

العقد الإلكتروني المبرم عبر الانترنت، بين الإذعان والمساومة The Electronic Contract Concluded On The Internet, Between Bidding And Negotiation



أ.د. زاهية حورية سي يوسف - كجار^{1*}

¹أستاذ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو (الجزائر).

Pr. Zahia houria Si youcef - kedjar^{1*}

Faculty of law and political science, University of Tizi- Ouzou- Algeria¹

تاريخ الاستلام: 2023/02/12 تاريخ القبول للنشر: 2023/03/10 تاريخ النشر: 2023/06/30



ملخص:

إنَّ أهم وسيلة لتداول الثروات والأموال هو العقد. إلا أن هذا العقد فبعدما كان يتم إبرامه بالطرق التقليدية ويخضع للقواعد العامة في نظرية العقد، ظهرت وسائل جديدة للمعاملات أي للتداول لم تكن معروفة من قبل، وهي إبرام العقد بوسيلة ذا تقنية عالية مستحدثة وذات أبعاد عالمية ألا وهي شبكة الانترنت، وهي آلية قد تكون مسموعة ومرئية محدثة التفاعل بين الموجب والقابل. وبالتالي فالعقد المبرم بهذه الوسيلة يعرف بالعقد الإلكتروني المبرم عبر الانترنت. ولأهمية هذه الوسيلة الحديثة في إبرام العقود، كان من الأجدر تحديد الطبيعة القانونية لمثل هذه العقود.

الكلمات المفتاحية:

العقد الإلكتروني، شبكة الانترنت، المشرع الجزائري، الطبيعة القانونية.

Abstract :

The contract is the most important means of exchanging wealth and money. However, after this contract was concluded by traditional methods and subject to the general rules of contract theory, new means of transactions that were not known before have emerged, which is the conclusion of the contract by a high-tech means developed with global dimensions, the Internet, which is known as the electronic contract concluded via the Internet.

Keywords: The Electronic Contract, Internet, Algerian legislator, legal nature.

مقدمة:

إن أهم وسيلة لتداول الثروات والأموال هو العقد، والذي يقصد به اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما وهذا طبقا للمادة 54 قانون مدني جزائري⁽¹⁾. فالعقد هو شريعة المتعاقدين أو بالأحرى يعد دستوراً لتنظيم العلاقة بينهم في الحالة التي يكون فيها تكافؤ وتساوي مراكز الأطراف المتعاقدة.

إلا أن هذا العقد بعدما كان يتم إبرامه بالطرق التقليدية ويخضع للقواعد العامة في نظرية العقد، ظهرت وسائل جديدة للمعاملات لم تكن معروفة من قبل، غير تلك الوسائل الإلكترونية الأخرى المعروفة كجهاز الميناتل، التليكس، الهاتف، والفاكس وغيرها. إذ أضحت اللجوء في الوقت الحالي إلى إبرام العقد بوسيلة ذا تقنية عالية مستحدثة ذات أبعاد عالمية وهي شبكة الانترنت التي تعد تقنية الكترونية حديثة والتي أفرزتها الثورة المعلوماتية. وهذه تختلف عن غيرها من الوسائل الأخرى الإلكترونية المذكورة أعلاه، وشهد الإقبال عليها في مختلف المعاملات - رغم المخاطر التي تحيط باستعمال هذه الوسيلة الإلكترونية - نظرا لما تتسم به من سرعة في إبرامها وتنفيذها رغم بعد المسافات وما تدخره من جهد ووقت ومال. وقد تعددت طرق إبرام هذا العقد المبرم بواسطة شبكة الانترنت، وهو إما أن يتم عن طريق الدخول المباشر إلى الموقع website، أو عن طريق البريد الإلكتروني E-mail، أو عن طريق المحادثة والمشاهدة مباشرة Skype.

ورغم إبرام العقد الإلكتروني بمختلف هذه الطرق، فهو لا يختلف عن العقد التقليدي، إذ يخضع في تنظيمه للقواعد والأحكام العامة التي تنظمها النظرية العامة للعقد، من شروط الواجب توافرها كالرضا والمحل ووجوب توافر السبب وغيرها من شروط يتطلبها أي عقد لانعقاده، طبعا بالإضافة إلى الأحكام الخاصة التي تتلاءم وتنسجم مع طبيعته. ويعرف، بأنه اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب والقبول عبر شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد، وذلك بوسيلة مسموعة ومرئية وبفضل التفاعل بين الموجب والقابل⁽²⁾. كما يعرفه بعض الفقه اللاتيني أيضا، بأنه توافق الإيجاب والقبول حول عرض السلع والخدمات عبر الشبكة الدولية للاتصالات باستعمال وسائل سمعية بصرية⁽³⁾.

¹ - أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، جريدة رسمية، عدد 78، مؤرخة في 30 سبتمبر 1975.

2 - أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2000، ص 39.

3- TEANU Olivier, L'internet et le droit (aspects juridiques du commerce électronique), Eyrolles, Paris, 1996, p23.

أما بالنسبة لموقف التشريعات، فنجد أن المشرع الجزائري قد عرفه في المادة 2/6 من قانون التجارة الإلكترونية⁽¹⁾، بأنه: "... ويتم إبرامه عن بعد، دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه باللجوء حصرا لتقنية الاتصال الإلكتروني...". كما تعرفه المادة 02 من التوجيه الأوروبي رقم 97-07 مؤرخ في 20 ماي 1997 الصادر عن البرلمان الأوروبي والمتعلق بالتعاقد عن بعد وحماية المستهلكين⁽²⁾، كما يلي: "كل عقد يتعلق بالبضائع والخدمات أبرم بين مورد ومستهلك في نطاق عقد بيع أو تقديم خدمات عن بعد ...". ويعرفه المشرع المصري من خلال المادة الأولى من قانون التجارة الإلكترونية بأنه: "كل عقد تصدر منه إرادة أحد الطرفين أو كليهما، أو يتم التفاوض بشأنه أو قبول وثائقه جزئيا أو كليا عبر وسيط الكتروني". أما المشرع الأردني فقد عرف العقد الإلكتروني في المادة الثانية من قانون المعاملات الإلكترونية، والتي جاء فيها بأنه: "الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل الكترونية".

يستخلص مما سبق، أنه عقد يتميز بخصوصيات معينة، أنه يتم بوسيلة الكترونية وغياب العلاقة المباشرة بين الأطراف المتعاقدة أي دون حضور مادي للأطراف أي المورد والمستهلك وأيضا غياب العامل الورقي حيث أن التعاقد الإلكتروني يتم بموجب الرسائل الإلكترونية. إضافة إلى ذلك أنه عقد دولي⁽³⁾، وتجاري في الغالب، لكونه ينصب في على تبادل السلع والخدمات بين المستهلك والمورد، لذا اصطلح عليه بعقد التجارة الإلكترونية ذات الطابع الاستهلاكي. ونظرا للخصوصية التي يتسم بها هذا العقد الإلكتروني المبرم عبر الانترنت، ثار خلاف فقهي كبير حول إضفاء الوصف المناسب له. كما أن معظم التشريعات لم تحدد الطبيعة القانونية لهذا العقد وعلى غرارها التشريع الجزائري، وهذا كله يدفعنا إلى طرح الإشكالية التالية:

ما هو التكيف القانوني للعقد الإلكتروني المبرم عبر الانترنت ؟

فلإجابة على هذه الإشكالية، يقتضي الأمر دراسة الاتجاهات الفقهية المتباينة مع إبراز موقف التشريع الجزائري، متبعين في هذا البحث المنهج التحليلي والوصفي والمقارن أحيانا. أما الهدف من دراسة هذا البحث، هو السعي نحو التكيف القانوني الصحيح للعقد الإلكتروني خاصة بعدما شوه إقبال عدد كبير من المستهلكين على شراء السلع والخدمات بواسطة هذه التقنية الحديثة. وبالتالي فتحدد طبيعة هذه الآلية أي العقد الإلكتروني عبر الانترنت، أضحت مسألة جوهرية تمكن أطرافه من معرفة حقوقهم والتزاماتهم، وإبراز أوجه الحماية المقررة بالنسبة للطرف الآخر أي المستهلك كطرف ضعيف الذي يكون مضطرا للتعاقد، خاصة في العقود الاستهلاكية، كما تسهل على القاضي معالجة النزاعات المتعلقة بمثل هذه المعاملات الإلكترونية المبرمة عن شبكة الانترنت.

1- قانون رقم: 18-05 مؤرخ في 10 مايو 2018 يتعلق بالتجارة الإلكترونية، جريدة رسمية، عدد 28، مؤرخة في 16 مايو 2018.

2-Directive Européenne 97-07 CE du 20 mai 1997. JOCE, du 04/06/1997, n° 14, p19.

3- عبد الرحمن أحمد المساعد، 2018، أحكام عقد البيع الإلكتروني، دراسة تحليلية مقارنة، مجلة النيل الأبيض للدراسات والبحوث، العدد 11، جامعة النيل الأبيض، السودان، ص 86.

المبحث الأول:

مدى اعتبار العقد الإلكتروني عقد إذعان

الأصل، أن عملية إبرام العقود بصفة عامة، تتم بعد مناقشات ومفاوضات بين الأطراف وبحريّة تامة، وعلم الأطراف بكامل الحقوق والالتزامات المترتبة بينهما على قدم المساواة إلّا بالنسبة لبعض العقود التي يعقدها الأفراد مع بعض المرافق الضرورية كشركات الكهرباء، المياه، النقل وشركات التأمين غيرها، فهنا يقبل العقد دون مناقشة الشروط التي تضعها الإدارة المختصة. لكن مع تطور المجتمع ووسائل الاتصال وتغيّر ظروف الحياة، أدى إلى ظهور نوع من العقود، عرفت بالعقود الإلكترونية. ولمعرفة ما إذا كانت عقود إذعان أم غير ذلك، يقتضي الأمر في البداية تحديد مفهوم الإذعان.

المطلب الأول: تحديد مفهوم عقد الإذعان

يعدّ عقد الإذعان وفقا للمفهوم التقليدي، بأنّه العقد الذي يقتصر فيه القبول على مجرد التسليم بشروط الموجب دون مناقشة، ويكون محل العقد متعلقا بسلعة ضرورية تكون موضع احتكار، ويسيطر عليها الموجب سيطرة تجعل المناقشة فيها محدودة النطاق، حيث يكون الموجب في مركز قوي اقتصاديا. لكن الفقه الحديث، يرى أنه يكفي لاعتبار العقد إذعانا، أن يقوم أحد طرفيه بإعداد العقد مسبقاً بشروط معينة، وأن الطرف الآخر لا يملك إمكانية تعديل هذه الشروط⁽¹⁾.

يعرف عقد الإذعان، بأنه العقد الذي يفترض فيه أن أحد الأطراف قد قبل وبدون إمكانية حقيقية لمناقشة الشروط التي يقترحها عليه الطرف الآخر ويقتصر دور المذعن في اختيار إبرام العقد أو عدم إبرامه⁽²⁾. كما يعرف، بأنه توافق إرادتين في شكل إلكتروني لإحداث أثر قانوني⁽³⁾. أو بالأحرى هو العقد الذي يضع فيه أحد أطرافه بنوده ويتحمل فيه كل طرف من التزامات وماله من حقوقه دون أن يكون للطرف الآخر حق مناقشة تلك البنود أو ما وضع فيها من التزامات وما استحق له من حقوق⁽⁴⁾. وهو نفس المضمون الوارد في المادة 70 قانون مدني، والتي جاء فيها ما يلي: "يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها".

1- يحيى يوسف فلاح حسن، التنظيم القانوني للعقود الإلكترونية، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2007، ص122.

2 - JACK Ghestin, Traité de droit civil, la formation du contrat, 3^{ème} édition, Delta, Paris, 1996, p76 .

3- سمير برهان، إبرام العقد في التجارة الإلكترونية، القاهرة، مصر، بدون سنة نشر، ص08.

4- عبد الرحمن أحمد المساعد، أحكام عقد البيع الإلكتروني، دراسة تحليلية مقارنة، مجلة النيل الأبيض للدراسات والبحوث، العدد 11، جامعة النيل الأبيض، السودان، 2018، ص86.

ويتّضح من هذا النص، أن الإيجاب يفترض صدوره من طرف متفوق اقتصاديا -وهو الغالب- في شكل شروط وضعت لمصلحته موجهة إلى الطرف الآخر الذي ما عليه إلا أن يقبل بتلك الشروط دون مناقشة. وهذا ما يدفعنا إلى القول بأن المشرع الجزائري استقرّ على المفهوم التقليدي للإذعان، مع التذكير أن المادة 70 قانون مدني المذكورة أعلاه، وضعت في سنة 1975 ولم تخضع للتعديل منذ ذلك الوقت. وهو نفس الموقف الذي تبناه في المادة الثالثة الفقرة الرابعة من قانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم، والتي جاء فيها ما يلي: "...كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه".

من خلال التعاريف الفقهية والقانونية المذكورة أعلاه، يتبين لنا أن العقد الإلكتروني متى تعلق موضوعه بسلعة أو خدمة تعتبر من الضروريات التي لا يمكن للمستهلك الاستغناء عنها ولا يمكنه مناقشة بنود العقد وشروطه التي وضعت مسبقا، وبالتالي فإنّ العقد الإلكتروني في هذه الحالة يعد عقد إذعان.

المطلب الثاني: الاتجاهات المؤيدة لصفة الإذعان في العقود الإلكترونية

بعد دراسة مفهوم الإذعان، كان من اللازم التطرق إلى مجمل الآراء الفقهية المؤيدة لطابع الإذعان في العقود الإلكترونية المبرمة عبر الانترنت، وفي نفس الوقت التصدي إلى موقف المشرع المؤيد لذلك رغم التعارض والتباين الذي وقع فيه والمستخلص من بعض النصوص القانونية -كما سيأتي .

الفرع الأول: الاتجاه الفقهي: يرى جانب من الفقه الإنجليزي، أن العقود التي تبرم بشكل الكتروني هي بمثابة عقود إذعان، حيث إنّ المتعاقد ما عليه إلا أن يضغط على عدد الخانات المفتوحة أمامه في موقع البائع دون أن يكون له حق مناقشة أو التفاوض حول ما يحتاجه من سلع وخدمات، وما عليه إلا قبول العقد أو رفضه⁽¹⁾. فغالبية العقود التي تبرم عن طريق المواقع الإلكترونية للتّجار قد تحتوي على سمات عقود الإذعان باعتبار أن الموجب - المتمثل في المهني أي كبار التجار وأصحاب الشركات التجارية الكبرى- ينفرد بوضع شروط العقد مسبقا على الموقع، خاصة إذا كان محل العقد سلعا وخدمات ضرورية يحتكرها لمصلحته ومصحوبة بنوع من الدعاية للترويج. ففي هذه الحالات لا يكون بوسع الطرف الآخر الذي يرغب في الشراء إلا قبول تلك الشروط وبدون مناقشتها وغالبا ما تكون هذه الأخيرة مجحفة في حقه لكونها تعسفية⁽²⁾. والسبب في ذلك أن هذا المهني يتميز بالخبرة والتخصص والمال مما يجعله في مركز القوة يمكّنه من إملاء شروطه على الغير، وهذا ما يضيف على العقد الإلكتروني صفة الإذعان⁽³⁾.

وتأكيدا على طابع الإذعان للعقد الإلكتروني، ذهب أيضا بعض الفقه الفرنسي، أن العقد الإلكتروني يعد من قبيل عقود الإذعان إذا كانت الشروط العامة للبيع مذكورة بموقع التاجر، بحيث لا يكون أمام الزائر إلا أن يقبلها

1- الحبيب السرناني، خصوصية العقد الإلكتروني وأركانه، مجلة قانونك، العدد الثاني، المغرب، 2017، ص 1.

2- عبد الفتاح بيومي حجازي، حماية المستهلك عبر الانترنت، دار الفكر الجامعي، إسكندرية، 2006، ص 45.

3- بن سعيدي سلمة، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة باتنة، الجزائر، 2014، ص 8.

جميعا فينعقد العقد أو لا يقبلها ولا ينعقد⁽¹⁾. إذ غالبا ما تستخدم الشركات التجارية مواقع على شبكة الانترنت لعرض منتجاتها وتصدر إيجابها بالعرض بشكل عقد نموذجي contrat Type. والذي يأتي متضمنا لشروط نمطية عامة معدة سلفا و موجهة إلى الجمهور لا تقبل المناقشة أو التعديل، خاصة وأن هذه الشروط غالبا ما تكون لمصلحة الشركة التجارية، كأن تخفف من مسؤوليتها بإعفائها من الضمان، وتفرض على الطرف المقابل شروطا جزائية قاسية في حالة إخلال بالتعاقد أو التسليم وفي جميع مراحل تنفيذ العقد⁽²⁾. فعلى الراغب في التعاقد إلا أن يقبل بكافة الشروط المقررة بالنقر على أيقونة مخصصة للقبول (Accepte)، أو يرفضها جملة بالخروج من هذه الصفحة أو بالنقر على أيقونة التجاهل (Ignore). لأن أطراف العقد في هذه الحالة، هما شخص المستهلك والبرنامج الموضوع مسبقا، ليس هناك تبادل فعلي للإرادة، بل يكون المستهلك بصدد إبرام عقد نموذجي أو إذعان لا يملك حرية إبداء الرأي ومناقشة العقد والتفاوض.

إلا أن هناك اتجاه من الباحثين يذهب إلى القول بأن إضفاء صفة الإذعان على العقود الإلكترونية لا تتجلى في قبول هذا العقد الذي تم إعداده مسبقا بمعرفة الطرف الآخر دون مناقشة أو مفاوضة، بل أن هذه الصفة تُضفى على العقد في حالة عدم استطاعة الطرف الآخر من مناقشتها لقلّة خبرته في المجال التقني والقانوني والاقتصادي⁽³⁾. فعدم التساوي بين طرفي هذا العقد في المعلومات والخبرة، قد يؤدي بالضرورة إلى عدم التوازن العقدي باعتبار أن الطرف الضعيف يكون معرضا للاستغلال والتعسف من قبل الطرف القوي.

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري المؤيد لصفة الإذعان: في نظر المشرع الجزائري، فإن العقود الإلكترونية، هي عقود إذعان. والدليل على ذلك أن قانون رقم 05-18 أحال إلى قانون رقم 02-04 المتعلق بالقواعد المتعلقة بالممارسات التجارية⁽⁴⁾ فيما يتعلق بتعريف العقد الإلكتروني وبالضبط في المادة 2/6 والتي جاء فيها ما يلي:

"العقد بمفهوم القانون رقم 02-04 المؤرخ في 5 جمادى الأولى عام 1425 الموافق 23 يونيو سنة 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية ويتم إبرامه عن بعد، دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه باللجوء حصرا لتقنية الاتصال الإلكتروني".

بالرجوع إلى الفقرة الرابعة من المادة الثالثة المشار إليها سابقا من قانون رقم 02-04 المذكور سابقا، فالعقد الإلكتروني، يعتبر عقد إذعان نظرا للخصائص التي يتميز بها، والتي تتمثل في وضع شروط العقد مسبقا من قبل أحد الأطراف، إذعان الطرف الآخر، عدم إمكانية هذا الأخير إحداث تغيير فيها وهو نفس الموقف الذي تبناه المشرع المصري في الفقرة الأولى من المادة السابعة عشر من مشروع قانون التجارة الإلكترونية التي جاء فيها ما يلي: (تعتبر العقود النمطية المبرمة إلكترونيا من عقود الإذعان...).

إلا أنه إذا سلمنا أن المشرع الجزائري اعتبر العقد الإلكتروني من عقود إذعان إذا توافرت فيه الشروط المذكورة أعلاه ، فهذا لا يشكل خطرا على المستهلك المتعامل عبر وسيلة الانترنت. إذ هناك قواعد حمائية

1- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، إسكندرية، 2006، ص 86.

2- غادة جواد مسودي، التنظيم القانوني للعقد الإلكتروني في فلسطين، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والإدارة العامة، جامعة برزيت، فلسطين، دون ذكر التاريخ، ص 60.

3- حابت أمال، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني المبرم على ضوء قانون رقم: 05-18، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، المجلد 16، العدد 4، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري- تيزي وزو، الجزائر ، 2021، ص 140.

4- قانون رقم 02-04 مؤرخ في 23 يونيو 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل والمتمم، جريدة رسمية العدد 41، صادر بتاريخ 27 يونيو 2004.

قررها في نفس الوقت – على غرار معظم التشريعات⁽¹⁾ - لحماية هذا الطرف المذعن أي المستهلك الذي لا يمكنه التفاوض بشأن شروط العقد، ولا المعاينة المادية الملموسة للسلع⁽²⁾. فهو طرف ضعيف مقارنة بالطرف القوي الآخر صاحب النفوذ الاقتصادي.

تبرز أوجه هذه الحماية على سبيل المثال، أنه في حالة وجود بند من بنود العقد غامضا يكون في حاجة إلى تفسير، فإن تفسيره يكون لصالح الطرف الضعيف أي المستهلك وليس في مصلحة الطرف القوي المحتكر⁽³⁾، وفي حالة وجود شرط تعسفي، فللقاضي سلطة تعديله أو إعفاء الطرف المذعن. وهذا ما نستشفه من المادة 110 قانون مدني وأيضاً من خلال قانون رقم 04-02 والمرسوم التطبيقي رقم 06-306. ويجوز أيضاً للقاضي التدخل لتعديل الشرط الجزائي، عن طريق إعفاء الطرف الملزم به في حالة انعدام الضرر وهذا استناداً إلى المادة 184 الفقرة الأولى قانون مدني جزائري والتي تنص على ما يلي: "لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر...".

رغم القواعد الحمائية التقليدية- المذكورة أعلاه- التي كرسها المشرع للمستهلك المتعامل عبر الانترنت، إلا أنها حماية قاصرة لا تنسجم مع طبيعة مثل هذه المعاملات هذا من جهة، ونظراً لضعف مركز المستهلك الإلكتروني من الناحية الاقتصادية والفنية من جهة أخرى. لذلك تدخل المشرع الجزائري ليعزز حمايته في ظل التعديل الأخير لقانون حماية المستهلك والمتمثلة في منحه حق العدول عن التعاقد، مسيراً في ذلك نهج بعض التشريعات، كقانون الاستهلاك الفرنسي رقم: 93-949 المؤرخ في 1993/06/02.

المبحث الثاني:

مدى اعتبار العقد الإلكتروني عقد مساومة

يذهب الاتجاه المؤيد لصفة الرضائية أي المساومة في العقود الإلكترونية، أنه ليس كل العقود التي تبرم عبر مواقع الانترنت تتسم بالإذعان، بل هناك عقود تبرم عن طريق البريد الإلكتروني⁽⁴⁾ أو الوسائل السمعية البصرية أو من خلال برامج المحادثة. فهذه العقود يمكن تكييفها بأنها رضائية، إذ يتم التفاوض على إبرام العقد عن طريق إرسال الرسائل الإلكترونية والمتبادلة بين المتعاقدين إلى أن يقرن إيجاب أحد المتعاقدين بقبول الآخر، فينقذ العقد.

المطلب الأول: المقصود بالمساومة

- 1- محمد ذعار العتيبي، النظام القانوني للعقد الإلكتروني، دراسة مقارنة بين التشريعين الكويتي والأردني، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2013، ص 47.
- 2- عبد العزيز زرداني، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، العدد 38، جامعة عنابة، 2014، ص 267.
- 3 - منير محمد الجنبهي، ممدوح محمد الجنبهي، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، إسكندرية، بدون سنة نشر، ص 180.
- 4- حمارشة رياض وليد، عقد البيع الإلكتروني في ظل التجارة الإلكترونية، إبرامه، آثاره، إثباته (دراسة تحليلية مقارنة)، جامعة الدول العربية، القاهرة، 2002، ص 10.

تعرف عقود المساومة بأنها عقود رضائية يسود فيها التراضي بين الأطراف المتعاقدة، حيث يستطيع كل منهم مناقشة شروطه. ويقصد بعقد المساومة (contrat de gré à gré) أو العقد الرضائي، بأنه العقد الذي يملك كل من طرفيه حرية مناقشة أي التفاوض حول شروطه قبل إبرامه على قدم المساواة مع الطرف الآخر وهذا لا يمكن تصوره إلا في العقود التي يكون فيها الطرفان على قدم المساواة أي في نفس المركز. ولتأكيد لصفة الرضائية والتفاوض على العقود الإلكترونية المبرمة عبر الانترنت، يتجلى في السماح للمستهلك بمعاينة المنتج، عن طريق تصوير المورد للمنتج تصويرا ثلاثي الأبعاد (3D) والذي تظهر من خلاله جميع مواصفات المنتج وأبعاده، ويكون للمستهلك بالتالي إبداء حريته في التعاقد أو عدمه⁽¹⁾.

المطلب الثاني: الاتجاهات المؤيدة لصفة المساومة أي الرضائية في العقد الإلكتروني

وعلى النقيض مما سبق، ذهب جانب آخر من فقهاء القانون و فلاسفته إلى أن العقود الإلكترونية يغلب عليها طابع الرضائية وأنها ليست من قبيل عقود الإذعان. كما أن عملية المساومة تسود هذه العقود على اختلاف أنواعها، فضلا عن ذلك ما يستخلص من التشريع الجزائري والذي تتضح فيه معالم إضفاء صفة الرضائية على مثل هذه العقود.

الفرع الأول : الاتجاه الفقهي: يرى بعض الفقهاء أن العقد الإلكتروني هو عقد رضائي بعيد كل البعد عن عقود الإذعان لما يتمتع به كل طرف من حرية إبرام العقد أو العدول عنه⁽²⁾.

ويذهب جانب آخر من الفقه على أن العقد الإلكتروني ما هو إلا عقد رضائي أي عقد مساومة، لأن المتعاقد يستطيع اللجوء إلى مورد أو منتج آخر لسلعة أو الخدمة إذا لم تعجبه شروط أحد الموردين أو المنتجين، كما أنه لا يمكن الاعتماد على المعيار الاقتصادي أي الاحتكار فقط وإنما يجب النظر إلى الاعتبارين القانوني والاقتصادي معا⁽³⁾. ولتأكيد أيضا، أن العقد الإلكتروني هو عقد مساومة- أي كما يطلق عليه عقد الكتروني متعادل -، أي لا يوجد ما يمنع المستهلك من اللجوء إلى مفاوضات ومناقشات مع المورد، إذ له حرية قبول أو رفض الشروط المعروضة على شاشة الانترنت، إضافة إلى ذلك له حرية التنقل من موقع إلى آخر والمفاضلة

1 - بن سيجمو محمد المهدي، مهداوي عبد القادر، الطبعة القانونية للعقد الإلكتروني، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 7، العدد 6، جامعة تمنراست، 2018، ص 367.

2- عبد الرحمن أحمد المساعد، مرجع سابق، ص 87.

3- لما عبد الله صادق سلهب، مجلس العقد الإلكتروني، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية القانون، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2008، ص ص 60-61.

بين العروض المقدمة، وهو ما يدل على أن العقود الإلكترونية هي عقود مساومة، - باستثناء البعض منها التي تعد في الواقع عقود إذعان كالعقود المبرمة إلكترونياً للحصول على الخدمات الضرورية كالماء، والكهرباء والهاتف، وخدمات الاشتراك في شبكة الانترنت،- كما سبقت الإشارة إليه أعلاه.

ويضيف أنصار هذا الرأي أن التشريعات المنظمة للتجارة الإلكترونية لم يرد فيها ما يدل على أن العقود الإلكترونية هي عقود إذعان⁽¹⁾، فالموجب لا يتمتع بأي احتكار قانوني أو فعلي، نظراً إلى عالمية الشبكة التي تتجاهل الحدود الجغرافية، وأن الخدمات المعروضة بواسطتها يصعب القول بشأنها أنها تتعلق بعقود تكون المنافسة فيها محدودة النطاق، كما أن الإيجاب الصادر من الموردين أو المهنيين يكون موجهاً إلى جميع زائري الموقع على الشبكة، ومن ثم فإن هذا العقد رضائي بطبيعته⁽²⁾.

وما يؤكد أيضاً صفة الرضائية في العقود، أن الشروط التي يضعها المهني ليست دائماً شروطاً تعسفية، لأنه قد يراعى فيها قدر الإمكان ظروف وإمكانات المستهلك. ولذا يمكن القول، أن العقد الإلكتروني ليس دائماً عقد إذعان.

فمهما كان الخلاف الفقهي القائم حول تكييف العقد الإلكتروني المبرم عن طريق الانترنت، فإن الرأي الراجح، يذهب إلى القول، أن العقد قد يكون إذعاناً بالنظر إلى الوسيلة المستخدمة أي البريد الإلكتروني للمتعاقدين أو عن طريق المواقع الإلكترونية. فالعقود التي تبرم عن طريق المواقع الإلكترونية يتمتع المتعاقد بكامل الحرية في الموافقة أو عدم الموافقة على شروط التعاقد⁽³⁾. فهذا الرأي محل التأييد من قبل بعض الباحثين، فالعقد الإلكتروني هو عقد رضائي، لأن عقود الإذعان تتميز بمضمونها وموضوعها، وليس بشكلها، فطالما يمكن للشخص أن ينتقل بين المواقع التجارية الإلكترونية، واختيار المنتج الذي يريده وبسعر الذي يحدده، فالرضائية هي السائدة في العقود الإلكترونية⁽⁴⁾.

ما يؤكد أيضاً صفة الرضائية في العقود التي تتم عبر المواقع الإلكترونية، هو أن عرض الموجب لسلعه وخدماته ما هو إلا دعوة إلى الجمهور عامة لمن يرغب في التعاقد وهذا ما جاء في اتفاقية فيينا للبيع الدولي

- 1 - أمانج رحيم أحمد، التراضي في العقود الإلكترونية عبر شبكة الانترنت، دار وائل للنشر، الأردن، 2006.
- 2 - منصور الصرايرة، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر وسائل الاتصال الإلكترونية، دراسة في التشريع الأردني، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 25، العدد 02، جامعة دمشق، سوريا، 2009، ص 826.
- 3 - بن سيحمو محمد المهدي، مهداوي عبد القادر، المرجع السابق، ص 368.
- 4 - أرجيلوس رحاب، الإطار القانوني للعقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أدرار، الجزائر، 2018، ص 22.

للبضائع، لأنه لو اعتبرنا أن كل عرض تقدمه الشركات الإنتاجية عبر مواقعها ، إيجابا، فكلما اقترن بقبول من المستهلكين من مختلف أرجاء الوطن، كثرت العقود مما يؤدي إلى عجز هذه الشركات على تنفيذها⁽¹⁾.

وبالنسبة للعقود التي تبرم عن طريق البريد الإلكتروني فغالبا ما تكون عقود رضائية إذ يتم التفاوض على إبرام العقد عن طريق تبادل الرسائل الإلكترونية بين المتعاقدين إلى أن يقترن إيجاب أحد المتعاقدين بقبول الآخر، فينقذ العقد. والراجح في مثل هذه العقود التي تبرم عن طريق البريد الإلكتروني، أن المتعاقد يتمتع بحق التريث والتفكير قبل إبرام العقد النهائي نظرا للوقت المخول له للقبول. وهي وسيلة أكثر انتشارا لسرعة تبادل المعلومات والملفات بصورة أمنة وفي ظرف زمني معقول.

إلا أن هذا الرأي مردود عليه، فسواء تم إبرام العقد الإلكتروني عن طريق الدخول المباشر إلى الموقع أو عن طريق البريد الإلكتروني، فإن المورد أو التاجر باعتباره ذو نفوذ اقتصادي واحتكاري للسلع والخدمات، التي تعد ضرورية للمستهلك، فهذا المركز يفسح له المجال بفرض ما يراه من شروط تحقق مصلحته ولو كان على حساب الطرف الآخر أي المستهلك، مما يضفي طابع الإذعان على العقد وبصورة يؤثر لا محالة على التوازن العقدي. وهو ما يؤكد الفقه الغالب بأنه لا فرق بين انعقاد العقد عن طريق الموقع أو البريد الإلكتروني فهو عقد إذعان خاصة إذا توافرت هذه الشروط التالية⁽²⁾. كأن يكون هناك احتكار فعلي أو قانوني لسلعة أو خدمة التي تعتبر من الضرورات الأساسية للمستهلك، وأن يصدر الإيجاب إلى جمهور المستهلكين بشروط مماثلة، ولمدة غير محددة وأن تعرض هذه الشروط في قالب نموذجي معد مسبقا. لكن تم انتقاد هذا الرأي لأنه قد يتوافر شرط أو شرطين فقط دون باقي الشروط الأخرى وبالتالي لا نكون بصدد عقد الإذعان بصفة مطلقة⁽³⁾.

الفرع الثاني : موقف المشرع الجزائري: بالرجوع إلى المادة 12 من قانون رقم 05-18 المتعلق بقانون التجارة الإلكترونية الجزائري المذكور سابقا، نلاحظ توافر شرط التفاوض في المعاملة التجارية التي تتم بين المورد والمستهلك. إذ يطرح المورد شروطا على الطرف الآخر وما عليه إلا دراستها والتحقق من صحتها حتى يبدي اختياره عن علم وبصيرة.

وما يؤكد توافر التفاوض وانتفاء عنصر الإذعان، هي تلك الالتزامات التي ألقاها المشرع على عاتق الأول أي المورد الإلكتروني بالمقارنة بالالتزامات المستهلك الإلكتروني في عقود الاستهلاك أي تشديد مسؤولية الأول لحماية لمصلحة الطرف الآخر لغرض تحقيق التوازن العقدي بينهما.

1 - نائل علي مساعدة، التكييف القانوني للعقد الإلكتروني المبرم جزئيا بوسائل إلكترونية في القانونين الإماراتي والأردني، مجلة

جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، المجلد 8، العدد 3، الإمارات العربية المتحدة، 2011، ص 150.

2- أحمد عبد الدائم، شرح القانون المدني (نظرية الالتزام)، جزء أول - مصادر الالتزام- منشورات جامعة الكويت، 2003، ص 53 - 54.

3- أرجيلوس رحاب، المرجع السابق، ص 24.

وما يلاحظ أيضا عند الاطلاع على مضمون قانون التجارة الإلكترونية، انتفاء عنصر الاحتكار في المعاملات التجارية، إذ أن المورد الإلكتروني كالتاجر التقليدي يعرض سلعه وخدماته عن بعد دون أي احتكار وهذا يرجع بطبيعة الحال إلى عالمية شبكة الانترنت⁽¹⁾.

ورغم الموقف الصريح للمشرع الجزائري حول صفة التفاوض والمساومة التي تسود² العقود الإلكترونية الاستهلاكية في مجال تقديم السلع والخدمات، إلا أنه محل نظر، لأن المستهلك لا يشارك المهني في وضع الشروط الخاصة للمعاملة التجارية ولو أن له حرية النقاش والتفاوض حول القبول أو الرفض. وفي هذا الصدد أن الرأي القانوني الراجح، هو أنه إذا كانت العقود تجيز التفاوض وتسمح للمشتري بمراجعة شروط العقود وإمكانية تعديلها حتى ولو لم يشارك المهني في وضعها وهي تخرج من نطاق عقود الإذعان، ولكن إذا جاءت بنود العقد بصورة جامدة غير قابلة للمراجعة والتفاوض، فهي من عقود الإذعان.

إلا أنه مهما كان الأمر، فإن العقود الإلكترونية التي تبرم بين الموردين -الذين قد يكونوا صناعيين أو منتجين عكس ما ذهب إليه المشرع باعتبار أنهم تجار أي مقدمي السلع والخدمات- والمستهلكين فهي عقود إذعان ولو بصفة نسبية نظرا لمركز الأول. لكن إذا تمت مثل هذه العقود بين المهنيين، فهي عقود مساومة ولو اختلفت طبيعة مهنتهم، وهذا ما لم يورده المشرع الجزائري في قانون التجارة الإلكترونية، الذي جاءت جل أحكامه لتنظيم العلاقة بين المورد الإلكتروني والمستهلك الإلكتروني.

وبناء على ذلك، يمكن القول أن عقود التجارة الإلكترونية قد تكون عقود إذعان تارة، وتارة أخرى تكون عقود مساومة، وفقاً لوقائع وظروف كل عقد على حدة.

خاتمة:

من خلال البحث توصلت إلى النتائج التالية:

- أن قانون التجارة الإلكترونية الذي صدر في سنة 2018، اقتصر على تنظيم العقود التي تبرم بين أطراف يكون أحدها المورد الإلكتروني-كما اصطلح تسميته- قوياً من حيث النفوذ الاقتصادي يحتكر تقديم السلع والخدمات على حساب الطرف آخر ضعيف وهو المستهلك، الذي يكون في حاجة ماسة إليها لكونها من الضروريات. في حين أغفل نوع آخر من العقود الإلكترونية التي تبرم بين الأعوان الاقتصاديين أي الموردين والتي يسود فيها التفاوض والنقاش وتبادل الإرادتين.

- لم يكتف المشرع العقد الإلكتروني تكييفاً صريحاً، بل أنه وقع في تعارض وهذا ما يستخلص من مجمل نصوص قانون التجارة الإلكترونية، بأنه عقد يسوده التفاوض حول المعاملة التجارية استناداً إلى المادة 12 منه. وفي نفس الوقت أنه عقد إذعان بناء على المادة 2/6 التي تحيلنا إلى المادة 4 من قانون رقم 02-04.

- ومهما يكن الاختلاف حول طبيعة العقود الإلكترونية المبرمة عبر الانترنت، إلا أنه يمكن القول أنها قد تكون عقود إذعان تارة، وتارة أخرى تكون عقود مساومة، وفقاً لوقائع وظروف كل عقد على حدة.

الاقتراحات:

1- حابت آمال، المرجع السابق، ص 142.

- على المشرع أن يتبنى تعريفا آخر للعقد الإلكتروني في قانون التجارة الإلكترونية دون الإحالة إلى قانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الذي يضيف صفة الإذعان على العلاقة التي تربط بين طرفين أحدهما مهني وآخر مستهلك في عقود الاستهلاك، والذي خلق نوع من التناقض حول تحديد طبيعته.

- على المشرع أن يعيد النظر في صياغة أحكام قانون التجارة الإلكترونية حتى يشمل تنظيم جميع العقود بما فيها تلك التي تتم بين المهنيين أي الموردين كما هو وارد في مختلف التشريعات.

- كان على المشرع أن يوفر حماية للمستهلك الإلكتروني في مرحلة هامة وهي بعد إبرام العقد كحق العدول - رغم أنه وارد في قانون حماية المستهلك - لأنه آلية ضرورية في مثل العقود الإلكترونية التي تتم عبر الانترنت.

- إذا كان العقد الإلكتروني المبرم عبر الانترنت هو المجال الخصب لممارسة التجارة وهو ما استجاب له المشرع في سنة 2018 بإصدار قانون التجارة الإلكترونية، إلا أن هذا الأخير يشوبه القصور والغموض. فهناك معاملات الكترونية في الآونة الأخيرة تشمل جميع الميادين، ليس فقط المعاملات التجارية. ولذا كان على المشرع أن يعتمد قانون أوسع منه بإصدار قانون المعاملات الإلكترونية على غرار بعض الدول التي أطلقت عليه قانون المبادلات الإلكترونية.

قائمة المراجع والمصادر:

I - المراجع باللغة العربية:

أولاً: الكتب

1. أحمد عبد الدائم، شرح القانون المدني (نظرية الالتزام)، جزء أول - مصادر الالتزام - منشورات جامعة الكويت، 2003.
2. أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2000.
3. أمانج رحيم أحمد، التراضي في العقود الإلكترونية عبر شبكة الانترنت، دار وائل للنشر، الأردن، 2006.
4. حمارشة رياض وليد، عقد البيع الإلكتروني في ظل التجارة الإلكترونية، إبرامه، آثاره، إثباته (دراسة تحليلية مقارنة)، جامعة الدول العربية، القاهرة، 2002.
5. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني - دراسة مقارنة -، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006.

6. سمير برهان، إبرام العقد في التجارة الإلكترونية، القاهرة، بدون سنة نشر.
7. عبد الفتاح بيومي حجازي، حماية المستهلك عبر الانترنت، دار الفكر الجامعي إسكندرية، 2006.
8. منير محمد الجنبهي، ممدوح محمد الجنبهي، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، إسكندرية، (بدون سنة نشر) .

ثانيا: الرسائل الجامعية

1. أرجيلوس رحاب، الإطار القانوني للعقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أدرار، الجزائر، 2018.
2. سلمة بن سعيدي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة باتنة، الجزائر، 2014.
3. غادة جواد مسودي، التنظيم القانوني للعقد الإلكتروني في فلسطين، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والإدارة العامة، جامعة برزيت، فلسطين، دون ذكر التاريخ.
4. لما عبد الله صادق سلهب، مجلس العقد الإلكتروني، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، كلية القانون، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2008.
5. محمد ذعار العتيبي، النظام القانوني للعقد الإلكتروني، دراسة مقارنة بين التشريعين الكويتي والأردني، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية القانون، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2013.
6. يحيى يوسف فلاح حسن، التنظيم القانوني للعقود الإلكترونية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2007 .

ثالثا: المقالات

1. أحمد المساعد عبد الرحمن، «أحكام عقد البيع الإلكتروني، دراسة تحليلية مقارنة»، مجلة النيل الأبيض للدراسات والبحوث، العدد 11، جامعة النيل الأبيض، السودان، 2018، (ص ص 272-298).
2. آمال حابت، «الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني المبرم على ضوء قانون رقم 05-18»، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 16، العدد 4، جامعة مولود معمري- تيزي وزو، 2021، (ص ص 138-155).
3. الحبيب السرناني، «خصوصية العقد الإلكتروني وأركانه»، مجلة قانونك، العدد الثاني، المغرب، 2017، (ص ص 01-15).

4. عبد العزيز زرداني، «الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني»، مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، العدد 38، جامعة عنابة، 2014، (ص ص 262-272)

5. محمد المهدي بن سيحمو، عبد القادر مهداوي، «الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني»، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 7، العدد 6، جامعة تمنراست، 2018، (ص ص 360-375).

6. منصور الصرايرة، «الإطار القانوني للعقد المبرم عبر وسائل الاتصال الإلكترونية، دراسة في التشريع الأردني»، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 25، العدد 02، جامعة دمشق، سوريا، 2009، (ص ص 821-846).

7. نائل علي مساعدة، «التكييف القانوني للعقد الإلكتروني المبرم جزئياً بوسائل إلكترونية في القانونين الإماراتي والأردني»، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، الإمارات العربية المتحدة، المجلد 8، العدد 3، الإمارات العربية المتحدة، 2011، (ص ص 135-156).

رابعاً: النصوص القانونية

1. أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني، جريدة رسمية، العدد 78، صادر في 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم.
2. قانون رقم 04-02 مؤرخ في 23 يونيو 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل والمتمم، جريدة رسمية العدد 41، صادر 27 يونيو 2004.
3. قانون رقم 18-05 مؤرخ في 10 مايو 2018، يتعلق بالتجارة الإلكترونية، جريدة رسمية العدد 28، صادر في 16 مايو 2018.

II - المراجع باللغة الأجنبية

A) Ouvrages :

1. TEANU Olivier, L'internet et le droit (aspects juridiques du commerce électronique), Eyrolles, Paris, 1996 .
2. JACK Ghestin , Traité de droit civil , la formation du contrat, 3^{ème} édition, Delta, Paris, 1996 .

B) Directive :

- Directive Européenne 97-07 CE du 20 mai 1997. JOCE, du 04/06/1997, n° 14, p19.

