

خصوصية الإذعان في إبرام العقد الإلكتروني

Privacy of compliance in the conclusion of the electronic contract

بغدادى خديجة*

جامعة تيارت، الجزائر

baghdadikhadidja48@gmail.com

- تاريخ الإرسال: 2023/04/11 - تاريخ القبول: 2023/05/28 - تاريخ النشر: 2023/06/18

الملخص: يعتبر العقد الإلكتروني العصب الأساسي للتجارة الإلكترونية لأنه يمثل ترجمة قانونية لتلاقي مقدم الخدمة من جهة ومستهلك الخدمة من جهة أخرى، غير إن العلاقة التي تربطهما تمتاز بعدم وجود توازن بينهما كون أن المستهلك الإلكتروني يعتبر الطرف الأضعف في العلاقة التعاقدية حيث إن هذا الخلل أدى إلى توافر صفة الإذعان، وعليه فإن العقد الإلكتروني يضع وجها لوجه طرفين يقف كل منهما على طرفي النقيض من حيث مراكز القوى الاقتصادية، غير أن هذه التحديات الاقتصادية أصبحت ظاهرة لا يمكن غض الطرف عن معالجتها فاستلزمت توافر الحماية القانونية للأطراف الضعيفة بشكل ينسجم مع المنهجية السائدة والتي تسلب مختلف أوجه اختلال التوازن العقدي إذ تعتبر الحماية صمام أمان من مخاطر التعاقد الإلكتروني لتحقيق التوازن بين هيمنة وسطوة الأقوياء وبين حاجة وضعف المذعنين

الكلمات المفتاحية: الإذعان، العصر الإلكتروني، اختلال التوازن، التعاقد عن بعد، ثورة معلوماتية، الاتصالات الإلكترونية

Abstract: The electronic contract is considered the main nerve of electronic commerce because it represents a legal translation of the meeting of the service provider on the one hand and the consumer of the service on the other hand, however, the relationship that binds them is characterized by the lack of balance between them, since the electronic consumer is considered the weakest party in the contractual relationship, as this imbalance led to the availability of an adjective acquiescence Accordingly, the electronic contract puts two parties face to face, each of which stands on opposite sides in terms of the centers of economic power. However, these economic challenges have become a phenomenon that cannot be turned a blind eye to addressing them, so it necessitated the availability of legal protection for weak parties in a manner consistent with the prevailing methodology that robs the various aspects of imbalance Nodal, as protection is considered a safety valve from the dangers of electronic contracting to achieve a balance between the dominance and sway of the powerful and the need and weakness of the submissive.

Keywords: Submission, electronic age, imbalance, remote contracting, information revolution, electronic communications.

* المؤلف المرسل: بغدادى خديجة.

مقدمة:

لقد ساهم عصر المعلوماتية والتطور المستمر الذي تشهده تكنولوجيات الإعلام والاتصال في وجود ما يسمى بالعالم الافتراضي عالم مترابط عبر شبكات الاتصال الدولية يسمح للأفراد بالتجول في مختلف مواقعهم مع القيام بمختلف معاملاتهم عبره وفقا لما يسمى بالعقود الإلكترونية، وهو ما جعلها متميزة عن العقود التقليدية التي تتم بالمستندات الورقية المعروفة في البيئة التقليدية بدون أي تأثير لأماكنهم الواقعية انطلاقا من خصوصية العقد الإلكتروني، وبذلك تحول التعاقد من مادي يقوم على دعائم ورقية إلى تعاقد غير مادي يقوم على دعائم إلكترونية على أن هذا التحول والانتقال الذي آل إليه الوضع التعاقدى تميز ببروز قوى وتكتلات اقتصادية أصبحت تفرض قانونها على من يتعاقد معها وغابت بذلك المرحلة التفاوضية التي تميز تكوين العقد.

فتقلصت بذلك إرادة الطرفين وخاصة إرادة الطرف الضعيف في تحديد محتوى العقد والقبول بشروط جائزة يفرضها الطرف القوي لحاجاته الماسة لذلك الشيء محل التعاقد خلافا للمبدأ العام في العقود من جراء نقشي ظاهرة الإذعان وهو ما أدى إلى اختلال التوازن.

لذلك تدخل المشرع بمقتضى قوانين خاصة التي اتضح من خلالها أنه لم يأخذ بعين الاعتبار المبادئ المتفرعة عن نظرية سلطان الإرادة التي تعتبر أن العقد شريعة المتعاقدين، وأن العقد الذي تبرمه إرادتان لا يمكن وضع حدا له إلا بمقتضى تلك الإرادتين المكونة له لضمان العدالة العقدية، فمن خلال هذه القواعد أرسى من خلالها المشرع نظاما عاما حمائيا عهد له حماية أحد أطراف العقد والذي يكون عادة الطرف الضعيف اقتصاديا وترتب كنتيجة لتدخل النظام العام الحمائي في تكوين العقد تغيير التقنية التعاقدية لفرض حماية الطرف الضعيف في العقد من مخاطر العقد الإلكتروني.

ومن أجل الإلمام بالموضوع ارتأينا طرح الإشكالية الآتية:

إلى أي مدى أثرت فكرة الإذعان في تكوين العقد الإلكتروني؟

وقصد الإجابة عن هذه الإشكالية ومضامينها ارتأينا التطرق إلى علاقة العقد الإلكتروني بفكرة الإذعان (المبحث الأول)، ثم إلى اثر البيئة الرقمية على إبرام العقد الإلكتروني (المبحث الثاني).

المبحث الأول: علاقة العقد الإلكتروني بفكرة الإذعان

إن العلاقة العقدية في ظل العقد الإلكتروني عقود تقوم بين طرفين يقف كل منهما على طرفي النقيض من حيث المراكز القانونية، ويكون بذلك العقد الإلكتروني وإن لم يخرج عن كونه اتفاق بين إرادتين على إحداث أثر قانوني شأنه في ذلك شأن باقي العقود الأخرى، إلا أنه ينفرد عنها من حيث

طبيعته الخاصة لأطرافه المتعاقدة إذ يجد المستهلك نفسه ملزما بالانضمام إلى العقد الذي أعده المورد الإلكتروني سابقا كطرف ضعيف في علاقة قانونية انطلقا من إبرام العقد، بيد أن هذه العلاقة لا تكون متوازنة عادة.

المطلب الأول: انطباق خاصية الإذعان على العقد الإلكتروني

قد أطلق مصطلح عقود الإذعان أول مرة الفقيه العربي السنهوري ليتولى القانون المدني تنظيم هذه العقود ضمن موضوعاته لتصبح بذلك جزء من تقسيمات العقود في القانون المدني¹.

فهو عقد ينحصر فيه قبول أحد الطرفين بالتسليم بمشروع عقد ذي نظام مقرر وضعه الموجب ولا يقبل المناقشة فيه²، وذلك فيما يتعلق بسلع أو مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي تكون المناقشة محدودة النطاق في شأنها³.

وعليه فهو عقد يتميز بسيطرة أحد المتعاقدين على الآخر عن طريق فرض شروط دون الحق في مناقشتها⁴، ولم يتعرض المشرع الجزائري لتعريف عقد الإذعان وإنما تعرض لكيفية حصول القبول فيه من خلال المادة 70 من القانون المدني، وباستقراء نص المادة فعقد الإذعان⁵ هو:

● شروط مقررة من طرف الموجب الأمر الذي يوحى بالقوة والسيطرة الفعلية التي يتمتع بها ما تجعله ينفرد بتحديد الشروط والتي غالبا ما تكون على حساب الموجب له.

● غير قابلة للنقاش وهي تكملة للخاصية الأولى فقبول عقد أو رفضه جملة واحدة دون إمكانية المناقشة هي ترجمة لسيطرة وقوة الموجب.

● القبول في عقد الإذعان هو مجرد التسليم لشروط مقررة عن طريق الرد الإيجابي بالكلام أو الكتابة أو الإشارة، وأراد المشرع عن طريق هذه الكلمة إبراز مدى ضعف الطرف المذعن في هذه العملية الذي قبل العقد ليس رغبة منه وإنما كان مضطرا لعدم وجود حل آخر.

¹ - إبراهيم عبد العزيز داود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، دار الجامعة الجديدة، طنطا، 2014، ص11.

² - ذنون يونس صالح، إبراهيم عنتر، التنظيم التشريعي لعقود الإذعان في القانون المدني العراقي، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، العراق، 2000، ص05.

³ - رحمون عامر، عقود الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، 2019، العدد23، ص 220.

⁴ - Didier Thomes : contrat d'adhésion Mémoire de D. E. S Montpellier 1971 p. 19

⁵ - علي فيلاي، الالتزامات - النظرية العامة للعقد، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2008، ص 82.

وعليه فالإذعان هو العقد الذي يكون فيه أحد الأطراف في مركز المحترق القانوني أو الفعلي لسلعة أو الخدمة موضوع التعاقد، ما يمكنه من فرض شروطه على الطرف الأخر الذي لا يستطيع أن يناقش تلك الشروط أو يعدلها.

وقد تضمنت التعديلات الجديدة في قانون العقود الفرنسي تعريفا لعقد الإذعان واعتبرت كل شرط في عقد الإذعان يكون من أثره عدم التوازن الواضح بين الحقوق والتزامات أطراف العقد كأن لم يكن حيث نصت المادة 1110 على أن "عقد المساومة هو العقد الذي يتم مناقشة شروطه بحرية بين الأطراف وعقد الإذعان هو العقد الذي تكون شروطه العامة غير قابلة للتفاوض محددة سلفا من قبل احد الأطراف"¹.

فمن خلال هذا المفهوم يتضح بأن الإذعان الذي أصبح العمل به واسعا في المجتمع المعاصر يكون على شكل نموذج عقد ينفرد بإعداده مسبقا أحد المتعاقدين ويكون عادة من طرف المورد الإلكتروني في العقود الإلكترونية كالشركات التجارية التي تقوم بوضعه عبر مواقعها الإلكترونية، ولا يمكن للطرف الثاني المتمثل في المستهلك أن يقوم بتعديل هذه الشروط والتفاوض حول السعر المحدد في النموذج فله إما أن يقبل بها عن طريق الضغط على أيقونة القبول الموجودة على الموقع في آخر الصفحة أو يرفضها.

لذا يعتبر المشرع بأن عقود الإذعان هي العلاقة القانونية الوحيدة التي ينشأ في كنفها الشروط التعسفية وذلك للارتباط الواقع بينهما على أساس أن هذه الأخيرة تمثل التربة الخصبة لنمو الأولى، فوجود عقد الإذعان يترتب عليه وجود شروط مجحفة كنتيجة لهذا السبب ومن الطبيعي أن يقود ذلك إلى ميل المحترف وهو الطرف القوي إلى تضمين هذا العقد من الشروط ما يفيدته ويخدم مصلحته² والتي قلما تخدم مصالح المستهلكين³.

وهذا لا يعني أن العلاقة السببية تعمل بشكل تلقائي، وإنما هذا الارتباط يتوقف على شرط واقف وهو تعسف الطرف القوي⁴ في استعمال سلطاته لتحقيق مكاسب على حساب الطرف الأخر.

¹ - محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2018، ص32.

² - Trari-Tani Mostapha « justice contractuelle et nouvel ordre commercial mondial » revue des études juridiques, n06,2009 Faculté de droit Telemcen,p85-86.

³ - محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن - دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي -، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2006، ص230.

⁴ - نساخ فطيمة، مفهوم النظام العام بين الشريعة العامة والتشريعات الخاصة، مداخلة في الملتقى الدولي بعنوان التحول في فكرة النظام العام: من النظام العام إلى الأنظمة العامة، يومي 23 و24 أبريل، 2014، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2015، ص417.

وبهذا ليس لضعف الطرف المذعن هو الذي يترتب عليه وصف العقد بالتعسف وإنما يستوجب توفر عنصر الاستغلال الذي يشوب العلاقة التعاقدية بين الطرفين¹، إذ لا ريب أن الأصل هو حرية التعاقد فمن حق كل طرف في العملية التعاقدية أن يناقش شروط العقد الذي يقدم عليه، فإذا أصبح أحد الأطراف هو الذي يناط به وضع شروط العقد ولا يسمح للطرف الأخر بالمناقشة فإما يقبلها كاملة أو يرفضها كاملة فنكون أمام عقد إذعان².

المطلب الثاني: تحليل فكرة الإذعان في العقد الإلكتروني

عرف جانب من الفقهاء العقد الإلكتروني بأنه "العقد الذي يتم انعقاده بوسيلة إلكترونية كلياً أو جزئياً وتتمثل الوسيلة الإلكترونية في كل وسيلة كهربية أو مغناطيسية أو أي وسيلة أخرى مشابهة صالحة لتبادل المعلومات بين المتعاقدين"³.

كما عرفه جانب من الفقه الأمريكي بأنه "ذلك العقد الذي ينطوي على تبادل للرسائل بين البائع والمشتري والتي تكون قائمة على صيغ معدة سلفاً ومعالجة إلكترونية وتنشأ التزامات تعاقدية"⁴.

وقد عرفه جانب من الفقه الفرنسي بأنه "اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب والقبول بشأن الأموال والخدمات، عبر شبكة دولية للاتصال عن بعد، وذلك بوسيلة مسموعة ومرئية تتيح التفاعل بين الموجب والقابل"⁵.

كما ركز جانب آخر في تعريفه للعقد الإلكتروني على الصفة الدولية بأنه: "العقد الذي تتلاقى فيه عروض السلع والخدمات التي يعبر عنه بالوسائط التكنولوجية المتعددة خصوصاً شبكة المعلومات الدولية، من جانب أشخاص متواجدين في دولة أو دول مختلفة بقبول يمكن التعبير عنه من خلال ذات الوسائط بإتمام العقد"⁶.

¹ - إبراهيم عبد العزيز داود، المرجع السابق، ص 36.

² - أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات - مصادر الالتزام-، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص 47.

³ - محمد أمين الرومي، التعاقد عبر الأنترنت، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2004، ص 49.

⁴ - فادي محمد عماد الدين توكل، عقد التجارة الإلكترونية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص 35. 36.

⁵ - إلياس ناصيف، العقود الدولية "العقود الإلكترونية في القانون المقارن"، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص 36.

⁶ - أحمد عبد الكريم سلامة، الأنترنت والقانون الدولي الخاص، فراق أم تلاق، بحث مقدم لمؤتمر القانون والكمبيوتر والأنترنت، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، المجلد الأول، الطبعة الثالثة، 2004، ص 57.

حاول القانون النموذجي للتجارة الالكترونية المعد من طرف لجنة القانون التجاري الدولي المسماة بالاونسترال¹، عرفت المادة الثانية الفقرة الأولى من قانون الاونسترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية² مصطلح رسالة البيانات المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استخدامها أو تخزينها بوسائل الكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الالكترونية، أو البريد الالكتروني، أو البرق، أو التلكس، النسخ البرقي " .

كما عرفته نفس المادة في شقها الثاني من نفس القانون مصطلح تبادل البيانات الالكترونية كما يلي " يراد به نقل المعلومات الكترونيا من حاسوب إلى حاسوب آخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات " .

من خلال هذه المادة فإن العقد الالكتروني هو العقد الذي يتم التعبير عن الإرادة فيه بين المتعاقدين باستخدام الوسائل المحدد وهي :

- نقل المعطيات من كومبيوتر آخر وفقا نظام عرض موحد.
- النقل للنصوص باستخدام الأنترنيت، أو تقنيات أخرى كالتلكس والفاكس .

يتضح من قانون الاونسترال النموذجي المتعلق بالتجارة الالكترونية قد وسع في الوسائل التي يتم فيها إبرام العقد الإلكتروني، إضافة على أنه يتم عن طريق شبكة الأنترنيت فهناك وسائل أخرى كالتلكس والفاكس، ويبقى التعريف مفتوحا ليستوعب التطورات التقنية المستحدثة في التجارة الالكترونية.

وعليه فإن مفهوم العقد الالكتروني في هذا القانون هو مفهوم قديم، جديد ومتجدد³. وقد عرف التوجيه الأوربي الصادر في 20 ماي 1997، المتعلق بحماية المستهلكين في مجال العقود عن بعد في المادة الثانية منه العقد عن بعد بأنه " أي عقد متعلق بالسلع والخدمات يتم بين مورد ومستهلك من خلال الإطار التنظيمي الخاص بالبيع عن بعد، أو تقديم الخدمات التي ينظمها المورد، والذي يتم باستخدام واحدة أو أكثر من وسائل الاتصال الالكترونية حتى إتمام العقد.

¹ - الاونسترال هي لجنة القانون التجاري الدولي تم إنشاؤها بموجب القرار رقم 2205 المؤرخ في 17/12/1966، تتكون اللجنة من 60 دولة، تنتخبها الجمعية العامة وأنشئت بهدف تعزيز المواءمة والتوحيد التدريجين لقانون التجارة الدولية .

² - صدر هذا القانون عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في 12/06/1996، وتم إقراره بناء على التوصية رقم 162/51 الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في 12/06/1996 وهو يتكون من 17 مادة .

³ - ارجيلوس رحاب، الإطار القانوني للعقد الالكتروني، أطروحة دكتوراه، الطور الثالث، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة أحمد دراية، أدرار، 2017-2018، ص 13 .

الملاحظ من هذا التعريف إن التوجيه الأوربي لم يعمد بإعطاء تعريف للعقد الإلكتروني وإنما أشار إلى تعريف العقد عن بعد، وما هو متعارف عليه أن العقد الإلكتروني ينتمي إلى طائفة العقود التي تبرم عن بعد، كما أن هذا التعريف قد حصر العقود التي تبرم عن بعد بعقود الاستهلاك وأنه لا يعط تصور عام عن العقد الإلكتروني، إذ لا يشمل العقود التي تبرم خارج نطاق البضائع والخدمات¹.

أما المشرع الجزائري فقد أعطى تعريف للعقد الإلكتروني في المادة 6 من القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية بأنه ". . . العقد الذي يتم إبرامه عن بعد من دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه باللجوء حصريا لتقنية الاتصال الإلكتروني"²، وهو نفس التعريف الذي جاء به المشرع الفرنسي في المادة 1/221 من قانون الاستهلاك الفرنسي³.

وعليه فإن العقد الإلكتروني هو نوع من أنواع عقود الإذعان له دورا في استتماله الطرف لآخر ودفعه إلى الإذعان⁴ الذي يقوم على خرق مبدأ سلطان الإرادة لأنه لا يقبل المناقشة ويقوم أساسا على فرض مجموعة من الشروط إما أن يأخذها كاملة أو تترك كاملة⁵، ويدعم هذا الجانب رأيه بأن الطرف المتعاقد في العقد الإلكتروني ليس له أي اعتبار سوى الموافقة على الشروط المعروضة عليه عن طريق وسيلة الاتصال المستعملة في إبرام العقد دون مناقشة الطرف الثاني⁶.

كما أن العقد الإلكتروني يتشابه مع عقد الإذعان في كونه عقد نمطي معد مسبقا من أحد طرفي العقد الذي يستقبل وينفرد بفرض شروطه وبنوده حيث يقتصر دور الطرف الثاني بقبول الشروط فقط، وبذلك فإن المفاوضات والمساومة معدومة فيه⁷ فتمت تعلق العقد الإلكتروني محله أو موضوعه بسلعة أو خدمة تعتبر من الضروريات التي لا يمكنه الاستغناء عنها، ومتى كان هذا العقد يحتوي على علاقة بين مستهلك لسلعة ومحتكر لتوزيعها بحيث لا يمكن للمستهلك أن يناقش بنود العقد، فكان العقد الإلكتروني في هذه الحالة عقد إذعان⁸.

¹ - مصطفى موسى العجارمة، التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الانترنت، دار الكتب القانوني، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2010، ص 56.

² - قانون رقم 18-05، مؤرخ في 10/05/2018، يتعلق بالتجارة الإلكترونية، الجريدة الرسمية العدد 28، الصادرة في 16/05/2018.

- قانون الاستهلاك الفرنسي رقم 93-949، الصادر في 26/07/1993 . 3

⁴ - عبد الفضيل محمد أحمد، الإعلان عن المنتجات والخدمات من الوجهة القانونية، المطبعة العربية الحديثة، القاهرة، 1991، ص 05-22-24-40-28.

- عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، شرح القانون المدني، الجزء 2، دار الفكر، بيروت، 1998، ص 281. ⁵

⁶ - صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص 25.

⁷ - عجالي بخالد، النظام القانوني للعقد الإلكتروني في التشريع الجزائري "دراسة مقارنة"، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013-2014، ص 56.

⁸ - أرجيلوس رحاب، مرجع سابق، ص 20.

جل ما يمكن قوله أن التوازن العقدي الذي كان يشكل قوام المفهوم التقليدي لأي عقد قد أصبح أمرا مفقودا في الوقت الراهن في العقد الإلكتروني لاسيما أن التعاقد الإلكتروني بيد شركات تعتبر قوة اقتصادية ومالية هي الطرف المهيمن في العقد، فتقوم بصياغة عقود نموذجية تحتوي على شروط مدروسة من طرفها ومعدة مسبقا من طرف خبراء يعملون على استغلال الثغرات القانونية وتحرير عقود وفق صيغ تهدف لاستمالة الطرف الضعيف ودفعه للإذعان عن طريق الضغط على الأيقونة الخاصة بالموافقة الموجودة على صفحة الموقع¹.

المبحث الثاني: اثر البيئة الرقمية على إبرام العقد الإلكتروني

تتبنى فكرة العقد شريعة المتعاقدين على أسس ثلاثة، أول هذه الأسس ذو طابع قانوني يتمثل في احترام مبدأ سلطان الإرادة باعتباره الركيزة الأساسية لمختلف التصرفات القانونية وثاني هذه الأسس ذو طابع أخلاقي وديني يتمثل في احترام العهود والمواثيق، وثالث هذه الأسس ذو طابع اجتماعي واقتصادي يترجمه وجوب استقرار المعاملات التي يتحتم أن يسود في كل مجتمع راقي ومنظم. فإذا احتوى العقد على بنود تخل بالتوازن العقدي بين طرفي العقد فهي دلالة واضحة على عدم التقيد بمبادئ العقد عموما، وعلى تجاوز الطرف القوي الحقوق الممنوحة وإساءة استعمالها واستئثاره بحقوق الطرف الضعيف، مما يجعل تنفيذ العقد المبرم تعترضه صعوبات وعوائق.

المطلب الأول: اختلال التوازن العقدي الإلكتروني

لطالما اعتبر التراضي أهم ركن يقوم عليه العقد أيا كان طبيعته حيث كرس المشرع الجزائري مبدأ سلطان الإرادة في القانون المدني، وجعل المتعاقدان حران في تحديد محتوى العقد والالتزامات التعاقدية² حيث يتوجب أن يكون صحيح خالي من عيوب الإرادة ليتحقق الهدف من التعاقد شرط عدم تجاوز الأحكام المتعلقة بالنظام العام والآداب العامة³.

إلا أن الملاحظ أن سلطان الإرادة يتم تجاوزه في العقود الإلكترونية فيعتري هذا العقد بعض العوارض التي تشوب أركانه فتجعل التنفيذ تعترضه صعوبات وعوائق لا دخل للمتعاقد الضعيف فيها، فهذه الخصوصية للعقد الإلكتروني فرضت على المشرع التدخل لمراقبة شروط العقد واتخاذ المبادرة من أجل ضمان إحقاق التوازن النسبي للعلاقات التعاقدية وتحقيقا للمصلحة العامة من خلال تشريعات خاصة.

¹ - سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الأنترنت، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، 2008، ص 73.

² - J. Bendedouch, déclaration de volonté et formation du contrat en Algérie, revue algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques, 1981, p12.

³ - On ne peut déroger par la convention particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs

وترتب على ذلك أن أي مساس بفكرة الثقة وحسن النية يدعو لتصدي بكل المؤيدات القانونية، إذ أصبح تطبيق القواعد الحمائية التي سنها المشرع وتكفل بوضعها تعكس الدور المحوري في حماية الطرف المذعن بدءا بالدستور .

إن التطور الاقتصادي والتكنولوجي قد ألقيا بظلالهما على الفكر القانوني لاسيما في مجال العقود والإنتاج الكبير للسلع والخدمات والتقدم الصناعي والتكنولوجي، هذا التطور قد أثر في المبادئ التعاقدية التي استقر عليها الفقه والقانون والتي تبلورت في ظل مبدأ سلطان الإرادة فتعرضت لعدة تغييرات لاسيما في مجال الحرية التعاقدية والمفاوضات والمنافسة بين أطراف العقد.

وهو ما قاد إلى اختلال مبدأ المساواة العقدية الذي انعكس على ظهور الشروط التعسفية وحالات الإذعان في العقود الإلكترونية باعتبارها عقود نموذجية محررة مسبقا وبصفة انفرادية، والتي تخضع لإذعان الطرف الضعيف ورضوخه دون إمكانية مناقشتها أو تعديلها¹

لقد لحق مفهوم العقد وتكوينه مجموعة من التغييرات الجذرية فبعد ما كان مبدأ سلطان الإرادة الحاكم الأول في العقد أصبحت المصلحة الاقتصادية المؤشر والموجه للمعاملة القانونية، وبالرغم من تنظيم المشرع لنصوص الحامية لمصلحة الطرف الضعيف إلا أننا نجد أن هذه النصوص يطبعها البساطة وعدم القدرة على مواكبة ما استجد.

الأصل أن يكون طرفي التعاقد على قدم المساواة وأن تتحقق لهما الحرية الكاملة في مناقشة بنود العقد لكن قد يحدث وأن ينفرد أحد الطرفين بما له من قوة اقتصادية ويفرض على الطرف الآخر الرضوخ لشروط العقد الإلكتروني المقيدة مسبقا وفق نمط نموذجي، فلا يكون أمام الأخير إلا قبول التعاقد على هذا النحو أو رفض التعاقد مطلقا لكن ليس له أن يناقش هذا ما يسمى التعاقد بطريق الإذعان، أي خضوع الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية للطرف القوي .

إن الإيجاب وحده لا يكفي لإبرام العقد وإنما لا بد له صدور القبول من الطرف الثاني الذي يعبر عن الموافقة على إبرام العقد بعد تلقي الإيجاب، والقبول في العقود الإلكترونية لا يختلف عن نظيره في العقود التقليدية لأن غاية كل منهما إبرام العقد وترتيب آثاره.

ولما كان العقد الذي يتم في إطار المعاملات الإلكترونية يختلف عن نظيره في العقود التقليدية نظرا لكونه يتعامل مع وسيط إلكتروني بواسطة برنامج الحاسوب المبرمج مسبقا من خلال العقد النموذجي

¹-محفوظ لعشب، المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص 122-123.

المعد مسبقا من طرف المورد الإلكتروني والقبول فيه يتحقق بموافقة الطرف الضعيف على الشروط أو على النماذج التي فرضها الطرف القوي بمجرد الضغط على أيقونة خاصة بالموقع على شكل كلمة موافق من دون وجود بيانات تأثر في حرية الاختيار وتوجهها¹.

ونظرا لهذه الخصوصية التي يتميز بها العقد الإلكتروني والذي يتم بين طرفين غير متكافئين من حيث الخبرات الفنية والقانونية والاقتصادية فضلا على عدم اتحاد مجلس العقد للتمكن من المعاينة المادية للمنتج، فقد حاولت جل التشريعات ومنها التشريع الجزائري توفير حماية خاصة للطرف الأقل خبرة من الناحية الفنية والاقتصادية التخفيف من غلوها عن طريق تعديل الشروط التعسفية أو إعفاء الطرف المذعن منها² من أجل الاستقرار النسبي للعقود والمعاملات الإلكترونية.

ووفقا لذلك فقد وضع المشرع الجزائري في عقد الإذعان أساليب تهدف إلى لحماية الطرف الضعيف فيها، وهي أن تسري على عقود الإذعان قاعدة أن للقاضي الحق في أن يقوم بتعديل شروط العقد، كما يمكنه أن يعفي المذعن سواء كان دائن أو مدين.

ضف إلى ذلك بأن الشك يفسر لمصلحة الطرف الضعيف وهو المذعن وهذا ما نصت عليه المادة 112 من القانون المدني الجزائري، ويلاحظ على هذا النص أن عقد الإذعان ينعدم فيه المناقشة المسبقة على شروط التعاقد، فدور المتعاقد يقتصر على قبول شروط العقد فتبين بان الإرادتين غير متساويتين حيث تملي إحداها شروطها والثانية تدعن³.

المطلب الثاني: وسائل مواجهة اختلال التوازن العقدي الإلكتروني

في إطار مواجهة القوة الاقتصادية التي تكتسح العقود الإلكترونية تعد الرقابة من أنجع الأنظمة التي ينجر من ورائها عملية المتابعة المستمرة لكون المستهلك الضعيف الطرف الأضعف إذ لا يحق له التفاوض مقارنة مع المورد الإلكتروني الذي يضع شروطا العقد مسبقا

ذلك أن التطور جعل من العقود الإلكترونية تفقد تدريجيا خصائصها الأساسية نظرا لوجود نموذج عقد معد مسبقا من طرف صاحب الموقع فله إما القبول أو الرفض بالضغط على أيقونة القبول الموجودة في آخر الموقع أو الصفحة مهددة بذلك مستهلكها⁴.

¹ أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكترونيين دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية مصر، ط 2008، ص 161.

² أمجد محمد منصور، المرجع السابق، ص 76.

³ فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2015، ص 52.

⁴ موالك بختة، الحماية الجنائية للمستهلك في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، العدد 02، الجزائر، 2015، ص 199.

إن هذا الخلل أدى إلى توافر صفة الإذعان غير أن هذه التحديات الاقتصادية أصبحت ظاهرة لا يمكن غض الطرف عن معالجتها فاستلزمت توافر الحماية القانونية للأطراف الضعيفة بشكل ينسجم مع المنهجية السائدة والتي تسلب مختلف أوجه اختلال التوازن العقدي، إذ تعتبر الحماية صمام أمان كبير لتحقيق التوازن بين هيمنة وسطوة الأقوياء وبين حاجة وضعف المذعنين. بهدف التأكد من أن عقود الالكترونية تتفق وتتطابق مع تلك المواصفات الموضوعية لها سلفاً¹.

إن الأحكام الخاصة المتعلقة بالشروط التعسفية لم تظهر إلا سنة 2004 بصور القانون 04-202² المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، وقبل ذلك لم تكن هناك نصوص خاصة بالشروط التعسفية في التشريع الجزائري غير تلك المنصوص عليها في القانون المدني بنص المادة 110، على أنه إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروط تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها³، ليرتك للقاضي الموضوع سلطة مطلقة في قياس مدى التعسف والإجحاف ليقضي بتعديل الشرط أو إعفاء الطرف المذعن منه.

وخروجاً عن هذه القاعدة وبحجة توفير الحماية للطرف المذعن في عقود الإذعان تم اعتراف القانون بسلطة استثنائية للقاضي بموجب نص المادة 110 من القانون المدني الجزائري.

تتيح المادة 110 من القانون المدني الجزائري للقاضي تجاوز الدور السابق إلى إهدار الشروط الواردة في العقد وتعديلها إذا تبين له أنها تعسفية بغية إعادة التوازن بين المتعاقدين، فأجاز المشرع بموجب نص المادة اللجوء للقضاء طلباً لتعديل في عقد الإذعان على نحو تقتضي به العدالة⁴.

ففي مقابل ما يحظى به المحترف من خبرة ونفوذ اقتصادي تؤهله بأن يكون على دراية وإطلاع بمزايا التقدم العلمي مما يجعله في مركز قوة كان لا بد من إحاطة الطرف الضعيف بضمانات قانونية تتفق مع طبيعة العقد الاقتصادي وتضمن الحفاظ على توازنه⁵، ويمكن أن تصاغ هذه الحماية للطرف المذعن من خلال الحد من الاختلالات العقدية، ذلك أن خضوع الطرف الضعيف وعدم القدرة على المنافسة يعد

¹ - جابر محجوب علي، ضمان سلامة المستهلك من أضرار المنتجات الصناعية المبيعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص 309.

² - القانون 04-202 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، السابق الذكر.

³ - محي الدين عواطف، أحكام الشروط التعسفية حماية المستهلك وإعادة التوازن العقدي، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن، العدد 01، جامعة سيدي بلعباس، 2018، ص 13.

⁴ - بغدادي مولود، ال حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد الإستهلاك، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر بن عكنون، 2015/2014، ص 60.

⁵ - جامع مليكة، حق العدول عن العقد كآلية مستحدثة لحماية المستهلك الإلكتروني، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، العدد 1، جامعة غرداية،

2020، ص 451.

ميررا كافيا للخروج عن حكم المبادئ العامة السابق ذكرها في العقود الاقتصادية المنطوية على الإذعان¹.

خاتمة:

لقد دفعت ثورة المعلومات وانتشار استخدام شبكات الاتصال في إقرار واقع مواكبة التطور الهائل بعد أن تحولت أسواق العالم إلى أسواق واسعة النطاق يلتقي فيها الأطراف المتعاقدون عن بعد فهو يرتبط ارتباط وثيقا بالتجارة الإلكترونية، وهو لا يختلف في أساسياته عن العقد التقليدي غير أنه بالنظر إلى أنه يتم بتقنيات حديثة فإنه يتسم بخصوصياته ويستلزم تنظيم خاص به فيخرج بعض الشيء عن نطاق أحكام تنظيم العقود التقليدية كون التعاقد يتم عن بعد وما يترتب على ذلك من إنشاء مواقع وهمية، دعاية مضللة، مغالطات علمية تصب كلها في استمالة الطرف الضعيف ودفعه للإذعان فحاولنا إسقاط مفهوم الإذعان على العقد الإلكتروني وقد كانت أهم النتائج المتوصل إليها:

- إن المفهوم الحديث للإذعان يكفل توفير الحماية للمستهلك الإلكتروني من المخاطر بحكم انطباقه على واقع العقد الإلكتروني تمام الانطباق.
- إن العقود الإلكترونية لا تختلف عن العقود التقليدية إلا من حيث وسائل إبرامها التي تعتمد على الاتصالات الإلكترونية وهو ما جعل فكرة الإذعان في العقد الإلكتروني تختلف عن الإذعان في العقد التقليدي لكون شرط الاحتكار لا محل له في المعاملات الإلكترونية وذلك لكثرة الشركات والعروض التي تقدمها شبكة الأنترنت.
- يحتاج المستهلك الإلكتروني باعتباره الطرف الأضعف إلى حماية أكثر من المورد الإلكتروني لكون خصوصية العقد الإلكتروني التي تؤثر في الاشتراطات القانونية وهو ما أدى إلى صدور قانون التجارة الإلكترونية لتراعي جميع خصوصيات التعاقد الإلكتروني .
- أصبح التعاقد الإلكتروني يستخدم من طرف القوى الاقتصادية الخاصة لفرض هيمنتها وسيطرتها وفرض قواعدها عوض القواعد القانونية المكتملة وأصبح لها بموجب ذلك سلطة خاصة بها تضاهي القانون.

¹ - الشريف بحماوي، سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية دراسة مقارنة-، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد 02، جامعة باتنة،

وبناء على ذلك نقتح التوصيات التالية:

- ضرورة اتساع مفهوم الحماية القانونية لأنها الملاذ الوحيد للمستهلك الإلكتروني في العقد الإلكتروني.
- ضرورة تضمين جزاءات في حالة وجود تعسف في الشروط الواجب توافرها في العرض الإلكتروني على شكل العقد النموذجي المعد مسبقاً.
- يجب تطويع النظرية التقليدية حتى تتكيف مع طبيعة هذا النوع من العقود لأنها لا توفر الحماية الكافية من الإذعان في العقد الإلكتروني.
- إن خصوصية العقد الإلكتروني تؤثر في الاشتراطات القانونية التقليدية فضلاً على تعاقد المستهلك الإلكتروني مع وكيل إلكتروني مبرمج مسبقاً، الأمر الذي يستدعي تكيف العلاقة القانونية بين الأصيل والوسيط .
- ضرورة إعادة مراجعة قانون التجارة الإلكترونية مستقبلاً لإعطاء أفضلية للمستهلك الإلكتروني من حيث الحماية كونه الطرف الأضعف.