد من الزبائن[37].

وقد أرجع الفقهاء سبب تطلب صفة الاحتكار في عقود الإذعان لدى البعض، إلى الواقع العملي الذي أفرز هذه العقود، والذي كان دافعا لتطلب القضاء لهذا الشرط، نظرا لتعلق معظم تلك العقود بسلع أو خدمات احتكارية[38]. وهذا التصور هو الذي دفع بعض الفقه العربي إلى قبول ترجمة الأستاذ السنهوري لعبارة عقد الإذعان كترجمة لعبارة Contrat d'adhésion التي ابتدعها الأستاذ سالي، ورأى الأستاذ الصده أن لفظة الإذعان أصح من لفظة الانضمام؛ لأن الإذعان يدل على معنى الاضطرار في القبول، بينما الانضمام أوسع دلالة من ذلك؛ إذ يشمل عقد الإذعان وغيره من العقود التي ينضم إليها القابل دون مناقشة[39].

ويبدو لنا أن هذا التحليل وإن كان يجسد دقة اصطلاحية، إلا أنه ليس كفيلا بمد حماية أكبر للمتعاقد؛ لأنه وببساطة يحصر مجال تلك الحماية بعقود الاحتكار فقط. ومن جانب آخر فإن هذا التوجه لم يعد يترجم حقيقة واقعية، مفادها أن وجود عدة محترفين في السوق يمكن الوصول إليهم بسهولة لا يعني أن أحدا منهم يقترح شروطا أفضل من غيره. والمستهلك في هذه الحالة ليس له الخيار إذا أراد الحصول على الخدمة أو السلعة التي يرجوها؛ إذ يجب عليه أن يخضع للشروط الموحدة الظالمة التي يقترحها الطرف القوي.

ويرى الأستاذ مصطفى الجمال أن ربط فكرة الإذعان بفكرة الاحتكار، والحاجة إلى السلعة أو الخدمة، يعبر عن مفهوم تقليدي حددت معالمه التطبيقات التي كانت تحت نظر الفقه الفرنسي المنظر إبان نشأة فكرة الإذعان ذاتها. لكن الفقه الفرنسي لم يلبث أن انساق إلى مفهوم آخر أكثر رحابة، يستجيب إلى الهدف الحقيقي من تدخل المشرع لتخويل القاضي سلطة خاصة في عقود الإذعان، وهو حماية المستهلك الفردي، في مواجهة مؤسسات وشبكات إنتاج وتوزيع السلع والخدمات، وإلى التطبيقات المتلاحقة الحادثة لظاهرة إذعان أحد الطرفين لشروط يفرضها الطرف الآخر[40].

ونتيجة للتصور السابق فإن بعض الفقهاء لم يشترط في عقد الإذعان توافر شرط الاحتكار للسلعة أو الخدمة من جانب أحد المتعاقدين، من أجل الاعتراف بأن الآخر في موضع الإذعان له، وإنما يكفي أن ينفرد أحد الأطراف بوضع شروط التعاقد مسبقا، بحيث لا يملك الطرف الآخر سوى الانضمام لذلك العقد دون مناقشة[41]. ويرى الأستاذ Ghestin أن اللامساواة بين المتعاقدين ليست بالضرورة نتيجة احتكار، بل ليست حتى نتيجة قوة اقتصادية ضخمة، فكل محترف عموما هو في وضع يمكنه من فرض شروطه العامة على زبائنه، وذلك لم يكن ليتحقق إلا لأنها مماثلة بشكل محسوس لشروط منافسيه[42].

ومن جانب آخر فإن القول بعدم اشتراط الاحتكار في عقد الإذعان يتفق مع نصوص التشريعات العربية بهذا الصدد التي لم تتعرض لتعريف عقد الإذعان، ولم تستلزم وجود الاحتكار للقول بتوافر صفة الإذعان، بل اكتفت بالقول إن عقد الإذعان يتم بمجرد أن يرتضي أحد المتعاقدين ويسلم بشروط العقد التي وضعها الطرف الآخر سلفا، ولم تشر – التشريعات العربية – لا من قريب ولا من بعيد إلى مسألة الاحتكار[43]، فالمشرع الجزائري في المادة 70 من القانون المدني التي ورد بها «يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها « بين أن عقد الإذعان يوجد بمجرد التسليم بشروط يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها، فلم يشترط الاحتكار بنوعيه القانوني والفعلي، كما أنه لم يتطلب تعلق عقد الإذعان بسلع أو خدمات تعد ضرورية بالنسبة للمستهلكين.

لهذا يظهر أن العقد يمكن وصفه بأنه عقد إذعان كلما كان مضمونه معدا قبل التعاقد بواسطة أحد طرفيه على نحو عام ومجرد، بحيث لا يملك الطرف الآخر مناقشة له.

الفرع الثاني: مضمون الاتجاه وأدلته: إذا ما نظرنا إلى العلاقة التعاقدية في العقد الإلكتروني من حيث أطرافها، فإننا نلحظ أنها في غالب صورها تجمع بين مستهلك[44] بحاجة إلى الحصول على سلعة أو خدمة، وبين طرف محترف يعرض خدماته على الزبائن عن طريق وسائل تقنية حديثة.

أما إذا نظرنا إلى العقد الإلكتروني من حيث مضمونه ومدى تفاعل إرادة الطرفين في إنشائه، فإننا لا نكاد نقف على أسلوب

تعاقدي تسوده روح المناقشة بين أطراف العقد، بل جل ما نجده هو عرض للسلع والخدمات عن طريق أسلوب ترويجي، يجلب المستهلك، ويثير فيه الفضول لمعرفة مزاياه، وإن كان ذلك بدون معاينة حقيقة للشيء المتعاقد عليه. فإذا وقع اختيار المستهلك على سلعة أو خدمة فما عليه إلا اتباع جملة من الإجراءات التقنية للوصول إلى إبرام العقد، وهذا بالطبع لن يتأتى له إلا بعد موافقته على كافة الشروط الواردة بالعقد الإلكتروني دون مناقشة، وفي الغالب يعسر على المستهلك تتبع كل شروط العقد، وقراءتها، بل إنه حتى ولو قرأها فإنه لا يستطيع فهم كل آثارها وأبعادها على التزاماته وحقوقه[45]. هذا فضلا عن الحواجز اللغوية والاختلافات الثقافية التي قد تكون عائقا إما في تحصيل التوافق بين الطرفين، أو في تفسير عبارات العقد وشروطه.

والملاحظ أن الشركات التي تمارس التجارة الإلكترونية، بالرغم من أنها توفر عبر مواقعها معلومات مفيدة بشكل عام، إلا أنها لا توفر المعلومات الهامة المتعلقة بالعقد، مثل بيان شروط الإلغاء، وحالات الإعفاء من المسؤولية، ومعلومات الضمان...، فيغدو المستهلك متلقيا لمعلومات تتعلق بعقد في غير مصلحته، وعليه أن ينفذ شروطه التي لم يملك اختيارها ولم يدرك نتائجها[46].

وإذا سلمنا بأن خاصية الاحتكار في عقود الإذعان بالمفهوم الكلاسيكي، غير واردة في جميع عقود التجارة الإلكترونية، لوجود شركات كثيرة، يعثر عليها المستهلك على الشبكة، تعرض ما هو بحاجة إليه، فهذا لا يعني نفي صفة الاحتكار في مثل هذه العقود مطلقا، فهناك شركات محتكرة لسلع أو خدمات ويكون المستهلك في حاجة لاقتضاء السلعة أو الخدمة بهذا الطريق، وليس له سوى التعاقد معها، وبذلك تكون هذه الشركات العملاقة في نطاق التجارة الإلكترونية شبيهة بشركات الاحتكار في عقود الإذعان التقليدية[47].

إن التصوير السابق لطبيعة المعاملات الإلكترونية هو الذي دفع التشريعات الحديثة وأعطاها المبرر لفرض الالتزام بالإعلام الإلكتروني على المحترف[48]، من أجل تنوير إرادة المستهلك قبل إقدامه على إبرام العقد، بقصد تحقيق المساواة بين طرفيه؛ لأن عدم التساوي بينهما في المعلومات يؤدي ضرورة إلى عدم التوزان العقدي لاختلاف المراكز القانونية، فالطرف الضعيف معرض للاستغلال والتعسف دائما من الطرف القوي الذي يعد صاحب الخبرة والمعرفة[49].

وما يؤكد هذا المعنى ما جاء في التوصية رقم: 14 من التوصيات الصادرة عن الندوة العلمية حول التجارة الإلكترونية ومشاكلها القانونية بقولها: « التنبيه على أن الطرق الحديثة للتعاقد عبر شبكات الاتصال الإلكترونية تجعل هذا التعاقد مصدرا لمخاطر عديدة للمتعاقدين، الأمر الذي يستوجب تدخل القانون لحماية الطرف الضعيف في وجه تعسف الطرف الآخر»[50].

ويتضح من هذا، أن المستهلك بصدد عقود التجارة الإلكترونية هو الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية؛ لأنه يذعن لمجمل الشروط الواردة بالعقد الإلكتروني، ولا يستطيع المفاوضة فيها، شأنه شأن أي متعاقد يواجه عقدا تقليديا يسمى عقد الإذعان[51]. ومن ثم فإن حاجة المستهلك إلى الحماية القانونية تغدو ضرورة ملحة؛ إذ إنه قد يتلقى معلومات تتعلق بعقد في غير مصلحته، وعليه أن ينفذ شروط العقد بما يتضمنه من مصطلحات تحد بشكل غير عادل من حقوقه، ولا يملك اختيارا لشروط العقد، فهو في موقف المذعن[52].

ولهذا الاتجاه عدة أسس، نذكر منها ما يلي[53]:

1 - المتعاقد لا يملك سلطة مناقشة الشروط الواردة بالعقد الإلكتروني، بل إن الذي عليه فقط إما رفض العقد جملة أو قبوله جملة، فيكون قبوله حينها مجرد إذعان لإرادة الطرف الآخر نتيجة حاجته إلى العقد، فيظهر المستهلك إزاء ذلك أنه قد أبدى رغبته في التعاقد، لكن عن اضطرار وفرض.

2 - مضمون العقد الإلكتروني محدد سلفا من قبل المحترف في قالب نموذجي، تتسم الصياغة فيه بالتطرق لمسائل دقيقة يعسر فهمها ومناقشتها من قبل المستهلك، وهذه العقود في غالبيتها تشكل مشكلا عمليا في التعامل معها، نظرا لطريقة صياغتها الفنية والقانونية، والقالب الذي توضع فيه، كدقة الكتابة، وطول فقراتها، ونوع الورق المستعمل لطباعة العقد، وغير ذلك من الأساليب التي تلقي الملل في نفس المتعاقد، وتدفعه إلى ترك قراءتها عموما، وإن قرأها فليس من المؤكد أن يدرك جميع مراميها، ولهذه الأسباب اتجهت التشريعات الحديثة[54] إلى وضع قواعد تضبط صياغة هذه العقود في جانبها الشكلي والموضوعي، هدفها حماية المستهلك الضعيف حماية خاصة وفعالة.

3 - إن أصحاب الاتجاه الأول يدعون أن عنصر المناقشة لا يزال يسود العقود الإلكترونية على اختلاف أنواعها، وهذا في الحقيقة قول مردود؛ ذلك أن المناقشة تقتضي المفاوضة[55] التي تعني التحاور للوصول إلى اتفاق مشترك بين طرفين للحصول على حل متفق عليه قصد الحفاظ على مصالح الأطراف، والأمر على هذا النحو مقرون بالقدرة والكفاية العملية التي تعطي الشخص المفاوض حرية البحث عن الحلول والتقصي حول موضوع التعاقد، والمتعاقد معه نفسه - لأننا في عالم افتراضي - مع القدرة على المقارنة بين الخيارات المتاحة، ثم اتخاذ القرار بشأنها، ولاشك أن هذه الشروط والإجراءات لا تتوفر لدى غالبية المستهلكين؛ لأنهم وببساطة لا يملكون مثل هذه الكفاية، ولا يتوفر لهم من الخبرة ما يسمح بمقارنة الخيارات واتخاذ القرار بشأنها، مما يجعل المناقشة المزعومة هي مجرد فرض نظري بعيد عن واقع المعاملات الإلكترونية.

4 - لا يتوافر تواصل مباشر بين المستهلك والمحترف يمنح فرصة المساومة من أصلها، ويتم التعامل على هذا المحتوى بأكمله كوحدة بمجرد النقر على الموقع[56]، وطالما أن العقد غير متوازن، فإنه من المؤكد أنه سيكون لصالح المحترف ضد مصلحة المستهلك[57].

5 - يطرح الإيجاب الإلكتروني عبر الموقع بشكل عام[58] ودائم لكل الجمهور، ولوقت غير محدد. هذا فضلا على أن السلعة أو الخدمة المقدمة لا غنى للمستهلك عنها لتلبية حاجاته الشخصية، أو حاجات أسرته، فهي بمثابة ضروريات ليس

له العزوف عنها. والموجب في العقود الإلكترونية ذو مركز اقتصادي ومعلوماتي أقوى من المستهلك.

6 – القبول في العقد الإلكتروني هو « التعبير عن رضا من وجه إليه الإيجاب، لإبرام العقد بالشروط المحددة سلفا من طرف الموجب، ولما كان القبول بهذا الشكل فلا يكفي وحده وإنما يجب أن يصدر والإيجاب لا يزال قائما لمحدودية أجل سريانه، فإذا صدر الإيجاب على الخط استلزم الأمر أن يصدر القبول فوريا قبل فض المحادثة، ولما كان تعديل الإيجاب يعد إيجابا جديدا فإن الموجب على الإنترنت أن يقيد العميل في ما يسمى بالعقود الإلكترونية النموذجية، ولا يملك القابل عندئذ إلا الموافقة أو الرفض»[59].

7 – باعتبار أن عقود التجارة الإلكترونية ترتبط بالعملية الاستهلاكية فإن نجاحها يتوقف على مدى توفير الحماية القانونية للمتعاملين بصفة عامة والمستهلك بصفة خاصة، فتطور هذا الشكل الجديد للمبادلات التجارية مرهون بوجود ضمانات تحترم حقوق الطرف الأضعف في العلاقة التعاقدية[60]، ولعل في اعتبار العقد الإلكتروني أحد أنواع عقد الإذعان تطبيق صحيح لمقتضيات العدالة العقدية[61]، وضمانة فعالة لتلك الحماية المنشودة من الشروط التعسفية التي قد يحويها العقد الإلكتروني.

8 – إذا كان عقد الاستهلاك العادي بصفة عامة يعتبر من عقود الإذعان باعتباره مجالا خصبا لعدم التوزان العقدي بمختلف أسبابه، فإنه كذلك بالأولى إذا تم إبرامه بالوسائل الحديثة، حيث يفترق فيها المكان ويختلف الزمان، ولا تتلاقى الأقوال ولا الأبدان، ويعم فيها الجهل بمحل العقد وأطرافه.

خاتمة:

وضحت الدراسة السابقة الأهمية العلمية والعملية للعقد الإلكتروني، وكشفت عن مدى الاختلاف القائم بين الفقهاء في تحديد طبيعته القانونية. وإن النظر في الأسس والأدلة التي ساقها كل فريق بهذا الخصوص يدعونا إلى القول بأن العقود الإلكترونية تندرج ضمن طائفة العقود التي توصف بأنها عقود إذعان[62]؛ ذلك أن الفريق الذي اعتبر العقد الإلكتروني بأنه عقد مساومة انطلق من فكرة لم تعد محل إجماع، بل إنها لم تعد تمثل سوى رأي تقليدي بات مهجورا لدى جانب كبير من الفقه، وتوجه منتقد؛ لاعتماده على خصائص لم يثبت تبنيها من قبل التشريعات الحديثة الساعية إلى توفير حماية واسعة للمستهلك.

كما أن تحليلنا للتوجهين السابقين بين أن المنافسة – المزعومة بين المحترفين فيما يقدمونه من سلع وخدمات عن طريق الوسائل الحديثة – ليست قرينة على حرية المناقشة والتفاوض بشأن العقود المقترحة، كما أنها ليست دليلا على عدم الاحتكار، فالمناقشة في هذه العقود هي مجرد فرض نظري، والاحتكار فيها ملحوظ لا يمكن إنكاره؛ ويؤكد صحة ذلك أن الواقع العملي في غالب الممارسات الإلكترونية أظهر ودون مغالاة أن الإرادة في التفاوض من جانب المتعاقد الضعيف تكاد تكون منعدمة، إن لم تكن كذلك، ودورها يقتصر على جانب واحد يتعلق بقبول التعاقد أو رفضه.

وختاما يمكن القول بأن ظاهرة الإذعان هي بحق معضلة لا يمكن رصدها في نوع من العلاقات التعاقدية فقط، ولذلك فإنه لا ينبغي التمسك بشرط الاحتكار في العقد الإلكتروني حتى يوصف بأنه عقد إذعان؛ لأن ضرورة حماية المتعاقد الضعيف، ومسايرة حركية الحياة الاقتصادية تقتضي التنازل عن بعض المعايير التقليدية، والتوسع في فكرة الإذعان لتشمل العقود الإلكترونية؛ ذلك أن كل محترف عموما هو في وضع يمكنه من فرض شروطه على المستهلكين في ظل الاحتكار وحتى في غيابه.

الهوامش

–1 أصل كلمة الإنترنت INTERNET إنجليزي وهو مركب من قسمين INTER وNET ففيما تعني الكلمة الأولى البنية أو الاتصال، فإن الثانية تعني الشبكة، وبالجمع بين الكلمتين يتحصل المعنى التالي: الشبكة المتصلة، هذا من الجانب اللغوي، أما امن الجانب الاصطلاحي فتعرف بأنها عبارة عن مجموعة أجهزة إعلام آلي مرتبطة مع بعضها عبر العالم يفيد منها المستخدمين ويتناقلون المعلومات والملفات بسهولة ويسر وسرعة فائقة. يراجع: قارة مولود، التعبير عن الإرادة في عقود التجارة الإلكترونية، مقال منشور بمجلة دراسات المعلومات، جمعية المكتبات والمعلومات السعودية، ع: 03، سبتمبر 2008، ص 68. ويحي يوسف فلاح حسن، التنظيم القانوني للعقود الإلكترونية، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح، نابلس، طرابلس، فلسطين، 2007، ص 05. ولما عبد الله صادق سلهب، مجلس العقد الإلكتروني، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح، نابلس، طرابلس، فلسطين، 2008، ص 06. وتقدم شبكة الإنترنت العديد من الخدمات، من أبرزها وأهمها الشبكة العنكبوتية العالمية (World Wide Web) التي تعرف اختصارا بشبكة الويب، والبريد الإلكتروني (Electronic Mail)، وغرف المحادثة (Chatting Rooms)، وهاتف الإنترنت (Internet Telephone)، يراجع: علي هادي العبدي، زمان انعقاد الإلكتروني في التشريع الإماراتي، مداخلة بمناسبة مؤتمر المعاملات الإلكترونية (التجارة الإلكترونية– الحكومة الإلكترونية)، يومي 19 و20 ماي 2009، ص 02.

–2 أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص 19.

–3 هذا ما حذا مثلا الندوة العلمية حول التجارة الإلكترونية ومشاكلها القانونية أن توصي بأن تقنين التجارة الإلكترونية والمصطلحات المرتبطة بها يستلزم توفير الإمكانات التقنية والقانونية، وعلى أنه يجب مواكبتها باستمرار؛ لأنها ثورة لم تهدأ بعد، وكذا الإقرار بأن التجارة الإلكترونية تستدعي جهدا دوليا وجماعيا لتنظيمها، باعتبارها لا تعترف بالحدود القائمة، الأمر الذي يتطلب حرية حركة بلا قيود إلا تلك المتعلقة بالقواعد الآمرة وبالنظام العام. جامعة الدول العربية، مجلس وزراء العدل العرب، المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية، بيروت، لبنان، 27 – 29 جوان 2006، ص 05.

–4 هذه الدول هي استراليا، بروناي، كندا، اندوسيا، اليابان، كوريا، ماليزيا، نيوزلندا، الفلبين، سنغافوره، تايلند، أمريكا، الصين، هونج كونج، تايوان، المكسيك، روسيا، تشيلي، فيتنام، البيرو.

–5 خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط 01، 2006، ص 28.

–6 وهذا خلاف التوجيه الأوربي لـ 08 جوان 2000 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، الذي لم يتول تعريفها. يراجع:

Agnès Rabany, Le commerce électronique Aspects juridiques, Ecole des Mines, France, p. 04. www.emse.fr/, site visité le: 21. 04. 2013.

7 – مدحت عبد الحليم رمضان، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية،

دار النهضة العربية، 2001، ص 11.

8 - آمانج رحيم أحمد، التراضي في العقود الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت، دار وائل للنشر، الأردن، ط 01، 2006، ص 42.

9 - المرجع نفسه، ص 40.

10 - عبد الفتاح بيومي حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الإنترنت، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط 01، 2006، ص 15.

11 - أسامة أبو الحسن مجاهد، التعاقد عبر الإنترنت، دار الكتب القانونية، مصر، 2005، ص ص 34 - 35.

12 - آمانج رحيم أحمد، التراضي في العقود الإلكترونية، م س، ص ص 48 - 49. وأسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، م س، ص 38. ويحي يوسف فلاح حسن، التنظيم القانوني للعقود الإلكترونية، م س، ص 14.

13 - أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، م س، ص 37.

14 - نادر الفرد القاحوش، العمل المصرفي عبر الإنترنت، الدار العربية للعلوم، مكتبة الرائد العلمية، الأردن، ط 01، 2000، ص ص -32 33.

15 - آمانج رحيم أحمد، التراضي في العقود الإلكترونية، م س، ص ص 49 - 50.

16 - علي هادي العبدي، زمان انعقاد الإلكتروني في التشريع الإماراتي، المقال السابق، ص 361. وعبد الرحمن خلفي، حماية المستهلك الإلكتروني في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، مقال منشور بمجلة جامعة النجاح للأبحاث (العلوم الإنسانية)، نابلس، فلسطين، المجلد 27، ع: 01، 2013، ص 03.

17 - أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، م س، ص 147.

18 - خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، م س، ص 51.

19 - أسامة أبو الحسن مجاهد، التعاقد عبر الإنترنت، م س، ص 39.

20 - أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، 2000، ص 39.

21 - ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، م س، ص 52.

22 - منصور الصرايرة، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر وسائل الاتصال الإلكترونية، دراسة في التشريع الأردني، مقال منشور بمجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 25، ع: 02، 2009، ص 826.

23 - آمانج رحيم أحمد، التراضي في العقود الإلكترونية، م س، ص 70.

24 - إلياس بن ساسي، التعاقد الإلكتروني والمسائل القانونية المتعلقة به، مقال منشور بمجلة الباحث، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة الجزائر، ع: 02 - 2003، ص 60.

25 - يراجع تفصيلا خصائص العقد الإلكتروني: ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، م س، ص ص -53 56. وآمانج رحيم أحمد، التراضي في العقود الإلكترونية، م س، ص ص 72 - 74. وحسام الدين كمال الأهواني، النظرية العامة للالتزام، المصادر الإرادية للالتزام، دار النهضة العربية، ط 03، 2000، ج 01، ص 148. ومحمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2003، ص 19. ومحمد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ط 01، 2004، ص 51. وعبد الرحمن خلفي، حماية المستهلك الإلكتروني في القانون الجزائري، المقال السابق، ص ص 04 - 05. وولما عبد الله صادق سلهب، مجلس العقد الإلكتروني، م س، ص ص 26 - 29. ويحي يوسف فلاح حسن، التنظيم القانوني للعقود الإلكترونية، م س، ص 17.

26 - الذهب الإلكتروني عبارة عن مخزون من الذهب الحقيقي يودع لدى أحد البنوك، ويتم تحويله إلى أرقام تضاف من حساب عميل إلى عميل آخر، ويمكن اعتباره وحدة نقد، ويجوز استخدامه كبديل للنقود في المعاملات الإلكترونية أو الاقتراض بضمانه. يراجع: ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، م س، ص 56.

27 - علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص 26.

28 - منصور الصرايرة، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر وسائل الاتصال الإلكترونية، المقال السابق، ص ص 827 - 828.

29 - تتصف العقود التي تتم بالطرق الإلكترونية، كالتعاقد بالإنترنت بصفة التفاعلية من جانب العميل، كالمشتري مثلا، وهي صفة تسمح بحضور افتراضي متعاصر بين طرفي العقد، كما تسمح صفة التفاعلية بتسليم بعض الأشياء، وأداء بعض الخدمات فورا على الشبكة مثل الحصول على معلومات معينة أو برامج كمبيوتر، كما تسمح من ناحية أخرى بالوفاء على الخط أو الشبكة الذي يمكن أن يكون فوريا. ويترتب على هذه الصفة إمكانية التفاوض حول شروط العقد بكل حرية بالنسبة لكلا المتعاقدين، كما تسمح من التحقق من شخص المتعاقد الآخر، وما نحو ذلك من المسائل التي قد يتعلق بها العقد المراد إبرامه عبر الوسيلة الإلكترونية. يراجع: عبد العزيز المرسي حمود، الحماية المدنية الخاصة لرضاء المشتري في عقود البيع التي تتم عن بعد، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 37 - 38. ومنصور الصرايرة، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر وسائل الاتصال الإلكترونية، المقال السابق، ص 827، هامش رقم: 11.

30 - خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، م س، ص 64. ونوارة حمليل:: التعاقد الإلكتروني، معادلة بين أحكام القانون المدني ومبدأ حرية التعاقد، مقال منشور بمجلة الدراسات القانونية الصادرة عن مخبر القانون الخاص الأساسي، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، كلية الحقوق، ع: 04، س: 2007، ص 252. ومحمد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت، م س، ص 55. ولما عبد الله صادق سلهب، مجلس العقد الإلكتروني، م س، ص 60. ويحي يوسف فلاح حسن، التنظيم القانوني للعقود الإلكترونية، ص 18.

31 - آمانج رحيم أحمد، التراضي في العقود الإلكترونية، م س، ص 83 - 84. وإلياس بن ساسي، التعاقد الإلكتروني والمسائل القانونية المتعلقة به، المقال السابق، ص 61.

32 - يراجع: السنهوري، نظرية العقد، شرح القانون المدني، دار الفكر، بيروت، ص 281. والصده، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، بيروت، 1974، ص 136. ومصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط 01، 2002، ص ص 101 - 102.

33 - محمد إبراهيم بنداري، نحو مفهوم واسع لحماية المستهلك في عقد الإذعان- دراسة مقارنة في القانون المصري والإماراتي والفرنسي - مقال منشور بمجلة الأمن والقانون، الصادرة عن كلية شرطة دبي، ع: 01، س: 08، شوال 1420 هـ، يناير 2000، ص 79. وعبد الرحمن سعودي، سلطة القاضي التقديرية في تعديل مضمون العقد رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 1990، ص 516 وما بعدها.

34- G. Ripert, La règle morale dans les obligations civiles, 3e éd., L.G.D.J., 1935, pp. 103- 104.

35- P. Stoffel- Munck, L'abus dans le contrat, essai d'une théorie, L.G.D.J, 2000, pp. 368- 369.

34 - G. Ripert, La règle morale, op. cit, p. 105.

37 - انطلاقا من هذا النظر، حدد الأستاذ السنهوري دائرة عقود الإذعان بمجال ضيق، فاعتبر أنها لا توجد إلا حيث يصدر الإيجاب من متعاقد يحتكر شيئا يعد ضروريا للمستهلك. يراجع: نظرية العقد، م س، ص 280.

38 - محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، القاهرة، 2001، ص52.

39 - الصدة، نظرية العقد، م س، ص 135، هامش رقم: 01.

40 - مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد، م س، ص 103.

41 - محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، م س، ص ص 51 - 52. ومحمد إبراهيم بنداري، نحو مفهوم واسع لحماية المستهلك في عقد الإذعان، المقال السابق، ص 88.

A. Rieg, La protection du consommateur (Approches de droit privé), soc. de législation comparé, 1re journées juridiques Franco-Américaines, Harvard, 1- 4 nov. 1979, CUJAS p. 06; J. Flour, J. Luc

Aubert et E. Savaux, Droit civil, les obligations, l'acte juridique, 10é éd., Armand Collin, et Delta, 2002, t. 01, p. 120; A. Danis- Ftome, Apparence et contrat, L.G.D.J, 2004, p. 239.

42 – جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة: منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع تكوين العقد، لبنان، ط 01، 2000، ص 97.

43– محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، م س، ص52.

44– المستهلك في نطاق التجارة الإلكترونية هو المتعامل في نطاق هذه التجارة، والذي يتلقى الإعلان عن السلعة أو شرائها، وكذلك طالب الخدمات بوسيلة إلكترونية، فهو المستهلك ذاته في نطاق العقد التقليدي، لكنه فقط يتعامل من خلال وسائط إلكترونية. يراجع: عبد الفتاح بيومي حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الإنترنت، م س، ص 08.

45– يقول الفقه إن الرؤية لا تعني العلم ضرورة، فمجرد الاطلاع على وثائق العقد لا يؤدي حتما إلى إدراك ما يترتب عليه من آثار قانونية، يراجع في هذا المعنى:

Vincent Gautrais, les Principes d'Unidroit Face au contrat électronique, Revue juridique Themis, vol. 36, n° 2, 2002, Editions .Themis. Université de Montréal. Faculté de Droit. Canada, p. 504

46– أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، م س، ص 30. ونوارة حمليل، التعاقد الإلكتروني، المقال السابق، ص 252. ومحمد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت، ص 55.

47– عبد الفتاح حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الإنترنت، م س، ص ص 47 – 48.

48– ذهب التوجيه الأوروبي لسنة 2000 المتعلق بالتجارة الإلكتروني في المادة العاشرة منه إلى فرض واجب الإعلام على المحترف المتعامل بالطرق الحديثة، على أن يكون هذا الإعلام متنوع من حيث المعلومات المقدمة، وواضح وغير ملتبس.

49– عبد الرحمن خلفي، حماية المستهلك الإلكتروني في القانون الجزائري، المقال السابق، ص ص -07 08.

50– يراجع: توصيات الندوة العلمية حول التجارة الإلكترونية ومشاكلها القانونية، جامعة الدول العربية، مجلس وزراء العدل العرب، المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية، بيروت، لبنان، 27 – 29 جوان 2006، ص 06.

51– يرى البعض أن الغالب في التعاقدات الإلكترونية أن يكون المستهلك هو الطرف الضعيف؛ لذلك فإن اعتبارات العدالة تقتضي اعتبار الكثير من العقود التي لا يتوفر فيها تفاوض أو مساومة من عقود الإذعان. يراجع: عبد الله ذيب عبد الله محمود، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح، نابلس، طرابلس، فلسطين، 2009، ص 68.

52– أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، م س، ص 30.

53– يراجع بهذا الصدد: عبد الفتاح حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الإنترنت، م س، ص ص 45 – 46. وأسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، م س، ص 191. وآمانج رحيم أحمد، التراضي في العقود الإلكترونية، م س، ص 82. وخالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، م س، ص ص 64 – 65. وعبد الله ذيب عبد الله محمود، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، م س، ص 70. ولما عبد الله صادق سلهب، مجلس العقد الإلكتروني، م س، 59. وخليفي مريم، الالتزام بالإعلام الإلكتروني وشفافية التعامل في مجال التجارة الإلكترونية، مقال منشور بمجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، ع: 04، جانفي 2011، ص ص 204 – 205.

Vincent Gaurais, Le guide juridique du commerçant électronique, Juris international, 2001, pp.84- 85.

-54 Vincent Gautrais, les Principes d'Unidroit Face au contrat électronique, art.précit, p. 503.

55 – يراجع: حسين الدوري، عقود التجارة الدولية (العادية والإلكترونية) ومنازعاتها، مداخلة بمناسبة ندوة « التوقيع الإلكتروني وحجيته في الإثبات»، من 27 إلى 30 نوفمبر 2006، فاليتا، جمهورية مالطا، ص ص08 – 09.

56- Vincent Gautrais, Libres propos sur le droit des affaires électroniques, Lex Electronica, Faculté de droit,Université de Montréal, Vol. 10 n° 3, Hiver 2006, p.13.

57– يراجع بهذا الصدد: عبد الفتاح حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الإنترنت، م س، ص ص 45 – 46.

58– قارة مولود، التعبير عن الإرادة في عقود التجارة الإلكترونية، المقال السابق، ص 78.

59– المقال نفسه، ص 79.

60– خليفي مريم، الالتزام بالإعلام الإلكتروني وشفافية التعامل في مجال التجارة الإلكترونية، المقال السابق، ص 202.

61– هدى حامد قشقوش، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 67.

62– هذا الرأي يؤيده توجه في الفقه الإنجليزي والفرنسي والكندي والعربي إذ يعتبر أن عقود التجارة الإلكترونية هي بمثابة عقود إذعان. يراجع: إلياس بن ساسي، التعاقد الإلكتروني والمسائل القانونية المتعلقة به، المقال السابق، ص 61. وعبد الله ذيب عبد الله محمود، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، م س، ص 70. ولما عبد الله صادق سلهب، مجلس العقد الإلكتروني، م س، ص 55.

Vincent Gautrais, Libres propos sur le droit des affaires électroniques, art.précit, pp.13- 14. Et La couleur du consentement électronique, Les cahiers de propriété intellectuelle, Vol. 16, no. 1, 2003, Fac. Droit – Chaire en droit de la sécurité et des affaires électroniques, Canada, les pages: 65, 72, 76, 77, 79, 80, et autres.