الإذعان في عقود التجارة الإلكترونية

Adhesion in E-commerce contracts

أمال بوهنتالة

جامعة باتنة1 (الجزائر)، ameluniv droit@yahoo.fr

تاريخ الاستلام: 2020/09/17 تاريخ القبول: 2021/01/05 تاريخ النشر: 2021/06/08

الملخص:

مع التطور الهائل لشبكة الانترنت أصبح موضوع حماية المستهلك الإلكتروني يثير الكثير من الجدل، وقد بدأت الحاجة لحماية المستهلك في السوق الالكترونية في ظل اختلال التوازن العقدي بين المستهلك والمحترف. فالمبدأ العام في العلاقات التعاقدية هو التراضي، إلا أن تطور الأوضاع الاقتصادية والتفاوت في المراكز المالية بين هذه الأطراف، دفع أحدهم لإملاء شروطه على الطرف الآخر دون مناقشته، وهذا النوع من العقود أطلق عليها اصطلاح عقود الإذعان.

كلمات المفتاحية: المستهلك الالكتروني- العقد الالكتروني- التوازن العقدي -عقد الإذعان - الأنترنت

Abstract:

With the huge development of the internet, the matter of protecting the electronic consumer is raising a lot of controversy, as the need to protect the consumer in the electronic market began in light of the imbalance of contracts between the consumer and the professional. The general principle in contractual relations is mutual consent but the development of economic conditions and the disparity in the financial positions between these parties prompted one of them to dictate his terms on the other party without discussing them, and this type of contracts is called the contract of adhesion.

Key words: Electronic consumer; Electronic contract; Contract balance; Contract of adhesion; The internet

المؤلف المرسل: أمال بوهنتالة، **الإيميل:** ameluniv droit@yahoo.fr

1. مقدمة :

إن التجارة الإلكترونية هي ثمرة التقدم الهائل والمتسارع في تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، فازدهار التجارة الالكترونية ونموها يتوقف على مدى وضوح النظام القانوني للتجارة الالكترونية وقدرته على توفير الثقة للمتعاملين به بصفة عامة، وللمستهلك بصفة خاصة، فالتعاقد الالكتروني هو ميدان تتعدد فيه وسائل الغش والخداع، لذلك يجب حماية المستهلك في نطاق هذا التعاقد.

فالتجارة الإلكترونية تعد بمثابة سوق إلكتروني يتقابل فيه الموردون والمستهلكون وتقدم فيه المنتجات بصورة رقمية أو افتراضية ويتم دفع ثمنها بالنقود الإلكترونية، لذا أصبحت التجارة الالكترونية واسعة النطاق فهي تشمل تبادل السلع والخدمات بين التجار والشركات التجارية فيما بينها ويطلق على هذا النوع (B to B) اختصارا ل Business to Business. كما تشمل التعامل بين التجار والشركات ممن يحترفون النشاط التجاري وبين المستهلكين الذين يتحدد هدفهم في الحصول على السلعة لأغراض شخصية و يطلق عليه (B to C) اختصارا ل Business to Consumer (موفق حماد عبد، 2011، ص26)

وما يميز التجارة الإلكترونية هو تحقيق الاقتصاد في التكاليف والوقت والجهد عند انجاز العملية التجارية، إيجاد وسائل اتجار توافق عصر المعلومات الحديث عن طريق خلق أنماط مستحدثة من وسائل إدارة النشاط التجاري، كالبيع عبر الوسائل الالكترونية، والتجارة الالكترونية بين قطاعات الأعمال، كذلك الدخول إلى الأسواق العالمية، وكسر قيود الحدود الجغرافية، وجعل العالم عبارة عن سوق مفتوح أمام المستهلك بغض النظر عن الموقع الجغرافي للبائع أو المشتري، بالإضافة إلى تلبية خيارات المستهلك بيسر وسهولة، بتمكينه من معرفة الأصناف والأسعار، وتقييم المنتج موضوع الشراء من حيث مدى تلبيته لرغبة وخيارات المشتري، وهذا طبعا يتحقق بفضل إمكانية عرض أفضل الخدمات وأجود البضائع، وتفهم احتياجات العملاء وبذل الجهود لإشباع رغباتهم (رباحي أحمد، 2013، ص89).

وعرف المشرع الجزائري التجارة الإلكترونية في المادة 01/06 من قانون التجارة الالكترونية على أنها:" النشاط الذي يقوم بموجبه مورد إلكتروني باقتراح أو ضمان توفير سلع وخدمات عن بعد لمستهلك إلكتروني، عن طريق الاتصالات الالكترونية".(قانون رقم 05/18 مؤرخ في 10 مايو 2018 يتعلق بالتجارة الالكترونية جريدة رسمية العدد 28 المؤرخة في 16 مايو 2018).

وعلى الرغم من المزايا التي توفرها التجارة الإلكترونية للمستهلك، فإنه من الواجب أن يؤخذ في عين الاعتبار أن العقود التي يبرمها المستهلك في إطارها تتم عادة بين طرفين لا يجمعهما مجلس واحد بل تفصلهما مناطق جغرافية متباعدة، أي تفتقر إلى الحضور المادي للمتعاقدين، بل قد يغيب العنصر البشري تماما وتتراسل الأجهزة الالكترونية فيما بينها تلقائيا ويتم تبادل التعابير الإرادية وفقا للبرامج الحاسوبية المعدة لهذا الغرض مسبقا. فيكون من الصعب على المستهلك البسيط الذي يفتقر إلى الخبرة القانونية والفنية اللازمة أن يحكم على المنتج محل التعاقد أو أن يتحقق من شخصية المتعاقد معه عبر الشبكة أو أن يجري تجربة حقيقية على السلعة أو التحقق من مدى صلاحيتها (آمانج رحيم أحمد، 2010، ص 57).

فالمبدأ العام في العلاقات التعاقدية هو التراضي، إلا أن تطور الأوضاع الاقتصادية والتفاوت في المراكز المالية بين هذه الأطراف، دفع أحدهم لإملاء شروطه على الطرف الآخر دون مناقشته، وهذا النوع من العقود أطلق عليها اصطلاح عقود الإذعان، وهو ما تناولته المبادئ القانونية التقليدية (زياد ابراهيم النجار، 2017، ص 173).

من خلال ما تقدم يمكن طرح الإشكالية التالية: هل عقود التجارة الإلكترونية تقوم على أساس تراضي الأطراف أم أنها تعتبر عقود إذعان؟ وللإجابة على هذه الإشكالية تم تقسيم هذه الورقة البحثية إلى:

- مفهوم عقود التجارة الإلكترونية وعقود الإذعان
- الطبيعة القانونية لعقود التجارة الإلكترونية
- سلطة القاضي المدني في تكييف عقد الإذعان.

2. مفهوم عقود التجارة الإلكترونية وعقود الإذعان:

قبل تحديد الطبيعة القانونية لعقود التجارة الإلكترونية هل هي عقود إذعان أم عقود تتم على أساس التراضي يتوجب علينا أولا تحديد مفهوم عقود التجارة الإلكترونية ومفهوم عقود الإذعان.

1.2 مفهوم عقود التجارة الإلكترونية:

تعد التجارة الإلكترونية أحد مظاهر التحول الكوني الذي شمل كلا من المجالات السياسية، الاقتصادية، القانونية والثقافية، والتي تعني جميع المعاملات التجارية التي تتم عبر الوسائط الالكترونية وهي لا تختلف في جوهرها كثيرا عن التجارة بصفة عامة من حيث

مضمونها أو محترفوها، أما وجه الخصوصية فيها فيتمثل في الحقيقة في وسائل مباشرتها وبصفة خاصة الطريقة التي تنعقد فيها العقود وطريقة تنفيذها، ومن ثم يمكن تعريف التجارة الالكترونية بأنها جميع الأنشطة التجارية التي تتم باستخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات وباستخدام التبادل الالكتروني للبيانات لإبرام وتنفيذ العمليات التجارية سواء تمت على المستوى المحلي أم الدولي(موفق حماد عبد، 2011، ص 22، 23).

وقبل تعريف إعطاء تعريف لعقود التجارة الإلكترونية في التشريع الجزائري لابأس أن نعطي بعض التعريفات التي جاءت بها التشريعات المقارنة، ففي فرنسا شكلت لجنة خاصة برئاسة وزير الاقتصاد حيث عرفت التجارة الإلكترونية بأنها:" مجموعة المعاملات الرقمية المرتبطة بأنشطة تجارية بين المشروعات ببعضها البعض وبين المشروعات والأفراد وبين المشروعات والإدارة"، فهذا التعريف يشمل العقود التي تبرم بين المشروعات فيما بينها، كعلاقة شركة بأخرى وعلاقة المشروعات بالأفراد، وكذا العقود التجارية التي تكون الإدارة طرفا فيها، موسعا من دائرة الوسيلة التي تبرم بها، وجعلتها تشمل كل الوسائل الرقمية (عبد الله شعت، 2017، ص63).

كما أوردت بعض التشريعات العربية المنظمة للتجارة الإلكترونية، تعريفات للعقد الإلكتروني، فقد عرف التشريع الأردني للمعاملات الالكترونية في مادته الثانية العقد الإلكتروني بأنه" الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل إلكترونية كليا أو جزئيا"، كما عرفه مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري في مادته الأولى بأنه:" كل عقد تصدر فيه إرادة أحد الطرفين أو كليهما أو يتم التفاوض بشأنه أو تبادل وثائقه كليا أو جزئيا عبر وسيط إلكتروني" (هادي مسلم يونس البشكاني، 2009، ص143).

وعرف قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي الصادر في 11 أوت 2000 المبادلات الالكترونية على أنها:" المبادلات التي تتم باستعمال الوثائق الإلكترونية"، وعرف التجارة الالكترونية بأنها:" العمليات التجارية التي تتم عبر المبادلات الالكترونية"، والمبادلات تعني مبادلة سلع بمال أو خدمة بمال عن طريق وسيط إلكتروني، أو وثيقة إلكترونية (عبد الله شعت، 2017، ص63)

وبالرجوع إل المشرع الجزائري نجد أنه عرف العقد الإلكتروني في المادة 2/06 من القانون رقم 05/18 يتعلق بالتجارة الإلكترونية بأنه:" العقد بمفهوم القانون 04-02 المؤرخ

في 5 جمادي الأولى 1425 الموافق 23 يونيو سنة 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية ويتم ابرامه عن بعد دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه باللجوء حصريا لتقنية الاتصال الإلكتروني"، وحسب المادة 4/3 من القانون 02/04 المعدل والمتمم فإنها عرفت العقد على أنه:" كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه..."، وعليه من خلال المادتين يمكن أن نعرف العقد الإلكتروني على أنه ذلك الاتفاق الذي يهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة يتم ابرامه بوسائل إلكترونية.

من خلال ما سبق يمكن أن نستنتج أن مجموعة من الخصائص للعقود الإلكترونية حيث يتم العقد دون وجود مجلس للعقد بالمعنى القانوني التقليدي له إلا أنه في حال التعاقد الالكتروني بواسطة البريد الإلكتروني فقد تدور مفاوضات عن طري تبادل للرسائل الالكترونية إلى غاية تطابق الايجاب والقبول وفي بعض العلاقات التعاقدية الالكترونية قد يغيب العنصر البشري بصفة نهائية بحيث يتم التراسل بين الأجهزة للطرفين كما هو الحال بالنسبة للبرامج التي تضعها بعض الشركات على أجهزتها يتم من خلالها جرد المخزون وتوجيه أوامر الشراء وتنفيذها وإرسال فواتير البيع دون تدخل العنصر البشري (نور الدين يوسفي، 2016، ص 126).

2.2 مفهوم عقود الإذعان

نشأ عقد الإذعان أو (عقد الانضمام) نتيجة التطور الاقتصادي خاصة بعد الثورة الصناعية واحتكار انتاج بعض السلع والخدمات من طرف بعض المؤسسات العامة أو الخاصة، وكذلك انتهاج بعض الدول النظام الاشتراكي ومن بينها الجزائر فكانت الدولة محتكرة لكثير من القطاعات، غير أن مفهوم الاحتكار تطور ولم يعد يخص الشركات الكبرى فقط، وكذلك استخدام عقود الإذعان كوسيلة لتسهيل تعامل المهنيين مع المستهلكين نتيجة الإنتاج الكبير، وما استتبع ذلك من قيام مؤسسات خاصة وعامة ذات طابع صناعي وتجاري، حيث أصبحت تتمتع باحتكار قانوني أو فعلي لسلعة أو خدمة تعتبر من ضروريات الحياة العصرية بالنسبة للمستهلك، وبالتالي استطاعت تلك المؤسسات القوية نتيجة لسلطتها أن تملي إرادتها وشروطها المعدة مسبقا على الراغبين في التعاقد معها دون

أن يملكوا مناقشة هذه الشروط، فليس أمامها سوى الإذعان للطرف المحتكر والموافقة على شروطه دون مناقشة مما أدى بالاجتهاد الفقهي في منتصف القرن العشرين إلى محاولة إيجاد حلول ملائمة لحماية الطرف الضعيف في العقد وتوجيه القضاء إلى إيجاد حلول، مما انعكس على التشريع فيما بعد وتضاعف توسع عقد الإذعان، حيث أصبح التفاوض لا يمثل سوى المرحلة التي تسبق العقد دون أن تتدخل إرادة الطرفين في تحديد شروط انعقاد العقد والآثار المترتبة عليه.(يمينة بليمان، 2019، ص101، 102).

أغلبية العقود التي تبرم عبر شبكة الانترنت تتم عادة من خلال عقود نموذجية تظهر في الموقع الالكتروني للبائع على شكل استمارة نموذجية إلكترونية، تتضمن تفاصيل التعاقد وتتوجه بشروط مماثلة إلى الجمهور على وجه الدوام ولا تقبل المناقشة أو التعديل، وهنا يظهر ضعف الطرف المستهلك بمجرد إعداد العقد مسبقا من قبل المحترف الذي عادة يكون متمتعا بالخبرة الكافية في تحديد الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد بالصورة التي تحقق مصلحته، حيث غالبا ما يتضمن العقد شروطا تعسفية لا يسمح للطرف المستهلك بالمناقشة فيها من زاوية أن الطرف المحترف هو الطرف الأقوى الذي يملك آليات إدارة السوق الالكترونية وبما يتمتع به من مركز اقتصادي ومعلوماتي قوي يسهل عليه التوجه بالمستهلك إلى التعاقد (آمانج رحيم، 2010، ص58).

فعقود الإذعان ظهرت نتيجة احتكار بعض المرافق الهامة، سواء احتكارا فعليا أو قانونيا، على غرار خدمة الكهرباء والغاز والاتصالات، التي تبرم العقود بشأنها على شكل نماذج موحدة معدة مسبقا، وما على الجمهور الراغب في التعاقد إما أن يقبلها جملة أو يرفضها جملة، فلا مجال للمساومة والمناقشة بصدد التعامل فيها. (عيلام رشيدة، 2018، ص 256)

وسبب ظهور عقود الإذعان يرجع إلى التطور الاقتصادي الحديث الذي اتجه نحو أسلوب الإنتاج الضخم وما استتبع ذلك من قيام شركات ضخمة ومؤسسات تتمتع باحتكار قانوني أو فعلي للسلعة أو خدمة ضرورية للمستهلك، بحيث استطاعت تلك الوحدات الإنتاجية القوية نتيجة لسلطتها الاحتكارية أن تملي إرادتها وشروطها المعدة مسبقا على الراغبين في التعاقد معها دون أن يملكوا مناقشة هذه الشروط، فليس أمامهم سوى الإذعان للطرف المحتكر والرضا بشروطه، فرضا القابل هنا موجود ولكنه مكرها عليه، غير أن هذا

الإكراه لا يعد بمثابة الاكراه المتعارف عليه في عيوب الرضا بل هو إكراه مرتبط بعوامل اقتصادية أكثر من اتصاله بعوامل نفسية(أمال بوهنتالة، سلوى قداش، 2017، ص250).

إن عقد الإذعان يتم صياغته عن طريق وضع شروطه بطريقة مسبقة ولا يكون للمستهلك أي تأثير على محتواه، وقد عرف الفقه التقليدي عقد الإذعان بأنه العقد الذي يسلم فيه أحد الطرفين بشروط مقررة يضعها الطرف الآخر ولا يسمح بمناقشتها، وذلك فيما يتعلق بسلع ومرافق ضرورية، تكون محل احتكار قانوني أو فعلي، أو تكون المنافسة محدودة النطاق بشأنها، أما الفقه الحديث فيعرف عقد الإذعان بأنه عقد يحقق محتواه كليا أو جزئيا، وبطريقة مجردة وعامة قبل الفترة التعاقدية. (كوثر سعيد عدنان خالد، سميحة مصطفى القليوبي، 2016، ص506،505).

كما عرف عقد الإذعان أيضا على أنه العقد الذي يتحدد مضمونه العقدي كليا أو جزئيا، بصورة مجردة وعامة قبل الفترة التعاقدية، هذا وغيرت المبادئ القانونية المعاصرة من مفهوم عقود الإذعان، فالمبادئ التقليدية تشترط ليعتبر العقد إذعانا أن يكون هناك احتكار للسلعة أو الخدمة من قبل مقدمها، وأن تكون السلعة أو الخدمة ضرورية للمستهلك، وأن تكون شروط العقد تفرض على المستهلك دون أن يكون من حقه مناقشتها أو تعديلها(عبد الله ذيب محمود، 2012، ص 117)، وعرفه الدكتور عبد المنعم فرج الصده بأنه:" العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها، وذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي، أو تكون المنافسة محدودة النطاق من شأنها"، وأصبح العمل واسعا بعقد الإذعان في المجتمع المعاصر تماشيا مع التطور الاقتصادي وما واكبه من نشوء مؤسسات وشركات وأشخاص يتحكمون في جمهور المستهلكين بما لهم من احتكار وسلطة على السلع والخدمات، والتي لا غنى لجمهور المستهلكين عنها. ومن الطبيعي أن يقود ذلك إلى ميل المحترف وهو الطرف القوي إلى تضمين هذا العقد من الشروط ما يفيده ويخدم مصلحته، والتي قلما تخدم مصالح المستهلكين (محمد بودالي، 2006، ص 230).

فعقد الإذعان يقوم على خرق مبدأ سلطان الإرادة لأنه لا يقبل المناقشة، ويقوم أساسا على فرض جملة من الشروط إما يؤخذ بها جملة أو تترك جملة، والإيجاب والقبول فيه يختلف تمام الاختلاف عن عقود المساومة، كما أن محله أيضا يتميز بخصائص معينة

جعلته ذو مجال ضيق في المفهوم التقليدي إثر ظهور فكرته، حيث يتعلق العقد بسلعة أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة للمستهلك ويكون الموجب محتكرا لتلك السلع والخدمات، ويصدر الإيجاب إلى الكافة وبشروط واحدة (رباحي أحمد، 2013، ص100)

ويرى أصحاب الاتجاه الحديث لمفهوم عقد الإذعان أنه من السهل في ظل هذه الخصائص القول إن للمستهلك الحق في أن لا يتعاقد، غير أن الواقع يكشف عن أحوال تفرض على الشخص قبول التعاقد، مثل حالة الاستعجال، وحالة العقود التي أضحت في عصرنا ضرورة حقيقية، اللهم إذا استطاع الشخص أن لا يسافر مطلقا، وأن لا يؤمن أبدا، وأن لا يستعمل الغاز والكهرباء والماء، وأن لا يركب في حافلة عمومية، وأن لا يشتغل لدى الغير في ظل هذه الحاجات يستحيل القول إن للشخص أن لا يتعاقد (رباحي أحمد، 2013، ص101)

فبعض فقهاء القانون يرون ضرورة تغيير الفكرة التقليدية لعقود الإذعان عن طريق توسيعها بما يتناسب ومقتضيات حماية المستهلك، فحلت محلها فكرة حديثة مقتضاها أن عقد الإذعان الذي يستقل أحد أطرافه قبل الإبرام بتحديد مضمونه كليا أو جزئيا وبصورة عامة ومجردة، وينحصر دور المذعن في قبول هذا العقد الذي تم إعداده مسبقا بمعرفة الطرف الآخر دون مناقشة أو مفاوضة، ولا محل لاشتراط الاحتكار القانوني أو الفعلي لسلعة أو خدمة ضرورية لإصباغ صفة الإذعان على العقد، بل أن صفة الإذعان تتأتى من عدم قدرة المستهلك من مناقشة العقد المعد مسبقا من الطرف الآخر نتيجة لمركزه الضعيف وقلة خبرته في النواحي الاقتصادية أو التقنية أو القانونية.

وقد عرف أصحاب هذا الاتجاه عقد الإذعان على أنه:" محض تغليب لإرادة واحدة تتصرف بصورة منفردة وتملي قانونها ليس على فرد معين بل على العامة وتفرضها مسبقا ومن جانب واحد ولا ينقصها سوى إذعان من يقبل قانون العقد" وعرفه أخر على أنه: "انضمام لعقد نموذجي يحرره أحد الفريقين بصورة أحادية الجانب وينضم إليه الفريق الآخر بدون إمكانية حقيقية لتعديله. (أمال بوهنتالة، سلوى قداش، 2017، ص252)

ولا يشترط بحسب المبادئ الحديثة لكي يعتبر العقد من عقود الإذعان أن يكون هناك احتكار للسلعة أو الخدمة، وأن تكون هذه السلعة أو الخدمة ضرورية للمستهلك، فالمفهوم الحديث لعقود الإذعان أتاح التوسع الملحوظ في تعدد العقود التي تصنف من قبيل

عقود الإذعان، وبالتالي يحظى فيها المستهلك بحماية خاصة مثل: الشك في أمر العقد يفسر لمصلحة المستهلك، والطرف القوي في العقد يتحمل المسؤولية عن غموض أي نص فيه، أضف إلى ذلك أن القاضي يستطيع التدخل في شروط العقد بالتعديل أو الإبقاء بهدف حماية المستهلك.(عبد الله ذيب محمود، 2012، ص 119)

وقد تناولت المادة 110 من القانون المدني الجزائري عقود الإذعان حيث نصت على أنه:" إذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة. ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

3. الطبيعة القانونية لعقود التجارة الإلكترونية

سنتطرق إلى تبيان ما إذا كانت عقود التجارة الإلكترونية عقود إذعان أو أنها قائمة على أساس التراضي من خلال الاتجاهات التشريعية والفقهية.

1.3 عقود التجارة الإلكترونية عقود إذعان:

من الفقهاء من يتمسك بالمفهوم التقليدي لعقد الإذعان فيرون أن العقود الالكترونية تكون عقود إذعان إذا توافرت فيها جميع شروط عقد الإذعان، فلا تكفي أن تكون السلعة هامة وضرورية للمستهلك أو ينعدم التفاوض بشأنها، أو أن تكون محتكرة من جانب المنتج أو البائع، فلا بد من توافر شروط عقد الإذعان مجتمعة، ويرون أن تلك الشروط منطبقة على العقد الالكتروني. (كوثر سعيد عدنان خالد، سميحة مصطفى القليوبي، 2016، 509)

واعتبر بعض الفقهاء العقد الإلكتروني عقد إذعان بالنسبة للمستهلك، باعتباره الطرف الضعيف دائما، وأنه بحاجة إلى الحماية وذلك برفع مظاهر الإذعان التي قد يكون تعرض لها، والمتمثلة في الشروط التعسفية التي قد يتضمنها العقد، ويستند هذا الرأي إلى نص المادة 123-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي رقم 946 لسنة 1993، والتي اعتبرت من قبيل التعسف الشروط التي تنشئ من حيث موضوعها أو الآثار المترتبة عليها اختلالا عقديا مبناه عدم توازن الحقوق والالتزامات ضد مصلحة المستهلك، وبما يحقق مصلحة المزود (عبد الله ذيب محمود، 2012، ص120).

ونصت المادة 18 من مشروع التجارة الإلكترونية المصري على أنه: "تعتبر العقود النمطية المبرمة إلكترونيا من عقود الإذعان في مفهوم هذا القانون من حيث تفسيرها

لمصلحة الطرف المذعن وجواز إبطال ما يرد فيها من شروط تعسفية ويعد شرطا تعسفيا كل شرط من شأنه الاخلال بالتوازن المالي للعقد وكل شرط يتضمن حكما لم يجر به العرف"، وقد ذهب جانب من الفقه الفرنسي أيضا إلى اعتبار العقود المبرمة الكترونيا من قبل عقود الاذعان، متى ما كانت الشروط العامة للتعاقد مذكورة بموقع التاجر بحيث لا يكون أمام الزائر الذي يريد التعاقد معه إلا أن يقبلها أو لا يتعاقد مطلقا (هادي مسلم يونس البشكاني، 2009، ص176، 177).

إن أغلبية العقود التي تبرم عبر شبكة الانترنت تتم عادة من خلال عقود نموذجية تظهر في الموقع الالكتروني للبائع على شكل استمارة نموذجية إلكترونية تتضمن تفاصيل التعاقد وتتوجه بشروط مماثلة إلى الجمهور على وجه الدوام ولا تقبل المناقشة أو التعديل. وهنا يظهر ضعف الطرف المستهلك بمجرد إعداد العقد مسبقا من قبل المحترف الذي عادة يكون متمتعا بالخبرة الكافية في تحديد الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد بالصورة التي تحقق مصلحته، حيث غالبا ما يتضمن العقد شروطا تعسفية لا يسمح للطرف المستهلك بالمناقشة فيها من زاوية أن الطرف المحترف هو الطرف الأقوى الذي يملك آليات إدارة السوق الالكترونية وبما يتمتع به من مركز اقتصادي ومعلوماتي قوي يسهل عليه التوجه بالمستهلك إلى التعاقد (آمانج رحيم أحمد، 2010، ص58).

والمشرع الجزائري عرف العقد الإلكتروني في المادة 2/06 من القانون رقم 05/18 يتعلق بالتجارة الإلكترونية بأنه:" العقد بمفهوم القانون 04-02 المؤرخ في 5 جمادي الأولى 1425 الموافق 23 يونيو سنة 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية ويتم ابرامه عن بعد دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه باللجوء حصريا لتقنية الاتصال الإلكتروني"، وحسب المادة 3 فقرة 4 من القانون 02/04 المعدل والمتمم فإنها عرفت العقد على أنه:" كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه..."، أي أنه جعل عقود التجارة الالكترونية من قبيل عقود الإذعان.

وقد حدد المشرع الجزائري أهم المعلومات التي يجب أن يتضمنها العقد الالكتروني:

- الخصائص التفصيلية للسلع والخدمات
- شروط وكيفيات التسليم

- شروط الضمان وخدمات ما بعد البيع
- شرط فسخ العقد الالكتروني
- شروط وكيفيات الدفع.
- شروط وكيفيات إعادة المنتوج
- كيفيات معالجة الشكاوى
- شروط وكيفيات الطلبية المسبقة عند الاقتضاء
- الشروط والكيفيات الخاصة المتعلقة بالبيع بالتجريب عند الاقتضاء
- الجهة القضائية المختصة في حالة النزاع
- مدة العقد حسب الحالة

2.3 عقد التجارة الإلكترونية عقد رضائي:

يرى اتجاه فقهي آخر أن عقود التجارة إلكترونية لا تعتبر عقود إذعان بالرغم من أنه في بعض الأحيان المواصفات وأسعار السلع والخدمات وكذلك شروط التعاقد مثبتة في موقع التاجر على شبكة المعلومات، وليس على المشتري المحتمل إلا قبولها كما هي أو رفض التعاقد أساسا، وذلك ينطبق مع إحدى سمات عقود الإذعان، إلا أنها ليست السمة الوحيدة في هذه العقود، إذ يفترض في عقد الإذعان أن يكون محل العقد سلعا أو خدمات ضرورية للمشتري وأن يكون البائع محتكرا لهذه السلعة أو الخدمة أو أن تكون المنافسة قليلة. وهذه السمات غير متوافرة بالضرورة في عقود التجارة الالكترونية كما يذهب بحق هذا الاتجاه الفقهي. (هادي مسلم يونس البشكاني، 2009، ص177)

ويرى البعض الآخر أن العقد الإلكتروني ليس عقد إذعان بسبب أن هناك تفاوضا من خلال البريد الإلكتروني(عبد الله ذيب محمود، ، ص120)، فضلا عن أنه يمكن القول بأنه من الصعب التسليم بكون عقود التجارة الإلكترونية من عقود الإذعان، وذلك انطلاقا من عدة حقائق يجب عدم إغفالها في مجال التجارة الإلكترونية و عقودها، ومنها أنه ليست كل عقود التجارة الإلكترونية تتم من خلال وجود شروط ونماذج معدة مسبقا من قبل التاجر(البائع) بحيث تملي شروطها وبنودها على من يرغب التعاقد معه دون أن يملك الحق في المناقشة أو الاعتراض، بل أن الواقع يؤكد أن عقود التجارة الإلكترونية تتم عادة من خلال وجود نوع من التفاوض والتفاهم المسبق بين المتعاقدين عبر شبكة الانترنت بمختلف

خدماتها، وبالتالي يتوصلان إلى صيغة تمثل اتفاقهما وتراضيهما، وتعبر تعبيرا حرا وحقيقيا عن ارادتهما كلا انطلاقا من مصلحته الخاصة في هذا العقد.(هادي مسلم يونس البشكاني، 2009، المرجع السابق، ص178)

وما يؤكد هذا الرأي أن هناك تشريعات حديثة نظمت أحكام التجارة الإلكترونية والعقود والمعاملات الالكترونية، منها تشريع المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي وتشريع المعاملات الإلكترونية الأردني وتشريع دبي للمعاملات والتجارة الالكترونية، لم تتضمن أية نصوص صريحة على اعتبار عقود التجارة الإلكترونية من قبيل عقود الإذعان، بالرغم مما تتضمنه البعض من هذه التشريعات من أحكام قانونية لحماية الطرف الضعيف (هادي مسلم يونس البشكاني، 2009، ص179)

فطبيعة العقود الالكترونية المبرمة عبر الانترنت تتباين بين المساومة والاذعان، حيث أن التعاقد عبر البريد الإلكتروني والتعاقد من خلال المحادثة والمشاهدة المباشرة لا يستبعد عملية التفاوض والنقاش حول الشروط المتعلقة بالعقد. أما التعاقد عبر الويب أو عبر التطبيقات الرقمية المعدة سلفا من قبل المحترفين العارضين للسلع والخدمات، فتستبعد إمكانية مناقشة المستهلك للشروط المتعلقة بالعقد نظرا لكونها تتم على شكل عقود نموذجية أو نمطية اختلفت الآراء حول مدى إمكانية تطبيق صفة الإذعان فيها. (عيلام رشيدة، 2018، ص 256)

من خلال ما تقدم يمكن القول أن العقود الإلكترونية يمكن اعتبارها عقود إذعان إذا لم يكن هناك تفاوض، وجاءت في شكل عقود نموذجية لا تقبل المراجعة، أما إذا كان هناك تفاوض ومراجعة لبنود العقد وتعديله لا تعتبر عقود إذعان.

4. سلطة القاضي المدني في تكييف عقد الإذعان

لقد أعطى المشرع الجزائري للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تعديل الشروط التعسفية أو إعفاء الطرف المذعن منها وفقا لما تقضي به العدالة، ومثل هذه المسألة تخضع لتقديره الشخصي بتقريره ما إذا كانت هذه الشروط المعروضة عليه هي شروط تعسفية، حيث نصت المادة 110 من القانون المدني الجزائري على أنه:" إذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط ويقع باطلا كل اتفاق يقع خلاف ذلك".

ووفقا للنص السابق فإن تعديل الشروط التعسفية التي يتضمنها عقد الإذعان أو الإعفاء منها لا يجوز أن يتصدى لها القاضي من تلقاء نفسه، وإنما لا يتأتى له ذلك إلا بناء على طلب الطرف المذعن أو المستهلك عملا بمبدأ حياد القاضي المدني، لذلك من الضروري الاعتراف للقضاء بسلطة إثارة التعديل أو الإعفاء من الشروط التعسفية من تلقاء نفسه، بمناسبة نظره في دعوى التنفيذ أو فسخ العقد الأصلي على غرار بعض التشريعات الأوربية، لأن من شأن ذلك أن يسهم في بناء نظام قضائي متكامل للحماية من الشروط التعسفية (محمد بودالي، 2006، ص260).

ويرى بعض الفقهاء العرب أن القاضي يملك كامل الحق لتقرير ما إذا كان الشرط تعسفيا ولا معقب لمحكمة النقض على تقديره، مادامت عبارة العقد تحتمل المعنى الذي أخذ به. فإذا تبين له شرطا تعسفيا في عقد إذعان، فيكون له أن يعدله إذا كان من شأن ذلك أن يزيل أثر التعسف، وإلا فيكون له أن يلغيه. وهو في ذلك غير مقيد بحد معين سوى ما تقتضيه العدالة (محمد بودالي، 2010، ص59).

إضافة إلى ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 110 من القانون المدني الجزائري حول سلطة القاضي في تعديل أو إعفاء المستهلك من الشروط التعسفية فقد حدد وفقا للمادة 38 من القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الشروط التعسفية الجزاءات المترتبة على ادراج الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك والمتمثلة في غرامة من خمسين ألف دينار (50.000 دج) إلى خمسة ملايين دينار (5.000.000دج).

4. خاتمة:

في ختام هذه الدراسة يمكن القول إن العقد الإلكتروني يتميز بخصوصية استدعت وضع قوانين خاصة لتنظيمه، وهو ذلك العقد الذي يبرم بوسيلة إلكترونية بين المستهلك والمورد بشأن سلع أو خدمات، أحيانا يبرم عن طريق التفاوض حول بنود العقد، إلا أنه يعتبر العقد النموذجي الذي ينفرد المورد بإعداده هو الغالب، ولا يجوز للمستهلك تعديل بنود ذلك العقد، وانقسم الفقه إلى اتجاهين في تحديد طبيعة العقد الالكتروني هل هو عقد إذعان بالنسبة للمستهلك أو أنه رضائي ولكل مبرراته في ذلك.

حيث اعتبر اصحاب الاتجاه القائل باعتبار العقد الإلكتروني عقد إذعان وهو المفهوم التقليدي أن عقد الإذعان هو الذي يسلم فيه أحد الطرفين بشروط مقررة يضعها الطرف الآخر ولا يسمح بمناقشتها، وهو ما يتعلق بمرافق ضرورية تكون محل احتكار فعلي أو قانوني والاتجاه الفقهي المعاكس والذي انقسم إلى مذهبين يرى المذهب الأول يرى أن العقد الالكتروني ليس عقد إذعان بالنسبة للمستهلك بصفة مطلقة، حيث أن مبدأ الرضائية مازال يسود العقد الالكتروني على اختلاف أنواعها، فيجوز للمستهلك شراء سلعة من مورد آخر إذا لم تعجبه الشروط المعروضة، فالعقد الإلكتروني هو عقد من عقود المساومة، ولا يوجد احتكار على شبكة الانترنت، نظرا لوجود مواقع كثيرة تقدم نفس السلعة أو الخدمة وبالتالي لا يوجد احتكار.

أما المذهب الثاني فيرى أن العقد المبرم عبر الموقع الإلكتروني يكون في الغالب عقدا نموذجيا، وما على الطرف الآخر إلا قبول الشروط جملة فيتعاقد أو رفضها جملة فلا يتعاقد، أما تبادل الرسائل عبر البريد الإلكتروني هناك تفاوض على بنود العقد بحرية تامة، لذلك فعقد الاستهلاك الإلكتروني قد يكون عقد مساومة أو إذعانا حسب الوسيلة الإلكترونية المستخدمة.

6. قائمة المراجع:

- **المؤلفات:**

1- موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الإلكترونية، منشورات زين الحقوقية، 2011.

2- آمانج رحيم أحمد، حماية المستهلك في نطاق العقد، شركة المطبوعات للتوزيع والنشر، لبنان، 2010.

3- زياد ابراهيم النجار، قواعد حماية المستهلك من التغرير والغبن في العقود الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2017.

4- عبد الله شعت، العقد الإلكتروني في إطار التشريعات العربية، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2017.

5- هادي مسلم يونس البشكاني، التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2009.

6- كوثر سعيد عدنان خالد، سميحة مصطفى القليوبي، حماية المستهلك الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، الطبعة الثانية، 2016.

7- عبد الله ذيب محمود، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دار الثقافة، الأردن، الطبعة الأولى، 2012.

8- محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2006.

9- محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، الطبعة 2، 2010.

- **الأطروحات:**

عيلام رشيدة، المركز القانوني للمستهلك الإلكتروني، أطروحة دكتوراه في القانون، تخصص قانون خاص داخلي، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2018.

- **المقالات:**

1-رباحي أحمد، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، الأكاديمية للدراسات الانسانية والاجتماعية، العدد10 جوان 2013،

2- نور الدين يوسفي، عقد الاستهلاك الالكتروني في ظل أحكام القانون الدولي الخاص، مجلة العلوم الانسانية –جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد 43، 2016.

3- يمينة بليمان، عقود الإذعان وحماية المستهلك، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة قسنطينة، المجلد20، عدد02، ديسمبر2019،

4- أمال بوهنتالة، سلوى قداش، سلطة القاضي المدني في إعادة التوازن العقدي لعقود الاستهلاك، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد الرابع عشر، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2017.

القوانين:

1-قانون رقم 05/18 مؤرخ في 10 مايو 2018 يتعلق بالتجارة الالكترونية جريدة رسمية العدد 28 المؤرخة في 16 مايو 2018.

2-قانون رقم 04-02 مؤرخ في 23 جوان 2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية (جريدة رسمية عدد 41 مؤرخة في 27جوان 2004)، معدل ومتمم بالقانون رقم 10-06 مؤرخ في 15 أوت 2010(جريدة رسمية عدد 46 مؤرخة في 18 أوت 2010).

3- - الامر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري، ج ر عدد 78، المعدل والمتمم بالقانون 05/07 المؤرخ في 13 مايو 2007، جريدة رسمية عدد 31.