مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية Issn 2602-7321

المجلد: 04 العدد: 03 السنة: 2021 ص.ص: 418 - 438

العقد الإلكتروني عقد إذعان في مفهوم القانون 18-05

The electronic contract is a contract of adhesion with the concept of law 18-05

عائشة كاملي، جامعة أم البواقي، الجزائر، aichaabdennacer.kameli@gmail.com

تاريخ إرسال المقال: 2021/04/29 **تاريخ قبول المقال:** 2021/08/03

الملخص:

رغم تأخره؛ صدر القانون 18–05 المتعلّق بالتّجارة الإلكترونية في الجزائر، وهو التّأخر الذي كان يتصوَّر معه أن يتجنّب المشرع الجزائري في الحد الأدنى الثّغرات القانونية الكبيرة التي عرفتها غيره من التّشريعات، فكان أن كيف العقد الإلكتروني بعقد الاذعان، الأمر الذي يعبر عن خللٍ واضحٍ في رؤيته، إذ يكون بذلك قد أصبغ جميع العقود في مجال التّجارة الإلكترونية بِسمة الإذعان، مُعربا بموقفه عن تأثّره البالغ بغلبة الطّابع الاستهلاكي فيها، للحد الذي تجاوز معه أنماطا تعاقديةً مختلفة قد يبرمها الأعوان الاقتصاديين.

الكلمات المفتاحية: العقد الإلكتروني، التّجارة الإلكترونية، عقد الإذعان.

Abstract :

Although late; The 18-05 Algerian law on electronic commerce was passed.

It is the delay with which it was imagined that the Algerian legislator would avoid the minimum legal loopholes that other legislations have known, the electronic contract has been adapted to the adhesion contract.

Which expresses a clear defect in his vision. By this, all contracts in the field of electronic commerce were given the adhesion property, expressing his affection by the prevalence of consumerism in it, to the extent that it exceeded the different contractual patterns that may ratified by economic agents.

Key words: Electronic contract, Electronic commerce, Adhesion contract.

المقدمة:

كان لتحوُّل الدول العميق نحو استخدام نظم الاتصالات الحديثة بالغ الأثر على مستوى المعاملات التّعاقدية التّجارية؛ إذ وجد فيه الأشخاص على اختلاف صفاتهم ضالّتهم لما فيه من اختصار للوقت والجهد، وتنوعِ الطّرح في الشّكل والمضمون لمختلف السلع والخدمات، وهو الطّرح الذي أسفر عنه التّعامل بالانترنت بوجهٍ خاص، خاصة مع تمكينها "**السوق التجاري الإلكتروني**" من معطيات جديدة كميزة "**التعاقد الآني**"، يضاف إليها المفاضلة بين الأسعار وجودة المنتجات والخدمات المطروحة، وغيرها، فراحت إرادة متعامليه تكشف عن قوالب تعاقديةٍ جديدة، لا تكمن جدّتها في مضمون التّعامل بقدر ما تتّخذ من أسلوبه ذو الوجود غير المادي أبرز مظاهرها.

هذا الأسلوب الذي أصبغ متعامليه بالصفة ذاتها، فرسَّم لنا قانونيا مفاهيم جديدة لم يطرحها من قبل، ك: "**الأعوان الاقتصاديين الالكترونيين**"، "**المستهلكين الإلكترونيين**"، "**الدعامات الإلكترونية التجارية**"...وغيرها.

وما كان صدور القانون 18 – 05 المتعلّق بالتّجارة الإلكترونية إلا استجابة من المشرع الجزائري للمستجد المطروح بقوةٍ على الساحة الإلكترونية، وقد كان موقفه بشأن الطّبيعة القانونية لعقود التّجارة الإلكترونية، من أبرز ما جاء فيه، إذ اعتبرها من قبيل عقود الإذعان! وحكمه هذا مدعاة بحثنا.

إذ لما كان يرجى من وراء تكييف عقد ما تحديد الأحكام القانونية الواجبة التّطبيق عليه؛ فإنّ المشرع الجزائري يكون بتكييفه المذكور قد حدد ما ينبغي تطبيقه من أحكام على العقد الإلكتروني، فحصر بذلك نطاق تطبيق القانون عليه في أحكام دون سواها، وهنا تبرز أهمية بحثنا إذ ينفتح بالأساس على المآلات القانونية لإخضاع العقد الإلكتروني التّجاري لوصف عقود الإذعان، خاصة إذا ما نظرنا للتنامي المتزايد لظاهرة المتاجرة الإلكترونية في الجزائر، وتعدد صفات أعوانها، الذين ارتفع منسوب قناعتهم مؤخرا بضرورة اعتمادها كنمط تسيير لأعمالهم، وبالأخص مع ما فُرض عليهم من إجراءات للتّماشي مع توجه الجزائر نحو ترسيخ الرقمنة.

عليه فثمه هدفين أساسيين تصبو إليهما دراستنا، أولهما: التأسيس لموقف المشرع الجزائري من طبيعة العقد الإلكتروني، ويبدو فعل التأسيس ملحًا في خضم الإحالة التي تضمنها القانون 18–05 عند تعريفه للعقد الإلكتروني؛ إذ لا يظهر معها موقفه المباشر إلاّ بعد العودة لمضمون الإحالة في القانون 04-02، ثم استتباع نصوص مواده بالقراءة، وثانيهما: النظر في مدى صحة فعله التكييفي؛ ذلك أن الأحكام الواجبة التّطبيق على عقد ما لا تُرصد إلا بعد عملية التّكييف، فإن صحَّ التّكييف صحَّت معه عملية اختيار الأحكام القانونية الملائمة للتّطبيق.

وموجب الهدفين المحددين إشكاليتنا التّالية: **مدى صحة تكييف المشرع الجزائري للعقد الإلكتروني بعقد الإذعان ؟.**

وهي الإشكالية التي تطلّبت للإجابة عنها استخدام المنهجين الاستقرائي والتحليلي، فأما الاستقرائي فقد دعت إليه الحاجة لإمعان النظر في القانونين 18-05 و 04-02، وأما التحليلي فمدعاته مدارسة مدى انطباق خصائص عقود الإذعان على العقد الإلكتروني لضرورة تحليل مضامين الحكم المتوصل إليه.

عليه تمت الدراسة وفق مبحثين تناول أولهما: الأساس القانوني لاعتبار العقد الإلكتروني عقد إذعان في مفهوم القانون 18–05، وتمحور الثّاني حول صحة تكييف المشرع الجزائري للعقد الإلكتروني بعقد الإذعان.

المبحث الأول: الأساس القانوني لاعتبار العقد الإلكتروني عقد إذعان في القانون 18-05:

جاء في المادة 2/6 من القانون 18-05 المتعلّق بالتجارة الإلكترونية[1] ما يلي: "**العقد الالكتروني: العقد بمفهوم القانون 04–02 المؤرخ في 5 جمادى الأولى عام 1425 الموافق 23 يونيو سنة 2004 الذي يحدد القواعد المتعلّقة بالممارسات التجارية، ويتم إبرامه عن بعد، دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه باللّجوء حصريا لتقنية الاتصال الالكتروني**".

[1] - القانون رقم: 18–05 مؤرخ في: 24 شعبان عام 1439هـ، الموافق ل: 10 مايو سنة 2018م، المتعلّق بالتجارة الالكترونية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 24، الصادرة في: 30 شعبان عام 1439 هـ، الموافق ل: 16 مايو سنة 2018.

وأول ما يلحظ على هذا التعريف هو فعل الإحالة الذي قام به المشرع الجزائري لمفهوم العقد في القانون 04-02، وهو قانون محدد للممارسات التجارية[1]، وفيما يلي نتناول كلا من مضمون الإحالة (المطلب الأول)، وأثر هذه الإحالة (المطلب الثّاني):

المطلب الأول: مضمون الإحالة القانونية من القانون 18-05 للقانون 04–02:

أحالنا المشرع الجزائري في تعريفه للعقد الإلكتروني لتعريف العقد الذي تضمنته المادة 4/3/أ من القانون 04–02 المحدد للممارسات التجارية والتي جاء فيها أنه: "**كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعةٍ أو تأدية خدمةٍ، حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطّرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه**".

وهي الإحالة التي ينتج عنها بحذف العبارات التي تصدرت المادة 2/6 من القانون 18–05، أي العبارات التالية: "**العقد الالكتروني: العقد بمفهوم القانون** 04–02 ... **القواعد المتعلقة بالممارسات التجارية**"، واستبدالها بما أحال إليه المشرع الجزائري من تعريف في القانون 04–02، أن العقد الإلكتروني في مفهوم القانون 18–05 هو: "**كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعةٍ أو تأدية خدمةٍ، حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطّرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه.....الخ، ويتم إبرامه عن بعد، دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه باللّجوء حصريا لتقنية الاتصال الالكتروني**".

وقد يتساءل البعض عن سبب استخدام المشرع الجزائري للإحالة عند تعريفه للعقد الإلكتروني، وقد كان بوسعه اعتماد التعريف المذكور في القانون 04-02 مباشرة ؟، كما فعل في المرسوم التنفيذي 06-306 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعبتر تعسفية [2].

[1] - القانون رقم: 04-02 مؤرخ في: 5 جمادى الأولى 1425هـ، الموافق ل: 23 يونيو 2004م، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 41، الصادرة في: 9 جمادى الأولى 1425هـ، الموافق ل: 27 يونيو 2004.

[2] - المرسوم التنفيذي رقم: 06 – 306، مؤرخ في:17 شعبان عام 1427هـ، الموافق ل: 10 سبتمبر سنة 2006م، المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعبتر تعسفية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 56، الصادرة في: 18 شعبان عام 1427هـ، الموافق ل: 11 سبتمبر سنة 2006.

ومبرر ذلك عنده من وجهة نظرنا له علاقة بوظيفة أساسية من وظائف الإحالة في حد ذاتها وهي الاختصار، إذ عادة ما يستخدم المشرع الإحالة بغرض اختصار العبارات؛ خاصة إذا ما كانت تلك العبارات طويلةً ولا يؤدي الاختصار فيها للإخلال بالبناء اللّغوي للنص القانوني، فلا يكون ثمة داعٍ لتكرار ما قد سبق وأن عرفه في هذه الحالة، خاصة أنه عرفه مرتين، الأولى في القانون 04–02، والثّانية في المرسوم التّنفيذي 06-306، قل أنه يفعل ذلك تحديدا حين يحيلنا إلى مضمونٍ يعبر في ذهنه عن المعنى ذاته الذي هو بصدد التشريع له، فالعقود الإلكترونية في نظره هي عقود إذعان، والتّعريف الذي أورده للعقد في القانون 04–02 هو امتداد لمفهوم عقد الإذعان عنده، والذي سبق وأن أشار إليه في المادة 70 ق.م[1].

المطلب الثاني: أَثر الإحالة القانونية من القانون 18–05 للقانون 04–02:

وفيه نتطرق لمدارسة الحكم المباشر الذي يستوقفنا بمجرد الرجوع للنص المحال إليه، وهو أن العقد الإلكتروني عقد إذعان (الفرع الأول)، ثم نتناول أثر هذا الحكم (الفرع الثّاني):

الفرع الأول: العقد الإلكتروني عقد إذعان:

غالبا ما يقصد بالإحالة القانونية ذلك الفعل الذي يسند بموجبه المشرع من خلال نصٍ قانونيٍ حكم قضية أو علاقة قانونية مشوبة بنزاعٍ لقانونٍ آخر يرى فيه القانون الأكثر ملاءمة، وقد يكون القانون المسند إليه قانونًا وطنيًا أو قانونًا أجنبيًا بحسب المعطيات المحددة لطبيعة المسألة المطروحة[2]، ولكلٍ من النّوعين معاييره التي يحتكم إليها في الإحالة، غير أنّ الإحالة وفق هذا المفهوم لا تعنى بها دراستنا إذ لسنا بصدد البحث عن القانون المختص أو القانون الواجب التّطبيق.

وقد يعبر المشرع باستخدامه للإحالة عن تبنيه لتعريفٍ أو حكمٍ أو مبدإٍ في مسألة أو مسائل معينة وردت في نص قانوني سابق، أو سترِد في نص قانوني لاحق، لتطابقهما أو حتى لتقاربهما من منظوره في المضمون ذاته، والمشرع في هذا النّوع من الإحالة قد يحيلنا في إطار النّصوص القانونية

---

[1] - الأمر رقم: 75-58 مؤرخ في: 20 رمضان عام 1395هـ، الموافق ل: 26 سبتمبر سنة 1975م، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، العدد 78، الصادرة بتاريخ 24 رمضان عام 1395هـ، الموافق 30 سبتمبر سنة م1975، ص 990، المعدل والمتمم بالقانون رقم: 05-10 مؤرخ في: 13 جمادى الأولى عام 1426هـ، الموافق 20 جوان سنة 2005م، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 44، الصادرة بتاريخ: 19 جمادى الأولى عام 1426هـ، الموافق 26 جوان سنة 2005.

[2] - قريبا من هذا المعنى: حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنة، ط2، مكتبة دار الثّقافة للنشر والتّوزيع، الأردن، 1997، ص49.

للقانون نفسه، وقد يحيلنا لقانون آخر، كما قد يحيلنا لنصوصٍ تنظيمية لاحقة – لم تصدر بعد - تابعة للقانون المحال فيه.

وطبيعة الإحالة التي قام بها المشرع الجزائري في المادة 2/6 من القانون 18–05 هي "**إحالة نصية قَبلية**"، لأنها توجهنا في التعامل مع النص القانوني الحالي وهو تعريف العقد الإلكتروني لنص قانوني سابق وهو تعريف العقد في القانون 04–02، والمشرع إذ أحالنا في القانون 18–05 للقانون 04-02 فإنه يعبر عن وجود **علاقة ارتباط دلالية** بين **المحيل** وهو نص المادة 2/6 و**المحال إليه** وهو نص المادة 4/3، وهي العلاقة التي تفترض اشتراكا في الخصائص بين العقد الإلكتروني في القانون 18-05 والعقد في مفهوم القانون 04–02، بحيث أنه **لا يمكننا معرفة دلالة العقد الإلكتروني إلا بالعودة لدلالة العقد في القانون** 04-02.

والمشرع بهذه الإحالة يكون قد عبر صراحة عن اعتبار العقد الإلكتروني من عقود الإذعان في مفهوم القانون 18–05، وأساس اعتباره كذلك أن جميع ما توافر عليه التعريف المحال إليه من خصائص في المادة 4/3 من القانون 04-02 هو وصف لعقود الإذعان، ولا أدلّ على ذلك من تضمينِ التّعريف المحال إليه في حد ذاته عبارة "**مع إذعان الطّرف الآخر**" وهي الصفة التي لا يمكن إطلاقها إلا في حالة وجود إذعان للطّرف المقابل في العلاقة التّعاقدية.

الفرع الثّاني: أثر تكييف العقد الإلكتروني بعقد الإذعان:

يترتب عن اعتبار العقد الالكتروني عقد إذعان قانونا ما يترتب عن قيام عقود الإذعان عموما، ولاشك في أن مسألة "**حماية الطّرف الضّعيف**"[1]، هي أهم ما يطرح في سياق الحديث عما يترتب عن قيام عقود الإذعان، على اعتبار أن ما تفرزه عقود الإذعان من إشكاليات سببه عموما اتسام أحد طرفي العقد بسمة الضعف أمام طرف آخر له أن يقرَّ في الحد الأدنى صياغة بنود العقد على النحو الذي يشاءه دون إمكانية مناقشتها من الطّرف الأول، وهو ما يعبر جليا عن عدم توازن كفتي الطّرفين المتعاقدين، والذي قد يؤدي عمليا لعدم التّوازن في الحقوق والالتزامات التي تترتب عن علاقتهما التّعاقدية، وهي النتيجة الغير مرجوة، إذ قد يؤدي ذلك إلى تحقيق مصالح أحدهما على حساب مصالح الآخر.

[1] - اخترنا عبارة الطّرف الضعيف بدل المستهلك لأنها تشمل كلا من المهني والمستهلك على حد سواء، فكما يخضع المستهلك للإذعان بالإمكان أن يخضع له المهني متى كان في علاقة تعاقدية مع مهني أقوى منه.

وسمة الضعف هذه ينتج عنها تطبيق جملة من الأحكام القانونية المشرعة بالأساس لحماية الطّرف الضعيف، وعليه فإن مدارستنا لأثر اعتبار العقد الالكتروني عقد إذعان ستتم وفق هذا السياق:

أولا – الاستفادة من الحماية المقررة من الشّروط التعسفية:

أحكام حماية الطّرف الضعيف من الشّروط التعسفية تورّعت عموما بين القواعد العامة في القانون المدني، والقانون 04–02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التّجارية، يضاف إليهما المرسوم التنفيذي 06–306:

فأما القانون المدني فبالرجوع لنص المادة 110 منه نجدها قد مكنت القاضي من التّدخل بتعديل الشّروط التعسفية التي قد تتضمنها عقود الإذعان، أو حتى من إعفاء الطّرف المذعن منها.

وإمكانية تدخل القاضي هذه بالتعديل أو الإعفاء هي: "**سلطة استثنائية**"، إذ أن الأصل في عمله "**تفسير العقود بغية إعمال حكم القانون عليها**" [1].

وسلطة القاضي المذكورة هي سلطة تقديرية ذات مجال واسع بالنظر إلى أن المشرع الجزائري لم يضع معيارا يحتكم إليه في ذلك، إذ اكتفى بالإشارة في المادة 110 إلى ضرورة أن يوافق حكم القاضي ما تقضي به العدالة، ومع ذلك فبالرغم من واسع سلطته في التقدير ينبغي أن يكون لحكمه ما يسوغه من أسباب وإلا تعرض للنقض [2].

وأما القانون 04–02، فبعد أن حدد المشرع في مادته 5/3 معيار الحكم بالشّرط التعسفي، وهو: "**الإخلال الظّاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد**"، فقد أورد في مادته 29 بعض الممارسات التعاقدية التي يراها تعسفية، ثم فتح المجال في المادة 65 أمام "**جمعيات حماية المستهلك، والجمعيات المهنية، وكذا كل شخص طبيعي أو معنوي ذي مصلحة**" أن يرفع دعوى قضائية ضد أي عون من الأعوان الاقتصاديين الأربعة المحددين بموجب المادة 2 من القانون 04-02 إذا خالفوا أحكامه، بل

[1] - محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، ط 2، دار هومة، الجزائر، 2010، ص 58..

[2] - سفيان سوالم، "الحماية القانونية للمتعاقد من الشروط التعسفية في التشريع الجزائري"، العدد 4، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، مركز جيل البحث العلمي، الجزائر، جوان 2016، ص 126.

ذهب حد السماح لهم ب "**التأسيس كطرف مدني في الدعاوى للحصول على تعويض الضّرر الذي لحقهم**" [1].

وبالنسبة للجزاءات فقد اكتفى بترتيب عقوبة الغرامة المالية في المادة 38 منه، وهو جزاء مالي يتراوح من: "...**خمسين ألف دينار** (50.000 **د.ج**) **إلى خمسة ملايين دينار** (5.000.000 **د.ج**)".

وأمّا التّنظيم متمثّلا في المرسوم التّنفيذي 06-306 الذي جاء في إطار تطبيق القانون 04-02، فبعد أن حدد هو الآخر قائمة بالبنود والشّروط التي يراها تعسفية في المادة 5 منه؛ فقد أُنشأت بموجبه لجنة البنود التّعسفية، وهي لجنة ذات طابع استشاري، وبعيدا عن تشكيلتها[2] التي لا تفيدنا في هذا السياق، فإنّ المهام المسندة إليها جاءت على سبيل المثال في المادة 7 منه:

"- **تبحث في كل العقود المطبقة من طرف الأعوان الاقتصاديين على المستهلكين والبنود ذات الطّابع التعسفي كما تصيغ توصيات تبلّغ إلى الوزير المكلّف بالتجارة والمؤسسات المعنية.**

- **يمكن أن تقوم بكل دراسة و/أو خبرة متعلّقة بكيفية تطبيق العقود تجاه المستهلكين.**
- **يمكنها مباشرة كل عمل آخر يدخل في مجال اختصاصها**".

إذن المفترض هو أن مهمة لجنة البنود التّعسفية بشأن عقود الإذعان هي البحث فيها عن البنود ذات الطّابع التّعسفي، ويظهر دورها من خلال التّوصيات التي تبلّغها للوزير المكلّف بالتّجارة والمؤسسات المعنية، إذا ما وجد في تلك البنود ما يدلّ على التّعسف.

غير أنّه وبالإطلاع على نصوص المرسوم التنفيذي 06-306 يتضح أن المهمة المنوطة بلجنة البنود التّعسفية مقصورة على عقود دون سواها، فهي:

1 – لا تنظر في غير عقود الإذعان، وهو ما يتضح من خلال المسائل التالية:

أ – تبني مفهوم "**عقد الإذعان**" عند تعريف العقد في المادة الأولى من المرسوم.

---

[1] - أكد القانون 09-03 مؤرخ في: 29 صفر عام 1430هـ، الموافق ل: 25 فبراير 2009م، المتعلّق بحماية المستهلك وقمع الغش، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد15، الصادرة في: 11 ربيع الأول عام 1430هـ، الموافق ل: 8 مارس 2009، على منح حق التأسيس لجمعيات حماية المستهلكين، بالنص في المادة 23 على: "عندما يتعرض مستهلك أو عدة مستهلكين لأضرار فردية، تسبب فيها نفس المتدخل، وذات أصل مشترك، يمكن لجمعيات حماية المستهلكين أن تتأسس كطرف مدني".

[2] - عدلت تشكيلتها بموجب المرسوم التنفيذي 08-44 مؤرخ في: 26 محرم عام 1429هـ، الموافق ل: 3 فبراير سنة 2008م، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد7، مؤرخة في 3 صفر عام 1429هـ، الموافق ل: 10 فبراير سنة 2008.

ب – تحديد طبيعة أطراف العقد ب "**الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين**"، في المادة 2 من المرسوم، وذلك عند الحديث عن العناصر الأساسية الواجب إدراجها في العقود.

ج – استخدام عبارة "**العقود المطبقة**" عند الحديث عن دور اللّجنة في المادة 1/7، وهذه العبارة لا تستخدم إلا عند عدم توازي كفتي المتعاقدين، إذ تحمل دلالة مباشرة على تحرير مسبق للعقد في غير الوسع مناقشته، بالإضافة لعبارة "...**بكيفية تطبيق العقود تجاه المستهلكين**"، الواردة في المادة 2/7.

2 - لا تنظر في عقود الإذعان المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين فيما بينهم، وهو ما تنص عليه المادة 7 بصريح العبارة، إذ حصرت دور اللّجنة في "**العقود المطبقة من طرف الأعوان الاقتصاديين على المستهلكين**".

ثانيا – تأويل الشّك في عبارات العقد الغامضة لمصلحة الطّرف المذعن بدل مصلحة المدين:

الأصل أنه إذا كانت العبارة التي تضمنها العقد تحمل تأويلين؛ ولم يكن في وسع القاضي ترجيح إحداهما على الآخر، فعليه أن يأخذ بالمعنى الذي يحمل على "**حماية مصلحة المدين**" [1]، وهو ما قضت به المادة 1/112 ق.م: "**يؤوَّل الشّك في مصلحة المدين**".

غير أنه وخروجا عن القاعدة المذكورة أعلاه؛ فإنه في الحالة التي يكون فيها أحد طرفي العقد مذعنا فإنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات ضارا بمصلحته، وذلك حتى في الحالة التي يكون فيها الأخير دائنا وليس مدينا، لأنه أحق بالرعاية[2]، وهو ما قضت به المادة 2/112 ق.م: "**غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطّرف المذعن**".

والنص على هذا الاستثناء مرده إلى أن الطّرف المذعن دائما في مركز ضُعف، وبإمكان الطّرف المقابل انطلاقا من مركزه القوي أن يفرض عليه ما شاء من بنود، ورغم ذلك فإنه لم يستغل العبارات التي كانت تحت تصرفه، وكان بإمكانه صياغتها على النحو الذي يشاء، ومع ذلك جاءت غامضة، فيتحمل بذلك مسؤولية تقصيره، فلا يستفيد بذلك من "**غموض الشّروط التي أملاها وفرضها على المستهلك**" [3]، حتى وإن كان هو المدين بخلاف ما تقضي به القاعدة العامة.

---

[1] - علي فيلالي، الالتزامات – النظرية العامة للعقد، ط3، موفم للنشر، الجزائر، 2013، ص 418.

[2] - أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، مكتبة عبد الله وهبة بمصر، مصر، 1945، ص 245.

[3] - محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، مرجع سابق، ص63.

ثالثا – تخفيض القاضي للشّرط الجزائي المتفق عليه:

نصت المادة 2/184 ق.م على: "**ويجوز للقاضي أن يخفّض مبلغ التعويض إذا اثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر**".

ورغم كون الحكم الذي نصت عليه المادة المذكورة حكم عام ينطبق على جميع العقود متى أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر؛ إلاّ أننا نورده في سياق حديثنا عن أثر اعتبار العقد الالكتروني عقد إذعان، على اعتبار أنّ عقود الاذعان قد تعرف مبالغة في فرض الشّروط الجزائية، من الطّرف القويّ في العلاقة، ولا يكون في وسع الطّرف المقابل إلا أن يقبلها بسبب حاجته الماسة للتّعاقد.

فيكون للقاضي في هذه الحالة أن يتدخل "**لضمان التوازن العقدي**"[1]، حماية منه للمدين المذعن من الشّرط الجزائي، عن طريق تخفيض المبلغ المتفق عليه بين المتعاقدين.

مع الإشارة إلى عدم جواز مطالبة الدائن للمدين المذعن بأكثر من الشّرط الجزائي المتفق عليه في العقد؛ ولو كان ضرره مجاوزا له، ما عدا في الحالة التي يثبت فيها "**أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما**"، وهو ما نصت عليه المادة 185 ق.م.

المبحث الثّاني: حول صحة تكييف العقد الإلكتروني بعقد الإذعان في القانون 18-05:

لنا في هذا المبحث حديث حول مسألتين يتطلّب النّظر في صحة موقف المشرع الجزائري بحثهما، أولهما خصائص عقود الإذعان (المطلب الأول)، وثانيهما مقاربة تلك الخصائص للعقد الإلكتروني (المطلب الثّاني):

المطلب الأول: خصائص عقد الإذعان

بالرجوع للمادة 70ق.م: "**يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها**".

نلحظ أن المشرع قد أشار فيها إلى خاصيتين تميزان حسبه عقود الإذعان هما:

- التّسليم للشّروط المقررة من قبل من سماه بالموجب.
- عدم إمكانية مناقشة تلك الشّروط من قبل الطّرف المذعن.

[1] - وتدخل القاضي لتخفيض الشرط الجزائي مشروط بعدة شروط، لبيانها أنظر: زاهية حورية سي يوسف، "سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي"، المجلّة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلّية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، المجلّد 10، ص 10-12.

وبالرجوع لنص المادة 4/3/أ من القانون 04 – 02، والتي سبق تقديمها؛ نجده حصر مجال التعاقد في بيع سلعة أو تقديم خدمة، محددا له الخصائص التالية هي:

1 - أن يحرَّر العقد مسبقا من أحد أطراف العقد.

2 – أن يذعن الطّرف المقابل للطّرف الذي حرر العقد.

3 - أن لا يتمكَّن الطّرف المذعن من إحداث تغيير حقيقي في العقد.

أي أنه أضاف خاصية ثالثة لما جاء في المادة 70 ق.م وهي: "**عدم إمكانية إحداث تغيير حقيقي في العقد من الطّرف المذعن**"، وفيما يلي نفصل النقاش في الخصائص الثّلاث

1 – **أن يحرَّر العقد مسبقا من أحد أطراف العقد:**

الفرق بين عقد الإذعان وغيره أن مضمونه معد مسبقا بإرادة منفردة تنتظر انضمام إرادة أخرى لإحداث فعالية قانونية، فما من مساومة أو حوارٍ مسبقٍ بين الطّرفين أو الغير، و"**إرادة القابل تسهم مساهمة فعالة**" في "**إثبات وصف العقد**" وإضفاء "**الفعالية القانونية**" له [1]، وهذا ما دفع بالبعض للقول بأن إطلاق وصف عقد على حالة الإذعان إنما هو من قبيل "**المبالغة**"، فما يحدث ليس إلا "**التصاق لإرادة منفردة بإرادة فارضة لشروطها**"[2].

وفي فعل التّحرير المسبق للعقد بالإرادة المنفردة دلالةٌ على توقع المحرِر للقبول من الطّرف المقابل رغم "**انفرادية التحرير**"، وفي هذا تعبير صارخ عن ثقته في عدم إمكانية الأخير إلّا أن يقبل شروطه دون مناقشة، ما يعني أنه يرى فيه من الضُّعف ما لا يمكن أن تجتمع معه إمكانية مناقشته - والحاجة لما عند المحرِر مبرر الضعف عادة - ويرى في نفسه من القُوَّة ما يمكن معها الاستغناء عن التعاقد مع الطّرف المقابل - وكثرة الطّلب على ما عنده مبرر استغناءه عادة فهو يملك في جميع الأحيان "**بدائل تعاقدية**".

---

[1] - محفوظ بن حامد لعشب، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990، ص27، اشتراط المشرع للتحرير المسبق لعقد الإذعان يعني أنه ينبغي أن يكون مكتوبا، مع أنه يمكن أن يتم شفويا، شوقي بناسي، "مواجهة الشروط التعسفية في العقود في ضوء القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 2، المجلد 48، الجزائر، ص 161.

[2] - مصطفى العوجي، القانون المدني؛ العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية، ط5، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ج1، 2011، ص 150.

ولذلك كثيرا ما لا يظهر الإذعان إلا حيث تشتدُّ الحاجة بالمستهلك، وحيث يكون هناك احتكار فعلي أو قانوني للسلع والخدمات تنعدم معه المنافسة[1].

2 – **أن يذعن الطّرف المقابل للطّرف الذي حرر العقد:**

يدل عقد الإذعان في معناه اللّغوي على انقياد وخضوع أحد الأطراف المتعاقدة للطّرف الآخر[2]، فقبول الطّرف المذعن لا يتعدى كونه انصياعا وخضوعا لما أُملي عليه من شروط وبنودٍ، والتي لا مجال له لمناقشتها، أو للتفاوض حول ما لم يعجبه فيها، "**فالإرادتان في هذه العقود ليستا متساويتين**" [3]، لذلك فإنه "**لا يملك إلّا أن يأخُذ أو أن يدع**"[4]، فإذا ما قبِلها صح وصفه بالمذعن، وكان العقد عقد إذعان، وإذا ما رفضها لم يقُم العقد.

وفي إذعان المنضمِ إلى إرادة أخرى فارضة لشروطها تعبير عن "**ضعف تنبئه وتوقّعه وإلمامه**" ، في حين يتعاقد الموجب وهو عالم بمحتوى العقد، فهو "**من صنع إرادته**"، مستمدا ذلك من تمهله في التفكير قبل صياغة شروط العقد التي يتنبأ مسبقا بمراحلها، وسابق تجربته التي تتيح له تصويب تلك الشروط في كل مرة حتى تتماشى ومصالحه [5]، وهو التّمهل الذي يفترض أن تنتُج معه صياغةٌ مثلى لبنود العقد توافق أقصى ما يمكن أن يحققه المحرر من مصلحة.

غير أنه لا ينبغي أن يفهم من الإذعان أن الطّرف المذعن قد تعاقد مكرها؛ فالإذعان حالة يضطر إليها الطّرف المتعاقد رغم رضاه بالتعاقد [6]، بحـث لا تغير إمكانيته في مناقشة الشّروط والبنود المفروضة عليه في موقفه من التعاقد، إذ حسبها أن تمكنه من إحداث التغيير المطلوب في تلك الشروط

---

[1] - محمود حمودة صالح، "عقود الإذعان والممارسات المعيبة المصاحبة لها"، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة إفريقيا العالمية، العدد3، 1424هـ - 2004م، السودان، ص 18 .

[2] - قريبا من هذا المعنى : عامر رحمون، "عقود الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة"، مجلّة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة الجلفة، الجزائر، العدد 23، المجلد الأول، ص 219.

[3] - علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003، ص26.

[4] - السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005، ج 1، ص 191.

[5] - محفوظ بن حامد لعشب، مرجع سابق، ص - ص 27– 28.

[6] - علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 39.

والبنود لموازنة مصلحته على الوجه الذي يبغيه، في حين أنه لو كان مكرها لما كان راغبا بالأساس في التعاقد لولا فعل الإكراه الذي مورس عليه.

ولذلك جعله المشرع عيبا من عيوب الإرادة ورتّب بموجبه طلب إبطال العقد (المادة 88 ق.م)، في حين أنه لم يرتب الأثر ذاته في حالة الإذعان.

3 - **أن لا يمكن للطّرف المذعن إحداث تغيير حقيقي في العقد:** يظهر أثر عدم إمكانية إحداث "**تغيير**" أن الطّرف المقابل لمحرر العقد سيقبل مضمون العقد ككل، كقالب واحد لا يقبل التجزئة، أو يرفضه ككل، بناءا على الفكرة ذاتها، فإن قبله قبله جملة بما جاء فيه، وإن رفضه لم ينعقد العقد[1].

وأما دلالة أن يكون التغيير "**حقيقيا**"، فإن الطّرف المذعن قد يقترح بعض البنود أو الشروط التي يقبل بها محرر العقد، ولكنها بنود أو شروط "**لا تحدث تغييرا حقيقيا**"، إذ من المتصور في بعض الأحيان، أن يقبل محرر العقد ببعض التغيير الذي يبديه الطّرف المقابل، أو أن يفتح هو نفسه المجال له للاختيار، كما بالنسبة لتحديد مكان أو زمان التسليم، وطريقة الدفع وغيرها من المسائل التي لا يراها ذات أهمية كبيرة، ولكنها ليست بالجوهرية، إنما تخص مسائل عادية لا تُحدث تغييرا حقيقيا، إذ لو أحدثته لانتقل وصف العقد من الإذعان إلى المساومة.

المطلب الثّاني: مدى انطباق خصائص عقد الإذعان على العقد الإلكتروني

يتطلّب الأخذ بتكييف العقد الإلكتروني على أنه عقد إذعان، النظر في مدى ملازمة خصائص عقد الإذعان مع العقد الإلكتروني، فإن تطابقت جميعها صح التكييف:

الفرع الأول: بالنسبة للتحرير المسبق للعقد من أحد أطرافه

بالعودة لنص المادة 4/3أ من القانون 04 – 02 المحال إليه في القانون 18 – 05 نجد أن العقد في مفهومه ينبغي أن يكون قد حرِر مسبقا من أحد أطرافه؛ إذ نصت المادة على: "....**حرِر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق...**".

وهو ما يعني أن العقد الإلكتروني بالنظر للإحالة التي انبنى عليها مفهومه في القانون 18 – 05، هو كذلك عقد يتم تحريره مسبقا من أحد أطرافه، وهذا حكم لنا عليه اعتراضين:

[1] - قريبا من هذا المعنى: الهيثم عمر سليم، "حماية المستهلك من الممارسات الإحتكارية المؤدية إلى الإذعان، دراسة مقارنة"، مجلة الحقوق، كلّية الحقوق، جامعة البحرين، العدد6، المجلد 10، س 2013، ص 189.

أولا – أن التحرير المسبق للعقد لا يعني أنّه عقد إذعان:

يكثر استخدام الصيغ النموذجية في التعاقد عن بعد؛ إذ وجد فيها محترفي التجارة الإلكترونية وسيلة لتسهيل التّعامل مع الأشخاص الذين يأخذون معهم عادة وقتا طويلا لمناقشة بنود العقد، في حين أنها لو عرضت عليهم جاهزة لقبلوها وهنا علينا أن نفرق بين هذه الصيغ، والتي اصطّلح عليها ب: "**العقود النموذجية**" أو "**العقود النمطية**"، وبين عقود الإذعان، فإن كانا يتفقان من حيث الأصل في التحرير المسبق للبنود؛ فإنهما يختلفان كلّية في الأثر، إذ لو كان أساس عقود الإذعان إما قبول بنودها جملة أو رفضها جملة، دون إمكانية المناقشة؛ فإنّ الأصل في العقود النموذجية أنها مجرد أداة وظيفية لتيسير الفعل التعاقدي بحد ذاته، أي "**قوالب تعاقدية**" الغرض منها تسهيل إجراءات التعاقد، ولأطراف العلاقة تعديلها بما شاؤوا ووافق صالحهم، فيكون إذن الفيصل في إطلاق سمة الإذعان عليها من عدمه هو إمكانية مناقشة المتعاقد الإلكتروني للبنود التي أُعدَّت مسبقا، فمتى أمكنه ذلك لم نكن أمام عقود إذعان[1].

ومن ثم فإنّ تفسير البعض لما تضعه مواقع الويب وغيرها من نماذج أو صيغ تعاقدية معدة سلفا على أنه شروط غير قابلة للنقاش، واعتباره مبررا وجيها لتكييف العقد الإلكتروني بعقد الإذعان ليس بالأمر الصائب؛ إذ لا تكون تلك الصيغ المقترحة عقود إذعان إلا إذا أعلن مقترحها صراحة أو بدا من سياق التعامل معه أن بنودها غير قابلة للتعديل أو المناقشة.

ثم إننا وبالرجوع لنص البند الأول من المادة 4/3 من القانون 04 – 02، وفحواه: "**عقد: كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطّرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه.....**".

[1] - أعدت العقود النموذجية في البداية من قبل هيئات مختصة أو اتحادات صناعية، وكانت عبارة عن: "صيغ مكتوبة يتفق عليها تجار سلعة معينة في منطقة جغرافية معينة، ويلتزمون بإرادتهم الحرة بإتباعها فيما يبرمونه من صفقات تتعلق بهذه السلعة، وغالبا ما يقوم بوضع هذه الصيغ بعض المنظمات المهنية الدولية التي تعمل في مجال تجارة معينة، لغرض تسهيل هذه التجارة لأعضائها، وتحرر عادة من نماذج مختلفة يراعى في كل نموذج منها ظروف تجار السلعة في منطقة معينة، ويختار المتعاقدان النموذج، الذي يتفق وظروفهم الخاصة"، نغم حنا رؤوف، " العقود النموذجية للجنة الاقتصادية الأوروبية"، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، جامعة تكريت، العراق، العدد6، المجلد 14، حزيران 2007، ص 325 – 326، فمالعقود النموذجية إلا قواعد إرشادية أو توجيهية مجردة، كالدليل القانوني لتحرير العقود الدولية للتعاون الصناعي، أو الدليل القانوني لتحرير كتابة عقود المجمعات الصناعية، يستدل بها في تفسير شروط العقود في المجال الدولي، وفاء مزيد فلحوط، المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى البلدان النامية، وفاء مزيد فلحوط، المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2008، ص 144.

نجد أن المشرع الجزائري قد **ربط التحرير المسبق للعقد بإذعان الطّرف المقابل فيه**، وهو ما يتأكد من خلال مظهر عملي للمذعن يتمثّل في **عدم إمكانية إحداثه لتغيير حقيقي في العقد المحرر مسبقا**، فإن تمكّن من إحداث هذا التّغيير لا يمكن أن نكون أمام عقد إذعان بالرغم من التّحرير المسبق للبنود.

ثانيا – أن التحرير المسبق للعقد ليس بالمسألة الملازمة للتعاقد الإلكتروني:

إذا كان التحرير المسبق للعقد الإلكتروني لا يعني حتمية أن يكون من عقود الإذعان، فإنه بالأساس ليس بالمسألة الملازمة للعقد الإلكتروني، رغم غلَبة طابعه على المعاملات الإلكترونية المتواجدة عبر مواقع الويب وصفحات التواصل المختلفة، والتي تتلخص فيها العملية التعاقدية عادة في الموافقة على العروض والمقترحات المقدمة من خلال الضغط على خانة يحدد مبرمج الموقع أو مؤسس الصفحة شكلها، والإجراءات اللّاحقة لها، وهي العملية التي تتم غالبا من خلال التنقل عبر خانات متتالية تتطلّب في كل مرة ملئها لمواصلة التعاقد.

ونقول بعدم ملازمة صفة التّحرير المسبق للبنود مع التّعاقد الإلكتروني لسبب رئيسي هو أنّ وسائط التعاقد الإلكتروني متعددة، فهي لا تنحصر في مواقع الويب فحسب، فهناك الفاكس، البريد الإلكتروني، تطبيقات المحادثات المختلفة...الخ، وإن كانت عروض مواقع الويب كأمازون وعلي بابا مثلا، ومواقع التواصل المعروفة كالفايسبوك وغيرها، تُقدَّم غالبا في شكل معد مسبقا؛ فإن طبيعة الوسائط الأخرى كالبريد الإلكتروني، وتطبيقات المحادثة من قبيل السكايب أو الواتساب، ...الخ، تسمح للمتعاقدين أكثر بمناقشة بنود العقد، والتفاوض حول مختلف مسائله بصورة عادية كما لو أنهما حاضرين، وصولا لصيغة مرضية لكليهما.

ومن ثم فإنه لا يصح تعميم صفة الإذعان على التّعاقد الإلكتروني تأسيسا على ما تقترحه مواقع الويب أو غيرها من صيغِ تعاقد محررة مسبقا، إذ توجه هذه العروض عادة للمستهلكين الإلكترونيين لا للأعوان الاقتصاديين الذين يفترض في الكثير منهم أن يكونوا في مركزٍ تتساوى فيه إرادتهم مع الإرادة العارضة للإيجاب.

ثانيا: بالنسبة لإذعان أحد طرفي العقد الإلكتروني للطّرف الآخر:

تظهر إمكانية اتسام عقد ما بصفة الإذعان عند وجود طرف ضعيف في العلاقة، وهذا الطّرف غالبا ما يكون مستهلكا، إذ يتيح وجود متعاقد يحمل هذه الصفة فرض شروط وتحرير بنود من الطّرف

الآخر كثيرا ما لا يمكن للمستهلك مناقشتها فيذعن لها، وهو سبب أن المشرع الجزائري وقد اعتبر العقد الإلكتروني عقد إذعان في المادة 2/6 من القانون 18 - 05، ذهب لاعتباره علاقة قائمة بين مستهلك ومورد إلكترونيين، الأمر الذي تنصُّ عليه بوضوح أحكام القانون المذكور.

ولذلك فإنه ولمعرفة مدى انطباق شرط "**إذعان أحد طرفي العقد للطّرف الآخر**" على العقد الإلكتروني لابد من الإجابة بدءا عن السؤال التّالي: **هل يكون أحد طرفي العلاقة التعاقدية الإلكترونية دائما مستهلكا؟.**

والإجابة **لا**، فالعقد في مجال التّجارة الإلكترونية كما غيره من العقود التّجارية قد يقوم بين طرفين أحدهما مستهلك والآخر عون اقتصادي، كما قد يقوم بين طرفين كلاهما عون اقتصادي، وهي العلاقات التي فرق القانون العربي الاسترشادي للمعاملات والتّجارة الإلكترونية [1] عند التعبير عنها باستخدام العبارات التالية: "**التعاقد الالكتروني بين المهنيين**" و"**التعاقد الإلكتروني بين المهنيين والمستهلكين**"، وهي العلاقات التي نجد أن المشرع الجزائري قد ميز بينها صراحة عند تحديده لنطاق تطبيق القانون 04-02 في العلاقات التي تقوم بين"الأعوان الاقتصادية" و"بينهم وبين المستهلكين"، بالإضافة "لحماية المستهلك وإعلامه".

لذلك فإننا لا نؤيد التّعريف الذي أورده المشرع الجزائري للتّجارة الإلكترونية في القانون 18 – 05، والذي نصت فيه المادة 1/6 على أنها: "**النشاط الذي يقوم بموجبه مورد إلكتروني باقتراح أو ضمان توفير سلع وخدمات عن بعد لمستهلك إلكتروني، عن طريق الاتصالات الإلكترونية**".

والذي استتبعه بتعريف المستهلك الإلكتروني في الفقرة الثّالثة: "**كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بعوض أو بصفة مجانية سلعة أو خدمة عن طريق الاتصالات الإلكترونية من المورد الإلكتروني بغرض الاستخدام النهائي**".

إذ يكون بهذين التعريفين قد اختصر نطاق العلاقة التعاقدية في مجال التجارة الإلكترونية بين مورد ومستهلك إلكترونيين، واختصر مضمون التّجارة الإلكترونية في سلعة أو خدمة تُقدَّم للمستهلك بغرض الاستخدام النهائي، وهي نظرة غير صائبة فكما أسبقنا القول العلاقات التعاقدية في التّجارة الإلكترونية مثلها مثل العلاقات التّجارية العادية قد تقوم بين أعوان اقتصاديين فيما بينهم، أو بين أعوان

[1] - القانون العربي الموحد للمعاملات والتّجارة الإلكترونية، المعتمد بموجب قرار مجلس وزراء العدل العرب رقم 812/ د25، بتاريخ: 11/19/ 2009.

اقتصاديين ومستهلكين، ولا خلاف في أنه إن كانت سمة الإذعان تغلب على العقود ذات الطّابع الاستهلاكي فهي غير مشروطة في العلاقة التّعاقدية القائمة بين أعوان اقتصادية؛ بحكم أنه كثيرا ما تلتقي فيها المصالح فيحدث توازن في القوى يفرض المناقشة والحوار بين أطرافها بهدف الوصول لاتفاقات مرضية لكليهما، أو تنازلات من كلا الطّرفين في إطار الحفاظ على المصالح المشتركة بينهما.

ومن ثم فإن شرط "**إذعان أحد طرفي العقد للطّرف الآخر**" ليس بخاصية متلازمة مع العقد الإلكتروني، ما يعني أنه لا يمكن إطلاق سمة إذعان على العقد الإلكتروني إلا في الحالة التي يكون قد تحقق فيها فعليا شرط الإذعان.

ثالثا: بالنّسبة لعدم إمكانية إحداث تغيير حقيقي في العقد الإلكتروني:

يتوقف مدى انطباق شرط "**عدم إمكانية إحداث تغيير حقيقي في العقد**" على العقد الإلكتروني، بالنظر لمركز الطّرف الرّاغب في السلعة أو الخدمة محل التّعاقد الإلكتروني، من حيث تكافئ قوته مع الطّرف الآخر، فإن كان مركزه ضعيفا في العلاقة كأن يكون مستهلكا إلكترونيا – ومعلوم مدى ضعف المستهلك – أو عونا اقتصاديا لا يملك من القوة ما تتوازن معه كفّتي العلاقة التّعاقدية، كنا أمام عقد إذعان إلكتروني، أما إن كان الطّرف المذكور يملك من القوة ما من شأنه إحداث توازن في العقد كنا أمام عقد إلكتروني لا إذعان فيه.

إذن متى استطاع الرّاغب في التّعاقد إحداث تغيير حقيقي في شروط العقد وبنوده لم نكن أمام عقد إذعان، ولا يحدث التّغيير الحقيقي إلا إذا كان حول مسائل جوهرية انبنى عليه التحرير المسبق.

الخاتمة:

يبدو أن مسوغ المشرع الجزائري لاعتبار العقد الإلكتروني عقد إذعان، هو الطّبيعة الاستهلاكية الغالبة في هذا النوع من التّعاملات، ومع ذلك فإنه لا يصح منه إضفاء صبغة موحدة على جميع العقود الإلكترونية لمجرد غلَبة الطّابع الاستهلاكي عليها، فهي كالعقود التقليدية ذات أنماط متعددة ولا يمكن إضفاء سمة الإذعان عليها إلا إذا استوفت خصائص عقد الإذعان، فإن لم تستفيها سقطت عنها تلك الصفة.

أما عن القوالب التّعاقدية الجاهزة التي تكثُر على مواقع الويب عموما، فمعيارية الأخذ بها كعقود إذعان هي عدم إمكانية مناقشة الشّروط والبنود المتضمَّنة في النّموذج التّعاقدي المعروض، بحيث يكون المتعاقد أمام وضعية إما التّعاقد وإما الترك، فإن استطاع مناقشتها والتفاوض عليها، فإن العقد الإلكتروني

لا يعدُّ من قبيل عقود الإذعان، شرط أن يكون من شأن المناقشة إحداث تغيير حقيقي في تلك البنود والشّروط.

ورغم عدم ملازمة صفة الإذعان للتّعاقد الإلكتروني؛ فإنّ حقيقة غلبة الطّابع الاستهلاكي فيه تعني عمليا أنّ المستهلك الإلكتروني سيكون أكثر عرضة للوقوع في المشاكل، فالتّعاقد عن بعد لا يمنحه الفرصة الكافية التي يتيحها له التّعاقد التّقليدي في فحص وتقويم السلعة أو الخدمة محل التّعاقد عن قرب، لذلك يكون بإمكانه الاستفادة من تطبيق أحكام القوانين المتعلّقة بالمستهلك العادي، كالقانون 04-02، والقانون 09-03، والمرسوم التّنفيذي 06-306، إذ ما اختلفت بينهما إلا وسيلة التّعاقد.

أخيرا فإنّ التّعاقد الإلكتروني التّجاري لا يتم دائما بين مورد ومستهلك إلكترونيين كما أخذ بذلك المشرع الجزائري في القانون 18-05، فقد يتم بين أعوان اقتصاديين إلكترونيين يهدفون من وراء العقد لتحقيق الربح، بخلاف المستهلك الإلكتروني الذي لا يهدف من وراءه إلا لاستخدام السلعة أو الخدمة محل التّعاقد استخداما نهائيا، وفي هذا السياق لنا توصيتين:

1 – ضرورة تعديل تعريف العقد الإلكتروني الوارد في المادة 2/6 من القانون 18-05، ليشمل جميع الأنماط التّعاقدية التي يمكن أن يبرمها الأعوان الاقتصاديون سواء فيما بينهم، أو مع المستهلكين، خاصّة أنّ الإحالة التي انبنى عليها بحد ذاتها تحيلنا إلى تعريف للعقد لا يتماشى مع نطاق تطبيق القانون 04-02 (القانون المحال إليه)، فهو تعريف لعقود الإذعان، ومجال تطبيق القانون الأخير هو الممارسات التي تتم بين الأعوان الاقتصاديين فيما بينهم، أو بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين.

2 - استبدال مصطلح "**المستهلك الإلكتروني**" الذي أورده المشرع الجزائري في القانون 18-05 عند تعريفه للتجارة الإلكترونية، أو عند تحديده لأطراف العقد لإلكتروني، بمصطلح آخر يتسع ليشمل جميع الأطراف الذين بإمكانهم التّعاقد إلكترونيا في مجال التّجارة الإلكترونية، ك "**المتعاملين الالكترونيين**"، أو "**المتعاقدين الإلكترونيين**"، أو غيرها من التّسميات ذات الدلالة، وحصر استعمال مصطلح المستهلك الإلكتروني في مجال أحكام الحماية من التّعاقد عن بعد، إذ يوحي إيراده على وجه مطلق في قانون التّجارة الإلكترونية كما لو أننا أمام "**قانون لحماية المستهلك عن بعد**"، لا أمام "**قانون منظّم للتجارة الإلكترونية**" في الجزائر.

قائمة المصادر والمراجع:

أولا - النّصوص القانونية:

– الأوامر والقوانين:

- الأمر رقم: 75-58، المؤرخ في: 20 رمضان عام 1395هـ، الموافق ل: 26 سبتمبر سنة 1975م، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، العدد 78، الصادرة بتاريخ 24 رمضان عام 1395هـ، الموافق 30 سبتمبر سنة م1975، ص 990، المعدل والمتمم بالقانون رقم: 05-10 مؤرخ في: 13 جمادى الأولى عام 1426هـ، الموافق 20 جوان سنة 2005م، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 44، الصادرة بتاريخ: 19 جمادى الأولى عام 1426هـ، الموافق 26 جوان سنة 2005.

- القانون رقم: 04-02 مؤرخ في: 5 جمادى الأولى 1425هـ، الموافق ل: 23 يونيو 2004م، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 41، الصادرة في: 9 جمادى الأولى 1425هـ، الموافق ل: 27 يونيو 2004.

- القانون رقم: 09-03 مؤرخ في: 29 صفر عام 1430هـ، الموافق ل: 25 فبراير 2009م، المتعلّق بحماية المستهلك وقمع الغش، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد15، الصادرة في: 11 ربيع الأول عام 1430هـ، الموافق ل: 8 مارس 2009.

- القانون رقم: 18–05 مؤرخ في: 24 شعبان عام 1439هـ، الموافق ل: 10 مايو سنة 2018م، المتعلّق بالتجارة الالكترونية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 24، الصادرة في: 30 شعبان عام 1439 هـ، الموافق ل: 16 مايو سنة 2018 .

– المراسيم التنفيذية:

- المرسوم التّنفيذي رقم: 06–306، المؤرخ في:17 شعبان عام 1427هـ، الموافق ل: 10 سبتمبر سنة 2006م، المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 56، الصادرة في: 18 شعبان عام 1427هـ، الموافق ل: 11 سبتمبر سنة 2006.

- المرسوم التّنفيذي 08-44 مؤرخ في: 26 محرم عام 1429هـ، الموافق ل: 3 فبراير سنة 2008م، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد7، مؤرخة في 3 صفر عام 1429هـ، الموافق ل: 10 فبراير سنة 2008.

ثانيا – الكتب:

- أحمد حشمت أبو ستيت، **نظرية الالتزام في القانون المدني المصري**، مكتبة عبد الله وهبة بمصر، مصر، 1945.

- أحمد عبد الرزاق السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد**، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ج5، 2005.

- حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنة، ط2، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1997.

- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003.

- علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، ط3، موفم للنشر، الجزائر، 2013.

- مصطفى العوجي، القانون المدني؛ العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية، ط5، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ج1، 2011.

- محفوظ بن حامد لعشب، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990.

- محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، ط 2، دار هومة، الجزائر، 2010.

- وفاء مزيد فلحوط، المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى البلدان النامية، وفاء مزيد فلحوط، المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2008.

ثالثا – المجلّات:

– الهيثم عمر سليم، "حماية المستهلك من الممارسات الإحتكارية المؤدية إلى الإذعان، دراسة مقارنة"، مجلة الحقوق، كلّية الحقوق، جامعة البحرين، العدد6، المجلد 10، 2013.

- زاهية حورية سي يوسف، "سلطة القاضي في تعديل الشّرط الجزائي"، المجلّة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلّية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، العدد1، المجلّد 10، د.س.

- سفيان سوالم، "الحماية القانونية للمتعاقد من الشروط التعسفية في التشريع الجزائري"، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، مركز جيل البحث العلمي، الجزائر، العدد 4، جوان 2016.

- شوقي بناسي، "مواجهة الشروط التعسفية في العقود في ضوء القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 2، المجلد 48، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، الجزائر، د.س.

– عامر رحمون، "عقود الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة"، مجلّة الحقوق والعلوم الإنسانية، الجزائر، العدد 23، المجلد الأول، د.س.

- محمود حمودة صالح، "عقود الإذعان والممارسات المعيبة المصاحبة لها"، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة إفريقيا العالمية، العدد3، السودان، 1424هـ - 2004م.

- نغم حنا رؤوف، " العقود النموذجية للجنة الاقتصادية الأوروبية"، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، جامعة تكريت، العراق، المجلد 14، العدد6، العراق، حزيران 2007.

مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية Issn 2602-7321

المجلد: 04 العدد: 03 السنة: 2021 ص.ص: 418 - 438

العقد الإلكتروني عقد إذعان في مفهوم القانون 18-05