المقدمـة

مع التقدم التقني والتكنولوجي الذي شهدته البشرية في العقود السابقة أفرزت تلك الحضارة واقعاً جديداً من الحياة بمختلف جوانبها وحيثياتها، مما فرض على العلماء بمختلف تخصصاتهم أن ينظروا لهذه الرقي المعرفي نظرة واقعية تلبي متطلبات الإنسان المعاصر وتعطي حلولاً تواكب بهِ ما يجد في الساحة.

ولا شكَّ أن واحدة من أبرز تلك القيم التي شهدت دفعة للأمام هو الحقل القانوني، سواءً على فلسفة كارل ماركس التي تعتبر أن لا ملكية للفرد وإنما الملكية للمجموع فهو يعمل ويكد وما يجنيه يعود له –المجموع- ومقابل ذلك تلتزم الدولة بتوفير ما يحتاجه هذا الفرد من متطلبات حياتهِ، أما بناء على فلسفة آدم سمث وغيره من منظري الرأس مالية التي تذهب إلى أن للفرد أن يملك وله أن يستأثر برؤوس الأمور على أن توفر الدولة متطلباتهِ، أو بناء على غيرها ..

من هنا تنبه رجال القانون فقهاء وباحثين وقضاة وغيرهم إلى أهمية معالجة الحالات الطارئة كون القانون يبحث في المشكلة بعد وقوعها لا قبلها، لذلك بعد نشوء شركات كبيرة وعملاقة وبروز عقود ضخمة خارجة عن المتعارف سابقاً كعقود الكهرباء والبترول وغيرها والتي تصل إلى مبالغ طائلة قد تفوقاً أحياناً ميزانية دولة بل دول مجتمعة تصدى فقهاء القانون لمعالجة وتقنين قواعد خاصة بعقود الإذعان وبينا ماهيتها هل هي عقود أم قوانين أم ماذا ؟!

ثم هذه الشركات مثلاً أو حتى غيرها أرادت حتى تتم العقد بينها وبين الدولة أو المستثمر أراد حتى يتم العقد المبرم بينه وبين الطرف الآخر أن تنتقل ملكية عقار معين من مالكهِ المواطن العادي مثلاً إلى الملكية العامة، فما هو الموقف إزاء ذلك ؟

هذا ما سنسعى إلى بحثه في المباحث والمطالب الآتية ..

أهمية البحث : تعد الملكية من اهم السائل التي تسعى التشريعات على اختلاف تدرجاتها في الهرم القانوني الى صيانتها وحفظها حتى عدت بعض التشريعات – كما في العراق – البيع وباقي التصرفات العقارية من التصرفات التشكيلية ؛ امعانا في صونها وحفظها ، فكيف ما لو اقترن هذا الاجراء بحالة الاذعان التي لا يملك إزائها الاخر إلا أن يدع او يأخذ ، ، وفي ظل عالم افتراضي هو عالم الانترنيت ؛ فتبرز من ذلك اهمية قصوى جديرة بالبحث والتحقيق .

اهداف البحث : بيان عملية نزع الملكية للمنفعة العامة بتوسط الوسائط التقنية والتكنلوجيا الحديثة ، والناتج استملاك لذلك الحق المحمي دستوريا بل بموجب حتى ميثاق الامم المتحدة يتم من خلال كبسة رز فضلا عن كوني تحت طائلة الاذعان التي يكون ازائها المالك الحلقة الاضعف في العلاقة العقدية .

اشكالية البحث : ما هو الضمان بالنسبة لأطراف الاذعان في هذا العقد بأجواء عالم رقمي ان يحفظ للأطراف حقوقهم ، بل هل ان المشرع العراقي تصدى لبحث هذا الموضوع خصوصا بعد ان اضحت الثقافة الالكترونية في متناول يدا ناشئة حتى ؟

فرضية البحث : يمكن تصور اكثر من فرضية من خلال بحث المشكلة :

اولا: ما هي صور المتصورة لعقد الاذعان ؟

ثانياً : هل هنالك اذعان في عقود الاستملاك ؟

ثالثاً : تطرق المشرع لمسألة الاستملاك الكترونياً ؟
رابعاً : ما هو الضمان لحقوق الاطراف وخصوصاً الطرف الضعيف في عقد الاذعان هذا ؟!
هيكلية البحث : البحث تتقاسمه مباحث ثلاثة ويقتسم كل منها مطلبان ، اول مبحث عن عقد الاذعان والثاني عن عقد الاستملاك والاخير عن عقد الاستملاك الالكتروني وفي كل منهما مطلبان الاول عن الماهية والثاني عن الحكم .

المبحث الأول: عقد الإذعان

الإذعان مادة جديدة في قاموس المعرفة القانونية لم يكن لها وجود فيما قبل لا أقلها كمصطلح ومعالجة نُقِلتْ إلى البلاد العربية من الفقه والقضاء الغربي، مما يحتاج إلى تسليط شيء من الضوء عليه، كيف تعاطت البلاد العربية معه وما أثر ذلكَ على آراء الفقهاء إزاء ذلكَ هل توافقوا على تكييف قانوني واحد له أم أنَّهم اختلفوا حتى في تسميتهِ[١] ؟

يمر الباحث بها في شقين الأول ماهيتها والثاني حكمها تباعاً:

المطلب الأول: ماهية عقد الإذعان ؟

تتداخل حقول المعرفة الإنسانية فيما بينها لا سيما في عصرنا الحاضر وما سبقه من الأزمنة بعد الثورة الصناعية الكبرى، فلا يخلو علم السياسة من التأثير في علم الاقتصاد وعلم الاجتماع في علم النفس وهكذا باقي الحقول ومنها الحقل القانوني الذي كما أنه أثر في علوم أخرى كالسياسة والاجتماع وغيرها فأنه تأثر في علم الاقتصاد في عدد من مواده صياغة أو مضموناً؛ أذ أنه نتيجة للتطور الصناعي الكبير الذي حول عقود البيع والشراء وغيرها إلى عقود كبيرة وضخمة وما يترتب عليه من أحتكار للسلع والخدمات أدى إلى ظهور طائفة من العقود أصطلح على تسميتها بغير تسمية منها عقود الانضمام كما عرَّفها سالي في كتابه الأعلان عن الأرادة لأن من يقبل العقد إنما يقبله دون أن يناقشه، غير أن هذه التسمية وأن كانت تشمل حالة الأذعان الا أنها تشمل غيره وهذا ما يعيب هذه التسمية؛ فالأنضمام يصدق على حالة الأذعان وعلى غير الأذعان من الحرية والأختيار فالمسمى أضيق نطاقاً من التسمية فلا يحسن أن يصار إليها .

وهناك من اطلق على تسميتها بـ عقود الموافقة[٢] " عقد التراضي هو الذي تجري المناقشة والمساومة في شروطه وتوضع بحرية بين المتعاقدين "كالبيع العادي والأيجار والمقايضة والأقراض). وعندما يقتصد أحد الفريقين على قبول مشروع نظامي يكتفي بعرضه عليه ولا يجوز له من الوجه القانوني أو الفعلي أن يناقش في ما تضمنه، يسمى العقد أذ ذاك عقد الموافقة (كتعاقد على النقل مع شركة سكة حديدية أو عقد الضمان)"، وهذه التسمية كسابقتها عند الأستاذ سالي تصدق على حالة الأذعان والأختيار بل حتى على الأكراه بعد قبول المكره للعقد على الرأي الذي يذهب إليه بعض التشريعات كالمصري والعراقي .

وبالنتيجة هذه التسميات تنطلق من جانب من جوانب عقد الأذعان، ولكنها ليست مميزة له عن غيره بحيث عندما تطلق ينصرف الاذعان حصراً لهذا النوع من العقود، وذهب فقهاء آخرون إلى تسمية هذه العقود بعقود الأذعان وهي التسميةالتي آثر الدكتور السنهوري تسمية هذا العقد

بها والسبب كما يذكر " وقد آثرنا أن نسمي ذه العقود في العربية بعقود الأذعان، لما يشعر به هذا التعبير من معنى الاضطرار في القبول. وقد صادفت هذه التسمية رواجاً في اللغة القانونية من فقه وقضاء، وانتقلت الى التشريع الجديد "[٣].

المطلب الثاني: حكم عقود الأذعان

عرف المشرع العراقي العقد في م٧٣ من القانون المدني العراقي " أرتباط الأيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره على المعقود عليه" كما أن المشرع المصري قد عرفه في م٨٩ من القانون المدني المصري " يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التمييز عن أرادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لأنعقاده " وقد عرفه المشرع الأردني في المادة ٨٩ من القانون المدني الأردني بقوله " يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التمييز عن أرادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لأنعقاده " ..

هذه عينة من تعريفات التي ساقتها التشريعات العربية في بيان ماهية العقد، والتي يتضح منها أن في العقد أركان لابد منها كي يصح العقد فتخلفها يعني أن العقد باطلٌ، وهي رضا محل وسبب[٤]، وهذه الأركان هل هي متوافرة في عقد الأذعان أم لا ؟

يذهب بعض فقهاء القانون المدني إلى أن عقودَ الأذعان ليست عقوداً بالمعنى الفني الدقيق فهي قوانين ألزم المشرع الناس بأتباعها "أنقسم الفقه في طبيعة عقود الأذعان فذهب فريق إلى إنكار صفة العقد على عقود الأذعان إذ العقد توافق أرادتين عن حرية وأختيار، أما القبول في عقد الأذعان فهو إذعان ورضوخ فعقد الأذعان أقرب إلى أن يكون قانوناً أخذت شركات الأحتكار الناس بأتباعه. لذلك يجب تفسيره كما يفسر القانون ويراعى في تطبيقه مقتضيات العدالة وحسن النية"[٥] .

يعيب على هذا الرأي أنه لم يتناول هذه الظاهرة القانونية كَكُل وإنما تناولَ الرضوخ فيهِ وأنطلق منها ليعمم حكمه على كل العقد، في حين أن الصحيح هو النظر للعقد كله ومن ثم يأتي بالحكم عليه هل هو عقد أم قانون .. حتى يكون الحكم دقيقاً نابعاً من قرار العقد لا من جزئيةٍ فيه !.

وذهب فريق آخر إلى أن عقد الأذعان عقد بما تحمل كلمة العقد فيه من معنى وأن الأختلاف بين مركز الطرفين هو ظاهرة أقتصادية لا قانونية وهي كما أنها في عقود الأذعان فقد تكررت في عقود أخرى ولم ينف عنها الصفة العقدية، كما في الوظائف الحكومية أو في المؤسسات الأهلية وغيرها .. "وفريق ثان وهم أغلبية فقهاء القانون المدني يرى أن عقد الأذعان عقد حقيقي يخضع للقواعد التي تخضع لها سائر العقود. فإذا كان أحد العاقدين في مركز ضعف فهذه ظاهرة قانونية[٦]، علاجها أن يتدخل المشرع بتنظيم عقود الإذعان وليس بأن يترك القاضي يغير هذا العقد كما يشاء بحجة حماية الطرف الضعيف فتضطرب بذلك المعاملات وتفقد استقرارها"[٧] .

عادة تأتي الظواهر الأقتصادية قبل الظواهر القانونية " كل تغير اقتصادي يتبعه تغير قانوني لأن القانون يعالج المشكلة بعد أن تقع سواء كانت مدنية أو جزائية .." فعقد الأذعان جاء كرحمة ساقها المشرع بتقنين أحكامهِ أنقذ بها عموم المتعاقدين الذين يكونونَ في الجهة الضعيفة من بطش واستبداد الجهات المتنفذة اقتصادياً أو من أخطاء هذا القاضي أو ذلك .

المبحث الثاني: عقود الأستملاك

هذا المبدأ الجديد الذي أفرزتهُ الحضارة الحديثة والحياة المدنية الجديدة التي ظهرت بعد التقدم التقني الكبير الذي تعيشه البشرية منذ عقود عديدة سيتعلق بنزع الملكية الخاصة أو ما يسمى بالأستملاك لذا يمر الباحث من خلال هذا المبحث بعقود الأستملاك من خلال مطلبين الأول ماهية عقود الأستملاك والثاني حكم هذه العقود:

المطلب الأول: ماهية عقود الأستملاك

لو رجعنا إلى حياتا اليومية وشاهدنا الأطفال مثلاً فضلاً عن غيرهم وكم يحاول الطفل جاهداً أن يمتلك الأشياء وأن يحافظ على أشياءه فلا يسمح لأحدٍ أن يأخذها منه بل يبذل المزيدَ من الجهد في سبيل الدفاع عنها أذا ما شك في خطر يداهم حاجياتهِ وممتلكاتهِ ، أن هذا التصرف للطفل لا يعبر إلا عن سلوك فطري في داخلهِ موجود عنده كما هو موجود عند غيره من البشر ألا وهو غريزة التملكَ ويؤيد هذه الغريزة أمرٌ مهم ألا وهو حب البقاء الذي يسعى الإنسان للحصول عليه، انطلاقاً من هذه الحاجة الفطرية التي يتميز بها الإنسان نشاهد أعتبار الملكية الخاصة أمراً مهماً في معظم دساتير دول العالم أن لم نقل كلها، فهي أمر مقدس وتلجأ الدول لتنفيذ مشاريعها على أملاكها العامة كي لا تمسك بهذا الحق الذي تطرقت له الدساتير بالنص حفاظاً عليه، بل الأمر لم يقتصر على الدساتير فقط وإنما اتسع ليشمل المواثيق والمعاهدات العالمية أيضاً "١-لكل شخص حق التملك بمفرده أو بالاشتراك مع غيره. ٢-لا يجوز تجريد أحد من ملكهِ تعسفاً"[٨]، ونظراً لما تحمله الملكية الخاصة من أهمية وقدسية في نظر المعاهدات الدولية والدساتير المختلفة والقوانين الوطنية فأنه لا يمكن أن يلجأ إلى هذه الخطوة بقرار يصدر من سلطة أدارية معينة أو من مدير ما حفاظاً على هذه الملكية الخاصة من التعسف باستعمال الحق أو من الأخطاء المتعمدة أو غير المتعمدة التي من الممكن أن تصدر من هذا المسؤول أو ذلك، وبما أن هذه الملكية بما هي من حق لا تمثل حقاً مطلقاً لا يمكن المساس بهِ بحال من الأحوال بل أحياناً وأن كان المساس بهِ يلحق ضرراً بصاحب الملك ألا أنه إذا ترك بلا مساس بهِ فأن المجموع سيتضرر من مجتمع أو أفراد عديدين؛ وعليه لا بد من وضع حدوداً لهذا الحق بحيث مع تعدي هذه الحدود تقدم مصلحة المجموع على مصلحة الأفراد، وحتى لا تكون الأمور فوضوية أو تترك لرحمة القاضي واجتهاده وما يراه الذي قد يطابق مقاصد التي يريدها المشرع أو لا يطابقها لذلك تشرع قوانين خاصة تتبنى بيان الاستملاك كالإجراءات والشروط وأنواع الأستملاك وأحكام كل نوع بل وماهية الأستملاك أحياناً التي وأن لم يذكر المشرع العراقي تعريف الأستملاك في تقنينه النافذ ألا أنه تطرق لها

في تقنينه السابق والأسبق، مع العلم أنه لا يعاب عليه عدم ذكره لتعريف للأستملاك لأنه ليس من مهمة المشرع أن يتولى وضع التعاريف وإنما ذلك من مهمة الفقه، كما قلنا لم يتطرق المشرع العراقي في قانون الأستملاك النافذ رقم (١٢) لسنة ١٩٨١ لوضع تعريف وحد للأستملاك ولكن رغم ذلك يمكن الرجوع لقانون الأستملاك الأسبق الملغي في سبيل ذلك، فقد تطرق المشرع العراقي في قانون الأستملاك رقم (٥٧) لسنة ١٩٦٠ لذلكَ، ووضع تعريفاً للأستملاك: " هو نزع ملكية العقار لنفع عام ولقاء تعويض عادل يعين بموجب هذا القانون"[٩]، إضافة لذلك فأن قانون الأستملاك السابق الملغي رقم (٥٤) لسنة ١٩٧٠

قد تطرق أيضاً لتعريف الأستملاك حيث نص على: "الاستملاك – نزع ملكية العقار والحقوق العينية المتعلقة به لنفع عام ولقاء تعويض عادل يعين بموجب هذا القانون. ويشمل لفظ (العقار) العقار ذاته والحقوق العينية فيه."[١٠].

المطلب الثاني: حكم عقود الأستملاك

قد يبدو من الوهلة الأولى أن الأستملاك أجراء يشابه الشراء للعقار أو البيع له خصوصاً أذا حصل طواعيةً وبرضا الطرف الآخر أو الضعيف في العقد، ألا أنه من خلال المطلب السابق يتضح أن الأستملاك كما تطلق عليه هذه التسمية التشريعات السورية اللبنانية الأردنية الفلسطينية الكويتية والعراقية، أو نزع الملكية كما تسميه التشريعات مثل المصرية الجزائرية وغيرها هو أجراء يكون لأجل المنفعة العامة أو ما يسمى بالأستملاك يختلف جذرياً عن غيره فهو قد يشتبه بالغصب أو بالأستيلاء المؤقت من حيث أنه مساس بالملكية الفردية، ألا أنه يختلف عنها بأنه يكون لقاء تعويض عادل ويكون كذلك على العقارات فقط، وقد تطرقت مجلة الأحكام العدلية لذلك "يتحمل الضرر الخاص بدفع الضرر العام"[١١] فهنا عندنا ضرران أحدهما خاص والآخر عام، كما في حالة لو تم اكتشاف بئر نفط في أرض زراعية وهي مملوكة لأحد المزارعين والبئر كما هو معلوم ثروة وطنية لا يملكها هذا المزارع وإنما هي مملوكة للدولة ولتعذر الانتفاع من هذه الثروة الوطنية (ضرر عام) بدون أستملاك الأرض من المزارع (ضرر خاص) فأنه تلجأ الدول لغرض الانتفاع من هذه الثروات مثلاً في هكذا حالات إلى نزع ملكية هذه الأرض من صاحبها المزارع إلى الدولة لغرض المنفعة العامة.

وذهبت المادة (٢٧) إلى: "الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف"[١٢] فهنا عندنا صورتان من الضرر خفيف وشديد، الشديد كما في حالة وجود منطقة سكنية لا يوجد بها مدرسة والخفيف كما في حالة نزع ملكية عقار أو عقارين من أصحابها وتعويضهم التعويض العادل مقابل تحويل هذه الملكية للمنفعة العامة وتملك الدولة لها وبناء مدرسة في هذه المنطقة السكنية .

ويبدو من تعريف الأستملاك[١٣]. أنه أجراء من شروطه أن يكون للمنفعة العامة فأن كانت المنفعة الخاصة هي الغرض منه فأنه يكون باطلاً لمخالفته للنظام العامة.

والأستملاك اجراء مخالف لإجراءات أخرى مثل:

١-الاستيلاء الذي يمكن تعريفه بـ "إجبار الإدارة بإرادتها المنفردة الأفراد أشخاصا طبيعية، أو اعتبارية على تقديم خدمات، أو استعمال، أو استغلال الأموال العقارية والمنقولة للإدارة، بقصد إشباع حاجة عامة مؤقتة، مثل القضاء على وباء، وفقا للشروط التي يحددها القانون"[١٤].
ويرى الباحث من خلال هذا التعريف أن الاستيلاء يكون لحاجة مؤقتة كخدمة عاجلة أو استعمال عابر أو استغلال طاريء وليس لحاجة دائمية ونهائية كما هو الحال في الأستملاك الذي لا يكون محدداً بزمان معين وإنما يكون معه التملك مؤبداً غير محدد بزمن معين .
٢-التأميم والذي يقصد بهِ " انتقال وسائلِ الإنتاجِ الصناعية، والتجارية، والاقتصادية، من ملكية الأفراد أشخاصاً طبيعية، أو معنوية إلى الدولة بشكل جبري مقابل تعويض، بحيث تسري عليها أحكام القانون العام"[١٥].
وبالنظر إلى التأميم وإلى الأستملاك كلاهما يلتقيان بوجه واحد ألا وهو نزع الملكية عن صاحبها وتعويضه، ألا أنهما يختلفان عن بعضهما أن الملكية تنتزع في الأستملاك بالنسبة للعقارات خلافا للتأميم الذي يرد على العقارات والمنقولات معاً، ومن جهة أخرى فأن الاختلاف بينهما في الغاية أو لنقل أن أحدهما أعم هدفاً من الآخر فأن الغاية من الأستملاك هو المنفعة العامة فأنه يثبت وينتفي تبعاً لها والتي تتجلى بأمرين ليس لهما ثالث الأول اجتماعي والثاني اقتصادي بينما التأميم يكونُ بدافع اجتماعي أو اقتصادي أو غيرهما فهو لا يدور مدار المنفعة العامة فحسب بل قد يكون باعثه سياسي أو ثقافي .. ألخ[١٦].
٣-الأستملاك والمصادرة
المصادرة تختلف في جوهرها عن الأستملاك بأنها عقوبة تنزل بالشخص الذي يرتكب بعض الجرائم فلا تعد نظاماً[١٧]، أما الأستملاك فيكفي بهِ أن تكون هناك منفعة عامة فهو كما ذكرنا يوجد وينعدم الأستملاك تبعاً لوجود وانعدام المنفعة العامة، والأستملاك بعوض أما المصادرة فأنها بما أنها عقوبة فأنها لا تكون بعوض، والمصادرة أوسع درجة من الأستملاك فهي ترد على المنقول والعقار خلافاً للأستملاك الذي لا يرد إلا على العقار، بينما الأستملاك أوسع درجة من المصادر من حيث أنه ملكية تنتزع سواء كانت جماعية أم فردية خلافاً للمصادر التي لا يحل إلا بالمحكوم عليهِ، والمصادرة في حالات معينة نص عليها القانون وحددها كونها عقوبة مهمة ترد على حق مقدس كفلته الدساتير بالاحترام خلافاً للأستملاك الذي يرد بناءً على المنفعة العامة[١٨].

المبحث الثالث: الإذعان في عقود الأستملاك الالكتروني

مررنا بطبيعة عقود الإذعان وبطبيعة عقود الأستملاك وتبين لنا ما هما عليه من طبيعة استثنائية وخلافاً لما أعتاد عليه الشخص في المناقشة ببنود العقد أو الحفاظ على حقه في التملك، يتطرق الباحث في المطلبين الآتيين إلى تطبيق هذين المفهومين على العقد الإلكتروني في المطلبين وهل يمكن أن يتم الأستملاك أو الإذعان قبله وفق الوسائل الحديثة التكنولوجية ؟

نذكر الآن ماهية عقود الأستملاك الإلكتروني وحكمها:

المطلب الأول: ماهية عقود الأستملاك الالكتروني

الالتزام الذي ينشأ بالذمة له مناشيء وهي العقد والأرادة المنفردة والعمل غير المشروع والكسب بلا سبب والقانون وهذه من الأمور الواضحة في القانون من أبجديات القانون المدني وعليه فمصدر الالتزام هو : " السبب القانوني الذي أنشأ الالتزام"[١٩]، وواحدة من هذه الأسباب هي العقد :

وذكرت التقنينات تعريفات للعقد وهي قد تختلف بالألفاظ ولكنها تتقارب بالمعنى مثلاً عرف المشرع الأردني العقد بأنه : "العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من احد المتعاقدين بقبول الاخر وتوافقهما على وجه يثبت اثره في المعقود عليه ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر"[٢٠].

وعرفه المشرع المصري بأنه : "يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن أرادتين متطابقتين، مع مراعاة ما يقرره القانون وفق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد"[٢١].

وعرفه المشرع العراقي بأنه : "ارتباط الأيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره بالمعقود عليه"[٢٢].

ومن هذه التعاريف نجد أن هناك أموراً أساسية في أي عقد وهي رضا ومحل وسبب "العقد يقوم على الإرادة أي تراضي المتعاقدين والإرادة يجب أن تتجه إلى غاية مشروعة وهذا هو السبب فللعقد أذن ركنان: التراضي والسبب وأما المحل فهو ركن من الالتزام لا في العقد ولكن أهميته لا تبرز إلا في الالتزام الناشيء من العقد إذن فالمحل يبحث عادة ضمن أركان العقد"[٢٣].

وهذه هي الأركان الأساسية للعقد ولكن قد يتمخض عن طريق شرط في القانون أو أتفاق .. وجود ركن آخر غير هذه الأركان الثالثة كالشكلية في انتقال ملكية العقار مثلاً في العراق وكالتسليم إذا شرطته شركة التأمين كشرط لانعقاد عقد التأمين "وقد يفرض القانون في التراضي أن يفرغ في شكل مخصوص، وذلك في العقود الشكلية ومن هنا كان الشكل ركناً من أركان العقد الشكلي"[٢٤].

هذه الأركان التي تشترط في العقد العادي هي نفسها التي تشترط في التعاقد الالكتروني لا اختلاف بينهما في ذلك، ويمكن تشبيه الأمر بالتعاقد سابقاً كان يكتب بواسطة دواة واليوم يتكب بواسطة قلم حبر أو كان العقد كان يكتب على كتف أو جريد النخل واليوم يكتب على أوراق مثلاً ورقة حجم 4A ومما يؤكد ذلك ما ذهب إليه المشرع الأردني بتعريفهِ للمعاملات الالكترونية بقوله: "المعاملات التي تنفذ بوسائل الكترونية"[٢٥] فالمشرع الأردني هنا لم يميز هذه المعاملات من حيث المضمون وإنما من حيث الأدوات التي تنفذ بها

هذه المعاملات وتخرج إلى فضاء الوجود وتدب بها الحياة والتي عبر عنها بالوسائل الالكترونية، يفهم الباحث من هذا التعريف أن المشرع الأردني لا يرى هذا النحو من المعاملات هو نوع خاص أو فرع خاص من القانون وإنما هو أسلوب لإبرام الاتفاقيات والعقود أو لتنفيذ أحكام القانون .

كما أن المشرع الإماراتي قد عرفه بـ " أي تعامل أو عقد أو اتفاقية يتم إبرامها أو تنفيذها بشكل كلي أو جزئي بواسطة المراسلات الالكترونية"[٢٦].

ومن خلال هذا البيان للمشرع الإماراتي يتضح أن التعامل الالكتروني يتسع ليشمل أبرام التعامل أو العقد أو الاتفاقية كما أنه يشمل تنفيذهن .. بمعنى أن أيّاً منهما الأبرام أو التنفيذ يمكن أن يصدق عليه أن تعامل الكتروني طالما أنه تم الكترونياً.

ويمكن من خلال هذا البيان أن نفهم أن العقد الالكتروني أو الاتفاق الالكتروني أيضاً أو أي صورة من صور التعامل الالكتروني لا يفرق عن نضيره العادي من حيث الأركان ولكنَّ هناك أمورٌ يتميز بها التعاقد عبر الانترنت وهي مرة يكون التعاقد عبر البريد الالكتروني وهنا نكون إزاء تعاقد شبيه بالتعاقد بواسطة البريد العادي أي تعاقد بين غائبين وأما أن كان التعاقد عبر المحادثة الكتابية مثلاً محادثة مباشرة فإننا نكون أزاء تعاقد بين حاضرين[٢٧].

وقد وضعت لجنة القانون التجاري في لجنة الأمم المتحدة تعريفاً للعقد الالكتروني : "كل عقد يتعلق بالبضائع أو الخدمات، أُبرم بين مورد ومستهلك في نطاق نظام لبيع أو تقديم خدمات عن بعد، نظمه المورد الذي يستخدم لهذا العقد فقط، تقنية أو أكثر للإتصال عن بعد لإبرام العقد وتنفيذه"[٢٨].

وعُرِفَ: " كل وسيلة دون وجود مادي ولحظي للمورد أو المستهلك، يُمكن أن تُستخدم لإبرام العقد بين طرفيه"[٢٩].

وكما هو معلوم أن التعاريف قد تكون معيبة وأنه ليس كل تعريف يوضع يكون صحيحاً، وحتى يكون التعريف صحيحاً لابد أن يكون التعريف جامعاً مانعاً: جامعاً لكل الأفراد وطارداً لكل الأضداد، كما يقرره علماء المنطق في ذلكَ[٣٠]، ألا أن هذين التعريفين يعيبهما أن الأول أقتصر على البضائع والخدمات، والثاني على المورد والمستهلك والعقد الالكتروني أوسع من ذلكَ نطاقاً؛ فهو يشمل المورد والمستهلك وغيرهما، كما أنه يشمل البضائع والخدمات وغيرهما، وعليه يمكن أن نعرف العقد الالكتروني بـ:

" كل شكل من أشكال الاتصال يستهدف تسويق –بصورة مباشر أو غير مباشرة- بضائع أو خدمات أو صور مشروعة أو منظمة أو شخص يباشر نشاط تجاري أو صناعي أو حرفي أو يقوم بمهنة منظمة"[٣١].

وعليه يمكن تعريف عقد الأستملاك الالكتروني -كما يرى الباحث- بـ:

"وهو شكل من أشكال انتزاع الملكية الخاصة العقارية للمنفعة العامة بطريقة مباشرة أو غير مباشرة عن طيق وسيلة من الوسائل الإلكترونية الحديثة".

المطلب الثاني: حكم الإذعان في عقد الأستملاك الكتروني

تبين من خلال المطالب السابقة أن الأستملاك أو ما تسميه بعض التشريعات الأخرى نزع الملكية أجراء من خلاله تنزع السلطة ملكية عقار من صاحبه لتحوله إلى المنفعة العامة لقاء تعويض عادل وتشترط بعض التشريعات أن يكون التعويض يقدم دفعة واحدة إلى الجهة المنزوع منها العقار كما في التشريع القطري[٣٢]، وبعد الحكم بالأستملاك واستنفاذ طرق الطعن وإكمال الإجراءات تتحول الملكية إلى الدولة ولا يمكن لصاحبها القديم للتصرف بها .

وبهذا نفهم أن التشريعات حريصة كل الحرص على أن لا تنزع الملكية من المنفعة الخاصة إلى المنفعة العامة فهي من الحقوق الدستورية التي حرصت الدساتير على أن تحفظها، مع ملاحظة أن هذا الإجراء أذا كان بقرار من السلطة العامة بحيث لا يملك الطرف الآخر أي خيار غير أن يدع أو يأخذ كما في عقود الإذعان[٣٣] في الاستملاك الاتفاقي بل أحياناً لا يملك الطرف الآخر إلا أن يأخذ وليس له خيار بأن يدع كما في الأستملاك القضائي أو القانوني، هذا على النظرية التي تذهب إلى أن الطبيعة القانونية لعقودِ الإذعان هي طبيعة عقدية، أما وفق النظرية الثانية التي نادى بها عدد محدود من فقهاء القانون المدني والتي تذهب إلى أن عقود الإذعان ذات طبيعة قانونية لا عقدية فهي أخذت شركات الاحتكار الناس بأتباعهِ، "لذلك يجب أن يفسر كما يفسر القانون ويراعى في تطبيقهِ مقتضيات العدالة وحسن النية"[٣٤].

هذه الرغبة أو النزعة التي تختلج في داخل صاحب القرار أو القائمين عليهِ كما أنَّ الكلام نفسه بحق الطرف الآخر في العقد قد يكون التعبير عنها بنفس الطريقة التقليدية المألوفة التي تصدت التشريعات المختلفة لبيان حكمها وكيفيتها، ولكن قد يكون التعبير عن الإرادة بطريقة ثانية غير هذه الطريقة المألوفة أو لنقل بطريقة مستحدثة نتجت عن التقنية الحديثة وثورة المعلومات والتقدم التكنولوجي الكبير في نهاية القرن العشرين ومطلع القرن الحديث الواحد والعشرين فهنا يثور التساؤل عن إمكان التعبير عن هذه الإرادة وفق هذه الوسائل ؟

ذكروا في تعريف الإرادة الإلكترونية أنها:

"يقصد بالإرادة انعقاد العزم على إجراء العملية القانونية محل التعاقد ويتم التعبير عن الإرادة التعاقدية باستخدام وسيلة تدل على وجودها"[٣٥] وللإجابة على هذا السؤال يمكننا أن نتصور أن كانت هذا الوسائل الحديثة التي طرحتها لنا الحضارة الحديثة قد تنوعت وتعددت خلافاً للوضع التقليدي ألا أن القواعد العامة التي تتناول الوضع التقليدي وتتناول الوسائل الحديثة واحدة ومنها مبدأ سلطان الإرادة، وهذا المبدأ تلقيناه من فلسفة القرن الثامن عشر[٣٦] واتخذ التقنين المدني المصري منه موقفاً وسطاً لا إفراط فيه ولا تفريط، إذ دعا المشرع المصري المتعاقدان وإرادتهما حرة تفعل ما تشاء على أن لا تخالف النظام العام والآداب العامة وتحافظ على السياقات القانونية " وقف التقنين الجديد من مبدأ سلطان الإرادة موقفاً معتدلاً. فلا هو انتقص

منه إلى حد أن جعله يفنى في سلطان المشرع وسلطان القاضي، إذ لا يزال الأصل أن الإرادة حرة تحدث من الآثار القانونية ما تتجه إلى إحداثه، ولا هو تركه يطغي فيستبد بإنشاء العلاقات القانونية وبتحديد آثارها دون نظر إلى المصلحة العامة وإلى مقتضيات العادلة"[٣٧] ويظهر من خلال هذا الكلام أن المشرع المصري قد اتخذ طريقاً برزخاً وسطاً لا هو مع أنصاره الأوائل الذين بالغوا في التعاطي معه حتى أرجعوا له كل التصرفات القانونية وهناك اتجاه آخر تبنى حصره بأضيق نطاق[٣٨]، فهو من المنهج المعتدل " تبين من نقد مبدأ سلطان الإرادة أن الخطأ الذي وقع فيه أنصار هذا المبدأ هو اتخاذه مبدأ مطلقاً في كل نواحي القانون. وهذه المبالغة كانت سبباً في مبالغة تعارضها، وهم خصوم المبدأ هم أيضاً يقولون بنبذه مرة واحدة . وبين هذا الإمعان في إطلاق المبدأ إلى أوسع مدى والمبالغة في رده إلى أضيق الحدود، وجد المعتدلون مجالا لوضع الأمور في نصابها الصحيح"[٣٩]، وعليه يرى الباحث بخصوص حكم الإذعان في عقود الأستملاك الإلكتروني أنه يمكن التعبير عن الإرادة إلكترونياً وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة كما أنه يمكن أن يخضع أطراف العقد لنزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة وفقاً لإجراءات الإذعان في عقد الأستملاك .

الخاتمة

بعد المرور بمطالب متنوعة من خلال البحوث الثلاثة السابقة بمطالبها الستة تطرقنا لمسائل تتعلق بالأستملاك وقبله الإذعان وبعده العقد الإلكتروني للأستملاك تم تقصي جوانب مختلفة من هذه المباحث المهمة والتي أفرد لها المشرع معالجات إما صراحة وبالنص عليها أو ضمناً وإرجاعاً إلى القواعد العامة التي من خلال قواعدها الكلية تعم هذه المسائل بأحكام مختلفة، وبعد ذلك توصلنا إلى استنتاجات ومقترحات نأمل من خلالها أن نضيف إلى الحياة القانونية ما يدفع عجلتها نحو الأمام ..

الاستنتاجات:

تتعهد الدول بتوفير المتطلبات الأساسية لمواطنيها ولكن قد يجد أمر في الموضوع حيث أنها توفر هذه المتطلبات ولا تسمح لهم بمناقشتها في ما ترى من شروط في ذلكَ، وهذا يلزم المواطن أن يأخذ أو يدع وليس له مجال في أن يدخل أو يعدل بما يشاء من العقود، وهذا ما يعرف بعقود الإذعان.

الملكية أمر مقدس حرصت الدساتير والقوانين على المحافظة عليها، فأن يكون للدولة حق تنتزع بموجبهِ هذه الملكية من أصحابها عند الحاجة فهو أمر على خلاف الأصل العام لذلك نلاحظ أهتمام الدول بتقنين قوانين تعنى بتنظيم هذه الإجراءات، حتى أن المشرع العراقي جاء بثلاثة تشريعات واحداً بعد الآخر تشريع ٥٧ لسنة ١٩٦٠ وتشريع ٥٤ لسنة ١٩٧٠ وتشريع ١٢ لسنة ١٩٨١.

مثل التقدم العلمي واختراع الإنترنت وشبكات التواصل الاجتماعي أدوات جديدة لإجراء التصرفات القانونية وإبرام العقود منها بالخصوص وقد ظهرت في سبيل ذلك دراسات قانونية وأبحاث قيمة، تتناول كيفية التعامل مع هذا النحو من الوقائع والتصرفات القانونية، بل شرعت بعض الدول تقنينات خاصة بذلك كالأردن والكويت وتونس ومصر.

المقترحات:

١- على الرغم من كون عقود الإذعان تمثل الدولة في الجانب القوي أو المستثمر أو غيرها ألا أنه قد يتعرض الطرف الضعيف جراء ذلكَ إلى شيء من الضغط يمكن للمشرع أن يجنبه أياه مع سن بعض التقنينات التي تجنبه ذلكَ سواء من المستثمرين أو غيرهم، كما يحصل اليوم مع أجور الكهرباء مثلاً.

٢- للدولة أن تنتزع ملكية خاصة من صاحبها مع تعويضه جراء ذلك التعويض العادل على أن يكون ذلكَ بما يصب بالمنفعة العامة، وقد قنن المشرع في سبيل ذلك أكثر من تقنين، حيث يلغي أحدها ويقيم مقامَهُ آخر، ولكن بخصوص الأستملاك الإلكتروني لم يبين ذلكَ وإنما علينا أن نرجع لمعرفة رأيهِ إلى القواعد العامة؛ فلو أنه فصل في ذلكَ كان أتم.

٣- عموماً لم يقم المشرع بتخصيص تقنين للعقود الإلكترونية، التي أضحت جزء لا يتجزأ من الحياة المعاصرة بعد أن دخلت شبكة المعلومات الإنترنت إلى الكثير من جوانب الحياة وقيامه بذلكَ يعد معززاً للأمن القانونية والتجاري في البلد.

وأخر دعوانا ان الحمد لله رب العالمين

الهوامش

١- سمت بعض التشريعات هذه العقود بعقود الانضمام
٢- قانون الموجبات والعقود اللبناني م١٧٢.
٣- د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مطبعة النهضة ، مصر سنة ٢٠١١ ج١ ص٢٢٩

٤- كما تذكرها القوانين المدنية كالقانون المصري والعراقي
٥- د. عبد المجيد الحكيم ، الوجيز في مصادر الالتزام ، مطبعة العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ج١ ص٤٥

٦- بعد مراجعة الوسيط للدكتور السنهوري ج١ ص٢٣٢ : يذكر السنهوري ان هذه ظاهرة اقتصادية وليست قانونية ويبدو ان هناك سهو لدى كتابة هذا الكلام كونه اعتمد كثيرا على كتاب الوسيط
٧- د. عبد المجيد الحكيم ، المصدر السابق

٨- المادة ١٧ من الاعلان العالمي لحقوق الانسان
٩- م١ رقم ٥٧ لسنة ١٩٦٠ م
١٠- م١ من قانون ٥٤ لسنة ١٩٧٠
١١- م١٧ من مجلة الاحكام العدلية

١٢-م٢٧ من مجلة الاحكام العدلية
١٣- م١ من قانون الاستملاك السابق الملغي ، و م١ من قانون الاسبق الملغي .
١٤- محمد عبد اللطيف ، نزع الملكية المنفعة العامة ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٨ ، ص٥ وانظر كذلك عبد الله بسيوني عبد الغني ، القانون الداري ، مرجع سابق ، ص٢٩٣ ، نقلا عن رسالة ماجستير بعنوان نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة للتشريع الفلسطيني للباحثة جود عصام خليل ص٨.

.
١٥- محمد فؤاد مهنأ ، القانون الاداري العربي ، ط٢ ، دار المعارف ، ١٩٦٧ ، ص٩٤٦ .
١٦- عبد الحكم فودة ، نزع الملكية المنفعة العامة ، المحلة الكبرى ، دار الكتب القانونية ، ١٩٩٢ ، ص٢٣ ، محمد عبد الصبور فتحي ، الاثار القانونية للتأميم ، ط٢ ، عالم الكتاب ، ١٩٦٣ ، ص١٦ .
١٧- محمد علي السالم عيد الحلبي ، شرح قانون العقوبات ، عمان- الاردن ، دار الثقافة ، ١٩٩٧ ، ص٥٠٩ .

١٨- علي فاضل نظرية المصادرة في القانون الجنائي ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٧ ، ص٩٠ ، محمد عبد اللطيف ، المصدر السابق ، ص٨ .
١٩- عبد المجيد الحكيم ، الوجيز في مصادر الالتزام ، ج١ ، مطبعة العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ،ص١٤.
٢٠- م٨٧ من القانون المدني الاردني ، رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ .
.
٢١- م٨٩ من القانون المدني المصري ، رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.
٢٢- م٧٣ من القانون المدني العراقي ، رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .
٢٣- عبد المجيد الحكيم ، المصدر ص٣١ .
٢٤ - عبد المجيد الحكيم ، المصدر نفسه ص٣١ .

٢٥- م٢ من قانون المعاملات الالكترونية رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١ .
٢٦- م١ من قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الاماراتي رقم ١ لسنة ٢٠٠٦
٢٧- ماجد محمد سليمان ابا الخيل ، العقد الالكتروني ، مكتبة الرشد ، ناشرون ، الرياض سنة الطبع ٢٠٠٩ ، ص٣٣ .
٢٨- المصدر السابق ، ص١٦
٢٩- المصدر نفسه ، ص١٦
٣٠- لشيخ محمد رضا المظفر ، علم المنطق ، ج١ ، طبعة انتشارات سيد الشهداء ، سنة الطبع ١٣٩٧ قم المشرفة ، ص٣٢ .
٣١- ماجد محمد سليمان ابا الخيل ، المصدر السابق ص١٦ .
٣٢- م٢ من قانون رقم ١٣ لسنة ١٩٨٨ ، بشأن نزع ملكية العقارات والاستيلاء عليها مؤقتاً للمنفعة العامة .
٣٣- عبد المجيد الحكيم المصدر السابق ، ص٤٥ .
٣٤- عبد المجيد الحكيم المصدر نفسه ، ص٤٥ .
٣٥- خالد ممدوح ابراهيم ، ابرام العقد الالكتروني (دراسة مقارنة) ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندري ، ٢٠٠٦ ، ص١٢٧ .
٣٦- عبد المجيد الحكيم المصدر السابق ، ص٢٠ .
٣٧- عبد الرزاق السنهوري ، المصدر السابق ،ص٧٧ .
٣٨- المصدر نفسه ، ص١٤٦ .
٣٩- المصدر نفسه ، ص١٤٨ ..

المصادر

١- الشيخ محمد رضا المظفر رحمه الله، علم المنطق، ج١ طبعة انتشارات سيد الشهداء سنة الطبع ١٣٩٧ قم المشرفة.
٢- جود عصام خليل رسالة ماجستير بعنوان نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة في التشريع الفلسطيني للباحثة .
٣- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد طبعة نهضة مصر سنة ٢٠١١م.
٤- عبد المجيد الحكيم، الوجيز في مصادر الالتزام.
٥- عبد الحكم فودة : نزع الملكية للمنفعة العامة. المحلة الكبرى. دار الكتب القانونية.١٩٩٢.
٦- علي فاضل . نظرية المصادرة في القانون الجنائي، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٩٧.
٧- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٦.
٨- ماجد محمد سليمان أبا الخيل، العقد الالكتروني، مكتبة الرشد-ناشرون، الرياض سنة الطبع ٢٠٠٩
٩- محمد علي السالم عيد الحلبي . شرح قانون العقوبات، عمان، دار الثقافة، ١٩٩٧
١٠- محمد عبد الصبور فتحي: الآثار القانونية للتأميم. ط ١. عالم الكتب. ١٩٦٣.
١١- محمد عبد اللطيف، نزع الملكية للمنفعة العامة، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٨٨.
١٢- محمد فؤاد مهنا : القانون الإداري العربي. ط ٢. دار المعارف. ١٩٦٧.

القوانين

١- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١م.
٢- قانون الأستملاك رقم ١٢ لسنة ١٩٨١.
٣- قانون الأستملاك رقم ٥٧ لسنة ١٩٦٠ الملغي .
٤- قانون الأستملاك رقم ٥٤ لسنة ١٩٧٠ الملغي .
٥- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨م.
٦- القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦م.
٧- قانون الموجبات والعقود اللبناني .
٨- قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الإماراتي رقم ١ لسنة ٢٠٠٦.
٩- القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٨٨ بشأن نزع ملكة العقارات والاستيلاء عليها مؤقتاً للمنفعة العامة.

الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.
مجلة الأحكام العدلية.