المحاضرة الأولى: الإطار المفاهيمي للعقد الالكتروني.

يشمل الإطار العام للعقد الالكتروني كل يتعلق بهذا الأخير من حيث تحديد نطاقه سواء الفقهي والذي يشمل مختلف التعاريف والصور التي يمكن أن يشملها العقد الالكتروني أو نطاقه القانوني وكل يرتبط به من أحكام وقواعد ينفرد بها ومدى تميزها عن القواعد العامة للعقد التقليدي, مع العلم أن هذا العقد قد مر بالعديد من التطورات مقارنة بالعقد التقليدي لاسيما الوسيلة التي يعتمد عليها الأطراف في إبرامه وتنفيذه ذات الطبيعة المتطورة باستمرار(**الفرع الأول**), وتبعا لذلك تتنوع العقود الالكترونية اعتمادا على عدة معايير (**الفرع الثاني**), كذلك يثور التساؤل حول طبيعة هذا العقد سواء اعتمادا على القاعد العامة أو استنادا إلى خصوصية الأحكام المنظمة له (**الفرع الثالث**).

الفرع الأول: تعريف العقد الالكتروني.

يشمل هذا العنصر مناقشة بعض تعريفات العقد الالكتروني في المواثيق الدولية لاسيما قانون اليونسيترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية لعام 1996 وكذا التوجه الأوروبي رقم 7/97 الصادر في 20 ماي 1997 بكونها السباقة في تنظيم العقود الالكترونية بصفة عامة (**أولا**), والتشريعات الداخلية لبعض الدول ولاسيما تبيان موقف المشرع الجزائري (**الفرع ثانيا**).

أولا: تعريف العقد الالكتروني في المواثيق الدولية.

لم يتضمن قانون اليونسيترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية لعام 1996 تعريفا للعقد الإلكتروني بالرغم من استعماله لهذا المصطلح في العديد من مداولات لجنة الأمم المتحدة لقانون التجاري الدولي، لكنه في المقابل اعتبر التعاقد الإلكتروني إشارة لتكوين العقد الإلكتروني عن طريق رسائل البيانات, وهو ما كرسته المادة 11 منه تحت عنوان تكوين العقود وصحتها: "في سياق تكوين العقود وما لم يتفق الطرفان على غير ذلك, ويجوز استخدام رسالة البيانات الالكترونية للتعبير عن العرض وقبول العرض وعند استخدام رسالة البيانات في تكوين العقد لا يفقد ذلك العقد صحته او قابليته للتنفيذ لمجرد استخدام بيانات لذلك الغرض"[1].

لكن في المقابل عرف هذا القانون كل من رسالة البيانات وعملية تبادل هذه الأخيرة, حيث يراد بمصطلح رسالة البيانات المعلومات التي يتم إنتاجها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو بصرية أو بوسائل مماثلة، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني أو البرق، أو التلكس، أو النسخ البرقي, أما مصطلح تبادل البيانات الالكترونية فيقصد به نقل المعلومات إلكترونيا من حاسوب إلى آخر باستخدام معيار متفق

[1] بسمان نواف فتحى الراشدي, عقود التجارة الالكترونية وقواعد إبرامها, الطبعة الأولى, دار الفكر الجامعي, الإسكندرية, 2014, ص. 17.

عليه لتكوين المعلومات, وركز هذا القانون عند تعريفه لرسالة البيانات على تعداد الوسائل المستخدمة في إبرام العقود الإلكترونية وتوسع في هذه المسائل، فحين عرف تبادل المعلومات اقتصر قيام هذه تبادل المعلومات في وسيلة واحدة هي الحاسوب لإتمام التعاقد إلا أنه هناك وسائل أخرى يتم بها تبادل المعلومات وإجراء التعاقد مثل جهازي التلكس والفاكس[1].

أما التوجه الأوروبي رقم 7/97 الصادر في 20 ماي 1997 المتعلق بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد فقد تناولت المادة الثانية منه العقد الالكتروني بأنه: "عقد متعلق بالسلع الخدمات 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 العقد "[2]، من خلال هذا النص نستنتج أن التوجيه الأوروبي لم يعرف العقد الإلكتروني بل اكتفى بتعريف التعاقد عن بعد[3].

ثانيا: تعريف العقد الالكتروني في التشريعات الداخلية.

نبحث في تعريف العقد الالكتروني في بعض التشريعات المقارنة السباقة في وضع قانون المعاملات الالكترونية , وكذا موقف المشرع الجزائري كتجربة حديثة في هذا المجال.

1- تعريف العقد الالكتروني في بعض التشريعات المقارنة.

نص التشريع الأردني للمعاملات الالكترونية رقم 85 لسنة 2001 في المادة 02 منه على تعريف العقد الالكتروني بأنه الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل الكترونية كليا أو جزئيا, وكذا مشروع قانون التجارة الالكترونية المصري في المادة 01 منه بأنه كل عقد تصدر فيه إرادة احد الطرفين أو كليهما أو يتم التفاوض بشأن تبادل وثائقه كليا أو جزئيا عبر وسيط الكتروني, في حين هناك بعض التشريعات لم تتناوله بالتعريف كما هو الشأن بالنسبة لتشريع دبي للمعاملات والتجارة الالكترونية رقم 02 لسنة 2002, لكنه في المقابل قد أشار في المادة 1/13 منه إلى انه لأغراض التعاقد يجوز التعبير عن الإيجاب والقبول جزئيا أو كليا بواسطة المراسلة الالكترونية[4], وكذا المشرع البحريني بشأن المعاملات رقم 28 لسنة 2002 بالمادة 2/09 منه الذي نص على انه وفي سياق صياغة العقود وما لم يتم الاتفاق على غير ذلك من قبل

---

[1] المادة 02 الفقرتين "أ, ب" من القانون النموذجي بشأن التجارة الالكترونية لعام 1996.

[2] المادة الثانية من التوجه الأوروبي رقم 7/97 الصادر في 20 ماي 1997.

[3] خالد ممدوح إبراهيم, إبرام العقد الالكتروني, دراسة مقارنة, دار الفكر الجامعي, الإسكندرية, 2011. ص. 72.

[4] بسمان نواف فتحى الراشدي, المرجع السابق, ص. 16.

الطرفين يجوز التعبير عن العرض وقبوله أو أي أمر آخر يكون جوهريا بالنسبة لصياغة أو تطبيق العقد بالكامل أو جزئيا عن طريق السجلات الالكترونية[1].

يتبين مما سبق بأن المشرع الأردني عند تعريفه للعقد الالكتروني ركز على الوسيلة التي يبرم بها سواء بشكل كلي أو جزئي ولم يتطرق إلى المرحلة السابقة على العقد من حيث إمكانية التفاوض بشأن شروط العقد وأيضا لم يبين مرحلة ما بعد إبرام العقد أي مرحلة تنفيذ هذا العقد, وفي المقابل كان المشرع المصري أكثر تحديدا من خلال تبيان كيفية صدور التعبير عن الإرادة في هذا العقد, وكذا المرحلة السابقة على انعقد العقد ويكفي أن يتم التعبير عن إرادة احد المتعاقدين حتى يكون العقد الكترونيا وفقا لهذا القانون, أما بالنسبة للتشريعات التي لم تتطرق إلى تعريف العقد الالكتروني فالملاحظ أنها فتحت المجال للتعبير عن الإرادة سواء بالإيجاب أو بالقبول عن بالطريق الالكتروني وهو ما يفهم منه عدم استثنائها للتعامل بهذا الشكل واعترافها به.

2- تعريف العقد الالكتروني في التشريع الجزائري.

العقد وفق ق م هو اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما[2], أي أن العقد يقتضي من الناحية القانونية وجود إرادتين على الأقل وأن تكون هاتين الإرادتين متكافئتين من حيث إمكانية التفاوض وتحديد آثار هذا الاتفاق تكريسا لمبدأ سلطان الإرادة, وبالتالي فالعقد لا يوجد من الناحية القانونية إلا إذا تطابق الإيجاب والقبول وفقا للشروط القانونية متى كان العقد رضائيا لا يحتاج إلى شكل قانوني خاص إلا تعلق الأمر بعقد رسمي[3].

أما بالنسبة لتعريف العقد الالكتروني فقد نص المشرع في قانون التجارة الالكترونية رقم 18-05 السابق الذكر عليه بموجب المادة 06 من منه: "يقصد في مفهوم هذا القانون...العقد الالكتروني: العقد بمفهوم القانون رقم 04-02 المؤرخ

---

[1] رباحي احمد, "الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني", الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية, العدد العاشر, قسم العلوم الاقتصادية والقانونية, جوان 2013, ص. 99.

[2] المادة 54 من الأمر رقم 75-58, المرجع السابق.

[3] محمد صبري السعدي, الواضح في شرح القانوني المدني (النظرية العامة للالتزامات, مصادر الالتزام, العقد والإرادة المنفردة), دراسة مقارنة في القوانين العربية, دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع, الجزائر, ص. 44.

في 5 جمادى الأولى عام 1425 الموافق ل23 يونيو سنة 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية ويتم إبرامه عن بعد دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه باللجوء حصريا لتقنية الاتصال الالكتروني"[1].

أما مفهوم العقد في القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 جوان سنة 2004 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية فقد عبر عنه المشرع بالمادة 3/03 منه: "بأنه كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة حرر مسبقا من احد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه, يمكن أن ينجز العقد على شكل طلبية أو فاتورة أو سند ضمان أو جدول أو وصل تسليم أو سند أو أي وثيقة أخرى مهما كان شكلها أو سندها تتضمن الخصوصيات أو المراجع المطابقة لشروط البيع العامة المقررة سلف[2].

يتبين مما سبق بأن المشرع قد عرف العقد الالكتروني في جزء منه بالإحالة إلى أحكام القانون رقم 02-04 السابق الذكر وفي جزئه الآخر قد اشترط وجوب إبرامه عن بعد دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه باللجوء حصريا لتقنية الاتصال الالكتروني[3].

انطلاقا من التعريفات السابقة للعقد الالكتروني يتضح بأنه يتسم بمجموعة من الخصائص على النحو التالي:

- **العقد الالكتروني عقد يبرم عن بعد عبر الوسائط الالكترونية.**

يتم إبرام العقد الالكتروني دون التواجد المادي لأطرافه, فالسمة الأساسية للتعاقد الالكتروني انه يتم بين عاقدين لا يجمعهما مجلس عقد حقيقي عن طريق وسائل اتصال تكنولوجية حيث يتم تبادل الإيجاب والقبول الالكترونيين عبر تقنية الاتصالات الالكترونية, ويشترك هذا العقد مع بعض العقود بالنسبة لهذه الصفة كما هو الشأن في التعاقد بالمنتال أو التلفزيون أو التليفون أو بالكتالوج وان كان يتميز عنهم من حيث إمكانية تلاقي الأطراف بصورة مسموعة مرئية إذا تم عبر الانترنت وبالتالي التفاعل فيما بينهم[4].

---

[1] المادة 06 من القانون القانون رقم 18-05 المؤرخ في 10 ماي سنة 2018, المتعلق بالتجارة الالكترونية, (ج ر عدد 28 المؤرخ في 16 ماي سنة 2018).

[2] المادة 3/03 من القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 جوان سنة 2004, المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية, (ج ر عدد 41 المؤرخ في 27 جوان سنة 2004), المعدل والمتمم.

[3] المادة 10 /21 منالقانون رقم 18-04 المؤرخ في 10 مايو سنة 2018, المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتصالات الالكترونية, (ج ر عدد 27 المؤرخ في 13 مايو سنة 2018).

[4] خالد ممدوح إبراهيم, المرجع السابق, ص. 74.

ويتم استخدام الوسائط الالكترونية في إبرام العقد الالكتروني وهي أساسية فيه لأن هذا العقد لا يختلف من حيث الموضوع أو الأطراف عن سائر العقود التقليدية, والاتصالات الالكترونية في مجال العقود الالكترونية يتسع مجالها ليشمل كل أنواع الاتصالات التي يتم التعبير فيها عن الإيجاب سواء عن طريق الصورة أو الصوت أو الإشارة الدالة على محتواها, وكذلك تشمل الاتصالات التي تجري بالوسائل السلكية أو أجهزة الاتصالات التي تعمل بالموجات الهرتيزية وأيضا تشمل عروض الإيجاب التي تنتقل عبر الأقمار الصناعية[1].

- **تعدد وسائل الدفع في العقد الالكتروني.**

قد يتجاوز الدفع في العقود الالكترونية الطرق التقليدية إلى الدفع الالكتروني بمختلف صوره سواء عن طريق البطاقات الالكترونية وهو الأمر الشائع أو عن طريق الأوراق الالكترونية أو ما يعرف بالذهب الالكتروني الذي يعبر عن عملية تحويل للذهب الحقيقي المودع لدى بنك أو إحدى المؤسسات المالية المخولة قانونا بإجراء هذا النوع من العمليات المصرفية إلى عملة في حساب العميل وبالتالي يمكنه السداد عن طريق تحويل هذه العملة من حساب إلى آخر[2].

- **العقد الالكتروني ذو طابع تجاري استهلاكي غالبا.**

يتصف العقد الالكتروني غالبا بالطابع التجاري الاستهلاكي وهو ما يعرف بعقد التجارة الالكترونية, نظرا لأن عقود البيع الالكترونية تستحوذ على الجانب الأعظم من مجمل العقود لكن الطابع التجاري لا يلتصق بالضرورة بالعقد الالكتروني لأن هناك بعض العقود الالكترونية لا تستهدف إحداث اثر قانوني بالمعنى التجاري التقليدي سواء تعلقت تلك العقود بسلع أو خدمات ذات قيمة مالية كعقود الدخول إلى الشبكة, وبالتالي لا يكون الدافع من وراء ذلك تجاري بقدر ما يكون الاستفادة من استغلال إمكانيات الشبكة[3].

- **العقد الالكتروني ذو طابع دولي عادة.**

تتعلق الصفة الدولية للعقد الالكتروني بالطابع الدولي لشبكة الانترنت التي تعتبر أكثر الوسائل استعمالا لإبرام العقود الالكترونية وان كانت ليست الوحيدة, مع العلم أن هذه الصفة تثير الكثير من الإشكالات القانونية, خاصة تحديد

[1] خالد ممدوح إبراهيم, المرجع نفسه, ص. 75.

[2] رباحي احمد, المرجع السابق, ص. 99.

[3] خالد السيد محمد عبد المجيد موسي, آثار عقد العمل الالكتروني, دراسة مقارنة, مركز الدراسات العربية, مصر, ص. 29.

الأهلية المشترطة للإبرام وكيفية التحقق من هوية المتعاقدين فضلا عن تحديد نظام فض المنازعات خاصة إذا تعلق الأمر بالقضاء دون التحكيم وبالتالي المحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق[1].

وتمثل الصورة التالية خصائص العقد الالكتروني:

الفرع الثاني: أنواع العقد الالكتروني.

يتنوع العقد الالكتروني بصفة عامة فقد يشمل عقد استخدام الشبكة (**أولا**), عقد الإيجار المعلوماتي (**ثانيا**), عقد التوريد المعلوماتي (**ثالثا**), عقد إنشاء موقع الكتروني (**رابعا**).

أولا: عقد استخدام الشبكة.

[1] خالد ممدوح إبراهيم, المرجع السابق, ص. 77.

عقد استخدام الشبكة عبارة عن تصرف قانوني بين طرفي العلاقة العقدية (الموجب والقابل) يكون محله السماح للطرف الآخر بالانتفاع واستخدام شبكة الانترنت, بإتاحة كافة الوسائل التي تمكن المستخدم من دخول الشبكة والتجول بها وإجراء التصفح للمواقع والتعامل معها, وذلك بتوفير المودم والخط الواصل معه لإمكانية ربط هذا المودم مع جهاز الحاسب والأقمار الصناعية التي تبث إشارات رقمية يتم تحويلها للشكل الذي نجد شبكة الانترنت عليه, كما يتوجب على المزود توفير كافة البرامج الأساسية لتشغيل خدمة الانترنت, وتبعا لذلك يكون هذا العقد كأي عقد آخر من حيث أركان انعقاده والالتزامات المترتبة عنه وان كانت تتسم بالخصوصية بحسب مضمون هذا العقد[1].

وهنا تجب الإشارة إلى أن عقد استخدام الشبكة يعتبر الأساس في تواجد العقود الالكترونية المبرمة عبر الانترنت, لأنه إذا لم يكن هناك إمكانية لاستخدام شبكة الانترنت لا يمكن الحديث عن تبادل معلومات ذات طابع الكتروني بين الأطراف في هذا النوع من العقود, نظرا إلى المزايا التي يوفرها من تجول عبر المواقع المتوفرة والبحث عن السلع التي يرغب بها المستخدم إذا كنا بصدد عقد شراء وكذلك أساسي في مرحلة التفاوض إذا كان العقد يشمل هذا الحق للمستهلك الالكتروني[2].

ثانيا: عقد الإيجار المعلوماتي.

عقد الإيجار المعلوماتي او كما يعرف بعقد الإيواء المعلوماتي هو العقد الذي يبرم بين طرفين احدهما متعهد الإيواء الذي يمارس عمله على سبيل الاحتراف، والثاني هو مستخدم شبكة الانترنت يلتزم بموجبه الطرف الأول أن يخصص جزء من أجهزته وأدواته المعلوماتية في تصرف المستخدم، وبذلك يتيح له الوصول إلى المضمون المعلوماتي من خلال تخصيص مساحة من القرص الصلب لحاسوبه بشكل مباشر ودائما مقابل مبلغ مادي يلتزم به الطرف الثاني[3].

بالنسبة للتكيف القانوني لهذا العقد فقد اختلف الفقه نظرا لارتباط ذلك ببيان الالتزامات التي تترتب على طرفيه فضلا عن مسؤولية متعهد الإيواء, حيث ذهب رأي من الفقه إلى تكييف عقد الإيواء على انه عقد مقاولة لان عقد الإيواء يتحد مع عقد المقاولة من حيث أن كلا العقدين من العقود الواردة على العمل كما لا توجد علاقة تبعية بين متعهد الإيواء والمستخدم, بينما ذهب رأي أخر إلى تكييفه بأنه عقد إيجار لان متعهد الإيواء يسمح لمستخدم الشبكة المعلوماتية بالانتفاع ببعض إمكانيات أجهزته المعلوماتية مع الاحتفاظ بملكية الأجهزة المذكورة، كما أن الخدمات التي يقدمها متعهد

[1] محمد فواز محمد المطالقة, الوجيز في عقود التجارة الالكترونية, دراسة مقارنة, الطبعة الأولى, الإصدار الثاني, دار الثقافة للنشر والتوزيع, عمان, 2008, ص. 37.

[2] محمد فواز محمد المطالقة, المرجع نفسه, ص. 38.

[3] حسين عبيد شعواط, عبد المهدي كاظم ناصر, عقد الإيواء المعلوماتي, ورقة بحثية, كلية القانون, جامعة القادسية, العراق, 2015, ص. 07.

الإيواء كالتزامه بتقديم المساعدة الفنية لمستخدمي الشبكة وتقديم خدمة البريد الالكتروني وغيرها من الخدمات التي تعد التزاما تبعيا لالتزامه الأساسي المتمثل في تأجير مساحة من القرص الصلب الذي لا يمكن أن يقوم عقد الإيواء من دونه وبذلك تحدد مسؤولية متعهد الإيواء عن الأضرار التي تلحق بالغير من جراء استعمال العميل لأجهزته وفقا للقواعد العامة المقررة بشان مسؤولية حارس الأشياء وهو الاتجاه الراجح[1].

ثالثا: عقد توريد المعلومات.

عقد توريد المعلومات هو العقد الذي يلتزم به مورد المعلومات اتجاه مورد منافذ الدخول إلى الانترنت او احد الوسطاء الفنيين في مجال الخدمات المعلوماتية بتوريد المعلومات بصورة متعاقبة ومنتظمة في مقابل مالي, وهو ما يجعل هذا العقد يختلف عن عقد الدخول إلى الانترنت التي يرتبط فيها المورد مع المستخدم مباشرة[2].

اختلف الفقه كذلك بالنسبة للطبيعة القانونية لهذا العقد, فهناك من يرى بأنه عقد بيع أداء انطلاقا من فكرة أن عقود الإنتاج الذهني عقود بيع خدمات وبما أن الخدمات قابلة للانتقال فإنه يجوز التصرف فيها عن طريق بيعها لأن لها قيمة اقتصادية وبالتالي تأخذ وصف السلعة ويكون لها سعر خاص في سوق المعلومات, في حين ذهب رأي آخر إلى اعتبار عقد توريد المعلومات انه عقد نشر على أساس أن المورد عندما يقوم بتوريد نتاجه الذهني على شبكة الانترنت فإنه يقوم بنشر مصنفاته مقابل التزام الناشر بدفع مقابل مالي لأن عقد النشر من العقود الواردة على العمل, كما ذهب رأي ثالث إلى اعتبار هذا العقد عقد مقاولة لكن الراجح هو اعتبار عقد توريد المعلومات إحدى صور توريد الخدمات كما هو الشأن بالنسبة لخدمات الهاتف النقال[3].

رابعا: عقد إنشاء موقع الكتروني.

عقد إنشاء موقع الكتروني هو عقد بين شخص يسعى لإحداث وجود له على الانترنت وبين مصمم هذا الموقع, وموقع الويب عبارة عن خدمة تقدم عبر شبكات الاتصالات المتعددة ويتكون من النصوص والصور الثابتة والمتحركة والأصوات والمعالجة بلغة الكمبيوتر "HTML", الموضوعة تحت تصرف مستخدم الشبكة, أين يلتزم مصمم الموقع بالمواصفات ذات الطبيعة الفنية المبينة في العقد والإطار الافتتاحي والايقونات, ويعد هذا العقد من عقود المقولة لأن موضوعه انجاز

[1] حسين عبيد شعواط, عبد المهدي كاظم ناصر, المرجع السابق, ص. 13.

[2] محمد علي صاحب حسن, "عقد توريد المعلومات عبر الانترنت", العدد 14, المجلد 11, كلية القانون, جامعة المستنصرية, العراق, 2012, ص. 06.

[3] محمد علي صاحب حسن, المرجع نفسه, ص. 08.

عمل يتعلق بأداء خدمة معلوماتية, وتجب الإشارة إلى أن هذه الموقع تنشئ أصالة تحت اسم مستقل عن طريق أسماء الحقول أو أسماء الدومين أو أن يتم ذلك من خلال موقع آخر وقد تعرض خدماتها إما مجانا أو في مقابل مادي[1].

الفرع الثالث: طبيعة العقد الالكتروني.

الأصل في التعاقد حرية كل طرف في التفاوض وتحديد شروط وبنود العقد والاتفاق على آثار هذا العقد من حقوق والالتزامات وفقا لمصلحة المتعاقدين معا تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة وهو ما يعرف بعقود المساومة, لكن هناك نوع من العقود يضع فيها احد الطرفين شروط العقد لوحدة وما على الطرف الثاني إلا الرفض أو القبول بهذه الشروط دون مساومة وهو ما يعرف بعقود الإذعان, والعقد الالكتروني بالنظر إلى خصوصيته من حيث وسيلة وظروف إبرامه تطرح إشكالية انتمائه إلى احد هذين النوعين من العقود أو هل يمكن أن يكون كلاهما معا تعويلا على خصوصية هذا العقد, حيث اختلف الفقه في انتماء العقد الالكتروني بصفة عامة فهناك من اعتبره عقد إذعان تغيب فيه إرادة طرف لحساب طرف آخر (**أولا**), وهناك من اعتبره عقد مساومة يخضع لمبدأ سلطان الإرادة (**ثانيا**), في حين يرى البعض بأن العقد الالكتروني قد يكون عقد مساومة وعقد إذعان (**ثالثا**), ثم إلى موقف المشرع الجزائري (**رابعا**).

أولا : العقد الالكتروني عقد إذعان.

عقود الإذعان مصطلح غربي حديث جاء لاتفاقيات تحكمها خصائص وشروط معينة ويبدو أن الفقيه "ساليي" هو أول من جذب الأنظار في فرنسا نحو هذه العقود عندما سطر في كتابه "الإعلان عن الإرادة" أن هناك بعض العقود يفرض مضمونها بواسطة أحد المتعاقدين على المتعاقد الآخر الذي يقتصر دوره على انضمامه لهذا العقد بدون مناقشة أو تعديل، ومن هنا أطلق عليها الأستاذ ساليي d'adhesion contrats بمعنى عقود الانضمام, أما في الفكر القانوني العربي فيعتبر السنهوري أول من استخدم تعبير عقود الإذعان حيث يسمي الفرنسيون العقود التي يكون فيها القبول على النحو المتقدم بعقود الانضمام لأن من يقبل العقد إنما ينضم إليه دون أن يناقشه، وهذه التسمية ابتدعها الأستاذ ساليي في كتابه "الإعلان عن الإرادة", وهذه التسمية أكثر توفيقا من التسمية الفرنسية لأن الإذعان يدل على معنى الاضطرار، بينما الانضمام أوسع دلالة من ذلك إذ يشمل عقد الإذعان وغيرها من العقود التي ينضم إليها القابل دون مناقشة وقد استقرت هذه التسمية في أغلب التشريعات العربية ومنها التشريع الجزائري[2].

[1] خالد ممدوح إبراهيم, المرجع السابق, ص. 103.

[2] عامر رحمون, عقد الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري, دراسة مقارنة, مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية, تخصص شريعة وقانون, كلية العلوم الإسلامية, جامعة يوسف بن خدة, السنة الدراسة: 2013/2012, ص. 20.

تجب الإشارة إلى أن لعقد الإذعان مفهوم تقليدي وآخر حديث, بالنسبة للمفهوم الأول فإن عقد الإذعان يقوم على عناصر ثلاثة أن يتعلق بسلعة او خدمة ضرورية للجمهور بحيث لا يستطيع الناس الاستغناء عنها, أن يكون احد المتعاقدين محتكرا للسعلة او الخدمة سواء احتكارا قانونيا او فعليا, أن يقوم مقدم هذه السلعة او الخدمة بعرضها على الجمهور وفق شروط مقررة مسبقا ولا يقبل النقاش فيها, أما بالنسبة للمفهوم الحديث فيرى بعدم التشدد في تحديد فكرة عقود الإذعان ولا يشترط تعلق العقد بالسلع او الخدمات الضرورية او أن تكون هذه الأخيرة محل احتكار قانوني او فعلي, بل يكفي أن يكون العقد قد تم تجهيزه مسبقا بواسطة احد المتعاقدين بحيث لا يقبل أي مناقشة للشروط الواردة به او أن يوجد احد طرفي العقد في موقع يتفوق فيه على الطرف الآخر من حيث المقدرة الاقتصادية او الخبرة المهنية, وتتمثل أهمية هذا الطرح في الحماية التي يمكن أن يحضى بها المستهلك الالكتروني بمجرد اعتباره طرفا في عقد إذعان وفقا للمفهوم الحديث لهذا العقد دون الحاجة إلى إثبات المعايير الأخرى وفقا للمفهوم التقليدي له, ويتحقق ضعف الطرف المذعن بمجرد أن العقد تم إعداده مسبقا بواسطة الطرف الآخر بصورة تحقق مصلحة هذا الأخير دون فتح المجال للمناقشة او المساومة وهو ما يعتبر تطورا لفكرة الإذعان بهدف توفير حماية أكثر للمستهلك[1].

واستناد إلى المفهوم الموسع لعقد الإذعان ذهب البعض إلى اعتبار أن العقد الالكتروني عقد إذعان بالنسبة للمستهلك لأنه الطرف الضعيف دائما وانه بحاجة إلى الحماية نظرا إلى الشروط التعسفية التي قد يتضمنها هذا النوع من العقود الذي ينشئ عدم توازن في الحقوق والالتزامات ضد مصلحة المستهلك لحساب مصلحة المهني, وتأسيسا كذلك على أن الموجب إليه لا يملك إلا أن يضغط على عدد من الخانات المفتوحة أمامه في موقع الموجب على شبكة الانترنت للتعبير عن إرادته وليس له خيارات أخرى من شأنها التعبير عن رغبات أخرى تعبر عن مناقشة او مساومة من أي نوع وبالتالي إما قبول العقد كما جاء او رفضه فقط[2].

ثانيا: العقد الالكتروني عقد مساومة.

عقود المساومة أو كما تعرف بعقود المشيئة هي تلك العقود التي يملك المتعاقدان حرية مناقشة شروط العقد، وتخضع العملية التعاقدية فيها لمبدأ المساومة الفعلية والقانونية بين أطراف العقد وفي مثل هذه العقود نجد أن هناك توازن فيما بين المراكز الاقتصادية للمتعاقدين ولا يتم الاتفاق فيها إلا بعد التفاوض والمساومة[3].

[1] خالد ممدوح إبراهيم, المرجع السابق, ص. 85.

[2] خالد ممدوح إبراهيم, المرجع نفسه, ص. 86.

[3] خالد ممدوح إبراهيم, المرجع السابق, ص. 83..

أما بالنسبة للعقد الالكتروني فيرى بعض الفقه باعتباره عقد مساومة على أساس انه لا يتوافر على الخصائص التي تميز عقد الإذعان, والموجب لا يتمتع بأي احتكار لا قانوني ولا فعلي بالنظر إلى عالمية الشبكة وطبيعتها والخدمات المعروضة بواسطتها لأنها تقوم على المنافسة الحرة, وكذلك الشأن بالنسبة لمسألة المناقشة من خلال الانتقال من موقع إلى آخر والاختيار وفق ظروف ورغبات العميل الشخصية, وان عملية المساومة لا تزال قائمة بالنسبة للعقد الالكتروني على اختلاف أنواعها والموجب له لا يقتصر دوره على مجرد الموافقة على الشروط المعدة مسبقا بل له كمستهلك كامل الحرية في التعاقد بشأن أي منتج او خدمة وحتى المفاضلة بين مختلف الموردين المتاحين في السوق وبالتالي فالرضائية تسود هذه العقود[1].

ثالثا: العقد الالكتروني عقد إذعان وعقد مساومة.

انطلاقا من حقيقة أنه يمكن إبرام العقد الالكتروني عبر العديد من الوسائل, فإنه تبعا لذلك تثار إشكالية مدى تأثير الوسيلة المستعملة في إبرامه على طبيعته من حيث الرضائية والإذعان, فإذا تم التعاقد بواسطة البريد الالكتروني او من خلال المحادثة او باستخدام الوسائل السمعية المرئية فإن هذا العقد يكون عقدا رضائيا, حيث يتبادل الأطراف الآراء ووجهات النظر عبر الرسائل الالكترونية ويستطيع الموجه إليه الإيجاب التفاوض بكل حرية حول شروط التعاقد والمفاضلة بين العروض المطروحة عليه حتى يحصل على أفضل الشروط التي تناسبه, أما إذا تم التعاقد عبر مواقع الويب أين تتم عادة عبر عقود نموذجية حيث تكون شروط العقد معدة مسبقا من قبل الموجب ولا يترك مجال لمناقشتها من قبل الموجب له وهنا لا يكون المتعاقدان على قدم المساواة وبالتالي فالعقد عقد إذعان[2].

رابعا: موقف المشرع الجزائري.

بداية لم ينص المشرع الجزائري بشكل مباشر على تعريف خاص لعقد الإذعان لكن انطلاقا من تعريفه للعقد الالكتروني بموجب القانون رقم 18-05 السابق الذكر عند إحالته لأحكام القانون رقم 04-02 السابق الذكر, يتضح موقفه بالنسبة لتحديد الفئة التي ينتمي إليها هذا العقد حيث اعتبر وبشكل صريح أن العقد الالكتروني عقد إذعان استنادا إلى معيار انفراد احد الأطراف والذي يتمثل وفقا لأحكام هذا القانون في العون الاقتصادي الذي يقوم بالتحرير المسبق لشروط الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر المتمثل في المستهلك حيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه[3].

---

[1] رباحي احمد, المرجع السابق, ص. 100.

[2] خالد ممدوح إبراهيم, المرجع السابق, ص. 89.

[3] المادة 4/03 من القانون رقم 04-02 السابق الذكر.

هذا وتجب الإشارة إلى أن المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 10 سبتمبر سنة 2006 قد حدد المقصود بالعقد الذي ورد تعريفه في القانون رقم 04-02 السابق الذكر, بالمادة الأولى منه: "يقصد بالعقد في مفهوم هذا المرسوم وطبقا للمادة 3 الحالة 4 من القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 يونيو سنة 2004 والمذكور أعلاه, كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة حرر مسبقا من احد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه"[1].

وتتمثل أهمية تحديد هذه الطبيعة وفقا للتشريع الجزائري في الحماية القانونية التي كرسها المشرع للمستهلك كطرف مذعن في العديد من النصوص القانونية بدء بالأمر رقم 75-58 السابق الذكر باعتباره الشريعة العامة للعقود, ويتجلى ذلك بمناسبة تفسير القاضي للعقد لاسيما المادة 112 منه: "يؤول الشك لمصلحة المدين غير انه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن"[2].

ويقصد بالمدين الشخص صاحب الالتزام الذي يحوط الشك تفسير عبارات التزامه وتجب الإشارة إلى أن تقرير هذه العبارة يرجع للعديد من الاعتبارات فالأصل هو براءة الذمة والاستثناء أن يكون الطرف ملتزما وهذا الاستثناء لا يجب أن يتوسع فيه, ولما كان الدائن هو الذي يملي الالتزام فإذا تم ذلك بشكل غامض فإنه يتحمل عندئذ خطأه من خلال تفسيره لمصلحة المدين, ولكن الأخذ بهذه القاعدة لا يكون إلا إذا لم يتمكن القاضي من رفع الشك باستخدام وسائل التفسير المختلفة وإلا فإنه يجب الأخذ بما تفرضه نية المتعاقدين ولو كان التفسير ضد مصلحة المدين[3].

وكذلك الشأن بمناسبة بيان سلطات القاضي في تعديل شروط العقد كاستثناء من القاعدة العامة المتمثلة في أن هذا الأخير يخضع لإرادة المتعاقدين[4], وتبعا لذلك إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية فإنه يجوز للقاضي أن يعدل هذه الشروط او أن يعفي الطرف المذعن منها, وذلك وفقا لما تقضي به العدالة مع العلم أن هذه القاعدة الاستثنائية قاعدة آمرة أي انه لا يجوز الاتفاق على مخالفة مقتضياتها[5].

---

[1] المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 10 سبتمبر سنة 2006, المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية, (ج ر عدد 56 المؤرخ في 11 سبتمبر سنة 2006).

[2] المادة 112 من الأمر رقم 75-58, المرجع السابق.

[3] المادة 111 من الأمر رقم 75-58, مرجع سابق.

[4] المادة 106 من الأمر رقم 75-58, المرجع نفسه.

[5] المادة 110 من الأمر رقم 75-58, المرجع نفسه.