

عقود التجارة الإلكترونية بين المساومة والإذعان

د. وناس يحيى - جامعة أدرار

أ. رباحي أحمد - جامعة الشلف

مقدمة :

عرف العالم منذ القرن الماضي تحولا عميقا شمل المجالات الاقتصادية والسياسية والثقافية والقانونية، ومن جملة هذه التحولات زيادة معدل الطلبات على السلع والخدمات، 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، بسبب تطور الاتصالات منذ عام 1980، الأمر الذي خول المحترفين وسائل تقنية كالهاتف والتلفزيون والمناتل. وفي نهاية القرن العشرين وجدت الانترنت، كأداة تقنية للاتصال، وبدأ بث المعلومات دون مقابل، إلى أن تعاضم دور الانترنت 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 الإنساني¹.

والمستهلك في نطاق التجارة الإلكترونية هو المتعامل في نطاق هذه التجارة، والذي يتلقى الإعلان عن السلعة أو شرائها، وكذلك طالب الخدمات بوسيلة إلكترونية، فهو ذاته المستهلك في نطاق العقد التقليدي، لكنه فقط يتعامل من خلال وسائط إلكترونية².

ومن الواضح أنه أمام تطور موجات التقنيات الحديثة، ومتطلبات تحرير التجارة العالمية، بات من الصعب المراهنة على الأنماط التقليدية للتعاقد، لأن التعويل عليها بصفة مطلقة فيه من المغالاة والإنكار لحقيقة وواقع الحياة العصرية، حتى وإن كانت تلك الأساليب لا تزال سائدة لدى أغلب الدول، إلا أن تبنيتها لأساليب التجارة الحديث لم يعد بعيدا، وهي الطامعة في ولوج سوق التجارة العالمي، والانضمام إليه، ولا شك أن هذا المطمع لن يتأتى إلا عن طريق توحيد أساليب وأنماط التعاملات.

1 - أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2005، ص 19.

2 - عبد الفتاح بيومي حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الإنترنت، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ط 01، 2006، ص

وما يدل على الأهمية التي باتت تكتسيها التجارة الإلكترونية هو الدور الذي تقوم به مختلف الجهات الدولية والإقليمية والوطنية بشأن المسائل والإشكالات القانونية التي تصادف هذا النوع الحديث من التجارة، وذلك قصد بحثها وتحديد ما يناسبها من حلول. ومن ذلك مثلا على الصعيد العالمي منظمة التجارة العالمية WOT، ومنظمة التعاون الاقتصادي والتنمية OECD، ولجنة اليونسترال UNICITRAL التابعة للأمم المتحدة.

وعلى الصعيد الإقليمي وصعيد الهيئات المتخصصة نذكر منظمة التعاون الآسيوية لمنطقة الباسيفك APEC³، ومنظمة التجارة الحرة الأمريكية - نافتا - ، وغرفة التجارة الدولية ICC، والاتحاد الأوروبي.

وكل هذه الهيئات حاولت أن تصب انشغالها في مختلف أنشطتها على ضرورة إيجاد إستراتيجيات 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.

ومن خلال هذه الدراسة نحاول من جانبنا بحث الطبيعة القانونية لعقود التجارة الإلكترونية، فنبين من خلاله هل تنتمي إلى جملة عقود المساومة أم عقود الإذعان؟ وما هي الحماية المقررة للمستهلك إزاء الشروط التي يتم وضعها من قبل مقدمي السلع والخدمات عن طريق الإنترنت؟

لهذا سنعمد بداية إلى تعريف التجارة الإلكترونية، وتحديد مميزاتها، وأهميتها، ثم نعرض بعد ذلك على بيان ماهية العقد الإلكتروني وطبيعته القانونية.

أولا - ماهية التجارة الإلكترونية ومميزاتها

1 - مفهوم التجارة الإلكترونية :

يقوم الاقتصاد الرقمي على حقيقتين، تتمثل الأولى في التجارة الإلكترونية، أما الثانية فتتمثل في تقنية المعلومات. والواقع أن التجارة الإلكترونية هي نتاج تقنية المعلومات، لأن وجودها يعتمد أساسا على الحوسبة والاتصال، ومختلف الوسائل التقنية للتنفيذ، وإدارة النشاط التجاري .

³ - هذه الدول هي استراليا ، بروناي ، كندا ، اندوسيا ، اليابان ، كوريا ، ماليزيا ، نيوزلندا ، الفلبين ، سنغافوره ، تايلند ، أمريكا، الصين ، هونج كونج ، تايوان ، المكسيك ، روسيا ، تشيلي ، فيتنام ، البيرو.

ومن حيث تعريف التجارة الإلكترونية فقليلة هي التشريعات التي تولت ذلك، نظرا لحدثة هذا الأسلوب من المعاملات، وفيما يلي نورد بعض التعريفات التشريعية والفقهية.

أ - التعريفات التشريعية للتجارة الإلكترونية :

عرف المشرع التونسي التجارة الإلكترونية في الفصل الثاني من قانون المبادلات التجارية الإلكترونية، رقم 83، لسنة 2000 على أنها : "العمليات التي تتم عبر المبادلات الإلكترونية".

كما جاء في قانون إمارة دبي للمعاملات والتجارية الإلكترونية، رقم 2، لسنة 2002 في مادته الثانية أن : " التجارة الإلكترونية هي المعاملات التجارية التي تتم بواسطة المرسلات الإلكترونية".

وعرف المشرع الأردني التجارة الإلكترونية في تشريع المعاملات الإلكترونية، رقم 85 لسنة 2001 أنها : "المعاملات التي تنفذ بوسائل إلكترونية".

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.

وربما 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 أن هذا القانون يطبق على أي نوع من المعلومات يكون في شكل رسالة بيانات مستخدمة في سياق أنشطة تجارية⁴.

فيظهر بهذا أن المشرع في 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 المشرع⁵.

4 - مدحت عبد الحليم رمضان، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، 2001، ص 11.

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

وبدورها عرفت منظمة التجارة العالمية WTO التجارة الإلكترونية بأنها : " مجموعة متكاملة من عمليات التسويق والإنتاج والتوزيع والبيع للسلع والخدمات والأفكار باستخدام الوسائل عبر شبكة الإنترنت "6.

ب - التعريفات الفقهية للتجارة الإلكترونية :

من التعريفات الفقهية للتجارة الإلكترونية أنها : "عمليات الإعلان والتعريف للبضائع والخدمات، ثم تنفيذ عمليات إبرام العقود للشراء والبيع لتلك البضائع والخدمات ثم سداد القيمة الشرائية عبر شبكات الاتصال المختلفة سواء الانترنت أو غيرها من الشبكات التي تربط بين المشتري والبائع"7.

وعرفت التجارة الإلكترونية بأنها : "التي تتم بين المتعاملين فيها عن طريق استخدام أجهزة ووسائل إلكترونية مثل شبكة الإنترنت وغيرها"8.

كما عرفت 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.

وعرفت التجارة الإلكترونية 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"10.

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.

6 - خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ط 01، 2006، ص 28. ويوسف أبو فارة، تسويق الخدمات المصرفية عبر الإنترنت، ص 05، يمكن الإطلاع عليه على العنوان الإلكتروني،

< http : // WWW.yusuf-abufara.net >

7 - رأفت عبد العزيز غنيم، دور جامعة الدول العربية في تنمية وتسيير التجارة الإلكترونية بين الدول العربية، الأمانة العامة للقطاع الاقتصادي، إدارة قطاعات الخدمات الأساسية، نوفمبر 2002، ص 05.

8 - عبد الفتاح بيومي حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الإنترنت، م س، ص 15.

9 - خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، م س، ص 40.

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

2 - مزايا التجارة الالكترونية :

ليس من العسير على أي مستخدم للانترنت العثور على مواقع التجارة الالكترونية، إذ لا يكاد يخلو موقع من نشاط استثماري ومالي سواء كان ذلك بشكل مباشر أو بشكل غير مباشر. ولعل هذا كان سببا لأن تعرف هذه التجارة رواجاً عالمياً، ويمكن أن نختصر البعض من مميزاتهما فيما يلي :

أ - 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 والسماسة. 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 ثوان معدودة¹¹.

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

ج - الدخول إلى الأسواق العالمية وكسر قيود الحدود الجغرافية، وجعل العالم عبارة عن سوق مفتوح أمام المستهلك بغض النظر عن الموقع الجغرافي للبائع أو المشتري¹².

د - تلبية خيارات المستهلك بيسر وسهولة، بتمكينه من معرفة الأصناف والأسعار، وميزات كل صنف والمفاضلة بينها، وتقييم المنتج موضوع الشراء من حيث مدى تلبية لرغبة وخيارات المشتري، وهذا طبعاً يتحقق بفضل إمكانية عرض أفضل الخدمات وأجود البضائع، وتفهم احتياجات العملاء وبذل الجهود لإشباع رغباتهم¹³.

هـ - استحداث أنواع جديدة من الأعمال التجارية، وقد بدأنا نعرف ما يسمى بالتاجر الافتراضية، والشركات الافتراضية التي أتاحت مجال التسوق والبيع والشراء من خلال موقع إلكتروني مفترض على

11 - 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.

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

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

الشبكة، كما ظهرت البنوك الالكترونية التي تعتمد على أساليب اللوفاء الإلكتروني كالأوراق التجارية الإلكترونية¹⁴.

ثانيا - بيان ماهية العقد الإلكتروني :

1 - تعريف العقد الإلكتروني :

لا يمكن وصف التصرف القانوني بأنه عقد إلا إذا تلاقت فيه إرادة كل طرف مع إرادة الطرف الآخر، من أجل إحداث أثر قانوني يتمثل إما في إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه.

والأصل أن العقد الإلكتروني لا يشذ عن هذه القاعدة إذ فيه تتلاقى إرادة طرفين من أجل إحداث أثر قانوني¹⁵، غاية ما في الأمر أن الوسيلة التي تعتمد في هذا التلاقي تختلف عن الطرق الكلاسيكية من تلاق في نفس المجلس، أو عن طريق إيفاد رسول، أو عن طريق كتاب، وسنذكر بشيء من الاختصار بعض التعريفات التي وردت بشأن العقد الإلكتروني.

أ - التعريفات التشريعية للعقد الإلكتروني :

عرف المشرع الأردني في قانون المعاملات الإلكترونية، رقم 85 لسنة 2001 في مادته الثانية أنه: "الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل إلكترونية كلياً أو جزئياً".

وأشار مشرع إمارة دبي للمعاملات والتجارية الإلكترونية، رقم 2، لسنة 2002 إلى تعريف العقد الإلكتروني بالمادة 13 في فقرتها الأولى، حيث جاء بها : "لأغراض التعاقد يجوز التعبير عن الإيجاب والقبول جزئياً أو كلياً بواسطة المراسلة الإلكترونية".

وفي نفس السياق 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 جوهرياً بالنسبة لصياغة أو تطبيق العقد بالكامل أو جزئياً 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

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

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

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".

ب - التعريفات الفقهية للعقد الإلكتروني :

أما من جانب الفقه فقد عرف 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"¹⁶.

وعرف العقد الإلكتروني بأنه : "اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد وذلك بوسيلة مسموعة مرئية، بفضل التفاعل بين الموجب والقابل"¹⁷.

كما عرف أنه : "اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد وذلك بوسيلة مسموعة مرئية بفضل التفاعل بين الموجب والقابل"¹⁸.

وعرف العقد الإلكتروني بأنه : "اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد وذلك بوسيلة مسموعة مرئية، وبفضل التفاعل بين الموجب والقابل"¹⁹.

وعرفه البعض بأنه : "العقد الذي يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول عبر شبكة اتصالات دولية باستخدام التبادل الإلكتروني للبيانات، وبقصد إنشاء التزامات تعاقدية"²⁰.

والملاحظ على مجمل التعريفات أنها ركزت على طريقة إنشاء العقد الإلكتروني، كما أنها لم تقصر العقود الإلكترونية على العقود التي تبرم عبر شبكة الإنترنت بل 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 بها²¹.

2 - تمييز العقد الإلكتروني عن سائر العقود الإلكترونية :

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

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

18 - صابر محمد عمار، المفاوضة في عقود التجارة الإلكترونية، ص 05. يمكن الاطلاع على البحث في الموقع :

< http : // WWW.mohammon.com >

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

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

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

بالرجوع إلى القوانين الحديثة المنظمة للتجارة الإلكترونية، يتبين أنها في كثير من المسائل الخاصة بالعقد الإلكتروني لم تورد نصوصاً 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 بيانها فيما يلي :

أ - 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 فضلاً عن الوسائط الإلكترونية التي ظهرت حديثاً مثل الشيك الإلكتروني والذهب الإلكتروني²².

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 إلكترونياً خاصة إذا كان المحل هو من المنتجات الإلكترونية أو الرقمية كالأغاني وبرامج الحاسوب والكتب والجرائد التي يمكن السماح للمشتري بتحميلها إلكترونياً حتى ولو كان الأطراف يتواجدون في مناطق متباعدة²³.

ب - العقود الإلكترونية لا يتم تحريرها على دعامة ورقية محررة وموقعة أو مبصوم عليها أو محتوم عليها، بل إنها تتم عن طريق دعائم إلكترونية، يكون التوقيع عليها بواسطة ما يسمى التوقيع الإلكتروني الذي له نفس الحجية مع التوقيع الكلاسيكي. كما أن طريقة الإلكترونية تلغي ما يعرف تقليدياً بالنسخة الأصلية وصورتها، لأن الطرق الحديثة تسمح بنسخ عدد هائل من البيانات والمعلومات كلها أصلية²⁴.

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 الصناعية²⁵.

22 - 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.

23 - آمانج رحيم أحمد، التراضي في العقود الإلكترونية، م س، ص 72 - 73.

24 - نفس المرجع، ص 73 - 74.

25 - ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، م س، ص 53 - 54.

ج - لا يعتمد في إبرام العقد الإلكتروني عبر الإنترنت على الحضور المادي للمتعاقدين في نفس مجلس العقد، إذ يتم الأمر عن طريق التراسل الإلكتروني بصفة تلقائية، ويتم تبادل الإرادتين وفق برامج حاسوبية معدة لهذا الغرض²⁶، وهذه الطريقة تختلف تماما عن الأساليب التقليدية التي تتطلب في غالبها حضور المتعاقدين بنفس المجلس من أجل إبداء إرادتيهما بصفة مباشرة.

د - العقد الإلكتروني في الغالب ذو طابع استهلاكي، فهو يتم عادة بين محترف ومستهلك، فلذا نجد أن أغلب قواعد حماية المستهلك تطبق على العقد الإلكتروني²⁷، كالالتزام بالإعلام ما قبل التعاقد، والالتزام بالتحذير...

هـ - 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 الإلكتروني²⁸.

ثالثا - الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني :

نعلم أن الفقه يقسم العقود من حيث مدى توافر عنصر مناقشة مضمونه وشروطه 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 *de gré à gré*²⁹.

أما عقد الإذعان فالوضع فيه مختلف عن عقد المساومة، إذ أن أحد طرفي العلاقة العقدية فيه يستأثر بوضع شروط العقد، ولا ينتظر من الطرف الآخر سوى قبول العقد جملة أو رفضه جملة.

ويمكن أن يعرف عقد الإذعان بأنه : "العقد الذي يتحدد مضمونه العقدي كلياً أو جزئياً، بصورة مجردة وعامة قبل الفترة التعاقدية"³⁰.

26 - حسام الدين كمال الأهواني، النظرية العامة للالتزام، ط 03، 2000، ج 01، ص 148.

27 - محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2003، ص 19.

28 - ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، م س، ص 54 - 55.

29 - علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998، ص 26.

30 - حسام الدين كامل الأهواني، النظرية العامة للالتزامات، ط 02، 1995، ج 01، ص 124.

فهل العقد الإلكتروني ذو طابع تساومي يقبل المناقشة من حيث مضمونه وشروطه، أم أنه ذو طابع إذعاني، يستلزم الحماية من الشروط التي تضمن به وتكون تعسفية.

للإجابة على هذا التساؤل يجدر بنا ابتداء إلقاء نظرة على مدلول عقد الإذعان وعناصره، كي نتمكن من معرفة الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني تأسيساً على ذلك.

1 - تحديد مفهوم عقود الإذعان :

إذا كان الأصل في العقود حرية الإرادة في اختيار ما تبرمه منها، وحريتها في تنظيم آثاره، فإن بعض الظروف قد تضطر أشخاصاً معينين إلى إبرام نوع من العقود دون أن تمنح لهم حرية في إبرامه أو في ترتيب آثاره³¹. لذلك يوصف قبولهم بأنه مجرد إذعان لما يمليه الموجب، لأن ذلك القبول لم يصدر بعد مناقشة ومفاوضة مع الموجب، بل إن القابل أو المدعن في موقفه لا يستطيع إلا أن يأخذ أو يدع، وبما أنه في حاجة إلى التعاقد على شيء لا غناء عنه فهو مضطر إلى الإذعان والقبول، فرضاؤه موجود، ولكنه مفروض عليه، ومن ثم سميت هذه العقود بعقود الإذعان³².

على أن الفرنسيين يسمون العقود التي يكون فيها القبول على النحو السابق بعقود الانضمام *Contrat d'adhésion*، لأن من يقبل العقد ينضم إليه دون مناقشة، وهذه التسمية ابتدعها سالي *Saleilles*³³. وقد أثر الأستاذ السنهوري تسميتها في العربية بعقود الإذعان، لما يُشعر به هذا من معنى الاضطرار في القبول³⁴، ولقد تلقى الفقه والتشريعات العربية هذه التسمية بالقبول، فعرفت رواجاً في اللغة القانونية³⁵.

وهذه العقود التي غدت شائعة في بداية القرن الماضي، هي اليوم على الأقل بالنسبة للأفراد، الطريقة العادية لعقد اتفاقية لها بعض الأهمية. فعمليات التأمين، والنقل، والمصرف، والبيع، على الأخص البيع بالائتمان، والخدمات التي يوفرها أصحاب المرائب، والغسالون الكواؤون، والصباغون، ووكالات السفر أو

31 - سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، نظرية العقد، المنشورات الحقوقية، صادر، بيروت، لبنان، ط 04، 1987، ج 02، ص 182.

32 - يراجع : السنهوري، نظرية العقد، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، دار الفكر، بيروت، ص 279. ولنفس المؤلف: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط 03، 2000، ج 01، ص ص 244 - 245.

33 - J.Ghestin, rapport introductif in les clauses abusives entre professionnels, sous la direction de : Christophe Jamin et Denis Mazeaud, Actes du colloque organisé, Economica, Paris, 1998, P 07.

34 - السنهوري، نظرية العقد، م س، ص 279.

35 - السنهوري، الوسيط، م س، ج 01، ص 245، هامش رقم : 01.

الفنادق، هي بصورة أعم عقود إذعان، هذا بقطع النظر عن العقود الكلاسيكية التي تتم مع شركات الاحتكار سواء كان فعليا أو قانونيا كالتعاقد مع شركة المياه أو الكهرباء أو شركة السكة الحديدية³⁶.

ويرجع الفقه سبب نشأة عقد الإذعان إلى التطور الاقتصادي الحديث، الذي اتجه إلى أسلوب الإنتاج الكبير، وما استتبع ذلك من قيام شركات ضخمة، ومؤسسات تتمتع باحتكار سلع أو خدمات تعتبر من الضرورات الأولية للمستهلك، ونتج عن هذا منح الفرصة لهذه الوحدات القوية فرض سلطتها وإملاء إرادتها وشروطها على الراغبين في التعاقد معها، دون أن يملكو عمليا مناقشة هذه الشروط، فكان من نتائج الحرية الاقتصادية الحد من حرية التعاقد³⁷، الذي ولد عقد الإذعان في الفكر القانوني.

ولا بأس من الإشارة - دون تفصيل - لخصائص عقد الإذعان بمفهومه الكلاسيكي³⁸ :

أ - 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.

ب - أن يكون الموجب محتكرا احتكارا قانونيا أو فعليا، أو على الأقل مسيطرا سيطرة تجعل المنافسة على السلع والمرافق المحتكرة محدودة النطاق، مما يجعله ينفرد بتحرير العقد.

ج - أن يصدر الإيجاب إلى الكافة وبشروط واحدة على نحو دائم غير محدد المدة، وغير قابل للنقاش، والغالب أن يكون في صورة عقود مطبوعة

وقد أكد الأستاذ Ghestin أن عقود الإذعان وما تحويه من شروط تعسفية تطرح اليوم في بلدان عديدة معضلة تشريعية خطيرة³⁹. والحقيقة أن الفقه قد تنبه⁴⁰ لهذه الخطورة منذ النصف الأول من القرن

36 - جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة : منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، ط 01، 2000م، ص 95. ورشوان حسن رشوان أحمد، أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1994، ص 283

37 - لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990، ص ص 09 - 10.

38 - تراجع هذه الخصائص : السنهوري، نظرية العقد، م س، ص 281. ومصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط 01، 2002، ص ص 101 - 102. ورشوان حسن، أثر الظروف الاقتصادية، م س، ص 286.

39 - غستان، تكوين العقد، م س، ص 99. وأعاد الأستاذ نفس العبارات بمناسبة الملتقى الخاص بالشروط التعسفية بين المحترفين، يراجع ذلك في مقاله :

العشرين، فهذا الفقه الفرنسي فكر في جواز تعديل الشروط التعسفية التي يتضمنها عقد الإذعان، لرفع أثر تعسف عن الطرف المدعن، غير أن هذا الحل كان يعوزه السند القانوني، فدفع ذلك التشريعات الحديثة لإيجاد السند القانوني لإجازة هذا التعديل⁴¹.

والملفت للنظر، أن فكرة عقد الإذعان وما تحمله من مفاهيم لمكافحة الشروط التعسفية رغم ظهورها في الفكر القانوني الفرنسي، ورغم تبني القضاء لها، إلا أنها لم تعرف طريقها إلى نصوص القانون المدني الفرنسي. وعلى العكس من ذلك فإن التشريعات العربية بادرت إلى تبنيها وتنظيمها لفكرة عقود الإذعان بموجب نصوص قانونية تحمي الطرف الضعيف المدعن من الشروط التعسفية. ويعد المشرع المصري هو صاحب قدم سبق في هذه المسألة⁴²، فكان نص المادة 149 من القانون المدني أول نص عربي يميز للقاضي تعديل أو إلغاء الشروط التعسفية التي ترد بعقود الإذعان، إيماناً منه بضرورة فرض الحماية ضد الوحدات الاحتكارية التي تمادت في فرض شروطها المخلة بالتوازن العقدي. وهذا الأستاذ " محرم بك " أحد أعضاء لجنة القانون المدني المصري الجديد أمام مجلس الشيوخ يقول : "إن هذا النص جديد وليس له مقابل في التقنينات الأجنبية، وأنه وضع لمصلحة المتعاقدين مع شركات الاحتكار..."⁴³.

وعلى طريقة المشرع المصري في تعامله مع الشروط التعسفية سارت الكثير من التشريعات العربية⁴⁴.

40 - الحقيقة إذا كان هناك إجماع أن الأستاذ سالي هو رائد الفقه الغربي في مجال عقد الإذعان وما تتضمنه من شروط تعسفية، فإن الأستاذ السنهوري هو رائد هذه الحركة في الفقه العربي، منذ إفراده لعقود الإذعان دراسة في مؤلفه " نظرية العقد " سنة 1934، وكان لذلك أثر بالغ في تبني المشرع المصري لفكرة عقد الإذعان، وكثير من التشريعات العربية.

41 - سليمان مرقس، الوافي، نظرية العقد، م س، ج 2، ص 184.

42 - يراجع : السنهوري، الوسيط، م س، ج 01، ص 248. وسليمان مرقس، الوافي، نظرية العقد، م س، ج 02، ص 148. ورشوان حسن، أثر الظروف الاقتصادية، م س، ص 286، هامش رقم : 02. و حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990 - 1991، ص 248.

43 - لعشب محفوظ، عقد الإذعان، م س، ص 153، هامش رقم : 214.

44 - من هذه التشريعات: المشرع الإماراتي (م 248 من ق المعاملات المدنية الاتحادي)، والمشرع الأردني (م 304 ق م)، والمشرع الليبي (م 149 ق م)، والمشرع السوري (م 150 ق م)، والمشرع العراقي (م 02/167 ق م)، والمشرع الكويتي (م 01/161 ق م تجاري)، والمشرع السوداني (م 138 ق م)، والمشرع اليمني (م 210 ق المدني للمعاملات الشرعية). يراجع موقف هذه التشريعات المصادر الآتية : السنهوري، الوسيط، م س، ج 01، ص 249، هامش رقم : 01. وعبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1974، ص 148. وحسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ، م س، ص 250 - 251. ولعشب محفوظ، عقد الإذعان، م س، ص 155.

وما يلاحظ أن كل التشريعات العربية⁴⁵ أخذت بالمفهوم الكلاسيكي الضيق لفكرة الإذعان بالخصائص السابق بيانها، خلافا لما وصل إليه القضاء والفقهاء الفرنسيين. ذلك أنها تبنت مباشرة المادة 149 من القانون المدني المصري، التي وضعت نتيجة التصور السائد حين صدور هذا القانون، وهو اعتبار أن مصدر عقود الإذعان هو الاحتكار الذي تمتع به بعض الشركات والمؤسسات.

وقد صرح بهذا المعنى الأستاذ السنهوري في كتابه "نظرية العقد" قبل أن يصدر القانون المدني المصري الجديد بسنوات⁴⁶، حيث قال "ويتبين مما تقدم أن عقود الإذعان لا تكون إلا في دائرة معينة، فهي لا توجد..."⁴⁷.

كما أن التشريعات الغربية من جانبها اتجهت إلى محاربة الشروط التعسفية من خلال عقود الإذعان، ومن بينها التشريع الألماني⁴⁸ بالقانون الخاص بمقاومة عدم التوازن في العقود وحماية الطرف المذعن الصادر في 09.12.1976. وقد كان المعلن عنه من هذا القانون هو حماية المستهلك في مواجهة عدم التوازن الناتج من العقود المحررة مسبقا من جانب واحد، ولمواجهة ما يؤدي إليه سوء استخدام الشروط العامة في العقود من تحايل على مبدأ حرية التعاقد المنصوص عليه في مدونة القانون المدني الألماني، من قبل مستخدمي الشروط العامة للإضرار بالمتعاقدين معهم⁴⁹.

وليس هناك ما يشير في هذا القانون من أن دائرة عقد الإذعان تنحصر في العقود التي تكون نتاج احتكار فعلي أو قانوني، بل إن الأمر فقط يتعلق بالعقود التي يتم تحريرها مسبقا، وتدرج بها الشروط التي

45 - يلاحظ أن المشرع اللبناني لم يتصد للشروط التعسفية في عقود الإذعان، رغم أنه يسلم في قانون الموجبات والعقود بهذه الطائفة من العقود، مسميا إياها "عقود الموافقة". يراجع: الصده، م س، ص 149. ولعشب محفوظ، م س، ص 155. وكذلك الشأن بالنسبة لقانون الالتزامات والعقود المغربي، وشبيهه الموريتاني، إذ لم يتضمن كلاهما نصا بهذا الصدد. يراجع: رشوان حسن رشوان، أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد، م س، ص 51، هامش رقم: 02.

46 - ولا يخفى أن الأستاذ كان عضوا في لجنة القانون المدني المصري الجديد، ولا غرابة أن يأتي هذا القانون متأثرا بأرائه، ونحن لا نعيب هذا الموقف، لكونه جاء مسائرا لأوضاع كانت سائدة في سنوات الثلاثينيات والأربعينيات من القرن الماضي. لكن الحركة التي عرفها المجتمع، وتطور الفكر الاقتصادي يدعونا دائما لإعادة النظر في مثل هذه المسائل التي باتت كلاسيكية، وعلى ما سنوضحه لاحقا سيتبين أنه من أجل ضمان حماية أكبر للمتعاقدين الضعيف لا يجب الوقوف عند المفهوم القديم لعقد الإذعان.

47 - السنهوري، نظرية العقد، م س، ص 280.

48 - C.Larroumet, Droit civil, les obligations, le contrat, Economica, Paris, 1996, T03, P 405. et, A. Karimi, Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit, librairie générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 2001, P P. 227 - 228.

49 - غستان، تكوين العقد، م س، ص 216.

تؤدي إلى الإضرار بالطرف الآخر. ولا شك أن هذا الاتجاه يخالف ما تبنته التشريعات العربية كما سبق أن رأينا.

ولقد كان للموقف الألماني السابق كبير الأثر على التوجيه الأوروبي لسنة 1993 الخاص بحماية المستهلك، الذي جعل مجال الشروط التعسفية هو العقود ذات النمط الموحد، والتي لم تكن محلا للمناقشة الفردية. وهذه المسألة لها أهمية في تاريخ التوجيه الأوروبي⁵⁰، فالمشروع الأصلي لهذا التوجيه كان يُحمل على جميع الشروط، لكن بعد معارضة ألمانيا ومجموعة أخرى من الدول، حُدد مجال التطبيق بتلك الشروط التي لم تكن محلا للمناقشة الفردية، وجاء نص المادة 3 - 1 من هذا التوجيه على النحو الآتي : " يعتبر الشرط الذي لم يكن محلا للمناقشة الفردية تعسفيا عندما يأتي مخالفا لمقتضيات حسن النية، ويحدث إضرارا بالمستهلك عدم توازن ظاهر بين حقوق والتزامات أطراف العقد".

موقف المشرع الجزائري من عقود الإذعان:

عالج المشرع الجزائري مشكلة الإذعان في القانون المدني بثلاثة نصوص؛

أولها: حين تحدث عن القبول في عقود الإذعان كإحدى الصور الخاصة للقبول بموجب المادة 70 منه التي جاءت على النحو الآتي : " يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقرر يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها ". ويقابل هذا النص في بعض التشريعات العربية، نص المادة 100 ق م المصري، والمادة 100 ق م الليبي، والمادة 167 / 01 ق م عراقي، والمادة 02/ 172 ق الموجبات والعقود اللبناني. ولا شك أن هذه التشريعات تأخذ بالمفهوم الضيق لفكرة عقد الإذعان، والمشرع الجزائري لم يشذ عن هذا.

ثانيها : حينما تحدث المشرع الجزائري عن آثار العقد، وأعطى القاضي المكنة من تعديل أو إلغاء الشروط التعسفية الواردة بعقد الإذعان، وذلك بموجب المادة 110 ق م ج والتي وردت كما يلي: "إذا تم العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المدعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

⁵⁰ - v. E.Hondius, Regard sur le droit comparé, in les clauses abusives entre professionnels, OP.CIT.P 116. J.Ghestin, Rapport introductif, in les clauses abusives entre professionnels, Art précit, P 09. Les frères Mazeaud et F.Chabas, leçons de droit civil, Obligations, Montchrestien, paris, 9^e éd, 1998, T II, V01, PP 81.

وكانت هذه المناسبة الأولى التي يتطرق فيها المشرع الجزائري للشروط التعسفية، فجعل مجال مكافحتها هو عقود الإذعان إسوة بباقي التشريعات العربية بمفهومه الكلاسيكي، فلا يتم تعديل أو إلغاء أي شرط تعسفي إلا إذا كان العقد يستجيب للخصائص المحددة بالمادة 70 السابقة.

ثالثها : في المادة 112 / 02 ق م ج، لما عالج المشرع مسألة تفسير العقد في حالة الشك، فبعدما أورد في الفقرة الأولى من المادة السابقة أن الأصل في تفسير الشك أنه يؤول لمصلحة المدين، بين أنه في عقود الإذعان الشك يفسر لمصلحة الطرف المدعن دائنا كان أم مدينا.

ويظهر من النصوص الثلاثة السابقة أن المشرع الجزائري حاول محاربة عدم التوازن العقدي بعقود الإذعان، والتي من خلالها يتم مكافحة الشروط التعسفية، وزاد المشرع الجزائري تأكيده لهذا الموقف بقانون 04 - 02 المؤرخ في 23 يونيو 2004 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، حيث صرح أن المقصود بلفظة " عقد " في نصوص هذا القانون هي : تلك العقود المحررة مسبقا والتي يدعن لها الطرف الآخر، وهذا المفهوم ورد في الفقرة الرابعة من المادة الثالثة على النحو : "عقد : كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه...".

لكن؛ ما يجب الوقوف عليه في هذه المناسبة هو، هل أراد المشرع الجزائري أن يجعل من عقود الإذعان في الممارسات التجارية مجالا للشروط التعسفية بمفهومها الكلاسيكي الضيق ؟ أم بالمفهوم الحديث لهذه العقود الذي تبناه القضاء والفقهاء في الدول الغربية والتوجيه الأوروبي ؟

لاشك أن الحل الذي يعيدنا للمفهوم التقليدي لعقد الإذعان لا يجب مسأيرته لأسباب عديدة، أبرزها أن القضاء والفقهاء العربيين يحاولون الابتعاد عن هذا المفهوم، فكيف لنا العودة إليه !؟ كما أن المفهوم الحديث لعقد الإذعان يسمح بمد الحماية لكل مستهلك في مواجهة المحترف مادام أنه لم يحصل على فرصة حقيقية لمناقشة محتوى العقد وشروطه.

كما أن المشرع الجزائري في المادة 4/3 المشار إليها سابقا لم يتحدث عن خاصية الاحتكار، بل اكتفى بالبيان أن عقد الإذعان هو الذي يحرر مسبقا ولا يقبل مناقشة فيه. فلا ينبغي إذن تحميل النص أكثر مما يحتمل، خصوصا أن هذا النص جاء مسائرا لما هو سائد في الفقه الغربي وقضائه، ومطابقا إلى حد كبير القانون الألماني والتوجيه الأوروبي في عدم حصرهما لدائرة عقود الإذعان بالعقود التي تأتي نتاج احتكار

فعلي أو قانوني. هذا فضلا على أن نص المادة 4/3 من قانون 04 - 02 هو من النصوص الخاصة، وكما نعلم فإن النص الخاص يقيد النص العام.

بعد هذا البيان الموجز لعقد الإذعان، يمكننا أن نبحت مدى انطباق فكرته على العقود الإلكترونية.

2 - مدى انطباق فكرة الإذعان على العقود الإلكترونية :

كما سبق أن رأينا فإن فكرة عقد الإذعان يتجاوزها اتجاهان، أحدهما كلاسيكي يشترط توافر الاحتكار من قبل أحد الطرفين للسلعة والخدمة، وثانيهما يتعد عن مفهوم الاحتكار كمحدد لصفة الإذعان، ولعل هذا الاتجاه هو الذي يميل إليه أغلب الفقه الحديث.

وتأسيسا على هذا الاختلاف فإن من الفقه من رأى أن العقد الإلكتروني هو من عقود المساومة، في حين ذهب رأي ثان إلى اعتباره من عقود الإذعان. وفيما يلي نبين حجج كل فريق تباعا.

الرأي الأول : العقود الإلكترونية هي من عقود المساومة

أ - عرض الاتجاه :

يرى أنصار هذا الاتجاه أن العقد الإلكتروني هو عقد مساومة، باعتبار أن عنصر المساومة والمناقشة لا يزال يسود العقود الإلكترونية على اختلاف أنواعها. كما أن دور 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، أي أن الرضائية هي التي تسود العقود الإلكترونية، 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 العقد⁵¹.

وبهذا فإن 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

51 - خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، م س، ص 64.

الإذعان⁵²، رغم اعترافهم بأن هذه التشريعات توفر حماية خاصة للمتعاقد حينما يكون طرفا ضعيفا في العلاقة التعاقدية.

ب - تقدير الرأي الأول :

يبدو أن هذا الرأي يعبر فعلا عن تبني أنصاره لفكرة الإذعان الكلاسيكية التي تسند أساسا على ضرورة توافر عنصر الاحتكار لاعتبار العقد بأنه عقد إذعان، مع أن التوجه الحديث 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 لن نكون مغالين في القول إن عقد الإذعان قد زاد ذبوعه 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 سعيها 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، فهل يعقل أن يدعن الكل؟ هذه المعطيات وغيرها أبعدت الفقه والقضاء الحديثين عن المفهوم التقليدي للإذعان من أجل تبني مفهوما أكثر اتساعا حماية للمستهلك.

الرأي الثاني : العقود الإلكترونية هي من عقود الإذعان

إذا ما نظرنا إلى العلاقة التعاقدية في العقد الإلكتروني من حيث أطرافها فإننا نلاحظ أنها في غالب صورها تجمع بين مستهلك 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 تعاقدية 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 إتباع جملة

52 - آمانج رحيم أحمد، التراضي في العقود الإلكترونية، م س، ص ص 83 - 84.

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. 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 شروط العقد التي لم يملك اختيارها ولم يدرك نتائجها⁵³.

خاتمة

يتبين من خلال المعالجة السابقة أن المستهلك بصدد عقود التجارة الإلكترونية هو الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، لأنه يدعن لمجمل الشروط الواردة بالعقد الإلكتروني، ولا يستطيع المفاوضة فيها، شأنه شأن أي متعاقد يواجه عقدا تقليديا يسمى عقد الإذعان.

وقد أتى الفقه⁵⁴ بعدة أسس، كيف من خلالها أن العقود الإلكترونية هي عقود إذعان، منها:

- 1 - المتعاقد لا يملك سلطة مناقشة الشروط الواردة بالعقد الإلكتروني، بل عليه 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 فنية دقيقة يعسر فهمها من قبل المستهلك.

53 - أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، م س، ص 30.

54 - يراجع بهذا الصدد: عبد الفتاح حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الإنترنت، م س، ص 45 - 46. وأسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، م س، 191. وأمانج رحيم أحمد، التراضي في العقود الإلكترونية، م س، ص 82. وخالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، م س، ص 64 - 65.

3 - السلعة أو الخدمة المقدمة لا غنى للمستهلك عنها لتلبية حاجاته الشخصية، أو حاجات أسرته، فهي بمثابة ضروريات ليس له العزوف عنها.

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

5 - الموجب في العقود الإلكترونية ذو مركز اقتصادي ومعلوماتي أقوى من المستهلك.

6 - يطرح الإيجاب الإلكتروني عبر الموقع بشكل عام ودائم لكل الجمهور، ولوقت غير محدد.

والنظر في هذه الأسس يدعو إلى القول بأن العقود الإلكترونية تندرج ضمن طائفة العقود التي توصف بأنها عقود إذعان. لكن ما يجب ملاحظته أن خاصية الاحتكار التي تعرف بها عقود الإذعان بالمفهوم الكلاسيكي، غير واردة في جميع عقود التجارة الإلكترونية، لوجود شركات كثيرة، يعثر عليها المستهلك على الشبكة، تعرض ما هو بحاجة إليه. وهذا لا يعني نفي صفة الاحتكار في مثل هذه العقود، 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 التقليدية⁵⁵. ومهما يكن من أمر فإنه لا ينبغي التمسك بشرط الاحتكار للقول بوجود عقد إذعان، لأن ضرورة مسaire حركية الحياة الاقتصادية تقتضي التنازل عن بعض المعايير التقليدية، ثم إن الفقه والقضاء الحديث لم يعد يشترط مثل هذه الخاصية في عقد الإذعان، فلما التمسك بها في هذا المجال الحديث من التعاقدات ؟

ومن ثم فإن حاجة المستهلك إلى الحماية القانونية تغدو ضرورة ملحة، إذ أنه 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 اختياراً لشروط العقد، فهو في موقف المدعن⁵⁶.

لذلك، تدعونا مقتضيات العدالة للقول بأن التعاقد عبر الإنترنت يعد من عقود الإذعان، والعلة في ذلك ترجع إلى أن هذه العقود يصعب التفاوض في شأنها، وعليه فإن أي شرط يرد به ويكون تعسفياً،

55 - عبد الفتاح حجازي، م س، ص ص 47 - 48.

56 - أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، م س، ص 30.

يستطيع المستهلك أن يطالب بتعديله أو إلغائه ، لأنه يمثل اعتداء على مصلحته⁵⁷، تأسيساً على نص المادة 110 من القانون المدني، أو المادة 29 من قانون 2004 الخاص بالممارسات التجارية.

⁵⁷ - هدى حامد قشقوش، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 67.